

## **Το φαινόμενο των κυβερνητικών πράξεων και οι προβολές του στο διεθνές δίκαιο**

*Ιωάννα Πέρβου\**

### **1. Εισαγωγή**

Το φαινόμενο των κυβερνητικών πράξεων έχει απασχολήσει τη θεωρία και τη νομολογία ήδη από τον 19<sup>ο</sup> αιώνα. Ως κυβερνητικές πράξεις ορίζονται οι πράξεις της διοίκησης που περιβάλλονται με δικαστική ασυλία γιατί ανάγονται στη διαχείριση της πολιτικής εξουσίας. Η ιδιαιτερότητά τους αυτή να μην υπάγονται σε δικαστικό έλεγχο τις καθιστά ιδιαίτερα γοητευτικές για τους μελετητές του διοικητικού δικαίου. Μάλιστα η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων έχει νομολογιακή προέλευση, γεγονός που έχει δυσχεράνει τη δογματική θεμελίωσή της, αφού μέχρι σήμερα δεν υπάρχει κάποια θεωρία που να εξηγεί με σαφήνεια πότε μια πράξη της διοίκησης είναι κυβερνητική. Ωστόσο, η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων έχει συστηματοποιήσει σε μεγάλο βαθμό τις πράξεις της διοίκησης που ανάγονται στην άσκηση της κυβερνητικής λειτουργίας δημιουργώντας έτσι έναν «κατάλογο κυβερνητικών πράξεων».

Η παρούσα μελέτη εξετάζει την ιστορική εξέλιξη των κυβερνητικών πράξεων και τη σχέση της θεωρίας με το κράτος δικαίου. Στη συνέχεια παρουσιάζει συνοπτικά τις θεωρίες που έχουν αναπτυχθεί κυρίως στην ελληνική έννομη τάξη και εμβαθύνει στη νομολογία που έχει αναπτύξει σχετικά το Συμβούλιο της Επικρατείας (εφεξής ΣτΕ). Τέλος, σκιαγραφεί τις εξελίξεις που συντελούνται στη θεωρία των κυβερνητικών πράξεων τόσο στην Ελλάδα όσο και διεθνώς.

### **2. Η ιστορική εξέλιξη των «κυβερνητικών πράξεων»: από το «αστυνομοκρατούμενο κράτος» στο κράτος δικαίου<sup>1</sup>**

Η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων (εναλλακτικά αναφέρονται και ως πράξεις κυβερνήσεως) είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την προβληματική που εισάγει ο περιορισμός των ακραίων ορίων δράσης της εκτελεστικής εξουσίας, και τον εντεινόμενο δικαστικό έλεγχο των πράξεων της διοίκησης. Παράλληλα, σε ένα ευρύτερο θεωρητικό πλαίσιο υποστηρίζεται, ότι αποτυπώνει κατ' αναλογία, σε επίπεδο εσωτερικού δικαίου, το διαχωρισμό ανάμεσα στον κυριαρχικό/εξουσιαστικό και το συναλλακτικό χαρακτήρα των κρατικών πράξεων.<sup>2</sup>

\* Φοιτήτρια Μ.Δ.Ε. Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης (Δ.Π.Θ.) (Υπότροφος Κοινωφελούς Ιδρύματος «Αλέξανδρος Σ. Ωνάσης»), LL.M. (Cantab), MBA (ACT).

<sup>1</sup> Τη διάκριση ανάμεσα στα δύο επιχειρεί ήδη στις αρχές του 19<sup>ου</sup> αι. ο Robert Von Mohl, ο οποίος ασκεί κριτική στο αστυνομοκρατούμενο κράτος (polizeistaat) και προκρίνει την έννοια του κράτους δικαίου (rechtsstaat). Robert Von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg* (Tübingen, 1829).

<sup>2</sup> Ο διαχωρισμός αποδίδεται συνηθέστερα με τους λατινικούς όρους *acta jure imperii* και *acta jure gestionis*. Με τον όρο *acta jure imperii* εννοούνται οι πράξεις δημόσιου χαρακτήρα που διενεργεί το κυρίαρχο κράτος στο διεθνή χώρο και που ως τέτοιες απολαμβάνουν ετεροδικίας. Αντίθετα, οι πράξεις *jure gestionis* είναι εκείνες οι δραστηριότητες του κράτους στο εξωτερικό που έχουν εμπορικό χαρακτήρα και δεν διαφεύγουν της δικαιοδοσίας τοπικών δικαστηρίων. Κρατερός Ιωάννου κ.ά., *Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο, Αρμοδιότητες στο Διεθνές Δίκαιο, Πανεπιστημιακές Σημειώσεις* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1991) 107-110. Βλ. ενδεικτικά από τη νομολογία εθνικών δικαστηρίων, Bundesverfassungsgericht (Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο της Γερμανίας) *Iranische Botschaft* (30 Απριλίου 1963), Cour de Cassation (Ακυρωτικό Δικαστήριο Γαλλίας) *Société Iranienne de Gaz* (2 Μαΐου 1990).

Ειδικότερα, η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων ακολουθεί την εξέλιξη του διοικητικού δικαίου στη Γαλλία<sup>3</sup> ή ορθότερα τον μετασχηματισμό του Conseil d' État (γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας) από γνωμοδοτικό σε δικαιοδοτικό όργανο.<sup>4</sup> Μέχρι και το 1872, οπότε το Conseil d' État αποκτά δικαιοδοτική αρμοδιότητα, το δικαστήριο απέρριπτε τις προσφυγές που παρουσίαζαν έντονο πολιτικό ενδιαφέρον και υπήρχε πιθανότητα να προκαλέσουν την αντίδραση του βασιλιά ή του αυτοκράτορα. Έτσι, το δικαστήριο απέρριψε σε μια απόφαση ορόσημο του 1822 την αίτηση ακύρωσης που κατέθεσε ο τραπεζίτης Lafitte, με την οποία ζητούσε την καταβολή προσόδου που είχε εκχωρήσει σε αυτόν η πριγκίπισσα Borghèse, μέλος της οικογένειας Βοναπάρτη. Σύμφωνα με το σκεπτικό του, οι ισχυρισμοί του Lafitte αποτελούσαν «ένα πολιτικό ζήτημα του οποίου η απόφαση [ανήκε] στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Κυβέρνησης».<sup>5</sup> Το Conseil d' État υπήρξε ιδιαίτερα φειδωλό στο χαρακτηρισμό υποθέσεων ως πολιτικών ζητημάτων και λειτουργούσε κατευναστικά σε μια προσπάθεια να αποσοβήσει πιθανές πολιτικές αντιπαραθέσεις. Επομένως, αν και αρχικά η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων αποτέλεσε μια νομολογιακή κατασκευή για την εξυπηρέτηση πολιτικών σκοπιμοτήτων, τελικά σηματοδότησε τη μετάβαση από το αστυνομοκρατούμενο κράτος στο κράτος δικαίου.

Από το 1872 και έπειτα το Conseil d' État δεχόταν ότι οι πράξεις της διοίκησης εκφεύγουν από τον ακυρωτικό έλεγχο του μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις.<sup>6</sup> Το δικαστήριο στη διάσημη απόφαση *Prince Napoléon* έκρινε πως «δεν αρκεί το γεγονός ότι μια πράξη έχει προέλθει από την κυβέρνηση [...] ή ότι έχει ληφθεί για λόγους πολιτικού ενδιαφέροντος» για να αποκλείσει το διοικητικό δικαστή από την άσκηση ελέγχου νομιμότητας.<sup>7</sup> Ο ακυρωτικός δικαστής, δηλαδή, δύναται να αποφανθεί για τη

<sup>3</sup> Ανάλογη νομολογία αναπτύχθηκε και στις Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής (ΗΠΑ) ήδη από το 1803, ωστόσο η σύλληψη της θεωρίας των κυβερνητικών πράξεων αποδίδεται στο Conseil d' État. Στις ΗΠΑ το Ανώτατο Δικαστήριο στην περίφημη απόφαση *Marbury v Madison* που καθιέρωσε τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων, έκρινε πως υπάρχουν ερωτήματα που είναι από τη φύση τους πολιτικά (political questions) και δεν εμπίπτουν στον δικαστικό έλεγχο. Σήμερα στις ΗΠΑ έχει αναπτυχθεί σχετικά η θεωρία των πολιτικών ερωτημάτων (political questions doctrine) σύμφωνα με την οποία υπάρχουν ζητήματα που από τη φύση τους ανάγονται στην κρίση της εκτελεστικής εξουσίας και όχι της δικαστικής. US Supreme Court (Ανώτατο Δικαστήριο ΗΠΑ) *William Marbury v James Madison* 5 US 137 (23 Φεβρουαρίου 1803): Richard Bardos, "Judicial Abstention through the Act of State Doctrine" (1981-1983) *IntlTradeLJ* 7, 177, 181.

<sup>4</sup> Καλλιόπη Κ. Κούφα, *Η Λειτουργία του Φαινομένου των Πράξεων Κυβερνήσεως στις Διεθνείς Σχέσεις, Τόμος Ι* (Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 1983) 101.

<sup>5</sup> Conseil d' État *Lafitte*, n 5363 (1 Μαΐου 1822) R. 1821-1825, 202. Ομοίως, Conseil d' État στην υπόθεση του δούκα Aumale, γιου του βασιλιά Λουδοβίκου-Φιλίππου, έκρινε πως η κατάσχεση ενός βιβλίου καθώς και η άρνηση επιστροφής των αντιγράφων του αποτελεί πολιτική πράξη και η αίτηση ακύρωσης απορρίφθηκε. Conseil d' État *Duc d'Aumale et Michel Lévy*, n 39621 (9 Μαΐου 1867). Για μια εκτενή ανάλυση των αποφάσεων βλ. Paul Martens, *Théories du Droit et Pensée Juridique Contemporaine* (Bruxelles: Larcier, 2003) 43-44.

<sup>6</sup> Το 1872 συντελείται στη Γαλλία η μετάβαση από τη «φυλασσόμενη» στην «παραχωρημένη δικαιοσύνη» (justice retenue και justice déléguée αντίστοιχα). Ο αρχηγός του κράτους παύει να είναι φορέας της δικαστικής εξουσίας και το Conseil d' État καθίσταται ανεξάρτητο δικαιοδοτικό όργανο. Βλ. αναλυτικά Καλλιόπη Κ. Κούφα (1983) 101-104: Μιχαήλ Δένδιας, *Διοικητικό Δίκαιον, Τόμος Α1* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1951) 165 επ.

<sup>7</sup> Conseil d' État *Prince Napoléon* (19 Φεβρουαρίου 1875) R. Lebon, 155. Η υπόθεση αφορούσε τον πρίγκιπα Ναπολέοντα-Ιωσήφ Βοναπάρτη, εξάδελφο του αυτοκράτορα Ναπολέοντα Γ'. Ο πρίγκιπας διορίστηκε από τον εξάδελφό του στη θέση του υποστράτηγου το 1853 και το 1873 προσέφυγε στη δικαιοσύνη γιατί η στρατιωτική βίβλος δεν περιλάμβανε το όνομά του στη λίστα με τους στρατηγούς. Ο αρμόδιος υπουργός προέβαλε το επιχείρημα πως η πράξη αυτή σχετιζόταν με τις πολιτικές συνθήκες και επομένως απολάμβανε δικαστική ασυλία. Το Conseil d' État αναγνώρισε πως είχε δικαιοδοσία και δεν δέχθηκε την πολιτική φύση της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, αν και τελικά απέρριψε την αίτηση επί της ουσίας. Βλ. και την επίσημη ιστοσελίδα του Conseil d' État <<http://www.conseil->

νομιμότητα μιας πράξης της διοίκησης ανεξάρτητα από το «πολιτικό κίνητρο» (mobile politique) που μπορεί αυτή να ενέχει, και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις (circonstances exceptionnelles) οι πράξεις της διοίκησης χαρακτηρίζονται ως κυβερνητικές και εξαιρούνται από το δικαστικό έλεγχο.<sup>8</sup> Με αφετηρία την εν λόγω υπόθεση, το γαλλικό ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο αφενός συστηματοποίησε τις περιπτώσεις όπου μια πράξη χαρακτηρίζεται κυβερνητική και αφετέρου υιοθέτησε μια πιο κριτική στάση απέναντι στη διοίκηση, μειώνοντας σταδιακά την ύλη που δεν υπάγεται στον έλεγχό του. Κατ' αυτό τον τρόπο, το Conseil d' État κατόρθωσε να προσαρμόσει μια νομολογιακή κατασκευή που υπαγορεύθηκε από ιστορικές και πολιτικές συνθήκες στις επιταγές του κράτους δικαίου.

