

ΠΟΙΟΙ (ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ) ΕΙΝΑΙ ΟΙ ΦΥΛΑΚΕΣ ΕΝΟΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ*;

Φίλιππος Κ. Βασιλόγιαννης

Καθηγητής Φιλοσοφίας του Δικαίου
στη Νομική Σχολή του ΕΚΠΑ

Ποιος είναι ο «Φύλακας του Συντάγματος»; Ο διάλογος Kelsen και Schmitt, (Εισαγωγή-μετάφραση Νικόλα Βαγδούτη), Εκδόσεις Παπαζήση, 2024

Η παράνοια των αρχόντων δεν πρέπει να αφήνεται αφύλακτη
Hamlet, 3.1

Στις επόμενες σκέψεις, θα προσπαθήσω να πλαισιώσω αυτή την περιώνυμη νομικοπολιτική, θεωρητική και ιδεολογική αντιπαράθεση¹ κατ' αρχάς, συνοπτικά, με τις διαφορές του Hans Kelsen και του Carl Schmitt ιδίως ως προς τις αντιλήψεις τους για τη δημοκρατία και ως προς τη συνταγματική θεωρία τους (ο Schmitt μάλλον δεν έχει, ο Kelsen μάλλον έχει, αλλά ο ίδιος δεν θα τη θεωρούσε αυστηρά επιστημονική)· κυρίως όμως, εν συνεχεία, και κάπως αναλυτικότερα, με τις συγκλίσεις τους, αν όχι τις ομοιότητές τους, οι οποίες συνήθως παραγνωρίζονται, στο ζήτημα της κανονιστικότητας (*normativity*) του Συντάγματος και γενικότερα του δικαίου. Και για τους δύο, παρά τις κρίσιμες διαφορές τους, το ζήτημα της κανονιστικότητας είναι, κατά βάση, θέμα λήψεως αποφάσεως· και όμως, όπως θα υποστηρίξω και εδώ, κανονιστικά η απόφαση είναι ασήμαντη. Ίσως μάλιστα αυτή τους η αντίληψη για την κανονιστικότητα του Συντάγματος τους οδηγεί, εκ παραλλήλου, στην αναζήτηση, ιδανικά, ενός και μόνου ειδικού κρατικού οργάνου για την *τήρηση*² του Συντάγματος: κατά τον Kelsen, αυτό *πρέπει* να είναι ένα συνταγματικό δικαστήριο, ενώ, κατά τον

* Βασίζεται στην ομιλία του γράφοντος στην επιστημονική εκδήλωση που διοργάνωσε το Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου – Ίδρυμα Θεμιστοκλή και Δημήτρη Τσάτσου με θέμα: «Ποιος είναι ο φύλακας του Συντάγματος», την 06.02.2025 στον Δικηγορικό Σύλλογο Αθηνών. Ευχαριστώ και από τη θέση αυτή τον φίλο Καθηγητή Ξενοφώντα Κοντιάδη για την τιμητική πρόσκλησή του να λάβω μέρος στην εκδήλωση.

¹ Βλ. αναλυτικά την εισαγωγή του μεταφραστή Νικόλα Βαγδούτη, σελ. 9 επ. Από τη σχετικά πρόσφατη, κατατοπιστική για την όλη προβληματική γερμανική βιβλιογραφία, βλ. D. Grimm, *Recht oder Politik?: Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, 2020.

² Πρβλ. τις εύστοχες εννοιολογικές επισημάνσεις του Αρ. Ι. Μάνεση, *Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος*, τόμ. Α', 1956, σελ. 43 επ., σελ. 5.

Schmitt, που το αρνείται, αυτό ήταν ήδη, κατά το Σύνταγμα της Βαϊμάρης, ο Αρχηγός του Κράτους· ο Πρόεδρος εν προκειμένω της Δημοκρατίας της Βαϊμάρης.

Η αντιπαράθεση ίσως είναι, βέβαια, βιβλιογραφικά (όχι όμως και πολιτικά –κάθε άλλο) ξεπερασμένη· στη χώρα μας ήδη από την έκδοση του πλέον εντυπωσιακού, αν όχι του ωραιότερου έργου της ελληνικής συνταγματικής θεωρίας: *Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος*³ (παραφράζοντας έναν έπαινο, χωρίς όμοιό τους ως προς το τι μπορεί μια συνταγματική θεωρία να επιδιώξει και να συνενώσει· του πόσο *ωραία* μπορεί να γίνει). Ο συγγραφέας πάντως του εν λόγω περισπούδαστου δίτομου έργου⁴ βρίσκεται, και στο ζήτημα του λεγόμενου *φύλακα του Συντάγματος*, πλησιέστερα προς τον Kelsen παρά προς τον Schmitt⁵.

