



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΕΝΙΑΙΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2017 - 2018

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
Της Ανθούλας Αποστόλου Παπατόλια
Α.Μ.: 734001117015

**Η έκταση της εξουσίας του δικαστή στις διοικητικές
διαφορές ουσίας**

Επιβλέποντες:

Καθηγητής Σπυρίδων Βλαχόπουλος
Αν. Καθηγητής Κωνσταντίνος Γιαννακόπουλος
Επ. Καθηγήτρια Παρασκευή Μουζουράκη

Αθήνα, Νοέμβριος 2018

Copyright © [*Ανθούλα Παπατόλια, 2018*]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΑΡΚΤΙΚΟΛΕΞΟ	2
ΠΡΟΛΟΓΟΣ	4
ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ: ΔΙΑΚΡΙΣΗ ΑΚΥΡΩΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ	9
I. Η συνταγματική κατοχύρωση της διακρίσεως.....	9
II. Τα κριτήρια διαχωρισμού των διοικητικών διαφορών.....	12
III. Η «σχετικοποίηση» της διακρίσεως ακυρωτικού και ουσιαστικού ελέγχου.....	14
ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: Η ΕΞΟΥΣΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ ΕΠΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΟΥΣΙΑΣ	19
I. Οι λόγοι της προσφυγής και η αρχή της διαθέσεως.....	19
II. Η εξουσία του δικαστηρίου ως προς το διατακτικό της αποφάσεως.....	23
III. Η υπεισέλευση της δικαστικής λειτουργίας στο έργο της εκτελεστικής.....	28
IV. Ειδικές ρυθμίσεις επί φορολογικών και τελωνειακών υποθέσεων.....	31
IV. Προβληματισμοί ως προς τη συνταγματικότητα των διατάξεων του άρθρου 20 ν. 3900/2010.....	33
ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΤΡΙΤΟ: Η ΕΞΟΥΣΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ ΟΥΣΙΑΣ ΕΠΙ ΑΓΩΓΗΣ	41
I. Γενικές παρατηρήσεις.....	41
II. Η έκταση ελέγχου του δικαστή.....	42
III. Παρεμπόπτων έλεγχος επί μη ευθέως προσβαλλόμενων πράξεων.....	45
ΕΠΙΛΟΓΟΣ	49
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ	51

ΑΡΚΤΙΚΟΛΕΞΟ

Α.Ε.Δ.:	Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο
Αρ. :	Άρθρο
Βλ. :	Βλέπε
Διδικ :	«Διοικητική Δίκη» (περιοδικό)
Δ.Ο.Υ. :	Δημόσια Οικονομική Υπηρεσία
Εδ. :	Εδάφιο
Ε.Δ.Δ.Α. :	Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου
ΕισΝΑΚ:	Εισαγωγικός Νόμος του Αστικού Κώδικα
Εκδ. :	Εκδόσεις
Επ. :	Επόμενα
Επταμ.:	Επταμελής Σύνοψη Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας
Ε.Σ.Δ.Α. :	Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου
ΕφημΔΔ :	«Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου» (περιοδικό)
ΘΠΔΔ:	«Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου» (περιοδικό)
Κ.Β.Σ. :	Κώδικας Βιβλίων και Στοιχείων
ΚΔΔ :	Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας
ΚΠολΔ :	Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας
Λ.χ. :	Λόγου χάρη
Ν. ή ν. :	Νόμος
Ν.Α.Τ. :	Ναυτικό Απομαχικό Ταμείο
Ν.Δ. :	Νομοθετικό Διάταγμα
Ο.Α.Ε.Ε. :	Οργανισμός Ασφάλισης Ελευθέρων Επαγγελματιών
Ο.Γ.Α. :	Οργανισμός Γεωργικών Ασφαλίσεων
Ολ. :	Ολομέλεια
Ό.π. :	Όπως προηγουμένως
Παρ. :	Παράγραφος
Π.Δ. :	Προεδρικό Διάταγμα
Πρβλ :	Παράβαλε
Σελ. :	Σελίδα
Σκ. :	Σκέψη
Συντ. :	Σύνταγμα της Ελλάδος

ΣτΕ : Συμβούλιο της Επικρατείας
Υπ' αριθμ. : Υπ' αριθμόν
Υποσημ. : Υποσημείωση
ΦΕΚ : Φύλλο της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως
Φ.Π.Α. : Φόρος Προστιθέμενης Αξίας

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Η έκταση της εξουσίας ελέγχου του διοικητικού δικαστή και τα όρια της δικαιοδοτικής του λειτουργίας συνιστούν δίχως υπερβολή τον πυρήνα του δικαιοδοτικού μας συστήματος, έχουν αποτελέσει διαχρονικώς γόνιμο πεδίο επιστημονικού διαλόγου θεωρίας και νομολογίας και συνιστούν αντικείμενο όλων των διοικητικών δικονομικών κωδίκων. Οι εξουσίες αυτές του δικαστή αντανακλούν τα όρια της επεμβάσεως της δικαστικής στο πεδίο της εκτελεστικής εξουσίας, όπως αυτά καθορίζονται από τη θεμελιώδη για το Κράτος Δικαίου αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών. Άλλωστε, η προβληματική της διάκρισης των διαφορών σε ακυρωτικές και ουσιαστικές έχει τις βάσεις της και στην ως άνω αρχή, η δε *«οργάνωση της διοικητικής δικαιοσύνης επικαθορίζεται από τις ιδιαιτερότητες του εφαρμοστέου διοικητικού δικαίου και ακολουθεί τη δική της μεταβλητή γεωμετρία, η οποία απηχεί τη θεσμική διαλεκτική της ανάπτυξης κι εμβάθυνσης του δικαστικού ελέγχου της δημόσιας εξουσίας, δηλαδή του Κράτους Δικαίου»*¹. Το ισχύον Σύνταγμα υιοθετεί τη θεμελιώδη διάκριση μεταξύ ακυρωτικών διοικητικών διαφορών και διοικητικών διαφορών ουσίας. Η αίτηση ακυρώσεως αποτελεί το ένδικο βοήθημα των ακυρωτικών διαφορών, ενώ οι διοικητικές διαφορές ουσίας επιλύονται με πληθώρα ενδίκων βοηθημάτων, αναλόγως της φύσεως της διαφοράς. Έτσι, στο πεδίο των ουσιαστικών διοικητικών διαφορών προβλέπονται τα ένδικα βοηθήματα της προσφυγής, της υπαλληλικής προσφυγής, της αγωγής αποζημίωσης, της ανακοπής εκτελέσεως, της εκλογής ένστασης και της ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής².

Πηγή προβληματισμού και έντονου επιστημονικού διαλόγου έχει αποτελέσει η ανάγκη ή μη της «ουσιαστικοποίησης» όλων των διοικητικών διαφορών και της εγκατάλειψης του συστήματος της διπλής κατανομής των αρμοδιοτήτων στο εσωτερικό της διοικητικής δικαιοσύνης, όπως αυτό συνταγματικώς κατοχυρώνεται, και το κατά

¹ Κ. Γιαννακόπουλος, Το σύστημα απονομής διοικητικής δικαιοσύνης κατά το Σύνταγμα (σκέψεις με αφορμή τη διαδικασία νέας συνταγματικής αναθεώρησης), ΕφημΔΔ 5/2006, σελ. 554.

² Το ένδικο αυτό βοήθημα προβλέπεται στο άρθρο 272Η του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, το οποίο προστέθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 4329/2015 (ΦΕΚ Α' 53/02.06.2015) και ασκείται κατά διαταγών πληρωμής σύμφωνα με το άρθρο 272Α του Κώδικα για χρηματικές αξιώσεις μη αμφισβητούμενες κατά την έννοια του άρθρου 3 παρ. 1 του Κανονισμού (ΕΚ) 805/2004 (ΕΕ L 143), η οποία μπορεί να ζητηθεί εφόσον: α) οι αξιώσεις αυτές πηγάζουν από διοικητική σύμβαση που έχει συναφθεί στο πλαίσιο εμπορικής συναλλαγής, κατά την έννοια της υποπαραγράφου Ζ.3 της παραγράφου Ζ' του άρθρου πρώτου του ν. 4152/2013 (Α' 107) και β) έχει ολοκληρωθεί ο προληπτικός έλεγχος της σχετικής δαπάνης και έχει αποβεί θετικός για την πληρωμή της.

πόσον η «ουσιαστικοποίηση» αυτή θα συμβάλει στην αποτελεσματικότερη απονομή της δικαιοσύνης κατά τις απαιτήσεις του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ. Σχετικά με το εάν η αίτηση ακύρωσης, εξαιτίας της εκτάσεως της εξουσίας του ακυρωτικού δικαστή, πληροί τις εγγυήσεις δικαστικής προστασίας, παγίως πλέον η νομολογία³ δέχεται πως η απονεμόμενη στο Συμβούλιο της Επικρατείας από το Σύνταγμα (άρθρο 95 παρ. 1 εδ. α') και το νόμο (άρθρο 45 παρ. 1 του π.δ. 18/1989) ευρύτατη εξουσία ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων με το ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ακυρώσεως, η οποία περιλαμβάνει και τον έλεγχο της τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας μεταξύ του διαπραχθέντος παραπτώματος και της επιβληθείσης ποινής, τον έλεγχο του τρόπου ασκήσεως της διακριτικής εξουσίας της Διοικήσεως, αλλά και τον έλεγχο της συνδρομής του σκοπού για τον οποίο εκδόθηκε η διοικητική πράξη, συγκεντρώνει όλα τα χαρακτηριστικά, ώστε το Συμβούλιο της Επικρατείας να χαρακτηριστεί ως δικαστήριο, το οποίο πληροί τις τασσόμενες από τη διάταξη του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ προϋποθέσεις, δηλαδή ως «δικαστήριο πλήρους δικαιοδοσίας». Όσον αφορά την «ουσιαστικοποίηση» όλων των διοικητικών διαφορών, η έκταση των εξουσιών του διοικητικού δικαστή ουσίας, δηλαδή τόσο οι λόγοι που αυτός δύναται να εξετάσει είτε κατόπιν των αιτιάσεων του προσφεύγοντας είτε *ultra petita* όσο και οι συνέπειες των αποφάσεων που εκδίδει, αποτελούν «σκόπελο» σε αυτή, καθόσον δύνανται να έχουν ως απόρροια την υπεισέλευση της δικαστικής λειτουργίας αφενός στην εκτελεστική σε θέματα για τα οποία εκείνη είναι αποκλειστικώς αρμόδια σύμφωνα με την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών και αφετέρου στην αρμοδιότητα νομοθέτησης που ανήκει στα όργανα της νομοθετικής και υπό τις συνταγματικές του άρθρου 43 προϋποθέσεις της εκτελεστικής εξουσίας. Όπως, όμως, θα αναλυθεί στην παρούσα μελέτη, στην πράξη η σχετική γαλλικής προέλευσης διάκριση των διοικητικών διαφορών, έχει σχετικοποιηθεί και τα όριά της καθίστανται πλέον θολά.

Το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας⁴ εγκοιτώνει τις εξουσίες του διοικητικού δικαστή ουσίας, αφού προσδιορίζει τα όρια ελέγχου της προσβληθείσας με προσφυγή πράξεως ή παραλείψεως της διοικητικής αρχής και τις υποχρεώσεις του

³ ΕΔΔΑ, 21.7.2011, *Sigma Radio Television Ltd κατά Κύπρου*, ΣτΕ 1361/2013, ΣτΕ 1048/2018, ΣτΕ 1802/2016.

⁴ Βλ. Εισηγητική Έκθεση Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σύμφωνα με την οποία για τη διάταξη αυτή ελήφθησαν υπόψη οι συναφείς διατάξεις, ιδίως των άρθρων 75, 76, 120 παρ. 2 του Κώδικα Φορολογικής Νομοθεσίας και των άρθρων 53, 54, 56 παράγραφοι 1 - 3 του π.δ. 341/1978.

κατά την άσκηση του δικαιοδοτικού του έργου⁵. Η διάταξη αυτή δεν απαριθμεί τους λόγους προσφυγής, όπως η διάταξη του άρθρου 48 π.δ. 18/1989 η οποία προσδιορίζει τους λόγους ακυρώσεως, αλλά οριοθετεί την έκταση της εξουσίας του δικαστή ουσίας, αποτυπώνοντας παράλληλα γενικές δικονομικές αρχές. Προβλέπει τις περιπτώσεις εκείνες, στις οποίες ο δικαστικός έλεγχος εκτείνεται πέραν των αιτιάσεων των διοικουμένων, με σκοπό τη διασφάλιση της αποτελεσματικής δικαστικής τους προστασίας, καθόσον ο δικαστής δεν μπορεί να παραμένει παθητικός θεατής ευρισκόμενος ενώπιον μίας βαρύτατης παράβασης της έννομης τάξης. Οριοθετεί τις περιπτώσεις όπου ο δικαστής έχει τη δυνατότητα να μεταρρυθμίσει την προσβαλλόμενη πράξη ενώ προβλέπει τις περιπτώσεις της υποχρεωτικής αναπομπής στη διοίκηση, χωρίς τη δυνατότητα τροποποίησης, με υπόβαθρο των σχετικών

⁵ Η εξουσία του ακυρωτικού δικαστή προσδιορίζεται στο άρθρο 50 π.δ. 18/1989, σύμφωνα με το οποίο: «1. Η απόφαση που δέχεται την αίτηση ακυρώσεως απαγγέλει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης και συνεπάγεται νόμιμη κατάργησή της έναντι όλων, είτε πρόκειται για κανονιστική είτε πρόκειται για ατομική πράξη. (...) 3. Στις περιπτώσεις παραλείψεων όταν το Συμβούλιο δέχεται την αίτηση παραπέμπει την υπόθεση στην αρμόδια αρχή για να εκτελέσει την οφειλόμενη ενέργεια. «3α. Το δικαστήριο, αν άγεται σε ακύρωση της διοικητικής πράξης που προσβλήθηκε με αίτηση ακυρώσεως λόγω πλημμέλειας που μπορεί να καλυφθεί εκ των υστέρων και εφόσον κρίνει, ενόψει της φύσης της πλημμέλειας, και της επίδρασής της στο περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης, ότι η ακύρωση της πράξης δεν είναι αναγκαία για την αποκατάσταση της νομιμότητας και για τη διασφάλιση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, καθώς και σε περίπτωση παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας του αιτούντος, μπορεί, κατ' εκτίμηση και των εννόμων συμφερόντων των διαδίκων, να εκδώσει προδικαστική απόφαση, η οποία κοινοποιείται σε όλους τους διαδίκους, και να ζητήσει από την αρμόδια υπηρεσία είτε να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια ώστε να αρθεί η πλημμέλεια είτε να εκπληρώσει την οφειλόμενη νόμιμη ενέργεια τάσσοντας προς τούτο αποκλειστική εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από ένα μήνα ούτε μεγαλύτερη από τρεις μήνες. Κανένα στοιχείο δεν λαμβάνεται υπόψη αν προσκομισθεί μετά την πάροδο της προθεσμίας αυτής. Μετά την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας και εντός δεκαπενθημέρου, οι λοιποί διάδικοι δύνανται να καταθέσουν υπόμνημα με τους ισχυρισμούς τους επί των ενεργειών της Διοίκησης και των στοιχείων που αυτή προσκόμισε. Σε περίπτωση εφαρμογής των οριζόμενων στα προηγούμενα εδάφια, η δημοσίευση της προδικαστικής απόφασης συνεπάγεται την αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, κατά το μέρος που δεν έχει εκτελεστεί έως τη δημοσίευση της οριστικής απόφασης. 3β. Σε περίπτωση αιτήσεως ακυρώσεως που στρέφεται κατά διοικητικής πράξεως, το δικαστήριο, σταθμίζοντας τις πραγματικές καταστάσεις που έχουν δημιουργηθεί κατά το χρόνο εφαρμογής της, ιδίως δε υπέρ των καλόπιστων διοικουμένων, καθώς και το δημόσιο συμφέρον, μπορεί να ορίσει ότι τα αποτελέσματα της ακυρώσεως ανατρέχουν σε χρονικό σημείο μεταγενέστερο του χρόνου έναρξης της ισχύος της και σε κάθε περίπτωση προγενέστερο του χρόνου δημοσίευσης της απόφασης. 3γ. Η διαπίστωση παρανομίας της κανονιστικής πράξης κατά τον παρεμπόδιοντα έλεγχό της, για λόγους αναγόμενους στην αρμοδιότητα του εκδόντος την απόφαση οργάνου και σε παράβαση ουσιώδους τύπου είναι δυνατόν να μην οδηγήσει σε ακύρωση ατομικής πράξης, εφόσον, κατά την κρίση του δικαστηρίου, έχει παρέλθει μακρό, ανάλογα με τις περιστάσεις, χρονικό διάστημα από την έναρξη ισχύος της κανονιστικής πράξης που ελέγχεται παρεμπιπτόντως και οι συνέπειες της παρανομίας της σε βάρος της ατομικής πράξης μπορεί να κλονίσουν την ασφάλεια του δικαίου.(...)»

ρυθμίσεων τη βούληση του νομοθέτη ο δικαστής να λειτουργεί ως «διοίκηση δευτέρου βαθμού»⁶.

Ειδική αντιμετώπιση επιφυλάσσεται στη διάταξη αυτή για τις φορολογικές και τελωνειακές διαφορές. Διά του άρθρου 20 Ν. 3900/2010 επήλθαν ριζικές αλλαγές στο άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και συντελέστηκε μία σπουδαία διαφοροποίηση των διαφορών αυτών έναντι των υπολοίπων διαφορών ουσίας, με στόχο την αποσυμφόρηση των δικαστηρίων και την ταχεία απονομή της δικαιοσύνης, ιδίως στο πεδίο των φορολογικών υποθέσεων. Ειδικότερα, συρρικνώθηκε ο αυτεπάγγελτος έλεγχος από το δικαστήριο των προσβαλλόμενων πράξεων ο οποίος διατηρήθηκε μόνο στην περίπτωση της παράβασης του δεδουλευμένου, παράλληλα δε ενισχύθηκε σημαντικά η ουσιαστική δικαιοδοσία του δικαστή, αφού πλέον, σε περίπτωση όπου η φορολογική αρχή διαθέτει κατά την επιβολή ορισμένης κύρωσης εξουσία επιμέτρησης, το δικαστήριο ελέγχοντας τη σχετική πράξη ασκεί το ίδιο την εξουσία αυτή, επιβάλλοντας την προσήκουσα κύρωση και μεταρρυθμίζοντας αντιστοίχως την πράξη ενώ εάν η προσφυγή στρέφεται κατά παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, το δικαστήριο, κατά την επίλυση της διαφοράς, δικάζει κατά πλήρη δικαιοδοσία και, είτε ακυρώνει εν όλω ή εν μέρει την παράλειψη, αποφαινόμενο αυτό για την ύπαρξη και την έκταση του δικαιώματος ή της υποχρέωσης, είτε απορρίπτει την προσφυγή.

Το άρθρο 80 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας οριοθετεί την εξουσία του δικαστή ουσίας όταν άγεται ενώπιον του το ένδικο βοήθημα της αγωγής. Σταδιακά καθιερώθηκε η αυτοτέλεια του ενδίκου βοηθήματος της αγωγής έναντι της προσφυγής, η οποία δεν μπορεί να επιφέρει την ακύρωση διοικητικής πράξης, μη φέρουσα με άλλα λόγια το διαπλαστικό χαρακτήρα της προσφυγής. Το δικαστήριο έχει την εξουσία κατά τη ρητή πλέον διατύπωση του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας να εξετάσει παρεμπιπτόντως τη ζημιολογία πράξης, γεγονός που εντόνως είχε αμφισβητηθεί παλαιότερα.

Αντικείμενο της παρούσας εργασίας θα αποτελέσει η έκταση της εξουσίας του διοικητικού δικαστή ουσίας επί των δύο βασικών ενδίκων βοηθημάτων διαφορών ουσίας, δηλαδή της προσφυγής και της αγωγής. Στο *πρώτο κεφάλαιο*, πραγματοποιείται

⁶ Π. Λαζαράτος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη, Έκδοση 3^η, 2018, σελ. 439.

