

«ΕΔΔΑ, αρχή της ισότητας των όπλων και αυτεπάγγελτη εξέταση νομικών ζητημάτων στη διοικητική δίκη υπό το πρίσμα των σύγχρονων προτάσεων για τη θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας¹»

**Μπουκουβάλα Βαρβάρα,
Πρωτοδίκης ΔΔ, ΔΝ**

I. Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος των διοικητικών δικαστηρίων

&1. Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος των διοικητικών δικαστηρίων επί των νομικών πλημμελειών της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης- Τα θεωρητικά θεμέλιά του

Στο δικονομικό σύστημα οργάνωσης των διοικητικών διαφορών είναι κοινά αποδεκτό ότι ο δικαστής ελέγχει κατά κανόνα αυτεπαγγέλτως ορισμένες από τις νομικές πλημμέλειες της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης είτε αυτές ανάγονται στην εξωτερική-τυπική είτε στην εσωτερική-ουσιαστική νομιμότητά της².

Η εξουσία αυτή αποτελεί συνέπεια της γενικής δικονομικής αρχής ότι ο δικαστής εφαρμόζει αυτεπαγγέλτως τους προσήκοντες κανόνες δικαίου (*iura novit curia*) στη μείζονα πρόταση του δικανικού του συλλογισμού, ταυτόχρονα, όμως, συνιστά αναγκαίο συμπλήρωμα της αρχής της νομιμότητας, την τήρηση εφαρμογής της οποίας αναλαμβάνει ο δικαστής στη διοικητική δίκη να ελέγξει, αλλά απορρέει, έμμεσα, ως παρακολούθημά του, και από το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης³, το οποίο πρέπει να δεχθούμε ότι

¹ Η μελέτη αυτή αποτελεί τη γραπτή μορφή της προφορικής εισηγήσεώς μου στο συνέδριο που διοργανώθηκε στη Λάρισα στις 7 και 8 Οκτωβρίου 2016 από κοινού από την Ένωση Διοικητικών Δικαστών και τον Δικηγορικό Σύλλογο Λάρισας, με θέμα «Το νέο ασφαλιστικό-πτυχές του προσφυγικού ζητήματος-επίκαιρα ζητήματα της διοικητικής δίκης».

² Κατά τον Μαθιουδάκη οι λόγοι της εσωτερικής ή ουσιαστικής νομιμότητας δεν ελέγχονται, καταρχήν, αυτεπαγγέλτως, βλ. *Ι.ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗ*, «Τυπική παρανομία και αποκαθιστάμενη ζημία στην κρατική ευθύνη», σ.1-22(3) σε <http://constitutionalism.gr/site/wp-content/mgdata/pdf/35mathioudakistypiki4.pdf> =Αρμ.2011, σ.1071 επ. Για το ζήτημα αυτό, βλ. παρακάτω.

³ Ό,τι η αρχή της αυτεπάγγελτης εξέτασης των νομικών πλημμελειών από το δικαστήριο συνδέεται ή απορρέει από το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης, βλ. *Σ.ΔΕΛΗΚΩΣΤΟΠΟΥΛΟ*, Ερμηνεία κώδικα διοικητικής δικονομίας, Δίκαιο&Οικονομία, Εκδόσεις Π.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα 2008, ερμηνεία επί του άρθρου 79 του ΚΔΔ.

υπολαμβάνει την εξουσία του διοικητικού δικαστηρίου να ελέγχει αυτεπαγγέλτως τις ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες των διοικητικών πράξεων⁴. Πάντως, στη θεωρία υποστηρίζεται ότι η ανακριτική αρχή και όχι, πάντως, το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης, συνδέεται με την εξουσία του δικαστή ως προς την εύρεση και εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών και εν γένει του αποδεικτικού υλικού και δεν συνέχεται με την εξουσία του να εφαρμόζει αυτεπαγγέλτως τους κανόνες δικαίου⁵.

&2. Το νομοθετικό θεμέλιο του αυτεπάγγελτου ελέγχου των διοικητικών δικαστηρίων επί των νομικών πλημμελειών στον Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας

Η βασική αυτή αρχή, της αυτεπάγγελτης εξουσίας του διοικητικού δικαστηρίου να ελέγχει τις νομικές πλημμέλειες των προσβαλλόμενων ενώπιόν του διοικητικών πράξεων, αποτυπώθηκε στο άρθρο 75 του προϊσχύοντος Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας- εφεξής ΚΦΔ- (ν.4125/1960-ΦΕΚ Α'202, που μεταγλωττίστηκε στη δημοτική με το π.δ 331/1985), ο οποίος εφαρμόζοταν κατά τη διαδικασία εκδίκασης των φορολογικών διαφορών, στη σχετική αιτιολογική έκθεση του οποίου και στο περιεχόμενο των οικείων διατάξεων, ο νομοθέτης διέκρινε τις νομικές από τις ουσιαστικές πλημμέλειες της ένδικης καταλογιστικής του φόρου πράξης. Μέσω της διάκρισης αυτής οριοθετήθηκε και η έκταση της αυτεπάγγελτης εξουσίας ελέγχου του δικαστή. Σύμφωνα με

⁴ Μ' αυτή την έννοια η εξουσία του δικαστή να αναζητά αυτεπάγγελτα την ουσιαστική αλήθεια συνδέεται με την εξουσία του να ελέγχει αυτεπαγγέλτως τις ουσιώδεις νομικές πλημμέλειες των διοικητικών πράξεων, αποτυπώνοντας δύο όψεις μίας κοινής και αλληλένδετης εξουσίας. Βλ. αναλόγως, την άποψη ότι εφόσον η συλλογή του πραγματικού υλικού ανατίθεται στο δικαστήριο, τούτο συνεπάγεται την μη δέσμευση του δικαστή από τους ισχυρισμούς και τις ενέργειες των διαδίκων, Π.ΜΟΥΖΟΥΡΑΚΗ, «Όψεις του ανακριτικού και του συζητητικού συστήματος στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας», ΔιΔικ, 2005, σ.1146-1424(1416). Contra, Α.ΣΚΙΑΔΑ, «Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της τυπικής νομιμότητας των διοικητικών πράξεων», ΘΠΔΔ, 7/2015, σ.619-634(622), η οποία υποστηρίζει ότι η σύνδεση του ζητήματος των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων λόγων με την ανακριτική αρχή αποτελεί παρανόηση, παρά το ότι αποδέχεται ότι οι αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενοι λόγοι αφορούν κυρίως στις περιπτώσεις όπου ο διάδικος δεν επικαλείται τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά θεμελιώσής τους, αλλά αυτά προκύπτουν από τον φάκελο της υποθέσεως. Επομένως, αν δεν ίσχυε το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της δίκης, πως ο δικαστής θα ήλεγχε αυτεπαγγέλτως μία νομική πλημμέλεια, της οποίας η πραγματική βάση δεν επικαλούνταν από τον διάδικο; Περαιτέρω, ποια είναι η αξία και η σημασία της ανακριτικής αρχής, αν αυτή περιορίζεται μόνο στο σκέλος της αυτεπάγγελτης εξουσίας του δικαστή για την αναζήτηση και εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, εφόσον ο δικαστής δεν μπορεί να λάβει υπόψη του, αυτεπαγγέλτως, τις ουσιαστικές πλημμέλειες της ένδικης πράξης;

⁵ Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα 2014, σ.412-413. Ο Δαγτόγλου είναι λιγότερο κατηγορηματικός και απόλυτος ως προς τη μη σύνδεση της ανακριτικής αρχής με την εξουσία αυτεπάγγελτης εξέτασης των νομικών πλημμελειών από τα ΤΔΔ, βλ.Π.ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ.272-273.

τον ΚΦΔ, εάν η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει από ουσιαστική πλημμέλεια, δηλαδή υπάρχει σφάλμα της διοικητικής πράξης ως προς τη συνδρομή ή την εκτίμηση από το διοικητικό όργανο των πραγματικών περιστατικών εφαρμογής της, εναπόκειται στον διάδικο να προτείνει τον σχετικό λόγο, προσκομίζοντας, καταρχήν, και τα οικεία αποδεικτικά μέσα που θα ανατρέπουν την πραγματική βάση που δέχθηκε η διοίκηση κατά την έκδοση της διοικητικής πράξης ή που θα κλονίζουν την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών από το αρμόδιο διοικητικό όργανο⁶. Στην περίπτωση, όμως, που η ένδικη πράξη πάσχει από νομικές πλημμέλειες, τότε ο δικαστής μπορεί να ελέγξει και αυτεπαγγέλτως τη νομιμότητά της και να την ακυρώσει, ακόμη κι αν δεν προτείνεται σχετικός λόγος από τον διάδικο. Ο διοικητικός δικαστής είχε πλήρη εξουσία ελέγχου του νομικού μέρους της διαφοράς, ήλεγχε αυτεπαγγέλτως την πράξη στο σύνολό της κατά το νομικό της μέρος τόσο ως προς την εσωτερική όσο και ως προς την εξωτερική νομιμότητά της⁷. Εξάλλου, πρέπει να υπομνησθεί ότι ο νομοθέτης του ΚΦΔ απέβλεψε περισσότερο στην κατοχύρωση του αυτεπάγγελτου ελέγχου της εσωτερικής-ουσιαστικής νομιμότητας των καταλογιστικών του φόρου πράξεων, διότι όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση του ΚΦΔ «εθεωρήθη ορθόν να παρασχεθί πλήρης ελευθερία εις το δικαστήριον προς εξέτασιν τούτου και πέραν των αιτηθέντων, επί τη σκέψει ότι δεν θα ήτο σύμφωνον προς την φύσιν της φορολογικής διαφοράς και την σύχρονον περί δικαίου αντίληψιν, εφ' όσον το δικαστήριον διαπιστοί νόμιμον περίπτωσιν ολικής ή μερικής εκ του φόρου απαλλαγής του προσφεύγοντος, ην εξ αγνοίας ούτος δεν επεκαλέσθη, να παρέρχηται τούτο εν σιωπή. Ως προς τα ζητήματα όμως της ουσίας δεν συντρέχουν οι αυτοί λόγοι...».

Εντούτοις, στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο, η ανακριτική αρχή ή έστω η αυτεπάγγελτη εξουσία του διοικητικού δικαστηρίου να ελέγχει τις νομικές πλημμέλειες της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, συνυπάρχει με τη διαθετική αρχή, την εξουσία του διαδίκου να διαθέτει το αντικείμενο της

⁶ Οι διάδικοι, παρά την ισχύ της ανακριτικής αρχής στη διοικητική δίκη, είναι υποχρεωμένοι να επικαλούνται και να προσάγουν στη δίκη το απαραίτητο πραγματικό υλικό και τα οικεία αποδεικτικά μέσα, ανεξαρτήτως της δυνατότητας του δικαστή να αναζητήσει αυτεπαγγέλτως την ουσιαστική αλήθεια, Δ.ΡΑΙΚΟΣ, «Διαθετική Αρχή και Διοικητική Δίκη», Διδικ, 21/2009, σ.1089 επ.(1093). Για το ζήτημα της υποχρέωσης ή ευχέρειας του διοικητικού δικαστή να διατάσσει τη συμπλήρωση των αποδείξεων, που, καταρχήν, εισφέρουν οι διάδικοι, βλ.Κ.ΣΤΑΜΑΤΗ, «Ο Διοικητικός Δικαστής δεν έχει «διακριτική ευχέρεια» να διατάξει ή όχι τη συμπλήρωση των αποδείξεων», Διδικ, 1/2009, σ.20 επ.

⁷ Χ.ΚΕΙΜΑΛΗΣ, «Σε διακινδύνευση το κράτος δικαίου. Παρέμβαση με αφορμή τις τελευταίες δικονομικές τροποποιήσεις», Διδικ, 4/2013, σ.865 επ.(866).

διαφοράς, ήτοι να εισάγει ο ίδιος με δική του πρωτοβουλία το ένδικο βοήθημα ενώπιον του δικαστηρίου και να προσδιορίζει το αντικείμενο της δίκης. Η εφαρμογή της διαθετικής αρχής περιορίζει τον δικαστή να αποφαινεται, καταρχήν, μόνο μέσα στα όρια της προσφυγής, όπως ορίζει το άρθρο 79 παρ.1 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (εφεξής ΚΔΔ), προσδιοριζόμενα τα όρια αυτά από τους λόγους και το αίτημά της, απαγορεύοντας στον δικαστή να χειροτερεύσει τη θέση του διαδίκου που αιτήθηκε την ένδικη προστασία⁸ και να αποφασίσει πέραν των αιτηθέντων (*ultra petita*). Στο πλαίσιο αυτό ο διοικητικός δικαστής περιορίζεται να εξετάσει μόνον τους λόγους που προτείνει ο διάδικος; Η απάντηση είναι αρνητική. Τα όρια μεταξύ ανακριτικής και διαθετικής αρχής καθορίζονται από τη διάκριση μεταξύ νομικών και ουσιαστικών σφαλμάτων της διοικητικής πράξης. Η αρχή της νομιμότητας, που απαιτεί η διοίκηση να ενεργεί *intra* και *secundum legem*, διασφαλίζεται κατασταλτικά από τον έλεγχο του διοικητικού δικαστή και την εξουσία που του απονέμεται. Ο διοικητικός δικαστής εξοπλίζεται με το προνόμιο της αυτεπάγγελτης εξέτασης των νομικών σφαλμάτων⁹, προκειμένου να διασφαλίσει την τήρηση της αρχής της νομιμότητας, που απορρέει από την αρχή του κράτους δικαίου¹⁰. Η διοικητική δίκη και οι σκοποί της διαφέρουν από την πολιτική δίκη. Ο διοικητικός δικαστής καλείται να παράσχει έννομη προστασία και να προστατεύσει τα δικαιώματα και έννομα συμφέροντα των διοικουμένων, καλείται, όμως, ταυτόχρονα, να διαφυλάξει την αρχή της νομιμότητας και την τήρησή της εκ μέρους της διοικήσεως, ενώ ο δεύτερος αυτός σκοπός διευρύνει τα όρια της εξουσίας και της έκτασης του ελέγχου του, πέρα από τους λόγους που προτείνουν οι διάδικοι¹¹.

Η αυτεπάγγελτη εξέταση των νομικών πλημμελειών από το δικαστήριο μπορεί να οδηγήσει και σε χειροτέρευση της θέσης του προσφεύγοντος,

⁸ Δ.ΡΑΙΚΟΣ, Διαθετική Αρχή και Διοικητική Δίκη, ό.π., σ.1091.

⁹ Η εξουσία αυτή του δικαστή αποτελεί το αντιστάθμισμα των προνομίων του Δημοσίου να επιφέρει μονομερώς και άμεσα, με την έκδοση των πράξεων του, τις οικείες έννομες συνέπειες.

¹⁰ Ο.ΣΠΑΧΗΣ, «Η αυτεπάγγελτη εξέταση των νομικών πλημμελειών της προσβαλλόμενης πράξης από τα διοικητικά δικαστήρια», Ραδάμανθς, Περιοδική έκδοση του Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου, 21/2012, σ.9-19(9) σε <http://www.dsh.gr/radamanthis/t21/files/assets/common/downloads/publication.pdf>.

¹¹ Για τη γράφουσα οι δύο αυτοί σκοποί της διοικητικής δίκης, ήτοι η προστασία των δικαιωμάτων των διαδίκων και η τήρηση της αρχής της νομιμότητας, δεν τίθενται διαζευκτικά ή ιεραρχικά αλλά σρωτευτικά μεταξύ τους. Ο δικαστής καλείται να εκπληρώσει και τους δύο σκοπούς, με συνέπεια, να σταθμίζονται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, εάν αυτοί συγκρούονται, και να προβαίνει σε πρακτικές εναρμόνισης και μέγιστης δυνατής επίτευξης και των δύο σκοπών.

αναδεικνύοντας ότι σκοπός της διοικητικής δίκης δεν είναι μόνον η προστασία των δικαιωμάτων των διαδίκων, αλλά και η τήρηση της αρχής της νομιμότητας¹². Η αυτεπάγγελτη βέβαια εξέταση της νομικής πλημμέλειας, για να είναι υπαρκτή και ελεγκτή, πρέπει τα πραγματικά περιστατικά, από την εκτίμηση των οποίων αυτή συνάγεται, να προκύπτουν από την ίδια την πράξη ή την έκθεση ελέγχου που τη συνοδεύει¹³, να μην υπερβαίνει η άσκηση του ελέγχου αυτού τα όρια της προσφυγής, ήτοι να αφορά η πλημμέλεια κεφάλαιο της ένδικης πράξης που ήδη έχει προσβληθεί με το δικόγραφο του προσφεύγοντος, άλλως δεν επιτρέπεται να εξεταστεί από το δικαστήριο¹⁴ και να μην οδηγή η αυτεπάγγελτη αυτή εξέταση σε μεταρρύθμιση της πραγματικής βάσης που δέχθηκε η διοίκηση για την έκδοση της καταλογιστικής του φόρου πράξης¹⁵.

&3. Το νομοθετικό θεμέλιο του αυτεπάγγελτου ελέγχου κατά τον ΚΔΔ

Μετά την εισαγωγή του ΚΔΔ και την κατάστρωση ενός ενιαίου κώδικα εκδίκασης των διοικητικών διαφορών, ο διοικητικός δικαστής, σε όλες τις διοικητικές διαφορές ουσίας, ελέγχει αυτεπαγγέλτως, αν η πράξη είναι πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της, ήτοι το δικαστήριο μπορεί να ελέγξει αυτεπαγγέλτως ορισμένες από τις ουσιαστικές νομικές πλημμέλειες και την παράβαση του δεδικασμένου, ενώ, ως προς τις τυπικές πλημμέλειες, αναγόμενες στην εξωτερική νομιμότητα, περιορίστηκε στον αυτεπάγγελτο έλεγχο της αναρμοδιότητας του εκδόντος την πράξη οργάνου ή της μη νόμιμης συγκρότησης ή σύνθεσης του συλλογικού οργάνου. Οι υπόλοιπες, ως προς τους ουσιώδεις τύπους της διαδικασίας, πλημμέλειες, κατά την κρατούσα άποψη στη νομολογία, εξαιρέθηκαν του αυτεπαγγέλτου ελέγχου¹⁶.

Η προαναφερόμενη, όμως, θέση, δεν γινόταν πάντα και καθολικά αποδεκτή από την ελληνική νομολογία. Αρχικώς, σύμφωνα με τη νομολογία του ΣτΕ, «παρά τη γραμματική διατύπωση του ανωτέρω άρθρου 79 του ΚΔΔ, η

¹² Μ.ΚΥΠΡΑΙΟΣ, «Το πρόβλημα της αυτεπάγγελτης εξέτασης της νομικής πλημμέλειας στη φορολογική δίκη και η χειροτέρευση της θέσης του προσφεύγοντος», ΔΦΝ, 1993, σ.1027 επ.

¹³ ΣτΕ 509/2015, 1871/2014 (σκ.15), 3887/2010 (σκ.5), 279/2009 (σκ.3), 56/2002, 1620/1993.

¹⁴ ΣτΕ 701/1974, 220/1978, 1240/1980, 2806/1983, 408/1988.

¹⁵ ΣτΕ 176-178/2015.

¹⁶ Χ.ΚΕΙΜΑΛΗΣ, Σε διακινδύνευση το κράτος δικαίου, ό.π., σ.867.

πλημμέλεια της πράξης κατά τη νόμιμη βάση της, την οποία ελέγχει και αυτεπαγγέλτως το διοικητικό πρωτοδικείο, ταυτίζεται με τη νομική πλημμέλεια την προβλεπόμενη από τη διάταξη του άρθρου 75 του ΚΦΔ¹⁷, το δικαστήριο ελέγχει δηλαδή ως προς το νόμο βάσιμο την πράξη στο σύνολό της¹⁸». Η νομολογία αυτή είχε ως συνέπεια, πολλές δικαστικές αποφάσεις, ιδίως σε φορολογικές διαφορές, να συμπεριλάβουν στην έννοια της αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενης νομικής πλημμέλειας και την παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθώς και κάθε εν γένει διαδικαστική παρανομία που συντελείται κατά τη διαδικασία έκδοσης που έχει ταχθεί για τη διενέργεια της πράξης¹⁹.

Ωστόσο, όπως τονίζει ο Λαζαράτος, η πλημμέλεια κατά τη νόμιμη βάση συνέχεται με περιπτώσεις σοβαρού και βαρύτατου σφάλματος της διοικητικής πράξης, όταν τα πραγματικά περιστατικά υπάγονται σε άλλο κανόνα δικαίου ή στον ίδιο αλλά με άλλο νοηματικό περιεχόμενο²⁰. Ομοίως, ο Σπάχης θεωρεί ότι πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της είναι η διοικητική πράξη, όταν υπάρχει εσφαλμένη ερμηνεία ή εφαρμογή του νόμου ή όταν η διοίκηση εφαρμόζει νόμο, το περιεχόμενο του οποίου αντίκειται σε υπέρτερους κανόνες δικαίου²¹. Τέλος, ο Παπαλάμπρου τονίζει ότι νομικά πλημμελής είναι η διοικητική πράξη, όταν από τα πραγματικά γεγονότα, συνδυαζόμενα συλλογιστικά με τις σχετικές νομοθετικές διατάξεις, συνάγεται ότι απαγορευόταν η πράξη να έχει αυτό το διατακτικό²². Επομένως, πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της είναι η διοικητική πράξη, όταν πάσχει από ουσιαστικές νομικές πλημμέλειες, και όχι για λόγους που αφορούν στην εξωτερική νομιμότητά της²³.

¹⁷ ΣτΕ 1800/2002 (σκ.3), 297/2003 (σκ.4), 298-300/2003, 1748/2007, 1878-1881/2009, 3887/2010 (σκ.5).

¹⁸ ΣτΕ 2475/2011 (σκ.15).

¹⁹ Αυτή τη διευρυμένη σημασία αποδίδει στην έννοια της νομικής πλημμέλειας και ο Χατζητζανής, βλ. *Ν.ΧΑΤΖΗΤΖΑΝΗ*, Κώδιξ Διοικητικής Δικονομίας, Ερμηνεία κατ' άρθρον, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ.617 επ. Βλ., και *Δ.ΡΑΙΚΟ*, Διαθετική Αρχή και Διοικητική Δίκη, ό.π., σ.1108.

²⁰ *Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ*, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.488²⁰⁵.

²¹ *Ο.ΣΠΑΧΗΣ*, Η αυτεπάγγελτη εξέταση των νομικών πλημμελειών της προσβαλλόμενης πράξης από τα διοικητικά δικαστήρια, ό.π., σ.14-15.

²² *Α.ΠΑΠΑΛΑΜΠΡΟΥ*, «Ο δικαστικός έλεγχος του « νόμο βασίμου» της πράξης της φορολογικής αρχής κατά τον ΚΦΔ», ΔΦΝ, 1993, σ.1108 επ.(1110). Σε άλλα γραπτά του ο ίδιος συγγραφέας υποστηρίζει ότι, ναι, μεν, ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της νομικής πλημμέλειας περιλαμβάνει κυρίως τον έλεγχο της ουσιαστικής νομιμότητας της πράξης, και σε αυτόν απέβλεψαν οι συντάκτες του ΚΦΔ, αλλά κατά την άποψή του ο αυτεπάγγελτος έλεγχος περιλαμβάνει κάθε παράβαση της νομιμότητας, ουσιαστική και τυπική, βλ. *Α.ΠΑΠΑΛΑΜΠΡΟΥ*, «Η αυτεπάγγελτος εξέταση του “νόμο βασίμου” της πράξεως υπό των φορολογικών δικαστηρίων και ο κατ' αναίρεσιν έλεγχος των αποφάσεων των», σε Νομικές Μελέτες, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2008, σ.225 επ.(233).

²³ Έτσι, *Α.ΣΚΙΑΔΑ*, Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της τυπικής νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, ό.π., σ.629.

Τελικώς, το ΣτΕ με πάγια πλέον νομολογία προσδιόρισε την έννοια της αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενης νομικής πλημμέλειας. Ειδικά, για την εξωτερική νομιμότητα, έκρινε, ερμηνεύοντας τις σχετικές διατάξεις του άρθρου 79 του ΚΔΔ, ότι «από το συνδυασμό της παρ. 1 περ. α' με την παρ. 3 περ. α' και β' του άρθρου 79, συνάγεται ότι αποκλείεται ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που έχει ταχθεί για την έκδοση της πράξης, ενώ, αντιθέτως, προβλέπεται ότι ερευνάται αυτεπαγγέλτως, μόνον αν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο όργανο ή από συλλογικό όργανο που δεν έχει νόμιμη συγκρότηση ή σύνθεση»²⁴²⁵. Σε σύγχρονες αποφάσεις, το ΣτΕ επιβεβαίωσε τη νομολογία αυτή, καθώς με την ΣτΕ 921/2012 Τμ.Β²⁶, με γραμματική και εσωτερική συστηματική ερμηνεία του άρθρου 79 κρίθηκε ότι το διοικητικό δικαστήριο «κατ' εξαίρεση ελέγχει και αυτεπαγγέλτως τους αναφερομένους στο τελευταίο εδάφιο της ανωτέρω παραγράφου 1 του άρθρου 79 λόγους, μεταξύ των οποίων την αναρμοδιότητα του οργάνου και τη μη νόμιμη συγκρότηση ή σύνθεση του οργάνου που εξέδωσε την πράξη, όχι, όμως και την μη τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, που έχει ταχθεί για την έκδοση της πράξεως, εφ' όσον η ως άνω διάταξη του άρθρου 79 παρ. 1 περ. α' παραπέμπει μόνον στην περίπτωση α', όχι δε και στην περίπτωση β' της παρ. 3 αυτού²⁷». Να σημειωθεί, πάντως, ότι στην απόφαση αυτή διατυπώθηκε και μειοψηφία, σύμφωνα με την οποία «ο αυτεπάγγελτος έλεγχος των ουσιωδών τύπων της διαδικασίας εκδόσεως των διοικητικών πράξεων δεν έχει αποκλεισθεί²⁸».

²⁴ ΣτΕ 3718/2003, ΕΔΚΑ, 2004, σ.431, ΣτΕ 3890/2010, 1913/2011, contra, ΣτΕ 3111/2004 (σκ.3), ΔΦΝ, 2005, σ.1790.

²⁵ ΔΕφΑθ 2003/2009 1^ο Τμ, ΘΠΔΔ, 11/2010, σ.1186.

²⁶ ΘΠΔΔ, 7/2012, σ.599 με παρατηρήσεις Πάνου Τσόγκα. Όμοιες, ΣτΕ 1283/2015, 596/2015, 236/2015.

²⁷ Μεταξύ άλλων ΣτΕ 3403/2010, 948/2012, 271/2014, 533/2014, 235/2015, βλ. *Ε.ΜΕΛΙΣΣΑΡΙΑΗ*, «Παραδεκτό και έκταση έρευνας των λόγων ακυρώσεως», in Συμβούλιο της Επικρατείας, Εφαρμογές Διοικητικού, Ουσιαστικού & Δικονομικού Δικαίου (7), Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σ.351-368(364).