Κατ' αρχάς, λοιπόν, ορισμένα στοιχειώδη προκαταρκτικά για τις φιλοσοφικές και ιδεολογικές διαφορές των Kelsen και Schmitt⁶. Ο Kelsen υπήρξε, ήδη από τον σκοτεινό Μεσοπόλεμο, από τους επιφανέστερους υπερασπιστές του κοινοβουλευτισμού και της φιλελεύθερης δημοκρατίας. Η υπεράσπισή του, βέβαια, έχει σαθρή θεμελίωση⁷: τον *πθικό σχετικισμό*, και ίσως, αργότερα, τον *πθικό σκεπτικισμό* του: ακριβώς επειδή δεν υπάρχουν (απόλυτες) *πθικές αλήθειες* (ή επειδή απλώς δεν νοείται κάτι τέτοιο), γι' αυτό, κατ' αυτόν, το πολίτευμα της αξιακά ουδέτερης ή πολυαρχικής κοινοβουλευτικής φιλελεύθερης δημοκρατίας αποδεικνύεται, με τη συνεπή τήρηση της *αρχής της πλειοψηφίας* (με την ίδια τη θεσμική δυνατότητα, δηλαδή, να καταστεί *πλειοψηφία η εκάστοτε μειοψηφία*), το ασυναγώνιστα καλύτερο (όχι μάλιστα ως δεύτερη καλύτερη λύση –μία [1] τουλάχιστον πολιτική αλήθεια φαίνεται ότι είναι απόλυτη). Ο Schmitt, και αυτός «*διαπρεπής, αλλά και διαβόητος για την υποστήριξή του προς το εθνικοσοσιαλιστικό καθεστώς*», κατά το γνωστό φθέγμα του Αριστοβούλου Μάνεση⁸, υπήρξε, την ίδια εποχή, ο επιφανέστερος εκπρόσωπος μιας αντιδημοκρατικής αντίληψης της δημοκρατίας⁹: ειδικότερα, στο θέμα μας, διότι αυτό συνυφαίνεται με τη σύλληψή του τού ανωτάτου άρχοντος ως μόνου *φύλακα του Συντάγματος*, μιας *δημοψηφισματικής* αντίληψης της πολιτικής νομιμοποίησης· το εκάστοτε ερώτημα δύναται να τεθεί μόνον εκ των άνω, και η απάντηση, *ναι ή όχι* (ο λαός, κατά τον Schmitt, εξ ορισμού αδυνατεί να διαβουλευθεί), δύναται να δοθεί μόνον εκ των κάτω. «*Αυθεντία εκ των άνω, εμπιστοσύνη εκ των κάτω*», κατά το

³ Idem, *Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος*, τόμ. Β', 1961-65.

⁴ Για μια γενικότερη κριτική αποτίμηση, συναφή με τις αναπτύξεις του κυρίως κειμένου, βλ. του γράφοντος, *Ο Αριστόβουλος Μάνεσης στη Βαϊμάρη*, ΤοΣ 3/2015, σελ. 463 επ.

⁵ Ήδη από τη διδακτορική διατριβή του *Περί αναγκαστικών νόμων*, 1953, σελ. 220 επ., ως προς το ότι ο δικαστικός έλεγχος και αυτών των νόμων (των αναγκαστικών) βασίζεται σε *δικανική* (όχι εν στενή εννοία πολιτική) κρίση.

⁶ Ως προς την περιρρέουσα ατμόσφαιρα της εποχής, βλ., από την ελληνική βιβλιογραφία, του γράφοντος, *Φιλοσοφία μετά John Rawls*, 2021, σελ. 212 επ.· επίσης, Idem, *Ενώπιον του Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης: ο Hans Kelsen και Carl Schmitt για την αρχή nullum crimen, nulla poena sine lege*· Β. Νικολαΐδου-Κυριανίδου, *Οι πολλαπλές εκφάνσεις του αντι-εβραϊσμού*, 2022, σελ. 317 επ.· και «Εθνικοσοσιαλιστικός συντηρητισμός και ελληνικό δημόσιο δίκαιο: μια ίσως παραδειγματική περίπτωση», σε: *Τιμητικός τόμος για τον Προκόπιο Παυλόπουλο: Liber amicorum discipulorumque*, 2024, σελ. 23 επ.· οπωσδήποτε δε, Δ. Δημούλη, *Οι συνταγματολόγοι από τη Βαϊμάρη στις μέρες μας. Με αφορμή τη «διαμάχη περί μεθόδου»*, Θέσεις 123, Απρίλιος-Ιούνιος 2013, σελ. 89 επ.

