

αξιοπρέπειας (άρ. 2 παρ. 1 Σ.) αλλά και ανάπτυξης της προσωπικότητας (άρ. 5 παρ. 1 Σ.)

**IV. Κριτική αποτίμηση**

Είναι αξιοσημείωτο ότι στην εδώ σχολιαζόμενη απόφαση του το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν καταπιάνεται καθόλου με την οπτική της προστασίας του δικαιώματος στην περυσία, κατά το άρ. 1 του 1ου Πρόσθ. Πρωτ. της ΕΣΔΑ, ούτε και φαίνεται να έλαβε καθόλου υπόψη τη συναφή νομολογία του ΕΔΔΑ. Εξάλλου, από την αντιπαραβολή της τελευταίας αυτής απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την ανωτέρω μνημονευθείσα 1492/2002 απόφαση του ίδιου Δικαστηρίου εύκολα μπορεί κανείς να εντοπίσει αντιφάσεις ή στην καλύτερη περίπτωση ασυνέχειες. Συγκεκριμένα και στις δύο περιπτώσεις το αδίκημα ή παράπτωμα

δεν τελούν «σε άμεση σχέση με το συνταξιοδοτικό καθεστώς» αλλά «με την υπηρεσιακή κατάσταση του εν ενεργεία υπαλλήλου», και στις δύο περιπτώσεις τίθεται σε «σε κίνδυνο η διαβίωση» του υπαλλήλου με συνέπεια ακόμα και την προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (άρ. 2 παρ. 1 Σ.) ενώ ο κοινός δημόσιος σκοπός της «εύρυθμη[ς] λειτουργία[ς] της δημόσιας υπηρεσίας» υπερακοντίζεται εξίσου. Αντίθετα είναι εξαιρετικά αμφίβολο αν η αποστέρηση της σύνταξης μπορεί να αποδειχθεί αναγκαίο, κατάλληλο και τελικά ανάλογο μέτρο για την επίτευξη του συγκεκριμένου «αντεγκληματικού» σκοπού, ιδίως μάλιστα αφού το συγκεκριμένο μέτρο δεν μπορεί να εξατομικευτεί.

**Ευτύχης Φυτράκης**

*Δ.Ν., Δικηγόρος, Ειδικός Επιστήμων ΣτΠ*

**Προς έναν γενικό περιορισμό του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων;**

**ΣτΕ 764/2006 Τμ. Ε΄**

Πρόεδρος: Κ. Μενουδάκος, Αντιπρόεδρος ΣτΕ  
 Εισηγητής: Ι. Μαντζουράνης, Σύμβουλος  
 Δικηγόροι: Γ. Αντωνάκης, Π. Ι. Μισιούδης

Νομικές Διατάξεις: Άρθρα 20 παρ. 1, 87 παρ. 2, 93 παρ. 4 Σ., 14 παρ. 5 π.δ. 18/1989

*Κατά την κρατήρσασα άποψη, στο πλαίσιο της οποίας διατυπώθηκαν επι μέρους ειδικότερες γνώμες, έγινε δεκτό ότι ο παρεμπόπτον ελεγχος της νομιμότητας των κανονιστικών πράξεων, ο οποίος μπορεί να οδηγήσει σε ανατροπή νομικών σχέσεων και καταστάσεων και να κλονίσει την ασφάλεια των συναλλαγών, ιδίως όταν ασκείται μετά πάροδο μακρού χρονικού διαστήματος από την έναρξη ισχύος της κανονιστικής πράξης, δεν απαιτείται να ταυτίζεται κατά περιεχόμενο προς τον ευθύ ακυρωτικό έλεγχο, να εκτείνεται δηλαδή σε οποιαδήποτε πλημμέλεια ήταν δυνατό να προβληθεί επί ευθείας προσβολής της πράξης, ασκούμενος χωρίς χρονικό περιορισμό. Κατά την μειοψηφήσασα άποψη, δεν είναι επιτρεπτός κανενός είδους περιορισμός του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων, βασικής αρχής του δικαίου των διοικητικών διαφορών, που απορρέει από το κατοχυρούμενο στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος ατομικό δικαίωμα της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Παραπομπή στην Ολομέλεια.*

{...} 7. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση με τις .../31.10.1991 και 1250/92/22.6.1994 αποφάσεις του Νομάρχη Χαλκιδικής (ΦΕΚ Δ' 908 και 676, αντιστοίχως), που κατά το χρόνο εκείνο αποτελούσε περιφερειακό όργανο του κράτους, εγκρίθηκαν οι όροι δομήσεως του οικισμού Παραήϊας Φ. Χ., ο οποίος με την 55254/22.1.1988 (ΦΕΚ Δ' 128) απόφαση του ίδιου Νομάρχη έχει χαρακτηριστεί ως παραήϊακός. Βάσει των όρων αυτών, εκδόθηκε στη συνέχεια η προαναφερόμενη οικοδομική άδεια (.../2.7.2003), με την οποία επιτράπηκε η ανέγερση συγκροτήματος διώροφων κατοικιών με υπόγειο, στέγη και περίφραξη σε οικόπεδο εμβαδού 5.740,70 τ.μ., του οποίου οι εκκαθούντες είναι αποκλειστικοί συγκύριοι, συννομείς και συγκάτοχοι σε ποσοστό 80% και 20% εξ αδιαίρετου. Κατά της οικοδομικής αυτής άδειας οι εφεσβήθητοι άσκησαν αίτηση ακυρώσεως, επί της οποίας εκδόθηκε η εκκαθουμένη 1534/2005 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης. Με την εν λόγω απόφαση το Διοικητικό Εφετείο εξέτασε παρεμπιπτόντως τη νομιμότητα των νομαρχιακών πράξεων επιβολής όρων δόμησης, επί των οποίων ερείδεται η ανωτέρω οικοδομική άδεια, και ακύρωσε την άδεια αυτή με τη σκέψη ότι οι προαναφερόμενοι όροι καθορίσθηκαν αναρμοδίως από το Νομάρχη και όχι με την έκδοση προεδρικού διατάγματος. Ήδη με προσβαλλόμενο λόγο εφέσεως αμφισβητείται η νομιμότητα της κρίσης αυτής του δικαστηρίου.

