

**ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑ, ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ
ΚΑΙ ΣΚΕΠΤΙΚΙΣΜΟΣ**

- Με αφορμή τις ΣτΕ 1249/2010, ΑΠ 6/2009
και μια μελέτη του Μ. Σταθόπουλου -

Ι. Το «αναλογικό» ως πλαίσιο.

1. Η μελέτη του Μ. Σταθόπουλου¹ «Αναλογικότητα, εύλογη αποζημίωση και αναιρετικός έλεγχος»² υπήρξε η αφορμή, για να διατυπωθεί για πρώτη φορά, καθόσον γνωρίζω, με τόση ενάργεια τουλάχιστον στην ελληνική νομική φιλολογία μια άκρως ενδιαφέρουσα και ρεαλιστική³ - κατά την εκτίμησή μου - θέση σε ένα ερώτημα - σταυρό για τον εφαρμοστή του δικαίου.

Προκειμένου να διευκολυνθεί ο αναγνώστης και να μπορέσει να παρακολουθήσει ευκολότερα⁴ τους συλλογισμούς που ακολουθούν, θυμίζω το ερώτημα και στην συνέχεια την απάντηση - θέση του Σταθόπουλου, από την οποία θα αδράξω το νήμα, για να κάνω κι

1. Η μελέτη αυτή αφιερώνεται στο δάσκαλό μου Μιχάλη Σταθόπουλο που άνηψε γενεές νομικών για πάνω από ένα τέταρτο του αιώνα. Ο γράφων του οφείλει πολλά και ιδίως την αγάπη για την μεθοδολογία του δικαίου και τον επιδιωκόμενο συνδυασμό ακριβούς σκέψης και σκεπτικισμού.

2. ΝοΒ 2010, 833 - 845.

3. Θέση που αποδίδει δηλαδή σε μεγάλο βαθμό τον πραγματικό τρόπο με τον οποίο λαμβάνεται η απόφαση.

4. Συνιστάται εν τούτοις η προηγούμενη μελέτη της εργασίας του Σταθόπουλου καθώς και των εργασιών των Μητσόπουλου, ΧρΙΔ 2006, 769 επ., Μάζη, ΕΛΛΔνη 2008, 12 επ., Ανδρουλάκη, ΠοινΧρ 2007, 865 επ., Καράση, ΕπισκΕΔ 2006, 921 επ., Δημητράτου, ΝοΒ 2007, 45 επ. Για την συνταγματική αναλογικότητα βλ. Μητσόπουλο, ΔτΑ 2002, 614 επ., Γεωργιάδη, ΔτΑ 2002, 659, Δεσποτόπουλο, ΔτΑ 2002, 661.

εγώ τους δικούς μου παράλληλους ή ενίοτε περαιτέρω συλλογισμούς.

2. Το ερώτημα έχει ως ακολούθως:

Όταν ο δικαστής ουσίας προσδιορίζει το «ανάλογο» ή «εύλογο» ποσό μιας αποζημιώσεως διαμορφώνει τον δικανικό του συλλογισμό, έτσι ώστε στην μείζονα πρόταση (και δη στην ακολουθία της) και στο συμπέρασμα να προσδιορίζει ως «ανάλογο» ένα με ακρίβεια προσδιορισμένο ποσό, ή ένα πλαίσιο με ανώτατο και κατώτατο όριο, μέσα στο οποίο οποιοδήποτε ποσό δεν προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας⁵;

3. Το ερώτημα είναι καιρίο και μπορεί να γενικευθεί. Το ανάλογο ή αναλογικό κατά τη στάθμιση αγαθών, τον προσδιορισμό των νομοθετικών ορίων στην επιτρεπτή προσβολή ατομικού δικαιώματος ή την εξειδίκευση αόριστης «νομικής έννοιας είναι σημείο ή πλαίσιο; Είναι ένα ή πολλά (εν πλαισίω);

Η ορθή νομική λύση σε τέτοια ζητήματα (που στην ουσία είναι όλα τα οριακά ζητήματα) είναι μία (Dworkin) ή πλαίσιο (Hart); Υπάρχει πάντα λύση «αναλογικότερη» απ' όλες τις «αναλογικές» που απλώς από αδυναμία μας δεν αναζητούμε;

Δεν υπάρχει βαθιά νομική έρευνα που δεν καταλήγει σ' αυτό το (φιλοσοφικό τελικά) ερώτημα που η απάντησή του από κάθε διανοούμενο συνδέεται με συγκεκριμένη στάση απέναντι στα νομικά και στην ζωή.

4. Έχοντας θέσει πολλές φορές το ερώτημα σε ερευνητές⁸ έχω διαπιστώσει πως υπάρχουν – σχηματικά πάντα – δύο κατηγορίες ανθρώπων και αντίστοιχων στάσεων ζωής.

Αυτοί που ονομάζω (ως προς την τάση τους)⁹ **δογματικούς** και αυτοί που ονομάζω (κατ' αρχήν) **σκεπτικιστές**.

5. Βλ. Σταθόπουλο, ΝοΒ 2010, 840.

6. Όσο λιγότερο εμπειρική και όσο περισσότερο αξιολογική η έννοια, τόσο το ερώτημα αποκτά σημασία.

7. Βλ. για τις δύο διδασκαλίες Σούρλα, Η διαπλοκή δικαίου και πολιτικής και η θεμελίωση των νομικών κρίσεων.

8. Σπανίως στα κείμενα βλέπεις ρητή θέση επί του ζητήματος. Μόνο διαβάζοντας πίσω από τις γραμμές.

9. Πρόκειται φυσικά για τάσεις και η διάκριση είναι σχηματική. Όλοι μας έχουμε μέσα μας και τον δογματικό και τον σκεπτικιστή. Η άλλοτε είμαστε δογματικοί ή κρυπτοδογματικοί και άλλοτε σκεπτικιστές ή κρυπτοσκεπτικισ-



στες έννοιες με πεδίο αξιολογήσεως,¹⁴ οι άνθρωποι αυτοί, σε αντίθεση με τους δογματικούς, πίσω από τις δέσμιες αρμοδιότητες βλέπουν διακριτικές ευχέρειες.

6. Ο Σταθόπουλος - αναμενόμενα κατ' εμέ - δίδει απάντηση σκεπτικιστική. Η προσήκουσα λύση φρονεί ότι είναι η λύση του πλαισίου. Το «εύλογο» ποσό ηθικής βλάβης δεν είναι, κατά τον Σταθόπουλο, ένα X επακριβώς προσδιορισμένο ποσό αλλά «ένα πλαίσιο μεταξύ του Α κατώτατου ορίου και του Β ανώτατου ορίου¹⁵».

Και με τα δικά του λόγια, το πιο κρίσιμο σημείο του συλλογισμού: «Ο δικαστής, βέβαια, θεωρώντας ένα ποσό ως ανάλογο, εξυπονοεί ότι τούτο βρίσκεται μέσα στο νόμιμο πλαίσιο.

Ανάγκη να καθορίσει πού βρίσκονται τα άκρα όρια του πλαισίου (ανώτατο και κατώτατο) δεν υπάρχει.

Αρκεί ότι για την κρινόμενη ατομική περίπτωση το προσδιοριζόμενο ποσό είναι σύμφωνο με την αναλογικότητα» (Κ1).¹⁶

Ονομάζω τις τρεις αυτές προτάσεις του κρίσιμου χωρίου κείμενο Κ1 και θα επανέλθω σ' αυτό στην συνέχεια.

Ο - σκεπτικιστής - Σταθόπουλος, σωστά κατά την εκτίμησή μου, επισημαίνει ότι θα ήταν υπεράγαν «ασφυκτικό» και «όχι σύμφωνο με την πραγματικότητα» να δεχθούμε ότι ο νόμος δέχεται μόνο ένα ακριβές ποσό ως νόμιμο¹⁷.

Και συνεχίζει αναφερόμενος στο πλαίσιο λύσεων.

«Το πλαίσιο αυτό δεν είναι, φυσικά, χώρος αυθαιρεσίας του δικαστή, αλλά χώρος λελογισμένης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας.

Ισχύει και εδώ ό,τι σε κάθε περίπτωση διακριτικής ευχέρειας.

Δεν είναι σωστό να ταυτίζουμε την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας με την αυθαιρεσία.

14. Ακόμη και οι δέσμοι ως προς τις έννομες συνέπειες κανόνες ενέχουν αρκετή διακριτική ευχέρεια στο πραγματικό τους (Tatbestandsermessen), μέσω αορίστων αξιολογικών εννοιών. Αυτή η Tatbestandsermessen δυσκολεύει συχνά περισσότερο τα πράγματα από την Rechtsfolgeermessen (διακριτική ευχέρεια ως προς τις έννομες συνέπειες).

15. Οπ.π., σελ. 840.

16. Οπ.π., σελ. 840.

17. Οπ.π. σελ. 840.

Αλλιώς θα καταλήγαμε στο εξωπραγματικό αποτέλεσμα να αρνηθούμε κάθε περίπτωση διακριτικής ευχέρειας.

Μέσα στο πλαίσιο που προκύπτει και ως ακολουθία στη μείζονα πρόταση και ως συμπέρασμα του δικανικού συλλογισμού, ο δικαστής θα κρίνει με υποκειμενική αξιολόγηση και με βάση την *περί δικαίου συνείδησή του*» (Κ2) (υπογράμμιση Π.Λ.)¹⁸

Ονομάζω το χωρίο αυτό Κείμενο Κ2.

Θα προσπαθήσω στη συνέχεια να δω ακόμα πιο σκεπτικιστικά τα – ήδη σκεπτικά – κείμενα Κ1 και Κ2 που νομίζω ότι αποδίδουν τον πυρήνα της θέσεως του Σταθόπουλου στο κρίσιμο ζήτημα.

II. Πώς θα βρούμε τα όρια του πλαισίου νόμιμων λύσεων;

1. Η πρώτη πρόταση του χωρίου Κ1 του Σταθόπουλου έχει ως εξής:

«Ο δικαστής, βέβαια θεωρώντας ένα ποσό ως ανάλογο, εξυπονοεί ότι τούτο βρίσκεται μέσα στο νόμιμο πλαίσιο».

Και πράγματι έτσι είναι στην πράξη τα πράγματα¹⁹ και έτσι πρέπει κατ'αρχήν να είναι. Το ερώτημα που τίθεται είναι αν ο δικαστής πρέπει να έχει σαφή γνώση των σημείων Α και Β που ορίζουν τα όρια του πλαισίου (ερώτημα Α). Και αν πρέπει να έχει τέτοια σαφή γνώση, πώς ανευρίσκει τα σημεία αυτά Α και Β (ερώτημα Β).

Εδώ φοβούμαι ότι εισέρχεται κανείς σε πεδία με τα οποία οι νομικοί σπανίως ασχολούνται. Όχι επειδή δεν τους αφορούν, αλλά επειδή είναι άκρως δύσβατα.

2. Στο πρώτο ερώτημα δεν διστάζω πολύ να δώσω σε δεοντικό τουλάχιστον επίπεδο θετική απάντηση. Ο εφαρμοστής του δικαίου *πρέπει* να έχει σαφή γνώση²⁰ των ορίων του πλαισίου Α και Β, για τους ακόλουθους ιδίως λόγους:

18. Οπ.π., σελ. 841.

