

ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΝ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ
ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΕΤΗΡΙΣ ΣΧΟΛΗΣ ΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ ΤΟΜΟΣ ΙΓ'
ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ ΥΠΕΡ ΗΛΙΑ Γ. ΚΥΡΙΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

ΜΙΧΑΗΛ Δ. ΣΤΑΣΙΝΟΠΟΥΛΟΥ

Ἀντιπρόεδρος τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας
Καθηγητοῦ Παντείου Ἀνωτ. Σχολῆς Πολιτικῶν Ἐπιστημῶν

ΜΙΑ ΑΣΤΙΟ FINIUM REGUNDORUM
ΜΕΤΑΞΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΟΡΙΩΝ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΟΥΣΙΑΣ

(ΜΕΡΙΚΑΙ ΣΚΕΨΕΙΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΗΡΗΣΕΩΣ
ΤΟΥ ΠΕΡΙ ΙΣΟΤΗΤΟΣ ΑΡΘΡΟΥ 3 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ)

(ΑΝΑΤΥΠΟΝ)



ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

1966

Τὸ ἀρχὴν ἀνεξέλεγκτον τῆς νομοθετικῆς καὶ τῆς κανονιστικῆς ἐξουσίας (Loi)
ἔστιν ἡ ἀρχὴ τῆς ἐλευθερίας τῆς ἐκλογῆς τῶν θετέων κανόνων δικαίου
ἀπὸ ἀπόψεως πολιτικῆς, οικονομικῆς, πνευματικῆς κ.λ.π.

Τὸ κατ' ἀρχὴν ἀνεξέλεγκτον τῆς νομοθετικῆς καὶ τῆς κανονιστικῆς ἐξουσίας.

Ὁ δικαστὴς ἀνεγνώρισε πάντοτε ὅτι ὁ νομοθέτης ἔχει κατ' ἀρχὴν μίαν εὐχέρειαν ἵνα προσδιορίσῃ τὸ περιεχόμενον τῶν κανόνων τοῦ δικαίου, τοὺς ὁποίους ἐκάστοτε θεσπίζει, ἐπειδὴ τοὺς θεωρεῖ προσφόρους διὰ τὴν ρύθμισιν τῆς κοινωνικῆς συμβιώσεως. Τοῦτο σημαίνει ὅτι ἡ νομοθετικὴ ἐξουσία εἶναι κατ' ἀρχὴν ἐλευθέρη νὰ καθορίσῃ τὰς συνθήκας καὶ τὰ πλαίσια τῆς κοινωνικῆς συμβιώσεως, ἀπὸ ἀπόψεως πολιτικῆς, οικονομικῆς, πνευματικῆς κ.λ.π., τηροῦσα μόνον τὰ ὅρια τῶν συνταγματικῶν ἐπιταγῶν ἢ ἀπαγορεύσεων. Εἴσω τῶν συνταγματικῶν τούτων ὁρίων, ἡ νομοθετικὴ ἐξουσία δὲν ἐλέγχεται ὡς πρὸς τὸν τρόπον, καθ' ὃν ἔγνω νὰ προκρίνῃ τοὺς θετέους κανόνας καὶ νὰ προσδιορίσῃ τὸ περιεχόμενον αὐτῶν. Διὰ τοῦτο ἄλλωστε γίνεται δεκτὸν ὅτι ἡ ἐλευθερία τοῦ νομοθέτου περὶ τὴν ἐκλογὴν τῶν θετέων κανόνων δικαίου δὲν ἀποτελεῖ «διακριτικὴν ἐξουσίαν» ὑπὸ τὴν ἔννοιαν ὑπὸ ὅποιαν ὑπάγομεν τὴν διακριτικὴν ἐξουσίαν τῶν διοικητικῶν ὀργάνων, ἀλλ' εἶναι μία ἐλευθερία διαφόρου φύσεως, τῆς ὁποίας κύριον ἐξωτερικὸν γνώρισμα εἶναι ὅτι δὲν ὑπόκειται καθ' ἑαυτὴν εἰς ἔλεγχον δικαστικόν, εἰμὴ ἀπὸ μόνης τῆς ἀπόψεως τῆς παραβάσεως διατάξεων ὑπερτέρας τυπικῆς δυνάμεως, ἤτοι διατάξεων τοῦ Συντάγματος.

Τὸ ἴδιον κατ' ἀρχὴν πρέπει νὰ εἴπωμεν καὶ διὰ τὴν ἐλευθερίαν τὴν ὅποιαν ἔχει τὸ διοικητικὸν ὄργανον τὸ ἀσχοῦν κανονιστικὴν ἐξουσίαν κατόπιν ἐξουσιοδοτήσεως τοῦ νόμου. Καὶ ἐδῶ, ἡ ἐλευθερία περὶ τὴν ἐκλογὴν τῶν διὰ τῆς κανονιστικῆς, κατ' οὐσίαν νομοθετικῆς, πράξεως θετέων κανόνων δικαίου δὲν εἶναι «διακριτικὴ ἐξουσία», ὅπως τὴν ἐννοοῦμεν ἐπὶ τῶν διοικητικῶν ὀργάνων, ἀλλ' εἶναι ἐλευθερία ὁμοία κατὰ τὴν φύσιν τῆς πρὸς τὴν ἐλευθερίαν, τὴν ὅποιαν τὰ νομοθετικὰ ὄργανα διαθέτουν περὶ τὴν ἐκλογὴν τῶν θετέων

κανόνων, και ή οποία, όπως είπομεν, δέν ἐλέγχεται, εἰμή ἀπό τῆς ἀπόψεως τῆς τηρήσεως τοῦ Συντάγματος. Μὲ τὴν αὐτονόητον διαφορὰν ὅτι, ή ἐλευθερία τῆς κανονιστικῆς ἐξουσίας εὐρίσκει τὰ ὅριά της ὄχι μόνον εἰς τὰς διατάξεις τοῦ Συντάγματος, ἀλλὰ και εἰς τὰς διατάξεις τοῦ ἐξουσιοδοτήσαντος νόμου, ἐνδεχομένως δὲ και εἰς τὰς διατάξεις και ἄλλων νόμων, πρὸς τοὺς οὗτοιους δέν ἐπιτρέπεται ἐνδεχομένως νὰ προσκρούσῃ.

Εἶναι ή ἰσότης «ἐννοια κοινῆς πείρας»;

Και ὁ νόμος λοιπὸν ὁ ὑπεῖκων εἰς τὴν ἐπιταγὴν τοῦ ἄρθρου 3 τοῦ Συντάγματος, θὰ ἐλεγχθῆ ἀπό τῆς ἀπόψεως, ἐὰν ἐτήρησε τὴν ἐπιταγὴν ταύτην, ἐὰν δηλαδὴ ἐτήρησε τὴν «ἰσότητα τῶν πολιτῶν ἐνώπιον τοῦ νόμου». Ἄλλ' ἀκριβῶς ἐδῶ συναντῶμεν τὸ μέγα πρόβλημα, τὸ ὁποῖον τόσας φορὰς ἔχουν ἐπισημάνει οἱ συγγραφεῖς: Ποῦ θὰ εὐρεθῆ ή ἐννοια τῆς «ἰσότητος», ή οποία θ' ἀποτελέσῃ τὸ μέτρον, μὲ τὸ ὁποῖον θὰ μετρηθῆ ή συνταγματικότης ή ή ἀντισυνταγματικότης τοῦ νόμου, τοῦ οὗτου ἀμφισβητεῖται ή συμφωνία πρὸς τὸ ἄρθρον 3 τοῦ Συντάγματος; Πῶς θὰ κατασκευασθῆ ή ἐννοια τῆς ἰσότητος, τὴν ὁποῖαν τὸ Σύνταγμα δέν ἐμερίμνησε νὰ καθορίσῃ;

