

Η απαγόρευση υποκατάστασης του δικαστή στο έργο της Διοίκησης ως είδωλο της διοικητικής δικαιοσύνης¹

Του Ηλία Κουβαρά, Πρωτοδίκη Δ.Δ., Δ.Ν.

Α. Αναζητώντας μια δογματική αφετηρία: Τα όρια υποκατάστασης κατά τον δικαστικό έλεγχο

- 1. των πράξεων της Διοίκησης*
- 2. της σιωπής της Διοίκησης*

Β. «Επιτρεπτή» και απαγορευμένη εξουσία υποκατάστασης του διοικητικού δικαστή κατά τη νομολογία

- 1. Η διακριτική ευχέρεια και οι τεχνικές κρίσεις ως πυρήνας της εκτελεστικής εξουσίας*
- 2. Τα προκεχωρημένα όρια της υποκατάστασης σε περίπτωση διοικητικής δυστροπίας*
 - ι) επί διακριτικής ευχέρειας*
 - ιι) επί τεχνικών κρίσεων*

Ποια τα όρια της εξουσίας του διοικητικού Δικαστή και μέχρι που εκτείνεται η δικαιοδοτική του λειτουργία; Στο διοικητικό δίκαιο άπαντες οι δικονομικοί κώδικες περιέχουν συγκεκριμένες διατάξεις που επιχειρούν να οριοθετήσουν την εξουσία αυτή, υπό τους τίτλους «συνέπειες της απόφασης»², «εξουσία του Δικαστηρίου»³ και «όρια ελέγχου της πράξεως ή αποφάσεως»⁴, έτσι ώστε να προσδιορίζεται με ακρίβεια

¹ Το παρόν αποτελεί επικαιροποιημένη αναδημοσίευση της ομότιτλης μελέτης από το περιοδικό ΕΔΔΔΔ 3/2015.

² Άρθρο 50 παρ.1 του ΠΔ 18/1989 «*Η απόφαση που δέχεται την αίτηση ακυρώσεως απαργέλει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης και συνεπάγεται νόμιμη κατάργησή της έναντι όλων, είτε πρόκειται για κανονιστική είτε πρόκειται για ατομική πράξη*».

³ Άρθρο 79 του ΚΔΔικ «*1.[...]2. Αν η προσφυγή στρέφεται κατά ρητής πράξης, το δικαστήριο, κατά την επίλυση της διαφοράς, είτε δέχεται την προσφυγή εν όλω ή εν μέρει και ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την πράξη ή την τροποποιεί, είτε απορρίπτει την προσφυγή. 3. Το δικαστήριο ακυρώνει την πράξη και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα: 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 εξουσία.*».

⁴ Άρθρο 49 ΠΔ 1225/1981 «*1. Δια της εφέσεως η υπόθεση μεταβιβάζεται εις το αρμόδιον Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως προς μεν το νόμοβάσιμον της πράξεως ή αποφάσεως κατά το σύνολον, ως προς δε το ουσία βάσιμον της πράξεως ή αποφάσεως κατά τα δια της εφέσεως και των προσθέτων λόγων καθοριζόμενα όρια. 2. Το δικαστήριο την νομικώς πλημμελή πράξιν ακυροί εν όλω ή εν μέρει ή*

η επέμβαση της δικαστικής λειτουργίας στο πεδίο της Διοίκησης. Πριν ογδόντα χρόνια, ο Φ. Βεγλερής σημείωνε ότι ο διοικητικός δικαστής «δεν δύναται ν' απευθύνει ιεραρχικά επιταγές προς τα διοικητικά όργανα, αφ' εαυτών δεσμευτικά της αρμοδιότητος αυτών. Εν γένει δε, δεν δύναται, υπό το πρόσχημα διασφαλίσεως της εκτελέσεως της αποφάσεως, να φιλοτεχνήσῃ αληθείς διοικητικές πράξεις»⁵. Έκτοτε, η αντίληψη για τη διοικητική δικαιοσύνη έχει διαφοροποιηθεί, εξελιχθεί και τελικά εμπλουτιστεί σημαντικά. Η νομολογία με τη σειρά της αναγνωρίζει ως όριο της δικαιοδοτικής λειτουργίας την απαγορευμένη «υποκατάσταση» του δικαστηρίου στο έργο της διοίκησης, έννοια η οποία δεν ανευρίσκεται σε κανένα από τα ρυθμιστικά νομοθετήματα, αποτελώντας εν πολλοίς είδωλο-δημιούργημα της ίδιας της διοικητικής δικαιοσύνης. Και για τον ίδιο όμως το νομοθέτη, ακόμα και αν δεν αναφέρεται σε αυτήν ρητά, αποτελεί την προκείμενη σε σειρά επιλογών του, με πρώτιστη τη διάκριση των διοικητικών διαφορών σε ακυρωτικές και ουσίας. Πράγματι, η διάκριση των δικαιοδοσιών σε ακυρωτικές και ουσίας μπορεί κάλλιστα να αναγνωστεί ως εξειδίκευση και σημείο ισορροπίας της αρχής της διάκρισης των λειτουργιών⁶.

Ως γνωστόν, οι δύο κατηγορίες ενδίκων βοηθημάτων επιφέρουν διαφορετικά αποτελέσματα στο νομικό (αλλά και στον πραγματικό) κόσμο. Η μεν αίτηση ακυρώσεως έχει ως αποτέλεσμα την εξαφάνιση(ολική ή μερική) της διοικητικής πράξης από το νομικό κόσμο, ενώ αντίθετα η προσφυγή δίνει στο τακτικό διοικητικό δικαστή την εξουσία όχι απλώς να ακυρώσει, αναπέμποντας στη διοίκηση, αλλά και να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη⁷. Η αναζήτηση των ορίων της απαγορευμένης υποκατάστασης θα λάβει χώρα με αφετηρία μια προσπάθεια

μεταρρυθμίζει αναλόγως, φυλασσόμενης της διατάξεως της επομένης παραγράφου. Την ουσιαστικώς εσφαλμένη πράξιν ακυροί ή μεταρρυθμίζει εντός των εν τη εφέσει ορίων, κρίνον περαιτέρω επί της ουσίας της υποθέσεως. 3. [...]». Ο ήδη ισχύων 4129/2013, στο άρθρο 79παρ.1 σημειώνει απλώς ότι «Οι οριστικές αποφάσεις των Τμημάτων του Ελεγκτικού Συνεδρίου είναι εκτελεστές».

⁵ Φ. Βεγλερής, Η συμμόρφωσις της διοικήσεως εις τας αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας, σελ. 5. Ακριβώς το αντίθετο γίνεται δεκτό στις ΗΠΑ, όπου ο ομοσπονδιακός δικαστής δύναται ακόμα και να ξαναγράψει τις διοικητικές πράξεις: «Le juge fédéral a le pouvoir de réécrire des décisions administratives comme il entend et de demander quel'administration applique sa décision» Βλ. A.J.Bullier, La Common Law, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd. 2007, σελ.142.

⁶ Με αφορμή συναφές ζήτημα έχει παρατηρηθεί ότι «..η προβληματική της κατανομής των αρμοδιοτήτων στο εσωτερικό της διοικητικής δικαιοσύνης συνδέεται με την αναμέτρηση της δικαστικής και των δύο άλλων εξουσιών, ιδίως της εκτελεστικής και απηχεί τη θεσμική διαλεκτική της ανάπτυξης και εμβάθυνσης του δικαστικού ελέγχου της δημόσιας εξουσίας, δηλαδή του Κράτους Δικαίου», Κ. Γιαννακόπουλος, Το σύστημα απονομής διοικητικής δικαιοσύνης κατά το Σύνταγμα (σκέψεις με αφορμή τη διαδικασία νέας συνταγματικής αναθεώρησης), ΕφημΔΔ 5/2006, σελ. 554.

⁷ Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 2, ΝΒ 2013, παρ.567 και παρ. 612, σελ. 261 αντίστοιχα.

δογματικού καταρχήν προσδιορισμού της (υπό Α). Στη συνέχεια, αναδεικνύεται η μεταβλητότητα και οι διακυμάνσεις του ορίου αυτού στη νομολογία, ανάλογα το ειδικότερο πεδίο διαφορών και το στάδιο εφαρμογής της δικαστικής απόφασης (υπό Β).

Α. Αναζητώντας μια δογματική αφετηρία: Τα όρια υποκατάστασης κατά τον δικαστικό έλεγχο

1. των πράξεων της Διοίκησης

Αν, όπως σημειώθηκε, η διάκριση των δικαιοδοσιών σε ακυρωτικές και ουσίας αποτελεί σημείο ισορροπίας της αρχής της διάκρισης των λειτουργιών, το περιεχόμενο των εξουσιών του ουσιαστικού δικαστή, αποτελεί το σημείο δοκιμασίας της. Οι εξουσίες αυτές παρουσιάζουν μεγάλη διακύμανση, όχι μόνο με βάση τις διακρίσεις του άρθρου 79 ΚΔΔικ, ανάλογα με την προσβολή πράξης δέσμιας αρμοδιότητας (παρ.2), πράξης διακριτικής εξουσίας (παρ.3γ') ή παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας (παρ.4), αλλά ανάλογα και με το πεδίο των διοικητικών διαφορών.

Ο κανόνας στις διαφορές ουσίας είναι ότι το Δικαστήριο δεν πρέπει να αρκείται στην αναπομπή της υπόθεσης, όπως στις ακυρωτικές, αλλά, εφόσον συντρέχουν όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις, να προβαίνει στην ουσιαστική εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου, να αναπληρώνει ή συμπληρώνει την αιτιολογία και με την απόφασή του να διαμορφώνει την έννομη σχέση ή κατάσταση, ανάλογα με το δικαίωμα το προσφεύγοντος τροποποιώντας την προσβαλλόμενη πράξη⁸. Ειδικότερα, επί των διαφορών ουσίας, εάν οι σχετικές με την έκδοση της προσβαλλομένης πράξης διατάξεις παρέχουν στο αρμόδιο διοικητικό όργανο δέσμια αρμοδιότητα, το Δικαστήριο δύναται να τροποποιήσει την πλημμελή πράξη και να διαμορφώσει το

⁸ *Ibid*, παρ.612, «Η κρίση αυτή του δικάσαντος δικαστηρίου είναι πλημμελώς αιτιολογημένη διότι ... όφειλε αυτό, ως δικαστήριο ουσίας, να μην ακυρώσει την πράξη αυτή για λόγους αναγόμενους στην επάρκεια της αιτιολογίας της, αλλά να ερευνήσει το ίδιο, κάνοντας έλεγχο ουσίας, αν στοιχειοθετείται ή όχι η ως άνω παράβαση» ΣτΕ 4596/2012, «[...]ως δικαστήρια ουσίας, δεν δύναται να ακυρώσουν την πράξη αυτή για λόγους αναγόμενους στη νομιμότητα ή στην επάρκεια της αιτιολογίας της, αλλά οφείλουν να ερευνήσουν τα ίδια αν συντρέχουν οι απαιτούμενες από τον νόμο προϋποθέσεις για την αποδοχή του αιτήματος της επιφυλάξεως και να δεχθούν ή να απορρίψουν εν όλω ή εν μέρει, τελικά, κατά την δική τους ουσιαστική κρίση, την προσφυγή εκείνου που διετύπωσε την επιφύλαξη» ΣτΕ 189/2005.

ουσιαστικό περιεχόμενο της διαφοράς προσδιορίζοντας τη δικαιούμενη παροχή⁹. Αντίθετα, αν το διοικητικό όργανο διαθέτει διακριτική ευχέρεια, το Δικαστήριο μπορεί μόνο να την ακυρώσει¹⁰ και κατ' εξαίρεση μόνο να την τροποποιήσει, στην περίπτωση που το διοικητικό όργανο εξέτασε τη συνδρομή ή την έλλειψη όλων των νομίμων προϋποθέσεων για την έκδοση της πράξης, αλλά η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών ήταν λανθασμένη¹¹. Η ανάμιξη του δικαστή σε ζητήματα διακριτικής ευχέρειας, ενώ η Διοίκηση δεν έχει καν ασκήσει νομότυπα την ευχέρεια αυτή ισοδυναμεί, κατά την κρατούσα άποψη, με πλήρη υποκατάσταση και όχι διόρθωση της διοικητικής λειτουργίας¹². Και τούτο γιατί στις περιπτώσεις διακριτικής

⁹ ΣτΕ 3234/2013, 2101/2011, 3352/2010, 1350, 4342/2009, 1615/2006, 2897/1995. Έτσι ενδ. ΣτΕ 2019/2007 (7μ), σκ.8. «Επειδή, το διοικητικό πρωτοδικείο ... έχοντας πλήρη δικαιοδοσία, να προβεί στη διαμόρφωση του ουσιαστικού περιεχομένου του ασφαλιστικού δικαιώματος καθορίζοντας, εφόσον υποβάλλεται σχετικό αίτημα, το ποσό της ασφαλιστικής παροχής στο προσήκον ύψος και επιδικάζοντας υπέρ του ασφαλισμένου τα οφειλόμενα ποσά για ασφαλιστικές παροχές του παρελθόντος, δηλαδή από το χρόνο εκείνο κατά τον οποίο έπρεπε να αρχίσει κατά νόμο η καταβολή τους. Μπορεί ακόμα και να επιδικάσει υπέρ αυτού και τους οφειλόμενους κατά νόμο τόκους ή τόκους επιδικίας». Πράγματι, τα Διοικητικά Πρωτοδικεία προβαίνουν τα ίδια πχ. σε προσδιορισμό του ποσοστού αναπηρίας του προσφεύγοντος, βλ. ΔΠρΑθ 5399/2008.

¹⁰ Ενδεικτικά έχει κριθεί ότι επί προσβολής της πράξεως μεταβολής έδρας επιτηδευματία και διαγνώσεως πλημμελούς ασκήσεως της παρασχεθείσης στην διοίκηση διακριτικής εξουσίας, σύμφωνα με τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 8 παρ.2 του ν.2801/2000, «το επιλαμβανόμενο της προσφυγής διοικητικό δικαστήριο δεν έχει εξουσία να προβεί κατ' ιδίαν εκτίμηση, ενέχουσα κατά περιεχόμενο άσκησης ανηκούσης στην Διοίκηση διακριτικής εξουσίας, σε διατύπωση δικής του περί της μεταβολής της έδρας κρίσεως, καθ' υποκατάσταση της Διοικήσεως, αλλά οφείλει, όπως επιβάλλει το άρθρο 79 παρ.3 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σε συμφωνία προς την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών, να ακυρώσει την πράξη και να την αναπέμψει στην Διοίκηση για σύννομη άσκηση της διακριτικής της εξουσίας» ΣτΕ 1879/2008 σκ.. 5. Κατά άλλη διατύπωση «Μετά και την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης της Διευθύνουσας Υπηρεσίας, ως μη νόμιμης, τυχόν ουσιαστική περαιτέρω εξέταση της υπόθεσης από το δικαστήριο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της και για το λόγο αυτό πρέπει να απόσχει. Συνεπώς, πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στη διοίκηση κατ' αυτεπάγγελτη ενέργεια του Δικαστηρίου...» ΔΕφΑθ 5088/2002.