⁷ Βλ., αναλυτικά, Π. Σούρλα, «Αντιδημοκρατική δημοκρατία: *horror procedurae* στον Carl Schmitt», σε: *Δημοκρατία και αυτονομία*, 2017, σελ. 391 επ.

⁸ Αρ. Ι. Μάνεσης, *Συνταγματικό δίκαιο Ι*, 1980, σελ. 43 σημ. 35.

⁹ Βλ., αναλυτικά, Π. Σούρλα, «Αντιδημοκρατική δημοκρατία», ό.π., σελ. 386 επ.· Idem, «Εκθρότητα αντί πολιτικής φιλίας: Carl Schmitt εναντίον Αριστοτέλους», σε: *Δημοκρατία και αυτονομία*, ό.π., σελ. 409 επ.

γνωστό ρητό. (Και, βέβαια, μεθοδολογικά ο ίδιος υπήρξε, με όλες τις χαρακτηριστικές, για τον βίο και την πολιτεία του, παλινωδίες, κατά βάση αποφασιοκράτης [decisionist]).

Είναι ευτύχημα που έχουμε τα δύο κείμενα (με κάποιες εύλογες περικοπές) στη γλώσσα μας σε έναν τόμο, διότι (και) η ελληνική και μάλιστα η νομική βιβλιοπαραγωγή μάλλον ευνοεί, εντελώς δυσανάλογα και αδικαιολόγητα, τον Schmitt (το πακέτο της «αντιδημοκρατικής δημοκρατίας» είναι στα ευπώλητα)· το ελληνικό αναγνωστικό κοινό, λοιπόν, έχει τώρα τη δυνατότητα να σχηματίσει το ίδιο άμεση αντίληψη (όχι από δεύτερο χέρι και από ύποπτους χειροκροτητές του Schmitt) της διανοητικής υπεροχής του Kelsen (έναντι του πνευματικού αντίποδά του¹⁰) και στα θέματα της συνταγματικής θεωρίας. Το κύριο ερώτημα εδώ έγκειται στο ποιο κρατικό όργανο (πρέπει να) είναι ο φύλακας του Συντάγματος, ειδικότερα δε αν ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας της Βαϊμάρης ήταν ο μόνος Φύλακάς του. Η συνταγματολογική αντεπιχειρηματολογία του Kelsen, σε ένα βιβλίο «που δεν είναι φτωχό σε λογικές εκπλήξεις»¹¹, δεν είναι απλώς πειστική, είναι σχεδόν υποδειγματική¹² και πρότυπο για κάθε συνταματολόγο: επί της ουσίας, φύλακας του Συντάγματος πρέπει να είναι, κατά τον Kelsen, όπως προαναφέραμε¹³, ένα συνταγματικό δικαστήριο, κατά το Σύνταγμα δε της Βαϊμάρης, οπωσδήποτε μόνος Φύλακας του Συντάγματος δεν δύναται να είναι ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας. Μια από τις «αναπάντεχες σκέψεις» του (ύποπτα) δέσμιου σε ιδεατούς τύπους Schmitt¹⁴, συναφώς προς τον ισχυρισμό του ότι ένα συνταγματικό δικαστήριο έχει αντιδημοκρατικό χαρακτήρα, έγκειται ακριβώς στο ότι το ίδιο δικαστήριο δεν θα στρεφόταν και κατά της εκτελεστικής εξουσίας, αλλά μόνο κατά της νομοθετικής. Δύο μάλλον μεθοδολογικές παρατηρήσεις του Kelsen έχουν βαρύνουσα σημασία για τις επόμενες αναπτύξεις:

Όπως προσφυώς επισημαίνει ο Kelsen, ο Schmitt συνάγει (θετικές ή αρνητικές) κρίσεις για θεσμούς από «αυθαίρετα καθορισμένες» έννοιες, όπως είναι η έννοια της (απονομής) δικαιοσύνης ως προς την αξιολόγηση του θεσμού του συνταγματικού δικαστηρίου: πρόκειται για «τυπική περίπτωση της εννοιοκρατικής αντίληψης της νομικής επιστήμης που σήμερα [και τότε δηλαδή] μπορεί να θεωρηθεί ξεπερασμένη»¹⁵. (Η θεμελίωση δεν είναι ζήτημα ορισμών ούτε τυπικής λογικής.) Αλλού, συναφώς, ο ίδιος κάνει δικαιολογημένα λόγο για «φυσικοδικαϊκή κατάχρηση» εκ μέρους του Schmitt, «νομικών κατηγοριών»¹⁶: πρόκειται για την αξιολόγηση μιας κατηγορίας του θετικού δικαίου από την οπτική γωνία ενός ξένου προς αυτήν πολιτικού (δηλαδή κομματικού) ιδανικού.

Πράγματι, η πραγμάτευση του Schmitt έχει ως επίκεντρο τη συναγωγή συνταγματικών ρυθμίσεων, όχι ακριβώς από έννοιες, αλλά, ίσως ακριβέστερα, από ιδεατούς τύπους. Με τα λόγια του Kelsen πάντως, «προσπαθεί να συναγάγει έναν επιθυμητό δικαϊκό σχεδιασμό από μία έννοια την

¹⁰ Βλ., και πάλι, του γράφοντος, *Ενώπιον του Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης*, ό.π., και για την πρώτη λεπτομερή παρουσίαση της νομικής θεωρίας του Schmitt στη γλώσσα μας, *Idem, Συμβολή στην παρουσίαση της περί δικαίου θεωρίας του Carl Schmitt*, ΤοΣ 18/1992, σελ. 439 επ.

¹¹ Ποιος πρέπει να είναι ο φύλακας του Συντάγματος; Ποιος είναι ο «Φύλακας του Συντάγματος»;, σελ. 241.

¹² Βλ., από πρώτο χέρι, ό.π., ιδίως σελ. 234 επ.

¹³ Για τη γενεαλογία της ιδέας βλ. D. Dimoulis/S. Lunardi, *Curso de processo constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais 47/2021, σελ. 68 επ.

¹⁴ Βλ. Ποιος πρέπει να είναι ο φύλακας του Συντάγματος;, σελ. 241.

¹⁵ Ibidem, σελ. 182.

¹⁶ Ibidem, σελ. 244.

οποία προϋποθέτει». Διαπράττει, επομένως, κατά τον Kelsen, «την τυπική σύγκρουση θεωρίας δικαίου και πολιτικής του δικαίου»¹⁷. Ο Schmitt εκθέτει (με τη γνωστή διανοητική έξαρση στοιχείων της εκάστοτε πραγματικότητας) ιδεατούς τύπους κρατών, πολιτικών συστημάτων (το ασταθές πολυκομματικό είναι ένα από αυτά) κ.λπ. και επιζητεί, ακολούθως, την προκρούστεια προσαρμογή των ισχυόντων Συνταγμάτων, κατά το ρυθμιστικό περιεχόμενό τους, σε αυτούς (δεν πρόκειται ασφαλώς ούτε για ψήγματα επιχειρηματολογικής θεμελίωσης): στο πλαίσιο αυτό, δεν έχει κανέναν θεωρητικό ή πρακτικό ενδοιασμό να ανασύρει, όπως επισημαίνει ο Kelsen, «από την αποθήκη του συνταγματικού θεάτρου, το πιο παλιό σκηνικό»¹⁸ για τη δήθεν εγγύηση τηρήσεως ενός φιλελεύθερου και δημοκρατικού Συντάγματος: μια ιδεολογία, και αυτή του 19ου αιώνα, σαν εκείνες όμως που ο ίδιος ο Schmitt κατονομάζει, περιγελά και καταπολεμά, για την πολιτική ουδετερότητα του μονάρχη ως μόνου φύλακα του Συντάγματος (στο θεσμικό πλαίσιο του ασταθούς και αβέβαιου πολυκομματικού συστήματος, το οποίο, κατά τον Kelsen, ορθά, απλώς αποτελεί μέρος, όχι του προβλήματος, αλλά του πολιτικού παιγνίου). Όλα αυτά υπονομεύουν, βέβαια, τη ρυθμιστική δύναμη ενός ισχύοντος (όχι επιθυμητού) Συντάγματος στην ονομαστική του αξία: η συνταγματική θεωρία καλείται ακριβώς να δικαιολογήσει την άσκηση του δημόσιου εξαναγκασμού στο όνομα του ισχύοντος Συντάγματος. Ο Schmitt π.χ., όπως επισημαίνει ο Kelsen¹⁹, θεωρεί ότι εντοπίζει τη λειτουργία του Φύλακα του Συντάγματος (και) στον όρκο του Προέδρου, επειδή ορκίζεται να «διαφυλάττει το Σύνταγμα»: όμως «το κείμενο του όρκου δεν είναι, όπως παρατίθεται από τον Schmitt [...] “να διαφυλάττει το Σύνταγμα”, αλλά “να διαφυλάττει το Σύνταγμα και τους νόμους”». Ήδη ο περιώνυμος «πρωτοετής της Νομικής» αντιλαμβάνεται τη διαφορά (και την ερμηνευτική λαθοχειρία του Schmitt).