19. Κάποτε το πλαίσιο αυτό μπορεί να το θέσει και ο νομοθέτης. Ο δικαστής μπορεί να το κρατήσει ως έχει ή να δημιουργήσει ένα νέο στενότερο πλαίσιο αναλογικού για την *ad hoc* κρίσιμη περίπτωση. Η διάκριση αυτή μεταξύ νομοθετικού πλαισίου (αναλογικού) και δικαστικού πλαισίου δεν έχει σχέση με την (ανύπαρκτη κατά τη γνώμη μου) διάκριση μεταξύ «αναλόγου» και «ευλόγου» στα άρθρα 25 Συντ. και 932 ΑΚ.

20. Ούτε περίπου γνώση, ούτε συγκεχυμένη γνώση, όσο δύσκολο κι αν είναι αυτό. Όσο και αν η σαφής θέση ορίων μοιάζει (και είναι ως ένα σημείο) άκρως υποκειμενική.

α) Διότι - με την ορθή ορολογία του Σταθόπουλου - δεν μπορεί να «υπονοεί» κάτι που δεν γνωρίζει²¹.

β) Διότι για να ασκήσει καλώς την ευχέρειά του και να διευκολύνει²² τον ανααιρετικό έλεγχο μέσω αιτιολογίας πρέπει να γνωρίζει τα όρια αυτής της ευχέρειας.

γ) Διότι το κράτος δικαίου δεν θα πρέπει να δέχεται δικαστικές αποφάσεις που «υπονοούν» ότι γνωρίζουν τα όρια του εκάστοτε αναλογικού, έχοντας άγνοια ή ασαφή ή συγκεχυμένη γνώση γι' αυτά. Αν συνέβαινε το τελευταίο η νομιμοποιητική δύναμη της δικαστικής διαδικασίας και αποφάσεως, η πειθώ και η αποδοχή²³ της από τους πολίτες θα δέχονταν κείριο πλήγμα.

3. Στο δεύτερο ερώτημα ορθώνεται ο σταυρός του δικαίου και η - αιώνια - νίκη των σκεπτικιστών έναντι των δογματικών και της αμφιβολίας έναντι της βεβαιότητας.

Διατυπώνω εκ νέου. Ο δικαστής πρέπει να αποκτήσει σαφή γνώση των ορίων Α και Β του πλαισίου του εκάστοτε αναλογικού. Πώς όμως θα αποκτήσει αυτή τη γνώση; Πώς θα προσδιορίσει κατά τρόπο αντικειμενικά πλέον αποδεκτό²⁴ και ελέγξιμο²⁵ τα σημεία Α και Β;

21. Υπο-νώ κάτι που κατ'αρχήν νωά. Κάτι που εν πάση περιπτώσει είναι νοητό. Διαφορετικά παριστάνω πως νωά και υπο-νωά και όλα κατανοούν επί-φαση αν όχι «φάρσα».

22. Η ακόμη να καταστήσει δυνατό.

23. Η αιτιολογία της δικαστικής αποφάσεως έχει εκτός από προστατευτική (των ατομικών δικαιωμάτων των πολιτών) και νομιμοποιητική και μια ειρηνευτική λειτουργία (Befriedungsfunktion). Η απόφαση μέσω αιτιολογίας μπορεί να γίνει αποδεκτή και να μην αμφισβητηθεί περαιτέρω. Κατά τον Lücke (Begründszwang und Verfassung) τούτη η ειρηνευτική λειτουργία βασίζεται στην αρχή της αξίας του ανθρώπου.

24. Η επιλογή μεταξύ νομίμων λύσεων εντός του πλαισίου δεν ελέγχεται ανααιρετικά ελλείπει αντικειμενικού κριτηρίου (βλ. Μητσόπουλο, ΝΔικ 1965, 126). Καλώς. Αρα για τον ανααιρετικό έλεγχο της υπερβάσεως των (δύο τουλάχιστον) ορίων απαιτείται αντικειμενικό κριτήριο που υπάρχει! Προφανώς, θα είναι το κριτήριο με το οποίο (αντικειμενικά;) τέθηκαν τα όρια. Ποιό είναι όμως αυτό το αντικειμενικό κριτήριο και ποιά η αντικειμενική και ανααιρετικά ελέγξιμη μέθοδος προσδιορισμού των ορίων;

Καίρια κτυπήματα των σκεπτικών στην δογματική σκέψη!

25. Και αν τα κριτήρια ή η μέθοδος προσδιορισμού των ορίων δεν είναι αντικειμενικά αποδεκτά πώς θα γίνει αντικειμενικός έλεγχος;

Εδώ, σε αντίθεση με τον προσδιορισμό του ποσού Χ εντός του πλαισίου, που γίνεται «με υποκειμενική αξιολόγηση και με βάση την περί δικαίου συνείδηση» (χωρίς Κ2 Σταθόπουλου) οι αξιώσεις αντικειμενικότητας είναι μεγαλύτερες. Και τούτο διότι τα άκρα σημεία Α και Β προσδιορίζουν τα όρια της νομιμότητας. Και συνεπώς θα έπρεπε να προσδιορίζονται μονοσήμαντα και με αξιώσεις καθολικής αποδοχής.

Είναι όμως αυτό δυνατόν και με ποια μέθοδο; Υπάρχει κάτι περισσότερο αξιόπιστο, ακριβές ή αντικειμενικό από την «υποκειμενική αξιολόγηση» και την «περί δικαίου συνείδηση» για να προσδιοριστούν τα όρια Α και Β;

4. Φοβούμαι πως η ανάγκη των νομικών (όπως και κάθε άνθρωπου) για περισσότερη ασφάλεια και βεβαιότητα δεν μπορεί να ικανοποιηθεί. Μέθοδος σαφώς διατυπώσιμη και υποστηρίξιμη με αξιώσεις αντικειμενικής αποδοχής προς προσδιορισμό των ορίων δεν υπάρχει. Και αμφιβάλλω αν μπορεί ποτέ να υπάρξει. Κάτι περισσότερο από την «υποκειμενική αξιολόγηση» και την «περί δικαίου συνείδηση» προς επακριβή καθορισμό των ορίων Α και Β μάταια θα αναζητήσει κανείς. Όσο και να το ποθεί. Όσο και να εκλεπτύνει τις μεθόδους του. Όσο και αν η αναντιστοιχία ανάμεσα στον πόθο για μονοσήμαντη κατανόηση, αντικειμενικότητα, ασφάλεια και ακρίβεια και στην πραγματικότητα που είναι ρευστή και πολυσημάντη συνδέεται με ένα στυφό συναίσθημα ματαιότητας και «παραλόγου»²⁶. Ουδείς ποτέ κατόρθωσε στα σοβαρά να παρουσιάσει τέτοια «αντικειμενικά αποδεκτή» μέθοδο²⁷. Και όσοι επιχειρήσαν απέτυχαν οικτρά²⁸. Ευλόγως και ίσως ευτυχώς, αφού:

26. Πρόκειται για την ορολογία του Καμύ στο μύθο του Σισσύφου.

27. Δεν φαντάζομαι ότι ο Dworkin ή οι οπαδοί του ισχυρίζονται κάτι τέτοιο. Οι ηθικο-πολιτικές θεωρίες που προκύπτουν από την έννομη τάξη είναι όσες και οι σκεπτόμενοι επ'αυτών. Το ποιά «επικρατεί» άκρας υποκειμενικό και το τι «ταιριάζει» καλύτερα σ'αυτό που «επικρατεί» αν μη τι άλλο άκρας συγκεχυμένο.

28. Οικτρά απέτυχε στα τέλη της δεκαετίας του '80 και η νομική πληροφορική να αλγοριθμοποιήσει την διαδικασία εξειδικεύσεως αόριστων νομικών εννοιών.

Ασχολήθηκα -από την σκεπτική ευτυχώς πλευρά-μερικά χρόνια στην Γερμανία με το ζήτημα.

Βλ. τα πορίσματα στη διατριβή μου (Lazaratos), Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1989.

α) Αν είχε βρεθεί μέθοδος προς ακριβή προσδιορισμό των ορίων Α και Β («ούτε ένα ευρώ πάνω ούτε ένα κάτω» κατά την χαρακτηριστική έκφραση του Σταθόπουλου) ή ίδια, ή κάποια ανάλογη μέθοδος θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για να προσδιορίσει και το ένα αναλογικό (κατά τους δογματικούς) ή αναλογικό-τερο σημείο Χ. Αν πραγματοποιείτο ποτέ αυτή η ουτοπία, τότε ίσως και οι σκεπτικιστές θα έπρεπε να αναγνωρίσουν την νίκη των δογματικών. Το προσδιορισμό αναλογικότερο σημείο Χ θα έπρεπε πάντοτε να αναζητείται επί τη βάση της «αντικειμενικής(!)» αυτής μεθόδου. Πόσο μακριά όμως όλα αυτά από την αλήθεια και τις ανθρώπινες δυνάμεις. Τέτοιες αξιώσεις «αντικειμενικότητας» κάνουν το συνεπές με τον εαυτό του πνεύμα να γελά.

β) Μια τέτοια μέθοδος θα σήμαινε ουσιαστικά δημιουργία και αποδοχή αλγορίθμου τέτοιας ακρίβειας, ώστε συντρεχόντων των δεδομένων $A+B+Γ+Δ+E$, το ποσό Χ ή τα όρια Α και Β να προσδιορίζονται με απλή αντικατάσταση τιμών, «δέσμια» και αυτοματοποιημένα. Ένας τέτοιος αλγόριθμος, πέραν του ότι θα ήταν αφάνταστα πολύπλοκος ουδέποτε θα μπορούσε - στον υπάρχοντα νομικό πολιτισμό μας - ευτυχώς να αποτελέσει κείμενο κανόνα δικαίου. Αρα ουδέποτε θα μπορούσε να γίνει καθολικά αποδεκτός. Η μεθοδολογία του δικαίου, που επίσης δεν είναι μία²⁹, δεν έχει άλλωστε ως στόχο να οδηγεί σε τέτοιους αλγορίθμους εφαρμογής του δικαίου³⁰. Ούτε δύναται, ούτε επιθυμεί, ούτε έχει ως στόχο της κάτι τέτοιο ρητά ή σιωπηρά. Όπως σωστά τονίζει ο Σταθόπουλος «οι δυνατότητες της νομικής μεθοδολογίας, στην πορεία της ερμηνευτικής εξειδίκευσης μιας αόριστης έννοιας, φθάνουν ως ένα σημείο. Εκεί εξαπλώνονται και αφήνουν το απομένον πεδίο στον δικαστή και στην συνείδηση του για την τελική απόφαση»³¹.

29. Ας θυμίσω απλώς ότι υπάρχουν μεθοδολογίες που θεωρούν ότι κατ'αρχήν η γραμματική ερμηνεία προηγείται της τελεολογικής, μεθοδολογίες που ισχυρίζονται ακριβώς το αντίθετο και μεθοδολογίες που θεωρούν ότι όλες οι μέθοδοι ερμηνείας είναι ισοδύναμες (αν αυτό σημαίνει κάτι!). Καμία δε αντικειμενικά αποδεκτή μετα-μεθοδολογία που να φέρνει όλα αυτά τα αλληλοαντικρουόμενα σε τάξη και αρμονία.

30. Η νομική πληροφορική το επιχείρησε δειλά, μεμονωμένα, περιορισμένα και για τους δικούς της στόχους. Απέτυχε δε παταγωδώς όσον αφορά την αλγοριθμοποίηση χώρων διακριτικής ευχέρειας ή αξιολογικής εκτιμήσεως (Beurteilungsspielräume).

31. Σταθόπουλος, οπ.π., σελ. 841.

Η διεισδυτική αυτή παρατήρηση ισχύει τόσο για το ποσό X που τελικώς προσδιορίζεται ως «εύλογο» εντός του νόμιμου πλαισίου, όσο και για τα όρια του πλαισίου A και B .