²⁸ Υπάρχουν και άλλες σύγχρονες αποφάσεις που εμμένουν να θεωρούν ότι ορισμένοι ουσιώδεις τύποι της διαδικασίας συνεχίζουν να ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από τον δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας, βλ.ΣτΕ 755/2011, όπου κρίθηκε ότι ο δικαστής ελέγχει αυτεπαγγέλτως, αν στο σώμα της ΠΕΕ αναφέρονται ο υπόχρεος προς καταβολή των ασφαλιστικών εισφορών εργοδότης, καθώς και το ύψος των εισφορών αυτών και του προσθέτου τέλους. Ειδικότερα, αν η ΠΕΕ δεν περιέχει όλα τα ανωτέρω στοιχεία ή αν η συνταχθείσα έκθεση ελέγχου, στην οποία πρέπει να περιέχονται τα ελλείποντα στοιχεία, δεν τα αναφέρει, τότε παραβιάζεται ουσιώδης τύπος της διαδικασίας για την έκδοση της ΠΕΕ, ο οποίος ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από τα δικαστήρια. Όμοιες, ΣτΕ 3042/2008, 1968/2008. Επίσης, σύμφωνα με την ΣτΕ 4701/2012, πράξη οργάνου του ΙΚΑ, με την οποία επιβάλλεται σε βάρος εργοδότη η κύρωση της μη χορήγησης βεβαίωσης ασφαλιστικής ενημερότητας, εξαιτίας οφειλών από μη καταβληθείσες εργοδοτικές εισφορές, χωρίς να έχει προηγηθεί κοινοποίηση στον συγκεκριμένο εργοδότη της σχετικής

&4. Οι ειδικές φορολογικές δικονομικές ρυθμίσεις του άρθρου 20 του ν.3900/2010 και ο αυτεπάγγελτος έλεγχος του δικαστή στις φορολογικές διαφορές

Με βάση τα ανωτέρω, με την εισαγωγή του ΚΔΔ, ο κοινός νομοθέτης διέκρινε την έκταση του αυτεπάγγελτου ελέγχου του δικαστή, ανάλογα με το αν πρόκειται για λόγο εσωτερικής ή εξωτερικής νομιμότητας. Έτσι, στον αυτεπάγγελο έλεγχο της εσωτερικής ή ουσιαστικής νομιμότητας δεν επέφερε αλλαγές σε σχέση με τον έλεγχο που προβλεπόταν στον ΚΦΔ, ενώ, αντίθετα, περιόρισε τον έλεγχο της εξωτερικής ή τυπικής νομιμότητας, σε σχέση και σύγκριση με τις ρυθμίσεις του ΚΦΔ.

Ωστόσο, με τον νόμο 3900/2010, εκτός από τη θεσμοποίηση της πιλοτικής δίκης²⁹, ο κοινός νομοθέτης προέβλεψε, μεταξύ άλλων, μία σειρά νέων δικονομικών ρυθμίσεων που θα εφαρμόζονται πλέον κατά την εκδίκαση των φορολογικών διαφορών. Πρόκειται για την εισαγωγή ιδιαίτερων ή ειδικών δικονομικών ρυθμίσεων που διέπουν πλέον την εκδίκαση των φορολογικών διαφορών³⁰, οι οποίες είναι λιγότερο ευνοϊκές για τον διάδικο διοικούμενο, σε σχέση με τις ισχύουσες ανάλογες γενικές διατάξεις του ΚΔΔ³¹, που ίσχυαν προηγουμένως ενιαία και για τις φορολογικές διαφορές, και συνεχίζουν να ισχύουν για τις όλες τις διοικητικές διαφορές ουσίας.

ΠΕΕ είναι νομικώς πλημμελής, κατά την έννοια του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και το διοικητικό

πρωτοδικείο οφείλει και αυτεπαγγέλτως να ελέγξει την πλημμέλεια αυτή.

²⁹ Για την πιλοτική δίκη, τα χαρακτηριστικά της και τη σχέση της με τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, βλ. *Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ*, «Τα βασικά χαρακτηριστικά του ελληνικού δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων και οι σύγχρονες τάσεις συγκέντρωσης του ελέγχου, ιδίως μετά τη θέσπιση του ν.3900/2010:αμφισβητήσεις και προβληματικές», σε Τιμητικό Τόμο για τα 50 χρόνια των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2015, σ.223-264, καθώς και την μεταγενέστερη αναθεωρημένη και επικαιροποιημένη μελέτη, «Ο θεσμός της πιλοτικής δίκης του άρθρου 1 του ν.3900/2010 και το σύστημα του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στην Ελλάδα», σε www.constitutionalism.gr.

³⁰ Για τις ειδικές δικονομικές αυτές ρυθμίσεις ή και άλλες που ίσχυαν προγενέστερα, ιδωμένες υπό το πρίσμα της νομολογιακής τους εφαρμογής, βλ. την εισήγηση της Συμβούλου Επικρατείας, Ε.Νίκα, με τίτλο, «Πρόσφατη νομολογία του Β΄ Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας στην δικονομία «των φορολογικών και τελωνειακών εν γένει διαφορών», δημοσιευμένη σε www.humanrightscaselaw.gr

³¹ Α΄ Διεύθυνση Επιστημονικών Μελετών, Τμήμα νομοτεχνικής επεξεργασίας σχεδίων και προτάσεων νόμων, Έκθεση επί του νομοσχεδίου «Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις», σ.1 επ.(2), σε <http://www.logistis.gr/files/DIAFORA/Epistimoniki-Ekthesi-Exothrologismos.pdf> και ΕΔΚΑ, 2011, σ.110 επ.

Ειδικότερα, με τη θέσπιση του άρθρου 20 του ν.3900/2010 μπορεί να υποστηριχθεί, κατά μία ερμηνευτική εκδοχή που υποστηρίζεται από την ευρύτητα του γράμματος της διατάξεως και το επιχείρημα εκ του νόμου μη διακρίνοντος, ότι ο δικαστής απολλύει την αρμοδιότητα ή την εξουσία να ελέγχει αυτεπαγγέλτως την εσωτερική-ουσιαστική νομιμότητα της προσβαλλόμενης καταλογιστικής του φόρου πράξης. Εξάλλου, οι λόγοι που ανάγονται στην εξωτερική-τυπική νομιμότητα της φορολογικής πράξης, εξαρτώνται επιπροσθέτως από την επίκληση και απόδειξη βλάβης από τον διάδικο, που δεν δύναται να αποκατασταθεί διαφορετικά, παρά μόνο με την ακύρωση της πράξης³². Επομένως, κατ'αυτήν την ερμηνευτική εκδοχή, το μόνο που δικαιούται να ελέγξει αυτεπαγγέλτως ο δικαστής στο πεδίο εκδικάσεως των φορολογικών διαφορών είναι η ύπαρξη δεδικασμένου επί της επίδικης διαφοράς³³.

Αν υποθέσουμε ότι ο διοικητικός δικαστής έχει απολέσει με την ανωτέρω διάταξη κάθε εξουσία αυτεπάγγελτου ελέγχου των ουσιαστικών νομικών πλημμελειών, της εσωτερικής νομιμότητας της καταλογιστικής του φόρου πράξης, τι θα πράξει στην περίπτωση που στην ένδικη υπόθεση καταλήξει ότι δεν υφίσταται, για κάποιο λόγο, ο νόμος στον οποίο στηρίχθηκε η φορολογική διοίκηση για να εκδώσει την ένδικη πράξη, ελλείπει, δηλαδή, η νόμιμη βάση επιβολής του φόρου; Για παράδειγμα, αν έχει καταργηθεί σιωπηρά ο νόμος στον οποίο στηρίχθηκε η φορολογική διοίκηση για την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, ο δικαστής δεν θα ελέγξει αυτεπαγγέλτως το σχετικό ζήτημα, αλλά θα απορρίψει την προσφυγή και θα αποφανθεί υπέρ της νομιμότητας της καταλογιστικής του φόρου πράξης, παρά το ότι στερείται νόμιμου ερείσματος; Περαιτέρω, αν ο δικαστής είναι πεπεισμένος ότι το νομοθετικό έρεισμα της προσβαλλόμενης πράξης έρχεται σε αντίθεση με το Σύνταγμα, δεν θα προβεί αυτεπαγγέλτως στον έλεγχο της συνταγματικότητας, αλλά θα εφαρμόσει εν γνώσει του τον αντισυνταγματικό νόμο, κατά παράβαση του άρθρου 93 παρ.4 και 87 παρ.2 του Συντάγματος;

³² Χ.ΚΕΙΜΑΛΗΣ, Σε διακινδύνευση το κράτος δικαίου, ό.π., σ.868.

³³ Για το θεσμό του δεδικασμένου και την αντιμετώπισή του ως λόγο δημοσίας τάξης που υποχρεούται ο δικαστής να τον λάβει υπόψη του αυτεπαγγέλτως, και τις σχετικές αμφισβητήσεις στο πλαίσιο του αστικού δικονομικού δικαίου, βλ.Κ.ΜΠΕΗ, «Το δεδικασμένο ως θεσμός δημοσίας τάξης ή ιδιωτικού συμφέροντος», Δ, Ιούλιος 1997, σε <http://www.kostasbeys.gr/articles.php?s=5&mid=1479&mnu=3&id=19315>.

Καταρχήν, πρέπει εξυπαρχής να τονιστεί ότι είναι ιδιαίτερη η σύνδεση της εκτελεστής διοικητικής πράξης με την αρχή της νομιμότητας και το κράτος δικαίου. Κάθε πράξη της διοικήσεως και εν γένει της εκτελεστικής λειτουργίας οφείλει να στηρίζεται στον νόμο και να εκδίδεται σύμφωνα με τους κανόνες δικαίου που ρυθμίζουν το ουσιαστικό περιεχόμενο και τη διαδικασία εκδόσεώς της, κατ'επιταγή της αρχής του κράτους δικαίου³⁴. Επομένως, η διοίκηση δεν δρα αυτόνομα, αλλά, πάντα, βάσει της αρμοδιότητας που της απονέμεται από ειδική διάταξη νόμου και δεσμευόμενη να τηρεί όλες τις θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης³⁵. Ο διοικητικός δικαστής αποκτά ευρεία περιθώρια αυτεπάγγελτου ελέγχου, με σκοπό να ελέγξει την τήρηση της αρχής της νομιμότητας και συνταγματικότητας εκ μέρους της διοικήσεως, ιδίως, όταν προσβάλλεται με την έκδοση της διοικητικής πράξης το ουσιαστικό περιεχόμενο των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν και εξαρτούν το κανονιστικό περιεχόμενό της. Μάλιστα, κατά τα γενόμενα δεκτά επί του ελέγχου νομιμότητας, ο έλεγχος αυτός είναι έλεγχος της συμφωνίας της διοικητικής πράξης με τον νόμο, σε αντίθεση με τον έλεγχο της συνταγματικότητας, που είναι έλεγχος μη αντίθεσης του νόμου με το κανονιστικό περιεχόμενο του Συντάγματος³⁶. Κατά συνέπεια, βάσιμα μπορεί να υποστηριχθεί ότι παραβιάζεται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος από τον αποκλεισμό του αυτεπάγγελτου ελέγχου της εσωτερικής νομιμότητας του διοικητικού δικαστή με τις διατάξεις του ν.3900/2010, πρώτον, διότι με τον περιορισμό αυτόν παραχαράσσεται ο σκοπός της διοικητικής δίκης, ο οποίος έγκειται στον έλεγχο τήρησης της αρχής της νομιμότητας εκ μέρους της διοικήσεως, και δεύτερον, διότι με τον τρόπο αυτόν περιορίζεται υπέρμετρα η έννομη προστασία του διοικουμένου, ιδίως, όταν πλήττονται θεμελιώδη δικαιώματά του από την παράνομη δράση της δημόσιας διοίκησης, η οποία, επιπλέον, διαθέτει το προνόμιο να επιφέρει μονομερώς και κυριαρχικά με την έκδοση των πράξεών της, τις προβλεπόμενες έννομες συνέπειες, χωρίς τη συγκατάθεσή του. Περαιτέρω, ειδικότερα, με την κατάργηση του αυτεπάγγελτου ελέγχου της εσωτερικής νομιμότητας στις φορολογικές διαφορές υπάρχει κίνδυνος

³⁴ Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 1994, σ.128 επ.

³⁵ D. LOSCHAK, «Le principe de légalité, Mythes et mystification», AJDA, 1981, σ.387 επ.

³⁶ Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, «Οι (αυτό)δεσμεύσεις του δικαστή από τον παρεμπόμποντα έλεγχο της (αντι)συνταγματικότητας των νόμων» ΤοΣ, 2/2006, σ.402-429(423).

παραβίασης της θεμελιώδους αρχής της νομιμότητας στο φορολογικό δίκαιο, που απαιτεί την ύπαρξη (τυπικού) νόμου για την νόμιμη επιβολή και είσπραξη του φόρου, καθώς αν δεν υπάρχει τυπικός νόμος ή αν αυτός εφαρμόστηκε εσφαλμένως στην επίδικη περίπτωση ή είναι αντισυνταγματικός, η επιβολή του φόρου δεν βρίσκει έρεισμα στον τυπικό νόμο και δεν τηρείται το άρθρο 78 παρ.1 του Συντάγματος. Υπάρχουν νομικά ελαττώματα, όπως η ανυπαρξία ή η απώλεια του νόμιμου ερείσματος της καταλογιστικής του φόρου πράξης ή η εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του φορολογικού νόμου, όπου η φορολογική διοίκηση επιβάλλει φορολογικά βάρη, παρά την μη ύπαρξη νομοθετικής φορολογικής βάσης ή κατά προφανώς εσφαλμένη ερμηνεία του νόμου, ενώ, αν δεν ελεγχθεί η παρανομία αυτή από τον διοικητικό δικαστή, παραβιάζεται η αρχή του κράτους δικαίου, δεδομένου ότι πλήττεται στον πυρήνα της η αρχή της φορολογικής νομιμότητας³⁷. Στην περίπτωση της αντισυνταγματικότητας, της αντισυμβατότητας ή της αντίθεσης του φορολογικού νόμου με το ενωσιακό δίκαιο, ο δικαστής με τον αποκλεισμό του αυτεπάγγελτου ελέγχου θα οδηγηθεί στην εφαρμογή ενός νόμου ανίσχυρου ή αντικείμενου σε διεθνή σύμβαση, που έχει τυπική ισχύ υπέρτερη του τυπικού νόμου ή αντίθετου με το ενωσιακό δίκαιο, κατά παράβαση των άρθρων 93 παρ.4, 87 παρ.2 και 28 παρ.1 και 2 του Συντάγματος³⁸, καθώς και των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου που επιτάσσουν ο δικαστής να αφήνει αυτεπαγγέλτως ανεφάρμοστη κάθε διάταξη εθνικού κανόνα δικαίου που αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο³⁹.

Προκειμένου να αρθούν οι σχετικές αμφισβητήσεις της αντισυνταγματικότητας της διάταξης, προτάθηκε από τη θεωρία η άποψη ότι πρέπει να διακρίνουμε μεταξύ υποχρέωσης και ευχέρειας αυτεπάγγελτου ελέγχου. Κατά την άποψη αυτή, με τη διάταξη του άρθρου 20 του ν.3900/2010 ο αυτεπάγγελτος έλεγχος δεν καταργήθηκε, αλλά καταργήθηκε η υποχρέωση αυτεπάγγελτου ελέγχου. Επομένως, ο δικαστής διατηρεί την ευχέρεια άσκησης

³⁷ Χ.ΚΕΙΜΑΛΗΣ, Σε διακινδύνευση το κράτος δικαίου, ό.π., σ.869-870.

³⁸ Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, «Ο αυτεπάγγελτος δικαστικός έλεγχος της συμβατικότητας των νόμων και οι όροι του παραδεκτού ενόψει του παρεμπόπτοντος χαρακτήρα του. Παρατηρήσεις στην απόφαση ΣτΕ 1386/2010», σ.1-5(5) σε <http://constitutionalism.gr/site/wp-content/mgdata/pdf/manitakisxolio.pdf>. Τον αυτεπάγγελτο έλεγχο της συμβατικότητας αποδέχεται και ο Κώστας Χρυσόγονος, βλ. Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην εθνική έννομη τάξη, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2001, σ.225.

³⁹ Για το ζήτημα αυτό, βλ.Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σ.31 και την εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΔΕΕ.

του αυτεπάγγελτου ελέγχου⁴⁰. Κατά την ίδια άποψη, ειδικά, για την περίπτωση του ελέγχου συνταγματικότητας, εφόσον εκπορεύεται από τη συνταγματική διάταξη του άρθρου 93 παρ.4, δεν θεωρείται ότι αποκλείστηκε με τη διάταξη του άρθρου 20 του ν.3900/2010⁴¹. Παρά το ότι η διάκριση μεταξύ υποχρεωτικού και δυνητικού αυτεπάγγελτου ελέγχου του δικαστή υποστηρίχθηκε στην ελληνική θεωρία, ακόμη και στην άσκηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας⁴², τα διοικητικά δικαστήρια δεν διαθέτουν ευχέρεια στην εξέταση των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων λόγων, αλλά υποχρέωση⁴³, διότι αντίθετη εκδοχή δεν συνάδει με τον χαρακτήρα των εν λόγω λόγων, ως λόγων δημοσίας τάξης⁴⁴. Μ'αυτή την έννοια, ο αυτεπάγγελτος χαρακτήρας του ελέγχου των ουσιαστικών νομικών πλημμελειών από τον διοικητικό δικαστή συνέχεται με τον υποχρεωτικό του χαρακτήρα και κάθε προσπάθεια διάκρισης των δύο αυτών χαρακτηριστικών θα αναιρούσε την έννοια και τον σκοπό του αυτεπάγγελτου ελέγχου.

Προκειμένου να διασωθεί η συνταγματικότητα της διάταξης, ο εφαρμοστής του δικαίου δύναται να προβεί σε σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 79 παρ.5 εδ.α' του ΚΔΔ, όπως αυτή προστέθηκε με το άρθρο 20 του ν.3900/2010. Η μέθοδος αυτή ερμηνείας ενεργοποιείται, όταν, από το γράμμα και τον σκοπό της διάταξης ή την εφαρμογή άλλων ερμηνευτικών κριτηρίων, ο ερμηνευτής καταλήγει σε δύο διαμετρικά αντίθετα ερμηνευτικά συμπεράσματα· όταν τίθεται ενώπιον μίας διάταξης νόμου, από την ερμηνεία της οποίας απορρέουν πολλαπλές εναλλακτικές ερμηνευτικές εκδοχές, με βάση το γράμμα και τον σκοπό της, εκ

⁴⁰ Α.ΤΣΙΡΩΝΑΣ, «Η δικονομική μεταρρύθμιση του ν.3900/2010 και ο νέος ρόλος του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΕφημΔΔ, 3/2011, σ.424 επ.(434).

⁴¹ Ibidem, σ.435.

⁴² Για την εφαρμογή της άποψης αυτής στη νομολογία, βλ. την ΣτΕ 3195/2000, ΤοΣ, 2001, σ.172 όπου ο αυτεπάγγελτος έλεγχος αναλύεται ως δικαίωμα και όχι υποχρέωση του δικαστή, καθώς και Π.ΠΑΡΑΡΑ, «Η νομολογιακή ερμηνεία του άρθρου 93 παρ.4 του Συντάγματος, Παρουσίαση της αποφάσεως ΣτΕ 3195/2000», ΔτΑ, 16/2002, σ.1171 επ.(1173).

⁴³ ΣτΕ 3718/2003.

⁴⁴ Πρβλ. όμως την άποψη, η οποία διατυπώθηκε από τη γραφίδα δικαστών του ΣτΕ, ότι το δικαστήριο καλλιεργεί μία νέα αντίληψη περί του σκοπού της αιτήσεως ακυρώσεως, καθώς και μεν, αυτή στοχεύει στη θεραπεία της αντικειμενικής νομιμότητας και στη διαπαιδαγώγηση των διοικητικών οργάνων, αλλά κυρίως, στην προστασία των δικαιωμάτων του διοικουμένου, με συνέπεια να μην μπορεί ο δικαστής να αγνοεί τα ουσιαστικά ζητήματα νομιμότητας που τίθενται από τον διάδικο και να επιμένει σε δευτερεύοντα ζητήματα τύπων, συμπεραίνοντας, ότι το δικαστήριο έχει ευχέρεια και όχι υποχρέωση να ελέγχει αυτεπαγγέλτως τους λόγους εξωτερικής νομιμότητας. Βλ. Χ.ΕΥΑΓΓΕΛΙΟΥ, «Αναρμοδιότητα», σε Εφαρμογές Διοικητικού, Ουσιαστικού & Δικονομικού Δικαίου (7), Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σ.369-395(370).

των οποίων η μία, αν επιλεγεί, δημιουργεί ζήτημα αντίθεσής της με το Σύνταγμα, ενώ η άλλη καταλήγει με το ερμηνευτικό αποτέλεσμά της να προσδίδει στη διάταξη μία σημασία που συνάδει με τον θεμελιώδη νόμο. Συντρεχουσών των ως άνω προϋποθέσεων, ο ερμηνευτής, με πυξίδα τη σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία, οφείλει να επιλέξει την ερμηνευτική πρόταση που καταλήγει στη συμφωνία της διάταξης του νόμου με το Σύνταγμα⁴⁵.

Από την αυστηρή γραμματική ερμηνεία της διάταξης, προκύπτει, καταρχήν, ότι ο νομοθέτης περιόρισε τον δικαστή, στις εν γένει φορολογικές και τελωνειακές διαφορές, να ελέγχει αυτεπαγγέλτως μόνον την παράβαση του δεδικασμένου και όχι, μεταξύ άλλων, την εσωτερική-ουσιαστική νομική πλημμέλεια της καταλογιστικής του φόρου πράξης. Στο ίδιο ερμηνευτικό συμπέρασμα οδηγεί και το ερμηνευτικό κριτήριο ότι εκ του νόμου μη διακρίνοντος δεν μπορεί να διακρίνει και ο ερμηνευτής του δικαίου. Εντούτοις, από την ιστορικό-γενετική ερμηνεία της διατάξεως ή από την υποκειμενική τελολογική ερμηνεία, όπως προκύπτει από τα γραφόμενα της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, δεν προκύπτει ότι ο νομοθέτης εξεδήλωσε ρητά την βούλησή του να αποκλείσει σ' αυτή την περίπτωση τον αυτεπάγγελτο έλεγχο του δικαστή. Επιπλέον από την τελολογική ερμηνεία της διάταξης, και, ειδικά, από την αντικειμενική τελολογική ερμηνεία, όπως ο σκοπός της διάταξης αποτυπώθηκε στην αιτιολογική έκθεση του νόμου, και συγκεκριμένα ότι ο περιορισμός του αυτεπάγγελτου ελέγχου του δικαστή λαμβάνει χώρα με σκοπό τη διασφάλιση της οικονομίας της φορολογικής δίκης και την αποφυγή παρελκύσεων και άσκοπης παράτασης εκκρεμοτήτων σε διαφορές που από τη φύση τους προσφέρονται σε τέτοιες καθυστερήσεις, δεν φαίνεται να οδηγούμαστε σε κατάφαση του αποκλεισμού του αυτεπάγγελτου ελέγχου όσον αφορά στην εσωτερική νομιμότητα της πράξης. Παρελκύσεις της δίκης και άσκοπη παράταση εκκρεμοτήτων προκαλούνται μόνον από την ακύρωση της πράξης για λόγους τυπικών πλημμελειών, όπου η υπόθεση επιστρέφει στη διοίκηση προς επανέκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία μπορεί να προσβληθεί εκ νέου και να επανελεγχθεί από τον διοικητικό δικαστή και για

⁴⁵ Βλ. Β. ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ, Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων και ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, δ.δ, Θεσσαλονίκη 2012, σ.23 επ.

λόγους ουσιαστικής νομιμότητας που δεν είχαν ελεγχθεί στην πρώτη δίκη⁴⁶. Η εξαίρεση των ουσιαστικών νομικών πλημμελειών από τον αυτεπάγγελτο έλεγχο του δικαστή δεν καλύπτεται από την πρόθεση του νομοθέτη, ο οποίος εξαίρεσε μόνον τις νομικές πλημμέλειες που προτείνονται παρελκυστικά, οι οποίες σε καμία περίπτωση δεν αφορούν στη διοικητική πράξη που πάσχει από εσωτερικές-ουσιαστικές νομικές πλημμέλειες, αλλά μόνο σ' αυτή που πάσχει από τυπικά ελαττώματα, τα οποία οδηγούν σε προσωρινή ακύρωσή της⁴⁷. Περαιτέρω, η αρχή της οικονομίας της δίκης, που ευαγγελίζεται ότι προασπίζει η διάταξη, επιτάσσει τη μη συντέλεση άσκοπων ενεργειών στο πλαίσιο της διοικητικής δίκης, όπως την αποφυγή ακύρωσης της διοικητικής πράξης για τυπικό λόγο, με συνέπεια την αναπομπή της υπόθεσης στη διοίκηση για έκδοση νέας πράξης και τη δημιουργία στη συνέχεια νέου κύκλου δικών. Τούτο δεν συμβαίνει στην περίπτωση ουσιαστικών νομικών πλημμελειών, όπου ο δικαστής θα προβεί στην οριστική ακύρωση της πράξης και θα τερματίσει τη διαφορά. Όπως, συναφώς παρατηρήθηκε, ειδικά, ως προς τις ουσιαστικές νομικές πλημμέλειες, σε τι εξυπηρετεί την οικονομία της δίκης η μη λήψη υπόψη αυτεπαγγέλτως από τον δικαστή των ουσιαστικών νομικών πλημμελειών, εφόσον η δίκη έχει ξεκινήσει και αναμένεται να εκδοθεί δικαστική απόφαση, η οποία μάλιστα ενόψει του χαρακτήρα του σφάλματος θα επιλύσει χωρίς χρονοτριβές και αναπομπές τη διαφορά⁴⁸;

Περαιτέρω, η εσωτερική συστηματική ερμηνεία της διατάξεως αυτής με το άρθρο 79 παρ.1 του ΚΔΔ και το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης οδηγεί στο ερμηνευτικό συμπέρασμα ότι ο κοινός νομοθέτης δεν θέλησε να αποκλείσει τον αυτεπάγγελτο έλεγχο των ουσιαστικών νομικών

⁴⁶ Πράγματι, για τη διάκριση μεταξύ λόγων εσωτερικής και εξωτερικής νομιμότητας υφίσταται και το δικονομικό κριτήριο, το οποίο αντιμετωπίζει τους λόγους αυτούς ως νομικές βάσεις για την αποδοχή του ένδικου βοηθήματος. Έτσι, στην περίπτωση της αποδοχής του ένδικου βοηθήματος για έναν λόγο εξωτερικής νομιμότητας, γίνεται δεκτό, καταρχήν, ότι η υπόθεση αναπέμπεται στη διοίκηση και η τελευταία μπορεί νομίμως να εκδώσει την διοικητική πράξη εκ νέου, τηρώντας τον τύπο που παραβιάστηκε. Αντίθετα, στην περίπτωση της ακύρωσης για λόγο ουσιαστικής νομιμότητας δεν είναι δυνατή καταρχήν η επανέκδοση της διοικητικής πράξης, βλ. *Α.ΚΑΛΟΓΕΡΟΠΟΥΛΟ*, «Το κριτήριο της διακρίσεως μεταξύ της «εξωτερικής και εσωτερικής νομιμότητας» των διοικητικών πράξεων εις το γαλλικόν δίκαιον», *ΕΔΔΔΔ*, 1975, σ.128-135(130-131).

⁴⁷ Για μία αναλυτική εξέταση αυτού του ζητήματος, βλ. *Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ*, «Ο αυτεπάγγελτος έλεγχος των διοικητικών δικαστηρίων επί της ουσιαστικής- εσωτερικής νομιμότητας των καταλογιστικών του φόρου πράξεων πριν και μετά την έναρξη ισχύος του άρθρου 20 του ν.3900/2010-Με αφορμή την ΔΕφΑθ 2829/2015 και την ΜονΔΠρθ 3990/2014», εισήγηση στο 3ο ετήσιο συνέδριο της ΕΔΔ, που διεξήχθη στην Αθήνα στις 01-02.12.2015, δημοσιευμένη στο ebook της ΕΔΔ, και σε Το δημόσιο δίκαιο μέσα από τις αποφάσεις των δικαστηρίων (επιμ.Β.ΤΖΕΜΟΣ), Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2016, σ.119 επ.

⁴⁸ *Χ.ΚΕΙΜΑΛΗΣ*, Σε διακινδύνευση το κράτος δικαίου, ό.π., σ.873.

πλημμελειών. Μετά δε την θέσπιση από τον νομοθέτη της αλυσιτέλειας όλων των λόγων εξωτερικής νομιμότητας, που εξαρτώνται από την επίκληση και απόδειξη βλάβης από τον διάδικο, που δεν μπορεί να αποκατασταθεί διαφορετικά, παρά μόνο με την ακύρωση της καταλογιστικής του φόρου πράξης, ουσιαστικά μόνον ένας λόγος βάσιμος παρέμεινε, αυτός της ουσιαστικής νομιμότητας.