Κανονικὸν θὰ ἦτο, ἐνώπιον τοιαύτης περιπτώσεως, ὁ δικαστῆς νὰ σκεφθῆ και νὰ ἐνεργήσῃ κατὰ τὸν ἴδιον μηχανισμόν, μὲ τὸν ὁποῖον σκέπτεται και ἐνεργεῖ ὡσάκις εὐρίσκεται ἐνώπιον ἐννοιῶν, εἰς τὰς οποῖας ὁ νομοθέτης ἀποφεύγει νὰ δώσῃ ὄρισμὸν νομοθετικόν. Εἰς τὰς περιπτώσεις αὐτάς, δεχόμεθα, ὡς γνωστόν, ὅτι ὁ νομοθέτης, μεταχειριζόμενος μίαν ἐννοϊαν ή ἓνα ὄρον, χωρὶς νὰ λάβῃ τὴν φροντίδα νὰ δώσῃ ἐν αὐτῷ τῷ κειμένῳ ή ἔστω ἐν ἄλλῳ συναφεῖ νομοθετικῶ κειμένῳ, τὸν ὄρισμὸν τῆς ἐννοίας, μεταχειρίζεται προφανῶς τὴν ἐννοϊαν ταύτην ὑπὸ τὸ περιεχόμενον τὸ ὁποῖον ἀποδίδει εἰς αὐτὴν ή γενικῶς κρατοῦσα περὶ αὐτῆς ἀντίληψις. Τότε λέγομεν ὅτι ὁ νομοθέτης, καίτοι οὐδόλως ὀμιλεῖ περὶ τούτου, ἐν τούτοις, διὰ τῆς σιωπῆς του ἀκριβῶς αὐτῆς, οὐδὲν ἄλλο πράττει εἰμή νὰ υἰοθετῆ τὴν κοινὴν ἀντίληψιν περὶ τοῦ περιεχομένου τῆς ἐννοίας, τὴν ὁποῖαν μεταχειρίζεται ἐν τῷ κειμένῳ του. Δὲν παραιτεῖται τοῦ καθορισμοῦ τοῦ περιεχομένου τῆς ἐννοίας ταύτης, ἀλλὰ, ἀκριβῶς διὰ τῆς παραπομπῆς εἰς τὰ κοινῶς περὶ τῆς ἐννοίας ταύτης παραδεγεμένα, προσδιορίζει οὕτω σιωπηρῶς τὸ περιεχόμενον τῆς ἐννοίας. Ὁ τρόπος τοῦ προσδιορισμοῦ εἶναι μὲν ἔμμεσος, ἀλλὰ δέν εἶναι διὰ τοῦτο ὀλιγώτερον σαφῆς. Διὰ τοῦτο, ἐφαρμόζοντες τὸν νόμον, ὁ δικαστῆς ή τὸ διοικητικὸν ὄργανον, ὀφείλουν νὰ δέχωνται τὴν ἐννοϊαν ταύτην ὑποχρεωτικῶς ὡς τὴν δέχεται ή περὶ αὐτῆς κοινὴ ἀντίληψις.

Τοῦτο ὀνομάζεται «παραπομπή εἰς τὰ δεδομένα τῆς κοινῆς πείρας», αἱ δὲ οὕτω διὰ τῆς παραπομπῆς εἰς τὰ δεδομένα ταῦτα καθοριζόμεναι ἐννοιαὶ καλοῦνται «ἐννοιαὶ κοινῆς πείρας». Τοιαύτας ἐννοίας κοινῆς πείρας μεταχει-

ρίζονται εἰς πλείστας περιπτώσεις οἱ νόμοι, διότι ἄλλωστε ὁ ἐν αὐτῷ τῷ κειμένῳ καθορισμὸς τῆς ἐννοίας, ἦτοι ὁ νομοθετικὸς ὁρισμὸς ἀποτελεῖ ἐξαίρεσιν.

Εἰς τὰς περιπτώσεις λοιπὸν αὐτάς τῆς παραπομπῆς εἰς τὰ δεδομένα τῆς κοινῆς πείρας, ὁ δικαστὴς παραλαμβάνει ἐκ τῆς κοινῆς πείρας τὰς ἐννοίας ταύτας καὶ ὑπὸ τὸ περιεχόμενον τῆς κοινῆς πείρας χρησιμοποιοῦ αὐτάς, διὰ νὰ ἐξακριβώσῃ ἐκάστοτε, ἐὰν τὸ ἐφαρμόσαν τὸν νόμον ὄργανον ἔκαμε πράγματι ὁμοίαν αὐτῶν χρῆσιν, ὅποτε ἀποφαίνεται ὅτι ὀρθῶς ἐφήρμοσε τὸν νόμον, ἢ ἡλλοίωσεν ἢ παρεμόρφωσε τὸ περιεχόμενον αὐτῶν, ὅποτε, ἐλθὼν εἰς ἀσυμφωνίαν πρὸς τὰ δεδομένα τῆς κοινῆς πείρας, παρεβίασε τὸν νόμον, διὰ κακῆς ἐφαρμογῆς αὐτοῦ.

Ἐὰν τὸν μηχανισμόν αὐτὸν ἔθετεν εἰς κίνησιν ὁ δικαστὴς καὶ κατὰ τὸν ἔλεγχον τῆς τηρήσεως τοῦ συνταγματικοῦ κανόνος τῆς ἰσότητος ἐκ μέρους τοῦ νομοθέτου, θὰ ἔδει, ἀκολουθῶν τὴν ἰδίαν πορείαν, νὰ ἐνεργήσῃ τρία τινά:

α) Νὰ ἀναζητήσῃ τὸ περιεχόμενον τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος εἰς τὰ δεδομένα τῆς κοινῆς πείρας, νὰ εὔρη δηλαδὴ ποία εἶναι ἡ κοινὴ ἀντίληψις περὶ τῆς ἰσότητος.

β) Νὰ υἱοθετήσῃ τὰ δεδομένα ταῦτα, καὶ

γ) Ἐχὼν ἐφεξῆς ἐπίγνωσιν τοῦ περιεχομένου τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος, νὰ ἐλέγξῃ ἐν τῇ συγκεκριμένῃ περιπτώσει, ἐὰν ὁ νομοθέτης συνεμορφώθῃ πρὸς τὸ περιεχόμενον τοῦτο τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος ἢ παρέβῃ αὐτό.

Μία τοιαύτη πορεία σκέψεως θὰ ἦτο πολὺ ἀμήχανος καὶ σχεδὸν ἀδιάβατος διὰ τὸν δικαστὴν, διὰ τὸν βασικὸν λόγον ὅτι ἡ ἐννοία τῆς ἰσότητος δὲν ὑπάγεται εἰς τὰς ἐννοίας τὰς ὁποίας ἡ κοινὴ πείρα ἔχει ἤδη καθορίσει. Αἱ ἐννοιαὶ τῆς κοινῆς πείρας διαβαθμίζονται, ὡς γνωστόν, εἰς βαθμίδας, ἀντιστοιχοῦσας εἰς τὸ μέτρον τῆς σαφηνείας των καὶ τῆς ἀντικειμενικῆς σταθερότητός των, δύνανται δὲ νὰ καταταχθοῦν ἐν γενικαῖς γραμμαῖς εἰς τέσσαρας κατηγορίας: α) ἀπόλυτοι ἐννοιαί, β) ἐννοιαὶ αἰσθηταί, γ) ἐννοιαὶ νοηταί, δ) ἐννοιαὶ ἀκαθόριστοι.

α) Εἰς τὴν πρώτην βαθμίδα εἶναι αἱ ἀπόλυτοι ἐννοιαί, αἱ μαθηματικά. Κανεὶς δὲν ἀμφιβάλλει διὰ τὸ τί σημαίνει μῆκος 100 μέτρων ἢ ὕψος 10 μέτρων.

β) Εἰς τὴν δευτέραν βαθμίδα εἶναι αἱ ἐννοιαὶ αἱ αἰσθηταί, δηλαδὴ αἱ ἀντιληπταὶ διὰ τῶν αἰσθήσεων, ὡς π.χ. αἱ ἐννοιαὶ οἰκία ἢ ὁδὸς ἢ πλατεῖα ἢ ποταμὸς κ.λ.π.

γ) Εἰς τὴν τρίτην βαθμίδα εἶναι αἱ ἐννοιαὶ, ποὺ δὲν ὑποπίπτουν εἰς τὰς αἰσθήσεις, ἀλλὰ εἶναι νοηταί, δηλαδὴ συλλαμβάνονται διὰ τῆς νοήσεως, ἀφοῦ προηγουμένως διέλθουν διὰ τῶν αἰσθήσεων. Εἶναι ἐννοιαὶ σύνθετοι καὶ τελειότεροι. Ὁ ἄνθρωπος συλλαμβάνει διὰ τῶν αἰσθήσεων ὠρισμένας καταστάσεις αἰσθητάς, τὰς συνθέτει, τὰς συνδυάζει καὶ κατόπιν συμπεραίνει (νοεῖ), ὅτι ὑπάρχει ἢ δὲν ὑπάρχει ἡ ἐννοία π.χ. τοῦ ὄρεινου ἐδάφους, ἢ τοῦ θορυβώδους καὶ ὀχληροῦ ἐργοστασίου ἢ τῆς ἐπικινδύνου διὰ τὴν ζωὴν τοῦ ἀξιωματι-

κοῦ πράξεως, (ἀνδραγαθίας), κ.λ.π. Αἱ ἔννοιαι αὐταὶ εἶναι ὀλίγον ἢ πολὺ «ἀξιολογικαί», δι' αὐτὸ ἤδη εἶναι δυσκαθόριστοι.

