

Ο ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΤΟΥ ΗΠΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Η εργασία αποτελεί εμπλουτισμένη και επικαιροποιημένη εκδοχή της εισήγησης που παρουσίασε η συγγραφέας στις 3 Δεκεμβρίου 2021 στο επιμορφωτικό σεμινάριο δικαστικών λειτουργών με θέμα «1. Σύγχρονα δικονομικά προβλήματα στη διοικητική δίκη. 2. Νέες μορφές διοικητικών πράξεων».

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Η εντυπωσιακή αύξηση των πράξεων του ήπιου δικαίου τα τελευταία χρόνια καθιστά αναγκαία την υπαγωγή τους στον δικαστικό έλεγχο. Ο Έλληνας δικαστής δεσμεύεται από τη συνταγματική διάταξη που περιορίζει το αντικείμενο της αίτησης ακύρωσης στις εκτελεστές πράξεις διοικητικών αρχών. Αντίθετα, ο Γάλλος ομόλογός του έκανε το δογματικό άλμα, προβαίνοντας λελογισμένα στον ευθύ ακυρωτικό έλεγχο πράξεων που δεν μεταβάλλουν τον εξωτερικό νομικό κόσμο, παράγουν όμως σημαντικά αποτελέσματα, ιδίως οικονομικής φύσης, ή αποσκοπούν να επηρεάσουν ουσιαδώς τη συμπεριφορά των προσώπων στα οποία απευθύνονται. Η πρωτοποριακή αυτή νομολογία ξεκίνησε με τις αποφάσεις Fairvesta και Numéricable του Conseil d'Etat του 2016 και εμπλουτίζεται συνεχώς. Τέλος, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης εμμένει στο απαράδεκτο της προσφυγής ακύρωσης κατά μη δεσμευτικών πράξεων, ενώ αποφαινεται για το κύρος τους στο πλαίσιο προδικαστικής παραπομπής. Οι επιταγές της αρχής του κράτους δικαίου επιβάλλουν, πάντως, την προσαρμογή και ενίσχυση του δικαστικού ελέγχου των νέων μορφών διοικητικής δράσης.

Ευγενία Β. Πρεβεδούρου
Καθηγήτρια Νομικής
Σχολής ΑΠΘ

ABSTRACT

The dramatic increase in cases of soft law in recent years makes it necessary to bring them under judicial review. The Greek judge is bound by the constitutional provision that restricts the subject of the application for annulment to the enforceable acts of administrative authorities. On the contrary, his French counterpart made the dogmatic leap, ratio-

nally carrying out the direct annulment of acts that do not change the external legal world, but produce significant results, especially of an economic nature, or aim to substantially influence the behavior of the persons to whom they are addressed. This groundbreaking case law began with the 2016 *Conseil d'Etat Fairvesta and Numéricable* rulings and is constantly being enriched. Finally, the Court of Justice of the European Union insists on the inadmissibility of an action for annulment of non-binding acts, while ruling on their validity in a reference for a preliminary ruling. The requirements of the rule of law require, however, the adaptation and strengthening of judicial control of new forms of administrative action.

I. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Ενώ η χρήση του ήπιου δικαίου ως νέου μέσου ρύθμισης των κοινωνικών και οικονομικών σχέσεων διευρύνεται συστηματικά, οι πράξεις του δεν υπόκεινται στη δικονομική μεταχείριση που δικαιολογούν η σημασία τους και ο ευρύς ρυθμιστικός τους ρόλος. Παραμένει ένας χώρος, κατ' αρχήν, απροσπέλαστος για τον δικαστή, ελλείψει συνδρομής των (δικονομικών) προϋποθέσεων επέμβασής του.

Ως αφετηρία των σκέψεων που ακολουθούν λαμβάνεται η προπαραδοχή ότι ο γενικής αποδοχής αγγλικός όρος «soft law»¹, ο οποίος αποδίδεται στα ελληνικά ως «ήπιο» δίκαιο, αντί του «μαλακού» δικαίου² –ο οποίος αποτελεί την ελληνική εκδοχή του γαλλικού «droit mou», που έχει όμως απαξιωτικό πρόσημο– περιλαμβάνει «πρότυπα κοινωνικής συμπεριφοράς»³, προταθέντα από τα αρμόδια όργανα⁴, ή αναγνωρισμένα από αυτά, τα οποία όμως δεν είναι υποχρεωτικά και δεν παράγουν έννομα αποτελέσματα, δηλαδή δεν γεννούν δικαιώματα και υποχρεώσεις, δεν μεταβάλλουν τον εξωτερικό νομικό κόσμο. Η εμπειρική παρατήρηση των βασικών πράξεων που, πανθομολογουμένως, ανήκουν στο ήπιο δίκαιο επιτρέπει την υιοθέτηση των ακόλουθων τριών κριτηρίων, τα οποία πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά για την ένταξη μιας ρύθμισης στην παραπάνω κατηγορία: το ήπιο δίκαιο περιλαμβάνει ρυθμίσεις οι οποίες α) σκοπούν στην αλλαγή της συμπεριφοράς των αποδεκτών τους, β) στερούνται νομικής δεσμευτικότητας, δηλαδή δεν γεννούν νομική υποχρέωση ή δικαίωμα και γ) χαρακτηρίζονται από έναν βαθμό τυποποίησης,

¹ Έτσι και ο Γ. Δελλής, *Soft law και διαβούλευση. Δύο εκφάνσεις της ρυθμιστικής μεταρρύθμισης της διοικητικής δράσης*, Χαριστήριο εις Λουκά Θεοχαρόπουλο και Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, τ. 1, 2009, σελ. 129, ο οποίος επισημαίνει ότι «δεν έχουμε καταλήξει ακόμη στο ποια είναι η δόκιμη μετάφραση του όρου [soft law]»· δηλώνει, ωστόσο, ότι προτιμά τον όρο «άτυπη ρύθμιση». Για λόγους σαφήνειας, τον αγγλικό όρο διατηρούν και πρόσφατες μελέτες του νομικού αυτού φαινομένου στη Γαλλία (B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ/Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013) και στη Γερμανία (ενδεικτικά M. Knauff, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Mohr Siebeck, 2010). Βλ. περισσότερα για τις διάφορες αποδόσεις του όρου στην ελληνική, οι οποίες φωτίζουν κάθε φορά διαφορετικό χαρακτηριστικό του, σε Ρ.-Εμμ. Παπαδοπούλου, *Το ήπιο δίκαιο στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σελ. 2. Τον όρο «άτυπο δίκαιο» υιοθετεί ο Αντ. Παντελής, *Εγχειρίδιο Συνταγματικού Δικαίου*, Γ' έκδ. επηυξημένη, Εκδ. Οργανισμός Λιβάνη, 2016, σελ. 187, ο οποίος είναι άκρως αρνητικός απέναντι στο φαινόμενο αυτό και εντάσσει στη σχετική κατηγορία «διατάξεις προθήκης, ασαφείς, χωρίς ρυθμιστικό περιεχόμενο. Ενίοτε δεν εφαρμόζονται, επειδή η εκτελεστική εξουσία αμελεί να εκδώσει τις αναγκαίες πράξεις. Πρόκειται ίσως για απλά διαφημιστικά μέσα των κυβερνώντων».

² Είναι ο όρος που χρησιμοποίησε στο πρωτοποριακό άρθρο του για το φαινόμενο αυτό στις διεθνείς σχέσεις ο Α. Φατούρος, *Προλεγόμενα στη μελέτη του μαλακού δικαίου*, ΕΕΕυρΔ 1994, σελ. 985.

³ Πρόκειται για τον ορισμό του κανόνα δικαίου κατά τον Απ. Γεωργιάδη, *Τι είναι δίκαιο; Η νομική επιστήμη για όλους*, Πανεπιστημιακές Εκδόσεις Κρήτης, 2018, σελ. 4 επ.

⁴ Συνήθως ανεξάρτητες αρχές οι οποίες διατυπώνουν γενικές αρχές και οδηγίες ή υιοθετούν τα τεχνικά πρότυπα επιστημονικών φορέων.

ικανό να τους προσδώσει μια επίφαση και νομιμοποίηση κανόνων δικαίου ή νομικών πράξεων⁵. Τα δύο πρώτα κριτήρια διαχωρίζουν το ήπιο δίκαιο από το «σκληρό» δίκαιο, ενώ το τρίτο επιτρέπει τη διάκρισή του από το μη δίκαιο, δηλαδή από συνήθειες ή κοινωνικούς κανόνες που δεν ενδιαφέρουν το δίκαιο⁶.

Με κάποιο αποδεκτό βαθμό αυθαιρεσίας, θα μπορούσε κανείς να εντάξει τις σημαντικότερες πράξεις του «ήπιου» δικαίου, οι οποίες αφενός επηρεάζουν την οργάνωση και λειτουργία της Διοίκησης και συνακολούθως ασκούν επιρροή στα δικαιώματα και στις υποχρεώσεις των πολιτών, και αφετέρου εισχώρησαν σταδιακά στη σφαίρα επέμβασης του δικαστή σε τέσσερις κατηγορίες. Πρόκειται, κατ' αρχάς, για τις παραδοσιακές κατηγορίες, πρώτον, των εγκυκλίων, που αποτελούν την κλασικότερη μορφή εσωτερικών πράξεων της Διοίκησης, και, δεύτερον, των κατευθυντήριων γραμμών ή οδηγιών ή συστάσεων, που αποτελούν την πολυπληθέστερη και πλέον ετερόκλητη κατηγορία πράξεων. Στις παραπάνω πράξεις προστίθενται οι κανόνες επιστημονικής φύσης (κανόνες της ιατρικής, τεχνικά πρότυπα, ελεγκτικά πρότυπα, εκτιμητικά πρότυπα για την εκτίμηση της αξίας των ακινήτων⁷) και οι κώδικες δεοντολογίες και χάρτες υποχρεώσεων, κείμενα που παρουσιάζουν έντονη τάση «σκληρύνσης» και εξέλιξης σε νομικά δεσμευτικούς κανόνες δικαίου. Απολύτως σαφείς οριοθετήσεις μεταξύ των ανωτέρω κατηγοριών δεν είναι δυνατές, λόγω των ουσιαστικών και λειτουργικών αλληλεπικαλύψεων.

Εκ πρώτης όψεως, η έννοια της «εκτελεστής πράξης διοικητικής αρχής» κατά το άρθρο 95 παρ. 1 εδ. α' του Συντάγματος και τις δικονομικές διατάξεις που το εξειδικεύουν (άρθρο 45 πδ 18.1989 και 63 ΚΔΔ), η οποία αποτελεί το αντικείμενο προσβολής με την αίτηση ακύρωσης (ή την προσφυγή ουσίας) φαίνεται ότι αφήνει εκτός δικαστικού ελέγχου τις παραπάνω άτυπες ρυθμίσεις⁸. Ωστόσο, όπως είχε διαπιστώσει ο Μιχαήλ Στασινόπουλος, ήδη από το 1978⁹ η διαρκώς εξελισσόμενη δράση της Διοίκησης απαιτεί τη συνεχή αναθεώρηση των στοιχείων που τη συνθέτουν. Επομένως, η διοικητική πράξη, άρρηκτα συνδεδεμένη λόγω του λειτουργικού χαρακτήρα της με τον καθημερινό διοικητικό βίο, υπερβαίνει κατ' ανάγκη κάθε θεωρητική οριοθέτηση που αξιώνει οριστικό χαρακτήρα.

Οι συνταρακτικές εξελίξεις στον τομέα αυτόν δεν προέρχονται από το δίκαιο της Ένωσης, αλλά από το γαλλικό δίκαιο με πρωτοβουλία του γαλλικού Conseil d'État. Ειδικότερα, το Τμήμα Μελετών και Έρευνας συστηματοποίησε την έρευνα γύρω από τη φύση, το πεδίο και τις δυνατότητες δικαστικού ελέγχου¹⁰, ενώ η δικαιοδοτική Ολομέλεια, ως δικαστής πλέον, προέβη σε ευθύ

⁵ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013, Le droit souple, La documentation française*, σελ. 9· P. Deumier, "Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets", in Conseil d'Etat, *Le droit souple, La documentation française*, 2013, σελ. 247· B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ-Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

⁶ Για τα ζητήματα σχετικά με την κανονιστικότητα (normativité) των πράξεων του ήπιου δικαίου, βλ. τα δύο συλλογικά έργα της καθηγήτριας C. Thibierge/C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009 και C. Thibierge et alii, *La densification normative. Découverte d'un processus*, LGDJ/Bruylant, 2013.

⁷ Βλ. συναφώς τις αποφάσεις ΣτΕ 1865-1870/2019 του Β' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας.

⁸ Για την έννοια της εκτελεστής διοικητικής πράξης βλ. προσφάτως, Β. Γκέρτσου, *Η εκτελεστότητα των διοικητικών πράξεων στην πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Εισήγηση στο επιμορφωτικό σεμινάριο της Σχολής Δικαστών, 2-3 Δεκεμβρίου 2021 με θέμα: «1. Σύγχρονα δικονομικά προβλήματα στη διοικητική δίκη. 2. Νέες μορφές διοικητικών πράξεων»· Ευ. Κουτούπα-Ρεγκάκου, *Σκέψεις για την έννοια της εκτελεστής διοικητικής πράξης*, ΘΠΔΔ 4/2021, σελ. 308· Ε. Πρεβεδούρου, Άρθρο 30, σε: Β. Γκέρτσου/Ε. Πρεβεδούρου/Δ. Πυργάκη, *Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας. Ερμηνεία κατ' άρθρο*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019.

⁹ Μ. Stassinopoulos, *Avant propos à la thèse de Pr. Pavlopoulos, La directive en droit administratif*, LGDJ, 1978.

¹⁰ Conseil d'Etat, ό.π.· W. Zagorski, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, mare @ martin, Droit public, 2015.

ακυρωτικό έλεγχο των πράξεων του ήπιου δικαίου, δηλαδή πράξεων γενικής ισχύος που δεν αποτελούν αποφάσεις, καθόσον δεν μεταβάλλουν άμεσα τον εξωτερικό νομικό κόσμο. Με δύο αποφάσεις της 21ης Μαρτίου 2016, *Fairvesta* και *Numéricable*, το Conseil d'État προέβη στον ευθύ ακυρωτικό έλεγχο δύο πράξεων ρυθμιστικών αρχών, οι οποίες δεν παράγουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, δεν μεταβάλλουν, δηλαδή, τη νομική κατάσταση των αποδεκτών τους. Το εντυπωσιακό της προσέγγισης αυτής είναι ότι το Conseil d'État, για να αναγνωρίσει το παραδεκτό της αίτησης ακύρωσης, δεν στηρίχθηκε στην έννοια της εκτελεστής βλαπτικής πράξης (*acte faisant grief*), αυτής δηλαδή που μεταβάλλει τη νομική κατάσταση, αλλά διαμόρφωσε δύο νέα, εναλλακτικά κριτήρια, είτε αυτό της παραγωγής σημαντικών αποτελεσμάτων, οικονομικής κυρίως φύσης, ή του ουσιώδους επηρεασμού της συμπεριφοράς των προσώπων στα οποία απευθύνονται. Η νομολογία αυτή εξελίσσεται διαρκώς, αφενός με τη λελογισμένη διεύρυνση των κατηγοριών πράξεων που ανήκουν σε αυτό και αφετέρου με τον καθορισμό των δικονομικών λεπτομερειών του ελέγχου, οι οποίες ανάγονται τόσο στις προϋποθέσεις του παραδεκτού του ένδικου βοηθήματος (δηλαδή στον καθορισμό των κριτηρίων των δεκτικών προσβολής πράξεων) όσο και στους λόγους ακύρωσης. Κατέληξε σε ενοποίηση του καθεστώτος δικαστικής προσβολής των πράξεων του ήπιου δικαίου με την απόφαση GISTI του 2020.