Ο Kelsen επικεντρώνει τη δικαιολογημένα οξεία κριτική του στο ζήτημα της δήθεν αδυνατότητας να υπάρξει συνταγματική δικαιοσύνη, διότι, κατά τον Schmitt²⁰, η δικαιοσύνη δεν δύναται να αποφανθεί, χωρίς να απωλέσει το δημοκρατικό κύρος της (ως «αριστοκρατία της τηβέννου» δηλαδή²¹), σε ζητήματα εγγενώς (δηλαδή εν στενή εννοία) πολιτικά, όπως είναι, κατ' αυτόν, τα ζητήματα της τηρήσεως του Συντάγματος. Ορθά, βέβαια, τονίζει ο Kelsen, επικαλούμενος τον συνήθη έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, ανεξαρτήτως μάλιστα συστημάτων ελέγχου, ότι οι αποφάνσεις της συνταγματικής δικαιοσύνης είναι και αυτές απλώς δικανικές. Αναρωτιέται όμως, χωρίς ίσως να δώσει (από λεπτότητα) μια πρέπουσα απάντηση στον καιροσκοπό Schmitt, «γιατί ένας συγγραφέας τέτοιας εξαιρετικής ευφυΐας»²², δεν είναι συνεπής. (Ο Schmitt ήταν απλώς εκπληκτικός στις διατυπώσεις.) Εν προκειμένω, γιατί δεν υποστηρίζει με συνέπεια είτε το παλαιό δόγμα του δικαστή ως δήθεν νομικού αυτομάτου, το οποίο έχει ήδη επικαλεσθεί ως προς το ότι τον καθιστά δήθεν ανίκανο ως φύλακα του Συντάγματος²³, είτε τη δική του, ορθή όμως κατά τον Kelsen, άποψη.

¹⁷ Ibidem, σελ. 197.

¹⁸ Ibidem, σελ. 197.

¹⁹ Βλ. Ibidem, σελ. 237 επ.

²⁰ Βλ. Ο Φύλακας του Συντάγματος· Ποιος είναι ο «Φύλακας του Συντάγματος»;, σελ. 153 επ.

²¹ Ibidem, σελ. 160.

²² Ποιος πρέπει να είναι ο φύλακας του Συντάγματος;, σελ. 196.

²³ Βλ. Ibidem, σελ. 194 επ.

