

## Η αρχή της αναλογικότητας ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης

της *Κασσιανής Μανωλάκογλου*  
Φοιτήτριας ΜΠΣ Δημοσίου Δικαίου Α.Π.Θ.

**Περίληψη:** Η αναγωγή της αναλογικότητας σε κανόνα δικαίου μπορεί να καταλήξει στην εκφορά κρίσεων σκοπιμότητας υπό το μανδύα του ελέγχου νομιμότητας των πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, κίνδυνος που οδήγησε τον ακυρωτικό δικαστή να εξαντλήσει το περιεχόμενο της σε επιταγές διαδικαστικού περιεχόμενου, απομειώνοντας την εγγυητική της λειτουργία. Η αναλογικότητα αποκτά νόημα και δυναμική μόνο ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου εφόσον επιτρέπει μία θεμιτή διεύρυνση του βεληνεκούς του προκειμένου να καταλάβει έναν οριακό *in concreto* έλεγχο των ουσιαστικών και αξιολογικών κρίσεων της διοίκησης. Με αυτήν την προσέγγιση ο ακυρωτικός δικαστής θα απαλλαγεί από το σισύφειο καθήκον αναζήτησης της ουσιαστικά ορθής κρίσης και θα μπορέσει να ανταποκριθεί στο ρόλο του ως εγγυητή των δικαιωμάτων των διοικουμένων.

### I. Εισαγωγή

#### 1. Υπόθεση Εργασίας

Από τη «γενέθλια» απόφαση του ΣτΕ<sup>1</sup> έως τη συνταγματική της κατοχύρωση στο άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, η αρχή της αναλογικότητας απασχόλησε επιστήμη και νομολογία ως προς την καταγωγή, τη φύση και τη λειτουργία της στην έννομη τάξη. Η διατύπωση μίας καθολικής και συνεκτικής θεωρίας για την αναλογικότητα, η οποία να καλύπτει όλες τις εκφάνσεις και εφαρμογές της δεν φαίνεται μέχρι σήμερα να έχει καταστεί εφικτή.

Γενική αρχή του δικαίου<sup>2</sup>, ανοικτή αρχή<sup>3</sup>, διαδικαστικός κανόνας<sup>4</sup>, κανόνας ουσιαστικού δικαίου<sup>5</sup> δικαιοϊκή σταθερά (standard)<sup>6</sup> ή

---

<sup>1</sup> ΣτΕ 2112/1984, Αρμ. 1984, σ.904

<sup>2</sup> Βλ. Δημ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Η αρχή της αναλογικότητας στο δημόσιο δίκαιο, Θεσσαλονίκη 1989, G. Gerapetritis, Proportionality in Administrative Law, Athens-Komotini 1997, E. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστοι και Τεχνικές Έννοιες στο Δημόσιο Δίκαιο, Θεσσαλονίκη 1997, σ. 67.

<sup>3</sup> Βλ. Β. Βουτσάκη, Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου σε Όψεις του Κράτους Δικαίου, 1990, σ. 226.

<sup>4</sup> Βλ. E. Βενιζέλου, Το αναθεωρητικό κεκτημένο, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σ. 139.

ερμηνευτικό κριτήριο<sup>7</sup> αποτελούν νομικές κατηγορίες που διεκδικούν να εντάξουν την αναλογικότητας στο εννοιολογικό τους πεδίο, ωστόσο η διείσδυση της αρχής σε όλο και περισσότερους τομείς του δικαίου και η επίκληση της, όχι μόνο κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων αλλά και κατά το δικαστικό έλεγχο της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης και τον αναιρετικό έλεγχο των δικαστικών αποφάσεων, δυσχεραίνουν τη διαδικασία αποσαφήνισης του περιεχομένου και της λειτουργίας της.

Ο περιορισμός του αντικειμένου της εργασίας σε συγκεκριμένο πεδίο του δικαστικού ελέγχου αναλογικότητας είναι κατά τη γνώμη μας απαραίτητος πριν επιχειρηθεί μία συνολική θεώρηση της αρχής, για το λόγο αυτό η παρούσα επικεντρώνεται στο ζήτημα του δικαστικού ελέγχου των ατομικών πράξεων της διοίκησης. Η κατανόηση του θέματος προϋποθέτει την προσέγγισή του διαμέσου τριών καίριων προβληματισμών, οι οποίοι συνάπτονται με το είδος, το εύρος και την ένταση του ελέγχου αναλογικότητας:

1. Τη λυσιτέλεια της συναγωγής συγκεκριμένου περιεχομένου κανονιστικών δεσμεύσεων από την αρχή της αναλογικότητας και το είδος τους ως διαδικαστικών ή ουσιαστικών.

2. Τον εντοπισμό του αποδέκτη της ενδεχόμενης κανονιστικής επιταγής μεταξύ διοίκησης και δικαστή

3. Το είδος του ελέγχου της αναλογικότητας διοικητικής πράξης ως ελέγχου νομιμότητας ή ελέγχου ουσίας.

## 2. Οι θεωρητικές αφετηρίες

Η αναλογικότητα ως ιδέα παραπέμπει στις έννοιες το μέτρον, του ορθολογισμού και της ισορροπίας και μπορεί να εξειδικευθεί ως μία επιταγή για λελογισμένη χρήση κάθε εξουσίας<sup>8</sup>. Η τήρηση του μέτρον και της ισορροπίας δεν εμφανίζονται ως αξιολογικά ουδέτερες, εγγενείς απαιτήσεις κάθε λογικού συστήματος, όπως και αυτού της έννομης τάξης αλλά αναπαριστούν μία θεμελιώδη επιδίωξη της οργανωμένης

---

<sup>5</sup> Βλ. *Κ. Μπέη*, Η αρχή της Αναλογικότητας και η Προνομακή Ικανοποίηση των Δανειστών κατά την Πολιτική Δικονομία, ΔτΑ ΤεΣ IV/2006, σ. 14.

<sup>6</sup> Βλ. *Α. Μανιτάκη*, Η πολυσήμαντη επιστροφή του Κράτους Δικαίου σε Όψεις του Κράτους Δικαίου, 1990 σελ. 59, *Κ. Στρατηλάτη*, Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 3/2001, σ. 524, *Ι. Συμεωνίδη*, Η αναβάθμιση του ρόλου του διοικητικού δικαστή στη μεταμοντέρνα εποχή, η αδυναμία ανταπόκρισης της διοίκησης και η ανάγκη ενός άλλου διαλόγου με το νομοθέτη, ΕΔΔ 3/2010, σελ. 391.

<sup>7</sup> Βλ. *Γ. Μητσόπουλου*, «Τριτενέργεια» και «Αναλογικότητα», ΔτΑ 15/2005 σ. 648 επ., ο οποίος υποστηρίζει ότι με τη νέα διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1 του αναθεωρημένου Σ. ο νομοθέτης παραισέφησε στα έργα της νομικής επιστήμης και νομολογίας.

<sup>8</sup> *Α. Μανιτάκη*, Κράτος Δικαίου και έλεγχος Συνταγματικότητας των Νόμων, Θεσσαλονίκη 1994, σ. 288.

κοινωνικής συμβίωσης για ουσιαστική δικαιοσύνη<sup>9</sup> Ωστόσο μένει να αποδειχθεί εάν η πρόσληψη του δικαστή σχετικά με την αρχή καταλαμβάνει στο νοηματικό της πεδίο αυτήν την ιδέα.

