

ἰσοπολιτεία

ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑΣ ΔΙΚΑΙΟΥ, ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑΣ ΚΑΙ ΗΘΙΚΗΣ

Τόμος ΙΙ, τεύχος 1, Απρίλιος 1998

ΑΝΑΤΥΠΟ



ΕΚΔΟΤΙΚΟΣ ΟΙΚΟΣ ΑΝΤ. Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΚΟΜΟΤΗΝΗ

Παύλος Ζ. Ελευθεριάδης

Συνταγματισμός και Ευρωπαϊκή Κοινότητα*

Σε ένα ευρέως γνωστό άρθρο του ο δικαστής του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων G. Federico Mancini διατύπωσε την εξής άποψη για την συνταγματική εξέλιξη της Κοινότητας: «Εάν κάποιος επιχειρούσε να συνοψίσει την πορεία που έχει διανύσει η νομολογία του δικαστηρίου από το 1957 μέχρι σήμερα, θα έπρεπε να πει ότι αυτή συμπίπτει με την δημιουργία ενός Ευρωπαϊκού Συντάγματος»¹. Αυτές οι λέξεις δεν θα εκπλήξουν κανέναν από όσους γνωρίζουν, έστω στοι-

* Το παρόν άρθρο παρουσιάστηκε ως εισήγηση στο σεμινάριο ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης του πανεπιστημίου Harvard τον Μάιο του 1995. Δημοσιεύτηκε, με μικρές διαφορές, σε αγγλική γλώσσα στην επιθεώρηση *European Law Review* τον Φεβρουάριο του 1996.

1. G. Federico Mancini, «The Making of a Constitution for Europe », *C.M.L.R.* 26 (1989), 595.

χειωδώς, την πορεία του Κοινοτικού δικαίου τις τελευταίες τρεις δεκαετίες και τον ουσιαστικό ρόλο που το Δικαστήριο έχει παίξει στην πορεία αυτή!² .Σίγουρα, όμως, θα θορυβήσουν όσους έχουν αρκесτεί στις διαβεβαιώσεις των κυβερνήσεων των Κρατών Μελών ότι η Κοινότητα είναι μόνον ένας διεθνής οργανισμός, που δεν έχει ακόμα μετασχηματιστεί σε ένα ομοσπονδιακό κράτος ή ενιαίο πολιτικό σύστημα. Κατά τις διαβεβαιώσεις αυτές η Κοινότητα δεν έχει φυσικά δικό της Σύνταγμα ούτε και προβλέπεται να αποκτήσει στο άμεσο μέλλον. Η απόφαση για κάτι τέτοιο θα είναι το αντικείμενο σκληρής μάχης μεταξύ «ομοσπονδιακών» και «ευρωσκεπτικιστών» στις διακυβερνητικές διασκέψεις του άμεσου μέλλοντος.

Πώς όμως φτάσαμε σε μια τέτοια αναντιστοιχία μεταξύ νομικής θεωρίας και πολιτικής πραγματικότητας; Πώς είναι δυνατόν ένα τόσο θεμελιώδες ζήτημα της ευρωπαϊκής έννομης τάξης να είναι ακόμα τόσο νεφελώδες και αβέβαιο; Μια προφανής απάντηση, που είναι πιθανόν να προβληθεί από κύκλους μη νομικών, είναι ότι η παρούσα σύγχυση είναι προϊόν της γνωστής τάσης των νομικών να κατασκευάζουν τον δικό τους πλασματικό κόσμο άσχετα με τον πραγματικό κόσμο!³ . Κατά την άποψη αυτή η δικαστική κατασκευή ενός Συντάγματος για την Ευρώπη δεν είναι παρά μια τεχνητή κατασκευή, ένα ακόμα παράδειγμα της νομικής εννοιοκρατίας που λίγο σχετίζεται με την πραγματικότητα. Μια τέτοια κριτική άποψη θα μπορούσε να υποστηρίξει ότι η συνταγματική νομολογία του Δικαστηρίου είναι ανεξάρτητη από το γεγονός ότι οι πραγματικοί υπεύθυνοι για τις απόψεις αυτές, δηλαδή οι πολιτικοί, δεν έχουν ακόμα δώσει στην Ευρωπαϊκή Ένωση ένα πραγματικό δικό της Σύνταγμα.

Παρ' όλα αυτά, η άποψη αυτή προχωρά πολύ γρήγορα, διότι ξεχνά

2. Βλ. για παράδειγμα E. Stein, «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law* (1981), 1 και K. Lenaerts, «Constitutionalism and the many Faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law* 38 (1990), 205-263.

3. Για μια εξαιρετική συζήτηση αυτής της πτυχής της νομικής σκέψης βλ. Lon Fuller, *Legal Fictions* (Stanford: Stanford University Press), 1967.

ότι το Σύνταγμα έχει από την φύση του έναν καθαρά νομικό ή τεχνητό χαρακτήρα. Φυσικά, ένα Σύνταγμα είναι πάνω απ' όλα θεμελιωμένο στις καρδιές και τον νου των πολιτών και των δημόσιων λειτουργών, όταν αυτοί το τηρούν και το προστατεύουν. Όμως αυτό δεν είναι παρά ένα μόνο στάδιο σε πολύπλοκη διαδικασία. Μια ισχυρή αφοσίωση στο Σύνταγμα είναι απαραίτητη, αλλά δεν οδηγεί αυτόματα σε μια σταθερή θεσμική τάξη. Για να είναι αυτή η τάξη δυνατή, πρέπει να υπάρχει μια σαφής διάκριση μεταξύ του πεδίου της καθημερινής πολιτικής και των διαρκών θεσμών. Όταν, για παράδειγμα, γεννιέται μια νέα συνταγματική τάξη, το ακριβές περιεχόμενό της θα βρεθεί ακριβώς μέσω των επιχειρημάτων και των ειδικών γνώσεων της νομικής επιστήμης και, όποτε αυτό είναι διαδικαστικά δυνατό, με την μεσολάβηση των αρμόδιων δικαστών. Αυτή η πτυχή του Συντάγματος ως νομικού κειμένου είναι βαθιά ριζωμένη στους θεσμούς του σύγχρονου κράτους, αφού διέπει την διάκριση των εξουσιών μεταξύ εκτελεστικής, νομοθετικής και δικαστικής!⁴

Εάν αυτή η παρατήρηση είναι σωστή, τότε οι νομικές κατασκευές του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου δεν είναι τόσο άσκοπες όσο πιστεύουν οι κριτές της «τεχνητής λογικής του δικαίου». Ένα νομικό δόγμα συνταγματικών περιορισμών της εξουσίας, όσο τεχνητό και αφηρημένο και αν είναι, γίνεται πραγματικά περιοριστικό, όταν τα δικαστήρια ασκούν το ρόλο που τους δίδει η διάκριση των εξουσιών. Είναι συνεπώς ένα δεδομένο της ευρωπαϊκής πολιτικής ότι η συνταγματική νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έχει ήδη θέσει πραγματικούς περιορισμούς στη διαδικασία αποφάσεων της Κοινότητας και των Κρατών Μελών, έστω και αν τα Κράτη αυτά είναι ακόμα

4. Φυσικά, ο νομικός χαρακτήρας του συντάγματος δεν συνεπάγεται πάντοτε τον δικαστικό έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων· βλ. π.χ. Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989) και Β. Σκουρή και Ε. Βενιζέλο, *Ο Δικαστικός Έλεγχος της Συνταγματικότητας των Νόμων* (Αθήνα: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1985). Αλλά ακόμα και αν ο δικαστής δεν έχει την αρμοδιότητα να κηρύσσει νόμο αντισυνταγματικό, ακόμα και τότε μπορεί να χρησιμοποιήσει το Σύνταγμα ως σύνολο νομικών περιορισμών για άλλους σκοπούς, π.χ. τον σχεδιασμό αρχών διοικητικής διαδικασίας.

ελεύθερα να αναστρέψουν ή ακυρώσουν τους περιορισμούς αυτούς κατά τις προβλεπόμενες διαδικασίες αναθεώρησης των Συνθηκών⁵.

Τελικά, η προβληματική σχέση της συνταγματικής νομολογίας του Δικαστηρίου με την πολιτική πραγματικότητα των ευρωπαϊκών υποθέσεων θέτει νέα και δύσκολα ερωτήματα που δεν μπορούν να απαντηθούν με αναφορά μόνο σε μια λίγο ή πολύ τυπική διάκριση μεταξύ δικαίου και πολιτικής⁶. Στις σελίδες που ακολουθούν θα υποστηριχθεί ότι η ανακολουθία μεταξύ νομικών και πολιτικών όψεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι έκφραση της έντασης μεταξύ δύο παραδειγμάτων συνταγματικής σκέψης. Το πρώτο, που μπορούμε να ονομάσουμε τυπικό συνταγματισμό, έχει τις ρίζες του στο έργο του Hans Kelsen σε σχέση με τη δομή της έννομης τάξης. Το έργο αυτό συγκεντρώνει την προσοχή του στην απαιτούμενη ιεραρχική διάρθρωση των πηγών του δικαίου ως προϋπόθεση της ίδιας της έννομης τάξης. Αυτού του είδους η συνταγματική σκέψη επιδιώκει να μελετήσει το θεμέλιο της νομικής ισχύος των κανόνων δικαίου, δηλαδή την ιεραρχία των κανόνων που ξεκινά με τον ατομικό ειδικό κανόνα και τελειώνει με το Σύνταγμα⁷.