Η αντίθετη δε ερμηνευτική εκδοχή που υποστηρίζεται από τη γραμματική ερμηνεία θα αντίκειται στη θεμελιώδη αρχή της φορολογικής νομιμότητας, την αρχή της νομιμότητας εν γένει της δράσης της δημόσιας διοίκησης που επιτάσσει τον αυτεπάγγελο έλεγχο από τον δικαστή των ουσιωδών ουσιαστικών νομικών πλημμελειών και στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας. Περαιτέρω, δημιουργούνται αμφισβητήσεις για το εάν παραβιάζεται με τη διάταξη αυτή η αρχή της ισότητας, καθώς ο περιορισμός του ελέγχου λειτουργεί υπέρ του Δημοσίου⁴⁹. Ενστάσεις διατυπώθηκαν από πολλούς θεωρητικούς σχετικά με το ότι οι ρυθμίσεις του άρθρου 20 του ν.3900/2010 δεν συνάδουν με το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης, το οποίο με τη σειρά του συνδέεται ή απορρέει από την αρχή της νομιμότητας⁵⁰. Πράγματι, η αρχή της νομιμότητας θα καθίστατο γράμμα κενού περιεχομένου, αν δεν συνοδευόταν από τον έλεγχο της τήρησής της από τα διοικητικά δικαστήρια, ο οποίος πρέπει να είναι πλήρης και αποτελεσματικός⁵¹.

Εξάλλου, αναμφισβήτητο παραμένει, χωρίς να παρίσταται ανάγκη να προβούμε σε σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία της διάταξης, ότι το δικαστήριο θα πρέπει να ελέγξει αυτεπαγγέλτως τη συνταγματικότητα του νόμου στον οποίο στηρίχθηκε η έκδοση της φορολογικής πράξης, καθώς αποτελεί καθήκον και υποχρέωση του δικαστή να ελέγχει την αντισυνταγματικότητα της διάταξης

⁴⁹ *Ι.ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗΣ*, «Η ποιοτική απονομή της ελληνικής διοικητικής δικαιοσύνης-Υπό το φως της πρόσφατης αναμόρφωσής της», ΕφΔΔ, 3/2011, σ.440 επ.(447).

⁵⁰ *Χ.ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ*, «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, σ.407 επ.(413). Ό, τι με τις ρυθμίσεις αυτές πλήττεται η αρχή της νομιμότητας, βλ. *Α.ΓΕΡΟΝΤΑ*, «Η πρόσφατη μεταρρύθμιση της διοικητικής δικαιοσύνης (Ν.3900/2010)», ΕφημΔΔ 3/2011, σ.370 επ.(377), *Π.ΜΑΡΙΝΑΚΗΣ/Π.ΠΑΝΤΑΖΟΠΟΥΛΟΣ*, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, Ερμηνευτικά σχόλια-Νομολογία κατ'άρθρο, 7^η έκδοση, Νομική βιβλιοθήκη, Αθήνα 2011, σ.240, και Α' Διεύθυνση Επιστημονικών Μελετών, Τμήμα νομοτεχνικής επεξεργασίας σχεδίων και προτάσεων νόμων, Έκθεση επί του νομοσχεδίου «Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις», σ.1επ.(9), σε <http://www.logistis.gr/files/DIAFORA/Epistimoniki-Ekthesi-Exothrologismos.pdf>= ΕΔΚΑ, 2011, σ.110 επ.

⁵¹ *Χ.ΚΕΙΜΑΛΗΣ*, Σε διακινδύνευση το κράτος δικαίου, ό.π., σ.865-866.

που εφαρμόζει, ως παρακολούθημα της ίδιας της λειτουργικής του ανεξαρτησίας, πτυχή της οποίας δεν είναι δυνατόν να θέλησε να περιορίσει ο κοινός νομοθέτης. Περαιτέρω, ο δικαστής θα ελέγξει αυτεπαγγέλτως την αντίθεση της νόμιμης βάσης επιβολής του φόρου σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως στην ΕΣΔΑ, όχι μόνον ενόψει της αυξημένης τυπικής ισχύος της Σύμβασης και της ιεραρχικής της θέσης στην πυραμίδα των κανόνων δικαίου της εθνικής έννομης τάξης, αλλά, κυρίως, για να διαφυλάξει την αποτελεσματικότητα της εφαρμογής των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται από αυτή και την αποφυγή καταδικών της Ελλάδας από το ΕΔΔΑ. Τέλος, στο πλαίσιο του λειτουργικού διπλασιασμού του έλληνα δικαστή, ως δικαστή της εθνικής και ενωσιακής νομιμότητας, ο τελευταίος δικαιούται και υποχρεούται να αφήνει ανεφάρμοστη την αντίθετη στο ενωσιακό δίκαιο εθνική διάταξη νόμου, ανεξάρτητα από κάθε διάταξη εθνικού νόμου που θα περιόριζε ή θα απέκλειε τον έλεγχο αυτόν⁵².

&5. Τελικά συμπεράσματα: Ο διοικητικός δικαστής στη διοικητική δίκη εξετάζει αυτεπαγγέλτως ορισμένα ζητήματα που αφορούν τόσο στη διαδικαστική όσο και στην ουσιαστική (νομική) πλευρά της ένδικης διαφοράς και ποια είναι τα ζητήματα αυτά;

Από τα παραπάνω καθίσταται εναργές ότι ο διοικητικός δικαστής ελέγχει αυτεπαγγέλτως ορισμένες από τις νομικές πλημμέλειες των διοικητικών πράξεων, ορισμένους λόγους που θα μπορούσαν να οδηγήσουν ως βάσιμοι στην ακύρωση της διοικητικής πράξεως. Αυτοί οι λόγοι θα μπορούσαν να ενταχθούν στην ευρύτερη έννοια των λόγων δημοσίας τάξης.

Τι σημαίνει, όμως, λόγος δημοσίας τάξης; Παρά την εγγενή αδυναμία ορισμού του λόγου αυτού, και παρά το ότι τα δικαστήρια λαμβάνουν υπόψη αυτεπαγγέλτως ορισμένους λόγους, χωρίς πάντα να αιτιολογούν γιατί οι λόγοι

⁵² Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ τα κοινά δικαστήρια των κρατών μελών υποχρεούνται και αυτεπαγγέλτως να ελέγχουν τη συμβατότητα των εθνικών κανόνων που εφαρμόζουν με το κοινοτικό δίκαιο, αφήνοντας ανεφάρμοστη κάθε αντίθετη εθνική διάταξη, χωρίς να υποχρεούνται ή να δικαιούνται να αναμείνουν την ολοκλήρωση μίας άλλης συνταγματικής ή νομοθετικής διαδικασίας. Βλ. ΔΕΕ, C-106/77, Simmenthal, 9 Μαρτίου 1978, σκ.21-24, ΔΕΕ, C-13/91, Debus, 4 Ιουνίου 1992, σκ.32.

αυτοί αποτελούν λόγους δημοσίας τάξης⁵³, σύμφωνα με έναν ορισμό, λόγος δημοσίας τάξης «είναι κάθε λόγος τέτοιας σπουδαιότητας, που αν ο δικαστής δεν τον λάμβανε υπόψη του, δεν θα εκπλήρωνε την αποστολή του, που είναι να αποφαινεται σύμφωνα με τους θεμελιώδεις κανόνες δικαίου⁵⁴». Σύμφωνα με αυτόν τον ορισμό είναι η εγγενής ουσιαστική σπουδαιότητα του λόγου που εξαναγκάζει τον δικαστή να τον εξετάσει αυτεπαγγέλτως. Κατά άλλη άποψη, επικεντρωμένη στο νομικό καθεστώς του λόγου αυτού⁵⁵, και όχι, κυρίως, στα ουσιαστικά του χαρακτηριστικά, λόγος δημοσίας τάξης είναι κάθε λόγος που ο δικαστής λαμβάνει υπόψη του αυτεπαγγέλτως, που μπορεί να προταθεί ακόμη κι αν δεν προτάθηκε στο πλαίσιο της άσκησης μίας προηγούμενης διοικητικής προσφυγής, ακόμη και ενώπιον του δικαστή της έφεσης ή της αναίρεσης⁵⁶, ο οποίος δεν υπόκειται σε διαδικαστικές προθεσμίες και από τον οποίο τα διάδικα μέρη δεν μπορούν να παραιτηθούν⁵⁷. Ο λόγος δημοσίας τάξης μπορεί να ληφθεί υπόψη αυτεπαγγέλτως από τον δικαστή, εφόσον ασκεί επιρροή στην εκδίκαση της υπόθεσης και οδηγεί στην αποδοχή ή στην απόρριψη του ένδικου βοηθήματος, ενώ το πραγματικό της εφαρμογής του προκύπτει καταρχήν από τον φάκελο της υποθέσεως⁵⁸. Ωστόσο, κατ'άλλη άποψη, μπορεί ο δικαστής να διατάξει τη συμπλήρωση των αποδείξεων με δικαστική απόφαση, προκειμένου να λάβει υπόψη του αυτεπαγγέλτως ένα λόγο δημοσίας τάξης, του οποίου το πραγματικό της εφαρμογής δεν προκύπτει από τα πραγματικά περιστατικά που έχουν τεθεί στη διάθεσή του⁵⁹.

⁵³ Πρβλ.ΟΛΣΤΕ 1581/2010 (σκ.6), όπου κρίθηκε ότι η αναρμοδιότητα αποτελεί λόγο δημοσίας τάξης. Επίσης στη ΣτΕ 3718/2003 το δικαστήριο έκρινε ότι «...Κατά την πάγια, άλλωστε, νομολογία του, και πάντως όταν δεν πρόκειται περί πειθαρχικών υποθέσεων υπαλλήλων, το Δικαστήριο δεν προβαίνει στην αυτεπάγγελτη έρευνα του ανωτέρω λόγου (τήρηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου), περιοριζόμενο, όσον αφορά την εξωτερική νομιμότητα της προσβαλλόμενης ατομικής πράξης, μόνο στον αυτεπάγγελο έλεγχο της αναρμοδιότητας του οργάνου που εξέδωσε την πράξη, υπό τις διάφορες εκδοχές της, θεωρώντας προφανώς ότι πρόκειται για λόγο που προεχόντως συνάπτεται με την τήρηση κανόνων δημοσίας τάξης, δηλαδή των κανόνων οργάνωσης της Διοίκησης και όχι με το συμφέρον του ενδιαφερομένου...».

⁵⁴ R.ODENT, *Contentieux administratif*, Les Cours du droit, Paris 1981, σ.1205.

⁵⁵ C.DÉBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, Paris 1980, σ.4-5.

⁵⁶ J.-M.AUBY/R.DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 1984, t.2, LGDJ, Paris 1984, σ.241.

⁵⁷ T. Di MANNO, *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, Paris 1994, σ.56.

⁵⁸ CE, 13 Φεβρουαρίου 1987, *Morel*, Lebon, σ.883.

⁵⁹ C.DÉBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, ό.π., σ.434. Βλ.ΣτΕ 3818/2001.

Επομένως, ο δικαστής οφείλει αυτεπαγγέλτως να λαμβάνει υπόψη του τους λόγους δημοσίας τάξης, ως ουσιώδες χαρακτηριστικό και κριτήριο ταυτοποίησης των λόγων αυτών⁶⁰. Μάλιστα, η εξουσία αυτή δεν είναι δυνητική αλλά υποχρεωτική για τον δικαστή, ήτοι ο ίδιος οφείλει και δεν δικαιούται απλώς να λάβει υπόψη του αυτεπαγγέλτως τους λόγους δημοσίας τάξης⁶¹.

Οι λόγοι δημοσίας τάξης κατά μία άποψη διακρίνονται σ' αυτούς που αφορούν στην άσκηση του ένδικου βοηθήματος και στην τήρηση ορισμένων διαδικαστικών διατάξεων εκδίκασης της υπόθεσης και σ' αυτούς που αφορούν στην ουσία της διαφοράς⁶².

Στην ελληνική έννομη τάξη, πάντως, ο διοικητικός δικαστής δικαιούται και υποχρεούται να ελέγξει αυτεπαγγέλτως, καταρχήν, τις διαδικαστικές προϋποθέσεις κάταρξης και συνέχισης της δίκης, χωρίς να υποστηρίζεται ότι οι λόγοι αυτοί αποτελούν λόγους δημοσίας τάξης. Στο πλαίσιο αυτό θα προβούμε σε μία αναφορά των λόγων αυτών, χωρίς να αποφεύγουμε μάλλον τον κίνδυνο να παραλείψουμε κάποιον από αυτούς στην αναφορά μας και χωρίς να θέτουμε σε αυστηρή δικονομική σειρά ελέγχου τα απαράδεκτα του ένδικου βοηθήματος που ελέγχει ο διοικητικός δικαστής.

Έτσι, ο διοικητικός δικαστής ελέγχει αυτεπαγγέλτως τη δικαιοδοσία και την αρμοδιότητά του, σύμφωνα με το άρθρο 12 του ΚΔΔ, καθώς και όλους τους λόγους που σχετίζονται με το απαράδεκτο του ένδικου βοηθήματος ή μέσου⁶³, όπως το κύρος και την υπόσταση του δικογράφου του ένδικου βοηθήματος, ήτοι την υπογραφή του από δικηγόρο και το ορισμένο του⁶⁴, τη νομιμοποίηση του δικηγόρου⁶⁵, την τήρηση της κατεστημένης ενδικοφανούς διαδικασίας, την

⁶⁰ R.HOSTIOU, Procédure et formes de l' acte administratif unilatéral en droit français, LGDJ, Paris 1975, σ.302.

⁶¹ Έτσι, J.PEUCH, Contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives Beyrouth, Université Saint-Joseph, 1962, σ.11.

⁶² J.L.REY, «Les moyens d'ordre public en appel», AJDA, 2003, σ.118.

⁶³ ΣτΕ 4425/2011.

⁶⁴ Η προϋπόθεση αυτή μάλλον ελέγχεται πριν από την αρμοδιότητα του δικαστηρίου, ΣτΕ 2406/1989. Όπως κρίθηκε, «η έρευνα τυχόν αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενου λόγου προϋποθέτει δικόγραφο ορισμένο, προϋπόθεση η οποία δεν συντρέχει εν προκειμένω, κατά τα ήδη εκτεθέντα», ΣτΕ 982/2011, 3645/2001.

⁶⁵ ΣτΕ 3324/2001: «Εφ' όσον δε το απαράδεκτον, λόγω μη νομιμοποίησης του υπογράφοντος το δικόγραφο δικηγόρου, ως εκ της φύσεώς του, αποκλείει οιαδήποτε κρίσιν επί του δικογράφου τούτου, το εν λόγω απαράδεκτον προηγείται της κρίσεως τόσοσιν περί της αρμοδιότητος του Τμήματος του Συμβουλίου

προθεσμία άσκησης του ένδικου βοηθήματος⁶⁶, τη νομότυπη κατάθεση του ένδικου βοηθήματος, την ικανότητα διαδικού, την ικανότητα δικαστικής παραστάσεως των διαδικών, τη δικολογική ικανότητά τους, την έλλειψη ενεργητικής ή παθητικής νομιμοποίησης των διαδικών⁶⁷, την προσκόμιση παραβόλου, το έννομο συμφέρον⁶⁸ του διαδικού ή το δικαίωμά του να προσφύγει ενώπιον του δικαστηρίου, την εκτελεστικότητα της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης⁶⁹ και την έλλειψη εκκρεμοδικίας ή δεδικασμένου⁷⁰. Ελέγχει επίσης αυτεπαγγέλτως τις προϋποθέσεις της ομοδικίας και της συνάφειας, την τήρηση των διατάξεων που καθορίζουν τη νομότυπη και εμπρόθεσμη συντέλεση των κοινοποιήσεων του αρχικού δικογράφου και των κλητεύσεων στη δίκη⁷¹ ήτοι την τήρηση της νόμιμης προδικασίας, την έκλειψη του αντικειμένου της δίκης, όπως για παράδειγμα την κατάργηση της δίκης λόγω αντικατάστασης της προσβαλλόμενης πράξης⁷².

Επιπλέον, ο διοικητικός δικαστής ελέγχει αυτεπαγγέλτως τη νόμιμη υπόσταση της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, όπως τη συντέλεση της δημοσίευσής της, αν είναι κατά νόμο δημοσιευτέα⁷³ ή την έγκρισή της από το αρμόδιο όργανο⁷⁴, καθώς σε διαφορετική περίπτωση η πράξη που υπόκειται σε έγκριση δεν ετελειώθη και δεν έλαβε για τον ανωτέρω λόγο νόμιμη υπόσταση⁷⁵ και την υπογραφή της από το διοικητικό όργανο που αποτελεί στοιχείο της τελειώσεώς της⁷⁶.

της Επικρατείας (πρβλ. ΣτΕ 1973/2001), όσον και περί της καταργήσεως της διά του ενδίκου μέσου τούτου ανοιγείσης δίκης (πρβλ. ΣτΕ 1147/2000 Επταμ.)

⁶⁶ ΣτΕ 993/2011, 4425/2011.

⁶⁷ ΣτΕ 2011/2014: «Για το λόγο δε αυτό, αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο, η υπό κρίση αίτηση θα έπρεπε να γίνει δεκτή. Λόγω όμως της μείζονος σπουδαιότητας του ανακύψαντος ζητήματος ως προς το κατά πόσον το δικάσαν εφετείο όφειλε να εξετάσει αυτό αυτεπαγγέλτως και να ερμηνεύσει το δικόγραφο της αγωγής των ήδη αναιρεσιόντων ως στρεφόμενο κατά του Νοσοκομείου Σητείας.....», ΣτΕ 3544/2003: «Εξάλλου, επί αγωγής, το ζήτημα του προσώπου που ευθύνεται σε αποζημίωση συνάπτεται με το νόμο βάσιμο αυτής και, επομένως, ερευνάται αυτεπαγγέλτως από το διοικητικό εφετείο, σύμφωνα με την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 69 παρ. 2 του Π.Δ. 341/1978».

⁶⁸ ΣτΕ 1410/2011.

⁶⁹ ΣτΕ 4101/2012, 993/2011.

⁷⁰ Π.ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.438-439.

⁷¹ ΣτΕ 757/2013, ΟλΣτΕ 1823/2012.

⁷² ΣτΕ 2/2013.

⁷³ ΣτΕ 2242/2013.

⁷⁴ ΣτΕ 2675/2013.

⁷⁵ ΣτΕ 1115/2012, 675/2013.

⁷⁶ ΣτΕ 1219/2011.

Εξάλλου, από τους λόγους εσωτερικής ή ουσιαστικής νομιμότητας, ο διοικητικός δικαστής ελέγχει αυτεπαγγέλτως τη συνταγματικότητα της νομοθετικής διατάξεως που καλείται να εφαρμόσει στη δίκη που διεξάγει⁷⁷, τη συμβατότητά της με το κοινοτικό δίκαιο⁷⁸ ή την ΕΣΔΑ⁷⁹ και το εν γένει διεθνές δίκαιο. Ελέγχει, επίσης, παρεμπιπτόντως και κατά κανόνα αυτεπαγγέλτως τη νομιμότητα της κανονιστικής διοικητικής πράξης στην οποία στηρίχθηκε η έκδοση της προσβαλλόμενης ατομικής διοικητικής πράξης⁸⁰, καθώς και τη συνταγματικότητα της εφαρμοστέας εξουσιοδοτικής διάταξης⁸¹, την υπέρβαση των ορίων της εξουσιοδότησης⁸², την παράβαση του δεδικασμένου και την παραγραφή κατά του δημοσίου. Ιδιαίτερη σημασία στη διοικητική δίκη αποκτά ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της παράβασης κατ' ουσίαν διάταξης νόμου από τον διοικητικό δικαστή. Κατά μία ευρέως διατυπωμένη άποψη, ο διοικητικός δικαστής δεν ελέγχει, *καταρχήν*, αυτεπαγγέλτως την παράβαση ουσιαστικής διάταξης νόμου⁸³, εκτός αν πρόκειται για την αντισυνταγματικότητα, την εν γένει ισχύ του κανόνα δικαίου, με την έννοια της νόμιμης υπόστασης ή την

⁷⁷ ΣτΕ 4412/2013.

⁷⁸ ΣτΕ 3934/1999 (σκ.6), 2650/2015, (σκ.6) 3995/2003 (σκ.17), 1035/2000 (σκ.7). Με πάγια νομολογία του ΔΕΕ το ζήτημα του κύρους του εφαρμοσθέντος εθνικού κανόνα δικαίου, ενόψει της αντίθεσής του με το κοινοτικό δίκαιο, ερευνάται αυτεπαγγέλτως από τον εθνικό δικαστή. Ωστόσο, «το κοινοτικό δίκαιο δεν επιβάλλει στα εθνικά δικαστήρια την υποχρέωση να εξετάζουν αυτεπαγγέλτως ισχυρισμό αντλούμενο από την παράβαση κοινοτικών διατάξεων, εφόσον η εξέταση του ισχυρισμού αυτού θα τα υποχρέωνε να εγκαταλείψουν την επιβαλλόμενη ουδετερότητά τους, εξερχόμενα των ορίων της ένδικης διαφοράς, όπως προσδιορίστηκε από τους διαδίκους, και στηριζόμενα σε άλλα γεγονότα και περιστάσεις πέραν εκείνων επί των οποίων στηρίζει το αίτημά του ο διάδικος ο οποίος έχει συμφέρον για την εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων», ΔΕΕ, C-430/93 και C-431/93, Jeroen Van Schijndel, 14.12.1995, σκ.22.

⁷⁹ Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, «Η διαπλοκή του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας με τον έλεγχο της συμβατικότητας των νόμων ενόψει της ΕΣΔΑ στο παράδειγμα των ενοχικών απαιτήσεων», ΝοΒ, 10/2008, σ.2541-2567(2543), Γ.ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟΣ, «Η επίδραση της ΕΣΔΑ στην εσωτερική έννομη τάξη», ΤοΣ, 2002, σ.685 επ.(688). Contra, Φ.ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, «Νόμος αντίθετος προς διεθνή σύμβαση είναι αντισυνταγματικός;», ΤοΣ, 1982, σ.546 επ.(562). Για τον αυτεπάγγελτο έλεγχο της συμβατικότητας στη νομολογία, βλ. ΣτΕ 1094/2016 (σκ.14), ΣτΕ 1300/2015, 417/2016.

⁸⁰ Για την προβληματική του περιορισμού του παρεμπιπτόντος ελέγχου νομιμότητας των κανονιστικών διοικητικών πράξεων, όταν η κανονιστική διοικητική πράξη πάσχει από την άποψη της εξωτερικής της νομιμότητας, βλ.ΣτΕ 746/2004, ΟλΣτΕ 3839/2009. Εξάλλου, με το άρθρο 22 του ν.4274/2014 (ΦΕΚ Α' 147) προστέθηκε, μεταξύ άλλων, η παράγραφος 3γ στο άρθρο 50 του π.δ. 18/1989, η οποία ορίζει τα εξής: «...Η διαπίστωση παρανομίας της κανονιστικής πράξης κατά τον παρεμπιπτόντα έλεγχό της, για λόγους αναγόμενους στην αρμοδιότητα του εκδόντος την απόφαση οργάνου και σε παράβαση ουσιώδους τύπου είναι δυνατόν να μην οδηγήσει σε ακύρωση ατομικής πράξης, εφόσον, κατά την κρίση του δικαστηρίου, έχει παρέλθει μακρό, ανάλογα με τις περιστάσεις, χρονικό διάστημα από την έναρξη ισχύος της κανονιστικής πράξης που ελέγχεται παρεμπιπτόντως και οι συνέπειες της παρανομίας της σε βάρος της ατομικής πράξης μπορεί να κλονίσουν την ασφάλεια του δικαίου... ..». Όπως, ήδη, κρίθηκε με την ΣτΕ 4003/2014 «με την παράγραφο 3γ ορίζεται ότι η διαπίστωση τυπικών λόγων παρανομίας κατά τον παρεμπιπτόντα έλεγχο κανονιστικής πράξης δεν άγει αναγκάιως σε ακύρωση της επ' αυτής ερειδόμενης ατομικής...».

⁸¹ ΣτΕ 5049/2012.

⁸² ΣτΕ 1180/2015.

⁸³ Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.631.

κατάφαση της νομικής του ύπαρξης, ελέγχει δηλαδή την απώλεια για οποιοδήποτε λόγο του νόμιμου ερείσματος της πράξης⁸⁴. Στην έλλειψη του νόμιμου ερείσματος της πράξης συμπεριλαμβάνεται και η αντισυνταγματικότητα της νομοθετικής πράξης, που αποτέλεσε το θεμέλιο έκδοσης της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης⁸⁵.

Ωστόσο, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, συντασσόμενοι απόλυτα στο σημείο αυτό, με τον Δαγτόγλου, ενόψει των άρθρων 93 παρ.4 και 87 παρ.2 του Συντάγματος, ο διοικητικός δικαστής πρέπει να ελέγχει αυτεπαγγέλτως, πέρα από τη συνταγματικότητα της εφαρμοστέας για την έκδοση της διοικητικής πράξης νομοθετικής διάταξης, και κάθε εν γένει απώλεια του νόμιμου ερείσματος της προσβαλλόμενης πράξης, επιπλέον, και εάν η διοίκηση με την έκδοση της διοικητικής πράξης συμμορφώνεται σε ρητή επιταγή ή ενεργεί αντίθετα προς ρητή απαγόρευση του νόμου⁸⁶.

Το ΣτΕ στις αποφάσεις του αναφέρεται μάλλον με ταυτόσημο τρόπο στον αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο λόγο της ορθής εφαρμογής του νόμου⁸⁷, καθώς και στην αυτεπάγγελτη εξέταση της εσφαλμένης εφαρμογής του νομοθετικού καθεστώτος, ήτοι στην εφαρμογή άλλης διάταξης αντί της προσήκουσας⁸⁸.

Από τους λόγους εξωτερικής νομιμότητας ο διοικητικός δικαστής ελέγχει αυτεπαγγέλτως κυρίως την αναρμοδιότητα του διοικητικού οργάνου⁸⁹, τη μη

⁸⁴ *Ε.ΓΑΛΑΝΗ*, «Παράβαση νόμου», Εφαρμογές Διοικητικού, Ουσιαστικού & Δικονομικού Δικαίου (7), Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σ.465-551(550).

⁸⁵ *Ε.ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σ.455.

⁸⁶ *Π.ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ*, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.580. Η Μουκίου, ως προς τον έλεγχο του ακυρωτικού δικαστή επί του νόμιμου ερείσματος της ατομικής διοικητικής πράξης, υποστηρίζει ότι αυτός είναι πλήρης, ελέγχοντας την ορθότητα του προσδιορισμού του εφαρμοστέου στην επίδικη περίπτωση κανόνα δικαίου από το διοικητικό όργανο, την εγκυρότητά του και την ορθότητα της ερμηνείας του, από τη διοίκηση. Εντούτοις, σπεύδει να διευκρινίσει ότι ο πλήρης αυτός έλεγχος οριοθετείται από την τήρηση των δικονομικών κανόνων που επιβάλλουν στον δικαστή την εξέταση των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης και κατ'εξάιρεση την εξέταση αυτεπαγγέλτως των λόγων αυτών, χωρίς, όμως, να οριοθετεί με νοηματική ακρίβεια, πως συνδυάζεται ο επονομαζόμενος πλήρης έλεγχος του δικαστή με την δέσμευσή του από τους προτεινόμενους λόγους, και, τελικά, τι ελέγχει αυτεπαγγέλτως ο δικαστής στο πλαίσιο του ελέγχου του νόμιμου ερείσματος της διοικητικής πράξης, τον οποίο αυτεπάγγελτο έλεγχο η συγγραφέας δεν αποκλείει, βλ.*Χ.ΜΟΥΚΙΟΥ*, «Ο έλεγχος του ακυρωτικού δικαστή επί του νόμιμου ερείσματος ατομικής διοικητικής πράξης», Τμ.Τομ.ΣτΕ-75 χρόνια, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004, σ.711 επ.(716).

⁸⁷ Πάντως, το ΣτΕ έχει κρίνει ότι η ορθή εφαρμογή του νόμου από τη διοίκηση ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από τον διοικητικό δικαστή, βλ.ΣτΕ 1247/2004 (σκ.6), 2580/2001, 4291/1999 (σκ.8), 3210/1998.

⁸⁸ ΣτΕ 208/2013.

⁸⁹ ΣτΕ 204/2016, 3531/1983, 3227/1987.

