

Η προσφυγή τρίτων κατά διοικητικής σύμβασης και το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας

Conseil d' État (Ολομέλεια)

Απόφαση υπ' αριθ. 291545 της 16ης Ιουλίου 2007

Société Tropic Travaux Signalisation

Πρόεδρος: J.-M. Sauvé

Νομικές Διατάξεις: Άρθρο L.521-1 Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης

Διοικητικές συμβάσεις - Δικαστική προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών που αποκλείστηκαν από τη διαδικασία κατάρτισης μιας διοικητικής σύμβασης - Προσφυγή ουσίας για την αμφισβήτηση του κύρους της σύμβασης - Προϋποθέσεις του παραδεκτού της προσφυγής - Εξουσίες του δικαστή της σύμβασης - Προσωρινή δικαστική προστασία - Ρύθμιση των διαχρονικών συνεπειών της νομολογιακής μεταστροφής

[...]

Επειδή, ανεξάρτητα από τα ένδικα βοηθήματα που διαθέτουν τα συμβαλλόμενα μέρη ενώπιον του δικαστή της σύμβασης, κάθε ανταγωνιστής που αποκλείστηκε από τη διαδικασία κατάρτισης μιας διοικητικής σύμβασης μπορεί παραδεκτώς να ασκήσει ενώπιον του ίδιου δικαστή προσφυγή ουσίας για την αμφισβήτηση του κύρους της σύμβασης αυτής ή ορισμένων από τους όρους της, οι οποίοι είναι αυτοτελείς, η δε προσφυγή αυτή μπορεί, εν ανάγκη, να συνοδευτεί από αιτήματα αποζημίωσης. Αυτή η προσφυγή πρέπει να ασκηθεί, ακόμη και στην περίπτωση στην οποία η προσβαλλόμενη σύμβαση αφορά σε δημόσια έργα, εντός προθεσμίας δύο μηνών από την ολοκλήρωση των προσποκόντων μέτρων δημοσίευσης και, ιδίως, από μια ανακοίνωση που, δίχως προσβολή των απορρήτων που προστατεύονται από τον νόμο, μνημονεύει τόσο τη σύναψη της σύμβασης όσο και τις

διαδικασίες διαβούλευσής της. Αντιθέτως, μετά τη σύναψη της σύμβασης και εφόσον έχει στη διάθεσή του την ως άνω ορισθείσα προσφυγή, ο ανταγωνιστής που αποκλείστηκε δεν μπορεί πλέον να ασκήσει παραδεκτώς αίτηση ακυρώσεως κατά των αποσπαστών προσυμβατικών πράξεων.

Επειδή, όταν ο αποκλεισμένος ανταγωνιστής ασκήσει την ως άνω προσφυγή ενώπιον του δικαστή, στον τελευταίο ανήκει η αρμοδιότητα να εκτιμήσει τις συνέπειες της εκ μέρους του διαπίστωσης ότι συντρέχουν πλημμέλειες που θίγουν το κύρος της σύμβασης. Στον ίδιο δικαστή ανήκει η αρμοδιότητα, αφού λάβει υπόψη τη φύση της ενδεχόμενης παρανομίας, είτε να διατάξει τη λύση της σύμβασης ή την τροποποίηση ορισμένων όρων της, είτε να αποφασίσει τη συνέχιση της εκτέλεσής της, ενδεχομένως με την επιφύλαξη της λήψης μέτρων θεραπείας της από τον συμβαλλόμενο διοικητικό οργανισμό, είτε να καταψηφίσει αποζημιώσεις για την αποκατάσταση των δικαιωμάτων που εθίγησαν, είτε τέλος, αφού εξακριβώσει ότι η ακύρωση της σύμβασης δεν θα προσέβαλλε υπέρμετρα το γενικό συμφέρον ή τα δικαιώματα των συμβαλλομένων, να την ακυρώσει, ολικώς ή μερικώς, προσδιορίζοντας εν ανάγκη και τον χρόνο επέλευσης του ακυρωτικού αποτελέσματος. Εξάλλου, μια προσφυγή που βάλλει κατά του κύρους μιας σύμβασης μπορεί να συνοδεύεται από αίτηση αναστολής της εκτελέσεώς της, επί τη βάση των διατάξεων του άρθρου L.521-1 του Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης.

Επειδή στον δικαστή ανήκει καταρχήν η αρμοδιότητα να εφαρμόσει τους ως άνω ορισθέντες κανόνες, οι οποίοι, λαμβανόμενοι στο σύνολό τους, δεν επιφέρουν περιορισμό του θεμελιώδους δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Ωστόσο, ενόψει της ασφάλειας δικαίου που επιτάσσει να μην διαταραχθούν υπέρμετρα οι εξελισσόμενες συμβατικές σχέσεις και με την επιφύλαξη των ενδίκων βοηθημάτων που έχουν το ίδιο αντικείμενο και έχουν ασκηθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας απόφασης, η ως άνω ορισθείσα προσφυγή θα μπορεί να ασκηθεί μόνον κατά των συμβάσεων, η έναρξη της διαδικασίας κατάρτισης των οποίων είναι μεταγενέστερη από την ημερομηνία αυτή.

[...]

(Δέχεται την αίτηση αναιρέσεως. Αποφασίζει και περαιτέρω για την υπόθεση. Απορρίπτει την αίτηση αναστολής εκτελέσεως)

Σχόλιο

Η νομολογιακή επανίδρυση της δικονομίας των διοικητικών συμβάσεων

Στις 29 Ιουνίου 2007 συζητήθηκε στην Ολομέλεια (Assemblée) του γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας (Conseil d' État) μια από εκείνες τις υποθέσεις που, καίτοι δεν εμφανίζουν ιδιαίτερη σπουδαιότητα, συχνά οδη-

γούν σε πολύκροτες δικαστικές αποφάσεις. Επρόκειτο για την αίτηση αναιρέσης της εταιρείας Société Tropic Travaux Signalisation κατά της από 2.3.2006 διάταξης (ordonnance) του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων

(juge des référés) του διοικητικού πρωτοδικείου (tribunal administratif) της Basse-Terre της Γουαδελούπης, με την οποία απορρίφθηκε αίτηση που είχε ασκήσει η αναιρεσείουσα, βάσει του άρθρου L.521-1 του Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης (code de justice administratif) ζητώντας την αναστολή εκτελέσεως (référé-suspension) τόσο της από 14.11.2005 απόφασης του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου της Pointe-à-Pitre, με την οποία είχε αποκλεισθεί η προσφορά της αναιρεσείουσας στη διαγωνιστική διαδικασία για την κατάρτιση σύμβασης με αντικείμενο τη διαγράμμιση των αεροδιαδρόμων του αεροδρομίου Le Raizet στην Pointe-à-Pitre, όσο και της απόφασης κατακύρωσης της εν λόγω διαδικασίας στην επιχείρηση Rugoway, της πράξης υπογραφής της σχετικής σύμβασης, καθώς και της ίδιας της σύμβασης. Η απόφαση του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων να απορρίψει την αίτηση αναστολής εκτελέσεως με το σκεπτικό ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις είχαν πλήρως εκτελεσθεί, φαινόταν ορθή κατά το μέτρο που αφορούσε στις αποσπαστές προσυμβατικές πράξεις, δεδομένου ότι η σύμβαση είχε ήδη συναφθεί¹. Το ίδιο, όμως, σκεπτικό δεν μπορούσε να δικαιολογήσει την απόρριψη της αίτησης περί αναστολής εκτελέσεως της ίδιας της σύμβασης, εφόσον η εκτέλεση της τελευταίας εξακολουθούσε να εκκρεμεί. Βέβαια, και στην τελευταία αυτή περίπτωση, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Γαλλίας, επαναλαμβάνοντας πάγια νομολογία του², θα μπορούσε να κρίνει ότι η αίτηση αναστολής εκτελέσεως έπρεπε ούτως ή άλλως να απορριφθεί, διότι η αναιρεσείουσα ως τρίτη μη συμβαλλόμενη δεν μπορούσε παραδεκτως να ασκήσει αίτηση περί ακυρώσεως ή τροποποίησης της ίδιας της σύμβασης που, κατά το άρθρο L.521-1 του Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης, αποτελεί διαδικαστική προϋπόθεση της άσκησης αίτησης περί αναστολής εκτελέσεως της σύμβασης αυτής. Ωστόσο, ο Επίτροπος της Κυβέρνησης (Commissaire du Gouvernement) Didier Casas τόλμησε να προτείνει τη μεταστροφή αυτής της πάγιας νομολογίας, διαμορφώνοντας με τις προτάσεις του ένα ιδιαίτερο ένδικο βοήθημα για την ευθεία προσβολή της ίδιας της σύμβασης από τρίτους³. Και το Conseil d'État τον ακολούθησε στα περισσότερα σημεία των προτάσεών του. Με τη σχολιαζόμενη απόφαση της 16ης Ιουλίου 2007 το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Γαλλίας έκανε για πρώτη φορά δεκτό ότι οι τρίτοι μη συμβαλλόμενοι ανταγωνιστές που αποκλείστηκαν από τη διαδικασία κατάρτισης διοικητικής σύμβασης μπορούν να απευθυνθούν στον δικαστή της σύμβασης και να ασκήσουν προσφυγή ουσίας (recours de pleine juridiction) ευθέως κατά της συναφθείσας διοικητικής σύμβασης ή ορισμένων αυτοτελών όρων αυτής.

Πρόκειται για μια νομολογιακή μεταστροφή που ισοδυναμεί με πραγματικό σεισμό στο δίκαιο των διοικητικών συμβάσεων⁴, καθώς, όπως τόνισε και ο Επίτροπος της Κυβέρνησης ολοκληρώνοντας την παρουσίαση των προτάσεών του, μεταβάλλει την «ισορροπία νομολογιακών λύσεων εκ των οποίων ορισμένες έχουν παγιωθεί εδώ και έναν αιώνα τουλάχιστον». Και καθώς ο γάλλος διοικητικός δικαστής το γνώριζε αυτό, ακολουθώντας και πάλι τις προτάσεις του Επιτρόπου της Κυβέρνησης, αποφάσισε να περιορίσει τα αποτελέσματα αυτής της θεαματικής νομολογιακής μεταστροφής στον χρόνο, ορίζοντας ότι, με την επιφύλαξη των ήδη ασκηθέντων ενδίκων βοηθημάτων που έχουν το ίδιο αντικείμενο, η μεταστροφή αυτή θα εφαρμοσθεί μόνον στις μελλοντικές συμβάσεις, δηλαδή σε εκείνες των οποίων η διαδικασία κατάρτισης θα εκκινήσει μετά τη δημοσίευση της σχολιαζόμενης απόφασης. Με τον τρόπο, όμως, αυτόν σημειώθηκε ο πλέον ισχυρός μετασεισμός στο πλαίσιο της ίδιας απόφασης. Ρυθμίζοντας για πρώτη φορά ρητώς τις διαχρονικές συνέπειες μιας νομολογιακής μεταστροφής⁵, το Conseil d'État ουσιαστικά αναγνώρισε επίσημα ότι ορισμένες δικαστικές αποφάσεις του θέτουν νέους κανόνες δικαίου, η άμεση εφαρμογή των οποίων μπορεί να διαταράξει υπέρμετρα την ασφάλεια δικαίου, δηλαδή επιβεβαίωσε πανηγυρικά ότι η νομολογία αποτελεί τυπική πηγή του διοικητικού δικαίου⁶. Καθώς, λοιπόν, δημιουργείται παραλλήλως ένα νέο ένδικο βοήθημα, η προσφυγή ουσίας για την αμφισβήτηση του κύρους διοικητικής σύμβασης από τρίτους (I), και ένα νέο σύστημα αρχών και κανόνων δικαίου, το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας (II), δεν είναι υπερβολή να θεωρηθεί ότι, με τη σχολιαζόμενη απόφαση, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Γαλλίας επανιδρύει

(1) Βλ. σχετικά, από την πάγια νομολογία του Conseil d'État, τις αποφάσεις της 9ης Φεβρουαρίου 2004, Sté d'économie mixte de la Lozère et syndicat intersyndical pour l'aménagement du mont Lozère, T. σ. 773, και της 30ης Ιουνίου 2004, Sté Martoia, αρ. 263257.