¹¹ Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, 6^η εκδ. 2014, Εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσ/κη, παρ.761, Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 2, ό.π., παρ.612, ο οποίος επισημαίνει ότι η τροποποίηση αυτή πρέπει να γίνεται μέσα στα όρια των αιτημάτων που υποβάλλονται με την προσφυγή, ενώ αν αυτά είναι αβάσιμα κατά το νόμο και την ουσία πρέπει να απορρίπτονται. Περίπτωση που γίνεται δεκτή η δυνατότητα, ακριβέστερα η υποχρέωση εκφοράς ίδιας κρίσης από το δικαστή ουσίας, αφορά την προσβολή με προσφυγή πράξεως επιβολής ασφαλιστικών εισφορών, οι οποίες έχουν προσδιορισθεί με βάση την ευχέρεια που παρέχουν οι διατάξεις του άρθρου 26 παρ.9 του α.ν. 1846/1951 στα όργανα του Ι.Κ.Α., ή πράξεως της Τοπικής Διοικητικής Επιτροπής, με την οποία έχει ακυρωθεί κατόπιν ενστάσεως του εργοδότη, τέτοια πράξη επιβολής εισφορών, όπου γίνεται δεκτό ότι «τα διοικητικά δικαστήρια υποχρεούνται, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 7 παρ. 1 και 2 του ν. 702/1977 (Α 268) και το άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, να αποφανθούν με δική τους κρίση για τη νομιμότητα της κρίσης των οργάνων του ΙΚΑ ενόψει των ισχυρισμών που προβάλλονται με την προσφυγή και των στοιχείων που προσκομίζονται προς απόδειξή τους» (ΣτΕ 152/2013 7μ, 3133/2011).

¹² Ως γνωστόν, επί διακριτικής ευχέρειας ο δικαστικός έλεγχος περιορίζεται στην εξέταση των νομικών συλλογισμών και στην τήρηση των νομικών ορίων. Όπου η διοίκηση κατ' εξουσιοδότηση του νομοθέτη επιλέγει μια από διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις το δικαστήριο δεν μπορεί να ελέγξει την επιλογή καθ' εαυτή, χωρίς να στερεί την(θελημένη από το νομοθέτη) διακριτική ευχέρεια του αντικειμένου της. βλ. Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσ/κη 2012, παρ.360.Βλ. επίσης Γ. Δελλή, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ΝΒ 2013, σελ.329, ο οποίος θεωρεί ότι όταν ο νομοθέτης καταλείπει διακριτική ευχέρεια στη δημόσια αρχή,

ευχέρειας, αν δεν υφίσταται υπέρβαση των νομίμων ορίων αυτής, ο προκριθείς από τη Διοίκηση τρόπος άσκησής της, συνιστά για το Δικαστή ουσίας, ανέλεγκτη ουσιαστική κρίση της Διοίκησης¹³. Αντίστοιχες με τις περιπτώσεις διακριτικής ευχέρειας, είναι και αυτές που η διοικητική αρχή διαθέτει εξουσία επιμέτρησης¹⁴, καθόσον σε αυτές στην πραγματικότητα η Διοίκηση διαθέτει ευχέρεια ως προς το ύψος της επιβλητέας κύρωσης¹⁵.

Στο πεδίο το φορολογικών και τελωνειακών διαφορών, σχετικά πρόσφατα συντελέστηκε μια καινοφανής νομοθετική διαφοροποίηση όσον αφορά τις εξουσίες επέμβασης του Δικαστή στο διοικητικό έργο. Ειδικότερα με την παρ.1 άρθρου 20 του Ν.3900/2010¹⁶ προστέθηκε περίπτωση γ' στην παρ.5 του άρθρου 79ΚΔΔικ¹⁷ σύμφωνα με την οποία *«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 κατά τα ανωτέρω, τη σχετική πράξη, ασκεί το ίδιο την εξουσία αυτή, επιβάλλοντας την προσήκουσα κύρωση και μεταρρυθμίζοντας*

ιδίως για τεχνικά ζητήματα, το διοικητικό στάδιο δεν είναι καταρχήν υποκαταστάσιμο από το δικαστικό έλεγχο, όσο πλήρης και αν είναι αυτός. Αντίθετα, θεωρεί ότι στις περιπτώσεις δέσμιας αρμοδιότητας, η υποκατάσταση της από το δικαστή δεν προσκρούει στην αρχή της διάκρισης των λειτουργιών, διότι η διοικητική λειτουργία δεν προσφέρει κάποια προστιθέμενη αξία κατά την εξατομίκευση του κανόνα δικαίου.

¹³ Ο Δικαστής ερευνά συγκεκριμένα αν υπάρχει πλημμέλεια όσον αφορά τον καθορισμό των κριτηρίων που έθεσε η διοίκηση κατά διακριτική ευχέρεια, χωρίς όμως εξουσία να υποκαταστήσει τη διοίκηση στην άσκηση της διακριτικής ευχέρειας και να μεταρρυθμίσει την προσβληθείσα με προσφυγή διοικητική πράξη, σε περίπτωση που η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας κριθεί μη σύννομη, λόγω υπέρβασης των νομίμων ορίων της (ΣτΕ 1222/1979) βλ. σχετ. *Χ. Μουκίου*, Η εξουσία του Διοικητικού Δικαστή Ουσίας προς υποκατάσταση στην ουσιαστική περί πραγμάτων κρίση του διοικητικού οργάνου, ΕΔΚΑ ΜΣΤ' 2004, σελ.644, η οποία επίσης θεωρεί ότι καταρχήν υπάρχει αδυναμία υποκατάστασης στις περιπτώσεις διακριτικής ευχέρειας.

¹⁴ Κατά μία άποψη, η (γνήσια) διακριτική εξουσία διαφοροποιείται από την εξουσία επιμέτρησης. Η τελευταία αποτελεί περίπτωση δέσμιας διακριτικής ευχέρειας, κατά την οποία η Διοίκηση δρα μέσα στα όρια που της έχει θέσει ο νομοθέτης, προβαίνει, δηλαδή, σε υπαγωγή (πιο ελεύθερη μεν, αλλά, πάντως, υπαγωγή). Αντιθέτως, στη γνήσια (ή ελεύθερη) διακριτική ευχέρεια, η Διοίκηση διαμορφώνει η ίδια επί της συγκεκριμένης υπόθεσης, in concreto, τον κανόνα δικαίου βλ. *Ν. Ταμιωλάκη*, Ο νόμος 3900/2010: Η διοικητική δικαιοσύνη in vitro, ΕφημΔΔ 3/2011, σελ. 394επ.(400), η οποία θεωρεί ότι με αυτόν τον τρόπο εξηγείται υπό το καθεστώς του ν.3900/2010, γιατί επί εξουσίας επιμέτρησης, δεν συντρέχει υποχρέωση αναπομπής στη Διοίκηση για άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας κατόπιν της ακύρωσης.

¹⁵ *«Πράξη της φορολογικής αρχής με την οποία επιβάλλεται ενιαίο πρόστιμο για λήψη και καταχώριση εικονικού τιμολογίου είναι νομικώς πλημμελής, κατά την έννοια του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999, Α' 97), την οποία το διοικητικό πρωτοδικείο οφείλει και αυτεπαγγέλτως να ακυρώσει, χωρίς να δύναται να μεταρρυθμίσει αυτήν με επιβολή του κατά την κρίση του επιβλητέου προστίμου για κάθε παράβαση, εφ' όσον η φορολογική αρχή δεν άσκησε την ανήκουσα σ' αυτήν εξουσία επιμετρήσεως του επιβλητέου για κάθε παράβαση προστίμου»* ΣτΕ 4604/2012, 1281/2010, 3807/2011, 2402/2010.

¹⁶ ΦΕΚ Α' 213/17.12.2010 με την οποία εισήχθησαν σειρά παρεμβάσεων προκειμένου για την επιτάχυνση επίλυσης φορολογικών ή τελωνειακών διαφορών, όπως πχ η ακύρωση για τον τύπο ή τη διαδικασία έκδοσης της πράξης, μόνον αν ο προσφεύγων επικαλείται και αποδεικνύει βλάβη, η οποία δεν μπορεί να αποκατασταθεί διαφορετικά.

¹⁷ Υπό τον τίτλο «Εξουσία του Δικαστηρίου».

αντιστοίχως την πράξη»¹⁸. Με την παράγραφο αυτή παρασχέθηκε σαφής εξουσία στο δικαστή να προβαίνει ο ίδιος στην επιμέτρηση των κυρώσεων σε μια διευρυμένη κατηγορία διαφορών, εξουσία με χαρακτηριστικά εν ευρεία έννοια υποκατάστασης¹⁹. Στη θεωρία η διάταξη αυτή επικρίθηκε ως εισάγουσα ανεπίτρεπτη υποκατάσταση, με το σκεπτικό ότι η αρχή της διάκρισης των εξουσιών, ανέχεται μεν σε περιορισμένο βαθμό τη διασταύρωση, αποκλείει όμως τη σύγχυση των οργάνων, με τη έννοια της ανάθεσης αρμοδιοτήτων που δεν αντιστοιχούν στη δομή του οργάνου και τη βασική λειτουργία που αυτό ασκεί²⁰. Από πρακτική πάντως άποψη η διάταξη θεσπίστηκε σχεδόν κενή περιεχομένου, καθόσον δεδομένης της σταθερούς τάσης αντικειμενικοποίησης των προστίμων²¹, η μοναδική πλέον περίπτωση στο πεδίο του

¹⁸ Σύμφωνα με την πάγια νομολογία μέχρι την εισαγωγή της ρύθμισης «πράξη της φορολογικής αρχής με την οποία επιβάλλεται ενιαίο πρόστιμο για λήψη και καταχώρηση εικονικού τιμολογίου είναι νομικώς πλημμελής, κατά την ... έννοια του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, την οποία το δικαστήριο της ουσίας, δικάζοντας επί της προσφυγής, οφείλει να εξετάσει αυτεπαγγέλτως και να ακυρώσει την πράξη αυτή χωρίς 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 προστίμων» βλ. ΣτΕ 591/2011, σκεψ.9, πρβλ. επίσης ΣτΕ 297-300/2003 - 7μ, 3270/2004, 4181/2005, 1769, 341/2006, 570/2008, 3768/2008).

¹⁹ Αξίζει πάντως να σημειωθεί ως προς την αντίστοιχη διάταξη του γερμανικού Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (§113.2 VwGO), η οποία είναι προφανές ότι αποτέλεσε πηγή έμπνευσης για την εγχώρια τροποποίηση, ότι επιτρέπεται σε περιπτώσεις που η εκτίμηση του ακριβούς ποσού απαιτεί σημαντική εργασία για το δικαστή, ο τελευταίος να περιορίζεται στην τροποποίηση της πράξης, υποδεικνύοντας στο αιτιολογικό της απόφασης τα νομικά και πραγματικά στοιχεία, τα οποία θα πρέπει να λάβει υπόψη της η Διοίκηση κατά τον υπολογισμό του ποσού εκ μέρους της. Με τον τρόπο αυτό απαλλάσσεται ο δικαστής από την υποχρέωση να εκτελέσει αυτός διεργασίες, που η διοίκηση λόγω της στελέχωσης και της τεχνικής της κατάρτισης είναι σε καλύτερη θέση να κάνει, ενώ ο δικαστής διαθέτει ευχέρεια εκτιμήσεως για το πότε η επιβάρυνσή του δικαιολογεί την αναπομπή στη Διοίκηση. Βλ. σχετ. *P. Mouzouraki*, L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemande, LGDJ 1999, σελ.166. Τέτοια ρύθμιση προβλέφθηκε σχετικά πρόσφατα, με το άρθρο 16 του Ν.3659/2008, ως παρ.3 στο άρθρο 155 του ΚΔΔικ όταν απαιτείται η «διενέργεια πολύπλοκων αριθμητικών υπολογισμών». Η χρήση όμως της διάταξης από τα κατώτερα δικαστήρια παρίσταται εξαιρετικά περιορισμένη, ενδεχομένως προκειμένου να μην καθυστερεί έτι περαιτέρω η έκδοση οριστικής απόφασης, μεσολαβούσης της προδικαστικής.

²⁰ *Χ.Λετσαρίδης*, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του Ν 3900/2010 που ρυθμίζουν τις φορολογικές διαφορές (οι τροποποιήσεις των άρθρων 6, 79 και 277 ΚΔΔ), ΕφημΔΔ 3/2011, σελ. 407επ.(418), ο οποίος πάντως θεωρεί(σελ.419) ότι η απόκλιση αυτή δικαιολογείται μόνο για προσδιοριστικές του φόρου πράξεις της φορολογικής αρχής οι οποίες εκδίδονται κατά απόλυτη δέσμια αρμοδιότητα σε εκτέλεση του φορολογικού νόμου από τον οποίο πηγάζει η φορολογική ένοχλη βλ. επίσης *Χ. Χρυσανθάκη*, Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη: Ο Ν 3900/2010. Μία «ανοιχτή» επιστολή προς την Πολιτεία, ΘΠΔΔ 12/2010, σελ. 1325, ο οποίος επισημαίνει ότι η αρμοδιότητα του δικαστηρίου ακόμα και επί διαφορών ουσίας περιορίζεται σε περίπτωση διακριτικής ευχέρειας, μη δυνάμενη να οδηγήσει σε υποκατάσταση της διοίκησης. Αντίστοιχες θέσεις οι *Απ. Γέροντας*, Η πρόσφατη μεταρρύθμιση της διοικητικής δικαιοσύνης (ν. 3900/2010), ΕφημΔΔ 3/2011, σελ. 377 και *Ι. Μαθιουδάκης*, Η ποιοτική απονομή της Ελληνικής Διοικητικής Δικαιοσύνης - Υπό το φως της πρόσφατης αναμόρφωσής της, ΕφημΔΔ 3/2011, σελ.458.

²¹ Σύμφωνα με την πάγια νομολογία, η μη δυνατότητα επιμέτρησης από τη Διοίκηση με βάση τα αντικειμενικοποιημένα συστήματα φορολογικών προστίμων τόσο του ν. 2214/1994(Α' 75) (ΣτΕ Ολ 3741/2011) όσο και (ΣτΕ 2402/2010 7μ) του ν. 2523/1997 (Α' 179), δεν προσκρούει σε υπέρτερης ισχύος διατάξεις, καθόσον στοχεύει, σύμφωνα και με τις σχετικές εισηγητικές εκθέσεις, στην αποφυγή συμπτωμάτων διαφθοράς και στη δημιουργία κλίματος εμπιστοσύνης μεταξύ φορολογικής αρχής και των πολιτών.

φορολογικού δικαίου που καταλίπεται εξουσία επιμέτρησης στην φορολογική αρχή είναι το άρθρο 4 του ν. 2523/1997²².