νόμιμη συγκρότηση του συλλογικού οργάνου⁹⁰, καθώς και τη μη νόμιμη σύνθεσή του, αν αυτή προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου⁹¹. Επίσης, πρέπει δεχτούμε ότι ελέγχει αυτεπαγγέλτως τη μη λήψη υπόψη προηγούμενης γνωμοδοτήσεως, αν δεν υπάρχει στο φάκελο της δικογραφίας προηγούμενο απευθυντέο στο αρμόδιο όργανο ερώτημα⁹².

II. Ο θεσμός του εισηγητή δικαστή στην ακυρωτική διαδικασία του ΣτΕ

&1. Ο ορισμός του εισηγητή δικαστή

Ο θεσμός του εισηγητή δικαστή- με την έννοια και τον ρόλο που αναλαμβάνει σύμφωνα με τις κατωτέρω αναλύσεις- προβλέπεται στην ελληνική έννομη τάξη, μέχρι και σήμερα, μόνον ενώπιον του ΣτΕ, ήτοι για τις διαφορές που εκδικάζονται από το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο. Εξάλλου, αποτελούσε, μέχρι και σήμερα, ένα θεσμό που διέκρινε εν τοις πράγμασι τις ακυρωτικές διαφορές από τις διοικητικές διαφορές ουσίας, καθώς στις δεύτερες δεν προβλέπεται ο ορισμός ενός δικαστή, μέλος του δικαστηρίου, ως εισηγητή δικαστή με την ειδική-τεχνική έννοια του όρου.

Σύμφωνα με το σύστημα που ακολουθείται στο ΣτΕ, κάθε υπόθεση που εισάγεται προς εκδίκαση στο δικαστήριο, ήτοι μετά την κατάθεση του ένδικου βοηθήματος ή μέσου, χρεώνεται σ' έναν εισηγητή, μέλος του δικαστηρίου. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 22 του π.δ 18/1989, ο εισηγητής και ο βοηθός εισηγητή κάθε υπόθεσης ορίζεται με πράξη του Προέδρου του οικείου σχηματισμού, ήτοι του Τμήματος ή της Ολομέλειας, από το οποίο θα εκδικασθεί η υπόθεση. Πρόκειται για τον προσδιορισμό ενός συμβούλου ή ενός παρέδρου οποιουδήποτε τμήματος, στην περίπτωση που η υπόθεση εισάγεται στην Ολομέλεια, ή του αρμοδίου τμήματος, στην περίπτωση που η υπόθεση εκδικάζεται από το τμήμα, καθώς και ενός εισηγητή ως βοηθού εισηγητή του συμβούλου ή του παρέδρου, σύμφωνα με το άρθρο 20 του π.δ 18/1989. Στην ίδια αυτή πράξη του Προέδρου προσδιορίζεται η δικάσιμος της υποθέσεως και

⁹⁰ ΣτΕ 629/2012.

⁹¹ ΣτΕ 2973/2007.

⁹² ΣτΕ 2349/1999.

δίνεται εντολή να ανακοινωθεί η δικογραφία στον εισηγητή. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 12 του Εσωτερικού Κανονισμού Λειτουργίας του ΣΤΕ (ΕσΚανΣΤΕ)⁹³: «Ο Πρόεδρος του σχηματισμού ορίζει τους εισηγητές και τους βοηθούς εισηγητές των υποθέσεων, με βάση το αντικείμενο της υποθέσεως, την εμπειρία τους, καθώς και τη συνολική επιβάρυνσή τους ενώπιον άλλων σχηματισμών, ιδίως της Ολομελείας, μεριμνώντας για την ίση επιβάρυνσή τους. Με τα ίδια κριτήρια γίνεται και η μεταχρέωση των υποθέσεων».

&2. Ο ρόλος του εισηγητή δικαστή

Τα καθήκοντα του εισηγητή δικαστή περιλαμβάνουν, καταρχήν, την υποχρέωσή του να μεριμνά για τη συγκέντρωση κάθε χρήσιμου στοιχείου για τη διερεύνηση της υποθέσεως. Επομένως, ο εισηγητής καθίσταται υπεύθυνος για τη συγκρότηση του φακέλου της υποθέσεως.

Η υποχρέωση του εισηγητή δικαστή να μεριμνά για τη συλλογή του κρίσιμου πραγματικού υλικού της υποθέσεως, για τη συγκέντρωση του κρίσιμου αποδεικτικού υλικού, εντάσσεται στη φάση της προδικασίας της υποθέσεως. Τούτο συνδέεται με το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης⁹⁴ και το ευρύτερο καθήκον που υπέχει το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο, αλλά και κάθε διοικητικό δικαστήριο, να αποσαφηνίζει τεκμηριωμένα το ιστορικό της διαφοράς. Ωστόσο, αν κατά την κύρια διαδικασία δεν καταστεί δυνατό να αποσαφηνισθεί το κρίσιμο ιστορικό της διαφοράς, το δικαστήριο έχει αρμοδιότητα να επανέλθει και να εκδώσει προδικαστική απόφαση με την οποία είτε αναβάλλει την εκδίκαση της υπόθεσης ζητώντας τη συμπλήρωση του φακέλου είτε διατάσσει αποδείξεις.

Τούτο σημαίνει και συνεπάγεται ότι η θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας αποτελεί εκδήλωση της βούλησης του κοινού νομοθέτη να εισάγει στο σύστημα εκδικάσεως των διοικητικών διαφορών το αμιγώς ανακριτικό σύστημα. Ως πρώτη επισήμανση μπορεί να διατυπωθεί ότι ο κοινός νομοθέτης προβαίνει σε αποσπασματικές ρυθμίσεις

⁹³ ΦΕΚ Β'2462/2013.

⁹⁴ Β.ΣΚΟΥΡΗΣ, Το βάρος της αποδείξεως στη διοικητική δίκη, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάικουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1981, σ. 13-14 και 17-18.

κάθε φορά για το τι ακριβώς σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης θέλει να εισάγει. Έτσι, με τις προγενέστερες διατάξεις του ν.3900/2010 άμβλυνε τα χαρακτηριστικά του ανακριτικού συστήματος οργάνωσης της διοικητικής δίκης στις φορολογικές διαφορές, καθώς φαίνεται ότι επεδίωξε να καταργήσει τον αυτεπάγγελτο έλεγχο νομιμότητας σ'αυτές, ενώ, επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 126 του ΚΔΔ, όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 27 του ν.3900/2010, στις φορολογικές εν γένει διαφορές απαίτησε ο προσφεύγων, επί ποινή απαραδέκτου της άσκησης της προσφυγής, να επιδίδει επικυρωμένο αντίγραφο του δικογράφου της στην αρχή που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη, μέσα σε προθεσμία είκοσι ημερών από τη λήξη της προθεσμίας για την άσκηση της προσφυγής⁹⁵. Τελικώς, η διάταξη αυτή, με το άρθρο 8 του εκκρεμούς νομοσχεδίου του Υπουργείου Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, υπό τον τίτλο: «Μέτρα επιτάχυνσης και εξορθολογισμού της διοικητικής δίκης», προτείνεται προς κατάργηση, με συνέπεια να επανέρχεται η κοινή υποχρέωση της γραμματείας του διοικητικού δικαστηρίου να κοινοποιεί το σχετικό δικόγραφο της προσφυγής στη διάδικο φορολογική αρχή και στις εν γένει φορολογικές διαφορές.

Παρατηρούμε, επομένως, ότι στο πλαίσιο της επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης λαμβάνονται δικονομικά μέτρα που άλλοτε ενισχύουν και άλλοτε αμβλύνουν το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης, με αποσπασματικές ρυθμίσεις, χωρίς να ακολουθείται μία κοινή και σταθερή νομολογιακή πολιτική στον τομέα αυτόν από τον δικονομική νομοθέτη, πρακτική που πλήττει την ασφάλεια και τη σταθερότητα του δικαίου και αποπροσανατολίζει το έργο και τη λειτουργία του τακτικού διοικητικού δικαστή.

Εξάλλου, ο ρόλος του εισηγητή δικαστή είναι διαμεσολαβητικός μεταξύ του δικαστηρίου και των διαδίκων, αναφορικά με την παράθεση του ιστορικού της διαφοράς, των σχετικών αποδεικτικών μέσων και των λόγων ακυρώσεως, ιδίως, των αυτεπαγγέλτως εξεταζομένων.

⁹⁵ Για τη σχέση της διάταξης αυτής με το ανακριτικό σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης και την κριτική της, βλ. Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ, «Η υποχρέωση επίδοσης της φορολογικής προσφυγής στη διοίκηση από τον προσφεύγοντα, εντός ορισμένης προθεσμίας, επί ποινής απορρίψεως του ασκηθέντος ενδίκου βοηθήματος, ως απαραδέκτου: Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 761/2014», σε www.constitutionalism.gr.

III. Η έκθεση του εισηγητή δικαστή στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ πριν και μετά το άρθρο 6 του ν.3900/2010: η επιρροή της νομολογίας του ΕΔΔΑ στην τροποποίηση της διάταξης αυτής

&1. Το περιεχόμενο της έκθεσης του εισηγητή δικαστή πριν και μετά το άρθρο 6 του ν.3900/2010

Ο εισηγητής δικαστής του ΣτΕ είναι υποχρεωμένος σύμφωνα με το άρθρο 22 του π.δ 18/1989 να συντάσσει έκθεση, η οποία κατά το προγενέστερο καθεστώς ήταν εμπεριστατωμένη, ενώ με το άρθρο 1 παρ.12 του ν.1968/1991 έγινε συνοπτική. Σύμφωνα με τη δικαστική πρακτική που ακολουθούταν ενώπιον του ΣτΕ, ο εισηγητής συνέτασσε εισήγηση στην οποία ανέλυε το ιστορικό της υποθέσεως, έθετε την αιτιολογημένη γνώμη του για το παραδεκτό και το βάσιμο καθενός εκ των λόγων του ένδικου βοηθήματος και πρότεινε την αποδοχή ή την απόρριψή του.

Με το άρθρο 6 του ν.3900/2010 καταργήθηκε η αιτιολογημένη γνώμη του εισηγητή της υποθέσεως και προβλέφθηκε ότι ο εισηγητής θα συντάσσει συνοπτική έκθεση στην οποία οφείλει να διαλάβει τα εξής: α. να περιγράψει το ιστορικό της διαφοράς, β. τα στοιχεία που βεβαιώνονται από τα έγγραφα, και να αναφέρει γ. τα ζητήματα που προκύπτουν⁹⁶. Επομένως, ο εισηγητής δεν παίρνει θέση πλέον στην εισήγησή του για το εν γένει παραδεκτό του ενδίκου βοηθήματος, καθώς και για το παραδεκτό και το βάσιμο των λόγων που επικαλούνται οι διάδικοι στο δικόγραφό τους, ούτε εκφέρει τη γνώμη του για την αποδοχή ή την απόρριψή του.

⁹⁶

Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.110.

Κατά την αιτιολογική έκθεση του νόμου, η αιτιολογημένη γνώμη του εισηγητή δικαστή αποτελούσε σημαντική αιτία επιβράδυνσης της διαδικασίας⁹⁷, μάλλον λόγω της υποχρεωτικής αναβολής εκδικάσεως της υποθέσεως, εάν δεν είχε κατατεθεί η εισήγηση, αφετέρου δε η σχετική πρακτική δημιουργούσε προβλήματα εναρμόνισης με τα χαρακτηριστικά της δίκαιης δίκης και τη νομολογία του ΕΔΔΑ, με ρητή αναφορά στις αποφάσεις Kress κατά Γαλλίας και Martinie κατά Γαλλίας.

&2. Η απόφαση Kress κατά Γαλλίας

Για την τροποποίηση της διατάξεως του άρθρου 6 του ν.3900/2010 ο νομοθέτης επικαλέστηκε την απόφαση Kress κατά Γαλλίας. Επομένως, πρέπει να αναλύσουμε πρώτα τι ακριβώς κρίθηκε με την απόφαση αυτή, προκειμένου να διευκρινιστεί πως αντιμετωπίζεται ο θεσμός του εισηγητή δικαστή από την άποψη του δικαίου της ΕΣΔΑ και τι μπορεί να εισφέρει σήμερα, συνακόλουθα, η θεσμοποίησή του στις διοικητικές διαφορές ουσίας.

&&α. Ο ρόλος του *commissaire du gouvernement* (ήδη *rapporteur public*) στο γαλλικό δικονομικό σύστημα

Ο « *commissaire du gouvernement* » (εφεξής CdG) υιοθετήθηκε ως θεσμός στη γαλλική διοικητική δικαιοσύνη ήδη από το έτος 1831. Επειδή, η διοικητική δίκη αφορούσε στον έλεγχο της νομιμότητας των πράξεων της εκτελεστικής λειτουργίας, θεωρήθηκε ότι ως αντιστάθμισμα στην απονομή αυτής της δικαιοδοσίας στη δικαστική λειτουργία, έπρεπε να θεσμοθετηθεί στο πλαίσιο εκδίκασης των σχετικών διαφορών ένα όργανο που θα αναλάμβανε να εκπροσωπήσει το κράτος, ως δημόσιος υπερασπιστής του. Στη συνέχεια, όμως, ο CdG απεξαρτήθηκε από τη λειτουργία που ο νομοθέτης αρχικώς του απένειμε να επιτελέσει και άρχισε να ενεργεί ως δικαστικό όργανο με απόλυτη ανεξαρτησία και αμεροληψία, προτείνοντας κατά τη συζήτηση της υποθέσεως την καλύτερη νομική λύση είτε υπέρ είτε κατά του κράτους.

⁹⁷ Κατά άλλη άποψη η διαπίστωση αυτή δεν είναι ορθή, διότι πολλές φορές στη δικαστηριακή πράξη οι διάδικοι διάβαζαν την εισήγηση και παραιτούνταν στη συνέχεια από το ένδικο βοήθημα, βλ. ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗΣ, «Οι νέες ρυθμίσεις για την διοικητική δίκη: Ο ν.3900/2010. Μία «ανοιχτή» επιστολή προς την Πολιτεία», ΘΠΔΔ, 12/2010, σ.131 επ.(1323).

Καταρχήν, πρέπει να υπομνησθεί ότι ο CdG θεσμοθετείται στο πλαίσιο όλων των δικών της γαλλικής διοικητικής δικαιοσύνης, ενώπιον του ΣτΕ και των διοικητικών δικαστηρίων του πρώτου και δεύτερου βαθμού, με σκοπό να εκθέσει στο δικαστήριο με πλήρη ανεξαρτησία τα συμπεράσματά του, κατά την αμερόληπτη εκτίμησή του, επί των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και των εφαρμοστέων νομικών κανόνων, καθώς και να εκφράσει τη γνώμη του για την επίλυση των νομικών ζητημάτων που τίθενται σ'αυτή⁹⁸. Ο CdG παρουσιάζει ενώπιον του δικαστηρίου κατά την ακροαματική διαδικασία τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, τους ισχυρισμούς των διαδίκων, και τα νομικά ζητήματά που τίθενται σ'αυτή, αναφέροντας τους κανόνες δικαίου που εφαρμόζονται και τη σχετική νομολογία που θα μπορούσε να συντελέσει στην επίλυση της διαφοράς. Επίσης εκφέρει την άποψή του επί των επίδικων νομικών ζητημάτων και το αποτέλεσμα του ένδικου βοηθήματος ή μέσου. Επομένως, δεν πρόκειται για ένα μέλος της συνθέσεως του δικαστικού σχηματισμού που εκδικάζει τη συγκεκριμένη διαφορά, καθώς δεν ψηφίζει κατά τη διάσκεψη, αλλά είναι ένα μέλος του δικαστηρίου που επιλέγεται για να ασκήσει μία συγκεκριμένη λειτουργία⁹⁹.

Η σχετική διαδικασία που ακολουθείται ενώπιον του ΣτΕ στη Γαλλία, την οποία αντλήσαμε κυρίως από το σκεπτικό της αποφάσεως Kress¹⁰⁰, είναι η εξής: Μετά την εισαγωγή μίας υπόθεσης προς εκδίκαση ενώπιον του αρμοδίου σχηματισμού του ΣτΕ, ο Πρόεδρος αυτού επιλέγει ένα μέλος του δικαστηρίου ως εισηγητή (*conseilleur rapporteur*), ο οποίος αναλαμβάνει να μελετήσει την υπόθεση και να συντάξει ένα σχέδιο απόφασης. Το σχέδιο αυτό συνοδεύεται από ένα επεξηγηματικό υπόμνημα του εισηγητή, στο οποίο αναλύεται μεθοδικά το σκεπτικό που τον οδήγησε στην υιοθέτηση του σχεδίου, περιλαμβάνεται μία εξέταση των ζητημάτων παραδεκτού και η αιτιολογία της αποδοχής ή της απόρριψης κάθε λόγου που προτάθηκε με τα δικόγραφα των διαδίκων, αναφέροντας και επισυνάπτοντας, ενδεχομένως, σ'αυτό, τα αποδεικτικά

⁹⁸ CE, 19 juillet 1957, Gervaise, Rec. 466, CE, 29 juillet 1998, Esclatine, Rec. 320, CE, Sect., 21 juin 2013, Section Communauté d'agglomération du pays de Martigues, Rec. 167.

⁹⁹ D.CHAUVAUX, Conclusions sur CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, D, 1999, σ.85.

100 Βλ. και Β.ΑΝΔΡΟΥΛΑΚΗΣ, «Η επίδραση της ΕΣΔΑ στην οργάνωση της διοικητικής δικαιοσύνης στη Γαλλία», ΘΠΔΔ, 5/2009, σ.539, Ε.ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ, «Η οργάνωση της διοικητικής δικαιοσύνης στη Γαλλία», σε www.prevedourou.gr

στοιχεία της υπόθεσης, τα νομοθετικά κείμενα ή τη νομολογία, στα οποία βάσισε τα συμπεράσματά του (&40 απόφασης).

Ο φάκελος της υποθέσεως, στη συνέχεια, μεταβιβάζεται στον αναθεωρητή (reviseur), μέλος του δικαστηρίου, ο οποίος επιλέγεται ομοίως από τον πρόεδρο του σχηματισμού ή από τους δύο βοηθούς του. Ο αναθεωρητής εξετάζει εκ νέου τα στοιχεία του φακέλου και σχηματίζει γνώμη για την επίλυση της διαφοράς. Μπορεί να γράψει ο ίδιος ένα άλλο σχέδιο απόφασης, σε περίπτωση διαφωνίας με τον εισηγητή. Κάθε φορά που το σχέδιο της απόφασης αναθεωρείται, η υπόθεση εισάγεται στο τμήμα, εν είδη προδιάσκεψης, όπου το σχέδιο της απόφασης θα αποτελέσει αντικείμενο μίας συλλογικής συζήτησης, με την παρουσία του CdG, ο οποίος ωστόσο, δεν ψηφίζει επί του σχεδίου. Μόνο μετά την έγκριση του σχεδίου απόφασης από τον σχηματισμό του ΣτΕ, ο φάκελος της υποθέσεως μαζί με το σχέδιο της απόφασης διαβιβάζεται στον CdG, για να μπορέσει είτε να προετοιμάσει τα συμπεράσματά του, είτε να ζητήσει τη σύγκληση μίας νέας διάσκεψης, είτε την παραπομπή της υπόθεσης σε ένα διαφορετικό σχηματισμό του ΣτΕ.

Επομένως, ο CdG είναι ένα μέλος του δικαστηρίου που επιλέγεται να ασκήσει συγκεκριμένα καθήκοντα κατά τη διαδικασία εκδικάσεως της υποθέσεως και συγκεκριμένα να εκθέσει κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση προφορικά τις conclusions του, ήτοι τα συμπεράσματά του επί της υποθέσεως. Κατά κανόνα αυτά τα συμπεράσματα είναι προφορικά, δεν κοινοποιούνται ούτε στα διάδικα μέρη, ούτε στον κύριο εισηγητή, ούτε στα μέλη του δικαστικού σχηματισμού, αλλά ανακοινώνονται προφορικά κατά τη δημόσια συνεδρίαση. Στη δικαστική πρακτική έχει άτυπα καθιερωθεί οι δικηγόροι των υποθέσεων που θα συζητηθούν, να επικοινωνούν με τον CdG πριν από τη δημόσια συνεδρίαση, προκειμένου να λάβουν γνώση μίας σύνοψης των συμπερασμάτων που θα εισηγηθεί στην επ' ακροατηρίω συζήτηση. Κατά τη δικάσιμο, ο κύριος εισηγητής διαβάζει την έκθεση που έχει συντάξει, η οποία ουσιαστικά αποτελεί μία απλή περίληψη των δεδομένων της υπόθεσης, χωρίς να εκφέρει τη γνώμη που διατύπωσε στο τμήμα. Στη συνέχεια οι δικηγόροι των διάδικων μερών αγορεύουν αν το θέλουν, ενώ ο CdG μιλάει τελευταίος και εισηγείται τα συμπεράσματά του. Στην εισήγηση αυτή με πλήρη ανεξαρτησία και αμεροληψία

εκθέτει και αναλύει το πραγματικό της υπόθεσης, επικαλείται και αντικρούει ή δέχεται τους λόγους που επικαλούνται οι διάδικοι, αναλύει την ερμηνεία των εφαρμοστέων κανόνων δικαίου από την κρατούσα νομολογία και αιτείται την απόρριψη ή την αποδοχή του κρινόμενου ένδικου βοηθήματος. Εξάλλου, οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των διαδίκων, παρά το ότι δεν μπορούν να αντιλέξουν στην επ' ακροατήριω συζήτηση στα συμπεράσματα του CdG, έχουν τη δυνατότητα να καταθέσουν στο δικαστήριο ένα υπόμνημα προ διάσκεψης, «note en délibéré», ακόμη κι αν δεν εκπροσωπούνται από δικηγόρο, για να συμπληρώσουν τις αγορεύσεις τους ή να αντικρούσουν τα συμπεράσματα και τους ισχυρισμούς του. Το περιεχόμενο του υπομνήματος αυτού διαβάζεται από τον κύριο εισηγητή στα άλλα μέλη του δικαστηρίου, πριν αρχίσει η κύρια διάσκεψη της υποθέσεως. Τέλος, πρέπει να υπομνησθεί ότι κατά πάγια νομολογία του γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας, εάν ο CdG έθεσε στην εισήγησή του ένα λόγο αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο, που δεν έγινε αντικείμενο επίκλησης από τα διάδικα μέρη, ο πρόεδρος του τμήματος θα ακυρώσει τη συζήτηση, θα κοινοποιήσει εγγράφως τον λόγο αυτό στα διάδικα μέρη, προκειμένου να αντιλέξουν και θα εισάγει εκ νέου την υπόθεση στο ακροατήριο μερικές εβδομάδες αργότερα.

Εξάλλου, κατά τη διαδικασία που προβλεπόταν, ο CdG παρίστατο κατά τη διάσκεψη της υποθέσεως, χωρίς να δικαιούται να ψηφίσει. Κατά κύριο λόγο απαντούσε σε ερωτήσεις που του έθεταν τα μέρη του δικαστικού σχηματισμού.

&&β. Η απόφαση του δικαστηρίου- Οι conclusions του *commissaire du gouvernement* και η σχέση τους με την αρχή της ισότητας των όπλων και ειδικότερα την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως και την *theorie des apparences*

Το δικαστήριο στην υπόθεση Kress τόνισε ότι ο θεσμός του CdG προσομοιάζει με αυτόν του Γενικού Εισαγγελέα του ΔΕΕ, με τη διαφορά ότι ο τελευταίος δεν δικαιούται να παραστεί κατά τη διάσκεψη της υπόθεσης στην οποία συμμετείχε.

Στην υπόθεση Kress, η κυρία Kress προέβαλε ότι υπήρξε παραβίαση των αρχών της δίκαιης δίκης, του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ: α. διότι, επικαλούμενη τις αποφάσεις **Borgers κατά Βελγίου της 30^{ης} Οκτωβρίου 1991¹⁰¹**, **Lobo Machado κατά Πορτογαλίας της 20^{ης} Φεβρουαρίου 1996¹⁰²** και **Reinhardt et Slimane-Kaïd κατά Γαλλίας της 31^{ης} Μαρτίου 1998¹⁰³**, δεν της κοινοποιήθηκαν εγγράφως, πριν από την ακροαματική διαδικασία, οι conclusions του CdG, με συνέπεια να μην μπορεί να αντιλέξει στους ισχυρισμούς αυτούς, δεδομένου και του ότι ο τελευταίος κλείνει τη συζήτηση στο ακροατήριο και δεν δικαιούται να λάβει τον λόγο ο πληρεξούσιος δικηγόρος της μετά την αγόρευσή του, β. διότι ο CdG παρευρέθηκε στη διάσκεψη της υποθέσεως, έστω και χωρίς δικαίωμα ψήφου, παρά το ότι είχε ταχθεί υπέρ της απόρριψης του ένδικου βοηθήματος που είχε ασκήσει, με συνέπεια να προσβάλλεται η αρχή της ισότητας των όπλων και να δημιουργούνται υπόνοιες μεροληψίας του δικαστικού σχηματισμού εκδικάσεως της υποθέσεως (&56).

¹⁰¹ ΕΔΔΑ, Borgers κατά Βελγίου, 30.10.1991, (αριθμ.προσφ.12005/86).

¹⁰² ΕΔΔΑ, Lobo Machado κατά Πορτογαλίας, 20.02.1996, (αριθμ.προσφ.15764/89).

¹⁰³ ΕΔΔΑ, Reinhardt et Slimane-Kaïd κατά Γαλλίας, 31.03.1998, (αριθμ.προσφ. 21/1997/805/1008 και 22/1997/806/1009).

Κατά την εκτίμηση του δικαστηρίου η υπόθεση υποκινεί **mutatis mutandis** τα ίδια νομικά ζητήματα με παρόμοιες υποθέσεις που έχουν ήδη κριθεί και αφορούν στον ρόλο του γενικού εισαγγελέα του Αρείου Πάγου ή του Ανωτάτου Δικαστηρίου του Βελγίου, της Πορτογαλίας, των Κάτω Χωρών και της Γαλλίας. Σε όλες αυτές τις υποθέσεις το δικαστήριο κατέληξε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, εξαιτίας της μη προηγούμενης κοινοποίησης στα διάδικα μέρη των ισχυρισμών είτε του γενικού εισαγγελέα είτε του δημόσιου εισηγητή και της αδυναμίας τους να αντιλέξουν σ'αυτούς. Το δικαστήριο υπενθυμίζει, επίσης, ότι στην απόφαση **Borgers**, η οποία αφορούσε στον ρόλο του γενικού εισαγγελέα στον Άρειο Πάγο, στο πλαίσιο εκδίκασης μίας ποινικής υπόθεσης, κατέληξε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 § 1 της Σύμβασης, κυρίως, βασιζόμενο, στο ότι ο γενικός εισαγγελέας είχε συμμετάσχει στη διάσκεψη του δικαστικού σχηματισμού, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας των όπλων. Στη συνέχεια, η επιβαρυντική κατάσταση της συμμετοχής του Γενικού Εισαγγελέα στις διασκέψεις υποστηρίχθηκε μόνο στις αποφάσεις Vermeulen¹⁰⁴ και Lobo Machado, καθώς τούτο είχε προβληθεί από τους προσφεύγοντες. Σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, το δικαστήριο τόνισε την ανάγκη να τηρείται η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως, σημειώνοντας ότι αυτή προϋπέθετε το δικαίωμα των διάδικων μερών να λάβουν γνώση των αποδεικτικών στοιχείων ή των ισχυρισμών που προβάλλονται ενώπιον του δικαστηρίου, ακόμα και από έναν ανεξάρτητο δικαστή, και να αντιλέξουν σ'αυτούς (&65).

Το δικαστήριο τόνισε δύο σημαντικά πράγματα: α. Το γεγονός και μόνον ότι η διοικητική δικαιοσύνη και ιδιαιτέρως ο CdG θεσμοθετήθηκαν και λειτουργούν εδώ και έναν αιώνα στη Γαλλία, σύμφωνα με την κυβέρνηση, προς ικανοποίηση όλων, δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει την παραβίαση των ισχυόντων κανόνων του ευρωπαϊκού δικαίου (&70), β. Κανείς δεν αμφισβήτησε ποτέ την ανεξαρτησία ή την αμεροληψία του CdG και το δικαστήριο κρίνει ότι, λαμβάνοντας υπόψη τη Σύμβαση, η ύπαρξή του και το θεσμικό του καθεστώς δεν αμφισβητούνται (&71).