(2) Βλ., ενδεικτικά, τις αποφάσεις της 4ης Αυγούστου 1905, Martin, S. 1906.3.49, σχόλιο *Hauriou*, και της 14ης Νοεμβρίου 2003, Sté Heli-inter Guyane, αρ. 258255.

(3) Βλ. τις προτάσεις του, RFDA 2007, σ. 696 επ..

(4) Βλ. *St. Braconnier*, Accès au juge du contrat: excès de prudence..., AJDA 2007, σ. 1497 επ..

(5) Πρβλ. *B. Seiller*, Pour un dispositif transitoire dans les arrêts, AJDA 2005, σ. 2425. Στην απόφασή του της 10ης Μαρτίου 2004, Sté Leroy Merlin, R. σ. 118, παρά τις αντίθετες προτάσεις του Επιτρόπου της Κυβέρνησης *Y. Struillou*, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο δεν είχε κρίνει σκόπιμο να προβεί σε μια θεαματική νομολογιακή μεταστροφή και, ακολούθως, σε ρύθμιση των διαχρονικών συνεπειών της. Βλ., σχετικά, *E. Πρεβεδούρου*, Η εφαρμογή της αρχής της ασφάλειας δικαίου στην πρόσφατη νομολογία του Conseil d'État, ΕφημΔΔ 1/2007, σ. 49 επ., ιδίως σ. 54 επ..

(6) Βλ. *R. Chapus*, Droit Administratif Général, 15ème édition, Montchrestien 2001, αρ. 46.

τη δικονομία των διοικητικών συμβάσεων⁷.

Ι. Ένα νέο ένδικο βοήθημα: η προσφυγή ουσίας για την αμφισβήτηση του κύρους διοικητικής σύμβασης από τρίτους

Στη θεωρία του διοικητικού δικαίου είχε ήδη αναδειχθεί η επισφαλής δογματική θεμελίωση και η μειωμένη λειτουργικότητα του αποκλεισμού των τρίτων μη συμβαλλομένων από την άσκηση διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων κατά της ίδιας της διοικητικής σύμβασης και του περιορισμού τους απλώς στη δυνατότητα προσβολής των λεγόμενων αποσπαστών διοικητικών πράξεων με αίτηση ακυρώσεως⁸. Καθώς λοιπόν δύσκολα μπορούσε να αμφισβητηθεί ο χαρακτήρας της διοικητικής σύμβασης ως εκτελεστής διοικητικής πράξης⁹, φαινόταν ότι δεν υπήρχε (ούτε μπορούσε να υπάρξει) «νομική εξήγηση» της κρατούσας νομολογίας¹⁰ και ότι η τελευταία θα μπορούσε να αποδοθεί μόνον σε λόγους σκοπιμότητας που αφορούσαν στην ανάγκη διήθησης της αναδρομικότητας του ακυρωτικού αποτελέσματος επί της συναφθείσας σύμβασης¹¹. Τα τελευταία χρόνια, οι παραπάνω διαπιστώσεις και η συναφής ανάγκη θέσπισης ενός νέου ενδίκου βοηθήματος, κατάλληλου για τον έλεγχο των συμβατικών διοικητικών πράξεων όχι μόνον από τα συμβαλλόμενα μέρη αλλά και από τους τρίτους, επιβεβαιώθηκαν και έγιναν ακόμη περισσότερο αναγκαίες, εξαιτίας του ανοίγματος στον ανταγωνισμό τόσο του σταδίου κατάρτισης όσο και του σταδίου εκτέλεσης των διοικητικών συμβάσεων¹². Και τούτο, διότι η αδυναμία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών να ζητήσουν την ακύρωση μιας διοικητικής σύμβασης ή άλλων μεταγενέστερων -μονομερών ή συμβατικών- πράξεων εκτέλεσης ή τροποποίησής της, «είχε ως συνέπεια να διαφεύγει κατ' ουσίαν από κάθε δικαστικό έλεγχο μία ολόκληρη κατηγορία διαφορών, εκείνη από ενδεχόμενη συμπαγνίαν των συμβαλλομένων κατά το στάδιο εκτέλεσης της διοικητικής σύμβασης, ακόμη και η καθ' ολοκληρίαν μεταβολή του συμβατικού αντικείμενου, με προφανή ζημία του δημοσίου συμφέροντος αλλά και πολιτών που έχουν το προς τούτο έννομο συμφέρον»¹³. Η δε δυνατότητα των τρίτων να ζητήσουν αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν δεν προσέφερε επαρκή και αποτελεσματική δικαστική προστασία απέναντι στη διατάραξη της ορθής λειτουργίας της αγοράς, καθώς η πλήρης αποκατάσταση της ανταγωνιστικής θέσης των εν λόγω οικονομικών φορέων θα μπορούσε να διασφαλισθεί μόνον με την ακύρωση των πράξεων που νόθευσαν τον ανταγωνισμό¹⁴.

Η νομολογιακή μεταστροφή που σημειώθηκε με τη σχολιαζόμενη απόφαση προετοιμάστηκε από προηγούμενες αποφάσεις του Conseil d'État και εγγράφεται σε

μια σειρά πρόσφατων εξελίξεων του κοινοτικού και του συγκριτικού δικαίου, οι οποίες απηχούν τις προαναφερθείσες θεωρητικές αναλύσεις. Συναφώς, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Γαλλίας είχε ήδη κάνει δεκτό ότι μια διοικητική σύμβαση των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης μπορεί να ακυρωθεί δικαστικώς μετά από άσκηση προσφυγής από τον αρμόδιο νομάρχη (déféré préfectoral), η οποία έχει τον χαρακτήρα αίτησης ακυρώσεως¹⁵, ότι ενδιαφερόμενοι τρίτοι μπορεί να ζητήσουν την ακύρωση συμβάσεων διορισμού υπαλλήλων της Δημόσιας Διοίκησης, δηλαδή μιας ειδικής κατηγορίας συμβάσεων με κανονιστικό χαρακτήρα¹⁶, καθώς και ότι τρίτοι μπορεί να ασκήσουν αίτηση ακυρώσεως ευθέως κατά αυτοτελών κανονιστικών όρων μιας διοικητικής σύμβασης¹⁷. Εξάλλου, η πρόσφατη πρόταση τροποποίησης των λεγόμενων «δικονομικών» κοινοτικών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις περιλαμβάνει ρυθμίσεις που προωθούν τη θέσπιση ενδίκων βοηθημάτων με τα οποία τρίτοι μη συμβαλλόμενοι θα μπορούν να ζητούν την ακύρωση συναφθείσας σύμβασης¹⁸. Άλλωστε, σε διάφορες ευρωπαϊκές ή άλλες

(7) Πρβλ. Le Conseil d'État réinvente le contentieux des contrats administratifs, LPA, 24 Ιουλίου 2007, αρ. 147, σ. 9, σχόλιο *M. Gaudemet*.

(8) Βλ. *K. Γιαννακόπουλο*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2006, σ. 646 επ., με περαιτέρω αναφορές στην ελληνική και τη γαλλική βιβλιογραφία, *P. Wachsmann*, La recevabilité du recours pour excès des pouvoirs à l'encontre de contrats. Pour le centenaire de l'arrêt Martin, RFDA 2006, σ. 24 επ..

(9) Βλ. *K. Γιαννακόπουλο*, ό.π., σ. 220 επ.. Πρβλ. *D. de Bechillon*, Le contrat comme norme en droit public positif, RFDA 1992, σ. 15 επ..

(10) Βλ. *R. Chapus*, Droit du contentieux administratif, 12ème édition, Montchrestien 2006, αρ. 240.

(11) Βλ. *K. Γιαννακόπουλο*, ό.π., αρ. 101 επ. και 816.

(12) Βλ. την απόφαση της 29ης Απριλίου 2004 του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, με την οποία κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων ή προσφερόντων ισχύουν και μετά τη σύναψη μιας δημόσιας σύμβασης, καθώς και ότι οι μη επιτυχόντες υποψήφιοι ή προσφέροντες μπορούν να ζητήσουν τον έλεγχο της νομιμότητας της διαδικασίας εκτέλεσης της σύμβασης (υπόθεση C-496/99 P, CAS Succhi di Frutta SpA, Συλλογή 2004, I-3801).

(13) Βλ. την δεύτερη μειοψηφία αίτιας στην απόφαση ΣτΕ 1923/2002.

(14) Βλ. *K. Γιαννακόπουλο*, ό.π., 656 επ..

(15) Βλ. τις αποφάσεις της 26ης Ιουλίου 1991, Commune de Sainte-Marie (Réunion), RFDA 1991, σ. 966, προτάσεις *H. Legal*, και της 2ας Νοεμβρίου 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff, T. σ. 659.

(16) Βλ. την απόφαση της 30ης Οκτωβρίου 1998, Ville de Lisieux, R. σ. 375, προτάσεις *J.-H. Stahl*.

(17) Βλ. την απόφαση της 10ης Ιουλίου 1996, Cayzele, R. σ. 274, RFDA 1997, σ. 89 σχόλιο *P. Delvolvé*.

(18) Βλ. την Πρόταση οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την τροποποίηση των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου όσον αφορά στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης δημόσιων συμβάσεων (COM/2006/0195 τελικό) και, ιδίως, την αιτιολογική σκέψη 13.