### **3. Η θεμελίωση των κυβερνητικών πράξεων στην ελληνική έννομη τάξη: ο ορισμός και οι συνέπειές του**

Στην ελληνική έννομη τάξη η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων επηρεάστηκε αναμφίβολα σε πολύ μεγάλο βαθμό από τη γαλλική θεωρία και νομολογία.<sup>9</sup> Βέβαια, ο Έλληνας νομοθέτης αντιμετώπισε αρχικά τις κυβερνητικές πράξεις κατά τρόπο γενικό, εισάγοντας τη γενική εξαίρεσή τους από τον ακυρωτικό έλεγχο στον ιδρυτικό νόμο του ΣτΕ, χωρίς μάλιστα να υφίσταται σχετικό νομολογιακό προηγούμενο.<sup>10</sup> Ο όρος κυβερνητικές πράξεις, λοιπόν, αναφέρεται ρητά για πρώτη φορά στο ν. 1373/1928 ο οποίος ορίζει στο άρθρο 46 §3 ότι «Εξαιρούνται επίσης οι κυβερνητικές πράξεις και διαταγές, οι αναγόμενες εις τήν διαχείρισιν της πολιτικής εξουσίας».<sup>11</sup> Κατά το ν. 3713/1928, οι κυβερνητικές πράξεις αποτελούν εξαίρεση στις εκτελεστές διοικητικές πράξεις, οι οποίες μπορούν να προσβληθούν με αίτηση ακύρωσης.<sup>12</sup> Προς την ίδια κατεύθυνση κινείται και το άρθρο 2 §1 του ν.δ. 796/1971 σχετικά με το δικαίωμα του αναφέρεσθαι που ορίζει ότι «Αναφορά, κατά την έννοιαν του παρόντος, θεωρείται έγγραφον διαλαμβάνον αιτιάσεις κατά ενεργείας ή παραλείψεως αρχής τινος ή οργάνου αυτής, πλην των αφορωσών εις κυβερνητικές πράξεις...».<sup>13</sup>

Η συνδυαστική ανάγνωση των ανωτέρω παραθεμάτων οδηγεί στη διατύπωση συγκεκριμένων ασφαλών συμπερασμάτων για τις κυβερνητικές πράξεις στην ελληνική δικαιοταξία. Έτσι, είναι δυνατή μια πρώτη καταγραφή του ορισμού των κυβερνητικών πράξεων. Πρόκειται λοιπόν, για «...ορισμένες πράξεις του Αρχηγού

---

etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/19-fevrier-1875-prince-napoleon.html> τελευταία ενημέρωση 27 Ιουνίου 2013.

<sup>8</sup> Nadine Poulet & Gibot Leclerc, *Droit Administratif, Sources, Moyens, Contrôles* (Paris: Bréal, 2007) 99-100.

<sup>9</sup> Ομοίως, η γαλλική θεωρία και νομολογία έχει σφυρηλατήσει ή έστω επηρεάσει άλλες δικαιοταξίες, ιδίως σε κράτη που ήταν στο παρελθόν αποικίες της. Βλ. ενδεικτικά Jean de Noël Atemengue, 'Les Actes de Gouvernement Sont-Ils une Catégorie Juridique? Discussion Autour de leur Origine Française et de leur Réception Camerounaise' (2000) *AfrJIntl&CompL* 12, 144.

<sup>10</sup> Π.Δ. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο Β'* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004) 504-505.

<sup>11</sup> Ν. 3713/1928, ΦΕΚ Α' 273/1928, δημοσιεύθηκε στις 24.12.1928. Η ίδια διάταξη επαναλαμβάνεται στο άρθρο 45 §6 του ν.δ. 170/1973 Περί του Συμβουλίου της Επικρατείας, όσο και στο άρθρο 45 §6 του π.δ. 18/1989 για την Κωδικοποίηση Διατάξεων Νόμων για το Συμβούλιο της Επικρατείας. Ν.δ. 179/1973, ΦΕΚ Α' 229/1973, δημοσιεύθηκε στις 24.09.1973: Π.δ. 18/1989, ΦΕΚ Α' 8/1989, δημοσιεύθηκε στις 09.01.1989.

<sup>12</sup> Το άρθρο 46 §1 ν. 3713/1928 ορίζει ότι: «Η αίτησις ακυρώσεως δι' υπέρβασιν εξουσίας ή δια παράβασιν νόμου χωρεί μόνον κατά των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών και των διοικήσεων ασκούντων νομικών προσώπων, των μη υποκειμένων εις έτερον τι ένδικον μέσον δια της διοικητικής ή δικαστικής οδού».

<sup>13</sup> Ν.δ. 796/1971, ΦΕΚ Α' 1/1971, δημοσιεύθηκε στις 01.01.1971.

του Κράτους ή κυβερνητικών οργάνων [που] αν και έχουν όλα τα στοιχεία της διοικητικής πράξης, αποτελούν ιδιαίτερη κατηγορία, επειδή δεν υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο με αίτηση ακυρώσεως...».<sup>14</sup> Από τον ορισμό καθίσταται σαφές, ότι οι κυβερνητικές πράξεις είναι καθ' όλα διοικητικές πράξεις με την ιδιαιτερότητα πως δεν υπόκεινται στον ακυρωτικό έλεγχο του ΣτΕ. Μάλιστα εκτός από τον ακυρωτικό έλεγχο αποκλείεται ρητά (άρθρο 2§1 ν.δ.796/1971) και ο διοικητικός έλεγχος ενώπιον της αρμόδιας διοικητικής αρχής σύμφωνα με το άρθρο 10 του Συντάγματος.<sup>15</sup> *A contrario* προκύπτει πως δεν αποκλείεται η άσκηση αγωγής για αποζημίωση από το διοικούμενο κατά του Δημοσίου για βλάβη που επήλθε από κυβερνητική πράξη,<sup>16</sup> ενώ μπορεί ακόμα να στοιχειοθετηθεί και ευθύνη του Προέδρου της Δημοκρατίας και των υπογράφωντων υπουργών.<sup>17</sup> Συνεπώς δεν είναι ακριβής η άποψη πως οι κυβερνητικές πράξεις «διαφεύγουν καθ' ολοκληρίαν από τον δικαστικό έλεγχο».<sup>18</sup> Άλλωστε, ένας τέτοιος ολοκληρωτικός αποκλεισμός του δικαστικού ελέγχου θα επέφερε ισχυρό πλήγμα στην αρχή της νομιμότητας και την έννοια του κράτους δικαίου εν γένει.<sup>19</sup> Συνακόλουθα, το ερώτημα που τίθεται είναι, εάν και σε ποιο βαθμό η ακυρωτική και διοικητική ασυλία που απολαμβάνουν οι κυβερνητικές πράξεις αντιβαίνει στο δικαίωμα στη δικαστική προστασία και στο δικαίωμα του αναφέρεσθαι.

Όσον αφορά στη γενική ρήτρα δικαστικής προστασίας του άρθρου 20 §1 του Συντάγματος (σε συνάρτηση με το άρθρο 95 §1 περ.α') τόσο η νομολογία όσο και η πλειοψηφία της θεωρίας δέχονται πως δεν πλήττεται από την ακυρωτική ασυλία των κυβερνητικών πράξεων.<sup>20</sup> Ειδικότερα, κατά τον Τάχο το διοικητικό απαράδεκτο των κυβερνητικών πράξεων δεν αντίκειται στη συνταγματική αρχή της δικαστικής προστασίας, καθώς σε αντίθετη περίπτωση δεν θα ήταν εφικτή η άσκηση της γενικής πολιτικής της χώρας από την κυβέρνηση κατά το άρθρο 82 §1 του Συντάγματος.<sup>21</sup> Σε αυτό το πλαίσιο, μεγάλο μέρος της θεωρίας όχι μόνο δεν εξετάζει πιθανή αντισυνταγματικότητα του ανέλεγκτου των κυβερνητικών πράξεων, αλλά αντίθετα θεωρεί πως είναι «συνταγματικού επιπέδου [...] ασυμβίβαστες προς την έννοια της

<sup>14</sup> Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος Ι* (13<sup>η</sup> έκδ., Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, 2010) 101.

<sup>15</sup> Αναστάσιος Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο* (8<sup>η</sup> έκδ., Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2005) 562.

<sup>16</sup> Λουκάς Γ. Θεοχαρόπουλος, *Η Αρχή της Ισότητας των Πολιτών στα Δημόσια Βάρη και η Αστική Ευθύνη του Κράτους* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1988): Προκόπης Παυλόπουλος, *Η Αστική Ευθύνη του Δημοσίου, Ι. Γενική Θεώρηση* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1986).

<sup>17</sup> Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, όπ.π., 103.

<sup>18</sup> Χαράλαμπος Χρυσανθάκης κ.ά., *Εισηγήσεις Συνταγματικού Δικαίου, Οργάνωση του Κράτους, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, ΕΣΔΑ* (Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, 2007) 616.

<sup>19</sup> Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, Από τη Σκοπιά του Διοικητικού Δικαίου* (Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2006) 375. Κατά τον Ράικο, το δικαστικό ανέλεγκτο των κυβερνητικών πράξεων σε συνδυασμό με τα κωλύματα που θέτει ο κοινός νομοθέτης στην άσκηση ποινικής δίωξης κατά κυβερνητικών στελεχών, δεν αφήνει άλλη επιλογή στο διοικούμενο παρά να ασκήσει αγωγή αποζημίωσης.

<sup>20</sup> Σημειώνεται ότι η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων έχει αναπτυχθεί κατά κύριο λόγο σε εκείνες τις έννομες τάξεις όπου η δικαστική προστασία του διοικουμένου κατοχυρώνεται στον ανώτατο νόμο του κράτους ως γενική αρχή και όχι στις δικαιотаξίες όπου η διοικητική προστασία χωρεί μόνο για συγκεκριμένες διοικητικές διαφορές, οι οποίες απαριθμούνται νομολογιακά. Βλ. σχετικά Γιώργος Τράντας, *Οι Κυβερνητικές Πράξεις στο Μεταίχμιο της Προστασίας του Δημοσίου Συμφέροντος και του Ελέγχου της Διακριτικής Ευχέρειας της Διοικήσεως* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1997) 15.

<sup>21</sup> Αναστάσιος Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, όπ.π., 561.

αντισυνταγματικότητας ή της διοικητικής παρανομίας»,<sup>22</sup> καθώς «εκδίδονται βάσει αρμοδιότητας που παρέχεται από το Σύνταγμα».<sup>23</sup> Στον αντίποδα, υποστηρίζεται ότι η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων αντίκειται στο άρθρο 20 του Συντάγματος,<sup>24</sup> δεδομένου ότι οι εξαιρέσεις από τη δικαστική προστασία πρέπει να προβλέπονται ρητά από το Σύνταγμα, όπως στην περίπτωση του άρθρου 90 §6.<sup>25</sup>

Ομοίως, η επιστήμη διχάζεται αναφορικά με τη συμβατότητα των κυβερνητικών πράξεων με το δικαίωμα του αναφέρεσθαι, αν και η νομολογία αποκλείει κάθε πιθανότητα αντισυνταγματικότητας. Κατά μία άποψη, το διοικητικό ανέλεγκτο των κυβερνητικών πράξεων δεν προσβάλλει το άρθρο 10 του Συντάγματος, αφού δεν είναι εκ φύσεως δυνατή η αιτιολογημένη απάντηση της διοίκησης για πράξη που ανάγεται στη γενικότερη πολιτική της χώρας.<sup>26</sup> Ωστόσο, έχουν διατυπωθεί έντονες επιφυλάξεις για τη συνταγματικότητα του άρθρου 2 §1 ν.δ. 796/1971, το οποίο θεωρείται ότι δεν καλύπτεται από την επιφύλαξη του άρθρου 10 του Συντάγματος, διότι θέτει περιορισμό στην ουσία του δικαιώματος του αναφέρεσθαι.<sup>27</sup>

Το ζήτημα της συνταγματικότητας της θεωρίας των κυβερνητικών πράξεων έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον σε θεωρητικό επίπεδο, αλλά και εξαιρετική σημασία σε πρακτικό επίπεδο, αφού άπτεται της προστασίας των ατομικών ελευθεριών του διοικουμένου. Σε κάθε περίπτωση, το ΣτΕ είναι αποκλειστικά αρμόδιο να κρίνει ποιές διοικητικές πράξεις είναι κυβερνητικές<sup>28</sup> και να αποφανθεί παρεμπιπτόντως για τη συνταγματικότητά τους. Συνεπώς, το γεγονός ότι μια πράξη χαρακτηρίζεται ως κυβερνητική κατ' αποκλειστική αρμοδιότητα του ΣτΕ, «υπαινίσσεται έναν πολύ συγκεκριμένο έλεγχο της συνταγματικότητας των νομοθετικών πράξεων» από το δικαστήριο.<sup>29</sup> Εξάλλου, ο όρος κυβερνητικές πράξεις είναι «προσανατολισμένος στον περιορισμό του δικαστικού ελέγχου της εκτελεστικής εξουσίας» και όχι στον περιορισμό του ελέγχου συνταγματικότητας.<sup>30</sup>

#### **4. Η θεωρητική θεμελίωση των κυβερνητικών πράξεων: προκλήσεις υπό το φως της «κοινοτικοποίησης» και «διεθνοποίησης» του διοικητικού δικαίου<sup>31</sup>**

<sup>22</sup> Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου & Ευαγγελία Κουτούπα-Ρεγκάκου, *Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου, Ειδικά Θέματα Διοικητικού Δικαίου* (Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2005) 141.

<sup>23</sup> Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, ό.π., 101-102.

<sup>24</sup> Βασίλειος Σκουρής, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο I* (2<sup>η</sup> έκδ., Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 1997) 71-72.

<sup>25</sup> Πρόδρομος Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Β'* (2<sup>η</sup> αναθ. εκδ., Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2005) 1416, 1422-1423, 1428.

<sup>26</sup> Αναστάσιος Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., 796. Για τον Τάχο, η πολιτική σκοπιμότητα δεν εγκαταλείπεται πλήρως σε ένα κράτος δικαίου, αλλά αντίθετα λειτουργεί εξαιρετικά ως προς την αρχή της νομιμότητας. Η ασυλία των κυβερνητικών πράξεων από το διοικητικό έλεγχο ασφαλώς και εξυπηρετεί την εκάστοτε πολιτική σκοπιμότητα, χωρίς να συνεπάγεται όμως διοικητική παρανομία. Βλ. επίσης Πρόδρομος Δ. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο* (5<sup>η</sup> έκδ., Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004) 173.