¹⁰⁴

ΕΔΔΑ, Vermeulen κατά Βελγίου, 20.02.1996, (αριθμ.προσφ.19075/91).

Το δικαστήριο επανέλαβε ότι η αρχή της ισότητας των όπλων- ένα από τα στοιχεία της ευρύτερης έννοιας της δίκαιης δίκης- απαιτεί καταρχήν να δίδεται σε κάθε διάδικο μέρος η εύλογη δυνατότητα να παρουσιάσει ενώπιον του δικαστηρίου τις αιτιάσεις και τους ισχυρισμούς του, υπό τέτοιες συνθήκες και προϋποθέσεις, που να μην τίθεται σε δυσμενέστερη θέση από τον αντίδικο του (&72). Αναφορικά με την παραβίαση ή μη της αρχής της ισότητας των όπλων, το δικαστήριο διαπίστωσε ότι ανεξάρτητα από το γεγονός ότι, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, οι **conclusions του CdG δεν είναι έγγραφα, όπως προκύπτει από την περιγραφή της διαδικασίας που διεξάγεται ενώπιον του ΣΤΕ, ο CdG ανακοινώνει τις conclusions του για πρώτη φορά, προφορικά, κατά τη δημόσια συνεδρίαση της υπόθεσης τόσο στα διάδικα μέρη όσο και στους δικαστές του δικαστικού σχηματισμού. Η προσφεύγουσα δεν μπορεί να θεμελιώσει στην αρχή της ισότητας των όπλων, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 παρ.1 της Σύμβασης, το δικαίωμα να της κοινοποιούνται, πριν από την επ' ακροατηρίω συζήτηση, οι conclusions του CdG, που δεν κοινοποιούνται σε κανένα από τα μέρη της δίκης, ούτε στον εισηγητή, ούτε στους δικαστές, ούτε στους διαδίκους. Συνεπώς, δεν υφίσταται καμία παραβίαση της αρχής της ισότητας των όπλων (&73).** Αναφορικά με την παραβίαση του δικαιώματος της εκατέρωθεν ακροάσεως και της νόμιμης άμυνας το δικαστήριο διαπίστωσε ότι η έννοια της δίκαιης δίκης προϋποθέτει, επίσης, το δικαίωμα των διάδικων μερών να λάβουν γνώση οποιουδήποτε στοιχείου ή ισχυρισμού τέθηκε ενώπιον του δικαστηρίου, ακόμα κι από έναν ανεξάρτητο δικαστή, το οποίο δύναται να επηρεάσει την απόφασή του, αλλά και το δικαίωμα των διαδίκων να αντιλέξουν στα στοιχεία ή στους ισχυρισμούς αυτούς (&74). Ωστόσο, το δικαστήριο διαπίστωσε ότι σε αντίθεση με την απόφαση Reinhardt και Slimane-Kaid, δεν αμφισβητείται ότι κατά τη διαδικασία ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας οι δικηγόροι των διάδικων μερών δικαιούνται να ζητήσουν από τον CdG, πριν από την έναρξη της ακροαματικής διαδικασίας, να λάβουν γνώση μίας σύνοψης των γενικών του συμπερασμάτων. Δεν αμφισβητείται, επίσης, ότι οι διάδικοι μπορούν να αντιλέξουν, με ένα υπόμνημα προ διάσκεψης, στα συμπεράσματα του CdG, γεγονός που συμβάλλει, και είναι σημαντικό αυτό για το δικαστήριο, στην τήρηση της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως. Τέλος, σε περίπτωση που ο

CdG προέβαλε προφορικά κατά τη δημόσια συνεδρίαση ένα λόγο που δεν είχε προταθεί από τους διαδίκους, ο πρόεδρος του δικαστηρίου θα αναβάλει τη συζήτηση της υποθέσεως, για να μπορέσουν τα μέρη να αντιλέξουν. Ενόψει τούτων, το δικαστήριο κρίνει ότι η διαδικασία που ακολουθείται ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας προσφέρει επαρκείς εγγυήσεις για τους διαδίκους και δεν θα προκύψουν προβλήματα στο πλαίσιο του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη και σε ότι αφορά στην αρχή της κατ'αντιμωλίαν διεξαγωγής της συζήτησης.

Ωστόσο, η κρίση του δικαστηρίου υπήρξε διαφορετική σε ότι αφορά στην παρουσία του CdG στις διασκέψεις των δικαστηρίων. Το δικαστήριο τόνισε ότι το βασικό επιχείρημα της κυβέρνησης στηρίζεται στο γεγονός ότι ο CdG είναι ένα μέλος του δικαστηρίου, που λειτουργεί ως δεύτερος εισηγητής, με συνέπεια να μην μπορεί να αντιταχθεί καμία ένσταση κατά της παρουσίας του στις διασκέψεις, ακόμη κι αν δεν ψηφίζει (&77). Το δικαστήριο τόνισε ότι το γεγονός ότι ένα μέλος του δικαστηρίου έχει εκφράσει δημόσια τις απόψεις του σχετικά με την υπόθεση θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι συμβάλλει στη διαφάνεια της διαδικασίας λήψης της απόφασης. Η διαφάνεια αυτή μπορεί να συμβάλει στην καλύτερη αποδοχή της απόφασης από τους διαδίκους και το κοινό, στο βαθμό που τα συμπεράσματα του CdG, αν υιοθετηθούν από το δικαστήριο, θα αποτελέσουν ένα είδος πρόσθετης αιτιολογίας του κειμένου της απόφασης. Σε αντίθετη περίπτωση, όταν τα συμπεράσματα του CdG δεν αντικατοπτρίζονται στην προσέγγιση που υιοθετήθηκε από την απόφαση, καθίστανται ένα είδος μειοψηφούσας γνώμης. Το δικαστήριο κρίνει ότι η δημόσια παρουσίαση της γνώμης ενός δικαστή δεν προσβάλλει την υποχρέωση αμεροληψίας, στο βαθμό που ο CdG, κατά τη διάρκεια της διάσκεψης, είναι μόνον ένας δικαστής, όπως όλοι οι άλλοι, και η ψήφος του δεν υπερτερεί σε σχέση με την ψήφο των άλλων δικαστών. Αξίζει, επίσης, να σημειωθεί ότι, στην παρούσα υπόθεση, συνεχίζει το δικαστήριο, η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την υποκειμενική αμεροληψία ή την ανεξαρτησία του CdG.

Ωστόσο, το δικαστήριο παρατηρεί ότι η προσέγγιση αυτή δεν συνδυάζεται με το γεγονός ότι, παρόλο που ο CdG παρίσταται στις διασκέψεις, δεν έχει δικαίωμα ψήφου. Το δικαστήριο έκρινε ότι το γαλλικό εθνικό δίκαιο απαγορεύοντας στον CdG να ψηφίσει στο όνομα του κανόνα της μυστικότητας της διασκέψεως, αποδυναμώνει σημαντικά το επιχείρημα της κυβέρνησης ότι ο CdG είναι πραγματικά ένας δικαστής, επειδή ένας δικαστής δεν μπορεί, εκτός αν ανακληθεί, να απέχει από την ψηφοφορία. Επιπλέον, θα ήταν δύσκολο, συνεχίζει το δικαστήριο, να αποδεχτεί ότι κάποιοι δικαστές μπορούν να εκφράσουν δημοσίως τη γνώμη τους και ότι άλλοι μπορούν να το κάνουν μόνο σε μυστικές διασκέψεις.

Κατά την άποψη του δικαστηρίου, la théorie des apparences αποτελεί το βασικό διακύβευμα της υποθέσεως: μιλώντας δημοσίως για την απόρριψη ή την αποδοχή ορισμένων εκ των λόγων που προέβαλαν τα διάδικα μέρη, ο CdG θα μπορούσε δικαιολογημένα να θεωρείται από τα μέρη ότι παίρνει θέση υπέρ ενός εξ αυτών. Για το δικαστήριο, οι διάδικοι είναι φυσικό να θεωρούν ως αντίπαλό τους τον CdG, που έχει ήδη ταχθεί υπέρ της απόρριψης της προσφυγής τους. Αντίθετα, οι διάδικοι των οποίων οι θέσεις υποστηρίζονται από τον CdG, τον αντιμετωπίζουν ως σύμμαχό τους (&81). Επιπλέον, στον διάδικο μπορεί να δημιουργηθεί μία αίσθηση ανισότητας, αν, αφού άκουσε τα συμπεράσματα του CdG κατά την ακροαματική διαδικασία, ο οποίος αιτήθηκε την απόρριψη του ένδικου βοηθήματός του, τον βλέπει να αποσύρεται μαζί με τους άλλους δικαστές, για να παρακολουθήσει τη μυστική διάσκεψη.

Από την απόφαση Delcourt¹⁰⁵, το δικαστήριο επισήμανε πολλές φορές ότι παρόλο που η ανεξαρτησία και η αμεροληψία του γενικού εισαγγελέα στα ανώτατα δικαστήρια δεν μπορεί να αμφισβητηθεί, ωστόσο, η αυξημένη ευαισθησία του κοινού στη δίκαιη απονομή της δικαιοσύνης δικαιολογεί την αυξανόμενη σημασία που αποδίδεται στην *théorie des apparences*. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο το δικαστήριο έκρινε ότι, ανεξαρτήτως της αντικειμενικότητας που αναγνωρίζεται στον γενικό εισαγγελέα, εφόσον ο τελευταίος πρότεινε την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφυγής, έγινε ο σύμμαχος ή ο αντίπαλος ενός διάδικου μέρους, αντιστοίχως, και, επομένως, η παρουσία του στη διάσκεψη του εξασφαλίζει, έστω, και κατά τα φαινόμενα, μια πρόσθετη ευκαιρία για να υποστηρίξει τις απόψεις του στη μυστικότητα της διασκέψεως, μακριά από την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως.

Το Δικαστήριο επισήμανε επίσης ότι δεν υποστηρίχθηκε, όπως στις αποφάσεις Vermeulen και Lobo Machado, ότι η παρουσία του CdG **μπορούσε** να συμβάλει στην ενότητα της νομολογίας ή να βοηθήσει στην τελική σύνταξη της αποφάσεως (&84).

Κατά την κρίση του δικαστηρίου, το όφελος για τη διαμόρφωση της απόφασης, από αυτή την καθαρά τεχνική βοήθεια του CdG, πρέπει να σταθμίζεται με το θεμελιώδες συμφέρον του διαδίκου να διασφαλιστεί ότι ο CdG δεν μπορεί, με την παρουσία του στη διάσκεψη, να ασκήσει κάποια επιρροή στην έκβαση της υπόθεσης. Αυτό δεν συμβαίνει στην περίπτωση του γαλλικού νομικού συστήματος (&86).

Κατά την κρίση του δικαστηρίου υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 § 1 της Σύμβασης, λόγω της συμμετοχής (ή παρουσίας) του CdG στη διάσκεψη του δικαστηρίου.

¹⁰⁵

ΕΔΔΑ, Delcourt κατά Βελγίου, 19.01.1970, (αριθμ.προσφ.2689/65).

Το δικαστήριο δηλαδή έκρινε ότι ο CdG με την αγόρευσή του κατά την ακροαματική διαδικασία παίρνει το μέρος του ενός ή του άλλου διαδίκου, με συνέπεια η παρουσία ή η συμμετοχή του στις διασκέψεις να δημιουργεί στον διάδικο αισθήματα επηρεασμού των δικαστών που έχουν αποφασιστική ψήφο και μετέχουν στη σύνθεση του δικαστηρίου, με συνέπεια να προσβάλλονται οι αρχές της δίκαιης δίκης. Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι, καταρχήν, το ΕΔΔΑ δεν κρίνει ένα σύστημα οργάνωσης της διοικητικής δίκης που θεσμοθετεί έναν εισηγητή δικαστή, ο οποίος εκφέρει δημόσια τη γνώμη του επί του παραδεκτού και του νόμου και ουσία βασίμου του κρινόμενου ένδικου βοηθήματος αιτιολογημένα, κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση, ως αντίθετο στη Σύμβαση, ούτε αμφισβητεί την υποκειμενική αμεροληψία του δικαστή αυτού λόγω της έκφρασης προηγούμενης γνώμης, δεν επιτρέπει, όμως, στον δικαστή αυτόν να παρίσταται κατά τη διάσκεψη της υποθέσεως στην οποία εξέφερε τη γνώμη του, διότι θα μπορούσε να προκαλέσει στους διαδίκους την αίσθηση ότι μεροληπτεί ή μπορεί να επηρεάσει τη γνώμη των δικαστών που έχουν αποφασιστική ψήφο, προσβάλλοντας την αντικειμενική αμεροληψία του δικαστηρίου σύμφωνα με την *théorie des apparences*¹⁰⁶. Η αντικειμενική αμεροληψία πλήττεται, όταν ο διάδικος εύλογα φοβάται ότι ο δικαστής ενδεχομένως δεν είναι αμερόληπτος, στηριζόμενος στη *théorie des apparences*, με συνέπεια αντικειμενικά αμερόληπτο δικαστήριο να είναι αυτό που προσφέρει επαρκείς εγγυήσεις για να αποκλείει κάθε δικαιολογημένη αμφιβολία του διαδίκου ως προς αυτό¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Για τη θεωρία αυτή, βλ. *D.CHABANOL*, «Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt *Kress*», *AJDA*, 2002, σ.9, *J.F.FLAUSS*, «La double lecture de l'arrêt *Kress c. France*» *Les Petites Affiches*, 2001, n°197, σ.13, *S.GANDREAU*, «La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law», *RDP*, 2/2005, σ.319 επ.

¹⁰⁷ *D.QUINTY*, «Le dialogue des juges : le procès équitable devant les juridictions nationales et européennes» In : *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel* [en ligne]. Tours : Presses universitaires François-Rabelais, 2007 (généré le 18 octobre 2016), παρ.74-75 σε : <<http://books.openedition.org/pufr/2293>>.

Και γεννάται το ερώτημα: αφού το ΕΔΔΑ απαγορεύει κατ'εφαρμογή του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ στον δικαστή, που εκφέρει δημόσια και αιτιολογημένα τη γνώμη του για την τύχη του ένδικου βοηθήματος κατά την ακροαματική διαδικασία, να παρίσταται στη διάσκεψη της υπόθεσης χωρίς δικαίωμα ψήφου, άραγε επιτρέπει στον έλληνα εισηγητή δικαστή, που εκθέτει δημόσια, εγγράφως και αιτιολογημένα τη γνώμη του, πριν από τη συζήτηση της υποθέσεως, να διαδραματίσει τον ρόλο του κύριου ή ενεργού εισηγητή της υποθέσεως, που θα παρουσιάσει στους άλλους δικαστές την εισήγησή που έχει ήδη εκθέσει δημόσια, θα μπορεί να ψηφίσει στη διαδικασία έκδοσης της απόφασης και θα αναλάβει να συντάξει το τελικό σχέδιο της; Μάλλον σε αρνητική απάντηση κατέληξε η διοικητική ολομέλεια του ΣτΕ με το με αριθμό 4/2010 πρακτικό της και πρότεινε να καταργηθεί η αιτιολογημένη γνώμη του εισηγητή δικαστή του ΣτΕ και να περιοριστεί αυτός στη σύνταξη εκθέσεως που θα αναφέρει το ιστορικό της διαφοράς, τα κρίσιμα στοιχεία και τα ζητήματα που τίθενται, μεταξύ των οποίων, και τα αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενα¹⁰⁸, διότι «ο εισηγητής δεν πρέπει να καταθέτει εισήγηση, η δημοσιοποίηση της οποίας τον κάνει να φαίνεται σαν να παίρνει το μέρος του ενός εκ των διαδίκων και να μην έχει στο εξής έναντι αυτών την ουδετερότητα που χρειάζεται (πρβλ. Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της 7.6.2001, υπόθεση Kress κατά Γαλλίας, και της 12.4.2006, υπόθεση Martinie κατά Γαλλίας) με αποτέλεσμα να τον καθιστά στόχο». Το ελληνικό ΣτΕ προσπάθησε να συμμορφωθεί προληπτικά στη νομολογία του ΕΔΔΑ και να άρει κάθε αμφισβήτηση που θα μπορούσε να προκαλέσει στον διάδικο η συμμετοχή του εισηγητή δικαστή στην διάσκεψη της υποθέσεως και η ψήφος του, ενώ προηγουμένως είχε διατυπώσει αιτιολογημένη γνώμη επί της υποθέσεως, επί της αντικειμενικής αμεροληψίας του δικαστηρίου και της δυνατότητας του να επηρεάσει την έκβαση της

¹⁰⁸ Βλ.επί του ζητήματος αυτού και το με αριθμό 4/2011 πρακτικό της διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ.

υποθέσεως¹⁰⁹. Στο ίδιο συμπέρασμα κατέληξε και ο νομοθέτης και τροποποίησε ως άνω τη διάταξη του άρθρου 22 του π.δ 18/1989¹¹⁰.

&3. Η νομολογιακή εξέλιξη στο ΕΔΔΑ με τις αποφάσεις *Marc Antoine* κατά Γαλλίας και *Etienne* κατά Γαλλίας

Μετά την απόφαση Kress ο γάλλος δικονομικός νομοθέτης τροποποίησε τις σχετικές διατάξεις¹¹¹ και με τις νέες ρυθμίσεις ορίστηκε ότι ο CdG παρευρίσκεται στη διάσκεψη αλλά δεν συμμετέχει, « *assiste au délibéré mais qu'il n'y prend pas part* » (décret 2005-1586 της 19/12/2005), όμως το ΕΔΔΑ καταδίκασε εκ νέου τη Γαλλία για παραβίαση της Σύμβασης, στην απόφαση *Martinie κατά Γαλλίας*¹¹², εκτιμώντας το μέτρο ανεπαρκές, καθώς είτε η συμμετοχή είτε η παρουσία του CdG στη διάσκεψη του δικαστηρίου προσβάλλει τις αρχές της δίκαιης δίκης.

¹⁰⁹ **S.KTISTAKI**, «Le procès équitable dans la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique : un dialogue fructueux entre le juge européen & le juge de Droit Public en Méditerranée», σε http://lm-dp.org/author/ktistaki/#_ftnref14

¹¹⁰ Πάντως, η άποψη αυτή δεν έμεινε αναντίρρητη στην ελληνική θεωρία. Έτσι, υποστηρίχθηκε (βλ. *X. ΠΟΛΙΤΗ*, «Προβλήματα από την «νέα εισηγήση» του άρθρου 6 Ν 3900/2010 – Πρόοδος ή οπισθοδρόμηση», ΘΠΔΔ, 5/2011, σ.481 επ.) ότι ο θεσμός του εισηγητή δικαστή στην ελληνική έννομη τάξη διαφέρει σε πολλά σημεία από τον θεσμό του CdG και τη λειτουργία του. Και τούτο, διότι ο CdG, αν και μέλος του δικαστηρίου, δεν μετέχει του δικαστικού σχηματισμού που δικάζει την υπόθεση, με συνέπεια να θεωρείται τρίτο μέρος της δίκης, και εκ μόνου του λόγου τούτου, να δικαιολογείται, καταρχήν, ο αποκλεισμός του από τη διάσκεψη. Επίσης, «ο CdG εκφράζει την πλήρη άποψη του (conclusions) τελευταίος, δηλαδή μετά το τέλος του σταδίου της κατ' αντιπαράθεση ανταλλαγής των επιχειρημάτων και γνώμων στο ακροατήριο (contradictoire). Μετά από αυτόν ουδείς έχει το δικαίωμα να λάβει τον λόγο. Ειδικότερα, ο CdG δεν είναι υποχρεωμένος να διατυπώσει τα συμπεράσματά του (conclusions) εγγράφως, δύναται δε να τα γνωστοποιήσει προφορικώς το πρώτον στο ακροατήριο..... Αντιθέτως ο εισηγητής του Συμβουλίου της Επικρατείας λαμβάνει τον λόγο πρώτος, οι δε διάδικοι υπό το καθεστώς της παλαιάς εισηγήσεως είχαν την δυνατότητα να αναπτύξουν κατά την προφορική διαδικασία όλες τις απόψεις και τα επιχειρήματά των επί των σκέψεων που περιείχε η εισηγήση.....». Περαιτέρω, κατά την ίδια γνώμη, ο CdG έχει ήδη συμμετάσχει χωρίς ψήφο στην προδιάσκεψη της υπόθεσης, προκειμένου να υιοθετηθεί το σχέδιο της απόφασης, και έχει διαδραματίσει ενεργό ρόλο, εκφράζοντας εν πολλοίς την άποψή του πριν ακόμη η υπόθεση φθάσει στο ακροατήριο. Αντιθέτως ο εισηγητής του ΣτΕ σε καμιά προηγούμενη διαδικαστική πράξη δεν έχει μετέσχει. Τέλος, περίπτωση να μεταβληθούν τα «conclusions» του CdG δεν υπάρχει. Αντιθέτως τούτο δεν ίσχυε για τον εισηγητή του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο οποίος είχε την δυνατότητα κατά τη διάσκεψη να μεταβάλει γνώμη. Ο CdG, όταν ακόμη μετείχε της διασκέψεως, εκαλείτο να απαντήσει στις ερωτήσεις των δικαστών της συνθέσεως (αποφ. Kress, αρ. 50), ασφαλώς υπεραμυνόμενος των ανωτέρω οριστικών “conclusions” του, τα οποία και δεν μπορούσε να αλλάξει, ιδίως δε της ρητής «προτάσεως» του, υπέρ της παραδοχής ή της απορρίψεως του ενδίκου βοηθήματος, αντιθέτως προς τα ισχύοντα επί της παλαιάς εισηγήσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας». Κατηγορηματικός ότι η πλήρης εισηγήση δεν αντίκειται στη Σύμβαση είναι ο Λαζαράτος, βλ. *Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟ*, «Περί εισηγήσεως», ΘΠΔΔ, 10-11/2011, σ.1066 επ.

¹¹¹ Για την επιρροή της Σύμβασης στο γαλλικό δίκαιο γενικότερα, βλ., *J.-P.COSTA*, «Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου για τα δικαιώματα του ανθρώπου και η επιρροή της στη Γαλλία», ΝοΒ, 2009, σ.1825.

¹¹² ΕΔΔΑ, *Martinie κατά Γαλλίας*, (αριθμ.προσφ.58675/00), 12.04.2006.

Έτσι, ψηφίστηκε το διάταγμα 2006-964 της 01.08.2006 και ορίστηκε ότι ο CdG, που ήδη μετονομάστηκε σε *rapporteur public*, στα διοικητικά δικαστήρια πρώτου και δεύτερου βαθμού δεν παρευρίσκεται στη διάσκεψη, ενώ αντίθετα στο ΣτΕ παρευρίσκεται καταρχήν, εκτός αν αντιλέξουν τα διάδικα μέρη. Αυτές οι ρυθμίσεις κρίθηκαν συμβατές με τη Σύμβαση στην απόφαση *Etienne κατά Γαλλίας*¹¹³.

Επίσης, με τη θέσπιση του διατάγματος 2009-14 της 7^{ης} Φεβρουαρίου 2009 ορίστηκε ότι τα διάδικα μέρη μπορούν να αναπτύξουν και προφορικά τους ισχυρισμούς τους στο ακροατήριο, μετά την αγόρευση του CdG¹¹⁴.

Εξάλλου, ήδη, το ΕΔΔΑ εξέδωσε την απόφαση *Marc Antoine κατά Γαλλίας*¹¹⁵, με την οποία αποφάνθηκε ότι το γεγονός ότι μόνο στον CdG και όχι στα διάδικα μέρη κοινοποιείται το σχέδιο της απόφασης του *conseiller rapporteur* (θα τον ονομάσουμε κύριο εισηγητή), δεν παραβιάζεται το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη. Και τούτο, διότι το σχέδιο της απόφασης είναι έγγραφο που συγκαταλέγεται στην εσωτερική διαδικασία έκδοσης της απόφασης, που καλύπτεται από τη μυστικότητα της διασκέψεως, η οποία δεν υποτάσσεται στις αρχές της δίκαιης δίκης. Εξάλλου, το δικαστήριο τόνισε ότι ο προσφεύγων δεν απέδειξε με ποιο τρόπο ο CdG, και ήδη *rapporteur public*, θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως αντίδικος ή διάδικο μέρος, ώστε να εφαρμόζεται στο πρόσωπό του η αρχή της ισότητας των όπλων.

¹¹³ ΕΔΔΑ, *Etienne κατά Γαλλίας*, 15.09.2009, (αριθμ.προσφ.11396/2008).

¹¹⁴ Βλ. Την εισήγηση του Jean-Marc Sauvé, Αντιπροέδρου του γαλλικού ΣτΕ, σε συνέδριο του γαλλικού ινστιτούτου διοικητικών επιστημών, σ.1-5(4) σε <http://www.lyon.cour-administrative-appel.fr/content/download/65857/597623/version/1/file/2016-06-28%20-%20IFSA%20Grandes%20conclusions%20de%20la%20jurisprudence%20administrative.pdf>

¹¹⁵ ΕΔΔΑ, *Marc-Antoine κατά Γαλλίας*, 04.06.2013, (αριθμ.προσφ.54984/09).

IV. Τελική αποτίμηση της θεσμοποίησης του εισηγητή δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας σε σχέση με τον σκοπό της επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης και τον εξορθολογισμό της

&1. Η «αμφισβήτηση» του ενεργού ρόλου στη δίκη του εισηγητή δικαστή από τη νομολογία του ΕΔΔΑ, η τυπική χροιά της εισηγήσεως και η αλυσιτέλεια της θεσμοθέτησης του εισηγητή δικαστή στο πλαίσιο των διοικητικών διαφορών ουσίας

Από την αναλυτική παράθεση της προαναφερόμενης νομολογίας του ΕΔΔΑ κατέστη σαφές ότι εφόσον το ΕΔΔΑ απαγορεύει το έλασσον, που είναι η παρουσία του εισηγητή δικαστή, χωρίς ψήφο, στη διάσκεψη της υπόθεσης επί της οποίας εξέφερε την αιτιολογημένη γνώμη του επί του παραδεκτού και του βασίμου της κατά την ακροαματική διαδικασία, κατά λογική αναλογία δεν επιτρέπει και το μείζον, ήτοι την ενεργό συμμετοχή του εισηγητή δικαστή, που εξέφερε την προηγούμενη αιτιολογημένη γνώμη του πριν και επί της επ' ακροατηρίω συζητήσεως, στη διάσκεψη του δικαστικού σχηματισμού κρίσης της υποθέσεως, με την παράθεση της εισηγήσεως αυτής και την ψήφο του κατά τη συζήτηση. Και τούτο, διότι το κύριο κριτήριο που ώθησε το ΕΔΔΑ να κρίνει στην απόφαση Kress την παρουσία του CdG ως αντίθετη στις αρχές της δίκαιης δίκης, δεν ήταν η μη ύπαρξη ανεξαρτησίας ή αμεροληψίας στο πρόσωπό του ή το καθεστώς της θέσης του, αλλά η προσβολή της φαινόμενης αμεροληψίας ή της *la theorie des apparences* στα μάτια των διαδίκων.

Για αυτόν τον λόγο, εξάλλου, η διοικητική Ολομέλεια του ΣτΕ με το 4/2010 πρακτικό της πρότεινε την αντικατάσταση της αιτιολογημένης γνώμης του εισηγητή δικαστή από τη συνοπτική έκθεση, προκειμένου να αρθούν οι οιοσδήποτε αμφισβητήσεις περί παραβίασης των αρχών της δίκαιης δίκης από την ύπαρξη και τα καθήκοντα του εισηγητή δικαστή του ΣτΕ.

Και, ενώ, ο θεσμός του εισηγητή δικαστή βρίσκεται «σε ευρωπαϊκή κρίση», περαιτέρω, δε, στην Ελλάδα, η αιτιολογημένη εισήγηση του εισηγητή δικαστή του ΣτΕ αντικαθίσταται από την τυπική έκθεση που απλά θέτει τα ζητήματα, ο κοινός νομοθέτης αποφασίζει να εισάγει στο σύστημα εκδικάσεως των διοικητικών διαφορών ουσίας τον θεσμό του εισηγητή δικαστή, με σκοπό,

όπως προκύπτει από τον ίδιο τον τίτλο του νόμου, την επιτάχυνση στην απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης και τον εξορθολογισμό της.