Το Συμβούλιο της Επικρατείας, όταν δικάζει υπαλληλικές προσφυγές σύμφωνα με το άρθρο 43 του Π.Δ. 18/1989, κρίνει την υπόθεση εξ' αρχής σε δεύτερο ή και τρίτο βαθμό επίσης κατά το νόμο και την ουσία και είτε απαλλάσσει τον προσφεύγοντα από κάθε πειθαρχική ποινή είτε τη μεταρρυθμίζει και επιβάλλει ηπιότερη²³. Τέλος το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά τον έλεγχο πράξεων κανονισμού σύνταξης του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, θεωρεί ότι κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 49 του π.δ. 1225/1981 «περί εκτελέσεως των περί Ελεγκτικού Συνεδρίου διατάξεων»²⁴ το αρμόδιο Τμήμα του, δικάζον επί εφέσεως, έχει καταρχήν πλήρη δικαιοδοσία, δικαιούμενο να προβεί σε δική του ουσιαστική κρίση για τη συνδρομή των προϋποθέσεων του νόμου για την ικανοποίηση ή όχι του διεκδικούμενου δικαιώματος και να διαμορφώσει το περιεχόμενο αυτού²⁵. Αν εντούτοις για τον κανονισμό ή την αύξηση ήδη κανονισθείσης σύνταξης απαιτείται η συνδρομή και άλλων προϋποθέσεων, οι οποίες δεν εξετάσθηκαν από τη Διοίκηση, τότε το Δικαστήριο οφείλει να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη και να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση για να εξετάσει κατά πρώτο βαθμό τη συνδρομή ή μη και των μη εξετασθεισών προϋποθέσεων κανονισμού ή αύξησης της σύνταξης²⁶. Περαιτέρω, κατά τον προληπτικό έλεγχο δαπανών²⁷, επισημαίνεται ότι ο έλεγχος της νομιμότητας της δαπάνης δεν φτάνει μέχρι το σημείο ο αρμόδιος δικαστικός σχηματισμός να υποκαταστήσει με τη δική του ουσιαστική εκτίμηση τις κρίσεις διακριτικής ευχέρειας που, κατά νόμο, δικαιούται να εκφέρει η διοικητική αρχή. Υπό την αντίθετη εκδοχή, το Ελεγκτικό Συνέδριο θα αναμειγνυόταν

²² Όπου προβλέπεται πρόστιμο από εκατόν δεκαεπτά (117) ευρώ μέχρι χίλια εκατόν εβδομήντα (1.170) ευρώ, στις περιπτώσεις που δεν προβλέπεται η επιστροφή πρόσθετου φόρου ή δεν προκύπτει ποσό φόρου για καταβολή.

²³ Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 2, 13η εκδ., ό.π., παρ.542-3 και 574, «σε περίπτωση ασκήσεως προσφυγής, το Συμβούλιο της Επικρατείας εξετάζει την υπόθεση εξ' υπαρχής, κατά νόμο και κατ' ουσίαν, προσδίδοντας το ίδιο στα διαπιστούμενα από αυτό πειθαρχικά παραπτώματα τον ορθό νομικό χαρακτηρισμό και επιβάλλοντας το ίδιο την πειθαρχική ποινή»βλ. ΣτΕ 415/2012, 2601,117/2010, 1312/2009, 3180/2006, 945/2004 κ.ά.

²⁴ Και ήδη άρθρο 30επ. ν.4129/2013 (ΦΕΚ Α 52/28.2.2013).

²⁵ ΕΣ(Ολ) 445/2012, σκ. V«Κατά την έννοια των διατάξεων του ως άνω άρθρου 49 του π.δ. 1225/1981 το αρμόδιο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δικάζον επί εφέσεως, έχει κατ' αρχήν πλήρη δικαιοδοσία, δικαιούμενο να προβεί σε δική του ουσιαστική κρίση για τη συνδρομή των προϋποθέσεων του νόμου για την ικανοποίηση ή όχι του διεκδικούμενου δικαιώματος και να διαμορφώσει το περιεχόμενο αυτού».

²⁶ Ολ. ΕΣ 116 - 119/2001, 1441/2001, ΕΣ 2162/2007, 1479/2008, τμ.ΙΙΙ.

²⁷ Ο οποίος πάντως δεν περιλαμβάνεται στις δικαστικές αρμοδιότητες του ΕΣ βλ. ΑΕΔ 32/2001, 20/2005.

ανεπίτρεπτα σε έργα της ενεργού διοίκησης, παραβιάζοντας την αρχή της διάκρισης των εξουσιών²⁸.

2. της σιωπής της Διοίκησης

Στην περίπτωση της παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας το Δικαστήριο σύμφωνα με την παρ.4 του άρθρου 79 του ΚΔΔικ, εφόσον δεχθεί την προσφυγή, αναπέμπει την υπόθεση στην αρμόδια αρχή, χωρίς εξουσία να προβεί σε κατ' ουσίαν κρίση πριν αποφανθεί πρώτα η διοικητική αρχή²⁹. Εντυπωσιακή παρίσταται ωστόσο η καινοτομία που εισήχθη στην περ. δ' του ως άνω άρθρου 79 παρ.5 του ΚΔΔικ επίσης στο πεδίο των φορολογικών εν γένει διαφορών, σύμφωνα με την οποία *«Αν 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»*. Με τη διάταξη αυτή, ανεξαρτήτως της συνταγματικότητας της διαφοροποίησης για τη συγκεκριμένη μόνο κατηγορία διαφορών³⁰, επεκτείνεται σημαντικά η εξουσία του δικαστή στο πεδίο των παραλείψεων οφειλόμενης ενέργειας καθώς για πρώτη φορά στην ελληνική έννομη τάξη ο δικαστής αναλαμβάνει τόσο ενεργητικό ρόλο για την αποκατάσταση της νομιμότητας σε ένα είδος παρανομίας με εξαιρετική έκταση³¹.

Η διάταξη αυτή, η οποία δεν έχει τύχει μέχρι στιγμής εφαρμογής και περαιτέρω ελέγχου συνταγματικότητας από το Συμβούλιο της Επικρατείας, υπαγορεύθηκε σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεσή του νόμου, για λόγους οικονομίας

²⁸ Ν. Μηλιώνης, Ο θεσμικός ρόλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα, 2006, σελ.283.

²⁹ ΣτΕ 216/1994, σκ.4 *«[...]το δικαστήριο, δεχόμενον την προσφυγήν του διοικουμένου κατά παραλείψεως του οικείου Οργανισμού να εκδώση εκτελεστήν πράξιν επί υποβληθέντος ασφαλιστικού αιτήματος, περιορίζεται εις την ακύρωσιν της παραλείψεως ταύτης και την παραπομπήν της υποθέσεως εις το αρμόδιον κατά περίπτωσιν ασφαλιστικόν όργανον προς εκτέλεσιν της οφειλομένης ενεργείας, μη έχον την εξουσίαν να προβή εις κατ' ουσίαν κρίσιν της υποθέσεως πριν ή αποφανθή επί του υποβληθέντος αιτήματος δι' εκδόσεως εκτελεστής πράξεως το αρμόδιονόργανον του οργανισμού κοινωνικής ασφαλίσεως»*.

³⁰ Βλ. Χ.Δετσαρίδη, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του Ν 3900/2010 που ρυθμίζουν τις φορολογικές διαφορές (οι τροποποιήσεις των άρθρων 6, 79 και 277 ΚΔΔ), ό.π., σελ.419, Χ. Χρυσανθάκη, Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη: Ο Ν 3900/2010..., ό.π..

³¹ Μάλιστα ο νομοθέτης θεώρησε την εφαρμογή των διατάξεων τόσο επιτακτική που θέσπισε ότι καλύπτει και τις εκκρεμείς φορολογικές και τελωνειακές εν γένει υποθέσεις, των οποίων η πρώτη συζήτηση σε πρώτο βαθμό διεξαγόταν ενενήντα ημέρες μετά την έναρξη ισχύος του Ν.3900/2010, την 1.1.2011.

της δίκης και αποφυγής παρελκύσεων και άσκοπης παράτασης εκκρεμοτήτων, προκειμένου να ασκεί το ίδιο το διοικητικό δικαστήριο τη διακριτική ευχέρεια, την οποία η Διοίκηση παρανόμως δεν άσκησε ή άσκησε πλημμελώς, καθώς και να αποφαίνεται εκείνο κατ' ουσίαν για το επίδικο δικαίωμα ή υποχρέωση, όταν η Διοίκηση παρέλειψε σχετική νόμιμη ενέργεια. Η επιστημονική υπηρεσία της Βουλής διατυπώνει στην σχετική έκθεση της την απερίφραστη κρίση ότι «*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*», σε αντίθεση προς τις λοιπές διαφορές ουσίας, όπου «*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*» (άρθρο 79 παρ. 3 ΚΔΔ). Η διάταξη αυτή επικρίθηκε επίσης ότι τελικά οδηγεί σε έλλειμμα δικαστικής προστασίας με το να κρίνει ο Δικαστής αν η εκδοθείσα πράξη βρίσκεται εντός των ορίων της προβλεπόμενης διακριτικής ευχέρειας, όταν είναι ο ίδιος που έλαβε τη σχετική απόφαση³².

Επισημάνθηκε εύστοχα ότι η κρίση για τη συνταγματικότητα της εν λόγω διάταξης, θα αποτελέσει οδοδείκτη για τη γενίκευση μιας εξουσίας υποκατάστασης του Δικαστή ουσίας³³. Στο παρελθόν είχε υποστηριχθεί από τη Χ. Μουκίου, η άποψη ότι το επιτρεπτό ή μη μιας τέτοιας υποκατάστασης συναρτάται προς το διαπιστωτικό ή συστατικό χαρακτήρα της πράξης η οποία παραλείπεται να εκδοθεί³⁴. Στην πρώτη περίπτωση, της παράλειψης έκδοσης διαπιστωτικής πράξης, δεν ανακύπτει ζήτημα υποκατάστασης, για το λόγο ότι απλώς θα βεβαιώνεται η “αυτοδίκαιη” επέλευση των συνεπειών που προβλέπει ο νόμος³⁵. Η άποψη αυτή εδράζεται στη λογική ότι στο διοικητικό όργανο δεν καταλείπεται καμιά δυνατότητα βουλευτικής διεργασίας, καθώς η έκδοση της απαιτούμενης διοικητικής πράξης αποτελεί μία «οιονεί εκτελεστή πράξη», με την οποία διαπιστώνεται ορισμένη πραγματική κατάσταση με την οποία μόνον έμμεσα «βούλεται» το διοικητικό όργανο την επέλευση των κατά νομών

³² Χ.Δετσαρίδης, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του Ν 3900/2010..., ό.π. σελ.420.

³³ Γ. Δελλής, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σελ.342, Χρ. Δετσαρίδης, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του Ν 3900/2010..., ό.π., σελ. 407-423.

³⁴ Χ. Μουκίου, Η "σιωπή" της διοίκησης : προς ένα de lege ferenda διοικητικό δίκαιο..., Βιβλιοθήκη Δημοσίου Δικαίου, Διευθ. Επ. Σπηλιωτόπουλος, Α. Σάκουλας 2003, Αθήνα- Κομοτηνή, σελ. 839.

³⁵ Κλασσικές περιπτώσεις διαπιστωτικών πράξεων αφορούν πχ την αυτοδίκαιη έκπτωση από την υπηρεσία λόγω αμετάκλητης ποινικής καταδίκης (ΣτΕ 1678/2009), τον καθορισμό των ορίων του αιγιαλού (ΣτΕ 3967/2008) ή την ένταξη σε θέση Συμβούλου ΟΕΥ (ΣτΕ 1484/2007).

συνεπειών³⁶. Αντίθετα, κατά την έκδοση συστατικής διοικητικής πράξης δέσμιας αρμοδιότητας, το διοικητικό όργανο διενεργεί πλήρη υπαγωγικό συλλογισμό, με μείζονα πρόταση, χωρίς, βεβαίως να έχει την εξουσία υποκειμενικής εκτίμησης αορίστων εννοιών ή επιλογής ανάμεσα σε περισσότερες νόμιμες λύσεις³⁷. Στα πλαίσια της ίδιας ανάλυσης, παρατηρήθηκε ότι η παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας επί περιπτώσεων δέσμιας αρμοδιότητας γίνεται αντιληπτή από τη νομολογία με δύο τρόπους, οι οποίοι συνεπάγονται κατ' αποτέλεσμα και διαφορετικό επίπεδο παροχής δικαστικής προστασίας. Σύμφωνα με την πρώτη, η ex lege αρνητική πράξη που συνάγεται, λογίζεται ως απλή παράλειψη απόφασης επί του αιτήματος του διοικουμένου, ως διαπίστωση της ύπαρξης νομικής υποχρέωσης της διοίκησης ν' αποφανθεί, η οποία δεν μπορεί να εξομοιωθεί πλήρως με διοικητική πράξη ούτε είναι επιδεκτική πλήρους δικαστικού ελέγχου³⁸. Αντίθετα, σε άλλες περιπτώσεις η νομολογία αντιλαμβάνεται την ex lege αρνητική πράξη ως γνήσια δήλωση βουλήσεως αρνητικού περιεχομένου, το ρυθμιστικό περιεχόμενο της οποίας προβλέπεται, βέβαια, από τη νομοθετική ρύθμιση, αλλά το ειδικότερο περιεχόμενο της βούλησης του διοικητικού οργάνου, «αναπλάθεται» από το Δικαστή με βάση τα στοιχεία που τίθενται ενώπιόν του. Στην περίπτωση αυτή, πέραν της αναπομπής στη Διοίκηση προκειμένου να αποφανθεί, αναζητείται «η πραγματική ή εικαζόμενη, έστω και ελλιπή ή ακρωτηριασμένη, βούληση του διοικητικού οργάνου» και σε τελική ανάλυση η νομιμότητα του αιτήματος του διοικουμένου³⁹. Στην δεύτερη περίπτωση, η νομολογία φαίνεται ότι υιοθετεί, ως προς το εύρος της δικαστικής εξουσίας, μια θέση πιο ανεκτική όσον αφορά την υποκατάσταση, η οποία πάντως κατά βάση εκτείνεται στην κρίση ως προς την υποχρέωση έκδοσης πράξης και λιγότερο ως προς

³⁶ Μ. Στασινόπουλος, Δίκαιον των διοικητικών πράξεων, Αθήνα, 1982, σελ.136.

³⁷ Χ. Μουκίου, Η "σιωπή" της διοίκησης: προς ένα de legeferenda διοικητικό δίκαιο..., ό.π., σελ.841, η οποία επισημαίνει ότι η βούληση του διοικητικού οργάνου επεμβαίνει σε τρία σημεία: στην ορθή επιλογή και ερμηνεία του κανόνα δικαίου, ούτως ώστε να διαπιστωθεί η ύπαρξη δέσμιας αρμοδιότητας, στην ορθή διαπίστωση του πραγματικού που τίθεται στην κρίση του και τέλος στην ορθή υπαγωγή του διαπιστωθέντος πραγματικού στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου.

³⁸ Βλ. σχετ. *ibid*, σελ.843 η οποία θεωρεί ότι η συρρίκνωση αυτή εμφανίστηκε σταδιακά στη νομολογία και επικρίνει την πρακτική αυτή αυτοπεριορισμού του δικαστή ως άγουσα σε ελλειμματική δικαστική προστασία, ιδίως στο πεδίο προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων στο οποίο καταγράφεται.