8. Επειδή, εν όψει του ανωτέρω λόγου εφέσεως ανακύπτει προεχόντως το ζήτημα αν ο παρεμπόπτον έλεγχος των κανονιστικών πράξεων από τα δικαστήρια είναι απεριόριστος ή υπόκειται σε περιορισμούς. Η αρχή της νομιμότητας της δράσης της Διοικήσεως, που αποτελεί έκφραση της αρχής του Κράτους Δικαίου, η οποία έχει συνταγματική θεμελίωση, επιβάλλει, σε περίπτωση προσβολής ενώπιον διοικητικού δι-

καστηρίου ατομικής διοικητικής πράξεως, να ελέγχεται παρεμπιπτόντως η νομιμότητα των κανονιστικών πράξεων, στις οποίες ερείδεται η ευθέως πληττόμενη με το ένδικο βοήθημα ατομική πράξη, εν όψει και των καθιερωμένων στην ελληνική έννομη τάξη δικονομικών κανόνων ευθείας προσβολής των κανονιστικών πράξεων, κατά τους οποίους η προθεσμία ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως κατ' αυτών κινείται από μόνη τη δημοσίευσή τους και είναι σχετικώς βραχεία (εξηκονθήμερη). Κατά τη γνώμη του Προέδρου του Τμήματος, των Συμβούλων Αγγ. Θεοφιλοπούλου, Ν. Ρόζου και Αθ. Ράντου και της Παρέδρου Μ. Τριπολιτσιώτη, η ανωτέρω αρχή πρέπει να εφαρμόζεται σε αρμονία προς τις αρχές της προστατευόμενης εμπιστοσύνης και της ασφαλείας του δικαίου που έχουν επίσης συνταγματική θεμελίωση. Κατ' ακολουθίαν, ο παρεμπιπτόντων έλεγχος, ο οποίος μπορεί να οδηγήσει σε ανατροπή νομικών σχέσεων και καταστάσεων και να κλονίσει την ασφάλεια των συναλλαγών, ιδίως όταν ασκείται μετά πάροδο μακρού χρονικού διαστήματος από την έναρξη ισχύος της κανονιστικής πράξεως, δεν απαιτείται να ταυτίζεται κατά περιεχόμενο προς τον ευθύ ακυρωτικό έλεγχο, να εκτείνεται δηλαδή σε οποιαδήποτε πλημμέλεια ήταν δυνατό να προβληθεί επί ευθείας προσβολής της πράξεως, ασκούμενος χωρίς χρονικό περιορισμό. Ειδικότερα, ο Πρόεδρος του Τμήματος, οι σύμβουλοι Αγγ. Θεοφιλοπούλου και Ν. Ρόζος και η Πρόεδρος Μ. Τριπολιτσιώτη διατύπωσαν τη γνώμη ότι ως προς την εσωτερική νομιμότητα της κανονιστικής πράξεως, δηλαδή τη νομιμότητα του περιεχομένου της ρυθμίσεως, ο παρεμπιπτόντων έλεγχος πρέπει να ασκείται χωρίς χρονικούς περιορισμούς, ώστε να αποτρέπεται η εφαρμογή κανονιστικής πράξεως, με την οποία εισάγονται στην έννομη τάξη παράνομες ρυθμίσεις, ενώ, αντιθέτως, πλημμέλειες που συνίστανται σε παραβάσεις διαδικαστικών κανόνων και δεν άπτονται της εσωτερικής νομιμότητας της κανονιστικής πράξεως δεν επιτρέπεται να ελέγχονται παρεμπιπτόντως επ' ευκαιρία προσβολής ατομικής πράξεως εκδομένης μετά την πάροδο πενταετίας από την έναρξη της ισχύος της κανονιστικής, διότι, με την αντίθετη εκδοχή ο παρεμπιπτόντων έλεγχος θα οδηγούσε σε ανατροπή μετά χρονικό διάστημα νομικών καταστάσεων, στις οποίες ευλόγως απέβλεψαν καλῶς οπιστά οι διοικούμενοι, λόγω τυπικών και μόνον παραβάσεων που ενεφιλοχώρησαν κατά την θέσπιση της κανονιστικής ρυθμίσεως. Από τα ανωτέρω μέλη, ο Πρόεδρος του Τμήματος διατύπωσε περαιτέρω τη γνώμη ότι στις τυπικές πλημμέλειες, ως προς τις οποίες ο παρεμπιπτόντων έλεγχος περιορίζεται χρονικώς κατά τα προαναφερόμενα, περιλαμβάνεται και η αναρμοδιότητα, ανεξαρτήτως του χαρακτήρα της παραβιαζομένης διατάξεως, δηλαδή αν πρόκειται για διάταξη κοινού νόμου ή διάταξη υπερνομοθετικής ισχύος, η δε Σύμβουλος Αγγ. Θεοφιλοπούλου και η Πρόεδρος Μ. Τριπολιτσιώτη δέχθηκαν ότι στο χρονικό αυτόν περιορισμό δεν υπόκειται ο παρεμπιπτόντων έλεγχος της αρμοδιότητας, η οποία έχει συνταγματικό έρεισμα, ενώ κατά την άποψη του Συμβούλου Ν. Ρόζου η αρμοδιότητα ελέγχεται παρεμπιπτόντως σε κάθε περίπτωση, χωρίς χρονικό περιορισμό, εξομοιούμενη από την άποψη αυτή προς τα θέματα εσωτερικής