χώρες αναγνωρίζονται πλέον τέτοιου είδους ένδικα βοηθήματα¹⁹, η ύπαρξη των οποίων κάμπτεται ούτως ή άλλως αμφισβητούμενη σχετικότητα των διοικητικών συμβάσεων²⁰. Επιπλέον, ιδιαίτερη σημασία έχει η απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) της 18ης Ιουλίου 2007 στην υπόθεση C-503/04, «Επιτροπή κατά Γερμανίας», στην οποία κρίθηκε ότι το άρθρο 2 παρ. 6 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, μολοντί επιτρέπει στα κράτη-μέλη να διατηρούν τα αποτελέσματα συμβάσεων συναφθεισών κατά παράβαση των οδηγιών στον τομέα της σύναψης των δημοσίων συμβάσεων και προστατεύει, με τον τρόπο αυτόν, τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των αντισυμβαλλομένων, δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα να θεωρείται ότι η έναντι τρίτων συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής είναι σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο ύστερα από τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων, ούτε μπορεί να επηρεάσει την εφαρμογή των άρθρων 226 ΕΚ και 228 ΕΚ που ρυθμίζουν τη σχέση ενός κράτους-μέλους με την Κοινότητα, διότι αλλιώς θα συρρικνωνόταν το περιεχόμενο των διατάξεων της Συνθήκης ΕΚ περί δημιουργίας της εσωτερικής αγοράς²¹. Κοντολογίς, με την απόφαση αυτή το ΔΕΚ επιβεβαίωσε την άποψη ότι, καίτοι είναι σκόπιμο να υπάρχουν περιθώρια αποφυγής της ακύρωσης μιας σύμβασης, δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτό πως το κοινοτικό δίκαιο αποδέχεται *a priori* ότι υπάρχει νομική αδυναμία ακύρωσης της εν λόγω σύμβασης ή ότι η τήρηση της κοινοτικής νομιμότητας ως προς την ορθή λειτουργία της οικείας αγοράς και την προστασία των τρίτων ανταγωνιστών μπορεί να υποχωρήσει ενόψει οιασδήποτε «δικαιωμάτων» επιδιώκουν να αντλήσουν τα συμβαλλόμενα μέρη από τη δράση ενός από αυτά, δηλαδή της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, ή και των δύο που ενεργούν σε συμπαιγνία²².

Στο πλαίσιο των παραπάνω αναγκαιοτήτων, με τη σχολιαζόμενη απόφαση θεσπίζεται ένα νέο ένδικο βοήθημα, το οποίο, κατά το γράμμα του σκεπτικού της εν λόγω απόφασης, ασκείται ενώπιον του δικαστή της σύμβασης και φέρει τον πρωτότυπο τίτλο «προσφυγή ουσίας για την αμφισβήτηση του κύρους της σύμβασης»²³. Είναι προφανές ότι δεν πρόκειται για την ήδη γνωστή «προσφυγή για την ακύρωση ή την τροποποίηση» («requête en annulation ou en réformation») μιας διοικητικής πράξης ούτε για «προσφυγή για την αναγνώριση της ακυρότητας των συμβάσεων» («recours en déclaration de nullité des contrats») που έχουν ήδη στη διάθεσή τους τα συμβαλλόμενα μέρη. Αν ληφθεί δε υπόψη ότι το νέο ένδικο βοήθημα μπορεί να συνοδεύεται και από αιτήματα αποζημίωσης, πρέπει να γίνει δεκτό ότι πρόκειται για ένα υβριδικό ένδικο βοήθημα που υπερβαίνει την κλασική διάκριση μεταξύ

ακυρωτικού και ουσιαστικού ελέγχου²⁴, προσιδιάζοντας περισσότερο στον δεύτερο²⁵, ο οποίος ούτως ή άλλως καταλαμβάνει σταδιακά τον χώρο του πρώτου²⁶. Θα μπορούσε μάλιστα κανείς να ισχυρισθεί ότι η «προσφυγή ουσίας για την αμφισβήτηση του κύρους της σύμβασης» αποτελεί μια καθολικού τύπου προσφυγή, η οποία έχει μικτό χαρακτήρα (διαπλαστικό ή/και αναγνωριστικό ή/και καταψηφιστικό) και ανοίγει τον δρόμο στον δικαστή για διάφορες μορφές ελέγχου της νομιμότητας και παρέμβασης στο καθεστώς της διοικητικής σύμβασης²⁷. Συναφώς, η ιδιαιτερότητα του νέου ενδίκου βοηθήματος συνδέεται κυρίως με τις προϋποθέσεις του παραδεκτού της άσκησης του και με τις εξουσίες του δικαστή της σύμβασης κατά την εκδίκασή του.

Ως προς το παραδεκτό και, ειδικότερα, ως προς το έννομο συμφέρον άσκησης του νέου ενδίκου βοηθήματος, ως σημειωθεί ότι το Conseil d'État, αντίθετα προς τις προτάσεις του Επιτρόπου της Κυβέρνησης, περιόρισε τη δυνατότητα ευθείας προσβολής μιας διοικητικής σύμβασης μόνο στους τρίτους ανταγωνιστές που αποκλείστηκαν κατά τη διαδικασία κατάρτισής της και όχι σε όλους τους τρίτους μη συμβαλλομένους (λ.χ. χρήστες δημόσιας υπηρεσίας) που ενδεχομένως θίγονται από τη σύμβαση αυτή²⁸. Ωστόσο, ενόψει της διατύπωσης της

(19) Βλ. τις προτάσεις του Επιτρόπου της Κυβέρνησης D. Casas (ό.π.) και, ιδίως, τις αναφορές του στους βελγικούς νόμους της 15ης και της 16ης Ιουνίου 2006, στο άρθρο 40 του πορτογαλικού Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, στο δίκαιο της Κολομβίας αλλά και σε εκείνο των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής.

(20) Για την αντίστοιχη κάμψη της σχετικότητας των συμβάσεων στο ιδιωτικό δίκαιο, βλ., αντί άλλων, την απόφαση του γαλλικού Ακυρωτικού Δικαστηρίου (Cour de cassation) της 6ης Οκτωβρίου 2006, Bull. αρ. 9, σ. 23, Revue des contrats, 1.4.2007, αρ. 2, σ. 269.

(21) Σκέψεις 33 επ..

(22) Βλ., πιο αναλυτικά, Κ. Γιαννακόπουλο, ό.π., αρ. 111 επ., ιδίως 117.

(23) Βλ. F. Rolin, σχόλιο στην απόφαση CE, Ass., 16.7.2007, Sté Tropic travaux signalisation, «Naissance de l'action en contestation de la validité du contrat», Le blog de Frédéric Rolin, 1.8.2007, 2.8.2007, 6.8.2007.

(24) Πρβλ. F. Melleray, La distinction des contentieux est-elle un archaïsme?, JCP-A 25.7.2005, vol. 30-34, άρθρο αρ. 1296.

(25) Όπως επισήμανε στις προτάσεις του (ό.π.) ο Επίτροπος της Κυβέρνησης D. Casas, οι προσφυγές ουσίας αποτελούν την πλέον κατάλληλη κατηγορία ενδίκων βοηθημάτων για τον δικαστικό έλεγχο του κύρους μιας διοικητικής σύμβασης, ακόμη και όταν ο έλεγχος αυτός ζητείται από τρίτους που δεν είναι φορείς συμβατικών δικαιωμάτων. Στο ελληνικό δίκαιο, για τον χωροαπορισμό της προσφυγής ουσίας ως του πλέον κατάλληλου ενδίκου βοηθήματος για την επίλυση διαφορών που αφορούν στην προστασία του ανταγωνισμού στις διοικητικές συμβάσεις, βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, ό.π., αρ. 843 και 858.

(26) Βλ. για την σταδιακή «έκλειψη» της αίτησης ακυρώσεως, R. Chapuis, Droit du contentieux administratif, ό.π., αρ. 268.

(27) Πρβλ. για την έκταση του ελέγχου στο πλαίσιο της application for judicial review του αγγλοσαξονικού δικαίου, A. W. Bradley/K. D. Edwing, Constitutional and Administrative Law, 13th Edition, Longman, 2003, σ. 728 επ..

(28) Για την ιδιαίτερη προβληματική του εντοπισμού των ενδιαφερομένων «τρίτων», βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, ό.π., αρ. 827.

σχολιαζόμενης απόφασης και λαμβανομένων υπόψη των υφιστάμενων νομολογιακών δεδομένων, μάλλον θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, σε κάθε περίπτωση, έννομο συμφέρον θα αναγνωρίζεται ακόμη και στους εν δυνάμει αποκλεισμένους τρίτους ανταγωνιστές, δηλαδή σε όσους αποθαρρύνθηκαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία κατάρτισης της σύμβασης εξαιτίας των επίμαχων επιλογών της αναθέτουσας αρχής²⁹. Σε ό,τι αφορά δε στην προθεσμία άσκησης του νέου ενδίκου βοηθήματος, το Conseil d'État έθεσε ως χρονικό όριο το σύννηθες όριο των δύο μηνών για όλες τις περιπτώσεις, δηλαδή δίχως να υιοθετήσει την εξαίρεση που προβλέπεται στο άρθρο R.421-1 του Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης για τις συμβάσεις δημοσίων έργων. Για λόγους δε ασφάλειας δικαίου, με τη σχολιαζόμενη απόφαση προβλέφθηκε ότι η παραπάνω προθεσμία θα εκκινεί από την ολοκλήρωση των προσηκόντων μέτρων δημοσίευσης, και, ιδίως, από μία ανακοίνωση η οποία, δίχως να παραβιάζει τα απόρρητα που προστατεύονται από τον νόμο, θα μνημονεύει τόσο τη σύναψη όσο και τις διαδικασίες διαβούλευσης της σύμβασης. Πρόκειται για μια υποχρέωση δημοσίευσης η οποία δεν προβλεπόταν ρητώς στους προϋπάρχοντες κανόνες δικαίου, οι οποίοι περιορίζονταν απλώς -και όχι πάντοτε- στην επιβολή της υποχρέωσης δημοσίευσης της πράξης ανάθεσης της σύμβασης, όχι όμως και της ίδιας της σύναψής της.