Το δεύτερο παράδειγμα συνταγματισμού, που μπορούμε να ονομά-

5. Για τις πολλές αβεβαιότητες των σχέσεων μεταξύ των κρατών μελών βλ. P. Taylor, «The European Communities and the Obligation of Membership: Claims and Counterclaims», *International Affairs* 57 (1981), 236.

6. Όπως σε κάθε έννομη τάξη, η ακριβής φύση της διάκρισης Ευρωπαϊκού δικαίου και πολιτικής δεν καθορίζεται από μία υποτιθέμενη εννοιολογική ή άλλη πραγματικότητα για το δίκαιο, αλλά εξαρτάται από το πολιτικό και θεσμικό οικοδόμημα πάνω στο οποίο κτίζονται οι νομικοί θεσμοί. Για την πολύπλοκη σχέση δικαίου και πολιτικής βλ. ενδεικτικά J. Weiler, «The Community System: The Dual Character of Supranationalism», *Yearbook of European Law* 1 (1981), 267-306; και F. Snyder, «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques», *Modern L. R.* 56 (1993), 19-54.

7. Βλ. για παράδειγμα H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tübingen: Mohr, 1923), H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. by A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945), H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. by M. Knight, (Berkeley: California University Press, 1957).

σουμε ουσιαστικό συνταγματισμό, θέλει να συλλάβει την θεσμική τάξη που θα μπορούσε να εξυπηρετήσει με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τις πολιτικές αξίες και επιδιώξεις της συγκεκριμένης πολιτικής κοινότητας. Είναι αλήθεια ότι αυτού του είδους η θεωρία δεν έχει μεγάλη επιρροή στις σημερινές δυτικές δημοκρατίες, διότι τα θεμελιώδη συνταγματικά προβλήματα θεωρούνται ως επί το πλείστον λυμένα. Έτσι, αυτού του είδους η σκέψη βρήκε την πληρέστερη και πιο γνωστή έκφρασή της στις συνταγματικές συνελεύσεις της αμερικανικής και γαλλικής επανάστασης του δέκατου όγδοου αιώνα. Αυτά τα δυο κλασικά παραδείγματα έχουν, όπως είναι γνωστό, καθοδηγήσει πολυάριθμες άλλες συνταγματικές συνελεύσεις στη νεώτερη και σύγχρονη ιστορία.

Ελπίζω ότι η διευκρίνιση του περιεχομένου των δύο αυτών τρόπων συνταγματικής σκέψης θα αποκαλύψει τις ακριβείς σχέσεις μεταξύ τυπικού και ουσιαστικού συνταγματισμού και θα οδηγήσει σε μια σαφέστερη εικόνα του Συντάγματος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας.

1. Το τυπικό σύνταγμα

Όταν δημιουργήθηκαν οι Ευρωπαϊκές Κοινότητες δεν υπήρχε αμφιβολία ότι η νέα διεθνής οντότητα ήταν κάποιου είδους διεθνής οργανισμός, του οποίου η νομική φύση καλύπτετο, λίγο ως πολύ, από το δημόσιο διεθνές δίκαιο. Κατά τις πρώτες συνθήκες, η Κοινότητα είχε ίδιες νομοθετικές και άλλες εξουσίες και ήταν προικισμένη με όργανα με ευρείες και διεισδυτικές αρμοδιότητες, τουλάχιστον μέσα στα στενά πλαίσια των αντικειμένων κοινοτικής δράσης. Παρά το ότι η Κοινότητα ήταν έτσι η πιο ολοκληρωμένη διεθνής οντότητα που δεν ήταν ήδη συνομοσπονδία, δεν ήταν ακόμη μια έννομη τάξη ούτε μια νομική οντότητα διακριτή από τις διεθνείς συνθήκες που τη δημιούργησαν.

Σχεδόν σαράντα χρόνια αργότερα, η κατάσταση είναι τελείως διαφορετική. Κατά τη σταθερή νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, το Δίκαιο της Κοινότητας θεωρείται πλέον μια «νέα έννομη τάξη», που είναι δεσμευτική για τα Κράτη Μέλη ανεξάρ-

τητα από τα δικά τους Συντάγματα και, για πολλούς, ανεξάρτητα από τις διεθνείς συνθήκες που δημιούργησαν την αρχική Κοινότητα. Αυτό συμβαίνει επειδή οι συνθήκες και οι γενικές αρχές του δικαίου που αυτές περιέχουν (για παράδειγμα η προστασία των θεμελιωδών ατομικών δικαιωμάτων) δεσμεύουν άτομα και θεσμούς όχι ως δημιουργήματα του δημοσίου διεθνούς δικαίου αλλά ως αυτόνομοι συνταγματικοί κανόνες που θέτουν τις βάσεις ενός νέου και ανεξάρτητου νομικού συστήματος. Ένα γνωστό εγχειρίδιο Κοινοτικού δικαίου, για παράδειγμα, περιγράφει την κοινοτική έννομη τάξη με τον παρακάτω τρόπο:

Γίνεται γενικά αποδεκτό ότι το Κοινοτικό δίκαιο είναι μια ξεχωριστή έννομη τάξη, διάφορη τόσο του διεθνούς δικαίου όσο και του δικαίου των Κρατών Μελών, μολοντί συνδέεται στενά με αυτά... Παρά το γεγονός ότι δημιουργήθηκε βάσει του δημόσιου διεθνούς δικαίου, το Κοινοτικό δίκαιο δεν έχει όλα τα χαρακτηριστικά του. Οι τεχνικές και οι αρχές του Κοινοτικού δικαίου έχουν περισσότερα κοινά με τομείς του εθνικού δικαίου, όπως το συνταγματικό και το διοικητικό, παρά με τομείς του διεθνούς. Το Κοινοτικό δίκαιο είναι όμως διαφορετικό από το εθνικό δίκαιο, παρά το γεγονός ότι εφαρμόζεται από εθνικά δικαστήρια. Έτσι, τα εθνικά νομοθετικά όργανα δεν έχουν καμμία δύναμη να το αλλάξουν ή να το αποσύρουν. Στην περίπτωση σύγκρουσης, το Κοινοτικό δίκαιο θα υπερισχύσει του εσωτερικού. Η ερμηνεία του βρίσκεται, σε τελευταίο βαθμό, υπό την αποκλειστική αρμοδιότητα του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων⁸.

Αυτή η πραγματική μεταμόρφωση, όπως είναι γνωστό, δεν ήταν αποτέλεσμα συνταγματικής αναθεώρησης ή πολιτικής συμφωνίας. Απλώς αναπτύχθηκε ως νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, κατά μία μακρά περίοδο προσεκτικής και βαθμιαίας επανεκτίμησης των αρχικών συνθηκών. Ξεκινώντας από τη σπουδαία απόφαση *Van Gend en Loos*⁹ και συνεχίζοντας με τις εξίσου σημαντικές *Costa v. ENEL*¹⁰ και *Simmenthal*¹¹ το Δικαστήριο ανέπτυξε τις αρχές της

8. T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, second edition (Oxford: Oxford University Press, 1985), 85. Για μια διαφορετική γνώμη βλ. Derrick Wyatt, «New Legal Order, or Old?», *European L. R.* 7 (1982), 147.

9. Case 26/62, [1963] ECR 1.

άμεσης ισχύος και υπεροχής του Κοινοτικού δικαίου, που αποτελούν από κοινού τον ακρογωνιαίο λίθο της Κοινοτικής έννομης τάξης¹². Το κλειδί για την σημαντική αυτή εξέλιξη ήταν ένα πολύ απλό δήμα: η αναγνώριση της Συνθήκης της ΕΟΚ ως της υψηλότερης πηγής του δικαίου της Ευρώπης¹³. Αυτή η απλή αλλαγή δημιούργησε την ευρωπαϊκή έννομη τάξη ως ανεξάρτητη έννομη τάξη επειδή επέτρεψε την κατασκευή μιας ιδιαίτερης ιεραρχίας κανόνων δικαίου με τον δικό της βασικό κανόνα στην κορυφή. Αυτό το σημείο θα γίνει πολύ πιο σαφές εάν κοιτάξουμε από πιο κοντά την ιδέα της τυπικής ιεράρχησης των κανόνων δικαίου.