νομιμότητας της κανονιστικής πράξεως. Εξ άλλου, ο Σύμβουλος Αθ. Ράντος διατύπωσε τη γνώμη ότι, εν όψει των ως άνω αρχών, ο παρεμπιπτόντων έλεγχος τόσο της εξωτερικής όσο και της εσωτερικής νομιμότητας της κανονιστικής πράξεως επιτρέπεται μόνον εντός του ως άνω πενταετούς χρονικού διαστήματος, διότι δεν δικαιολογείται σχετική διαφοροποίηση. Τέλος, κατά τη γνώμη του Συμβούλου Ιω. Μαντζουράνη και του Παρέδρου Δημ. Βασιλειάδη, δεν είναι επιτρεπτός κανενός είδους περιορισμός του παρεμπιπτόντων ελέγχου των κανονιστικών πράξεων, βασικής αρχής του δικαίου των διοικητικών διαφορών, που απορρέει από το κατοχυρούμενο στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος ατομικό δικαίωμα της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Και τούτο διότι σκοπός της αρχής του παρεμπιπτόντων ελέγχου του απρόσωπου και αφηρημένου κανόνα δικαίου, του οποίου τα αποτελέσματα δεν εξαντλούνται σε μια ατομική περίπτωση, αλλιά που προορίζεται να εφαρμοστεί σε πολλή μελλοντικές περιπτώσεις, είναι η δυνατότητα έμμεσης προσβολής του κανόνα αυτού από πρόσωπα, τα οποία κατά το χρόνο εκδόσεως της κανονιστικής πράξεως και εντός της προθεσμίας ευθείας προσβολής της με αίτηση ακυρώσεως δεν είχαν τις νόμιμες προϋποθέσεις (τον αναγκαίο δεσμό με την πράξη) να την προσβάλλουν ευθέως. Ο χρονικός περιορισμός δηλαδή του ελέγχου αυτού θα οδηγούσε στο άτοπο η κανονιστική πράξη να θεωρείται μετά την πάροδο του κατά τα ως άνω χρονικού διαστήματος ως έχουσα «αμάχητο τεκμήριο» νομιμότητας, ακόμα και στην περίπτωση που είχε τυχόν κριθεί από τα δικαστήρια με παρεμπιπτόντων έλεγχο, εντός του χρονικού αυτού διαστήματος, ως παράνομη. Σε καμία περίπτωση πάντως δεν μπορεί να περιορισθεί ο παρεμπιπτόντων έλεγχος της κανονιστικής πράξεως, όταν αυτή παραβιάζει το Σύνταγμα, είτε ευθέως κατά το περιεχόμενό της είτε ως στηριζόμενη σε αντισυνταγματικό εξουσιοδοτικό νόμο, διότι τούτο θα προσέκρουε στα άρθρα 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 του Συντάγματος. Τέλος, κατά την ίδια πάντα άποψη η δικαστική προστασία του έχοντος έννομο συμφέρον να προβάλει ως λόγος ακυρώσεως της ατομικής πράξης την παρανομία της κανονιστικής στην οποία στηρίζεται, δεν μπορεί να εξαρτάται από το τυχαίο γεγονός της εκδόσεως ατομικής πράξεως που θα μπορούσε να προσβάλλει εντός του ανωτέρω χρονικού διαστήματος γεγονός που συμβαίνει ιδίως στην περίπτωση των οικοδομικών αδειών, οι οποίες εκδίδονται κατά νόμον μετά την έκδοση των πράξεων εφαρμογής των πολεοδομικών μελετών, ήτοι μετά την πάροδο ικανού χρόνου από τη δημοσίευση των οικείων κανονιστικών πράξεων.

9. Επειδή, λόγω της σπουδαιότητας του ανωτέρω ζητήματος και, εν όψει της μέχρι τούδε παγίας νομοθεσίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, προς την οποία είναι αντίθετες οι γνώμες που υποστηρίχθηκαν από την πλειοψηφία των μελών του Τμήματος, το Τμήμα κρίνει ότι το ζήτημα αυτό πρέπει να παραπεμφθεί προς επίλυση στην Ολομέλεια, κατ' άρθρο 14 παρ. 5 του π.δ. 18/1989, με εισηγητή το Σύμβουλο Ιωάννη Μαντζουράνη.

(Παραπέμπει στην Ολομέλεια)