Η αναλογικότητα παρά τη νομολογιακή της επεξεργασία και τη συνταγματική της κατοχύρωση συνιστά μία αόριστη νομική έννοια. Η εξειδίκευση και αποτύπωση των τριών σταδίων του ελέγχου της αναλογικότητας δηλαδή ο έλεγχος της καταλληλότητας, της αναγκαιότητας και της *stricto sensu* αναλογικότητας, περισσότερο διαγράφουν την κλιμάκωση μίας διαδικασίας παρά προσδιορίζουν εννοιολογικά το βάθος<sup>10</sup> της έννοιας. Εξάλλου και οι έννοιες της καταλληλότητας, της αναγκαιότητας και της εν στενή έννοια αναλογικότητας χαρακτηρίζονται από ασάφεια και απροσδιοριστία και εξειδικεύονται μόνο μέσω αξιολογήσεων που εκφέρονται ενόψει συγκεκριμένης περίπτωσης. Η διαπίστωση αυτή είναι σημαντική και δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής μας η ταυτολογία στην οποία περιπίπτει η νομολογία όταν επιχειρεί αφηρημένα να ορίσει τις απαιτήσεις της αρχής<sup>11</sup>.

Κοινό τόπο αποτελεί η παραδοχή της ενεργοποίησης της αρχής για την εξισορρόπηση συγκρούσεων που εκδηλώνονται μεταξύ εννόμων αγαθών που χαίρουν συνταγματικής προστασίας. Με δεδομένη εξάλλου την αντικειμενικοποίηση των ατομικών δικαιωμάτων δηλαδή την πρόσληψη αυτών όχι αποκλειστικά ως δικαιωμάτων του υποκειμένου αλλά και ως κανόνων του αντικειμενικού δικαίου και ως θεμελιωδών αρχών, που συγκροτούν, μαζί με τα κοινωνικά δικαιώματα, ένα σύστημα σκοπών που καθοδηγεί κάθε κρατική δράση, ανανοηματοδοτώντας την έννοια του δημοσίου συμφέροντος, είναι λογικό μεγάλος αριθμός διοικητικών διαφορών να επιλύονται με αναγωγή στο Σύνταγμα. Τέτοιου είδους αντίρροπες δυνάμεις καλείται να διευθετήσει η αρχή, λειτουργώντας ως όριο της πολιτικής εξουσίας του νομοθέτη, της

---

<sup>9</sup> Α. Μανιτάκη, ό.π. Κράτος Δικαίου..., σ. 176 επ.

<sup>10</sup> Για το βάθος και το πλάτος των αόριστων εννοιών βλ. Απόστολου Παπαλάμπρου, Αι αόριστες έννοιες και ο έλεγχος της νομιμότητας, ΕΔΔ 1966, σ. 341, Κ. Μπέη, Δεοντικές (νομικές) και οντολογικές (εμπειρικές) έννοιες στην αναιρετική διαδικασία του Αρείου Πάγου (Το δίκαιο υπό το φως της γνωσιολογίας), Δ. 2009, Δ. Γιακουμή, Οι αόριστες έννοιες, η διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως αόριστη νομική έννοια, η εξειδίκευσή της και η δυνατότητα αναιρετικού ελέγχου υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, Δ. 2005, σ. 48, Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου Αόριστες..., ό.π.

<sup>11</sup> Χαρακτηριστικό παράδειγμα η απόφαση του ΣτΕ 1249/2010 σύμφωνα με την οποία «οι νομίμως επιβαλλόμενοι περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να πληρούν τα ακόλουθα τρία κριτήρια, να είναι α) κατάλληλοι, ήτοι πρόσφοροι για την πραγμάτωση του επιδιωκόμενου σκοπού, β) αναγκαίοι, ήτοι να συνιστούν μέτρο το οποίο, σε σχέση με άλλα μέτρα που μπορεί να ληφθούν, επάγεται τον ελάχιστο δυνατό περιορισμό για τον ιδιώτη ή το κοινό, και γ) εν στενή έννοια αναλογικοί, να τελούν δηλαδή σε εύλογη σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην υπολείπεται της βλάβης που προκαλούν».

διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης και της ερμηνευτικής εξουσίας του δικαστή με σκοπό τη διαφύλαξη της κανονιστικής ποιότητας και της τυπικής υπεροχής του Συντάγματος.

## **II. Ο δικαστικός έλεγχος της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης υπό το πρίσμα της νομολογίας**

Ως διακριτική ευχέρεια καταρχήν ορίζεται «η νομική δυνατότητα της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πως της διοικητικής δράσης<sup>12</sup>». Το γεγονός ότι η διοίκηση κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας κινείται σε ένα πλαίσιο αραιής κανονιστικότητας δε συνεπάγεται την αποδέσμευση της από το δίκαιο. Εξάλλου αυτή η ελευθερία επιλογών μπορεί να συνεπάγεται απειλές για τα δικαιώματα των διοικουμένων, για αυτό η άσκηση της περιβάλλεται από διαδικαστικές εγγυήσεις και υπόκειται σε έλεγχο ακραίων ορίων.

Σύμφωνα με τη νομολογία από τον έλεγχο της αναλογικότητας αποκλείονται οι πράξεις της διοίκησης που εκδίδονται κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας<sup>13</sup>. Εφόσον δηλαδή το διοικητικό όργανο εκδίδει πράξη δεσμευόμενο απολύτως, ως προς το χρόνο έκδοσης και το περιεχόμενό της από το νομοθέτη, η υποχρέωση τήρησης της αρχής μετατίθεται στη σφαίρα της ευθύνης του τελευταίου και ο έλεγχος επικεντρώνεται στη συνταγματικότητα των εφαρμοζόμενων διατάξεων.<sup>14</sup> Του συγκεκριμένου ελέγχου εξαιρούνται και πράξεις διακριτικής ευχέρειας όπως λ.χ. οι προσλήψεις και προαγωγές των δημοσίων υπαλλήλων, οι οποίες δεν επιλύονται με επίκληση της συγκεκριμένης αρχής.

Προνομιακά πεδία εφαρμογής της αρχής στον τομέα του διοικητικού δικαίου αποτελούν οι διοικητικές πράξεις που συνεπάγονται στερήσεις και περιορισμούς στο δικαίωμα στην ιδιοκτησία (I), οι πράξεις επιβολής διοικητικών κυρώσεων (II) και οι πράξεις ανάκλησης παράνομων επωφελών διοικητικών πράξεων (III).

### **1. Απαλλοτριώσεις**

Η κήρυξη αναγκαστικής απαλλοτρίωσης αποτελεί επέμβαση στον πυρήνα του δικαιώματος στην ιδιοκτησία για το λόγο αυτό οι προϋποθέσεις συντέλεσης της ρυθμίζονται από τον ίδιο το συνταγματικό νομοθέτη (α. 17 παρ. 2 επ. Σ). Οι δικαστικές υποθέσεις που αφορούν τον έλεγχο πράξεων κήρυξης αναγκαστικής απαλλοτρίωσης επιλύονται γύρω

---

<sup>12</sup> Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191, Ε. Σπηλιωτόπουλου, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος I, Αθήνα-Κομοτηνή 2007, σ. 162.

<sup>13</sup> ΣτΕ 796/2009, 398/2003.

<sup>14</sup> ΣτΕ 1404/2002, Κ. Γώγου, Πτυχές του ελέγχου αναλογικότητας, ΔτΑ ΤεΣ III/2005, σ. 314.