Οι νομικοί που ασχολούνται με το σύνταγμα στην Ευρώπη και αλλού, περιγράφουν την έννομη τάξη ως μία ιεραρχικά διαρθρωμένη τάξη κανόνων¹⁴. Τα χαρακτηριστικά της είναι περίπου τα ακόλουθα. Στην κορυφή της ιεραρχίας βρίσκονται γενικοί συνταγματικοί κανόνες που αφορούν την άσκηση της εξουσίας και τα όριά της. Στη βάση βρίσκονται νομικά σημαντικές πράξεις ατόμων και δημοσίων οργάνων. Μεταξύ των δύο αυτών άκρων υπάρχουν διάφορα νομικά κείμενα, όπως

10. Case 106/64, [1964] ECR 585.

11. Case 106/77, [1978] ECR 629.

12. Η ιστορία της εξέλιξης αυτής είναι πολύ γνωστή για να την επαναλάβω εδώ. Βλ. για παράδειγμα J. Weiler, «The Transformation of Europe», *Yale L. J.* 100 (1991), 2403-2483.

13. Για την χρήση του όρου «Σύνταγμα» με αναφορά στις Συνθήκες βλ. *Parti Ecologiste - Les Verts v. European Parliament*, Case 294/83, *C.M.L.R.* (1987), 343, 371.

14. Αυτή η άποψη ξεκινά φυσικά από μια στενή έννοια της πηγής του δικαίου που δεν γίνεται δεκτή από όλους τους νομικούς θεωρητικούς. Βρίσκεται για παράδειγμα σε αντίθεση με μια ερμηνευτική προσέγγιση στη νομική επιστήμη, προσέγγιση που υποστηρίζεται για παράδειγμα από τον Ronald Dworkin στο *Law's Empire* (London: Fontana, 1986) ή τον N. E. Simmonds στο «Bluntness and Bricolage», in Hyman Gross and Ross Harisson (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992), 1. Για αυτές τις θεωρίες του δικαίου η εφαρμογή του δικαίου δεν είναι κάτι που εξαντλείται στην εφαρμογή δεδομένων κανόνων, αλλά είναι μια ευρύτερη πνευματική δραστηριότητα που χρειάζεται την άσκηση προσωπικής αξιολογικής κρίσης.

για παράδειγμα διεθνείς συνθήκες που έχουν κυρωθεί από το Κοινοβούλιο, τυπικοί νόμοι, πράξεις κατά νομοθετική εξουσιοδότηση και τα σχετικά. Η «δεσμευτικότητα» ή «ισχύς» ενός κατώτερου κανόνα εξαρτάται από την αρμονία της προς τους ανώτερους. Ως αποτέλεσμα του συστήματος αυτού, όλοι οι κατώτεροι κανόνες βρίσκονται υπό την αίρεση των νόμων και του Συντάγματος. Με άλλα λόγια, όποτε διαπιστώνεται μία σύγκρουση μεταξύ κανόνων, τότε ο ανώτερος κανόνας θα υποσκελίζει τον κατώτερο. Έτσι, μία διοικητική πράξη δεν μπορεί να υποσκελίζει έναν τυπικό νόμο, ούτε ένας τυπικός νόμος το Σύνταγμα¹⁵.

Από την άποψη της θεωρίας του δικαίου αυτή η ανάλυση έχει δύο διαφορετικά πλεονεκτήματα. Πρώτον, επιτρέπει την επίλυση συγκρούσεων μεταξύ κανόνων σύμφωνα με το τυπικό κριτήριο της ιεράρχησής τους¹⁶. Δεύτερον, οδηγεί σε έναν σαφή ορισμό του προβλήματος της διάκρισης του δικαίου από άλλα κανονιστικά συστήματα, δηλαδή της ηθικής και της πολιτικής. Αυτό το δεύτερο σημείο χρειάζεται περαιτέρω επεξεργασία.

Το κύριο σημείο της θεωρίας είναι το ακόλουθο. Όπως ακριβώς η ισχύς ενός κατώτερου νομικού κανόνα εξαρτάται από την συμφωνία του με έναν ανώτερο, έτσι και η νομική ιδιότητα κάθε κανόνα ως νομικού, και όχι απλά ηθικού κανόνα, εξαρτάται από την συμφωνία του με ένα ανώτερο κριτήριο. Αυτό το ανώτερο κριτήριο, που ο Hart ονομάζει «κανόνα της αναγνώρισης» και ο Kelsen «θεμελιώδη κανόνα», είναι αυτό που μας επιτρέπει να ξεχωρίζουμε τους νομικούς από τους μη νομικούς κανόνες. Εάν ένας κανόνας έχει δημιουργηθεί σύμφωνα με τις προϋποθέσεις του βασικού κανόνα, τότε θα θεωρηθεί μέρος της έννομης τάξης· εάν, π.χ. έχει τεθεί από αρμόδια όργανα σύμφωνα με

15. Βλ. Hans Kelsen, *General Theory ...* Πρβλ. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, second edition (Oxford: Clarendon Press, 1980).

16. Αυτό βέβαια δεν παρέχει καμία βοήθεια όταν υπάρχει σύγκρουση κανόνων του ίδιου επιπέδου. Σε αυτή την περίπτωση το πρόβλημα παίρνει την μορφή της σχέσης κανόνα και εξαίρεσης. Βλ. F. Schauer, «Exceptions», *Chicago L. R.* 58 (1991), 871.

εκ των προτέρων καθορισμένες διαδικασίες. Εάν, αντιθέτως, ένας κανόνας δεν πληροί αυτές τις προϋποθέσεις, τότε δεν είναι νομικά ισχυρός και δεσμευτικός.

Σε κάθε έννομη τάξη ο βασικός κανόνας θεμελιώνει πρώτα απ' όλα την ισχύ του Συντάγματος. Η ισχύς όλων των άλλων κανόνων μπορεί μετά να συναχθεί από τη συμφωνία τους ή όχι προς το Σύνταγμα. Είναι σημαντικό να τονισθεί ότι ο βασικός κανόνας δεν είναι το ίδιο το Σύνταγμα. Είναι αντίθετα ο κανόνας που ορίζει πως το Σύνταγμα βρίσκεται στην κορυφή της ιεραρχίας των κανόνων και πρέπει να θεωρείται το ύστατο κριτήριο της νομικής ισχύος¹⁷. Αποτελεί σημαντικό μέρος της θεωρίας ότι ο βασικός κανόνας δεν είναι, κατ' ακριβολογία, μέρος της έννομης τάξης που θεμελιώνει. Δεν μπορεί να είναι νομικός κανόνας γιατί, αφού είναι αυτός το θεμέλιο της έννομης τάξης, δεν μπορεί να θεμελιώσει τον εαυτό του. Αυτός ο ιδιότυπος χαρακτήρας του βασικού κανόνα είχε προσεκτικά σημειωθεί από τον Kelsen, ο οποίος παρατήρησε ότι ο βασικός κανόνας «προϋποτίθεται» από τη θεωρία του δικαίου και δεν μπορεί να αξιολογηθεί με οποιοδήποτε τρόπο από αυτήν,¹⁸ αλλά και τον Hart, ο οποίος τόνισε πως η ύπαρξη του κανόνα της αναγνώρισης είναι μόνο ζήτημα πραγματικό και όχι νομικό¹⁹. Κατά συνέπεια, η αλλαγή ή κατάργηση του βασικού κανόνα δεν είναι νομικά ζητήματα και δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο νομικής επιχειρηματολογίας²⁰.

Σε τί συμβάλλει όμως όλη αυτή η συζήτηση στο ερώτημα της θέσης του Κοινοτικού δικαίου στην εσωτερική έννομη τάξη; Πιστεύω

17. Hans Kelsen, «The Function of a Constitution», trans. by I. Stewart, in R. Tur and W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 109-119.

18. Hans Kelsen, *General Theory of Law ...*, 111.

19. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 110. Δεν μπορώ εδώ να επεκταθώ στο πρόβλημα των σημαντικών κατά τα άλλα διαφορών μεταξύ των απόψεων των Hart και Kelsen.

20. Βλ. ιδίως F. Schauer, «Amending the Presuppositions of a Constitution», in S. Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton: Princeton University Press, 1995), 145.

ότι συμβάλλει με πολλούς τρόπους²¹. Πρώτον εξηγεί την θέση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων όσον αφορά την ανωτερότητα του Κοινοτικού δικαίου. Ξεκινώντας από την ιεραρχία των κανόνων ως το υπόδειγμα έννομης τάξης, το Δικαστήριο απλά τοποθέτησε τις Συνθήκες της Κοινότητας στο υψηλότερο σκαλοπάτι της νομικής ιεραρχίας. Αυτό επέτρεψε στο Δικαστήριο να θεωρήσει την Κοινοτική έννομη τάξη ως μία «νέα έννομη τάξη», ανεξάρτητη τόσο από το δημόσιο διεθνές δίκαιο όσο και από τις έννομες τάξεις των Κρατών Μελών. Επιβεβαίωσε, επίσης, ότι οι εσωτερικές έννομες τάξεις έπρεπε, κατ' αρχήν, να θεωρούνται υποδεέστερες της Κοινοτικής έννομης τάξης. Αυτή η θέση βρίσκεται πίσω από την αρχή της ανωτερότητας του Κοινοτικού δικαίου έναντι των εθνικών Συνταγμάτων, όπως για παράδειγμα παρουσιάστηκε στις υποθέσεις *Simmenthal* και *Internationale Handelsgesellschaft*²².