μία σύντομη ανάλυση της διακρίσεως ουσιαστικών και ακυρωτικών διαφορών και παρουσιάζονται επιστημονικές σκέψεις που έχουν διατυπωθεί πάνω στον εν λόγω διαχωρισμό. Η καταγραφή αυτή κρίνεται απαραίτητη διότι με την αντιπαραβολή των διαφορών αυτών αναδεικνύεται η σημασία της εκτάσεως του δικαστικού ελέγχου επί των ουσιαστικών διαφορών. Στο *δεύτερο κεφάλαιο*, παρουσιάζεται η έκταση των εξουσιών του διοικητικού δικαστή ουσίας όταν επιλαμβάνεται προσφυγής, με μνεία στην εξέταση των αιτιάσεων του διοικουμένου αλλά και των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων ζητημάτων, των συνεπειών της αποφάσεως του δικαστηρίου και της υπό προϋποθέσεις υπεισέλευσης της δικαστικής εξουσίας στο έργο της εκτελεστικής, προκειμένου να μην απεμπολείται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του προσφεύγοντος. Επιπλέον, αναλύονται οι ειδικές ρυθμίσεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας για την εξουσία του διοικητικού δικαστή ως προς τις φορολογικές και τελωνειακές διαφορές και επιχειρείται μία παρουσίαση των προβληματισμών που δημιουργούνται σχετικά με τη συνταγματικότητα των ειδικών αυτών ρυθμίσεων. Στο *τρίτο κεφάλαιο*, κεντρικό ζήτημα είναι οι εξουσίες του δικαστή ουσίας επί αγωγής. Αποτυπώνεται η έκταση του ελέγχου του και καταγράφονται σκέψεις ως προς τη δυνατότητα παρεμπόδισης ελέγχου επί πράξεων που δεν υπόκεινται σε ευθύ δικαστικό έλεγχο.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ: ΔΙΑΚΡΙΣΗ ΑΚΥΡΩΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ

I. Η συνταγματική κατοχύρωση της διακρίσεως

Η διάκριση των διοικητικών διαφορών σε «διαφορές ουσίας» και σε «ακυρωτικές διαφορές» έχει ενσωματωθεί στο Σύνταγμα, το οποίο ακολουθεί μια διαδεδομένη γαλλικής καταγωγής ορολογία⁷, αποκτώντας με τον τρόπο αυτό αυξημένης τυπικής ισχύος ρυθμιστικό χαρακτήρα. Σε αυτό εμπεριέχονται εκτενείς για τη διοικητική δικαιοσύνη ρυθμίσεις, δίδεται δε στο Συμβούλιο της Επικρατείας το προβάδισμα με το τεκμήριο της γενικής ακυρωτικής αρμοδιότητας και ανατίθεται στα διοικητικά δικαστήρια η εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας. Προ της αναθεώρησης του 2001, το άρθρο 94 παρ. 1 του Συντάγματος προέβλεπε ρητώς την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας από τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια. Η απάλειψη, ωστόσο, από τον αναθεωρητικό νομοθέτη, του όρου «ουσίας» από τη διάταξη αυτή⁸ δε συνεπάγεται την κατάργηση της διάκρισης των διοικητικών διαφορών σε ακυρωτικές και ουσίας, πολλώ μάλλον την πλήρη κατάργηση των ουσιαστικών διαφορών, αλλά διευκρινίζεται μέσω αυτής ο ενιαίος χαρακτήρας της δικαστικής δικαιοδοσίας επί των διοικητικών διαφορών⁹. Τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια εξακολουθούν και μετά την τροποποίηση του άρθρου 94 παρ. 1 του Συντάγματος να είναι κατ' αρχήν αρμόδια για την εκδίκαση των ουσιαστικών διαφορών και στο Συμβούλιο της Επικρατείας υπάγονται κατά κανόνα οι ακυρωτικές διαφορές, όπως μπορεί να συναχθεί αφενός μέσα από την ιστορική ερμηνεία¹⁰ της διατάξεως αυτής και αφετέρου από το συσχετισμό της με τα άρθρα 95 παρ. 1 (α), (γ) και παρ. 3 Συντ. Δεδομένου ότι το Σύνταγμα υπάγει στον ακυρωτικό έλεγχο όλες τις «εκτελεστές πράξεις των διοικητικών αρχών», αίτηση ακυρώσεως μπορεί να ασκηθεί κατά οποιασδήποτε εκτελεστής πράξης διοικητικής αρχής, ανεξαρτήτως εάν ο νόμος το απαγορεύει¹¹,

⁷ “*Contentieux de pleine juridiction*”, “*contentieux d’ annulation*”, βλ. Π.Δ. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Έκτη Έκδοση, 2014, σελ. 115.

⁸ Ο όρος αυτός διατηρήθηκε στα άρθρα 94 παρ. 3 και 95 παρ. 1 (γ) Συντ.

⁹ Χ. Χρυσανθάκης, Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2^η έκδοση, 2016, σελ. 47-48.

¹⁰ Π. Λαζαράτος, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ 11.

¹¹ Βλ. ΣτΕ Ολ. 189/2007, όπου το Δικαστήριο δέχθηκε πως η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρου 78 του ισχύοντος τότε Κώδικος περί Δικηγόρων σχετικά με την αδυναμία άσκησης αιτήσεως ακυρώσεως κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης είναι αντίθετη στο Σύνταγμα.

ελλείπει δε παρόμοιας συνταγματικής διάταξης για τον ουσιαστικό έλεγχο, προσφυγή μπορεί να ασκηθεί μόνο στις περιπτώσεις που προβλέπει ρητώς και ειδικώς το ίδιο το Σύνταγμα ή, κατ' εξουσιοδότησή του, ο νόμος. Περαιτέρω, ο συνταγματικός νομοθέτης προβλέπει τη μεταφορά στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια κατηγοριών υποθέσεων ακυρωτικής φύσεως του Συμβουλίου της Επικρατείας, αναλόγως της «φύσεως» και της «σπουδαιότητάς» τους, το οποίο και δικάζει σε δεύτερο βαθμό σύμφωνα με το νόμο¹².

Η συγκέντρωση μεγάλου αριθμού εκκρεμών υποθέσεων στο Συμβούλιο της Επικρατείας οδήγησε το νομοθέτη στη θέσπιση διατάξεων όχι μόνο περί μεταφοράς υποθέσεων από το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια αλλά και περί «ουσιαστικοποίησης» ακυρωτικών διαφορών, προκειμένου να αποσυμφορηθεί το Δικαστήριο και να διευκολυνθεί το έργο του. Η μεταφορά αυτή δεν είναι ωστόσο απεριόριστη, υπόκειται δε σε δικαστικό έλεγχο περί την τήρηση των συνταγματικών ορίων. Με την υπ' αριθμ. 1095/1987 απόφαση του, το Συμβούλιο της Επικρατείας εξέφρασε για πρώτη φορά πως το τεκμήριο της γενικής ακυρωτικής αρμοδιότητας ανήκει στο ίδιο, δύνανται όμως αναλόγως της «φύσεως» και της «σπουδαιότητας» τους με νόμο να μεταφερθούν στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια κατηγορίες υποθέσεων διοικητικών διαφορών. Το «ποσοτικό» αυτό κριτήριο ωστόσο δεν μπορεί να θεωρηθεί πρόσφορο καθόσον, λόγω της γενικότητάς του, δε συντελεί στην εξακρίβωση του κατά πόσον η πρόβλεψη προσφυγής ουσίας σε ορισμένες περιπτώσεις είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα¹³. Επιπλέον, ως προς τη «φύση» κατηγοριών υποθέσεων θα μπορούσε να λεχθεί πως κάποιες κατηγορίες διοικητικών διαφορών ενδείκνυνται να μετατραπούν σε διαφορές ουσίας εξαιτίας της έντονης συσχέτισης τους με πραγματικά περιστατικά, όπως συμβαίνει για παράδειγμα με εκείνες τις διαφορές που αφορούν στη δυνατότητα επιβολής κλιμακούμενων προστίμων¹⁴. Ως προς τη «σπουδαιότητα», ωστόσο, αυτή είναι δύσκολο να θεωρηθεί ως πρόσφορο κριτήριο για τη μεταφορά υποθέσεων, δεδομένου μάλιστα ότι καθίσταται

¹² Αρ. 95 παρ. 3 Συντ.

¹³ Π.Δ. Λαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 129.

¹⁴ Σπ. Βλαχόπουλος, Η συνταγματική κατοχύρωση της αιτήσεως ακυρώσεως, σε: Συμβούλιο της Επικρατείας, επιμέλεια Χ. Χρυσανθάκης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ.14.

αβέβαιη η καταγραφή των κριτηρίων που δύνανται να χρησιμοποιηθούν προκειμένου να καταταχθούν οι διοικητικές διαφορές σε σημαντικές και σε λιγότερο σημαντικές¹⁵.

Η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου με την υπ' αριθμ. 3919/2010 απόφαση της επανέλαβε πως «η θέση του Συμβουλίου της Επικρατείας ως δικαστηρίου που δικάζει, σύμφωνα με την παράγραφο 1 περίπτ. α' του άρθρου 95 του Συντάγματος, την αίτηση ακυρώσεως κατά των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών, είναι καίρια στο σύστημα του Κράτους Δικαίου που καθιερώνει το Σύνταγμα, η δε γενική ακυρωτική δικαιοδοσία του δικαστηρίου τούτου δεν αφήνεται από τον συντακτικό νομοθέτη στην απόλυτη διάθεση του κοινού νομοθέτη και, συνεπώς, ο περιορισμός της δια της μεταφοράς κατηγοριών υποθέσεων προς εκδίκαση στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια, υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο από την άποψη της τηρήσεως των συνταγματικών ορίων. (...) Στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια ανατίθεται, εκτός από τις διοικητικές διαφορές ουσίας που το ίδιο το Σύνταγμα αναθέτει σε άλλα δικαστήρια, γενική αρμοδιότητα επί των διοικητικών διαφορών που πηγάζουν είτε από διοικητικές συμβάσεις είτε από ενέργειες διοικητικών οργάνων που δεν συνιστούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις και εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο νόμος οργανώνει κατά τέτοιο τρόπο τη δικονομική προστασία του πολίτη, ώστε το αίτημά του ενώπιον του δικαστηρίου να είναι η καταμήφιση σε παροχή ή η αναγνώριση δικαιώματος ή έννομης σχέσης που διέπεται από το δημόσιο δίκαιο. Από την άλλη πλευρά, λόγω της γενικής ακυρωτικής αρμοδιότητας του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών, ο νόμος, κατά την έννοια των ανωτέρω άρθρων 94 παρ. 1, 95 παρ. 1 περίπτ. α' και 95 παρ. 3 του Συντάγματος, που πρέπει να ερμηνευθούν συνδυασμένα, μπορεί να ανατεθεί στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια, όταν η διαφορά γεννάται από εκτελεστή διοικητική πράξη, μόνον ειδική αρμοδιότητα, για συγκεκριμένες κατηγορίες υποθέσεων, η φύση και η σπουδαιότητα των οποίων δεν επιβάλλει, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, την εκδίκασή τους από το Συμβούλιο της Επικρατείας».

Πέρα από τα ως άνω άρθρα 94 και 95, το συνταγματικό κείμενο περιέχει και άλλες δικονομικές ρυθμίσεις, όπως λ.χ. η διάταξη του άρθρου 103 παρ. 4 Συντ., όπου

¹⁵ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ.14-15, ο οποίος ειδικώς ως προς τη «σπουδαιότητα» παρατηρεί πως ανατρέχοντας κανείς σε παραδείγματα διοικητικών διαφορών που έχουν ήδη μεταφερθεί στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια διαπιστώνει πόσο σημαντικές είναι πολλές από τις διαφορές αυτές, όπως οι πολεοδομικές και δασικές υποθέσεις, οι οποίες σχετίζονται με τη συνταγματική προστασία του περιβάλλοντος (άρθρο 24 Συντ.).

κατοχυρώνεται η δυνατότητα άσκησης υπαλληλικής προσφυγής¹⁶. Η αρκετά λεπτομερής αυτή συνταγματική αναφορά σε δικονομικά ζητήματα εγείρει κατά τη γνώμη μας προβληματισμούς, κυρίως ως προς το εάν και κατά πόσο είναι αναγκαία και συμβάλλει στην αποτελεσματική δικαστική προστασία του διοικουμένου. Διότι, ναι μεν το 1975 ήταν δικαιολογημένη η ύπαρξη των ρυθμίσεων αυτών, προκειμένου να διασφαλίζεται ο ακυρωτικός έλεγχος της εκτελεστικής εξουσίας και να αποτρέπονται οι έξωθεν παρεμβάσεις¹⁷, σήμερα όμως η ρύθμιση αυτή φαίνεται να καθιστά το δικονομικό μας σύστημα «δυσκίνητο» και δε βοηθά στην προσαρμογή του στις εξελίξεις του δικαίου. Ιδίως ως προς τη διάκριση των διοικητικών διαφορών σε «ακυρωτικές» και «ουσίας» δε διαφαίνεται η ανάγκη διατήρησης της συνταγματικής αυτής κατοχύρωσης, καθόσον το εν λόγω ζήτημα δύναται να ρυθμιστεί από τον κοινό νομοθέτη χωρίς να παρίσταται δικαιολογημένη η ενσωμάτωσή του στο κείμενο του θεμελιώδους νόμου του κράτους.

II. Τα κριτήρια διαχωρισμού των διοικητικών διαφορών

Το Σύνταγμα κάνει μεν αναφορά στη διάκριση των διοικητικών διαφορών σε ουσιαστικές και ακυρωτικές, δεν προβλέπει όμως τα κριτήρια διαχωρισμού τους προκειμένου a priori να γνωρίζει κανείς εάν μια διαφορά έχει καταστεί ακυρωτική ή ουσίας, για τα κριτήρια δε αυτά έχουν διατυπωθεί διαφορετικές απόψεις. Κατά μία άποψη¹⁸, κύριο κριτήριο διάκρισης αποτελεί η εξουσία του δικαστή για την κρίση της υπόθεσης που άγεται ενώπιον του και οι συνέπειες της αποφάσεως που εκδίδει. Επί αιτήσεως ακυρώσεως το δικαστήριο έχει τη δυνατότητα να διενεργήσει μόνο έλεγχο νομιμότητας επί της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, σε αντίθεση με το διοικητικό δικαστή ο οποίος προχωρώντας ένα βήμα παραπέρα δύναται να ελέγξει την προσβαλλόμενη πράξη και κατά την ουσία της. Όταν η διαφορά είναι ακυρωτική, το δικαστήριο περιορίζεται στην εξαφάνιση διοικητικής πράξης ή στην παραπομπή της υποθέσεως στη διοικητική αρχή προκειμένου να εκτελέσει την οφειλόμενη νόμιμη ενέργεια, ενώ όταν η διαφορά είναι ουσίας το δικαστήριο έχει την

¹⁶ Ενδεικτικώς σημειώνουμε επίσης τις διατάξεις των άρθρων 88, 99, 100 Συντ.

¹⁷ *Ι. Συμεωνίδης*, Η ανάγκη ενός ενιαίου Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΘΠΔΔ 3/2018, σελ. 193 επ.

¹⁸ *Ε. Σπηλιωτόπουλος*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος II, 14^η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 30 επ.

εξουσία να διαμορφώσει το ουσιαστικό περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξεως, μετά από ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, με δυνατότητα όχι μόνο ακύρωσης αλλά και τροποποίησης, με τη χρήση των κατάλληλων αποδεικτικών μέσων. Όμως, το κριτήριο της εκτάσεως της εξουσίας του δικαστή δεν μπορεί να είναι καθοριστικό, καθόσον αποτελεί απόρροια της διακρίσεως και όχι κριτήριό της. Επιπλέον, η δυνατότητα μεταρρύθμισης δεν δύναται να αποτελέσει καθοριστικό στοιχείο για το διαχωρισμό των διοικητικών διαφορών¹⁹, καθόσον ένα τέτοιο κριτήριο δεν αναφέρεται στο Σύνταγμα και σε κάθε περίπτωση είναι δυνατόν ο διοικητικός δικαστής να ελέγχει την ουσία της υποθέσεως αλλά να μην μπορεί να υπεισέλθει απεριορίστως στην ουσία της, μη διαθέτοντας τη δυνατότητα να μεταρρυθμίσει μία προσβαλλόμενη διοικητική πράξη, σεβόμενος την αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών, όπως συμβαίνει στην περίπτωση όπου η διοικητική αρχή δεν έχει ασκήσει καθόλου τη διακριτική της ευχέρεια²⁰ και προκειμένου ο δικαστής να μην αναλάβει χρέη «ενεργού διοικήσεως»²¹. Κατά άλλη άποψη²², ο χαρακτηρισμός μιας διαφοράς ως ακυρωτική ή ουσίας εξαρτάται από το αντικείμενο της προσβολής, δηλαδή αν πρόκειται για δικαίωμα, οπότε η διαφορά χαρακτηρίζεται ως ουσίας, ή αν αντικείμενο της προσβολής είναι έννομο συμφέρον, οπότε η διαφορά είναι ακυρωτική. Το κριτήριο όμως αυτό δε συναντάται πλέον στο δικονομικό μας σύστημα και θα πρέπει να θεωρήσουμε ότι έχει καταργηθεί²³ τόσο ενόψει της διατύπωσης του άρθρου 1 παρ. 6

¹⁹ Π. Λαζαράτος, Η δυνατότητα τροποποίησης της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξεως, ΔιΔικ 1996, σελ. 607.

²⁰ Βλ. ενδεικτικά την υπ' αριθμ. 297/2003 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας επί φορολογικής παραβάσεως Κ.Β.Σ. Σύμφωνα με το Δικαστήριο η λήψη του κάθε εικονικού τιμολογίου αποτελεί αυτοτελή παράβαση, για την οποία επιβάλλεται ιδιαίτερο πρόστιμο (άρθρου 33 παρ. 4 Κ.Β.Σ.) και για το οποίο η φορολογική αρχή έχει εξουσία επιμετρήσεως, η δε καταχώριση του ίδιου τιμολογίου στα βιβλία του λήπτη αποτελεί αυτοτελή παράβαση διαφορετική από την προηγούμενη, για την οποία επιβάλλεται ιδιαίτερο πρόστιμο (άρθρου 32 παρ. 1 Κ.Β.Σ.), για το οποίο επίσης η φορολογική αρχή έχει εξουσία επιμετρήσεως. Κατά συνέπεια, πράξη της φορολογικής αρχής με την οποία επιβάλλεται ενιαίο πρόστιμο για λήψη και καταχώριση εικονικού τιμολογίου είναι νομικώς πλημμελής και το δικαστήριο ουσίας οφείλει να ακυρώσει την πράξη αυτή, δίχως να δύναται να τη μεταρρυθμίσει με επιβολή του κατά την κρίση του επιβλητέου προστίμου για κάθε παράβαση, εφόσον η φορολογική αρχή δεν άσκησε την ανήκουσα σ' αυτήν εξουσία επιμετρήσεως του επιβλητέου για κάθε παράβαση προστίμου. Επρόκειτο για υπόθεση που ήχθη ενώπιον του Δικαστηρίου προ της τροποποίησης του άρθρου 79 ΚΔΔ με το ν. 3900/10.

²¹ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 11.

²² Πρβλ. ΣτΕ 26/1996, Ε. Σπηλιωτόπουλο, ό.π., σελ. 30-31, σχετική υποσημ. 49.

²³ Π. Λαζαράτος, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ 43.

Ν. 1406/1983²⁴ όσο και λόγω της θέσης σε εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 64 παρ. 1 (α) του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας²⁵. Τέλος, το κριτήριο του νομοθετικού καθορισμού χαρακτηρίζεται ως μηχανιστικό και επιστημονικά ανεπαρκές²⁶.

Με αφετηρία την ήδη αναφερθείσα υπ' αριθμ. 3919/2010 απόφαση της Ολομέλειας, στην οποία παραπέμπει σειρά μετέπειτα αποφάσεων²⁷, το Συμβούλιο της Επικρατείας, εξειδικεύοντας τα κριτήρια της «φύσεως» και της «σπουδαιότητας» της διαφοράς του άρθρου 95 παρ. 3 (γ) Συντ., προτείνει κριτήρια χαρακτηρισμού των διοικητικών διαφορών, καθορίζοντας τα όρια της «ουσιαστικοποίησης» των ακυρωτικών διαφορών. Σύμφωνα με το σκεπτικό της, μια διαφορά είναι ακυρωτική «*όταν το αίτημα ενώπιον του δικαστηρίου δεν μπορεί, σύμφωνα με τον νόμο να έχει ως περιεχόμενο την τροποποίηση αλλά μόνο την εν όλω ή εν μέρει ακύρωση εκτελεστής διοικητικής πράξεως ή την ακύρωση παραλείψεως προς έκδοση εκτελεστής διοικητικής πράξεως*» και μία διαφορά είναι ουσιαστική «*όταν το αίτημα ενώπιον του δικαστηρίου μπορεί, σύμφωνα με τον νόμο, να είναι, εκτός από την ακύρωση, και η μεταρρύθμιση εκτελεστής διοικητικής πράξεως και το δικαστήριο έχει, κατ' αρχήν, την εξουσία να διαμορφώσει το ουσιαστικό περιεχόμενο της πράξεως ή του δικαιώματος, της υποχρέωσης ή της καταστάσεως που απορρέει από αυτή, μετά από διάγνωση των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως*»²⁸. Κατά την απόφαση αυτή, η ουσιαστικοποίηση των διοικητικών διαφορών και η άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας σε συγκεκριμένες κατηγορίες υποθέσεων δεν πρέπει να συνεπάγεται την υπεισέλευση της δικαστικής λειτουργίας στην εκτελεστική επί θεμάτων για τα οποία είναι αυτή αποκλειστικά αρμόδια, βρίσκοντας έρεισμα στα άρθρα 26 και 43 του Συντάγματος. Σύμφωνα με το σκεπτικό της, που προβαίνει σε διάκριση μεταξύ κανονιστικών και ατομικών πράξεων, οι κανονιστικές πράξεις δεν μπορούν να δημιουργούν ουσιαστικές διαφορές διότι με αυτές ρυθμίζονται απρόσωπες καταστάσεις και τυχόν μεταρρύθμισή τους από το

²⁴ Η παράγραφος αυτή προστέθηκε με το άρθρο παρ. 51 παρ. 3 ν. 3659/2008 και προβλέπει πως στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων υπάγονται, εκδικαζόμενες ως διαφορές ουσίας, οι διαφορές των παραγράφων 2, 3 και 4 του άρθρου 1 ν. 1406/1983, «*ανεξάρτητα από την ιδιότητα εκείνου που ασκεί το οικείο ένδικο βοήθημα*».

²⁵ Η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 64 ΚΔΔ ορίζει: «*Προσφυγή μπορεί να ασκήσει εκείνος: α) ο οποίος έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον, ή β) στον οποίο αναγνωρίζεται τέτοιο δικαίωμα από ειδική διάταξη νόμου*», Χ. Χρυσανθάκης, ό.π. (Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου), σελ. 38.

²⁶ Π. Λαζαράτος, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 42.

²⁷ Ενδεικτικώς: ΣτΕ Ολ 617/2013, ΣτΕ Ολ 217/2016, ΣτΕ Ολ 218/2016, ΣτΕ 1982/2016.

²⁸ ΣτΕ Ολ 3919/2010, σκ. 7.