Ως προς τις εξουσίες του δικαστή της σύμβασης κατά την εκδίκαση του νέου ενδίκου βοηθήματος, η σχολιαζόμενη απόφαση απηχεί τις θεωρητικές αναζητήσεις ενός υβριδικού ενδίκου βοηθήματος ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών συμβάσεων, στο πλαίσιο του οποίου θα καταργούνται τα μειονεκτήματα της θεωρίας των αποσπαστών πράξεων και της διάκρισης των αρμοδιοτήτων μεταξύ του ακυρωτικού δικαστή και του δικαστή της εκτέλεσης, την ίδια στιγμή που θα διατηρείται το πλεονέκτημα της απουσίας αυτόματης ολικής ακύρωσης της πλημμελούς διοικητικής σύμβασης³⁰. Παραλλήλως, η σχολιαζόμενη απόφαση συστηματοποιεί διάφορες επί μέρους ρυθμίσεις της νομολογίας των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων ως προς τον έλεγχο της νομιμότητας των διοικητικών συμβάσεων και, ειδικότερα, ως προς τις συνέπειες της διαπίστωσης πλημμελειών της διαδικασίας κατάρτισης μιας διοικητικής σύμβασης στο κύρος της τελευταίας³¹. Συναφώς, με σκοπό τη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της δικαστικής προστασίας και της αναγκαίας στάθμισης μεταξύ τήρησης της αρχής της νομιμότητας, σεβασμού της ασφάλειας δικαίου και εξυπηρέτησης του γενικού συμφέροντος, στο πλαίσιο του νέου ενδίκου βοηθήματος το Conseil d'État αναγνώρισε στον δικαστή της σύμβασης ευρεία δέσμη αρμοδιοτήτων. Ειδικότερα, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ο

τελευταίος μπορεί να εφαρμόζει τη θεωρία των «ουσιωδών νομικών πλημμελειών», δηλαδή να εκτιμά εάν οι πλημμελίες της σύμβασης είναι τόσο ουσιώδεις ώστε να θίγουν το κύρος της, επιβάλλοντας τη λύση της, την τροποποίησή της ή τη συνέχιση της εκτέλεσής της, ενδεχομένως με την επιφύλαξη της λήψης μέτρων θεραπείας της από τον συμβαλλόμενο διοικητικό οργανισμό³², μπορεί να καταψηφίζει αποζημιώσεις για την αποκατάσταση των δικαιωμάτων που εθίγησαν, ή, τέλος, αφού συνυπολογίσει το γενικό συμφέρον και τα δικαιώματα των συμβαλλομένων, μπορεί να αποφασίζει την ολική ή μερική ακύρωση της σύμβασης, προσδιορίζοντας σε περίπτωση ανάγκης και τον χρόνο επέλευσης του ακυρωτικού αποτελέσματος. Ο συνδυασμός αυτών των αρμοδιοτήτων, των οποίων η αναγνώριση συνεχίζει μια εξελικτική πορεία της νομολογίας των γαλλικών δικαστηρίων που επιδιώκουν να διασφαλίζουν το ωφέλιμο αποτέλεσμα των αποφάσεών τους, γεννά μια σειρά από προβληματισμούς³³.

Συναφώς, η σχολιαζόμενη απόφαση φαίνεται να διευρύνει τις αρμοδιότητες του διοικητικού δικαστή κατά τρόπο οριακό τόσο ως προς τον θεσμικό του ρόλο όσο και ως προς τις πραγματικές του δυνατότητες. Ο δικαστής καλείται πλέον να διαμορφώσει τα επί μέρους ουσιαστικά κριτήρια που απαιτούνται για την υλοποίηση, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, της αναγκαίας στάθμισης μεταξύ των αρχών της νομιμότητας της σύμβασης, της προστασίας του ανταγωνισμού, της διαφάνειας, της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης, της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος και της αποτελεσματικότητας της διοικητικής δράσης. Βέβαια, ένα τέτοιο έργο δεν είναι καταρχήν ξένο στον διοικητικό δικαστή. Ωστόσο, δεν πρέπει να λησμονείται ότι, στον τομέα των διοικητικών συμβάσεων, υπάρχουν ορισμένες ιδιαίτερα δύσκολες περιπτώσεις (hard cases). Για παράδειγμα, ο προσδιορισμός των συνεπειών της ακύρωσης των τροποποιητικών συμβάσεων που προσβάλλουν τον ανταγωνισμό πρέπει να λαμβάνει υπόψη του πληθώρα δεδομένων που αφορούν όχι μόνο στο αναδρομικό αποτέλεσμα της ακύρωσης (λ.χ. στις διαμορφωθείσες

(29) Πρβλ. ΔΕΚ, 5.10.2000, υπόθεση C-16/98, Επιτροπή/Γαλλία, Συλλογή 2000, I-8315, σκέψεις 107 επ., *F. Lenica/J. Boucher*, *Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence*: «Never say never», AJDA 2007, σ. 1577 επ., *Κ. Γιαννακόπουλο*, ό.π., σ. 636 επ. και αq. 828.

(30) Βλ., πιο αναλυτικά, *Κ. Γιαννακόπουλο*, ό.π., αq. 831 επ..

(31) Για μια συνοπτική παρουσίαση αυτών των ρυθμίσεων, βλ. *F. Rolin*, ό.π..

(32) Βλ. *Κ. Γιαννακόπουλο*, ό.π., αq. 105 επ..

(33) Βλ., πιο αναλυτικά, *Κ. Γιαννακόπουλο*, ό.π., αq. 834 επ..

σχέσεις μεταξύ των συμβαλλομένων ή μεταξύ αυτών και τρίτων) αλλά και στα μελλοντικά της αποτελέσματα (λ.χ. στο ανεκτέλεστο υπόλοιπο της σύμβασης, στα δεδομένα της οικείας αγοράς, στο κόστος και στο αναμενόμενο αποτέλεσμα μιας πιθανής προκήρυξης νέου διαγωνισμού για την ανάθεση της συνέχισης της εκτέλεσης της αρχικής σύμβασης), έτσι ώστε να μπορεί να κριθεί εάν -με ποιον τρόπο και από ποιο σημείο- πρέπει τελικά να συνεχιστεί η εκτέλεση της αρχικής σύμβασης. Ο προσδιορισμός όμως ιδίως της *ex nunc* εφαρμογής της ακύρωσης μιας τροποποιητικής σύμβασης ενέχει τις περισσότερες φορές μια απόφαση σκοπιμότητας, δηλαδή προϋποθέτει την άσκηση μιας πρωτογενούς διακριτικής ευχέρειας που δεν ανήκει στον δικαστή αλλά στα όργανα της Διοίκησης³⁴. Συναφώς, προβληματισμοί διατυπώνονται τόσο ως προς την εφαρμογή στην πράξη της εξουσίας του δικαστή να τροποποιεί τις προσβαλλόμενες διοικητικές συμβάσεις όσο και ως προς τον τρόπο με τον οποίο θα αντιμετωπίσουν τα συμβαλλόμενα μέρη τη συνέχιση της εκτέλεσης μιας διοικητικής σύμβασης για τη λύση της οποίας ο δικαστής θα ορίσει συγκεκριμένη προθεσμία³⁵. Εξάλλου, ενστάσεις μπορούν να προβληθούν και ως προς την αρμοδιότητα του διοικητικού δικαστή να προβεί στον αναγκαίο περαιτέρω προσδιορισμό των επιβαλλόμενων μέτρων προσήκουσας δημοσίευσης που σηματοδοτούν την έναρξη της προθεσμίας άσκησης του νέου ενδίκου βοηθήματος. Δεν είναι άλλωστε τυχαίο ότι στην υπόθεση «Ville de Lisieux» ο Επίτροπος της Κυβέρνησης J.-H. Stahl είχε σημειώσει πως η ρύθμιση των όρων έναρξης της προθεσμίας ενός ενδίκου βοηθήματος υπερβαίνει σε μεγάλο βαθμό τις παραδοσιακές θεσμικές αρμοδιότητες του διοικητικού δικαστή³⁶. Επιπλέον, όπως έχει γίνει αντιληπτό τόσο στη Γαλλία όσο και στη Γερμανία, στο πλαίσιο του θεσμού της διατύπωσης προληπτικών επιταγών από τον δικαστή προς τη Διοίκηση, πέραν από την υπόδειξη γενικών μεθόδων επίλυσης (λ.χ. υποχρέωση διαπραγμάτευσης με τον αντισυμβαλλόμενο, συνέχιση της εκτέλεσης της σύμβασης με πιθανή καταβολή αποζημίωσης στους ζημιωθέντες τρίτους κ.λπ.) ο δικαστής δεν μπορεί να υποδείξει συγκεκριμένο μέτρο εκτέλεσης της απόφασής του παρά μόνον αν προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της Διοίκησης και είναι δυνατός ο προσδιορισμός του παραπάνω μέτρου. Αν όμως η Διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια, όπως συμβαίνει στην περίπτωση στην οποία συντρέχει λόγος εκτίμησης ως προς το εάν, ενόψει της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος, της αποτελεσματικότητας της διοικητικής δράσης και της προστασίας του ανταγωνισμού, είναι τελικά σκόπιμο να συνεχίσει η εκτέλεση της αρχικής σύμβασης μετά την ακύρωσή της τροποποίησής της, προληπτικά ο διοικητικός δικαστής δεν μπορεί παρά να περιοριστεί στον καθορισμό προθεσμιών για την άσκηση από τη Διοίκηση της σχετικής αρμοδιότητάς της και στην ενδεχόμενη απειλή ανάλογης χρηματικής κύρωσης. Κοντολογίς, είναι σημαντικό να λαμβάνεται υπόψη ότι, ανεξάρτητα από το εάν ο δικαστής πρέπει να υποκαθιστά τη Διοίκηση στο έργο της, ορισμένες φορές δεν είναι καν σε θέση να το πράξει³⁷.

Αν παρ' όλα αυτά είναι πράγματι σκόπιμο να αναγνωρισθεί στον διοικητικό δικαστή η δυνατότητα να ασκεί αυτήν την οιονεί διοικητική αρμοδιότητα, τίθεται το ζήτημα της ανάγκης διαμόρφωσης κατάλληλων δικονομικών κανόνων. Τα επί μέρους ερωτήματα είναι ποικίλα. Σε ποιο μέτρο ο δικαστής θα δεσμεύεται από τη βούληση ή/και τις συγκεκριμένες προτάσεις των διαδίκων; Με ποια μέθοδο και ποια μέσα θα προβαίνει το πρώτον αυτός στην αναγκαία εκτίμηση των πραγματικών γεγονότων, για παράδειγμα στην οικονομική ανάλυση των δεδομένων της οικείας αγοράς; Μήπως τελικά η σχολιαζόμενη απόφαση απονέμει στον διοικητικό δικαστή κάποιες ρυθμιστικές αρμοδιότητες οι οποίες θα άρμοζαν περισσότερο σε μια ανεξάρτητη διοικητική αρχή και θα ασκούνταν μέσω οιονεί δικονομικών διαδικασιών³⁸;

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι, αφού θέσπισε το παραπάνω νέο ένδικο βοήθημα, με τη σχολιαζόμενη απόφαση το Conseil d'État προέβη σε δύο σημαντικές επί μέρους ρυθμίσεις. Σύμφωνα με την πρώτη, η οποία έχει σκοπό την απλούστευση του δικονομικού καθεστώτος των διοικητικών συμβάσεων, μετά τη σύναψη της σύμβασης και εφόσον διαθέτει πλέον το εν λόγω ένδικο βοήθημα, ο ανταγωνιστής που αποκλείστηκε δεν μπορεί πλέον να ασκήσει παραδεκτώς αίτηση ακυρώσεως κατά των αποσπαστών προσυμβατικών πράξεων. Την αίτηση αυτή θα μπορούν πλέον να ασκήσουν παραδεκτώς μόνον όσοι τρίτοι δεν διαθέτουν τη θεσπισθείσα παράλληλη προσφυγή. Πρόκειται για μια ρύθμιση η οποία στοχεύει στην αποφυγή της άσκησης περιττών ενδίκων βοηθημάτων και η οποία, όπως επισήμανε και το ίδιο το Δικαστήριο στη σχολιαζόμενη απόφαση, λαμβανομένη στο σύνολό της, δεν επιφέρει περιορισμό του θεμελιώδους δικαιώματος προσφυγής στον δικαστή. Εξάλλου, σύμφωνα με τη δεύτερη ρύθμιση, η οποία στοχεύει στη διασφάλιση του έγκαιρου και αποτελεσματικού χαρακτήρα της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας, το νέο ένδικο βοήθημα μπορεί να συνοδεύεται από αίτηση περι-

κητικός δικαστής δεν μπορεί παρά να περιοριστεί στον καθορισμό προθεσμιών για την άσκηση από τη Διοίκηση της σχετικής αρμοδιότητάς της και στην ενδεχόμενη απειλή ανάλογης χρηματικής κύρωσης. Κοντολογίς, είναι σημαντικό να λαμβάνεται υπόψη ότι, ανεξάρτητα από το εάν ο δικαστής πρέπει να υποκαθιστά τη Διοίκηση στο έργο της, ορισμένες φορές δεν είναι καν σε θέση να το πράξει³⁷.