Όσοι υποκειμενισμός υπάρχει κατά τον προσδιορισμό του X , τόσο ακριβώς υποκειμενισμός υπάρχει και κατά τον προσδιορισμό των ορίων του πλαισίου (άρα και των ορίων της νομιμότητας³²) A και B !! Πικρή αλήθεια αλλά μάλλον «αλήθεια», προς το παρόν, μέχρι κάποιος, κάποτε να προσφέρει κάτι «ασφαλέστερο», και πάλι για όσους το επιθυμούν.

γ) Στην ιστορία του πνεύματος σε όλες τις επιστήμες όλες οι προσπάθειες για ανεύρεση αντίστοιχων αντικειμενικών αληθειών, ή σημείων τομής, ή ορίων προσέκρουσαν στο ανίκητο σκεπτικιστικό επιχείρημα των σωριτών³³. Πότε μια στοιβη τούβλα ή χαλίκια γίνεται σωρός (σωρείτης); Στα 3 στα 7 στα 9 στα 11; Κάποια στιγμή τα χαλίκια από μεμονωμένα γίνονται «σωρός». Ποιός μπορεί να ισχυριστεί ότι γνωρίζει ή ότι μπορεί να γνωρίσει με αξιώσεις αντικειμενικής αποδοχής αυτόν τον αριθμό - σημείο; Όμοια και με τα «εύλογα» ποσά, όμοια και με κάθε αμοιβαία υποχώρηση συγκρουόμενων αγαθών στο αναλογικό(τερο) σημείο, και με όλους τους «ακριβείς» προσδιορισμούς του μη προσβλητού πυρήνα ατομικών δικαιωμάτων. Και με όλα τα «αναλογικά» - «αναλογικότερα»!

Την τομή την κάνει ο δικαστής και για τα όρια A και B και για το $ad hoc$ σημείο X με πειθώ - αιτιολογία, υποκειμενική αξιολόγηση, επιείκεια και περί δικαίου συνείδηση. Τίποτε περισσότερο από αυτά. Εκεί θα δει κανείς το σπαθί της Θεμίδας, που συνδέεται και με την βίαη επιβολή, στην οποία ίσως κάποιος διακρίνουν και λίγη αναπόφευκτη αυθαιρεσία.

• Ζυγός για την στάθμιση, αλλά και σπαθί για την τομή³⁴!

δ) Θα ήταν «αφελές» εκεί που οι «ακριβείς» επιστήμες έχουν αναγνωρίσει το όριό τους και τον αναπόφευκτο υποκειμενισμό, η νομική επιστήμη να προσποιείται αντικειμενικότητα και βεβαιότητα.

32. Το ότι τα όρια του πλαισίου είναι και τα όρια της νομιμότητας καθιστά το επιχείρημα αποφασιστικής σημασίας. Γι'αυτό «φοβίζει» η παραδοχή της υπάρξεως αναπόφευκτου υποκειμενισμού.

33. Για το ζήτημα βλ. Τερέζα Πεντζοπούλου-Βαλαλά, Σέξτος Εμπειρικός-Πυρρωνείων Υποτυπώσεων Β', σελ. 228 επ.

34. Δεν έχουν γραφεί πολλά για την βαθιά συμβολική του αγάλματος.

Ακόμα και τα πιο αυστηρά τυπικά αξιωματικά συστήματα εμπειριέχουν πέραν των αξιωμάτων προτάσεις μη αποδείξιμες³⁵. Προτάσεις για τις οποίες δεν μπορεί κανείς να πει με βεβαιότητα αν ισχύουν ή όχι.

Πέρα από την ίδια την κριτική στην «απόδειξη³⁶» και την πληθώρα απόψεων ως προς τι είναι «συνεκτικός λόγος». Και πέρα από τους πέντε σκεπτικούς τρόπους της εποχής³⁷ για κάθε λογικό συλλογισμό, που ουδείς στην ιστορία του πνεύματος μπόρεσε να αντικρούσει.

Τα νομικά, μη έχοντας ποτέ συγκροτηθεί (και ίσως καλώς) σε τυπικό αξιωματικό σύστημα δεν μπορούν ούτε καθ' υπόνοιαν να έχουν αξιώσεις αντικειμενικότητας. Και τούτο, καθίσταται ιδίως έκδηλο κατά τον προσδιορισμό των ορίων του αναλογικού, κατά τις σταθμίσεις και κατά την εξειδίκευση αορίστων αξιολογικών νομικών εννοιών.

III. Πρέπει ο δικαστής να καθορίζει τα άκρα όρια του πλαισίου της αναλογικότητας;

1. Παρόλο τον σκεπτικισμό, ο δικαστής δεν νομίζω ότι αρκεί να «υπονοεί» τα άκρα όρια του πλαισίου της αναλογικότητας, που άλλωστε συνήθως δεν γνωρίζει, αλλά θα πρέπει και να τα δηλώνει στον δικανικό του συλλογισμό. Παρά τις δυσκολίες, παρά τον αναπόφευκτο υποκειμενισμό, παρά το γεγονός ότι «εκτίθεται» σε μεγαλύτερο έλεγχο.

Και τούτο για μια σειρά από λόγους.

2. α) Το να «υπονοείται» σε μια δικαστική απόφαση το τί είναι νόμιμο, δίχως να δηλώνεται, δεν είναι ορθό. Δίδεται η εντύπωση ότι «υπονοείται» κάτι που δεν έχει νοηθεί! Κάτι αγνωστο και συγκεχυμένο στο νου του δικαστή. Εις βάρος της πειθούς της αποφάσεως,

35. Όπως έδειξε ο Gödel με την περίφημη απόδειξη του θεωρήματος της μη-πληρότητας και συμπλήρωσε ο Turing και στις μέρες μας ο Chaitin με το περίφημο Ω. Οι μη αποδείξιμες προτάσεις σε ένα λογικό σύστημα είναι άπειρες. Απείρως περισσότερο άπειρες (άλλη τάξη απείρου) από τις αποδείξιμες.

36. Αξίζει να διαβαστεί ως προς την κριτική αυτή η διατριβή του Imre Lakatos, *Αποδείξεις και ανασκευές*.

37. Βλ. για τους τρόπους της εποχής, Τερέζα Πεντζοπούλου-Βαλαλά, *οπ.π.*, σελ. 214 επ.

της πληρότητας της αιτιολογίας, της ασφάλειας δικαίου και της δυνατότητας η απόφαση να γίνει αποδεκτή!

β) Η δήλωση των ορίων του πλαισίου διευκολύνει (ή ίσως καθιστά το πρώτον εφικτό) τον αναιρετικό έλεγχο. Δεν είναι (και) δικονομικώς ορθό να ελέγχονται αναιρετικώς τα όρια Α και Β ενός πλαισίου που ουδέποτε έχουν δηλωθεί, αλλά απλώς «υπονοηθεί».

Αλλιώς και ο αναιρετικός δικαστής θα έπρεπε να αναιρέσει «υπονοώντας» ότι ο δικαστής ουσίας δεν προσδιόρισε ορθά τα «υπονοημένα» από αυτόν όρια, και «υπονοώντας» κι αυτός με τη σειρά του νέα όρια που δεν θα προσδιόριζε, καθιστώντας έτσι την συμμόρφωση του δικαστή ουσίας στην αναιρετική απόφαση ανέφικτη³⁸.

γ) Για να αποφευχθεί η αβεβαιότητα και η ανασφάλεια που δηλώνεται υπό (β) νομίζω πως ο αναιρετικός δικαστής πρέπει να δηλώσει τα όρια του αναλογικού που έπρεπε να σεβαστεί και δεν σεβάστηκε ο δικαστής ουσίας. Αν μπορεί και πρέπει να το κάνει αυτό ο ελέγχων αναιρετικός δικαστής, πολύ περισσότερο μπορεί και πρέπει να το κάνει ο δικαστής ουσίας.

δ) Αφού τα όρια της νομιμότητας είναι τα όρια του πλαισίου, δεν φαίνεται σύμφωνο με το κράτος δικαίου η νομιμότητα και τα όριά της να «υπονοούνται» και να μη δηλώνονται στις δικαστικές αποφάσεις. Ευλόγως θα αναρωτηθεί κανείς. Γιατί; Από φόβο, από άγνοια, από ανασφάλεια, από αβεβαιότητα, από τεμπελιά, από αμηχανία, αδυναμία ή από κάτι άλλο; Ό,τι και να 'ναι απ' όλα αυτά, ο εφαρμοστής του δικαίου θα πρέπει να κάνει την τομή. Διαφορετικά ούτε πείθει, ούτε μπορεί να ελεγχθεί ελλόγως.

Όση βεβαιότητα και να υποκριθεί η δικαστική απόφαση ή η (δογματική) νομική μελέτη, ο κριτικός - σκεπτικιστής αναγνώστης «δικαίως» θα διαμαρτύρεται.

ε) Χωρίς τον προσδιορισμό του πλαισίου στην ακολουθία της μείζονος προτάσεως και με μόνο τον προσδιορισμό του ποσού Χ εντός του «υπονοουμένου» πλαισίου, ο δικανικός συλλογισμός παραμένει ανεπαρκής.

38. Λίγο κυνικά: Μεταξύ της «αυθαιρεσίας» κατά τον προσδιορισμό των ορίων και της «αυθαιρεσίας» που περιέγραψα σ'αυτήν την πρόταση προτιμώ την πρώτη.

Όχι από «γούστο», αλλά γιατί μου φαίνεται περισσότερο σύμφωνη με την αρχή του κράτους δικαίου και την απορρέουσα από αυτή αρχή της ασφάλειας δικαίου.

Αν δογματικά πιστεύεις πως το αναλογικό είναι ένα, ο προσδιορισμός του αναλογικότερου Χ αρκεί.

Αν (σκεπτικότερα) πιστεύεις πως το αναλογικό κείται μεταξύ ορίων Α και Β βαρύνεται με την υποχρέωση να δηλώσεις τα σημεία Α και Β και όχι απλώς να τα υπονοήσεις. Αλλιώς ο κανόνας που εφαρμόζεται³⁹ παραμένει - αθεράπευτα και αδικαιολόγητα - σκοτεινός και συγκεχυμένος.

στ) Η μείζων πρόταση εύκολα μπορεί και πρέπει να εμπεριέχει τόσο το πλαίσιο όσο και την (επιλεγόμενη) μια νόμιμη λύση. Τότε θα έχει την ακόλουθη μορφή, στο παράδειγμα του 932 ΑΚ⁴⁰:

- «Αν υπάρξει περίπτωση όπου η αδικοπραξία για την οποία οφείλεται εύλογη χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης έχει τα χαρακτηριστικά $\alpha + \beta + \gamma + \delta + \epsilon$ (λόγος), τότε η ανάλογη χρηματική ικανοποίηση πρέπει να είναι του Χ ποσού, το οποίο πρέπει να βρίσκεται μεταξύ των ορίων Α και Β (ακολουθία)».

Η ελάχιστων πρόταση:

- «Στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχουν τα χαρακτηριστικά $\alpha + \beta + \gamma + \delta + \epsilon$ ».

Και το συμπέρασμα:

- «Άρα στη συγκεκριμένη περίπτωση η ανάλογη χρηματική ικανοποίηση πρέπει να είναι του Χ ποσού, το οποίο πρέπει να βρίσκεται μεταξύ των ορίων Α και Β».

Αυτός ο δικανικός συλλογισμός⁴¹ καθιστά αποτελεσματικότερο τον αναιρετικό έλεγχο. Αυτό δύσκολα νομίζω μπορεί να το αρνηθεί κανείς.