από τη σύγκρουση του ατομικού δικαιώματος στην ιδιοκτησία με τον εξαγγελλλόμενο κάθε φορά σκοπό δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος μπορεί να ανάγεται στην παροχή υγειονομικής περίθαλψης (λ.χ. κατασκευή νοσοκομείου), στην εκπαίδευση (λ.χ. κατασκευή σχολικού κτιρίου), στις υποδομές (ανάπτυξη οδικού δικτύου) κ.λ.π. Μολονότι στον τομέα αυτό η διοίκηση απολαμβάνει ευρείας ευχέρειας επιλογών, η δικαιοσύνη από νωρίς αναγνώρισε την ανάγκη περιβολής της διαδικασίας με αυξημένες εγγυήσεις, ώστε να διασφαλίζεται μία εύλογη σχέση, μία δίκαιη ισορροπία μεταξύ των συμφερόντων του θιγόμενου ιδιώτη και του δημοσίου συμφέροντος.

Υπό το φως λοιπόν των εμπλεκόμενων συνταγματικών διατάξεων, πέραν της υποχρέωσης καταβολής αποζημίωσης, η διοίκηση οφείλει να μεριμνά για την «εξεύρεση ιδίων καταλλήλων ακινήτων του υπέρ ού η απαλλοτρίωση ή την κατόπιν διαπραγματεύσεων απ' ευθείας αγορά αυτών» και υποχρεούται «να αιτιολογεί, εν όψει των υφισταμένων στη συγκεκριμένη περιοχή συνθηκών, αφενός την ανάγκη προσφυγής στο επαχθές μέτρο της αναγκαστικής απαλλοτριώσεως για την ικανοποίηση του ως άνω σκοπού, αφετέρου δε και την γενομένη τελικώς επιλογή, ως καταλληλοτέρου, του απαλλοτριούμενου ακινήτου»<sup>15</sup>

Τη νομολογία έχει απασχολήσει επανειλημμένα και η περίπτωση επανακήρυξης ρυμοτομικής απαλλοτριώσεως, μετά από δικαστική ακύρωση της παράλειψης της διοίκησης να ανακαλέσει προηγούμενη ρυμοτομική απαλλοτρίωση επί του ίδιου ακινήτου, λόγω μη συντέλεσης της εντός ευλόγου χρόνου, ζήτημα στο οποίο εμπλέκεται και το δικαίωμα παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (α. 20 του Σ.) όπως αυτό εξειδικεύεται με την υποχρέωση των διοικητικών αρχών να συμμορφώνονται στις ακυρωτικές αποφάσεις (α. 95 του Σ). Για τη δίκαιη στάθμιση μεταξύ των ως άνω δικαιωμάτων του θιγόμενου ιδιοκτήτη με τη συνταγματικής περιωπής επιταγή για ορθολογικό πολεοδομικό σχεδιασμό και εξασφάλιση των βέλτιστων όρων διαβίωσης, ο ακυρωτικός δικαστής έθεσε δύο προϋποθέσεις που οριοθετούν την ευχέρεια επιλογών της διοίκησης κατά τον πολεοδομικό σχεδιασμό. Σύμφωνα με αυτές η ύπαρξη πρόθεσης και δυνατότητας για την άμεση κατά νόμο συντέλεση της νέας απαλλοτριώσεως, με την καταβολή της οφειλόμενης αποζημίωσης, η οποία αποδεικνύεται με τη δεσμεύση ικανού κονδυλίου στον προϋπολογισμό του ενδιαφερόμενου φορέα και η συνδρομή σοβαρής πολεοδομικής ανάγκης πρέπει να ερευνώνται από το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα και η σχετική κρίση πρέπει να έχει πλήρη και ειδική αιτιολογία.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> ΣτΕ 1129/2003.

<sup>16</sup> ΣτΕ 3935/2006, ΣτΕ 3731/2005.

## **2. Διοικητικές Κυρώσεις.**

Στις αιτιάσεις των διοικουμένων που εδράζονται στην παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας λόγω της βαρύτητας της επιβληθείσας κύρωσης ο ακυρωτικός δικαστής ανταποκρίνεται με μία συγκεκριμένη επιχειρηματολογία, η οποία παγίως επικεντρώνεται στην διαδικασία που τηρήθηκε κατά την επιμέτρηση της ποινής. Εφόσον η διοικητική αρχή προσέδωσε τη δέουσα σημασία και εξέτασε τη βαρύτητα της παράβασης, την ενδεχόμενη υποτροπή του διοικουμένου και τις συνθήκες τέλεσης της πράξης, μεριμνώντας να αιτιολογήσει ειδικά την κρίση της, ο σχετικός ακυρωτικός λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.<sup>17</sup> Τα σχετικά κριτήρια επιμέτρησης της κύρωσης μπορεί να προβλέπονται από το νομοθέτη<sup>18</sup> ή να συνάγονται από τον ίδιο το δικαστή κατά την ερμηνευτική διαδικασία της κείμενης νομοθεσίας «ενόψει της αρχής της αναλογικότητας»<sup>19</sup>.

## **3. Ανάκληση επωφελών παράνομων διοικητικών πράξεων.**

Η ανάκληση των διοικητικών πράξεων διέπεται κατά τη νομολογία από δύο θεμελιώδεις και συνταγματικής περιωπής αρχές: Την αρχή της νομιμότητας και την αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Σύνθεση των συγκεκριμένων αρχών -οι οποίες «δε βαίνουν παράλληλα αλλά άγουν σε αντίθετες κατευθύνσεις»<sup>20</sup>- ενόψει και της αρχής της αναλογικότητας αποτελούν οι γενικές αρχές περί ανάκλησης των διοικητικών πράξεων. Αν παρακάμψουμε προς το παρόν το ζήτημα του εύλογου χρόνου (όπως αυτός έχει καταρχήν οριστεί από το νομοθέτη στα όρια της πενταετίας με το άρθρο μόνον του α.ν. 261/1968), το οποίο θα μας απασχολήσει αμέσως παρακάτω, η διοικητική αρχή, κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, οφείλει να αιτιολογεί ειδικά την κρίση της για τη συνδρομή λόγων που θεμελιώνουν την ανάκληση όπως η δόλια συμπεριφορά του διοικουμένου ή η αντίθεση της πράξης στη δημόσια τάξη ή το δημόσιο συμφέρον<sup>21</sup>, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι η ανάκληση, ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών παραμέτρων της υπόθεσης, δεν προκαλεί στο θιγόμενο βλάβη, δυσανάλογα μεγαλύτερη από το όφελος για το δημόσιο συμφέρον.

## **III. Διαδικαστικές και ουσιαστικές απαιτήσεις της αρχής της αναλογικότητας υπό το πρίσμα της νομολογίας**

---

<sup>17</sup> ΣτΕ 514/2008, ΣτΕ 3070/2007.

<sup>18</sup> ΣτΕ 1404/2002.

<sup>19</sup> ΣτΕ 4024/1990.

<sup>20</sup> ΣτΕ 1501/2008.

<sup>21</sup> *Ε. Σπηλιωτόπουλου*, *Εγχειρίδιο...*, ό.π., σ. 195.

Από την ανάγνωση της νομολογίας αβίαστα εξάγεται το συμπέρασμα ότι ο ακυρωτικός δικαστής διστάζει να προβεί σε *in concreto* έλεγχο της αναλογικότητας, δηλαδή της προσφορότητας, αναγκαιότητας και της εν στενή εννοία αναλογικότητας της διοικητικής πράξης. Αντίθετα αυτοπεριορίζεται στην έρευνα της εκ πλαγίου παράβασης νόμου δηλαδή στον έλεγχο της πληρότητας της νομικής και πραγματικής θεμελίωσης της επιλογής της διοίκησης .