II. ΤΥΠΟΛΟΓΙΑ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΗΠΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΣΤΗ ΓΑΛΛΙΑ

Οι πράξεις που πληρούν τα κριτήρια του *soft law* είναι πολλές και ποικίλες και κάθε προσπάθεια κατηγοριοποίησης συνεπάγεται αφαιρέσεις και απλουστεύσεις. Με κάποιο αποδεκτό βαθμό αυθαιρεσίας, θα μπορούσε κανείς να εντάξει τις σημαντικότερες πράξεις του λεγόμενου «ήπιου» δικαίου, οι οποίες αφενός επηρεάζουν την οργάνωση και λειτουργία της Διοίκησης και συνακολούθως ασκούν επιρροή στα δικαιώματα και στις υποχρεώσεις των πολιτών, και αφετέρου εισχώρησαν σταδιακά στη σφαίρα επέμβασης του δικαστή σε τέσσερις κατηγορίες. Πρόκειται, κατ' αρχάς, για τις παραδοσιακές κατηγορίες, πρώτον των εγκυκλίων, που αποτελούν την κλασικότερη μορφή εσωτερικών πράξεων της Διοίκησης και δεύτερον, των κατευθυντήριων γραμμών ή οδηγιών, που αποτελούν την πολυπληθέστερη και πλέον ετερόκλητη κατηγορία πράξεων. Στις παραπάνω πράξεις προστίθενται, τρίτον, οι κανόνες επιστημονικής φύσης¹¹ και, τέταρτον, οι κώδικες δεοντολογίες και χάρτες υποχρεώσεων, κείμενα που παρουσιάζουν έντονη τάση «σκλη-

¹¹ Με τις πρόσφατες αποφάσεις ΣτΕ 1865-1870/2019 του Β' Τμήματος, ακυρώθηκαν οι κανονιστικές πράξεις που είχαν ως αντικείμενο την αναπροσαρμογή των τιμών εκκίνησης και εκδόθηκαν βάσει της από 9 Ιουνίου 1994 απόφασης του Υπουργού Οικονομικών για την «τροποποίηση, βελτίωση και κωδικοποίηση των διατάξεων που αφορούν τη φορολογητέα αξία μεταβιβαζομένων με οποιαδήποτε αιτία ακινήτων εντός σχεδίου, κατά το αντικειμενικό σύστημα». Ιδιαίτερο ενδιαφέρον για την υπό εξέταση θεματική της συμμόρφωσης παρουσιάζει το γεγονός ότι το Δικαστήριο ανέλυσε διεξοδικά τα ευρωπαϊκά και διεθνή εκτιμητικά πρότυπα, τα οποία αποτελούν ουσιώδες τμήμα των κανόνων της επιστήμης και της τέχνης και διέπουν το έργο της εκτίμησης της αξίας των ακινήτων. Θα πρέπει να τονιστεί ότι το Δικαστήριο εφαρμόζει και ερμηνεύει κανόνες τεχνικής φύσης, επιστημονικού χαρακτήρα, που αποτελούν μεν κατηγορία του *soft law*, πλην όμως φαίνεται ότι εκνομικεύονται, αφού χρησιμοποιούνται από τον νομοθέτη και από τη Διοίκηση για την άσκηση της δραστηριότητάς της. Τούτο επισημαίνει το ίδιο το Δικαστήριο, δεχόμενο ότι οι κανόνες αυτοί πρέπει να λαμβάνονται προσηκόντως υπόψη από τον κανονιστικό νομοθέτη, ο οποίος, κατά τη σχετική νομοθετική εξουσιοδότηση, οφείλει να προσδιορίζει τις τιμές εκκίνησης των ακινήτων με βάση πρόσφορη και επιστημονικά άρτια μεθοδολογία. Με τη διεξοδική ανάλυση των εν λόγω προτύπων που αξιοποιήθηκαν στη συναφή νομοθεσία και διοικητική πρακτική άλλων κρατών, και με τη διαπίστωση ότι αυτά δεν τηρήθηκαν από την προσβαλλόμενη και τελικώς ακυρωθείσα ρύθμιση, το Δικαστήριο παρέχει συγκεκριμένες κατευθύνσεις στη Διοίκηση και μάλιστα για την εφαρμογή και αξιοποίηση λίαν τεχνικών κανόνων.

ρυνσης» και εξέλιξης σε νομικά δεσμευτικούς κανόνες δικαίου. Απολύτως σαφείς οριοθετήσεις μεταξύ των ανωτέρω κατηγοριών δεν είναι δυνατές, λόγω των ουσιαστικών και λειτουργικών αλληλεπικαλύψεων¹². Η παραπάνω κατηγοριοποίηση καλύπτει την ελληνική και τη γαλλική έννομη τάξη, έστω και αν το νομικό καθεστώς των υπό εξέταση πράξεων, ιδίως δε η δικονομική αντιμετώπισή τους, παρουσιάζουν διαφορές που αντιστοιχούν στις ιδιαιτερότητες κάθε δικαιοσύνης συστήματος¹³. Υπό το πρίσμα του δικαστικού ελέγχου, ενδιαφέρον έχει, όπως προαναφέρθηκε, η σχετικά πρόσφατη προσέγγιση του γαλλικού Conseil d'État, που αναγνώρισε την ανάγκη ευθέως ακυρωτικού ελέγχου ορισμένων πράξεων του ήπιου δικαίου και συμπληρώνει και εμπλουτίζει συστηματικά και λελογισμένα τη σχετική νομολογία¹⁴.

A. Τα ερμηνευτικά εργαλεία της Διοίκησης: Οι εγκύκλιοι

Η εγκύκλιος είναι τόσο παλιά όσο και η Διοίκηση. Η θεωρία επανέρχεται διαρκώς στην παραδοσιακή εγκύκλιο, υπενθυμίζοντας ότι «η Διοίκηση υπακούει πρώτα στην εγκύκλιο, μετά στην υπουργική απόφαση, μετά στο διάταγμα και, τέλος, στον νόμο. Είναι γνωστό ότι η σχέση του νόμου και της εγκυκλίου δεν είναι πάντα ακριβής και ενίοτε υπάρχει μεταξύ τους αντίφαση. Σε περίπτωση αμφιβολίας, η εγκύκλιος υπερισχύει, διότι το έθνος δημιουργεί τον νόμο και ο προϊστάμενος την εγκύκλιο»¹⁵. Οι σκέψεις αυτές, που διατυπώθηκαν πριν από 200 χρόνια, δεν φαίνεται να έχουν διαψευστεί στο χρονικό διάστημα που μεσολάβησε. Οι εγκύκλιοι αντιμετωπίστηκαν με επιφύλαξη, τόσο λόγω της ικανότητάς τους να πολλαπλασιάζονται ανεξέλεγκτα όσο και λόγω του χαρακτήρα τους ως «γκρίζων» (*littérature grise*), παρακανονιστικών κειμένων της Διοίκησης που υποδηλώνουν «υποχώρηση του κανόνα δικαίου προς το πρόσωπο και το εμπιστευτικό». Σημειώνεται ότι η ετήσια Έκθεση του Conseil d'État του 2006 έκανε λόγο για «υπόγειο, παράνομο, απρόσιτο και ασύμμετρο δίκαιο»¹⁶. Παραμένει, πάντως, ένα αναγκαίο εργαλείο της Διοίκησης, διότι επιτρέπει την ταχεία και ενιαία καθοδήγηση των πολυάριθμων και διάσπαρτων στην επικράτεια διοικητικών υπηρεσιών, διαρθρώνει τον διοικητικό βίο και δημιουργεί τις συνθήκες εσωτερικής συνέχειας της διοικητικής δράσης¹⁷. Τα έγγραφα που συντάσσει η Διοίκηση για δική της χρήση ονομάζονται συχνά εγκύκλιοι χάριν ευκολίας, αλλά στη διοικητική πρακτική είναι πολύ πιο ποι-

¹² Έτσι, για τις παρεμφερείς κατηγορίες του γερμανικού δικαίου, M. Ruffert, in W. Hoffmann-Riem/E. Schmied-Aßmann/A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, §17, αρ. περ. 16.

¹³ Και η τυπολογία των αντίστοιχων πράξεων (*Verwaltungsvorschriften*) στο γερμανικό δίκαιο παρουσιάζει σημαντικές ομοιότητες παρά τις ορολογικές διαφορές. Η βασική διάκριση έγκειται μεταξύ οργανωτικών, αφενός, και κατευθυντήριων της συμπεριφοράς διατάξεων, αφετέρου. Στη δεύτερη κατηγορία εντάσσονται οι οδηγίες για την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας (*ermessenslenkende*), οι ερμηνευτικές των κανόνων δικαίου (*norminterpretierende*) διατάξεις και οι διατάξεις που συγκεκριμενοποιούν τους κανόνες δικαίου με την εξειδίκευση αόριστων και αξιολογικών εννοιών ή με τη συμπλήρωση ατελών κανόνων (*normkonkretisierende*). Βλ. Ενδεικτικά M. Knauff, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Mohr Siebeck, 2010, σελ. 355· A. Rogmann, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften. Zur Rechtslage insbesondere im Wirtschafts-, Umwelt- und Steuerrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, σελ. 16· T. Sauerland, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen*, Berlin, 2005, σελ. 63.

¹⁴ Βλ. Μ. Παπαδοπούλου, *Soft Law και Δικαστικός Έλεγχος*, ΔτΑ 82, 2019, σελ. 941.

¹⁵ Παράθεση από G. Odinet, *Conclusions sur CE, Sect.*, 12 Juin 2020, n° 418142, GISTI. Βλ. επίσης Y. Gaudemet, *Remarques à propos des circulaires administratives*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, LGDJ, 1974, σελ. 561· G. Koubi, *Les circulaires administratives. Contribution à l'étude du droit administratif*, Economica, 2003.

¹⁶ Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, σελ. 276.

¹⁷ G. Odinet, ό.π.

κίλα και περιλαμβάνουν, ιδίως, ενδοδικτυακές (intranet) ή διαδικτυακές σελίδες¹⁸. Το κοινό τους χαρακτηριστικό είναι, πάντως, ότι προορίζονται πρωτίστως για τη Διοίκηση και επηρεάζουν τους τρίτους μόνον εμμέσως, εξ αντανάκλασης, διότι αποτελούν πηγή αναφοράς για τα διοικητικά όργανα. Περαιτέρω, στα περισσότερα κείμενα αναφοράς που η Διοίκηση αναρτά στο διαδίκτυο (internet ή intranet) με αποδέκτες τους υπαλλήλους της δεν απαντάται οποιαδήποτε μορφή επιτακτικότητας ούτε καν ιεραρχική σχέση ανάμεσα στον συντάκτη του εγγράφου και στους αποδέκτες του, διότι η Διοίκηση φροντίζει να χρησιμοποιήσει ήπιες διατυπώσεις. Ενίοτε χρησιμοποιούνται μέθοδοι που στηρίζονται στη διαδραστικότητα, για παράδειγμα παροχή διευκρινίσεων υπό τη μορφή ερωτήσεων-απαντήσεων ή πεδίων ανταλλαγών ή πλατφόρμας συνεργασίας. Μολονότι, όμως, τα έγγραφα αυτά δεν είναι επιτακτικά, αποτελούν σημείο αναφοράς για τη διοικητική δράση. Υπό τις συνθήκες αυτές, αν ο δικαστής εξακολουθήσει να εστιάζει στον επιτακτικό χαρακτήρα των εγγράφων παρά στην πραγματική επίδραση που ασκούν στα δικαιώματα και στην κατάσταση των διοικουμένων μέσω της χρήσης τους ως εργαλείων αναφοράς από τη Διοίκηση, κινδυνεύει να χάσει την ουσία τους, καθόσον απομακρύνεται από τη συγκεκριμένη και ρεαλιστική προσέγγιση αυτού που όντως προξενεί βλάβη και αφήνει, τελικά, εκτός του ελέγχου του σημαντικά τμήματα της διοικητικής δράσης.

α. Ευθεία ακυρωτική προσβολή των «κανονιστικών» εγκυκλίων (η νομολογία Institution Notre-Dame-du-Kreisker της 29.01.1954)

Όσον αφορά τον δικαστικό έλεγχο, αρχικά, το Conseil d'État δέχθηκε ότι οι εγκύκλιοι είναι δεκτικές αίτησης ακύρωσης, εφόσον έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, δηλαδή πληρούν δύο κριτήρια: πρόκειται για πράξεις γενικής ισχύος που, πρώτον, περιέχουν ρύθμιση και τροποποιούν τον νομικό κόσμο, δηλαδή είναι ταυτοχρόνως νέες (καινοτόμες [*innovatoires*]), προσθέτουν κάτι στο ισχύον δίκαιο και δεν περιορίζονται στην απλή επανάληψη του κειμένου που ερμηνεύουν και, δεύτερον, υποχρεωτικές ή επιτακτικές¹⁹. Πρόκειται για την εφαρμογή της κλασικής αρχής κατά την οποία, για να επαναλάβουμε τον Ε. Laferrière, «για να είναι η αίτηση ακύρωσης παραδεκτή, πρέπει να υπάρχει πράξη δυνάμενη να εκτελεστεί». Η νομολογία αυτή διαμορφώθηκε με την απόφαση της Ολομέλειας της 29.01.1954, *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*²⁰, η οποία διέκρινε μεταξύ των διατάξεων εγκυκλίου ανάλογα με το αν αυτές περιορίζονται στην ερμηνεία των ισχυόντων κειμένων ή, αντιθέτως, αν θεσπίζουν νέους κανόνες, δεχόμενη το παραδεκτό

¹⁸ Βλ. συναφώς την απόφαση ΣτΕ 2629/2020: Κρίθηκε ότι με την απόφαση του Υπουργείου Υγείας με θέμα «Προετοιμάστε το φορέα σας για τη συμμόρφωση προς το Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων (ΓΚΠΔ/GDPR): Οδηγός προετοιμασίας – Βασικές κατευθύνσεις», η οποία αναρτήθηκε στην ιστοσελίδα του Υπουργείου Υγείας, ο Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων του Υπουργείου Υγείας, στα πλαίσια των καθηκόντων του, αποδίδει την έννοια του Κανονισμού και, προβαίνοντας στην υπαγωγή συνήθων περιπτώσεων στις διατάξεις του εν λόγω κανονισμού, πληροφορεί τους φορείς παροχής υπηρεσιών υγείας, μεταξύ άλλων, ότι η «λευκή εξουσιοδότηση» που παρέχει ο ασφαλισμένος, για τη συλλογή ευαίσθητων δεδομένων του από οποιοδήποτε νοσηλευτικό ίδρυμα, σε ασφαλιστική εταιρία προκειμένου αυτή να τον αποζημιώσει, δεν πληροί τις προϋποθέσεις της ειδικής, ρητής και έγγραφης εξουσιοδότησης, κατά την έννοια του ως άνω Κανονισμού. Με το περιεχόμενο αυτό το προσβαλλόμενο έγγραφο –το οποίο προέρχεται, άλλωστε, από όργανο που δεν έχει κανονιστική αρμοδιότητα– δεν επιχειρεί να θεσπίσει νέες ρυθμίσεις κατ' απόκλιση από την κείμενη νομοθεσία, αλλά απλώς περιέχει, κατά την εκτίμηση του συντάκτη του, μη υποχρεωτικές διοικητικές λύσεις υπό μορφή διευκρινιστικών απαντήσεων, που δεν δεσμεύουν τους αποδέκτες τους. Ως εκ τούτου, η προσβαλλομένη φέρει τον χαρακτήρα μη δεσμευτικής εγκυκλίου και δεν αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη.

¹⁹ Cl. Malverti/C. Beaufls, *La littérature grise tirée au clair*, AJDA 2020, σελ. 1407.

²⁰ CE, ass., 29 janvier 1954, n° 07134, Lebon, σελ. 64· RFDA 1954, σελ. 50, concl. B. Tricot· AJDA 1954, II bis, σελ. 5, chron. F. Gazier/M. Long· RDP 1955, σελ. 175, note M. Waline.

της αίτησης ακύρωσης μόνο στη δεύτερη περίπτωση. Η εγκύκλιος που χαρακτηριζόταν κανονιστική, κρινόταν παράνομη όταν ο συντάκτης της είχε θεσπίσει αναρμοδίως νέο κανόνα, δηλαδή είχε ασκήσει κανονιστική αρμοδιότητα που δεν διέθετε, ή όταν η υιοθετούμενη ερμηνεία ήταν αντίθετη προς το ερμηνευόμενο κείμενο, πράγμα που πιστοποιούσε, άλλωστε, τον καινοτόμο χαρακτήρα της²¹.

β. Ευθύς ακυρωτικός έλεγχος επιτακτικών ερμηνευτικών εγκυκλίων (η νομολογία Mme Duvignères της 18.12.2002)

Τα ελλείμματα του κριτηρίου του παραδεκτού που ανάγεται στον κανονιστικό χαρακτήρα της πράξης είναι προφανή: είναι πολύ δύσκολο να διακρίνει κανείς μεταξύ αυτού που είναι απλώς ερμηνεία και αυτού που περιλαμβάνει νέο κανόνα, διότι «δεν υπάρχει σαφές όριο μεταξύ των δύο περιπτώσεων». Στη διασφάλιση δικαστικού ελέγχου και των αμιγώς ερμηνευτικών εγκυκλίων το Conseil d'État κατέληξε σταδιακά με την απόφαση *Mme Duvignères*²². Η σκέψη αρχής της απόφασης έχει ως εξής: «η ερμηνεία την οποία δίδει η διοικητική αρχή μέσω, ιδίως, εγκυκλίων ή διαταγών (*circulaires ou... instructions*) σε νόμους ή κανονιστικές πράξεις που έχει την αποστολή να εφαρμόσει δεν μπορεί να αχθεί ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή εφόσον, στερούμενη επιτακτικού χαρακτήρα (*étant dénuée de caractère impératif*), δεν μπορεί, ανεξαρτήτως τυχόν βασίμου λόγου ακύρωσης, να προσεγγίσει βλάβη (*faire grief*) [...] αντιθέτως, οι επιτακτικές διατάξεις γενικού χαρακτήρα (*les dispositions impératives à caractère general*) εγκυκλίου ή διαταγής πρέπει να θεωρούνται βλαπτικές (*doivent être regardées comme faisant grief*), όπως ακριβώς και η άρνηση κατάργησής τους». Εφεξής, σημασία για τον χαρακτηρισμό της εγκυκλίου ως πράξης δεκτικής ευθείας δικαστικής προσβολής (*acte faisant grief*), δηλαδή ως εκτελεστής πράξης κατά την ελληνική δικονομική ορολογία, δεν έχει το αντικείμενό της (η ερμηνεία νομοθετικής ή κανονιστικής διάταξης), αλλά το αποτέλεσμα της (η υποχρέωση που επιβάλλει στον αποδέκτη της). Επομένως, εκτός των κανονιστικών εγκυκλίων, με αίτηση ακύρωσης προσβάλλονται παραδεκτώς και ερμηνευτικές εγκυκλίους, οι οποίες περιέχουν επιτακτικές διατάξεις γενικού χαρακτήρα, έστω και αν περιορίζονται στην επανάληψη του κανόνα δικαίου της νομοθετικής ή κανονιστικής πράξης την οποία ερμηνεύουν. Οι τελευταίες αντιδιαστέλλονται προς τις ερμηνευτικές εγκυκλίους που έχουν ενδεικτικό χαρακτήρα (*dénuées de caractère impératif*), καθόσον αυτές περιέχουν ερμηνεία των εφαρμοστέων κειμένων χωρίς να την επιβάλλουν και δεν είναι εκτελεστές πράξεις, οπότε δεν προσβάλλονται με αίτηση ακύρωσης²³.