δικαστή θα συνιστούσε θέσπιση νέας κανονιστικής ρυθμίσεως, για την οποία αποκλειστικώς αρμόδια είναι τα όργανα του άρθρου 43 του Συντάγματος. Επί ατομικών πράξεων, κριτήρια για το εάν μπορούν αυτές να δημιουργούν διαφορές ουσίας είναι το αντικείμενο της πράξης, οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την έκδοσή της, ο χαρακτήρας της έρευνας για τη διαπίστωση της συνδρομής αυτών και οι συνέπειες που θα επέρχονταν από την τροποποίηση της πράξεως. Επιπλέον, με την υπ' αριθμ. 217/2016 απόφαση της Ολομέλειας, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε πως η έγκριση τεχνικής μελέτης που προβλέπεται ως προϋπόθεση για την έναρξη των μεταλλευτικών ή λατομικών εργασιών δεν είναι δεκτική δικαστικού ουσιαστικού ελέγχου, εφόσον η κατά νόμο αρμόδια διοικητική αρχή προβαίνει σε εκτίμηση κριτηρίων που ανάγονται στην περιβαλλοντική προστασία και τη βιώσιμη ανάπτυξη και συναρτάται ευθέως με ειδικές επιστημονικές γνώσεις και τεχνικές κρίσεις.

Η θέση της νομολογίας ως προς τα κριτήρια χαρακτηρισμού μιας διαφοράς ως ακυρωτικής ή ουσιαστικής ερείδεται στην αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών, υπό την έννοια ότι κάθε λειτουργία πρέπει να επιτελεί αυτό για το οποίο είναι αρμόδια. Ως εκ τούτου, η κανονιστική ρύθμιση ανήκει αποκλειστικά στα όργανα του άρθρου 43 του Συντάγματος και όχι στους δικαστικούς λειτουργούς²⁹ ενώ σε ό,τι αφορά τη διατύπωση τεχνικών κρίσεων, δηλαδή κρίσεων για τις οποίες απαιτούνται εξειδικευμένες γνώσεις, αρμόδια είναι επίσης τα αντίστοιχα εκτελεστικά όργανα. Ωστόσο, όπως αναλύθηκε αμέσως προηγουμένως, ο δικαστής ουσίας δεν είναι απαραίτητο να έχει πάντοτε τη δυνατότητα μεταρρύθμισης. Η άποψη αυτή επιρρωνύεται από το ακόλουθο παράδειγμα³⁰: ακόμη κι αν υποθετικώς ο νομοθέτης ουσιαστικοποιούσε τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις επιλογής των ιατρών ΕΣΥ, ο ασκούμενος επί αυτών έλεγχος δε θα άλλαζε, διότι η υποκειμενική κρίση του δικαστή δε θα ήταν σε θέση να υποκαταστήσει την κρίση του Συμβουλίου Επιλογής Ιατρών, το οποίο αποτελείται από πρόσωπα με εμπειρία και εξειδικευμένες γνώσεις σε θέματα ιατρικής, χωρίς όμως αυτό να συνεπάγεται την αδυναμία νομοθετικής μετατροπής της διαφοράς αυτής.

²⁹ Με αφορμή διαφορετική βέβαια υπόθεση έχει παρατηρηθεί πως «ο διοικητικός δικαστής δεν πρέπει να υπαρπάζει την πολιτική πρωτοβουλία θέσπισης κανόνων δικαίου, η οποία ανήκει στο νομοθέτη. Οφείλει να δρα και να φαίνεται ότι δρα βάσει προϋπαρχόντων κανόνων δικαίου και μετά από την άσκηση της όποιας πρωτογενούς διακριτικής ευχέρειας του νομοθέτη και της διοικήσεως», βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, Προς έναν γενικό περιορισμό του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων; Σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 764/2006, ΕφημΔΔ 2/2006, σελ. 190.

³⁰ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 11-12, σχετική υποσημ. 17.

III. Η «σχετικοποίηση» της διακρίσεως ακυρωτικού και ουσιαστικού ελέγχου

Η ανωτέρω διάκριση στο διοικητικό δικονομικό μας δίκαιο ανάμεσα σε ακυρωτικές διαφορές κι διαφορές ουσίας, χωρίς να στηρίζεται σε κάποιο ρητά διατυπωμένο νομοθετικό κριτήριο, έχει ως απόρροια τη διαφοροποίηση στα όρια του ελέγχου του δικαστή και στις συνέπειες της αποφάσεως που εκδίδεται. Στην πραγματικότητα, όμως, η διάσταση μεταξύ των ακυρωτικών και ουσιαστικών διαφορών έχει ήδη σχετικοποιηθεί, όχι μόνον λόγω της «αθρόας» νομοθετικής μεταφοράς διαφορών στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια αλλά κυρίως γιατί εν τοις πράγμασι ο ακυρωτικός δικαστής δεν είναι μόνο δικαστής νομιμότητας³¹. Το γεγονός αυτό διαφαίνεται μέσα από την επέκταση του ακυρωτικού ελέγχου στα πραγματικά περιστατικά από την άποψη αφενός της «πλάνης περί τα πράγματα» και αφετέρου της υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοικήσεως, περιπτώσεις όπου ο ακυρωτικός έλεγχος απεμπολεί τον καθεαυτό χαρακτήρα του ως ελέγχου μόνο νομιμότητας και εισέρχεται στο πεδίο του ουσιαστικού ελέγχου. Η επέκταση αυτή ήταν βέβαια αναγκαία, διότι διαφορετικά ο ακυρωτικός έλεγχος θα παρέμενε ατελής, οφείλεται δε και στην εξέλιξη της αιτήσεως ακυρώσεως από «μέσο ελέγχου της αντικειμενικής νομιμότητας της διοικήσεως σε μέσο δικαστικής προστασίας του ιδιώτη»³², όπως ήταν εξ αρχής η προσφυγή ουσίας. Έχει παρατηρηθεί³³ πως ο ακυρωτικός έλεγχος, εφόσον προσλαμβάνει κατά περίπτωση ευρύτερη ή στενότερη έκταση, έχει ως αποτέλεσμα άλλοτε να παίρνει τη μορφή πραγματικού ουσιαστικού ελέγχου και άλλοτε να δίνει την εντύπωση ότι αφήνει πράξεις ανέλεγκτες. Το Συμβούλιο της Επικρατείας³⁴, ακολουθώντας τη νομολογία του ΕΔΔΑ³⁵, δέχθηκε πως η απονεμόμενη σε αυτό από το Σύνταγμα (άρθρο 95 παρ. 1 εδ. α') και το νόμο (άρθρο 45 παρ. 1 του π.δ. 18/1989) ευρύτατη εξουσία ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων με το ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ακυρώσεως, η οποία περιλαμβάνει και τον έλεγχο της τηρήσεως

³¹ Μ. Παπαδοπούλου, Ζητήματα ακυρωτικού ελέγχου της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων: ελευθερία του νομοθέτη, ευχέρεια της Διοίκησης και ακυρωτικός έλεγχος του δικαστή» σε «Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας, 75 χρόνια, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, σελ. 797 επ.

³² Π.Δ. Δαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 528.

³³ Μ. Παπαδοπούλου, Ζητήματα ακυρωτικού ελέγχου της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων: ελευθερία του νομοθέτη, ευχέρεια της Διοίκησης και ακυρωτικός έλεγχος του δικαστή» σε «Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας, 75 χρόνια, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, σελ. 797.

³⁴ ΣτΕ 1048/2018, 1802/2016, 1361/2013.

³⁵ ΕΔΔΑ, 21.7.2011, Sigma Radio Television Ltd κατά Κύπρου.

της αρχής της αναλογικότητας μεταξύ του διαπραχθέντος παραπτώματος και της επιβληθείσης ποινής, τον έλεγχο του τρόπου ασκήσεως της διακριτικής εξουσίας της Διοικήσεως, αλλά και τον έλεγχο της συνδρομής του σκοπού για τον οποίο εκδόθηκε η διοικητική πράξη, συγκεντρώνει όλα τα χαρακτηριστικά, ώστε το Συμβούλιο της Επικρατείας να χαρακτηριστεί ως δικαστήριο, το οποίο πληροί τις τασσόμενες από τη διάταξη του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ προϋποθέσεις, δηλαδή ως «δικαστήριο πλήρους δικαιοδοσίας». Προηγουμένως, με τις υπ' αριθμ. 3319-3320/2010 αποφάσεις της Ολομέλειας, στις οποίες το Συμβούλιο της Επικρατείας είχε κληθεί να απαντήσει στο εάν η αίτηση ακυρώσεως πληροί τις απαιτήσεις της ΕΣΔΑ για δίκαιη δίκη, το Δικαστήριο απέφυγε να δώσει απάντηση στο ερώτημα αυτό, δεχόμενο ότι εφόσον η Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών (Α.Δ.Α.Ε.), αποφάσεις της οποίας είχαν προσβληθεί, παρέχει όλες τις απαιτούμενες εγγυήσεις της ΕΣΔΑ, η υπαγωγή των αποφάσεων της σε ακυρωτικό μόνο δικαστικό έλεγχο δεν παραβιάζει την αρχή της «δίκαιης δίκης»³⁶.

Προς επίρρωση του ανωτέρω ισχυρισμού περί σχετικοποίησης της διάστασης μεταξύ των ακυρωτικών και ουσιαστικών διαφορών, αξίζει να παρατηρήσουμε τα στοιχεία εκείνα που αποκλίνουν από τον κανόνα αφενός, ότι η έκταση του ελέγχου του ακυρωτικού δικαστή οριοθετείται από τον έλεγχο νομιμότητας, εν αντιθέσει με τον έλεγχο ουσίας του διοικητικού δικαστή, κι αφετέρου, ότι η εξουσία του ακυρωτικού δικαστηρίου στερείται της δυνατότητας μεταρρυθμίσεως της πράξεως, δυνατότητα που δίδεται αποκλειστικά στον δικαστή ουσίας. Αναφορικά με τον πρώτο, ο ακυρωτικός δικαστής εξετάζοντας επί παραδείγματι στο πλαίσιο εξέτασης της αρχής της αναλογικότητας μιας ρυθμίσεως την αναγκαιότητα αυτής είναι δυνατόν να εγγίζει τον έλεγχο ουσίας. Αναφορικά με τον δεύτερο, η δυνατότητα μερικής ακυρώσεως μιας διοικητικής πράξης, στην οποία μπορεί να προβεί ένα ακυρωτικό δικαστήριο, στην ουσία ισοδυναμεί με τροποποίηση της πράξης³⁷. Ακόμη, όμως, και η νέα δυνατότητα

³⁶ Βλ. Π. Μουζουράκη, Σχόλιο στη ΣτΕ Ολ 3319/2010, ΕφημΔΔ, 5/2010, σελ. 622 επ., όπου μεταξύ άλλων παρατηρεί πως εάν το Συμβούλιο της Επικρατείας δεχόταν πως η αίτηση ακυρώσεως πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, υπήρχε ο κίνδυνος ενδεχόμενης καταδίκης της Ελλάδος από το ΕΔΔΑ για παραβίασή του. Εάν όμως δεχόταν ότι δεν τις πληροί, τότε θα επέφερε ένα διπλό πλήγμα, αφενός στην παραδοσιακή θεώρηση της αιτήσεως ακυρώσεως ως μίας κατάκτησης του Κράτους Δικαίου και αφετέρου στο κύρος του Δικαστηρίου, εφόσον ο ρόλος του είναι κυρίως η εκδίκαση των ακυρωτικών υποθέσεων.

³⁷ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π. σελ. 12.

της παραγράφου 3α του άρθρου 50 π.δ. 18/89³⁸, διασπά το απόλυτο της διάκρισης της εξουσίας του δικαστηρίου, ότι δηλαδή είναι επιτρεπτή στη μεν ακυρωτική δίκη μόνο εξουσία ακύρωσης ενώ στη δίκη ουσίας κι εξουσία μεταρρυθμίσεως. Το τελευταίο καθίσταται προφανές εάν αναλογιστούμε πως σπανίως, αν όχι ποτέ, η διοίκηση θα επιχειρήσει να διορθώσει πράξη που της έχει επιστραφεί κατά την παράγραφο 3α του άρθρου 50, ρυθμίζοντας διαφορετικά από τα όσα ορίζονται στην προδικαστική απόφαση, χωρίς αυτό βέβαια να συνεπάγεται πως η διοίκηση υποκαθίσταται στην περίπτωση αυτή από το δικαστή.

³⁸ Η εκ του Συντάγματος αυτή ευχέρεια του Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου αναγνωρίστηκε και νομοθετικώς με το άρθρο 22 Ν. 4274/2014 (ΦΕΚ Α' 147).

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: Η ΕΞΟΥΣΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ ΕΠΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΟΥΣΙΑΣ

I. Οι λόγοι της προσφυγής και η αρχή της διαθέσεως

Το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας κατοχυρώνει νομοθετικώς τις εξουσίες του διοικητικού δικαστή ουσίας. Η διάταξη αυτή δεν προβαίνει σε απαρίθμηση των λόγων προσφυγής παρά μόνο της εκτάσεως της εξουσίας του δικαστηρίου. Με το ένδικο βοήθημα της προσφυγής μπορούν να προβληθούν τόσο λόγοι σχετικοί με την εσωτερική και εξωτερική νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξεως, αλλά επιπλέον και λόγοι ουσίας, σχετικοί με τη διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και την εκτίμησή τους από τη διοίκηση³⁹. Στην ουσία, οι λόγοι της προσφυγής ομοιάζουν με τους λόγους της αιτήσεως ακυρώσεως, όπως αυτοί καθορίζονται στο άρθρο 48 π.δ. 18/1989, διαφοροποιούνται όμως στο ότι σε περίπτωση προσφυγής ουσίας η παράβαση νόμου δεν περιλαμβάνει την πλάνη περί τα πράγματα ή την έλλειψη ή την πλημμέλεια της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξεως. Κι αυτό διότι οι λόγοι αυτοί εντάσσονται στον ευρύτερο λόγο της πλημμελούς εκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών, ο οποίος και προσδίδει την έκταση του ελέγχου που πραγματοποιείται στη συγκεκριμένη κατηγορία διαφορών⁴⁰. Ο δικαστής ουσίας, λοιπόν, δικάζει την υπόθεση που άγεται ενώπιον του εξ αρχής, κατά το νόμο και κατά την ουσία, δεν περιορίζεται μόνο στην εξέταση της διαδικασίας και των στοιχείων κρίσης της διοικητικής αρχής που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη, αλλά προχωρεί παραπέρα και εξετάζει την ουσιαστική ορθότητα της πράξεως αυτής⁴¹. Αυτός είναι και ο λόγος που το Συμβούλιο της Επικρατείας παγίως δέχεται πως είναι αλυσιτελής η προβολή λόγων σε δίκη επί προσφυγής που αφορούν στη νομιμότητα ή την επάρκεια της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξεως⁴², την πλάνη περί τα πράγματα, την κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας. Επί παραδείγματι, σε υπόθεση που αφορούσε επιστροφή Φόρου Προστιθέμενης Αξίας (Φ.Π.Α.), το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο δέχθηκε πως ο δικαστής ουσίας, ακόμη και αν η πράξη με την οποία η αρμόδια

³⁹ Ε. Σπηλιωτόπουλος, ό.π., σελ. 260, υποσημ. 72.

⁴⁰ Χ. Χρυσανθάκης, ό.π. Εισηγήσεις (Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου), σελ. 247.

⁴¹ Βλ. Π.Δ. Λαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 552.

⁴² Μεταξύ άλλων: ΣτΕ 1818/2015, ΣτΕ 4596/2012, ΣτΕ 2170/2003.

υπηρεσία του Υπουργείου Οικονομικών αρνούνταν την επιστροφή Φ.Π.Α. δεν είχε νόμιμη αιτιολογία, δεν έχει τη δυνατότητα να ακυρώσει την πράξη για λόγους που ανάγονται στη νομιμότητα ή την επάρκεια της αιτιολογίας της, αλλά οφείλει να ερευνήσει ο ίδιος εάν συντρέχουν οι απαιτούμενες από το νόμο προϋποθέσεις επιστροφής του Φ.Π.Α. και να δεχθεί ή να απορρίψει εν όλω ή εν μέρει, κατά τη δική του ουσιαστική κρίση, την προσφυγή εκείνου που ζητά την επιστροφή του Φ.Π.Α., την οποία είχε αρνηθεί η Διοίκηση⁴³.

Επιπλέον, στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας αποτυπώνεται η θεμελιώδης για το δικονομικό μας δίκαιο αρχή της διαθέσεως. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, οι διάδικοι είναι κατά βάση οι ρυθμιστές του αντικειμένου της δίκης, υπό την έννοια ότι είναι εκείνοι που αποφασίζουν για το εάν και σε ποια έκταση θα ζητήσουν τη δικαστική τους προστασία, προσδιορίζοντας το αντικείμενο της δίκης και την αναμενόμενη από το διοικητικό δικαστήριο προστασία. Η εν λόγω αρχή ισχύει στην πολιτική δίκη⁴⁴, αλλά τυγχάνει εφαρμογής και στη διοικητική δίκη, αν και με ορισμένους περιορισμούς⁴⁵. Έτσι, το δικαστήριο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, εντός των ορίων της προσφυγής, τα οποία προσδιορίζονται από τους λόγους και το αίτημά της, ο δε δικαστής δεν έχει την εξουσία να αποφασίζει πέραν των αιτηθέντων από το διάδικο. Το αντικείμενο, λοιπόν, της διοικητικής διαφοράς καθορίζεται με το δικόγραφο της προσφυγής, το περιεχόμενο του οποίου οριοθετεί το δυνάμενο να ασκηθεί δικαστικό έλεγχο. Ο δικαστής δεν μπορεί για το λόγο αυτό, εάν η προσβαλλόμενη πράξη δεν αναστέλλεται από το νόμο ή από τη διοικητική αρχή, να αναστέλλει την εκτέλεση της χωρίς να υποβληθεί σχετικό αίτημα του προσφεύγοντος⁴⁶ ή να καταλογίσει δικαστικά έξοδα⁴⁷.

Με την αρχή της ελεύθερης διαθέσεως του αντικειμένου της δίκης συνδέεται και η αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης του αιτούντος δικαστικής προστασία, είτε αυτός

⁴³ ΣτΕ 190/2005.

⁴⁴ Αρ. 106 ΚΠολΔ: «Το δικαστήριο ενεργεί μόνο ύστερα από αίτηση διαδίκου και αποφασίζει με βάση τους πραγματικούς ισχυρισμούς που προτείνουν και αποδεικνύουν οι διάδικοι και τις αιτήσεις που υποβάλλουν, εκτός εάν ο νόμος ορίζει διαφορετικά».

⁴⁵ Δ. Ράικος, Διαθετική αρχή και διοικητική δίκη, ΔιΔικ 5/2009, σελ. 1089 επ., κατά τον οποίο «με βάση το συνδυασμό της διαθετικής αρχής, που συνεπάγεται την κυριαρχία των διαδίκων στο αντικείμενο της δίκης, και του ανακριτικού αξιώματος, στον προσφεύγοντα ανήκει παραδοσιακά ο προσδιορισμός της αφετηρίας του δικαστικού ελέγχου», Π. Δαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 237.

⁴⁶ Αρ. 200 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

⁴⁷ Αρ. 275 παρ. 7 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

είναι ο διοικούμενος είτε είναι το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, δεδομένου ότι το αρμόδιο δικαστήριο δεν έχει τη δυνατότητα να επιδικάσει περισσότερα ή διαφορετικά από εκείνα που ζητά ο διάδικος. Η αρχή αυτή προβλέπεται ρητώς στο άρθρο 79 παρ. 6 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και στηρίζεται στη σκέψη ότι, αφού ο νόμος προβλέπει την προσφυγή με σκοπό την προστασία του προσφεύγοντος, το δικαστήριο δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να χειροτερεύσει τη θέση του⁴⁸. Η απαγόρευση αυτή προκύπτει και από τη διατύπωση της παραγράφου 1 του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, κατά την οποία το δικαστήριο αποφαινεται εντός των ορίων των αιτημάτων που προβάλλονται ενώπιον του και non ultra petita. Η αρχή της απαγόρευσης της χειροτέρευσης της θέσεως του προσφεύγοντος (non reformatio in pejus) απορρέει από την ίδια την έννοια και το σκοπό της προσφυγής, για το λόγο αυτό πρέπει να θεωρηθεί ότι τυγχάνει εφαρμογής ακόμη και στην περίπτωση που δεν προβλέπεται από νομοθετική διάταξη⁴⁹. Ως θέση του διοικουμένου νοείται εκείνη που αφορά τα ουσιαστικά δικαιώματα του διοικουμένου και όχι τα δικονομικά, τα οποία ρυθμίζονται σε άλλες νομοθετικές διατάξεις⁵⁰. Έτσι, το δικαστήριο δεν μπορεί για παράδειγμα να προβεί στην αύξηση του βεβαιωθέντος ποσού ή της επιβληθείσας στο διοικούμενο κυρώσεως. Η χειροτέρευση της θέσης του προσφεύγοντος διαπιστώνεται από τη συνολική έκβαση της δίκης.

Η απόλυτη κυριαρχία, όμως, του διαδίκου ως προς το αντικείμενο της δίκης κάμπτεται ενόψει της αρχής της νομιμότητας. Η αρχή της νομιμότητας της διοίκησης συνιστά γενική συνταγματική αρχή που δεσμεύει όχι μόνο τη διοίκηση αλλά και τα δικαστήρια. Το δικαστήριο, κατά το θεμελιώδες δικονομικό αξίωμα, θεωρείται ότι γνωρίζει το νόμο (iura novit curia) και δεν εξαρτάται από τους ισχυρισμούς των διαδίκων⁵¹. Για τον λόγο αυτόν, ο έλεγχος της νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης γίνεται αυτεπάγγελα. Ο διοικητικός δικαστής ευρισκόμενος ενώπιον μιας σημαντικής προσβολής της έννομης τάξης, δεν μπορεί να είναι παθητικός θεατής και να μένει απαθής επειδή τυγχάνει να μην περιλαμβάνεται στο δικόγραφο της προσφυγής σχετικός ισχυρισμός του διαδίκου, αλλά υποχρεούται να παρέμβει, να την εξετάσει και να ακυρώσει ή να

⁴⁸ Βλ. Π.Δ. Λαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 638-639.

⁴⁹ Βλ. Π.Δ. Λαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 639.

⁵⁰ Βλ. Νικόλαο Χατζητζανή, «Κώδιξ Διοικητικής Δικονομίας, Ερμηνεία Κατ' άρθρον», Β' έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2004.