Και κανείς αναρωτιέται, καταρχήν, πώς επιτυγχάνεται αυτός ο εξορθολογισμός με την εισαγωγή ενός θεσμού, ήτοι του εισηγητή δικαστή, που σήμερα έχει χάσει την αρχική του σημασία και λειτουργία;

&2.Θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή και κανονιστικές ανακολουθίες της διάταξης-Οι συνέπειες της θεσμοποίησης του εισηγητή δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας σε σχέση με την προθεσμία προσκόμισης του διοικητικού φακέλου της υποθέσεως, την αναβολή της υποθέσεως και την υποχρέωση κοινοποίησης του δικογράφου του ένδικου βοηθήματος στους διαδίκους που δικαιούνται να ασκήσουν παρέμβαση

Με το άρθρο 11 του νομοσχεδίου του Υπουργείου Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, υπό τον τίτλο: «Μέτρα επιτάχυνσης και εξορθολογισμού της διοικητικής δίκης», το οποίο έχει τεθεί σε δημόσια διαβούλευση, σκοπείται η θεσμοποίηση εισηγητή δικαστή σε όλες τις διοικητικές διαφορές ουσίας επί προσφυγών που εκδικάζονται από τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια του πρώτου και δεύτερου βαθμού. Ο εισηγητής δικαστής θα έχει, καταρχήν, όμοια καθήκοντα και ρόλο, όπως και ο εισηγητής δικαστής του ΣτΕ.

Καταρχήν, εφόσον ο εισηγητής δικαστής είναι υπεύθυνος για τη συγκρότηση του φακέλου της υποθέσεως και τη σύνταξη της σχετικής εισηγήσεως, η οποία θα περιορίζεται στη διοικητική δίκη ενώπιον των ΤΔΔ μόνο στην παράθεση των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων ζητημάτων, αν θεσμοποιηθεί εισηγητής δικαστής στις διοικητικές διαφορές ουσίας, θα πρέπει η διοίκηση να αποστέλλει τον φάκελο της υποθέσεως στο δικαστήριο, σε πιο σύντομες προθεσμίες από αυτές που προβλέπονται σήμερα στον ΚΔΔ. Ειδικότερα, σύμφωνα με την ισχύουσα διάταξη του άρθρου 129 παρ.2 του ΚΔΔ, ο φάκελος της διοικήσεως με την έκθεση των απόψεων που αυτή συντάσσει διαβιβάζονται στο δικαστήριο τουλάχιστον δέκα πέντε ημέρες πριν από τη δικάσιμο, ενώ σε περίπτωση που οι προθεσμίες επίδοσης προς τη διοίκηση του αρχικού

δικογράφου και της κλήσεως για να παρασταθεί στη συζήτηση έχουν συντημηθεί με πράξη του προέδρου του συμβουλίου ή του δικαστή που διευθύνει το δικαστήριο, τα ανωτέρω στοιχεία διαβιβάζονται στο δικαστήριο τουλάχιστον οκτώ ημέρες πριν από τη δικάσιμο. Πράγματι, στο σχετικό νομοσχέδιο επιχειρείται η τροποποίηση του άρθρου 129 παρ.2 του ΚΔΔ και υποχρεώνεται η διοίκηση να αποστέλλει τον φάκελο στο δικαστήριο τριάντα ημέρες πριν από τη δικάσιμο, χωρίς να προβλέπεται η δυνατότητα σύντμησης της προθεσμίας αυτής, εάν η προθεσμία κοινοποίησης της κλήσης για παράσταση κατά τη συζήτηση προς τη διοίκηση έχει συντημηθεί.

Παρατηρούμε, επομένως, ότι διαμορφώνεται ένα κενό ή μία λογική ανακολουθία μεταξύ της νέας προθεσμίας που θα προβλεφθεί στον ΚΔΔ για τη διαβίβαση του φακέλου της υποθέσεως από τη διοίκηση και της προθεσμίας εντός της οποίας υποχρεούται η γραμματεία του διοικητικού δικαστηρίου να κοινοποιεί στη διοίκηση την κλήση για παράσταση στη συζήτηση με τον προσδιορισμό της δικάσιμου και το δικόγραφο του ένδικου βοηθήματος, η οποία μπορεί, αν υπάρξει σύντμηση, να συντελεστεί έως και δέκα πέντε ημέρες πριν από τη συζήτηση. Αν δε ληφθεί υπόψη η υποστελέχωση των διοικητικών δικαστηρίων και η έλλειψη δικαστικών επιμελητών που αναλαμβάνουν να διενεργούν τις κοινοποιήσεις αυτές, μπορεί κανείς να φανταστεί ότι η διοίκηση δεν θα μπορεί να αποστείλει τον φάκελο της υποθέσεως στο δικαστήριο τριάντα ημέρες πριν από τη συζήτηση, καθώς δεν θα έχει ενημερωθεί, ενδεχομένως, πιο πριν, για την ημερομηνία εκδίκασης της υποθέσεως. Επιπλέον, η διοίκηση καθυστερεί στην πρακτική να αποστείλει τον φάκελο, ενώ δεν είναι σπάνιο να μην τον έχει αποστείλει, ακόμη και έως την εκδίκαση της υποθέσεως. Επομένως, καθίσταται εναργές ότι η νέα διάταξη του άρθρου 129 παρ.2 δεν θα μπορέσει εύκολα να εφαρμοστεί στην πράξη, ενώ ο εισηγητής δικαστής της υποθέσεως αναλαμβάνει την πρόσθετη επιβάρυνση να μεριμνά για τη συγκρότηση του φακέλου της υποθέσεως σε έγκαιρο χρόνο, προκειμένου να διαθέτει τη χρονική δυνατότητα να μελετήσει τον φάκελο και να συντάξει την εισήγησή του, αν τίθεται σ' αυτή ζήτημα αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο. Διαφορετικά, αν δεν έχει διαβιβασθεί ο φάκελος σε εύλογο χρόνο πριν από τη δικάσιμο, τότε δεν μπορούν να ασκηθούν τα καθήκοντα του εισηγητή δικαστή, με συνέπεια ο τελευταίος να

μην δύναται να συντάξει εισήγηση και να δημιουργείται ένας λόγος αναβολής εκ μέρους του διαδίκου ή να ζητούνται αναβολές της υποθέσεως αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο εκ του λόγου αυτού και να επέλθει επιβράδυνση αντί επιτάχυνση της διοικητικής δίκης.

Περαιτέρω, στο νομοσχέδιο που έχει κατατεθεί δεν υπάρχει καμία ρύθμιση σχετικά με τον τρόπο που θα ζητείται η αναβολή στα διοικητικά δικαστήρια. Έτσι, τίθεται επιτακτικό το ζήτημα με ποιο τρόπο θα ζητείται η αναβολή της υποθέσεως ενώπιον των ΤΔΔ. Αντίθετα, στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ, το άρθρο 15 παρ.3 του ΕσΚανΣτΕ ορίζει ότι: «Τα αιτήματα των διαδίκων για την αναβολή της συζήτησης της υποθέσεως υποβάλλονται μόνον εγγράφως. Με το έγγραφό τους, το οποίο απευθύνεται στον εισηγητή της υποθέσεως, οι διάδικοι προσδιορίζουν τους λόγους, για τους οποίους ζητείται η αναβολή. Το έγγραφο τίθεται στη δικογραφία. Η ενημέρωση των διαδίκων για το ενδεχόμενο αναβολής γίνεται μόνον από τον εισηγητή της υποθέσεως».

Και, ναι, μεν, το ΣτΕ έχει κρίνει, αφενός μεν ότι δεν προβλέπεται υποχρέωση του ακυρωτικού δικαστηρίου να συζητήσει μία υπόθεση κατά τη δικάσιμο που έχει δηλωθεί προς συζήτηση¹¹⁶, αφετέρου δε ότι η αναβολή μπορεί να ζητηθεί και προφορικώς από τους διαδίκους κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση¹¹⁷, όμως, η διαδικασία που διαγράφεται με την εν λόγω διάταξη, δίνει τη δυνατότητα στον εισηγητή δικαστή να γνωρίζει εκ των προτέρων σε ποιες υποθέσεις θα ζητηθεί αναβολή, ώστε να οργανώσει το έργο του και τη σύνταξη της εισηγήσεως για υποθέσεις που πρόκειται να συζητηθούν, προκειμένου να μην αναλώνει δυνάμεις για υποθέσεις που θα αναβληθούν σε βάρος άλλων

¹¹⁶ ΣτΕ 4173/2015.

¹¹⁷ ΣτΕ 3076/2006. Βλ., όμως, ΣτΕ 3275/2014, όπου το δικαστήριο στην προκείμενη περίπτωση, σε αίτηση ακυρώσεως που είχε ασκηθεί και υπογραφεί από τον ίδιο τον αιτούντα, ο οποίος κατά την ημέρα της δικάσιμου εμφανίσθηκε αυτοπροσώπως στο ακροατήριο και ζήτησε προφορικά την εκ νέου αναβολή της υποθέσεως, λόγω ασθενείας του δικηγόρου του, απέρριψε το σχετικό αίτημα και την αίτηση ακυρώσεως ως απαραδέκτως ασκηθείσα, διότι: «υπογράφεται μόνο από τον αιτούντα, δοθέντος ότι κατά τη συζήτηση της υπόθεσης στο ακροατήριο του δικαστηρίου ο αιτών δεν παρέστη με πληρεξούσιο δικηγόρο, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις διότι η ιδιότητα του ως άνω προσώπου, ως πληρεξουσίου δικηγόρου του αιτούντος δεν προκύπτει από έγγραφο της δικογραφίας, δοθέντος ότι αφενός μεν δεν ανευρίσκεται στη δικογραφία συμβολαιογραφικό πληρεξούσιο του αιτούντος προς τον ως άνω φερόμενο ως πληρεξούσιο δικηγόρο του, αφετέρου δε ούτε και από τα υπάρχοντα στη δικογραφία έγγραφα και στοιχεία προκύπτει ότι ο ως άνω φερόμενος ως πληρεξούσιος δικηγόρος του αιτούντος συνδέεται με τον αιτούντα με σχέση εντολής, ενώ εξάλλου για την υποβολή του αιτήματος αναβολής δεν έχει τηρηθεί η ως άνω διαγραφόμενη από τον Κανονισμό του Συμβουλίου της Επικρατείας, διαδικασία, ήτοι το αίτημα αναβολής υποβλήθηκε προφορικώς και όχι γραπτώς».

υποθέσεων που θα εκδικασθούν, με σκοπό την προστασία της ταχύτητας στην απονομή της δικαιοσύνης.

Αντίθετα, στον ΚΔΔ, η διάταξη του άρθρου 135 παρ.3 ορίζει ότι η αναβολή ζητείται με αίτηση του διαδίκου, στη δικαστική πρακτική επί της επ' ακροατηρίω συζητήσεως, για σπουδαίο λόγο. Συνακόλουθα, παρόμοια διάταξη πρέπει να προβλεφθεί και στη διαδικασία ενώπιον των ΤΔΔ, προκειμένου να μην προχωρήσει η διερεύνηση μίας υπόθεσης που πρόκειται να αναβληθεί με αίτημα του διαδίκου από τον εισηγητή και να αναλίσκεται χρόνος για υποθέσεις που θα αναβληθούν.

Εξάλλου, στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ, η γραμματεία του δικαστηρίου, αναλαμβάνει την υποχρέωση σε συνεννόηση με τον εισηγητή δικαστή και πριν του αποστείλει τη δικογραφία, να κοινοποιήσει αντίγραφο του δικογράφου με σημείωση της ημερομηνίας δικασίμου, σε οποιονδήποτε έχει δικαίωμα να ασκήσει παρέμβαση, ενώ αυτή η κοινοποίηση μπορεί να λάβει χώρα και αργότερα, ήτοι ουσιαστικά μετά τη μελέτη του φακέλου από τον εισηγητή, σύμφωνα με το άρθρο 13 του ΕσΚανΣτΕ. Αυτό σημαίνει ότι ο εισηγητής αναλαμβάνει και το καθήκον να προτείνει τη καθ'υποκειμένου διεύρυνση της διαδικασίας της δίκης.

Με το νομοσχέδιο που κατατέθηκε προβλέφθηκε ότι ο «ο εισηγητής μπορεί να ανακοινώνει τη δίκη στους δικαιούμενους σε παρέμβαση», με συνέπεια ο εισηγητής να δικαιούται, αλλά όχι να υποχρεούται να ανακοινώσει τη δίκη σε τρίτους, όπως τούτο ισχύει και για τους διαδίκους¹¹⁸, σύμφωνα με το άρθρο 114 παρ.1 του ΚΔΔ. Η ανακοίνωση της δίκης από τους διαδίκους σε τρίτους που δικαιούνται να παρέμβουν, λαμβάνει χώρα σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο είκοσι πλήρεις ημέρες πριν από τη δικάσιμο, με κοινοποίηση του εισαγωγικού δικογράφου και γνωστοποίηση της δικασίμου. Αντιλαμβάνεται κανείς ότι πριν από την προθεσμία αυτή ο εισηγητής θα πρέπει να έχει στη διάθεση του όλα τα στοιχεία της δικογραφίας, να την έχει μελετήσει ενδελεχώς και να έχει διαπιστώσει ποιοι δικαιούνται να ασκήσουν παρέμβαση. Συνακόλουθα, η μη πρόβλεψη ειδικής προθεσμίας για την ανακοίνωση της δίκης

από τον εισηγητή δικαστή προς τους δικαιούμενους να ασκήσουν παρέμβαση καθιστά τη διάταξη αυτή εντελώς ανεφάρμοστη, ενώ επιβάλλει ένα νέο καθήκον στους εισηγητές δικαστές που επιβαρύνει τη λειτουργία τους και τα σωρευμένα λοιπά καθήκοντά τους.

Επίσης, στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ, στον εισηγητή δικαστή παραδίδεται η δικογραφία της υποθέσεως, και όπως ορίζει το άρθρο 14 παρ.2 του ΕσΚανΣτΕ: «Η περαιτέρω διακίνηση της δικογραφίας και των σχετικών εγγράφων, μέχρι τη δημοσίευση της αποφάσεως, γίνεται από τον εισηγητή ή τον βοηθό εισηγητή. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις, η διακίνηση αυτή μπορεί να γίνει με εντολή του Προέδρου, από υπάλληλο της γραμματείας, με παράλληλη ενημέρωση του εισηγητή ή του βοηθού του. 3. Τα δικόγραφα και τα έγγραφα που κατατίθενται μέχρι τη συζήτηση της υποθέσεως παραδίδονται στον βοηθό, ο οποίος ενημερώνει τον εισηγητή, εάν τούτο απαιτείται...».

Στη σχετική διάταξη του νομοσχεδίου απλά αναφέρεται ότι με πράξη του προέδρου του συμβουλίου διεύθυνσης ή του δικαστή που διευθύνει το δικαστήριο ή του προέδρου του τμήματος, αμέσως μετά την κατάθεση του ενδίκου βοηθήματος ή μέσου, ορίζεται εισηγητής τόσο για τις υποθέσεις τριμελούς όσο και μονομελούς σύνθεσης και δίδεται εντολή να ανακοινωθεί η δικογραφία σε αυτόν. Δεν αναφέρεται πουθενά, εάν η δικογραφία παραδίδεται στον εισηγητή και διακρατείται από αυτόν και πως θα διεκπεραιώσει το έργο του.

Ανεξαρτήτως, πάντως, της αποσπασματικότητας των ρυθμίσεων, αντιλαμβάνεται κανείς ότι ένα κομμάτι της κύριας εργασίας των διοικητικών δικαστών θα λαμβάνει χώρα εντός του δικαστηρίου και θα απαιτούνται χώροι εργασίας των δικαστών, προκειμένου να μελετούν τη δικογραφία και να τη διακρατούν, να έρχονται σε συνεννόηση με τους διαδίκους, προκειμένου αυτοί να προσκομίζουν εγκαίρως στο δικαστήριο τα κρίσιμα έγγραφα και να λαμβάνουν γνώση των εγγράφων και των άλλων στοιχείων που υπάρχουν στον φάκελο. Σήμερα, όμως, τα διοικητικά δικαστήρια της χώρας δεν διαθέτουν γραφεία για όλους τους δικαστές, ούτε υπάρχουν χώροι για να εργαστούν με ησυχία και νηφαλιότητα, όπως απαιτεί το έργο τους ή να υποδεχθούν τους

διαδίκους για τη συμπλήρωση του φακέλου ή να κάνουν τα απαραίτητα τηλεφωνήματα προς τη διοίκηση για να έλθουν σε συνεννόηση αναφορικά με την έγκαιρη προσκόμιση του φακέλου της υποθέσεως. Επομένως, η διάταξη αυτή, μάλλον, δεν λαμβάνει υπόψη της τις συνθήκες εργασίας των διοικητικών δικαστών και τις ανεπάρκειες των δικαστικών μεγάρων σε χώρους, υλικοτεχνικό υλικό, βοηθητικά πρόσωπα στη γραμματεία και επιβαρύνει τον εισηγητή δικαστή με πρόσθετα καθήκοντα, τα οποία θα επιφέρουν εξ ορισμού επιβράδυνση στα κύρια καθήκοντά του.

Η μόνη θετική εξέλιξη που μπορούμε να προεικάσουμε από τη θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή είναι η ρύθμιση που τίθεται με το άρθρο 9 παρ.3 του νομοσχεδίου, σύμφωνα με το οποίο προστίθεται εδάφιο στην παράγραφο 6 του άρθρου 126Α, και προβλέπεται πλέον αρμοδιότητα και του εισηγητή δικαστή για την παραπομπή μίας εκκρεμούς υπόθεσης σε διαδικασία εκδίκασης εν συμβουλίω, εφόσον αυτή είναι κατά την εκτίμησή του προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη ή αντίθετα προδήλως βάσιμη ή έχει ασκηθεί αναρμοδίως στο δικαστήριο. Επίσης, θετική εξέλιξη αποτελεί το γεγονός ότι ο εισηγητής δικαστής μπορεί να ζητά όλα τα στοιχεία από τη διοίκηση πριν από την εκδίκαση της υποθέσεως, ακόμη και αυτά που χαρακτηρίζει απόρρητα, ενώ θεσπίζεται αντίστοιχη υποχρέωση της διοικήσεως να τα χορηγήσει. Στο πλαίσιο αυτό και σύμφωνα με τη σχετική νομολογία που έχει διαμορφωθεί¹¹⁹ μπορεί το δικαστήριο, εξετάζοντας τα στοιχεία αυτά να κρίνει ότι ο χαρακτηρισμός τους ως απορρήτων δικαιολογείται, και να προχωρήσει σε περαιτέρω κρίση της υποθέσεως, χωρίς να τα θέσει στη διάθεση των διαδίκων ή αντίθετα να θέσει τα στοιχεία αυτά υπόψη τους, χωρίς να εκθέσει, στην απόφασή του, το περιεχόμενό τους, δίχως να χρειάζεται να αναβάλλει εκ του λόγου αυτού τη διαδικασία εκδόσεως οριστικής αποφάσεως με προδικαστική απόφασή του, προκειμένου να διατάξει τη διοίκηση να χορηγήσει τα απόρρητα έγγραφα.

¹¹⁹ ΣτΕ 3631/2002, 4600/2005, 3677/2007. Για το θέμα αυτό, βλ. ΕΔΔΑ, Regner v. the Czech Republic, 26.11.2015, (αριθμ.προσφ.35289/11).

&3. Η θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή και η συγκρότηση του φακέλου της υποθέσεως

Κατά τη νέα διάταξη του άρθρου 11 του εκκρεμούς νομοσχεδίου εισηγητής δικαστής ορίζεται για όλα τα ένδικα βοηθήματα και μέσα που εκδικάζονται από τα ΤΔΔ του πρώτου και δεύτερου βαθμού, εκτός από το ένδικο βοήθημα της αγωγής και των ενδικών μέσων που ασκούνται κατ' αυτού. Επομένως, εναργώς προκύπτει ότι ένας από τους σκοπούς θεσμοποίησης του εισηγητή δικαστή είναι να καταστεί όργανο συγκέντρωσης του κρίσιμου πραγματικού υλικού της υποθέσεως. Και τούτο, διότι εξαιρείται το ένδικο βοήθημα της αγωγής από την πρόβλεψη σ' αυτό εισηγητή δικαστή, στο οποίο κατά κανόνα οι διάδικοι υποχρεούνται να προσκομίζουν στο δικαστήριο το κρίσιμο πραγματικό υλικό και να αποδεικνύουν την πραγματική βάση της αγωγής τους.

Αν ο κεντρικός λόγος για τη θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή είναι η έγκαιρη συγκρότηση του φακέλου της υποθέσεως πριν από τη συζήτησή της, προκειμένου να μην αναβάλλεται υποχρεωτικώς η συζήτηση και αυτεπαγγέλτως, εάν ο φάκελος δεν προσκομιστεί, τότε η διάταξη δεν παρίσταται και τόσο επιτυχής. Και τούτο διότι αποτελεί υποχρέωση της διοίκησης να προσκομίσει τον φάκελο της υποθέσεως στο δικαστήριο μαζί με την έκθεση των απόψεών της και όχι εξυπαρχής υποχρέωση του δικαστηρίου να συγκροτεί τον φάκελο της υποθέσεως. Για αυτόν τον λόγο, ο ΚΔΔ προβλέπει στο άρθρο 129 παρ.5 ότι το αρμόδιο όργανο της διοίκησης για τη διαβίβαση του φακέλου υπέχει πειθαρχική ευθύνη για την παράλειψη συντέλεσης της υποχρέωσης αυτής, ενώ το δικαστήριο δικαιούται να εκκινήσει τη σχετική πειθαρχική διαδικασία με σχετική έγγραφη αίτησή του προς τον αρμόδιο υπουργό ή το όργανο διοίκησης του νπδδ, επιπλέον, δε, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 129 παρ.3 το δικαστήριο δύναται με απόφασή του να επιβάλλει χρηματική κύρωση στο διοικητικό όργανο που δεν διαβιβάζει τον φάκελο στο δικαστήριο, ύψους εκατόν έως πεντακοσίων ευρώ, υπέρ του αντίδικου διοικουμένου, με την οριστική του απόφαση. Εξάλλου, η διοίκηση εκπροσωπείται στη δίκη από τους νομικούς της παραστάτες, οι οποίοι μπορούν και υποχρεούνται, ομοίως, να μεριμνήσουν για την προσκόμιση του διοικητικού

φακέλου στο δικαστήριο. Αυτό εξάλλου αποδέχεται και ο κοινός νομοθέτης, καθώς με το άρθρο 18 παρ.4 του νέου νομοσχεδίου, προτείνει την τροποποίηση του άρθρου 133 παρ.2 του ΚΔΔ και ορίζει ότι η δήλωση παράστασης από πληρεξούσιο του Δημοσίου ή ν.π.δ.δ. δεν έχει καμία δικονομική συνέπεια, αν δεν διαβιβαστεί εμπρόθεσμα στο δικαστήριο ο διοικητικός φάκελος, καθιστώντας αναργές ότι η προσκόμιση του διοικητικού φακέλου αποτελεί δικονομική υποχρέωση των ίδιων των πληρεξούσιων δικηγόρων του δημοσίου ή των νπδδ. Επομένως, το να επιβάλλουμε μία πρόσθετη υποχρέωση στη δικαστική λειτουργία που δεν συνέχεται με τη σφαίρα ευθύνης της κατά τη διεξαγωγή της δίκης, προκειμένου να προσπαθήσουμε να διορθώσουμε δυσλειτουργίες της δημόσιας διοίκησης, δεν παρίσταται ορθό. Εξάλλου, και στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ, παρά το ότι θεσμοθετείται ο εισηγητής δικαστής, δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις, όπου η διοίκηση δεν έχει αποστείλει τον φάκελο της υποθέσεως μέχρι τη συζήτηση, με συνέπεια να αναβάλλονται συνεχώς οι υποθέσεις εκ του λόγου αυτού. Επομένως, δεν είναι βέβαιο ότι η νέα διάταξη θα πραγματοποιήσει τον σκοπό για τον οποίο θεσμοθετήθηκε, ήτοι να αποκλείσει την έκδοση προδικαστικής απόφασης ή την αναβολή της υποθέσεως σε μεταγενέστερη δικάσιμο, διότι η διοίκηση δεν προσκόμισε τον φάκελο εντός της προβλεπόμενης από τον ΚΔΔ προθεσμίας, και, πάντως, πριν από τη συζήτηση της υπόθεσης. Συνακόλουθα, ο σκοπός επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης από την θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή με σκοπό την έγκαιρη συγκέντρωση του κρίσιμου υλικού της υποθέσεως δεν παρίσταται λυσιτελής.

&4. Η θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή ως αιτία επιβράδυνσης της διαδικασίας της δίκης

Η διάταξη ορίζει ότι η εισήγηση επισυνάπτεται στον φάκελο το αργότερο τρεις ημέρες πριν από τη συζήτηση, ώστε να παρέχεται η δυνατότητα στους διαδίκους να λάβουν γνώση αυτής. Τι σημαίνει επισυνάπτεται; Απλά υπάρχει στον φάκελο της δικογραφίας, ο οποίος μπορεί να βρίσκεται ακόμη και στο σπίτι του εισηγητή ή πρέπει να κατατίθεται στη γραμματεία του δικαστηρίου, μαζί με όλο τον φάκελο της δικογραφίας; Σύμφωνα με την άποψη του Λαζαράτου, ερμηνεύοντας την αντίστοιχη διάταξη που ισχύει για τη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ, πρέπει να κατατίθεται στη γραμματεία του δικαστηρίου μαζί

με όλο τον φάκελο, ώστε να διασφαλίζεται ότι οι διάδικοι μπορούν να έχουν πλήρη πρόσβαση σ' αυτόν¹²⁰. Πέραν του ότι μάλλον πρέπει να κατατίθεται η εισήγηση στη γραμματεία του δικαστηρίου, ώστε να διασφαλίζεται η δυνατότητα του διαδίκου να λάβει γνώση αυτής, η ίδια διάταξη ορίζει ότι σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης κατάθεσης της έκθεσης ο διάδικος δύναται να ζητήσει αναβολή. Η διάταξη αυτή θα δημιουργήσει πρόσθετα προβλήματα στη διαδικασία της διοικητικής δίκης και στους λόγους αναβολής των υποθέσεων, εάν δεν έχει συνταχθεί η εισήγηση ή δεν έχει προσκομισθεί ο φάκελος της υποθέσεως από τη διοίκηση τριάντα ημέρες πριν από τη συζήτηση, με συνέπεια οι στρεψόδικοι διάδικοι να έχουν ακόμη μία αφορμή για την αναβολή εκδικάσεως της υποθέσεως. Και εάν η διοίκηση δεν αποστέλλει εγκαίρως τα στοιχεία του φακέλου της δικογραφίας, ώστε ο εισηγητής δικαστής να τα μελετήσει και να εκφέρει την άποψή του η υπόθεση αναβάλλεται υποχρεωτικά, όπως τούτο συμβαίνει στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ¹²¹; Και αν προκύψει μετά τη συζήτηση της υποθέσεως αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο ζήτημα, για το οποίο ο εισηγητής δεν έλαβε θέση, θα αναβληθεί η υπόθεση και θα οριστεί νέα δικάσιμος για να κατατεθεί η εισήγηση εκ νέου ή απλά το δικαστήριο θα αναβάλλει την έκδοση οριστικής αποφάσεως προκειμένου να συμπληρωθεί ο φάκελος με τις απόψεις των διαδίκων εντός της προθεσμίας της προδικαστικής απόφασης¹²²; Παρατηρούμε, επομένως, ότι η διάταξη θα αποτελέσει την αφορμή για έκδοση αναβλητικών αποφάσεων ή χορήγησης κατά τη διαδικασία στο ακροατήριο αναβολών, χωρίς ουσιαστικό αντίκρουσμα στο δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας και χωρίς να επιλύει το ζήτημα της έγκαιρης

¹²⁰ Αντίθετα στην ΟλΣτΕ 3413/2001 κρίθηκε ότι «Η έννοια της διατάξεως αυτής είναι ότι αρκεί η σύνταξη της εισηγήσεως και η επισύναψή της στο φάκελο της δικογραφίας στο χρόνο που ανωτέρω ορίζεται, ούτως ώστε να είναι στην διάθεση των διαδίκων. Συνεπώς, είναι αβάσιμοι οι ισχυρισμοί των αιτούντων κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της υποθέσεως που επαναλαμβάνονται και σε υπόμνημα υποβληθέν στο Δικαστήριο, μετά την συζήτηση της υποθέσεως, σύμφωνα με τους οποίους η έκθεση της εισηγήσεως έπρεπε να είχε κατατεθεί στη γραμματεία του Ε' Τμήματος». Ωστόσο στο πρακτικό 4/2011 της διοικητικής ολομέλειας του ΣτΕ αναφέρεται ότι η έκθεση του εισηγητή πρέπει να τίθεται στη διάθεση των διαδίκων τουλάχιστον τρεις ημέρες πριν από τη δικάσιμο με κατάθεση στην οικεία γραμματεία σύμφωνα με την παραπάνω διάταξη του ν. 3900/2010, σε συνδυασμό προς το άρθρο 17 του Κανονισμού Λειτουργίας του Συμβουλίου της Επικρατείας

¹²¹ ΣτΕ 2382/2004, 665/2005, 3463/2007, 1300/2008.