Η εισφορά της απόφασης *Mme Duvignères* είναι διττή: πρώτον, για το παραδεκτό της αίτησης ακύρωσης κατά εγκυκλίου αρκεί ο επιτακτικός χαρακτήρας της εγκυκλίου χωρίς να απαιτείται να περιλαμβάνει νέες νομικές διατάξεις και, δεύτερον, γίνεται δεκτό ότι η νομιμότητα ερμηνευτικής εγκυκλίου εξαρτάται από τη νομιμότητα των κειμένων που ερμηνεύει. Οι διαφορές σχετικά με τις εγκυκλίους έδωσαν στον δικαστή τη δυνατότητα (προληπτικού) ελέγχου των κανόνων που ερμήνευαν οι πράξεις αυτές. Με τον τρόπο αυτό το Δικαστήριο κόλασε τις πρόδηλες παρανομίες χωρίς να περιμένει την εφαρμογή των ίδιων των ερμηνευομένων κανόνων με την έκδοση ατομικών εκτελεστών διοικητικών πράξεων. Αυτές οι διαφορές δεν μπορούν να θεωρηθούν μάταιες ή πλατωνικές, διότι η ακύρωση μιας εγκυκλίου, ακόμη και αν αφήνει

²¹ Cl. Malverti/C. Beaufile, ό.π.

²² CE, sect., 18 décembre 2002, n° 233618; AJDA 2003, σελ. 487, chron. F. Donnat/D. Casas· RFDA 2003, σελ. 280, concl. P. Fombeur· RFDA 2003, σελ. 510, note J. Petit.

²³ C. Groulier, *L'impératif dans la jurisprudence Duvignères: réflexion sur un «sésame contentieux»*, RFDA 2008, σελ. 941.

άθικτο τον σχολιαζόμενο νομοθετικό κανόνα, έχει συνέπειες για την εφαρμογή του. Αποτελεί σκαλοπάτι για την προσβολή ανώτερης ισχύος κανόνων.

Η νομολογία *Dunignères* ευδοκίμησε χωρίς να προκαλέσει υπερβολική αύξηση των αιτήσεων ακύρωσης κατά των ερμηνευτικών εγκυκλίων²⁴. Άλλωστε, το κριτήριο της επιτακτικότητας δεν δημιούργησε δυσκολίες εφαρμογής, λόγω της ελαστικής ερμηνείας του από το Conseil d'État. Μετά από κάποιους δισταγμούς, διευκρίνισε ότι ακόμη και η περίληψη ή η επανάληψη ανώτερου (ερμηνευτέου) κανόνα ήταν δεκτική αίτησης ακύρωσης, εφόσον είχε επιτακτικό χαρακτήρα²⁵. Το Δικαστήριο εγκατέλειψε κάθε τυπολατρία στον χαρακτηρισμό των επιτακτικών εγκυκλίων, χαρακτηρίζοντας ως τέτοια ένα ηλεκτρονικό μήνυμα²⁶. Περαιτέρω, διεύρυνε την έννοια της επιτακτικότητας, εντάσσοντας σε αυτήν υπηρεσιακά σημειώματα που είχαν «επιτρεπτικό»²⁷ χαρακτήρα, δεδομένου ότι «στη διοικητική γλώσσα, η πρόσκληση μπορεί να αποτελεί την ευγενή μορφή μιας διαταγής»²⁸. Σε σπάνιες μόνο περιπτώσεις το Conseil d'État δεν δέχθηκε τον επιτακτικό χαρακτήρα εγκυκλίου, όπως όταν το αμφισβητούμενο έγγραφο δεν απευθυνόταν στη Διοίκηση²⁹ ή όταν οι αποδέκτες του δεν ήταν άμεσα αρμόδιοι για να το θέσουν σε εφαρμογή³⁰.

Προς ανάδειξη της σημασίας της παραπάνω γαλλικής προσέγγισης επιβάλλεται η επισήμανση ότι η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας εξακολουθεί να κινείται σε τελείως διαφορετική κατεύθυνση. Ειδικότερα, όσον αφορά τις ερμηνευτικές εγκυκλίους, απορρίπτει ως απαράδεκτη την αίτηση ακύρωσης κατά αυτών, αφού δεν επάγονται αυτοτελείς κανονιστικές έννομες συνέπειες, οπότε δεν πρόκειται για εκτελεστές πράξεις. Οι «ψευδοερμηνευτικές» ή άλλως κανονιστικές εγκυκλίους, δηλαδή αυτές που εισάγουν νέες ρυθμίσεις κανονιστικού περιεχομένου, χαρακτηρίζονται ως ανυπόστατες πράξεις ελλείψει αφενός νομοθετικής εξουσιοδότησης και αφετέρου προσήκουσας δημοσίευσης. Οι κατ' αυτών αιτήσεις ακύρωσης φαίνεται ότι έχουν αναγνωριστικό και όχι διαπλαστικό χαρακτήρα, αφού το Δικαστήριο, για λόγους ασφάλειας δικαίου, αναγνωρίζει το ανυπόστατο των προσβαλλόμενων πράξεων³¹. Ωστόσο, η προσήλωση στη δικονομική

²⁴ X. Domino/A. Bretonneau, *Les joies de la modernité: une décennie de contentieux des circulaires*, AJDA 2012, σελ. 691· Cl. Malverti/C. Beauflis, *La littérature grise tirée au clair*, AJDA 2020, σελ. 1407· G. Odinet, ό.π., point 3.2.

²⁵ CE, 6 mars 2006, n° 262982, Syndicat national des enseignants et artistes, Lebon, σελ. 107· CE, 2 décembre 2011, n° 333472, Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), Lebon, σελ. 602.

²⁶ CE, 3 février 2016, n° 381203, Ordre national des infirmiers, Lebon T., σελ. 602.

²⁷ CE 27 juill. 2005, n° 276433, Fédération EIL.

²⁸ G. Braibant, *Concl. sur CE 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins*, RD publ. 1962, σελ. 739.

²⁹ CE, 19 mars 2003, n° 237513, Association française des opérateurs de réseaux multiservices AFORM· CE, 1^{er} mars 2004, n° 254081, Syndicat national des professions du tourisme· CE, 17 mai 2017, n° 404270, M. Lacquemant· CE, 12 juillet 2017, n° 401997, M. Bourgeois· CE, 7 février 2018, n° 402034, M. Benmoussa· CE, 26 avril 2018, n° 417809 e. a., M. de Rycke et autres.

³⁰ CE, 26 mai 2009, n° 306757, Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la confédération générale du travail· CE, 30 janv. 2015, n° 375861, 376094, Syndicat des directeurs généraux des établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie.

³¹ ΣτΕ 148/2022, σκέψη 8, 2367/2021, σκέψη 22, 1220/2021, σκέψεις 7 και 8, 935/2018, σκέψη 12. Ιδιαίτερης μνείας χρήζει η απόφαση ΣτΕ Ολ 1362/2021, ιδίως η άποψη της μειοψηφίας, η οποία (σε αντιδιαστολή με την πλειοψηφία, που έκρινε ότι η προσβαλλόμενη εγκύκλιος της Υπουργού Παιδείας είναι κανονιστική πράξη και, παρόλο που δεν δημοσιεύθηκε, είναι ακυρωτέα για λόγους ασφάλειας δικαίου) δέχθηκε ότι η προσβαλλόμενη πράξη αποτελεί ενημερωτική-ερμηνευτική εγκύκλιο με την οποία η Διοίκηση πληροφορεί –συμμορφούμενη προς τις ακυρωτικές αποφάσεις ΣτΕ Ολ 1749 και 1750/2019– τις αρμόδιες υπηρεσίες και εκπαιδευτικές αρχές της χώρας σχετικά με τα κριθέντα με τις εν λόγω δικαστικές αποφάσεις και τις καλεί να τα εφαρμόσουν, χωρίς να εισάγει αυτοτελείς νέους κανόνες εν σχέσει προς τα θέματα αυτά. Η προσβαλλόμενη πράξη, περιοριζόμενη απλώς στη διαπίστωση των έννομων συνεπειών που επήλθαν από τη δημοσίευση των ανωτέρω ακυρωτικών αποφάσεων της Ολομείας του Δικαστηρίου, στερείται αυτοτελούς εκτελεστού χαρακτήρα και, για τον λόγο αυτό, απαραδέκτως προσβάλλεται (σκέψη 10).

ορθοδοξία καταλήγει στην υιοθέτηση μη ρεαλιστικής στάσης που αφήνει εκτός δικαστικού ελέγχου σημαντικά πεδία των ενεργειών της Διοίκησης, που εξακολουθεί να νομοθετεί δι' εγκυκλίων.

B. Τα εργαλεία προσανατολισμού: Οδηγίες, συστάσεις, κατευθυντήριες γραμμές και λοιπές πράξεις ρυθμιστικών και λοιπών διοικητικών αρχών

Πέρα από τις εγκυκλίους, η Διοίκηση εκδίδει και άλλες μη εκτελεστές (κατά την ελληνική ορολογία) πράξεις γενικής ισχύος, όπως οι οδηγίες ή κατευθυντήριες γραμμές, ή συστάσεις, που έχουν συχνά αποτελέσει αντικείμενο αίτησης ακύρωσης. Η ανάγκη ελέγχου των πράξεων αυτών παρακίνησε τον Γάλλο δικαστή να «διαβεί τον Ρουβίκωνα» όσον αφορά την κατηγορία των πράξεων που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ευθέως ακυρωτικού ελέγχου»³². Το Conseil d'État ποτέ δεν έδωσε ορισμό των κατευθυντήριων γραμμών, παρόλο που καθόρισε το ιδιαίτερο καθεστώς τους. Όπως υπογράμμισε ο πρόεδρος *Stahl* στις προτάσεις του στην υπόθεση *Comité anti-amiante Jussieu*³³, έχουν το διττό γνώρισμα να θεσπίζουν προσανατολισμούς της διοικητικής δράσης ενόψει έκδοσης μελλοντικών εκτελεστών πράξεων, χωρίς να στερούν από τη Διοίκηση την ευχέρεια παρέκκλισης είτε λόγω της ιδιομορφίας της συγκεκριμένης υπόθεσης είτε για λόγους γενικού συμφέροντος. Πρόκειται για τη ρύθμιση της δράσης της Διοίκησης με τον καθορισμό κριτηρίων που επιτρέπουν την εφαρμογή ενός δεσμευτικού κειμένου. Η εφαρμογή των νόμων και των κανονιστικών πράξεων που αφήνουν περιθώρια εκτίμησης στη Διοίκηση είναι το κατ' εξοχήν πεδίο των εγγράφων αυτών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα από την ελληνική έννομη τάξη είναι οι κατευθυντήριες οδηγίες της ΕΑΑΔΗΣΥ³⁴.

α. Παρεμπίπτων δικαστικός έλεγχος των οδηγιών ή κατευθυντήριων γραμμών (νομολογία *Crédit Foncier de France*, 11.12.1970)

Η απόφαση-σταθμός που καθορίζει τη σχετική νομολογία και αποτέλεσε έναυσμα της διδακτορικής διατριβής του καθηγητή Προκόπη Παυλόπουλου, είναι η απόφαση του δικαιοδοτικού τμήματος *Crédit Foncier de France*³⁵ σχετικά με τις οδηγίες τις οποίες θέσπισε η αρμόδια αρχή για τη χορήγηση επιδόματος στέγης. Με αυτήν κρίθηκε ότι μια διοικητική αρχή μπορεί νομίμως να θεσπίζει οδηγία που καθορίζει τους γενικούς προσανατολισμούς της δράσης της εν όψει έκδοσης μελλοντικών ατομικών πράξεων, χωρίς να θέτει νέους κανόνες ούτε να στερεί την υφιστάμενη αρμόδια αρχή από την εξουσία εκτίμησης που διαθέτει. Η οδηγία επιτρέπει την εναρμόνιση των ατομικών αποφάσεων που εμπίπτουν στη θεματική της και αποτελεί, κατά κάποιο τρόπο, την «κωδικοποίηση της αιτιολογίας τους», ούτως ώστε να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση των διοικουμένων. Το Conseil d'État διευκρίνισε ότι, προς στήριξη αίτησης ακύρωσης κατά πράξης που εξέδωσε η Διοίκηση επικαλούμενη την οδηγία αυτή, μπορεί βασίμως να υποστηριχθεί είτε ότι η ατομική κατάσταση παρουσίαζε ιδιαιτερότητα σε σχέση με τους κανόνες, ή, ακριβέστερα, με τα πρότυπα (*normes*) που περιλαμβάνει η οδηγία, είτε ότι το γενικό συμφέρον επιβάλλει μεταχείριση κατά παρέκκλιση από την οδηγία, είτε ακόμη ότι η ίδια η οδηγία παραβιάζει νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις για την εφαρμογή των οποίων είχε εκδοθεί. Στην τελευταία περίπτωση

³² Cl. Malverti/C. Beaufls, *Le Conseil d'Etat donne du mou au droit souple*, AJDA 2019, σελ. 1994.

³³ Conclusions sur CE 3 mai 2004, n° 254961, Comité anti-amiante Jussieu et autres.

³⁴ Κατευθυντήρια οδηγία 25 (Απόφαση 02/27-08-2020 της ΕΑΑΔΗΣΥ) με θέμα: «Ζητήματα υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας σύμβασης σε περίπτωση υποδιαίρεσής της σε τμήματα. Εφαρμογή της παρέκκλισης του άρθρου 6 παρ. 10 ν. 4412/2016» και αποδέκτες τις αναθέτουσες αρχές.

³⁵ CE, sect., 11 déc. 1970, n° 78880, *Crédit foncier de France c/ M^{lle} Gaupillat et M^{me} Ader*, Rec. 1970, σ. 750, concl. L. Bertrand· RDP 1971, σ. 1224, note M. Waline.

μπορεί να προβληθεί ότι η προσβαλλόμενη πράξη που παραπέμπει στην οδηγία πάσχει πλάνη περί το δίκαιο³⁶. Από τη νομολογία αυτή συνάγεται, όσον αφορά το καθεστώς των οδηγιών, ότι οι οδηγίες, οι οποίες στο εξής καλούνται κατευθυντήριες γραμμές, προς αποφυγή σύγχυσης με τις οδηγίες που ενωσιακού δικαίου είναι αντιτάξιμες στους ενδιαφερομένους όταν καμία ιδιαιτερότητα της κατάστασής τους ή κανένας λόγος γενικού συμφέροντος δεν δικαιολογεί την απόκλιση. Αντιστρόφως, μπορεί να γίνει επίκληση των οδηγιών από τους ενδιαφερομένους όταν η διοικητική αρχή παρέκκλιने από αυτές. Η παρέκκλιση αυτή ελέγχεται δικαστικά και είναι νόμιμη μόνο λόγω της ιδιαιτερότητας της ατομικής περίπτωσης ή για λόγους γενικού συμφέροντος.