39. Και ολόκληρος ο δικανικός συλλογισμός.

40. Πρβλ. την διατύπωση του δικανικού συλλογισμού σε Σταθόπουλο, οπ.π., σελ.840, με παραπομπές σε Μητσόπουλο, Πολιτική Δικονομία, σελ.17, Καλαβρό, Η αναιρέση, άρθρο 561, Αρ.34, 77 και ΝοΒ 2009, 105, Ρήγγα, Δ 2009, 805. Πρβλ. και την παραπομπή του Σταθόπουλου στον Θεράπο, ΝοΒ 1974, 198 επ., στην υποσημείωση 27 (841).

41. Παρά την αύξηση της δυσκολίας και την έκθεση στη μομφή του υποκειμενισμού και της (κρυπτο)αυθαιρεσίας! Επ' αυτού βλ. την υποσημείωσή μου 38.

IV. Τι υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο; Κριτική των ΣτΕ 1249/2010 και ΑΠ 6/2009.

1. Σύμφωνα με την ΣτΕ 1249/2010 (σκέψη 4^η) ο προσδιορισμός από το δικαστήριο της ουσίας του ποσού της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο, αφού σχηματίζεται από την εκτίμηση πραγματικών περιστατικών και χωρίς υπαγωγή του πορίσματος σε νομική έννοια, ώστε να μπορεί να βοηθεί εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου⁴². Και άλλες φορές το ΣτΕ⁴³ και ιδίως ο Άρειος Πάγος⁴⁴ έχουν νομολογήσει ανάλογα⁴⁵.

2. Η ΟΛ ΑΠ 6/2009 επιχειρεί να παρακάμψει τα προβλήματα με τρόπο λαθεμένο. Το άρθρο 25 § 1 εδ. δ' Συντ. (αρχή αναλογικότητας) δεν εφαρμόζεται ευθέως στην προκειμένη περίπτωση (όταν υπάρχει το άρθρο 932 ΑΚ που οδηγεί στα ίδια αποτελέσματα) και συνεπώς η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας περί της «ευλόγου αποζημίωσης» δεν ελέγχεται αναιρετικώς με βάση το άρθρο 559 παρ. 1 και 19 ΚΙ ΠολΔ για ευθεία και εκ πλαγίου παραβίασή της⁴⁶.

42. ΘΠΔΔ 2010, 820 επ. (822).

43. Ήδη η απόφαση παραπέμπει στην ΣτΕ 1042/2007 και στις ΣτΕ 2100/2006 (7μελούς) και 2796/2006 (7μελούς). Οι δύο τελευταίες αποφάσεις αφορούν το ερημιστή ότι για την εξειδίκευση της αόριστης έννοιας πρέπει να λαμβάνονται υπόψη όλα (αλλά μόνον αυτά) τα κατά νόμο απαραίτητα στοιχεία. Αυτό ελέγχεται βέβαια αναιρετικά (Έτσι και ΟΛΑΠ 13/2002).

44. Βλ. ΑΠ 1586/2002, 777/2003, 674/2004, 1194/2005, ΟΛΑΠ 11/2005, 122, 319, 164, 1670/2006, 163, 634/2007.

45. Αντίθετα, την θεωρία του πλαισίου (έλεγχος υπερβάσεως ορίων) φαίνεται να υιοθετούν εκτός από την μειοψηφία της ΣτΕ 1249/2010, οι ΣτΕ 3256/2006, 1915/2007, 2559/2007 (7μελούς), και βέβαια η μειοψηφία της ΟΛΑΠ 6/2009.

46. Διαφορετικά η μειοψηφία. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει το γεγονός ότι η μειοψηφία δεν ασχολείται με την αναλογικότητα μόνο ως αόριστη αξιολογική έννοια, η οποία πρέπει να πληρωθεί υπό την έκφραση του «ευλόγου», αλλά ιδίως ως μέθοδο σταθμίσεως συγκρουόμενων συνταγματικών αρχών. Ως μέθοδο ανευρέσεως του σημείου μέχρι του οποίου πρέπει να υποχωρήσουν αμφότερα οι συγκρουόμενες συνταγματικές αρχές. Από τη μία πλευρά βρίσκεται το (συνταγματικό) δικαίωμα εκφράσεως και από την άλλη το (επίσης συνταγματικά θεμιτούμενο) δικαίωμα προστασίας της προσωπικότητας.

Υποθετείται μάλιστα η σκεπτική θεωρία του πλαισίου και όχι η δογματική του ενός αναλογικό-τερου σημείου τομής. Έτσι, κατά την μειοψηφία της ΟΛΑΠ 6/2009 αν, κατά παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, το δικαστήριο επιδικάσει δυσανάλογα μεγάλο ή μικρό πόσο χρηματικής ικανοποίησης (τα

3. Η ΣτΕ 1249/2010 και η σειρά αναλόγων της αποφάσεων πάσχουν.

Τόσο η υπαγωγή πραγματικών περιστατικών στις έννοιες της «ηθικής βλάβης» ή «ψυχικής οδύνης», όσο και η υπαγωγή στις έννοιες του «ευλόγου» ή «αναλόγου» είναι υπαγωγή σε έννοιες νομικές⁴⁷. Ο νόμος χρησιμοποιεί την έννοια «εύλογη» αποζημίωση. Αρα το «εύλογο» είναι έννοια νομική. Όλα τα άλλα διαστρέφουν τις έννοιες.

Οι αποφάσεις δεν θέλουν να δεχθούν ότι η υπαγωγή σε περίπτωση αξιολογικών εννοιών γίνεται εν μέρει κατά διακριτική ευχέρεια που δεν μπορεί να ελέγχεται αναιρετικά, αφού συνιστά κρίση ουσίας. Δεν το λένε όμως, ακολουθώντας την μη πειστική κατασκευή που προαναφέρθηκε, γιατί για λόγους κύρους και πειθούς (εσφαλμένως νοουμένης) υπονοούν ότι το αναλογικό είναι ένα και η κρίση που οδηγεί σ' αυτό κρίση ουσίας, διενεργούμενη ολίγον σκοτεινά και με το αίσθημα του δικαίου. «Υπαγωγή» δηλαδή, γιατί κανείς δεν μπορεί να μην δεχθεί ότι πρόκειται περί υπαγωγής, αλλά εκ της φύσεώς της ανέλεγκτη.

Είτε έτσι, είτε αλλιώς ο λόγος για τον οποίο δεν γίνεται ο αναιρετικός έλεγχος δεν είναι πειστικός, έτσι τουλάχιστον διατυπωμένος! Η έκφραση «χωρίς υπαγωγή του πορίσματος σε νομική έννοια» είναι λάθος.

Το πόρισμα υπάγεται σε νομική έννοια.

4. Στην περίπτωση της πλειοψηφίας της ΟΛΑΠ 6/2009 τα λάθη είναι περισσότερα και σαφέστερα, επισημάνθηκαν δε εναργώς από τον Σταθόπουλο, ώστε κάθε περαιτέρω επισημάνση να περιττεύει. Το «ανάλογο» προκύπτει με διπλή θεμελίωση και από το Σύνταγμα

όρια Α και Β του πλαισίου της αναλογικότητας) παραβιάζει, με εσφαλμένη εφαρμογή, την ουσιαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 25 παρ.1 του Συντάγματος, λαμβανόμενη σε συνδυασμό με τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις των άρθρων 10 της ΕΣΔΑ, 59 και 932 ΑΚ.

Ο αναγνώστης ας προσέξει τις πολλαπλές χρήσεις της αναλογικότητας.

Το «αναλογικό» ποσό ανευρίσκεται με στάθμιση αρχών που διενεργείται με βάση την αρχή της αναλογικότητας! Γι' αυτό άλλωστε ονομάζεται «αναλογικό» ή «εύλογο», που κατά την εκτίμησή μου είναι το ίδιο πράγμα. Έτσι, η αναλογική στάθμιση οδηγεί και σε συγκεκριμενοποίηση της αόριστης αξιολογικής έννοιας του «ευλόγου».

47. Βλ. επ' αυτού Σταθόπουλο, ΝοΒ 2010, 843-845 (με περαιτέρω υποσημειώσεις).

(25 § 1 δ) και από το άρθρο 932 ΑΚ⁴⁸. Είτε οδηγούν, είτε δεν οδηγούν στα ίδια ακριβώς αποτελέσματα το 932 ΑΚ και το 25 § 1 (δ) Συντ. τόσο το «εύλογο» της πρώτης διατάξεως, όσο και το «ανάλογο» της δεύτερης, είναι έννοιες νομικές, η εφαρμογή των οποίων ελέγχεται αναιρετικά.

5. Με δύο λόγια αν κάποιος πιστεύει ότι το αναλογικό, το εύλογο και άρα το νόμιμο είναι ένα, αυτή η κρίση, ως κρίση νομιμότητας, θα υπόκειται και σε αναιρετικό έλεγχο. Πεδίο ανέλεγκτο αναιρετικά υπάρχει μόνο για τους σκεπτικιστές. Για όσους δηλαδή πιστεύουν, όπως ο Σταθόπουλος και η μειοψηφία της ΟΛΑΠ 6/2009 ότι ο δικαστής επιλέγει εντός πλαισίου, σύμφωνα με την περί δικαίου συνείδησή του⁴⁹ μια από τις πολλές νόμιμες λύσεις που ευρίσκονται εντός του. Το αναιρετικό δικαστήριο ελέγχει μόνο την υπέρβαση του πλαισίου και όχι την επιλογή εντός αυτού.

V. Σκέψεις σχετικά με τις δυνατότητες αναιρετικού ελέγχου της υπερβάσεως του πλαισίου.

A. Ανάγκη Προσδιορισμού και Αιτιολογίας.

1. Το αναιρετικό δικαστήριο ελέγχει – και σ' αυτό συμφωνούν όλοι – αν το δικαστήριο ουσίας συνεκτίμησε κατά τον σχηματισμό της κρίσεώς του όλα τα γεγονότα – στοιχεία και μόνον αυτά⁵⁰, τα οποία επιδρούν στην εξειδίκευση της άοριστης νομικής έννοιας. Στην προκειμένη περίπτωση στον προσδιορισμό του «ευλόγου» ποσού χρηματικής ικανοποίησης. Για τους δογματικούς ο αναιρετικός έλεγχος αρχίζει και σταματά εκεί!

48. Οπ.π., σελ. 839-840.

49. Πρβλ. το χωρίο Κ2 του Σταθόπουλου. «Με υποκειμενική αξιολόγηση και με βάση την περί δικαίου συνείδησή του» (841). Αυτό –ορθά–κατά τον Σταθόπουλο δεν είναι αυθαιρεσία. Αν η δημιουργία «πλαισίου» είναι αυθαιρεσία, τότε γιατί δεν είναι αυθαιρεσία η επιλογή του «αναλογικό-τερου» αναρωτιέται πειστικά ο Σταθόπουλος.

Βέβαια, ο κυνικός-σκεπτικιστής θα μπορούσε να ανταπαντήσει. Καλυμμένη αυθαιρεσία πίσω από όμορφες λέξεις είναι και τα δύο! Αυτά συνήθως κανείς τα σκέφτεται αλλά δεν τα γράφει.

50. Βλ. υποσ. 43 και ΟΛΑΠ 13/2002, ΣτΕ 2100/2006, 2796/2006 (7μελούς).