³⁹ Βλ. *ibid*, σελ.846. Η ανάπλαση αυτή, σύμφωνα με τη Μουκίου συνίσταται σε μια έμμεση(ελέω αρχής διάκρισης των λειτουργιών) μετατροπή της μη γνήσιας δήλωσης βουλήσεως σε γνήσια και καθίσταται εφικτή μέσα από τα στοιχεία που διαθέτει ο Δικαστής, ήτοι τις απόψεις της Διοίκησης προς το Δικαστήριο(βλ. πιο πρόσφατες τις ΣτΕ 2113/1986, 2717/1992, 4806/1997) και τα στοιχεία του φακέλου(ΣτΕ 1417, 1420/1983, 4522/1998). Τα στοιχεία αυτά σε συνδυασμό με το πλαίσιο υποχρεώσεων του νομοθέτη, υποκαθιστά την όλη πορεία του υπαγωγικού συλλογισμού(σελ.847).

το συγκεκριμένο ρυθμιστικό περιεχόμενο της ex lege άρνησης⁴⁰.

Τέλος στις περιπτώσεις διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, η προφανής δυσχέρεια του δικαστικού ελέγχου να προσδιορίσει περαιτέρω το περιεχόμενο της ενδεδειγμένης διοικητικής πράξης, επιβάλλει στο δικαστήριο να περιορίζεται καταρχήν στην ακύρωση της παράλειψης απόφασης, χωρίς κανένα περιθώριο υποκατάστασης⁴¹. Εξάλλου, η ανάθεση της κρίσεως σε εμπειρογνώμονες και η βάση της γνωμοδοτήσεώς τους λαμβανόμενη απόφαση του δικαστηρίου είναι αλήθεια ότι δεν θα αποτελούσε στην πραγματικότητα νομικό έλεγχο της ασκήσεως της διακριτικής ευχέρειας, αλλά επανάληψη της ασκήσεως της ευχέρειας αυτής από όργανο άλλο από εκείνο στο οποίο την ανέθεσε ο νόμος⁴².

B. «Επιτρεπτή» και απαγορευμένη εξουσία υποκατάστασης του διοικητικού δικαστή κατά τη νομολογία

1. Η διακριτική ευχέρεια και οι τεχνικές κρίσεις ως καταρχήν πυρήνας της εκτελεστικής εξουσίας.

Η νομολογία αντιλαμβάνεται το όριο της υποκατάστασης ως μεταβαλλόμενο μέγεθος και περιγράφει με αυτήν κάθε περίπτωση μη επιτρεπτής επέμβασης της δικαστικής εξουσίας στην εκτελεστική. Έτσι, χαρακτηρίζει ως απαγορευμένη υποκατάσταση και την άσκηση από το διοικητικό Δικαστή (βάσει νομοθετικού ερείσματος ή αυθαίρετα) «ουσιαστικών» εξουσιών, για κατηγορίες όμως διαφορών που θα έπρεπε να ελέγχονται μόνο ακυρωτικά.

Ενδιαφέρουσες σκέψεις για την συγκεκριμένη κατηγορία υποκατάστασης

⁴⁰ *Ibid*, σελ.852 και 856επ. αντίστοιχα. Για την υποκατάσταση μάλιστα ως προς το ρυθμιστικό περιεχόμενο θα πρέπει να μην καταλείπεται αμφισβήτηση των στοιχείων του πραγματικού της υπόθεσης.

⁴¹ Βλ. *ibid*, σελ.842.

⁴² Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, ό.π., παρ.360, απαγόρευση η οποία ισχύει και για το Δικαστή ουσίας (παρ.363). Ο Δαγτόγλου θεωρεί την κρίση του Δικαστηρίου, εκ των πραγμάτων ανεπαρκή(παρ.361) για το λόγο ότι τα εξονομικά κριτήρια επιλογής της διοικήσεως δεν είναι προσιτά στο δικαστή ως δικαστή.

διατυπώθηκαν με αφορμή μια προβληματική ρύθμιση με την οποία προβλέφθηκε αδιάκριτα ότι κάθε απόφαση της ΕΕΤΤ, ανεξαρτήτως του ατομικού ή κανονιστικού χαρακτήρα της, υπόκειται σε προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου⁴³. Το ζήτημα αντιμετώπισε για πρώτη φορά η γνωστή απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ 3919/2010, όπου έγινε δεκτό ότι από τα άρθρα 94 παρ. 1, 95 παρ. 1 περίπτ. α', 95 παρ. 3 και 26 και 43 του Συντάγματος δεν επιτρέπεται να οργανώνεται η αρμοδιότητα των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων ως εκτεινόμενη σε άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας για την εκδίκαση κατηγοριών υποθέσεων που, επιτρεπτός με βάση το κριτήριο της φύσεως και της σπουδαιότητάς τους μεταφέρονται σ' αυτά⁴⁴, εφόσον η άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας στις συγκεκριμένες κατηγορίες υποθέσεων συνεπάγεται την υπεισέλυση της δικαστικής λειτουργίας στην εκτελεστική επί θεμάτων για τα οποία η τελευταία είναι αποκλειστικώς αρμόδια⁴⁵. Από τις διευκρινίσεις που παρείχε το Δικαστήριο σε νεότερες αποφάσεις του, ως προς το ποιες περιπτώσεις συνιστούν τέτοιου είδους υπεισέλυση είναι δυνατόν να αντληθούν χρήσιμα συμπεράσματα για το πως γίνεται αντιληπτή από τη νομολογία η έννοια της υποκατάστασης, με την επιφύλαξη βεβαίως ότι οι σχετικές κρίσεις διατυπώθηκαν εξ αντανakλάσεως, με σκοπό τη διάγνωση της αληθούς φύσης των επίμαχων διοικητικών διαφορών.

Σύμφωνα λοιπόν με το Δικαστήριο, ανεπίτρεπτη υποκατάσταση αποτελεί καταρχήν σε κάθε περίπτωση η τροποποίηση κανονιστικής πράξης, καθότι κατά αποτέλεσμα ισοδυναμεί με άσκηση κανονιστικής αρμοδιότητας των αρμοδίων διοικητικών οργάνων από τα διοικητικά δικαστήρια. Ο σαφής αυτός κανόνας στηρίζεται στο στέρεο σκεπτικό ότι με τις κανονιστικές πράξεις αναγνωρίζονται δικαιώματα ή επιβάλλονται υποχρεώσεις ή ρυθμίζονται καταστάσεις απροσώπως και, συνεπώς, η μεταρρύθμισή τους από το δικαστή, θα συνιστούσε θέσπιση νέας

⁴³ Άρθρο 67 του ν. 3431/2006(Α' 13). Σημειωτέον ότι στο άρθρο 12 του νόμου αυτού προβλέπονται οι αρμοδιότητες της Ε.Ε.Τ.Τ., από τις οποίες οι περισσότερες συνίστανται σε έκδοση εκτελεστών ατομικών πράξεων και αποφάσεων κανονιστικού περιεχομένου και στις οποίες περιλαμβάνεται, μεταξύ άλλων, η χορήγηση των αδειών κατασκευής κεραιών σταθμών στην ξηρά σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις και η έκδοση κάθε αναγκαίας κανονιστικής πράξεως για την άσκηση των αρμοδιοτήτων της, η οποία περιλαμβάνει ιδίως τη διαδικασία χορηγήσεως της άδειας κατασκευής, τους όρους συνεγκαταστάσεως ή από κοινού χρήσεως ευκολιών, τις προϋποθέσεις ταυτοποιήσεως της κάθε κατασκευής κεραίας, τις διαδικασίες τροποποιήσεως ή ανακλήσεως των αδειών.

⁴⁴ Αφαιρούμενα από την ακυρωτική αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας, με βάση το κριτήριο της φύσεως και της σπουδαιότητάς τους, ζήτημα που αποτελεί το δεύτερο άξονα προβληματικής της απόφασης.

⁴⁵ Το ίδιο όριο αναγνωρίζει και η γαλλική έννομη τάξη βλ. σχετ. *D. Bailleul*, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, 2002, σελ. 380.

κανονιστικής διοικητικής πράξεως, για την οποία όμως αρμόδια είναι μόνο τα προβλεπόμενα από το άρθρο 43 του Συντάγματος όργανα της εκτελεστικής εξουσίας⁴⁶. Περαιτέρω, ζήτημα υπεισέλευσης της δικαστικής λειτουργίας στην εκτελεστική επί θεμάτων για τα οποία αυτή είναι αποκλειστικώς αρμόδια, είναι δυνατόν να ανακύψει σύμφωνα με το Δικαστήριο και επί προσβολής ατομικής διοικητικής πράξεως, ανάλογα με 1) το κατά νόμον αντικείμενό της, 2) τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την έκδοσή της 3) το χαρακτήρα της έρευνας για τη συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών και 4) τις συνέπειες, τις οποίες θα επέφερε η μεταρρύθμιση της πράξεως στα πλαίσια άσκησης πλήρους δικαιοδοσίας⁴⁷. Το Δικαστήριο επιφυλάχθηκε πάντως στην υπόθεση αυτή, δεδομένου του παρεμπόμπτοντος και συγκεκριμένου χαρακτήρα του ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων⁴⁸, να αποφανθεί για τη συνταγματικότητα ή μη της μετατροπής τους από ακυρωτικές σε ουσίας επ' ευκαιρία προσβολής αποφάσεων με βάση την εκάστοτε αρμοδιότητα της ΕΕΤΤ.

Ενώ το κριτήριο της φύσης των πράξεων ως κανονιστικών παρίσταται αρκούντως σαφές, όπως εφαρμόστηκε σε πρόσφατες αποφάσεις⁴⁹, ενδιαφέρον παρουσιάζει η εφαρμογή των κριτηρίων για τη διάγνωση του αν η πλήρης δικαιοδοσία παραβιάζει τα όρια της ανατιθεμένης αποκλειστικώς στα όργανα της Διοίκησης κρατικής εξουσίας, επί προσβολής ατομικών διοικητικών πράξεων. Καταρχήν άνευ επιφυλάξεων και μειοψηφουσών γνώμων, καταφάσκει η άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας επί διοικητικών προστίμων που επιβάλλει η Ε.Ε.Τ.Τ. με βάση τις διατάξεις του Ν. 2246/1994, εις βάρος όσων παραβιάζουν τους κανόνες ασκήσεως τηλεπικοινωνιακών δραστηριοτήτων. Την θέση αυτή στηρίζει το Δικαστήριο στην πρόβλεψη στο νόμο κλίμακας διοικητικών κυρώσεων και προστίμου ορισμένου

⁴⁶ Βλ. σκ. 8 απόφασης. Αντίστοιχη άποψη εκφράζει και η θεωρία, Γ. Δελλή, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σελ.342.

⁴⁷ Σημειωτέον ότι η τότε διατυπωθείσα μειοψηφία, θεωρούσε ότι δεν υφίστανται ειδικότερες προϋποθέσεις και περιορισμοί, ως προς την μετατροπή των διαφορών από την προσβολή ατομικών διοικητικών πράξεων σε διαφορές πλήρους δικαιοδοσίας.

⁴⁸ Ως γνωστόν, στο εγχώριο σύστημα δικαστικής προστασίας, ο παρεμπόμπων και συγκεκριμένος(η θεωρία συχνά χρησιμοποιεί αδιάστικτα τους δύο όρους) χαρακτήρας του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, επιτάσσει αυτός να διενεργείται πάντα με αφορμή κάποια συγκεκριμένη δίκη, της οποίας η έκβαση εξαρτάται από την κρίση σχετικά με τη συνταγματικότητα κρίσιμης για την επίλυση της διαφοράς νομοθετικής διάταξης. Βλ. σχετ. αντί άλλων Α. Μανιτάκη, Οι (αυτο)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπόμποντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων, 2010, <http://www.constitutionalism.gr/> = ΤοΣ 2006, σελ. 403, *idem*, Ο αυτεπάγγελτος δικαστικός έλεγχος της συμβατικότητας των νόμων και οι όροι του παραδεκτού ενόψει του παρεμπόμπτοντος χαρακτήρα του, <http://www.constitutionalism.gr/>, contra Κ. Γιαννακόπουλο, Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος(αντι)συνταγματικότητας των νόμων, ΔτΑ 16/2002, σελ.1193.

⁴⁹ ΣτΕ 617-8/2013, σκ.10.

ύψους, ανάλογα την κύρωση⁵⁰ και σίγουρα στοιχεί με την πρόσφατη τάση ουσιαστικοποίησης των διοικητικών κυρώσεων⁵¹. Επίσης, άνευ μειοψηφίας, κρίθηκε συμβατή με το προαναφερθέν συνταγματικό πλαίσιο η ουσιαστικοποίηση των διαφορών που ανακύπτουν από πράξεις της Ε.Ε.Τ.Τ. κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της για εκχώρηση ονομάτων χώρου, απόρριψη αιτήσεων εκχωρήσεως ή για διαγραφή ονόματος χώρου⁵². Στην περίπτωση αυτή, το Δικαστήριο συνέδεσε το επιτρεπτό της μετατροπής με το ότι οι διαφορές αυτές συνάπτονται με την ύπαρξη δικαιώματος επί συγκεκριμένου ονόματος χώρου και με την έκταση του περιεχομένου αυτού, έτσι ώστε το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, κατά το άρθρο 79 παρ. 3 περ. γ' του ΚΔΔικ, να δύναται να διαμορφώσει το ουσιαστικό περιεχόμενο του εν λόγω δικαιώματος, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής και ακυρώσεως πράξεως με την οποία απορρίπτεται αίτημα εκχωρήσεως ή διαγραφής ονόματος χώρου, χωρίς να χρειάζεται να αναπέμψει την υπόθεση στην Ε.Ε.Τ.Τ..

Ενδιαφέρουσες σκέψεις όσον αφορά την υποκατάσταση, διατυπώθηκαν με αφορμή δυο άλλες κατηγορίες αρμοδιοτήτων της Ε.Ε.Τ.Τ., για τη συνταγματικότητα ουσιαστικοποίησης των οποίων το Δικαστήριο πολώθηκε. Η πρώτη κατηγορία αφορά την αρμοδιότητα της Ε.Ε.Τ.Τ. να επιβάλλει στους οργανισμούς που διαπιστώθηκε ότι παραβιάζουν τους κανόνες κοστολόγησης και τιμολογήσεως των παρεχομένων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, την υποχρέωση να επιφέρουν συγκεκριμένες τροποποιήσεις στις μεθόδους αυτές, με σκοπό την άρση των παραβάσεων⁵³. Η πλειοψηφία αποφάνθηκε θετικά ως προς την ουσιαστικοποίηση αυτή, με το σκεπτικό ότι εφ' όσον διαπιστωθεί η παράβαση των οικείων διατάξεων, παρίσταται δέσμια η αρμοδιότητα να επιβληθεί στον παραβάτη η άρση των παραβάσεων, ενώ για την έκδοση της σχετικής πράξεως αρκεί η διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν την επίμαχη παράβαση⁵⁴. Στον

⁵⁰ ΣτΕ 616/2013, σκ.10.

⁵¹ Άρθρο 66 Ν.4055/2012. Η υποχρέωση άσκησης πλήρους δικαιοδοσίας από τον εθνικό δικαστή στον ποινικό τομέα, έχει την έννοια ο τελευταίος πρέπει να μπορεί να ασκήσει πλήρη έλεγχο επί του νομικού χαρακτηρισμού ή της αναλογικότητας της ποινής προς τα πραγματικά περιστατικά που προσάπτονται στον προσφεύγοντα και να προσαρμόσει την επιβληθείσα ποινή ανάλογα με τη βαρύτητα των παραβάσεων, εκτός εάν το κείμενο στο οποίο στηρίζεται η ποινή προβλέπει αυτή την προσαρμογή βλ. *Ε. Πρεβεστούρου*, Ο ακυρωτικός έλεγχος των διοικητικών πράξεων υπό το πρίσμα της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΘΠΔΔ 8-9/2010, παρ. 41.