## Σχόλιο

Λίγες είναι οι φορές στις οποίες αναδεικνύεται ο δικαιοπλαστικός ρόλος του δικαστή τόσο έντονα όσο στη σχολιαζόμενη απόφαση, στην οποία το Ε΄ Τμήμα (επταμελής σύνθεση) του Συμβουλίου της Επικρατείας προτείνει την μεταβολή παγίων θέσεων της νομολογίας και της θεωρίας σχετικά με τη χρονικά απεριόριστη δυνατότητα παρεμπόδισης ελέγχου της εσωτερικής και εξωτερικής νομιμότητας των κανονιστικών πράξεων<sup>1</sup>. Η απόφαση αυτή εκδόθηκε σε έφεση κατά απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, το οποίο έκανε δεκτή αίτηση ακύρωσης κατά οικοδομικής άδειας, αφού προηγουμένως έλεγξε και έκρινε παρεμπιπτόντως παράνομη τη συναφή πράξη επιβολής όρων δόμησης με τη σκέψη ότι οι όροι αυτοί καθορίστηκαν αναρμοδίως από τον Νομάρχη και όχι με την έκδοση προεδρικού διατάγματος. Το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να επιβεβαιώσει τόσο τη νομολογία του με την οποία απορρίπτει ενστάσεις περί κατ'αρχήν άσκησης της αίτησης ακύρωσης<sup>2</sup> όσο και την πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειάς του σχετικά με την υποχρέωση έγκρισης και τροποποίησης πολεοδομικών μελετών και θέσπισης ρυθμίσεων πάσης φύσεως όρων δόμησης με την έκδοση προεδρικού διατάγματος<sup>3</sup>. Το ιδιαίτερο όμως ενδιαφέρον της σχολιαζόμενης απόφασης έγκειται στην όγδοη παράγραφο του σκεπτικού της, στην οποία το Δικαστήριο, κρίνοντας, ότι, ενόψει σχετικού λόγου έφεσης, ανακύπτει ζήτημα παρεμπόδισης ελέγχου της νομιμότητας κανονιστικής πράξης, αποφάσισε να προτείνει τον γενικό περιορισμό του ελέγχου αυτού. Από το σημείο αυτό και πέρα, το σκεπτικό της απόφασης, προσομοιάζει με πρακτικό νομοπαρασκευαστικής επιτροπής στην οποία αντιπαρατίθενται διάφορες *de lege ferenda* προτάσεις. Αφενός, πλειοψηφία πέντε μελών του Δικαστηρίου (του Προέδρου, τριών Συμβούλων και μίας Παρέδρου) έκρινε ότι η εναρμόνιση της συνταγματικής αρχής της νομιμότητας με τις επίσης συνταγματικές αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της ασφάλειας δικαίου, επιβάλλει τον περιορισμό στο χρόνο του παρεμπόδισης ελέγχου των κανονιστικών πράξεων. Στο εσωτερικό της κρατήσασας αυτής άποψης διατυπώθηκαν επί μέρους γνώμες ως προς το αν ο παραπάνω περιορισμός πρέπει να περιλαμβάνει κάθε λόγο ακύρωσης ή μόνον εκείνους που αφορούν σε παραβιάσεις διαδικαστικών κανόνων που δεν άπτονται της εσωτερικής νομιμότητας. Διαφοροποιήσεις υπήρξαν και ως προς τη σκοπιμότητα περιορισμού του παρεμπόδισης ελέγχου της αρμοδιότητας είτε αυτή έχει υπερνομοθετικό έρεισμα είτε όχι. Αφετέρου, μειοψηφία δύο μελών

του Δικαστηρίου (του εισηγητή Συμβούλου και ενός Παρέδρου), διατύπωσε την άποψη ότι, διάφοροι λόγοι και, ιδίως, ο σεβασμός του δικαιώματος δικαστικής προστασίας και η υποχρέωση ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, δεν επιτρέπουν κανενός είδους περιορισμό του παρεμπόδισης ελέγχου των κανονιστικών πράξεων.

Η πλήρης ανάλυση της θεμελίωσης και της έκτασης του παρεμπόδισης ελέγχου της νομιμότητας των διοικητικών και, ειδικότερα, των κανονιστικών πράξεων απαιτεί εκτενείς αναπτύξεις που υπερβαίνουν τα όρια του σύντομου αυτού σχολίου<sup>4</sup>. Εξάλλου, από τη στιγμή που η σχολιαζόμενη απόφαση δικαιολογημένα παρέπεμψε το σπουδαίο αυτό ζήτημα στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου, σύντομα θα υπάρξουν περαιτέρω ευκαιρίες συνολικού αναστοχασμού ακόμη και από τον ίδιο τον διοικητικό δικαστή. Ωστόσο, αξίζει να εκτεθούν κάποιοι πρώτοι συνοπτικοί προβληματισμοί, καθώς σημαντικές αμφιβολίες γεννώνται τόσο ως προς τη σκοπιμότητα (Α) όσο και ως προς τη νομιμοποίηση (Β) της προτεινόμενης νομολογιακής μεταβολής του καθεστώτος παρεμπόδισης ελέγχου των κανονιστικών πράξεων.

### Α. Η αμφίβολη σκοπιμότητα του γενικού περιορισμού του παρεμπόδισης ελέγχου των κανονιστικών πράξεων

Η χρονικά απεριόριστη δυνατότητα παρεμπόδισης ελέγχου των κανονιστικών πράξεων δικαιολογείται, μεταξύ άλλων, όχι μόνον από την τήρηση της αρχής της νομιμότητας αλλά και από το γεγονός ότι οι πράξεις αυτές δεν δημιουργούν συνήθως από μόνες τους κεκτημένα δικαιώματα<sup>5</sup>. Σε περίπτωση δε που οι εν λόγω πράξεις κρι-

(1) Βλ., αντί άλλων, Ε. Σπηλιωτόπουλου, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, 11η έκδ., Αθήνα - Κομοτηνή, 2005, αρ. 103, Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 5η έκδ., Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, 2004, αρ. 156, Διοικητικό Δίκαιο / Σιούτη, Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, σ. 211

(2) Βλ. ΣτΕ Ολ. 2521/2000, 3367/2005.

(3) Βλ. ΣτΕ Ολ. 3661/2005, ΠερΔικ 2005, σ. 633 επ. Βλ., σχετικά, Π. - Μ. Ενστρατίου, Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας ως φορέας «άσκησης αρμοδιότητων που συνιστούν αποστολή του κράτους» (άρθρο 102 παρ. 1 Σ). Η αντι-συνταγματικότητα της ανάθεσης αρμοδιοτήτων πολεοδομικών ρυθμίσεων σε άλλα όργανα της διοίκησης με το άρθρο 10 παρ. 1 του ν. 3044/2002 (ΣτΕ Ολ 3661/2005), ΠερΔικ 2005, σ. 544 επ.

(4) Βλ., αντί άλλων, Β. Seiller, L'exception d'illégalité des actes administratifs, διδακτορική διατριβή, Paris 2, 1995.