2. Για όσους δέχονται ευχέρεια εν πλαισίο ανααιρετικά ελεγκτή είναι η υπέρβαση των δύο τουλάχιστον ορίων του πλαισίου. Των Α και Β, όπως τα ονομάζει ο Σταθόπουλος στη μελέτη του.

Για να γίνει αυτό σωστά, εξέφρασα ήδη την άποψη, ότι το δικαστήριο ουσίας πρέπει να προσδιορίζει με την μέγιστη δυνατή αιτιολογία⁵¹ και με την μέγιστη δυνατή ακρίβεια τα όρια αυτά Α και Β στην μείζονα πρόταση⁵² και στο συμπέρασμα.

Αν δεν το κάνει, η κρίση ουσίας θα έπρεπε κανονικά να αναιρείται ως ανααιτιολόγητη⁵³.

Αλλά, ακόμα και αν δεν το δεχθεί κανείς αυτό, τουλάχιστον το ανααιρετικό δικαστήριο θα πρέπει εκείνο το πρώτον να προσδιορίσει αιτιολογημένα τα όρια αυτά Α και Β προκειμένου να οδηγηθεί – αιτιολογημένα! – στην κρίση ότι η απόφαση του δικαστηρίου ουσίας είναι εσφαλμένη. Δηλαδή ότι το ποσό Χ που προσδιόρισε το δικαστήριο ουσίας βρίσκεται εκτός του πλαισίου Α και Β.

3. Τόσο το δικαστήριο ουσίας όσο και το ανααιρετικό δικαστήριο πρέπει να προσδιορίζουν και να αιτιολογούν – κατά το δυνατόν⁵⁴ – τα όρια του πλαισίου Α και Β, για όλους τους λόγους που αναφέρθηκαν ανωτέρω υπό III, αλλά και επιπροσθέτως συνοπτικά για τους ακόλουθους:

- α) Διότι διαφορετικά όλα συντελούνται με ανααιτιολόγητη, υπονοούμενη «δίκαια» κρίση κατά την περί δικαίου συνείδηση! Πράγμα μη ανεκτό κατά τη γνώμη μου από την αρχή του κρά-

51. Νομίζω πως η καλύτερη δυνατή αιτιολογία είναι η μόνη απάντηση που μπορεί να δώσει κανείς στους απόλυτα κυνικούς-σκεπτικιστές. Αν και αυτοί πάλι θα απαντήσουν-φθάνοντας στα όρια την επιστήμη που θα θεραπεύουμε – ότι με τις ειδικές και πλήρεις αιτιολογίες επιχειρείται απλώς να καλυφθεί καλύτερα η αενάως κυριαρχούσα «αυθαιρεσία» και «επιβολή».

52. Στην ακολουθία της.

53. Πρόκειται κατά την εκτίμησή μου για αναβάθμιση κατά την απόδοση της δικαιοσύνης στους χώρους της εκτιμητικής ευχέρειας.

Άλλοι θα δουν σ' αυτό ουτοπική και απέλπιδα προσπάθεια που απλώς θα αυξάνει τα σφάλματα, εκθέτοντας τους δικαστές που προσπαθούν να αιτιολογήσουν τις υποκειμενικές αξιολογήσεις τους! Επ' αυτού προς απάντηση η υποσημείωση 38!

54. Αν κάποιος ισχυριστεί ότι αυτό δεν είναι δυνατόν, ομολογεί νομίζω ότι η απόφαση είναι αυθαίρετη. Ομολογεί ταυτόχρονα την ήττα της επιστήμης του δικαίου και την οριστική παράδοση στην κυνική βουλευσαρχία!

τους δικαίου⁵⁵, την υποχρέωση αιτιολογίας των δικαστικών αποφάσεων και εν τέλει το άρθρο 20 § 1 Συντ.

- β) Διότι διαφορετικά η δικαστική κρίση υπόκειται πλέον δικαιολογημένα στην μομφή του υποκειμενισμού και της αυθαιρεσίας.
- γ) Διότι τα όρια του πλαισίου διαγράφουν τα όρια της νομιμότητας. Δεν πρόκειται πια για χώρο ευχέρειας. Και το δικαστήριο (ουσίας ή αναιρετικό) πρέπει να προσδιορίζει τι θεωρεί νόμιμο και κατά συνέπεια επί τη βάση ποιού εξειδικευμένου κανόνα δικάζει. Ο κανόνας αυτός δεν μπορεί να υπονοείται ή να υφέρπει (πρβλ. το επιχείρημα υπό III 2δ).
- δ) Διότι εν τέλει, για να ελεγχθεί αναιρετικά η υπέρβαση του πλαισίου πρέπει το πλαίσιο να είναι γνωστό με ακρίβεια. Ούτε περίπου, ούτε θολά, ούτε υπονοούμενα γνωστό. Όλα τα άλλα παρακάμπτουν το – μείζον είναι η αλήθεια – πρόβλημα δίχως να το αντιμετωπίζουν!

B. Πώς θα προσδιοριστούν τα όρια του πλαισίου;

1. Ο γράφων πιστεύει – επί του παρόντος⁵⁶ – ότι ουδείς έχει καν επιχειρήσει σοβαρά να προσφέρει μια αντικειμενική μέθοδο προσδιορισμού των ορίων Α και Β του αναλογικού.

Όπως ακριβώς το εκάστοτε εύλογο Χ (μεταξύ των ορίων Α και Β) ανευρίσκεται κατά την προσφυή έκφραση του Σταθόπουλου με υ-

55. Η δικαστική κρίση στους χώρους ευχερείας και ειδικά κατά την θέση ορίων, νομιμοποιείται δια της διαδικασίας και δη δια της αιτιολογίας, αλλιώς δεν γίνεται αποδεκτή.

Legitimation durch Verfahren («Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας»), όπως έγραφε το 1966 στο ομότιτλο βιβλίο του ο Nikolas Luhmann.

Ακόμα και να μην υπήρχε πειστική αιτιολογία θα έπρεπε να ανακαλυφθεί!

56. Πάντα επί του παρόντος! Πρόκειται για μια αισιοδοξούσα εφεκτική στάση. Για μένα σκεπτικιστής είναι ο συνεχώς ερευνών και έτοιμος να αναθεωρήσει τις εκάστοτε πεποιθήσεις του, αφού πάντα υπάρχουν-προσωρινές έστω-πεποιθήσεις. Όχι αυτός που είναι βέβαιος για την αδυναμία να γνωρίσει. Ο βέβαιος για την αδυναμία γνώσεως αγνωστικιστής είναι απλώς δογματικός από την ανάποδη.

ποκειμενική αξιολόγηση και σύμφωνα με την περί δικαίου συνείδηση, έτσι ακριβώς προσδιορίζονται και τα όρια Α και Β⁵⁷.

Η κρίση και ο προσδιορισμός των ορίων γίνεται με κριτήρια υποκειμενικά, σύμφωνα με την επιείκεια (ad hoc)⁵⁸ και κατά δικαία κρίση!

2. Τούτο όμως δεν επιτρέπεται να αποκλείει, ούτε τον προσδιορισμό των ορίων από το δικαστήριο ουσίας, ούτε τον αναιρετικό έλεγχο υπερβάσεως του πλαισίου από τον ΑΠ ή το ΣτΕ, αφού αυτή η δικαία, υποκειμενική, επιευκής κρίση πρέπει να έχει τα ακόλουθα εχέγγυα:

α) Να αναφέρει όλους τους παράγοντες επί τη βάσει των οποίων διαμορφώθηκε.

β) Οι παράγοντες να είναι όλοι όσοι και μόνο όσοι ο νόμος και η νομολογία απαιτούν.

γ) Η κρίση που οδηγεί από τους παράγοντες στα δύο άκρα όρια Α και Β πρέπει να είναι αιτιολογημένη. Το μέτρο της ορθότητας – ευτυχώς ή δυστυχώς στα νομικά – δεν θα είναι το μέτρο της αντικειμενικότητας ή της – ακριβούς – υπολογισιμότητας, αλλά το μέτρο της ποιότητας της αιτιολογίας⁵⁹.

Ο συλλογισμός⁶⁰, παρόλο που θα παραμένει υποκειμενικός και με πολλά κρυφά και φανερά λήμματα και παραδοχές, θα πρέπει να ικανοποιεί την λογική και το περί δικαίου συναίσθημα του «μέσου ανθρώπου», όσο και αν για το τελευταίο αυτό πλάσμα μπορεί κανείς να σκεπτικίσει πολύ.

3. Η κρίση αυτή του προσδιορισμού των ορίων θα πρέπει να είναι ενδεχομένως περισσότερο αιτιολογημένη από την κρίση ευχερείας κατά την επιλογή του ποσού Χ, ως μίας εκ των νομίμων λύσεων. Αυτή είναι η διαφορά της κρίσεως νομιμότητας από την κρίση ουσίας. Χωρίς τούτο να σημαίνει ότι και η κρίση ουσίας δεν είναι καλό

57. Αν κανείς είχε και άλλα «εργαλεία» για να προσδιορίσει τα όρια Α και Β μην αμφιβάλλετε ότι θα τα χρησιμοποιούσε και για το επιλεγόμενο σημείο Χ! Απλά, δεν έχει!

58. Εξατομικευμένα! Αλλά και λαμβάνοντας υπόψη τη «φύση» του πράγματος και «τα διδάγματα της κοινής πείρας». Και ό,τι άλλο ανάλογο διαθέτει το σπλοστάσιο του ανθρώπινου λόγου.

59. Νομίζω σ' αυτήν την κατεύθυνση κινείται και η σκέψη του Robert Alexy.

60. Η αιτιολογία αυτή θα πρέπει να εμπεριέχει βέβαια κάτι περισσότερο από τη μείζονα πρόταση, διαφορετικά θα είναι απλή επίφαση!

να είναι αιτιολογημένη! Αλλωστε μια καλά αιτιολογημένη κρίση σχετικά με τα όρια της νομιμότητας συνιστά εμμέσως και αιτιολογία για τον προσδιορισμό της αναλογικής λύσεως εντός του πλαισίου⁶¹.

4. Αν το δικαστήριο ουσίας τηρήσει τις τρεις προϋποθέσεις προσδιορισμού και αιτιολογίας των ορίων του αναλογικού (υπό ΒΙΙΙ) ο αναιρετικός έλεγχος καθίσταται ευχερής.

Η απόφαση ουσίας μπορεί να πάσχει, επειδή:

- α) Δεν μνημόνευσε τους παράγοντες κρίσεώς της.
- β) Οι παράγοντες που μνημόνευσε και χρησιμοποίησε είναι λιγότεροι ή περισσότεροι απ' αυτούς που πρέπει.
- γ) Η αιτιολογία που στηρίζει τον προσδιορισμό των ορίων είναι ελλιπής, μη ειδική, μη λογική, παράνομη, ή εν γένει για κάποιο νόμιμο λόγο μη αποδεκτή.

5. Βέβαια, τον βαθιά σκεπτικιστή δύσκολα τον καθησυχάζεις! Με ή χωρίς αιτιολογίες και με ή χωρίς ακριβείς προσδιορισμούς ορίων του αναλογικού, με τον ένα ή τον άλλο τρόπο η υποκειμενική κρίση του δικαστή ουσίας απλώς τελικά αντικαθίσταται από την εξίσου υποκειμενική κρίση του αναιρετικού δικαστή ως προς τα όρια του αναλογικού και συνεπώς ως προς τα όρια της νομιμότητας⁶².

Με άλλα λόγια, όσο και να προσθέσει κανείς απαιτήσεις αιτιολογίας το «αναλογικό» και το «νόμιμο», είτε ένα, είτε πλαίσιο παραμένει σε κάποιο βαθμό υποκειμενικά⁶³.