Αν παρ' όλα αυτά είναι πράγματι σκόπιμο να αναγνωρισθεί στον διοικητικό δικαστή η δυνατότητα να ασκεί αυτήν την οιονεί διοικητική αρμοδιότητα, τίθεται το ζήτημα της ανάγκης διαμόρφωσης κατάλληλων δικονομικών κανόνων. Τα επί μέρους ερωτήματα είναι ποικίλα. Σε ποιο μέτρο ο δικαστής θα δεσμεύεται από τη βούληση ή/και τις συγκεκριμένες προτάσεις των διαδίκων; Με ποια μέθοδο και ποια μέσα θα προβαίνει το πρώτον αυτός στην αναγκαία εκτίμηση των πραγματικών γεγονότων, για παράδειγμα στην οικονομική ανάλυση των δεδομένων της οικείας αγοράς; Μήπως τελικά η σχολιαζόμενη απόφαση απονέμει στον διοικητικό δικαστή κάποιες ρυθμιστικές αρμοδιότητες οι οποίες θα άρμοζαν περισσότερο σε μια ανεξάρτητη διοικητική αρχή και θα ασκούνταν μέσω οιονεί δικονομικών διαδικασιών³⁸;

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι, αφού θέσπισε το παραπάνω νέο ένδικο βοήθημα, με τη σχολιαζόμενη απόφαση το Conseil d'État προέβη σε δύο σημαντικές επί μέρους ρυθμίσεις. Σύμφωνα με την πρώτη, η οποία έχει σκοπό την απλούστευση του δικονομικού καθεστώτος των διοικητικών συμβάσεων, μετά τη σύναψη της σύμβασης και εφόσον διαθέτει πλέον το εν λόγω ένδικο βοήθημα, ο ανταγωνιστής που αποκλείστηκε δεν μπορεί πλέον να ασκήσει παραδεκτώς αίτηση ακυρώσεως κατά των αποσπαστών προσυμβατικών πράξεων. Την αίτηση αυτή θα μπορούν πλέον να ασκήσουν παραδεκτώς μόνον όσοι τρίτοι δεν διαθέτουν τη θεσπισθείσα παράλληλη προσφυγή. Πρόκειται για μια ρύθμιση η οποία στοχεύει στην αποφυγή της άσκησης περιττών ενδίκων βοηθημάτων και η οποία, όπως επισήμανε και το ίδιο το Δικαστήριο στη σχολιαζόμενη απόφαση, λαμβανομένη στο σύνολό της, δεν επιφέρει περιορισμό του θεμελιώδους δικαιώματος προσφυγής στον δικαστή. Εξάλλου, σύμφωνα με τη δεύτερη ρύθμιση, η οποία στοχεύει στη διασφάλιση του έγκαιρου και αποτελεσματικού χαρακτήρα της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας, το νέο ένδικο βοήθημα μπορεί να συνοδεύεται από αίτηση περι-

(34) Βλ., πιο αναλυτικά, Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, αρ. 837 και 864 επ..

(35) Βλ. F. Rolin, *ό.π.*.

(36) Βλ., σχετικά, Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, αρ. 829 - 830.

(37) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, αρ. 839.

(38) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, αρ. 864 επ..

αναστολής εκτελέσεως (*référé-suspension*) της προσβαλλόμενης σύμβασης, επί τη βάση των διατάξεων του άρθρου L.521-1 του Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης. Συναφώς, ως προς τη νέα αντίληψη για τη διοικητική σύμβαση που απηχεί η σχολιαζόμενη απόφαση, είναι σημαντικό να τονισθεί ότι, όπως σημείωσε ο Επίτροπος της Κυβέρνησης, το νέο ένδικο βοήθημα το οποίο ασκείται ευθέως κατά της σύμβασης μπορεί κάλλιστα να θεωρηθεί ως «προσφυγή για την ακύρωση ή την τροποποίηση» (*«requête en annulation ou en réformation»*) μιας «διοικητικής απόφασης» (*décision administrative*)³⁹ κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου L.521-1 του Κώδικα Διοικητικής Δικαιοσύνης.

Από τις παρατηρήσεις που προηγήθηκαν καθίσταται προφανές ότι μια περαιτέρω ανάλυση των παραπάνω νομολογιακών κανόνων προϋποθέτει την αναμονή νεότερων σχετικών αποφάσεων του γάλλου διοικητικού δικαστή, στον οποίο *«ανήκει καταρχήν να [τους] εφαρμόσει»*, όπως αναφέρεται και στην ίδια τη σχολιαζόμενη απόφαση. Ωστόσο, ως επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι οι εν λόγω κανόνες μπορούν να εμπνεύσουν αναγκαίες μεταρρυθμίσεις του ελληνικού δικαίου, στο πλαίσιο του οποίου τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα δεν επαρκούν για την πλήρη, αποτελεσματική και έγκαιρη δικαστική προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών⁴⁰.

De lege lata, στο ελληνικό δίκαιο η διασφάλιση της προσήκουσας δικαστικής προστασίας των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών μετά τη σύναψη των διοικητικών συμβάσεων προϋποθέτει τη μεταστροφή της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων σχετικά με το παραδεκτό της άσκησης αίτησης ακυρώσεως ή προσφυγής ουσίας. Η αναγκαία συμμετοχή των τρίτων σε μια έγκαιρη στάθμιση μεταξύ προστασίας του ανταγωνισμού και συνέχισης της εκτέλεσης της διοικητικής σύμβασης δεν θα μπορούσε να διασφαλιστεί παρά μόνον με την αναγνώριση της δυνατότητάς τους να συμμετέχουν ενεργά στον απευθείας έλεγχο του κύρους της εν λόγω σύμβασης, καθώς και όλων των συμβατικών ή μονομερών πράξεων που προσβάλλουν τα έννομα συμφέροντά τους κατά το στάδιο εκτέλεσής της. Ωστόσο, στο παρόν στάδιο εξέλιξης του ελληνικού θετικού δικαίου, η θεωρητικά σκόπιμη προοπτική υπαγωγής των ιδίων των διοικητικών συμβάσεων ή επί μέρους όρων τους στον ακυρωτικό έλεγχο συναντά σημαντικά θεσμικά εμπόδια. Αφενός, φαίνεται να οδηγεί τον ακυρωτικό δικαστή σε ανεπίτρεπτη άσκηση ουσιαστικού δικαιοδοτικού ελέγχου. Αφετέρου, προϋποθέτει ειδικές νομοθετικές ρυθμίσεις σχετικά με το έννομο συμφέρον και την προθεσμία της συναφούς αίτησης ακυρώσεως, καθώς επίσης σχετικά με τις εξουσίες του ακυρωτικού δικαστή και, ειδικό-

τερα, με τη δυνατότητά του να προσδιορίσει τις συνέπειες στον χρόνο της ακυρωτικής του απόφασης και να απευθύνει επιταγές συμμόρφωσης προς τη Διοίκηση. Εξάλλου, η ανάγκη τέτοιων ρυθμίσεων δημιουργεί εμπόδια και στην υιοθέτηση της δυνατότητας προσβολής των διοικητικών συμβάσεων ή επί μέρους όρων τους με προσφυγή ουσίας. Άλλωστε, η τελευταία αυτή εκδοχή απαιτεί την αναγνώριση στους τρίτους μη συμβαλλόμενους ανταγωνιστές του εννόμου συμφέροντος να ζητήσουν την επίλυση των σχετικών διοικητικών διαφορών ουσίας, οι οποίες γεννώνται από την εφαρμογή της νομοθεσίας που αφορά στις διοικητικές συμβάσεις, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 και 2 εδ. 1 του ν. 1406/1983 σε συνδυασμό με το άρθρο 64 παρ. 1 α' του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας. Σε κάθε περίπτωση, πρέπει λοιπόν να γίνει δεκτή η δυνατότητα των προσώπων αυτών να ασκήσουν αίτηση ακυρώσεως ή προσφυγή ουσίας κατά των πράξεων της συμβαλλόμενης Διοίκησης με τις οποίες δηλώνεται η «βούληση» της Διοίκησης να συνάψει ή να τροποποιήσει τη διοικητική σύμβαση ή με τις οποίες η σύμβαση αυτή εκτελείται. Βέβαια, η εκδοχή της δυνατότητας άσκησης αίτησης ακυρώσεως κατά πράξεων με την οποία η Διοίκηση δηλώνει τη «βούλησή» της να συνάψει διοικητική σύμβαση αναπαράγει τη λογική της «απόσπασης» της συμβατικής αρμοδιότητας της Διοίκησης από την ίδια τη διοικητική σύμβαση. Ωστόσο, αποτελεί μια πρακτική, συμβιβαστική λύση, η οποία συνάδει με τη θεωρία του Μ. Στασινόπουλου σχετικά με τους «κανονιστικούς όρους» των διοικητικών συμβάσεων, και απηχεί λύσεις που υιοθετήθηκαν στις αποφάσεις 1908/2001 και 1506/2005 του Συμβουλίου της Επικρατείας. Κατά τούτο, η παραπάνω εκδοχή είναι σκόπιμο να ακολουθηθεί, εφόσον δεν γίνει δεκτή η δυνατότητα προσβολής των επίμαχων πράξεων της συμβαλλόμενης Διοίκησης με προσφυγή, λύση η οποία φαίνεται να είναι περισσότερο σκόπιμη. Επιπλέον, όταν ο τρίτος μη συμβαλλόμενος ανταγωνιστής προσβάλλει ευθέως την «αποσπαστή» πράξη με την οποία δηλώνεται η βούληση της συμβαλλόμενης Διοίκησης για τη σύναψη διοικητικής σύμβασης, τότε πρέπει να γίνει δεκτό ότι, σε

(39) Για την εννοιολογική και τη λειτουργική συνάφεια μεταξύ της *décision administrative* του γαλλικού διοικητικού δικαίου και της εκτελεστικής διοικητικής πράξης του ελληνικού διοικητικού δικαίου, βλ. *R. Chapus, Droit Administratif Général*, ό.π., αρ. 670 επ..