<sup>27</sup> Πρόδρομος Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο*, ό.π., 1371: Κωνσταντίνος Σ. Ρέμελης, *Οι Άτυπες Διοικητικές Προσφυγές, Συνταγματική Θεμελίωση, Προϋποθέσεις Άσκησης, Έκταση Ελέγχου* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1987) 118-120.

<sup>28</sup> Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1947/1960, ΣτΕ 2438/1966.

<sup>29</sup> Απόστολος Παπακωνσταντίνου, «Κυβερνητικές πράξεις» και αρχή νομιμότητας της διοικητικής δράσης: Η εξέλιξη της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας» (2001) *ΤοΣ* 3 <<http://tosyntagma.ant-sakkoulas.gr/nomologia/item.php?id=330>> τελευταία ενημέρωση 27 Ιουνίου 2013.

<sup>30</sup> Πρόδρομος Δ. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., 26.

<sup>31</sup> Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου & Ευαγγελία Κουτούπα-Ρεγκάκου, *Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου*, ό.π., 118.

Η θεωρητική θεμελίωση των κυβερνητικών πράξεων είναι αναγκαία για τη διασφάλιση του κράτους δικαίου σε κάθε έννομη τάξη, και παράλληλα ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα για τους δημοσιολόγους, οι οποίοι καλούνται να προσεγγίσουν δογματικά μια θεωρία νομολογικά διαπλασμένη. Λαμβάνοντας υπόψη ότι καμία από τις θεωρίες που έχουν αναπτυχθεί δεν κρίνεται επαρκής για να αποσαφηνίσει το περιεχόμενο των κυβερνητικών πράξεων (τόσο στην ελληνική έννομη τάξη όσο και σε άλλες δικαιοταξίες), η επισκόπηση των θεωριών αυτών συχνά αντιμετωπίζεται ως άνευ αντικειμένου. Εντούτοις, η εξέταση των συναφών θεωρητικών προσεγγίσεων αποτυπώνει την τάση της νομολογίας να περιορίζει διαρκώς τις διοικητικές πράξεις που απολαμβάνουν δικαστική ασυλία και επιπλέον ερμηνεύει δυναμικά τις κυβερνητικές πράξεις υπό το πρίσμα των σύγχρονων εξελίξεων.

Οι θεωρίες που έχουν αναπτυχθεί σχετικά μπορούν να κατηγοριοποιηθούν ανάλογα με το κριτήριο που εφαρμόζουν για να χαρακτηρίσουν μια διοικητική πράξη ως κυβερνητική. Τα κριτήρια που προκρίνονται κυρίως από τη θεωρία είναι το τυπικό, το ουσιαστικό, το λειτουργικό και το εμπειρικό· καθένα από αυτά αξιολογείται τόσο με θετικό όσο και με αρνητικό πρόσημο.

#### **4.1 Το τυπικό κριτήριο: πραγματικά ανέφικτο, νομικά ανεπαρκές<sup>32</sup>**

Σύμφωνα με το τυπικό κριτήριο μια πράξη χαρακτηρίζεται κυβερνητική εφόσον το όργανο που την έχει εκδώσει ασκεί πολιτική εξουσία. Το τυπικό κριτήριο θα μπορούσε να συνεισφέρει στη συστηματική επεξεργασία των κυβερνητικών πράξεων μόνο στην περίπτωση που η άσκηση πολιτικής εξουσίας ανήκε σε ορισμένα όργανα της διοίκησης. Όμως, ακόμα και σε αυτή την περίπτωση η εφαρμογή του κριτηρίου θα ήταν αδύνατη, καθώς θα προσέκρουε στον ορισμό της «πολιτικής εξουσίας». Ακόμα δηλαδή και αν συγκεκριμένα όργανα της διοίκησης επιφορτιζόνταν με την άσκηση πολιτικής εξουσίας, αυτό δεν θα σήμαινε ότι κάθε πράξη τους θα είχε πολιτικό περιεχόμενο. Επομένως, αν και το τυπικό κριτήριο προσφέρει μια ασφαλή δικλείδα τυποποίησης των κυβερνητικών πράξεων, ωστόσο εξαρτάται από τον αυτονόητα δυσχερή ορισμό της πολιτικής εξουσίας.<sup>33</sup>

#### **4.2 Το ουσιαστικό κριτήριο: η υποταγή του δικαίου στην πολιτική**

Το ουσιαστικό κριτήριο προηγείται ιστορικά των υπολοίπων, καθώς ήταν αυτό που αρχικά υιοθέτησε το Conseil d'État. Το κριτήριο αυτό επικεντρώνει στο σκοπό και στο κίνητρο της εκδοθείσας διοικητικής πράξης. Ειδικότερα, όταν η αφετηρία της διοικητικής πράξης εδράζεται σε πολιτικά ελατήρια τότε η πράξη χαρακτηρίζεται κυβερνητική.<sup>34</sup> Η θεωρία αυτή, γνωστή και ως «θεωρία του κινήτρου» ή «του σκοπού» εγκαταλείφθηκε σχετικά σύντομα τόσο από τα δικαστήρια της αλλοδαπής όσο και από το ΣτΕ,<sup>35</sup> καθώς η δικαστική ασυλία μιας πράξης

<sup>32</sup> Αναστάσιος Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., 561.

<sup>33</sup> Το τυπικό κριτήριο φαίνεται να υιοθετείται από τον Σπηλιωτόπουλο, για τον οποίο οι κυβερνητικές πράξεις είναι πράξεις, είτε του Αρχηγού του Κράτους, είτε των κυβερνητικών οργάνων. Περιορίζει σημαντικά έτσι τον αριθμό των πράξεων που μπορούν να χαρακτηριστούν ως τέτοιες. Στη συνέχεια όμως, επισημαίνει πως οι πράξεις αυτές «εκδίδονται βάσει αρμοδιότητας που παρέχεται από το Σύνταγμα ή από νομοθετικές πράξεις» προσθέτοντας ένα ακόμα απαραίτητο κριτήριο νομοποίησης των πράξεων. Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, ό.π., 101-102. Βλ. και παρακάτω υπό 4.3.

<sup>34</sup> Απόστολος Γέροντας κ.ά., *Διοικητικό Δίκαιο* (Β' έκδ., Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2010) 183.

<sup>35</sup> Οι μοναδικές περιπτώσεις όπου το ΣτΕ αναφέρθηκε στο πολιτικό κίνητρο της διοίκησης και αποδέχθηκε την επάρκειά του για να χαρακτηριστεί μια πράξη ως κυβερνητική ήταν στις αποφάσεις 23/1945 και 2161/1946. Αμφότερες οι αποφάσεις αφορούσαν την ακύρωση διαταγμάτων περί

επαφίεται στην κρίση του οργάνου που την εκδίδει.<sup>36</sup> Η θεωρία του κινήτρου αφενός περιστέλλει σημαντικά τη δικαστική λειτουργία και αφετέρου στερείται νομικής θεμελίωσης. Το γαλλικό ακυρωτικό δικαστήριο εξέλιξε τη θεωρία του πολιτικού κινήτρου και ανέπτυξε τη «θεωρία των εξαιρετικών περιστάσεων», κατά την οποία μόνο εξαιρετικές περιστάσεις δικαιολογούν το χαρακτηρισμό πράξεων ως κυβερνητικών από το όργανο της διοίκησης. Πρόκειται για μια πρώτη προσπάθεια περιορισμού της εκτελεστικής λειτουργίας, που θέτει τον κανόνα (εκτελεστές διοικητικές πράξεις) και την εξαίρεση αυτού (κυβερνητικές πράξεις).

Οι παραπάνω θεωρίες είναι εννοιολογικά συναφείς, αλλά σαφώς διακριτές, από τη θεωρία «της φύσεως της πράξεως», που υποστηρίζεται από σημαντικό μέρος της θεωρίας. Όπως προδίδει και η ονομασία της θεωρίας, μια κυβερνητική πράξη διακρίνεται από τη φύση της από τις υπόλοιπες διοικητικές πράξεις, χωρίς ωστόσο να διευκρινίζεται περαιτέρω η έννοια «φύση» από τους υποστηρικτές της θεωρίας.<sup>37</sup> Το ΣτΕ ασπάζεται τη θεωρία αυτή, αφού σε πρόσφατη απόφασή του διατύπωσε την άποψη ότι «...από την φύση τους οι πράξεις αυτές δεν μπορούν να υπάγονται στον ακυρωτικό έλεγχο του Συμβουλίου της Επικρατείας, διότι άλλως ο έλεγχος αυτός θα υπεισήρχετο ανεπίτρεπτα σε πεδίο αμιγώς πολιτικών εκτιμήσεων, που εκφεύγει από το πεδίο του ασκουμένου από το Συμβούλιο Επικρατείας ακυρωτικού ελέγχου».<sup>38</sup> Η απόφαση του δικαστηρίου επικρίθηκε έντονα από τη θεωρία, ενώ και οι δικαστές της μειοψηφίας υπογράμμισαν ότι «...η δράση της εκτελεστικής λειτουργίας μπορεί να μην υπόκειται στον δικαστικό έλεγχο, τούτο δε όλως κατ' εξαίρεση, μόνον σε τομέα, που το ίδιο το Σύνταγμα ανέχεται. Τέτοιος δε τομέας είναι ο τομέας της εκ μέρους της εκτελεστικής λειτουργίας αμιγούς διαχείρισης της πολιτικής εξουσίας (δηλαδή οι σχέσεις της κυβερνήσεως με την Βουλή και οι διεθνείς σχέσεις της Χώρας)».<sup>39</sup> Από τα παραπάνω συνάγεται πως ούτε η θεωρία αυτή συγκεντρώνει τα στοιχεία εκείνα που με συνέπεια θα προσδιορίσουν εκείνες τις πράξεις της διοίκησης είναι κυβερνητικές,<sup>40</sup> ενώ μπορεί να καταστήσει ανέλεγκτες πράξεις της διοίκησης που προσβάλλουν ατομικά δικαιώματα των διοικουμένων. Συνεπώς το ουσιαστικό κριτήριο είναι επισφαλές, στο βαθμό που δεν καθίσταται βέβαιο ότι συνάδει με την αρχή της νομιμότητας.

---

απονομής χάριτος. Βέβαια, υποστηρίζεται πως στις αποφάσεις αυτές γίνεται απλή αναφορά μόνο στη θεωρία του πολιτικού κινήτρου, την οποία το ΣτΕ εντέλει δεν υιοθετεί. Σπυρίδων Β. Βλαχόπουλος, «Οι πράξεις κυβερνήσεως υπό το πρίσμα της νεώτερης νομολογίας του ΣτΕ» (1996) *Ελλάνη* 37, 1478: Ιωάννης Δ. Σαρμάς, *Η Συνταγματική και Διοικητική Νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, Εξελικτική Μελέτη των Μεγάλων Θεμάτων* (Β' έκδ., Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1994) 199-200.

<sup>36</sup> Γιώργος Τράντας, *Οι Κυβερνητικές Πράξεις στο Μεταίχμιο...*, όπ.π., 27-28.

<sup>37</sup> Μιχαήλ Δ. Στασινόπουλος, *Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων* (Αθήνα, 1951) 35: Προκόπης Παυλόπουλος, *Η Συνταγματική Κατοχύρωση της Αιτήσεως Ακυρώσεως* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1982) 261.

<sup>38</sup> ΣτΕ 3669/2006 §6.

<sup>39</sup> Ομοίως.

<sup>40</sup> Συγγενής με τη θεωρία της φύσεως της πράξεως είναι και η θεωρία των «φύσει και θέσει κυβερνητικών πράξεων», που διατυπώθηκε σχετικά πρόσφατα από τον Σαρμά. Κατά τον Σαρμά, οι φύσει κυβερνητικές πράξεις είναι αυτές που κλασικά αναγνωρίζονται ως τέτοιες από τη θεωρία και τη νομολογία. Η θέσει κυβερνητικές πράξεις δεν είναι κυβερνητικές καταρχήν, αλλά μετατρέπονται σε τέτοιες λόγω εξαιρετικών περιστάσεων. Κατά την άποψη αυτή, ο όγκος των διοικητικών πράξεων που απολαμβάνουν δικαστική ασυλία αυξάνεται σε περίπτωση κατάστασης ανάγκης ή γενικότερα σε περίοδο πολιτικά έκρυθμη. Βέβαια εξυπακούεται, ότι μια τέτοια προσέγγιση θα άνοιγε την κερκόπορτα για να αυξηθούν κατακόρυφα οι κυβερνητικές πράξεις και να μειωθεί η ύλη του ακυρωτικού ελέγχου. Βλ. Ιωάννης Δ. Σαρμάς, *Η Συνταγματική και Διοικητική Νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας*, όπ.π., 194-200: Ελένη Κ. Τροβά, «Φύσει και θέσει κυβερνητικές πράξεις, Αναβιώσεις μιας θεωρίας με ημερομηνία λήξεως» (1992) *ΝοΒ* 40, 1273-1275.