Η τυπική ανάλυση όμως επιτρέπει επίσης να δούμε πιο καθαρά τα όρια των λύσεων που ακολούθησε το Δικαστήριο. Είναι προφανές από την ανάλυση αυτή —όσο και αν στην αρχή ξαφνιάζει— ότι από την οπτική γωνία των εσωτερικών έννομων τάξεων, η τοποθέτηση του Δικαστηρίου δεν είναι νομικά δεσμευτική. Εάν ο υψηλότερος νομικός κανόνας της έννομης τάξης είναι το Σύνταγμα (πράγμα που συμβαίνει σε όλα τα Κράτη Μέλη της Κοινότητας), τότε μόνο το Σύνταγμα μπορεί να αναγνωρίσει την εσωτερική νομική ισχύ των κανόνων που πηγάζουν από διεθνείς οργανισμούς και ειδικότερα την Κοινότητα. Πράγματι, πολλά Ευρωπαϊκά Συντάγματα έχουν ειδικές διατάξεις για τη δεσμευτικότητα διεθνών και κοινοτικών κανόνων έναντι κρατικών οργάνων και ιδιωτών²³. Η αναγνώριση της ανώτερης ισχύος του

21. Για την αντίθετη άποψη —την οποία θεωρώ λανθασμένη— βλ. F. E. Downrick, «A Model of the European Communities Legal Order», *Yearbook of European Law* 3 (1983), 169.

22. Case 106/77 ο.π. και Case 11/70, [1970] ECR 1125.

23. Για την σχέση εσωτερικού δικαίου και διεθνών κανόνων βλ. ιδίως A. Cassese, «Modern Constitutions and International Law», R. C. A. D. I. III, 192 (1985) 331-476, F. G. Jacobs and S. Roberts (eds.), *The Effect of Treaties on Domestic Law* (London: Sweet and Maxwell, 1987), Γ. Δρόσο, *Ελληνική Συνταγματική*

Κοινοτικού δικαίου εξαρτάται τότε από το εθνικό Σύνταγμα, το οποίο, ακόμα και αν προβλέπει την αυξημένη ισχύ του Κοινοτικού δικαίου έναντι της εσωτερικής νομοθεσίας, δεν μπορεί να θεμελιώσει την εκ των προτέρων (δηλαδή των άνευ όρων) υπερίσχυση του Κοινοτικού δικαίου έναντι οποιαδήποτε διάταξης του Συντάγματος (όπως υποστήριξε το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις προμνησθείσες υποθέσεις *Simmenthal* και *Internationale Handelsgesellschaft*).

Ακόμα και εάν μία ρητή συνταγματική διάταξη όριζε ότι το Κοινοτικό δίκαιο είναι ανώτερο του Συντάγματος, αυτή η διάταξη θα ήταν ισότιμη με τις άλλες διατάξεις του Συντάγματος και θα έπρεπε να ερμηνευθεί σε συνδυασμό με αυτές. Η ρητή συνταγματική αναγνώριση της ανωτερότητας του Κοινοτικού δικαίου δεν θα μπορούσε παρά να είναι μία σειρά εξαιρέσεων στους γενικούς συνταγματικούς κανόνες, δηλαδή μέρος του γενικού συνταγματικού δικαίου²⁴. Μία συνταγματική διάταξη δεν είναι σε θέση, συνεπώς, να εισαγάγει την άνευ όρων ανωτερότητα του Κοινοτικού δικαίου, όπως αυτή έχει διατυπωθεί στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

Λαμβάνοντας υπ' όψη του τα μεγάλα προβλήματα για την ομοιομορφη εφαρμογή του Κοινοτικού δικαίου, που θα επέφερε η εξάρτησή του από το εσωτερικό δίκαιο, το Κοινοτικό Δικαστήριο έχει εφαρμόσει συστηματικά την αρχή τής άνευ όρων υπέρτερης ισχύος του Κοινοτικού Δικαίου. Η πιο χαρακτηριστική έκφρασή του ήταν στην υπόθεση *Internationale Handelsgesellschaft*, όπου το Δικαστήριο δήλωσε τα ακόλουθα για τις σχέσεις Κοινοτικού δικαίου και εθνικής προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων:

Η προσφυγή στους νομικούς κανόνες και τις έννοιες του εθνικού δικαίου προκειμένου να εκτιμηθεί η νομική ισχύς των ρυθμίσεων που υιοθετούν τα όργανα της Κοινότητας, θα είχε αρνητικά αποτελέσματα στην ομοιό-

Τάξη και Ευρωπαϊκές Κοινότητες στις Διεθνείς Σχέσεις (Αθήνα: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1987).

24. Βλ. γενικά F. Schauer, «Exceptions», 871. Ως προς το αγγλικό δίκαιο ιδιαίτερα βλ. H. W. R. Wade, «Sovereignty and the EC», *Law Quarterly Review* 88 (1972), 1.

μορφή εφαρμογή του Κοινοτικού δικαίου. Η ισχύς τέτοιων μέτρων μπορεί να κριθεί μόνο από την άποψη του Κοινοτικού δικαίου. Πράγματι, το δίκαιο που πηγάζει από την Συνθήκη, ως ανεξάρτητη πηγή δικαίου, δεν μπορεί από τη φύση του να παραμερισθεί από τους κανόνες του εθνικού δικαίου, όποια μορφή και αν παίρνει αυτό, χωρίς να χάνει έτσι το χαρακτήρα του ως κοινοτικού δικαίου, και χωρίς να κλονίζεται έτσι η ίδια η νομική βάση της Κοινότητας. Συνεπώς, η ισχύς μίας κοινοτικής ρύθμισης ή τα αποτελέσματά της σε ένα Κράτος Μέλος δεν μπορούν να επηρεασθούν από τον ισχυρισμό ότι βρίσκονται σε αντίθεση είτε προς τα θεμελιώδη δικαιώματα του Συντάγματος είτε προς τις βασικές αρχές της κρατικής συνταγματικής οργάνωσης²⁵.

Πρόκειται για μία σαφή δήλωση της ανώτερης ισχύος του Κοινοτικού δικαίου έναντι του εσωτερικού. Δεν είναι όμως το ίδιο σαφές, πού ακριβώς στηρίζεται το νομικό επιχείρημα για την ανεξαρτησία και υπεροχή του Κοινοτικού δικαίου, πρόβλημα που θα εξεταστεί αργότερα. Το αποτέλεσμα είναι ότι η αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου επιλύει ή αντιπαρέρχεται ορισμένα από τα βασικά προβλήματα της διεθνούς έννομης τάξης. Τα εσωτερικά συντάγματα δεν μπορούν πλέον να φέρουν εμπόδια στην ομοιόμορφη εφαρμογή του Κοινοτικού δικαίου, ενώ τα δημόσια όργανα οφείλουν να εφαρμόζουν αμέσως τις διατάξεις της Κοινοτικής έννομης τάξης.

Η αρχή της υπεροχής του Κοινοτικού δικαίου βασίζεται συνεπώς στην παραδοχή ότι η Συνθήκη θεμελιώνει μία νέα έννομη τάξη, η οποία έχει το δικό της Σύνταγμα και δεν υπάγεται στα συντάγματα των Κρατών Μελών. Το Ευρωπαϊκό αυτό Σύνταγμα, επειδή βρίσκεται στο υψηλότερο σημείο της ιεραρχίας των πηγών του δικαίου, δεν υπάγεται σε κανενός είδους άλλα κριτήρια νομικής ισχύος ή σε δικαστικό έλεγχο νομικής ισχύος. Το περιεχόμενο της αρχής της υπεροχής του Κοινοτικού δικαίου είναι άρα η αναγνώριση μίας νέας Ευρωπαϊκής έννομης τάξης», ή, κατά τον δικαστή Mancini, η «δημιουργία ενός Ευρωπαϊκού Συντάγματος»²⁶.