Κατά το στάδιο της κατάστροφης του νομικού του συλλογισμού ο δικαστής φαίνεται να εκτιμά ότι από την αρχή της αναλογικότητας απορρέουν συγκεκριμένες ουσιαστικές δεσμεύσεις του αποφασίζοντος οργάνου. Όπως χαρακτηριστικά διαλαμβάνει η απόφαση του ΣτΕ 1129/2003 στη μείζονα πρόταση «η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει την επιδίωξη του δημοσίου σκοπού με τον ηπιότερο για τον διοικούμενο τρόπο...». Ομοίως το Ε.Σ. αποφάνθηκε ότι από την αρχή της αναλογικότητας συνάγεται η υποχρέωση των ελεγκτικών οργάνων να επιβάλλουν κύρωση που τελεί σε εύλογη σχέση με την διαπιστωθείσα παράβαση που διέπραξε ο διοικούμενος.<sup>22</sup> Η εκφορά των εν λόγω κανόνων εγείρει ενστάσεις λόγω της αοριστίας των εννοιών ηπιότερο μέσο και εύλογη σχέση, οι οποίες ως κατεξοχήν αξιολογικές, είναι ανοικτές σε πολλαπλές και ενδεχομένως αυθαίρετες ερμηνείες και αξιολογήσεις του εκάστοτε εφαρμοστή του δικαίου. Παρόλα αυτά και τα δύο Δικαστήρια φαίνεται να κλίνουν προς την άποψη -τουλάχιστον όσον αφορά τον έλεγχο των διοικητικών πράξεων- ότι η αναλογικότητα δεν αποτελεί μία τεχνική του δικαστικού ελέγχου ούτε εξαντλείται στην οριοθέτηση της αρμοδιότητας της διοίκησης αλλά αναπαριστά μία θεμελιώδη αξία, πρόσφορη να μετουσιωθεί ερμηνευτικά σε δεσμευτικό κανόνα που προσδιορίζει κατά περιεχόμενο την απόφαση κάθε πολιτειακού οργάνου. Ο κανόνας αυτός δεν αναφέρεται απλώς στο πώς αλλά ανάγεται στην ουσία της τελικώς επιλεγείσας λύσης και η τήρηση του αποτελεί προϋπόθεση της ουσιαστικής νομιμότητας της πράξης.

Θα μπορούσε να ισχυριστεί κανείς ότι η συναγωγή από την αναλογικότητα ενός κανόνα που επιβάλλει τη χρήση του ηπιότερου μέσου τελικά καταλήγει σε κατάργηση της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου και συρρίκνωσή της σε μία και μόνη νόμιμη λύση. Η άποψη αυτή ωστόσο αγνοεί τη στενή λειτουργική σχέση της διακριτικής ευχέρειας και των αορίστων εννοιών, λόγω της οποίας οι θεωρητικοί του διοικητικού δικαίου ορίζουν ως διακριτική ευχέρεια και την αρμοδιότητα του οργάνου να καθορίζει το περιεχόμενο μίας αόριστης αξιολογικής έννοιας<sup>23</sup>. «Διακριτική ευχέρεια και αόριστες έννοιες είναι λοιπόν

---

<sup>22</sup> Ε.Σ. Τμήμα Ι 2085/2007.

<sup>23</sup> Ε. Σπηλιωτόπουλου, ό.π., σ. 163, Π. Δαγτόγλου, ό.π., σ. 197.

ανταλλάξιμα μεγέθη υποκατηγορίες μίας ενιαίας διαπλαστικής ευχέρειας της διοίκησης»<sup>24</sup>

Δυσχερέστερο εμφανίζεται το ζήτημα του δικαστικού ελέγχου της εφαρμογής των συναγόμενων ενόψει της αναλογικότητας κανόνων στο βαθμό που φαίνεται να προϋποθέτουν την επανάληψη από το δικαστή όλων των κρίσιμων συλλογισμών, εκτιμήσεων και αξιολογήσεων που έγιναν από το διοικητικό όργανο. Στο πλαίσιο αυτό είναι απολύτως λογική η ένσταση του Β. Βουτσάκη ο οποίος μολονότι αποδέχεται ότι η αρχή της αναλογικότητας «διατυπώνει μία ουσιαστική απαίτηση»<sup>25</sup> ωστόσο αμφισβητεί τη δυνατότητα συναγωγής και οριοθέτησης του κανονιστικού της περιεχομένου. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει «Ποια θα ήταν η αξία ενός νομικού κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο η προστασία ενός έννομου αγαθού δεν πρέπει να θίξει υπέρμετρα ένα άλλο; Τι λογής συγκεκριμένες πληροφορίες για το περιεχόμενο της τελικής κρίσης θα μπορούσαν να συναχθούν;»<sup>26</sup>. Το ζήτημα περιπλέκεται ακόμη περισσότερο για το δικαστή και τίθεται όχι τόσο από άποψη φιλοσοφίας του δικαίου αλλά υπό το φως της διάκρισης των λειτουργιών, των δικονομικών του καταναγκασμών και της αποστολής του ως εγγυητή των συνταγματικών δικαιωμάτων.<sup>27</sup>

Από την αρχή της αναλογικότητας απορρέουν κατά τη νομολογία και συγκεκριμένες κατά περίπτωση διαδικαστικές δεσμεύσεις. Η διαδικαστική όψη της αρχής μεταθέτει το ενδιαφέρον από το περιεχόμενο της κρίσης του οργάνου στη διαδικασία του σχηματισμού της. Ο δικαστής φαίνεται να συναισθάνεται ότι εφόσον αδυνατεί δικονομικά να υπεισέλθει στις αξιολογήσεις και τις σταθμίσεις της διοίκησης και να ασκήσει *in concreto* έλεγχο των επιλογών της, οφείλει τουλάχιστον να δημιουργήσει ένα πλέγμα διαδικαστικών εγγυήσεων, πρόσφορων να διασφαλίσουν την τήρηση της αρχής. Οι εγγυήσεις αυτές μπορεί να προβλέπονται από τον ίδιο το νομοθέτη<sup>28</sup> ή να συνάγονται από το δικαστή<sup>29</sup> και οφείλουν να συνιστούν, κατά την εκτίμηση του, κριτήρια πρόσφορα και αντικειμενικά, κατευθυντήρια της άσκησης της αρμοδιότητας του οργάνου. Η διοίκηση ελέγχεται σχετικά με την προσοχή και τη βαρύτητα που προσέδωσε σε συγκεκριμένες παραμέτρους της υπόθεσης και οφείλει να αποκαλύψει τη διάρθρωση των συλλογισμών και των εκτιμήσεων της στην αιτιολογία της πράξης, η οποία με αυτόν τον τρόπο τίθεται στο επίκεντρο του ακυρωτικού

<sup>24</sup> Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστες..., ό.π., σ. 98.

<sup>25</sup> Β. Βουτσάκη, ό.π., σ. 228.

<sup>26</sup> Β. Βουτσάκη, ό.π., σ. 229.

<sup>27</sup> Για το ρόλο του δικαστή στη μεταμοντέρνα εποχή και τη διεύρυνση της έννοιας της νομιμότητας βλ. Α. Μανιτάκη, Ο Δικαστής Υπηρέτης του Νόμου ή Εγγυητής των Συνταγματικών Δικαιωμάτων και Μεσολαβητής Διαφορών, ΝοΒ 47, σ. 12.

<sup>28</sup> α. 16 παρ. 1 ν. 2644/1998, α. 4 παρ. 1 ν. 2328/1995.