### 4.3 Το λειτουργικό κριτήριο: θεμελίωση ή αποδόμηση των κυβερνητικών πράξεων;

Σύμφωνα με το λειτουργικό κριτήριο που τυγχάνει ευρείας απήχησης στη θεωρία, οι κυβερνητικές πράξεις υπαγορεύονται από την κυβερνητική λειτουργία που επιτελούν ορισμένα όργανα της εκτελεστικής εξουσίας. Η κυβερνητική λειτουργία (ο όρος προτιμάται από αυτόν της πολιτικής εξουσίας) διακρίνεται από τη διοικητική λειτουργία, ακριβώς γιατί αφορά στη διεύθυνση των γενικότερων συμφερόντων ενός κράτους.<sup>41</sup> Το λειτουργικό κριτήριο προϋποθέτει πως τόσο το όργανο που εκδίδει την πράξη όσο και η λειτουργία αυτού ρυθμίζουν θέματα σχετικά με τη γενική πολιτική της χώρας.<sup>42</sup> Το κριτήριο εισάγει ουσιαστικά δύο προϋποθέσεις για το χαρακτηρισμό μιας πράξης ως κυβερνητικής και έτσι συγκροτεί ένα αυστηρότερο πλαίσιο ελέγχου.

Σχετικά με την παραπάνω προβληματική, η διάκριση μεταξύ κυβερνητικής και διοικητικής λειτουργίας αποτελεί τη βάση για την εξήγηση της δικαστικής ασυλίας των κυβερνητικών πράξεων μέσω της «θεωρίας του λειτουργικού διχασμού των οργάνων» (*dédoublement fonctionnel*). Η πατρότητα της θεωρίας του λειτουργικού διχασμού των οργάνων αποδίδεται στο διεθνολόγο Scelle, ο οποίος υποστήριξε πως «όταν τα κράτη εφαρμόζουν στην εσωτερική έννομη τάξη κανόνες του διεθνούς δικαίου τότε [πρόκειται] για λειτουργικό διχασμό των οργάνων».<sup>43</sup> Η Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου εμβαθύνει στη θεωρία του Scelle και επισημαίνει πως «...οι λειτουργίες της υπερεθνικής τάξης ασκούνται (ενίοτε) από όργανα, τα οποία ανήκουν και είναι θεσμικά εντεταγμένα στα κατ' ιδίαν Κράτη-μέλη της διεθνούς κοινότητας [...] Η αρμοδιότης των εν λόγω οργάνων εμφανίζεται ότι έχει διπλή φύση, διότι προέρχεται από όργανο το οποίο έχει διπλό χαρακτήρα: εθνικό και υπερεθνικό».<sup>44</sup> Ακολουθώντας, εφαρμόζει τη θεωρία του λειτουργικού διχασμού των οργάνων στην περίπτωση των κυβερνητικών πράξεων. Αποδέχεται το διττό ρόλο ορισμένων οργάνων της διοίκησης και θεωρεί πως οι κυβερνητικές πράξεις εκδίδονται κατά την ενάσκηση της κυβερνητικής λειτουργίας και όχι της διοικητικής. Μάλιστα, καταλήγει στο συμπέρασμα πως οι κυβερνητικές πράξεις δεν είναι πράξεις της διοίκησης, αλλά ανάγονται στο Σύνταγμα και γι' αυτό το λόγο δεν υπόκεινται σε ακυρωτικό έλεγχο.<sup>45</sup> Ωστόσο, η διαπίστωση πως οι κυβερνητικές πράξεις δεν αποτελούν πράξεις της διοίκησης, στηρίζεται στην αξιωματική παραδοχή πως «...κατά παρέκκλιση της αρχής της διακρίσεως των πολιτειακών λειτουργιών, τα όργανα της Εκτελεστικής λειτουργίας (ή της Δημοσίας Διοικήσεως) πολλές φορές καθ' ον χρόνο εκδίδουν πράξεις προβλεπόμενες απ' ευθείας από το Σύνταγμα [...] εξέρχονται των πλαισίων της Εκτελεστικής λειτουργίας».<sup>46</sup> Το παραπάνω συμπέρασμα, ακυρώνει τη *ratio* της θεωρίας του λειτουργικού διχασμού των οργάνων και απορρίπτει συλλήβδην τη θεωρία των κυβερνητικών πράξεων. Συνολικά όμως, η θεωρία του λειτουργικού διχασμού των οργάνων αποδίδει επιτυχώς τον όρο

<sup>41</sup> Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου & Ευαγγελία Κουτούπα-Ρεγκάκου, *Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου*, όπ.π., 134-135.

<sup>42</sup> Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, όπ.π., 102.

<sup>43</sup> Christian Tomuschat, 'International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century' 281 *Recueil des Cours* (1999) 2001, 367; Antonio Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dédoublement fonctionnel*) in International Law' (1990) *EJIL* 1, 210.

<sup>44</sup> Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου & Ευαγγελία Κουτούπα-Ρεγκάκου, *Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου*, όπ.π., 122-123.

<sup>45</sup> Ομοίως, 138-139.

<sup>46</sup> Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, «Το κριτήριο του 'λειτουργικού διχασμού των οργάνων' (*dédoublement fonctionnel*) του Διεθνούς Δικαίου, ως κριτήριο του φαινομένου της δικαστικής ασυλίας των 'Κυβερνητικών Πράξεων' στο Εσωτερικό Δημόσιο Δίκαιο» (1990) *ΔιΔικ* 2(2), 269-270.



«κυβερνητική λειτουργία» και εξειδικεύει περαιτέρω το λειτουργικό κριτήριο, εξαλείφοντας έτσι τυχόν ασάφειες.

#### **4.4 Το εμπειρικό κριτήριο: η μόνη μέθοδος/διέξοδος για τις κυβερνητικές πράξεις**

Η αδυναμία των παραπάνω κριτηρίων να προσφέρουν επαρκή θεωρητική θεμελίωση για τις κυβερνητικές πράξεις, ανέδειξε τη σημασία του εμπειρικού κριτηρίου. Σύμφωνα με το κριτήριο αυτό, είναι αδύνατος ο *a priori* χαρακτηρισμός μιας πράξης ως κυβερνητικής. Κατά συνέπεια, εναπόκειται στον ακυρωτικό δικαστή να κρίνει *ad hoc* πότε μια πράξη είναι κυβερνητική και πότε δεν είναι (θεωρία της απαρίθμησης).<sup>47</sup> Προκύπτει λοιπόν ότι το εμπειρικό κριτήριο πάσχει δογματικά και προσιδιάζει περισσότερο σε κοινοδικαϊκές (common law) έννομες τάξεις. Σε κάθε περίπτωση όμως, είναι αυτό που ακολουθείται στην ελληνική έννομη τάξη, αφού κυβερνητικές πράξεις είναι μόνον αυτές που το ΣτΕ έχει χαρακτηρίσει ως τέτοιες.

#### **5. Οι κυβερνητικές πράξεις στη νομολογία του ΣτΕ: ανομοιογενής κατάλογος ή ομοιόμορφος καθορισμός;**

Εκτός από τη θεωρητική προσέγγιση, η νομολογιακή εξειδίκευση των κυβερνητικών πράξεων από τον ακυρωτικό δικαστή έχει συμβάλει ουσιωδώς στον καθορισμό της έννοιας αυτής. Η νομολογία του ΣτΕ στο θέμα αυτό είναι συνεπής και δεν παρουσιάζει παρά ελάχιστες διακυμάνσεις, ενώ είναι εμφανής η τάση του δικαστηρίου να περιορίσει τις πράξεις που δεν υπόκεινται στον έλεγχό του και να μειώσει έτσι τον κατάλογο των κυβερνητικών πράξεων.<sup>48</sup>

Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, το ΣτΕ είναι αποκλειστικά αρμόδιο να αποφανθεί σχετικά με τον κυβερνητικό ή μη χαρακτήρα μιας πράξης. Ήδη από το 1934 έχει ορίσει ότι «...ο χαρακτηρισμός πράξεώς τινος ως Κυβερνητικής εξαρτάται μεν κυρίως εκ της φύσεως αυτής (ανεξαρτήτως του οργάνου εκ του οποίου προέρχεται), αλλά και διοικητική ενέργεια υποκειμένη κατ' αρχήν, ως τοιαύτη εις έλεγχο νομιμότητος υπό του Συμβουλίου της Επικρατείας δύναται να προσλάβη υπό συντρέχουσας περιστάσεις τον χαρακτήρα Κυβερνητικής πράξεως, αποκλειούσης την προσβολήν επί ακυρώσει, εφ' όσον προέχων αυτής χαρακτήρ είναι η άσκησης της εις την Κυβέρνησιν ανηκούσης πολιτικής εξουσίας».<sup>49</sup> Κατά συνέπεια, ο χαρακτηρισμός μιας πράξης ως κυβερνητικής από τον κοινό νομοθέτη δεν δεσμεύει τον ακυρωτικό δικαστή,<sup>50</sup> ο οποίος έχει κατ' επανάληψη επιβεβαιώσει την αντισυνταγματικότητά τους.<sup>51</sup> Έτσι, αποφεύγεται ο κίνδυνος να διευρύνει ο νομοθέτης το πεδίο εφαρμογής των κυβερνητικών πράξεων, πλήττοντας το δικαίωμα στη δικαστική προστασία.<sup>52</sup>

Σύμφωνα με τη μέχρι τώρα νομολογία του ΣτΕ, ο κατάλογος των κυβερνητικών πράξεων που έχει διαμορφωθεί είναι ετερογενής και ταυτόχρονα περιοριστικός, δεδομένης της αποκλειστικής του αρμοδιότητας. Από την πλούσια νομολογία που έχει αναπτυχθεί, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι πράξεις που αφορούν στη λειτουργία του πολιτεύματος και στις σχέσεις νομοθετικής και

<sup>47</sup> Αναστάσιος Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, όπ.π., 561.

<sup>48</sup> Βελισσάριος Καράκωστας, *Η Αίτηση Ακυρώσεως, Ερμηνευτικά Σχόλια και Νομολογία* (Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, 2011) 39.

<sup>49</sup> ΣτΕ 31/1934.

<sup>50</sup> ΣτΕ 2438/1966, 2528/1974 (Ολ.).

<sup>51</sup> ΣτΕ 97/1937, 2438/1966.

<sup>52</sup> Σπυρίδων Β. Βλαχόπουλος, «Οι πράξεις κυβερνήσεως...» όπ.π., 1479.

εκτελεστικής εξουσίας, καθώς και οι πράξεις που έχουν αντίκτυπο στις διεθνείς σχέσεις της χώρας.<sup>53</sup>

### 5.1 Οι κυβερνητικές πράξεις και η λειτουργία του πολιτεύματος

Το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο έχει αναπτύξει πάγια νομολογία, την οποία ακολουθεί με προσήλωση, όσον αφορά στα προεδρικά διατάγματα για τη διάλυση της Βουλής, την προκήρυξη εκλογών Βουλευτών, την ημέρα διενέργειας εκλογών, τη σύγκληση νέας Βουλής, τη σύγκληση αναθεωρητικής Βουλής κ.λπ. Σε πρόσφατες αποφάσεις του έχει κρίνει ότι οι πράξεις αυτές «...ως εκ φύσεως των, προδήλως εκφεύγουν του ακυρωτικού ελέγχου του Συμβουλίου της Επικρατείας [...] [επειδή] φέρουν χαρακτήρα κατεξοχήν κυβερνητικής πράξεως που ανάγεται στη διαχείριση πολιτικής εξουσίας...»<sup>54</sup> και απορρίπτει τις αιτήσεις ακύρωσης. Το δικαστήριο απορρίπτει εν γένει όσες αιτήσεις προσβάλλουν διατάγματα που αναφέρονται «στη συγκρότηση και λειτουργία του νομοθετικού σώματος»<sup>55</sup> με την αιτιολογία πως αντίκειται στο άρθρο 45 §5 του π.δ. 18/1989, το οποίο είναι σύμφωνο με το Σύνταγμα.<sup>56</sup> Με αυτή του την πρακτική θεωρείται πως διασφαλίζει την αδιασάλευτη λειτουργία του πολιτεύματος, οριοθετώντας σαφώς τις σχέσεις νομοθετικής και εκτελεστικής εξουσίας.

### 5.2 Κυβερνητικές πράξεις κατ' επιταγήν διεθνών υποχρεώσεων και σχέσεων της χώρας

Η κατηγορία των κυβερνητικών πράξεων που σχετίζονται με τις διεθνείς υποχρεώσεις που έχει αναλάβει η χώρα και τις σχέσεις της με άλλα κράτη είναι ίσως η πλέον σημαντική κατηγορία, η οποία αποκτά ακόμα μεγαλύτερη βαρύτητα ενόψει της κοινοτικοποίησης και διεθνοποίησης του διοικητικού δικαίου. Θέματα, όπως η απέλαση αλλοδαπού, η ερμηνεία, εφαρμογή και εκτέλεση διεθνών συμβάσεων και η εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου έχουν απασχολήσει το ΣτΕ εδώ και πολλές δεκαετίες. Μάλιστα, ο ακυρωτικός δικαστής κινείται αυστηρά στο πλαίσιο της αρχής του «δικαστικού αυτοπεριορισμού» (judicial self-restrain) και απορρίπτει αιτήσεις ακύρωσης που συνδέονται με την εξωτερική πολιτική της χώρας.<sup>57</sup> Το ΣτΕ διαπιστώνει στην απόφαση 2389/1953 της Ολομέλειας, ότι κάθε κίνηση που «δύναται εν τη αναπτύξει της δράσεώς της ν' αποβή πρόξενος προστριβών και ανωμαλιών εις τα σχέσεις της Χώρας προς τα ξένα τοιαύτας» ανάγεται στη διαχείριση της πολιτικής εξουσίας και ως εκ τούτου οι σχετικές πράξεις της κυβέρνησης εκφεύγουν από τον ακυρωτικό έλεγχο.<sup>58</sup>

#### 5.2.1 Η απέλαση αλλοδαπού ως κυβερνητική πράξη

<sup>53</sup> Βελισσάριος Καράκωστας, *Η Αίτηση Ακυρώσεως*, όπ.π., 39-40: ΣτΕ 58/1934 (Ολ.): ΣτΕ 628/1996, 105/1981 (Ολ.).