⁵¹ Χ. Δετσαρίδης, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του ν. 3900/2010 που ρυθμίζουν τις φορολογικές διαφορές (οι τροποποιήσεις των άρθρων 6, 79, 277 ΚΔΔ), ΕφημΔΔ, 3/2011, σελ. 414.

τροποποιήσει την πράξη. Σε αντίθεση με την πολιτική δίκη, όπου ο δικαστής οφείλει να δικάζει σύμφωνα με τους ισχυρισμούς και τις αποδείξεις, στη διοικητική δίκη ο διοικητικός δικαστής ερευνά τη νομιμότητα και προσπαθεί να την αποκαταστήσει, ώστε να υπερασπιστεί το κράτος δικαίου⁵². Αυτός είναι και ο λόγος που στη διοικητική δίκη, σε αντίθεση με ό,τι συμβαίνει στην πολιτική, η οποία αρκείται στην τυπική αλήθεια που προκύπτει από τις προτάσεις των διαδίκων⁵³, ο κανόνας της μη υπέρβασης των αιτηθέντων εμφανίζει αρκετές παρεκκλίσεις⁵⁴. Η έκταση του δικαστικού ελέγχου, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας συντελεί στην ουσία στην εναρμόνιση αφενός της ελεύθερης διάθεσης της δικαστικής προστασίας του διαδίκου και της θεμελιώδους αρχής της νομιμότητας της διοικητικής δράσης.

Έτσι, κατ' εξαίρεση, ο δικαστής ουσίας μπορεί να ασκήσει και αυτεπαγγέλτως έλεγχο νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, εκτεινόμενο στο σύνολό της προκειμένου να διακριβωθεί: (α) αν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο⁵⁵ όργανο ή από συλλογικό όργανο που δεν έχει νόμιμη συγκρότηση⁵⁶ ή σύνθεση είτε (β) εάν η πράξη είναι πλημμελής ως προς τη νομική της βάση είτε (γ) εάν υπάρχει παράβαση δεδουλευμένου⁵⁷. Επιπλέον, κατά τον Κώδικα Δημοσίου Λογιστικού, το δικαστήριο δύναται να λάβει υπόψη αυτεπαγγέλτως την παραγραφή των αξιώσεων κατά του Δημοσίου⁵⁸, όχι όμως την παραγραφή των αξιώσεων του Δημοσίου. Η υποχρέωση του δικαστηρίου της ουσίας να εξετάζει αυτεπαγγέλτως την παραγραφή της αξίωσης κατά του Δημοσίου, εκτείνεται στο σύνολο των σχετικών με την παραγραφή ζητημάτων και, επομένως, λόγος διακοπής της παραγραφής, ο οποίος προκύπτει από τα στοιχεία που

⁵² Χ. Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 415. Βλ. και υποσημ. 52 : “Χαρακτηριστική είναι η θέση που εξέφρασε στη Βουλή, κατά τη συζήτηση του άρθρου (σημ: άρ. 20 ν. 3900/2010), ο βουλευτής Π. Παυλόπουλος σύμφωνα με την οποία «...Ο διοικητικός δικαστής γι’ αυτό καθιερώθηκε τόσα χρόνια στην Ελλάδα, γιατί δεν μπορεί να κρίνει τη νομιμότητα της διοικητικής πράξης από το τι προτείνουν οι διάδικοι. Δεν μπορεί να βλέπει την παρανομία της διοικητικής πράξης προ οφθαλμών και να λέει “τι να κάνουμε”. Δεν είναι *secundum allegata et probata* η σχετική διαδικασία...», βλ. Πρακτικά Βουλής, ΙΓ Περίοδος, Β’ Σύνοδος, Συνεδρίαση ΑΖ, 8.12.2010, σ. 2277”.

⁵³ Π. Μουζουράκη, Όψεις του ανακριτικού και του συζητητικού συστήματος στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΔιΔικ 17/2005, σελ. 1417.

⁵⁴ Δ. Ράικος, ό.π., σελ. 1089 επ.

⁵⁵ Η έκδοση πράξης από αναρμόδιο όργανο δεν πρέπει να συγχέεται με την έκδοση ανύπαρκτης ή ανυπόστατης πράξης, η οποία εκδίδεται από πρόσωπα που δεν ανήκουν στη διοίκηση, ενεργώντας κατά νόσφιση εξουσίας.

⁵⁶ ΣτΕ 2944/2014.

⁵⁷ Άρ. 79 παρ. 1 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

⁵⁸ Άρθρο 144 ν. 4270/2014.

τίθενται υπόψη του δικαστηρίου της ουσίας, λαμβάνεται κι αυτός υπόψη αυτεπαγγέλτως από αυτό⁵⁹. Το δικαστήριο σε κάθε περίπτωση προβαίνει στην αυτεπάγγελτη εξέταση ζητημάτων που αφορούν στη νομιμότητα της προσβαλλόμενης ατομικής πράξης, θεωρώντας ότι πρόκειται για λόγους που προεχόντως συνάπτονται με την τήρηση κανόνων δημόσιας τάξης, δηλαδή των κανόνων οργάνωσης της διοίκησης και όχι με το συμφέρον του ενδιαφερομένου⁶⁰. Στις περιπτώσεις αυτές μάλιστα προβλέπεται από το άρθρο 79 παρ. 6 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ότι είναι δυνατή η χειροτέρευση της θέσης του προσφεύγοντος.

Τη νομολογία έχει απασχολήσει εντόνως το ζήτημα του αυτεπάγγελτου ελέγχου από τα δικαστήρια της παραβάσεως του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου. Με σειρά αποφάσεων του, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται παγίως πλέον τη μη δυνατότητα εξέτασης του λόγου αυτού από το δικαστήριο, χωρίς σχετικό αίτημα του διαδίκου. Σύμφωνα με τις αποφάσεις αυτές⁶¹, δεν υπάρχει συνταγματική διάταξη ή διάταξη νόμου ή γενική αρχή του διοικητικού δικαίου που επιβάλλει στο δικαστήριο την υποχρέωση να εξετάσει αυτεπαγγέλτως λόγο αναφερόμενο σε παραβίαση του κατά το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου. Η υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου που το Σύνταγμα (άρθρο 93 παρ. 4) επιβάλλει στα δικαστήρια αφορά αποκλειστικά την ουσιαστική συνταγματικότητα της εφαρμοστέας διάταξης του νόμου. Περιορίζεται, συνεπώς, η υποχρέωση αυτή στην εξέταση της συμφωνίας του εφαρμοστέου, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, νόμου προς το Σύνταγμα, δηλαδή στον έλεγχο του κύρους του κανόνα δικαίου, και δεν εκτείνεται στο διαφορετικό ζήτημα του ελέγχου της τήρησης των εφαρμοστέων συνταγματικών κανόνων κατά την έκδοση διοικητικών πράξεων.

II. Η εξουσία του δικαστηρίου ως προς το διατακτικό της αποφάσεως

Απόρροια της διακρίσεως των διαφορών σε ακυρωτικές και ουσίας είναι και η διαφοροποίηση ως προς το διατακτικό των αποφάσεων που εκδίδονται. Σε περιπτώσεις

⁵⁹ ΣτΕ επταμ. 2152/2010.

⁶⁰ ΣτΕ 3745/2007.

⁶¹ ΣΤΕ 3718/2003, ΣτΕ 3559/2005, ΣτΕ 2160/2007, ΣτΕ 3451/2007, ΣτΕ 932/2008.

προσφυγής ουσίας, το δικαστήριο έχει τη δυνατότητα είτε να δεχθεί την προσφυγή εν όλω ή εν μέρει και να ακυρώσει ολικώς ή μερικώς την πράξη ή να την τροποποιήσει είτε να απορρίψει την προσφυγή. Στην περίπτωση αυτή της τροποποίησης, δεν απαιτείται η εκ νέου επεξεργασία της υποθέσεως από τη διοικητική αρχή, η οποία υποχρεούται σε συμμόρφωση προς αυτή. Κατ' εξαίρεση, το άρθρο 79 παρ. 3 και 4 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας υποχρεώνει το δικαστήριο να ακυρώσει την πράξη και να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση για να διενεργήσει τα νόμιμα, μην έχοντας τη δυνατότητα να τροποποιήσει την πράξη που άγεται ενώπιον του. Πρόκειται ειδικότερα για τις εξής περιπτώσεις: α) αν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο όργανο ή από συλλογικό όργανο που δεν έχει νόμιμη συγκρότηση ή σύνθεση, ή β) αν συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που έχει ταχθεί για την έκδοση της πράξης, ή γ) αν η Διοίκηση δεν έχει ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια⁶². Επιπλέον, εάν η προσφυγή στρέφεται κατά παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, το δικαστήριο, κατά την επίλυση της διαφοράς, είτε ακυρώνει εν όλω ή εν μέρει την παράλειψη και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση για να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, είτε απορρίπτει την προσφυγή⁶³. Βέβαια, στο σημείο αυτό αξίζει να παρατηρήσουμε πως δεν είναι λίγες οι φορές που το τακτικό διοικητικό δικαστήριο, ενώ έχει την εξουσία να μεταρρυθμίσει την προσβαλλόμενη πράξη σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, εντούτοις προβαίνει σε διαπίστωση απλώς της παρανομίας της και αναπέμπει την υπόθεση στη διοίκηση προκειμένου να προβεί εκείνη στη μεταρρύθμισή της, όπως συμβαίνει συχνά στις φορολογικές διαφορές όταν ο διοικητικός δικαστής διατάσσει τη διενέργεια από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. νέας εκκαθάρισης του οφειλόμενου φόρου και επιστροφής στο διοικούμενο του ποσού που τυχόν καταβλήθηκε αχρεωστήτως ή παρακρατήθηκε⁶⁴.

Βασικός δικαιολογητικός λόγος που υποκρύπτεται πίσω από την υποχρέωση της αναπομπής είναι η βούληση του νομοθέτη το δικαστήριο να επιλαμβάνεται αφού έχει ήδη υπάρξει μία πρώτη κρίση της διοικητικής αρχής, η οποία έχει ληφθεί με τη νόμιμη διαδικασία⁶⁵. Με άλλα λόγια, βούληση του νομοθέτη είναι το δικαστήριο να λειτουργεί ως «διοίκηση δευτέρου βαθμού⁶⁶». Το διοικητικό όργανο πρέπει να είναι το πρώτο που θα ερευνήσει και θα αξιολογήσει τα στοιχεία του διοικητικού φακέλου, θα υπαγάγει τα

⁶² Αρ. 79 παρ. 3 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

⁶³ Αρ. 79 παρ.4 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

⁶⁴ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 14.

⁶⁵ Π. Λαζαράτος, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ.439.

⁶⁶ Π. Λαζαράτος, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ.439.

πραγματικά περιστατικά στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου και θα εκδώσει την αρμόζουσα ατομική διοικητική πράξη τηρώντας την προσήκουσα διοικητική διαδικασία. Στις περιπτώσεις που το διοικητικό όργανο δεν έχει ασκήσει τη διακριτική του ευχέρεια ή η πράξη έχει εκδοθεί από όργανο αναρμόδιο ή με μη νόμιμη συγκρότηση ή σύνθεση, τότε δεν έχει επιληφθεί της υποθέσεως σε πρώτη φάση το αρμόδιο διοικητικό όργανο, ενώ στην περίπτωση που συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, η διοίκηση έχει μεν επιληφθεί, όχι όμως τηρώντας την προβλεπόμενη νόμιμη διαδικασία. Η θέση αυτή διαπνέεται από την αρχή της διάκρισης των εξουσιών του άρθρου 26 του Συντάγματος, δεδομένου ότι εάν στις ως άνω περιπτώσεις η Διοίκηση είχε τη δυνατότητα να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, τότε θα ήταν εκείνη που θα έκρινε το πρώτον την υπόθεση, υποκαθιστώντας το έργο της διοικητικής αρχής⁶⁷.

Αυτή είναι και η ratio της διαφοροποίησης των εξουσιών του δικαστή ουσίας, αναλόγως με το εάν η πράξη που φέρεται ενώπιον του είναι πράξη δέσμιας αρμοδιότητας ή διακριτικής ευχέρειας. Στις περιπτώσεις όπου η σχετική με την έκδοση της διοικητικής πράξης νομοθεσία παρέχει στο όργανο που την εξέδωσε δέσμια αρμοδιότητα, τότε το δικαστήριο έχει τη δυνατότητα να μεταρρυθμίσει την προσβαλλόμενη πράξη και να διαμορφώσει το ουσιαστικό της περιεχόμενο. Στην αντίθετη περίπτωση, κατά την οποία η διοικητική αρχή έχει διακριτική ευχέρεια, το δικαστήριο κατά κανόνα πρέπει να ακυρώσει τη διοικητική πράξη εφόσον αυτή δεν ασκήθηκε και να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση. Κατά την κρατούσα άποψη⁶⁸, η υπεισέλευση του δικαστή σε θέματα για τα οποία η διοικητική αρχή δεν έχει ασκήσει την αποδιδόμενη σε αυτήν ευχέρεια εξομοιώνεται με «πλήρη υποκατάσταση» της εκτελεστικής λειτουργίας και δε στοχεύει απλώς στο να διορθώσει πλημμέλειες της διοικητικής λειτουργίας. Έχει μάλιστα παρατηρηθεί⁶⁹ πως ο δικαστικός έλεγχος ουσίας δεν μπορεί να υποκαταστήσει, όσο πλήρης κι αν είναι, το στάδιο διοικητικής κρίσης

⁶⁷ ΣτΕ 693/2013, σκ. 7 «Δεν έχει δε το Δικαστήριο τη δυνατότητα, υποκαθιστώντας το διοικητικό όργανο σε μια μη ασκηθείσα εξουσία του, να αποφανθεί εκείνο το πρώτον επί των λόγων που είχαν προβληθεί με την ενδικοφανή προσφυγή και έμειναν αναπάντητοι».

⁶⁸ Π.Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012, παρ. 360, Η. Κουβαράς, Η απαγόρευση υποκατάστασης του δικαστή στο έργο της Διοίκησης ως είδωλο της Διοικητικής Δικαιοσύνης, δημοσίευση στον ιστότοπο www.constitutionalism.gr.

⁶⁹ Γ. Δελλής, Η Διοικητική Δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 329, ο οποίος σημειώνει πως «η ευρύτητα του ελέγχου ο οποίος ασκείται στις διαφορές ουσίας κακώς παρουσιάζεται ως κολυμβήθρα του Σιλβάμ για τις διοικητικές παρατυπίες».

για ζητήματα διακριτικής ευχέρειας της διοικήσεως, ιδίως για ζητήματα τεχνικής φύσεως που απαιτούν εξειδικευμένες γνώσεις επιστήμης ή τέχνης, ενώ η «υποκατάσταση» του διοικητικού οργάνου σε ζητήματα δέσμιας αρμοδιότητας δεν προσκρούει στη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της διάκρισης των εξουσιών, δεδομένου ότι η διοικητική λειτουργία στην περίπτωση αυτή εξατομικεύει απλώς τον κανόνα δικαίου, δίχως να υπάρχει έδαφος ευχέρειας δράσης της, χωρίς να προσφέρει κάποια «διαπλαστική προστιθέμενη αξία». Κατ' εξαίρεση, ο δικαστής δύναται να προβεί σε τροποποίηση της πράξεως στην περίπτωση κατά την οποία η Διοίκηση έκρινε εάν συντρέχουν ή όχι όλες οι προϋποθέσεις για την έκδοση της πράξης, ωστόσο ήταν λανθασμένη η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών^{70,71}.

Στην ως άνω διαπίστωση ερείδεται κατά βάση και η νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, σχετικά με τις εξουσίες του δικαστή ουσίας σε περιπτώσεις όπου η Διοίκηση δεν έχει εκφέρει κρίση επί όλων των τιθέμενων σε μία περίπτωση προϋποθέσεων ή στην περίπτωση που το ενδικοφανές όργανο δεν έχει απαντήσει σε όλους τους προβαλλόμενους ενώπιον του λόγους. Έτσι, το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθμ. 1263/2009 απόφασή του δέχθηκε ότι όταν η νομοθεσία που διέπει κάποια διαφορά τάσσει περισσότερες από μία προϋποθέσεις για την ικανοποίηση αιτήματος, η δε αρμόδια διοικητική αρχή απορρίπτει το αίτημα αυτό λόγω έλλειψης μίας εκ των προϋποθέσεων, χωρίς να προβεί σε εξέταση της συνδρομής των λοιπών, το διοικητικό πρωτοδικείο επιλαμβανόμενο προσφυγής κατά της απορριπτικής πράξης, εάν κρίνει ότι συντρέχει η προϋπόθεση που θεωρήθηκε ελλείπουσα από τη διοικητική αρχή, δεν έχει εξουσία να προβεί αυτό το πρώτον σε εξέταση της συνδρομής και των υπόλοιπων νόμιμων προϋποθέσεων, αλλά οφείλει να ακυρώσει την πράξη, έτσι ώστε να καταστεί η υπόθεση εκ νέου εκκρεμής ενώπιον της διοίκησης, για να κρίνει αυτή, αφού τηρηθεί η σχετική διαδικασία, εάν συντρέχουν και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις του νόμου για την αποδοχή του αιτήματος. Με παρόμοιο σκεπτικό, το Συμβούλιο της Επικρατείας με τις υπ' αριθμ. 893-894/2013 αποφάσεις δέχθηκε πως σε περίπτωση που το διοικητικό δικαστήριο, επιλαμβανόμενο προσφυγής που έχει ασκηθεί κατά πράξης ενδικοφανούς οργάνου, κρίνει κατ' αποδοχή σχετικού λόγου της προσφυγής, ότι το όργανο αυτό είχε μη νομίμως δεχθεί έναν τυπικό λόγο χωρίς να έχει αποφανθεί επί των λοιπών λόγων που είχαν προβληθεί με την ενδικοφανή προσφυγή, τότε το Δικαστήριο

⁷⁰ Ε. Σπηλιωτόπουλος, ό.π., παρ. 612, Η. Κουβαράς, ό.π.

⁷¹ Ενδεικτικώς: ΣτΕ 2386/2017, ΣτΕ 3896/2014, ΣτΕ επταμ. 152-153/2013.

είναι υποχρεωμένο να αναπέμψει την υπόθεση στο ενδικοφανές όργανο, προκειμένου αυτό να ασκήσει την αρμοδιότητά του και να αποφανθεί επί των λοιπών λόγων της ενδικοφανούς προσφυγής. Το Δικαστήριο δεν έχει τη δυνατότητα, να αποφανθεί εκείνο το πρώτον επί των λόγων που είχαν προβληθεί με την ενδικοφανή προσφυγή και έμειναν αναπάντητοι, διότι άλλως θα υποκαθιστούσε το ενδικοφανές όργανο σε μια μη ασκηθείσα εξουσία του. Ομοίως, το Δικαστήριο με την υπ' αριθμ. 1117/2016 απόφασή του, επιλαμβανόμενο υπαλληλικής προσφυγής, κάνοντας δεκτό προβαλλόμενο λόγο ανέπεμψε την υπόθεση στο ενδικοφανές όργανο (Δευτεροβάθμιο Πειθαρχικό Συμβούλιο), για να διαλάβει κρίση επί των υπολοίπων λόγων που δεν είχε εξετάσει.

Η ίδια συλλογιστική διαπνεόμενη από την αρχή της διάκρισης των εξουσιών συναντάται και στο πεδίο των φορολογικών προσφυγών, για τις οποίες ο νομοθέτης επιφυλάσσει ειδικές ρυθμίσεις, όπως θα αναλυθεί σε επόμενο κεφάλαιο. Το Συμβούλιο της Επικρατείας με την υπ' αριθμ. 485/14 απόφασή του⁷² έχει δεχθεί πως σε περίπτωση που η φορολογική αρχή αρνείται τη χορήγηση απαλλαγής από το Φόρο Προστιθέμενης Αξίας (Φ.Π.Α.) του άρθρου 27 παρ. 1 περ. δ' του ν. 2859/2000, θεωρώντας ότι η επίδικη σύμβαση συνιστά παροχή υπηρεσιών ενδοκοινοτικής μεταφοράς αγαθών υποκείμενη σε Φ.Π.Α., κατ' άρθρο 14 παρ.1 και 4 περ .α' του ν.2859/2000, ο δικαστής περιορίζεται στη διάγνωση της συνδρομής της προϋποθέσεως αυτής. Σε περίπτωση δε που αποδειχθεί η συνδρομή της εν λόγω προϋποθέσεως, το δικαστήριο οφείλει να αναγνωρίσει την απαλλαγή της συγκεκριμένης δραστηριότητας από το Φ.Π.Α., χωρίς να κρίνει επί των λοιπών προϋποθέσεων, η συνδρομή των οποίων απαιτείται μεν από το νόμο για την απαλλαγή της συγκεκριμένης υπηρεσίας από την επιβολή Φ.Π.Α., αλλά δεν αμφισβητήθηκε απ' την φορολογική αρχή. Για το λόγο αυτό, ο προσφεύγων δεν απαιτείται να επικαλείται και να αποδεικνύει ότι συντρέχουν όλες οι σχετικές προϋποθέσεις, εφόσον η φορολογική αρχή δεν τις αμφισβήτησε, ενώ ο δικαστής ουσίας δεν έχει τη δυνατότητα να συναγάγει από τη μη προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων ενώπιον του περί της συνδρομής αυτών των υπολοίπων ότι αποδεικνύεται ότι αυτές δε συντρέχουν. Επιπροσθέτως, με την υπ' αριθμ. 1877/2009 απόφαση της επταμελούς συνθέσεως του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκε ότι στο πεδίο της φορολογίας εισοδήματος, στην περίπτωση όπου η φορολογική αρχή, αμφισβητώντας τα δεδομένα των ακριβώς και επαρκώς τηρουμένων βιβλίων και στοιχείων του φορολογουμένου τα

⁷² Δίκαιο Επιχειρήσεων & Εταιριών, 12/2014, σελ. 1242.