25. Internationale Handelsgesellschaft, Case 11/70, [1970] ECR 1125, 1134.

26. G. Federico Mancini, «The Making of a Constitution...», 595.

Μολονότι το επιχείρημα αυτό αποφεύγει επιδέξια τα προβλήματα που επισημάνθηκαν παραπάνω, δεν καταφέρνει τελικά να ξεπεράσει τα εμπόδια που δημιουργεί η ύπαρξη των εθνικών συνταγμάτων. Όπως υποστηρίχθηκε παραπάνω, η δημιουργία ενός Ευρωπαϊκού Συντάγματος απαιτεί την αναγνώριση της νέας έννομης τάξης από τα εθνικά δικαστήρια και την ταυτόχρονη εγκατάλειψη των παλαιών εθνικών συνταγμάτων —άρα και την υποχώρηση κάθε εσωτερικών συνταγματικών κωλυμάτων ως προς την ισχύ του Κοινοτικού δικαίου. Η μεταβολή αυτή όμως απαιτεί την αλλαγή του βασικού κανόνα των σχετικών εννόμων τάξεων, δηλαδή την αλλαγή της αρχής ότι το ισχύον Σύνταγμα είναι η ανώτερη πηγή δικαίου. Όπως υποστηρίχθηκε παραπάνω, η αλλαγή αυτή δεν μπορεί να είναι ούτε συνταγματική ούτε αντισυνταγματική. Επειδή αφορά το ίδιο το θεμέλιο της νομικής ισχύος, δεν μπορεί να κριθεί με κριτήρια νομικής ισχύος, δηλαδή κριτήρια συνταγματικής συμφωνίας ή ασυμφωνίας.

Το πρόβλημα επομένως είναι το ακόλουθο. Εάν η αρχή της υπεροχής του Κοινοτικού δικαίου αλλάζει την βάση της νομικής ισχύος, τότε δεν μπορεί να υπαχθεί σε έλεγχο νομιμότητας. Άρα δεν μπορεί να είναι νομικά ισχυρή. Εφόσον η αρχή της υπεροχής βρίσκεται έξω από το πεδίο της συνταγματικότητας, δεν μπορεί να στηριχθεί στα επιχειρήματα μίας νομικής θεμελίωσης. Η αρχή της υπεροχής μίας «νέας έννομης τάξης» στο σημείο αυτό αυτοαναιρείται: επειδή ζητά την αλλαγή του βασικού κανόνα της έννομης τάξης και την εισαγωγή ενός νέου Ευρωπαϊκού Συντάγματος, δεν μπορεί από τη φύση της να είναι νομικά σύμφωνη με την ισχύουσα έννομη τάξη. Κατά συνέπεια η αρχή της υπεροχής, παρά το γεγονός ότι διατυπώνεται από ένα συνταγματικό όργανο όπως το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, δεν μπορεί να είναι νομικά δεσμευτική για τα δικαστήρια των Κρατών Μελών. Η αποδοχή ή η απόρριψή της δεν ανήκει στο πεδίο της νομικής επιχειρηματολογίας ή της νομικής δογματικής. Δεν μπορεί να αξιολογηθεί με βάση νομικά κριτήρια.

2. Τα όρια του νομικού θετικισμού

Στο σημείο αυτό φαίνεται να έχουμε βρεθεί σε ένα αδιέξοδο. Έχουμε συμπεράνει ότι το Ευρωπαϊκό δίκαιο είτε στηρίζεται στο εσωτερικό Σύνταγμα, άρα δεν μπορεί να είναι ανώτερο από το εσωτερικό δίκαιο, είτε είναι μια νέα έννομη τάξη, η οποία δεν μπορεί να είναι δεσμευτική για τα εσωτερικά δικαστήρια. Το συμπέρασμα αυτό δεν αφήνει χώρο για ένα πραγματικό Ευρωπαϊκό Σύνταγμα, ένα Σύνταγμα που θα ήταν και υπέρθετικό και νομικά δεσμευτικό.

Ένα τέτοιο συμπέρασμα, όμως, προϋποθέτει ότι η τυπική ανάλυση της ιεραρχίας των πηγών του δικαίου είναι ο μόνος τρόπος συνταγματικής επιχειρηματολογίας. Αυτό θα ήταν μια εσφαλμένη εκτίμηση του ρόλου της τυπικής ανάλυσης στη θεωρία του δικαίου και στο συνταγματικό δίκαιο. Θα ήταν μάλιστα και εσφαλμένη ερμηνεία της θεωρίας του Kelsen και του νομικού θετικισμού. Αυτό που λείπει είναι η αυστηρή διάκριση, την οποία συχνά τόνισε ο Kelsen στα γραπτά του, μεταξύ της ιεραρχίας των νομικών κανόνων και της ενασχόλησης με τις προϋποθέσεις και τοποθετήσεις που την θεμελιώνουν κανονιστικά. Το δεύτερο έργο ήταν για τον Kelsen εκτός της νομικής σφαίρας, μέρος μόνο μίας γενικότερης συνταγματικής ή πολιτικής συζήτησης. Εξετάζοντας τη νομική διάσταση και αγνοώντας τελείως την πολιτική, η Κελσενική θεωρία του δικαίου ασχολείται αποκλειστικά με τα προβλήματα μίας δεδομένης έννομης τάξης και ιδίως με τα εννοιολογικά μέσα με τα οποία είναι δυνατό να υπάρξει η διάκριση μεταξύ δικαίου και ηθικής. Μια τέτοια θεωρία μπορεί να προσφέρει πολύ μικρή καθοδήγηση στην συζήτηση για την (πολιτική) θεμελίωση μίας νέας έννομης τάξης, για τον απλούστατο λόγο ότι ποτέ δεν στράφηκε σε τέτοια ερωτήματα²⁷.

Ο νομικός θετικισμός του Kelsen επεδίωξε να εδραιώσει την «ακαθάρτητα» της νομικής επιστήμης και τη διαφορά της από τις κοινωνικές επιστήμες και την ηθική σκέψη. Περιέγραψε το Σύνταγμα ως

27. Βλ. π.χ. J. Raz, «The Purity of the Pure Theory», in R. Tur and W. Twining, *Essays on Kelsen* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 79, 97.

τον υψηλότερο κανόνα της έννομης τάξης, έτσι ώστε να προστατεύσει τον χώρο της νομικής επιχειρηματολογίας από τη χρήση αβέβαιων κοινωνιολογικών παρατηρήσεων και τις προκαταλήψεις της ιδεολογίας²⁸. Η απαραίτητη διάκριση μεταξύ δικαίου, κοινωνιολογίας και ηθικής επιτυγχάνεται, κατά τον Kelsen, μέσω του βασικού κανόνα. Ο βασικός κανόνας είναι το κριτήριο του τί ανήκει στον χώρο της έννομης τάξης και τί όχι. Η λειτουργία του βασικού κανόνα –και του Συντάγματος που αυτός θεμελιώνει– είναι να προμηθεύσει τα εννοιολογικά μέσα με τα οποία μπορεί να συντηρείται η διάκριση του δικαίου από την ηθική ή την κοινωνιολογία.

Θα πρέπει όμως να τονίσουμε εδώ ότι ο βασικός κανόνας δεν αποσκοπεί στο να αποδείξει την ορθότητα της διάκρισης δικαίου και ηθικής. Είναι, αντίθετα, το συμπέρασμα που συνάγεται από τη θέση ότι τα δύο αυτά πεδία οφείλουν να είναι χωριστά. Ο Kelsen γράφει, για παράδειγμα, ότι «ο βασικός κανόνας είναι μόνο η απαραίτητη προϋπόθεση για κάθε θετικιστική ερμηνεία του νομικού υλικού»²⁹. Μόνο εάν η ερμηνεία αυτή επιδιώκει να είναι θετικιστική, να ακολουθεί τη διάκριση του δικαίου από την ηθική, είναι αναγκαία η έννοια του βασικού κανόνα. Η πραγματικότητα της διάκρισης δικαίου και ηθικής δεν είναι, για τον Kelsen, η εμπειρική θεμελίωση του νομικού θετικισμού αλλά, αντίθετα, το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα του. Είναι προφανές, συνεπώς, ότι η κατασκευή του βασικού κανόνα έχει νόημα μόνο σε ένα ήδη υπάρχον νομικό σύστημα. Ο βασικός κανόνας υπερασπίζεται την ανεξαρτησία μίας τέτοιας έννομης τάξης έναντι της κοινωνιολογίας και της ηθικής. Δεν έχει όμως καμμία λειτουργία όταν ένα τέτοιο σύστημα δεν έχει δημιουργηθεί ακόμα.

Τοποθετώντας τις Συνθήκες στο κορυφαίο σημείο της ιεραρχίας της έννομης τάξης, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων προσκάλεσε τα εσωτερικά δικαστήρια να δεχθούν έναν νέο βασικό κανόνα, ή, με άλλες λέξεις, μία «νέα ευρωπαϊκή έννομη τάξη», ως μέρος της

28. Βλ. ιδίως H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. by B. L. Paulson and S. L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1992).