Κατά το εν λόγω παλαιό δόγμα, «η δικαστική απόφαση ήδη περιέχεται πλήρως στον νόμο και [...] το μόνο που πρέπει να κάνει ο δικαστής είναι να την “συναγάγει” [...] μέσω μιας λογικής διεργασίας»²⁴. Ο Schmitt, ήδη από μια λαμπρή πρώιμη μελέτη του (του 1912), *Gesetz und Urteil*, έχει υποστηρίξει ότι η (ορθή) δικαστική απόφαση δεν εξάγεται από κανόνα δικαίου. Και ο Kelsen, όχι μόνο έχει εν τω μεταξύ υποστηρίξει την αδυνατότητα του δικανικού συλλογισμού (ως λογικού συλλογισμού), δηλαδή τη λογική αδυνατότητα εφαρμογής του δικαίου, αλλά και το ασήμαντον της ερμηνείας του δικαίου ως γνήσιας (μη δικαιοπλαστικής) ερμηνείας²⁵. Ο ίδιος, λοιπόν, επιδοκιμάζοντας τις ανταγωνιστικές προς το παλαιό γελοίο δόγμα αντιλήψεις του Schmitt, υποστηρίζει, και εδώ, τα εξής²⁶: Ο Schmitt διακηρύσσει με έμφαση: «κάθε απόφαση, ακόμα και ενός δικαστηρίου που αποφασίζει σε μια δίκη υπάγοντας ένα πραγματικό περιστατικό, περιέχει ένα στοιχείο καθαρής απόφασης που δεν μπορεί να συναχθεί από το περιεχόμενο του κανόνα» [...] Από αυτή ακριβώς την κατανόηση προκύπτει, όμως, ότι δεν υπάρχει καμία ποιοτική διαφορά μεταξύ νόμου και δικαστικής απόφασης, ότι η δεύτερη συνιστά δημιουργία δικαίου όσο και ο πρώτος, ότι η απόφαση ενός συνταγματικού δικαστηρίου δεν σταματά να είναι μια δικαιοδοτική πράξη, μια πράξη της δικαιοσύνης, δηλαδή πράξη εφαρμογής δικαίου, επειδή είναι μια πράξη νομοθέτησης, δηλαδή δημιουργίας δικαίου. Επιπλέον, από την αντίληψη αυτή προκύπτει ότι η λειτουργία της δικαιοσύνης έχει αναγκαία έναν «πολιτικό» χαρακτήρα όσο και η λειτουργία της νομοθέτησης, αφού το στοιχείο της «απόφασης» δεν περιορίζεται καθόλου στην τελευταία, αλλά επίσης –και, μάλιστα, αναγκαστικά– περιλαμβάνεται στη λειτουργία της δικαιοσύνης. Αυτή η συνεπαγωγή κατέστησε αβάσιμο όλο το επιχείρημα σύμφωνα με το οποίο η συνταγματική δικαιοδοσία δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή ως δικαιοσύνη επειδή έχει πολιτικό χαρακτήρα [...].

Προηγουμένως μάλιστα ο ίδιος έχει τονίσει και τα εξής:²⁷

Εάν κάποιος συλλάβει το «πολιτικό» ως την απόφαση που τέμνει [*Entscheidung*] μια σύγκρουση συμφερόντων, ως την «απόφαση» [*Dezision*] –για να χρησιμοποιήσω την ορολογία του Schmitt–, τότε πρέπει να αναγνωρίσει ότι κάθε δικαστική [κρίση] περιέχει, σε μεγαλύτερο ή μικρότερο βαθμό [*sic*], ένα στοιχείο [«απόφασης»], ένα στοιχείο άσκησης εξουσίας [*Macht*].

Κ.λπ., κ.λπ.

Δεν είναι, λοιπόν, αγεφύρωτες και στο ζήτημα της κανονιστικότητας του Συντάγματος (και γενικότερα του δικαίου) οι αντιλήψεις των Kelsen και Schmitt: το αντίθετο²⁸. Η κανονιστικότητα είναι, και για τους δύο, όπως προαναφέραμε, ζήτημα λήψεως αποφάσεως²⁹. Θα ήθελα να ελέγξω

²⁴ Ibidem, σελ. 194.

²⁵ Βλ., αναλυτικά, στο υπό έκδοση βιβλίο μου, *Ολιγονομία: δοκιμές μιας συγκριτικής φιλοσοφίας του κοινοδικαίου*, (Αθήνα: Ευρασία), § 1.1.3.

²⁶ Ποιος πρέπει να είναι ο φύλακας του Συντάγματος;, σελ. 195 επ.

²⁷ Ibidem, σελ. 185.

²⁸ Πρβλ. O. Bassok, *The Schmitz Court: The Question of Legitimacy*, German Law Journal 21/2020, σελ. 131 επ.

²⁹ Γι' αυτό ο M. Troper είναι σε θέση να μας παρουσιάσει πειστικά την εικόνα ενός νομικού ρεαλιστή Kelsen· βλ. ήδη *La motivation des décisions constitutionnelles*· C. Perelman/P. Foriers, *La motivation des décisions de justice*, 1978), σελ. 287 επ.· πρβλ., περαιτέρω, P. Techet, “Pure Theory of Law” as Critical Legal Studies avant la lettre. Why Choose Kelsen's Realist Theory of Interpretation over Schmitt's Political Theory for the Left?, *Analisi e diritto* 1/2023, σελ. 147 επ. Πρβλ., ως προς τη συγγένεια μιας ιδεολογίας αποφασιοκρατίας και λαϊκισμού: «Σε μια κατάσταση κρίσης [...] απαντά με τη φενάκη της πολιτικής βούλησης, με μια βουλευσιαρχική έπαρση [...] ότι [...] η νέα εξουσία [...] μπορεί