δ) Τέλος ἔπονται αἱ γενησίως ἀξιολογικαὶ ἔννοιαι, τὰς ὁποίας ὁ νομοθέτης δὲν ἐπιθυμεῖ νὰ καθορίσῃ, διότι, εἰς τὰς περισσοτέρας περιπτώσεις, θὰ ἦτο ματαιοπονία μία τοιαύτη ἀπόπειρα. Αὐταὶ ἀποτελοῦν τὸ μέγα πλῆθος τῆς ἀπεράντου κατηγορίας τῶν «ἀκαθορίστων ἐνοιῶν» ἢ, κατὰ τὴν τεχνικὴν ὀρολογίαν τοῦ διοικητικοῦ δικαίου, τῶν «ἐνοιῶν διακριτικῆς ἐξουσίας».

Αὐταὶ ἀκριβῶς αἱ ἔννοιαι τῆς τελευταίας (δ) κατηγορίας ἀποτελοῦν τὸ μαρτύριον τοῦ διοικητικοῦ δικαστοῦ. Κάθε μία ἀπὸ αὐτάς δὲν συλλαμβάνεται διὰ τῶν αἰσθήσεων, ἀλλ' εἶναι ἀντιληπτή, ὡς εἴπομεν, διὰ τῆς νοήσεως, καὶ δὴ εἴτε ὡς συνισταμένη πλείονων ἀπλῶν ἐνοιῶν, εἴτε ὡς ἀποτέλεσμα σειρᾶς ἀξιολογικῶν κρίσεων. Τὶ εἶναι ἀγαθόν, τί κακόν, τί ἐπωφελές, τί ἠθικόν, περαιτέρω δέ, ποῖος ὑπάλληλος εἶναι συγκριτικῶς περισσότερον ἄξιος προαγωγῆς, κ.λ.π., δὲν ὑπάρχει ἄλλος τρόπος νὰ καθορισθῇ εἰμὴ διὰ μιᾶς σειρᾶς ἀξιολογήσεων, αἵτινες θὰ καταλήξουν εἰς μίαν συμπερασματικὴν κρίσιν.

Τὶ νὰ εἴπωμεν τώρα διὰ τὴν ἔνοιαν τῆς ἰσότητος; Τὶ εἶναι ἴσον καὶ τί ἄνισον, δὲν δύναται νὰ καθορισθῇ εἰμὴ διὰ μιᾶς κατ' ἐξοχὴν πολυπλόκου σειρᾶς ἀξιολογικῶν κρίσεων, διὰ μέσου τῶν ὁποίων, ὁ ἀναζητῶν τὴν ἔνοιαν τῆς ἰσότητος, ἀφοῦ σταθμίσῃ ἰδέας καὶ ἀπόψεις καὶ τὴν ἠθικὴν αὐτῶν ἀξίαν θὰ προσπαθῆσθαι νὰ καταλήξῃ εἰς ἓν πόρισμα.

Εἰς τὰ κράσπεδα τῆς φιλοσοφικῆς ἐρεύνης ἐὰν σταθῇ ὁ δικαστής, θὰ ἀποθαρρυνθῇ ἀμέσως, διότι δὲν θὰ εὕρῃ οὐδὲ πόρωθεν προσδιωρισμένην τὴν ἔνοιαν τῆς ἰσότητος. Καὶ ἐπὶ τέλους, καὶ ἐὰν εὕρῃ γενικὸν τινα φιλοσοφικὸν περὶ τοῦ περιεχομένου τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος ἀφορισμόν, θὰ διαπιστώσῃ μὲ ἀπογοήτευσιν ὅτι οὗτος εἰς οὐδὲν χρησιμεύει, διότι, κατεσκευασμένος εἰς γενικὴν σφαῖραν φιλοσοφίας, δὲν περιέχει εἰδοποιὸν διαφοράν, διὸ καὶ δὲν προσφέρεται εἰς προσαρμογὴν εἰς τὰς εἰδικὰς περιπτώσεις, καὶ εἰς τὰς ζωντανὰς κοινωνικὰς συνθήκας, ἀλλὰ, ὡς γενικὸς ἀφορισμὸς, ἔχει κατασκευασθῆ ἀκριβῶς διὰ νὰ ἀπαγγέλληται ἀδιακρίτως ἐφ' ὅλων τῶν περιπτώσεων. Κατὰ συνέπειαν, ἡ γενικωτάτη φιλοσοφικὴ ἔννοια τῆς ἰσότητος, δὲν ἀποτελεῖ εἰς χεῖρας τοῦ δικαστοῦ, πρόσφορον μέσον ἐξακριβώσεως τοῦ ἐάν, εἰς τὴν συγκεκριμένην περίπτωσιν, παρεβιάσθη ἢ ὄχι ἡ ἰσότης, καὶ ἄρα δὲν ἀποτελεῖ, εἰς χεῖρας τοῦ δικαστοῦ, ἐργαλεῖον διὰ τὴν ἐξακρίβωσιν τῆς ὀρθῆς ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου.

*Ἐλεγχος τῶν «ἀκραιῶν λογικῶν ὀρίων» τῶν ἀκαθορίστων ἐνοιῶν.

Φανερόν λοιπὸν εἶναι ὅτι, προκειμένου περὶ τοῦ ἐλέγχου τῆς τηρήσεως τοῦ ἄρθρου 3 τοῦ Συντάγματος, ὁ δικαστής δὲν ἔμπορεῖ νὰ χρησιμοποιήσῃ τὸν

μηχανισμόν, τὸν ὁποῖον μεταχειρίζεται προκειμένου περὶ τῶν «ἐννοιῶν κοινῆς πείρας», τοῦτο δέ, ὅπως εἶπομεν, ἀκριβῶς ἔνεκεν ἐλλείψεως σταθερῶν δεδομένων τῆς κοινῆς πείρας.

Ἄφου δὲ δὲν ἤμπορεῖ νὰ χρησιμοποιήσῃ αὐτὸν τὸν μηχανισμόν, κατ' ἀνάγκην μεταπίπτει εἰς τὴν κατηγορίαν τῶν ἀκαθορίστων ἐννοιῶν, εἰς τὰς ὁποίας πρέπει κατ' ἀνάγκην νὰ ἐνταχθῇ καὶ ἡ ἔννοια τῆς ἰσότητος.

Τὶ κάμνει ὁ δικαστῆς δι' αὐτὰς τὰς ἀκαθορίστους ἐννοίας; Ἄποφεύγει νὰ τὰς καθορίσῃ, ἀφήνει τὸν καθορισμὸν των εἰς τὴν Διοίκησιν, παρακολουθεῖ ὡς θεατῆς τὴν Διοίκησιν νὰ κινῆται ἐλευθέρως ἐντὸς τοῦ χώρου τῆς ἀκαθορίστου ἐννοίας (π.χ. ποῖος ὑπάλληλος εἶναι «ικανώτερος» κ.λ.π. πρὸς προαγωγὴν), πολλάκις δυσφορεῖ διότι ὁ ἴδιος, ἐὰν ἦτο εἰς τὴν θέσιν τῆς Διοικήσεως δὲν θὰ ἔκρινε κατὰ τὸν ἴδιον τρόπον, δυσφορεῖ περισσότερο διότι, μὲ τὰς χειροπέδας τοῦ ἀκυρωτικοῦ ἐλέγχου δὲν ἤμπορεῖ νὰ εἰσέλθῃ εἰς τὸν χῶρον τῆς «ἀκαθορίστου ἐννοίας» (τὸν γνωστὸν ἀπαραβίαστον κατ' ἀρχὴν χῶρον τῆς «διακριτικῆς ἐξουσίας») καὶ νὰ καθορίσῃ αὐτὸς τὴν ἔννοιαν καὶ ἄρα τὴν ἐνεργητέαν πράξιν—πλὴν ὅμως ἐξακολουθεῖ εἰς τὰς περισσοτέρας περιπτώσεις νὰ εἶναι θεατῆς ἐστερημένος δυνάμεως πρὸς ἐπέμβασιν. Καὶ μόνον εἰς τὰς ἐσχατίας τοῦ χώρου ποὺ εὐρίσκεται εἰς τὴν διάθεσιν τῆς Διοικήσεως, ἐὰν ἀντιληφθῇ παραβίασιν καταφανῆ τῶν συνόρων τοῦ χώρου τούτου, τότε μόνον ἐπεμβαίνει, συλλαμβάνει τὴν παραβιάσασαν τὰ σύνορα Διοίκησιν καὶ τὴν ἐπαναφέρει εἰς τὴν τάξιν.