<sup>29</sup> ΣτΕ 1129/2003, 3935/2006, 4024/1990.



ελέγχου.<sup>30</sup> Με βάση τα παραπάνω είναι ορθή η παρατήρηση ότι «η υποχρέωση τήρησης των ορίων της αρχής της αναλογικότητας σε μεγάλο βαθμό σημαίνει στην πράξη ιδιαίτερες και εκτεταμένες απαιτήσεις ως προς την αιτιολογία»<sup>31</sup>

Ως προς το σημείο αυτό είναι χαρακτηριστικός ο τρόπος με τον οποίο το ΣτΕ αντιπαρέρχεται τα παράπονα των διαδίκων που εδράζονται στην προσβολή της αρχής της αναλογικότητας: «η διοικητική κύρωση... βασιζόμενη στην αξιολογηθείσα βαρύτητα της αντισυμβατικής συμπεριφοράς της αιτούσας λόγω των περιστάσεων της επίδικης προμήθειας, αιτιολογείται πλήρως και επαρκώς»<sup>32</sup> ή «ο δε λόγος περί παραβίασεως της αρχής της αναλογικότητας και της υπερβάσεως των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αρχής, κατά την επιμέτρηση του προστίμου, είναι απορριπτέος, ενόψει της φύσεως και της βαρύτητας της διαπιστωθείσας παραβάσεως στην οποία η Αρχή νομίμως προσέδωσε ιδιαίτερη σημασία»<sup>33</sup>. Ακόμη χαρακτηριστικότερα σε υπόθεση επανεπιβολής ρυμοτομικής απαλλοτρίωσης το Δικαστήριο αφού αποφάνθηκε ότι η ευχέρεια της διοίκησης προϋποθέτει τη δέσμευση κονδυλίου για την καταβολή της αποζημίωσης και τη συνδρομή επιτακτικής πολεοδομικής ανάγκης, εναπόθεσε την ευθύνη της έρευνας της συνδρομής αυτών των προϋποθέσεων στον αποφασίζοντα Υπουργό του οποίου η κρίση οφείλει να είναι πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένη. Η συγκεκριμένη απόφαση κατέληξε ότι «υπό αυτά τα δεδομένα πάντως δεν παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας» κατά τη στάθμιση του δημοσίου συμφέροντος και των δικαιωμάτων του θιγόμενου ιδιοκτήτη<sup>34</sup>. Στο μέτρο που οι τύποι διασφαλίζουν την ουσία, η επιμονή του δικαστή της νομιμότητας να συνάγει κριτήρια και να θέτει προϋποθέσεις και όρους που ανάγονται στη διαδικασία λήψης των διοικητικών αποφάσεων, αποφεύγοντας τον *in concreto* έλεγχο των διοικητικών επιλογών, μας επιτρέπει να υποθέσουμε ότι αποδίδει στην αρχή ένα έστω αραιό κανονιστικό περιεχόμενο, το βάρος της τήρησής του όμως το μεταθέτει στους ώμους του αποφασίζοντος διοικητικού οργάνου.

Ωστόσο η συγκεκριμένη διαδικασία μπορεί να οδηγήσει σε ένα «δικανικό φαύλο κύκλο» στο βαθμό που τα κατευθυντήρια κριτήρια και οι διαδικαστικές απαιτήσεις της αρχής βρίθουν επίσης αξιολογικών εννοιών (λ.χ. βαρύτητα της παράβασης, συνθήκες τέλεσης, πολεοδομική

---

<sup>30</sup> Γ. Γεραπετρίτη, Στο δρόμο για τη θεσμικά ισόρροπη παρέμβαση του δικαστή. Ο έλεγχος αναλογικότητας και αιτιολογίας με αφορμή την απόφαση 1129/2003 του ΣτΕ, ΔτΑ 2005, σ. 187 και Proportionality..., ό.π., σ. 113.

<sup>31</sup> Κ. Γώγου, ό.π., σ. 315.

<sup>32</sup> ΣτΕ 514/2008.

<sup>33</sup> ΣτΕ 3070/2007.

<sup>34</sup> ΣτΕ 3935/2006.

ανάγκη, καταλληλότητα απαλλοτριωθέντος ακινήτου) και ο έλεγχος αιτιολογίας εξαντλείται στην πληρότητα και ειδικότητα της αιτιολογία και δεν καταλαμβάνει ποτέ τη βασιμότητα της. Η κρίση εν προκειμένω δεν καταφέρνει τελικά να προσπελάσει τα όρια που θέτουν εξαντλητικές απαιτήσεις διαδικασίας και να προσεγγίσει την ουσία δηλαδή την επιτασόμενη από την αρχή «αναλογία ή έστω ευλογοφάνεια» της πράξης. Το άτοπο αυτό στο οποίο οδηγείται η δικαστική απόφαση -η οποία τελικώς φέρεται να καταλήγει στο συμπέρασμα ότι δεν παραβιάστηκε η αρχή της αναλογικότητας επειδή το θεσμικό πλαίσιο διασφαλίζει την τήρηση της- ενδεχομένως αναδεικνύει τα αδύναμα δογματικά θεμέλια επί των οποίων εδράζεται η θεωρητική πρόσληψη της αρχής ως νομικού κανόνα.

#### **IV. Η αρχή της αναλογικότητας ενώπιον του ακυρωτικού και του δικαστή της ουσίας**

Αναδεικνύεται επομένως το ζήτημα του τρόπου με τον οποίο ο δικαστής θα ελέγξει την τήρηση ενός τόσο ασαφή και αόριστου κανόνα. Στις ενστάσεις της θεωρίας, που εδράζονται στην εγγενή απροσδιοριστία ενός κανόνα που επιβάλλει την πρόκριση της τελούσας σε εύλογη σχέση αναλογίας λύση, θα μπορούσε να αντιπαρατεθεί το επιχείρημα ότι το πρόβλημα δεν είναι η αοριστία των επιταγών του αλλά τα όρια του ακυρωτικού ελέγχου ενώ αντίθετα ο έλεγχος της τήρησης των ουσιαστικών απαιτήσεων της αναλογικότητας δε δημιουργεί σοβαρά δογματικά ζητήματα για το δικαστή της ουσίας.

Ο δικαστής της ουσίας φαίνεται να χειρίζεται με μεγαλύτερη άνεση την αρχή και να μην προσκρούει σε θεωρητικά εμπόδια. Ιδίως στο πεδίο των διοικητικών κυρώσεων είναι εξοικιωμένος με τη διαδικασία της επιμέτρησης της κύρωσης και δύναται να εκφέρει ελεύθερη κρίση εφόσον του παρέχεται η δικονομική δυνατότητα έρευνας του πραγματικού υλικού. Η έννοια της αναλογίας σε αφηρημένο επίπεδο είναι ιδιαίτερα δυσχερές να μετουσιωθεί σε γενικεύσιμη πρόταση ωστόσο η κρίση περί αναλογικότητας ενόψει συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών, που δύναται να αξιολογήσει ο δικαστής της ουσίας φαίνεται να εκφέρεται με ευχέρεια. Αυτό αποδεικνύει και η πρόσφατη νομολογία σύμφωνα με την οποία κρίνεται αντισυνταγματική ως αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας διάταξη νόμου που προβλέπει αντικειμενικό υπολογισμό φορολογικής κύρωσης<sup>35</sup>. Στο ίδιο

