

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

A) ΕΙΣΑΓΩΓΗ

- 1) ΕΝΝΟΙΑ ΤΟΥ ΕΘΙΜΟΥ
- 2) ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΑΝΑΔΡΟΜΗ

B) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΤΥΠΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑ

Γ) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΛΑΙΚΗΣ ΚΥΡΙΑΡΧΙΑ

Δ) ΣΥΣΤΑΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΟΥ ΕΘΙΜΟΥ

Ε) ΤΟ ΚΑΤΑΡΓΗΤΙΚΟ Ή ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΕΘΙΜΟ

Ζ) ΤΟ ΣΥΜΠΛΗΡΩΤΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΕΘΙΜΟ

- 1) Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΚΕΝΩΝ
- 2) Η ΤΥΠΙΚΗ ΙΣΧΥΣ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΕΘΙΜΟΥ

Η) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΤΟΥ ΝΟΗΜΑΤΟΣ

Θ) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΣΥΝΗΘΕΙΕΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΕΥΜΑΤΟΣ

Ι) ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

ΤΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΕΘΙΜΟ

Ανάμεσα στις κοινώς αναγνωρισμένες πηγές συνταγματικού δικαίου όπως ο νόμος, το ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο, τα διατάγματα, ο κανονισμός της βουλής, μια θέση δικαιωματικά κατέχει και το έθιμο καθώς η ίδια δυνατότητα ύπαρξής του ως άγραφου δικαίου εν γένει δεν αμφισβητείται. Συνεπώς, μια έννοια η οποία διαδραματίζει σημαντικό ρόλο τόσο στην εγχώρια όσο και στη διεθνή έννομη τάξη απαιτεί τον ακριβή καθορισμό της.

Συγκεκριμένα, έθιμο είναι ο άγραφος κανόνας που σχηματίζεται ύστερα από μακρά και ομοιόμορφη εφαρμογή με πεποίθηση δικαίου. Ο ορισμός αυτός βέβαια, αφορά το έθιμο γενικότερα και όχι μόνο το συνταγματικό. Ειδικότερα, συνταγματικό έθιμο είναι ο άγραφος συνταγματικός κανόνας, που σχηματίζεται ύστερα από μακρά και ομοιόμορφη πρακτική εκ μέρους των αρμόδιων κρατικών οργάνων ή και ευρύτερα της «λαϊκής πεποίθησης δικαίου», και ο οποίος πληρώνει τα γνήσια κενά των γραπτών συνταγματικών διατάξεων.

Γίνεται, λοιπόν, κατανοητό ότι το έθιμο είναι άγραφος κανόνας, ένας κανόνας που δεν έχει διατυπωθεί σε γραπτό κείμενο. Ως λογικό επακόλουθο εάν αυτός ο κανόνας εν τέλει καταγραφεί, τότε παύει να είναι άγραφος και πρόκειται για γραπτό δίκαιο με εθμική προέλευση.

2) ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΑΝΑΔΡΟΜΗ

Είναι ευρέως γνωστό ότι το εθμικό δίκαιο προηγήθηκε ιστορικά από το γραπτό το οποίο καθιερώθηκε στις μεταγενέστερες κοινωνίες. Στην ελληνική και ρωμαϊκή αρχαιότητα παρατηρήθηκε το ρηξικέλευθο φαινόμενο της καταγραφής του εθμικού δικαίου και μάλιστα στο ρωμαϊκό δίκαιο παρατηρήθηκε για πρώτη φορά ένα πρώιμο σύστημα οργάνωσης. Ωστόσο, στη μεγάλη οπισθοδρόμηση του μεσαίωνα επανήλθε το έθιμο το οποίο και επικράτησε για αρκετό χρονικό διάστημα καθώς ευνοούσε τη χαλαρή άσκηση εξουσίας και την κλειστή οικονομία σε ένα κατά κύριο λόγο φεουδαρχικό κοινωνικό σύστημα.

Στο πεδίο του συνταγματικού δικαίου και ειδικότερα στην Αγγλία, την πρωτοπόρο στους κοινοβουλευτικούς θεσμούς, οι κανόνες του συνταγματικού δικαίου διαμορφώθηκαν ως άγραφοι και παρέμειναν τέτοιοι στο σύνολο τους μέχρι και σήμερα. Το έθιμο ή αλλιώς common law είναι λοιπόν, αυτό που ρυθμίζει τη συμπεριφορά των πολιτειακών οργάνων στην Αγγλία. Το ίδιο φαινόμενο

παρατηρήθηκε και στη Γαλλία όπου οι εθιμικοί κανόνες έμειναν γνωστοί ως «οι θεμελιώδεις νόμοι του βασιλείου».

Μετά τον 18^ο αιώνα και ιδίως μετά τη γαλλική επανάσταση του 1789, το γραπτό δίκαιο εκτοπίζει τους άγραφους κανόνες οι οποίοι λόγω της ασάφειάς τους και της ολοένα και περισσότερο αμφισβητούμενης ισχύος τους δεν ανταποκρίνονται πια στις νέες κοινωνικές συνθήκες. Αυτές, έχουν ανάγκη από τις λεπτομερειακές και ακριβείς ρυθμίσεις των γραπτών κανόνων δικαίου οι οποίοι θα θεσπίζονται από μια ενιαία κεντρική κρατική εξουσία. Ειδικότερα, στο συνταγματικό δίκαιο επικράτησε ο τύπος του γραπτού και αυστηρού συντάγματος καθώς μόνο με αυτό θα διασφαλιζόνταν τα φιλελεύθερα ιδανικά και οι πολιτικές ιδέες της γαλλικής επανάστασης.

Στην Ελλάδα ειδικότερα, ήδη από το 1835, γίνεται δεκτό το έθιμο ως πηγή δικαίου. Έτσι το Β.Δ της 23^{ης} Φεβρουαρίου 1835 στο άρθρο 1 ορίζει «Οι πολιτικοί νόμοι των Βυζαντινών Αυτοκρατόρων, οι περιεχόμενοι στην Εξάβιβλο του Αρμενόπουλου θα ισχύσουν μέχρις ότου δημοσιευθεί ο Πολιτικός Κώδικας του οποίου η σύνταξη διατάχθηκε. Τα έθιμα όμως, όσα καθιέρωσαν η μακροχρόνια και αδιάκοπη συνήθεια ή οι δικαστικές αποφάσεις, θα υπερισχύουν όπου επικράτησαν». Η παραχώρηση αυτή της τότε αντιβασιλείας υπέρ του εθίμου οφειλόταν στην επιτακτική ανάγκη καθιέρωσης ενός συστήματος δικαίου που δεν ήταν δυνατόν να αναζητηθεί πουθενά αλλού παρά μόνο σε βυζαντινορωμαϊκές πηγές. Εντούτοις η *in globo* εισαγωγή ενός ξεπερασμένου από την κοινωνικοπολιτική πραγματικότητα δικαίου συστήματος, χωρίς τις αναγκαίες προσαρμογές στις κοινωνικές μεταβολές θα αποτελούσε ασφαλώς μια κατάφωρα ανεδαφική νομοθετική πράξη. Γι' αυτό το λόγο, για να εκσυγχρονιστεί το τότε δικαίο σύστημα, το βασιλικό διάταγμα έδωσε κύρος στο δίκαιο που δημιουργούσε η κοινωνία, δηλαδή στα έθιμα. Και μάλιστα έδωσε τόσο κύρος ώστε τα έθιμα να υπερισχύουν του γραπτού βυζαντινορωμαϊκού δικαίου. Στον τομέα του ιδιωτικού δικαίου το έθιμο αναγνωρίζεται ως ισοδύναμη πηγή δικαίου με το νόμο στο άρθρο 1 του Αστικού κώδικα (οι κανόνες δικαίου περιλαμβάνονται στους νόμους και τα έθιμα). Ωστόσο, το άρθρο 2 παράγραφος 2 του Ν.Δ της 7-10 Μαΐου 1946 περί αποκαταστάσεως του αστικού κώδικα και του εισαγωγικού αυτού Νόμου ορίζει κατηγορηματικά «το έθιμο δεν καταργεί νόμο». Αν λοιπόν το έθιμο δεν μπορεί να καταργήσει νόμο τότε σίγουρα δεν μπορεί να καταργήσει συνταγματική διάταξη στο πλαίσιο ενός αυστηρού συντάγματος.