⁵² ΣτΕ 619/2013, σκ.11.

⁵³ Βάσει των διατάξεων του ανωτέρω άρθρου 15 παρ. 3 του ν.2867/2000

⁵⁴ ΣτΕ 693/13, σκ.12. Πρβλ. επίσης ως προς την προσέγγιση αυτή την ΣτΕ 796/2009 (σκ. 10) «η Διοίκηση [...] κατά τον καθορισμό του ύψους του επιστρεπτέου ποσού ενεργεί κατά διακριτική ευχέρεια, με συνέπεια να μην είναι δυνατή ούτε στο πλαίσιο διοικητικής διαφοράς πλήρους δικαιοδοσίας η μεταρρύθμιση της πράξεως κατά το μέρος τούτο, αλλά μόνον η ακύρωσή της, εφόσον μεταρρύθμιση

αντίποδα, διατυπώθηκαν δύο μειωψηφούσες γνώμες, σύμφωνα με τις οποίες η άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας επί των διαφορών αυτών, συνεπάγεται υπεισέλευση της δικαστικής εξουσίας σε ουσιαστικές τεχνικές εκτιμήσεις της εκτελεστικής. Η μείζονα μειωψηφούσα γνώμη⁵⁵ στήριξε τη θέση της στα χαρακτηριστικά των σχετικών πράξεων και ιδίως στον πολύπλοκο χαρακτήρα των θεσπιζομένων από την ανεξάρτητη αρχή μεθόδων κοστολόγησης, ενώ η ελάσσονα⁵⁶ πρωτίστως στο αντικείμενο τους που συνίσταται σε κοστολόγηση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών των οργανισμών οι οποίοι έχουν σημαντική ισχύ στην αγορά. Αντίστοιχες θέσεις διατυπώθηκαν και επί του δικαστικού ελέγχου πράξεων της Ε.Ε.Τ.Τ., με τις οποίες χαρακτηρίζεται ένας τηλεπικοινωνιακός οργανισμός ως κατέχων σημαντική θέση στην αγορά⁵⁷. Η μεν πλειοψηφία με το ίδιο σκεπτικό έκρινε ότι εν όψει των χαρακτηριστικών του συστήματος των ρυθμίσεων που διέπουν τόσο τις προϋποθέσεις χαρακτηρισμού ενός τηλεπικοινωνιακού οργανισμού ως κατέχοντος σημαντική θέση στην αγορά όσον και τις συνέπειες του χαρακτηρισμού αυτού⁵⁸, η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια, με συνέπεια επιτρεπώς να χωρεί ουσιαστικός έλεγχος σε διαφορές που ανακύπτουν από την προσβολή τους. Αντίθετα, η μονήρης διατυπωθείσα μειοψηφία υποστήριξε ότι η ουσιαστικοποίηση των διαφορών προσκρούει στον πολύπλοκο χαρακτήρα της απαιτούμενης από την ανεξάρτητη αρχή έρευνας.

Από την πόλωση αυτή αναδεικνύεται το ασαφές της έννοιας της απαγορευμένης υπεισέλευσης της δικαστικής εξουσίας στο έργο της εκτελεστικής ή καλύτερα η εν τοις πράγμασι συνάρτηση του ορίου μεταξύ τους από την ύπαρξη

αυτής θα οδηγούσε σε υποκατάσταση της Διοικήσεως στην άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας. Επομένως και ο δικάζων επί ανακοπής δικαστής θα περιοριζόταν στον έλεγχο της μη υπερβάσεως των νομίμων ορίων της διακριτικής εξουσίας, για να κρίνει περί της νομιμότητας του νομίμου τίτλου».

⁵⁵ Το συμπέρασμα αυτό δεν αναιρείται από το γεγονός ότι το εφαρμοζόμενο νομοθετικό καθεστώς φαίνεται να προδιαγράφει τις αρχές που διέπουν την κοστολόγηση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών των οργανισμών που έχουν σημαντική ισχύ στην αγορά και να θεσπίζει συγκεκριμένες κοστολογικές μεθόδους. Πρώτον μεν διότι οι αρχές αυτές (προσανατολισμός προς το κόστος, διαφάνεια) είναι εξ ορισμού ασαφείς και δυσπροσδιόριστες, με συνέπεια η βασική εν προκειμένω πράξη της διαδικασίας να είναι η κατά περίπτωση διενεργούμενη υπαγωγή στην έννοια του νόμου, που απαιτεί σύνθετες και πολύπλοκες εκτιμήσεις, και όχι η αφηρημένη θέσπιση των αρχών.

⁵⁶ Του Αντιπροέδρου Κ. Μενουδάκου, της Συμβούλου Μ.Ε. Κωνσταντινίδου και της Παρέδρου Μ. Σταματοπούλου.

⁵⁷ ΣτΕ 620-2/2013.

⁵⁸ Σύμφωνα με την απόφαση κύριο γνώρισμα του συστήματος αυτού είναι «η ευθεία από τις διατάξεις του ... νόμου (και της οδηγίας 97/33ΕΚ) καθιέρωση των προϋποθέσεων του χαρακτηρισμού ενός τηλεπικοινωνιακού οργανισμού ως κατέχοντος σημαντική θέση στη σχετική αγορά (κατοχή ορισμένου μεριδίου στην αγορά ή άλλων προϋποθέσεων που εξασφαλίζουν σημαντική ισχύ μιας επιχείρησης, καθορισμός του αντικειμένου και των γεωγραφικών ορίων της σχετικής αγοράς) και η αυτοδίκαιη επιβολή του συνόλου των συνεπειών (συγκεκριμένο και ολοκληρωμένο πλέγμα ειδικών υποχρεώσεων με το εκτεθέν περιεχόμενο)».

δέσμιας αρμοδιότητας ή διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης. Οι μειοψηφίες που αναφέρθηκαν στις ανωτέρω υποθέσεις⁵⁹ υπογράμμισαν ότι δεν αρκεί για να γίνει δεκτή δέσμια αρμοδιότητα της Ε.Ε.Τ.Τ., το γεγονός ότι το εφαρμοζόμενο νομοθετικό καθεστώς φαίνεται να προδιαγράφει τα κριτήρια χαρακτηρισμού ενός τηλεπικοινωνιακού οργανισμού ως κατέχοντος σημαντική θέση στην αγορά⁶⁰ ή τις αρχές που διέπουν την κοστολόγηση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών των οργανισμών αυτών και ότι θεσπίζει συγκεκριμένες κοστολογικές μεθόδους⁶¹. Και τούτο γιατί τα κριτήρια τα οποία καλείται να εφαρμόσει η ανεξάρτητη αρχή⁶² «είναι εξ ορισμού ασαφή και δυσπροσδιόριστα, με συνέπεια η βασική εν προκειμένω πράξη της διαδικασίας να είναι η κατά περίπτωση διενεργούμενη υπαγωγή στην έννοια του νόμου, που απαιτεί σύνθετες και πολύπλοκες εκτιμήσεις, και όχι η αφηρημένη θέσπιση των κριτηρίων»⁶³. Στην θεωρία έχει επισημανθεί η ρευστότητα των ορίων της δέσμιας αρμοδιότητάς και διακριτικής ευχέρειας και ειδικότερα ότι η τελευταία, δεν υπάρχει μόνο όταν η διοίκηση δικαιούται κατά νόμο να επιλέξει μεταξύ διαφόρων νομίμων λύσεων, αλλά και όταν της ανατίθεται η εκτίμηση και αξιολόγηση αορίστων νομικών εννοιών, ιδιοτήτων ή περιστατικών⁶⁴. Προβληματισμό πάντως γεννά η σύνδεση της απαγορευμένης ουσιαστικοποίησης με την ύπαρξη δέσμιας αρμοδιότητας, στην οποία προέβη η πλειοψηφία στις ως άνω αποφάσεις, δεδομένου του άρθρου 79 παρ.3 γ' ΚΔΔικ το οποίο κάνει ρητώς λόγο για αναπομπή της ουσιαστικής διαφοράς στην Διοίκηση, αν η τελευταία δεν έχει ασκήσει τη διακριτική της εξουσία⁶⁵. Ως εκ τούτου,

⁵⁹ Κρίση η οποία αν και νοηματικά συνέχεται με το ζήτημα της ουσιαστικοποίησης των διαφορών, διατυπώνεται πάντως στα πλαίσια της έτερης προβληματικής των αποφάσεων αυτών, ήτοι της μεταφοράς διαφορών από το ΣτΕ στην τακτική διοικητική δικαιοσύνη.

⁶⁰ ΣτΕ 620-2/2013, σκ.11.

⁶¹ ΣτΕ 693/2013, σκ.12.

⁶² Για τον χαρακτηρισμό του οργανισμού ως κατέχοντος σημαντική θέση, η δυνατότητά του να επηρεάζει τις συνθήκες της αγοράς, ο κύκλος εργασιών του σε σχέση με το μέγεθος της αγοράς, ο έλεγχος που ασκεί στα μέσα πρόσβασης στους τελικούς χρήστες, η πρόσβασή του σε χρηματοπιστωτικούς πόρους και η πείρα του στην παροχή υπηρεσιών και προϊόντων στην αγορά και όσον αφορά τις αρχές της κοστολόγησης, τον προσανατολισμό προς το κόστος και τη διαφάνεια.

⁶³ ΣτΕ 620/2013, σκ.11.

⁶⁴ Π. Λαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 2012, ό.π., παρ.356, οποίος σε άλλα σημεία παρατηρεί ότι η δέσμευση ή διακριτική ευχέρεια της διοικήσεως θεμελιώνεται όχι μόνο με την επιλογή του ρήματος στην διατύπωση του νόμου, αλλά σε σημαντικό βαθμό με την επιλογή των εννοιών που χρησιμοποιεί ο νόμος (παρ.346), καταλήγοντας ότι(παρ.347) η δέσμευση παύει και η διακριτική ευχέρεια αρχίζει στο σημείο που ο καθορισμός των αορίστων εννοιών εκ μέρους της Διοικήσεως δεν είναι πια ερμηνεία και γίνεται αξιολόγηση. Αντίθετα ο Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 1, 13η εκδ., ό.π., παρ.150-151. Τα ρευστά όρια της διάκρισης και τον κυρίαρχο ρόλο του δικαστή στην οριοθέτηση αυτή, παρατηρούν και οι γάλλοι θεωρητικοί, J.-M. Peyricat, Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l' annulation, AJDA 1996, σελ.22. Βλ. ενδ. στην εγχώρια νομολογία την πρόσφατη ΣτΕ 3816/2013 7μ, για την ύπαρξη ή μη διακριτικής ευχέρειας, προκειμένου για την υποχρέωση προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου.

⁶⁵ Αξιομνημόνευτη είναι η παρατήρηση της μειοψηφίας στην απόφαση ΣτΕ(Ολ) 1630-

εφόσον ο νομοθέτης ρητώς περιλαμβάνει στο πεδίο των ουσιαστικών διαφορών τις περιπτώσεις διακριτικής εξουσίας της διοίκησης, ορθότερη φαίνεται η αντίληψη που εκφράζεται από τη μειοψηφία, η οποία προσδιορίζει το όριο της απαγορευμένης υπεισέλευσης με βάση το τεχνικό χαρακτήρα⁶⁶. Άλλωστε επί τεχνικών κρίσεων, δεν αποκλείεται να παρίσταται μια μόνο η κατάλληλη ή βέλτιστη ή πιο συμφέρουσα λύση, να γεννάται δηλαδή δέσμια αρμοδιότητα για τη Διοίκηση⁶⁷.

Ένα άλλο χαρακτηριστικό πεδίο διαφορών όπου το τεχνικό περιεχόμενο των διοικητικών κρίσεων αναδείχθηκε επίσης ως όριο του ουσιαστικού ελέγχου είναι οι περιπτώσεις που το Διοικητικό Πρωτοδικείο ακυρώνει την παράλειψη της Διοίκησης να προβεί σε τροποποίηση του ρυμοτομικού σχεδίου ή της πολεοδομικής μελέτης, διαφορές οι οποίες εκδικάζονται κατά την πρόβλεψη του άρθρου 11 παρ. 4 του Κ.Α.Α.Α.⁶⁸ ως διαφορές ουσίας, ενώ στο παρελθόν δικάζονταν ως ακυρωτικές. Το Συμβούλιο της Επικρατείας διευκρίνισε ότι η νομοθετική μεταβολή δεν συνεπάγεται

1633/2009, σύμφωνα με την οποία πλήθος κατηγοριών υποθέσεων που έχουν καταστεί ουσιαστικές από καταβολής διοικητικών δικαστηρίων, αφορούν πράξεις εκδιδόμενες κατά διακριτική ευχέρεια ή κατά δέσμια αρμοδιότητα κατόπιν ουσιαστικών εκτιμήσεων ή τεχνικών κρίσεων, όπως πχ υποθέσεις αναδασμού, στις οποίες (Ν. 1644/1986, άρθρο 18) οι πράξεις με τις οποίες διενεργείται αναδασμός κατόπιν εκτίμησης και ποιοτικής κατάταξης αγροτεμαχίων, η οποία μάλιστα γίνεται από Επιτροπή Εμπειρογνομόνων (βλ. ΣτΕ 1315/1992 Ολ., με τη σκέψη ότι τα ζητήματα που θέτουν οι διαφορές από τον αναδασμό είναι προεχόντως ζητήματα ουσιαστικά, ανάγονται δηλαδή στη θέση και την αξία των αγροτεμαχίων, όπως διαμορφώνονται από τον αναδασμό, σε σχέση με τα αρχικά αγροτεμάχια και συνεπώς εύλογο είναι να θεωρηθεί ότι ο νομοθέτης θέλησε να αναθέσει στο διοικητικό δικαστήριο όχι απλώς τον ακυρωτικό έλεγχο αλλά και την ουσιαστική διαμόρφωση της διοικητικής κατάστασης που απορρέει από τον αναδασμό) ή υποθέσεις μεταλλείων (Ν. 1496/1983 άρθρο 1 παρ.2), στις οποίες υπόκεινται σε προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού πρωτοδικείου, οι υπουργικές αποφάσεις με τις οποίες ο Υπουργός Ενέργειας και Φυσικών Πόρων (ήδη Ανάπτυξης) αποφαινεται, «ύστερα από ουσιαστική κρίση, κατά την οποία εκτιμάται και το γενικότερο δημόσιο συμφέρον».