<sup>54</sup> ΣτΕ 628/1996 §3. Ομοίως βλ. ΣτΕ 1116/1997, 1397/2000.

<sup>55</sup> ΣτΕ 1199/1986 (Ολ.).

<sup>56</sup> Το δικαστήριο επισημαίνει σχετικά πως η διάταξη 45 §5 π.δ. 18/1989 «έχει επανειλημμένως εφαρμοστεί από το Δικαστήριο [και] δεν αντιβαίνει [...] στο Σύνταγμα». ΣτΕ 1398/2000 (Ολ.) §4.

<sup>57</sup> Βασιλίδης Δ. Γκίκας, *Δίκαιο και Θεσμοί της Εξωτερικής Πολιτικής, Το Ελληνικό Σύστημα Εξωτερικής Αρμοδιότητας* (Αθήνα: Εκδόσεις Αθ. Σταμούλης, 2005) 173.

<sup>58</sup> ΣτΕ 2389/1953 (Ολ.). Η υπόθεση αφορούσε την αίτηση ακύρωσης που κατέθεσε η αμερικανίδα υπήκοος Καρρές Κρόσμπυ, με την οποία ζητούσε την ακύρωση των υπουργικών αποφάσεων που απαγόρευαν τη διοργάνωση διεθνούς συνεδρίου στην Ελλάδα από την οργάνωση «Κοινοπολιτεία των Πολιτών του Κόσμου». Βλ. επίσης Ιωάννης Δ. Σαρμάς, *Η Συνταγματική και Διοικητική Νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας*, όπ.π., 372-377.

Η άρνηση της διοίκησης να χορηγήσει άδεια παραμονής σε αλλοδαπό έχει αποτελέσει πολλές φορές αντικείμενο συζήτησης ενώπιον του ΣτΕ, το οποίο άλλοτε έκρινε πως είναι κυβερνητική πράξη και άλλοτε διοικητική. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η απέλαση είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την έννοια της εθνικής κυριαρχίας, η διαταγή εγκατάλειψης του ελληνικού εδάφους από αλλοδαπό έχει προσλάβει ενίοτε το χαρακτήρα κυβερνητικής πράξης.<sup>59</sup> Σύμφωνα με το δικαστήριο, η απέλαση αλλοδαπού ανάγεται στη διαχείριση της πολιτικής εξουσίας και είναι ανέλεγκτη μόνο σε δύο περιπτώσεις. Αν υπάρχει πιθανότητα να κλονίσει ή να οξύνει τις σχέσεις της χώρας με άλλο κράτος, ή αν τίθενται λόγοι εθνικής ασφάλειας<sup>60</sup> και κοινωνικού συμφέροντος.<sup>61</sup> Το ΣτΕ δηλαδή υπεισέρχεται στην ουσία της πράξης της διοίκησης για να προβεί στο χαρακτηρισμό της ως κυβερνητικής. Επ' αυτού σημειώνει ότι «...η προσβαλλόμενη πράξις [διαταγή απέλασης] εφόσον προκύπτει ότι δύναται να έχει οιονδήποτε αντίκτυπον εις τας διπλωματικές και διεθνείς σχέσεις των [...] Κρατών, παρίσταται φέρουσα κατά βάσιν προέχοντα, ως εκ της φύσεώς του, χαρακτήρα κυβερνητικής πράξεως, καθ'ης η αίτησις ακυρώσεως αποκλείεται».<sup>62</sup> Ωστόσο, η νομολογία του ΣτΕ δεν υπήρξε συνεπής στο ζήτημα των απελάσεων και γνώρισε πολλές διακυμάνσεις. Χαρακτηριστικό παράδειγμα που ενισχύει την παραδοχή αυτή είναι η υπόθεση ΣτΕ 2528/1974 με την οποία κρίθηκε κυβερνητική πράξη η απέλαση της Αμαλίας Φλέμινγκ (χήρα του Αλέξανδρου Φλέμινγκ) αφού της είχε πρώτα αφαιρεθεί η ελληνική ιθαγένεια. Σύμφωνα με τη διοίκηση, η απέλαση ήταν αναγκαία, καθώς η Φλέμινγκ ανέπτυξε «έκνομον δραστηριότητα»<sup>63</sup> την οποία και θα συνέχιζε στο μέλλον. Δεδομένου ότι η Φλέμινγκ είχε απολέσει την ελληνική ιθαγένεια και επανέκτησε τη βρετανική υπηκοότητα, το ΣτΕ θεώρησε πως υπήρχε κίνδυνος να επιδεινωθούν οι σχέσεις μεταξύ Ελλάδας και Μεγάλης Βρετανίας και έτσι δέχθηκε τους ισχυρισμούς της διοίκησης ότι η προκειμένη απέλαση συνιστούσε κυβερνητική πράξη.<sup>64</sup> Η απόφαση απεικονίζει την πολιτική κατάσταση της χώρας κατά την περίοδο εκείνη (δικτατορία των συνταγματαρχών) και αποδεικνύει περίτρανα το έντονο πολιτικό στοιχείο των κυβερνητικών πράξεων.

Στη μεταγενέστερη νομολογία του ΣτΕ παρατηρείται πλήρης μεταστροφή σχετικά με το ζήτημα της απέλασης αλλοδαπού. Το δικαστήριο δεν της προσδίδει το χαρακτήρα κυβερνητικής πράξης και προχωρεί στην άσκηση ακυρωτικού ελέγχου, ενώ υποστηρίζεται πως η απέλαση αλλοδαπού έχει «διαγραφεί» οριστικά από τη λίστα των κυβερνητικών πράξεων. Αυτή η νομολογιακή εξέλιξη είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένη με την αύξηση των εγγυήσεων και του προστατευτικού πλέγματος που περιβάλλει τους αλλοδαπούς τόσο σε εθνικό όσο και σε κοινοτικό επίπεδο.<sup>65</sup> Επιπλέον, αποδεικνύει ότι η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων είναι εξόχως δυναμική και ανταποκρίνεται στις εκάστοτε επιταγές του δικαίου.

### 5.2.2 Κυβερνητικές πράξεις κατ' εφαρμογή διεθνών συμβάσεων

Οι διεθνείς υποχρεώσεις που έχει αναλάβει η χώρα παραδοσιακά αποτελούν ύλη των κυβερνητικών πράξεων και απολαμβάνουν την ακυρωτική ασυλία, άποψη με

<sup>59</sup> Χρήστος Παν. Δετσαρίδης, *Η Έννομη Προστασία του Αλλοδαπού από τη Διοικητική Απέλαση και το Ένδικο Βοήθημα των Αντιρρήσεων κατά της Κράτησης* (Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2011) 69.

<sup>60</sup> ΣτΕ 2438/1966 (Ολ.).

<sup>61</sup> ΣτΕ 496/1936.

<sup>62</sup> ΣτΕ 31/1934 (Ολ.).

<sup>63</sup> ΣτΕ 2528/1974.

<sup>64</sup> Βλ. αναλυτικά Ελένη Κ. Τροβά, «Φύσει και θέσει κυβερνητικές πράξεις...», ό.π., 1282.

<sup>65</sup> Χρήστος Παν. Δετσαρίδης, *Η Έννομη Προστασία του Αλλοδαπού από τη Διοικητική Απέλαση*, ό.π. 73-74.

την οποία συντάσσεται τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία.<sup>66</sup> Συνακόλουθα, δεν υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο οι πράξεις που εκδίδονται προς εκτέλεση ή κατ' εφαρμογή και ερμηνεία διεθνών συμβάσεων, αλλά όχι και οι πράξεις που εκδίδονται σε εκτέλεση εσωτερικού νόμου εκδοθέντος προς εφαρμογή της σύμβασης.<sup>67</sup> Οι πράξεις εκτέλεσης διεθνούς σύμβασης χαρακτηρίζονται κυβερνητικές, επειδή αφορούν «έργον ουσιωδώς κυβερνητικών».<sup>68</sup> Το δικαστήριο αντιμετώπισε το ζήτημα για πρώτη φορά, με αφορμή τις αποζημιώσεις που έπρεπε να καταβάλει το κράτος στους έλληνας πρόσφυγες σύμφωνα με τη Συνθήκη της Λωζάννης,<sup>69</sup> και έχει έκτοτε υιοθετήσει πάγια νομολογία.<sup>70</sup>

### 5.2.3 Η εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου: επίκαιρες προκλήσεις για τις κυβερνητικές πράξεις

Η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης από ιδιώτη κατά αλλοδαπού δημοσίου έχει συγκεντρώσει το ενδιαφέρον τόσο της εθνικής όσο και της διεθνούς νομολογίας τα τελευταία χρόνια. Πρόκειται για ένα θέμα πολύπλοκο και ιδιαίτερα ενδιαφέρον, καθώς τροφοδοτεί νομικούς προβληματισμούς σχετικά με την ετεροδικία που απολαμβάνουν τα κράτη όταν δρουν ως *imperium*.<sup>71</sup> Σε εθνικό επίπεδο, το θέμα είναι πιο επίκαιρο από ποτέ, ύστερα από την παρέμβαση της Ελλάδας στη δίκη μεταξύ Ιταλίας και Γερμανίας ενώπιον του Διεθνούς Δικαστηρίου Δικαιοσύνης (ΔΔΔ) για τις γερμανικές πολεμικές επανορθώσεις.<sup>72</sup> Στο πλαίσιο του διοικητικού δικαίου, η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης από ιδιώτη κατά αλλοδαπού δημοσίου αμφισβητεί τη θεωρία των κυβερνητικών πράξεων στον πυρήνα της, γεγονός που καθίσταται εμφανές και στη νομολογία του ΣτΕ. Σημειώνεται ωστόσο, πως οι

<sup>66</sup> Η συμμόρφωση της χώρας με τις διεθνείς υποχρεώσεις που έχει αναλάβει προβλέπεται ρητά από το άρθρο 28 §1 του Συντάγματος, κατά το οποίο «οι γενικά παραδεδομένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου και οι διεθνείς συμβάσεις από την επικύρωσή τους με νόμο και τη θέση τους σε ισχύ [...] αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού ελληνικού δικαίου...». Σύμφωνα με την ερμηνεία της διάταξης γίνεται δεκτό πως η γενεσιουργός αιτία διεθνών υποχρεώσεων ενός κράτους μπορεί να είναι τόσο διεθνές έθιμο, όσο και δεσμευτικές αποφάσεις οργάνων διεθνών οργανισμών στους οποίους το κράτος είναι μέλος. Έχει κριθεί σχετικά πως ένα κράτος δεσμεύεται από Κανονισμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά και από αποφάσεις του Συμβουλίου Ασφαλείας που έχουν ληφθεί στο πλαίσιο του Κεφαλαίου VII. Για την ερμηνεία του άρθρου 28 §1 του Συντάγματος βλ. Εμμανουήλ Ρούκουνας, *Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο* (Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, 2011) 39-45. Αναφορικά με τη σχέση διεθνούς εθίμου και Συντάγματος βλ. ΑΠ 137/1997. Βλ. ενδεικτικά για τις υποχρεώσεις από αποφάσεις διεθνών οργανισμών *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi κατά Ιρλανδίας*, ΕΔΔΑ (Αρ. Προσφυγής 45036/1998) 30 Ιουνίου 2005: *Bosphorus Hava Yollari*, ΔΕΚ C-84/95 (1996) ECR I-3953. Πρβλ. *contra* την απόφαση *Yassin Abdullah Kadi & Al Barakaat International Foundation κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης & Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, ΠΕΚ T-315/01, T-306/01 (2005). Βλ. ανάλυση των υποθέσεων σε Ιωσήφ Γ. Κτενίδης, *Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και Διεθνείς Κυρώσεις, Επίκαιρες Προκλήσεις για το Κράτος Δικαίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση* (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα 2008).

<sup>67</sup> ΣτΕ 352/1938 (Ολ.), 678/1939 (Ολ.).

<sup>68</sup> ΣτΕ 56/1930.

<sup>69</sup> ΣτΕ 646/1930.

<sup>70</sup> Βλ. αναλυτικά Αγγελος Σ. Γιόκαρης, *Η Πρακτική των Δικαιοδοτικών Οργάνων στην Εφαρμογή του Διεθνούς Συμβατικού Δικαίου, Ελληνική Πρακτική και Συγκριτικό Πλαίσιο* (Αθήνα – Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2001).

<sup>71</sup> Για τη διαφορά μεταξύ ετεροδικίας και ασυλίας εκτελέσεως βλ. αναλυτικά Κρατερός Ιωάννου κ.ά., *Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο*, όπ.π., 113-115.

<sup>72</sup> Για την απόφαση του Διεθνούς Δικαστηρίου της Χάγης και τις γερμανικές επανορθώσεις βλ. σχετικά Στέλιος Περράκης (επιμ), *Το Ζήτημα των Γερμανικών Πολεμικών Επανορθώσεων στην Ελλάδα: Διεθνείς και Εθνικές Διαστάσεις* (Αθήνα: Εκδόσεις Ι. Σιδέρης, 2012): Μιλτιάδης Χ. Σαρηγιαννίδης, «Το Διεθνές Δικαστήριο Δικαιοσύνης για τις δικαιοδοτικές ασυλίες της Γερμανίας και η ελληνική παρέμβαση για το Δίστομο» (2012) *ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ* 91, 44-47.