Σε ευρωπαϊκό επίπεδο στις αρχές του 20^{ου} αιώνα παρατηρήθηκε ότι, παρά τη σχεδόν καθολική επικράτηση του γραπτού και συνεπώς αυστηρού συντάγματος, οι κανόνες αυτοί δεν κατόρθωσαν να επιφέρουν τις αλλαγές που η ελπιδοφόρα επανάσταση υποσχόταν, δηλαδή να περιορίσουν την δράση αυτών που ασκούν την εξουσία αυστηρά στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων τους. Για να καλύψει το κενό αυτό των τεθειμένων συνταγματικών κανόνων, η θεωρία επικαλέσθηκε το συνταγματικό έθιμο, ανεγείροντας με αυτόν τον τρόπο πολλά ερωτήματα ως προς την εφαρμογή του μέσα στο πλαίσιο ενός τυπικού συντάγματος.

B) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΤΥΠΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑ

Το ζήτημα λοιπόν, που τίθεται προς έρευνα είναι οι σχέσεις των- άγραφων - κανόνων του εθίμου με τους γραπτούς κανόνες του τυπικού συντάγματος. Περαιτέρω, το συνταγματικό έθιμο μάς ενδιαφέρει όχι τόσο για το περιεχόμενο του, για τα θέματα για τα οποία ρυθμίζει, όσο για την θέση την οποία κατέχει στην ιεραρχία των κανόνων της ισχύουσας έννομης τάξης. Το ουσιώδες δηλαδή για τη νομική επιστήμη είναι, εάν μέσα στο πλαίσιο του τυπικού συντάγματος μπορούν να υπάρξουν εθιμικοί κανόνες με ισοδύναμη ή και αυξημένη ισχύ σε σχέση με τις συνταγματικές διατάξεις .

Στο πλαίσιο λοιπόν, των τυπικών συνταγμάτων με την πάροδο του χρόνου παρατηρείται το φαινόμενο κάποιες διατάξεις είτε να πέφτουν σε «αχρησία» είτε να κάμπτονται λόγω των κοινωνικοπολιτικών αλλαγών, με αποτέλεσμα να καθίσταται ανεκτή η μη πιστή τήρησή τους, ή είτε να παραγκωνίζονται από μια ορισμένη πρακτική η οποία εφαρμόζεται από τα αρμόδια κρατικά όργανα¹. Αρκετοί νομικοί με βάση τις παραπάνω διαπιστώσεις προσπάθησαν να αποδείξουν ότι είναι δυνατή η ύπαρξη εθίμου και υπό το κράτος ενός αυστηρού συντάγματος ενώ αντίθετα κάποιοι τις θεώρησαν πραγματικά γεγονότα που δεν δικαιολογούν απαραίτητα τη θεωρία του συνταγματικού εθίμου.

Παίρνοντας ως δεδομένο ότι το έθιμο είναι κανόνας δικαίου γίνεται ευνόητο ότι πρέπει να έχει αναγκαστικό χαρακτήρα. Το δίκαιο γενικότερα έχει καταναγκαστικό χαρακτήρα και καθώς ο καταναγκασμός είναι «το μονοπώλιο του κράτους» συμπεραίνεται ότι το δίκαιο μπορεί να νοηθεί μόνο ως κρατικό(κανών τις δεν είναι κανών δικαίου εφ' όσον η εκφραζόμενη εν αυτό βούλησις δεν ανάγεται εις την κρατική εξουσίαν αμέσως ή εμμέσως). Έτσι με βάση τα προηγούμενα δεν μπορεί να υπάρξει έθιμο παρά μόνο εάν ο σχηματισμός του επιτρέπεται από τη κρατική εξουσία².

Ειδικά στα σύγχρονα κράτη τα οποία διέπονται από αυστηρό και τυπικό σύνταγμα, οι τρόποι με τους οποίους ασκείται και συγκροτείται η κρατική εξουσία είναι πολύ αυστηρά καθορισμένοι. Η άσκησή της λοιπόν, έχει ανατεθεί σε ορισμένα όργανα τα οποία μέσα από τις αρμοδιότητες που τους έχουν ανατεθεί εκφράζουν την κρατική βούληση. Η νομοθετική λειτουργία δεν θα μπορούσε να αποτελέσει εξαίρεση και έτσι καθορίζονται επακριβώς από το σύνταγμα τα όργανα που μπορούν να την ασκούν. Εντούτοις, νομοθεσία μπορεί να θεωρηθεί και ο εθιμικός τρόπος θέσπισης κανόνων δικαίου. Το ερώτημα λοιπόν που τίθεται είναι κατά πόσον η κρατική εξουσία προβλέπει ή έστω ανέχεται άτυπα αυτό το είδος «λαϊκής νομοθεσίας» .

Σ' αυτό το ερώτημα έρχονται να απαντήσουν δύο διαφορετικές θεωρίες. Η πρώτη είναι η θετική θεωρία περί εθίμου ή αλλιώς η θεωρία της άδειας ή της εγκρίσεως .Αυτή λοιπόν, η θεωρία υποστηρίζει ότι το έθιμο υφίσταται μόνο εφ' όσον αναγνωρίζεται από το κράτος και ειδικότερα από το συντακτικό νομοθέτη³.

¹ Βλ. Χρ. Σγουρίτσα Εγχειρίδιο Συνταγματικού Δικαίου τ. Α σ.78 (1951)

² Αρ. Μάνεσης Αι εγγυήσεις τ. Α σ. 30

³ Υποστηρικτές Αρ. Μάνεσης Αι εγγυήσεις, Δ. Βεζανής Γενική Πολιτειολογία, Κ. Δεσποτόπουλος Φιλοσοφία του δικαίου, Γ. Παπαχατζής Σύστημα Διοικητικού Δικαίου, 58-59.

Σε αυτές τις αντιλήψεις αντιτίθεται η θεωρία της Ιστορικής Σχολής του δικαίου. Στις αρχές του 19^{ου} αιώνα το έθιμο θεωρήθηκε από τους υποστηρικτές⁴ της πρωταρχική πηγή ολόκληρου του δικαίου και μελετήθηκε επισταμένως. Σύμφωνα λοιπόν, με τις θεωρίες της ιστορικής σχολής το δίκαιο πηγάζει εν γένει από λαϊκή συνείδηση ενώ το έθιμο δεν είναι τίποτα άλλο εκτός από την άμεση και αυθόρμητη άποψη του λαού για το δίκαιο. Σε αντίθεση με το γραπτό δίκαιο που είναι η λαϊκή βούληση δια μέσω εξουσιοδοτημένων αντιπροσώπων, το έθιμο είναι η άμεση έκφραση του «λαϊκού πνεύματος» (Volkgeist) και γι' αυτό θα πρέπει να θεωρείται ισότιμη, τουλάχιστον ως προς το νόμο, πηγή δικαίου χωρίς να απαιτείται η αναγνώρισή της και από τη συντακτική εξουσία⁵.

Από την ίδια την ύπαρξη του τυπικού συντάγματος αποδεικνύεται ότι οι συνταγματικές διατάξεις δεν μπορούν να θεσπιστούν αλλιώς παρά μόνο με τους τρόπους που το ίδιο το σύνταγμα ορίζει. Με βάση αυτό το δεδομένο οι οπαδοί της θεωρίας της άδειας ή της εγκρίσεως υποστηρίζουν ότι δεν μπορούν να δημιουργηθούν έθιμα στο πλαίσιο ενός αυστηρού συντάγματος. Από την άλλη μεριά, οι υποστηρικτές της Ιστορικής σχολής αντικρούουν ότι κάτι τέτοιο δεν είναι δεσμευτικό. Ωστόσο πέρα από τις θεωρίες υπάρχει και η πολιτική πρακτική, η οποία στο θέμα των σχέσεων μεταξύ γραπτών και άγραφων κανόνων άλλοτε έπαιρνε θέση υπέρ και άλλοτε κατά της ισοτιμίας τους και όπως αποδεικνύει η ιστορία πότε θέσπιζε την ανοχή και πότε την απαγόρευση του εθιμικού τρόπου παραγωγής κανόνων δικαίου. Σε κάθε περίπτωση επιβαλλόταν η κρατική απόφαση⁶.

Καθώς λοιπόν το σύνταγμα ορίζει από μόνο του τους τρόπους παραγωγής και αναθεώρησής του μπορούμε να φτάσουμε σε ένα πρώιμο συμπέρασμα ότι το συνταγματικό έθιμο αποκλείεται υπό το κράτος ενός τυπικού συντάγματος⁷.