(5) Βλ. Π. Σιούτη, Το τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή, 1994, σ. 157. Ας υπομνησθεί ότι ο εξαιρετικός περιορισμός του παρεμπόδισης ελέγχου των διακηρύξεων διαγωνι-

θούν παρεμπιπτόντως παράνομες, έχει γίνει δεκτό ότι ακόμη και η τυχόν υποχρέωση επανεξέτασης των λεγόμενων «ομοίων» με ακυρωθείσα ατομικών πράξεων εφαρμογής τους καταρχήν δεν θίγει τα κεκτημένα δικαιώματα που έχουν δημιουργηθεί μέσω της εφαρμογής αυτής<sup>6</sup>. Επομένως, όταν η κρατήσασα στη σχολιαζόμενη απόφαση άποψη επικαλείται τις γενικές αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της ασφάλειας δικαίου, προφανώς δεν αναφέρεται στην ανάγκη σταθερότητας των διαμορφωθείσων ατομικών διοικητικών καταστάσεων, η οποία ήδη διασφαλίζεται από τη νομολογία, αλλά σε μια ανάγκη σταθερότητας των γενικών διοικητικών καταστάσεων που δημιουργούνται ευθέως από τις κανονιστικές πράξεις. Μέχρι στιγμής, όμως, η όποια επίκληση της ασφάλειας δικαίου και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης αναφορικά με γενικές διοικητικές καταστάσεις δεν αφορά στην απαγόρευση μεταβολής τους αλλά περιορίζεται απλώς στην απαίτηση η όποια μεταβολή να μην είναι αιφνίδια και να ρυθμίζεται ενδεχομένως από τις τυχόν απαραίτητες μεταβατικές διατάξεις<sup>7</sup>. Εντούτοις, η σχολιαζόμενη απόφαση φαίνεται να προχωρά ένα βήμα παραπάνω και να προβάλλει την ανάγκη περιορισμού της ίδιας της δυνατότητας ανατροπής των γενικών «νομικών σχέσεων και καταστάσεων».

Συναφώς, μολοντί γίνεται αναφορά στον πιθανό κλονισμό της «ασφάλειας των συναλλαγών», με τη σχολιαζόμενη απόφαση το Ε΄ Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας μάλλον επιδιώκει να αντιμετωπίσει, στο πλαίσιο του πολεοδομικού σχεδιασμού, τον κίνδυνο τυχόν ανατροπή κανονιστικών ρυθμίσεων που κρίνονται παρεμπιπτόντως παράνομες μετά πάροδο μακρού χρόνου από την έναρξη ισχύος τους να μη συνοδευτεί από αντικατάστασή τους με εξίσου προστατευτικές για το περιβάλλον ρυθμίσεις. Ο σημαντικός αυτός κίνδυνος θα μπορούσε όμως να αντιμετωπιστεί με τρόπο ασφαλέστερο από τον προτεινόμενο γενικό περιορισμό του παρεμπιπτόντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων, ο οποίος ενδέχεται να προκαλέσει αδόκητες αλυσιδωτές επιπτώσεις στο καθεστώς δικαστικού ελέγχου των διοικητικών πράξεων.

Καταρχάς, πρέπει να σημειωθεί ότι, όπως εύστοχα επισημαίνεται σε μία από τις επάλληλες προς την κρατήσασα απόψεις, ενδεχόμενος περιορισμός του παρεμπιπτόντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων μάλλον μόνο χρονικός θα μπορούσε να είναι, εφόσον η διαφοροποίηση μεταξύ παρεμπιπτόντος ελέγχου εσωτερικής και εξωτερικής νομιμότητας δεν είναι διόλου ευχερής. Άλλωστε, αν ο διοικητικός δικαστής υποβάθμιζε τον έλεγχο των τυπικών παραβάσεων στο όνομα της ασφάλειας δικαίου, η απόφασή του αυτή θα ερχόταν σε αντίθεση με προηγούμενες, σχετικά πρόσφατες επιλογές του. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με τα κριθέντα στην απόφαση

ΣτΕ Ολ. 530/2003, εφόσον οι κανονιστικές πράξεις δεν εκδίδονται κατ' ενάσκηση δέσμιας αρμοδιότητας, ο έλεγχος της εξωτερικής νομιμότητάς τους δεν μπορεί να θεωρηθεί αλυσιτελής ούτε υποδεέστερος του ελέγχου της εσωτερικής νομιμότητας τους<sup>8</sup>. Η αντίθετη άποψη μάλλον θα υποδήλωνε μια ατυχή προσπάθεια μεταφοράς στο καθεστώς παρεμπιπτόντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων της θεωρίας των ανέλεγκτων *interna corporis* της Βουλής στο πλαίσιο του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Εξάλλου, το ενδεχόμενο, μετά την πάροδο πολλών ετών, μια ανοργάνωτη δημόσια διοίκηση να μην έχει διαφυλάξει έγγραφα που αποδεικνύουν την τήρηση κανόνων που διέπουν τη διαδικασία έκδοσης κανονιστικών της πράξεων, δεν αρκεί για να δικαιολογήσει τον περιορισμό του παρεμπιπτόντος ελέγχου της εξωτερικής νομιμότητας των πράξεων αυτών και μάλιστα χωρίς ειδική νομοθετική ρύθμιση.

