

## **Ο περιορισμός του αναδρομικού αποτελέσματος της ανάκλησης παράνομου διορισμού υπαλλήλου, λόγω πλαστότητας πτυχίου, με την αρχή της αναλογικότητας**

Ευαγγελία Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος Ελεγκτικού Συνεδρίου

### **1.Ο διορισμός του υπαλλήλου με πλαστά ή νοθευμένα δικαιολογητικά και οι συνέπειες αυτού (ποινικές, πειθαρχικές, δημοσιονομικές και συνταξιοδοτικές)**

**α.** Ο διορισμός ενός υπαλλήλου με πλαστά ή νοθευμένα δικαιολογητικά, μετά την ανακάλυψή του επισύρει συνέπειες, οι οποίες άπτονται πολλών κλάδων του Δικαίου, ήτοι διοικητικές εν στενή εννοία, πειθαρχικές, ποινικές, δημοσιονομικές και συνταξιοδοτικές. Η πληθώρα όλων των ως άνω συνεπειών για την αποκατάσταση, και μάλιστα αναδρομικά, μίας παράνομης κατάστασης συνδέεται πρωτίστως με την απαίτηση της αξιοκρατίας στο δημόσιο τομέα και αφορά την ειδική σχέση που συνδέει τον δημόσιο υπάλληλο με το Κράτος, η οποία ερείδεται στην υπεροχή του δημοσίου συμφέροντος έναντι του ιδιαίτερου προσωπικού συμφέροντος του υπαλλήλου με στόχο τη διασφάλιση της ορθολογικής, αποτελεσματικής και αδιάλειπτης λειτουργίας της δημόσιας διοίκησης, καθώς και της άσκησης των κρατικών λειτουργιών, στην οποία περιλαμβάνεται η παροχή υπηρεσιών στους πολίτες από όργανα (δημοσίους υπαλλήλους) που διαθέτουν τα κατά νόμο απαιτούμενα προσόντα.

**β.** Το Δημόσιο και οι ΟΤΑ για να ασκήσουν τη δραστηριότητά τους χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες μεγάλου αριθμού φυσικών προσώπων που συνδέονται μαζί τους με μία ειδική νομική σχέση δημοσίου δικαίου, που συνάπτεται προαιρετικά, συνεπάγεται ιεραρχική εξάρτηση και πειθαρχική ευθύνη και διέπεται αποκλειστικά ή εν μέρει από ειδικούς κανόνες του διοικητικού δικαίου. Κατά το Σύνταγμα, οι οργανικές θέσεις πρέπει να καλύπτονται από δημοσίους υπαλλήλους που επιλέγονται με βάση τους κανόνες της ισότητας στην πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις (ισότητα ευκαιριών) και της προσωπικής αξίας ( επιλογή με αντικειμενικά και απρόσωπα κριτήρια βάσει των τυπικών προσόντων των υποψηφίων),<sup>1</sup> που αποτελεί έκφραση τόσο της δημοκρατικής αρχής, όσο και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και της συμμετοχής στην κοινωνική και οικονομική ζωή της χώρας. Η ειδική νομική σχέση που συνδέει τον υπάλληλο με το Δημόσιο και τους ΟΤΑ ιδρύεται με τη μονομερή διοικητική πράξη του διορισμού, ενώ η δήλωση αποδοχής εκ μέρους του υπαλλήλου είναι αναγκαίος όρος για να λειτουργήσει αυτή η σχέση. Ο κατ' αυτόν τον τρόπο προσληφθείς δημόσιος υπάλληλος απολαμβάνει των δικαιωμάτων της μονιμότητας, της λήψης των αποδοχών (μισθού), της λήψης αδειών καθώς και της υγειονομικής περίθαλψης.

**γ.** Στο πλαίσιο αυτό οι δημόσιοι υπάλληλοι απολαμβάνουν των συνταγματικώς κατοχυρωμένων ατομικών τους δικαιωμάτων, λόγω όμως των αυξημένων υπηρεσιακών και εξωπηρεσιακών τους υποχρεώσεων προς το Κράτος, οι οποίες απορρέουν από την ειδική λειτουργική σχέση που τους συνδέει μ' αυτό καθίστανται συνταγματικώς επιτρεπτοί, πέραν των γενικών περιορισμών, ορισμένοι ειδικοί περιορισμοί των ατομικών τους δικαιωμάτων που δικαιολογούνται από τη φύση της σχέσης τους με το Κράτος και τις απορρέουσες από τη σχέση τους αυτή υποχρεώσεις. Εγγενές στοιχείο της ειδικής λειτουργικής σχέσης των δημοσίων υπαλλήλων με το Κράτος συνιστά το συνταγματικά κατοχυρωμένο κατ' άρθρο 103 εδ.β' Σ δημοσίου