Γ) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΛΑΪΚΗ ΚΥΡΙΑΡΧΙΑ

Σε κάθε εξουσία πρέπει να ορίζεται πάντοτε ο φορέας της και γι' αυτό το λόγο ένα σημαντικό ερώτημα που τίθεται σε σχέση με το συνταγματικό έθιμο είναι το ποιος θέτει τελικά τους εθιμικούς συνταγματικούς κανόνες.

⁴ Υποστηρικτές της Ιστορικής Σχολής Β. Οικονομίδης Γενικές Αρχές (1893), Γ. Μπαλής Γενικές αρχές (1955), Κ. Τσάτσος Τίνα περί των πηγών του παρ' ημιν ισχύοντος δικαίου.

⁵ Σύμφωνα με τη θεωρία της Ιστορικής Σχολής συνταγματική διάταξη που θα απαγόρευε το συνταγματικό έθιμο δεν θα μπορούσε να έχει δεσμευτική ισχύ. Την άποψη αυτή ακολουθούν κυρίως οι παλαιότεροι αστικολόγοι οι οποίοι αποκρούουν τη θεωρία της εγκρίσεως ή της άδειας.

⁶ Στην ελληνική έννομη τάξη επικράτησε αναφορικά με το έθιμο η θεωρία της «νομοθετικής εγκρίσεως» όπου και εισήχθηκαν ειδικές διατάξεις που ρύθμιζαν τις σχέσεις νόμου και εθίμου. Μάλιστα από το 1856 απαγορεύεται ρητώς στο ΑΚ η κατάργηση νόμου με έθιμο, αποκλείοντας με αυτόν τον τρόπο την ισοδυναμία εθίμου και νόμου και διαλύοντας τις πεποιθήσεις της ιστορικής σχολής. Επί του θέματος βλέπε Ν. Παπαντωνίου Γενικές Αρχές τ.Α (1978)Σ.3Θ ,1. Αραβαντινό Εισαγωγή στην Επιστήμη του Δικαίου (1978) σ.88

⁷ Αυτή η αυστηρή αρχή μπορεί να καμφθεί μόνο στην περίπτωση που ο συντακτικός νομοθέτης σιωπά και μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι ανέχεται τη δημιουργία εθίμου και μάλιστα συμπληρωματικού των κενών του γραπτού δικαίου.

Μια κρατούσα άποψη είναι αυτή που υποστηρίζει ότι οι εθιμικοί κανόνες πηγάζουν και θεσπίζονται από τη «κοινή συνείδηση του λαού»⁸. Ωστόσο, σε μια τέτοια άποψη μπορεί να τεθεί το αντεπιχείρημα ότι αυτό συμβαίνει μόνο στα δημοκρατικά πολιτεύματα όπου ο λαός είναι κυρίαρχος αποκλείοντας κατά λογική ανάγκη τη δυνατότητα δημιουργίας συνταγματικού εθίμου σε κράτη με απολυταρχικά καθεστώτα όπου φορέας της εξουσίας και ειδικότερα της συντακτικής είναι ο μονάρχης⁹.

Από την άλλη, στα δημοκρατικά πολιτεύματα, στα οποία ανώτατο όργανο είναι ο λαός, τίθεται το ερώτημα γιατί να μην μπορεί ο λαός να ασκήσει τη συντακτική εξουσία και με τη μορφή του συνταγματικού εθίμου γιατί με άλλα λόγια να μην συνδέεται η λαϊκή κυριαρχία με το έθιμο. Πράγματι έχει υποστηριχθεί, ότι σε αυτά τα πολιτεύματα ο νομοθέτης δεν μπορεί να σταματήσει τη δημιουργία συνταγματικού εθίμου, ακόμα και του καταργητικού, γιατί μία τέτοια διάταξη θα θεωρούνταν αντισυνταγματική καθώς θα παρεμπόδιζε το δικαίωμα του κυρίαρχου λαού να ασκεί «πηγαίως και αυθορμήτως» τη νομοθετική και τη συντακτική εξουσία¹⁰.

Αντίθετη προς την παραπάνω αντίληψη είναι η θεωρία που υποστηρίζει την αποσύνδεση της λαϊκής κυριαρχίας από το συνταγματικό έθιμο και η οποία μπορεί να υποστηριχθεί με τα εξής επιχειρήματα¹¹.

A) Το έθιμο δεν πηγάζει κατά ακριβολογία από το λαό, «τη κοινή λαϊκή συνείδηση», αλλά από την πρακτική που ασκεί μια συγκεκριμένη ομάδα ανθρώπων. Δηλαδή το συνταγματικό έθιμο δημιουργείται από συγκεκριμένους ανθρώπους που φέρουν την ιδιότητα του κρατικού οργάνου. Ο λαός είναι απών σε όλη τη διαδικασία της δημιουργίας του συνταγματικού εθίμου με αποτέλεσμα να μην μπορεί να θεωρηθεί ο φυσικός δημιουργός του.

B) Η «κοινή λαϊκή συνείδηση» είναι ένα πλάσμα δικαίου και δεν ανταποκρίνεται στην κοινωνικοπολιτική πραγματικότητα ιδιαίτερα της σύγχρονης εποχής όπου τα κοινωνικά σύνολα έχουν διευρυνθεί και μέσα στα οποία δημιουργούνται έντονες αντιθέσεις μεταξύ των διαφορετικών τάξεων και κοινωνικών στρωμάτων¹². Το ίδιο το σύνταγμα ορίζει στο άρθρο 1 παράγραφοι 2 και 3 ότι «όλες οι εξουσίες πηγάζουν από το έθνος» προσθέτει όμως με έμφαση ότι «ενεργούνται με τρόπο τον οποίο ορίζει το Σύνταγμα».

⁸ Πρβλ. παραπάνω στις απόψεις της Ιστορικής Σχολής

⁹ Δεδομένου ότι στα μοναρχικά πολιτεύματα ήκμαζε το εθιμικό δίκαιο επιβεβαιώνεται η θεωρία της «έγκρισης ή της άδειας» ότι δηλαδή τα έθιμα μπορούσαν να σχηματισθούν και να ισχύσουν μόνο εφ' όσον το επέτρεπε η κρατική εξουσία.

¹⁰ Βλ. Δημητρόπουλο Γενική Συνταγματική Θεωρία τ.Α σ.280 , Φραγκίστας Δικαστική Ανεξαρτησία σ. 11 , Πανταζόπουλος Εισαγωγή στην Επιστήμη του Δικαίου τ.Α σ. 152 , Τσάτσος Τίνα περί των πηγών σ.405

¹¹ Βλ. Αρ. Μάνεση Συνταγματικό Δίκαιο σ.469

¹² Βλ. Αλ. Σβώλος Συνταγματικό Δίκαιο τ.Α (1934)

Γ) Επιπλέον, ο «κυρίαρχος λαός» έχει ορίσει μέσω του συντάγματος και τον τρόπο με τον οποίο θα ασκείται η συντακτική εξουσία. Αυτό βέβαια δεν σημαίνει ότι ο κυρίαρχος απαλλοτρίωσε το δικαίωμά του να μεταβάλλει οποιαδήποτε στιγμή τους θεσπισμένους συνταγματικούς κανόνες¹³, αλλά ότι αυτοδεσμεύεται με την νομική έννοια, να υπακούει στους κανόνες που ο ίδιος έχει θεσπίσει μέχρις ότου να θεσπίσει μια νέα, πρωτογενή και κυρίαρχη συντακτική θέληση η οποία με τη σειρά της θα τον υποχρεώνει να ενεργεί σύμφωνα με αυτή¹⁴. Μόνο εάν θελήσει να καταργήσει την ισχύουσα έννομη τάξη και να ιδρύσει νέα είναι ο κυρίαρχος λαός αδέσμευτος από την προηγούμενη αλλά και πάλι θα πρέπει να ενεργεί με ένα συγκεκριμένο τρόπο είτε τις απαραίτητες ενέργειες τις πραγματοποιεί ο ίδιος είτε κάποιο αντιπροσωπευτικό όργανο στο πλαίσιο ενός κοινωνικού συμβολαίου.