⁶⁶ Βλ. έτσι Β. Καρακώστα, Η διάκριση σε διοικητικές διαφορές ουσίας και ακύρωσης και η επίκρισή της, ΕΔΚΑ 1985, σελ.133 επ., ο οποίος αποδίδει στον τεχνικό χαρακτήρα πεδίων της διοικητικής δράσης, το «φύσει» ανεπίδεκτο της ουσιαστικοποίησής τους. Πάντως στη θεωρία έχουν διατυπωθεί θέσεις τόσο υπέρ της δυνατότητας πλήρους ελέγχου των τεχνικών εννοιών όσο και περί του περιορισμένου του ελέγχου. Η πρώτη θέση χρησιμοποιεί κυρίως νομικά επιχειρήματα, ενώ η δεύτερη καταφεύγει σε δικαιολογικά, όπως η αρχή της διάκρισης των λειτουργιών και η ύπαρξη εγγενών ορίων σε ορισμένα πεδία διοικητικής δράσης τα οποία ανάγονται στο τεχνοκρατικό χαρακτήρα αυτών, αλλά και ότι ο δικαστής δεν διαθέτει τη σχετική νομιμοποίηση. Βλ. για την σχετική συζήτηση στη γερμανική θεωρία Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστες και τεχνικές έννοιες στη Δημόσιο Δίκαιο, Μελέτες Διοικητικού Δικαίου 6, Εκδ. Σάκκουλα Θεσσαλονίκη, 1997 σελ. 113-116 και τις εκεί παρατιθέμενες βιβλιογραφικές αναφορές.

⁶⁷ Σύμφωνα και με την άποψη που ακολουθεί το ΒVerwG, σε αντίθεση με τις αξιολογικές αόριστες έννοιες, οι τεχνικές έννοιες δεν παραπέμπουν σε υποκειμενικές εκτιμήσεις αλλά σε αντικειμενικά κριτήρια, όπως συμβαίνει πχ με την έννοια των αναγνωρισμένων κανόνων της επιστήμης και της τέχνης οι οποίοι προσδιορίζονται από την πλειοψηφία των επαϊόντων Βλ. Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστες και τεχνικές έννοιες στη Δημόσιο Δίκαιο, ό.π., σελ. 107, αλλά και σελ.108-9 για την αντίθετη άποψη σε επίπεδο συγκριτικού δικαίου, η οποία προβάλλει επιχειρήματα περί συνθετότητας του πραγματικού που αποτελεί προϋπόθεση εφαρμογής τους, αλλά και δικαιολογικά, αναγόμενα στην εξάρτηση της δικαιοθετικής εξουσίας από ομάδες συμφερόντων, Η. Κουβαρά, Ηλεκτρομαγνητικά πεδία και αρχή της προφύλαξης: Η αναπόφευκτη επέμβαση της νομολογίας, ΔτΑ 2011, σελ. 889(σελ.904).

⁶⁸ Ο οποίος κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν.2882/2011(ΦΕΚ Α' 17/6.2.2001).

τη δυνατότητα του αρμόδιου τριμελούς διοικητικού πρωτοδικείου να προβεί το ίδιο στην προσήκουσα ρυμοτομική ρύθμιση. Αντίθετα σύμφωνα με το Δικαστήριο, αν γίνει δεκτή η αίτηση του θιγομένου ιδιοκτήτη να ακυρωθεί η παράλειψη της Διοίκησης να άρει τη ρυμοτομική απαλλοτρίωση, η υπόθεση αναπέμπεται στη Διοίκηση, προκειμένου, «αυτή και μόνον», αφού προβεί στην άρση της ρυμοτομικής απαλλοτρίωσης, σε συμμόρφωση προς την εκδοθείσα δικαστική απόφαση, να προβεί στις νόμιμες ενέργειες⁶⁹. Αντίστοιχη αντιμετώπιση είχαν και οι διαφορές από απόφαση νομάρχη (και εν συνεχεία του Γενικού Γραμματέα Περιφέρειας) περί χαρακτηρισμού κτίσματος εντός δασικής περιοχής ως αυθαιρέτου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 114 του ν. 1892/1990⁷⁰. Ακόμα λοιπόν και αν ο έλεγχος στον οποίο προβαίνει το διοικητικό δικαστήριο χαρακτηρίζεται ως ουσιαστικός, με την έννοια ότι εκτείνεται και σε έλεγχο του πραγματικού, είναι δυνατόν η φύση των διαφορών ως τεχνικών να περιορίζει εκ των πραγμάτων τις εξουσίες του δικαστή, σε απλή αναπομπή προς τη Διοίκηση⁷¹.

⁶⁹ Οι οποίες είναι δυνατόν να είναι: α) είτε να τροποποιήσει το ρυμοτομικό σχέδιο κατά τρόπο, ώστε να μεταβάλλεται ο συνεπαγόμενος την αναγκαστική απαλλοτρίωση χαρακτηρισμός του ακινήτου, είτε, β) εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις, να επανεπιβάλει την αρθείσα αναγκαστική απαλλοτρίωση, είτε, τέλος, γ) να θεωρήσει ότι η ιδιοκτησία αυτή παραμένει, για νόμιμο λόγο (π.χ. δασικός χαρακτήρας, οριοθέτηση αιγιαλού ή ρέματος κ.λπ.), εκτός πολεοδομικού σχεδιασμού, οπότε και δεν υποχρεούται σε εισφορά γης και χρήματος βλ. ΣτΕ 603-4/2008, βλ. και Δ. Χριστοφιλόπουλου, Τροποποίηση Ρυμοτομικών Σχεδίων, εκπόνηση-έγκριση-εφαρμογή πολεοδομικών σχεδίων, 2011, σελ.271επ.και ιδίως Γ. Σκουρλέτο, Η άρνηση της διοικήσεως να προβεί στην ανάκληση συντελουμένων ρυμοτομικών απαλλοτριώσεων και στην άρση διατηρούμενων επί μακρόν ρυμοτομικών βαρών προκαλεί διοικητική διαφορά ουσίας; ΔιΔικ 2003, σελ.1097, ο οποίος είχε επισημάνει ότι το διοικητικό πρωτοδικείο δεν μπορεί παρά να περιορίζεται στην ακύρωση και αναπομπή της πράξης.

⁷⁰ ΣτΕ2833/2013, 1157/2007. Ήδη γίνεται δεκτό ότι η σχετική διάταξη (άρθρο 114 παρ.3 δ') θεωρείται κατηργημένη από 8.6.2008, δεδομένης της θέσης σε ισχύ του άρθρου 49 παρ.3 του Ν. 3659/2008(ΦΕΚ Α'77), έτσι ώστε οι διαφορές υπάγονται στην ακυρωτική αρμοδιότητα του Διοικητικού Εφετείου. Από την άλλη πλευρά έχει επισημανθεί ιδίως επί σιωπής του νομοθέτη, ο περιορισμός του ελέγχου σε έλεγχο νομιμότητας θα πρέπει να εξετάζεται υπό πολύ αυστηρούς όρους βλ. σχετ. Π. Λαζαράτο, Η δυνατότητα τροποποίησης της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξεως ως στοιχείο χαρακτηρισμού διοικητικής διαφοράς ως διαφοράς ουσίας (με αφορμή την ΣτΕ 5352/1995), ΔιΔικ 1996, σελ.597 (σελ. 599).

⁷¹ «το διοικητικό δικαστήριο, δικάζον επί προσφυγής ουσίας έχει μεν κατ' αρχήν πλήρη δικαιοδοσία, δικαιούμενο να προβεί σε δική του ουσιαστική εκτίμηση περί της συνδρομής των προϋποθέσεων του νόμου για την ικανοποίηση του διεκδικούμενου δικαιώματος και να διαμορφώσει τελικώς το περιεχόμενο αυτού, αν, όμως, η συγκεκριμένη διοικητική πράξη περιέχει κρίση επί τεχνικής φύσεως θεμάτων, για τα οποία απαιτούνται εξειδικευμένες γνώσεις επιστήμης ή τέχνης, η οποία κρίση έχει ανατεθεί από το νόμο σε ειδικά όργανα, το διοικητικό δικαστήριο περιορίζεται σε έλεγχο νομιμότητας της πράξεως αυτής, ο οποίος περιλαμβάνει και την πλάνη περί τα πράγματα και την πληρότητα της αιτιολογίας. Όταν δε κρίνει ότι η τοιαύτη διοικητική πράξη δεν αιτιολογείται νομίμως ή επαρκώς, προβαίνει, είτε σε ακύρωσή της και αναπομπή του θέματος στο αρμόδιο τεχνικό όργανο της διοικήσεως είτε σε έκδοση προδικαστικής αποφάσεως [...], μη δικαιούμενο πάντως να υποκατασταθεί στην αρμοδιότητα του οργάνου αυτού και να εκφέρει δική του κρίση επί του συγκεκριμένου τεχνικής φύσεως θέματος» ΣτΕ 177/1996 και αντίστοιχες 1222/1979 Ολ., 2375/1988. Ως γνωστόν, το Συμβούλιο της Επικρατείας δεν αρκείται στο νομοθετικό χαρακτηρισμό των διοικητικών διαφορών, αλλά τη διερευνά μέσω της ερμηνείας των διατάξεων με τις οποίες οργανώνεται η δικονομική προστασία των

Με την πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειας 217/2016, το Συμβούλιο της Επικρατείας συστηματοποίησε τον ακόλουθο νομολογιακό κανόνα για το τι συνιστά απαγορευμένη υπεισέλευση της δικαστικής λειτουργίας στην εκτελεστική επί θεμάτων για τα οποία η τελευταία είναι αποκλειστικώς αρμόδια. Ο κανόνας αυτός χαρακτηρίζεται μεν ρητώς ως μη αποκλειστικός, παρουσιάζει εντούτοις πληρότητα στην κατάστρωσή του. Ειδικότερα, συνιστά τέτοιου είδους υπεισέλευση και η περίπτωση που, εν όψει του κατά το νόμο αντικειμένου της προσβαλλομένης ατομικής διοικητικής πράξεως, των προϋποθέσεων που απαιτούνται για την έκδοσή της και του χαρακτήρα της έρευνας, βάσει της οποίας μπορεί να διαπιστωθεί η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών, καθώς και των συνεπειών, τις οποίες θα επέφερε η μεταρρύθμιση της πράξεως, η άσκηση πλήρους δικαιοδοσίας θα παραβίαζε τα όρια της αρμοδιότητος, η οποία ανατίθεται αποκλειστικώς στα όργανα της εκτελεστικής εξουσίας, βάσει της αρχής της διακρίσεως των λειτουργιών⁷². Στην προκειμένη περίπτωση κρίθηκε ότι δεν είναι δεκτική ουσιαστικού δικαστικού ελέγχου, η έγκριση τεχνικής μελέτης, η οποία, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία⁷³, αποτελεί πλέον και έγκριση δόμησης⁷⁴, με το σκεπτικό ότι, αφενός ως έγκριση δόμησης αποτελεί πλέον διαφορά που από την φύση της είναι ακυρωτική, αφετέρου η κατά νόμο αρμόδια για την έγκριση της τεχνικής μελέτης διοικητική αρχή προβαίνει σε εκτίμηση που συνδέεται με τον έλεγχο κριτηρίων, μεταξύ άλλων, αναγομένων στην προστασία του περιβάλλοντος και της βιώσιμης ανάπτυξης, η εκτίμηση των οποίων ανήκει στο πεδίο δράσεώς της αφού η άσκηση της αρμοδιότητας αυτής συναρτάται ευθέως με ειδικές επιστημονικές γνώσεις και τεχνικές κρίσεις. Η αξιωματική αναγωγή στη φύση των διαφορών από την έγκριση δόμησης ως ακυρωτικών⁷⁵, στα πλαίσια ενός σύνθετου δικανικού συλλογισμού με διπλό έρεισμα, δεν αναιρεί τη διαπίστωση ότι η νομολογία προσπαθεί να προσδιορίσει καταρχήν ορθολογικά κριτήρια για τη διάκριση των διαφορών σε ακυρωτικές και ουσίας και τελικά να αποσαφηνίσει το όριο της απαγορευμένης υπεισέλευσης της δικαστικής λειτουργίας στο έργο της εκτελεστικής.

διαδίκων, ενώ περαιτέρω δεν αρκείται ούτε στο προσφορότερο από απόψεως είδους και εκτάσεως του ελέγχου βλ. σχετ. *Ι. Συμεωνίδη*, Η κατανομή των αρμοδιοτήτων στο εσωτερικό της διοικητικής δικαιοσύνης κατά τα άρθρα 94 και 95 του Συντάγματος, ΕφημΔΔ 5/2006, σελ. 550.

⁷² Σκέψη 3 ΣτΕ Ολ 217/2016 με παρατηρήσεις *Ε. Πρεβεδούρου*, ΘΠΔΔ 2016, σελ.38.

⁷³ Σύμφωνα με το άρθρο 161 του Μεταλλευτικού Κώδικα (ΝΔ 210/1973, Α' 277), όπως ισχύει μετά την αντικατάσταση του άρθρου αυτού με το άρθρο 54 παρ. 8 του Ν 4280/2014 (Α' 159)

⁷⁴ Κατά την έννοια του άρθρου 3 παρ. 1 του Ν 4030/2011 («Νέος τρόπος έκδοσης αδειών δόμησης, ελέγχου κατασκευών κ.λπ.», Α' 249).

⁷⁵ Έτσι η *Ε. Πρεβεδούρου*, ό.π., ΘΠΔΔ 2016, σελ.38.

Συμπερασματικά, το όριο της απαγορευμένης υποκατάστασης αποτυπώνεται στη διάκριση των διαφορών σε ακυρωτικές και ουσίας, όπως βεβαίως αυτή ελέγχεται κάθε φορά από το Συμβούλιο της Επικρατείας η δε υπέρβαση των φυσικών ορίων του ακυρωτικού ελέγχου φαίνεται να έχει ως αυτόματη συνέπεια της υποκατάστασης της Διοίκησης⁷⁶. Από την ανωτέρω νομολογία, ανεξαρτήτως των ενδοιασμών που εκθέσαμε, φαίνεται ότι ως μη υποκαταστάσιμες λειτουργίες της Διοίκησης παρίστανται καταρχήν, παρά τις δυσκολίες προσδιορισμού τους, αυτές της διακριτικής ευχέρειας⁷⁷ και της εκφοράς τεχνικών κρίσεων⁷⁸. Διευκρινίζεται πάντως

⁷⁶ Επί ελέγχου πράξεως του ΑΣΕΠ από το Διοικητικό Εφετείο, το ΣτΕ διαπιστώνει ότι το δικάσαν δικαστήριο «υπερέβη τα όρια της ακυρωτικής δικαιοδοσίας του και υποκατέστησε την Διοίκηση σε κρίση ουσίας», με το να δεχθεί ως αποδεδειγμένη την εμπειρία της εφεσίβλητης επί τη βάσει των αναφερομένων στην βεβαίωση της εργοδοτιδός της εταιρείας και κατόπιν εκτιμήσεως της βεβαιώσεως αυτής σύμφωνα με τα παρατιθέμενα στην εκκαλουμένη απόφαση ως διδάγματα κοινής πείρας. Και τούτο υπό το σκεπτικό ότι «κατά τον ακυρωτικό έλεγχο των διοικητικών πράξεων η χρήση από το δικαστήριο διδαγμάτων της κοινής πείρας είναι μεν επιτρεπτή ως μέσον ερμηνείας νόμου, δεν είναι όμως επιτρεπτή και ως μέσον ουσιαστικής εκτιμήσεως αποδεικτικών στοιχείων» ΣτΕ 2330/07. Πολύ περισσότερο βεβαίως δεν νοείται εξουσία υποκατάστασης του τακτικού διοικητικού δικαστή κατά την εκδίκαση αγωγής, κατά την οποία ελέγχεται παρεμπιπτόντως η νομιμότητα της πράξης ή παράλειψης επί της οποίας θεμελιώνεται η αξίωση προς αποζημίωση, όταν μάλιστα ο ασκούμενος έλεγχος είναι ακυρωτικός, λόγω της τεχνικής κρίσης του αρμοδίου οργάνου ΣτΕ 2803/2006 παρ., 2168/2007 (7μ).