<sup>1</sup> Βλ. ΣτΕ 2096/2000,2396/2004

δικαίου δικαίωμά τους σε μισθό, ο οποίος δεν συνιστά αντάλλαγμα για ορισμένη εργασία αλλά παροχή προσαρμοσμένη στην ειδική λειτουργική σχέση που συνδέει τους δημοσίους υπαλλήλους με το Κράτος. Η υποχρέωση για την καταβολή του μισθού αποτελεί προϋπόθεση προκειμένου ο δημόσιος υπάλληλος να αφοσιωθεί απολύτως στην υπηρεσία του, ως ένα δια βίου επάγγελμα ώστε να διασφαλισθεί μία σταθερή και αξιόπιστη Διοίκηση ανεξάρτητη από πολιτικές επιρροές. Ο μισθός ο οποίος καταβάλλεται στους δημοσίους υπαλλήλους αποτελεί δημόσια δαπάνη με την οποία διασφαλίζεται η παροχή προς το Κράτος των υπηρεσιών που είναι απαραίτητες για την πραγμάτωση των επί μέρους κρατικών σκοπών.<sup>2</sup>

**δ.** Βάσει της αρχής της μονιμότητας των δημοσίων υπαλλήλων που κατοχυρώνεται συνταγματικά, αυτοί δύνανται να παυθούν από την υπηρεσία τους, εφόσον ο λόγος της απόλυσής τους προβλέπεται σε συμβατή με το Σ ειδική διάταξη νόμου, μετά από απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου με ειδική συγκρότηση (αποτελούμενο κατά τα 2/3 από δημοσίους υπαλλήλους), το οποίο οφείλει να ελέγξει τόσο τη συνταγματικότητα του νόμου βάσει του οποίου παραπέμπεται ο υπάλληλος προς απόλυση,<sup>3</sup> όσο και τη συνδρομή στο πρόσωπό του των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το λόγο της απόλυσής του. Για το λόγο αυτό ο Υπαλληλικός Κώδικας (Υ.Κ.) προβλέπει πειθαρχικά παραπτώματα τα οποία εξαιτίας της βαρύτητάς τους μπορούν να οδηγήσουν σε απόλυση (παύση) του υπαλλήλου, μετά την τήρηση της προβλεπόμενης πειθαρχικής διαδικασίας στην οποία παρεμβάλλεται πάντοτε απόφαση του αρμόδιου πειθαρχικού συμβουλίου, αλλά και άλλες αντικειμενικές καταστάσεις (όπως λόγους υγείας, ή έκπτωση μετά από αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση), οι οποίες δύνανται να επάγονται ως συνέπεια την απόλυση αυτού, πάντοτε όμως μετά από απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου. Στις περιπτώσεις αυτές, η λύση της υπαλληλικής σχέσης ενεργεί για το μέλλον, υπό την έννοια ότι οι αποδοχές που έλαβε ο υπάλληλος κατά την διάρκεια της υπηρεσίας του δεν αναζητούνται.

**ε.** Ειδική περίπτωση λύσης της υπαλληλικής σχέσης με μονομερή εκτελεστή πράξη της Διοίκησης είναι η περίπτωση της ανάκλησης πράξης διορισμού εντός διετίας για παράβαση νόμου καθώς και η ανάκληση του διορισμού, μετά την παρέλευση της διετίας, εάν αυτός που διορίστηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε την παρανομία με βάση την διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 Υ.Κ. Δικαιολογητικός λόγος αυτής της ρύθμισης είναι ότι η αρχή της μονιμότητας προϋποθέτει νόμιμο και όχι παράνομο διορισμό. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ.2 του κυρωθέντος με άρθρο πρώτο του ν.2683/1999 Υ.Κ, ο παράνομος διορισμός, χωρίς τη μεσολάβηση δόλιας ενέργειας του υπαλλήλου, μπορούσε να λάβει χώρα εντός της προθεσμίας δύο ετών από το διορισμό του, ανεξαρτήτως εάν είχε προηγηθεί διαγωνιστική διαδικασία. Ενώ όσον αφορά την ανάκληση του παράνομου διορισμού που προκλήθηκε ή υποβοηθήθηκε από τον υπάλληλο, διατηρήθηκε η προβλεπόμενη και στον προϊσχύσαντα Κώδικα (π.δ.611/1977) δυνατότητα ανάκλησης χωρίς χρονικό περιορισμό<sup>4</sup>. Συνεπώς, έχουμε ειδικές διατάξεις για την ανάκληση των παράνομων διορισμών που διαφοροποιούνται από τις γενικές αρχές περί ανάκλησης των παράνομων διοικητικών πράξεων όπως προβλέπονται και στο άρθρο μόνο του α.ν.

<sup>2</sup> Βλ και διάταξη του άρθρου 80 παρ.1 Σ «όπου μισθός, σύνταξη ...ούτε εγγράφεται στον προϋπολογισμό ...χωρίς οργανικό ή άλλο ειδικό νόμου...».