Όστόσο, και ο ενδεχόμενος χρονικός περιορισμός του παρεμπιπτόντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων θα έχει ευρύτερες συνέπειες στο γενικότερο καθεστώς των τελευταίων. Όπως εύστοχα επισημαίνει η μειοψηφήσασα άποψη, μπορεί να ανακύψει το παράδοξο κανονιστικές πράξεις που έχουν κριθεί παρεμπιπτόντως παράνομες να αποκτούν «αμάχητο τεκμήριο νομιμότητας». Επομένως, θα είναι πλέον απολύτως αναγκαίο να προβλεφθεί η υποχρέωση ανάκλησής τους τουλάχιστον για το μέλλον<sup>9</sup>. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, αν γινόταν δεκτό ότι, μετά την πάροδο ορισμένου χρόνου, οι κανονιστικές

ομών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (βλ., ενδεικτικά, ΣτΕ Ολ. 1415/2000, 2951/2004, 3242/2004. Πρβλ. ΔΕΚ, 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau*, Συλλογή 2002, I-11617, σκέψεις 75-76, ΔΕΚ, 12.02.2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*, Συλλογή 2004, I-1829), ο οποίος δεν ισχύει ως προς τον παρεμπιπτόντα έλεγχο των διακηρύξεων διαγωνισμού για το διορισμό στο Δημόσιο (βλ. ΣτΕ 900/2003), θεμελιώνεται πρωτίτως στην έλλειψη εννόμου συμφέροντος λόγω τεχμαιωμένης αποδοχής της προσβαλλόμενης πράξης μέσω της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στο διαγωνισμό. Βλ. Διοικητικό Δίκαιο / Σιούτη, ό.π., σ. 212.

(6) Βλ., αντί άλλων, ΣτΕ 2176/2004 (σκέψη 4), 370/1997. Βλ., σχετικά, και Κ. Γιαννακόπουλο, Η υποχρέωση ανάκλησης ατομικών διοικητικών πράξεων «ομοίων» με ακυρωθείσα πράξη, Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή, 1998, σ. 90 επ.

(7) Βλ. Π. Μουζουράκη, Η αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης στην πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ, in Τόμος Τιμητικός του ΣτΕ. 75 χρόνια, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2004, σ. 363 επ., ιδίως σ. 384. Βλ., από το γαλλικό δίκαιο, την πρόσφατη απόφαση CE, Ass., 24.3.2006, *Société KPMG - Société Ernst & Young Audit et autres*, requêtes n° 288460, 288465, 288474, 288485.

(8) Βλ. και ΣτΕ ΕΑ 80/2005, ΣτΕ 808/2004, 797/2004.

(9) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλο, ό.π., αρ. 67. Ας σημειωθεί ότι, στη Γαλλία, έγινε δεκτό πως ο νομοθετικός περιορισμός του παρεμπιπτόντος ελέγχου τυπικών πλημμελειών κανονιστικών πράξεων που αφορούν στο πολεοδομικό δίκαιο [βλ. το άρθρο L600-1 του Code de l'urbanisme (νόμος της 9ης.2.1994), R.Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15ème éd., Montchrestien 2001, αρ. 1016] δεν προσβάλλει το δικαίωμα δικαστικής προστασίας ενόψει του γεγονότος ότι οι διοικουμένοι μπορούν να ζητήσουν την κατάργηση των «εξαρχής ή μεταγενέστερα-παράνομων κανονιστικών πράξεων και να προσβάλουν με αίτηση ακύρωσης τη συναφή ρητή ή σιωπηρή άρνηση της Διοίκησης. Βλ. CC, 21.1.1994, n° 93-335, JO 26.1.1994, σ. 1382, σκέψη 4.

πράξεις όντως αποκτούν ένα «αμάχητο τεκμήριο» νομιμότητας για λόγους δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των διοικουμένων και ασφάλειας δικαίου, τότε θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πρέπει να περιοριστεί ανάλογα και η δυνατότητα ανάκλησής τους, όπως συμβαίνει στις ατομικές διοικητικές πράξεις που δημιουργούν δικαιώματα.

Επιπλέον, όπως επίσης εύστοχα αναλύεται στο πλαίσιο της μειοψηφίας άποψης, η προτεινόμενη μεταβολή του καθεστώτος των κανονιστικών πράξεων θα είχε ιδιαίτερα δυσμενείς συνέπειες τόσο ως προς την ακόλυτη άσκηση γενικά του δικαιώματος δικαστικής προστασίας όσο και ως προς τη δυνατότητα ελέγχου της συνταγματικότητας των γενικών και απρόσωπων κανόνων δικαίου ή/και της συμβατότητάς τους με υπέρτερους διεθνείς και κοινοτικούς κανόνες. Ας τονιστεί, εξάλλου, ότι, εφόσον θεμελιώνεται στις συνταγματικές αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της ασφάλειας δικαίου, ο προτεινόμενος περιορισμός του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων δεν αφορά μόνο στις περιπτώσεις αίτησης ακύρωσης κατά ατομικής πράξης εφαρμογής τους αλλά και στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 80 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας. Κοινοτολός, θα οδηγήσει σε αποκλεισμό της δυνατότητας αποζημίωσης κάθε διοικουμένου ο οποίος, πέντε χρόνια μετά την έναρξη ισχύος μιας κανονιστικής πράξης, υφίσταται ζημία είτε από ευθεία και άμεση εφαρμογή της είτε από ατομική πράξη εφαρμογής της.

Ενόψει των παραπάνω επισημάνσεων, η πρόταση της πλειοψηφίας των μελών του Ε' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας στη σχολιαζόμενη απόφαση μοιάζει να ανοίγει τους ασκούς του Αιόλου. Εντούτοις, ο οποίος κίνδυνος υποβάθμισης του περιβάλλοντος από ενδεχόμενη ανατροπή μακροχρόνιων κανονιστικών ρυθμίσεων και διοικητική ή νομοθετική αντικατάστασή τους με δυσμενέστερες για το περιβάλλον ρυθμίσεις, θα μπορούσε ίσως να αντιμετωπιστεί μέσω της απαγόρευσης επιδείνωσης των περιβαλλοντικών συνθηκών και των όρων διαβίωσης, ακόμη και αν οι τελευταίοι έχουν διαμορφωθεί βάσει κανονιστικής διοικητικής πράξης που κρίθηκε παρεμπόπτοντως παράνομη. Τούτη η λύση θα μπορούσε να στηριχτεί σε ένα συνδυασμό της νομολογίας περί περιβαλλοντικού κεκτημένου με την αρχή της σταθερότητας μακροχρόνιων διοικητικών καταστάσεων οι οποίες έχουν δημιουργηθεί υπό το καθεστώς του τεκμηρίου νομιμότητας διοικητικών πράξεων. Ας υπομνηστεί δε ότι η θεμελίωση αυτής της τελευταίας αρχής υπερβαίνει το διοικητικό δίκαιο, καθώς πηγάζει από τη γενική αποδοχή, που διατρέχει όλους τους κλάδους δικαίου, ότι η πάροδος μακρού χρονικού διαστήματος μπορεί, ως οιονεί