Στα δημοκρατικά πολιτεύματα κυρίως όταν υφίσταται τυπικό σύνταγμα ό,τι ορίζεται από τον κυρίαρχο λαό ορίζεται ρητά από το σύνταγμα. Οι προσωπικοί φορείς των κρατικών οργάνων από την άλλη έχουν τόσες εξουσίες όσες τους απονέμει το συνταγματικό κείμενο¹⁵. Τα κρατικά όργανα, λοιπόν, επειδή έχουν καθιρρυθθεί με τη βούληση του φορέα της συντακτικής εξουσίας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι θεσπίζουν κανόνες δικαίου στο όνομα του δήθεν σιωπώντος κυρίαρχου όταν την ίδια στιγμή παραβιάζουν κατάφωρα τους θεσπισμένους από αυτόν κανόνες.

Η αντίθετη εκδοχή καταλήγει αναπόφευκτα στην υιοθέτηση της άποψης για συνεχή παρουσία του φορέα της συντακτικής εξουσίας. Μια τέτοια αντίληψη όμως, που δέχεται ότι η θέληση του κυρίαρχου είναι πιο γνήσια όταν εκδηλώνεται άτυπα και με κάθε τρόπο μπορεί να θεωρηθεί «απαράδεκτη»¹⁶. Όχι μόνο γιατί καθιερώνει μια διαρκή αβεβαιότητα για το δίκαιο αλλά και επειδή παρά τη δημοκρατική της επιφάνεια αναγνωρίζει απεριόριστα δικαιώματα στο θεωρούμενο συνεχώς παρόντα - αλλά συνήθως σιωπώντα και ως εκ τούτου τεκμαιρόμενο ως συγκατειθέμενο - κυρίαρχο με αποτέλεσμα να καθιερώνει την παντοδυναμία των ενεργούντων στο όνομά του. Με αυτόν τον τρόπο, τείνει να μεταβάλλει την ίδια την αρχή της λαϊκής κυριαρχίας από βασικό θεμέλιο του δημοκρατικού πολιτεύματος σε μέσο νομιμοφανούς κατάλυσής της από τους κυβερνώντες.

Ωστόσο, παρά τα παραπάνω, το γεγονός ότι το έθιμο γενικά και το συνταγματικό έθιμο ειδικότερα είναι έκφραση της λαϊκής συνείδησης δεν παύει να

¹³ Βλ. Jean-Jac Rousseau *Du contrat social* βιβλίο 1 κεφ. 7 «il est contre la nature du corps politique que le souverain s' impose une loi qu' il ne puisse enfreindre... il n' y a ni ne peut y avoir nulle espece de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple... » μτφ. « είναι αντίθετο προς τη φύση του πολιτικού σώματος ο ανώτατος άρχοντας να επιβάλλει ένα νόμο που δεν θα μπορούσε να παραβεί... δεν υπάρχει ούτε θα μπορούσε να υπάρξει κάποιο είδος θεμελιώδους νόμου υποχρεωτικού για το λαϊκό σώμα .» Ομοίως το άρθρο 28 της δεύτερης «διακήρυξης των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη» ορίζει « un peuple a toujours le droit de revoir, de reformer et de changer sa constitution» μτφ «ένας λαός έχει πάντα το δικαίωμα να αναθεωρεί, να επαναπροσδιορίζει και να αλλάζει το σύνταγμά του».

¹⁴ Πρβλ. Αρ. Μάνεσης *Αι εγγυήσεις τ.Α σ.11*

¹⁵ Πρβλ. άρθρο 50 του συντάγματος το τεκμήριο της αρμοδιότητας υπέρ του λαού και στη διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου άρθρο 3

¹⁶ Βλ. Αρ. Μάνεσης *Συνταγματικό Δίκαιο σ.472*

υφίσταται καθώς «η συνείδηση δικαίου αναφέρεται στην κοινωνική συνείδηση» άρα το έθιμο συνδέεται με την αρχή της λαϊκής κυριαρχίας¹⁷.

Δ) ΤΑ ΣΥΣΤΑΤΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΕΘΙΜΟΥ

Για την συνέχιση της έρευνας της βούλησης του συντακτικού νομοθέτη ως προς το επιτρεπτό ή μη της δημιουργίας του συνταγματικού εθίμου θα πρέπει πρώτα να προσδιοριστούν τα στοιχεία και οι προϋποθέσεις ύπαρξής του.

Το συνταγματικό έθιμο μπορεί να ορισθεί είτε με βάση τη θέση του σε σχέση με τους κανόνες του τυπικού συντάγματος είτε με βάση το περιεχόμενο του. Όταν λέμε για συνταγματικό έθιμο εννοούμε τους άγραφους κανόνες δικαίου με συνταγματική ισχύ¹⁸, οι οποίοι θεσπίζονται με την πρακτική άσκησή τους από ορισμένα κρατικά όργανα τα οποία τους ασκούν θεωρώντας ότι εφαρμόζουν δίκαιο.

Για να υπάρξει συνταγματικό έθιμο απαιτείται η συνδρομή ορισμένων προϋποθέσεων Αρχικά λοιπόν, δύο κύρια στοιχεία είναι απαραίτητα για να δημιουργηθεί έθιμο, το *corpus* και το *animus* δηλαδή το υλικό και το πνευματικό στοιχείο.

1) Το *corpus* είναι η μακρά και ομοιόμορφη άσκηση με άλλα λόγια η συνήθεια (*consuetudo*). Το έθιμο λοιπόν, δεν δημιουργείται από τη μία μέρα στην άλλη αλλά απαιτείται σημαντικό χρονικό διάστημα που η διάρκειά του δεν μπορεί να καθορισθεί με ακρίβεια επειδή εξαρτάται από την επανειλημμένη και ομοιόμορφη εκδήλωση ορισμένης πρακτικής. Μεμονωμένη πράξη ή παράλειψη δεν μπορεί να δημιουργήσει έθιμο όσος χρόνος και να πέρασε ακόμη και όταν κανένας δεν αποδοκίμασε αυτή την πράξη ή παράλειψη.

2) Το *animus* αποτελεί η πεποίθηση δικαίου ή νομική συνείδηση (*opinio juris nel necessitatis*). Πρέπει δηλαδή να δημιουργηθεί σε αυτούς που εφαρμόζουν τον εθιμικό κανόνα η πεποίθηση ότι ενεργούν σύμφωνα με το δίκαιο, ότι εφαρμόζουν επιτακτικό κανόνα δικαίου. Αν δεν υπάρχει νομική συνείδηση - που εξωτερικεύεται πανηγυρικότερα με δικαστικές αποφάσεις που αναγνωρίζουν τον εθιμικό κανόνα και τον εφαρμόζουν σαν κανόνα δικαίου - ο κρισιολογούμενος κανόνας δεν αποτελεί έθιμο αλλά απλή συνήθεια που η εφαρμογή της δεν είναι υποχρεωτική. Και αυτή η πεποίθηση δικαίου θα πρέπει να ταυτίζεται με την αντίληψη αυτών που την διενεργούν ότι δηλαδή με αυτόν ακριβώς τον τρόπο θα έπρεπε να ρυθμιστεί το συγκεκριμένο θέμα (*de lege ferenda*). Αυτό το στοιχείο της νομικής υποχρεωτικότητας είναι που διακρίνει το συνταγματικό έθιμο από την απλή πολιτική πρακτική και τα συναλλακτικά ήθη. Εκτός από τα στοιχεία αυτά για να αναπτυχθεί το συνταγματικό έθιμο χρειάζεται να συντρέξουν και άλλοι όροι.

3) Αυτή η ομοιόμορφη πρακτική πρέπει να ενεργείται από τα κρατικά όργανα τα οποία θα ενεργούν στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων που ορίζει το σύνταγμα. Τα κρατικά όργανα δεν μπορούν να ασκούν εξουσία διαφορετική από αυτή που ορίζει το

¹⁷ Βλ. Α. Δημητρόπουλο Γενική Συνταγματική Θεωρία τ.Α σ.280

¹⁸ Για το κατά πόσο οι εθιμικοί κανόνες είναι τυπικής ισχύς θα αναλυθεί παρακάτω

σύνταγμα. Δεν εκφράζουν κρατική βούληση παρά μόνο όταν βρίσκονται μέσα στα όρια που τους καθορίζει το σύνταγμα. Συνεπώς δεν είναι κρατική βούληση η οποιαδήποτε βούληση των κρατικών οργάνων. Άρα δεν είναι δυνατόν να επικρατήσει ως συνταγματικό έθιμο ένας κανόνας που αντίκειται στις συνταγματικές διατάξεις.¹⁹

Τα κρατικά όργανα από τα οποία είναι δυνατόν να δημιουργηθεί συνταγματικό έθιμο είναι ο λαός, το εκλογικό σώμα, και το κοινοβούλιο. Αυτό συμβαίνει γιατί στο δημοκρατικό πολίτευμα φορέας της συντακτικής εξουσίας είναι ο λαός για τον οποίο έχει τεθεί και το τεκμήριο αρμοδιότητας. Αντίθετα η μακρά και ομοιόμορφη επανάληψη μιας πράξεως προερχόμενη από κάποιο άλλο όργανο (πρόεδρο της δημοκρατίας, κυβέρνηση) δεν μπορεί καταρχήν να θεμελιώσει συνταγματικό έθιμο εφόσον η πράξη αυτή δεν γίνει ευσυνειδήτως αποδεκτή από τα αντιπροσωπευτικά όργανα .