οποία κατ' αρχήν υποχρεούται να αναγνωρίζει, αρνείται την έκπτωση δαπάνης λόγω έλλειψης ορισμένης προϋπόθεσης, το δικαστήριο περιορίζεται στη διάγνωση της ύπαρξης ή μη της προϋπόθεσης αυτής. Στην περίπτωση που κριθεί ότι η εν λόγω προϋπόθεση συντρέχει, ο δικαστής οφείλει να αναγνωρίσει την έκπτωση της δαπάνης, χωρίς να κρίνει επί των λοιπών προϋποθέσεων που απαιτούνται μεν από το νόμο αλλά δεν αποτέλεσαν αντικείμενο αμφισβήτησης κατά την οικεία φορολογική εγγραφή⁷³.

III. Η υπεισέλευση της δικαστικής λειτουργίας στο έργο της εκτελεστικής

Ως παρατηρήθηκε ανωτέρω, οι εξουσίες που έχει ο δικαστής ουσίας «οριοθετούνται» από τη κατοχυρωμένη στο άρθρο 26 του Συντάγματος αρχή της διάκρισης των εξουσιών, υπό την έννοια ότι απαγορεύεται η ουσιαστική δικαστική κρίση σε ζητήματα για τα οποία αποκλειστικά αρμόδια είναι η εκτελεστική εξουσία. Όταν δε η διαφορά έχει χαρακτηριστεί από το νομοθέτη ως ουσιαστική και συντρέχει περίπτωση υπεισέλευσης του δικαστή στο έργο της διοίκησης, τότε εκείνος ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη και αναπέμπει στο διοικητικό όργανο, χωρίς να του παρέχεται η δυνατότητα να τη μεταρρυθμίσει. Δεν είναι όμως λίγες οι περιπτώσεις όπου η απαγόρευση ουσιαστικής κρίσης του δικαστή δύναται να έχει ως αναγκαίο επακόλουθο τη στέρηση από το διοικούμενο του δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Αυτή είναι και η αιτία που επιτρέπεται σε συγκεκριμένες περιπτώσεις στο δικαστή να υποκαταστήσει τη διοίκηση, υπό αυστηρές βεβαίως προϋποθέσεις, προκειμένου να μην αναιρείται η αποτελεσματική δικαστική προστασία του προσφεύγοντος⁷⁴. Η υποκατάσταση παρίσταται στις περιπτώσεις αυτές επιβεβλημένη. Άλλωστε, στον ίδιο στόχο αποβλέπει και η νομοθετική ρύθμιση στις περιπτώσεις που η διοίκηση δεν αποστέλλει το διοικητικό φάκελο στο δικαστήριο⁷⁵. Ειδικότερα, η μη αποστολή φακέλου από τη διοίκηση, γεγονός που συναντάται αρκετά συχνά στη δικαστηριακή πρακτική και οφείλεται μεταξύ άλλων στις δυσλειτουργίες του διοικητικού μας συστήματος, είχε ως αποτέλεσμα συνεχείς αναβολές της υποθέσεως και αδυναμίας του διοικουμένου να δικασθεί η υπόθεσή του από το δικαστήριο. Για το λόγο αυτό, ο

⁷³ Η ίδια σκέψη συναντάται και σε άλλες αποφάσεις, μεταξύ των οποίων ενδεικτικώς: ΣτΕ 754/2012, ΣτΕ 1154/2004 επταμ.

⁷⁴ *Η. Κουβαράς, ό.π.*

⁷⁵ *Η. Κουβαράς, ό.π.*

Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, μετά την τροποποίησή του από το Ν. 3900/2010⁷⁶, προβλέπει πλέον πως εάν μετά την πρώτη αναβολή της υποθέσεως η διοίκηση δε μεταβιβάσει το φάκελο ενώπιον του δικαστηρίου, η ενέργεια της αυτή, πέρα από την κίνηση πειθαρχικής διαδικασίας, έχει ως αποτέλεσμα να επιτρέπεται πλέον στο Δικαστήριο να προχωρήσει σε συζήτηση της υποθέσεως, συναγάγοντας τεκμήριο και θεωρώντας αληθή την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος⁷⁷.

Το πιο χαρακτηριστικό κατά τη γνώμη μας παράδειγμα όπου το δικαστήριο υπεισέρχεται στη θέση της εκτελεστικής εξουσίας και το οποίο έχει διαπλασθεί από τη νομολογία⁷⁸, είναι εκείνο των ιατρικών γνωματεύσεων των υγειονομικών επιτροπών ασφαλιστικών ταμείων, όπως ο Οργανισμός Γεωργικών Ασφαλίσεων (Ο.Γ.Α.). Από τις σχετικές διατάξεις που ρυθμίζουν το ζήτημα της απονομής συντάξεως αναπηρίας σε ασφαλισμένο του Ο.Γ.Α., επιλαμβάνονται αρχικώς τα αρμόδια υγειονομικά όργανα, τα οποία αποφαινόμενα για θέματα ιατρικής φύσεως. Η οριστική κρίση των υγειονομικών οργάνων για τα θέματα αυτά δεσμεύει, εφόσον είναι αιτιολογημένη, τα ασφαλιστικά όργανα του Οργανισμού που επιλαμβάνονται στη συνέχεια της ασφαλιστικής υποθέσεως. Τα υγειονομικά αυτά όργανα εκφέρουν γνώμη για την επίδραση από ασφαλιστική άποψη των διαπιστωθεισών παθήσεων στην εν γένει ικανότητα του ασφαλισμένου, για την οποία αποφαινόμενα όμως τελικώς τα αρμόδια ασφαλιστικά όργανα, στα οποία καταλείπεται έδαφος ασφαλιστικής κρίσεως. Συνεπώς,

⁷⁶ Άρ. 129 παρ. 4 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 29 Ν. 3900/10, σύμφωνα με το οποίο: «αν στη δικάσιμο που ορίζεται μετά την πρώτη αναβολή η αρχή δεν διαβιβάσει τα κατά την παρ. 1 στοιχεία, το δικαστήριο προβαίνει υποχρεωτικά σε συζήτηση της υπόθεσης και, εφόσον από τα στοιχεία που υπάρχουν στη δικογραφία μπορεί να σχηματίσει δικανική πεποίθηση για την αλήθεια των ισχυρισμών των διαδίκων, αποφαινεται κατ' ουσίαν επί της διαφοράς, εκδίδοντας οριστική απόφαση».

⁷⁷ Παρόμοια είναι και η ρύθμιση του άρ. 24 παρ. 3 π.δ. 18/1989, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 43 του ν. 4055/2012, κατά το οποίο «εάν αναβληθεί η εκδίκαση της υπόθεσης μια φορά λόγω μη αποστολής των στοιχείων του φακέλου από τη Διοίκηση, το Δικαστήριο μπορεί να προχωρήσει στην εκδίκασή της και κατά την εκτίμησή του να συναγάγει τεκμήριο ομολογίας για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του αιτούντος».

⁷⁸ Την κατεύθυνση αυτή έχει ακολουθήσει το Δικαστήριο και επί υπαλληλικών υποθέσεων ακυρωτικής φύσεως στις οποίες, εφόσον η διοίκηση μετά από διπλή δικαστική ακύρωση πράξης της λόγω ελλιπούς αιτιολογίας εκδίδει εκ νέου πράξη πάλι με ανεπαρκή αιτιολογία, το ακυρωτικό δικαστήριο προβαίνει σε ακύρωση της πράξης λόγω κακής χρήσης της διακριτικής ευχέρειας της Διοικήσεως, η οποία υποχρεούται σε έκδοση θετικής πράξης υπέρ του υπαλλήλου, μην έχοντας τη δυνατότητα να εκδώσει νέα πράξη με διαφορετική αιτιολογία. Ενδεικτικώς: ΣτΕ 858/2011, όπου αναφέρεται : «η Διοίκηση αδυνατεί, για τρίτη φορά να αιτιολογήσει νομίμως την άρνησή της να προαγάγει τον αιτούντα στον βαθμό του Πληρεξουσίου Υπουργού Β', υπερβαίνοντας έτσι τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει κατά τη διενέργεια κρίσεων ως η επίδικη ... Για τον λόγο αυτό η υπόθεση να αναπεμφθεί στη Διοίκηση, προκειμένου να προαγάγει τον αιτούντα σε θέση Πληρεξουσίου Υπουργού Β».

έδαφος ασφαλιστικής κρίσεως καταλείπεται και στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια, τα οποία επιλαμβάνονται προσφυγών κατά σχετικών πράξεων των ασφαλιστικών οργάνων του Ο.Γ.Α. Οι ιατρικές γνωματεύσεις των αρμόδιων υγειονομικών επιτροπών επί των ιατρικής φύσεως ζητημάτων δεσμεύουν, εφόσον έχουν πλήρη αιτιολογία, τα αρμόδια για την απονομή συντάξεως ασφαλιστικά όργανα και, στην περίπτωση που ασκηθεί προσφυγή κατά αυτών, τα διοικητικά δικαστήρια ουσίας. Αν δε τα δικαστήρια αυτά κρίνουν ότι η γνωμάτευση των υγειονομικών επιτροπών, ως προς τα προαναφερθέντα ιατρικής φύσεως ζητήματα, είναι πλημμελής, ασαφής ή ελλιπής, έχουν τη δυνατότητα είτε να ακυρώσουν τη σχετική απόφαση του αρμόδιου ασφαλιστικού οργάνου του Ο.Γ.Α. και η υπόθεση να καταστεί έτσι εκ νέου εκκρεμής ενώπιον του, είτε να ζητήσουν την έκδοση νέας αιτιολογικής γνωματεύσεως από την αρμόδια υγειονομική επιτροπή, αναπέμποντας την υπόθεση σ' αυτήν. Ειδικώς, όταν τα διοικητικά δικαστήρια, επιλαμβανόμενα αιτήματος συνταξιοδοτήσεως λόγω αναπηρίας, υποχρεώνουν με προδικαστική απόφαση τα υγειονομικά όργανα να αποφανθούν επί των ανωτέρω ιατρικής φύσεως ζητημάτων, τα τελευταία όμως παραλείπουν την υποχρέωση αυτή εμμένοντας στη προηγούμενη ελλιπώς αιτιολογημένη γνωμάτευσή τους, τα ως άνω δικαστήρια έχουν τη δυνατότητα είτε να αναπέμψουν για μια ακόμη φορά την υπόθεση ενώπιον των αρμόδιων υγειονομικών οργάνων, είτε να κρίνουν επί του αιτήματος του ενδιαφερομένου, αφού προηγουμένως εκφέρουν κρίση επί των ως άνω ιατρικής φύσεως ζητημάτων, χρησιμοποιώντας τα πρόσφορα προς τούτο αποδεικτικά μέσα. Και τούτο, διότι η παράλειψη των αρμόδιων υγειονομικών επιτροπών να γνωματεύσουν, κατόπιν μάλιστα εκδόσεως σχετικής προδικαστικής αποφάσεως από το δικαστήριο της ουσίας, δεν είναι δυνατό να αποβεί τελικώς εις βάρος του ασφαλισμένου ή συνταξιούχου⁷⁹. Τη θέση αυτή ακολουθεί και η νομολογία των δικαστηρίων περί των υποθέσεων των ασφαλιστικών ταμείων του Ναυτικού Απομαχικού Ταμείου (Ν.Α.Τ.) και του Οργανισμού Ασφάλισης Ελευθέρων Επαγγελματιών (Ο.Α.Ε.Ε.), όπου το διοικητικό δικαστήριο δεσμεύεται από την κρίση των υγειονομικών επιτροπών τόσο περί των ιατρικής φύσεως θεμάτων όσο και περί της ασφαλιστικής φύσεως θεμάτων⁸⁰, όπως προβλέπεται από τις αντίστοιχες νομοθετικές διατάξεις που ρυθμίζουν τα εν λόγω θέματα.

⁷⁹ ΣτΕ 1594/1994 επταμ., ΣτΕ 3823/2000, ΣτΕ 3833/2001, ΣτΕ 1078/2003.

⁸⁰ ΣτΕ 2925/2013, ΣτΕ επταμ. 2182/2015.

IV. Ειδικές ρυθμίσεις επί φορολογικών και τελωνειακών υποθέσεων

Το άρθρο 20 του Ν. 3900/2010, τροποποιώντας το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, δημιούργησε μία νέα δικονομία διαφορών, ειδική επί φορολογικών και τελωνειακών υποθέσεων, διαχωρίζοντας την κατηγορία αυτή από τις λοιπές διοικητικές διαφορές ουσίας. Με τις νέες αυτές ρυθμίσεις επέρχεται βαθιά διαφοροποίηση ως προς την έκταση των εξουσιών του διοικητικού δικαστή ουσίας. Η υπερσυσσώρευση εκκρεμών φορολογικών και τελωνειακών υποθέσεων ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων που είναι αρμόδια για την εκδίκαση φορολογικών διαφορών, οφειλόμενη όχι μόνο στις έλλειψη επαρκών φίλτρων προς το σκοπό της αποτελεσματικότερης και της ταχύτερης απονομής της δικαιοσύνης, αλλά και στην προπετή και αλόγιστη προσφυγή των διοικουμένων στα δικαστήρια, με απώτερο σκοπό την αποφυγή εκπληρώσεως των υποχρεώσεων τους έναντι του δημοσίου, ιδίως της καταβολής των επιβληθέντων φόρων, ήταν ένας από τους λόγους που υπαγόρευσαν τη λήψη μέτρων από το νομοθέτη. Είναι αληθές πως η διοικητική δικαιοσύνη στη συνείδηση των πολιτών έχει εμπεδωθεί ως «καταφύγιο» για την αντιμετώπιση των προβλημάτων τους σε σχέση με τη διοίκηση⁸¹. Οι ρυθμίσεις του Ν. 3900/2010⁸² με τίτλο «Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις» στοχεύουν στην αντιμετώπιση της καθυστέρησης στην απονομή της δικαιοσύνης, η οποία ναρκοθετεί το κράτος δικαίου και αποδυναμώνει στην πράξη σειρά συνταγματικών δικαιωμάτων των πολιτών, καθώς επίσης στην αποθάρρυνση της άσκησης ένδικων βοηθημάτων και μέσω με μόνο σκοπό την καθυστέρηση στην εκπλήρωση νόμιμων υποχρεώσεων, ιδίως εκείνων που αφορούν στην καταβολή των φόρων⁸³. Στην ουσία, επιχειρήθηκε με τις ρυθμίσεις αυτές η εξισορρόπηση μεταξύ του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος δικαστικής προστασίας και της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, δηλαδή μέσω της έγκαιρης εκπλήρωσης των φορολογικών υποχρεώσεων από τους διοικουμένους, το κράτος να εισπράττει τους αναγκαίους πόρους για την περαιτέρω εκπλήρωση των υποχρεώσεων του. Άλλωστε,

⁸¹ Φ. Κατσίγιαννης, Η αντίληψη για μια άλλη Διοικητική Δικαιοσύνη, εναρμονισμένη με τις θεμελιώδεις απαιτήσεις της κοινωνίας των πολιτών, είναι ζήτημα δομικών αλλαγών, ΕφημΔΔ, 4/2010, σελ. 510.

⁸² Με το νόμο αυτό, επήλθαν αλλαγές όχι μόνο σε ό,τι αφορά την εξουσία του δικαστηρίου επί των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών, αλλά μεταξύ άλλων και στην καθ' ύλην αρμοδιότητα για την εκδίκασή τους, στην πρόβλεψη αναλογικού παραβόλου και στον περιορισμό των λόγων χορήγησης δικαστικής προστασίας.

⁸³ Βλ. Αιτιολογική Έκθεση ν. 3900/2010.

όπως δέχεται πλέον η νομολογία, ναι μεν το «απλό» ταμειακό συμφέρον του δημοσίου δεν αποτελεί αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος ικανό να δικαιολογήσει περιορισμό, έστω ανάλογο, του δικαιώματος στην περιουσία, όμως η «διασφάλιση της δημοσιονομικής ισορροπίας του κράτους» αποτελεί⁸⁴.

Η έκταση των εξουσιών του δικαστή ουσίας επί προσβολής πράξεων της φορολογικής ή τελωνειακής αρχής ανανοηματοδεΐται και διαμορφώνεται ως εξής: α) περιορίζεται η εξουσία του δικαστή ως προς τα ζητήματα που δύναται να εξετάσει αυτεπαγγέλτως, καθόσον ο έλεγχος αυτός χωρεί πλέον μόνο προκειμένου να διακριβωθεί εάν υπάρχει παράβαση δεδικασμένου, β) ο δικαστής επί της κατηγορίας αυτής διαφορών διαθέτει υπό τη νέα διάταξη την εξουσία επιμετρήσεως, δύναται δηλαδή ακόμη κι αν αυτή δεν ασκήθηκε καθόλου από τη διοικητική αρχή να την ασκήσει ο ίδιος και να μεταρρυθμίσει την προσβαλλόμενη πράξη και γ) η εξουσία του διαφοροποιείται και ως προς την περίπτωση της παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, δεδομένου ότι ο φορολογικός δικαστής δύναται, δικάζοντας κατά πλήρη δικαιοδοσία, να αποφανθεί αυτός για την ύπαρξη και την έκταση του δικαιώματος ή της υποχρεώσεως. Με την προαναφερθείσα διάταξη προστέθηκε και η προϋπόθεση της επικλήσεως και αποδείξεως από τον προσφεύγοντα βλάβης, η οποία δεν μπορεί να αποκατασταθεί διαφορετικά παρά μόνο με την ακύρωση της πράξης, προκειμένου να είναι παραδεκτός λόγος παράβασης διατάξεως που ρυθμίζει τον τύπο ή τη διαδικασία εκδόσεως της πράξης, προϋπόθεση όμως που δεν ανήκει στο αντικείμενο της παρούσας εργασίας που πραγματεύεται την έκταση της εξουσίας του δικαστή κατά την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας. Με το άρθρο 20 Ν. 3900/2010 ρυθμίζεται η έκταση της δικαιοδοσίας του δικαστηρίου επί φορολογικών ή τελωνειακών δικών, με άξονα την

⁸⁴ Με την παραπεμπτική στην Ολομέλεια απόφασή του με αριθμό 1620/2011, το ΣτΕ, προβαίνοντας σε έλεγχο συνταγματικότητας της διάταξης που προέβλεπε τον τόκο υπερημερίας για οφειλές του Δημοσίου σε 6% ετησίως, δέχθηκε ότι ναι μεν το απλό ταμειακό συμφέρον του δημοσίου δεν αποτελεί αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος ικανό να δικαιολογήσει περιορισμό του δικαιώματος στην περιουσία, όμως η «διασφάλιση της δημοσιονομικής ισορροπίας του κράτους» αποτελεί. Προς τεκμηρίωση δε της θέσεως του δέχθηκε ότι «το δημόσιο έλλειμμα και το δημόσιο χρέος είναι τεράστια, ανερχόμενα σε πρωτοφανή, στην ιστορία των δημόσιων οικονομικών της Χώρας, επίπεδα». Σχετικές οι ΣτΕ 668/2012, Α.Ε.Δ. 25/2012. Επιπλέον, βλ. ΕΔΔΑ Μειδάνης κατά Ελλάδος, Γ. Δρόσο, Η κρίση της οικονομίας και η κρίση του δικαστή, ΕφημΔΔ 1/2015, σελ. 15 επ., Π. Λαζαράτο, Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ 8-9/2013, σελ. 686 επ., Π. Πικραμμένο, Δημόσιο δίκαιο σε έκτακτες συνθήκες από την οπτική της ακυρωτικής διοικητικής διαδικασίας, ΘΠΔΔ 2/2012, σελ. 97 επ., Κ. Γιαννακόπουλο, Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις ΣτΕ Β' 693/2011, ΣτΕ Στ' 1620/2011, ΣτΕ Α' 2094/2011, ΕφημΔΔ 2012, σελ. 100 επ.

οικονομία της δίκης και την αποφυγή παρελκύσεων και άσκοπης παράτασης εκκρεμοτήτων, σε διαφορές που από τη φύση τους προσφέρονται ιδιαίτερα σε τέτοιες καθυστερήσεις. Μάλιστα, η εφαρμογή των διατάξεων κρίθηκε από το νομοθέτη τόσο επιτακτική που όρισε ότι εφαρμόζονται και επί εκκρεμών φορολογικών και τελωνειακών εν γένει υποθέσεων, των οποίων η συζήτηση σε πρώτο βαθμό διεξάγεται ενενήντα ημέρες μετά την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού (01.01.2011)⁸⁵, με την επιφύλαξη του εδαφίου β' της παραγράφου 2 του άρθρου 20.

IV. Προβληματισμοί ως προς τη συνταγματικότητα των διατάξεων του άρθρου 20 ν. 3900/2010

Η εξουσία του δικαστή να ελέγξει αυτεπαγγέλτως επί φορολογικής ή τελωνειακής υπόθεσης μόνο την τυχόν παράβαση του δεδουλευμένου⁸⁶ διαφοροποιεί σημαντικά την κατηγορία αυτή από τις υπόλοιπες διαφορές ουσίας. Για την εν λόγω ρύθμιση έχουν διατυπωθεί στη θεωρία⁸⁷ ζητήματα αντισυνταγματικότητας, τα οποία στηρίζονται στην ανόμοια μεταχείριση από το δικαστή των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών έναντι όλων των άλλων διοικητικών διαφορών ουσίας, χωρίς κάποια ειδική και βάσιμη αιτιολογία για το διαχωρισμό αυτό⁸⁸. Με άλλα λόγια, κατά τις διατυπωθείσες θέσεις, εισάγεται διακριτική μεταχείριση της κατηγορίας αυτής διαφορών χωρίς να υπάρχει αντικειμενικός διαφοροποιητικός λόγος, προσβάλλοντας με τον τρόπο αυτό τα άρθρα 4 παρ. 1 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Επιπροσθέτως, η συρρίκνωση του αυτεπάγγελτου ελέγχου με την κατάργηση της ευχέρειας εξετάσεως της αναρμοδιότητας ή της κακής συγκροτήσεως ή συνθέσεως του οργάνου και της νομικής πλημμέλειας της προσβαλλόμενης πράξεως χωρίς σχετικό αίτημα του διαδίκου

⁸⁵ Άρ. 20 παρ. 2 εδ. α' Ν. 3900.2010.