αυτή τη διαδεδομένη (και επειδή είναι διαδεδομένη μεταξύ των νομικών) αντίληψη ενώπιον ενός βιοτικού αντιπαραδείγματος, για να δείξω (ελπίζω) ευσύνοπτα ότι κανονιστικά η απόφαση είναι ασήμαντη: Έστω, λοιπόν, η περίπτωση ενός φλεγόμενου ξενοδοχείου³⁰, στην οποία αντιμετωπίζουμε, ως επισκέπτες της Βενετίας, τον κίνδυνο του θανάτου, εκτός αν πηδήξουμε από το παράθυρο του δωματίου μας σε ένα κανάλι: οφείλουμε να πηδήξουμε! Το φλεγόμενο ξενοδοχείο αποτελεί ένα δεδομένο, ένα στοιχείο της πραγματικότητας, που συνηγορεί υπέρ του εν λόγω σωτηρίου άλματος. Η τυχόν υποκειμενική (ψυχολογική) μας αδυναμία, εξ αιτίας π.χ. μιας κάποιας φοβίας, να ανταποκριθούμε σε αυτό τον αντικειμενικό λόγο προς τον πράττειν (*reason for action*), ασφαλώς πλήρως εξηγήσιμη και κατανοητή, είναι, ωστόσο, από την οπτική γωνία της ορθολογικής πράξης, εντελώς ασήμαντη. Η κανονιστικότητα δεν δύναται επ' ουδενί λόγω να αποτελέσει ζήτημα απόφασης: έγκειται απλώς στην ανταπόκρισή μας προς τους αποφασιστικούς λόγους. Ούτε θα ενείχε κάτι το κανονιστικό η τυχόν ύπαρξη στο δωμάτιο του ξενοδοχείου μας δύο πανομοιότυπων σωτήριων παραθύρων: η αδυναμία μας να επιλέξουμε (σαν εκείνον τον διάσημο φιλοσοφικό γάιδαρο, τον οποίο καταδίκασε σε θάνατο από πείνα η ανορθολογική του αδυναμία να διαλέξει το ένα από τα δύο, ενώπιόν του, πανομοιότυπα δεμάτια σανό) δεν ενέχει κάτι το κανονιστικό, ούτε καν η ίδια η αυθαίρετη επιλογή του παραθύρου (οφείλουμε να επιλέξουμε αυθαίρετα ένα από τα δύο).

Επικαθορίζουν, άραγε, οι αντιλήψεις των Kelsen και Schmitt για την κανονιστικότητα του Συντάγματος και την ιδιαίτερη αντίληψή τους για τον ιδανικά έναν και μόνο φύλακα του Συντάγματος; Κατά τη γνώμη μου, ναι, θα ήθελα όμως προηγουμένως να διαφωνήσω και με την κοινή αντίληψή τους ότι δεν υφίσταται ουσιώδης διαφορά μεταξύ θεσπίσεως του (εν ευρεία εννοία) νόμου και απονομής δικαιοσύνης· η διαφορά είναι, κατά τον Kelsen, «ποσοτική και όχι ποιοτική»³¹. Κατ' αρχάς, και ως προς τον έλεγχο της συνταγματικότητας ενός νόμου, η πρόσβασή μας, ως πολιτών, στη δικαιοσύνη είναι μάλλον πολύ πιο εύκολη (και αποτελεσματική) από ό,τι η πρόσβασή μας στη νομοθετική διαδικασία (ακόμη και ως ενεργών μελών πολιτικών κομμάτων), και δεν μου φαίνεται ότι η διαφορά αυτή είναι απλώς ποσοτική (ακόμη και αν είναι δαπανηρή η πρόσβαση στη δικαιοσύνη, ενώ οι προς το κοινοβούλιο αναφορές μας, ως πολιτών, είναι δωρεάν). Κυρίως όμως, η δικαιοσύνη είναι το κατάλληλο *forum* για την τήρηση του Συντάγματος, διότι οι δικανικές κρίσεις συνοδεύονται από το καθήκον της καλύτερης δυνατής θεμελίωσής τους³²: εδώ το ότι οι σχετικές (εν ευρεία εννοία πολιτικές) κρίσεις είναι εύλογες, ή το ότι δεν παραβιάζονται κάποια άκρα όρια (νομοθετικής) διακριτικής ευχέρειας, δεν αρκεί. Ούτε αυτή η διαφορά μου φαίνεται ότι είναι απλώς ποσοτική (ως εάν η δικαστική απόφαση ήταν απλώς φλύαρη, εκεί όπου στο κοινοβούλιο διαπραττεται συνήθως από τους αγορητές το λογικό σφάλμα της ετεροζητήσεως).