Όσον αφορά τα δικαστήρια, δεν αποκλείεται να δημιουργηθεί συνταγματικό έθιμο και μέσω της πρακτικής των δικαστηρίων, δηλαδή μέσω νομολογίας. Θα πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι το έθιμο θα δημιουργηθεί γιατί θα έχουν συμπληρωθεί όλοι οι απαραίτητοι όροι του και όχι επειδή απλώς θα το έχει αναγνωρίσει το δικαστήριο. Παρ' όλα αυτά στην Αγγλία όπου κυριαρχεί το εθιμικό δίκαιο (common law), το έθιμο μπορεί να δημιουργηθεί μόνο μέσω της δικαστηριακής πρακτικής. Και σ' αυτό ακριβώς είναι που διαφέρουν οι συνθήκες του πολιτεύματος από το συνταγματικό έθιμο.

4) Η νομική συνείδηση πρέπει να δημιουργηθεί στον κύκλο των ενδιαφερομένων. «Ενδιαφερόμενοι»²⁰ πρέπει να θεωρηθούν όχι μόνο τα κρατικά εκείνα όργανα που ενεργούν την πράξη η οποία αποβλέπει - με τη μακρά και ομοιόμορφη επανάληψή της - στη δημιουργία εθιμικού κανόνα, αλλά και εκείνα που ενδιαφέρονται για την πράξη και θα μπορούσαν να αμφισβητήσουν την νομιμότητα της. Πράξεις συνεπώς που προκαλούν αντιρρήσεις από ενδιαφερόμενα όργανα δεν μπορούν να θεμελιώσουν συνταγματικό έθιμο²¹ .

5) Η έλλειψη τροποποιητικής ή καταργητικής δύναμης του εθίμου. Το έθιμο δεν μπορεί να τροποποιήσει ή να καταργήσει διάταξη του αυστηρού Συντάγματος. Συνεπώς αν το σύνταγμα προβλέπει ότι ορισμένα θέματα πρέπει να ρυθμιστούν με νόμο, η ρύθμισή τους δεν μπορεί να γίνει με έθιμο. Επίσης, αν το σύνταγμα επιβάλλει σε κάποιο κρατικό όργανο ορισμένη ενέργεια δεν μπορεί να καταργηθεί με έθιμο αυτή η υποχρέωση ούτε να αποκτήσει περιεχόμενο διάφορο από εκείνο που προβλέπει το σύνταγμα. Η δημιουργία εξ' άλλου καταργητικών εθίμων είναι αδύνατη όταν τα

¹⁹ Αντίθετα ο Βεζανής Γεν. Πολιτειολογία τ.Γ σ.89 δέχεται τη δημιουργία εθίμου από τα αρμόδια όργανα αντίθετου προς τις συνταγματικές διατάξεις εφ' όσον ο κυρίαρχος το αναγνωρίζει και το ανέχεται

²⁰ Ορισμένοι υποστηρικτές της ιστορικής σχολής, διευρύνουν τον κύκλο των ενδιαφερομένων θεωρώντας ότι το έθιμο πηγάζει από την κοινή συνείδηση του λαού. Ωστόσο κάποιοι άλλοι δεν υποστηρίζουν αυτή τη θέση λόγω του πλουραλιστικού χαρακτήρα της λαϊκής θέλησης (Αριστόβουλος Μάνεσης)

²¹ Στο συνταγματικό δίκαιο του Σβώλου αναφέρεται η ανατροπή του προέδρου της Γαλλίας Millerand το 1924 η οποία επειδή έγινε παρά τις έντονες αντιρρήσεις του θεωρήθηκε ότι δεν είναι δυνατό να δημιουργήσει έθιμο για το υπεύθυνο του άρχοντα.

δικαστήρια έχουν την αρμοδιότητα να ακυρώνουν τις αντικείμενες προς το σύνταγμα πράξεις των κρατικών οργάνων ή τουλάχιστον να μη τις εφαρμόζουν.

Ο σχηματισμός του συνταγματικού εθίμου τελεί φυσικά υπό την προϋπόθεση ότι ο συντακτικός νομοθέτης δεν απαγορεύει τον εθιμικό τρόπο θεσπίσεως των συνταγματικών κανόνων. Θα πρέπει, λοιπόν, να ερευνηθεί αναλυτικότερα η τυπική ισχύ των συνταγματικών κανόνων .

Ειδικότερα, το συνταγματικό έθιμο θα μπορούσε να νοηθεί είτε ως υπερκείμενο του τυπικού συντάγματος είτε ως ισοδύναμο προς αυτό είτε υποδεέστερο από αυτό.

Το έθιμο είναι ανώτερο του συντάγματος όταν οι εθιμικοί κανόνες θεωρούνται ότι έχουν υπερσυνταγματική ισχύ δηλαδή ότι δεσμεύουν ακόμα και το συντακτικό νομοθέτη. Αυτή η αντίληψη καταλήγει κατά λογική ανάγκη σε αδιέξοδο καθώς αυτά τα υπερσυνταγματικά έθιμα δεν θα μπορούσα να μεταβληθούν από κανένα αρμόδιο με αποτέλεσμα να μην καθίσταται επιθυμητή η παρουσία τους στην έννομη τάξη.

Κατά συνέπεια μένει να ερευνηθεί η περίπτωση του ισοδύναμου και του υποδεέστερου σε σχέση με το τυπικό σύνταγμα συνταγματικού εθίμου. Με άλλα λόγια αφ' ενός το καταργητικό και αφ' ετέρου το συμπληρωματικό συνταγματικό έθιμο.

Ε) ΤΟ ΚΑΤΑΡΓΗΤΙΚΟ Ή ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΕΘΙΜΟ

Το έθιμο είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι περιέχει κανόνες ισοδύναμους προς το τυπικό σύνταγμα. Αυτό μπορεί να σημαίνει δύο πράγματα. Αφ' ενός ότι οι εθιμικοί συνταγματικοί κανόνες μπορούν να τροποποιήσουν τις συνταγματικές διατάξεις και αφ' ετέρου ότι οι συνταγματικοί κανόνες μπορούν αντίστοιχα να καταργήσουν ή να τροποποιήσουν συνταγματικά έθιμα. Η παραπάνω άποψη μπορεί να στηριχθεί στο γεγονός ότι ο νεότερος κανόνας υπερισχύει του παλαιότερου. Άρα με βάση τα προηγούμενα ως αντισυνταγματικές θα πρέπει να θεωρούνται όχι μόνο οι πράξεις ή παραλείψεις που αντιτίθενται στο σύνταγμα αλλά και οι πράξεις ή παραλείψεις που αντιτίθενται στα συνταγματικά έθιμα.

Καταργητικό συνταγματικό έθιμο είναι λοιπόν , αυτό το οποίο αντιβαίνει προς τους γραπτούς συνταγματικούς κανόνες αλλά επειδή θεωρείται πως είναι ισοδύναμο με αυτούς τους καταργεί αφ' όσον είναι νεότερο.

Η κατάργηση συνταγματικής διάταξης από αντίθετο έθιμο μπορεί να θεωρηθεί υποθετικώς δυνατή με δύο τρόπους, α) θετικά, μέσω της δημιουργίας εθιμικού κανόνος με περιεχόμενο αντίθετο προς τις συνταγματικές διατάξεις. β) αρνητικά μέσω της αχρησίας η οποία συνίσταται στην παράλειψη εφαρμογής της συγκεκριμένης διάταξης. Και στις δύο περιπτώσεις πρόκειται για αντικατάσταση των συνταγματικών κανόνων με άλλους εθιμικούς.

Για την καλύτερη κατανόηση των σχέσεων μεταξύ τυπικού συντάγματος και του συνταγματικού εθίμου θα πρέπει να δούμε με ποιους τρόπους θα ήταν δυνατό να σχηματισθεί καταργητικό έθιμο στην πράξη.