Στην ελληνική έννομη τάξη, το Συμβούλιο της Επικρατείας διατύπωσε συναφώς ως γενική αρχή του δικαίου τη δυνατότητα αυτοδέσμευσης του διοικητικού οργάνου κατά την ενάσκηση της κατά νόμο διακριτικής του ευχέρειας, με τον εκ των προτέρων καθορισμό εύλογων και αντικειμενικών κριτηρίων, εφαρμοστέων σε κάθε εξατομικευμένη περίπτωση. Ειδικότερα, έχει γίνει δεκτό ότι «κατά γενικήν αρχήν του διοικητικού δικαίου, είναι επιτρεπτός ο κατ' αυτοδέσμευσιν της διοικήσεως ορισμός από αυτήν κριτηρίων ως προς τον τρόπον ασκήσεως της παρασχεθείσης υπό του νόμου εις αυτήν διακριτικής εξουσίας, όταν ο νόμος δεν περιέχει πρόβλεψιν περί τούτων, προς διασφάλισιν της τηρήσεως ενιαίου μέτρου κρίσεως, αλλά και της καθ' ομοιόμορφον τρόπον εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, κατά την εκάστοτε ενάσκησιν αυτής αρμοδιότητος. Τα δε κατ' αυτοδέσμευσιν της διοικήσεως τιθέμενα κριτήρια ασκήσεως της διακριτικής της εξουσίας επιβάλλεται να είναι σύννομα, ανταποκρινόμενα εις τον σκοπόν του νόμου, χάριν του οποίου παρέχεται εις την διοίκησιν διακριτική εξουσία. Το σύννομον δε των ούτω τιθεμένων κριτηρίων ασκήσεως διακριτικής εξουσίας υπόκειται εις τον έλεγχον του ακυρωτικού δικαστού, εξ αφορμής της προσβολής ατομικής διοικητικής πράξεως, προβαινούσης εις λήψιν υπ' όψιν των κριτηρίων τούτων κατά την ενάσκησιν της εν λόγω αρμοδιότητος εις συγκεκριμένην περίπτωσιν. Εξ άλλου –και δεδομένου ότι εν προκειμένω δεν πρόκειται περί κανονιστικώς, δυνάμει νομοθετικής εξουσιοδοτήσεως, θεσπιζομένων και ως εκ τούτου υποχρεωτικώς και ανεξαιρέτως εις κάθε περίπτωσιν τηρητέων προϋποθέσεων διά την άσκησιν δεσμίας αρμοδιότητος– είναι επιτρεπτή η εις συγκεκριμένην περίπτωσιν απόκλισις από τα ούτως τεθέντα κριτήρια διά τον εν γένει τρόπον ασκήσεως της διακριτικής εξουσίας, όταν τούτο επιβάλλει εις την περίπτωσιν αυτήν, λόγω της ιδιαιτεροτήτος της, η προσήκουσα άσκησις της διακριτικής εξουσίας»³⁷. Επομένως, η ευρεία κατηγορία των κατευθυντήριων γραμμών αντιμετωπίζονται από το Συμβούλιο της Επικρατείας ως πράξεις αυτοδέσμευσης της Διοίκησης κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας για την τήρηση ενιαίου και ομοιόμορφου τρόπου κρίσης του διοικητικού οργάνου³⁸.

³⁶ E. Untermaier-Kerléo, *Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence Crédit foncier de France*, RFDA 2014, σελ. 1029.

³⁷ Πάγια νομολογία. Βλ. προσφάτως, ΣτΕ 1256/2020: θέσιση υποσυντελεστών από την επιτροπή αξιολόγησης για την επιλογή έμμισθου δικηγόρου σε νομικό πρόσωπο του δημοσίου τομέα, προς εξειδίκευση των καθορισθέντων στην προκήρυξη συντελεστών βαρύτητας επί των κριτηρίων αξιολόγησης, με απόφαση λαμβανομένη πριν από την έναρξη της προθεσμίας υποβολής υποψηφιοτήτων· ΣτΕ 3103/2017: Απόφαση της Επιτροπής Αξιολόγησης για την εγγραφή πτυχιούχων Νομικής από πανεπιστήμια της ΕΕ στο μητρώο ασκουμένων, με την οποία τίθεται η ακολουθητέα μεθοδολογία εξέτασης και εξειδικεύονται τα κριτήρια αξιολόγησης· ΣτΕ 2357, 4474/2014: Ανακοίνωση Συμβουλίου Ιδρύματος ΑΕΙ με την οποία, ενόψει της εκλογής πρύτανη, εξειδικεύονται αόριστες έννοιες («αναγνωρισμένου κύρους»-«σημαντικής διοικητικής εμπειρίας») με τις οποίες περιγράφονται στον νόμο τα ουσιαστικά κριτήρια που πρέπει να πληρούνται για την κατάληψη της θέσης· ΣτΕ 614/2008, σκέψη 8· ΣτΕ 3345/2005, σκέψη 8, ΣτΕ 3650/2005, σκέψη 9.

³⁸ Β. Γκέρτσου, ό.π.

β. Ευθύς ακυρωτικός έλεγχος μη δεσμευτικών πράξεων γενικής ισχύος ρυθμιστικών αρχών (αποφάσεις Fairvesta και Numéricable, της 21.03.2016)

Όπως παρατήρησε στη γνωστή του μελέτη του 2013 το Conseil d'État, από τη δεκαετία του 1980 οι διοικητικές αρχές έχουν την τάση να χρησιμοποιούν όλο και περισσότερο εργαλεία παρότρυνσης και ενθάρρυνσης της τήρησης ορισμένης συμπεριφοράς, δηλαδή πράξεις που «έχουν ως αντικείμενο την τροποποίηση ή τον προσανατολισμό των συμπεριφορών των αποδεκτών τους προκαλώντας την προσχώρησή τους στην άποψη της Διοίκησης» χωρίς πάντως «να γεννούν οι ίδιες δικαιώματα ή υποχρεώσεις για τους αποδέκτες τους». Για να μη διαφύγουν του ακυρωτικού ελέγχου οι παραπάνω μέθοδοι καθοδήγησης των συμπεριφορών, που δεν είναι μεν επιτακτικές, είναι όμως λίαν αποτελεσματικές, το γαλλικό Conseil d'Etat δέχθηκε να ανοίξει την αίτηση ακύρωσης ενώπιόν του με τις αποφάσεις της Ολομέλειας του 2016, *Fairvesta*³⁹ και *Numericable*⁴⁰. Δέχθηκε, δηλαδή, ότι μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αίτησης ακύρωσης «γνώμες, συστάσεις, οκλήσεις και τοποθετήσεις των ρυθμιστικών αρχών στο πλαίσιο της άσκησης των αποστολών που τους έχουν ανατεθεί [...] όταν [οι παραπάνω πράξεις] έχουν τον χαρακτήρα γενικών και επιτακτικών διατάξεων ή όταν περιλαμβάνουν ατομικές επιταγές, για την παράβαση των οποίων οι εν λόγω αρχές θα μπορούσαν να επιβάλουν μεταγενέστερα κυρώσεις. Οι πράξεις αυτές μπορούν επίσης να αποτελέσουν το αντικείμενο αίτησης ακύρωσης, που ασκεί αιτών ο οποίος έχει άμεσο και βέβαιο έννομο συμφέρον, εφόσον είναι ικανές να παραγάγουν αξιοσημείωτα αποτελέσματα (*effets notables*), ιδίως οικονομικής φύσης, ή αποσκοπούν να επηρεάσουν ουσιωδώς τις συμπεριφορές των προσώπων στα οποία απευθύνονται». Με τις αποφάσεις αυτές, η Ολομέλεια έκανε ένα «μείζον δογματικό άλμα» ως προς το πεδίο των δεκτικών αίτησης ακύρωσης πράξεων, προκαλώντας έναν πραγματικό «δικονομικό σεισμό»⁴¹. Για την παραδεκτή προσβολή μιας πράξης ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή δεν είναι αναγκαίο αυτή να έχει τον χαρακτήρα απόφασης (δεσμευτικής ρύθμισης), δηλαδή να τροποποιεί τον νομικό κόσμο ή να έχει επιτακτικό χαρακτήρα. Το παραδεκτό αίτησης ακύρωσης κατά μιας πράξης μπορεί να στηριχθεί όχι στο νομικό της περιεχόμενο αλλά στη βαρύτητα των πρακτικών της αποτελεσμάτων⁴².

Ειδικότερα, κρίθηκε ότι παραδεκτώς ασκήθηκαν οι αιτήσεις ακύρωσης, αφενός κατά ανακοινωθέντων τύπου ανεξάρτητης διοικητικής αρχής, της *Autorité des marchés financiers*, με τα οποία η αρχή αυτή καλούσε τους επενδυτές να είναι προσεκτικοί και επιφυλακτικοί σε σχέση με τα επενδυτικά προϊόντα συγκεκριμένου ομίλου εταιριών, και αφετέρου κατά τοποθέτησης της αρχής ανταγωνισμού (*Autorité de la concurrence*), με την οποία η εν λόγω ρυθμιστική αρχή, στο πλαίσιο της παρακολούθησης της εκτέλεσης των αποφάσεών της, εκτίμησε ότι κατέστη άνευ αντικειμένου ένας από τους όρους που είχε θέσει το 2012 για την εξαγορά ορισμένων επιχειρήσεων από άλλους ομίλους. Το Δικαστήριο αναγνώρισε, επομένως, τη δυνατότητα ευθείας δικαστικής προσβολής πράξεων που δεν έχουν κανονιστικό (*normatif*) χαρακτήρα, δηλαδή δεν παράγουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, αλλά συνέπειες οικονομικής φύσης, ή επηρεάζουν τη συμπεριφορά των αποδεκτών τους –λόγω του κύρους των αρχών από τις οποίες προέρχο-

³⁹ CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, Société Fairvesta International GmbH· AJDA 2016, σελ. 717, *chron. L. Dutheillet de Lamothe/G. Odinet*· Rev. sociétés 2016, σελ. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt· RFDA 2016, σελ. 497, concl. S. von Coester· RTD com. 2016, σελ. 298, obs. N. Rontchevsky, και σελ. 711, obs. F. Lombard.

⁴⁰ CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable· AJDA 2016, σελ. 717, *chron. L. Dutheillet de Lamothe/G. Odinet*· RFDA 2016, σελ. 508, concl. V. Dumas.

⁴¹ L. Calandri, *La justiciabilité variable des actes de soft law des autorités de régulation: retour sur une jurisprudence de construction*, Dr. adm. 2020, n°1, étude 2.

⁴² Cl. Malverti/C. Beauflis, *Le Conseil d'Etat donne du mou au droit souple*, AJDA 2019, σελ. 1994.

νται⁴³– χωρίς να ιδρύουν δικαιώματα ή υποχρεώσεις. Η εξέλιξη αυτή καταδεικνύει ότι ο δικαστής αναγνωρίζει τη σημασία του ήπιου δικαίου στο πλαίσιο των νέων μορφών και μεθόδων δράσης των δημοσίων φορέων. Χωρίς να δημιουργεί, κατά νομική ακριβολογία, νομικές υποχρεώσεις ούτε να χορηγεί νέα δικαιώματα στους χρήστες των υπηρεσιών της, η Διοίκηση μπορεί να χρησιμοποιεί τα εργαλεία της επικοινωνίας για να επηρεάσει προς ορισμένη κατεύθυνση ή να αποτρέψει από ορισμένη συμπεριφορά τους επιχειρηματίες και να δημοσιεύει απόψεις ή συστάσεις, οι οποίες δεν έχουν νομική δεσμευτικότητα, αλλά είναι βέβαιο ότι θα εισακουστούν και θα τηρηθούν. Το Conseil d'État έκρινε, λοιπόν, ότι οι πράξεις αυτές μπορούν να προσβληθούν με αίτηση ακύρωσης. Με άλλα λόγια, το Δικαστήριο αυτό διεύρυνε τον κύκλο των δεκτικών δικαστικής προσβολής πράξεων, εντάσσοντας σε αυτές και πράξεις που δεν μεταβάλλουν τον εξωτερικό νομικό κόσμο, δηλαδή στερούνται νομικής δεσμευτικότητας και δεν αποτελούν, κατά την ελληνική διοικητική δικονομία, εκτελεστές πράξεις διοικητικής αρχής. Εκτός από τον ορισμό των προϋποθέσεων του παραδεκτού, η εισφορά της νέας νομολογίας έγκειται στην ανάδειξη των ιδιομορφιών του ελέγχου νομιμότητας στον οποίο υπόκεινται οι πράξεις του ήπιου δικαίου: «απόκειται στον δικαστή, ο οποίος επιλαμβάνεται λόγων ακύρωσης υπό την έννοια αυτή, να εξετάσει τις πλημμέλειες που μπορούν να πλήξουν τη νομιμότητα των πράξεων αυτών, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση και τα χαρακτηριστικά τους, καθώς και την εξουσία εκτίμησης που διαθέτει η ρυθμιστική αρχή· σε αυτόν απόκειται επίσης, εφόσον υπάρχει σχετικό αίτημα, να κάνει χρήση των εξουσιών διαταγής που αντλεί από τον τίτλο IX του *code de justice administrative*»⁴⁴. Το Conseil d'État είχε την ευκαιρία να διευκρινίσει και να αποκρυσταλλώσει τα όρια των εξουσιών του στη μεταγενέστερη νομολογία του.

γ. Ευθύς ακυρωτικός έλεγχος κατευθυντήριων γραμμών που εκδίδουν ρυθμιστικές αρχές (απόφαση *Bouygues Télécom* της 13.12.2017)

Εφαρμόζοντας τις αποφάσεις της Ολομέλειάς του της 21ης Μαρτίου 2016, *Fairvesta* και *Numericable*, το Conseil d'État (τέταρτο και πέμπτο τμήμα της *Section du contentieux*) έκρινε παραδεκτές τις αιτήσεις ακύρωσης που ασκήθηκαν από φυσικά πρόσωπα και ενώσεις κατά σύστασης του Ανώτατου Ραδιοτηλεοπτικού Συμβουλίου της Γαλλίας (*Conseil Supérieur de l'audiovisuel*, στο εξής: CSA) προς τους τηλεοπτικούς σταθμούς, με την οποία η εν λόγω ανεξάρτητη αρχή εκτίμησε ότι ένα τηλεοπτικό μήνυμα συγκεκριμένου περιεχομένου⁴⁵ δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε ως διαφημιστικό μήνυμα υπό την έννοια του άρθρου 2 του διατάγματος n° 92-280 της 27ης Μαρτίου 1992, σχετικά με τις αρχές που διέπουν τις υποχρεώσεις των παρόχων υπηρεσιών διαφήμισης, χορηγίας και τηλεαγορών, ούτε ως μήνυμα γενικού ενδιαφέροντος υπό την έννοια του άρθρου 14 του εν λόγω διατάγματος, οπότε δεν μπορεί να περιλαμβάνεται στη

⁴³ J. Mouchette, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Bibl. de droit public, 2019.

⁴⁴ F. Melleray, *Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple*, AJDA 2016, σελ. 2119. Βλ. επίσης, στο ίδιο πνεύμα, τις προτάσεις των δημόσιων εισηγητών S. Von Coester (RFDA 2016, σελ. 497) και V. Dumas (RFDA 2016, σελ. 508). Προσφάτως, D. Costa, "Juger de la légalité du droit souple", in B. Defoort/B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s)?*, Lexis Nexis, 2021, σελ. 89 (103).

⁴⁵ Επρόκειτο για μήνυμα που απευθυνόταν προς μέλλουσες μητέρες οι οποίες ενημερώθηκαν κατά τον προγεννητικό έλεγχο ότι το έμβρυο που κυοφορούν έχει σύνδρομο Down και επιθυμούσε να μοιραστεί την αγωνία τους, παρουσίαζε παιδιά και εφήβους με τρισωμία 21 που δήλωναν ότι είναι ευτυχείς και μπορούν να ασκούν πολλές δραστηριότητες και τελείωνε ως εξής: «Αγαπητή μέλλουσα μαμά, το παιδί σου μπορεί να είναι ευτυχισμένο όπως εγώ! Και θα είσαι κι εσύ ευτυχισμένη! Έτσι δεν είναι, μαμά!».

ζώνη των διαφημιστικών διαλειμμάτων⁴⁶. Τη σύσταση αυτή ακολούθησαν δύο ανακοινωθέντα τύπου με τα οποία το CSA διευκρίνισε το περιεχόμενο της επέμβασής του προς τους τηλεοπτικούς σταθμούς⁴⁷. Στο ίδιο πνεύμα, με την απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου του 2017, *Bouygues Télécom*⁴⁸, το Conseil d'État έκρινε ότι οι κατευθυντήριες γραμμές, με τις οποίες οι ρυθμιστικές αρχές ορίζουν τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες προτίθενται να ασκήσουν τα προνόμια με τα οποία είναι εξοπλισμένες, μπορούν να αποτελέσουν το αντικείμενο αίτησης ακύρωσης που ασκείται από αιτούντα ο οποίος έχει άμεσο και βέβαιο συμφέρον για την ακύρωσή τους, όταν μπορούν να παραγάγουν σημαντικά αποτελέσματα, ιδίως οικονομικής φύσης, ή όταν αποσκοπούν να επηρεάσουν ουσιωδώς τη συμπεριφορά των προσώπων στα οποία απευθύνονται. Αξίζει να τονισθεί ότι 40 χρόνια μετά τη δημοσίευση της προαναφερθείσας διατριβής του Πρ. Παυλόπουλου, *La directive en droit administratif*, που στηρίχθηκε στη νομολογία *Crédit foncier de France* του 1970, το Conseil d'État έκανε, στις 13 Δεκεμβρίου 2017, το αποφασιστικό βήμα, αναγνωρίζοντας τον ευθύ ακυρωτικό έλεγχο των κατευθυντηρίων γραμμών.