---

<sup>35</sup> ΣτΕ 3370/2008 με παραπομπή στην Ολομέλεια σύμφωνα με την οποία «Επειδή, εν όψει του μεγάλου ύψους του επιβαλλόμενου από τις ανωτέρω διατάξεις πρόσθετου φόρου σε περίπτωση μη υποβολής δηλώσεως από υπόχρεο σε παρακράτηση φόρο (400% επί του κυρίου φόρου), οι διατάξεις των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 86 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (Ν. 2238/1994), οι οποίες εφαρμόστηκαν στην προκειμένη περίπτωση, αντίκεινται στην συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (βλ. άρθρο 25

μήκος κύματος τείνει να κινηθεί και το Ε.Σ. αφού ήδη ισχυρή μειοψηφία σε πρόσφατη απόφαση<sup>36</sup> υποστηρίζει ότι η μη πρόβλεψη από τις δημοσιονομικές διατάξεις σε περίπτωση τυπικού ελλείμματος δυνατότητας των αρμοδίων οργάνων να εκτιμήσουν τις ευθύνες του υπολόγου και να τον καταλογίσουν με μέρος μόνο του διαπιστωθέντος ελλείμματος, ανάλογο της διαχειριστικής του συμπεριφοράς, ενδέχεται να καταλήξει σε καταλογισμό που δεν τελεί σε εύλογη σχέση με τη συμπεριφορά του, κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας<sup>37</sup>. Τα δικαστήρια της ουσίας αντιλαμβάνονται, τουλάχιστον στο πεδίο του κυρωτικού δικαίου, το ζήτημα της επιβολής της «ανάλογης κύρωσης» ως κρίση που εκφέρεται ενόψει αξιολόγησης συγκεκριμένου πραγματικού υλικού και κατ' επέκταση θεωρούν ότι ο έλεγχος των κρίσεων των οργάνων βρίσκεται εντός των ορίων της δικαιοδοσίας τους. Με αυτό το σκεπτικό, το οποίο συνδέεται στενά και με το ζήτημα της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας<sup>38</sup>, κρίνουν ότι ανελαστικές νομοθετικές ρυθμίσεις που δεν καταλείπουν στο διοικητικό όργανο και στο δικαστή της ουσίας περιθώριο επιμετρήσεων και εξειδικεύσεων, ενόψει των συγκεκριμένων κάθε φορά συνθηκών, παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας. Αντίθετα το ΣτΕ φάνηκε ιδιαίτερα επιφυλακτικό να κρίνει αντισυνταγματική κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας τη διάταξη του μόνου άρθρου του ν. 261/1968 με την οποία ο νομοθέτης προσδιόρισε τον εύλογο χρόνο για την ανάκληση ευμενών διοικητικών πράξεων στην πενταετία, μη καταλείποντας στο δικαστή της νομιμότητας το ελάχιστο περιθώριο σταθμίσεων ενόψει και των εμπλεκόμενων σε υποθέσεις ανάκλησης προστατευόμενων από το Σ. αγαθών.<sup>39</sup>

Σε αυτό το σημείο ωστόσο είναι χρήσιμη μία επισήμανση, η οποία απαιτεί μία προσεκτικότερη προσέγγιση της σχετικής νομολογίας. Στις διαφορές που προκύπτουν από την επιβολή διοικητικών κυρώσεων και άγονται ενώπιον του δικαστή της ουσίας το δικαστήριο ελέγχει την τήρηση των κανονιστικών επιταγών της αναλογικότητας από το διοικητικό όργανο ή κρίνει εξ αρχής το ίδιο την υπόθεση επιβάλλοντας την «ανάλογη» κατά τη δική του ελεύθερη κρίση κύρωση; Εξάλλου το

---

παρ.1 του Συντάγματος), δοθέντος ότι δεν προβλέπεται δυνατότητα της φορολογικής αρχής και, εν συνεχεία, των διοικητικών δικαστηρίων, να προβούν σε επιμέτρηση του ύψους της επιβλητέας κύρωσης, λαμβάνοντας υπόψη τις περιστάσεις και, ιδίως, την ύπαρξη και το βαθμό της υπαιτιότητας του υποχρέου». Όμοια και η ΣτΕ 3768/2008 η οποία όμως ανατράπηκε από την 7μελή σύνθεση του Τμήματος με αριθμό 2402/2010.

<sup>36</sup> Ε.Σ. Ολ. 27/2010.

<sup>37</sup> Σύμφωνα με το α. 49 του ΠΔ 1225/1981, τα Τμήματα του Ε.Σ. που δικάζουν εφέσεις κατά καταλογισμών ακούν έλεγχο ουσίας και δύνανται δικονομικά να μεταρρυθμίζουν τις νομικά πλημμελείς πράξεις.

<sup>38</sup> Βλ. σχετικά *Ε. Πρεβεδούρου*, Ο ακυρωτικός έλεγχος των διοικητικών πράξεων υπό το πρίσμα της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΘΠΔΔ 29/2010, σ. 871.

<sup>39</sup> ΣτΕ 1501/2008.

πεδίο του πειθαρχικού δικαίου περιλαμβάνει μεν αόριστες νομικές έννοιες πλην όμως οικείες και εξειδικεύσιμες από το δικαστή της ουσίας ο οποίος λειτουργεί ως οιονεί ποινικός δικαστής. Διαφωτιστική ως προς αυτό το σημείο είναι πρόσφατη απόφαση του ΣτΕ, που εκδόθηκε στο πλαίσιο υπαλληλικής προσφυγής, σύμφωνα με την οποία «...ο λόγος περί παραβάσεως της αρχής της αναλογικότητας κατά την επιμέτρηση της πειθαρχικής ποινής από το πειθαρχικό συμβούλιο είναι αλυσιτελής, δεδομένου ότι το Δικαστήριο κρίνει εν συνόλω και κατ' ουσίαν την υπόθεση και επιβάλλει το ίδιο την πειθαρχική ποινή»<sup>40</sup> Εκ πρώτης όψεως φαίνεται ότι και το ΣτΕ αντιλαμβάνεται ότι η αναλογικότητα συνεπάγεται ουσιαστικές νομικές δεσμεύσεις για το πειθαρχικό συμβούλιο που βαρύνεται με την επιβολή της «τελούσας σε εύλογη σχέση κύρωσης» Εάν όμως υφίσταται παρόμοια επιταγή που δεσμεύει το όργανο, ο έλεγχος της τήρησής της από το δικαστήριο, προϋποθέτει πάντα την εκ νέου κρίση κατά νόμο και κατ' ουσία της υπόθεσης, επομένως ο υποτιθέμενος αυτός κανόνας είναι παντελώς απρόσφορος ως κανόνας αναφοράς, προς τον οποίο θα κληθεί να στοιχισθεί η ελεγχόμενη διοικητική πράξη. Σε κάθε περίπτωση δεν νοείται ως νομικός κανόνας στο βαθμό που τελικά φαίνεται να περιέχει μία επιταγή για δίκαιη και ορθή (ως προς τι;) κρίση. Η απόρριψη ως αλυσιτελούς του συγκεκριμένου ακυρωτικού λόγου από τον πειθαρχικό δικαστή αποδεικνύει ότι εφόσον διαθέτει τη δικονομική δυνατότητα να υπεισέλθει στην ουσία της κρίσης της διοικητικής πράξης η αρχή της αναλογικότητας παύει να αποτελεί για αυτόν ένα «χρήσιμο δικανικό εργαλείο». Η διαπίστωση αυτή μας επιτρέπει να εικάσουμε ότι υπό το μανδύα ενός εξονυχιστικού ελέγχου αναλογικότητας θα μπορούσε να ασκείται μία πρωτογενής ουσιαστική κρίση η οποίας εξέρχεται των ορίων του ελέγχου νομιμότητας και καταλαμβάνει σαφώς και εκτιμήσεις σκοπιμότητας.

Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται από την πρόσφατη νομολογία που αφορά τα συνταγματικά όρια της μετατροπής ακυρωτικών διαφορών σε διαφορές ουσίας<sup>41</sup>. Σύμφωνα με τις συγκεκριμένες αποφάσεις δεν είναι πρόσφορες να μετατραπούν σε διοικητικές διαφορές ουσίας οι διαφορές που γεννώνται από την προσβολή πράξεων που εκδίδονται μεν κατά δεσμία αρμοδιότητα, αλλά κατόπιν διαπιστώσεως της συνδρομής νομίμων προϋποθέσεων, η οποία συνάπτεται με τη διατύπωση τεχνικής κρίσεως ή πράξεων που εκδίδονται κατά διακριτική ευχέρεια διότι, σε μια τέτοια περίπτωση, ο διοικητικός δικαστής δεν είναι σε θέση να ασκήσει πλήρη δικαιοδοσία αλλά περιορίζεται αναγκαίως, όπως ακριβώς επί ακυρωτικών διαφορών, στον έλεγχο της διατύπωσής εκ μέρους της

---

<sup>40</sup> ΣτΕ 117/2010.

<sup>41</sup> ΣτΕ 3617, 3618, 3622, 3623/2008, ΣτΕ 1630, 1631, 1632, 1633/2009.

Διοικήσεως πλήρως αιτιολογημένης κρίσεως και στην έκδοση της πράξεως καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της ευχερείας αυτής. Επομένως και ο δικαστής της ουσίας παρά το εύρος των δικονομικών του δυνατοτήτων μπορεί να «εγκλωβιστεί» στα όρια του ακυρωτικού δικαστή και να αντιληφθεί την αδυναμία της αρχής της αναλογικότητας να λειτουργήσει ως κανόνας αναφοράς για τον έλεγχο της ουσιαστικής νομιμότητας των πράξεων διακριτικής ευχέρειας.

Το θεωρητικό αδιέξοδο και το λογικό άτοπο της αξίωσης τήρησης του κανόνα για εύλογη κρίση αναδεικνύεται στη με αριθμό 554/2003 απόφαση του ΣτΕ, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο ακυρωτικού ελέγχου διοικητικής κύρωσης που επιβλήθηκε από το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και αναφέρει χαρακτηριστικά «Προβάλλεται επίσης ότι ο Υπουργός Τύπου όφειλε, παρά τα διαλαμβανόμενα στην παράγραφο υπ' αριθμ. 6 της προσβαλλομένης αποφάσεώς του, να προβεί σε έλεγχο του εάν η επιλογή της συγκεκριμένης κύρωσης αποτελούσε το καταλληλότερο ή αποτελεσματικότερο μέσο για την επίτευξη των σκοπών δημοσίου συμφέροντος, στους οποίους αποβλέπει η επιβολή διοικητικών κυρώσεων για παραβίαση της νομοθεσίας περί ραδιοτηλεοπτικής δεοντολογίας. Η στάθμιση όμως της σοβαρότητας της διενεργηθείσης παραβάσεως και η κρίση περί της καταλληλότητας καθώς και της αποτελεσματικότητας της επιλεγείσης κυρώσεως για την επίτευξη των ως άνω επιδιωκομένων σκοπών δημοσίου συμφέροντος ανάγεται στην ουσιαστική εκτίμηση του ΕΣΡ, η οποία εκφεύγει της εξουσίας ελέγχου του Υπουργού Τύπου επ' αυτής, η οποία, όπως εξετέθη ήδη (βλ. σκέψη υπ' αριθμ. 7) περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας, ο οποίος περιλαμβάνει μόνο τον έλεγχο της τήρησεως εκ μέρους του ΕΣΡ, κατά την διενέργεια των εν λόγω σταθμίσεων και κρίσεων, της αρχής της αναλογικότητας και της μη υπερβάσεως των ακραίων ορίων της διακριτικής του ευχερείας (πρβλ. ΣτΕ 477/2002, 2543-4/1999 επταμελούς συνθέσεως, 5576/1996 κ.α.). Πρέπει, συνεπώς, να απορριφθεί ως αβάσιμος ο εξεταζόμενος λόγος ακυρώσεως.» Εύλογα θα μπορούσε να θέσει κάποιος το ερώτημα ότι εάν εξαιρεθεί του ελέγχου νομιμότητας και κατ' επέκταση του ακυρωτικού ελέγχου η στάθμιση στην οποία προέβη το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και η κρίση περί καταλληλότητας και αποτελεσματικότητας της κύρωσης σε τι ακριβώς συνίσταται ο έλεγχος της τήρησης από το αποφασίζον όργανο της αρχής της αναλογικότητας, κρίση η οποία κατά το δικαστήριο εμπίπτει στη δικαιοδοσία του. Η μόνη δυνατή απάντηση ενόψει των της αρχής διάκρισης των λειτουργιών είναι ότι ο έλεγχος που υπαγορεύει η αρχή της αναλογικότητας δε μπορεί παρά να είναι έλεγχος ακραίων ορίων.

## **V. Η αναλογικότητα ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου**

Η συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας ίσως τελικά να σηματοδότησε την έναρξη μίας μεγάλης «περιπέτειας» για τη νομολογία και τη θεωρία. Στο θέμα του έλεγχου των πράξεων διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, από το συνδυασμό όλων των παραπάνω αποφάσεων, αποδεικνύεται ότι τελικά η απαίτηση για ακριβοδίκαιη κρίση δε μπορεί να συνιστά δεσμευτικό νομικό κανόνα αλλά είναι σύμφυτη με τη διαδικασία λήψης οποιασδήποτε απόφασης. Η αναζήτηση της ανάλογης κύρωσης ή του τελούντος σε εύλογη σχέση αναλογίας μέτρου ισοδυναμεί με αξιολόγηση -και όχι απλή διαπίστωση και υπαγωγή- των πραγματικών παραμέτρων κάθε υπόθεσης. Ως εκ τούτου πλήρης έλεγχος της κρίσης του διοικητικού οργάνου δε δύναται να περιβληθεί το μανδύα της νομιμότητας και εκ προοιμίου καταλαμβάνει και τη σκοπιμότητα της. Για το λόγο αυτό δεν είναι λογικώς εφικτό να εξάγουμε από την αρχή της αναλογικότητας κανονιστικές δεσμεύσεις και να τις καταστήσουμε παράμετρο της ουσιαστικής νομιμότητας της δράσης της διοίκησης, μεταθέτοντας στη συνέχεια στον ακυρωτικό δικαστή το «δυσβάσταχτο» βάρος του ελέγχου της τήρησης τέτοιου περιεχομένου κανόνα.