Α) Με πράξεις των νομοθετικών οργάνων²². Εάν υποθέσουμε ότι είναι δυνατός ο σχηματισμός καταργητικού συνταγματικού στο πλαίσιο ενός αυστηρού συντάγματος, θα μπορούσε το νομοθετικό όργανο να ορίσει ένα θέμα με τρόπο διαφορετικό από αυτόν που ορίζει το σύνταγμα. Εάν αυτή η ρύθμιση συνεχίζεται να εφαρμόζεται για αρκετό χρονικό διάστημα και εφ' όσον τηρηθούν οι προϋποθέσεις για τη δημιουργία συνταγματικού εθίμου θα μπορέσουμε να καταλήξουμε στα εξής συμπεράσματα. 1) Ότι αρχικά αυτό το συνταγματικό έθιμο δεν θα μπορεί να καταργηθεί από νεότερο νόμο και 2) κάθε νόμος που θα ορίζει διαφορετικά από αυτό το συνταγματικό έθιμο θα θεωρείται αντισυνταγματικός.

Β) Με μια συγκεκριμένη συμπεριφορά που ακολουθείται από τα όργανα της εκτελεστικής εξουσίας. Για παράδειγμα το σύνταγμα περιελάμβανε διάταξη κατά την οποία η διάλυση της βουλής από τον ανώτατο άρχοντα επιτρέπεται μόνο «άπαξ δια την αυτήν αιτία» και η διάταξη αυτή ως υποθέσουμε ότι παραβιάζοταν επανειλημμένως και «εν πεποιθήσει δικαίου» με αποτέλεσμα να δημιουργηθεί συνταγματικό έθιμο το οποίο θα σήμαινε σε τελική ανάλυση ότι οι διοικητικές πράξεις - τα διατάγματα περί διαλύσεως της βουλής - κατήργησαν συνταγματική διάταξη και δημιούργησαν άλλη συνταγματική ρύθμιση της διάταξης.

Γ) Μέσω πράξεων ή παραλείψεων της δικαστικής λειτουργίας. Για παράδειγμα τα δικαστήρια κατά την άσκηση του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, ενδέχεται να αρνηθούν την εφαρμογή νόμου ως αντισυνταγματικού, μολονότι αυτός είναι σύμφωνος με το σύνταγμα, και το αντίστροφο να εφαρμόσουν ως συνταγματικό ένα νόμο αντικείμενο προς αυτό. Αυτή η *contra constitutionem* ερμηνεία θα ισοδυναμεί με άσκηση συντακτικής εξουσίας από τα δικαστήρια.

Ωστόσο είναι νομικώς παράλογα τα συμπεράσματα που καταλήγουν στην ύπαρξη τροποποιητικού ή καταργητικού εθίμου. Το καταργητικό έθιμο είναι ασυμβίβαστο γιατί:

Α) Τα κρατικά όργανα ενεργούν πάντα μέσα στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων που τους ορίζει το σύνταγμα, άρα δεν είναι μέσα στις αρμοδιότητές τους να εκφράζουν κρατική βούληση αντίθετη με το σύνταγμα.

Β) Δεν μπορεί τα κρατικά όργανα να θεσπίζουν εθιμικό δίκαιο που να παραβιάζει το σύνταγμα καθώς κάτι τέτοιο θα προκαλούσε την αμφισβήτηση της νομιμότητας των κυβερνώντων και θα έθετε σε κίνδυνο την ομαλή πορεία της έννομης τάξης.

Γ) Λογικά η παράβαση δεν παύει να είναι παράβαση απλώς επειδή επαναλαμβάνεται συνεχώς. Νομικά δεν μπορεί να νομιμοποιηθεί μια παράβαση απλώς και μόνο επειδή γίνεται συνεχώς και με πεποίθηση δικαίου. Εξάλλου το πιο πιθανό είναι μια τέτοια συμπεριφορά να κατασταλεί εν τη γένεση της με απόφαση δικαστηρίου.

Δ) Οι κανόνες του συντάγματος είναι κανόνες δημοσίας διάταξης και τέτοιοι κανόνες δεν μπορούν από τη φύση τους να καταργηθούν.

Συνεπώς το καταργητικό συνταγματικό έθιμο δεν έχει θέση στη έννομη τάξη.

²² Βλ. Αρ. Μάνεση « Η έκτακτος νομοθετική διαδικασία (1955) »

Z) ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΕΘΙΜΟ

1) Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΚΕΝΩΝ

Η θεωρία του εθίμου είναι ιδιαίτερα σημαντική για το δίκαιο και η αναγνώρισή του ως πηγή δικαίου ανάγεται σε όλη την έννομη τάξη. Στο κοινό δίκαιο είναι γνωστό ότι τα έθιμα έχουν ισχύ νόμου. Το μεγάλο ζήτημα εγείρεται στη περιοχή του συνταγματικού δικαίου. Επειδή ακριβώς το σύνταγμα προβλέπει συγκεκριμένη διαδικασία παραγωγής - δυσχερέστερη από εκείνης του τυπικού δικαίου- συνταγματικών διατάξεων παρεμποδίζεται η αναγνώριση συνταγματικών κανόνων που έχουν παραχθεί με διαφορετικό τρόπο. Παρ' όλα αυτά η κρατούσα άποψη υποστηρίζει ότι είναι δυνατό να δημιουργηθεί συνταγματικό έθιμο με την εφ' όσον συμπληρώνει και δεν τροποποιεί το συνταγματικό κείμενο.

Η προϋπόθεση αυτή δηλαδή η ύπαρξη πραγματικού κενού στο γραπτό σύνταγμα είναι ένα θέμα ιδιαίτερα δύσκολο. Πότε υπάρχει κενό δικαίου? Αν δεχτεί κανείς ότι κενό διαπιστώνεται κάθε φορά που το συγκεκριμένο θέμα δεν μπορεί να αναχθεί στις *expressis verbis* διατάξεις του συντάγματος - φαινόμενο αρκετά συχνό λόγω του συνοπτικού και γενικού του χαρακτήρα του - τότε το πεδίο δημιουργίας του συνταγματικού εθίμου είναι ιδιαίτερα ευρύ και τα κενά εντοπίζονται σχετικά εύκολα. Μια τέτοια άποψη ωστόσο δεν είναι ορθή. Το σύνολο των συνταγματικών κανόνων δεν είναι σύνολο λεκτικό αλλά νοηματικό. Δηλαδή δεν απαιτείται μόνο γραμματική ερμηνεία των διατάξεών του αλλά κυρίως συστηματική. Ακόμα και η μη ρύθμιση είναι ρύθμιση. Έτσι τα περισσότερα κενά που διαπιστώνονται με μια πρόχειρη θεώρηση του συντάγματος αίρονται με μια πιο εμβριθή έρευνα²³.

Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι το άρθρο 30 παράγραφος 1 του συντάγματος που ορίζει ότι «ο πρόεδρος της Δημοκρατίας είναι ρυθμιστής του Πολιτεύματος». Δεν αποσαφηνίζεται το αν ο πρόεδρος της δημοκρατίας δικαιούται να είναι μέλος πολιτικού κόμματος μετά την εκλογή του. Μπορεί να θεωρηθεί πως η κομματική του ένταξη αναιρεί αυτόν τον ρυθμιστικό ρόλο. Από αυτό προκύπτει κανόνας που επιβάλλει στο κομματικό μέλος που εκλέγεται πρόεδρος δημοκρατίας να αποξενωθεί, τουλάχιστον τυπικά και επίσημα από την κομματική του προέλευση. Επομένως και εδώ το κενό του συντάγματος είναι λεκτικό και όχι νοηματικό. Άρα ούτε και εδώ συντρέχουν οι προϋποθέσεις για τη δημιουργία συμπληρωματικού συνταγματικού εθίμου.

²³ Για τα συνταγματικά κενά βλ. Κ. Τσάτσο Το πρόβλημα της ερμηνείας σ. 152, Κυριακόπουλος Διοικητικό Δίκαιο τ. Α σ. 132, Αραβαντινός Εισαγωγή στην Επιστήμη του Δικαίου (1978) σ. 134

2) Η ΤΥΠΙΚΗ ΔΥΝΑΜΗ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΕΘΙΜΟΥ

Ένα άλλο θέμα είναι ποια θέση κατέχει το συνταγματικό έθιμο σε σχέση με το τυπικό σύνταγμα. Κατά την κρατούσα άποψη²⁴ το συμπληρωματικό συνταγματικό έθιμο δεν είναι ισοδύναμο με τους κανόνες του τυπικού συντάγματος, αλλά υποδεέστερο. Αυτό συμβαίνει επειδή δεν μπορεί να τους καταργήσει ή να τους τροποποιήσει ενώ αντίθετα μπορεί να καταργηθεί από αυτούς.