Αὐτὴν τὴν θεαματικὴν ἐνέργειαν, τὴν ἔχει ὀνομάσει ἡ νομολογία τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας «ἐλεγχον τῶν ἀκραίων ὁρίων τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας τῆς Διοικήσεως», ἢ, μὲ ὀλιγωτέραν ἀκριβολογίαν, «πλημμελῆ ἄσκησιν» ἢ «κακὴν χρῆσιν τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας».

Ναί, ἀλλὰ κανεὶς δὲν ἐξήγησεν ἀκόμη πῶς συμβαίνει νὰ γνωρίζῃ ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστῆς ποῖα εἶναι τὰ «ἀκραῖα ὅρια» μιᾶς ἐννοίας καὶ ἄρα ποῖα τὰ ἀκραῖα ὅρια τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας, ἢ ὁποῖα κινεῖται ἐντὸς ἀκριβῶς τῶν ὁρίων τῆς ἐννοίας αὐτῆς—ἐνῶ ὁ ἴδιος αὐτὸς δικαστῆς ἀναγνωρίζει κατ' ἀρχὴν, ἐπὶ τῶν ἐννοιῶν διακριτικῆς ἐξουσίας, ὅτι δὲν ὑπάρχει τρόπος καθορισμοῦ τοῦ περιεχομένου αὐτῶν, ἀλλ' ὅτι τὸ περιεχόμενον αὐτῶν καθορίζεται ἀνεξελέγκτως κατ' ἀρχὴν ἀπὸ τὴν Διοίκησιν. Πῶς θὰ γνωρίζω ἐὰν παρεβιάσθῃσαν τὰ σύνορα μιᾶς χώρας, ὅταν δὲν γνωρίζω ποῖα εἶναι ἡ ἔκτασις, τὴν ὁποῖαν καταλαμβάνει αὐτὴ ἢ ἡ χώρα;

Ἐδῶ ἐμφιλοχωρεῖ μία χρονία ἀντίφασις, ἡ ὁποία πρακτικῶς καταταρρανεῖ τὸν ἀκυρωτικὸν δικαστὴν καὶ ἡ ὁποία δὲν αἴρεται παρὰ μόνον κατὰ ἓνα τρόπον: ἐὰν δηλαδὴ εἶπωμεν ὅτι αὐτὰ τὰ «ἀκραῖα ὅρια» δὲν εἶναι πράγματι «ἀκραῖα ὅρια» τῆς ἐννοίας, (τῆς ἀγνώστου, ὅπως εἶπομεν, εἰς τὸν δικαστὴν), ἀλλ' εἶναι τὰ ἀκραῖα ὅρια τῆς κοινῆς λογικῆς, τὰ ὁποῖα, ἐπὶ τέλους, καμμία

ἀκαθόριστος ἔννοια καὶ καμμία διακριτικὴ ἐξουσία δὲν ἔμπορεῖ νὰ παραβιάσῃ ἀτιμωρητί.

Δι' αὐτό, εἰς τὴν σχετικὴν πρὸς τὸ θέμα τοῦτο ἐργασίαν μου, ὠνόμασα τὸν ἐν τῇ περιπτώσει ταύτῃ ἀσκούμενον ἔλεγχον, ὄχι ἔλεγχον τῶν «ἀκράϊων ὀρίων», ἀλλὰ τῶν «ἀκράϊων λογικῶν ὀρίων», τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας.

Τὰ ἄκρα ὄρια τῆς ἔννοιας τῆς ἰσότητος καὶ ἡ «πρόδηλος» παραβίασις αὐτῶν.

Ἡ ἔννοια τοῦ «προδῆλου», νέα δοκιμασία διὰ τὸν ἀκυρωτικὸν δικαστὴν.

Διὰ τοὺς λόγους αὐτούς, φαίνεται ὅτι καλῶς πράττει ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστής, ὅταν ἀπέχη ἀπὸ τοῦ νὰ χειρίζεται αὐτοτελῶς τὴν ἔννοιαν τῆς ἰσότητος καὶ ἐπιχειρεῖ μόνον μίαν στοιχειώδη περιγραφὴν τῆς ἔννοιας, ἡ ὁποία, ἐν πλήρει ἐπιγνώσει, ἀπέχει πολὺ ἀπὸ τοῦ νὰ εἶναι ὀρισμὸς αὐτῆς ἢ οὐσιαστικὸς προοδιορισμὸς τοῦ περιεχομένου της.

Μὲ αὐτὴν τὴν τακτικὴν, δέχεται, κατὰ γενικώτατον καὶ ἀρνητικὸν κατ' ἀρχὴν τρόπον, ὅτι ἡ ἰσότης δὲν εἶναι μαθηματικὴ ἰσοπέδωσις τῶν σχέσεων, καὶ ὅτι ἡ ἰσότης δὲν ἀποκλείει διακρίσεις καὶ διαστολάς, ἐκεῖ ὅπου αἱ ρυθμιζόμεναι σχέσεις ἐμφανίζουσιν ἀντικειμενικὰς διαφοράς. Ἄνισος ρύθμισις δὲν εἶναι ἡ παρέχουσα εἰς τὸν Α πολίτην μείζονας παροχὰς τῶν παρεχομένων εἰς τὸν Β, ἀλλ' ἡ παρέχουσα μείζονας εἰς τὸν μὴ ἔχοντα ἀντιστοίχως μείζονα προσόντα. Αἱ προτάσεις αὐταί, ἔχουσαι τὴν ρίζαν τῶν εἰς τὰς γνωστὰς ῥήσεις περὶ «ἀνισότητος μεταξὺ τῶν ἀνίσων», ἥτις θεωρεῖται παρὰ τῷ Ἀριστοτέλει ὅτι εἰκονίζει τὴν ἰσότητα, καὶ «ἰσότητος μεταξὺ τῶν ἀνίσων», ἥτις εἰκονίζει τὴν ἀνισότητα, υἰοθετεῖ ἐν γενικωτάταις γραμμααῖς τὸν πυρῆνα τῆς κοινωνικῆς ἔννοιας τῆς ἰσότητος, συμφώνως πρὸς τὴν ὁποίαν, ἐκάστω πρέπει ν' ἀπονέμεται τὸ ἀντιστοιχοῦν πρὸς τὰς ἰδιαιτέρας ἱκανότητάς αὐτοῦ ἢ εἰς τὰς ἰδιαιτέρας συνθήκας, ὑπὸ τὰς ὁποίας διατελεῖ.

Αἱ προτάσεις ὅμως αὐταὶ πολὺ ἀπέχουν ἀπὸ τοῦ νὰ ἀπλοποιοῦν τὸ ζήτημα τοῦ ἐλέγχου. Ἀπλῶς ὑπενθυμίζουσιν τὸ στοιχεῖον τὸ σχετικὸν ἢ, ἄλλως, τὸ «ἀναλογικὸν» τὸ ὁποῖον ἐνυπάρχει εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς ἰσότητος.