⁷⁷ Εξάλλου, η νομοθετική πρόβλεψη να διαθέτουν οι εθνικές διοικητικές αρχές σε ορισμένες περιπτώσεις, ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως, όπως επί επιλογής των καταλληλότερων υπαλλήλων για τις ανώτατες θέσεις της υπαλληλικής ιεραρχίας, κατά το 83 παρ.4 ΥΚ (ΣτΕ 1070/2008) και για προαγωγές των μελών του ΝΣΚ (ΣτΕ Ολ 411-3/2011, 2243/2011 Ολ), δεν φαίνεται ότι αντίκειται στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, βλ. σχετ. και Ε. Πρεβεδούρου, Η επιρροή του ευρωπαϊκού δικαίου στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΝΒ, 2012, σελ.134, η οποία επίσης θεωρεί ότι στην άσκηση αυτή της ευρείας διακριτικής ευχέρειας προσιδιάζει έλεγχος νομιμότητας με την άσκηση αίτησης ακύρωσης.

⁷⁸ Έχει πάντως επισημανθεί ότι οι περισσότερες περιπτώσεις ανέλεγκτης ουσιαστικής εκτίμησης αφορούν τεχνικές κρίσεις, Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστες και τεχνικές έννοιες στη Δημόσιο Δίκαιο, ό.π., σελ.125. Ενδιαφέρουσες σκέψεις είχαν διατυπωθεί -όπως συμβαίνει συχνά σε παραπεμπτικές αποφάσεις- και στην ΣτΕ 1631/2009 Δ 7μ παρ. Όλ., από τις οποίες φαίνεται ότι ως κρίσιμο όριο στον ουσιαστικό έλεγχο παρίσταται πρωτίστως η εκφορά τεχνικής κρίσης και όχι η συνδρομή διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης: «Εξάλλου, πρόσφορες κατηγορίες ακυρωτικών διοικητικών διαφορών για να μετατραπούν, με διάταξη νόμου, σε διοικητικές διαφορές ουσίας, είναι εκείνες που γεννώνται από την προσβολή πράξεων εκδιδόμενων κατ' ενάσκηση δεσμίας αρμοδιότητας, δηλαδή κατόπιν διαπιστώσεως της συνδρομής των τασσομένων στον νόμο προϋποθέσεων, χωρίς όμως να είναι αναγκαία προς τούτο η διατύπωση τεχνικής κρίσεως. Δεν είναι, αντιθέτως, 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, δηλαδή κρίσεως που απαιτεί, αναγκαίως, ειδικές επιστημονικές γνώσεις, τις οποίες δεν διαθέτει ο διοικητικός δικαστής. Διότι, σε μια τέτοια περίπτωση, ο διοικητικός δικαστής δεν θα ήταν σε θέση να ασκήσει πλήρη δικαιοδοσία, εκφέροντας ιδία περί πραγμάτων κρίση αναφορικά με τη συνδρομή των τασσομένων νομίμων προϋποθέσεων, αλλά θα περιοριζόταν αναγκαίως, όπως ακριβώς επί ακυρωτικών διαφορών, στον έλεγχο της διατυπώσεως εκ μέρους της Διοικήσεως πλήρως αιτιολογημένης τεχνικής κρίσεως και στην ακύρωση (όχι δε στη μεταρρύθμιση) της διοικητικής πράξεως, αν κρίνει ανατιολόγητη την τεχνική αυτή κρίση. Κατά μείζονα λόγο, δεν είναι πρόσφορες να μετατραπούν σε διοικητικές διαφορές ουσίας οι διαφορές που γεννώνται από την προσβολή πράξεων που εκδίδονται κατά διακριτική ευχέρεια, ασκούμενη βάσει νομίμων κριτηρίων, τα οποία δεν συγκροτούν νομικές έννοιες αλλά καταλείπουν στη Διοίκηση περιθώριο διατυπώσεως αξιολογικών εκτιμήσεων. Διότι, και στην περίπτωση αυτή, ο διοικητικός δικαστής δεν θα ήταν σε θέση να ασκήσει πλήρη δικαιοδοσία, προσδιορίζοντας εκάστοτε ο ίδιος συγκεκριμένως το προσιδιάζον σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, υπό τις συντρέχουσες περιστάσεις, νοηματικό περιεχόμενο των νομίμων κριτηρίων ασκήσεως της διακριτικής ευχερείας και μεταρρυθμίζοντας, αντιστοίχως, τη σχετική πράξη, εφόσον τούτο θα συνιστούσε

ότι η εκφορά τεχνικής κρίσης από τη Διοίκηση διακρίνεται από τη χρήση από το νομοθέτη τεχνικής ορολογίας ως στοιχείο του κανόνα δικαίου, οπότε και η ερμηνεία και εφαρμογή του συγκεκριμένου όρου υπόκειται σαφώς στο δικαστικό έλεγχο, το δε βάθος του ελέγχου είναι το ίδιο ανεξαρτήτως του ακυρωτικού ή του ουσιαστικού χαρακτήρα του ελέγχου αυτού⁷⁹.

2. Τα προκεχωρημένα όρια της υποκατάστασης σε περίπτωση διοικητικής δυστροπίας

Ακόμα και τα ανωτέρω, εμφανιζόμενα ως προπύργια της εκτελεστικής εξουσίας, φαίνεται να υποχωρούν στις περιπτώσεις που η Διοίκηση καταστρατηγεί το θεσμικό της ρόλο. Η νομολογία αποδέχεται ορισμένου είδους υποκατάσταση, υπό αυστηρούς βεβαίως όρους, προκειμένου να μην απεμπολείται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, σε περιπτώσεις που η Διοίκηση αρνείται, κατόπιν της δικαστικής απόφασης, να εκφέρει τη δέουσα κρίση ή να εκφέρει καν κρίση. Εξάλλου, κατά κάποιον τρόπο, προληπτική υποκατάσταση (πραγματικής βάσης) συνιστά κατ' αποτέλεσμα ο κανόνας τόσο στις ακυρωτικές διαφορές⁸⁰ όσο και στις διαφορές ουσίας⁸¹, σύμφωνα με τον οποίο όταν η Διοίκηση δεν αποστέλλει στο Συμβούλιο της Επικρατείας τον φάκελο της υπόθεσης, παρά την έκδοση σχετικής προδικαστικής απόφασης που την υποχρεώνει προς τούτο, η στάση της αυτή δεν έχει ως μόνη συνέπεια τη δυνατότητα να κινηθεί πειθαρχική δίωξη κατά των υπευθύνων υπαλλήλων, αλλά επιτρέπει επί πλέον στο Δικαστήριο να συναγάγει σχετικό τεκμήριο και να θεωρήσει ακριβή την πραγματική βάση των ισχυρισμών του αιτούντος. Στη συνέχεια παρουσιάζονται οι δύο βασικές περιπτώσεις που κατόπιν δικαστικής απόφασης προς την οποία δε συμμορφώνεται η Διοίκηση, το δικαστήριο προβαίνει σε εν τοις πράγμασι υποκατάσταση.

υποκατάσταση της Διοικήσεως στην άσκηση της ευχερείας αυτής, κατά παραβίαση της συναγόμενης από το άρθρο 26 του Συντάγματος αρχής της διακρίσεως των λειτουργιών».

⁷⁹ Βλ. Γ. Δελλή, Ο δικαστικός έλεγχος της κυρωτικής λειτουργίας των ανεξάρτητων διοικητικών αρχών, Δίκη 2003(Νοεμβ.) παρ.34, υποσ.33, ο οποίος χρησιμοποιεί ως παράδειγμα την αρχή της «κοστοστρέφειας» στην παροχή ορισμένων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών (ν. 2867/00, π.δ. 165/99 και 181/99).

⁸⁰ Αρχικά νομολογιακά (ΣτΕ 811/2008, 183/2006, 1195/2001, 2479/1996), ενώ ήδη προβλέφθηκε ρητά στο άρθρο 24 παρ.3 του Π.Δ., με το άρθρο 43 του Ν. 4055/2012(ΦΕΚ Α' 51).

⁸¹ 129 παρ.4 ΚΔΔικ.

ι) Επί διακριτικής ευχέρειας

Στην περίπτωση που η διοικητική πράξη ακυρώθηκε για πλημμέλειες της αιτιολογίας, δεν απαγορεύεται στη Διοίκηση να εκδώσει, μετά από διαδοχικές ακυρώσεις για πλημμέλειες της αιτιολογίας, διαδοχικές πράξεις που να καταλήγουν στο ίδιο αποτέλεσμα, με την έννοια της ρύθμισης της συγκεκριμένης σχέσεως αναδρομικώς, αιτιολογώντας όμως νομίμως και επαρκώς τη νέα κρίση της, βάσει της ακυρωτικής αποφάσεως. Η συγκεκριμένη ευχέρεια της Διοίκησης, η οποία βεβαίως συνδέεται άρρηκτα με τη δευτερογενή φύση του δικαστικού ελέγχου είναι δυνατόν να οδηγεί σε καταστάσεις συνεχών παλινδρομήσεων ανάμεσα στη Δικαιοσύνη και τη Διοίκηση. Η αδυναμία (άλλως άρνηση) της Διοικήσεως να προβεί τελικά σε έκδοση πράξεως με νόμιμη και επαρκή αιτιολογία(π.χ. εκ νέου επιλογή του ίδιου υπαλλήλου), οδήγησε στον νομολογιακό κανόνα ότι η εκ νέου έκδοση ανεπαρκώς αιτιολογημένης πράξης, συνιστά κατ' ουσίαν υπέρβαση άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειάς της.

Ειδικότερα, στο πεδίο των υπαλληλικών διαφορών γίνεται δεκτό ότι, εφόσον έχουν προηγηθεί σε συγκεκριμένη περίπτωση ήδη δύο⁸² ακυρωτικές αποφάσεις και η Διοίκηση αδυνατεί να αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς τη δυσμενή για τον υπάλληλο νέα διοικητική πράξη, η πράξη αυτή ακυρώνεται για κακή χρήση της διακριτικής εξουσίας, οπότε και η Διοίκηση έχει πλέον την υποχρέωση να προβεί στις νομικές ενέργειες και να εκδώσει θετική πράξη υπέρ του υπαλλήλου σύμφωνα με τα κριθέντα στην ακυρωτική απόφαση (επιλέγοντάς τον σε θέση προϊσταμένου, διατυπώνοντας ευνοϊκότερη κρίση έναντι αυτής που οδηγεί στην έξοδό του από την υπηρεσία ή επί προαγωγής), χωρίς να μπορεί να επαναλάβει την πράξη με νέα πάλι αιτιολογία⁸³. Ο κανόνας προϋποθέτει πάντως ότι οι προηγούμενες ακυρώσεις αφορούν την ίδια περίοδο ή θέση⁸⁴, δεν λαμβάνονται δηλαδή υπόψη ακυρώσεις πράξεων αφορούσες κρίσεις αναγόμενες σε άλλες χρονικές περιόδους ή συνδεόμενες

⁸² Αρχικά μάλιστα η νομολογία ήταν ελαστικότερη, αναμένοντας έως 4 ακυρωτικές αποφάσεις(ΣτΕ 648/1990).

⁸³ Βλ. ΣτΕ 1820/1989(Ολ) και από πιο πρόσφατες ΣτΕ 858/2011, 1576/2010, 220/2009, 1113/2005, 1403/2000, 2611/1989, 648/1990, ΔΕφΑθ 291/2008. Αντίστροφα, στην απόφαση ΔιοικΕφΑθ 709/2008, αφορούσα ακύρωση κρίσης αξιωματικού ως ευδοκίμως τερματίσαντος τη σταδιοδρομία του, έγινε δεκτό ότι επειδή είχε προηγηθεί η έκδοση μιας μόνο αποφάσεως για την τακτική κρίση του έτους 2000-2001, με την οποία δεν συμμορφώθηκε η Διοίκηση, δεν υπάρχει υποχρέωση της Διοίκησης για έκδοση ευμενέστερης απόφασης για τον αιτούντα, αλλά για νέα νόμιμα αιτιολογημένη κρίση αυτού.

⁸⁴ ΣτΕ 2706/2004, 3036/2003.

με άλλες θέσεις πέραν της επίδικης όπως επίσης δεν λαμβάνονται υπόψη ακυρώσεις που έχουν μεσολαβήσει για την ίδια περίοδο ή θέση αλλά για άλλους λόγους ακυρώσεως⁸⁵. Στην ειδικότερη περίπτωση που ακυρώθηκε η επιλογή Προϊσταμένου οργανικής μονάδας της διοίκησης λόγω κατάδηλης υπεροχής του παραληφθέντος, η Διοίκηση έχει μια μόνο δυνατότητα να αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς την αρχική επιλογή της, άλλως κατά την δεύτερη ακύρωση, θα πρέπει να θεωρηθεί επιλεγέντας ο δις παραληφθείς υπάλληλος⁸⁶. Ο νομολογιακός αυτός κανόνας θα πρέπει πάντως να εφαρμόζεται ανάλογα τις συνθήκες της κάθε περίπτωσης, καθώς δεν μπορεί να αποκλειστούν εκείνες όπου η Διοίκηση δικαιολογημένα και σύννομα προβαίνει στην εκάστοτε νέα κρίση⁸⁷.

ii) Επί τεχνικών κρίσεων

Υπό τον αστερισμό και του άρθρου 24 παρ. 2 του Συντάγματος, το οποίο αναφέρεται στους κανόνες της επιστήμης, ως πηγή δέσμευσης για κάθε όργανο της κρατικής εξουσίας⁸⁸, τα εκάστοτε διοικητικά όργανα, τα οποία εκφέρουν επιστημονικές κρίσεις παρίστανται ως αποκλειστικά αρμόδια για τις συναφείς αρμοδιότητες που τους έχουν ανατεθεί⁸⁹. Χαρακτηριστική περίπτωση, αποτελούν οι γνωματεύσεις των υγειονομικών επιτροπών, για τα θέματα που αναφέρονται στο άρθρο 29 του Κανονισμού Ασφαλιστικής Αρμοδιότητας του Ι.Κ.Α., οι οποίες, όταν

⁸⁵ Μ.Πικραμένος, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσ/κη, 2012, σελ. 361. Πράγματι, η μη προσμέτρηση ακυρωτικών αποφάσεων που έχουν εκδοθεί για άλλους λόγους πλην της αιτιολογίας υπαγορεύεται από το ότι δεν έχει διαπιστωθεί και επαναλαμβανόμενη αδυναμία από τη Διοίκηση να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια.