Ωστόσο, αυτή η άποψη δεν ευσταθεί. Εφ' όσον το Συνταγματικό δίκαιο επιτρέπει τη δημιουργία του συμπληρωματικού εθίμου, τηρουμένων των απαραίτητων προϋποθέσεων - *consuetudo, opinio juris nel necessitatis*, αρμονία προς το τυπικό σύνταγμα και ύπαρξη πραγματικού κενού - αυτό το έθιμο θα αποτελεί πια τμήμα του τυπικού συντάγματος. Από τη στιγμή που θα δημιουργηθεί το έθιμο θα υποχρεώνει όπως ακριβώς και οι άλλοι κανόνες του συντάγματος. Επομένως το συμπληρωματικό συνταγματικό έθιμο έχει την ίδια τυπική ισχύ με το σύνταγμα. Αυτό σημαίνει πως δεν θα μπορεί να καταργηθεί με κοινό νόμο παρά μόνο από άλλη συνταγματική διάταξη, δεσμεύοντας κατά αυτόν τον τρόπο τον κοινό νομοθέτη.

Κλείνοντας, θα πρέπει να αναφέρουμε δύο χαρακτηριστικά παραδείγματα συμπληρωματικού εθίμου. Το πρώτο είναι η τοποθέτηση υπηρεσιακών υπουργών σε ορισμένα ευαίσθητα υπουργεία κατά την προεκλογική περίοδο, κάτι εξαιρετικά ενδιαφέρον καθώς το σύνταγμα ορίζει στο άρθρο 41 ότι η κυβέρνηση της πλειοψηφίας διεξάγει τις εκλογές. Συνταγματικό έθιμο συνιστά επίσης η άμεση εκλογή των αρχών της τοπικής αυτοδιοίκησης (άρθρο 102).

Η) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΤΟΥ ΝΟΗΜΑΤΟΣ

Η παραδοχή των εθιμικών κανόνων μπορεί να σημαίνει αποδοχή της «μεταβολής του νοήματος» με την ευρύτερη - όχι τη στενή νομική - έννοια του όρου²⁵. Η αναγνώριση των συνταγματικών εθίμων ως κανόνων δικαίου είναι ταυτόχρονα και αναγνώριση της δικαιοπλαστικής φύσης των πραγμάτων, δηλαδή της μεταβολής του νοήματος των γραπτών κανόνων δικαίου. Στην περίπτωση του εθίμου δηλαδή επέρχεται συνταγματική μεταβολή προκειμένου να εφαρμοστεί τελικά το συνταγματικό έθιμο.

Άρα καταλήγουμε στα εξής συμπεράσματα α) Τα συνταγματικά έθιμα και οι κανόνες που παράγονται από τη μεταβολή του νοήματος έχουν ως κοινό γνώρισμα το ότι και οι δύο δεν βρίσκονται ρητά διατυπωμένοι στο σύνταγμα, β) Και στις δύο περιπτώσεις δεν μεσολαβεί τυπική αναθεώρηση. Δηλαδή, το σύνταγμα αλλάζει χωρίς ωστόσο να ακολουθείται η τυπική και οριζόμενη από το ίδιο αναθεωρητική διαδικασία.

²⁴ Κρατούσα άποψη Α. Μάνεσης Παραδόσεις σ. 308

²⁵ Για τις σχέσεις εθίμου και μεταβολής του νοήματος βλ. Δημητρόπουλο Η αρχή της δεδηλωμένης σ. 144

Ως έθιμο μπορεί να αναγνωριστεί κάθε αδιάκοπη και ομοίμορφη συμπεριφορά που δεν εγείρει αντιρρήσεις στον κύκλο των ενδιαφερομένων. Αντίθετα η μεταβολή του νοήματος που μπορεί να νοηθεί και σε πλαίσιο πολιτικών αντιπαραθέσεων. Αυτή είναι και η ποιοτική διαφορά ανάμεσα στο έθιμο και στη μεταβολή του νοήματος. Αν υποθετικά γινόταν δεκτή η ύπαρξη τροποποιητικού εθίμου τότε η διαφορά του με τη μεταβολή του νοήματος θα μίκραινε σημαντικά χωρίς ωστόσο να παύει να υπάρχει η διαφορά των πολιτικών αντιθέσεων.

Συμπερασματικά, όταν δεν υπάρχει συνταγματικό κενό μπορεί να γίνει υπό προϋποθέσεις δεκτή η μεταβολή του νοήματος. Ενώ η θεωρία της μεταβολής του νοήματος μπορεί να εξηγήσει τις περισσότερες περιπτώσεις που εξηγεί η θεωρία του εθίμου, συνήθως η τελευταία δεν μπορεί να εξηγήσει όλες τις περιπτώσεις της μεταβολής του νοήματος.

Θ) ΕΘΙΜΟ ΚΑΙ ΣΥΝΘΗΚΕΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΕΥΜΑΤΟΣ

Οι συνθήκες του πολιτεύματος (conventions of the constitution) αποτελούν προνομικούς κανόνες που ανήκουν στη σφαίρα της συνταγματικής δεοντολογίας²⁶. Οι συνθήκες του πολιτεύματος ή άλλως πολιτική πρακτική αποτελούν έννοια συγγενή προς εκείνη του εθίμου. Συνθήκες του πολιτεύματος είναι οι διάφορες «κατά συνθήκη» αντιλήψεις, συνήθειες ή πράξεις, οι οποίες, αν και ρυθμίζουν γενικά τη συμπεριφορά και την ενέργεια των κρατικών οργάνων, δεν αποτελούν κανόνες δικαίου, αλλά μόνο τη «συνταγματική ηθική» και, κατά συνέπεια, δεν έχουν υποχρεωτική εφαρμογή.

Οι συνθήκες του πολιτεύματος έχουν αγγλική προέλευση και μάλιστα περιέχουν πολλά αξιώματα και αρχές θεμελιώδη για τη λειτουργία του αγγλικού πολιτεύματος. Έτσι ως συνθήκη του πολιτεύματος χαρακτηρίζεται στην Αγγλία η υποχρέωση της Κυβέρνησης και των υπουργών να παραιτούνται όταν εκδηλώνει η Βουλή των κοινοτήτων τη δυσπιστία της προς αυτούς, η αδυναμία του Βασιλιά να ασκεί το δικαίωμά του να αρνείται την κύρωση νόμου που ψηφίσθηκε από τις Βουλές, η αδυναμία νέας διάλυσης της Βουλής των Κοινοτήτων όταν οι εκλογές απέβησαν σε βάρος της κυβέρνησης, που τις διεξήγαγε η σύγκληση κάθε χρόνο του Κοινοβουλίου σε σύνοδο, η ανάθεση από τον βασιλέα του σχηματισμού της Κυβέρνησης στον αρχηγό του πλειψηφούντος στη Βουλή των κοινοτήτων κόμματος, ή η προέχουσα θέση του Πρωθυπουργού μέσα στην κυβέρνηση. Όλα αυτά τα αξιώματα στην Αγγλία δεν αποτελούν κανόνες δικαίου - επειδή δεν έχουν αναγνωριστεί από τα δικαστήρια - αλλά συνήθειες ή πρακτική. Είναι όμως τόσο μεγάλη η σημασία τους ώστε να τηρούνται εξ ίσου πιστά με τα έθιμα.

Οι συνθήκες του πολιτεύματος ωστόσο δεν αποτελούν αποκλειστικά αγγλικό φαινόμενο αλλά αντίθετα εμφανίζονται και σε πολλές άλλες χώρες, όπου

²⁶ Βλ. Δημητρόπουλο Γενική Συνταγματική Θεωρία σ. 283.

διαμορφώνονται συνήθειες ή πρακτικές που ακολουθούνται πάγια αν και αντίθετες προς το περιεχόμενο τους ενέργειες θεωρούνται εξ ίσου συνταγματικές και νόμιμες.