Τὸ μέγα ζήτημα παραμένει ἄλυτον. Τὶ θὰ πράξῃ δηλαδὴ ὁ δικαστής, ὅταν εὔρεθῃ ἐνώπιον συγκεκριμένης περιπτώσεως, καθ' ἣν ὁ νόμος προβαίνει πράγματι εἰς «ἄνισον ρύθμισιν ἀνίσων περιπτώσεων», δηλαδὴ ἀπονέμει διαφορετικὰς παροχὰς εἰς πρόσωπα εὐρισκόμενα ὑπὸ διαφορετικὰς συνθήκας; Θὰ προβῇ εἰς οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν τῶν συνθηκῶν, διὰ νὰ διαπιστώσῃ ὅτι εἶναι ἄνισοι, δηλαδὴ διαφορετικαί, καὶ ἐν συνεχείᾳ θὰ προβῇ εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ ὑπὸ τοῦ νόμου παραχωρηθέντος, διὰ νὰ τὸ σταθμίσῃ καὶ νὰ διαπιστώσῃ ἐὰν τὸ παραχωρηθὲν εἶναι πράγματι τὸ ἀντιστοιχοῦν καὶ τὸ ἀνάλογον πρὸς τὰς διαφορὰς ποὺ ὑπάρχουσιν μεταξὺ τῶν ρυθμιζομένων περιπτώσεων;

Ὁ δικαστής ἀντελήφθη τὸ ἀδιέξοδον εἰς τὸ ὁποῖον θὰ ὠδηγεῖτο, ἐὰν

είσῆρχετο εἰς τὸ πεδῖον αὐτό, τὸ ἀσταθὲς καθὼς ἡ κυμαινομένη ἄμμος τοῦ αἰγιαλοῦ. Εἰθισμένος δὲ νὰ σέβεται, ὡς ἀκυρωτικὸς δικαστῆς, ἄλλους χώρους, διαφυλαγμένους διὰ τὴν οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν ἄλλης πολιτειακῆς ἐξουσίας, δηλαδὴ τῆς ἐκτελεστικῆς, ἠκολούθησεν, ἴσως ὑποσυνειδήτως, μίαν παράλληλον ὁδὸν καὶ ἐδῶ, διότι καὶ ἐδῶ εὐρέθη εἰς τὸ σύνορον ἐνὸς χώρου διαφυλαγμένου διὰ τὴν νομοθετικὴν ἐξουσίαν. Δηλαδὴ, καθὼς τὸ Συμβούλιον τῆς Ἐπικρατείας δὲν μορφώνει ἐκάστοτε αὐτοτελῆ οὐσιαστικὴν κρίσιν περὶ τοῦ προακτέου ὑπαλλήλου, εἰς τὰς περιπτώσεις καθ' ἃς εὐρίσκεται ἐνώπιον διακριτικῆς ἐξουσίας παραχωρηθείσης ὑπὸ τοῦ νόμου εἰς τὰ διοικητικὰ ὄργανα, οὕτω πως καὶ ἐνταῦθα, ἀκολουθοῦν ἓνα ἀνάλογον μηχανισμόν ἐλέγχου, περιορίζεται εἰς τὸ νὰ δηλώσῃ κατὰ ποῖον τρόπον ἐννοεῖ κατὰ γενικωτάτην βᾶσιν τὴν ἐννοίαν τῆς ἰσότητος, εἶτα δὲ ἀφήνει τὸν νομοθέτην μονοουχί ἐλεύθερον, νὰ σταθμίζῃ ἐκάστοτε, ἐὰν τὸ παρεχόμενον εἰς ἕκαστον εἶναι ἢ οὐ «ἴσον», ἢτοι «ἀνάλογον» πρὸς τὰς ὑπὸ ρύθμισιν συνθήκας.

Ἄλλὰ βεβαίως ὁ ἔλεγχος δὲν εἶναι δυνατὸν νὰ σταματήσῃ ἐδῶ. Ἐὰν ἑτεрмаτίζετο ἐδῶ ὁ μηχανισμὸς τοῦ ἐλέγχου, ἡ συμβολὴ τοῦ δικαστοῦ εἰς τὴν κοινωνικὴν πραγματοποίησιν τοῦ συνταγματικοῦ κανόνος τῆς ἰσότητος θὰ ἐξηφανίζετο σχεδόν, ἀφοῦ ὁ νομοθέτης θὰ ἀπέμενεν ἐλεύθερος νὰ χειρίζεται ἀνεξέλεγκτως τὴν ἐννοίαν τῆς ἰσότητος—οὕτω δὲ ἡ τύχῃ τῆς συνταγματικῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 3 θὰ ἦτο κατ' ἀποτέλεσμα ἡ ἰδίᾳ, ὡς ἐκείνη ἡ ὁποία θὰ ἐπεφυλάσσετο εἰς τὸ ἄρθρον 3, ἐὰν εἶχε δοθῇ εἰς αὐτὸ ἡ ἐννοία διατάξεως κατευθυντηρίου. Κατὰ μὲν τὴν λύσιν τοῦ κατευθυντηρίου χαρακτηρὸς τοῦ ἄρθρου 3, ἡ διάταξις δὲν δεσμεύει τὸν νομοθέτην, κατὰ δὲ τὴν δευτέραν λύσιν, (ἐὰν ἡ ἐνέργεια τοῦ δικαστοῦ ἑτεрмаτίζετο ὡς ἄνω), θὰ ἦτο μὲν τὸ ἄρθρον 3 κανὼν δικαίου δεσμευτικὸς, ἐπιβάλλων εἰς τὸν νομοθέτην τὴν τήρησιν αὐτοῦ, πλὴν ὅμως ὁ νομοθέτης θὰ ἐκέκτητο ἀπὸ ἀπόψεως πρακτικῆς, πλήρη καὶ ἀνεξέλεγκτον ἐλευθερίαν νὰ σταθμίζῃ ἐκάστοτε τὴν δέουσαν ρύθμισιν, τὴν ἀντιστοιχοῦσαν εἰς τὰς ρυθμιζόμενας περιπτώσεις.

Δι' αὐτὸ τὸ Συμβούλιον τῆς Ἐπικρατείας δὲν ἐσταμάτησεν ἐνώπιον τῶν συνόρων τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος. Συνεχίζον τὴν ἀπομίμησιν τοῦ μηχανισμοῦ τοῦ ἐλέγχου τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας τῶν διοικητικῶν ὀργάνων, δέχεται ὅτι ἐν καὶ μόνον δύναται νὰ ἐλέγξῃ: ἐὰν ἡ ἐκτίμησις τοῦ νομοθέτου περὶ τοῦ ἀντιστοίχου καὶ τοῦ ἀπονεμητέου εἰς ἕκαστον, εἶναι, ὄχι ἀπλῶς ἐσφαλμένη κατ' οὐσίαν, ἀλλὰ ἐὰν ἡ ἄνισος μεταχείρησις εἶναι «ἐκδηλος», ἢ «πρόδηλος», ἢ «ἀνεξήγητος», ἢ «ἐμφανής», ἢ «παράλογος», ἢ «αὐθαίρετος», ἢ «προδήλως ἀδικαιολόγητος»¹⁾.

Ἄπὸ τὴν ἐπισκόπησιν τῆς νομολογίας προκύπτει ὅτι κυρίως εἰς αὐτὴν

1. Βλ. λεπτομερῆ παράθεσιν τῶν σχετικῶν ἀποφάσεων τοῦ Σ.Ε. εἰς «Πορίσματα Νομολογίας τοῦ Σ.Ε.», ἐκδ. Ὑπ. Δικαιοσύνης, 1962, σελ. 72.

ὑποστηρικτὸς διατάξις
καὶ ἐνταῦθα διακριτικῆς

τὴν ἔννοιαν τοῦ «προδήλου» τῆς ἀνευρισκομένης ἀνίσου μεταχειρίσεως πρέπει νὰ τοποθετήσωμεν τὸ κέντρον, τὴν καρδίαν οὕτως εἰπεῖν τοῦ μηχανισμοῦ τοῦ ἐλέγχου τῆς ἰσότητος.

Ὁ δικαστὴς ἔχει ἐπίγνωσιν ὅτι ὑπάρχουν περιπτώσεις ἀμφίβολοι, ὅπου ἡ ἀνισότης εἶναι συζητήσιμος, ὅπου δύναται ὁ καλῆς πίστεως κριτὴς νὰ σχηματίσῃ εὐλόγως τὴν γνώμην ὅτι ὑφίσταται ἀνισότης. Ἐνεκα τοῦ ὑποκειμενικοῦ στοιχείου, τὸ ὅποῖον, κατ' ἀναπόδραστον ψυχολογικὴν λειτουργίαν, ἐμφιλοχωρεῖ εἰς τοιαύτας ἀξιολογικὰς κρίσεις, εἶναι μοιραῖον, δύο ἐξ ἴσου καλόπιστοι κριταὶ νὰ ὑποστηρίζουν μετὰ λόγου καὶ πειθοῦς ἑκάτερος ἀντίθετον γνώμην περὶ τοῦ ἴσου ἢ ἀνίσου χαρακτῆρος τῆς γενομένης ἐν μιᾷ συγκεκριμένη περιπτώσει νομοθετικῆς ρυθμίσεως. Ἀκριβῶς, τὰς τοιαύτας περιπτώσεις δὲν θέλει νὰ ἐλέγξῃ ὁ δικαστὴς, διότι θεωρεῖ ὅτι ὁ νομοθέτης ἔχει ἐπὶ τέλους τὴν εὐχέρειαν νὰ υἱοθετήσῃ καὶ αὐτὸς μίαν ἀπὸ τὰς δύο ἀπόψεις, αἱ ὁποῖαι εὐλόγως ἦ ἔστω καὶ εὐλογοφανῶς θὰ ἠδύναντο νὰ ὑποστηριχθοῦν.