Φοβούμαι πως σ' αυτή την σκεπτική - κριτική παρατήρηση λίγα μπορώ να αντιτείνω. Όσο και αν έχω παλέψει μέσα μου για το αντίθετο⁶⁴.

61. Επ' αυτού θα άξιζε να γραφτεί αυτοτελής μελέτη. Εντούτοις αμφιβάλλω αν ποτέ τα δικαστήρια θα αιτιολογήσουν τέτοιες κρίσεις για την δημιουργία του πλαισίου (αιτιολογία πλαισίου) και την επιλογή εντός αυτού (αιτιολογία επιλογής). Κάτι τέτοιο προϋποθέτει πραγματική αναβάθμιση του νομικού μας πολιτισμού. Πάντως η αιτιολογία πλαισίου και η αιτιολογία επιλογής αλληλεπιδρούν και θα μπορούσαν να συλληφθούν ενιαία.

Η λησμονημένη από τους σύγχρονους νομικούς θεωρία της αποφάσεως θα μπορούσε να βοηθήσει αρκετά.

62. Πρβλ. τις υποσημειώσεις 49 και 51.

63. Και για άλλους «πλήρως» υποκειμενικό!

6. Καμιά φορά απλώς, όσο περνούν τα χρόνια, προσπαθώ να δω το θέμα αυτό κι αλλιώς. Εντάσσοντας τα νομικά και το πρόβλημα της αντικειμενικότητας σ' αυτά, στο ευρύτερο πλαίσιο βεβαιότητας και αμφιβολίας που χαρακτηρίζει το σύνολο των επιστημών και την περιπέτεια των ιδεών στην ιστορία του πνεύματος.

Αυτές οι γενικότερες σκέψεις δεν μπορούν να παρουσιαστούν όμως εδώ⁶⁵.

VI. «Εύλογο» και «ανάλογο» στο άρθρο 932 ΑΚ και στο Σύνταγμα.

1. Όλες οι παραπάνω σκέψεις με οδηγούν στο συμπέρασμα ότι «ανάλογο» στο Σύνταγμα και «εύλογο» στο άρθρο 932 ΑΚ είναι το ίδιο πράγμα⁶⁶.

Ή με ακριβέστερη διατύπωση ότι το πλαίσιο του «εύλογου» είναι το ίδιο με το πλαίσιο του «αναλόγου», για τους ακόλουθους τουλάχιστον λόγους:

- α) Διότι στο συμπέρασμα αυτό οδηγεί πρώτη η γλώσσα: «εύλογο» σημαίνει (ήδη κατά το Ε' βιβλίο των Στοιχείων του Ευκλείδη) «ανάλογο».
- β) Διότι σε τελολογικό επίπεδο δεν βλέπω κανένα λόγο διαφοροποιήσεως⁶⁷.

64. Ο Καμύ στις παράλογες δημιουργίες θα μπορούσε να προσθέσει στον μύθο του Σισύφου και την παράλογη νομική δημιουργία. Ποθούμε (μέσα στην οίηση και στην ανωριμότητά μας) αντικειμενικότητα και εισπράττουμε αβεβαιότητα. Αρνηση των πραγμάτων να υποταχθούν στον πόθο μας. Παρ'όλα αυτά συνεχίζουμε να δημιουργούμε παράλογως αλλά αισιοδοξώντας. Πρέπει να φανταστούμε τον Σίσυφο ευτυχισμένο!

65. Μια γεύση παίρνει νομίζω ο αναγνώστης από τις υποσημειώσεις που προηγούνται. Πρβλ. τους πέντε τρόπους της εποχής στην υποσημείωση 37 καθώς και στις υποσημειώσεις 35 και 36.

66. Διαφορετικά η μειοψηφία της ΟΛΑΠ 6/2009 και ο Σταθόπουλος, οπ.π., σελ. 844. (Βλ. και την παραπομπή του υπ' αριθμ. 37 σε Σπυριδάκη και Καλαβρό, ΝοΒ 2009, 1049).

67. Νομίζω πως ούτε και οι συγγραφείς της υποσ. 66 παρουσιάζουν τέτοιο τελολογικό επιχείρημα. Το ότι έτσι καθίσταται περιττολογία να πούμε ότι η χρηματική ικανοποίηση πρέπει να είναι και εύλογη και ανάλογη, δεν νομίζω ότι αναφέρεται από τον Σταθόπουλο ως επιχείρημα.

Πρώτον, διότι θα ήταν λήψη του αιτουμένου και δεύτερον, διότι όπως ο ίδιος ορθά επισημαίνει ούτως ή άλλως και για άλλους σοβαρότερους λόγους η συ-

γ) Διότι η διαφοροποίηση αυξάνει επικίνδυνα την αβεβαιότητα και την ανασφάλεια δικαίου. Ενίοτε θα πρέπει να προσδιορίζονται και να αιτιολογούνται – με όλους τους κινδύνους και τους υποκειμενισμούς – **δύο πλαίσια και άρα τέσσερα σημεία**. Δύσκολο και αδικαιολόγητο μαζί.

δ) Διότι η συνταγματική διάταξη είναι ούτως ή άλλως κρίσιμη, ανεξάρτητα από το αν το «ανάλογο» του 25 Συντ. είναι το ίδιο με το «εύλογο» του 932 ΑΚ⁶⁸.

Και οι δύο διατάξεις εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση παράλληλα και θεμελιώνουν διπλά! Οι Αρεοπαγίτικες επιφυλάξεις είναι αδικαιολόγητες. Για να ξεφύγει από αυτές η μειοψηφία της ΟΛΑΠ 6/2009 έκανε λόγο για ευρύτερο «εύλογο» και στενότερο «αναλογικό»⁶⁹. Λάθος τρόπος κατά την εκτίμησή μου που αυξάνει τα προβλήματα αντί να τα μειώνει.

ε) Διότι είναι ασαφή τα κριτήρια με τα οποία θα διακριθεί το ευρύτερο «εύλογο» από το στενότερο «ανάλογο». Και ασαφές επίσης αν τα κριτήρια αυτά διαφοροποιήσεως επιδοκιμάζονται από την έννομη τάξη μας και από το Σύνταγμα.

Αν κατανοώ ορθά τα πράγματα, αν το εύλογο που ζητάει το άρθρο 932 ΑΚ μπορεί και να μην είναι **ανάλογο** (αφού κάτι ανάλογο είναι πάντα κάτι εύλογο, αλλά κάτι εύλογο όχι πάντα κάτι ανάλογο), τότε το άρθρο αυτό του Αστικού Κώδικα καθιστά νόμιμες και κρίσεις εκτός του πλαισίου της αρχής της αναλογικότητας αλλά εντός του ευρύτερου πλαισίου του ευλόγου. Αυτό μου φαίνεται επικίνδυνο και ανασφαλές αν όχι αντισυνταγματικό.

νταγματική διάταξη δεν είναι διόλου περιττή. (Βλ. την επιχειρηματολογία του επί αυτού στην σελίδα 834).

68. Πρβλ. Σταθόπουλο, οπ.π., σελ. 834.

69. Για την ακρίβεια η Αρεοπαγίτικη έκφραση έχει ως εξής:

«Η έννοια της αναγκαιότητας και συνεπώς της αναλογικότητας είναι **αυστηρότερη** και από την έννοια «του ευλόγου», που σε ορισμένες περιπτώσεις χρησιμοποιεί ο νόμος...».

Ο Σταθόπουλος μετατρέπει το «αυστηρότερη» σε «στενότερη» με την ακόλουθη διατύπωση:

«Συγκρίνοντας τις δύο αόριστες νομικές έννοιες «εύλογο» και «ανάλογο» (σημειώνω με την αρχή της αναλογικότητας), θα πρέπει **μάλλον** να διαπιστώσουμε ότι το εύλογο είναι ευρύτερη έννοια». (υπογράμμιση δική μου).

Σε τι ακριβώς έγκειται η διαφορά των δύο εννοιών δεν διευκρινίζεται.

στ) Διότι η έκφραση της μειοψηφίας της ΟΛΑΠ 6/2009 «η έννοια της αναλογικότητας είναι αυστηρότερη από την έννοια του ευλόγου, που σε ορισμένες περιπτώσεις χρησιμοποιεί ο νόμος, αφήνοντας την εξειδίκευση της στη συγκεκριμένη περίπτωση στη διακριτική εξουσία του δικαστηρίου», μου είναι μη κατανοητή για τους ακόλουθους ιδίως λόγους:

- ι) Διότι δεν καταλαβαίνω ακριβώς τι σημαίνει «αυστηρή» ή «αυστηρότερη» έννοια. Ίσως να σημαίνει στενότερη. Έτσι κατανοεί τη διάκριση ο Σταθόπουλος.
- ιι) Διότι δεν βλέπω κριτήρια στην έννομη τάξη που να με πείθουν γι' αυτό. Και ιδίως για το πόσο «αυστηρότερη» ή «στενότερη» είναι η μία έννοια από την άλλη.
- ιιι) Διότι η αύξηση της αβεβαιότητας και του υποκειμενισμού κατά την κατανόηση των εννοιών αυτών⁷⁰, καθώς και του ποσοστού «ευρύτητας» ή «αυστηρότητας» της καθемίας μου φαίνεται δίχως νομοθετική παρέμβαση, μη ανεκτή από την έννομη τάξη μας.

2. Σκέψη γενικότερη. Εν αμφιβολία κατά της δημιουργίας νέων εννοιών ευρύτερων ή στενότερων από το αναλογικό⁷¹! Το τελευταίο αρκεί. Είναι αρκούντως εύκαμπτο για να προσαρμόζεται στα εκάστοτε δεδομένα.

Ο σταυρός του εφαρμοστή του δικαίου είναι ότι το ανάλογο δεν προσδιορίζεται ούτε ως σημείο, ούτε ως πλαίσιο μονοσήμαντα και αντικειμενικά. Ήδη η αβεβαιότητα είναι αρκετή. Δημιουργία περαιτέρω «αναλογικών» με άλλα ονόματα σε άλλα πλαίσια («εύλογο», «προσήκον», «πρόσφορο», «δικαιολογημένο») αυξάνουν αδικαιολό-

70. Ελλείποντος σχετικού νομοθετικού, νομολογιακού ή επιστημονικού ορισμού ο καθένας δικαιούται να καταλαβαίνει ό,τι θέλει και ό,τι τελικά τον συμφέρει.

71. Δοκιμασμένο και γλωσσικά και ουσιαστικά και με Αριστοτέλεια και Ευκλείδεια παράδοση. Πάντοτε ως εύλογο θεωρούνταν το αναλογικό! Αναλογία σημαίνει στα μαθηματικά *ισότητα λόγων*! Να ένα καλό σημείο εκκινήσεως και για τις αιτιολογίες των δικαστικών αποφάσεων. Αν παρατίθεται με σαφήνεια τι συγκρίνεται (ποιοι λόγοι) και γιατί οι συγκρινόμενοι λόγοι πρέπει να θεωρηθούν ίσοι (=ανάλογοι), είμαι βέβαιος ότι η αιτιολογία θα είναι αρκούντως επαρκής.

Είναι κακό το ότι οι νομικοί συνήθως δεν έχουν επαρκή μαθηματική παιδεία. Η ανάγνωση του Ε' Βιβλίου των Στοιχείων (σε συνδυασμό με το Α') είναι μια καλή αρχή.

γητα την αβεβαιότητα, τον υποκειμενισμό και την – ήδη υπάρχουσα εγγενώς – ανασφάλεια δικαίου.