σχετικές αποφάσεις του ακυρωτικού δικαστή στερούνται της τόλμης που έχει επιδείξει σε αντίστοιχες περιπτώσεις η ιταλική δικαιοσύνη.<sup>73</sup>

Ειδικότερα, στην ελληνική έννομη τάξη η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης κατά αλλοδαπού δημοσίου απαιτεί την προηγούμενη άδεια του Υπουργού Δικαιοσύνης σύμφωνα με το άρθρο 923 ΚΠολΔ.<sup>74</sup> Σύμφωνα με την ερμηνεία της διάταξης, ο Υπουργός Δικαιοσύνης ελέγχει τη σκοπιμότητα και όχι τη νομιμότητα της εκτέλεσης, με γνώμονα το εθνικό συμφέρον.<sup>75</sup> Παρόμοιες διατάξεις δεν έχουν θεσπιστεί παρά μόνο σε λιγιστές δικαιοταξίες, αν και η νομολογία αντιμετωπίζει τις διοικητικές πράξεις που εκδίδονται δυνάμει αυτών των διατάξεων ως κυβερνητικές πράξεις.<sup>76</sup> Στο πλαίσιο αυτό, το ΣτΕ πάγια απορρίπτει αιτήσεις ακύρωσης που προσβάλλουν τις απορριπτικές υπουργικές πράξεις για τη χορήγηση της σχετικής άδειας. Σύμφωνα με το δικαστήριο, η διακριτική ευχέρεια του Υπουργού για τη χορήγηση της άδειας αποβλέπει «εις την εξυπηρέτησιν των μετά της οικείας αλλοδαπής πολιτών και φιλικών σχέσεων της χώρας».<sup>77</sup> Ωστόσο, τα τελευταία χρόνια προβάλλονται στη νομολογία του ΣτΕ και επιχειρήματα κατά της δικαστικής ασυλίας των κυβερνητικών πράξεων, ιδίως όταν πρόκειται για εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου. Ακολούθως, στην απόφαση 22/2007 της Ολομέλειας, η μειοψηφία έκρινε πως η διάταξη 923 ΚΠολΔ προσκρούει στο άρθρο 20 του Συντάγματος και στην έννοια του κράτους δικαίου. Μάλιστα θεώρησε πως η αναγκαστική εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου, δεν θίγει την κυριαρχία του κράτους αυτού, γιατί δεν αφορά σε *acta jure imperii*.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Corte di Cassazione (Ανώτατο Ιταλικό Δικαστήριο) *Luigi Ferrini κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας* (11 Μαρτίου 2004) no 5044/4, ICDC 19. Στην υπόθεση αυτή το Ανώτατο Δικαστήριο της Ιταλίας έκρινε πως η Γερμανία στερούνταν κρατικής ασυλίας για κατάφωρες παραβιάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων που συντελέστηκαν κατά τη διάρκεια του Β΄ Παγκοσμίου Πολέμου και επέτρεψε την αναγκαστική εκτέλεση κατά γερμανικών περιουσιακών στοιχείων στην ιταλική επικράτεια για την αποζημίωση των θυμάτων. Βέβαια, το ΔΔΔ υποχρέωσε στην απόφασή του την Ιταλία να εξαφανίσει τις εν λόγω αποφάσεις, θεωρώντας πως παραβιάζουν τη δικαιοδοτική ασυλία της Γερμανίας. *Δικαιοδοτικές Ασυλίες του Κράτους (Γερμανία κατά Ιταλίας: Ελλάδα Παρεμβαίνουσα)* ΔΔΔ (3 Φεβρουαρίου 2012) παρ. 139(4). Σημειώνεται σχετικά ότι η ιταλική δικαιοσύνη επέμεινε στο θέμα των δικαιοδοτικών ασυλιών και το Tribunale ordinario (Πρωτοδικείο) της Brescia στην Ιταλία, κατέθεσε αίτηση για έκδοση προδικαστικής απόφασης στις 9 Σεπτεμβρίου του 2011 για την υπόθεση *Gennaro Currà κ.α. κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας* που αφορά επίσης σε αιτήματα καταβολής πολεμικών αποζημιώσεων. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) ερωτήθηκε, πρώτον αν θίγεται ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (το δικαίωμα των Ευρωπαίων πολιτών να αποζημιωθούν από το γερμανικό δημόσιο) και δεύτερον αν είναι παραδεκτή η ένσταση ετεροδικίας που προέβαλε η Γερμανία υπό το φως της Συνθήκης Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΕΕ). Το ΔΕΕ απέρριψε την αίτηση έκδοσης προδικαστικής απόφασης λόγω αναρμοδιότητας κάνοντας αναφορά και στην απόφαση του ΔΔΔ. *Gennaro Currà κ.α. κατά Bundesrepublik Deutschland* ΔΕΕ C-466/11 (2012).

<sup>74</sup> «Αναγκαστική εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου δεν μπορεί να γίνει χωρίς προηγούμενη άδεια του υπουργού της δικαιοσύνης».

<sup>75</sup> Λίνος-Αλέξανδρος Σισιλιάνος, *Η Ανθρώπινη Διάσταση του Διεθνούς Δικαίου, Αλληλεπιδράσεις Γενικού Διεθνούς Δικαίου και Δικαιωμάτων του Ανθρώπου* (Αθήνα – Θεσσαλονίκη: Νομική Βιβλιοθήκη, 2010) 111.

<sup>76</sup> Σημειώνεται ότι παρόμοια διάταξη δεν έχει θεσπιστεί σε καμία χώρα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Βλ. σχετικά Κώστας Ε. Μπέης, «Το ταλαίπωρο Δίστομο προς εντυπωσιασμό» (26 Ιανουαρίου 2011) Ελευθεροτυπία (Εντυπη Έκδοση), <<http://www.enet.gr/?i=news.el.article&id=244989>> τελευταία ενημέρωση 27 Ιουνίου 2013.

<sup>77</sup> ΣτΕ 1317/1972 (Ολ.).

<sup>78</sup> ΣτΕ 22/2007 (Ολ.). Η απόφαση αφορά στην καταβολή οφειλόμενης αμοιβής του ιρακινού δημοσίου σε δικηγόρο, για τις υπηρεσίες που του είχε παράσχει. Μετά την άπρακτη παρέλευση τριμήνου από την υποβολή της αίτησης για χορήγηση άδειας επίσπευσης εκτέλεσης, ο Υπουργός Δικαιοσύνης απεφάνθη κατά της αναγκαστικής εκτέλεσης και ο διοικούμενος προσέφυγε στο ΣτΕ. Βλ. επίσης ΣτΕ 22/2006, 1027/2004.

Ομοίως, το ΣτΕ απεφάνθη για τη συνταγματικότητα της διάταξης 689 ΚΠολΔ βάσει της οποίας απαραίτητη προϋπόθεση για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων είναι η προηγούμενη άδεια του υπουργού δικαιοσύνης. Το δικαστήριο δεν παρέκκλινε από την πάγια θέση του ότι η διάταξη ανάγεται στη διαχείριση πολιτικής εξουσίας. Καταγράφεται όμως, και η αντίθετη άποψη της Παρέδρου Ζύγουρα, σύμφωνα με την οποία «...η ως άνω διάταξις παρέχουσα εις τον Υπουργόν Δικαιοσύνης την ευχέρειαν να επιτρέπη ή μη την λήψιν ασφαλιστικών μέτρων κατ' αλλοδαπού Δημοσίου προς διασφάλισιν ιδιωτικής απαιτήσεως άνευ καθορισμού – διά της διατάξεως αυτής – οιασδήποτε κριτηρίων προς οριοθέτησιν της ασκήσεως της ευχερείας ταύτης, αντίκειται προς το άρθρον 20 παρ. 1 Συντάγματος, δεδομένου ότι και δεν θα ήτο, υπό το παρόν στάδιον εξελίξεως του διεθνούς δικαίου, νοητή η ερμηνεία της διατάξεως αυτής ως παρεχούσης ευχέρειαν εις τον Υπουργόν Δικαιοσύνης να εξαρτά εκάστοτε μονομερώς την υπό τον πολιτών άσκησιν του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας από εκτιμήσεις σκοπιμότητος περί τας διεθνείς σχέσεις της Χώρας».<sup>79</sup> Τόσο η θέση της μειοψηφίας όσο και οι μεμονωμένες απόψεις που διατυπώθηκαν σε αυτές τις αποφάσεις μαρτυρούν την ευθεία αμφισβήτηση της νομολογίας για το χαρακτηρισμό της χορήγησης άδειας εκτέλεσης ως κυβερνητικής πράξης και επιβεβαιώνουν την τάση του δικαστή να διευρύνει τα όρια του ακυρωτικού ελέγχου και του ελέγχου συνταγματικότητας. Η παραδοχή αυτή συνοψίζεται στη θέση της μειοψηφίας στην απόφαση 3669/2006 της Ολομέλειας του ΣτΕ, όπου επισημαίνεται ότι «...η υιοθέτηση [...] της εκδοχής [...] ότι οι πράξεις της εκτελεστικής λειτουργίας, οι οποίες επιδιώκουν, ως εκ του σκοπού των, την εξυπηρέτηση των αναγκών διαχειρίσεως της πολιτικής εξουσίας εκφεύγουν, ως εκ της φύσεώς του, παντός δικαστικού ελέγχου, θα οδηγούσε στο άτοπο, συνταγματικές διατάξεις, που επιβάλλουν υποχρεώσεις της Πολιτείας υπέρ των διοικουμένων, χωρίς κανένα περιορισμό και επιφύλαξη, όπως είναι, μεταξύ άλλων, η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 του Συντάγματος, που ορίζει ότι ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας, μπορούν να περιορισθούν από το νομοθέτη (και, ακολούθως, με δική του εξουσιοδότηση από την Διοίκηση) κατ' επίκληση της ανάγκης διατηρήσεως φιλικών σχέσεων με ξένη χώρα και τούτο χωρίς δικαστικό έλεγχο».<sup>80</sup> Η μειοψηφία εδώ, συνοψίζει εύστοχα τις ιδιαιτερότητες που παρουσιάζει αυτή η κατηγορία κυβερνητικών πράξεων. Οι πράξεις που αφορούν στην αναγκαστική εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου διαφοροποιούνται ουσιωδώς από τις υπόλοιπες κατηγορίες κυβερνητικών πράξεων, καθώς η διοίκηση καλείται να προστατεύσει τα συμφέροντα ενός τρίτου κράτους και δεν τίθεται προς όφελος της δημόσιας τάξης. Η άρνηση χορήγησης της άδειας εκτέλεσης από τον Υπουργό Δικαιοσύνης δημιουργεί μια ιδιότυπη ασυλία εκτέλεσης και εκ του αποτελέσματος αίρει την ευθύνη προς αποζημίωση του τρίτου κράτους που απορρέει, είτε από έννομη σχέση που ανέπτυξε αυτό με τους διοικουμένους, είτε από παράνομες πράξεις ή παραλείψεις του. Δηλαδή, η πολιτική εξουσία λειτουργεί ως ασπίδα προστασίας για το αλλοδαπό δημόσιο παραβλέποντας εσωτερικούς κανόνες δικαίου και κυρίως απαιτήσεις των διοικουμένων του αναγνωρισμένες με δικαστική απόφαση.

Η πάγια άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης να χορηγήσει την εν λόγω άδεια γεννά ερωτήματα αναφορικά με την ορθή διαχείριση της εξουσίας εκτίμησης της σκοπιμότητας για την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης κατά αλλοδαπού δημοσίου που του έχει αποδοθεί από τον έλληνα νομοθέτη. Πιο συγκεκριμένα, τίθεται το

<sup>79</sup> ΣτΕ 1026/2004.

<sup>80</sup> ΣτΕ 3669/2006 (Ολ.).

ερώτημα αν κατά την άσκηση του ελέγχου σκοπιμότητας υπάρχουν ποιοτικά στοιχεία που μπορούν να χρησιμεύσουν ως κριτήρια ελέγχου, διαφοροποιώντας ενδεχομένως τα αποτελέσματά του. Ήδη, η μειοψηφία του ΣτΕ έχει υποδείξει πως δεν τίθεται θέμα ασυλίας εκτέλεσης όταν το αλλοδαπό δημόσιο συναλλάσσεται με τους διοικουμένους και δρα ως *fiscus*, καθώς το τρίτο κράτος εξομοιώνεται στην περίπτωση αυτή με ιδιώτη.<sup>81</sup> Υπό αυτή την οπτική γωνία, η αναγκαστική εκτέλεση σε περιπτώσεις όπου το αλλοδαπό δημόσιο συμβάλλεται με διοικούμενο και συνάπτει συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου (εκμισθωτής, συμβάσεις εργασίας κ.λπ.) δεν θίγει την κρατική του υπόσταση και τα κυριαρχικά του δικαιώματα και συνεπώς η χορήγηση άδειας δεν βλάπτει, δυνητικά τουλάχιστον, τις σχέσεις μεταξύ των δύο κρατών. Η θέση ότι ένα κράτος μπορεί να ενάγεται ενώπιον δικαστηρίου άλλου κράτους για τις συναλλακτικές του δραστηριότητες, πλέον υιοθετείται από την πλειοψηφία των δικαστηρίων άλλων κρατών,<sup>82</sup> αλλά και από τη θεωρία,<sup>83</sup> ενώ η άποψη αυτή δεν έχει βρει ακόμη απήχηση στην ελληνική νομολογία. Εξ αντιδιαστολής συνάγεται ότι η ασυλία του αλλοδαπού κράτους όταν αυτό δρα ως *imperium* είναι απόλυτη και δεν κάμπτεται ακόμα και για πράξεις που κρίνονται παράνομες τόσο από το ημεδαπό όσο και από το διεθνές δίκαιο.