Πέραν ὅμως τῶν τοιούτων περιπτώσεων, αἱ ὁποῖαι ἄλλωστε κατὰ τὴν συνήθη πορείαν τῶν ἀνθρωπίνων κρίσεων καὶ ἀξιολογήσεων εἶναι αἱ συχνοτέραι καὶ περισσότεραι, ὑπάρχουν αἱ ἐξαιρετικαὶ περιπτώσεις, κατὰ τὰς ὁποίας, ἐπὶ τῇ βάσει τῶν κανόνων τῆς λογικῆς, θὰ ἦτο δυσχερὲς νὰ ὑποστηριχθῇ μία συγκεκριμένη ἐν τῷ νόμῳ ρύθμισις ὡς δεδικαιολογημένη, ἦτοι ὡς ἀντιστοιχοῦσα εἰς τὰς διαφορὰς ποὺ ὑπάρχουν εἰς τὰς ρυθμισθείσας περιπτώσεις καὶ συνθήκας. Αἱ περιπτώσεις αὗται εἶναι αἱ χαρακτηριζόμεναι ὡς «πρόδηλοι», ἢ «αὐθαίρετοι», ἢ «παράλογοι», ἢ «ἀνεξήγητοι» κ.λ.π.,—εὐρίσκονται δὲ προφανῶς εἰς τὰ ἄκραία ὅρια τοῦ χώρου, τὸν ὅποῖον ὁ δικαστὴς ὀρθῶς ἀφῆκε κατ' ἀρχὴν εἰς τὴν κρίσιν τοῦ νομοθέτου. Ἄρα πρόκειται περὶ ἐλέγχου ὑπερβάσεως τῶν ἄκρων ὀρίων τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος, ἢ ἐλέγχου «περιφερειακοῦ», κατὰ τὴν εὐστοχον ἔκφρασιν τοῦ καθηγητοῦ κ. Α. Μάνεση.

Εἰς τὸ συμπέρασμα τοῦτο πρέπει νὰ καταλήξωμεν, ἐὰν θέλωμεν νὰ δώσωμεν λογικὴν συνέπειαν εἰς τὴν στάσιν τῆς νομολογίας, νὰ παραβλέψωμεν δὲ ἢ νὰ θεωρήσωμεν ὡς ἐπουσιώδεις τὰς ἀντιφάσεις, αἱ ὁποῖαι ἀπαντῶνται μεταξὺ ὀρισμένων ἀποφάσεων, καὶ αἱ ὁποῖαι εἶναι ἀναπόφευκτοὶ κατὰ τὸ στάδιον αὐτὸ τῆς διαμορφώσεως τῆς νομολογίας ἐπὶ ἐννοίας τόσον ρευστῆς καὶ ἀνθισταμένης εἰς οἰανδήποτε προσπάθειαν ἀποκρυσταλλώσεως.

Βεβαίως, δὲν ἀποκρύπτομεν ὅτι τὸ σύστημα τοῦτο τοῦ ἐλέγχου, δηλαδὴ ὁ ἔλεγχος τῶν ἄκρων ὀρίων δυνατὸν νὰ εἶναι ἀντίθετος πρὸς τὴν ἐν τῷ ἄρθρῳ 3 ἐπιταγὴν. Διότι ἐὰν ἐν τῷ ἄρθρῳ 3 τίθεται ὁ κανὼν τῆς ἰσότητος, ὁ δικαστὴς, ἴσως δὲν δικαιούται ν' ἀπέχη ἀπὸ τὸν οὐσιαστικὸν ἔλεγχον ἐπὶ τοῦ νομοθέτου, ἀλλ' ὀφείλει νὰ μορφώσῃ ἑκάστοτε τὴν ἰδίαν αὐτοῦ κρίσιν καὶ νὰ ἀντικαθιστᾷ δι' αὐτῆς τὴν ἑκάστοτε κρίσιν τοῦ νομοθέτου, διὰ νὰ πραγματοποιῆ οὕτως ἀνὰ πᾶν βῆμα τὴν συνταγματικὴν ἐπιταγὴν τῆς ἰσότητος.

Ἄλλὰ τοιαύτη ἀντίληψις θὰ ὑπῆκουεν εἰς λίαν ἄκαμπτον νομικὸν σχῆμα,

τὸ ὁποῖον δυσκόλως θὰ ἠδύνατο νὰ πραγματοποιηθῆ, κυρίως ἔνεκα τῆς ρευστότητος τῆς ἐννοίας τῆς ἰσότητος, ἡ ὁποία θὰ ὠδήγει τὸν δικαστὴν εἰς ἄλλας ἐκάστοτε διαπιστώσεις, μὲ τὸν κίνδυνον νὰ ἐμφανίζηται ὁ δικαστὴς αὐθαίρετως καὶ ἀντιφατικῶς πολιτευόμενος, τοῦθ' ὅπερ εἶναι ἐκ τῶν χειρίστων ἐνδεχομένων ἐλαττωμάτων τῶν δικαστικῶν ἀποφάσεων.

Διὰ τοὺς λόγους αὐτούς, πρέπει νὰ δεχθῶμεν ὅτι τὸ υἰοθετηθὲν ὑπὸ τῆς νομολογίας σύστημα τοῦ ἐλέγχου τῆς ὑπερβάσεως τῶν ἀκραίων ὁρίων εἶναι τὸ προσφορώτερον ἐπὶ τοῦ προκειμένου.

Ἄλλὰ καὶ τώρα τὸ ζήτημα δὲν πρέπει νὰ θεωρηθῆ ὅτι ἐδέχθη λύσιν σαφῆ καὶ ἀντικειμενικὴν.

Διότι, ἀπλούστατα, ἡ δυσχέρεια τοῦ καθορισμοῦ μετετοπίσθη τώρα εἰς μίαν νέαν ἐννοιαν, δηλαδή τὴν ἐννοιαν τοῦ «προδήλου» ἢ τοῦ «αὐθαίρετου» κ.λ.π. Πότε ὑπάρχει πρόδηλος ἀνισότης ἢ, μὲ ἄλλην ἔκφρασιν, πρόδηλος ἔλλειψις ἀντιστοιχίας ἢ «ἀναλογικότητος» μεταξύ τῆς γενομένης ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ρυθμίσεως καὶ τῶν πραγματικῶν συνθηκῶν τῆς ρυθμισθείσης περιπτώσεως;

Εἰς τὸ σημεῖον τοῦτο, νομίζομεν ὅτι ἡ ἔρευνα πρέπει νὰ τερματίσῃ τὴν προσπάθειάν της καὶ ν' ἀναγνωρίσῃ ὅτι περαιτέρω ἐξιχνίασις τῶν ἐννοιῶν ἐπὶ σκοπῶ ἐξευρέσεως ἀντικειμενικοῦ στοιχείου πρὸς καθορισμὸν τῆς ἐννοίας τοῦ «προδήλου» εἶναι ματαία.