δ. Η διεύρυνση των κριτηρίων: Εγκατάλειψη της ρυθμιστικής δραστηριότητας (απόφαση Marine Le Pen της 19.03.2019)

Μια νέα απόφαση της 19ης Μαρτίου 2019, *Marine Le Pen*⁴⁹, έδωσε την ευκαιρία στην Ολομέλεια του Conseil d'État να επανεξετάσει, τρία χρόνια μετά τις αποφάσεις *Fairvesta* και *Numericable*, τα κριτήρια του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης κατά των πράξεων του ήπιου δικαίου. Προσβλήθηκε εν προκειμένω με αίτηση ακύρωσης η εκτίμηση της Ανώτατης Αρχής Διαφάνειας του Δημόσιου Βίου (Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, HATVP), δυνάμει του άρθρου LO 135-2 εδάφιο Ι του εκλογικού κώδικα, όσον αφορά τη δήλωση της περιουσιακής κατάστασης μιας βουλευτή σε σχέση με την τήρηση της υποχρέωσης εξαντλητικότητας, ακρίβειας και ειλικρίνειας που φέρει ο συντάκτης της δήλωσης. Εγκαταλείποντας το κριτήριο της ρύθμισης, το Conseil d'État προσέδωσε μεγαλύτερη ευελιξία στην ερμηνεία των αποφάσεων του 2016. Κρίθηκε ότι «η εν λόγω τοποθέτηση μιας διοικητικής αρχής, που δημοσιοποιήθηκε μαζί με την περιουσιακή δήλωση βάσει του άρθρου LO 135-2 του εκλογικού κώδικα, είναι ικανή να προκαλέσει, για το πρόσωπο του βουλευτή τον οποίον αφορά, σημαντικά αποτελέσματα ("effets notables"), σε σχέση, ιδίως, με την υπόληψή του, τα οποία εξάλλου μπορούν να ασκήσουν επιρροή στη συμπεριφορά

⁴⁶ Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ομοιότητες προς τη νομολογία αυτή παρουσιάζουν οι εξής αποφάσεις: ΣτΕ 1007/2016 (αποτελεί εκτελεστή πράξη το έγγραφο του Γενικού Γραμματέα του Υπουργείου Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης σχετικά με την υπαγωγή του αιτούντος νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου [ν.π.ι.δ.] στις διατάξεις του Ν. 3845/2010 περί απογραφής του απασχολούμενου από αυτό προσωπικού και εντάξεώς του στην Ενιαία Αρχή Πληρωμής) και ΣτΕ 2297/2020 (εκτελεστός χαρακτήρας της πράξης του Προέδρου της Αρχής Καταπολέμησης της Νομιμοποίησης Εσόδων από Εγκληματικές Δραστηριότητες και της Χρηματοδότησης της Τρομοκρατίας και Ελέγχου των Δηλώσεων Περιουσιακής Κατάστασης, η οποία έχει ως αποδέκτη τη Γενική Γραμματεία Έρευνας και Τεχνολογίας [Γ.Γ.Ε.Τ.] και με την οποία διατυπώθηκε η άποψη ότι η περίπτωση [μβ] του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3213/2003 καταλαμβάνει τα φυσικά πρόσωπα που τυγχάνουν επιστημονικοί υπεύθυνοι «έργων» έρευνας και παροχής υπηρεσιών σε εποπτευόμενα από τη Γ. Γραμματεία Ερευνητικά Κέντρα, στο πλαίσιο συγχρηματοδοτούμενων ή ευρωπαϊκών προγραμμάτων).

⁴⁷ CE 10 novembre 2016, *Mme M... et autres*, n°s 384691 e. a. Προτάσεις L. Marion, AJDA 2/2017, σ. 121. Βλ και απόφαση της 13ης Ιουλίου 2016, *Société GDF Suez*, η οποία αφορούσε ανακοίνωση της Ρυθμιστικής αρχής ενέργειας (Commission de régulation de l'énergie)· F. Melleray, *Précisions sur les modalités de contestation d'un acte de droit souple*, note CE, sect., 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150, AJDA 37/2016, σελ. 2121.

⁴⁸ CE 13 déc. 2017, n° 401799, *Société Bouygues Télécom*, concl. X. Domino, AJDA 2018, σελ. 571, note L. de Fontenelle; RTD com. 2018, σελ. 67, obs. F. Lombard.

⁴⁹ CE, Assemblée, 19 mars 2019, n° 426389, concl. Anne Iljic, AJDA 2019, σελ. 1544.

των προσώπων, και ιδίως των εκλογέων, στα οποία απευθύνεται. Υπό τις συνθήκες αυτές, η ως άνω τοποθέτηση μπορεί να θεωρηθεί ως βλαπτική πράξη για τον βουλευτή...». Η ενδικασιμότητα των πράξεων του ήπιου δικαίου δεν εξαρτάται πλέον από τη φύση της διοικητικής αρχής από την οποία προέρχονται⁵⁰.

Γ. Ενοποίηση του καθεστώτος δικαστικού ελέγχου των πράξεων του ήπιου δικαίου που παράγουν αξιοσημείωτα αποτελέσματα (απόφαση GISTI της 12.06.2020)

Τέλος, σε μια σύντομη απόφαση, της 12ης Ιουνίου 2020, GISTI⁵¹, πρότυπο σαφήνειας, ακρίβειας και συνοχής, το Conseil d'État συμπληρώνει τη νομολογιακή κατασκευή του δικαστικού ελέγχου των πράξεων του ήπιου δικαίου, ενοποιώντας το καθεστώς του ελέγχου αυτού τόσο για τις εγκυκλίους και για τις κατευθυντήριες γραμμές όσο και για τις λοιπές πράξεις του ήπιου δικαίου, που λόγω της μεγάλης ποικιλίας και των ιδιομορφιών τους φαίνεται ότι «δυστροπούν» στην κατηγοριοποίηση. Αντικείμενο της αίτησης ακύρωσης ήταν μια πράξη που φέρει τον τίτλο *Note d'actualité*, προέρχεται από το Τμήμα Πραγματογνωμοσύνης σχετικά με την Παραποίηση Εγγράφων της γενικής διεύθυνσης της αστυνομίας των συνόρων και αποσκοπεί στη διαβίβαση μιας πληροφορίας για τη γενικευμένη νόθευση εγγράφων στη Γουινέα (Conakry) όσον αφορά τις πράξεις προσωπικής κατάστασης και τις συμπληρωματικές δικαστικές αποφάσεις, και παροτρύνει, κατά συνέπεια, ιδίως τους υπαλλήλους που οφείλουν να αποφανθούν επί του κύρους των αλλοδαπών πράξεων προσωπικής κατάστασης να διατυπώνουν αρνητική γνώμη για κάθε ανάλυση πράξης γέννησης από τη Γουινέα. Λαμβανομένων υπόψη των αξιοσημείωτων αποτελεσμάτων (*effets notables*) που το σημείωμα αυτό μπορεί να έχει για την κατάσταση των υπηκόων της Γουινέας στις σχέσεις τους με τη γαλλική Διοίκηση, είναι δεκτικό ευθείας δικαστικής προσβολής. Κατά συνέπεια, παραδεκτώς ασκείται κατ' αυτού αίτηση ακύρωσης. Οι σκέψεις αρχής στην απόφαση GISTI έχουν ως εξής: «1. Τα έγγραφα γενικής ισχύος που προέρχονται από δημόσιες αρχές, σε έντυπη μορφή ή όχι, όπως οι εγκύκλιοι, οδηγίες, συστάσεις, υπομνήματα, εκθέσεις ή ερμηνείες του θετικού δικαίου, είναι δεκτικά προσβολής ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή όταν μπορούν να παραγάγουν αξιοσημείωτα αποτελέσματα για τα δικαιώματα ή την κατάσταση άλλων προσώπων εκτός από τους υπαλλήλους που είναι αρμόδιοι, ενδεχομένως, να τα θέσουν σε εφαρμογή. Παράγουν, ιδίως, τέτοια αποτελέσματα τα έγγραφα που έχουν επιτακτικό χαρακτήρα ή παρουσιάζουν τον χαρακτήρα κατευθυντήριων γραμμών. 2. Στον δικαστή απόκειται να εξετάσει τις πλημμέλειες που επηρεάζουν τη νομιμότητα του εγγράφου, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση και τα χαρακτηριστικά του καθώς και την εξουσία εκτίμησης που διαθέτει η αρχή από την οποία προέρχεται. Η αίτηση ακύρωσης πρέπει να γίνει δεκτή, ιδίως, εάν με το προσβαλλόμενο έγγραφο θεσπίζεται αναρμοδίως νέος κανόνας, εάν η ερμηνεία του θετικού δικαίου που περιέχει παραγνωρίζει την έννοια και την εμβέλεια του δικαίου αυτού ή εάν εκδόθηκε ενόψει εφαρμογής κανόνα αντίθετου προς υπέρτερο νομικό κανόνα».

Οι παραπάνω σκέψεις αρχής, πρώτον, ενοποιούν το καθεστώς δικαστικής προσβολής των εγκυκλίων, των κατευθυντήριων γραμμών και των λοιπών πράξεων του ήπιου δικαίου, δεύτερον, αποκρυσταλλώνουν τα κριτήρια ένταξης μιας πράξης στην εν λόγω κατηγορία και, τρίτον, καθορίζουν με ευελιξία τις πλημμέλειες που οδηγούν στην ακύρωσή της. Όπως επισημάνθηκε εύστοχα, μετά την απόφαση GISTI, το ήπιο δίκαιο, το οποίο «συγκεντρώνει ένα ποικιλόχρωμο πλή-

⁵⁰ Cl. Malverti/C. Beaufils, *Le Conseil d'Etat donne du mou au droit souple*, AJDA 2019, σελ. 1994.

⁵¹ CE, Sect., 12 juin 2020, GISTI, n° 418.142· F. Melleray, *Les documents de portée générale de l'administration*, RFDA 2020, σελ. 801.

θος κανόνων», απορρόφησε και τις εγκυκλίους, αυτή την παραδοσιακή κατηγορία άτυπων μεν κανόνων, οι οποίοι όμως μοιάζουν με το σκληρό δίκαιο, τόσο από τη σκοπιά του περιεχομένου όσο και της κεφαλαιώδους σημασίας τους στην πρακτική της Διοίκησης⁵².

Δ. Κανόνες τεχνικής φύσης (δεδομένα ιατρικής επιστήμης, τεχνικά πρότυπα, λογιστικά και ελεγκτικά πρότυπα)

Το μεγαλύτερο παράδοξο για έναν Έλληνα δημοσιολόγο είναι, αναμφιβόλως, η δικονομική μεταχείριση των κανόνων της ιατρικής επιστήμης στη γαλλική έννομη τάξη. Μολονότι οι δεσμοί ανάμεσα στον ιατρικό και τον νομικό κόσμο εντείνονται και η επιστημονική σημασία των συστάσεων καλών πρακτικών είναι αναμφισβήτητη, η θέση τους στην έννομη τάξη παραμένει ασαφής⁵³. Οι συστάσεις αυτές προέρχονται από ειδικούς, οι οποίοι ενεργούν είτε στο πλαίσιο επιστημονικών εταιρειών ή υγειονομικών αρχών είτε στο πλαίσιο επιτροπών που συστήνει κάποιος δημόσιος φορέας⁵⁴. Στη Γαλλία, ορισμένες συστάσεις διατυπώνονται από την Haute autorité de santé (Ανώτατη Αρχή Υγείας, HAS) ή από την Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (Εθνική Αρχή Ασφάλειας των Φαρμάκων), που είναι ανεξάρτητες αρχές. Για να ενισχύσει τη λήψη, υπόψη των επιστημονικών δεδομένων και των ιατρικών γνώσεων τηρώντας και την αρχή της ανεξαρτησίας των ιατρών, η γαλλική έννομη τάξη κατατάσσει τις συστάσεις καλών πρακτικών που συντάσσουν οι παραπάνω ανεξάρτητες αρχές μεταξύ των κανόνων του ήπιου δικαίου⁵⁵. Ήδη πριν από τη νομολογία *Fairvesta* και *Numericable*, το Conseil d'État προέβαιε σε ευθύ έλεγχο των συστάσεων καλών πρακτικών της (HAS). Ιδιαίτερης μνείας χρήζει η απόφαση *Formindep* της 27ης Απριλίου 2011, με αντικείμενο την άρνηση κατάργησης συστάσεων της Ανώτατης Αρχής Υγείας (HAS) σχετικά με τη φαρμακευτική αγωγή του διαβήτη τύπου 2. Το Conseil d'État δέχθηκε ότι, «λαμβάνομένης υπόψη της δεοντολογικής υποχρέωσης που υπέχουν οι επαγγελματίες της υγείας από τις διατάξεις του κώδικα δημόσιας υγείας [...] να παρέχουν στον ασθενή φροντίδες βάσει των δεδομένων της επιστήμης (*soins fondés sur les données acquises de la science*), όπως αυτά απορρέουν, ιδίως, από τις συστάσεις καλών πρακτικών, οι συστάσεις αυτές πρέπει να θεωρηθούν ως βλαπτικές αποφάσεις (*décisions faisant grief*)». Η χρησιμοποίηση του όρου «απόφαση», ο οποίος υποδηλώνει πράξη που επιφέρει μεταβολές στον εξωτερικό νομικό κόσμο, δηλαδή εκτελεστή πράξη διοικητικής αρχής, δημιουργεί την εντύπωση ότι η νομολογία εντάσσει πλέον τις ιατρικές συστάσεις στην κατηγορία των κανονιστικών πράξεων (δηλαδή των κανόνων δικαίου) και όχι των οδηγιών ή κατευθυντήριων γραμμών (δηλαδή των πράξεων που αποτελούν ήπιο δίκαιο), πράγμα που σημαίνει ότι οι επαγγελματίες της υγείας δεν είναι πλέον ελεύθεροι να καθορίσουν τις φροντίδες που θα παράσχουν και τις πρακτικές που θα εφαρμόσουν, αλλά δεσμεύονται νομικά από τις συστάσεις. Παρά την κατηγορηματική διατύπωση της απόφασης *Formindep*, η αναγνώριση της δυνατότητας δικαστικού ελέγχου των συστάσεων καλών ιατρικών πρακτικών δεν συνεπάγεται τη μετατροπή τους σε νομικά δεσμευτικούς κανόνες

⁵² P. Daumier, *Les circulaires et le droit souple*, RTD Civ. 2021, σελ. 613.

⁵³ P. Loiseau, «La force normative des recommandations de bonnes pratiques médicales», in C. Thibierge et alii (éd.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, σελ. 613· O. Smallwood, *Essai d'une qualification juridique des recommandations*, Droit et Santé, n° 15, janvier 2007.

⁵⁴ Conseil d'Etat, ό.π., σελ. 100 επ.

⁵⁵ Είναι χαρακτηριστική η αντίδραση του καθηγητή B. Guirard-Chaumeil, πρώην προέδρου του διοικητικού συμβουλίου της Apsaes (προκατόχου της HAS), ο οποίος κατήγγειλε «την τάση των πολιτικών και των οικονομολόγων να καταστήσουν τους ιατρούς τεχνικούς, οι οποίοι διοικούνται ευκολότερα» και διερωτήθηκε αν οι ιατροί θα μπορούσαν να δεχθούν «να αποφασίζουν γι' αυτούς τα διατάγματα, οι αποφάσεις και οι εγκύκλιοι».

δικαίου (*hard law*), εξέλιξη ασύμβατη προς τη νομοθετικά κατοχυρωμένη επιστημονική και επαγγελματική ελευθερία του γιατρού, ο οποίος παραμένει κυρίαρχος των αποφάσεών του. Η ευρεία διακριτική ευχέρεια του γιατρού δεν είναι μόνον απόρροια νομικών αρχών αλλά και επιταγή ιατρικής φύσης, η οποία συνδέεται με την ανάγκη προσαρμογής των γενικών κατευθύνσεων της σύστασης (όπως ακριβώς και των ιατρικών πρωτοκόλλων) στην ατομική κατάσταση κάθε ασθενούς. Οι συστάσεις δεν αποτελούν, επομένως, κανονιστικές πράξεις κατά νομική κυριολεξία, αλλά διοικητικές οδηγίες ή κατευθυντήριες γραμμές, δηλαδή εκφάνσεις του ήπιου δικαίου, οι οποίες αφενός διευκρινίζουν και οριοθετούν την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας των επαγγελματιών υγείας και αφετέρου συνεκτιμώνται από τα πειθαρχικά όργανα και τον δικαστή κατά τον έλεγχο των ιατρικών πράξεων. Στον τομέα της υγείας, το ήπιο δίκαιο, υπό τη μορφή των συστάσεων καλών ιατρικών πρακτικών, συνιστά ιδανική εναλλακτική, έναντι του «σκληρού δικαίου», μορφή ρύθμισης. Ο γιατρός οφείλει, κατ' εφαρμογή του νόμου, να στηρίζει την πρακτική του στα πορίσματα και στις αρχές της επιστήμης που αποτυπώνουν οι συστάσεις της αρμόδιας ανεξάρτητης διοικητικής αρχής, είναι όμως ελεύθερος να αποκλίνει από αυτές, όχι μόνον όταν δεν ανταποκρίνονται πλέον στις επιστημονικές εξελίξεις, αλλά και όταν είναι καθ' όλα νόμιμες, δηλαδή έχουν καταρτισθεί αρμοδίως και νομοτύπως και συνάδουν με τα σύγχρονα ιατρικά δεδομένα, σε κάθε περίπτωση που δικαιολογημένα κρίνει ότι δεν είναι πρόσφορες για την αντιμετώπιση της κατάστασης του ασθενούς του.