Πράγματι, η δικαιοδοτική ασυλία των κρατών για κυριαρχικές/εξουσιαστικές πράξεις από τα δικαστήρια άλλου κράτους είναι μια απόλυτη αρχή του διεθνούς δικαίου που δεν υπόκειται σε παρεκκλίσεις και έχει πρόσφατα επιβεβαιωθεί από τις αποφάσεις διεθνών και περιφερειακών δικαστηρίων. Η αρχή αυτή απορρέει από το βασικό αξίωμα του διεθνούς δικαίου της κυριαρχικής ισότητας μεταξύ των κρατών, όπως αυτό αποτυπώνεται στο άρθρο 2 (1) του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών<sup>84</sup> και αποτελεί αυτονόητα υποχρέωση των κρατών μελών. Αντίστοιχα, στην ελληνική έννομη τάξη η αρχή εδράζεται στο άρθρο 2 (2) του Συντάγματος. Με αυτά τα δεδομένα, φαίνεται καταρχήν πως όσον αφορά στις κυριαρχικές/εξουσιαστικές πράξεις αλλοδαπού δημοσίου η διακριτική ευχέρεια του Υπουργού Δικαιοσύνης περιορίζεται και προεξοφλείται η άρνηση χορήγησης της άδειας, ενώ προσδίδεται συμβολικός χαρακτήρας στη διάταξη.

Δημιουργείται έτσι μια ζευγματική αντίφαση. Αφενός, σε επίπεδο διεθνούς δικαίου η δικαιοδοτική ασυλία των κρατών διαμορφώνει ένα αυστηρό πλαίσιο για την έγερση αξιώσεων από διεθνείς κρατικές αδικοπραξίες, αναδεικνύοντας έτσι το ΔΔΔ ως το μόνο αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο για να καταγνώσει τη διεθνή ευθύνη κράτους από αδικοπραξία και να αποφανθεί για τον τρόπο επανόρθωσης. Αφετέρου, σε επίπεδο εθνικού δικαίου η ασυλία εκτέλεσης εξουδετερώνει το δικαίωμα κάθε διοικουμένου σε δραστική δικαστική προστασία, αφού αποκλείει οποιοδήποτε είδος επανόρθωσης, ενώ ταυτόχρονα το κράτος *forum* παραβιάζει ρητά θεσπισμένες συνταγματικές και διεθνείς του υποχρεώσεις (π.χ. προστασία ανθρωπίνων δικαιωμάτων), γεγονός που παράλληλα δημιουργεί ρήγματα στο κράτος δικαίου. Βέβαια, οποιαδήποτε κριτική σε αυτή τη δικαιική αντίφαση έχει δογματική μόνον αξία, καθώς η αμετάβλητη και πάγια θέση των διεθνών και – στην πλειοψηφία – των

<sup>81</sup> Κωνσταντίνος Θ. Γιαννακόπουλος, «Η θεσμική θεώρηση της αρμοδιότητας των διοικητικών οργάνων» (2006) *ΤοΣ*, 6, <<http://tosyntagma.ant-sakkoulas.gr/theoria/item.php?id=960#i25>> τελευταία ενημέρωση 27 Ιουνίου 2013.

<sup>82</sup> Hazel Fox, 'International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States' στο Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press 2006) 361-394, 362-363.

<sup>83</sup> Κώστας Ε. Μπέης, «Η αναγκαστική εκτέλεση εναντίον αλλοδαπού κράτους κατά το ελληνικό δίκαιο» (γνωμοδότηση), <<http://www.oode.gr/?pgrp=1&cId=1133174734>> τελευταία ενημέρωση 27 Ιουνίου 2013.

<sup>84</sup> «Ο Οργανισμός στηρίζεται στην αρχή της κυριαρχικής ισότητας όλων των Μελών του».

εθνικών δικαιοδοτικών οργάνων δεν αφήνει περιθώρια για διαφορετική αντιμετώπιση του ζητήματος.

Ωστόσο, εποικοδομητική κριτική χωρεί στον τρόπο με τον οποίο ο έλληνας νομοθέτης μεταχειρίζεται την ασυλία εκτέλεσης κατά αλλοδαπού δημοσίου. Πιο συγκεκριμένα, η χρησιμότητα της διάταξης 923 ΚΠολΔ (και της αντίστοιχης για τα ασφαλιστικά μέτρα) είναι αμφιλεγόμενη. Το άρθρο έχει έντονη πολιτική χροιά, αφού προκαταβάλει ουσιαστικά την ανάμειξη της πολιτικής εξουσίας στην αναγκαστική εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου και έμμεσα προσδίδεται στη διοικητική πράξη ο χαρακτηρισμός της κυβερνητικής. Με άλλα λόγια, η ύπαρξη του άρθρου αποτελεί νομοθετικό έρεισμα σε ένα φαινόμενο νομολογιακής προέλευσης, ή ακόμα περισσότερο συνιστά μια οιονεί υπόδειξη στον ακυρωτικό δικαστή. Η νομοθετική ρύθμιση μαρτυρεί το ισχυρό ενδιαφέρον της πολιτικής εξουσίας για την ασυλία εκτέλεσης που απολαμβάνουν τα άλλα κράτη. Η διάταξη δημιουργεί μεν ένα ισχυρό προστατευτικό πλαίσιο, αλλά την ίδια στιγμή παρεισφρύει και νοθεύει την αρχή του δικαστικού αυτοπεριορισμού που με συνέπεια εφαρμόζεται από το ΣτΕ αναφορικά με τις κυβερνητικές πράξεις. Δηλαδή, το άρθρο 923 ΚΠολΔ δεν ενισχύει την αρχή του δικαστικού αυτοπεριορισμού, η οποία μπορεί να λειτουργήσει και ελλείψει αυτού. Πιο αναλυτικά, σε άλλες έννομες τάξεις όπου δεν υφίσταται αντίστοιχη διάταξη, ο ακυρωτικός δικαστής δεν προσβάλλει με τις αποφάσεις του την ασυλία εκτέλεσης, αναγνωρίζοντας ότι πρόκειται για πολιτικό ζήτημα<sup>85</sup> και συνεπώς θα επιληφθεί η εκτελεστική εξουσία σχετικά.<sup>86</sup> Ταυτόχρονα όμως, έχει την ευχέρεια να εκτιμήσει τις ποιοτικές διαφορές των εξουσιαστικών πράξεων που γίνονται αντικείμενο επίκλησης ενώπιον του και δημιουργεί έναν λεπτομερή κατάλογο εξαιρέσεων στην αρχή της ασυλίας εκτέλεσης,<sup>87</sup> λαμβάνοντας υπόψη στοιχεία όπως ο άδικος ή μη χαρακτήρας της υπό κρίση εξουσιαστικής πράξης του αλλοδαπού κράτους, καθώς και ο τόπος τέλεσης αυτής, ο βαθμός στον οποίο θίγονται δικαιώματα των διοικουμένων, η τυχόν ύπαρξη διμερούς συμφωνίας που περιέχει ειδική πρόβλεψη επί τούτου κ.λπ.<sup>88</sup>

Προς αυτή την κατεύθυνση, χαρακτηριστικός είναι ο τρόπος με τον οποίο αντιμετωπίζει η αμερικανική δικαιοσύνη τις κυριαρχικές/εξουσιαστικές πράξεις αλλοδαπού δημοσίου και η νομολογία που έχει διαμορφώσει αντίστοιχα. Το Supreme Court αναγνωρίζει πως η θεωρία της «πράξης του κράτους» (το λεγόμενο “act of state doctrine”) είναι μια ελαφρά διαφοροποίηση της θεωρίας των κυβερνητικών πράξεων) αποτελεί πολιτική επιλογή και λειτουργεί ως εξαίρεση στο σύστημα απόδοσης δικαιοσύνης, ενώ εμμένει στην αρχή ότι δεν δύναται να απεκδυθεί της δικαιοδοτικής εξουσίας που του έχει αποδοθεί από το νομοθέτη.<sup>89</sup> Για το λόγο αυτό, οι κυριαρχικές/εξουσιαστικές πράξεις άλλων κρατών που έλαβαν χώρα στην αμερικανική επικράτεια ή σχετίζονται με αμερικανούς πολίτες δεν υπόκεινται στον έλεγχο των αμερικανικών δικαστηρίων, μόνον εφόσον έχει προβληθεί σχετική

<sup>85</sup> US Supreme Court *Banco Nacional de Cuba v Sabbatino* 376 US 398 (23 Μαρτίου 1964) 427.

<sup>86</sup> US Supreme Court *Underhill v Hernandez* 168 US 250 (29 Νοεμβρίου 1897).

<sup>87</sup> Harry Shulman, ‘Act of State Doctrine, Waiver as an Exception, Private Defendants May Assert the Act of State Defense Against a Resisting Sovereign’ (1984-1985) *VaJIntlL* 25, 775, 776-778; Dennis G Terez, ‘Putting Meaning into Treaty Exception to the Act of State Doctrine’ (1985) *CaseWResIntlL* 17, 107.

<sup>88</sup> John C. Stephens, ‘Act of State Doctrine, Actions of Intervenors Appointed by the Cuban Government and Statements of Counsel Do not Constitute Sufficient Acts of State to Come within the Doctrine’ (1977) *GaJIntl&CompL* 7, 734, 735.

<sup>89</sup> Richard Bardos, ‘Judicial Abstention through the Act of State Doctrine’ (1981-1983) *IntlTradeLJ* 7, 177, 180.



ένσταση αναρμοδιότητας από το τρίτο κράτος, την οποία έχει αποδεχθεί το δικαστήριο.<sup>90</sup>

Η προσέγγιση αυτή έχει δύο τουλάχιστον οφέλη για το κράτος *forum*. Καταρχήν, εκ του αποτελέσματος δεν πλήττονται οι σχέσεις μεταξύ του κράτους *forum* και του τρίτου κράτους, δεδομένου του σεβασμού που επιδεικνύουν τα δικαιοδοτικά όργανα στην αρχή της διάκρισης των εξουσιών και κατ' επέκταση σε ζητήματα που σχετίζονται με τις εξωτερικές σχέσεις της χώρας και ανάγονται στην εκτελεστική εξουσία. Κατά δεύτερον, με την άσκηση ένστασης αποδίδεται κατά κάποιο τρόπο στο τρίτο κράτος η πρωτοβουλία για εξαίρεση από το δικαστικό έλεγχο και δεν καταγράφεται ως πρακτική του κράτους *forum*. Αντίθετα, τον κίνδυνο αυτό δεν αποφεύγει ο έλληνας νομοθέτης, αφού με τη διάταξη 923 ΚΠολΔ ένα όργανο της διοίκησης αναλαμβάνει την αντίστοιχη υποχρέωση. Τόσο η διάταξη όσο και η πάγια άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης δυνάμει αυτής, δημιουργούν μια ομοίμορφη και σταθερή κρατική πρακτική για τις αξιώσεις κατά αλλοδαπού δημοσίου, η οποία εμποδίζει την επιδίωξη εθνικών απαιτήσεων διεθνώς. Το γεγονός αυτό διαπίστωσε το ΔΔΔ στην υπόθεση για τις *Δικαιοδοτικές Ασυλίες του Κράτους*, όπου επεσήμανε σχετικά με την παρέμβαση της Ελλάδας ότι «...λαμβάνοντας υπόψη την απόφαση Μαργέλλος και την αιτιολογία στην υπόθεση του 2009, καθώς και την απόφαση της Ελληνικής Κυβέρνησης να μην επιτρέψει την εφαρμογή της απόφασης για το Δίστομο στην ελληνική επικράτεια και η άμυνα της Κυβέρνησης ενώπιον του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην υπόθεση *Καλογεροπούλου κ.ά. κατά Ελλάδας και Γερμανίας* [...] το Δικαστήριο καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η ελληνική κρατική πρακτική στο σύνολό της στην πραγματικότητα αντιτίθεται, αντί να στηρίζει το επιχείρημα της Ιταλίας».<sup>91</sup> Το ΔΔΔ επιβεβαίωσε πανηγυρικά την αλληλεπίδραση εσωτερικού και διεθνούς δικαίου και κατέστησε σαφές πως η πρακτική που αναπτύσσει ένα κράτος δεν επηρεάζει μόνο τις σχέσεις που αυτό δημιουργεί με τους πολίτες του, αλλά και τις σχέσεις του με άλλα κράτη. Έτσι σε ζητήματα που υπάρχουν διεθνείς προεκτάσεις, η συμπεριφορά του κράτους προσδιορίζεται τόσο από τις επιλογές του νομοθέτη, όσο και από τις αποφάσεις των οργάνων της διοίκησης και των δικαιοδοτικών οργάνων.

## **6. Οι κυβερνητικές πράξεις και η προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου: παρατηρήσεις υπό το φως της νομολογίας του ΕΔΔΑ**

Ένα ακόμα κρίσιμο ζήτημα που διατρέχει τη θεωρία των κυβερνητικών πράξεων είναι η συμμόρφωσή της με το δίκαιο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Με αφορμή τις υποθέσεις των γερμανικών αποζημιώσεων, ο εθνικός δικαστής σχετικά πρόσφατα εξέτασε τη σχέση των κυβερνητικών πράξεων με τα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα του ανθρώπου, υιοθετώντας την συλλογιστική που έχει αναπτύξει το ΕΔΔΑ επί του θέματος.