29. H. Kelsen, *General Theory of Law ...*, 116.

δογματικής του Κοινοτικού δικαίου. Η αλλαγή αυτή παρουσιάστηκε ως μέρος της ερμηνείας του νομικού υλικού και ως η φυσική πρόοδος της συνταγματικής τάξης της Κοινότητας. Είμαστε τώρα σε θέση, πιστεύω, να δούμε ότι το νομικό αυτό επιχείρημα βασίζεται στην λανθασμένη επέκταση της θετικιστικής μεθοδολογίας σε χώρους όπου δεν μπορεί να έχει θέση. Η δημιουργία μιας νέας έννομης τάξης δεν μπορεί να γίνει δεκτή από τη νομική επιχειρηματολογία, κατά τον ίδιο τρόπο με τον οποίο η ισχύουσα τάξη γίνεται εκ των προτέρων δεκτή. Είναι αλήθεια ότι σε μία θετικιστική έννομη τάξη ο βασικός κανόνας προϋποτίθεται από την νομική σκέψη, με την έννοια ότι δεν μπορεί να αμφισβητηθεί νομικά η ισχύς του. Αυτό όμως βρίσκει εφαρμογή μόνον όταν η έννομη τάξη υπάρχει ήδη και το έργο της νομικής επιστήμης είναι να την ερμηνεύσει. Εάν, όμως, το ζητούμενο είναι η αναγνώριση μιας νέας έννομης τάξης, τότε τα εργαλεία του νομικού θετικισμού είναι άχρηστα³⁰.

Εδώ, συνεπώς βρίσκεται το πρόβλημα για την αρχή της άνευ όρων υπεροχής του Κοινοτικού δικαίου. Το ζήτημα της δημιουργίας μιας νέας έννομης τάξης δεν μπορεί να επιλυθεί με βάση μία θετικιστική νομική επιχειρηματολογία. Αυτού του είδους η επιχειρηματολογία λειτουργεί μόνον μέσα στα όρια μίας δεδομένης έννομης τάξης και συνεπώς δεν μπορεί να μας πει τίποτε για την φύση της τάξης αυτής σε σχέση με εξωτερικά κριτήρια. Πράγματι, η θετικιστική άποψη περί δικαίου, προϋποθέτει ότι αυτού του είδους τα εξωτερικά κριτήρια δεν θα πρέπει να υπάρχουν στη νομική επιχειρηματολογία. Αντίθετα, η αποδοχή μιας νέας έννομης τάξης είναι θέμα πολιτικού περιεχομένου, η οποία μπορεί να υποστηριχθεί ή απορριφθεί μόνον με βάση ουσιαστικά, όχι τυπικά, επιχειρήματα³¹.

30. Πρβλ. F. Schauer, «Amending the Presuppositions...», 110, και J. W. Harris, «Where and Why Does the Grundnorm Change?», *Cambridge L. J.* 29, (1971), 103.

31. Για αυτόν τον λόγο το επιχείρημα ότι η Ευρωπαϊκή Κοινότητα καλύπτει τις εμπειρικές προϋποθέσεις ενός «αυτόνομου νομικού συστήματος» δεν αρκεί για να θεμελιώσει την υπεροχή του Κοινοτικού δικαίου. Ότι η Κοινότητα έχει αυτά τα

3. Το ουσιαστικό σύνταγμα

Το γεγονός ότι η αλλαγή του βασικού κανόνα είναι ζήτημα ουσιαστικό και όχι νομικό-δογματικό εγείρει πολλά σημαντικά ερωτήματα. Αυτά είναι γνήσια ερωτήματα συνταγματικής θεωρίας και όχι ζητήματα ερμηνείας ενός υπάρχοντος Συντάγματος. Το ερώτημα, για παράδειγμα, «ποιό πρέπει να είναι το περιεχόμενο του Συντάγματος», ή το ερώτημα «ποιά είναι η προτιμότερη θεσμική τάξη;» μας φαίνονται θολά, υπερβολικά γενικά ή δυσνόητα, είτε αφορούν ένα κράτος είτε αφορούν την Ευρώπη συνολικά. Σε κάθε περίπτωση, αδυνατούμε να τα απαντήσουμε με τα μέσα και τις μεθόδους του συνταγματικού δικαίου.

Η αδυναμία αυτή είναι ένα χαρακτηριστικό της νεώτερης επιστήμης του συνταγματικού δικαίου. Η συνταγματική σκέψη των αρχών της νεώτερης εποχής, η οποία δεν είχε ακόμη δημιουργήσει το συνταγματικό δίκαιο ως «επιστήμη», δεν γνώριζε παρόμοιους δισταγμούς. Οι νομικοί και θεωρητικοί που θεμελίωσαν τον συνταγματισμό και σχεδίασαν νέα Συντάγματα για τις νεότευκτες δημοκρατίες του δεκάτου ογδόου και δεκάτου ενάτου αιώνα, πίστευαν αντίθετα ότι η επιχειρηματολογία περί του Συντάγματος μπορεί να έχει συγκεκριμένη μέθοδο και αποτελέσματα (όπως ακριβώς και οι άλλοι κλάδοι της φιλοσοφίας). Η επαναστατική παράδοση της Γαλλίας και της Αμερικής μάς κληροδότησε έτσι μία συνταγματική θεωρία που επιδιώκει να κρίνει την ορθότητα συνταγματικών προτάσεων χρησιμοποιώντας προ-

χαρακτηριστικά —όποια και αν είναι αυτά— δεν σημαίνει πως η παλιά έννομη τάξη έχει ξαφνικά ή έχει σταματήσει να καλύπτει τις ίδιες προϋποθέσεις. Η επιλογή μεταξύ των δύο τάξεων για το ποιά είναι ιεραρχικά προτιμότερη παραμένει ένα κανονιστικό ερώτημα που δεν μπορεί να απαντηθεί με εμπειρικά δεδομένα και μόνο. Βλ. για παράδειγμα Max Sorensen, «Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order», *I. C. Q.* 32 (1983), 559, και M. L. Jones, «H. L. A. Hart's Model of Law and a Legal System», *Cornell International Law Journal* 7 (1984), 1. Το σφάλμα αυτό έχει επισημανθεί και από τον N. MacCormick, «Beyond the Sovereign State», *Modern L. R.* 56 (1993), 1, 16.

σεκτικά αναλυτικά επιχειρήματα και ευαίσθητη ιστορική κατανόηση³². Αυτή η παράδοση μπορεί να ήταν υπερβολικά αισιόδοξη και τελικά να μην μπορεί να επιλύσει τα ζητήματα της θεσμικής οργάνωσης της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Αλλά μπορεί ενδεχομένως να βοηθήσει στην διευκρίνιση κάποιων από τις πτυχές του σημερινού προβλήματος. Στις σελίδες που ακολουθούν θα επιχειρηθεί μία πρώτη προσέγγιση της ιδέας του «Συντάγματος της Ευρώπης» από την οπτική γωνία αυτής της ουσιαστικής συνταγματικής θεωρίας.

Το πιο σύνθημα όσον αφορά την «νέα ευρωπαϊκή έννομη τάξη» είναι η σύγχυση συνταγματικών ζητημάτων με πολιτικά προβλήματα τελείως διαφορετικής φύσης. Η έννοια της συνταγματικής άσκησης της πολιτικής εξουσίας βασίζεται σε μία απλή διάκριση μεταξύ των σκοπών του κράτους στον συγκεκριμένο τόπο και χρόνο, και της δομής που πρέπει να έχει η άσκηση της εξουσίας κατά έναν τρόπο μόνιμο ή σταθερό, ανεξάρτητα από τις εκάστοτε συνθήκες. Η πρώτη κατηγορία περιλαμβάνει τους σκοπούς, τις πολιτικές ή επιδιώξεις που το Κράτος καλείται να υιοθετήσει ή απορρίψει κατά την άσκηση της συλλογικής λήψης αποφάσεων. Η δεύτερη κατηγορία αποτελείται από τις ρυθμίσεις που συνθέτουν και περιορίζουν την κρατική εξουσία, ανεξάρτητα από την καθημερινή πολιτική και τις επιδιώξεις της. Η διάκριση αυτή, που εκφράζεται στο δημόσιο δίκαιο μέσα από την αρχή του κράτους δικαίου, βασίζεται στην θέση ότι υπάρχει ένας πυρήνας πολιτικών διαδικασιών και αρχών που πρέπει να βρίσκονται πέρα από την καθημερινή πολιτική. Κατ' αυτήν την έννοια, ο συνταγματισμός είναι εξίσου αντίθετος προς την δικτατορία όσο και την ριζοσπαστική δημοκρατία. Και στις δύο περιπτώσεις η

32. Η ιστορία του επαναστατικού συνταγματισμού παρατίθεται με εξαιρετικά διεξοδικό τρόπο από την Hannah Arendt στο *On Revolution* (New York: Viking Press, 1963). Οι απόψεις αυτές που ακολουθούν, βασίζονται εν πολλοίς στις αναλύσεις της Arendt. Βλ. επίσης C. H. McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern* (Ithaca: Cornell University Press, 1958) και A. S. Rosenbaum (ed.), *Constitutionalism: The Philosophical Dimension* (New York: Greenwood Press, 1988).