Τοῦτο δὲν θὰ τὸ ἐλέγομεν, ἐὰν δὲν εἴχομεν τὴν μακρὰν ἐπαγγελματικὴν πεῖραν τὴν ἐκ τῆς ἐμπράκτου χρήσεως τῶν ἐννοιῶν ἀποκτηθεῖσαν. Ἡ πεῖρα αὐτὴ μᾶς ἐδίδαξεν ὅτι, κατὰ τὸν ἔλεγχον τουλάχιστον τῶν ὁρίων τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας, ἡ ἐννοια τοῦ «προδήλου», εἰσαχθεῖσα ὡς ἐργαλεῖον ἀσκήσεως «ἐλέγχου ἀκραίων ὁρίων», ἀπέβη ἐν συνεχείᾳ ἀληθῆς δοκιμασία καὶ ἀληθῆς σταυρὸς διὰ τὸν ἀκυρωτικὸν δικαστὴν. Εἶναι δὲ δοκιμασία, διότι ἡ ἐννοια τοῦ «προδήλου», ἐξ ἴσου καὶ αὐτὴ ἀσταθῆς, ἀρνεῖται νὰ παράσχη ἐκεῖνο ἀκριβῶς τοῦ ὁποίου ἔχει ἀνάγκην ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστὴς, δηλαδή στοιχεῖον ἐπιδεχόμενον σταθερὸν καὶ ἀντικειμενικὸν προσδιορισμὸν. Διότι ἔλεγχος ἀκυρωτικὸς δὲν νοεῖται χωρὶς νὰ βασίζεται ἐπὶ τοιούτου ἀντικειμενικῶς σταθεροῦ στοιχείου. Ἐλεγχος ὁ ὁποῖος δὲν βασίζεται ἐπὶ τοιούτου, σταθεροῦ καὶ ἀντικειμενικοῦ στοιχείου, κινδυνεύει, εἰς πᾶσαν στιγμὴν, νὰ μεταπέσῃ εἰς ἔλεγχον οὐσίας.

Δι' αὐτό, εἴμεθα ἴσως ἐκ τῶν πραγμάτων ἠναγκασμένοι νὰ δεχθῶμεν ὅτι τὸ Συμβούλιον τῆς Ἐπικρατείας, χειριζόμενον ἐν γνώσει του μὲ τόσον εὐρείαν ἐλευθερίαν τὴν ἐννοιαν τοῦ «προδήλου», μεταθέτει, εἴτε τὸ θέλει εἴτε ὄχι, τὰ σύνορα τοῦ ἀκυρωτικοῦ ἐλέγχου ἐντὸς τοῦ χώρου τῆς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως. Εἰς τὸ σημεῖον αὐτό, ἡ *actio finium regundorum*, ἐγειρομένη ἀπὸ τὴν Διοίκησιν, δὲν θὰ ἦτο μὲν παράδοξος—σπεύδομεν ὅμως νὰ εἴπωμεν ὅτι τὸ Συμβούλιον τῆς Ἐπικρατείας, θὰ τὴν ἀποκρούσῃ, ἐπικαλούμενον τὸν ὑπέρτατον κανόνα τῆς νομιμότητος τῆς Διοικήσεως, μέσα εἰς τὸν ὁποῖον

χωρίς άλλο περιλαμβάνονται και οι διαπλασθέντες υπό τῆς νομολογίας κανόνες τῆς «χρηστῆς και εὐρύθμου Διοικήσεως», ἐν οἷς και οἱ κανόνες τοῦ ἐλέγχου τῶν ἀκραίων ὁρίων τῶν ἀκαθορίστων ἐνοιῶν.

Και ὅμως, εἶναι κάπως παράδοξος και περικλείει και στοιχεῖα ἐσωτερικῆς ἀντιφάσεως ὁ μηχανισμός κατὰ τὸν ὁποῖον κινεῖται αὐτὸς ὁ ἐλεγχος τῆς «χρηστῆς και εὐρύθμου Διοικήσεως», ὡς και τῶν ἀκραίων ὁρίων. Ἄς λάβωμεν τὸ συνηθέστερον παράδειγμα: Οἱ μὴ προαχθέντες ὑπάλληλοι προσφεύγουν κατὰ τῶν προαγωγῶν, ἐπικαλούμενοι («κατάδηλον») ὑπεροχὴν των ἔναντι τῶν προαχθέντων. Κατὰ τὴν παγίαν τακτικὴν του, τὸ Συμβούλιον τῆς Ἐπικρατείας, ἐὰν ἀνέυρῃ αὐτὴν τὴν «κατάδηλον» ὑπεροχὴν, ἀκυρώνει τὴν προαγωγὴν,—ἀλλὰ ὄχι εὐθέως ὡς παράνομον, ἀλλὰ διὰ τοῦ γνωστοῦ και συνήθους εἰς τὴν νομολογίαν του ἐλιγμοῦ: τὴν ἀκυρώνει ὡς μὴ ἐπαρκῶς ἠτιολογημένην.

Πῶς ὅμως θὰ φθάσῃ ὁ δικαστὴς εἰς τὴν ἀναζήτησιν και τὴν ἀνέυρεσιν τῆς («καταδήλου») ὑπεροχῆς; Πῶς ἄλλως, παρὰ διὰ τῆς ἀναδιφήσεως και μελέτης και τῆς σταθμίσεως τῶν στοιχείων τῶν φακέλων και τῆς συγκρίσεως μεταξὺ τοῦ προαχθέντος και τοῦ παραλειφθέντος. Εἶναι φανερόν ὅτι, τὴν στιγμὴν αὐτὴν, ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστὴς δὲν κάμνει τίποτε ἄλλο, παρὰ νὰ ἐπαναλαμβάνῃ κατὰ ἓνα τρόπον, τὴν οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν τὴν ὁποῖαν εἶχε κάμει τὸ ὑπηρεσιακὸν συμβούλιον ὅταν συνέκρινε και ἔκρινε τοὺς ὑποψηφίους πρὸς προαγωγὴν. Εἶναι ὑποχρεωμένος νὰ ἐνεργήσῃ οὕτω, διότι ἡ λογικὴ και ἡ ψυχολογία δὲν τοῦ παρέχει ἄλλο μέσον ἐνεργείας. Αὐτὴ λοιπὸν ἡ τρόπον τινὰ «δευτεροβάθμιος ἐκτίμησις» διέρχεται κατ' ἀνάγκην ἀπὸ τὸ στάδιον τῆς συνήθους συγκρίσεως και τῆς διαγνώσεως τῆς συνήθους ὑπεροχῆς τοῦ παραλειφθέντος. Αὐτὴν ὅμως τὴν συνήθη ὑπεροχὴν δὲν τὴν ἐλέγχει. Αὐτὴ ἀνήκει εἰς τὸν ἀνεξέλεγκτον χῶρον τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας. Προχωρεῖ ὅμως και περαιτέρω, διὰ νὰ φθάσῃ κάποτε εἰς τὰ σύνορα, τὰ νοητὰ και φανταστικὰ σύνορα τοῦ χώρου τούτου, διὰ νὰ συλλάβῃ ἐκεῖ τὴν Διοίκησιν ὑπερβαίνουσαν τὰ σύνορα ταῦτα (τὰ «ἄκρα ὄρια»), ὁπότε και μόνον τῆς προσάπτει παρανομίαν.

Πλὴν ὅμως προβάλλει τὸ ἐρώτημα: ποῦ εὐρίσκονται τὰ σύνορα; Ἐν ἄλλοις λόγοις, πότε ὑπάρχει μία συνήθης ὑπεροχὴ, ἀποκειμένη εἰς τὴν κανονικὴν οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν τῆς Διοικήσεως—και πότε ὑπάρχει κατάδηλος ὑπεροχὴ, ὄρατὴ και συλληπτὴ και ἀπὸ τὸν ἀκυρωτικὸν ἀκόμη δικαστὴν, τὸν μὴ ἔχοντα ἀρμοδιότητα οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως και συγκρίσεως; Και ἀντιστοίχως: πότε ὑπάρχει συνήθης κρίσις τοῦ νομοθέτου περὶ τοῦ ἀπονεμητέου εἰς ἕκαστον, ὀφειλομένη εἰς τὴν ἐλευθέραν ἐκτίμησιν αὐτοῦ, και πότε «προδῆλως ἀδικοιολόγητος» ἀνισότης, ὑποκειμένη, αὐτὴ και μόνη, εἰς τὸν ἐλεγχον ἀντισυνταγματικότητος; Ἐπανερχόμεθα και ἐδῶ εἰς τὴν διαπίστωσιν ὅτι ἀντικειμενικὰ μέσα διὰ τὴν διάκρισιν αὐτὴν δὲν ὑπάρχουν και ὅτι ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστὴς, εἴτε συνειδητῶς, εἴτε ἀσυνειδητῶς, κατὰ κανόνα ὅμως συνειδητῶς, διαπλάσσει αὐτὸς τὴν ἐνοιαν τοῦ καταδήλου και χαράσσει αὐτὸς τὸ σύνορον.