(40) Κατά πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, η μεν άσκηση από τρίτους αίτησης ακυρώσεως ή προσφυγής κατά των μονομερών ή συμβατικών πράξεων οι οποίες εφαρμόζουν ή τροποποιούν συμβατικούς όρους, θεωρείται απαράδεκτη. Η δε αγωγή αποζημίωσης δεν μπορεί να παράσχει πλήρη δικαστική προστασία. Εξάλλου, τα περιθώρια προσωρινής δικαστικής προστασίας μετά τη σύναψη της σύμβασης είναι πολύ περιορισμένα. Βλ., πιο αναλυτικά, *Κ. Γιαννακόπουλο*, ό.π., αρ. 646 επ..

περίπτωση δικαστικής ακύρωσης της παραπάνω πράξης, μπορεί να ζητήσει από τη συμβαλλόμενη Διοίκηση, συμμορφούμενη προς την παραπάνω δικαστική απόφαση, να ανατρέψει την ήδη συναφθείσα σύμβαση. Σε περίπτωση τυχόν άρνησης της Διοίκησης να προβεί στις σχετικές πράξεις συμμόρφωσης προς την ακυρωτική απόφαση, ο τρίτος θα μπορούσε είτε να προσβάλει την άρνηση αυτή, με αίτηση ακυρώσεως ή προσφυγή ουσίας, είτε να κινησει τις διαδικασίες που προβλέπει ο ν. 3068/2002 για τη συμμόρφωση της Διοίκησης στις δικαστικές αποφάσεις⁴¹.

De lege ferenda, στο ελληνικό δίκαιο θα μπορούσε να διερευνηθεί η προοπτική θέσπισης μιας ειδικής διαδικασίας επίλυσης όλων των διαφορών που γεννώνται από διοικητικές συμβάσεις και συνδέονται με την προστασία του ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, οι διαφορές αυτές, είτε αφορούν στο προσυμβατικό είτε αφορούν στο στάδιο εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων, είτε ενδιαφέρουν τους συμβαλλομένους είτε ενδιαφέρουν και τρίτους, θα ήταν σκόπιμο να υπαχθούν στην αρμοδιότητα των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων και, μάλιστα, των διοικητικών εφετείων, ως διοικητικές διαφορές ουσίας, με την επιφύλαξη της ουσιαστικής επίσης αρμοδιότητας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε πρώτο και τελευταίο βαθμό, για τις συμβάσεις ιδιαίτερα μεγάλης αξίας ή σπουδαιότητας. Εξάλλου, η ανάγκη διασφάλισης της προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων απαιτεί την κατάργηση της διάταξης του άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 2522/1997⁴² και την πρόβλεψη της αναλογικής εφαρμογής διατάξεων του νόμου αυτού και κατά το στάδιο εκτέλεσης των εν λόγω συμβάσεων. Επιπλέον, θα μπορούσε να προβλεφθεί ειδικό ένδικο βοήθημα, το οποίο, εμφανίζοντας όλα τα χαρακτηριστικά της ισχύουσας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του ν. 2522/1997, θα παρείχε επιπλέον την αρμοδιότητα στον δικαστή, εκτός της όποιας προσωρινής δικαστικής προστασίας εξασφαλίζει η προσωρινή διαταγή, να χορηγεί οριστική δικαστική προστασία. Συναφώς, μπορεί να προβλεφθεί ότι, στο πλαίσιο του σχετικού ενδίκου βοηθήματος, το οποίο θα ασκείται από τους συμβαλλομένους ή τρίτους ακόμη και κατά της ίδιας της διοικητικής σύμβασης, ο δικαστής θα έχει τη δυνατότητα να απευθύνει ακόμη και προληπτικές επιταγές για τη συμμόρφωση της Διοίκησης με τις αποφάσεις του. Εξάλλου, θα ήταν σκόπιμο η παραπάνω ειδική διαδικασία να περιλαμβάνει όχι μόνον όσες διαφορές χαρακτηρίζονται διοικητικές σύμφωνα με το λεγόμενο, κυρίαρχο, οργανικό κριτήριο, αλλά όλες τις συμβάσεις των δημοσίων νομικών προσώπων, ακόμη και αυτές των οποίων η διαδικασία κατάρτισης, για εξαιρετικούς λόγους, δεν έχει ανοιχτεί ακόμη

πλήρως στον ανταγωνισμό, μολονότι τούτο θα ήταν δυνατό. Τέλος, μια ειδική ανεξάρτητη διοικητική αρχή θα μπορούσε να επιβλέπει την κατάρτιση και την εκτέλεση των διοικητικών συμβάσεων, να διασφαλίζει την απαιτούμενη διαφάνεια και, ενδεχομένως, να εγκρίνει τις όποιες τροποποιήσεις των συμβάσεων αυτών σε συνδυασμό με ενδεχόμενη καταβολή σχετικών αποζημιώσεων, να επιλαμβάνεται καταγγελιών και, σε κάθε περίπτωση, να παρεμβαίνει αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν καταγγελίας στην εξέλιξη της κατάρτισης και της εκτέλεσης μιας διοικητικής σύμβασης, ακόμη και λαμβάνοντας ασφαλιστικά μέτρα. Ο δε δικαστικός έλεγχος των πράξεων και των παραλείψεων αυτής της ανεξάρτητης αρχής, θα ήταν σκόπιμο, μετά την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής, να υπαχθεί στον ουσιαστικό έλεγχο των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, και, μάλιστα των διοικητικών εφετείων, με την επιφύλαξη της ουσιαστικής επίσης αρμοδιότητας του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε πρώτο και τελευταίο βαθμό, για τις συμβάσεις ιδιαίτερα μεγάλης αξίας ή σπουδαιότητας⁴³.

Από τις παραπάνω προτάσεις καθίσταται σαφές ότι, στη χώρα μας, η προώθηση αποτελεσματικών μεταρρυθμίσεων αναφορικά με τη δικαστική προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών απαιτεί την παρέμβαση του νομοθέτη, καθώς το δικαιοπλαστικό έργο του διοικητικού δικαστή οριοθετείται από ένα ιδιαίτερα δεσμευτικό συνταγματικό πλαίσιο. Αντίθετα, στη Γαλλία, ο διοικητικός δικαστής, χωρίς παρόμοιες δεσμεύσεις, αναδεικνύεται σε πραγματικό δημιουργό του δικαίου, όπως προκύπτει και από την απόφασή του να προσδιορίσει στον χρόνο τα αποτελέσματα της νομολογιακής μεταστροφής που επήλθε με τη σχολιαζόμενη απόφαση.

II. Ένα νέο σύστημα αρχών και κανόνων δικαίου: το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας

Η αναδρομικότητα της θέσπισης του νέου ενδίκου βοηθήματος θα μπορούσε να διαταράξει, κατά τρόπο απρόβλεπτο, τη σταθερότητα των εξελισσόμενων συμβατικών σχέσεων. Για να αντιληφθεί κανείς το εύρος αυτής της διατάραξης, αρκεί να λάβει υπόψη ότι, καθώς στο γαλλικό δίκαιο καταρχήν δεν προβλεπόταν τυπική δημοσίευση της σύναψης μιας διοικητικής σύμβασης, ενδιαφερόμενοι τρίτοι θα μπορούσαν παραδεκτως

(41) Για μια αναλυτική θεμελίωση και ανάπτυξη των παραπάνω προτάσεων, βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, σ. 664 επ..

(42) Για την ιδιαίτερη προβληματική της διάταξης αυτής, βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, αφ. 113 επ..

(43) Για μια αναλυτική θεμελίωση και ανάπτυξη των παραπάνω προτάσεων, βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, *ό.π.*, σ. 714 επ..

πλέον να προσβάλουν το κύρος των περισσότερων υπό εκτέλεση συμβάσεων, ακόμη και μετά την πάροδο μακρού χρόνου από τη σύναψή τους. Διαπιστώνοντας τον κίνδυνο αυτόν, ο Επίτροπος της Κυβέρνησης D. Casas ανέδειξε το ζήτημα της διαχείρισης στον χρόνο του νέου νομολογιακού κανόνα. Απ' τη μια, τον περιορισμό του αναδρομικού αποτελέσματος της επίμαχης νομολογιακής μεταστροφής διευκόλυναν οι σχετικές εξελίξεις στη νομολογία του Ανωτάτου Ακυρωτικού (Cour de cassation) της Γαλλίας⁴⁴, του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου⁴⁵, του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων⁴⁶, των δικαστηρίων του Ηνωμένου Βασιλείου και των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής⁴⁷, αλλά και του ίδιου του Conseil d'État αναφορικά με τη στάθμιση μεταξύ νομιμότητας, μεταβλητότητας των κανόνων και ασφάλειας δικαίου⁴⁸. Απ' την άλλη, τον περιορισμό του παραπάνω αναδρομικού αποτελέσματος αποθάρρυναν οι αντιλήψεις περί της ταύτισης της νομολογίας με τον εφαρμοζόμενο γραπτό κανόνα δικαίου, του αναδρομικού χαρακτήρα των νομολογιακών μεταστροφών και της συναφούς απαγόρευσης λήψης δικαστικών αποφάσεων κανονιστικού χαρακτήρα (arrêts de règlement) που εκδίδονται ανεξάρτητα από την επίλυση της υπό κρίση διαφοράς⁴⁹. Συναφώς, αν και δεν ήταν σύμφωνος με την αποδοχή μιας γενικής αρμοδιότητας του διοικητικού δικαστή να προσδιορίζει τον χρόνο έναρξης ισχύος ενός νέου νομολογιακού κανόνα, ο Επίτροπος της Κυβέρνησης πρότεινε να αναγνωριστεί η δυνατότητα αυτή στην υπόθεση της σχολιαζόμενης απόφασης, όλως εξαιρετικής, λαμβανομένου υπόψη ότι επρόκειτο για την ex nihilo δημιουργία ενός νέου ενδίκου βοηθήματος που ήταν ικανή να δημιουργήσει ιδιαίτερη αναστάτωση στο νομικό καθεστώς των διοικητικών συμβάσεων. Κοντολογίς, θα μπορούσε κανείς να ισχυρισθεί ότι, κατά τον Επίτροπο της Κυβέρνησης, συνέτρεχε, εν προκειμένω, περίπτωση «*πρόδηλης δυσαναλογίας μεταξύ των πλεονεκτημάτων μιας κανονικής αναδρομικής ισχύος της νομολογιακής μεταστροφής και των μειονεκτημάτων που θα προκαλούσε μια τέτοια μεταβολή στην κατάσταση των διαδίκων*»⁵⁰.