πηγή δικαίου, να αποτελέσει παράγοντα νομιμοποίησης στο επίπεδο των αξιών και να σταθεροποιήσει τα αποτελέσματα μιας αδιατάρακτης πραγματικής κατάστασης που καλοπίστως εκλαμβάνόταν ως νόμιμη<sup>10</sup>. Σε κάθε περίπτωση, οι δυσκολίες αποδοχής και οι ενδεχόμενες επιπτώσεις της παραπάνω λύσης μοιάζουν να είναι λιγότερο σημαντικές από τις επιπτώσεις ενός γενικού περιορισμού του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων.

## **Β. Η αμφίβολη νομιμοποίηση της προτεινόμενης νομολογιακής μεταστροφής**

Ενόψει των σύγχρονων συνταγματικών θεσμών της Χώρας μας, ο διοικητικός δικαστής έχει -και αδιαμφισβήτητα πρέπει να έχει- ένα δημιουργικό και -γιατί όχι- ένα δικαιοπλαστικό ρόλο. Δεν καλείται απλώς να «ακυρώνει» ή να «αναστέλλει» το διοικητικό έργο αλλά, στο πλαίσιο της ευχέρειας που του αφήνουν οι κανόνες δικαίου, οφείλει, παράλληλα, να προβλέπει και να επιδιώκει να καταστήσει πιο ορθολογική και χρηστή τη νομοθετική και τη διοικητική δράση. Κριτήριο δε μεταξύ αυτοσυγκράτησης και ακτιβισμού του δικαστή αναδεικνύεται η παραδοσιακή αρχή ότι η δικαιοδοτική λειτουργία, ως λειτουργία ελεγκτικού χαρακτήρα που το άρθρο 26 του Συντάγματος διακρίνει από τις άλλες κρατικές λειτουργίες, από θεσμική άποψη πρέπει να παρεμβαίνει *secundum legem*, δηλαδή να είναι τυπικά και ουσιαστικά δευτερογενής. Ο διοικητικός δικαστής δεν πρέπει να υφαρπάζει την πολιτική πρωτοβουλία θέσπισης κανόνων δικαίου, η οποία ανήκει στον νομοθέτη. Οφείλει να δρα και να φαίνεται ότι δρα βάσει προϋπαρχόντων κανόνων δικαίου και μετά από την άσκηση της όποιως πρωτογενούς διακριτικής ευχέρειας του νομοθέτη και της διοίκησης<sup>11</sup>.

Εν προκειμένω, η τροποποίηση παγίων θέσεων της νομολογίας και της θεωρίας, εφόσον μάλιστα άπτεται και ιδιαίτερα τεχνικών ζητημάτων, από θεσμική άποψη φαίνεται να ανήκει στην αρμοδιότητα του νομοθέτη και όχι του δικαστή. Διότι, εκτός των άλλων, μόνον ο νομοθέτης μπορεί να προσδιορίσει την εξόχως τεχνική ρύθμιση του χρονικού περιορισμού του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων. Συναφώς, ο προσδιορισμός του χρόνου αυτού στην πενταετία, στον οποίο προβαίνει το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο στη σχολιαζόμενη

(10) Βλ., αντί άλλων, P. Hébraud, Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in *Études offertes à Pierre Kayser*, II, 1979, σ. 1 επ.

(11) Βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, Τα δικαιώματα στη νομολογία του Συμβουλίου Επικρατείας, in Μ. Τσαπάγα - Δ. Χριστόπουλου (επιμ.), Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003. Από το τέλος του εμφυλίου στο τέλος της μεταπολίτευσης, Εκδόσεις Καστανιώτη, Αθήνα, 2004, σ. 439 επ., ιδίως σ. 444 επ.

απόφαση, δεν μπορεί να στηριχθεί στην ερμηνεία καμίας νομοθετικής διάταξης. Η δε ρύθμιση του μόνου άρθρου του α.ν. 261/1968, η οποία αναφέρεται αποκλειστικά στην ανάκληση παράνομων ατομικών διοικητικών πράξεων και καθορίζει το ελάχιστο χρονικό διάστημα πέρα από το οποίο είναι δυνατή η απαγόρευση αυτής της ανάκλησης, δεν θα μπορούσε να εφαρμοστεί αναλογικά στον προτεινόμενο περιορισμό του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων, εφόσον μάλιστα ο περιορισμός αυτός προφανώς αφορά στη σταθερότητα γενικών διοικητικών καταστάσεων. Ο διοικητικός δικαστής θα μπορούσε ενδεχομένως να κάνει λόγο απλώς για έναν «εύλογο» χρονικό περιορισμό αυτού του παρεμπόπτοντος ελέγχου, πλην όμως ένα τέτοιο νομολογιακό κριτήριο σταθεροποίησης των γενικών και απρόσωπων καταστάσεων ουδόλως θα ικανοποιούσε τις στοιχειώδεις απαιτήσεις ασφάλειας δικαίου. Μόνον ο νομοθέτης λοιπόν φαίνεται να έχει την αρμοδιότητα να προσδιορίσει πρωτογενώς τους όποιους περιορισμούς του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων<sup>12</sup>. Όπως συνέβη δε και στη Γαλλία, αυτοί οι νομοθετικοί περιορισμοί πρέπει να αφορούν συγκεκριμένους τομείς, όπως το πολεοδομικό δίκαιο, ώστε να είναι συνταγματικά ανεκτοί αναφορικά με την τήρηση της αρχής της νομιμότητας και το σεβασμό του δικαιώματος δικαστικής προστασίας<sup>13</sup>.