Τὸ σύνορον λοιπὸν αὐτὸ εἶναι ἐλαστικόν, κινητόν, διότι μετακινεῖται ὑπὸ τὴν ἐπίδρασιν καὶ κατὰ λόγον τοῦ ὑποκειμενικοῦ στοιχείου, τὸ ὁποῖον ἐμφιλοχωρεῖ κατ' ἀναπόδραστον ἀνάγκην εἰς ἕλην αὐτὴν τὴν ψυχολογικὴν καὶ διανοητικὴν λειτουργίαν τοῦ δικαστοῦ.

Ἐνίοτε, ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστὴς αἰσθάνεται τὴν ἀστάθειαν τοῦ ἐδάφους καὶ ἐγκαταλείπει τὸ σύνθημα τοῦ «καταδήλου». Ἐνίοτε αἱ ἀποφάσεις ἀρκοῦνται εἰς «σαφῆ» ὑπεροχὴν ἢ «σαφῆ» ἀνισότητά. Καίτοι αἱ ἀποφάσεις αὗται ἀποτελοῦν σπανίας ἐξαιρέσεις καὶ εἶναι μᾶλλον αἰρετικά, μαρτυροῦν ὅμως περὶ τοῦ ἀγῶνος, τὸν ὁποῖον καταβάλλει ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστὴς διὰ νὰ ἐντάξῃ εἰς τὸν ἔλεγχον τῆς νομιμότητος, ὅ,τι δύναται εὐσχήμως νὰ ἀφαιρέσῃ ἀπὸ τὴν οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν τῆς Διοικήσεως κατὰ τὴν χρῆσιν τῆς διακριτικῆς ἐξουσίας καί, ἀντιστοίχως, ἀπὸ τὴν οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν τοῦ νομοθέτου, κατὰ τὸν χειρισμὸν τοῦ κανόνος τῆς ἰσότητος.

Ἡ πίεσις πρὸς ἀπονομὴν τοῦ οὐσιαστικοῦ δικαίου,
 ψυχολογικὸς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἐλέγχου νομιμότητος.
 Αἱ «ὑπερβάσεις ἐξουσίας» τοῦ Conseil d' Etat.

Ἐὰν ἤθελέ τις νὰ ἀναλύσῃ ψυχολογικῶς ἕλον αὐτὸν τὸν κύκλον τῆς προσπαθείας τοῦ ἀκυρωτικοῦ δικαστοῦ, θὰ ἀνεύρισκεν εἰς τὸ βάθος αὐτῆς, τὴν ψυχολογικὴν ἀνάγκην τοῦ δικαστοῦ, ὅπως, παρὰ πᾶν δικονομικὸν ἐμπόδιον καὶ παρὰ πάντα νομικὸν φραγμὸν, κρίνῃ πάντως κατὰ τὸ οὐσιαστικὸν δίκαιον. Καὶ τὸ σημεῖον αὐτὸ πρέπει νὰ τὸ προσέξωμεν ὕλως ἰδιαιτέρως.

Ἡ ἀνάγκη τοῦ οὐσιαστικοῦ δικαίου, ἡ ὁποία πηγάζει ἀπὸ τὸ αἶσθημα τοῦ δικαίου, εἶναι ἔμφυτος εἰς πάντα ἄνθρωπον. Κατὰ μείζονα ἴσως λόγον ἐνυπάρχει εἰς τὸν δικαστὴν, λόγῳ τῆς δημιουργουμένης βαθμηδὸν καὶ καθ' ἕλον σχεδὸν τὸν βίον του ἕξεως τοῦ ἀκούειν τοὺς ἐκατέρωθεν ἰσχυρισμοὺς, τοῦ κρίνειν καὶ τοῦ ἀπονέμειν ἐκάστω τὸ δίκαιον. Ἡ ἐνδοθεν πηγάζουσα πίεσις πρὸς ἀπονομὴν τοῦ οὐσιαστικοῦ δικαίου ἐνίοτε εἶναι τόση, ὥστε φθάνει μέχρις ἀλλοιώσεως τοῦ αὐστηροῦ νομικοῦ σχήματος, τὸ ὁποῖον πλαισιώνει τὴν ἀρμοδιότητα τοῦ δικαστοῦ. Εἰς τὰς περιπτώσεις αὐτάς, ὁ δικαστὴς ἐνδίδει εἰς τὴν ἐσωτερικὴν αὐτὴν πίεσιν καὶ τάσσεται ὑπὲρ τοῦ οὐσιαστικοῦ δικαίου, ἔστω καὶ ἂν κινδυνεύῃ νὰ κατηγορηθῇ ὅτι παρεμόρφωσεν ἢ διέρρηξε τὸ νομικὸν πλαίσιον καὶ τὸ σχῆμα, κατὰ τὸ ὁποῖον ἔπρεπε νὰ λειτουργήσῃ ὁ μηχανισμὸς τῆς σκέψεώς του. Οὕτω φθάνει ὁ ἀκυρωτικὸς δικαστὴς νὰ θέσῃ ὑπὸ τὸν ἔλεγχόν του τὰ ἀκραῖα τουλάχιστον ὅρια τοῦ χώρου, τὸν ὁποῖον κατὰ τὰ ἄλλα εἶναι ὑποχρεωμένος ν' ἀφήσῃ ἀνεξέλεγκτον.

Καὶ τὸ περίεργον εἶναι ὅτι οἱ παρατηροῦντες ἕξωθεν καὶ κρίνοντες τὴν νομολογίαν, βλέπουν μόνον τὸ ἐξωτερικὸν ἀποτέλεσμα καὶ δὲν παρακολουθοῦν τὸ ἐσώτατον αὐτὸ βίωμα τοῦ δικαστοῦ, τὸ τόσον ἀνθρώπινον καὶ δρα-

ματικόν,—ΐσως μάλιστα καὶ δὲν ἐνδιαφέρονται νὰ τὸ παρακολουθήσουν.

Δι' αὐτὸ δὲν ἔχομεν λησμονήσει ὅτι γάλλοι συγγραφεῖς ἐγκυρότατοι, σχολιάζοντες τὰς κατασκευὰς τῆς νομολογίας τοῦ Conseil d'Etat, δι' ὧν ἐπροστατεύθη τὸ οὐσιαστικὸν δίκαιον διὰ τοῦ χρονικοῦ περιορισμοῦ τοῦ δικαιώματος τῆς Διοικήσεως ν' ἀνακαλῆ τὰς παρανόμους πράξεις της, εἶχον εἶπει ὅτι τὸ Conseil d'Etat, ἐπιτάσσον τὴν διατήρησιν παρανόμων πράξεων, ἐὰν αὗται δὲν ἀνεκλήθησαν ἐντὸς ὠρισμένων χρονικῶν ὁρίων, ἐπεβράβευσε τὴν παρανομίαν καὶ διέπραξεν ἐδῶ καθαρὰν «ὑπέρβασιν ἐξουσίας» (excès de pouvoir), τὴν ὁποίαν ἐν τούτοις ἔχει ἐκ προορισμοῦ κληθῆ νὰ πατάσῃ. Καὶ ὅμως, αὗται ἀκριβῶς αἱ χαρακτηρησθεῖσαι ὡς «ὑπερβάσεις ἐξουσίας» τοῦ Conseil d'Etat εἶναι ἐκεῖναι πού ἐχάρισαν εἰς τὴν νομολογίαν του τὰς καλυτέρας ἀποφάσεις!

Συμπέρασμα τῶν ὀλίγων αὐτῶν σκέψεων, εἶναι ὅτι, ὅσονδήποτε καὶ ἂν καθίστανται ἀσταθῆ καὶ ἐλαστικὰ τὰ ὅρια τοῦ ἀκυρωτικοῦ ἐλέγχου, κατὰ τὸν ἔλεγχον τῆς τηρήσεως τοῦ συνταγματικοῦ κανόνος τῆς ἰσότητος, ἐκ μέρους τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας, πάντως ὁ συνταγματικὸς αὐτὸς κανὼν, περιούσιος καὶ ἱερός, ἀλλὰ ταυτοχρόνως, λόγῳ αὐτῆς ταύτης τῆς φύσεώς του ρευστὸς κατ' ἀνάγκην καὶ δυσκαθόριστος, δὲν θὰ ἠδύνατο ἴσως νὰ εὔρη χεῖρας καταλληλοτέρας οὔτε καὶ μηχανισμόν προσφορώτερον διὰ τὴν περιφρούρησιν καὶ διαφύλαξίν του.