Ο χαρακτηρισμός, με την απόφαση *Formindep*, των συστάσεων καλών ιατρικών πρακτικών της HAS ως «*décisions faisant grief*» δεν συνεπάγεται εξομοίωση των συστάσεων αυτών με κανονιστικές πράξεις, αλλά απηχεί την επιθυμία του ακυρωτικού δικαστή να ελέγξει την ποιότητα των εν λόγω κανόνων αναφοράς και την αμεροληψία των προσώπων που τους θεσπίζουν. Το Conseil d'État κατατάσσει πλέον τις συστάσεις καλών ιατρικών πρακτικών στην ειδική ενότητα των πράξεων του ήπιου δικαίου που τυγχάνουν αναγνώρισης από το σκληρό δίκαιο (με την πρόβλεψη σε νομοθέτημα ή την έγκριση από δημόσια αρχή ή τη δυνατότητα προσβολής με αίτηση ακύρωσης ή τη συνεκτίμηση από τον δικαστή), η οποία πάντως δεν φτάνει μέχρι του σημείου να τους προσδίδει υποχρεωτικό χαρακτήρα. Η αδόκιμη χρήση του όρου «*décisions faisant grief*» καταδεικνύει τη δυσκολία του δικαστή, στο τότε στάδιο εξέλιξης της νομολογίας του, να συλλάβει την έννοια της «μη δεσμευτικής κανονιστικότητας», να γεφυρώσει την απόσταση μεταξύ πληροφορίας (την οποία περιέχει η σύσταση) και υποχρέωσης εφαρμογής της και να ελέγξει ευθέως τη νομιμότητα μιας πράξης, που χωρίς να είναι νομικώς δεσμευτική, δηλαδή να μεταβάλλει τον εξωτερικό νομικό κόσμο, επηρεάζει ουσιαστικά τη συμπεριφορά των γιατρών και παράγει σημαντικά αποτελέσματα για τους ασθενείς. Η απόφαση *Formindep* αναδεικνύει τα εννοιολογικά και δογματικά προβλήματα που προκαλεί η «δικαστικοποίηση», ακριβέστερα η ανάγκη δικαστικού ελέγχου, του *soft law*. Τα προβλήματα αυτά επέλυσε η πρόσφατη νομολογία του 2016 (αποφάσεις *Fairvesta* και *Numéricable*), η οποία διαχώρισε ρητά την ευρεία έννοια της βλαπτικής διοικητικής πράξης (*acte faisant grief*) που υπόκειται σε αίτηση ακύρωσης από τη νομικώς δεσμευτική διοικητική απόφαση (*décision administrative*), δεχόμενη ότι το *soft law* μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο ευθέως δικαστικού ελέγχου χωρίς να μετεξελισσεται σε *hard law*.

Στο πνεύμα αυτό, με πρόσφατη απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 2021, *Fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs*, κρίθηκε ότι μια σύσταση καλής πρακτικής που υιοθετήθηκε από την HAS εν 2019 κατά της οξείας βρογχίτιδας και εγκατέλειπε την πρακτική που είχε τυποποιηθεί από προηγούμενη σύσταση είναι βλαπτική και μπορεί να προσβληθεί ευθέως με αίτηση ακύρωσης ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή⁵⁶. Τέλος, η πρόσφατη νομολογία

⁵⁶ CE, 6 octobre 2021, n° 437622, *Fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs*, concl.

παρέχει πολύτιμες ενδείξεις για την έκταση του ελέγχου νομιμότητας των συστάσεων. Επιληφθέν αίτησης ακύρωσης που ασκήθηκε κατά της άρνησης κατάργησης σύστασης καλής πρακτικής της HAS σχετικά με το Σύνδρομο Ανατάραξης Βρέφους, το Conseil d'État έκρινε ότι «αν, στο πλαίσιο αίτησης ακύρωσης κατά της άρνησης κατάργησης σύστασης καλής πρακτικής της HAS, μπορούν λυσιτελώς να αμφισβητηθούν η νομιμότητα του περιεχόμενου της σύστασης αυτής, η αρμοδιότητα της HAS και η ύπαρξη κατάχρησης εξουσίας, δεν ισχύει το ίδιο για τις προϋποθέσεις έκδοσης της σύστασης, δεδομένου ότι οι τυπικές και διαδικαστικές πλημμέλειες που φέρει δεν μπορούν να προβληθούν λυσιτελώς παρά μόνον στο πλαίσιο αίτησης ακύρωσης που στρέφεται κατά της ίδιας της σύστασης και ασκείται πριν από την εκπνοή της προθεσμίας του ενδίκου βοηθήματος»⁵⁷.

III. ΤΟ ΗΠΙΟ ΔΙΚΑΙΟ ΣΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ

Δύο λόγοι έφεραν πρόσφατα στο προσκήνιο την ανάγκη δικαστικού ελέγχου των πράξεων του ήπιου δικαίου: πρώτον, οι πράξεις οργάνων χωρίς θεσμική υπόσταση, οι οποίες είχαν όμως στο πλαίσιο της οξείας δημοσιονομικής κρίσης δραστικές συνέπειες στον κοινωνικό και οικονομικό βίο των πολιτών της Ένωσης **(Α)** και, δεύτερον, η πληθώρα των πράξεων ήπιου δικαίου και η αβεβαιότητα ως προς το δικονομικό καθεστώς τους **(Β)**.

A. Οι πράξεις οργάνων χωρίς θεσμική υπόσταση

Το πρόβλημα του ελέγχου των πράξεων του ήπιου δικαίου αναδείχθηκε με ένταση τα χρόνια της οικονομικής κρίσης για τον λόγο ότι σημαντικές πολιτικές αποφάσεις λαμβάνονταν από άτυπα όργανα χωρίς θεσμική υπόσταση. Έτσι, παρά τις σημαντικές συνέπειες των εν λόγω πράξεων, αυτές δεν μπορούσαν να ελεγχθούν δικαστικά, ελλείψει θεσμικής καθιέρωσης των συντακτών τους και συνακολούθως νομικής δεσμευτικότητας. Χαρακτηριστική συναφώς είναι η απόφαση ΔΕΕ της 20ής Σεπτεμβρίου 2016, Κωνσταντίνος Μαλλής⁵⁸, η οποία εκδόθηκε επί προσφυγής με αντικείμενο την ακύρωση της δήλωσης της Ευρωομάδας της 25ης Μαρτίου 2013, σχετικά, μεταξύ άλλων, με την αναδιάρθρωση του τραπεζικού τομέα της Κυπριακής Δημοκρατίας, η οποία επιβλήθηκε ως όρος για τη χορήγηση χρηματοπιστωτικής συνδρομής σταθερότητας από τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Σταθερότητας (στο εξής: ΕΜΣ). Το Γενικό Δικαστήριο, αρχικά, και το Δικαστήριο, στη συνέχεια, δέχθηκαν ότι η Ευρωομάδα είναι φόρουμ συζητήσεων, σε υπουργικό επίπεδο, των αντιπροσώπων των κρατών μελών με νόμισμα το ευρώ και όχι όργανο που λαμβάνει αποφάσεις. Μολοντί η συμμετοχή της Επιτροπής και της ΕΚΤ στις συναντήσεις της Ευρωομάδας προβλέπεται στο άρθρο 1 του πρωτοκόλλου 14⁵⁹, εντούτοις η Ευρωομάδα αποτελεί άτυπη σύνοδο των υπουργών των οικείων κρατών μελών, δεν ελέγχεται από την Επιτροπή ή την ΕΚΤ, ούτε ενεργεί ως εντολοδόχος των θεσμικών αυτών οργάνων. Ως εκ τούτου, η Ευρωομάδα δεν είναι δυνατόν ούτε να εξομοιωθεί με σύνθεση του Συμβουλίου⁶⁰ ούτε να χαρακτηριστεί ως

V. Villette.

⁵⁷ CE 7 juillet 2021, n° 438712, M. FT... HC..., l'association Adikia e.a., AJDA 2021, σελ. 1474.

⁵⁸ ΔΕΕ της 20ής Σεπτεμβρίου 2016, C-105/15 Ρ έως C-109/15 Ρ, EU:C:2016:702. Βλ. και απόφαση της 20.09.2016, Ledra Advertising, C-8/15 Ρ έως C-10/15 Ρ, EU:C:2016:70.

⁵⁹ «Οι Υπουργοί των κρατών μελών με νόμισμα το ευρώ πραγματοποιούν άτυπες συναντήσεις μεταξύ τους. Οι συναντήσεις αυτές λαμβάνουν χώρα, ανάλογα με τις ανάγκες, για να συζητούνται τα θέματα που συνδέονται με τις ιδιαίτερες ευθύνες τις οποίες συνυπέχουν στο θέμα του ενιαίου νομίσματος. Η Επιτροπή συμμετέχει στις συναντήσεις αυτές. Η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα καλείται να συμμετέχει σε αυτές τις συναντήσεις, οι οποίες προετοιμάζονται από τους αντιπροσώπους των υπουργών οικονομικών των κρατών μελών με νόμισμα το ευρώ και της Επιτροπής».

⁶⁰ Η Ευρωομάδα δεν περιλαμβάνεται στους σχηματισμούς του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης που απαριθ-

όργανο ή οργανισμός της Ένωσης κατά την έννοια του άρθρου 263 ΣΛΕΕ. Επομένως, αφού η Ευρωομάδα δεν μπορεί να θεωρηθεί όργανο λήψης αποφάσεων, η δήλωσή της δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως πράξη η οποία προορίζεται να παραγάγει έννομα αποτελέσματα έναντι τρίτων, αλλά έχει αμιγώς πληροφοριακό χαρακτήρα και σκοπούσε στην ενημέρωση του κοινού για την ύπαρξη μιας πολιτικής συμφωνίας μεταξύ της Ευρωομάδας και των κυπριακών αρχών η οποία εξέφραζε την κοινή βούληση περί διεξαγωγής διαπραγματεύσεων κατά τους όρους της εν λόγω δήλωσης. Επιβάλλεται να τονιστεί, εν προκειμένω, ότι το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι οι ενέργειες της Ευρωομάδας δεν μπορούν να θεμελιώσουν την εξωσυμβατική ευθύνη της Ένωσης, κατά το άρθρο 340, δεύτερο εδάφιο, ΣΛΕΕ⁶¹, δεδομένου ότι το όργανο αυτό, διακυβερνητικού χαρακτήρα, δεν συνιστά οντότητα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ιδρυθείσα από τις Συνθήκες⁶².

Εντοπίζοντας το νομικό πρόβλημα που ανακύπτει, ο καθηγητής Προκόπης Παυλόπουλος κάνει συναφώς λόγο για «θεσμική αφάνεια» της Ευρωομάδας και για απουσία νομικής καθιέρωσης των αρμοδιοτήτων της, η οποία καταλήγει σε αδυναμία δικαστικής προστασίας κατά των αποφάσεών της και τελικώς σε κρίση του ίδιου του κράτους δικαίου⁶³. Πρόκειται, δηλαδή, για προφανή αναντιστοιχία μεταξύ του δυναμισμού της οικονομικής και πολιτικής πραγματικότητας αφενός, και της ανεπάρκειας του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου αφετέρου. Επισημαίνει, λοιπόν, την ανάγκη θεσμικής ενδυνάμωσης και νομοθετικής ρύθμισης οργάνων που οι αποφάσεις τους επηρεάζουν ουσιαστικά την οικονομία και τις βιοτικές σχέσεις των πολιτών.

B. Οι πράξεις ήπιου δικαίου των θεσμικών οργάνων της Ένωσης

Στο δίκαιο της Ένωσης, η φύση και η νομική δεσμευτικότητα των πράξεων των θεσμικών οργάνων και λοιπών οργανισμών ρυθμίζονται με απόλυτη σαφήνεια στο άρθρο 288 ΣΛΕΕ⁶⁴. Εκτός από τις τρεις κατηγορίες κανόνων δικαίου, δηλαδή πράξεων με νομική δεσμευτικότητα (κανονισμοί, οδηγίες και αποφάσεις), η Συνθήκη αναγνωρίζει την αρμοδιότητα έκδοσης πράξεων ήπιου δικαίου, όπως συστάσεων και γνωμών, οι οποίες παρακινούν τα κράτη μέλη να υιοθετήσουν συγκεκριμένη συμπεριφορά χωρίς να δημιουργούν δικαιώματα ή υποχρεώσεις. Πέρα από τις κατηγορίες του άρθρου 288 ΣΛΕΕ, τα θεσμικά όργανα και οι οργανισμοί της Ένωσης εκδίδουν πολλές πράξεις εκτός τυπολογίας (*hors nomenclature*) και στερούμενες νομικής δεσμευτικότητας, οι οποίες έχουν απλώς ερμηνευτικό χαρακτήρα. Ο πολλαπλασιασμός των πράξεων του ήπιου δικαίου καταδεικνύει την πλούσια φαντασία των «παραγωγών» κανόνων, των οποίων η ονομασία συμπύκνει ενίοτε με αυτή του διεθνούς δικαίου, όπως «ψηφίσματα» του Συμβουλίου, της Επιτροπής και του Κοινοβουλίου, «πορίσματα» του Συμβουλίου,

μούνται στο παράρτημα Ι του εσωτερικού του κανονισμού, ο οποίος θεσπίσθηκε με την απόφαση του Συμβουλίου 2009/937/ΕΕ, της 1ης Δεκεμβρίου 2009 (ΕΕ 2009, L 325, σελ. 35).

⁶¹ ΔΕΕ της 16ης Δεκεμβρίου 2020, C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P και C-604/18 P, Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης κ.λπ. κατά Dr. K. Chrysostomides & Co. κ.λπ., EU:C:2020:1028. Βλ. Δ. Λέντζη, *Η εξωσυμβατική ευθύνη της Ευρωπαϊκής Ένωσης από πράξεις του Eurogroup, παρατηρήσεις σε ΔΕΕ C-597/18 P και C-598/18 P*, ΘΠΔΔ 10/2021, σελ. 1072.

⁶² Ο όρος «θεσμικό όργανο», κατά την έννοια του άρθρου 340, δεύτερο εδάφιο, ΣΛΕΕ, καταλαμβάνει βέβαια όχι μόνον τα όργανα που μνημονεύονται ρητώς στο άρθρο 13 ΣΕΕ, αλλά και όλους τους οργανισμούς της Ένωσης που πληρούν δύο κριτήρια, ήτοι αφενός ιδρύονται με τις Συνθήκες και αφετέρου προορίζονται να συμβάλλουν στην πραγμάτωση των σκοπών της Ένωσης, πλην όμως η Ευρωομάδα δεν πληροί το πρώτο από τα δύο αυτά κριτήρια.

⁶³ Πρ. Παυλόπουλος, «Η Κρίση του Κράτους Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση», σε: Α. Μεταξάς (επιμ.), *Η κρίση του κράτους δικαίου στην ΕΕ*, Εκδόσεις Ευρασία, 2018, σελ. 21 (32 επι.).

⁶⁴ P.-Y. Monjal, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000· F. Picod, *La normativité du droit communautaire, Les cahiers du droit constitutionnel*, n° 21, 2006, σελ. 94.

«ανακοινώσεις» της Επιτροπής, «προγράμματα δράσης», «κατευθυντήριες γραμμές», «πράσινες βίβλοι», «λευκές βίβλοι». Η ανεξέλεγκτη «παρακανονιστική» δράση των θεσμικών οργάνων φαίνεται να αποκλείει την εξαντλητική απαρίθμηση των σχετικών πράξεων, με συνέπεια την πρόκληση αβεβαιότητας και σύγχυσης για τους αποδέκτες τους. Σημειώνεται ότι ένα ψήφισμα του Κοινοβουλίου της 4ης Σεπτεμβρίου 2007 καταδικάζει με ένταση την κατάχρηση των μη δεσμευτικών πράξεων εκ μέρους των θεσμικών οργάνων, επισημαίνοντας ότι η πρακτική αυτή είναι «ασαφής και επιζήμια» και προειδοποιώντας ότι η υπερβολική χρήση πράξεων ήπιου δικαίου θα σήμαινε τη μεταστροφή του ενιαίου ευρωπαϊκού κοινοτικού προτύπου σε πρότυπο παραδοσιακού διεθνούς οργανισμού⁶⁵.