⁸⁶ Βλ. και Γ. Δελλή, ό.π., σελ. 333, σύμφωνα με τον οποίο μετά το Ν. 3900/2010 ο αυτεπάγγελτος έλεγχος πρακτικά καταργήθηκε για τις φορολογικές και τελωνειακές διαφορές, η εξέλιξη δε αυτή ίσως να προοιωνίζεται μία ευρύτερη συρρίκνωση του αυτεπάγγελτου ελέγχου. Ωστόσο, μία τέτοια συρρίκνωση μειώνει την ποιότητα της δικαστικής προστασίας και τον ιστορικό ρόλο της διοικητικής δικαιοσύνης να εγγυάται μέσα από ένα ανακριτικό σύστημα την τήρηση της αρχής της νομιμότητας.

⁸⁷ Απ. Γέροντας, Η πρόσφατη μεταρρύθμιση της διοικητικής δικαιοσύνης (ν. 3900/2010), ΕφημΔΔ, 3/2011, σελ. 370 επ., Ν. Ταμιωλάκη, Ο νόμος 3900/2010: Η διοικητική δικαιοσύνη in vitro, ΕφημΔΔ, 3/2011, σελ. 394 επ., Χ. Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 407 επ.

⁸⁸ Χ. Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 413, ο οποίος παρατηρεί πως «το διαφαινόμενο οικονομικό αντικείμενο των διαφορών δεν φαίνεται ως πειστικό επιχειρήμα με την έννοια ότι δεν περιελήφθησαν στη διάταξη διαφορές με ανάλογο οικονομικό αντικείμενο».

προβληματίζει για το εάν συμβαδίζει με την αρχή του Κράτους δικαίου, στο μέτρο που καθιστά την αρχή της νομιμότητας αντικείμενο διάθεσης των διαδίκων. Κι αυτό διότι ο δικαστής, στην περίπτωση που διαγιγνώσκει παρανομία της προσβαλλόμενης πράξεως, στερείται της εξουσίας να την ακυρώσει ή να τη μεταρρυθμίσει επειδή δεν προτάθηκε σχετικώς από τους διαδίκους. Καθίσταται στην ουσία θεατής της προσβολής της αρχής της νομιμότητας, αδυνατώντας να παρέμβει προκειμένου να τη θεραπεύσει, εξαρτώμενος από τους ισχυρισμούς των διαδίκων, με περαιτέρω συνέπεια την παραβίαση και του δικαιώματος δικαστικής προστασίας⁸⁹.

Η νομολογία του Ανωτάτου Ακυρωτικού Δικαστηρίου επί των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων ζητημάτων για την εν λόγω κατηγορία ουσιαστικών διαφορών παρουσιάζει έντονο ενδιαφέρον. Ειδικότερα, το Δικαστήριο με τις με αριθμό 3065-3066/2017⁹⁰ αποφάσεις του δέχθηκε τη συνταγματικότητα του περιορισμού της εκτάσεως των εξουσιών του δικαστηρίου επί φορολογικών ή τελωνειακών διαφορών με το άρθρο 20 παρ. 1 του ν. 3900/2010 στην εξέταση μόνο της παράβασης του δεδουλευμένου, αποκλεισμένου του αυτεπαγγέλτου ελέγχου τυχόν πλημμελείας της νόμιμης βάσεως των πράξεων των ανωτέρω κατηγοριών υποθέσεων. Ο περιορισμός αυτός έγινε, σύμφωνα με το Δικαστήριο και όπως ρητώς αναφέρεται στην εισηγητική έκθεση του οικείου νομοσχεδίου, με άξονα την οικονομία της δίκης, την αποφυγή παρελκυστικής επικλήσεως τυπικών πλημμελειών και της άσκοπης παρατάσεως εκκρεμοτήτων σε διαφορές που από τη φύση τους προσφέρονται ιδιαίτερα σε τέτοιες καθυστερήσεις. Επιπλέον, με την υπ' αριθμ. 682/2017 απόφασή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε πως η διάταξη της παραγράφου 5 (α) του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ερμηνευόμενη υπό το φως του άρθρου 87 παρ. 2 του Συντάγματος και του άρθρου 35 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, έχει την έννοια ότι το διοικητικό δικαστήριο εξετάζει αυτεπαγγέλτως εκτός από την παράβαση του δεδουλευμένου και την τυχόν αντισυνταγματικότητα των νομοθετικών διατάξεων κατ' εφαρμογή των οποίων εκδόθηκε η προσβληθείσα με την προσφυγή πράξη της φορολογικής αρχής, όχι όμως και ζητήματα παραβίασης της ΕΣΔΑ, παρά το γεγονός ότι αυτή έχει υπερνομοθετική ισχύ.

⁸⁹ Χ. Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 414.

⁹⁰ Βλ. επιπροσθέτως: ΣτΕ 389/2018, ΣτΕ επταμ. 1438/2018.

Ειδική μνεία αξίζει να γίνει στο σημείο αυτό στην αυτεπάγγελτη εξέταση από το δικαστήριο της αρχής της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής κύρωσης, ιδίως στο πεδίο των φορολογικών κυρώσεων, ζήτημα για το οποίο η νομολογία των δικαστηρίων εμφανίζεται τα τελευταία χρόνια αρκετή δυναμική είτε μετακινούμενη από παλαιότερες κρίσεις είτε εξελίσσοντας αυτές⁹¹. Με την υπ' αριθμ. 1438/2018 επταμελούς συνθέσεως απόφασή του επί προδικαστικών ερωτημάτων του Πρωτοδικείου Αθηνών σχετικά με την εξουσία του δικαστηρίου να εξετάσει αυτεπαγγέλτως την αρχή αυτή, το Δικαστήριο επανέλαβε τη σκέψη του περί αυτεπάγγελτης εξέτασης της συνταγματικότητας αλλά όχι της συμβατότητας με την ΕΣΔΑ της εκάστοτε νομοθετικής ρυθμίσεως και δέχθηκε επιπλέον πως ναι μεν ανακύπτει ζήτημα εάν, ενόψει της αρχής της ισοδυναμίας, που περιορίζει τη δικονομική αυτονομία των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το διοικητικό δικαστήριο εξετάζει αυτεπαγγέλτως την τυχόν αντίθεση προς το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο των εθνικών νομοθετικών κανόνων κατ' εφαρμογή των οποίων εκδόθηκε η προσβληθείσα με την προσφυγή πράξη της φορολογικής αρχής, αλλά, πάντως, τέτοιο ζήτημα δεν μπορεί να εγερθεί, εάν το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, στο οποίο περιλαμβάνονται οι γενικές αρχές αυτού καθώς και ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν προκύπτει ότι βρίσκει πεδίο εφαρμογής στη συγκεκριμένη διαφορά, ελλείψει επαρκούς συνδέσμου της με το δίκαιο της Ένωσης. Η αρχή της αναδρομικής ισχύος της ευνοϊκότερης κυρώσεως ναι μεν συγκαταλέγεται μεταξύ των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου, ωστόσο, σύμφωνα με το Δικαστήριο, στο παρόν στάδιο εξέλιξης του ενωσιακού δικαίου, η άμεση φορολογία, όπως είναι η φορολογία εισοδήματος, εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης και, συνεπώς, δεν άπτεται, κατ' αρχήν, της εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης. Κατ' ακολουθίαν, η επιβολή από την ημεδαπή διοίκηση φόρου εισοδήματος, καθώς και συναφών διοικητικών κυρώσεων για ανακρίβεια της δήλωσης εισοδήματος, δεν παρουσιάζει, κατ' αρχήν, επαρκή σύνδεσμο με το δίκαιο της Ένωσης και, περαιτέρω, δεν έλκει, κατ' αρχήν, σε εφαρμογή τις γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης ούτε τις διατάξεις του Χάρτη Θεμελιωδών

⁹¹ Π. Πανταζόπουλος, Η αναδρομική εφαρμογή της ευνοϊκότερης κύρωσης στο πεδίο των φορολογικών κυρώσεων (Παρατηρήσεις επί της ΣτΕ 1438/2018), ΘΠΔΔ 2018, σελ. 747. Βλ. και Γρ. Μέντη, Η εξουσία του Δικαστηρίου για τον έλεγχο της νομικής πλημμελείας και την εφαρμογή της επεικεστέρως διατάξεως στις φορολογικές διαφορές. Η περίπτωση της παράβασης της λήψης και καταχώρισης εικονικού τιμολογίου με αφορμή την ΣτΕ 1545/2016, ΔιΔικ 6/2016, σελ. 801 επ.

Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε, ακολουθώντας την πιο πρόσφατη νομολογία του⁹², ότι η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής κύρωσης συνιστά αρχή του ημεδαπού δικαίου με συνταγματικό έρεισμα τις διατάξεις περί ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Συντ.) και περί αναλογικότητας των περιορισμών του δικαιώματος επί της περιουσίας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' Συντ.). Σύμφωνα με την εν λόγω αρχή, η οποία έχει το χαρακτήρα κανόνα διαχρονικού δικαίου, ο ευμενέστερος ή μη για τους φορολογουμένους χαρακτήρας του νεότερου νόμου που προβλέπει κύρωση για ορισμένη φορολογική παράβαση δεν κρίνεται γενικώς, αλλά ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης, κατόπιν σύγκρισης όλων των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων που αφορούν στο χρονικό διάστημα από τη διάπραξη της παράβασης έως και την εκδίκαση της υπόθεσης από το διοικητικό δικαστήριο και εξέτασης ποια από τις ρυθμίσεις αυτές, εφαρμοζόμενη στο σύνολό της, άγει, κατ' εκτίμηση των συνθηκών της εκάστοτε υπόθεσης, στην ελαφρύτερη κύρωση. Πάντως, κατά το Δικαστήριο, η ανωτέρω αρχή δεν έχει πεδίο εφαρμογής, όταν ο νεότερος νόμος περί επιβολής φορολογικών κυρώσεων είτε δεν είναι συγκρίσιμος με τον προηγούμενο είτε συνδέεται αναπόσπαστα με τη θέσπιση νέου, ουσιωδώς διαφορετικού κανονιστικού πλαισίου φορολογίας, ώστε να μην απηχεί διαφορετική εκτίμηση του νομοθέτη ως προς τον πρόσφορο και αναγκαίο χαρακτήρα των κυρώσεων που προβλέπονταν υπό το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς. Εξάλλου, ο ανωτέρω κανόνας δεν είναι απόλυτος, αλλά μπορεί να καμφθεί από σαφή, αντίθετη νομοθετική διάταξη, η οποία είτε αποκλείει την αναδρομική εφαρμογή της νεότερης, ευμενέστερης για τον φορολογούμενο ρύθμισης είτε την προβλέπει, όχι όμως άνευ ετέρου, αλλά υπό προϋποθέσεις που θίγουν ουσιωδώς τα έννομα συμφέροντα του φορολογούμενου. Ωστόσο, κατά το Δικαστήριο, τέτοια νομοθετική διάταξη, ως θεσπίζουσα απόκλιση από την ως άνω θεμελιώδη αρχή, πρέπει να δικαιολογείται επαρκώς, ενόψει και των αναφερόμενων στις προπαρασκευαστικές εργασίες της θέσπισής της, ώστε να συνάδει προς τις συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Περαιτέρω, το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή αυτή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής κύρωσης, ειδικώς επί φορολογικών υποθέσεων, δεν ερευνάται αυτεπαγγέλτως από το δικαστή ουσίας στο πλαίσιο της διατάξεως της παραγράφου 5 (α) του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, αλλά μόνο κατόπιν προβολής σχετικού λόγου του προσφεύγοντος, διότι ο

⁹² ΣτΕ 2031/2013, 2402/2016 (παραπεμπτική) επί της οποίας εκδόθηκε η ΣτΕ 1102/2017.

ευμενέστερος ή μη για τους φορολογουμένους χαρακτήρας του νεότερου νόμου κρίνεται ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης και κατ' εκτίμηση των συνθηκών της, τις οποίες βαρύνεται να επικαλεσθεί ο προσφεύγων, και δη κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο, προκειμένου να θεμελιωθεί η εφαρμογή μεταγενέστερης ρύθμισης, ως ευμενέστερης γι' αυτόν. Επιπλέον, η ως άνω αρχή δεν έχει ως συνέπεια ότι καθίσταται αντισυνταγματική η νομοθετική διάταξη κατ' εφαρμογή της οποίας επιβλήθηκε από τη διοίκηση η φορολογική κύρωση, αλλά μόνον ότι η διάταξη αυτή δεν έχει πλέον εφαρμογή *ratione temporis*, είναι δε διάφορο το ζήτημα εάν η νεότερη ευμενέστερη νομοθετική ρύθμιση αντίκειται στις συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας, κατά το μέρος της που ορίζει ότι δεν εφαρμόζεται ή ότι εφαρμόζεται υπό προϋποθέσεις αναδρομικά, επί υποθέσεων που αφορούν παρελθούσες φορολογικές χρήσεις και εκκρεμούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, κατόπιν άσκησης ενδίκου βοηθήματος ή μέσου.

Αντίθετα με τη δυνατότητα αυτεπάγγελτου ελέγχου από το δικαστή επί φορολογικών και τελωνειακών υποθέσεων, η οποία συρρικνώνεται, η ουσιαστική του δικαιοδοσία ενισχύεται σημαντικά με τα εδάφια (γ) και (δ) της παρ. 5 του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας. Οι δικονομικές αυτές εξελίξεις αποκαλύπτουν μία τάση ενίσχυσης των εξουσιών επέμβασης του δικαστή στο έργο της διοικήσεως, με αντίστοιχη χαλάρωση των απαγορεύσεων που απορρέουν από την αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών⁹³. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι όταν κατά την επιβολή ορισμένης κύρωσης η αρχή διαθέτει εξουσία επιμέτρησης, την οποία, παρά το νόμο, είτε δεν άσκησε καθόλου είτε άσκησε πλημμελώς, το δικαστήριο ελέγχοντας τη σχετική πράξη ασκεί το ίδιο την εξουσία αυτή, επιβάλλοντας την προσήκουσα κύρωση και μεταρρυθμίζοντας αντιστοίχως την πράξη. Επιπλέον, εάν η προσφυγή στρέφεται κατά παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, το δικαστήριο, κατά την επίλυση της διαφοράς, δικάζει κατά πλήρη δικαιοδοσία και είτε ακυρώνει εν όλω ή εν μέρει την παράλειψη αποφαινόμενο αυτό για την ύπαρξη και την έκταση του δικαιώματος ή της υποχρέωσης είτε απορρίπτει την προσφυγή. Στόχος της ρυθμίσεως αυτής είναι σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση να δίδεται η εξουσία στο δικαστήριο να αποφαινεται εκείνο κατ' ουσίαν για το επίδικο δικαίωμα ή υποχρέωση, όταν η Διοίκηση παρέλειψε σχετική νόμιμη ενέργεια.

⁹³ Γ. Δελλής, ό.π., σελ. 342.

Η επιστημονική υπηρεσία της Βουλής, στη σχετική έκθεσή της, διατυπώνει πως «η ρητώς προβλεπόμενη, εν προκειμένω, πλήρης υποκατάσταση της φορολογικής ή τελωνειακής αρχής από τον διοικητικό δικαστή, αντίκειται στην αρχή της διάκρισης των εξουσιών, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο άρθρο 26 του Συντάγματος. Είναι χαρακτηριστικό ότι στις λοιπές διαφορές ουσίας, αν η Διοίκηση δεν έχει ασκήσει τη διακριτική της εξουσία (...) το δικαστήριο ακυρώνει την πράξη και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα». Η διάταξη αυτή, επιπλέον, αποτέλεσε πηγή προβληματισμού στη θεωρία⁹⁴, μέρος της οποίας υποστήριξε ότι εισάγει κατά τρόπο ανεπίτρεπτο υποκατάσταση του δικαστηρίου στη θέση της φορολογικής ή τελωνειακής αρχής αφενός ως προς την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας και αφετέρου ως προς τη διαμόρφωση του αιτήματος του διοικουμένου επί παραλείψεως οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, κάτι που προσβάλλει ευθέως το άρθρο 26 Συντ. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, έργο του δικαστή δεν είναι να υποκαταστήσει τη διοίκηση αλλά να ελέγξει την κρίση της και ο εν λόγω έλεγχος είναι εξ ορισμού νομικός⁹⁵. Η αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών ανέχεται σε περιορισμένο βαθμό τη διασταύρωση των εξουσιών, η οποία θα πρέπει και να ερμηνεύεται στενά, ωστόσο αποκλείει τη σύγχυση των οργάνων υπό την έννοια ότι κάθε όργανο, ανεξαρτήτως του σε ποια κατηγορία ανήκει οργανικά ή για ποια κατηγορία είναι προορισμένο, δεν μπορεί με την ιδιότητα του αυτή να είναι ταυτοχρόνως όργανο άλλης κατηγορίας⁹⁶.

Η διαφοροποίηση πάντως αυτή ως προς την έκταση των εξουσιών του δικαστή επί φορολογικών υποθέσεων από πρακτικής απόψεως μπορούμε να παρατηρήσουμε πως έχει καταστεί κενή περιεχομένου, δεδομένης της σταθερής τάσης αντικειμενικοποίησης του συστήματος επιβολής προστίμων και εν γένει κυρώσεων για τις παραβάσεις της φορολογικής νομοθεσίας⁹⁷. Η εξουσία των οργάνων της φορολογικής αρχής για τον καταλογισμό φόρων ή προστίμων είναι αυστηρώς προκαθορισμένη από το νόμο, δίχως να καταλείπεται πεδίο διακριτικής ευχέρειας στη Διοίκηση. Κατά πάγια πλέον νομολογία⁹⁸, ο αντικειμενικός τρόπος υπολογισμού και

⁹⁴ Χ. Χρυσανθάκης, Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη: Ο Ν. 3900/2020: Μια «ανοιχτή» επιστολή προς την Πολιτεία, ΘΠΔΔ 12/2010, σελ. 1321 επ., Απ. Γέροντας, ό.π., σελ. 370 επ., Ν. Ταμιωλάκη, ό.π., σελ. 394 επ., Χ. Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 407 επ.

⁹⁵ Απ. Γέροντας, ό.π., σελ. 377.

⁹⁶ Χ. Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 418.

⁹⁷ Η. Κουβαράς, ό.π.

⁹⁸ ΣτΕ επταμ. 2402/2010, η οποία, αντιθέτως με την παραπεμπτική της υπ' αριθμ. 3768/2008, έκρινε πως : «(...) η θέσπιση με τις διατάξεις του ν.2523/1997 συστήματος αντικειμενικού προσδιορισμού των

επιβολής προστίμων δεν αντίκειται σε υπέρτερης ισχύος διατάξεις, καθώς στόχος του είναι η διαφάνεια και σαφήνεια του φορολογικού συστήματος, η αποφυγή συμπτωμάτων διαφθοράς και η δημιουργία κλίματος εμπιστοσύνης μεταξύ φορολογικής αρχής και πολιτών, οι οποίοι πλέον μπορούν να γνωρίζουν εκ των προτέρων το ακριβές ύψος του προστίμου για κάθε συγκεκριμένη παράβαση.

Σε παρόμοια βάση στηρίχθηκαν και οι προβληματισμοί γύρω από την εξουσία που παρέχεται στο φορολογικό δικαστή επί παραλείψεως οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, όπου δεν αναπέμπει την υπόθεση στη διοίκηση όπως στις λοιπές διοικητικές διαφορές αλλά δικάζει ο ίδιος κατά πλήρη δικαιοδοσία. Έχει υποστηριχθεί⁹⁹ πως στη διάταξη αυτή εμφανίζεται πιο έντονα ο «εκτελεστικός-διοικητικός» ρόλος του δικαστή ουσίας αφού ο δικαστής υποκαθιστά στην περίπτωση αυτή πλήρως τη διοίκηση. Πάντως, με το άρθρο 79 παρ. 5 (δ) του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ανεξαρτήτως της συνταγματικότητας του, ενισχύεται σημαντικά η έκταση των εξουσιών του διοικητικού δικαστή στο πλαίσιο των παραλείψεων οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, καθώς είναι η

προστίμων για την ρητώς χαρακτηριζόμενη από το νόμο ως ιδιάζουσα παράβαση της λήψεως εικονικών φορολογικών στοιχείων, στοχεύοντας, κατά την σχετική εισηγητική έκθεση, στην αποφυγή συμπτωμάτων διαφθοράς και τη δημιουργία κλίματος εμπιστοσύνης μεταξύ φορολογικής αρχής και των πολιτών, οι οποίοι μπορούν πλέον να γνωρίζουν εκ των προτέρων το ακριβές ύψος του προστίμου για κάθε συγκεκριμένη παράβαση, έτσι ώστε να επιβάλλεται για όμοιες περιπτώσεις πρόστιμο της ίδιας βαρύτητας, συναρτώμενο, ευλόγως άλλωστε, με την αξία της οικείας συναλλαγής, ήτοι με μέγεθος αναγκαίως συναφές προς το ύψος της αντίστοιχης φοροδιαφυγής, εξασφαλίζει την ανάγκη διαφάνειας και την σαφήνεια των εις βάρος των παραβατών επιβαλλομένων κυρώσεων. Επομένως, εκ μόνου του ότι η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 10 περ. β' του ν. 2523/1997, η οποία καθιστά τυπική την παράβαση της λήψεως εικονικών φορολογικών στοιχείων, προσδιορίζει το ως άνω πρόστιμο στο διπλάσιο της αξίας κάθε στοιχείου, περιορίζοντας την σχετική διακριτική ευχέρεια της φορολογικής αρχής, με δυνατότητα μειώσεώς του μόνο στο μισό, όταν η εικονικότητα ανάγεται αποκλειστικώς στο πρόσωπο του εκδότη, δεν αντίκειται στην προβλεπόμενη από το Σύνταγμα αρχή της αναλογικότητας. Και τούτο, διότι δεν θεσπίζει μέτρο προδήλως ακατάλληλο και απρόσφορο ούτε υπερακοντίζει το δημόσιο σκοπό της αποφυγής της διαφθοράς των φορολογικών οργάνων, στον οποίο κυρίως αποβλέπει, του κολασμού του παραβάτη και της αποτροπής παρομοίων παραβάσεων. (ΣτΕ 1402, 2938/2005 - πρβλ. ΣτΕ 139/1998, 956/2009, πρβλ. απόφ. ΔΕΚ της 12-7-2001, υπόθ. C-262/1999, Λουλουδάκης κατά Ελληνικού Δημοσίου). Εξάλλου, όταν η ίδια η φορολογική αρχή, θεμιτώς κατά το Σύνταγμα, εν όψει των αναφερθέντων, δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια να προσδιορίζει το ύψος του προστίμου αναλόγως των ειδικότερων συνθηκών της παραβάσεως, θέμα παραβιάσεως της αρχής της αναλογικότητας ή του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας ως εκ του ότι το δικαστήριο που ελέγχει τη νομιμότητα της σχετικής πράξεως της ως άνω αρχής δεν διαθέτει ούτε αυτό τέτοια εξουσία, δεν μπορεί να τεθεί. Συνεπώς, ακόμα και υπό την εκδοχή ότι το επίμαχο πρόστιμο αποτελεί, λόγω της φύσεως και της σοβαρότητας που μπορεί να έχει κατά περίπτωση, κύρωση «ποινικής φύσεως» κατά την έννοια του προαναφερθέντος άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, δεν τίθεται ζήτημα παραβιάσεως της εν λόγω διατάξεως». Βλ. και ΣτΕ Ολ. 3474/2011, η οποία εφήρμοσε την καταργηθείσα, από του χρόνου ενάρξεως της ισχύος του Ν.2523/1997, διάταξη του άρθρου 86 του Ν.2238/1994.