VII. Έλεγχος νομιμότητας και έλεγχος ουσίας στη διοικητική δίκη.

A. Επί της διακρίσεως.

1. Στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο έχουμε μια πρόσθετη κρίση ουσίας: αυτή της διοικήσεως που ελέγχεται είτε από τον δικαστή ουσίας είτε από τον ακυρωτικό δικαστή.

Οι σκέψεις που προηγήθηκαν και ιδίως οι εναργείς παρατηρήσεις του Σταθόπουλου σε σχέση με το αναλογικό και την εξειδίκευση αόριστων εννοιών ως πλαίσιο (νομίμων) λύσεων δίδουν την ευκαιρία να ξεκαθαριστεί από μια απρόσμενη οπτική γωνία μια θεμελιώδης δύσκολη διάκριση του διοικητικού δικονομικού δικαίου. Η διάκριση μεταξύ **ελέγχου ουσίας** και **ελέγχου ακυρωτικού**⁷². Μια διάκριση που ενδεχομένως στο μέλλον θα μπορούσε να οδηγήσει και στην ανεύρεση ουσιαστικού κριτηρίου διακρίσεως διαφορών ουσίας και διαφορών ακυρώσεως⁷³. Κριτήριο που ακόμη αναζητείται.

2. Η Διοίκηση, όταν ασκεί διακριτική ευχέρεια ή εξειδικεύει αόριστη αξιολογική νομική έννοια, αποφασίζει νομίμως όταν επιλέγει λύση εντός του πλαισίου των νομίμων λύσεων. Ητοι εντός των ορίων που θέτουν τα σημεία Α και Β.

Ο ακυρωτικός δικαστής ως δικαστής νομιμότητας δεν μπορεί να ελέγξει την κρίση αυτή εντός του πλαισίου. Γιατί είναι κρίση που ανήκει στην εκτιμητική, διακριτική ευχέρεια της διοικήσεως. Ελέγ-

72. Δεν εννοώ μόνο το πώς διακρίνονται –δίχως νομοθετική παρέμβαση– οι διαφορές ουσίας από τις διαφορές ακυρώσεως. Αυτό αμφιβάλλω αν πότε θα καταστεί δυνατόν.

Εννοώ τί περισσότερο κάνει ο δικαστής ουσίας από τον δικαστή κυρώσεως, όταν ήδη μια διαφορά έχει χαρακτηριστεί νομοθετικά ως ουσίας.

Διαυγή απάντηση επ' αυτού δεν θα βρείτε σε κανένα σύγγραμμα! Το συνήθως λεγόμενο ότι ελέγχεται «βαθύτερα» η ουσία της υποθέσεως και οι παραλλαγές του, απλώς συσκοτίζουν ή μεταθέτουν το πρόβλημα. Πέρα από την «πλάνη περί τα πράγματα» που ελέγχουν και οι δύο δικαστές, τι ιδιαίτερο κάνει ο δικαστής ουσίας;

Απλό το ερώτημα δυσχερέστατη η απάντηση.

73. Πρβλ. όμως την προηγούμενη υποσημείωση.

χει μόνο την υπέρβαση των άκρων ορίων ή την κακή χρήση της ευχέρειας αυτής που συνήθως οφείλεται στην παράβαση των ορίων της αναλογικότητας.

Ο ακυρωτικός δικαστής ελέγχει δηλαδή την κρίση ουσίας της διοικήσεως όπως περίπου ο αναιρετικός δικαστής την κρίση ουσίας του δικαστηρίου ουσίας. **Μόνο για υπέρβαση του πλαισίου και όχι εντός του πλαισίου!**

Η συνήθης διατύπωση του ΣτΕ είναι ότι η τάδε κρίση, που συχνά ταυτίζεται με εξειδίκευση αόριστων νομικών εννοιών, ανήκει στην εκτιμητική εξουσία της Διοικήσεως, ή είναι «τεχνική κρίση⁷⁴» και γι' αυτό δεν ελέγχεται ακυρωτικά. Αυτά είναι τα όρια του ακυρωτικού ελέγχου, ή ελέγχου νομιμότητας. Ερωτάται: Τι περισσότερο μπορεί να κάνει ο δικαστής ουσίας του τακτικού διοικητικού δικαστηρίου (τδδ) όταν ελέγχει κρίση ουσίας της Διοικήσεως; **Ελέγχει, όπως ο ακυρωτικός δικαστής μόνο την τυχόν υπέρβαση του πλαισίου ή και την εντός πλαισίου κρίση δικαιούμενος να κάνει ο ίδιος μια διαφορετική⁷⁵;**

3. Νομίζω πως η ορθή απάντηση είναι ότι ο διοικητικός δικαστής ουσίας μπορεί να ελέγξει και υποκαταστήσει την κρίση της διοικήσεως και εντός του πλαισίου, εκφέροντας ως διοίκηση δευτέρου βαθμού μια νέα διαφορετική κρίση ουσίας και επιλέγοντας μια άλλη νόμιμη λύση. Και τούτο για τους ακόλουθους ιδίως λόγους:

- α) Διότι διαφορετικά έλεγχος νομιμότητας και έλεγχος ουσίας ταυτίζονται απόλυτα.
- β) Διότι αν συμβαίνει το υπό (α) η διάκριση των άρθρων 94 και 95 Συντ. καθώς και των κλάδων εντός της διοικητικής δικαιοσύνης είναι ανατιολόγητη.

74. Συνήθως ως «τεχνικές» κρίσεις βαφτίζονται οι εξειδικεύσεις αόριστων αξιολογικών εννοιών που ο ακυρωτικός δικαστής δεν θέλει να κάνει. Χωρίς βέβαια να είναι πάντα συνεπής σ' αυτό. Όταν επιθυμεί ελέγχει και ξεχνάει το πρόβλημα. Όταν πάλι δεν επιθυμεί ανασύρει την έννοια της «τεχνικής» κρίσεως. Με την εννοιολογική προσέγγιση που γίνεται στην μελέτη αυτή ένας δικαστής ουσίας απαγορεύεται να κάνει λόγο για ανέλεγκτη τεχνική κρίση της διοικήσεως. Και πράγματι πολύ σπάνια θα βρει κανείς τέτοια σκέψη σε απόφαση που δικάζει διαφορά ουσίας.

75. Το ερώτημα ουδέποτε έχει τεθεί με σαφήνεια καθόσον γνωρίζω κατ' αυτόν τον τρόπο.

- γ) Διότι διαφορετικά όλο το διοικητικό δικονομικό σύστημα που βασίζεται στην διάκριση ακυρωτικού ελέγχου και ελέγχου ουσίας βασίζεται σε μια ουτοπία ή ένα ψέμα.
- δ) Διότι ο δικαστής ουσίας πρέπει συνταγματικά, δογματικά και εννοιολογικά να μπορεί να κάνει κάτι περισσότερο από τον ακυρωτικό δικαστή και αυτό να είναι σαφώς προσδιορισίμο.
- ε) Διότι έτσι, δικαιολογείται πειστικά το γιατί ο δικαστής ουσίας, σύμφωνα με ρητές νομοθετικές προβλέψεις μπορεί, όχι μόνο να ακυρώνει αλλά και να τροποποιεί κρίσεις ουσίας. Τροποποιώ μια διοικητική εκτιμητική κρίση ουσίας μπορεί κάλλιστα να σημαίνει ότι παρόλο που την βρίσκω νόμιμη επιλέγω μια άλλη εξίσου νόμιμη που όμως θεωρώ ορθότερη ή σκοπιμότερη. Και τούτο επειδή η έννομη τάξη εξοπλίζει τον διοικητικό δικαστή ουσίας με την εξουσία να ελέγξει όχι μόνο την νομιμότητα, αλλά και την ουσιαστική ορθότητα της διοικητικής κρίσεως εντός του νόμιμου πλαισίου, ενεργώντας ως διοίκηση δευτέρου βαθμού, αφού η διοίκηση έχει προβεί κατά την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών σε μια πρώτη κρίση⁷⁶.

4. Ενόψει των ανωτέρω, τόσο η διοίκηση όσο και ο διοικητικός δικαστής ουσίας, θα πρέπει να προσδιορίζουν και αιτιολογούν όχι μόνο τα άκρα όρια του αναλογικού πλαισίου (ευρύτερη αιτιολογία – πλαίσιο) αλλά και την ειδική επιλογή τους εντός του πλαισίου αυτού (ειδική αιτιολογία της επιλογής μιας εκ των περισσότερων νομίμων λύσεων).

Η διοίκηση, προκειμένου να διευκολύνει τον δικαστικό έλεγχο ουσίας και στη συνέχεια τον αναιρετικό έλεγχο και ο δικαστής ουσίας προκειμένου να διευκολύνει τον έλεγχο του ανώτερου δικαστή ουσίας και στη συνέχεια τον αναιρετικό έλεγχο.

Το ότι η αιτιολογία – πλαίσιο πρέπει να είναι ενδεχομένως πληρέστερη της ειδικής, κατά τα ανωτέρω αναπτυχθέντα, δεν μεταβάλλει την βασική απαίτηση.

Οτι τόσο η διοικητική, όσο και η δικαστική κρίση ουσίας περί του «αναλόγου» πρέπει να είναι γενικά και ειδικά αιτιολογημένες, τόσο

76. Γι'αυτό επί παραλείψεως οφειλόμενης ενέργειας το δικαστήριο στέλνει ξανά την υπόθεση στην διοίκηση για να κάνει εκείνη την πρώτη κρίση. Γενικά το τδδ αναπέμπει, όταν η πρώτη κρίση έχει παραλειφθεί από τη διοίκηση.

ως προς τα όρια του πλαισίου, όσο και ως προς την ειδική κατ' ευχέρεια επιλογή εντός αυτού⁷⁷.

B. Προς μια διάκριση διαφορών ουσίας και διαφορών ακυρώσεως.

1. Ως γνωστόν ουσιαστικό – λειτουργικό κριτήριο διακρίσεως διαφορών ουσίας και ακυρώσεως δεν έχει βρεθεί ως σήμερα. Επικρατεί ένα κριτήριο τυπικό. Διαφορά ουσίας είναι αυτή και μόνο αυτή που ο νόμος θα χαρακτηρίσει ως τέτοια.

Στο πλαίσιο του τυπικού αυτού κριτηρίου, που για λόγους ασφάλειας δικαίου δύσκολα θα αντικατασταθεί από κάτι άλλο, μια σωστή νομοθετική πολιτική θα ήταν αυτή που θα χαρακτήριζε ως διαφορές ουσίας κυρίως αυτές που απαιτούν την ερμηνεία και εφαρμογή κανόνων δικαίου, οι οποίοι εμπεριέχουν στο πραγματικό τους αόριστες αξιολογικές έννοιες⁷⁸.

Όσο περισσότερες οι αόριστες έννοιες στον εφαρμοζόμενο κανόνα δικαίου, τόσο μεγαλύτερη η ανάγκη για χαρακτηρισμό της διοικητικής διαφοράς ως ουσίας. Έτσι αυξάνεται και η δικαστική προστασία του πολίτη και ερμηνεύεται αποτελεσματικά (με εξάντληση της κανονιστικής του εμβέλειας) το άρθρο 20 § 1 Συντ. Εκεί όπου ο ακυρωτικός δικαστής νομιμότητας βλέπει ανέλεγκτη τεχνική κρίση ο δικαστής ουσίας ελέγχει και επαναξιολογεί εντός του πλαισίου, σαν διοίκηση δευτέρου βαθμού.