Αν πάντως το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο εμμένει στην προτεινόμενη αιφνίδια και απρόβλεπτη μεταστροφή της πάγιας νομολογίας του, κανονικά θα πρέπει να μην εφαρμόσει στις εκκρεμείς δίκες το νέο καθεστώς παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων. Διαφορετικά, θα παραβίαζε σε βάρος των αιτούντων την ακύρωση μέτρων εφαρμογής των κανονιστικών πράξεων τις συνταγματικές αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της ασφάλειας δικαίου, τις οποίες το ίδιο επικαλείται<sup>14</sup>. Ωστόσο, με όσο περίτεχνο τρόπο και αν γίνει ο περιορισμός της αναδρομικότητας του νέου νομολογιακού κανόνα ή η ανακοίνωση της εφαρμογής του μόνο στο μέλλον<sup>15</sup>, δεν θα πάψει να αποτελεί ουσιαστική άσκηση νομοθετικού έργου, διότι, σε τελική ανάλυση, θα πρόκειται για μια αφηρημένη ερμηνεία και εφαρμογή του Συντάγματος, η οποία εκφεύγει των αρμοδιοτήτων του δικαστή<sup>16</sup>.

Σε κάθε περίπτωση, όμως, η σχολιαζόμενη απόφαση δεν φαίνεται να αναδεικνύει μια συγκροτημένη στρατηγική ως προς την προώθηση της σημαντικής νομολογιακής μεταστροφής που προτείνεται από το Ε΄ Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας. Ακόμη και η πλέον «πραϊτορική» δικαστική κρίση μπορεί να νομιμοποιηθεί και να πείσει, εφόσον δεν αιφνιδιάζει και εμφανίζεται ως μια κοι-

νώς αποδεκτή ερμηνεία του θετικού δικαίου. Δύσκολα όμως μπορεί να γίνει αποδεκτή όταν διασπάται σε επτά διαφορετικές απόψεις. Τούτο ισχύει ακόμη και για μια απόφαση Τμήματος η οποία, ενόψει μιας προτεινόμενης μεταστροφής της νομολογίας, παραπέμπει στην Ολομέλεια<sup>17</sup>, εφόσον η απόφαση αυτή δεν είναι λιγότερο κρίσιμη, στο μέτρο που οδηγεί σε σημαντική καθυστέρηση της παροχής δικαστικής προστασίας. Ο θεωρητικός διάλογος μεταξύ των μελών του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου είναι απαραίτητος και μπορεί να προετοιμάσει κρίσιμες μεταστροφές της νομολογίας. Θα ήταν όμως σκόπιμο να μην διενεργείται το πρώτον στο σκεπτικό των δικαστικών αποφάσεων αλλά να αναπτύσσεται στις εισηγήσεις επί των υποθέσεων ή σε ετήσιες μελέτες του Δικαστηρίου, οι οποίες θα πρέπει να δημοσιεύονται και να γίνονται αντικείμενο επιστημονικού διαλόγου.

Συμπερασματικά, η σχολιαζόμενη απόφαση, η οποία εγείρει το πολυσύνθετο ζήτημα της στάθμισης του ελέγχου της νομιμότητας και της ασφάλειας δικαίου, δεν πείθει ως προς τη σκοπιμότητα γενικού περιορισμού του παρεμπόπτοντος ελέγχου των κανονιστικών πράξεων. Παράλληλα, ο τρόπος με τον οποίο προβάλλει το δικαιοπλαστικό ρόλο του δικαστή ενδέχεται να ενισχύσει τη φαρέτρα των επιχειρημάτων όλων όσοι κατά καιρούς - και όχι πάντοτε καλοπροαίρετα - προτείνουν την αναθεώρηση του συνταγματικού ρόλου του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου.

**Κωνσταντίνος Θ. Γιαννακόπουλος**

*Λέκτορας Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών*

(12) Πρβλ. την πρόσφατη απόφαση ΣτΕ 808/2006 (σκέψη 11), στην οποία τμήμα της κρατήσασας άποψης υποστήριξε ότι μόνον ο νομοθέτης έχει αρμοδιότητα να προσδιορίσει τις συνέπειες στο χρόνο της παρεμπόπτοντας κρίσης γενικού και απρόσωπου κανόνα δικαίου ως μη έγκυρου.

(13) Πρβλ. CC, 21.1.1994, n° 93-335, ό.π., σκέψη 4.

(14) Πρβλ. J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968, σ. 15 επ. Για την επίκληση της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης έναντι των δικαστικών αποφάσεων, βλ. και ΣτΕ 3989/2005, παρακάτω σελ. 196.

(15) Πρβλ. Y. Gaudemet, Les méthodes du juge administratif, LGDJ, Paris 1972, σ. 213 επ., B. Χριστιανού, Οι μεταστροφές της νομολογίας του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Εκδόσεις Α. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1998, σ. 167 επ.

(16) Πρβλ. για μια παρουσίαση και κριτική της τεχνικής των «prospective judgments» και των «prospective overrulings», 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., B. Χριστιανού, ό.π., σ. 170 επ.

(17) Για τη λειτουργία αυτής της παραπομπής υπέρ της προστασίας των διαδίκων, πρβλ. B. Χριστιανού, ό.π., σ. 135.