⁹⁹ Χ Δετσαρίδης, ό.π., σελ. 419-420.

πρώτη φορά στην ελληνική έννομη τάξη που ο δικαστής αναλαμβάνει ένα τόσο ενεργητικό ρόλο για την αποκατάσταση της νομιμότητας σε ένα είδος παρανομίας με εξαιρετική έκταση¹⁰⁰.

¹⁰⁰ *H. Κουβαράς, ό.π.*

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΤΡΙΤΟ: Η ΕΞΟΥΣΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ ΟΥΣΙΑΣ ΕΠΙ ΑΓΩΓΗΣ

I. Γενικές παρατηρήσεις

Η αγωγή αποτελεί το γενικό ένδικο βοήθημα ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, η άσκηση της οποίας συνιστά την πρώτη πράξη της προδικασίας της διαγνωστικής διαδικασίας. Στο διοικητικό δίκαιο, με το ν. 702/77 προβλέφθηκε για πρώτη φορά η δυνατότητα άσκησής της στις κοινωνικοασφαλιστικές διαφορές και καθιερώθηκε στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο με το Ν. 1406/83. Η αγωγή είναι το ένδικο βοήθημα, με το οποίο ζητείται η επιδίκαση αποζημίωσης λόγω παράνομης κατ' αρχήν συμπεριφοράς των οργάνων του δημοσίου ή των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Δεν έχει διαπλαστικό χαρακτήρα αφού σκοπός της είναι η αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ο ενάγων εξαιτίας της παράνομης συμπεριφοράς των κρατικών οργάνων¹⁰¹ και όχι η ακύρωση ή η μεταρρύθμιση μίας διοικητικής πράξης ή παραλείψεως. Έχει λοιπόν χαρακτήρα αναγνωριστικό ή καταψηφιστικό, αναλόγως με το εάν αίτημα του διοικουμένου είναι η καταδίκη του δημοσίου σε ορισμένη παροχή ή η αναγνώριση της υποχρέωσης αυτής.

Πηγή επικρίσεων αποτέλεσε η εισαγωγή στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο του ενδίκου βοηθήματος της αγωγής, βασικός πυρήνας των οποίων ήταν η σύγχυση που δημιουργείται από την συνύπαρξή της με την προσφυγή και τις διαφορετικές ρυθμίσεις που προβλέπονται για αυτές, ενώ η αρχή της οικονομίας της δίκης επιβάλλει τη συγχώνευσή τους¹⁰². Ωστόσο, η αγωγή διακρίνεται από την προσφυγή, δεδομένου ότι σύμφωνα και με το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, που οριοθετεί την έκταση της εξουσίας του δικαστή ουσίας επί προσφυγής, το αίτημα του προσφεύγοντος είναι διαπλαστικό, ζητά δηλαδή την ακύρωση ή τη μεταρρύθμιση της πράξης. Ο δε δικαστής έχει την εξουσία να ακυρώσει ή να την τροποποιήσει ή στις ειδικώς αναφερόμενες περιπτώσεις να αναπέμψει στη διοικητική αρχή. Με την αγωγή, ο δικαστής έχει τη δυνατότητα να αναγνωρίσει ή να καταψηφίσει χρηματική αποζημίωση, αναλόγως του αιτήματος του ενάγοντος. Η άσκηση της αγωγής είναι

¹⁰¹ Π.Δ. Δαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 563, Χ. Χρυσανθάκης, ό.π. (Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου), σελ. 266.

¹⁰² Π.Δ. Δαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 559.

ανεξάρτητη και αυτοτελής από τα ένδικα βοηθήματα της προσφυγής και της αιτήσεως ακυρώσεως, όπως ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 71 παρ. 4 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, εκτός αν πρόκειται για αξίωση φορολογικού περιεχομένου, οπότε η αγωγή είναι απαράδεκτη και θα πρέπει να ασκηθεί προσφυγή¹⁰³. Αυτό έχει ως απόρροια την αρμοδιότητα του δικαστή επί αγωγής να ελέγξει παρεμπιπτόντως το κύρος της διοικητικής πράξης ή παράλειψης, εφόσον δεν υπάρχει δεδουλευμένο¹⁰⁴. Το άρθρο 80 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, όπως προκύπτει και από τον τίτλο του, αποτυπώνει τις εξουσίες που έχει ο δικαστής ουσίας όταν επιλαμβάνεται προσφυγής, οι οποίες και θα εκτεθούν αμέσως παρακάτω.

II. Η έκταση ελέγχου του δικαστή

Οι λόγοι της αγωγής δεν απαριθμούνται στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, διότι ο δικαστής κρίνει το κύρος της ζημιόγону πράξεως ή παραλείψεως βάσει των ίδιων λόγων στους οποίους μπορεί να στηριχθεί και η αίτηση ακύρωσης ή η προσφυγή. Πρόκειται για έλεγχο νομιμότητας και ουσίας με σκοπό την ολική ή μερική αποδοχή της αγωγής ή την απόρριψή της¹⁰⁵. Το δικαστήριο, όπως προαναφέρθηκε, εάν η αξίωση θεμελιώνεται στο παράνομο εκτελεστής διοικητικής πράξης ή παράλειψης, έχει τη δυνατότητα άσκησης παρεμπιπτόντος ελέγχου της νομιμότητας της αυτής πράξεως ή παραλείψεως, με την επιφύλαξη του δεδουλευμένου. Η έγερση της αγωγής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη δικαστική ακύρωση ως παράνομης της φερόμενης ως ζημιόγону διοικητικής πράξεως ή παραλείψεως, ο νομοθέτης όμως επισημαίνει την επιφύλαξη του υπέρ άλλων ειδικών διατάξεων. Ειδική διάταξη επιφυλάσσεται στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων. Έτσι, το άρθρο 373 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ορίζει πως «για την επιδίκαση αποζημιώσεως απαιτείται η προηγούμενη ακύρωση της παράνομης πράξης ή παράλειψης από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ή από το αρμόδιο δικαστήριο». Η εν λόγω προϋπόθεση όμως δεν απαιτείται στην

¹⁰³ Αρ. 71 παρ. 4 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

¹⁰⁴ Αρ. 80 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, το οποίο αναγνωρίζει ρητά ότι «Με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην παρ. 4 του άρθρου 71 ή σε τυχόν άλλες ειδικές διατάξεις, αν η αξίωση θεμελιώνεται στο παράνομο εκτελεστής διοικητικής πράξης ή παράλειψης, το δικαστήριο, εφόσον δεν υπάρχει δεδουλευμένο, κρίνει παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα της πράξης ή της παράλειψης αυτής».

¹⁰⁵ Π.Δ. Δαγτόγλου, ό.π. (Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο), σελ. 574-575, Χ. Χρυσανθάκης, ό.π. (Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου), σελ. 271.

περίπτωση των άρθρων 370, 371 παρ. 2 και 372 παρ. 7 Ν. 4412/2016 ή όταν, εν γένει, δεν καθίσταται εφικτή η δικαστική κήρυξη της ακυρότητας για λόγους μη συνδεδεμένους με παραλείψεις του ενδιαφερομένου. Παρόμοια ήταν και η ρύθμιση επί ισχύος του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος¹⁰⁶.

Πάντως, μπορεί η εξουσία του παρεμπόδιου ελέγχου από το δικαστήριο ουσίας να έχει σήμερα καθιερωθεί και με την πρόβλεψή του στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ωστόσο η εξουσία αυτή είχε αμφισβητηθεί παλαιότερα από τη νομολογία. Έτσι, το Συμβούλιο της Επικρατείας ενώ αρχικά δεχόταν την αυτονομία της αγωγής¹⁰⁷, κατέληξε αργότερα πως προϋπόθεση για την έγερση αγωγής είναι η προηγούμενη προσβολή της ζημιόγону πράξεως ή παραλείψεως¹⁰⁸. Παρεπόμενη συνέπεια της νομολογίας αυτής ήταν να απεμπολείται συχνά η αξίωση αποζημίωσης. Το άρθρο 19 του Ν. 1868/1989 ρύθμιζε για πρώτη φορά νομοθετικά την εξουσία του δικαστηρίου να προβαίνει σε παρεμπόδιου έλεγχο της ζημιόγону πράξεως ή παραλείψεως χωρίς όμως να την ακυρώνει, ρύθμιση που συμβαδίζει με τις θεμελιώσεις αρχές του κράτους δικαίου, της νομιμότητας και της δικαστικής προστασίας. Ο δικαστής της αγωγής ελέγχει λοιπόν με βάση το ισχύον σήμερα άρθρο 80 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα της ζημιόγону πράξεως ή παραλείψεως, ο έλεγχος δε αυτός πρέπει να έχει την ίδια έκταση και ένταση με εκείνον που ασκεί ο δικαστής του αντίστοιχου διαπλαστικού ενδίκου βοηθήματος. Έτσι, εφόσον κατά της φερόμενης ως ζημιόγону πράξης ή παραλείψεως χωρεί άσκηση προσφυγής, ο έλεγχος γίνεται σύμφωνα το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ενώ αν χωρεί

¹⁰⁶ Άρ. 9 παρ. 2 Ν. 3886/2010.

¹⁰⁷ ΣτΕ 3431/1982, όπου διατυπώνεται: «...υπό του άρθρου 7 του ν. 702/1977 προβλέπεται η άσκησης δύο αυτοτελών προς άλλα και διαφόρων ενδίκων μέσων κατά την φύσιν, τας προϋποθέσεις ασκήσεως και το αποτέλεσμα. Συνεπώς εις την προκειμένην περίπτωσην νομίμως ησκήθη υπό του αναιρεσιόντος ενώπιον του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών αγωγή περί αποζημίωσης κατά του αναιρεσιβλήτου Ταμείου προς καταβολήν υπ' αυτού ωρισμένου ποσού προς ανόρθωσιν ζημίας ένεκα παρανόμου παραλείψεως οργάνων αυτού, ανεξαρτήτως εάν προηγουμένως δεν είχαν ασκηθή προσφυγή προς ακύρωσιν της παραλείψεως ταύτης».

¹⁰⁸ ΣτΕ 1084/1984: «Αναγκαίαν, επομένως, νόμιμον προϋπόθεσιν διά την υπό του διοικητικού πρωτοδικείου εκδίκασιν της αγωγής αποζημίωσης αποτελεί η υπό του ενάγοντος θεμελίωσις της αξιώσεως τούτου επί αμετακλήτου δικαστικής αποφάσεως διαπιστούσης την παρανομίαν της ζημιόγону διοικητικής πράξεως ή παραλείψεως ή, εις περίπτωσιν σωρεύσεως προσφυγής και αγωγής εις το αυτό δικόγραφον, κατά το άρθρον 26 του π.δ. 341/1978, η εμπρόθεσμος άσκησης της προσφυγής, οπότε το δικαστήριο προχωρεί εις την εκδίκασιν της αγωγής μόνον αφού προηγουμένως δεχθή το βάσιμον της προσφυγής».

άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως ο έλεγχος γίνεται κατά τα άρθρα 48 και 50 π.δ. 18/1989¹⁰⁹.

Η υπ' αριθμ. 2262/2013 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας εμφανίζει έντονο ενδιαφέρον, διότι οριοθετεί σημαντικά τους λόγους που δύναται να εξετάσει παρεμπιπτόντως το δικαστήριο επί αγωγής. Το δικαστήριο κατά πλειοψηφία δέχθηκε πως σε περίπτωση που ο ασκών την αγωγή αποζημιώσεως δεν έχει το έννομο συμφέρον που απαιτείται κατά την έννοια του άρθρου 64 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, όχι μόνον για την κατ' αρχήν άσκηση προσφυγής, αλλά και για την προβολή συγκεκριμένων λόγων κατά της πράξεως ή της παραλείψεως από την οποία ισχυρίζεται με την αγωγή ότι υπέστη, παρανόμως, ζημία, δεν νομιμοποιείται να προβάλλει τους λόγους αυτούς με την αγωγή, επιδιώκοντας την αναγνώριση της παρανομίας της πράξεως ή της παραλείψεως για λόγους, τους οποίους δεν μπορούσε να προβάλλει με την προσφυγή. Στην εν λόγω υπόθεση, ασκήθηκε αγωγή από εργοδότη εταιρεία με την οποία ζητούσε να της καταβληθεί αποζημίωση, αμφισβητώντας τη νομιμότητα αφενός των πράξεων οργάνων του Ι.Κ.Α., με τις οποίες είχαν επιβληθεί εις βάρος της εισφορές και πρόσθετες εισφορές για την ασφαλιστική τακτοποίηση εργαζομένων στην επιχείρησή της, καθώς και πρόστιμο λόγω μη καταχώρισης εργαζομένων στο βιβλίο νεοπροσλαμβανομένων, και αφετέρου της παραλείψεως των οργάνων του Ταμείου Συντάξεων Προσωπικού Εφημερίδων Αθηνών – Θεσσαλονίκης (στο εξής ΤΣΠΕΑΘ) και του Ενιαίου Δημοσιογραφικού Οργανισμού Επικουρικής Ασφάλισης και Περίθαλψης (στο εξής ΕΔΟΕΑΠ) να ασφαλίσουν αυτά

¹⁰⁹ Η ΣτΕ 2803/2006 (παραπέμφθηκε και εκδόθηκε η ΣτΕ επταμ. 2168/2007) έκρινε τα εξής: «τα διοικητικά δικαστήρια, αν δεν υπάρχει δεδικοσμένο ως προς τη νομιμότητα της εκτελεστής διοικητικής πράξης ή παράλειψης επί της οποίας θεμελιώνεται η αξίωση προς αποζημίωση, ελέγχουν παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα της πράξης ή της παράλειψης. Αν κατά της φερόμενης ως παράνομης πράξης ή παράλειψης χωρεί άσκηση προσφυγής, ο έλεγχος γίνεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 του Κ.Δ.Δ., αν χωρεί αίτηση ακυρώσεως, ο έλεγχος γίνεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 48 και 50 του π.δ. 18/1989. Στην τελευταία περίπτωση, τα αρμόδια για την εκδίκαση της αιτήσεως ακυρώσεως δικαστήρια οφείλουν, αν κρίνουν ότι η παράλειψη είναι παράνομη, να την ακυρώσουν και να αναπέμψουν την υπόθεση στη Διοίκηση για να εκτελέσει αυτή την κατά νόμον οφειλόμενη νόμιμη ενέργεια δεν μπορούν, όμως, υποκαθιστώντας τη Διοίκηση, να αποφανθούν για το ποιο έπρεπε να είναι το περιεχόμενο της διοικητικής πράξης, αν τέτοια πράξη έπρεπε, κατά νόμον, να εκδοθεί. Τέτοια εξουσία δεν έχουν ούτε τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια όταν δικάζουν αγωγή σύμφωνα με τα άρθρα 105 και 106 του Εισαγωγικού Νόμου του Αστικού Κώδικα και κρίνουν παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα της παράλειψης επί της οποίας θεμελιώνεται η αξίωση προς αποζημίωση. Στην περίπτωση αυτή, τα δικαστήρια μπορούν να επιδικάζουν αποζημίωση μόνο για ζημία που συνδέεται αιτιωδώς με την παράνομη παράλειψη, δεν έχουν, όμως, εξουσία να επιδικάζουν αποζημίωση για ζημία η οποία προϋποθέτει ευνοϊκή για τον ενάγοντα πράξη, την οποία όφειλαν κατά νόμον να εκδώσουν τα αρμόδια διοικητικά όργανα».

τους εν λόγω εργαζομένους. Οι λόγοι που προβλήθηκαν ήταν ότι οι απασχολούμενοι στην επιχείρησή της έπρεπε να ασφαλισθούν στους ασφαλιστικούς οργανισμούς ΤΣΠΕΑΘ και ΕΔΟΕΑΠ, διότι οι διατάξεις της διέπουσας τους οργανισμούς αυτούς νομοθεσίας, οι οποίες προβλέπουν ότι στους εν λόγω οργανισμούς ασφαρίζονται μόνον όσοι εργαζόμενοι σε μη κρατικούς ραδιοτηλεοπτικούς σταθμούς είναι μέλη των οικείων επαγγελματικών οργανώσεων, αντίκεινται σε διατάξεις του Συντάγματος, που προστατεύουν την ισότητα, την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, το δικαίωμα κοινωνικής ασφάλισης και την συνδικαλιστική ελευθερία των εργαζομένων ενώ, εξάλλου, με μεταγενέστερη διάταξη ο νομοθέτης απαγόρευσε την ήδη απαγορευόμενη από το Σύνταγμα εξάρτηση της υπαγωγής των εργαζομένων στον τύπο σε ορισμένο ασφαλιστικό οργανισμό από την απόκτηση της ιδιότητας του μέλους συγκεκριμένων επαγγελματικών σωματείων. Σύμφωνα με τη γνώμη που επικράτησε, το συμφέρον της αναιρεσείουσας - ενάγουσας να προβάλλει τους συγκεκριμένους αυτούς λόγους, οι οποίοι ανάγονται στην παραβίαση δικαιωμάτων κατοχυρωμένων από το Σύνταγμα όχι υπέρ του εργοδότη επιχειρηματία, αλλά υπέρ των εργαζομένων (καταστρατήγηση της αρνητικής συνδικαλιστικής ελευθερίας, της ισότητας στην κοινωνική ασφάλιση, της ισότητας πρόσβασης στο δημοσιογραφικό επάγγελμα, της ισότητας ευκαιριών επαγγελματικής πρόσληψης, του δικαιώματος ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας) δεν είναι άμεσο, αλλά έμμεσο, διότι παρεμβάλλεται το συμφέρον των εργαζομένων στην επιχείρηση της αναιρεσείουσας-ενάγουσας, οι οποίοι και μόνον θα είχαν άμεσο έννομο συμφέρον να προβάλουν τους συγκεκριμένους λόγους ασκώντας τα οικεία ένδικα βοηθήματα. Συνεπώς, το δικαστήριο έκρινε πως η ασκηθείσα αγωγή ήταν απαράδεκτη.

III. Παρεμπόμπων έλεγχος επί μη ευθέως προσβαλλόμενων πράξεων

Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας εντάσσεται στον κύκλο των θεμελιωδών δικονομικών δικαιωμάτων, κατοχυρώνεται δε στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, στο άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, στο άρθρο 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στο άρθρο 14 παρ. 2 εδ. β' του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα. Το δικαίωμα αυτό της έννομης προστασίας θα πρέπει να ικανοποιείται πλήρως, υπό την έννοια ότι δεν επιτρέπεται να υφίστανται διαφορές όπου οι φορείς αυτού στερούνται της πρόσβασης στη δικαιοσύνη με την

άσκηση των σχετικών ενδίκων βοηθημάτων¹¹⁰. Ο σκοπός αυτός της πληρότητας και καθολικότητας της δικαστικής προστασίας επιτυγχάνεται και μέσα από την κατοχύρωση της αυτοτέλειας της αγωγής όχι μόνο σε σχέση με την προσφυγή στις διοικητικές διαφορές ουσίας αλλά και σε σχέση με την αίτηση ακυρώσεως στις ακυρωτικές διαφορές. Ο δικαστής της αγωγής - κατά την άποψη της γράφουσας - δεν εμποδίζεται να ελέγξει παρεμπιπτόντως το κύρος μιας ζημιογόνου πράξεως για την οποία δεν προβλέπεται ευθύς ακυρωτικός έλεγχος¹¹¹.

Σε ό,τι αφορά ειδικότερα τις «κυβερνητικές πράξεις», αυτές απαραδέκτως προσβάλλονται με αίτηση ακυρώσεως, κατά τη ρητή διατύπωση της παραγράφου 5 του άρθρου 45 π.δ. 18/1989 (το οποίο επαναλαμβάνει την προηγούμενη ρύθμιση της νομοθεσίας του Συμβουλίου της Επικρατείας). Η έννοια των κυβερνητικών πράξεων δεν ορίζεται νομοθετικώς, εναπόκειται δε στη δικαστική εξουσία να κρίνει ποιες πράξεις και διαταγές της εκτελεστικής εξουσίας ανάγονται στη διαχείριση της πολιτικής εξουσίας. Σε αυτές εντάσσονται οι πράξεις που αφορούν τη σχέση νομοθετικής και εκτελεστικής εξουσίας όπως είναι π.χ. η διάλυση της Βουλής και ο διορισμός του Πρωθυπουργού και της Κυβέρνησης, και εκείνες που σχετίζονται με τις διεθνείς σχέσεις της χώρας, όπως είναι π.χ. η άδεια για την αναγκαστική εκτέλεση κατά της περιουσίας αλλοδαπού δημοσίου¹¹². Η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων διαμορφώθηκε κατά βάση με αφετηρία τα δεδομένα της νομολογίας του Conseil d'Etat, όπως τα επεξεργάστηκαν οι Γάλλοι δημοσιολόγοι¹¹³, και σταδιακά βρήκε ανταπόκριση στο πλαίσιο της θεωρητικής επεξεργασίας των στοιχείων του δημοσίου

¹¹⁰ Βλ. Κ. Παπανικολάου, Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, σε «Θεμελιώδη Δικαιώματα», επιμέλεια Σπ. Βλαχόπουλος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 735.