Ακολουθώντας τις προτάσεις του Επιτρόπου της Κυβέρνησης, το Conseil d'État έκρινε ότι, ενόψει της ασφάλειας δικαίου που επιτάσσει να μην διαταραχθούν υπέρμετρα οι εξελισσόμενες συμβατικές σχέσεις, το νέο ένδικο βοήθημα θα μπορεί να ασκηθεί μόνον κατά των συμβάσεων η έναρξη της διαδικασίας κατάρτισης των οποίων είναι μεταγενέστερη από την ημερομηνία δημοσίευσης της σχολιαζόμενης απόφασης. Ωστόσο, προκειμένου να μην υπερβεί τα όρια της αρμοδιότητάς του, το Δικαστήριο εφάρμοσε τον νέο κανόνα στην υπό κρίση υπόθεση, γνωρίζοντας βέβαια ότι, παρά την κατάφασή

του ως προς το παραδεκτό της υπό κρίση αίτησης αναίρεσης, τελικώς, ως προς το βάσιμο της αίτησης αναστολής εκτελέσεως που άσκησε η εταιρία Société Travaux Signalisation, θα ήταν απορριπτικός, όπως συμβαίνει στις περισσότερες αποφάσεις που μεταβάλλουν τη νομολογία. Εξάλλου, για προφανείς λόγους επιείκειας και ισότητας, το Conseil d'État αποφάσισε να εφαρμόσει τον νέο νομολογιακό κανόνα και στην περίπτωση των ενδίκων βοηθημάτων που έχουν το ίδιο αντικείμενο και έχουν ασκηθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της σχολιαζόμενης απόφασης. Από τις παραπάνω ρυθμίσεις συνάγεται ότι το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Γαλλίας έθεσε, κατά τρόπο πραιτωρικό, τα θεμέλια ενός νέου συστήματος αρχών και κανόνων δικαίου σχετικά με την εφαρμογή στον χρόνο των νομολογιακών μεταστροφών, ως προς το οποίο αξίζει να γίνουν οι ακόλουθες παρατηρήσεις.

Καταρχάς, όπως προαναφέρθηκε, η θέσπιση αυτού του διαχρονικού δικαίου της νομολογίας, σηματοδοτεί την τυπική αναγνώριση ενός οιονεί αυτόνομου δικαιο-

(44) Βλ. την απόφαση της Ολομέλειας (Assemblée plénière) της 21ης Δεκεμβρίου 2006, αρ. 00-20.493, D. 2007, Jur. 835, σχόλιο P. Monjan, σχετικά με την απαγόρευση εφαρμογής ενός δικονομικού βάρους που προέκυψε από νομολογιακή μεταστροφή η οποία επήλθε μετά την άσκηση του επίμαχου ενδίκου βοηθήματος.

(45) Βλ. τις αποφάσεις της 13ης Ιουνίου 1979, Marckx κ. Βελγίου και της 10ης Οκτωβρίου 2006, Pessino κ. Γαλλίας, αναφορικά με την εκτίμηση των αιφνίδιων νομολογιακών μεταστροφών στο πλαίσιο ελέγχου του σεβασμού του άρθρου 7 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου περί της απαγόρευσης επιβολής ποινής άνευ νόμου.

(46) Βλ., αντί άλλων, τις αποφάσεις της 27ης Φεβρουαρίου 1985, 112/83, Société de Produits de Maïs κ. Administration des Douanes (Σύλλογη 1985, σ. 719, σκέψεις 16-18), της 10ης Μαρτίου 1992, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C 38/90 και C 151/90, R κ. Lomas κ.λπ. (Σύλλογη 1992, σ. I 1781, σκέψη 23) και της 8ης Νοεμβρίου 2001, C 228/99, Silos και Mangimi Martini (Σύλλογη 2001, σ. I 8401, σκέψη 35), στις οποίες κριθήκε ότι το άρθρο 231 παρ. 2 ΕΚ το οποίο εφαρμόζεται κατ' αναλογία στις διαδικασίες για την έκδοση προδικαστικής απόφασης, σύμφωνα με το άρθρο 234 ΕΚ, επιφυλάσσει υπέρ του ΔΕΚ εξουσία εκτίμησης στο να καθορίζει, όπου δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους ασφάλειας δικαίου, ποια συγκεκριμένα αποτελέσματα των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου οι οποίες κριθήκαν ανίσχυρες πρέπει να διατηρηθούν. Βλ. και Β. Χριστιανού, Οι μεταστροφές της νομολογίας του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 1998, σ. 167 επ..

(47) Για την τεχνική των «prospective judgments» και των «prospective overrulings», βλ. G. Isaak, La modulation par la Cour de Justice des Communautés Européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité, Cahiers de droit européen, 1987, σ. 444 επ., Β. Χριστιανού, ό.π., σ. 170 επ., F. Lenica/J. Boucher, ό.π..

(48) Βλ. την απόφαση της 24ης Μαρτίου 2006, KPMG, E. Πρεβεδούρου, ό.π., σ. 57 επ..

(49) Βλ. το άρθρο 5 του γαλλικού Αστικού Κώδικα (code civil).

(50) Απόσπασμα από την Έκθεση της Ομάδας εργασίας υπό τον Καθηγητή Ν. Molfessis, το οποίο υπεβλήθη το 2005 στον Πρώτο πρόεδρο του Ακυρωτικού Δικαστηρίου (Cour de cassation) της Γαλλίας Guy Canivet και μνημονεύεται σε F. Lenica/J. Boucher, ό.π..

παραγωγικού έργου του διοικητικού δικαστή. Και τούτο, διότι, αφενός, μόνον ένας πραγματικά νέος κανόνας δικαίου, δηλαδή ένας κανόνας που δημιουργείται από την ίδια τη δικαστική απόφαση που μεταστρέφει μια πάγια και μακροχρόνια νομολογία, μπορεί να διαταράξει ουσιωδώς μια ολόκληρη κατηγορία υφιστάμενων σχέσεων που διαμορφώθηκαν εν αγνοία του και, συνεπώς, να δικαιολογήσει τον περιορισμό της εφαρμογής του στον χρόνο. Αφετέρου, η διαδικασία δημιουργίας αυτού του νέου κανόνα και του προσδιορισμού της εφαρμογής του στον χρόνο δεν μπορεί εύκολα να ενταχθεί στο πλαίσιο άσκησης δικαιοδοτικής λειτουργίας, εφόσον, σε περιπτώσεις όπως αυτή της σχολιαζόμενης απόφασης, δεν τηρείται η αρχή της εκατέρωθεν ακρόασης, δηλαδή δεν δίδεται στους διαδίκους η ευκαιρία να τοποθετηθούν επί της σκοπιμότητας της μεταστροφής αυτής και της εφαρμογής της στον χρόνο⁵¹.

Ωστόσο, πρέπει να παρατηρηθεί ότι ο δικαιοπραγωγικός ρόλος του Γάλλου διοικητικού δικαστή δεν αναδεικνύεται τόσο με το έλασσον, που είναι ο προσδιορισμός στον χρόνο μιας τροποποίησης των παγίων θέσεων της νομολογίας, όσο με το μείζον, που είναι η ίδια η τροποποίηση αυτή, ιδίως όταν η τελευταία άπτεται ιδιαίτερα τεχνικών ζητημάτων⁵². Στο πλαίσιο του μείζονος, ο δικαστής διεκδικεί έναν πρωτογενή δημιουργικό ρόλο, η αποδοχή του οποίου εξαρτάται από την κανονιστική ένταση της διάκρισης των εξουσιών σε κάθε έννομη τάξη. Αντίθετα, στο πλαίσιο του ελάσσονος θα μπορούσε κανείς βασίμως να ισχυρισθεί ότι, σε κάθε περίπτωση, η απόρριψη της αναδρομικότητας της νομολογιακής μεταστροφής και η ανακοίνωση της εφαρμογής της μόνο για το μέλλον συνάδει περισσότερο με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών στο μέτρο που επιτρέπει στον νομοθέτη να παρέμβει και να μεταιώσει την ανακοινωθείσα μεταστροφή⁵³. Άλλωστε, το γεγονός ότι, στην ελληνική έννομη τάξη, η αναγνώριση της δυνατότητας περιορισμού του αναδρομικού αποτελέσματος των συνεπειών των αποφάσεων των διοικητικών δικαστηρίων ως γενική αρμοδιότητα του διοικητικού δικαστή προϋποθέτει σχετική νομοθετική πρόβλεψη, δεν πηγάζει τόσο από τη γενική αρχή της διάκρισης των εξουσιών ή την παραδοσιακή διασύνδεση της αναδρομικότητας της δικαστικής απόφασης με τη συνταγματική αρχή της νομιμότητας⁵⁴ όσο με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 94 του Συντάγματος, η οποία επιβάλλει νομοθετική πρόβλεψη για τη θέσπιση κάθε ειδικής αρμοδιότητας του διοικητικού δικαστή που αφορά στην εκτέλεση των αποφάσεών του⁵⁵.

Ανεξάρτητα πάντως από τις θεσμικές ιδιαιτερότητες κάθε έννομης τάξης, πρέπει να υπομνησθεί ότι, σε τελική ανάλυση, η νομιμοποίηση μιας δικαστικής απόφασης

εξαρτάται από την ορθολογικότητα και την πειθώ της. Η συνδρομή αυτών των δύο ιδιοτήτων προϋποθέτει την ενσωμάτωση της απόφασης σε ένα σύστημα εξελικτι-

(51) Ας σημειωθεί ότι και στο πλαίσιο της αναγνώρισης στον δικαστή της δυνατότητας να περιορίσει στον χρόνο το αναδρομικό αποτέλεσμα μιας ακυρωτικής απόφασης ενυπάχρει δικαιοπραγωγικό έργο (βλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, Ο περιορισμός της αναδρομικότητας των αποφάσεων του ακυρωτικού δικαστή, σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 808/2006, ΕφημΔΔ 3/2006, σ. 328 επ., ιδίως σ. 336), πλην όμως, στην απόφαση «Association AC! et autres» της 11ης Μαΐου 2004, το Conseil d'État έκρινε ότι ο διοικητικός δικαστής δεν μπορεί να αποφασίσει έναν τέτοιο περιορισμό προτού ακούσει σχετικά τις απόψεις των διαδίκων.

(52) Βλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, Προς έναν γενικό περιορισμό του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων, σχόλιο στην απόφαση ΣτΕ 764/2006, ΕφημΔΔ 2/2006, σ. 186 επ., ιδίως 190.

(53) Βλ. *F. Lenica/J. Boucher*, ό.π..

(54) Πρβλ. για την ίδια παράδοση στη Γαλλία, *Ε. Πρεβεδούρου*, ό.π., σ. 53.

(55) Βλ., πιο αναλυτικά, *Κ. Γιαννακόπουλο*, Ο περιορισμός της αναδρομικότητας των αποφάσεων του ακυρωτικού δικαστή..., ό.π., σ. 333 - 334.