Ποιος πρέπει να είναι, λοιπόν, ο φύλακας του Συντάγματος, λαμβανομένων υπ' όψιν των ανωτέρω ως προς την εν γένει κανονιστικότητα και τη διάκριση νομοθεσίας και (απονομής) δικαιοσύνης; Από τη σκοπιά του θεσμικού ελέγχου της συνταγματικότητας των (εν ευρεία εννοία) νόμων, θεωρώ

να «λύσει το πρόβλημα». Λύση του προβλήματος είναι ο εαυτός της» (Άγγ. Ελεφάντης, Στον αστερισμό του λαϊκισμού, 1991, σελ. 321)».

³⁰ Το παράδειγμα είναι του D. Parfit, *On What Matters* 2, 2011, σελ. 326 επ.

³¹ Ποιος πρέπει να είναι ο φύλακας του Συντάγματος;, σελ. 186.

³² Πρβλ. Π. Σούρλα, *Η διαπλοκή δικαίου και πολιτικής και η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*, 1989, σελ. 160 επ.

(τώρα κατηγορηματικά...³³) ότι σε μια φιλελεύθερη ή συνταγματική δημοκρατία το κατάλληλο σύστημα, ως οιονεί «φύλακας του Συντάγματος»³⁴, είναι του διάχυτου, και παρεμπόπτοντος, δικαστικού ελέγχου. Είναι θεσμικά διαφανές και λιτό, και είναι δημοκρατικό· προάγει, δηλαδή, τη δημοκρατική ευθύνη όλων μας ως ελεύθερων και ισότιμων πολιτών, ως αντιπροσωπευτικά συμμετεχόντων σε μια γνήσια διαβούλευση ως προς την ισχύ και το περιεχόμενο των συνταγματικώς ουσιωδών. Κατά τα λοιπά, αρκεί η ύπαρξη ενός ανωτάτου δικαστηρίου (όχι τριών πάντως). Αυτά, χωρίς να λησμονούμε όμως, ως πολίτες μιας φιλελεύθερης δημοκρατίας, μια σοφή υπαινικτική παρατήρηση του Μάνεση: «ο [...] διά των εγγυήσεων [...] ενεργούμενος “εξαναγκασμός” νοείται μάλλον υπό την ψυχολογικήν και έμμεσον υφήν του, παρά ως υλικός και κατά κυριολεξίαν εξαναγκασμός»³⁵. □

³³ Πρβλ. όμως κάποτε του γράφοντος, *Σε τι χρησιμεύει ακόμη ο συγκεντρωτικός δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων*, ΕφαρμΔΔ 6/1993, σελ. 40 επ.

³⁴ Όπως ωραία έδειξε, κατά την προαναφερθείσα επιστημονική εκδήλωση, ο ομότεχνος φίλος καθηγητής Ανδρέας Τάκης, το ερώτημα είναι εσφαλμένο. Θα ήθελα μάλιστα και εδώ να θέσω έναν συναφή προβληματισμό: το ζήτημα του ποιος είναι μεν σημαντικό, σε σχέση με το εκάστοτε ουσιαστικό ζήτημα είναι όμως δευτερεύον. Π.χ., ως προς την απαγόρευση ενός πολιτικού κόμματος, το πρωτεύον ζήτημα δεν είναι του ποιος (και πώς) αποφασίζει, αλλά αν μια φιλελεύθερη δημοκρατία την επιτρέπει, όταν δεν αντιμετωπίζει «συνταγματική κρίση», κατά την τεχνική έννοια του John Rawls, *Political Liberalism*, 1993, σελ. 354 επ. (Κατά τον ίδιο, ούτε ο αμερικανικός εμφύλιος πόλεμος αποτελούσε περίπτωση «συνταγματικής κρίσης»: το ερώτημα του ποιος αποφασίζει την απαγόρευση του πολιτικού λόγου καθίσταται περιττό· η ελευθερία πολιτικού λόγου, υπό στοιχειωδώς ευνοϊκές συνθήκες, είναι απόλυτη.)

³⁵ Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος 2, σελ. 22.