Η διαφορά μεταξύ εθίμου και πολιτικής πρακτικής εντοπίζεται στην ύπαρξη ή μη νομικής συνείδησης . Το έθιμο όπως έχει προαναφερθεί θεμελιώνεται στη μακρά και ομοιόμορφη συμπεριφορά με συνείδηση δικαίου ενώ η πολιτική πρακτική μόνο στη μακρά και ομοιόμορφη συμπεριφορά . Αυτό έχει ως αποτέλεσμα το έθιμο να αποτελεί υποχρεωτικό κανόνα δικαίου ενώ αντίθετα η πολιτική πρακτική να είναι μια απλή συνήθεια που δεν μπορεί να επιβάλλει την εφαρμογή της. Την ύπαρξη ή όχι νομικής συνείδησης - άρα και την υποχρεωτικότητα - καλούνται να κρίνουν τα δικαστήρια. Ωστόσο μόνο για το αγγλοσαξονικό σύστημα έχει αξία η θεωρία η οποία υποστηρίζει ότι τα δικαστήρια είναι αυτά τα οποία δίνουν δεσμευτική ισχύ σε πολιτικές πρακτικές. Αυτό συμβαίνει επειδή στα περισσότερα κράτη η νομολογία δεν αποτελεί πηγή δικαίου και γι' αυτό ο δικαστής θα πρέπει να εφαρμόζει δίκαιο και όχι να το θεσπίζει.

Κάποιες φορές η συνθήκη του πολιτεύματος μπορεί να γίνει περιεχόμενο μιας μακράς πρακτικής με συνείδηση δικαίου , που δεν αντιστρατεύεται το σύνταγμα και που μπορεί να συμπληρώσει κάποιο γνήσιο και αληθινό συνταγματικό κενό . Τότε η συνθήκη του πολιτεύματος οδηγεί στη δημιουργία συμπληρωματικού συνταγματικού εθίμου.

Οι συνθήκες λόγω της μεγάλης τους σημασίας για τη σπουδή του δικαίου θα μπορούσαν να θεωρηθούν πηγή δικαίου και μάλιστα έμμεση²⁷.

²⁷ Αντίθετη άποψη ο Α. Ραϊκος Παραδόσεις Συνταγματικού Δικαίου τ. Α Σ. 47

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Συμπερασματικά το έθιμο συγκαταλέγεται στις πηγές του Συνταγματικού Δικαίου.

Για το έθιμο και τη λαϊκή κυριαρχία έχουν διατυπωθεί διαφορετικές απόψεις. Η μία υποστηρίζει ότι λαϊκή κυριαρχία και έθιμο δεν συνδέονται ενώ η άλλη υποστηρίζει το ακριβώς αντίθετο. Οι νεότεροι μελετητές καταλήγουν στη σύνδεση αυτών των δύο, κάτι που θα πρέπει να επικρατήσει ως η ορθότερη άποψη.

Ωστόσο, υπάρχει διχογνωμία ως προς τη δυνατότητα ύπαρξής του ή μη στο πλαίσιο ενός τυπικού συντάγματος. Εν τέλει καταλήγουμε πως το συνταγματικό έθιμο μπορεί να νοηθεί μόνο ως συμπληρωματικό - επ' ουδενί λόγο καταργητικό - και πάντα με την προϋπόθεση γνησίων κενών στο Σύνταγμα.

Όσον αφορά το έθιμο και τις συνθήκες του πολιτεύματος καταλαβαίνουμε και από τους παραπάνω συλλογισμούς ότι διαφέρουν ποιοτικά ως προς τη συνείδηση δικαίου. Δηλαδή ενώ και τα δύο είναι ομοιόμορφες και συνεχείς πρακτικές μόνο το έθιμο λογίζεται ως καταναγκαστικό δίκαιο.

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Το έθιμο δημιουργείται ύστερα από ομοιόμορφη και αδιάκοπη συμπεριφορά και ταυτόχρονη συνείδηση δικαίου. Το εθιμικό δίκαιο προκλήθηκε ιστορικά από το γραφτό και αποτέλεσε σημαντικό σταθμό για την ιστορία του δικαίου. Το θέμα που εγείρεται ωστόσο είναι αν μπορεί το συνταγματικό έθιμο να υπάρξει στο πλαίσιο του τυπικού συντάγματος. Μετά από αρκετή έρευνα καταλήγουμε πως μόνο το συμπληρωματικό συνταγματικό έθιμο μπορεί να γίνει ανεκτό από το συντακτικό νομοθέτη και **μόνο** στο πλαίσιο γνήσιων συνταγματικών κενών. Τέλος, το έθιμο διαφέρει από τις συνθήκες του πολιτεύματος ως προς τη συνείδηση δικαίου.

SUMMARY

Common law is recognized as one of the sources of Constitution of law. There are some presuppositions for the development of customs such as longterm and uniform behavior and conscience of law. Moreover the questions that arises is whether the common law can exist simultaneously with a typical and strict constitution. In that case we conclude that a only a supplementary and not a modifying custom is permitted by the strict character of the constitution. Furthermore the difference between the common law and the political practice lies in the consciense of right to sum up, common law is only accepted, in the countries with written constitution, with his supplementary form and despite its essemblence with political practice it is a different kind of source of the constitution.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- ΑΡΑΒΑΝΤΙΝΟΣ. Ι, ΕΙΣΑΓΩΓΗ ΣΤΗΝ ΕΠΙΣΤΗΜΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, ΕΚΔΟΣΗ 1978
- ΒΕΖΑΝΗΣ . Δ , ΓΕΝΙΚΗ ΠΟΛΙΤΕΙΟΛΟΓΙΑ
- ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ Β. ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ, « ΜΑΘΗΜΑΤΑ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ» ΤΟΜΟΣ Α , ΕΚΔΟΣΗ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ 1991
- ΓΕΩΡΓΟΠΟΥΛΟΣ Λ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ, «ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ» ΕΠΙΤΟΜΟ, 12^η ΕΚΔΟΣΗ , ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν . ΣΑΚΚΟΥΛΑ 2001
- ΔΕΣΠΟΤΟΠΟΥΛΟΣ .Κ , ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
- ΔΗΜΗΤΡΟΠΟΥΛΟΣ Γ. ΑΝΔΡΕΑΣ, « ΓΕΝΙΚΗ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ» , ΤΟΜΟΣ Α , ΣΥΣΤΗΜΑ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΝΤ. Ν . ΣΑΚΚΟΥΛΑ , ΑΘΗΝΑ- ΚΟΜΟΤΗΝΗ 2004
- ΜΑΝΕΣΗΣ ΑΡΙΣΤΟΒΟΥΛΟΣ , « ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ», ΤΟΜΟΣ Α
- ΜΑΝΕΣΗΣ ΑΡΙΣΤΟΒΟΥΛΟΣ «ΑΙ ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ» ΤΟΜΟΣ Α
- ΜΑΝΕΣΗΣ ΑΡΙΣΤΟΒΟΥΛΟΣ «Η ΕΚΤΑΚΤΟΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ»,1955
- ΜΑΥΡΙΑΣ Κ «ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ»
- ΠΑΝΤΕΛΗΣ Α. «ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ»
- ΠΑΠΑΝΤΩΝΙΟΥ.Ν , ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ, ΤΟΜΟΣ Α, ΕΚΔΟΣΗ 1978
- ΡΑΪΚΟΣ Γ. ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ , « ΠΑΡΑΔΟΣΕΙΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ» , ΤΟΜΟΣ Α , ΕΚΔΟΣΗ 54 , ΑΘΗΝΑ 1978
- ΣΒΩΛΟΣ Α.Λ. , ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ , ΤΟΜΟΣ Α , 1934
- ΣΓΟΥΡΙΤΣΑΣ Γ. ΧΡΗΣΤΟΣ, «ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ» ΤΕΥΧΟΣ Α , ΕΚΔΟΣΗ ΑΘΗΝΑΙ 1951
- ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΣ Φ. «ΕΙΣΑΓΩΓΗ ΣΤΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ»
- ΤΣΑΤΣΟΣ Θ. ΔΗΜΗΤΡΗΣ , « ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ» , ΤΟΜΟΣ Α , ΕΠΙΤΟΜΗ, ΕΚΔΟΣΗ 1982
- ΤΣΑΤΣΟΣ Θ. , ΤΙΝΑ ΠΕΡΙ ΤΩΝ ΠΗΓΩΝ ΤΟΥ ΙΣΧΥΟΝΤΟΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ
- ΦΡΑΓΚΙΣΤΑΣ Α. , ΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΑΝΕΞΑΡΤΗΣΙΑ
- ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