Συναφώς, η προσπάθεια ανάλυσης του ζητήματος του νομολογιακού προσδιορισμού των διαχρονικών αποτελεσμάτων μιας δικαστικής απόφασης με αξιοποίηση της διάκρισης μεταξύ νομιμότητας και ισχύος της ελεγχόμενης διοικητικής πράξης (βλ. *Ν. Παπασπύρου*, Ο δικαστικός έλεγχος των κανονιστικών πράξεων: η κλασική θεώρηση και η αμφισβήτησή της, ΕφημΔΔ 4/2006, σ. 526 επ., ιδίως § 17) δεν φαίνεται να είναι ιδιαίτερα πειστική. Αφενός, από εννοιολογική άποψη, η παραπάνω προσπάθεια ανάλυσης δεν είναι πειστική, διότι η θεωρία της διάκρισης των νομικών πλημμελειών μιας διοικητικής πράξης σε ουσιώδεις ή μη ανάλογα με την επίδρασή τους στο κύρος της πράξης αυτής (πρβλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού..., ό.π., αρ. 105 επ.) δεν λειτουργεί στον χρόνο, καθώς η εκτελεστή διοικητική πράξη που ελέγχεται (και δύναται να ακυρωθεί) από τον διοικητικό δικαστή είναι εκ της φύσεώς της στιγμιαία και επομένως δεν είναι νοητή κατά χρόνον απόκλιση της διαπίστωσης της παρανομίας της από την κήρυξη του ανίσχυρού της. Τέτοια απόκλιση μπορεί να συντρέξει μόνον ως προς τις νομικές καταστάσεις οι οποίες προκύπτουν από διοικητικές πράξεις και οι οποίες, εμφανίζοντας ποικίλες χρονικότητες, μπορεί να είναι όχι μόνο στιγμιαίες αλλά και διαρκείς. Ωστόσο, ενόψει των θεσμικών παραμέτρων του παραδεκτού των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων που ασκούνται ενώπιον του διοικητικού δικαστή, ο κατά χρόνο προσδιορισμός της ισχύος (ή του ανίσχυρου) μιας διαρκούς νομικής κατάστασης γίνεται με αφορμή τον δικαστικό έλεγχο όχι της γενεσιουργού της πράξης αλλά μιας μεταγενέστερης διοικητικής πράξης, η οποία θα μπορούσε να διαταράξει την εν λόγω κατάσταση και να προκαλέσει μια διοικητική διαφορά. Για τον λόγο αυτόν, ο δικαστής δεν έχει την αρμοδιότητα να καθορίζει αυτεπαγγέλτως τον χρόνο της ισχύος μιας νομικής κατάστασης παρά μόνον εάν ασκηθεί παραδεκτός ενώπιόν του ένδικο βοηθήμα με το οποίο προσβάλλεται η μεταγενέστερη διοικητική πράξη που θάγει την εν λόγω κατάσταση, ενδεχομένως κατ' εφαρμογή μιας ακυρωτικής δικαστικής απόφασης. Αφετέρου, από λειτουργική άποψη, η σύλληψη των κατά χρόνο ουσιωδών νομικών πλημμελειών δεν καλύπτει όλες τις εκφάνσεις του επίμαχου ζητήματος, καθώς η θεωρία εν γένει των ουσιωδών νομικών πλημμελειών δεν βρίσκει εφαρμογή σε περιπτώσεις όπως η προστασία του ανταγωνισμού (βλ. *Κ. Γιαννακόπουλου*, ό.π., αρ. 833) ή η ανάγκη διάσωσης εννόμων καταστάσεων που άντλησαν έρεισμα στην ακυρωθείσα πράξη σε μεταγενέστερο της επέλευσης της ακύρωσης χρόνο (βλ. *Ν. Παπασπύρου*, ό.π., σ. 535 - 536). Σε κάθε περίπτωση, στο πλαίσιο του προσδιορισμού στον χρόνο των μεταστροφών της νομολογίας, η διάκριση μεταξύ νομιμότητας και ισχύος της δικαστικής ελεγχόμενης διοικητικής πράξης δεν μπορεί να αξιοποιηθεί, διότι στο εν λόγω πλαίσιο είναι προφανές ότι η εφαρμογή του νέου νομολογιακού κανόνα συνδέεται με τη συμμόρφωση της Διοίκησης προς τη δικαστική απόφαση απ' την οποία πηγάζει και όχι με το κύρος της όποιας ελεγχόμενης διοικητικής πράξης.

κής ροής παρόμοιων αποφάσεων, το οποίο απηχεί τη γενικότητα ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου⁵⁶, και δεν συνάδει με μεταστροφές παγίων θέσεων της νομολογίας ή με συνεχείς περιπτωσιολογικές κρίσεις περί των διαχρονικών αποτελεσμάτων αυτών των μεταστροφών. Εν προκειμένω, ο κλονισμός της ορθολογικότητας και της πειθούς της σχολιαζόμενης απόφασης αναδεικνύεται ιδίως στην προσπάθεια επίλυσης του ζητήματος της εφαρμογής ή μη του νέου νομολογιακού κανόνα στην υπό κρίση υπόθεση και στις εκκρεμείς υποθέσεις που είναι όμοιες με αυτήν. Και τούτο, διότι, αν δεν εφαρμοζόταν ο νέος νομολογιακός κανόνας στην υπό κρίση υπόθεση, θα συνέτρεχε περίπτωση απαγορευμένης κανονιστικής απόφασης (arrêts de règlement). Αντίθετα, αν προκρινόταν -όπως συνέβη- η εφαρμογή του νέου νομολογιακού κανόνα στην υπό κρίση υπόθεση και στις εκκρεμούσες υποθέσεις που είναι όμοιες με αυτήν, θα υπήρχε πάντοτε ένας διάδικος (λ.χ. ο αντίδικος του αιτούντος) που θα μπορούσε να επικαλεσθεί τη διάψευση της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του στο προηγούμενο νομικό καθεστώς. Η δε άποψη ότι η μεταστροφή της νομολογίας αποτελεί ένα μόνιμο ενδεχόμενο για κάθε διάδικο⁵⁷ δύσκολα συνάδει με την ασφάλεια δικαίου, στην οποία στηρίζεται όλη η κατασκευή του διαχρονικού δικαίου της νομολογίας. Εξάλλου, εάν η τεχνική του δικαστή να προβαίνει σε μεταστροφές της νομολογίας σε περιπτώσεις απορριπτικών δικαστικών αποφάσεων μπορεί κάθε φορά να αντιμετωπίζει το πρόβλημα στο πλαίσιο της υπό κρίση υπόθεσης, δεν είναι διόλου προφανές ότι η ίδια τεχνική καλύπτει την επίλυση του προβλήματος και στο πλαίσιο όλων των όμοιων εκκρεμών υποθέσεων. Ορθώς λοιπόν επισημαίνεται ότι δεν υπάρχει ένας γενικός κανόνας ο οποίος μπορεί να ρυθμίσει το παραπάνω ζήτημα και, επομένως, ο δικαστής πρέπει να εξετάζει «κάθε συγκεκριμένη περίπτωση χωριστά, με βάση εκτιμήσεις σκοπιμότητας»⁵⁸.

Συναφώς, το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας, όταν δεν στηρίζεται σε προηγούμενη νομοθετική πρόβλεψη και χάραξη γενικών ορθολογικών κριτηρίων, ουσιαστικά θεμελιώνεται στις εκτιμήσεις του δικαστή για την πρακτική αξία, τη χρησιμότητα και την εναρμόνιση της εκάστοτε λύσης που ο ίδιος υιοθετεί με το όποιο αίσθημα δικαιοσύνης θεωρεί κυρίαρχο. Πρόκειται για μια αγγλοσαξονικού τύπου νομιμοποίηση του δικαιοδοτικού έργου που με τη σχολιαζόμενη απόφαση υιοθετεί και ο Γάλλος διοικητικός δικαστής, επικαλούμενος την ανάγκη υπέρβασης των υφιστάμενων αγκυλώσεων της ισχύουσας έννομης τάξης⁵⁹ και προφανώς στηριζόμενος στο

ειδικό θεσμικό του βάρος στο πλαίσιο της ιστορικής εξέλιξης του γαλλικού διοικητικού δικαίου. Τούτη όμως η νομιμοποίηση δεν απαλλάσσει το Conseil d'Etat από το βάρος να εντοπίσει και να συστηματοποιήσει στο μέλλον όλους εκείνους τους διαδικαστικούς κανόνες και τα κριτήρια προσδιορισμού στον χρόνο των νομολογιακών μεταστροφών. Άλλωστε, το ίδιο Δικαστήριο, μετά την απόφαση «Association AC! et autres», προέβη σε μια ανάλογη συστηματοποίηση διαδικαστικών κανόνων και κριτηρίων προσδιορισμού των διαχρονικών αποτελεσμάτων της δικαστικής ακύρωσης διοικητικής πράξης⁶⁰.

* * *

Με τη σχολιαζόμενη απόφαση, το σκεπτικό της οποίας εμφανίζει το ύφος νομοθετικού κειμένου, το Conseil d'Etat αναθεώρησε άρδην τη δικονομία των διοικητικών συμβάσεων, προκειμένου να διασφαλίσει την πλήρη και αποτελεσματική δικαστική προστασία των τρίτων μη συμβαλλόμενων ανταγωνιστών. Δεν χωρεί αμφιβολία ότι αυτή η σπουδαία απόφαση θα γίνει αντικείμενο ποικίλων αναλύσεων αναφορικά με το νέο ένδικο βοήθημα για την αμφισβήτηση του κύρους των διοικητικών συμβάσεων και με το διαχρονικό δίκαιο της νομολογίας που θεσπίζει. Πριν απ' όλα, όμως, κάθε αναγνώστης της θα νιώσει και αυτός την έκπληξη αλλά και τον θαυμασμό που ένιωσε ο Πρίγκιπας Ντον Φαμπρίτσιο όταν άκουσε τον Τανκρέντι, τον ανιψιό του, να του λέγει: «Αν θέλουμε να μείνουν όλα όπως είναι, τότε πρέπει όλα ν' αλλάξουν.»⁶¹.

Κωνσταντίνος Θ. Γιαννακόπουλος

Λέκτορας Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών

(56) Βλ. C. Yannakopoulos, L'apport de la notion de fait administratif institutionnel à la théorie du droit administratif, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1997, αρ. 38, σ. 17 επ., ιδίως αρ. 21 και 30.

(57) Πρβλ. ΑΠ 114/1989, σκέψη 2.

(58) Βλ. F. Lenica/J. Boucher, ό.π..

(59) Βλ. F. Lenica/J. Boucher, ό.π..

(60) Βλ., συναφώς, για τον αυτεπάγγελτο ή κατόπιν αιτήματος των διαδίκων περιορισμό των διαχρονικών αποτελεσμάτων της δικαστικής ακύρωσης, την υποχρέωση εξέτασης του συνόλου των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης πριν από την απόφαση τέτοιου περιορισμού και την υποχρέωση πλήρους και εμπειροστατωμένης αιτιολογίας σε περίπτωση αποδοχής της δυνατότητας τέτοιου περιορισμού, E. Πρεβεδούρου, ό.π., σ. 57 επ..

(61) Giuseppe Tomasi di Lampedusa, «Ο Γατόπαρδος», Μετάφραση Μ. Σπυριδοπούλου, Εκδόσεις Bell, 1999, 2004, 68.