¹¹¹ Α. Τσαμπάση, Το δίκαιο της αστικής ευθύνης του δημοσίου ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων – Γενική επισκόπηση, ΘΠΔΔ, 5/2008, σελ. 526. Βλ. όμως και υποσημ. 17, όπου διατυπώνει πως θεωρεί αδικαιολόγητη την απόφαση ΣτΕ Ολ. 4356/1997, η οποία δέχθηκε κατά πλειοψηφία πως υπάρχει ανεύθυνο του Δημοσίου για πράξεις ή παραλείψεις του που δεν ελέγχονται ακυρωτικώς και ο δικαστής της αγωγής αποζημιώσεως στερείται του δικαιώματος παρεμπιπτόντως ελέγχου του κύρους των διοικητικών πράξεων που δεν προσβάλλονται παραδεκτώς με αίτηση ακυρώσεως. Η υπόθεση αυτή αφορούσε αγωγής αποζημιώσεως προσφεύγοντος δικαστικού λειτουργού λόγω παραλείψεως αποστολής ερωτήματος για διενέργεια δικαστικών κρίσεων.

¹¹² Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 20, ο οποίο επισημαίνει πως οι πράξεις που αναγνωρίζονται από τη νομολογία ως κυβερνητικές μειώνονται διαρκώς, με περαιτέρω συνέπεια το ζήτημα να μην παρουσιάζει την πρακτική αξία που είχε στο παρελθόν (π.χ. δε χαρακτηρίζεται σήμερα ως κυβερνητική πράξη, όπως στο παρελθόν, η άρνηση χορήγησης άδειας διαμονής σε αλλοδαπό).

¹¹³ Π. Παυλόπουλος, Η συνταγματική κατοχύρωση της αιτήσεως ακυρώσεως – Μια σύγχρονη έποψη του Κράτους Δικαίου, 1982, σελ. 259.

δικαίου άλλων εννόμων τάξεων, όπως η Γερμανία και η Ιταλία¹¹⁴. Η εξαίρεση από τον ακυρωτικό έλεγχο των κυβερνητικών πράξεων στην ελληνική έννομη τάξη έχει αποτελέσει πηγή προβληματισμών. Έχουν διατυπωθεί διαφορετικά επιχειρήματα προκειμένου να δικαιολογήσουν την εξαίρεση αυτή, μεταξύ των οποίων ότι στην εν λόγω περίπτωση η δικαστική εξουσία θα υπεισερχόταν σε πολιτικές κρίσεις και ότι δε θίγεται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας αφού υπάρχει η δυνατότητα παρεμπόδισης ελέγχου στο πλαίσιο της ασκήσεως αγωγής¹¹⁵. Σύμφωνα με τη νομολογία, η αδυναμία ακυρωτικού ελέγχου των εν λόγω πράξεων δεν άγει αναγκαίως στο συμπέρασμα ότι η σχετική πρόβλεψη προσκρούει στις διατάξεις που κατοχυρώνουν το δικαίωμα πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και ότι, κατά συνεκδοχή, πρέπει να υπόκεινται σε ευθύ ακυρωτικό έλεγχο και οι κυβερνητικές πράξεις, δεδομένου ότι το δικαίωμα αυτό δεν είναι απόλυτο, αλλά υπόκειται και σε περιορισμούς. Μεταξύ των περιορισμών αυτών συγκαταλέγονται, κατά την υπ' αριθμ. 22/2007 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας¹¹⁶ κι εκείνοι που δικαιολογούνται από το νόμιμο σκοπό του σεβασμού των κανόνων του διεθνούς δικαίου και της κυριαρχίας του αλλοδαπού κράτους, οι οποίοι αποτελούν το θεμέλιο της ισότητας των Κρατών και, εντεύθεν, της ομαλότητας των διεθνών σχέσεων¹¹⁷. Η ειδικότερη γνώμη που διατυπώθηκε από μέλη του Δικαστηρίου στην απόφαση αυτή, κατέληξε μεν στο απαράδεκτο της προσβολής κυβερνητικών πράξεων με αίτηση ακυρώσεως, ωστόσο διατύπωσε ως *obiter dictum*¹¹⁸ πως οι αιτούντες έχουν το δικαίωμα, κατ' επίκληση του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος, το οποίο καθιερώνει την ισότητα ενώπιον των δημοσίων βαρών και, συνεπώς, επιτάσσει την αποκατάσταση της ζημίας, πλέον της συνήθους, που οποιοσδήποτε υφίσταται χάριν του δημοσίου συμφέροντος, όπως αυτό εκάστοτε προσδιορίζεται από τα αρμόδια όργανα της Πολιτείας, να ασκήσουν ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων αγωγή κατά του Ελληνικού Δημοσίου και να ζητήσουν την αποκατάσταση της ζημίας

¹¹⁴ Π. Παυλόπουλος, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου : Π. Κατά τους κανόνες του Δημοσίου Δικαίου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1989, σελ. 117.

¹¹⁵ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 20-21.

¹¹⁶ Η απόφαση αυτή εκδόθηκε επί αιτήσεως ακυρώσεως κατά της απόφασης του Υπουργού Δικαιοσύνης, με την οποία απερρίφθη το αίτημα του αιτούντος, να του χορηγηθεί άδεια, προκειμένου να επισπεύσει την αναγκαστική εκτέλεση επί ακινήτου του Ιρακινού Δημοσίου, κατ' επίκληση λόγων πολιτικών.

¹¹⁷ Η απόφαση αυτή παραπέμπει στις αποφάσεις: ΑΕΔ 6/2002, ΕΔΔΑ Καλογεροπούλου κατά Ελλάδος της 12.12.2002, ΕΔΔΑ MacElhinney κατά Ιρλανδίας της 21.11.2001 και Al Adsani κατά Μεγάλης Βρετανίας της 21.11.2001.

¹¹⁸ Βλ. και ΣτΕ 3669/2006.

που υπέστησαν από τις κυβερνητικές αυτές πράξεις¹¹⁹. Ο αιτών, στην περίπτωση αυτή, είναι δυνατόν να υποστεί ζημία από την άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης να του χορηγήσει άδεια για την επίσπευση αναγκαστικής εκτελέσεως εις βάρος του Ιρακινού Δημοσίου προς εξασφάλιση απαίτησής του, που έχει διαγνωσθεί δικαστικά με αμετάκλητη δικαστική απόφαση. Η πιο πάνω όμως άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης σκοπεί στη θεραπεία του δημοσίου συμφέροντος και, συγκεκριμένα, αφορά στις σχέσεις της Χώρας με το Ιράκ. Κατά συνέπεια, η ζημία που προκαλείται σε ένα συγκεκριμένο πρόσωπο, δηλαδή στον αιτούντα, από την άρνηση αυτή του Υπουργού Δικαιοσύνης, εφόσον η αποκατάστασή της δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου, δεν πρέπει να επιρριφθεί αποκλειστικά στον αιτούντα, αλλά στο κοινωνικό σύνολο, στην εξυπηρέτηση του οποίου αποβλέπει, κατά τα ανωτέρω, η άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης. Έτσι, οι πράξεις αυτές δύνανται να ελέγχονται στο πλαίσιο ασκήσεως αγωγής, δεδομένου ότι πρόκειται για έλεγχο παρεμπίπτοντα και δε θίγεται το κύρος τους.

¹¹⁹ *Ε. Πρεβεδούρου*, Το διοικητικό δίκαιο παραμένει προεχόντως «νομολογιακό»; Εξελίξεις στο καθεστώς της αστικής ευθύνης του Δημοσίου (Παρατηρήσεις επί της ΣτΕ Ολ. 1501/2014), ΘΠΔΔ 2014, σελ. 406.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Με την παρούσα μελέτη, επιχειρήθηκε να σκιαγραφηθεί το πλαίσιο εντός του οποίου δύναται να κινηθεί ο διοικητικός δικαστής ουσίας κατά την εκδίκαση των ενδίκων βοηθημάτων της προσφυγής και της αγωγής, καταγράφοντας τα όρια της εξουσίας του και την έκταση της δικαιοδοτικής του λειτουργίας, όπως αυτά προσδιορίζονται από τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και το σχετικό διάλογο θεωρίας και νομολογίας, αφού έγινε προηγουμένως μια σύντομη παρουσίαση της διακρίσεως ουσιαστικών και ακυρωτικών διαφορών και παρουσιάστηκαν επιστημονικές σκέψεις που έχουν διατυπωθεί πάνω στον εν λόγω διαχωρισμό. Παρατηρούμε πως παρά την ενσωμάτωση των νομοθετικών κανόνων σε δύο άρθρα του ως άνω Κώδικα, τα εν λόγω ζητήματα δεν είναι ανεπίδεκτα πολλαπλών αναλύσεων και προβληματισμών. Η κατηγορία των διοικητικών διαφορών ουσίας δεν αντιμετωπίζεται στο δικονομικό μας σύστημα κατά τρόπο ενιαίο αλλά έχουν ουσιαστικά διαμορφωθεί, από την έναρξη ισχύς του νόμου 3900/2010, δύο δικονομίες, των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών από τη μία και των υπολοίπων διαφορών ουσίας από την άλλη. Η ανάγκη ταχείας επίλυσης της πρώτης κατηγορίας, σε συνδυασμό με τη δημοσιονομική αστάθεια της χώρας οδήγησε στον περαιτέρω διαχωρισμό των διαφορών ουσίας, εγείρονται ωστόσο προβληματισμοί για το κατά πόσον η διαφοροποίηση αυτή είναι αναγκαία για την επίτευξη του στόχου της ταχύτερης και αποτελεσματικότερης απονομής της δικαιοσύνης.

Το πιο σημαντικό ζήτημα που επιχειρήθηκε να αναδειχθεί μέσα από την εκπόνηση της παρούσας μελέτης είναι πως ο διοικητικός δικαστής ουσίας έχει μεν στην ευχέρεια του περισσότερες εξουσίες συγκριτικά με τον ακυρωτικό, παρά τη σχετικοποίηση της σχετικής διακρίσεως στο εσωτερικό της διοικητικής δικαιοσύνης, τόσο ως προς τους λόγους που δύναται να εξετάσει όσο και ως προς το περιεχόμενο της απόφασής τους, αφού αφενός εξετάζει όχι μόνο λόγους νομιμότητας αλλά περαιτέρω και λόγους ουσίας της προσβαλλόμενης πράξης και αφετέρου δύναται όχι μόνο να την ακυρώσει αλλά και να την τροποποιήσει. Ωστόσο, ο διοικητικός δικαστής ουσίας, όσο ευρεία και να είναι η έκταση της εξουσίας του, δεν πρέπει να αναλαμβάνει χρέη «ενεργού διοικήσεως»¹²⁰ και δεν μπορεί να υποκαταστήσει το στάδιο διοικητικής κρίσεως, πέρα από ρητές και περιορισμένες εξαιρέσεις και προς όφελος προεχόντως της έννομης προστασίας του

¹²⁰ Σπ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 11.

προσφεύγοντος. Επιπλέον, κατά τη γνώμη τη γράφουσας, ο περιορισμός του αυτεπάγγελτου ελέγχου που πραγματοποιήθηκε στις φορολογικές και τελωνειακές υποθέσεις με νομοθετικές διατάξεις, και συνεχίζει να πραγματοποιείται με τα σχετικά πορίσματα της νομολογίας, δε θα πρέπει να αποτελέσει το έναυσμα για περαιτέρω και αντίστοιχο περιορισμό και στις λοιπές διαφορές ουσίας με ratio την ταχύτερη απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης, δεδομένου ότι ο δικαστής πρέπει να έχει το ρόλο του κύριου υπερασπιστή της αρχής νομιμότητας. Αντιστοίχως, η τάση ενίσχυσης των εξουσιών επέμβασης του δικαστή στο έργο της διοικήσεως (που συνιστά την έτερη διαφοροποίηση των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών) πρέπει να γίνεται με φειδώ, δεδομένης της επακολουθούμενης αντίστοιχης χαλάρωσης των απαγορεύσεων που απορρέουν από τη θεμελιώδη για το Κράτος Δικαίου αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Βλαχόπουλος Σπ., Η συνταγματική κατοχύρωση της αιτήσεως ακυρώσεως, σε: Συμβούλιο της Επικρατείας, επιμέλεια Χ. Χρυσανθάκης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.

Γέροντας Απ., Η πρόσφατη μεταρρύθμιση της διοικητικής δικαιοσύνης (ν. 3900/2010), ΕφημΔΔ 2011, σελ. 370 επ.

Γιαννακόπουλος Κ., Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις ΣτΕ Β' 693/2011, ΣτΕ Στ' 1620/2011, ΣτΕ Α' 2094/2011, ΕφημΔΔ 2012, σελ. 100 επ.

Γιαννακόπουλος Κ., Το σύστημα απονομής διοικητικής δικαιοσύνης κατά το Σύνταγμα (σκέψεις με αφορμή τη διαδικασία νέας συνταγματικής αναθεώρησης), ΕφημΔΔ 5/2006, σελ. 554 επ.

Γιαννακόπουλος Κ., Προς έναν γενικό περιορισμό του παρεμπίπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων; Σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 764/2006, ΕφημΔΔ 2/2006, σελ. 186 επ.

Γώγος Κ., Η δικαστική προσβολή παραλείψεων της διοίκησης, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2005.

Δαγτόγλου Π.Δ., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Έκτη Έκδοση, 2014.

Δαγτόγλου Π.Δ., Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2012.

Δελλής Γ., Η Διοικητική Δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013.

Δετσαρίδης Χ., Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του ν. 3900/2010 που ρυθμίζουν τις φορολογικές διαφορές (οι τροποποιήσεις των άρθρων 6, 79, 277 ΚΔΔ), ΕφημΔΔ, 3/2011, σελ. 407 επ.

Δρόσος Γ., Η κρίση της οικονομίας και η κρίση του δικαστή, ΕφημΔΔ 1/2015, σελ. 15 επ.

Ευστρατίου Π. – Μ., Η δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων ενόψει της αναθεώρησης του Συντάγματος, ΔιΔικ 15/2003, σελ. 303 επ.

Κατσιγιαννης Φ., Η αντίληψη για μια άλλη Διοικητική Δικαιοσύνη, εναρμονισμένη με τις θεμελιώδεις απαιτήσεις της κοινωνίας των πολιτών, είναι ζήτημα δομικών αλλαγών, ΕφημΔΔ, 4/2010, σελ. 510 επ.

Κουβαράς Ηλ., Η απαγόρευση έκδοσης δικαστικών διαταγών προς τη διοίκηση: Ένα αναχρονιστικό ταμπού προς επαναδιαπραγμάτευση, ΘΠΔΔ 7/2015, σελ. 639 επ.

Κουβαράς Ηλ., Η απαγόρευση υποκατάστασης του δικαστή στο έργο της Διοίκησης ως είδωλο της διοικητικής δικαιοσύνης, δημοσίευση στον ιστότοπο www.constitutionalism.gr.

Λαζαράτος Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Νομική Βιβλιοθήκη, Έκδοση 3η, 2018.

Λαζαράτος Π., Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ 8-9/2013, σελ. 686

Λαζαράτος Π., Η δυνατότητα τροποποίησης της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξεως, ΔιΔικ 1996, σελ. 607

Μέντης Γρ., Το διαχρονικό δίκαιο στη φορολογική διαδικασία και στις φορολογικές κυρώσεις - Ερμηνευτική προσέγγιση στις μεταβατικές διατάξεις του ΚΦΔ και του Ν 4337/2015, ΘΠΔΔ 10/2015, σελ. 897 επ.

Μέντης Γρ., Η εξουσία του Δικαστηρίου για τον έλεγχο της νομικής πλημμελείας και την εφαρμογή της επεικεστέρας διατάξεως στις φορολογικές διαφορές. Η περίπτωση της παράβασης της λήψης και καταχώρισης εικονικού τιμολογίου με αφορμή την ΣτΕ 1545/2016, ΔιΔικ 6/2016, σελ. 801 επ.

Μουζουράκη Π., Σχόλιο στη ΣτΕ Ολ 3319/2010, ΕφημΔΔ, 5/2010, σελ. 622 επ.

Μουζουράκη Π., Όψεις του ανακριτικού και του συζητητικού συστήματος στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΔιΔικ 17/2005, σελ. 1416 επ.

Μουκίου Χρ., Η εξουσία του Διοικητικού Δικαστή Ουσίας προς υποκατάσταση στην ουσιαστική περί πραγμάτων κρίση του διοικητικού οργάνου, ΕΔΚΑ 2004, σελ. 641 επ.

Μουκίου Χρ., Η « Σιωπή» της Διοίκησης, Προς ένα de lege ferenda διοικητικό δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003.

Πανταζόπουλος Π., Η αναδρομική εφαρμογή της ευνοϊκότερης κύρωσης στο πεδίο των φορολογικών κυρώσεων (Παρατηρήσεις επί της ΣτΕ 1438/2018), ΘΠΔΔ 2018, σελ. 747 επ.

Παπαδοπούλου Μ., Ζητήματα ακυρωτικού ελέγχου της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων: ελευθερία του νομοθέτη, ευχέρεια της Διοίκησης και ακυρωτικός έλεγχος του δικαστή» σε «Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας, 75 χρόνια, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004.

Παπανικολάου Κ., Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, σε «Θεμελιώδη Δικαιώματα», επιμέλεια Σπ. Βλαχόπουλος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017.

Παυλόπουλος Π., Η αστική ευθύνη του Δημοσίου : II. Κατά τους κανόνες του Δημοσίου Δικαίου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1989.

Παυλόπουλος Π., Η συνταγματική κατοχύρωση της αιτήσεως ακυρώσεως – Μια σύγχρονη έποψη του Κράτους Δικαίου, 1982.

Πικραμμένος Π., Δημόσιο δίκαιο σε έκτακτες συνθήκες από την οπτική της ακυρωτικής διοικητικής διαδικασίας, ΘΠΔΔ 2/2012, σελ. 97 επ.

Πρεβεδούρου Ε., Το διοικητικό δίκαιο παραμένει προεχόντως «νομολογιακό»; Εξελίξεις στο καθεστώς της αστικής ευθύνης του Δημοσίου (Παρατηρήσεις επί της ΣτΕ Ολ. 1501/2014), ΘΠΔΔ 2014, σελ. 405 επ.

Πρεβεδούρου Ε., Οι πρόσφατες μεταρρυθμίσεις του συστήματος της γαλλικής διοικητικής δικαιοσύνης – Σύγκριση με τις τροποποιήσεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΔτΑ 42/2009, σελ. 443 επ.

Ράικος Α., Διαθετική αρχή και διοικητική δίκη, ΔιΔικ 5/2009, σελ. 1089 επ.

Ράικος Α., Δημόσιας Διοίκηση και Διαφθορά, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2006.

Σακελλαροπούλου Αικ., Βήματα εξέλιξης του ακυρωτικού ελέγχου, ΕφημΔΔ 2/2017, σελ. 149 επ.

Σκουρής Β., Διοικητικό δικονομικό δίκαιο Ι, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1996.

Σοϊλεντάκης Ν., Προβληματισμοί από τον Ν. 3900/2010, ΘΠΔΔ 1/2012, σελ. 92 επ.

Σπαχής Οδ., Η αυτεπάγγελτη εξέταση των νομικών πλημμελειών της προσβαλλόμενης πράξης από το δικαστή, ΔιΔικ 2010, σελ. 1342 επ.

Σπηλιωτόπουλος Ε., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος ΙΙ, 14η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011.

Συμεωνίδης Ι., Η ανάγκη ενός ενιαίου Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΘΠΔΔ 3/2018, σελ. 193 επ.

Συμεωνίδης Ι., Νέες δομές στη διοικητική δικαιοσύνη και αναθεώρηση των άρθρων 94 και 95 του Συντάγματος, ΘΠΔΔ 8-9/2015, σελ. 702 επ.

Συμεωνίδης Ι., Οι πρόσφατες μεταρρυθμίσεις στη διοικητική δικαιοσύνη και ο διάλογος που έχει ανοίξει για μια νέα πορεία του κλάδου, ΕδημΔΔ 3/2011, σελ. 384 επ.

Συμεωνίδης Ι., Η αναβάθμιση του ρόλου του διοικητικού δικαστή στη μεταμοντέρνα εποχή, η αδυναμία ανταπόκρισης της διοίκησης και η ανάγκη ενός άλλου διαλόγου με το νομοθέτη, ΕφημΔΔ 3/2010, σελ. 386 επ.

Ταμιωλάκη Ν., Ο νόμος 3900/2010: Η διοικητική δικαιοσύνη in vitro, ΕφημΔΔ 3/2011, σελ. 394 επ.

Τσαμπάση Α., Το δίκαιο της αστικής ευθύνης του δημοσίου ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων – Γενική επισκόπηση, ΘΠΔΔ, 5/2008, σελ. 523 επ.

Χατζητζανής Ν., «Κώδιξ Διοικητικής Δικονομίας, Ερμηνεία Κατ' άρθρον», Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2004.

Χρυσανθάκης Χ., Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016.

Χρυσανθάκης Χ., Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη: Ο Ν. 3900/2020: Μια «ανοιχτή» επιστολή προς την Πολιτεία, ΘΠΔΔ 12/2010, σελ. 1321 επ.