διάκριση μεταξύ γενικών θεσμών και συγκεκριμένων πολιτικών δεν μπορεί να μείνει άθικτη.

Η συζήτηση για τα ζητήματα ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης συχνά ξεχνά τη διάκριση αυτή και παρουσιάζει το πρόβλημα σαν μία επιλογή μεταξύ δύο θέσεων: αυτής που συμφωνεί με την ιδέα της ευρωπαϊκής ενοποίησης και αυτής που την απορρίπτει. Στην πραγματικότητα η επιλογή είναι πιο πολύπλοκη. Είναι δυνατόν η συμφωνία όσον αφορά κοινές πολιτικές να μην συμβαδίζει με την υποστήριξη κοινών θεσμών. Αντίστροφα, είναι δυνατόν η συμφωνία περί συνταγματικών θεσμών να μην συμβαδίζει με τη συμφωνία για κοινές ή αρμονικές λύσεις σε συγκεκριμένα ζητήματα. Οι πιθανές διαφωνίες αφορούν συνεπώς δύο διαφορετικούς και όχι αναγκαστικά συνδεδεμένους τομείς. Όταν το πρόβλημα παρουσιάζεται ως μία ενιαία επιλογή υπέρ ή κατά της «ενωμένης Ευρώπης», τότε η απάντησή του αναγκαστικά φαίνεται εξαιρετικά πολύπλοκη και δύσκολη. Η συζήτηση του ουσιαστικού συνταγματισμού εμπλέκεται τότε σε μία εξαιρετικά νεφελώδη συνένωση ζητημάτων που έχουν μικρή σχέση μεταξύ τους. Αυτή η προσέγγιση πρέπει να είναι όμως εσφαλμένη. Ενώ θα ήταν πράγματι αδύνατο να καλύψουμε όλες τις πιθανές διαφωνίες που σχετίζονται με την προοπτική της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, θα ήταν κατά πολύ απλούστερο να επικεντρώναμε το ενδιαφέρον μας σε ένα μόνο μέρος του προβλήματος. Τα ζητήματα που αφορούν τη μόνιμη εναρμόνιση πολιτικών και άλλων θεσμών στα πλαίσια της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι μία τέτοια κατηγορία.

Πώς όμως μπορούμε να διακρίνουμε πολιτικές από θεσμούς; Με ποιά κριτήρια θα χαράξουμε τη διάκριση μεταξύ ζητημάτων που ανήκουν στην καθημερινή πολιτική και αυτών που πρέπει να βρίσκονται πέρα από την συνήθη πολιτική διαδικασία; Οι μόνιμοι θεσμοί στο συνταγματικό κράτος αποσκοπούν στον περιορισμό της κρατικής εξουσίας βάσει γενικών και αφηρημένων κανόνων. Αυτοί οι κανόνες αφορούν κατ' αρχήν τις διαδικασίες του κράτους δικαίου και την εξασφάλιση της ήπιας άσκησης της εξουσίας. Έχουν σκοπό τους την υπαγωγή της εξουσίας σε γενικούς κανόνες γνωστούς εκ των προτέρων, την ύπαρξη αντίβαρων στα κύρια κέντρα εξουσίας, και τον σεβασμό

των ατομικών δικαιωμάτων, ιδίως των μειονοτήτων και των πολιτικά αδυνάμων τμημάτων της πολιτικής κοινωνίας. Ο περιορισμός της εξουσίας από τέτοιους κανόνες επιδιώκει όμως ταυτόχρονα να αποφύγει το αντίθετο άκρο: την καθήλωση της εξουσίας στην αδράνεια και την δυσλειτουργία. Η ισορροπία μεταξύ ήπιας και επιτυχούς άσκησης της εξουσίας είναι ένα από τα κυριότερα προβλήματα του συνταγματικού κράτους, η λύση του οποίου δεν μπορεί να βρεθεί μόνο σε αφηρημένες έννοιες αλλά και με τη βοήθεια της πρακτικής εμπειρίας.

Όταν τα προβλήματα αυτά τίθενται στην προοπτική ενός νέου «Ευρωπαϊκού Συντάγματος» για τα μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, γίνονται ακόμη πιο περίπλοκα και δυσχερή. Τα Κράτη Μέλη, όχι μόνο έχουν διαφορετικές πολιτικές, νομικές και πολιτιστικές παραδόσεις, αλλά έχουν και δεινή και πικρή πείρα από τις μεταξύ τους συγκρούσεις. Το πρόβλημα της ειρήνης και της στρατηγικής ισορροπίας μεταξύ των διαφορετικών ευρωπαϊκών δυνάμεων που συμμετέχουν στην Κοινότητα, είναι συνεπώς τελείως διαφορετικό από τα αντίστοιχα προβλήματα εσωτερικής πολυμορφίας που αντιμετώπισαν ο Αμερικανικός ή ο Γαλλικός συνταγματισμός κατά τον δέκατο όγδοο αιώνα.

Θα μπορούσαμε ίσως να οργανώσουμε τις σκέψεις μας πάνω σε αυτά τα ζητήματα συγκεντρώνοντας την προσοχή μας σε ορισμένα γενικά κριτήρια επιτυχούς συνταγματικής οργάνωσης της Κοινότητας. Θα προταθούν εδώ πέντε τέτοια κριτήρια, που αποτελούν, ίσως, τα πιο σημαντικά στοιχεία μίας ουσιαστικής κριτικής του ευρωπαϊκού συντάγματος. Αυτά τα κριτήρια δεν θα απαντήσουν με μηχανικό τρόπο στο ερώτημα της αποδοχής ή όχι της ιδέας ενός «Ευρωπαϊκού Συντάγματος». Θα βοηθήσουν όμως στην πειστική και διεισδυτική συζήτηση του προβλήματος. Αυτό που απαιτείται είναι προφανώς η προσεκτική στάθμιση των κριτηρίων αυτών τόσο έναντι άλλων επιδιώξεων όσο και μεταξύ τους.

Η σχηματική παράθεση των ουσιαστικών πτυχών του ευρωπαϊκού συνταγματισμού μπορεί λοιπόν να ξεκινήσει ως εξής. Το πρώτο ζητούμενο είναι ότι η νέα ευρωπαϊκή συνταγματική τάξη θα πρέπει να εξασφαλίζει την αποτελεσματική λήψη των συλλογικών αποφάσεων. Με άλλες λέξεις, οι διαδικασίες λήψης αποφάσεων θα πρέπει και να

είναι σύντομες αλλά και να παρέχουν στους εκάστοτε φορείς της εξουσίας τις απαραίτητες πληροφορίες και γνώσεις ως προς το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Δεύτερον, η νέα πολυεθνική συνταγματική εξουσία (δηλαδή τα όργανα της Κοινότητας) θα πρέπει να σέβεται τα βασικά δικαιώματα των ιδιωτών, έτσι ώστε η εξουσία να μην μπορεί να παραμερίζει τον απαραίτητο σεβασμό προς άτομα και μειοψηφίες, ακόμη και παρά τις αντίθετες εκκλήσεις της μειοψηφίας ή ομάδων πίεσης. Η υποχρέωση αυτή προφανώς σημαίνει την διάκριση των εξουσιών και οδηγεί στην καθιέρωση δικαιοδοτικών, δηλαδή δικαστικών, διαδικασιών ελέγχου της εξουσίας. Το τρίτο ζητούμενο είναι η δημοκρατική συμμετοχή στην άσκηση της εξουσίας. Αυτό σημαίνει ότι οι πολιτικοί θεσμοί οφείλουν να παρέχουν επαρκείς ευκαιρίες και διαδικασίες για ενεργό πολιτική συμμετοχή σε όλα τα επίπεδα (εθνικά και υπερεθνικά). Το τέταρτο κριτήριο είναι η άσκηση της εξουσίας με τρόπο που να εξασφαλίζεται η σταθερότητα και η συνέχεια. Το πέμπτο είναι η εξασφάλιση μακροπρόθεσμης και αμοιβαίας εμπιστοσύνης και άρα της ειρήνης μεταξύ παραδοσιακά εχθρικών γειτόνων.