¹²² Βλ.ΣτΕ 2475/2008, 3634/2010, όπου ο εισηγητής δεν έλαβε θέση για ζητήματα που τίθενται με την αίτηση ακυρώσεως αλλά μόνο για την αρμοδιότητα του δικαστηρίου και το δικαστήριο όρισε ρητή δικάσιμο για να κατατεθεί η εισήγηση. Επίσης, με αυτή την έννοια κάθε στοιχείο που λείπει από τη δικογραφία δεν θα αποτελεί μόνο στοιχείο εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αλλά εκδόσεως αναβλητικής αποφάσεως με προσδιορισμό ρητής δικασίμου, προκειμένου να συνταχθεί εκ νέου εισήγηση, βλ.ΣτΕ 3580/2011.

προσκομιδής του φακέλου από τη διοίκηση ή τα ζητήματα του αιφνιδιασμού του διαδίκου από την αυτεπάγγελτη εξέταση των νομικών ζητημάτων.

V. Αρχή της ισότητας των όπλων και αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως ως παράπλευρες όψεις του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη και η επιρροή τους στην υποχρέωση ενημέρωσης του διαδίκου για τα ζητήματα που τίθενται αυτεπαγγέλτως από τον δικαστή και στον θεσμό του εισηγητή δικαστή

&1. Η επιρροή της αρχής της ισότητας των όπλων και της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως στα αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενα νομικά ζητήματα από τον δικαστή και στον θεσμό του εισηγητή δικαστή στο σύστημα της ΕΣΔΑ και στο κοινοτικό δίκαιο

Το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ μπορεί να θέσει σε συνδυασμό με το άρθρο 13 της Σύμβασης ιδιαίτερα ζητήματα στην οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων¹²³. Τούτο σημαίνει ότι βρισκόμαστε ενώπιον μίας εν τοις πράγμασι κοινής ευρωπαϊκής πολιτικής σύγκλισης των δικονομικών συστημάτων των κρατών μελών, υπό την σκέπη των διαδικαστικών εγγυήσεων που θέτει ή απαιτεί το άρθρο 6 παρ.1 της Σύμβασης.

Μία από τις εγγυήσεις διασφάλισης της δίκαιης δίκης κατά τη νομολογία του ΕΔΔΑ είναι η τήρηση της αρχής της ισότητας των όπλων. Αυτή η έννοια αποτελεί, εδώ και καιρό, στο ευρωπαϊκό δίκαιο, έναν από τους ακρογωνιαίους λίθους της δίκαιης δίκης¹²⁴.

Η αρχή της ισότητας των όπλων μαζί με την αρχή της *condratictoire* (αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως) συνιστούν δύο από τις βασικές αρχές της δίκαιης δίκης. Η αρχή της ισότητας των όπλων κατοχυρώθηκε για πρώτη φορά από τη νομολογία του ΕΔΔΑ το έτος 1959 με την απόφαση *Szwabowicz* κατά Σουηδίας, στην οποία κρίθηκε ότι «κάθε διάδικος μέρος πρέπει να διαθέτει την εύλογη δυνατότητα να εκθέσει στο δικαστήριο τις αιτιάσεις και τους

¹²³ A.GUERIN, «Le nouveau procès administratif, une dynamique renouvelée », *AJDA*, 2011, σ.569.

¹²⁴ Για την αρχή της ισότητας των όπλων, βλ. G.COHEN-JONATHAN, «L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme», *Petites affiches*, 238/2002, σ.21, J.-P.DIDIER/F.MELIN-SOUCRAMANIEN, «Le principe de l'égalité des armes», *Revue de la recherche juridique*, 1993, σ.489.

ισχυρισμούς του, υπό προϋποθέσεις, που δεν καθιστούν δυσμενέστερη τη θέση του, σε σχέση με τον αντίδικό του...»¹²⁵.

Εξάλλου, η αρχή της ισότητας των όπλων πρέπει να τηρείται, όποιο κι αν είναι το διάδικο μέρος της διαφοράς, ακόμη κι αν πρόκειται για διαφορά μεταξύ του κράτους και του διοικουμένου, όπως στην περίπτωση των φορολογικών διαφορών¹²⁶. Η αρχή της ισότητας των όπλων εφαρμόζεται σε όλες τις δίκες και ανεξάρτητα από τη φύση της διαφοράς που εκδικάζει το δικαστήριο, ακόμη και στον έλεγχο της συνταγματικότητας του νόμου ¹²⁷.

Το δικαστήριο κατά την άποψη της γράφουσας προβαίνει στη νομολογία του, σε ορισμένες περιπτώσεις, σε μία σαφή διάκριση μεταξύ της αρχής της ισότητας των όπλων και της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως, παρά την αντίθετη άποψη που έχει διατυπωθεί στη θεωρία ότι οι δύο έννοιες δεν διακρίνονται με σαφήνεια στη νομολογία του ΕΔΔΑ¹²⁸. Έτσι, η αρχή της ισότητας των όπλων συνιστά ένα στοιχείο ευρύτερο της δίκαιης δίκης, που εγκολπώνεται τη θεμελιώδη αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως¹²⁹. Η τελευταία αρχή σημαίνει και συνεπάγεται ότι τα διάδικα μέρη μπορούν να συμμετάσχουν σε όλες τις διαδικαστικές ενέργειες που λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο της δίκης, όπως στη διεξαγωγή των αποδείξεων ή στον καθορισμό πραγματογνώμονα, αλλά και να λαμβάνουν γνώση και να αντικρούουν όλα τα αποδεικτικά στοιχεία που υποβάλλονται και όλων των ισχυρισμών που διατυπώνονται κατά τη διάρκεια της δίκης. Για τον λόγο αυτό, η αρχή αυτή δεν εφαρμόζεται μόνο μεταξύ των διάδικων μερών αλλά αφορά και στη σχέση του δικαστή με τους διαδίκους και ιδίως εφαρμόζεται κατά την άσκηση της αρμοδιότητας του τελευταίου να λαμβάνει αυτεπαγγέλτως υπόψη λόγους νομιμότητας¹³⁰. Ωστόσο, η αρχή αυτή έχει διαφορετικά όρια από την αρχή της ισότητας των όπλων. Η

¹²⁵ ΕΔΔΑ, Szwabowicz κατά Σουηδίας, 30.06.1959, ΕΔΔΑ, Dombó Beheer κατά Κάτω Χωρών, 27.10.1993, (αριθμ.προσφ.14448/88), §33, ΕΔΔΑ, Nideröst-Huber κατά Ελβετίας, 18.02.1997, (αριθμ.προσφ.18990/91),§23.

¹²⁶ ΕΔΔΑ, Hentrich κατά Γαλλίας, 22.09.1994, (αριθμ.προσφ.13616/88), § 56.

¹²⁷ ΕΔΔΑ, Riuz-Mateos κατά Ισπανίας, 23.06.1993, (αριθμ.προσφ.12952/87).

¹²⁸ F.SUDRE, J.-P. MARGUENAUD/J.ANDRIANTSIMBAZOVINA/A.GOUTTENOIRE/M.LEVINET, Les grands arrêts de la Cour européenne de Droits de l'Homme, Coll. Thémis, PUF, Paris 2003,σ.236.

¹²⁹ ΕΔΔΑ, Brandstetter κατά Αυστρίας, 28.08.1991, (αριθμ.προσφ.1170/84; 12876/87; 13468/87), § 66.

¹³⁰ M.MASCLET DE BARBARIN, « Du principe de l'égalité des armes à l'égalité des droits des parties en matière fiscale », σ.1-20(9) σε <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01229084/document>

αρχή της ισότητας των όπλων με την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως δεν ακολουθούν πάντα την ίδια λογική. Για παράδειγμα, εάν ένα διάδικος μέρος έχει πρόσβαση σ' ένα στοιχείο της δίκης, ενώ το άλλο διάδικο μέρος δεν έχει αυτό το δικαίωμα, τότε πρόκειται για παραβίαση της αρχής της ισότητας των όπλων. Αντίθετα, όταν όλα τα διάδικα μέρη δεν έχουν τη δυνατότητα να αντιλέξουν σ' ένα στοιχείο της δίκης που υποβάλλεται ενώπιον του δικαστή τότε υπάρχει παραβίαση της δεύτερης αρχής.

Το δικαστήριο διαπιστώνοντας σε ορισμένες αποφάσεις του ότι δεν παραβιάζεται η αρχή της ισότητας των όπλων, αλλά το δικαίωμα της εκατέρωθεν ακροάσεως¹³¹, διακρίνει επί της ουσίας το πεδίο εφαρμογής, την κανονιστική εμβέλεια και τον σκοπό των δύο αρχών της δίκαιης δίκης.

Ωστόσο, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως μπορεί να ειπωθεί και ως αναπόσπαστο τμήμα της αρχής της ισότητας των όπλων, όταν διαταράσσεται από την παραβίαση της πρώτης αρχής η ισορροπία των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων μεταξύ των διαδίκων. Εξάλλου, η *theorie des apparences*, ενώ φαίνεται, καταρχήν, να συνδέεται με την (αντικειμενική) αμεροληψία του δικαστηρίου, ως μία εκ των προϋποθέσεων της δίκαιης δίκης, συνδέεται, ωστόσο, και με την αρχή της ισότητας των όπλων, «καθώς οδήγησε το ΕΔΔΑ να αποφανθεί ότι η αντικειμενική και αφηρημένη ανισορροπία μπορεί να επαρκεί προκειμένου να διαπιστωθεί ότι συντρέχει προσβολή της αρχής της ισότητας των όπλων»¹³², χωρίς να αποδεικνύεται στη συγκεκριμένη περίπτωση η πραγματική βλάβη του διαδίκου. «Η ανισορροπία συνίσταται στο γεγονός ότι ο δικαστής διαθέτει στοιχεία, βαρύνοντα και αντικειμενικά, που ευνοούν έναν διάδικο εις βάρος του άλλου, χωρίς αυτός ο τελευταίος να διαθέτει αποτελεσματικά μέσα προς αντίκρουσή τους»¹³³.

Το ειδικότερο ζήτημα που τίθεται είναι αν η αρχή της ισότητας των όπλων πρέπει να τηρείται όχι μόνο μεταξύ των διαδίκων, αλλά και ενώπιον του δικαστή της διαφοράς, υπό την έννοια, εάν οι διάδικοι πρέπει να γνωρίζουν, πριν

¹³¹ ΕΔΔΑ, *Prikyan et Angelova* κατά Βουλγαρίας, 16.02.2006, (αριθμ.προσφ.44624/98), §§ 40-43.

¹³² Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Cruz Villalón της 26ης Ιουνίου 2012 στην υπόθεση C-199/11, Ευρωπαϊκή Ένωση, εκπροσωπούμενη από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, κατά Otis NV και λοιπών, §58.

¹³³ Ό.π., §62.

από την έκδοση της αποφάσεως, τους ισχυρισμούς που διατυπώνει ένα μέλος του δικαστηρίου πριν ή κατά την εκδίκαση της υποθέσεως και να έχει τη δυνατότητα να τους αντικρούει. Στον βαθμό που, σύμφωνα με την αρχή των αυτόνομων εννοιών¹³⁴, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων ερμηνεύει διασταλτικά τον όρο "αντίδικος", στην έννοια αυτή μπορεί να υπαχθεί και ο εισηγητής της υποθέσεως, ο οποίος εκφέρει δημόσια τη γνώμη του για το παραδεκτό και το βάσιμο του ένδικου βοηθήματος, αλλά και κάθε δικαστής της ένδικης διαφοράς που λαμβάνει υπόψη του ένα λόγο αυτεπαγγέλτως.

Η άποψη αυτή κατά το πρώτο της σκέλος δεν έγινε αποδεκτή αρχικώς από τη νομολογία των δικαστηρίων. Και τούτο, διότι ο δικαστής, καταρχήν, είναι ένα τρίτο εξωτερικό όργανο σε σχέση με τους διαδίκους, που του ανατίθεται με πλήρη ανεξαρτησία να επιλύσει μία δικαστική διαφορά και να εφαρμόσει τις ρυθμιστικές επιταγές του νόμου στη συγκεκριμένη περίπτωση. Για αυτόν τον λόγο το γαλλικό ΣτΕ έκρινε ότι η μη κοινοποίηση των ισχυρισμών του CdG στα διάδικα μέρη πριν από την επ' ακροατηρίω συζήτηση δεν προσβάλλει την αρχή της ισότητας των όπλων, διότι αυτή η αρχή ισχύει μόνο στις σχέσεις μεταξύ των διάδικων μερών και όχι μεταξύ των διαδίκων και του δικαστή¹³⁵. Την ίδια άποψη μοιράζεται και το ΔΕΕ, καθώς έκρινε ότι ο γενικός εισαγγελέας έχει το ίδιο καθεστώς με έναν δικαστή, δεν επιβαρύνεται με την υπεράσπιση ενός συγκεκριμένου συμφέροντος, αλλά αντίθετα συμμετέχει δημόσια και προσωπικά στην διαμόρφωση της απόφασης, και ενόψει του οργανικού και λειτουργικού του δεσμού με το δικαστήριο δεν φαίνεται ότι οι ισχυρισμοί του γενικού εισαγγελέα υπόκεινται στην αρχή της κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγής της συζήτησης¹³⁶. Ωστόσο, το ΕΔΔΑ έχει διατυπώσει ήδη με την απόφαση Kress αντίθετη άποψη, συνδυάζοντας, όμως, την αρχή της ισότητας των όπλων με την αρχή της αντικειμενικής αμεροληψίας του δικαστηρίου, ενόψει της *theorie des*

¹³⁴ Οι αυτόνομες έννοιες που το ΕΔΔΑ διαμορφώνει, αποκτούν μία ξεχωριστή ευρωπαϊκή σημασία μέσα από τη νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία μπορεί να είναι διακριτή από τη σημασία που έχει η έννοια σε κάθε συμβαλλόμενο κράτος, με σκοπό να ισχύει με το κανονιστικό περιεχόμενο που προσδίδει σε αυτή το δικαστήριο, σε όλα τα συμβαλλόμενα κράτη, προάγοντας την ενιαία και ομοιόμορφη ερμηνεία των διατάξεων της σύμβασης, την εναρμόνιση των εθνικών δικαίων, και την τήρηση της αρχής της ισότητας κατά την εφαρμογή της σύμβασης σε όλα τα συμβαλλόμενα κράτη. Για τις έννοιες αυτές, βλ. *F.SUDRE*, «Le recours aux notions autonomes», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit et justice, Bruylant, Bruxelles 1999, σ.93 επ.

¹³⁵ CE, 29 juillet 1998, Esclatine.

¹³⁶ ΔΕΕ, ord., 04.02.2000, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba*, RFDA, 2000, σ.415= Rev. trim. dr. h. (2000), σ.581 επ.

apparences. Με τη θεωρία αυτή το δικαστήριο ουσιαστικά εξέλιξε τον τρόπο με τον οποίο ελέγχει, αφενός μεν την αμεροληψία των εθνικών δικαστηρίων¹³⁷, αφετέρου δε την τήρηση της αρχής της ισότητας των όπλων.

Εξάλλου, πρέπει να διακριθεί το ζήτημα της επιρροής που ασκεί η αρχή της ισότητας των όπλων στη θέση και στο καθεστώς του εισηγητή δικαστή, από την επιρροή που ασκεί η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως στην εξουσία του δικαστή να λαμβάνει υπόψη του αυτεπαγγέλτως λόγους νομιμότητας. Στη γαλλική διοικητική δικαιοσύνη διακρίνεται η θέση και ο ρόλος του εισηγητή δικαστή από το καθεστώς των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων λόγων. Στη γαλλική διοικητική δικαιοσύνη, ήδη από την έκδοση του διατάγματος της 22^{ης} Ιανουαρίου 1992, στο ΣτΕ και στα διοικητικά δικαστήρια του πρώτου και δεύτερου βαθμού δικαιοδοσίας, παρόλο που έχει θεσμοθετηθεί εισηγητής δικαστής, κάθε φορά που το δικαστήριο λαμβάνει ένα λόγο υπόψη αυτεπαγγέλτως, οφείλει να ενημερώνει τα διάδικα μέρη, προκειμένου αυτά να λάβουν γνώση και να απαντήσουν επί του ισχυρισμού αυτού, εντός της προθεσμίας που τους χορηγεί το δικαστήριο.

Επίσης, στο κοινοτικό δίκαιο, είναι άλλος ο ρόλος του γενικού εισαγγελέα και άλλο το καθεστώς των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων λόγων. Στο ΔΕΕ το άρθρο 61 του Κανονισμού της διαδικασίας του δικαστηρίου, ορίζει ότι το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως ή μετά από πρόταση του γενικού εισαγγελέα ή των διάδικων μερών μπορεί να διατάξει την επανασυζήτηση της υποθέσεως, εάν θεωρεί ότι δεν έχουν διαφωτιστεί επαρκώς ορισμένες από τις πλευρές της υποθέσεως ή εάν η υπόθεση πρόκειται να επιλυθεί με βάση ένα νομικό επιχείρημα το οποίο δεν αντικρούστηκε από τους διαδίκους. Τούτο συμβαίνει, ιδίως, όταν το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του ένα νομικό λόγο αυτεπαγγέλτως κατά τη διάσκεψη της υπόθεσης.

¹³⁷ S.GANDREAU, La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law, ό.π., σ.321.

&2. Η νομολογία του ΕΔΔΑ και του ΔΕΕ για τη σχέση μεταξύ αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενου λόγου και της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως

Στο ΔΕΕ κάθε αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενος λόγος από το δικαστήριο, δημιουργεί, καταρχήν, την υποχρέωση έκδοσης αναβλητικής απόφασης, προκειμένου οι διάδικοι να λάβουν γνώση του λόγου αυτού πριν από την έκδοση της οριστικής αποφάσεως και να τους δοθεί η δυνατότητα να αντιλέξουν.

Σύμφωνα με τη νομολογία του δικαστηρίου, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως αποτελεί τμήμα των δικαιωμάτων της άμυνας που ως γενική αρχή του δικαίου υποχρεούται να διασφαλίζει το δικαστήριο. Αυτή η αρχή εφαρμόζεται σε κάθε διαδικασία που μπορεί να καταλήξει σε έκδοση αποφάσεως κοινοτικού οργάνου, που επηρεάζει αισθητά τα συμφέροντα ενός ατόμου¹³⁸. Εξάλλου, ο ίδιος ο κοινοτικός δικαστής οφείλει να διασφαλίσει και να σεβαστεί την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως¹³⁹, ήτοι πρόκειται για μία αρχή που ενεργεί και έναντι αυτού.

Το δικαστήριο έχει κρίνει ότι η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως προϋποθέτει, αφενός το δικαίωμα των διαδίκων να λαμβάνουν γνώση των αποδεικτικών στοιχείων που υποβάλλονται και των ισχυρισμών που προτείνονται ενώπιον του κοινοτικού δικαστή και να εκφέρουν την άποψή τους επί αυτών¹⁴⁰, αφετέρου την υποχρέωση του δικαστηρίου να θεμελιώνει την απόφασή του μόνο σε πραγματικά περιστατικά ή ισχυρισμούς, των οποίων έλαβαν γνώση οι διάδικοι και τους δόθηκε η δυνατότητα να ανταποδείξουν ή να αντιλέξουν, αντιστοίχως¹⁴¹.

Ο δικαστής σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο πρέπει να τηρεί την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως, ιδίως, όταν επιλύει διαφορά στηριζόμενος σε λόγο τον οποίο έλαβε υπόψη αυτεπαγγέλτως. Όπως επισήμανε το δικαστήριο σε απόφασή του, σαφώς και ανενδοίαστα, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως

¹³⁸ ΔΕΕ, C-315 / 99, *Ismeri Europa*, 10.07.2001, & 28.

¹³⁹ ΔΕΕ, Τμήμα μείζονος συνθέσεως, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιρλανδίας κ.α, C-89/08, 02.12.2009, &54.

¹⁴⁰ ΔΕΕ, C-450/06, *Varec*, 14.02.2008, & 47.

¹⁴¹ ΔΕΕ, C-199/99 *Corus UK* κατά Επιτροπής, 02.10.2003, & 19.

περιλαμβάνει το δικαίωμα των διαδίκων να λάβουν γνώση των νομικών ισχυρισμών τους οποίους ο δικαστής έλαβε υπόψη αυτεπαγγέλτως και στους οποίους πρόκειται να στηρίξει την απόφασή του και να αντιλέξουν σ' αυτούς. Για αυτόν τον λόγο, πέραν των εξαιρετικών περιπτώσεων, όπως εκείνες που προβλέπουν, μεταξύ άλλων, οι Κανονισμοί Διαδικασίας του Δικαστηρίου και του Πρωτοδικείου, ο κοινοτικός δικαστής δεν μπορεί να στηρίξει την απόφασή του σε λόγο τον οποίο έλαβε υπόψη αυτεπαγγέλτως, έστω και αν πρόκειται για λόγο δημοσίας τάξεως, χωρίς να έχει προηγουμένως καλέσει τους διαδίκους να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους επί του λόγου αυτού¹⁴².

Εξάλλου, το ΕΔΔΑ, έχει τονίσει ότι ο ίδιος ο δικαστής πρέπει να σέβεται την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως και της κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγής της συζήτησης, όταν λαμβάνει υπόψη του ένα λόγο αυτεπαγγέλτως στον οποίο στηρίζει την επίλυση της υποθέσεως¹⁴³. Ωστόσο, το δικαστήριο προσθέτει κι ένα πρόσθετο κρίσιμο στοιχείο στην υποχρέωση αυτή: εάν ο διάδικος αιφνιδιάζεται από το γεγονός αυτό¹⁴⁴. Κατά την εκτίμηση του ΕΔΔΑ, το δικαστήριο πρέπει να είναι ιδιαίτερα προσεκτικό στην τήρηση της αρχής αυτής, όταν η υπόθεση εκφεύγει από το πλαίσιο που την έθεσε ο διάδικος, εισέρχεται στα χέρια του δικαστή και παίρνει μία απρόσμενη έκβαση για αυτόν. Εξάλλου, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων επιτάσσει στα δικαστήρια να μην θεμελιώνουν τις αποφάσεις τους σε πραγματικά δεδομένα ή νομικούς ισχυρισμούς που δεν αποτέλεσαν αντικείμενο γνώσης, διαλογικής συζήτησης και αντίκρουσης στο πλαίσιο της ένδικης διαδικασίας από όλους τους διαδίκους, και, επιπλέον, οδηγούν την υπόθεση σ' ένα δρόμο, που ακόμη κι ένας επιμελής διάδικος δεν θα μπορούσε να προβλέψει¹⁴⁵.

¹⁴² ΔΕΕ, Τμήμα μείζονος συνθέσεως, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ιρλανδίας κ.α, C-89/08, 02.12.2009, &55-59.

¹⁴³ ΕΔΔΑ, Σκονδριανός κατά Ελλάδας, 18.12.2003, (αριθμ.προσφ.63000/00, 74291/01 et 74292/01), §§ 29-30, ΕΔΔΑ, Clinique des Acacias κ.ά κατά Γαλλίας, 13.10.2005, (αριθμ.προσφ.65399/01, 65406/01, 65405/01 και 65407/01), § 38, ΕΔΔΑ, Prikyan et Angelova κατά Βουλγαρίας, 16.02.2006, (αριθμ.προσφ.44624/98), § 42.

¹⁴⁴ ΕΔΔΑ, Liga Portuguesa de Futebol Profissional κατά Πορτογαλίας, 17.5.2016, (αριθμ.προσφ.4687/11), &59.

¹⁴⁵ Σύμφωνα με την αιτιολογία της αποφάσεως Liga Portuguesa de Futebol Profissional κατά Πορτογαλίας, το ανώτατο δικαστήριο ήλεγξε αυτεπαγγέλτως την τυπική αντισυνταγματικότητα του εφαρμοστέου νόμου και κατέληξε στην αντισυνταγματικότητά του, χωρίς να ενημερώσει προηγουμένως την προσφεύγουσα για τη διενέργεια του αυτεπάγγελτου αυτού ελέγχου και δίχως το ζήτημα αυτό να έχει

VI. Η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως στο ελληνικό δίκαιο

&1. Η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως στη θεωρία

Η αρχή της ισότητας των διαδίκων, η αρχή της δικονομικής ισότητας αποτελεί έκφραση της γενικής αρχής της ισότητας και ρητά αναφέρεται στο άρθρο 40 του ΚΔΔ. Πτυχή αυτής της ισότητας αποτελεί η ειδικότερη αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 41 του ΚΔΔ. Εξίσου, η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως ως πτυχή της δικαστικής ακροάσεως θεμελιώνεται και στο άρθρο 20 παρ.1 και 2 του Συντάγματος¹⁴⁶. Παρά το ότι στη διάταξη του άρθρου 41 του ΚΔΔ αναφέρεται μόνον ότι πρέπει να καλούνται οι διάδικοι για να παραστούν και να ακουστούν κατά τη διενέργεια των διαδικαστικών πράξεων, επί της ουσίας η διάταξη αυτή αποτελεί τη νομοθετική εξειδίκευση της γενικότερης αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων από τον δικαστή¹⁴⁷ και της αρχής της κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγής της συζήτησης.

Η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως περιλαμβάνει την αξίωση του διαδίκου να προτείνει ενώπιον του δικαστηρίου τους ισχυρισμούς του και τα οικεία αποδεικτικά μέσα απόδειξης τους, την αξίωσή του να λάβει γνώση των ισχυρισμών και των αποδεικτικών μέσων του αντιδίκου του και να τα αντικρούσει και την αξίωση του να απαντηθούν αιτιολογημένα οι ισχυρισμοί του και να εκτιμηθούν ορθά τα αποδεικτικά μέσα που προσκόμισε από το δικαστήριο. Εξάλλου η εφαρμογή των δικαιωμάτων αυτών αποτελεί ταυτόχρονα εγγύηση της ορθής απονομής της δικαιοσύνης και των ορθά θεμελιωμένων νομικών κρίσεων.

συζητηθεί κατά τη διάρκεια της ένδικης διαδικασίας. Το δικαστήριο τόνισε επίσης ότι ακόμη και ένας καλά ενημερωμένος δικηγόρος δεν μπορούσε να προβλέψει την πιθανότητα ότι το δικαστήριο θα εξέταζε την υπόθεση κάτω από το πρίσμα αυτό, εντούτοις, θα ανέμενε νομίμως να κληθεί ρητώς από το Δικαστήριο να λάβει θέση επ' αυτού, σύμφωνα το άρθρο 3 παρ.3 του ΚΠολΔ, ιδίως μάλιστα σε περίπτωση όπως η κρινόμενη, στην οποία το διακύβευμα δεν ήταν αμελητέο και το ζήτημα μπορούσε να θεωρηθεί εριζόμενο, καταλήγοντας ότι υπό τα δεδομένα αυτά υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ.

¹⁴⁶ Π.ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.285, Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.419.