2. Άλλωστε, υπό μια άλλη ενδιαφέρουσα οπτική γωνία αυτή η επανειλημμένη αξιολόγηση, πρώτα από τη διοίκηση (ίσως και δύο φορές μετά από διοικητική προσφυγή) και μετά από τδδ (ίσως και δύο τουλάχιστον φορές αν ασκηθεί οποιοδήποτε ένδικο μέσο πλην της αναιρέσεως), προκειμένου να εξειδικευθεί και εφαρμοστεί **αόριστη αξιολογική νομική έννοια** έχει πλεονεκτήματα.

Αφού αντικειμενικά ορθή ή ορθότερη λύση δεν υπάρχει οι διαδοχικές αυτές προσεγγίσεις του εκάστοτε αναλογικού, εύλογου ή προσήκοντος εγγυώνται αυξημένα εξατομικευμένα, **επιεική και τελικά ευκολότερα αποδεκτή** κρίση μεταξύ των περισσότερων δυνατών εντός του πλαισίου.

3. Κανόνες άκρως κατάλληλοι προς δημιουργία διαφορών ουσίας είναι κατά τα ανωτέρω όσοι επιβάλλουν πρόστιμα (τα οποία πάντα

77. Πρβλ. τις υποσημειώσεις 49-54.

78. Σε αντίθετη –λαθεμένη– κατεύθυνση η ΣτΕ 1122/1998.

είναι «αναλογικά» ή «εύλογα») και εν γένει κυρώσεις που απαιτούν επιμέτρηση⁷⁹. Κι αυτό γιατί ο δικαστής ουσίας μπορεί κατ' επιείκειαν (ήτοι άκρως εξατομικευμένα) όχι μόνο να ελέγξει την υπέρβαση του πλαισίου αλλά και να αναπροσαρμόσει εντός αυτού.

Το αυτό ισχύει και για κανόνες, αρχές ή πεδία του δικαίου που είναι άκρως πρόσφορα για σταθμίσεις, αφού και εδώ το σημείο ή πλαίσιο τομής προσδιορίζεται με βάση την αρχή της αναλογικότητας.

4. Έτσι η υποχρέωση μνείας και χρήσεως όλων των παραγόντων κρίσεως και μόνον αυτών, η υποχρέωση προσδιορισμού των άκρων ορίων κρίσεως (Α και Β) και του ad hoc επιλεγμένου (Χ) με αντίστοιχη αιτιολογία και η δυνατότητα διαδοχικής επαναξιολογήσεως εντός του πλαισίου του αναλογικού από διοίκηση και δικαστήρια ουσίας προσφέρουν ίσως ένα κάποιο **αντίβαρο** στον υποκειμενισμό της (δικαίας) δικαστικής κρίσεως και **μια παρηγοριά στους δογματικούς** και στον δογματισμό που σε κάποιο βαθμό έχει κάθε νομικός, προκειμένου να ασκήσει επιστήμη⁸⁰ ακόμα και αν έχει επιλέξει την σκεπτική σκοπιά θεάσεως των πραγμάτων. Αντικειμενικότητα ή βεβαιότητα πέραν του ορίου αυτού ίσως θα πρέπει να αναζητήσει κανείς σε άλλα πεδία του πνεύματος. Κι εκεί με μικρές πιθανότητες επιτυχίας.

VIII. Συμπεράσματα.

Συνοψίζω τις βασικές θέσεις της μελέτης προς επιστημονικό διάλογο και ανασκευή.

1. Εφόσον κανείς δεχθεί ότι το «αναλογικό» δεν είναι ένα, αλλά πλαίσιο νομίμων λύσεων μεταξύ ακραίων ορίων Α και Β, θα πρέπει επίσης να δεχθεί ότι τα οριακά αυτά σημεία Α και Β πρέπει να είναι γνωστά στον εφαρμοστή του δικαίου.

2. Η εκάστοτε επιλεγόμενη αναλογική λύση Χ εντός των ορίων Α και Β ανευρίσκεται με βάση υποκειμενική αξιολόγηση και την πε-

79. Προς την ορθή αυτή κατεύθυνση έχει ήδη κινηθεί ο Έλληνας νομοθέτης. Πρβλ. άρθρο 1 παρ.5 ν. 1406/83.

80. Κατά μια πετυχημένη ρήση του Otto Bachof η νομική επιστήμη ή είναι δογματική ή δεν είναι τίποτα! Αυτό είναι σωστό, αρκεί και να κατανοηθεί σωστά. Συνεχής προσπάθεια ταξινομήσεως, αλλά και με τον σκεπτικισμό σε συνεχή εγρήγορση.

ρί δικαίου συνείδηση. Με τον ίδιο ακριβώς τρόπο ανευρίσκονται και τα όρια του αναλογικού και της νομιμότητας Α και Β.

Όσος υποκειμενισμός υπάρχει κατά τον προσδιορισμό του ad hoc αναλογικού «Χ», τόσος υποκειμενισμός υπάρχει και κατά τον προσδιορισμό των ακραίων ορίων του αναλογικού Α και Β.

3. Ο εφαρμοστής του δικαίου πρέπει να καθορίζει αιτιολογημένα τα άκρα όρια του πλαισίου του αναλογικού, τόσο στην ακολουθία της μείζονος προτάσεως όσο και στο συμπέρασμα. Εφόσον γίνεται δεκτή η υπό 1 θέση ο δικαστής δεν αρκεί να «υπονοεί», αλλά θα πρέπει να δηλώνει αιτιολογημένα (αιτιολογία - πλαίσιο), ποιά είναι τα όρια του αναλογικού και τη νομιμότητας.

4. Αιτιολογία απαιτείται και για τον προσδιορισμό της ad hoc επιλεγόμενης αναλογικής νόμιμης λύσεως Χ, εντός του πλαισίου Α και Β (ειδική αιτιολογία).

Ο συνδυασμός της γενικής και της ειδικής αιτιολογίας για το πλαίσιο του αναλογικού και την ad hoc επιλεγόμενη λύση διευκολύνουν τον δικαστικό έλεγχο (ουσίας, ακυρωτικό και αναιρετικό), και αυξάνουν την ασφάλεια του δικαίου και την δυνατότητα αποδοχής των δικαστικών αποφάσεων από τους πολίτες στο πλαίσιο του κράτους δικαίου.

5. Ακυρωτικά (στο πλαίσιο διοικητικής δίκης) και αναιρετικά (στο πλαίσιο πολιτικής ή διοικητικής δίκης) ελέγχεται μόνο η υπέρβαση του πλαισίου και όχι η κατά διακριτική ευχέρεια επιλογή εντός αυτού.

Όσο πληρέστερη η υπό 3 αιτιολογία - πλαίσιο, τόσο ευχερέστερος ο ακυρωτικός και ο αναιρετικός δικαστικός έλεγχος.

6. Ο διοικητικός δικαστής ουσίας ως διοίκηση δευτέρου βαθμού μπορεί όχι μόνο να ελέγξει την υπέρβαση του πλαισίου του αναλογικού, αλλά και να επαναξιολογήσει εντός του πλαισίου, αντικαθιστώντας την (νόμιμη) διοικητική κρίση με άλλη που κατά την κρίση του ανταποκρίνεται πληρέστερα στην αρχή της αναλογικότητας.

Αυτό είναι το κρίσιμο κριτήριο διακρίσεως δικαστικού ελέγχου ουσίας και ακυρώσεως.

7. Όσο πληρέστερη η υπό 4 ad hoc αιτιολογία, τόσο ευχερέστερος ο δικαστικός έλεγχος του διοικητικού δικαστή ουσίας.

8. Το πλαίσιο του «αναλόγου» στο άρθρο 25 § 1 (γ) Συντ. είναι το ίδιο ακριβώς με το πλαίσιο του «ευλόγου» στο άρθρο 932 ΑΚ. Κάθε διαφοροποίηση αυξάνει επικίνδυνα την αβεβαιότητα και την ανα-

οφιλία δικαίου και δεν έχει στήριγμα στο θετικό δίκαιο. Αντιθέτως, είναι συνταγματικά προβληματική.

9. Εν αμφιβολία κατά της δημιουργίας νέων εννοιών «ευρύτερων» ή «στενότερων», «αυστηρότερων» ή «επιεικέστερων» από το αναλογικό.

10. Όσο περισσότερες οι αόριστες αξιολογικές νομικές έννοιες στον εφαρμοζόμενο κανόνα δικαίου, τόσο μεγαλύτερη η ανάγκη για τον χαρακτηρισμό της διοικητικής διαφοράς που αφορά την ερμηνεία και εφαρμογή του κανόνα αυτού ως ουσίας.

11. Μέθοδος αντικειμενικά αποδεκτή προς ακριβή προσδιορισμό και ορίων του αναλογικού πλαισίου δεν υπάρχει (βλ. θέση 2).

Κάποιο όριο στον αναπόφευκτο υποκειμενισμό κάθε προσδιορισμού των ορίων του αναλογικού (Α και Β) και συνεπώς της νομιμότητας, μπορεί να θέσει απαίτηση για **σωρευτική συνδρομή** των ακόλουθων προϋποθέσεων κατά τον σχηματισμό της δικαστικής κρίσεως:

- α) Ακριβής δικαστικός προσδιορισμός και χρήση όλων των νομίμων παραγόντων κρίσεως και μόνον αυτών.
- β) Προσδιορισμός και αιτιολογία των άκρων ορίων του πλαισίου του αναλογικού (Α και Β) καθώς και της εκάστοτε *ad hoc* επιλεγόμενης νόμιμης λύσεως Χ εντός του πλαισίου.
- γ) Δυνατότητα ακυρωτικού και αναιρετικού ελέγχου της υπερβάσεως του πλαισίου (ήτοι υπερβάσεως των ορίων Α και Β).
- δ) Δυνατότητα διαδοχικής αξιολογήσεως εντός του πλαισίου του αναλογικού από διοίκηση και δικαστήρια ουσίας, εφόσον η εξειδίκευση αόριστης αξιολογικής έννοιας γίνεται το πρώτον από τη διοίκηση και δημιουργείται διοικητική διαφορά ουσίας.

12. Ακόμα και αν πληρούνταν οι υπό II προϋποθέσεις το «αναλογικό», είτε ένα, είτε πλαίσιο, παραμένει σε κάποιο βαθμό υποκειμενικό. Η υποκειμενική κρίση του ενός εφαρμοστή του δικαίου (διοικητικός, δικαστή ουσίας) τελικά αντικαθίσταται μετά από άσκηση ενδίκου βοηθήματος ή μέσου από την εξίσου υποκειμενική κρίση ενός άλλου εφαρμοστή του δικαίου (λ.χ. αναιρετικού ή ακυρωτικού δικαστή) που του δόθηκε η εξουσία να ελέγξει τον προηγούμενο και να επαναξιολογήσει.

13. Οι προϋποθέσεις της θέσεως II δεν μπορούν να μετατρέψουν το υποκειμενικό σε αντικειμενικό ή την αμφιβολία σε βεβαιότητα. Μετατρέπουν απλώς ένα πεδίο «δυνάμει αυθαιρεσίας» σε πεδίο αι-

τιολογημένης, εξατομικευμένης «δικαίας» κρίσεως, όπου η υποκειμενική, περί δικαίου συνείδηση του εφαρμοστή του δικαίου δεν μένει εσωτερική διάθεση, αλλά βρίσκει έκφραση και καθίσταται ελέγξιμη, κατά τις επιταγές του κράτους δικαίου. Στόχος η κατά το δυνατόν αύξηση της ασφάλειας του δικαίου και της δυνατότητας αποδοχής των δικαστικών αποφάσεων.

Επίδαυρος, Πάσχα του 2011