Όλες αυτές οι επιδιώξεις του ευρωπαϊκού συντάγματος δεν είναι παρά περιληπτικές αναφορές σε μεγάλα και περίπλοκα ζητήματα της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης. Είναι απλώς σημεία εκκίνησης που ενδέχεται να οδηγήσουν σε μια πιο πειστική ουσιαστική συζήτηση. Θα πρέπει όμως να είναι βέβαιο, ότι οποιαδήποτε απόφαση για την εξέλιξη του παρόντος συνταγματικού παραδείγματος, όπου κατά την άποψη του γράφοντος δεν υπάρχει ακόμα «Ευρωπαϊκό Σύνταγμα» αλλά παράλληλες συνταγματικές τάξεις των Κρατών Μελών, προς μία κατεύθυνση συνταγματικής ολοκλήρωσης θα πρέπει να καλύπτει τουλάχιστον τα ζητήματα αυτά. Η μετάβαση από την διεθνή συνεργασία και ολοκλήρωση προς ένα Ευρωπαϊκό Κράτος δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή εάν δεν έχει πρώτα γίνει φανερό ότι πληρούνται οι βασικές αυτές προϋποθέσεις του ουσιαστικού συνταγματισμού. Εάν το «Ευρωπαϊκό Σύνταγμα» δεν μπορεί να δείξει ότι είναι κάτι καλύτερο από τα εθνικά συντάγματα, τότε η μετάβαση στη νέα συνταγματική τάξη θα παραμείνει ανοιχτή στην ουσιαστική κριτική του συνταγματισμού (το οποίο δεν σημαίνει φυσικά ότι μια τέτοια μετάβαση δεν θα μπορέσει να

συμβεί). Η κατανόηση των συνταγματικών προβλημάτων της ευρωπαϊκής ενοποίησης απαιτεί, συνεπώς, την εξέταση του ουσιαστικού συνταγματισμού. Ένα επιτυχημένο επιχείρημα για την μετάβαση στην νέα τάξη του «Ευρωπαϊκού Συντάγματος» θα πρέπει να στηρίζεται στα κριτήρια που παρουσιάστηκαν παραπάνω³³.

4. Συμπέρασμα

Εάν τα παραπάνω επιχειρήματα είναι σωστά, τότε οι λύσεις που έχουν μέχρι σήμερα προσφερθεί από το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων δεν έχουν κτίσει την έννομη τάξη της Κοινότητας σε στέρεες βάσεις. Η θέση ότι οι Συνθήκες αποτελούν κατά κάποιον τρόπο το Σύνταγμα της Ευρώπης, βάσει μιας νομικής-δογματικής εξέλιξης, ξεχνά ότι υιοθέτηση ενός νέου Συντάγματος μπορεί να αξιολογηθεί και να γίνει δεκτή μόνο με κριτήρια ουσιαστικού συνταγματισμού και όχι με βάση μια νομική επιχειρηματολογία. Η αρχή της υπεροχής του Κοινοτικού δικαίου δεν είναι συνεπώς σε θέση να οδηγήσει στην επιθυμητή ομοιομορφία στις έννομες τάξεις των Κρατών Μελών. Σε περιπτώσεις σύγκρουσης μεταξύ Κοινοτικού δικαίου και εσωτερικού Συντάγματος, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να επισημάνουν ότι οι αποφάσεις *Simmenthal* και *Internationale Handelsgesellschaft* ήταν εσφαλμένες και ότι το Κοινοτικό δίκαιο δεν μπορεί να υπερισχύσει των εθνικών συνταγματικών διατάξεων.

Τα συμπεράσματα αυτά μπορεί να φαίνονται ιδιαίτερα αρνητικά, στο πνεύμα ίσως της συνήθους «σκεπτικιστικής» κριτικής προς το Δικα-

33. Ακριβώς επειδή η συζήτηση των ουσιαστικών αυτών ζητημάτων βρίσκεται ακόμα σε ένα αρχικό στάδιο, είναι πολύ δύσκολο να αξιολογηθούν προτάσεις για ένα Ευρωπαϊκό Σύνταγμα, όπως αυτή π.χ. του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Βλ. O.J. 1994, C 61/155-70. Το ίδιο ισχύει και για τις προτάσεις του Ernst-Ulrich Petersmann, «Proposals for a New Constitution for the European Union: Building Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU», *C.M.L.R.* 32 (1995), 1123, όπου τα σημαντικά συνταγματικά ερωτήματα δεν αντιμετωπίζονται επαρκώς.

στήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης γενικότερα. Παρ' όλ' αυτά, η επιχειρηματολογία που προηγήθηκε αποσκοπεί μόνον στη διευκρίνιση της συνταγματικής δομής της Κοινότητας. Παρά το γεγονός ότι ασκείται κριτική και προτείνονται αλλαγές στην υπάρχουσα κατεύθυνση της νομολογίας, η παραπάνω επιχειρηματολογία δεν προσθέτει ούτε αφαιρεί τίποτα στη συζήτηση υπέρ ή κατά της ευρωπαϊκής ενοποίησης. Αντίθετα, το επιχείρημα αυτό οδηγεί σε μία πιο στέρεα και πιο πειστική πορεία.

Τελικά δεν θα πρέπει να υποτιμούμε το πόσο δύσκολο είναι το έργο της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης τόσο στην πολιτική όσο και στη θεωρητική του διάσταση³⁴. Είναι σημαντικό συνεπώς να σημειωθεί ότι η πορεία προς την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση μπορεί να πάρει διαφορετικές μορφές. Η άνευ όρων υπεροχή του Κοινοτικού δικαίου δεν είναι η μοναδική δυνατότητα νομικής εναρμόνισης. Μια πιο βαθμιαία σύγκλιση είναι εξίσου πιθανή. Οι συνταγματικές αλλαγές που έχουν συμβεί στις έννομες τάξεις των Κρατών Μελών τα τελευταία δέκα ή είκοσι χρόνια είναι η καλύτερη απόδειξη ότι μία διαδικασία αποκεντρωμένης σύγκλισης —με βάση το εσωτερικό δίκαιο— είναι μία πιθανή και αποτελεσματική εναλλακτική λύση. Αυτή η διαδικασία ίσως μάλιστα να είναι μία πιο συμπαγής βάση για μία «νέα ευρωπαϊκή έννομη τάξη», αν αναλογιστεί κανείς ότι ξεκίνησε από εσωτερικές διαδικασίες ή δικαστικές αποφάσεις και στηρίχθηκε στις νομικές παραδόσεις των Κρατών Μελών.

Το θετικό συμπέρασμα της ανάλυσης αυτής μπορεί συνεπώς να είναι ότι τα ζητήματα της ευρωπαϊκής ενοποίησης είναι κυρίως ζητήματα ουσιαστικού συνταγματισμού. Το τυπικό ζήτημα της συνταγματικής υπεροχής του Κοινοτικού ή του εθνικού δικαίου δεν μπορεί από μόνο του να δώσει τις απαραίτητες απαντήσεις. Εάν δεν προχωρήσουμε πέρα από την τυπική συνταγματική ανάλυση, δεν θα μπορούσαμε να κατανοήσουμε τα προβλήματα και τις δυσκολίες της δημιουργίας ενός πραγματικού Ευρωπαϊκού Συντάγματος.

34. Στο ίδιο συμπέρασμα, αλλά και για διαφορετικούς λόγους, οδηγείται και ο MacCormick, «Beyond the Sovereign State», 17-18.

Σε μία πρόσφατη δημοσίευσή του σχετικά με τους θεσμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο δικαστής Mancini εξέφρασε την άποψη πως το Δικαστήριο θα πρέπει να προσέξει να μη δώσει την εντύπωση ότι οι αποφάσεις του κρύβουν μία κρυφή πολιτική επιλογή προς μία ομοσπονδιακή Ευρώπη. Αμέσως μετά πρόσθεσε τα εξής:

Με αυτό δεν εννοούμε ότι το Δικαστήριο πρέπει αναγκαστικά να υποχωρήσει απέναντι σε αυτές τις ανησυχίες. Η προτίμηση υπέρ της Ευρώπης έχει καθορισθεί στον γενετικό κώδικα που μεταβιβάστηκε στο Δικαστήριο από τους θεμελιωτές (founding fathers) της Κοινότητας, οι οποίοι του εμπιστεύτηκαν το έργο της τήρησης του δικαίου κατά την εφαρμογή της Συνθήκης. Ο πρωταρχικός σκοπός της Συνθήκης αυτής είναι η «ολοένα στενότερη συνένωση των λαών της Ευρώπης»³⁵.

Αυτή η υπερβολικά αισιόδοξη προσέγγιση στα ζητήματα του ευρωπαϊκού συνταγματισμού, η οποία υποθέτει ότι υπάρχει μία ιστορικά καθορισμένη πορεία προς ένα σαφές τέλος, δεν αναγνωρίζει ούτε υποτιμά την πολυπλοκότητα και δυσκολία του εγχειρήματος. Εάν το επιχείρημα που προτάθηκε εδώ είναι σωστό, τότε δεν γνωρίζουμε ούτε τί είναι το «Ευρωπαϊκό Σύνταγμα» ούτε τί χρειάζεται για μία «στενότερη συνένωση των λαών της Ευρώπης». Αυτές είναι ουσιαστικές πολιτικές ερωτήσεις οι οποίες δεν έχουν ακόμα λάβει οριστικές απαντήσεις.

35. G. Federico Mancini and David T. Keeling, «Democracy and the European Court of Justice», *Modern L. R.* 57 (1994), 175, 186.