¹⁴⁷ Για την όχι και τόσο επιτυχή διατύπωση του άρθρου 41 του ΚΔΔ και το ευρύ φάσμα ακροάσεως και προστασίας που καλύπτει, βλ. Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, ό.π., σ.419.

Η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως σημαίνει ότι οι διάδικοι πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ακουστούν ταυτόχρονα, πριν εκδοθεί η δικαστική απόφαση. Μ' αυτή την έννοια, η δίκη αποκτά ένα διαλεκτικό χαρακτήρα, μεταξύ των διαδίκων, παρεμβαινόντων και όλων των ενδιαφερόμενων μερών.

Η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως απαιτεί από το δικαστήριο να συγκροτεί την ελάχιστη πρόταση του δικανικού του συλλογισμού μόνον από πραγματικά περιστατικά των οποίων έλαβαν γνώση και αντέταξαν τις δικές τους αποδείξεις οι διάδικοι. Η αρχή αυτή εφαρμόζεται ακόμη κι αν η δίκη διεξάγεται με βάση το ανακριτικό σύστημα. Το δικαστήριο έχει υπηρεσιακό καθήκον να μην στηριχτεί σε γεγονότα και σε αποδεικτικά μέσα που συγκέντρωσε αυτεπάγγελτα, προτού δώσει τη δυνατότητα σε όλους τους διαδίκους να πάρουν θέση. Τούτο, ισχύει και για τους νομικούς λόγους που λαμβάνει υπόψη του αυτεπαγγέλτως το δικαστήριο. Έτσι, το δικαίωμα της εκατέρωθεν ακροάσεως εμποδίζει το δικαστήριο να απορρίψει ή να κάνει δεκτό το ένδικο βοήθημα, στηριζόμενο σε λόγους που εξέτασε αυτεπάγγελτα, πριν δοθεί η δυνατότητα σε όλους τους διαδίκους να εκφραστούν σχετικά¹⁴⁸.

Οι παραπάνω αρχές αποτελούν κεκτημένα της ελληνικής δικονομικής θεωρίας πολύ πριν από τη νομολογία του ΕΔΔΑ.

&2. Η νομολογία του ΣτΕ για τη σχέση μεταξύ αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενου λόγου και της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως

Η νομολογία του ΣτΕ είχε την ευκαιρία να ασχοληθεί με το ζήτημα των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων λόγων και την αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως σε αποφάσεις του, πριν από την επικαιροποίηση του ζητήματος μέσα από τη νομολογία του ΕΔΔΑ. Έτσι, στην απόφαση 1567/2005 απόφασή του¹⁴⁹, έκρινε κατά πλειοψηφία ότι το ζήτημα της συνταγματικότητας του νόμου, το οποίο προέκυψε μετά τη συζήτηση της υποθέσεως στο ακροατήριο, δεδομένου ότι ο νόμος, του οποίου αμφισβητούταν η συνταγματικότητα, ψηφίστηκε μετά την πρώτη συζήτηση στο ακροατήριο και με σκοπό την επίλυση της εκκρεμής διαφοράς, δημιουργεί, καταρχήν, την υποχρέωση για το δικαστήριο να

¹⁴⁸ Για όλα αυτά, βλ.Κ.ΜΠΕΗ, [Μαθήματα Πολιτικής Δικονομίας - Θεμελιακές Έννοιες](#) > 3. Με ποιο τρόπο; - 3.1. Η δίκη σε <http://www.kostasbeys.gr/articles.php?s=3&mid=1096&mnu=1&id=21207>

¹⁴⁹ ΕΔΔΔΔ, 2005, σ.585, με παρατηρήσεις Απόστολου Παπακωνσταντίνου.

αναβάλλει την έκδοση της οριστικής του απόφασης, προκειμένου οι διάδικοι να εκφέρουν τις απόψεις τους επί του θέματος της συνταγματικότητας. Εντούτοις, δεδομένου ότι, αν ο νόμος κριθεί αντισυνταγματικός, η υπόθεση θα παραπεμφθεί στην Ολομέλεια του δικαστηρίου, σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ.5 του Συντάγματος, η πλειοψηφία καταλήγει στην κρίση ότι δεν τίθεται ζήτημα αναβολής εκδόσεως οριστικής απόφασης, καθώς οι διάδικοι θα εκφέρουν τις απόψεις τους επί του ζητήματος, στη δίκη που θα διεξαχθεί ενώπιον της Ολομέλειας. Κατά την πρώτη μειοψηφούσα άποψη, το δικαστήριο μπορεί να κρίνει το ζήτημα της συνταγματικότητας του νόμου, χωρίς να απαιτείται να ακούσει τις απόψεις των διαδίκων, ενώ, κατά τη δεύτερη μειοψηφία που διατυπώθηκε, συντρέχει εκ του λόγου αυτού περίπτωση αναβολής εκδικάσεως της υποθέσεως. Το ζήτημα, ωστόσο, της τήρησης της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως επί του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας, αποκτά νέες κανονιστικές συνιστώσες, αν ληφθεί υπόψη η νομολογία του ΕΔΔΑ που απαιτεί να τηρείται η αρχή της ισότητας των όπλων και κατά τη διαδικασία άσκησης του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Έτσι, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι θα πρέπει να δίνεται η δυνατότητα να ακουστούν οι διάδικοι επί του ζητήματος της συνταγματικότητας, εφόσον, όμως, ο νόμος που ελέγχεται υπάγεται στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ¹⁵⁰.

Για τον λόγο αυτό, θα πρέπει να τηρείται κατά τον έλεγχο της αντισυνταγματικότητας του νόμου και η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως¹⁵¹. Οι διάδικοι επί του ζητήματος της αντι-συνταγματικότητας του νόμου που έχει τεθεί έχουν το δικαίωμα, αφενός μεν να λάβουν γνώση των ενστάσεων αντισυνταγματικότητας που διατυπώνουν τα διάδικα μέρη ή ο δικαστής, αφετέρου δε να αντιλέξουν και να εκφέρουν τις απόψεις τους επί του ζητήματος

¹⁵⁰ βλ. ΕΔΔΑ, Ruiz-Mateos v.Espagne, 26.06.1993, (12952/1987). Για την απόφαση αυτή, βλ. G.-C.JONATHAN, «Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Ruiz Mateos c. Espagne», RFDC, 1994, σ.175-183, J.-F.FLAUSS, «Convention des droits de l'homme et contentieux constitutionnel», RFDC, 1993, σ.207-216.

¹⁵¹ Ακόμη και αν εκληφθεί ο λόγος αντισυνταγματικότητας, ως λόγος δημοσίας τάξεως, θα πρέπει να τηρείται η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως. Για το ζήτημα της σχέσης των λόγων δημοσίας τάξεως και της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων, βλ. B.PACTEAU, «Du nouveau en procédure contentieuse administrative: la communication des moyens d'ordre public», RFDA, 1992, σ.480-488, M.COMBARNOUS, «A propos de la communication des moyens d'ordre public», RFDA, 1992, σ.855-856.

αυτού στο δικαστήριο¹⁵². Συνεπώς, αν ο λόγος της αντι-συνταγματικότητας ληφθεί υπόψη αυτεπαγγέλτως από τον δικαστή, προκειμένου να τηρηθεί η δικονομική αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων¹⁵³, θα πρέπει το δικαστήριο να αναβάλλει την έκδοση της οριστικής αποφάσεώς του, ώστε να δώσει τη δυνατότητα στους διαδίκους να εκφέρουν τις απόψεις τους επί του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας. Εξάλλου, η υποχρέωση τήρησης της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως κατά τον έλεγχο της αντισυνταγματικότητας δεν διαφοροποιείται δικονομικά, από το εάν το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας τίθεται στο πλαίσιο της πολιτικής ή της διοικητικής δίκης, καθώς η εφαρμογή της ως άνω αρχής δεν εξαρτάται ούτε από το ανακριτικό ή συζητητικό σύστημα οργάνωσης της δίκης ούτε από την έκταση της αυτεπάγγελτης εξουσίας του δικαστή σχετικά με την εξέταση των νομικών λόγων βασιμότητας του εκδικαζόμενου ένδικου βοηθήματος ή μέσου¹⁵⁴.

Επίσης, στην ΟλΣτΕ 3319/2010, κατά πλειοψηφία κρίθηκε ότι ο αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενος λόγος από το δικαστήριο αναγόμενος στο κύρος του εφαρμοσθέντος κανόνος δικαίου, «δεν δημιουργεί λόγο εκδόσεως προδικαστικής αναβλητικής αποφάσεως, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στους διαδίκους, να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους επί αυτού. Και τούτο διότι, ανεξάρτητα από το αν η αρχή της αντιμωλίας επιβάλλει, όπως υπολαμβάνει η γνώμη της ελάσσονος μειοψηφίας.....ή όχι την έκδοση αναβλητικών αποφάσεων σε κάθε περίπτωση που δικαστήριο άγεται στην αυτεπάγγελτη υιοθέτηση ενός καθαρά νομικού συλλογισμού, έχοντας επίδραση στην λύση εκκρεμούς ενώπιόν του υποθέσεως και μη συναρτωμένου με προβολή πραγματικού, προκειμένου να λαμβάνουν θέση επ' αυτού οι διάδικοι, στην προκειμένη πάντως περίπτωση, η κρίση επί του νομικού ζητήματος αν εκ του Συντάγματος επιβάλλεται οι συνεδριάσεις της Α.Δ.Α.Ε. να είναι δημόσιες, με

¹⁵² Για το ζήτημα αυτό, βλ. *M.VERPAUX*, «La procédure contradictoire et le juge constitutionnel», RFDA, 17/2001, σ.339 επ., καθώς και *A.-M.LECIS COCCO ORTU*, «QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae*», σ.1-17, εισήγηση της συγγραφέως στο ΙΧ συνέδριο της γαλλικής ένωσης συνταγματικού δικαίου στη Λυών, σε http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-lecis_T2.pdf, τελευταία πρόσβαση στις 26.02.2016.

¹⁵³ *T. Di MANNO*, Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, ό.π., σ.59.

¹⁵⁴ *ΚΜΠΕΗΣ*, «Αυτεπάγγελτη λήψη υπ' όψη ανααιρετικού λόγου, συνιστάμενου στην εφαρμογή κανόνα δικαίου που δεν έπρεπε να εφαρμοστεί λόγω αντισυνταγματικότητάς του», Δ, Ιανουάριος 2001, σε <http://www.kostasbeys.gr/articles.php?s=5&mid=1479&mnu=3&id=17805>, τελευταία πρόσβαση στις 01.03.2016.

συνέπεια, σε καταφατική περίπτωση ο εφαρμοσθείς Κανονισμός Λειτουργίας αυτής, ο ορίζων το αντίθετο να είναι ανίσχυρος, δεν συνιστά νέα αυτοτελή νομική κρίση, υιοθετηθείσα πρωτοτύπως και εξ υπαρχής από το Δικαστήριο, αλλά συνδέεται αρρήκτως με το ευρύτερο ζήτημα, αν η εν λόγω Αρχή παρέχει τις εγγυήσεις «δικαστηρίου», κατά την έννοια του άρθρου 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α., το οποίο με την σειρά του συνδέεται, επίσης αρρήκτως, με το περαιτέρω ζήτημα αν η ακυρωτική δικαιοδοσία του παρόντος Δικαστηρίου καλύπτει τις εγγυήσεις της «δίκαιης δίκης», δηλαδή, ζήτημα, για το οποίο υποβλήθηκε σχετικός ισχυρισμός από την αιτούσα και επί του οποίου, σύμφωνα με τα εκτεθέντα ανωτέρω (σκέψη 8) οι διάδικοι διετύπωσαν τις απόψεις τους». Αντίθετα, κατά τη μειοψηφία του δικαστηρίου, η οποία στήριξε την άποψή της και στη νομολογία του ΔΕΕ, «εφόσον το Δικαστήριο άγεται τελικώς, σε ακύρωση για λόγο αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο, και, μάλιστα, ανεξαρτήτως του εάν αυτός στηρίζεται, όπως εν προκειμένω, ή όχι σε πραγματικό, το δικαστήριο όφειλε, κατά γενική δικονομική αρχή, να μην εκδώσει ακυρωτική απόφαση, αλλά να αναβάλει, με την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, την οριστική επίλυση της διαφοράς, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στους διαδίκους, να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους επί του λόγου αυτού».

Εξάλλου, στο πρακτικό 4/2010 της διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ αναφέρεται ότι κατά την Επιτροπή που είχε συγκροτηθεί για την επεξεργασία των σχετικών προτάσεων, σε περίπτωση, που ανακύψει στη διάσκεψη ζήτημα που δεν είχε περιληφθεί στην έκθεση του εισηγητή, θα πρέπει να εκδίδεται υποχρεωτικά αναβλητική απόφαση. Αν και κατά τον Πρόεδρο της Επιτροπής, εφόσον οι διάδικοι γνωρίζουν –ή οφείλουν να γνωρίζουν- τα πραγματικά και νομικά δεδομένα της δίκης, μεταξύ των οποίων τα αυτεπάγγελτα εξεταστέα, δεν βλάπτει μεν η θέση των ζητημάτων, αλλά ασφαλώς δεν χρειάζεται αναβλητική απόφαση, γνώμη που τελικώς υιοθετήθηκε από το σχετικό πρακτικό.

Πρέπει να υπομνησθεί πάντως ότι οι μειοψηφίες των ως άνω αποφάσεων ήδη έχουν γίνει πλειοψηφίες σε σύγχρονες αποφάσεις του δικαστηρίου. Έτσι, στην ΟλΣτΕ 1464/2013 τέθηκε από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως «το ζήτημα της επιρροής επί του αντικειμένου της υπό κρίση αιτήσεως των προαναφερόμενων νεότερων νομοθετικών και κανονιστικών

διατάξεων» και το δικαστήριο έκρινε ότι « με τα δεδομένα αυτά..... πρέπει να αναβληθεί η εκδίκαση της παρούσης υποθέσεως, προκειμένου να δοθεί η δυνατότητα στους διαδίκους να διατυπώσουν τις απόψεις τους περί της επιρροής των ως άνω νεότερων νομοθετικών και κανονιστικών ρυθμίσεων επ' αυτής». Στην ουσία το δικαστήριο, δεδομένου ότι τέθηκε μετά τη συζήτηση της υποθέσεως το ζήτημα της κατάργησης της δίκης, επί του οποίου δεν είχαν την ευκαιρία να αντιλέξουν οι διάδικοι, έκρινε ότι, προκειμένου να τηρηθεί η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως, έπρεπε να αναβληθεί η συζήτηση της υποθέσεως και να οριστεί νέα δικάσιμος, ώστε οι διάδικοι να εκφέρουν τις απόψεις τους¹⁵⁵. Περαιτέρω, ήδη με την ΣτΕ 1114/2016 το δικαστήριο ανέβαλε αυτεπαγγέλτως τη συζήτηση της υποθέσεως, προκειμένου οι προσφεύγοντες να διατυπώσουν τις απόψεις τους για το ζήτημα της κατάργησης της δίκης το οποίο ετίθετο, δεδομένου ότι με την έκδοση μεταγενέστερων διοικητικών πράξεων αντικαταστάθηκε το ουσιαστικό περιεχόμενο της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, επί του οποίου στηρίζονταν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακυρώσεως.

Συνακόλουθα, ήδη, διαφαίνεται ότι η σύγχρονη νομολογία του δικαστηρίου απαιτεί, καταρχήν, σε κάθε λόγο που εξετάζεται αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο, να ακούγονται προηγουμένως οι διάδικοι, ώστε να τηρείται η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως ως στοιχείο και συνιστώσα του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη.

&3. Η θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή με σκοπό την τήρηση της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως

Η θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας φαίνεται ότι έχει ως σκοπό να προλάβει τον αιφνιδιασμό του διαδίκου από λόγους που θα λάβει υπόψη του το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως, προκειμένου να τηρηθεί η αρχή της εκατέρωθεν ακροάσεως των διαδίκων, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της ΕΣΔΑ και του ενωσιακού δικαίου. Η διαπίστωση αυτή προκύπτει από το γεγονός ότι ο εισηγητής δεν θα συντάσσει αναλυτική έκθεση επί του ιστορικού της διαφοράς και των νομικών ζητημάτων που τίθενται σ' αυτή, αλλά θα συντάσσει και θα καταθέτει εισήγηση, μόνον αν τίθενται ζητήματα

αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενα στη δίκη, τα οποία κατά τη διάταξη απλώς θα παραθέτει.

Πέραν του ότι η διάταξη δεν επιλύει οριστικά και απόλυτα το ζήτημα της αυτεπάγγελτης εξέτασης των λόγων του παραδεκτού ή του βασίμου του ένδικου βοηθήματος, διότι μπορεί οι λόγοι αυτοί να προκύψουν κατά το στάδιο της διάσκεψης ή της μελέτης της δικογραφίας και να απαιτούν την έκδοση αναβλητικής απόφασης και εκ νέου επανασυζήτησης της υποθέσεως, προκειμένου να αντιλέξουν οι διάδικοι, δεν μπορεί να εισφέρει πραγματικά στην αρχή της κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγής της συζήτησης. Τι σημαίνει ο εισηγητής παραθέτει τα αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενα ζητήματα; Αναφέρει απλά για παράδειγμα ότι τίθεται ζήτημα αντισυνταγματικότητας της διάταξης, χωρίς να αιτιολογεί την αντισυνταγματικότητα αυτή; Και πώς ο διάδικος μπορεί να αντιλέξει τον ισχυρισμό αυτόν αποτελεσματικά, αν δεν είναι αιτιολογημένος; Και εάν ο εισηγητής δικαστής αιτιολογεί και αναλύει το αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενο ζήτημα, δεν συντάσσει μ' αυτόν τον τρόπο αιτιολογημένη εισήγηση και δεν φαίνεται να παίρνει θέση υπέρ του ενός ή του άλλου διαδίκου, με συνέπεια να κατηγορηθεί ότι προσβάλλει τη *theorie des apparences*;

Επιπλέον, όπως προαναφέρθηκε, η υποχρέωση του δικαστηρίου να αναβάλλει την έκδοση της οριστικής του απόφασης, αν προκύψει ένας λόγος αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενος κατά τη διάρκεια της δίκης, διακρίνεται από τα καθήκοντα του CdG ή του γενικού εισαγγελέα στο ΔΕΕ, καθώς στις δικαστικές αυτές διαδικασίες, αν και θεσπίζεται ο ρόλος ενός ευρεία έννοια εισηγητή, παράλληλα, θεσπίζεται ρητώς η υποχρέωση είτε του διοικητικού δικαστηρίου είτε του ΔΕΕ να καλέσει τους διαδίκους να εκφέρουν τις απόψεις τους με έκδοση αναβλητικής απόφασης, αν εξετάσει ένα λόγο αυτεπαγγέλτως, τον οποίο δεν γνώριζαν και δεν αντέλεξαν επί αυτού οι διάδικοι. Επομένως, στο γαλλικό και ενωσιακό δίκαιο, σκοπός της θέσμισης του εισηγητή δικαστή δεν είναι κατά κύριο λόγο η προβολή των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων ζητημάτων και η πρόληψη αιφνιδιασμού του διαδίκου, καθώς για το θέμα αυτό προβλέπονται άλλες διαδικαστικές εγγυήσεις.

Εξάλλου, στις διοικητικές διαφορές ουσίας, για πολλούς λόγους που το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη αυτεπαγγέλτως και αφορούν στην παραδεκτή κάταρξη και νόμιμη συνέχιση της δίκης, όπως για παράδειγμα την προσκόμιση του παραβόλου και τη νομιμοποίηση του δικηγόρου, θα είναι αδύνατη η σύνταξη εισηγήσεως πριν από την εκδίκαση της διαφοράς. Και τούτο, διότι πρόκειται για προϋποθέσεις που εξετάζονται κατά κανόνα μετά την επ' ακροατηρίω συζήτηση, καθώς ο διάδικος μπορεί να ζητήσει και να λάβει προθεσμία κατά τη συζήτηση για την προσκόμιση των νομιμοποιητικών εγγράφων, αφετέρου δε το παράβολο νομίμως συμπληρώνεται και μετά τη συζήτηση, υποχρεωμένος μάλιστα ο δικαστής να ακολουθήσει πριν από την απόρριψη της προσφυγής λόγω μη καταβολής παραβόλου ή του προσήκοντος παραβόλου, τη διαδικασία του άρθρου 139^A. Πράγματι, στη διοικητική δικονομία, υπάρχει το άρθρο 139^A, σύμφωνα με το οποίο ο πρόεδρος του πολυμελούς ή μονομελούς δικαστηρίου ή ο εισηγητής της υποθέσεως, ακόμη και μετά τη συζήτηση της υποθέσεως, προσκαλεί, τηλεφωνικώς, μέσω της Γραμματείας τον πληρεξούσιο δικηγόρο του διαδίκου ή τον διάδικο, που παραστάθηκε αυτοπροσώπως κατά τη συζήτηση, να συμπληρώσει τις ενδεχόμενες τυπικές παραλείψεις που έχουν διαπιστωθεί, εντός σχετικής προθεσμίας που θα τους χορηγηθεί με την ίδια κλήση. Έχει γίνει δεκτό νομολογιακά ότι η διαδικασία αυτή μπορεί να ακολουθηθεί για την προσκόμιση του (ελλείποντος) παραβόλου κατά ρητή παραπομπή της διάταξης του άρθρου 277 παρ.1 του ΚΔΔ. Εξάλλου, ειδικά για τη νομιμοποίηση του δικηγόρου στη δίκη, το άρθρο 28 ορίζει ότι αν δεν έχουν υποβληθεί τα στοιχεία νομιμοποίησης ή αυτά που έχουν υποβληθεί δεν είναι πλήρη, το δικαστήριο, ύστερα από αίτηση του διαδίκου ή του νόμιμου αντιπροσώπου ή του εκπροσώπου ή του εμφανιζόμενου ως δικαστικού πληρεξουσίου του, είτε αναβάλλει τη συζήτηση είτε προχωρεί σε αυτή χορηγώντας εύλογη προθεσμία για την υποβολή τους, ενώ κατά την παρ.3 του ίδιου άρθρου, αν, κατά τη διάσκεψη, διαπιστωθεί ότι τα κατά νόμο στοιχεία της νομιμοποίησης έχουν μεν υποβληθεί όλα, είτε εξ αρχής είτε ύστερα από τη χορήγηση προθεσμίας, πλην αυτά παρουσιάζουν ελλείψεις, ο πρόεδρος του δικαστηρίου ή του οικείου τμήματος, με πράξη του, καλεί τον εμφανιζόμενο ως δικαστικό πληρεξούσιο να τα συμπληρώσει, μέσα σε τασσόμενη από αυτόν ανατρεπτική προθεσμία. Επομένως, καταρχήν δεν

εφαρμόζεται η διαδικασία του άρθρου 139^A του ΚΔΔ στην έλλειψη της νομιμοποίησης¹⁵⁶.

Εξάλλου, την έλλειψη τηρήσεως της νόμιμης προδικασίας ελέγχει το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση και μπορεί να διατάξει την αναβολή της συζήτησης της υποθέσεως, προκειμένου αυτή να τηρηθεί.

Τούτο σημαίνει, αφενός μεν ότι για ένα κρίσιμο και μεγάλο τμήμα των προϋποθέσεων του παραδεκτού του ένδικου βοηθήματος, δεν μπορεί να συνταχθεί εισήγηση από τον εισηγητή δικαστή πριν από τη συζήτηση της υποθέσεως, αφετέρου δε ότι κατά κανόνα αυτές οι ελλείψεις αποκαθίστανται, όταν υπάρχει εύλογο ενδιαφέρον του διαδίκου για τη διεξαγωγή της δίκης από την εφαρμογή του άρθρου 139^A.

Από τα ανωτέρω εναργώς προκύπτει ότι αφενός μεν η εισαγωγή του εισηγητή δικαστή δεν τίθεται τόσο επιτακτική για όλα τα αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενα ζητήματα, εφόσον για ορισμένα από αυτά ισχύει και εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 139^A, αφετέρου δε ότι υπάρχει ο κίνδυνος ο εισηγητής δικαστής να απασχοληθεί με μία υπόθεση, η οποία τελικώς δεν θα εκδικασθεί επί της ουσίας, καθώς ο διάδικος δεν θα έχει ενδιαφέρον για την εκδίκασή της και δεν θα καταβάλλει το προβλεπόμενο εκ του νόμου παράβολο ή δεν θα νομιμοποιήσει τον πληρεξούσιο δικηγόρο του. Έτσι με τη θεσμοποίηση του εισηγητή δικαστή μπορεί να επέλθει μία μορφή μάταιης επιβάρυνσης των δικαστών και πρόσθετης επιβράδυνσης άλλων υποθέσεων που χειρίζονται, καθώς οι δικαστές θα απασχολούνται χωρίς λόγο με την επεξεργασία μίας υπόθεσης, η οποία μετά τη συζήτηση στο ακροατήριο θα προκύψει ότι είναι απαράδεκτη.

Επιπλέον, ας μην ξεχνάμε ότι στη διοικητική δικαιοσύνη της Ελλάδας ο εισηγητής δικαστής των διοικητικών δικαστηρίων δεν θα είναι μόνον *rapporteur public*, όπως στο γαλλικό σύστημα, ούτε έχει βοηθό εισηγητή, όπως στη διαδικασία ενώπιον του ΣτΕ. Αντίθετα, έχει πολλαπλά βασικά κύρια καθήκοντα, όπως το βάρος των αποφάσεων της κύριας και της προσωρινής

¹⁵⁶ ΣτΕ 2462/2015, πρβλ., όμως, ΣτΕ 398/2015.

έννομης προστασίας, τη σύνταξη του σχεδίου της απόφασης, την εισήγηση των υποθέσεων που έχει χρεωθεί σε διάσκεψη ενώπιον του τμήματος, τη σύνταξη του τελικού σχεδίου της απόφασης, την καθαρογραφή της απόφασης και την υπηρεσία που διεξάγει, κυρίως, σε επαρχιακά δικαστήρια. Επομένως, η επιβάρυνσή του με ένα πρόσθετο καθήκον, που δύσκολα στην πράξη μπορεί να διεκπεραιωθεί για όλους τους λόγους που προαναφέρθηκαν, αλλά και από το γεγονός της σύγχρονης μεγάλης επιβάρυνσης των δικαστών του πρώτου βαθμού, ενόψει της επιτάχυνσης στην απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης, καθιστά αλυσιτελή τη θεσμοθέτηση του εισηγητή δικαστή στις διοικητικές διαφορές ουσίας και δεν μπορεί να επιφέρει τον σκοπό που στοχάζεται.

Για την αντιμετώπιση του ζητήματος των αυτεπαγγέλτως εξεταζόμενων ζητημάτων και την τήρηση της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως μπορούν να ληφθούν από τον νομοθέτη αλλά, πιο αποτελεσματικά μέσα. Οι λόγοι που πρόκειται να ληφθούν υπόψη αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο μπορούν να κοινοποιηθούν στον διάδικο με τη διαδικασία του άρθρου 139^A, ενημερώνοντας το δικαστήριο τηλεφωνικώς μέσω της Γραμματείας ή με έγγραφο ότι πρόκειται να λάβει υπόψη αυτεπαγγέλτως τον σχετικό λόγο και προσκαλώντας τον εντός ανατρεπτικής προθεσμίας να υποβάλλει τις ενστάσεις και παρατηρήσεις του. Το υπόμνημα αυτό θα μπορούσε να θεωρηθεί ως ένα υπόμνημα μεσούσης της διασκέψεως, όπως ισχύει στη γαλλική διοικητική δίκη. Επίσης, το ίδιο ζήτημα αντιμετωπίζεται με την έκδοση αναβλητικής απόφασης, στην οποία παρατίθεται το ζήτημα που πρόκειται να λάβει υπόψη αυτεπαγγέλτως το δικαστήριο και χορήγησης προθεσμίας στον διάδικο να υποβάλλει τους ισχυρισμούς του ή να προσκομίσει κρίσιμα στοιχεία στο δικαστήριο αναφορικά με το ζήτημα αυτό, ενώ η υπόθεση θα προσδιορίζεται προς εκδίκαση σε σύντομη ρητή δικάσιμο, χωρίς ιδιαίτερη επιβάρυνση της διαδικασίας της δίκης.