Στην ελληνική έννομη τάξη, το ερώτημα που έχει τεθεί κατ' επανάληψη είναι εάν η χορήγηση προηγούμενης άδειας εκτέλεσης που προβλέπεται από το άρθρο 923 ΚΠολΔ παραβιάζει το δικαίωμα στην αποτελεσματική δικαστική προστασία κατά το άρθρο 20 του Συντάγματος. Το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο (ΑΕΔ) κατέφυγε σε μια περίτεχνη νομική κατασκευή για να θεμελιώσει τη συνταγματικότητα της εν λόγω διάταξης. Έκρινε λοιπόν ότι οι κυβερνητικές πράξεις «...μπορούν να έχουν, όπως κάθε πράξη, επίπτωση σε συνταγματικώς προστατευόμενα ατομικά δικαιώματα ή σε πολιτικά δικαιώματα. Όμως η μη υπαγωγή τους στον δικαστικό έλεγχο υπαγορεύεται

<sup>90</sup> Harry Shulman, 'Act of State Doctrine...', όπ.π., 776-777.

<sup>91</sup> *Δικαιοδοτικές Ασυλίες του Κράτους (Γερμανία κατά Ιταλίας: Ελλάδα Παρεμβαίνουσα)* (2012) παρ. 76.

μόνον από την περιγραφείσα φύση τους και δεν συναρτάται με τυχόν επιπτώσεις και συνέπειές τους όπως και με την βαρύτητα καθεμιάς απ' αυτές. Η μη υπαγωγή των πράξεων αυτών σε ευθύ ακυρωτικό έλεγχο ούτε συνεπάγεται την αποδέσμευση του οργάνου που τις εκδίδει από την υποχρέωση τηρήσεως των οικείων συνταγματικών διατάξεων, ούτε αποκλείει την ανόρθωση ενδεχομένων δυσμενών επιπτώσεών τους σε ιδιώτες κατά τρόπους και διαδικασίες που, κατά περίπτωση, προβλέπονται από την έννομη τάξη». <sup>92</sup> Το ΑΕΔ αναγνωρίζει πως η εν λόγω κυβερνητική πράξη αποτελεί περιορισμό του δικαιώματος στην πλήρη και αποτελεσματική προστασία, ωστόσο δεν εξετάζει αν ο περιορισμός αυτός καλύπτεται από την επιφύλαξη του άρθρου. Επιπρόσθετα, αποδέχεται πως είναι δυνατόν ο περιορισμός αυτός να έχει «δυσμενείς επιπτώσεις» για τους διοικούμενους, φράση που υποδηλώνει ότι μπορεί να πλήττεται ο πυρήνας του δικαιώματος. Ακόμα, κατά το ΑΕΔ ο περιορισμός που προκύπτει από την κυβερνητική πράξη μπορεί να θεραπευτεί μέσα από διαδικασίες που προβλέπει η οικεία έννομη τάξη. Το δικαστήριο, όμως, περιορίζεται σε αυτή τη διατύπωση και δεν προχωρά στην ανάλυση εκείνων των διαδικασιών που θα μπορούσαν να άρουν τις δυσμενείς συνέπειες για τους διοικούμενους. Η κατασκευή αυτή πάσχει εγγενώς αφού δεν υπεισέρχεται στην ουσία τόσο του περιορισμού όσο και του δικαιώματος.

Στο σημείο αυτό, η νομολογία του ΕΔΔΑ είναι συστηματικότερη και σαφώς πιο άρτια, χωρίς ωστόσο να εισφέρει κάτι καινούριο στη θεωρία των κυβερνητικών πράξεων. Το ΕΔΔΑ εξέτασε αν η απαραίτητη χορήγηση προηγούμενης άδειας εκτέλεσης συνιστά θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος στην περιουσία, όπως ορίζεται στο άρθρο 1 §1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, εφαρμόζοντας το λεγόμενο τριπλό κριτήριο (three-part test). <sup>93</sup> Σύμφωνα με το τριπλό κριτήριο, οι περιορισμοί που δεν αντιβαίνουν σε κατοχυρωμένα από την ΕΣΔΑ δικαιώματα είναι όσοι προβλέπονται από νόμο (α' κριτήριο) που υφίσταται για χάρη δημοσίου συμφέροντος (β' κριτήριο) και δεν πλήττουν την αρχή της αναλογικότητας (γ' κριτήριο). <sup>94</sup>

Ειδικότερα, στην υπόθεση *Καλογεροπούλου κ.ά. κατά Ελλάδας και Γερμανίας*, <sup>95</sup> το ΕΔΔΑ κλήθηκε να εξετάσει εάν η διάταξη 923 ΚΠολΔ παραβιάζει το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου. Το ΕΔΔΑ έκρινε πως δεν υπάρχει παραβίαση του δικαιώματος στην περιουσία, πρώτον γιατί η διάταξη για τη χορήγηση προηγούμενης άδειας εκτέλεσης προβλέπεται από νόμο που είναι προσβάσιμος στους πολίτες και σαφής ως προς το περιεχόμενό του. Δεύτερον, γιατί η διάταξη έχει τεθεί χάριν δημοσίου συμφέροντος. Εδώ, το ΕΔΔΑ υιοθέτησε την άποψη ότι οι δημόσιες αρχές του κράτους κατανοούν βαθύτερα τις ανάγκες της κοινωνίας και μπορούν να προσδιορίσουν την έννοια του δημοσίου συμφέροντος καλύτερα από τον ευρωπαϊκό δικαστή. Τρίτον, το δικαστήριο θεωρεί πως το μέτρο που έχει επιλέξει η διοίκηση δεν προσβάλλει την αρχή της αναλογικότητας.

Το ΕΔΔΑ αναγνωρίζει ευρεία διακριτική ευχέρεια στα όργανα της διοίκησης προκειμένου να προσδιορίσουν την έννοια του «εθνικού συμφέροντος» και να λάβουν πρόσφορα μέτρα για τη διασφάλισή του. <sup>96</sup> Στην παρούσα περίπτωση η ευρεία διακριτική ευχέρεια της διοίκησης δικαιολογεί την άρνηση χορήγησης της άδειας εκτέλεσης, που τάσσεται υπέρ του δημοσίου συμφέροντος.

<sup>92</sup> ΑΕΔ 6/2002.

<sup>93</sup> *Waite & Kennedy κατά Γερμανίας*, ΕΔΔΑ (Αρ. Προσφυγής 26083/94) 18 Φεβρουαρίου 1999.

<sup>94</sup> *McElhinney κατά Ιρλανδίας*, ΕΔΔΑ (Αρ. Προσφυγής 31253/96) 21 Νοεμβρίου 2001.

<sup>95</sup> *Καλογεροπούλου κ.ά. κατά Ελλάδας και Γερμανίας*, ΕΔΔΑ (Αρ. Προσφυγής 59021/00) 12 Δεκεμβρίου 2002, 10-11: Βλ. επίσης και *Bankovic κ.ά. κατά Βελγίου κ.α.*, ΕΔΔΑ (Αρ. Προσφυγής 52207/99) 19 Δεκεμβρίου 2001.

<sup>96</sup> *Fogarty κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, ΕΔΔΑ (Αρ. Προσφυγής 37112/97) 21 Νοεμβρίου 2001.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ εμβαθύνει στη σχέση μεταξύ της θεωρίας των κυβερνητικών πράξεων και της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, αλλά δεν εξελίσσει τη θεωρία,<sup>97</sup> ούτε και ενδυναμώνει την προστασία των δικαιωμάτων.<sup>98</sup>

## 7. Καταληκτικές παρατηρήσεις

Η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων σηματοδότησε την πορεία από το αστυνομοκρατούμενο κράτος στο κράτος δικαίου. Εκ πρώτης όψεως φαίνεται πως η θεωρία λειτουργεί προς όφελος της εκτελεστικής εξουσίας, ορίζοντας ένα πεδίο λειτουργιών που αποκλείει το δικαστικό έλεγχο, κάτι που συνεπάγεται την περιορισμένη δικαστική προστασία του διοικούμενου. Ωστόσο, είναι η νομολογιακή προέλευση της θεωρίας που εγγυάται την αποτελεσματική προστασία των ιδιωτών.

Τόσο στην εσωτερική έννομη τάξη όσο και διεθνώς καταγράφεται η τάση των δικαστηρίων να ελαττώσουν τον αριθμό των πράξεων που χαρακτηρίζονται κυβερνητικές και να υπαγάγουν στον έλεγχό τους το μεγαλύτερο μέρος των πράξεων της διοίκησης. Η διαρκώς αυξανόμενη ένταση του δικαστικού ελέγχου δεν σημαίνει απαραίτητα πως η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων ακολουθεί φθίνουσα πορεία. Αντίθετα, μέσα από το δικαστικό έλεγχο οριοθετείται ένας σκληρός πυρήνας κυβερνητικών πράξεων (οι πράξεις που αφορούν τη σχέση νομοθετικής και εκτελεστικής εξουσίας), ενώ οι υπόλοιπες ερμηνεύονται υπό το φως των δικαϊκών εξελίξεων.

Αναμφίβολα, οι κυβερνητικές πράξεις που ανάγονται στην άσκηση της εξωτερικής πολιτικής του κράτους είναι στο προσκήνιο, λόγω της διεθνοποίησης του διοικητικού δικαίου. Ακόμα περισσότερο, οι κυβερνητικές πράξεις που σχετίζονται με την εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου παρουσιάζουν ιδιαίτερο εθνικό ενδιαφέρον, εξαιτίας της παρέμβασης που άσκησε η Ελλάδα στη δικαστική διαμάχη μεταξύ Ιταλίας και Γερμανίας. Με αφορμή την παρέμβαση της χώρας μας στο ΔΔΔ τίθενται τα παρακάτω ερωτήματα: πρώτον, αν η απόφαση για παρέμβαση στη δίκη συνεπάγεται την αλλαγή της εξωτερικής πολιτικής της χώρας, και δεύτερον πώς επιτυγχάνεται η προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων του διοικούμενου.

Πιο συγκεκριμένα, η άρνηση του Υπουργού Δικαιοσύνης να χορηγήσει την άδεια επίστευσης εκτέλεσης κατά αλλοδαπού δημοσίου αποδόθηκε στην άσκηση της κυβερνητικής λειτουργίας. Ήταν δηλαδή μια πολιτική επιλογή που υπαγορευόταν από την ανάγκη διαφύλαξης αρμονικών σχέσεων με τη Γερμανία. Μάλιστα χαρακτηρίστηκε ως κυβερνητική πράξη τόσο από το ΣτΕ, όσο και από τον ΑΠ και το ΑΕΔ. Η απόφαση της χώρας να παρέμβει σε διεθνή δίκη για να στηρίξει την αξίωση αποζημίωσης από τη Γερμανία αποτελεί και αυτή πολιτική επιλογή, η οποία διαφοροποιείται ριζικά από την προηγούμενη παράλειψη του Υπουργού Δικαιοσύνης. Το θέμα που προκύπτει λοιπόν είναι, αν αυτή η αλλαγή στη στάση της πολιτικής εξουσίας έχει συνέπειες στην προστασία των δικαιωμάτων των διοικούμενων και αν μπορεί να μεταβάλει τη θεωρία των κυβερνητικών πράξεων. Με άλλα λόγια, αποτελεί η παρέμβαση της χώρας στο ΔΔΔ αξιολογητέο στοιχείο για τον ακυρωτικό δικαστή; Πώς επιδρά η αλλαγή της εξωτερικής πολιτικής στη θεωρία των κυβερνητικών

<sup>97</sup> Marius Emberland, 'McElhinney v. Ireland App No 31253; Al-Adsani v. United Kindgom App No 35763/97; Fogarty v. United Kindgom App no 37112/97' (2002) *AJIL* 96(3), 699-705.

<sup>98</sup> Αξίζει να σημειωθεί πως κάποιες αποφάσεις εθνικών δικαστηρίων αποτελούν θετική εξαίρεση στη διστακτικότητα του ΕΔΔΑ να αποδεχθεί ότι η θεωρία των κυβερνητικών πράξεων κάμπτεται όταν υπάρχει κατάφορη παραβίαση ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Βλ. ενδεικτικά Appeal Court in the Hague (Εφετείο Χάγης), *Mothers of Srebrenica κατά Ολλανδίας και Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών* (2010) 200.022 151/01 (30 Μαρτίου 2010); Federal Court of Australia (Ομοσπονδιακό Δικαστήριο της Αυστραλίας), *Habib κατά Κοινοπολιτείας της Αυστραλίας* (2010) FCAFC 12 (25 Φεβρουαρίου 2010).

πράξεων; Θα μπορούσε ίσως η εκτέλεση κατά αλλοδαπού δημοσίου να «διαγραφεί» από τη λίστα των κυβερνητικών πράξεων, όπως ακριβώς συνέβη και με την απέλαση αλλοδαπού;

Τα παραπάνω ερωτήματα επιβεβαιώνουν τον ιδιαίτερο πολιτικό χαρακτήρα της θεωρίας των κυβερνητικών πράξεων και ταυτόχρονα αποδεικνύουν την ανάγκη εξέτασης και επικαιροποίησής της από το διοικητικό δίκαιο.