α. Το παρόν στάδιο εξέλιξης του δικαστικού ελέγχου

Παρά την εκτεταμένη προσφυγή των θεσμικών οργάνων σε μέσα του ήπιου δικαίου και τις συνέπειες που τα μέσα αυτά παράγουν εν τοις πράγμασι, έστω και αν στερούνται νομικής δεσμευτικότητας, η δικονομική μεταχείριση δεν είναι αντίστοιχη της ρυθμιστικής σημασίας και αποτελεσματικότητάς τους. Ως γνωστόν, σύμφωνα με το άρθρο 263 ΣΛΕΕ, προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής ακύρωσης (ευθέος δικαστικού ελέγχου) κατά πράξης του ενωσιακού δικαίου είναι η παραγωγή εννόμων αποτελεσμάτων, το γεγονός δηλαδή ότι η ίδια η προσβαλλόμενη πράξη δημιουργεί άμεσα υποχρεώσεις ή δικαιώματα για όσους υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της, πράγμα που αποκλείει τις συστάσεις και γνώμες. Χαρακτηριστική συναφώς είναι η απόφαση της 31ης Μαρτίου 1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, που εκδόθηκε στην υπόθεση της Ευρωπαϊκής Συμφωνίας περί των οδικών μεταφορών (στο εξής: απόφαση ΕΣΟΜ)⁶⁶, η οποία αφορούσε πρακτικά του Συμβουλίου σχετικά με τη διαπραγμάτευση και τη σύναψη μιας διεθνούς συμφωνίας. Με την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο διατύπωσε ένα κριτήριο παραδεκτού προσφυγής ακύρωσης κατά πράξης θεσμικού οργάνου (στο εξής: κριτήριο ΕΣΟΜ), καθόσον έκρινε ότι, κατά το άρθρο 173 της Συνθήκης ΕΟΚ, στις «πράξεις κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί προσφυγή» περιλαμβάνεται «κάθε διάταξη θεσπιζόμενη από τα κοινοτικά όργανα και η οποία αποσκοπεί στη δημιουργία εννόμων αποτελεσμάτων». Επιβάλλεται, πάντως, να τονιστεί ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι η ουσία μιας πράξης της Ένωσης υπερیشύει του τύπου της όταν κρίνεται το παραδεκτό προσφυγής ακύρωσης. Το όνομα και ο τύπος της πράξης δεν είναι καθοριστικής σημασίας για να κριθεί αν η νομιμότητά της μπορεί να ελεγχθεί δικαστικώς.

Στη μεταγενέστερη νομολογία, το Δικαστήριο εφάρμοσε το κριτήριο σε ορισμένες άτυπες πράξεις, όπως σε εσωτερικές οδηγίες ή εσωτερικούς προσανατολισμούς⁶⁷, κώδικες δεοντολογίας σχετικά με τις λεπτομέρειες εφαρμογής ενός κανονισμού του Συμβουλίου⁶⁸, ανακοι-

⁶⁵ Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 4ης Σεπτεμβρίου 2007 σχετικά με τις θεσμικές και νομικές επιπτώσεις της χρήσης μη δεσμευτικών νομικών πράξεων (2007/2028(INI)), ΕΕ C 187E, σελ. 75.

⁶⁶ ΔΕΚ της 31ης Μαρτίου 1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, 22/70, ΕΥ:C:1971:32.

⁶⁷ ΔΕΚ της 9ης Οκτωβρίου 1990, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-366/88, ΕΥ:C:1990:348) και της 6ης Απριλίου 2000, Ισπανία κατά Επιτροπής (C-443/97, ΕΥ:C:2000:190): Οι εσωτερικοί προσανατολισμοί δεν μπορούν να θεωρηθούν ως πράξη προορισμένη να παραγάγει έννομα αποτελέσματα, οπότε η προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη.

⁶⁸ ΔΕΚ της 13ης Νοεμβρίου 1991, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-303/90, ΕΥ:C:1991:424): Ο κώδικας αποτελεί πράξη προοριζόμενη να παράγει έννομα αποτελέσματα διαφορετικά από τα αποτελέσματα του άρθρου 23 του κανονισμού 4253/88 και, επομένως, μπορεί να ασκηθεί προσφυγή ακυρώσεως κατά του κώδικα αυτού.

νώσεις⁶⁹, ενημερωτικά σημειώματα⁷⁰ ή επιστολές⁷¹. Από προσεκτική εξέταση των αποφάσεων αυτών προκύπτει ότι η διατύπωση του κριτηρίου, έστω και αν δεν ήταν πάντοτε ακριβώς η ίδια, συνοψίζεται στο εξής: συνιστούν πράξεις ή αποφάσεις δυνάμενες να αποτελέσουν αντικείμενο προσφυγής ακύρωσης, κατά την έννοια του άρθρου 173 της Συνθήκης (μετέπειτα άρθρο 230 ΣΕΚ και νυν άρθρο 263 ΣΛΕΕ), μόνον τα μέτρα που παράγουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα ικανά να επηρεάσουν τα συμφέροντα του προσφεύγοντος⁷², τροποποιώντας κατά τρόπο κατάφωρο την έννομη κατάστασή τους. Είναι όμως σαφές ένα κοινό στοιχείο: όσον αφορά όλες αυτές τις άτυπες πράξεις, το Δικαστήριο έκρινε ότι η ουσία μιας πράξης της Ένωσης υπερισχύει του τύπου της όταν κρίνεται το παραδεκτό προσφυγής ακύρωσης⁷³. Το όνομα και ο τύπος της πράξης δεν είναι καθοριστικής σημασίας για να κριθεί αν η νομιμότητά της μπορεί να ελεγχθεί δικαστικώς. Έτσι ο κώδικας δεοντολογίας αποτελεί πράξη προοριζόμενη να παράγει έννομα αποτελέσματα διαφορετικά από τα αποτελέσματα του άρθρου 23 του κανονισμού 4253/88 και, επομένως, μπορεί να ασκηθεί προσφυγή ακύρωσης κατά του κώδικα αυτού⁷⁴. Ομοίως το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η ανακοίνωση, η οποία χαρακτηρίζεται από επιτακτική διατύπωση και επιβάλλει, με άμεσο αποτέλεσμα, απαγορεύσεις στα κράτη μέλη, αποτελεί πράξη που σκοπεί στην παραγωγή ιδίων εννόμων αποτελεσμάτων, τα οποία διακρίνονται από όσα προβλέπονται ήδη στις διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, περί ελευθερίας εγκαταστάσεως και περί ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, οπότε η πράξη αυτή μπορεί να αποτελέσει το αντικείμενο προσφυγής ακύρωσης⁷⁵. Αντίθετα, όπως θα καταδειχθεί στη συνέχεια, από το κείμενο μιας σύστασης που δεν είναι διατυπωμένο με επιτακτικό τρόπο προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν είχε πρόθεση να της προσδώσει δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, αφού, για παράδειγμα, τα κράτη μέλη καλούνται να ορίσουν ρυθμιστικές και ελεγκτικές αρχές για τα τυχερά παιχνίδια και να κοινοποιούν στην Επιτροπή κάθε μέτρο που λαμβάνουν σύμφωνα με τη σύσταση, χωρίς να τους επιβάλλεται υποχρέωση να εφαρμόσουν τις αρχές που διατυπώνονται στη συγκεκριμένη πράξη⁷⁶.

Το Δικαστήριο έχει ήδη δεχθεί ότι, παρόλο που οι συστάσεις δεν δύνανται αυτές καθαυτές να

⁶⁹ ΔΕΚ της 16ης Ιουνίου 1993, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-325/91, EU:C:1993:245) και της 20ής Μαρτίου 1997, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-57/95, EU:C:1997:164): Η ανακοίνωση, η οποία χαρακτηρίζεται από επιτακτική διατύπωση και επιβάλλει, με άμεσο αποτέλεσμα, απαγορεύσεις στα κράτη μέλη, αποτελεί πράξη που σκοπεί στην παραγωγή ιδίων εννόμων αποτελεσμάτων, τα οποία διακρίνονται απ' όσα προβλέπονται ήδη στις διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, περί ελευθερίας εγκαταστάσεως και περί ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, οπότε η πράξη αυτή μπορεί να αποτελέσει το αντικείμενο προσφυγής ακύρωσης.

⁷⁰ ΔΕΚ της 1ης Δεκεμβρίου 2005, Ιταλία κατά Επιτροπής (C-301/03, EU:C:2005:727): Ενόψει του γράμματος της προσβαλλόμενης πράξης καθώς και του πλαισίου εντός του οποίου αυτή παρουσιάστηκε, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η εν λόγω πράξη δεν προορίζεται να παραγάγει έννομα αποτελέσματα.

⁷¹ ΔΕΚ της 5ης Οκτωβρίου 1999, Κάτω Χώρες κατά Επιτροπής (C-308/95, EU:C:1999:477): Εφόσον δεν είχε κανένα δεσμευτικό έννομο αποτέλεσμα όσον αφορά τα προαναφερθέντα σχέδια, το επίδικο έγγραφο δεν μπορεί να αποτελεί νομική πράξη δεκτική προσφυγής.

⁷² Διατάξεις της 8ης Μαρτίου 1991, C-66/91 και C-66/91 R (EU:C:1991:11), Emerald Meats κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ. I-1143, σκέψη 26, και της 13ης Ιουνίου 1991, C-50/90 (EU:C:1991:253), Sunzest κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σελ. I-2917, σκέψη 12.

⁷³ Όσον αφορά τις πράξεις της Ανώτατης Αρχής, απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1957, Société des usines à tubes de la Sarre κατά Ανώτατης Αρχής (1/57 και 14/57, EU:C:1957:13).

⁷⁴ ΔΕΚν της 13ης Νοεμβρίου 1991, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-303/90, EU:C:1991:424).

⁷⁵ ΔΕΚς της 16ης Ιουνίου 1993, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-325/91, EU:C:1993:245) και της 20ής Μαρτίου 1997, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-57/95, EU:C:1997:164).

⁷⁶ ΔΕΚ της 20ής Φεβρουαρίου 2018, Βέλγιο κατά Επιτροπής, C-16/16 P, EU:C:2018:79.

δημιουργήσουν δικαιώματα τα οποία ιδιώτες μπορούν να επικαλεστούν ενώπιον εθνικού δικαστηρίου⁷⁷, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν, κατά την επίλυση των διαφορών, να τις λαμβάνουν υπόψη τους, ιδίως όταν αυτές φωτίζουν την ερμηνεία εθνικών διατάξεων που έχουν θεσπιστεί με σκοπό την εφαρμογή των εν λόγω συστάσεων, ή ακόμα όταν έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση ενωσιακών διατάξεων δεσμευτικού χαρακτήρα⁷⁸. Περαιτέρω, το Δικαστήριο έχει ήδη δεχθεί ότι «[...] αντίθετα προς ό,τι συμβαίνει στην περίπτωση του άρθρου 173 της Συνθήκης ΕΟΚ, το οποίο αποκλείει τον έλεγχο του Δικαστηρίου επί των πράξεων που έχουν χαρακτήρα συστάσεως, το άρθρο 177 [νυν άρθρο 267 ΣΛΕΕ] παρέχει στο Δικαστήριο αρμοδιότητα να αποφαινεται προδικαστικώς ως προς το κύρος και την ερμηνεία [όλων] των πράξεων των οργάνων της Κοινότητας, χωρίς να εξαιρεί κανένα είδος πράξεως»⁷⁹. Πρόσφατα επίσης, το Δικαστήριο ήλεγξε, μέσω της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής, διάφορες μη δεσμευτικές πράξεις της Ένωσης, οι οποίες όντως είχαν αντίκτυπο σε εθνικό επίπεδο, περιλαμβανομένου ενός ανακοινθέντος τύπου της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας⁸⁰. Το 2018, παρά την επιχειρηματολογία του γενικού εισαγγελέα, επιλέγοντας τη γραμματική ερμηνεία, επισήμανε ότι αφενός το άρθρο 288 ΣΛΕΕ ορίζει ρητώς ότι οι συστάσεις δεν δεσμεύουν και αφετέρου το άρθρο 263 πρώτο εδάφιο ΣΛΕΕ αποκλείει ρητώς τις συστάσεις από το πεδίο εφαρμογής του προβλεπόμενου στο άρθρο αυτό ελέγχου νομιμότητας. Κατά το Δικαστήριο, με την πρόβλεψη των πράξεων αυτών, ο ιστορικός νομοθέτης «θέλησε να εξοπλίσει τα θεσμικά όργανα που είναι εξουσιοδοτημένα να τις εκδίδουν με ένα μέσο προτροπής και πειθούς διαφορετικό από την εξουσία τους να εκδίδουν πράξεις δεσμευτικής ισχύος»⁸¹. Στο ίδιο πνεύμα, με την απόφαση της 15ης Ιουλίου 2021, *Fédération bancaire française*⁸², το Δικαστήριο δέχθηκε ότι είναι αρμόδιο δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ να εκτιμήσει το κύρος πράξεων, όπως οι κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Αρχής Τραπεζών (ΕΑΤ), σχετικά με τις ρυθμίσεις επίβλεψης και διακυβέρνησης προϊόντων λιανικής τραπεζικής, πλην όμως οι ρυθμίσεις αυτές δεν μπορούν να αποτελέσουν το αντικείμενο προσφυγής ακύρωσης δυνάμει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ. Η έλλειψη δεσμευτικών εννόμων αποτελεσμάτων μιας σύστασης αποκλείει μεν την άσκηση ακυρωτικής προσφυγής κατά το άρθρο 263 ΣΛΕΕ, όχι όμως και την υποβολή προδικαστικού ερωτήματος κατά το άρθρο 267 ΣΛΕΕ με αντικείμενο το κύρος της σύστασης αυτής, εφόσον αυτή λαμβάνεται υπόψη από τα εθνικά δικαστήρια⁸³. Με άλλα λόγια, το Δικαστήριο εξετάζει μεν το περιεχόμενο και την ουσία της επίδικης σύστασης, εμμένει όμως στην έλλειψη δεσμευτικότητας, η οποία συνάγεται από την απουσία επιτακτικής διατύπωσης και την έλλειψη υποχρέωσης των κρατών μελών να την υιοθετήσουν⁸⁴.

⁷⁷ ΔΕΚ της 13ης Δεκεμβρίου 1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 16), της 21ης Ιανουαρίου 1993, *Deutsche Shell* (C-188/91, EU:C:1993:24, σκέψη 18), της 11ης Σεπτεμβρίου 2003, *Altair Chimica* (C-207/01, EU:C:2003:451, σκέψη 41) και της 18ης Μαρτίου 2010, *Alassini κ.λπ.* (C-317/08 έως C-320/08, EU:C:2010:146, σκέψη 40).

⁷⁸ ΔΕΚ της 13ης Δεκεμβρίου 1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646), σκέψη 18. Βλ. πάντως και ΔΕΚ *Friesland Coberco Dairy Foods* (11/05, EU:C:2006:312, σκέψεις 38 έως 41).

⁷⁹ ΔΕΚ της 13ης Δεκεμβρίου 1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646), σκέψη 8.

⁸⁰ ΔΕΕ της 16ης Ιουνίου 2015, *Gauweiler κ.λπ.* (C-62/14, EU:C:2015:400), καθώς και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα *P. Cruz Villalón* στην υπόθεση *Gauweiler κ.λπ.* (C-62/14, EU:C:2015:7, σημεία 70 επ.).

⁸¹ ΔΕΕ της 20ής Φεβρουαρίου 2018, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-16/16 P, EU:C:2018:79, σκέψη 26.

⁸² ΔΕΕ της 15ης Ιουλίου 2021, EU:C:2021:599, με προτάσεις *M. Bobek*, EU:C:2021:294

⁸³ Το άρθρο 267 ΣΛΕΕ παρέχει στο Δικαστήριο την αρμοδιότητα να αποφαινεται προδικαστικώς επί του κύρους και της ερμηνείας των πράξεων των θεσμικών οργάνων της Ένωσης, χωρίς να εξαιρεί κανένα είδος πράξης (βλ. υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 13.12.1989, *Grimaldi*, C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 8, της 13.6.2017, *Florescu κ.λπ.*, C-258/14, EU:C:2017:448, σκέψη 30, της 20.02.2018, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-16/16 P, EU:C:2018:79, σκέψη 44).

⁸⁴ Στις προτάσεις που ανέπτυξε για την υπόθεση αυτή στις 15 Απριλίου 2021, ο γενικός εισαγγελέας *M. Bobek*

β. Οι προοπτικές εξέλιξης

Ωστόσο, η παραπάνω πληθώρα πράξεων ήπιου δικαίου γεννά την ανάγκη αντίστοιχης διεύρυνσης της δυνατότητας δικαστικής προσβολής για να καλύψει και πράξεις που δεν μεταβάλλουν μεν τη νομική κατάσταση, παράγουν όμως αποτελέσματα. Τέτοια προσπάθεια εντοπίζεται στη συλλογιστική του γενικού εισαγγελέα *M. Bobek* στις προτάσεις του για την υπόθεση *Βέλγιο κατά Επιτροπής*, με αντικείμενο τη σύσταση της Επιτροπής σχετικά με τις αρχές για την προστασία καταναλωτών και παικτών τυχερών παιγνίων και την αποτροπή ανηλίκων⁸⁵. Ο γενικός εισαγγελέας διακρίνει μεταξύ αφενός δεσμευτικών εννόμων αποτελεσμάτων, τα οποία συνίστανται στη δημιουργία δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για τους αποδέκτες που συνοδεύονται συνήθως από κυρώσεις –αν και το στοιχείο αυτό μπορεί να λείπει– και αφετέρου εννόμων αποτελεσμάτων εν ευρεία εννοία.