Η αρχή της αναλογικότητας δε μπορεί να λειτουργήσει αποτελεσματικά παρά μόνο ως τεχνική του δικαστικού ελέγχου ως εργαλείο δηλαδή στα χέρια του δικαστή και όχι ως κανονιστική επιταγή που απευθύνεται στη διοίκηση. Μόνο με αυτόν τον τρόπο αποκτά νόημα η αναλογικότητα ως όχημα για μία θεμιτή διεύρυνση των ορίων του ελέγχου νομιμότητας. Συναφώς ο έλεγχος της καταλληλότητας, της αναγκαιότητας και της εν στενή έννοια αναλογικότητας δεν είναι δυνατόν να νοηθεί παρά ως έλεγχος ακραίων ορίων δηλαδή ως έλεγχος της προφανούς δυσαναλογίας. Μόνο η κρίση που αφορά την υπερβολή, το υπέρμετρο, το εκδήλως δυσανάλογο κάθε απόφασης είναι δυνατόν να εκνομικεύεται με τη χρήση δικαιϊκών σταθερών όπως τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, η επιμέλεια του μέσου συναλλασσόμενου, η κρίση του έμφορα ανθρώπου, κανονιστικά μεγέθη δηλαδή που υπεισέρχονται στη στάθμιση ως μέτρα σύγκρισης, ως σταθμά, και επιτρέπουν τη γενίκευση συγκεκριμένης υποκειμενικής επιλογής.

Η τεχνική αυτή είναι προσφιλής στον ακυρωτικό δικαστή και την εφαρμόζει κατά τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων, ο οποίος κατά την πάγια θέση της νομολογίας είναι έλεγχος ακραίων ορίων. Με την ίδια λογική θα ήταν εφικτός ο *in concreto* έλεγχος της προφανούς δυσαναλογίας μίας διοικητικής πράξης ιδίως όταν αυτή συνεπάγεται μία σοβαρή παρέμβαση σε ένα ατομικό δικαίωμα. Στην περίπτωση για παράδειγμα των αναγκαστικών απαλλοτριώσεων, όπου το δικαίωμα στην ιδιοκτησία βρίσκεται αντιμέτωπο με το δημόσιο συμφέρον, θα μπορούσε να ενταχθεί στον έλεγχο της νομιμότητας, ο *in concreto* έλεγχος της προφανούς δυσαναλογίας της επιβολής του μέτρου, ο οποίος θα

αναλυόταν σε αξιολόγηση του πραγματικού υλικού όπως προκύπτει από το φάκελο της υπόθεσης, στάθμιση των αντίρροπων συμφερόντων και εκτίμηση κατά τα διδάγματα της κοινή πείρας της εύλογης σχέσης μεταξύ των συνεπειών από την επιβολή του δυσμενούς μέτρου και της ωφέλειας που προκύπτει από την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. Με αυτόν τον τρόπο ο ακυρωτικός δικαστής δε θα παρέμενε εγκλωβισμένος στον έλεγχο της αιτιολογίας, δεν θα περιοριζόταν στην έρευνα της διαδικασίας λήψης της απόφασης αλλά θα εισχωρούσε οριακά στην ουσία και το περιεχόμενο της δυνάμενος να παράσχει αποτελεσματικότερη δικαστική προστασία. Η τεχνική αυτή εξάλλου δεν του είναι άγνωστη και ήδη την έχει εφαρμόσει στις περιβαλλοντικής διαφορές ενόψει της αρχής της βιώσιμης ανάπτυξης. Σύμφωνα με τη συγκεκριμένη νομολογία « Η ευθεία αξιολόγηση εκ μέρους του δικαστή των συνεπειών ορισμένου έργου ή δραστηριότητας και η κρίση αν η πραγματοποίησή του αντίκειται στην αρχή της βιώσιμης αναπτύξεως εξέρχονται των ορίων του ακυρωτικού ελέγχου διότι προϋποθέτουν διαπίστωση πραγματικών καταστάσεων, διερεύνηση τεχνικών θεμάτων, ουσιαστικές εκτιμήσεις και στάθμιση στηριζόμενη στις εκτιμήσεις αυτές. Κατ' ακολουθίαν, παράβαση της αρχής της βιώσιμης αναπτύξεως, μπορεί να ελεγχθή ευθέως από τον ακυρωτικό δικαστή μόνον αν από τα στοιχεία της δικογραφίας και με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας προκύπτει ότι η προκαλούμενη από το έργο ή την δραστηριότητα βλάβη για το περιβάλλον είναι μη επανορθώσιμη ή είναι προφανώς δυσανάλογη με το προσδοκώμενο όφελος και έχει τέτοια έκταση και συνέπειες ώστε προδήλως να αντιστρατεύεται την ανωτέρω συνταγματική αρχή»<sup>42</sup>.

Με αυτόν τον τρόπο η αναλογικότητα θα λειτουργήσει ως αποτελεσματικό εργαλείο στα χέρια του ακυρωτικού δικαστή για τη διάγνωση της παραβίασης των συνταγματικών δικαιωμάτων του θιγόμενου. Εφόσον δε από το αποτέλεσμα της στάθμισης προκύψει η προφανής δυσαναλογία της κρίσης της διοίκησης, ο δικαστής θα είναι σε θέση να αναγάγει αυτήν την παραβίαση σε επίπεδο συνταγματικής νομιμότητας και να ακυρώσει την πράξη εφόσον λ.χ. μία ρυμοτομική απαλλοτρίωση που επιβάλλεται χωρίς πρόβλεψη ικανού κονδυλίου για τη συντέλεση της συνιστά παραβίαση του άρθρου 17 του Σ. ή μία υπερβολική κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας χρηματική κύρωση του ΕΣΡ συνιστά περιορισμό στο δικαίωμα του πληροφορείν (α. 14 του Σ).

## VI. Επίλογος

Η αρχή της αναλογικότητας προϋποθέτει έναν αξιακό προσανατολισμό της έννομης τάξης προς την ιδέα της ουσιαστικής

---

<sup>42</sup> ΣτΕ Ολ. 613/2002.

δικαιοσύνης<sup>43</sup>. Υπό αυτήν την έννοια συμπυκνώνει τις σύγχρονες απαιτήσεις για ορθολογική και αποτελεσματική διευθέτηση των έννομων σχέσεων, για εξισορρόπηση και ορθή στάθμιση των αντιμαχόμενων κοινωνικών συμφερόντων.<sup>44</sup> Ωστόσο η ιδέα αυτή όσο ελκυστική και εάν παρίσταται δε μπορεί να μετουσιωθεί σε συγκεκριμένες κανονιστικές επιταγές για ακριβοδίκαιη κρίση απευθυνόμενες στη διοίκηση και προσδιορίζουσες κατά περιεχόμενο την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας. Στο πλαίσιο του ελέγχου νομιμότητας των διοικητικών πράξεων διακριτικής ευχέρειας και προκειμένου να ανταποκριθεί στην εγγυητική της αποστολή η αρχή της αναλογικότητας θα μπορούσε πέρα από το να αναλύεται σε ένα πλέγμα ελάχιστων διαδικαστικών εγγυήσεων, αναγόμενων στο σχηματισμό της βούλησης του διοικητικού οργάνου, να αξιοποιηθεί ως μια τεχνική στα χέρια του ακυρωτικού δικαστή που του υποβάλλει να προβαίνει σε έναν οριακό, θεμιτό υπό το πρίσμα της διάκρισης των εξουσιών, αλλά αποτελεσματικό *in concreto* έλεγχο τις ουσιαστικές εκτιμήσεις και αξιολογικές κρίσεις της διοίκησης. Αυτή η πρόσληψη της αρχής θα την απαλλάξει από τη σισύφεια αποστολή της διάγνωσης της «ουσιαστικά ορθής» κρίσης και θα της επιτρέψει να αποτελέσει αποτελεσματικό ανάχωμα κατά της κατάχρησης, της υπερβολής και της αυθαιρεσίας.

---

<sup>43</sup> Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Η αρχή..., ό.π., σ. 11, G. Gerapetritis, Proportionality..., ό.π., σ. 56.

<sup>44</sup> Α. Μανιτάκη, Η πολυσήμαντη επιστροφή..., ό.π., σ. 58.