⁸⁶ Σύμφωνα με τον κανόνα αυτό «σε περίπτωση κατά την οποία ο ακυρωτικός δικαστής κρίνει ότι υφίσταται κατάδηλη υπεροχή του παραλειφθέντος έναντι του προκριθέντος και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση για να παραθέσει ειδική αιτιολογία, το δε Ειδικό Υπηρεσιακό Συμβούλιο αποτύχει και πάλι να αιτιολογήσει νομίμως την παράλειψη αυτή για δεύτερη φορά, τότε συντρέχει υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και η Διοίκηση υποχρεούται να επιλέξει και στη συνέχεια να τοποθετήσει τον παραλειφθέντα ως Προϊστάμενο Γενικής Διευθύνσεως» ΣτΕ 1070/2008, σκέψη 7, ΣτΕ 379/2007, 7μ. .

⁸⁷ «[...] ναι μεν με νεότερη πράξη, η οποία είχε το ίδιο περιεχόμενο με την ακυρωθείσα, απερρίφθη για τρίτη φορά το αίτημα μονιμοποίησης του αιτούντος. Η νεότερη, όμως, απόφαση, η οποία διέλαβε διαφορετική, εν σχέσει με την ακυρωθείσα, αιτιολογία, στηρίχθηκε σε εκτίμηση στοιχείων και πραγματικών δεδομένων, τα οποία υπήρχαν μεν κατά το χρόνο εκδόσεως της ακυρωθείσας απορριπτικής πράξεως, δεν είχαν, όμως, ληφθεί μέχρι τότε υπόψη» (Α 76/2010 και Π 30/2011 ΤριμΣυμβΣτΕ).

⁸⁸ Για τη κανονιστική δέσμευση που πηγάζει από τις τεχνικές κρίσεις ειδικότερα στο σύνθετο πεδίο του περιβάλλοντος βλ. Α. Κιουσιόπουλου, Η δεσμευτικότητα «των κανόνων της επιστήμης» στον χωροταξικό και πολεοδομικό σχεδιασμό (Μάρτιος 2006), <http://www.nomosphysis.org.gr/articles>.

⁸⁹ Ως γνωστόν, απορρίπτονται ως απαράδεκτοι πολύ περισσότερο λόγοι ακυρώσεως που ο έλεγχος της βασιμότητάς τους άγει στον έλεγχο τεχνικής κρίσης της Διοίκησης. Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου 2, ό.π., 2013, παρ. 511, υποσ. 155.

αιτιολογούνται επαρκώς, είναι δεσμευτικές για τα ασφαλιστικά όργανα του Ι.Κ.Α. και, σε περίπτωση αμφισβήτησεως, για τα διοικητικά δικαστήρια⁹⁰. Η αποκλειστικότητα της αρμοδιότητας, δημιούργησε προβλήματα, κατά την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών, στις περιπτώσεις που τα αρμόδια όργανα στην πράξη αρνούνταν να την εκπληρώσουν. Η νομολογία προέβη στην ακόλουθη λύση: όταν τα διοικητικά δικαστήρια, που επιλαμβάνονται αιτήματος ασφαλιστικής παροχής θεμελιωμένου σε εργατικό ατύχημα⁹¹ ή αναπηρία του ασφαλισμένου ή συνταξιούχου⁹² απορριφθέντος από τα αρμόδια ασφαλιστικά όργανα για έλλειψη αυτής της προϋποθέσεως (αιτιώδους συνδέσμου κ.λπ.), υποχρεώνουν με προδικαστική απόφαση τα υγειονομικά όργανα να αποφανθούν επί των ανωτέρω θεμάτων, και τα τελευταία δηλώνουν αδυναμία να αποφανθούν εν όλω ή εν μέρει λόγω παρόδου μακρού χρόνου ή ελλείψεως στοιχείων ή εξακολουθούν να εκδίδουν πλημμελώς αιτιολογημένες γνωματεύσεις, τα δικαστήρια θα πρέπει να έχουν τις ακόλουθες δύο δυνατότητες. Είτε να αναπέμψουν για μία ακόμα φορά την υπόθεση ενώπιον των αρμοδίων υγειονομικών οργάνων, είτε να κρίνουν επί του αιτήματος του ασφαλισμένου, αφού προηγουμένως εκφέρουν αυτά κρίση επί των ανωτέρω ιατρικής φύσεως θεμάτων, χρησιμοποιώντας τα προς τούτο πρόσφορα αποδεικτικά μέσα. Και τούτο διότι η παράλειψη των αρμοδίων υγειονομικών οργάνων να γνωματεύσουν, κατόπιν μάλιστα της εκδόσεως σχετικής προδικαστικής αποφάσεως από το δικαστήριο της ουσίας, δεν είναι δυνατό να αποβεί τελικώς σε βάρος του ασφαλισμένου ή συνταξιούχου. Η λύση αυτή προτάθηκε ως ενδεδειγμένη και σε κάθε άλλη περίπτωση συνδρομής τεχνικής κρίσης της Διοίκησης προκειμένου να αποσοβείται η διαιώνιση διαφορών⁹³. Περαιτέρω στο πεδίο των υπαλληλικών διαφορών γίνεται δεκτή η δυνατότητα του διοικητικού δικαστή κατά την εκδίκαση προσφυγής κατά αποφάσεων πειθαρχικών συμβουλίων δημοσίων υπαλλήλων, να

⁹⁰ ΣτΕ 349/2012, 2735/2004. Έχει πάντως επισημανθεί ότι η ευθύνη της Διοίκησης αποτελεί γενικό χαρακτηριστικό που καλύπτει όλες τις πράξεις της και ο ενδεχόμενος τεχνικός χαρακτήρας αυτών δεν αρκεί για την εξαίρεσή τους από το δικαίωμα δικαστικής προστασίας. Βλ. *Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Αόριστες και τεχνικές έννοιες στη Δημόσιο Δίκαιο, ό.π., σελ. 113.

⁹¹ ΣτΕ 1906/2010, 2866/2005, 3842/2004, 2464/2004.

⁹² ΣτΕ 1369/2011, 2558/2006, πρβ. ΣτΕ 1594/1994 7μελ., 3823/2000, 3833/2001, 1078/2003.

⁹³ *Ε. Σπηλιωτόπουλος*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, ό.π., 2013, παρ. 612, υποσ. 73, ο οποίος θεωρεί ότι σε περίπτωση που η προσβαλλόμενη πράξη στερείται αιτιολογίας ή η αιτιολογία είναι παράνομη, το δικαστήριο δεν πρέπει για τον λόγο αυτόν να ακυρώσει την πράξη και να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση (όπως στην περίπτωση της ακυρωτικής διαφοράς), αλλά, εφόσον συντρέχουν όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις, να προβεί στην ουσιαστική εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου, να αναπληρώσει ή συμπληρώσει την αιτιολογία και με την απόφαση του να διαμορφώσει την έννομη σχέση ή κατάσταση, ανάλογα με το δικαίωμα του προσφεύγοντος, τροποποιώντας την προσβαλλόμενη πράξη βλ. και ΣτΕ 4128/1983, 1549/1987

προβαίνει ο ίδιος τελικώς στην κρίση και να διατάζει και τη διενέργεια ανάκρισης ή συμπληρωματικής ανάκρισης⁹⁴. Με τον τρόπο αυτό ο διοικητικός δικαστής ουσίας διαπλάθει ο ίδιος τη διοικητική σχέση, αναπληρώνοντας την έλλειψη αιτιολογίας, με τις ίδιες εκτιμήσεις και κρίσεις του, μέσω ενός πλήρους συστήματος αποδεικτικών μέσων⁹⁵.

Συμπερασματικές Παρατηρήσεις

Το όριο που θέτει η έννομη τάξη μας στην επέμβαση της δικαστικής λειτουργίας στο έργο της εκτελεστικής είναι αυτό της υποκατάστασης, η οποία όμως παρίσταται ένα σχετικό και μεταβαλλόμενο μέγεθος, που χρήζει ειδικότερων εξειδικεύσεων, καθόσον δεν περιορίζεται στο προφανές της μη έκδοσης από το ίδιο το Δικαστήριο της διοικητικής πράξης⁹⁶. Πράγματι, υποκατάσταση θεωρείται και η υπέρβαση της ακυρωτικής δικαιοδοσίας, με την εκφορά ουσιαστικής κρίσης σε διαφορές οι οποίες δεν είναι δεκτικές προς τούτο.

Ανεπίτρεπτη υποκατάσταση αποτελεί καταρχήν σε κάθε περίπτωση η τροποποίηση κανονιστικής πράξης, καθότι κατά αποτέλεσμα ισοδυναμεί με άσκηση κανονιστικής αρμοδιότητας των αρμοδίων διοικητικών οργάνων από τα διοικητικά δικαστήρια. Περαιτέρω, επί ατομικών πράξεων, η νομολογία διχάζεται ως προς τα

⁹⁴ Βλ. ΣτΕ 1439/2008, σκέψη 8 «Επειδή, όπως έχει ήδη κριθεί, η κρίσις περί επάρκειας ή όχι των αποδεικτικών στοιχείων και κατ' επέκταση της προηγηθείσας ανάκρισης, εάν δεν διατυπωθεί αμέσως ή εμμέσως από το ίδιο το πειθαρχικό συμβούλιο, δύναται να διατυπωθεί από το Δικαστήριο όταν δικάζει επί προσφυγής, οπότε έχει κατά το Σύνταγμα (άρθρο 103) και το νόμο (άρθρο 43 π.δ. 18/1989, Α' 8) την εξουσία να αξιολογήσει ελευθέρως και κατ' ουσίαν τα πραγματικά στοιχεία της πειθαρχικής υπόθεσης (μαρτυρικές καταθέσεις, πόρισμα ανάκρισης και λοιπά εν γένει στοιχεία) δυνάμενο ακόμα να διατάζει και τη διενέργεια ανάκρισης ή συμπληρωματικής ανάκρισης. Η κατά τα εκτεθέντα δε εξουσία του Δικαστηρίου να κρίνει περί της επάρκειας της προηγηθείσας ανάκρισης είναι απλώς αρμοδιότητα ουσιαστικής αξιολόγησης του αποδεικτικού υλικού της δικογραφίας, την οποία αξιολόγηση το Σύνταγμα και ο νόμος αναθέτουν σε αυτό και δεν συνιστά ανεπίτρεπτη κατά το Σύνταγμα (άρθρο 26) υποκατάσταση της Δικαιοσύνης στο έργο της Διοίκησης ούτε άσκηση διακριτικής εξουσίας (βλ. ΣτΕ 647/2002, σκ. 6, πρβλ. ΣτΕ 3665/1995, 7μ., σκ. 5, 3733/1999, σκ. 7, 933/2004, σκ. 3)».

⁹⁵ Ι. Συμεωνίδης, Η αντιμετώπιση του φαινομένου της μη συμμόρφωσης της Διοικήσεως στις αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων. Νεώτερη νομολογία και προοπτικές μετά τον ΚΔΔ και το αναθεωρημένο Σύνταγμα, ΕΔΔΔ 2003, σελ.259-60, ο οποίος συστήνει για την έμμεση επίτευξη της συμμόρφωσης, την «εκκαθάριση» της υπόθεσης από το δικαστή ως προς τους ισχυρισμούς και τις αιτιολογίες που προκύπτουν από τα στοιχεία του φακέλου, εξαντλώντας με τον τρόπο αυτό τα περιθώρια επανόδου της διοίκησης.

⁹⁶ Είναι γνωστή η διάκριση στη θεωρία ανάμεσα στο *instrumentum* και το *negotium* της διοικητικής πράξης (βλ. συναφώς Χ. Μουκίου, Η "σιωπή" της διοίκησης : προς ένα *de lege ferenda* διοικητικό δίκαιο..., ό.π., σελ.748 και 760), το οποίο περιγράφει τη φόρμα και το περιεχόμενο αυτής. Υποκατάσταση του πρώτου θα αποτελούσε η έκδοση της διοικητικής πράξης από τον ίδιο το δικαστή ενώ του δεύτερου, συνιστούν πρακτικές όπως αυτή της υποκατάστασης αιτιολογίας.

κριτήρια, με τα οποία θα πρέπει να εξετάζεται το επιτρεπτό ή μη της υπεισέλευσης στο έργο της Διοίκησης. Μάλλον προβληματική παρίσταται η σύνδεση από τη νομολογία της απαγορευμένης ουσιαστικοποίησης με την ύπαρξη δέσμιας αρμοδιότητας, δεδομένου του άρθρου 79 παρ.3 γ' ΚΔΔικ το οποίο κάνει ρητώς λόγο για αναπομπή της ουσιαστικής διαφοράς στην Διοίκηση, αν η τελευταία δεν έχει ασκήσει τη διακριτική της εξουσία και αντίθετα ορθότερο το κριτήριο του τεχνικού χαρακτήρα της προσβαλλόμενης πράξης, το οποίο δεν επιτρέπει τον ουσιαστικό έλεγχο.

Από την άλλη πλευρά, η νομολογία έχει δεχθεί ορισμένου είδους υποκατάσταση, προκειμένου να μην απεμπολείται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, σε περιπτώσεις που η Διοίκηση αρνείται, κατόπιν της δικαστικής απόφασης, να εκφέρει τη δέουσα κρίση ή να εκφέρει καν κρίση. Τέτοιου είδους βήματα έχουν μέχρι στιγμής συντελεστεί: α) στο πεδίο των υπαλληλικών διαφορών όπου, εφόσον έχουν προηγηθεί σε συγκεκριμένη περίπτωση ήδη δύο ακυρωτικές αποφάσεις και η Διοίκηση αδυνατεί να αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς τη δυσμενή για τον υπάλληλο νέα διοικητική πράξη, η πράξη αυτή ακυρώνεται για κακή χρήση της διακριτικής εξουσίας, οπότε και η Διοίκηση έχει πλέον την υποχρέωση να εκδώσει θετική πράξη υπέρ του υπαλλήλου σύμφωνα με τα κριθέντα στην ακυρωτική απόφαση και β) όταν τα διοικητικά δικαστήρια, επιλαμβανόμενα αιτήματος ασφαλιστικής παροχής που απορρίφθηκε από τα αρμόδια ασφαλιστικά όργανα λόγω έλλειψης προϋποθέσεως του ασφαλισμένου, υποχρεώνουν με προδικαστική απόφαση τα υγειονομικά όργανα να αποφανθούν και τα τελευταία αδυνατούν να αποφανθούν με αιτιολογημένες γνωματεύσεις, οπότε και ο ίδιος ο δικαστής ουσίας κρίνει επί του αιτήματος του ασφαλισμένου, χρησιμοποιώντας τα προς τούτο πρόσφορα αποδεικτικά μέσα.

Για τον προσδιορισμό λοιπόν της έννοιας θα πρέπει να προκριθεί ένα λειτουργικό κριτήριο, αναγόμενο στη ratio της αρχής της διάκρισης των λειτουργιών. Σύμφωνα με αυτό δεν συνιστά ανεπίτρεπτη υποκατάσταση, η αποκατάσταση της θεσμικής ισορροπίας, την οποία έχει διασαλεύσει πρώτα η εκτελεστική λειτουργία. Η υποκατάσταση παρίσταται στην περίπτωση αυτή επιβεβλημένη από την ίδια την τελεολογία της κρατικής εξουσίας. Τη θέση αυτή απηχούν οι νομολογιακές λύσεις που δέχονται την υποκατάσταση υπό αυστηρούς βεβαίως όρους.