Στα έννομα αποτελέσματα των πράξεων του ήπιου δικαίου, τα οποία επέρχονται σε επίπεδο Ένωσης, περιλαμβάνονται η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη που δημιουργούν στους αποδέκτες τους οι ως άνω πράξεις ως προς τη συμπεριφορά που θα τηρήσει το θεσμικό όργανο που τις υιοθέτησε⁸⁶, ο ερμηνευτικός ρόλος τους για την εξειδίκευση αόριστων νομικών εννοιών που απαντούν σε δεσμευτικές πράξεις και η δυνατότητά τους να θέτουν εκ παραλλήλου κανόνες που στερούνται μεν δεσμευτικής ισχύος, πλην επηρεάζουν ή προεξοφλούν τη νομοθετική διαδικασία και έτσι επιδρούν στη θεσμική ισορροπία και ενδεχομένως στη διάκριση των εξουσιών εντός της Ένωσης⁸⁷. Η εξάρτηση, επομένως, του παραδεκτού της προσφυγής ακύρωσης από την ύπαρξη δεσμευτικών εννόμων αποτελεσμάτων (σε αντίθεση με απλώς έννομα αποτελέσματα) εμποδίζει να διασφαλιστεί ότι το όργανο που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη ήπιου δικαίου ενήργησε στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς του. Τούτο, στη συνέχεια, εγείρει το ζήτημα αν πράξεις ήπιου δικαίου, συμπεριλαμβανομένης μιας σύστασης, μπορούν να εκδοθούν μόνο στο πλαίσιο της αρμοδιότητας που έχει παρασχεθεί στην Ένωση και στο εν λόγω θεσμικό όργανο. Σε επίπεδο κρατών μελών, τα έννομα αποτελέσματα των συστάσεων (ως πράξεων του ήπιου δικαίου) συνδέονται με τις υποχρεώσεις που απορρέουν για τις εθνικές αρχές από το άρθρο 4 παρ. 3 ΣΕΕ και την αρχή της καλόπιστης και ειλικρινούς συνεργασίας που καθιερώνει. Έτσι, τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση να λαμβάνουν υπόψη μια σύσταση όταν θεσπίζουν νομοθεσία στο συγκεκριμένο πεδίο, ιδίως δε όταν πρόκειται για μετανομοθετική σύσταση, η οποία χρησιμοποιείται για τη διευκρίνιση νομικών εννοιών που περιέχονται στη δεσμευτική ενωσιακή νομοθεσία⁸⁸. Η σύσταση σαφώς επιδιώκει να παραγάγει έννομα αποτελέσματα, τα οποία συνίστανται στην παρότρυνση των κρατών μελών να θεσπίσουν συγκεκριμένη νομοθεσία και, μέσω της νομοθεσίας αυτής, να επηρεάσουν τις επιχειρήσεις. Οι συστάσεις λειτουργούν ως έγκυρα σημεία αναφοράς, έμπνευσης και ορθών πρακτικών. Μπορούν να καταστήσουν δυνατή τη δοκιμή διαφορετικών λύσεων

εκθέτει την «ανακολουθία» μεταξύ των άρθρων 263 και 267 ΣΛΕΕ και διερωτάται επί πόσο χρόνο θα μπορούσε να διατηρηθεί λογικά η εν λόγω διαφοροποίηση (EU:C:2021:294, σημείο 154).

⁸⁵ Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα *M. Bobek* της 12ης Δεκεμβρίου 2017, Βασιλείο του Βελγίου κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, C-16/16 P, EU:C:2017:959.

⁸⁶ Βλ. αποφάσεις της 29ης Σεπτεμβρίου 2011, *Arkema* κατά Επιτροπής (C-520/09 P, EU:C:2011:619, σκέψη 88) και της 28ης Ιουνίου 2005, *Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P έως C-208/02 P και C-213/02 P, EU:C:2005:408, σκέψεις 209 έως 211) και τις ανακοινώσεις στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού, απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, σκέψη 29).

⁸⁷ Σημεία 88 έως 108 των προτάσεων, ιδίως 93 επ. Για τις λειτουργίες του ήπιου δικαίου και τη συνάρθρωσή του με το σκληρό δίκαιο στα πλαίσια μιας έννομης τάξης, βλ. Ε. Πρεβεδούρου, *Κανόνες soft law στο διοικητικό δίκαιο*, Πρόλογος Αθ. Ράντου, Εκδ. Σάκκουλα, 2017, σελ. 216-232.

⁸⁸ Σημείο 104 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα.

και ιδεών προκειμένου να καθοριστεί ποιες πρέπει να αναπτυχθούν περαιτέρω και ποιες πρέπει να αγνοηθούν. Με αυτόν τον τρόπο, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως «ένα είδος νομοθετικού εργαστηρίου». Είναι προφανές ότι, αν οποιαδήποτε σύσταση μπορούσε να προσβληθεί δικαστικά και να τεθεί υπό αμφισβήτηση, θα χανόταν η ευελιξία του νομοθετικού εργαστηρίου. Ειδικότερα, η Επιτροπή θα μπορούσε, όντως, να εμποδιστεί να αναλαμβάνει πιο ανεπίσημες μορφές δράσης για την προώθηση των θεμάτων της αρμοδιότητάς της προς το συμφέρον της Ένωσης. Από την άλλη πλευρά, όσο ελκυστική και αν είναι η υπόθεση ενός ευέλικτου νομοθετικού εργαστηρίου, η δράση του θα πρέπει να οριοθετηθεί με σαφήνεια με βάση την αρχή της νομιμότητας της δημόσιας εξουσίας και την αρχή της δοτής αρμοδιότητας. Ακόμη και καλής προαίρεσης νομοθετικά εργαστήρια μπορούν γρήγορα να μετατραπούν σε «α(δια)φανείς νομοθέτες». Υπό το πρίσμα των παραπάνω, ουδόλως αμφισβητείται ότι οι συστάσεις όντως παράγουν ορισμένα σημαντικά έννομα αποτελέσματα, ακόμη και αν δεν είναι κατά κυριολεξία δεσμευτικά σε μια δεδομένη περίπτωση. Αν πράγματι συμβαίνει αυτό, πρέπει να ακολουθεί και αποτελεσματική έννομη προστασία. Υπενθυμίζεται ότι στο παρελθόν, τόσο στο αρχικό στάδιο της νομολογίας ΕΣΟΜ όσο και κατά τη μεταγενέστερη νομολογία του, το Δικαστήριο δεν δίστασε να αναγνωρίσει την κοινωνική και νομική εξέλιξη και να κλείσει τα κενά που δημιουργήθηκαν στην έννομη προστασία⁸⁹. Περαιτέρω, η εμφάνιση νέων και «πιο ήπιων» τρόπων διακυβερνήσεως, όπως ήπιων υποχρεώσεων ή ισχυρών προτροπών που διατυπώνονται ως πρόσκληση, συνιστά ένα τέτοιο είδος εξέλιξης⁹⁰. Τέλος, ορισμένα τυπικά κριτήρια συνηγορούν προς την κατεύθυνση αυτή, όπως η τυποποίηση (το μέτρο έχει περιβληθεί τον τύπο μιας νομικής πράξης) και η οριστικότητα του μέτρου, η ακρίβεια και ο συγκεκριμένος χαρακτήρας των ρυθμίσεων, ή ακριβέστερα των κατευθύνσεων που περιέχει, και η πρόβλεψη μηχανισμών συμμόρφωσης, όπως η υποβολή εκθέσεων, οι ανακοινώσεις, η παρακολούθηση και η εποπτεία. Στα ανωτέρω προστίθεται και το θεσμικό στοιχείο, δηλαδή η έκδοση της πράξης σε τομέα αρμοδιότητας της Επιτροπής. Σε κάθε περίπτωση, η σύσταση μπορεί να επηρεάσει τη συμπεριφορά και τη νομική κατάσταση των αποδεκτών της, αναλόγως του περιεχομένου, του σκοπού, της γενικής οικονομίας και του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται. Επομένως, ένα πλήρες σύστημα ένδικης προστασίας πρέπει να περιλαμβάνει και τη δυνατότητα ευθείας δικαστικής προσβολής της.

Υπέρ της δυνατότητας ευθέως δικαστικού ελέγχου συνηγορούν και επιχειρήματα αναγόμενα στην αποτελεσματικότητα του ελέγχου αυτού. Δεδομένου ότι τα κράτη μέλη είναι εκείνα που εξ αρχής καλούνται να εφαρμόσουν τους κανόνες του ήπιου δικαίου, θα ήταν παράλογο να παροτρύνονται να πράξουν κάτι και ταυτόχρονα να στερούνται της δυνατότητας να προσφύγουν ενώπιον του Δικαστηρίου. Αντί να έχει τη δυνατότητα να κατευθύνει εξ αρχής την ενδεχόμενη διαφορά, να τη λύσει και να προχωρήσει με τη διατύπωση άλλης σύστασης, το κράτος μέλος θα αναγκαστεί να αρνηθεί απλώς να συνεργαστεί και να περιμένει μέχρις ότου κάποιο από τα δικαστήριά του και ενδεχομένως δικαστήριο άλλου κράτους μέλους υποβάλει αίτηση βάσει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ όσον αφορά το κύρος της επίμαχης πράξεως. Αίτηση προδικαστικής απόφασης ως προς το κύρος σύστασης φαίνεται να είναι δυνατή. Αν συμβαίνει αυτό, δεν είναι σαφές γιατί πρέπει να είναι δυσκολότερο για έναν προνομιούχο προσφεύγοντα να προσβάλει μια πράξη απευθείας ενώπιον του Δικαστηρίου βάσει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ από ό,τι για έναν μη προνομιούχο διάδικο να προσβάλει εμμέσως μια τέτοια πράξη βάσει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ.

⁸⁹ ΔΕΚ της 23.04.1986, *Les Verts* κατά Κοινοβουλίου, 294/83, EU:C:1986:166, σκέψη 24: «το σύστημα της Συνθήκης συνίσταται στη δυνατότητα ασκήσεως απευθείας προσφυγής κατά οιοδήποτε μέτρο που λαμβάνουν τα θεσμικά όργανα και συνεπάγονται έννομο αποτέλεσμα».

⁹⁰ Βλ. σημεία 81-86 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα *M. Bobek*.

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Η εκθετική αύξηση των πράξεων ήπιου δικαίου και τα σημαντικά αποτελέσματα που αυτές μπορούν να παραγάγουν, τόσο σε εθνικό όσο και σε ενωσιακό επίπεδο, επιτάσσουν την υπαγωγή τους στον δικαστικό έλεγχο. Με μια πρωτοποριακή νομολογία, το γαλλικό Conseil d'État άνοιξε την αίτηση ακύρωσης κατά ορισμένων από τις πράξεις αυτές φορέων ελάσσονος κανονιστικότητας⁹¹, διατυπώνοντας κριτήρια παραδεκτού και λόγους ακύρωσης προσαρμοσμένα στις ιδιαιτερότητες του ήπιου δικαίου. Παρά το γεγονός ότι η επίμαχη προσέγγιση παραμένει λίαν υποκειμενική και περιπτωσιολογική, εφόσον ο δικαστής διαμορφώνει τη συλλογιστική του βάσει ποιοτικών κριτηρίων των οποίων είναι ο απόλυτος κυρίαρχος⁹², επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, αφού έκανε το πρώτο βήμα, το Conseil d'État θέλησε να οριοθετήσει τη λύση που διαμόρφωσε και να προχωρήσει με σύνεση και μετριοπάθεια. Χωρίς να δημιουργήσει «ένα νέο ένδικο βοήθημα –περιορισμένο και λιτό– στο πλαίσιο της αίτησης ακύρωσης»⁹³, φαίνεται ότι βρήκε ένα αποτελεσματικό μέσο ελέγχου της τήρησης της αρχής της νομιμότητας και ως προς τις πράξεις του ήπιου δικαίου. Θα ήταν ευκαίριο να αποτελέσει ο παραπάνω θετικός ακτιβισμός πρότυπο για τους ομολόγους του, τον εθνικό και υπερεθνικό δικαστή, στο μέτρο, βέβαια, των δικονομικών δεσμεύσεων που επιβάλλουν οι αντίστοιχες έννομες τάξεις.

Πάντως, δεν πρέπει να παροράται ότι, με την αναγνώριση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης κατά των πράξεων του ήπιου δικαίου, ο Γάλλος δικαστής απλώς αποδόμωσε «ένα νομολογιακό οικοδόμημα, που είχε κτιστεί υπομονετικά»⁹⁴ σε διάστημα πολλών δεκαετιών. Αντιθέτως, τόσο για τον Έλληνα δικαστή όσο και για τον δικαστή της Ένωσης, η προσβλητή με το διαπλαστικό ένδικο βοήθημα ακύρωσης πράξη καθορίζεται, αντιστοίχως, από υπέρτερης τυπικής ισχύος κανόνες: το άρθρο 95 παρ. 1 στοιχ. α' του Ελληνικού Συντάγματος («εκτελεστή πράξη διοικητικής αρχής») και το άρθρο 263 πρώτο εδάφιο ΣΛΕΕ («πράξεις που προορίζονται να παράγουν έννομα αποτελέσματα έναντι τρίτων»). Καθοδηγούμενοι από «τη μέριμνα ρεαλιστικής προσέγγισης» και την «εγγύτητα στη διοικητική πρακτική», οι δικαστές αυτοί θα πρέπει να επιδείξουν «βολονταρισμό» και «μεγάλη επιδεξιότητα», για να μπορέσουν να προσαρμόσουν, με τεολογική συλλογιστική, την αναγόμενη στη φύση της προσβαλλόμενης πράξης προϋπόθεση του παραδεκτού των διαπλαστικών ένδικων βοηθημάτων και, σε τελική ανάλυση, το ίδιο το νομικό έρεισμα της δικαιοδοσίας τους, στις νέες μεθόδους κανονιστικής ρύθμισης που υιοθετεί η Διοίκηση. Στο παρόν στάδιο νομολογιακής εξέλιξης, αμφότεροι παραμένουν υπέρ το δέον διστακτικοί. Έτσι, με την πρόσφατη απόφαση του Δ' Τμήματος ΣτΕ 1494/2021, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι η έκθεση αποτελεσμάτων τακτικού διαχειριστικού ελέγχου που απευθύνεται στην Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ) και στην οποία καταγράφονται διαπιστωθείσες κατά τον έλεγχο δυσλειτουργίες, απευθύνονται συστάσεις για την άρση των διαπιστωθεισών παρατυπιών και υποβάλλονται σχετικές προτάσεις-πρακτικές βελτίωσης δεν είναι δεκτική ευθείας ακυρωτικής προσβολής. Κατά το Δικαστήριο, οι εν λόγω συστάσεις δεν έχουν νομική ισχύ επιταγής για τους φορείς στους οποίους απευθύνονται, δημιουργώντας άμεση υποχρέωση στους φορείς να τις εκτελέσουν και δεν απολήγουν στην υιοθέτηση εξαναγκαστικών μέτρων σε περίπτωση που οι φορείς δεν συμμορφωθούν. Οι τυχόν δυσμενείς έννομες συνέπειες σε βάρος συγκεκριμένων προσώπων ή των ελεγχόμενων φορέων

⁹¹ D. Costa, «Juger de la légalité du droit souple», in B. Defoort/B. Lavergne (dir.), ό.π., σελ. 92.

⁹² F. Rollin, *Chronique des thèses, pour la thèse de W. Zagorski, Le contentieux des actes administratifs non décrets. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare Martin, 2016, RFDA 2016, σελ. 853.

⁹³ M. Touzeil-Divina, *Un nouveau «recours GISTI» contre les lignes directrices?*, JCP A 2020, act. 351.

⁹⁴ D. Costa, «Juger de la légalité du droit souple», in B. Defoort/B. Lavergne (dir.), ό.π., σελ. 93.

θα επέλθουν από διοικητικές πράξεις που ενδέχεται να εκδοθούν στο μέλλον και οι οποίες θα είναι αυτοτελώς προσβλητές ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων. Είναι εντυπωσιακό ότι ακριβώς τα ως άνω χαρακτηριστικά των προσβαλλόμενων πράξεων ήσαν εκείνα που ώθησαν το Conseil d'État να ασκήσει ευθύ ακυρωτικό έλεγχο σε «μη εκτελεστές διοικητικές πράξεις», παρά την έλλειψη δεσμευτικών έννομων αποτελεσμάτων. Ο σκοπός του ελέγχου αυτού έγκειται ακριβώς στην επέμβαση του δικαστή σε προγενέστερο στάδιο, προκειμένου να αποτραπεί η έκδοση διοικητικών πράξεων με έρεισμα την προσβαλλόμενη και συνακολούθως η δημιουργία πλήθους δικαστικών διενέξεων. Στο ίδιο συντηρητικό πνεύμα, ο ενωσιακός δικαστής, με την απόφαση *Fédération bancaire française*, εμμένει στην άρνηση υπαγωγής πράξεων του ήπιου δικαίου στον συνήθη δικαστικό έλεγχο του άρθρου 263 ΣΛΕΕ, δεχόμενος ότι ο έλεγχος των μη δεσμευτικών νομικών πράξεων πρέπει να διενεργείται βάσει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, δηλαδή της προδικαστικής παραπομπής. Τούτο, παρά την επισήμανση του ακατανόητου χαρακτήρα της εν λόγω διαφοροποίησης που ανέδειξε επανειλημμένως ο γενικός εισαγγελέας *M. Bobek*. Ίσως ο άτυπος διάλογος των δικαστών και η ελεύθερη κυκλοφορία των νομολογιακών λύσεων σε υπερεθνικό επίπεδο να οδηγήσουν στην ευκαταία σύγκλιση, για την επιβεβλημένη από τις επιταγές της αρχής του κράτους δικαίου προσαρμογή και ενίσχυση του δικαστικού ελέγχου των νέων μορφών διοικητικής δράσης. □