<sup>3</sup> Πρόκειται για εξαίρεση από την αρχή ότι τα όργανα της Διοίκησης δεν εξετάζουν τη συνταγματικότητα του νόμου.

<sup>4</sup> Η ίδια ρύθμιση διατηρήθηκε και υπό την ισχύ του τελευταίου Υ.Κ. που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν.3528/2007 που διέπει τις πράξεις ανάκλησης των παράνομων διορισμών στο βαθμό που η ανάκληση έλαβε χώρα μετά την έναρξη της ισχύος του ήτοι από 9-2-2007 και εντεύθεν.

261/1968. Το χρονικώς απεριόριστο της ανάκλησης σύμφωνα με την νομολογία του ΣτΕ και των διοικητικών δικαστηρίων, ενόψει και των γενικών αρχών της ανάκλησης (α.ν. 261/1968) δικαιολογείται διότι εκείνος που προσλήφθηκε παράνομα από υπαιτιότητά του δεν έχει θεμιτή κατά το δίκαιο προσδοκία για τη συνέχιση της παράνομης κατάστασης που ο ίδιος προκάλεσε. Επίσης, η υπαιτιότητά του δεν είναι ο λόγος της ανάκλησης, αφού η τελευταία επέρχεται αντικειμενικά διότι ο υπάλληλος δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις διορισμού του, όμως, δικαιολογεί την ανάκληση και μετά την πάροδο του εύλογου, υπό τις περιστάσεις, χρόνου.

## **2. Διακριτική ευχέρεια ή δεσμία αρμοδιότητα για την ανάκληση του διορισμού;**

**α.** Από τα γνωστά μας στο διοικητικό δίκαιο, η Διοίκηση δικαιούται και δεν υποχρεούται να ανακαλέσει μία παράνομη ευμενή διοικητική πράξη.<sup>5</sup> Για την ανάκληση μίας τέτοιας διοικητικής πράξης η Διοίκηση θα πρέπει να σταθμίσει διάφορα έννομα αγαθά από τη μία την τήρηση της αρχής της νομιμότητας, η οποία επιβάλλει καταρχήν την ανάκληση της πράξης, από την άλλη, όμως, θα πρέπει να σταθμίσει και τον χρόνο ο οποίος έχει παρέλθει από την έκδοση της παράνομης διοικητικής πράξης δοθέντος ότι, έχουν παγιωθεί κάποιες καταστάσεις, αφού υπάρχει το μεν, το δημόσιο συμφέρον για την ανάκληση της παράνομης πράξης, υπάρχουν όμως και τα δικαιώματα των καλόπιστων διοικουμένων. Όμως ειδικά για την ανάκληση παράνομου διορισμού ο οποίος οφείλεται σε πλαστό ή νοθευμένο τίτλο, με την προϋπόθεση ότι ο διορισθείς υπάλληλος συνετέλεσε σ' αυτόν, η ανάκληση απαιτεί δύο διαδικαστικές εγγυήσεις : 1) την προηγούμενη ακρόαση του υπαλλήλου<sup>6</sup> και 2) την αιτιολόγηση υπαίτιας συμπεριφοράς, που πρέπει να υπάρχει είτε στο σώμα της πράξης, είτε να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.<sup>7</sup> Συνεπώς, δεν αρκεί η διαπίστωση ότι υποβλήθηκε ένα πλαστό δικαιολογητικό για την ανάκληση του παράνομου διορισμού θα πρέπει να αιτιολογηθεί από την Διοίκηση ότι αυτός που διορίστηκε συνέβαλε τελικώς στον παράνομο διορισμό. Αυτό σημαίνει ότι δεν είναι δεδομένο ότι αν υπάρχει κάποιος πλαστός ή νοθευμένος τίτλος ο υπάλληλος που διορίστηκε ενήργησε δολίως<sup>8</sup>. 'Άλλως, η υποβολή και μόνο μη γνήσιου πτυχίου από τον υπάλληλο δεν στοιχειοθετεί την δόλια συμπεριφορά του, αφού, πρέπει να προκύπτει ότι ο υπάλληλος τελούσε εν γνώσει της μη γνησιότητας του τίτλου αυτού.

**β.** Η ανακλητική του διορισμού πράξη, στην περίπτωση κατάθεσης πλαστών δικαιολογητικών για τον διορισμό στο Δημόσιο/ΟΤΑ, μετά την πάροδο διετίας, εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα της Διοίκησης, υπό την τήρηση των ως άνω διαδικαστικών εγγυήσεων (τήρηση της προηγούμενης ακρόασης, ειδική και επαρκής αιτιολογία καθώς και αρμοδιότητα του οργάνου), που αποβλέπουν στην διαπίστωση της υπαιτιότητας του υπαλλήλου ως προς την πρόκληση ή την υποβοήθηση του μη νόμιμου διορισμού. Η Διοίκηση φέρει ουσιαστικά το βάρος της απόδειξης και πρέπει

<sup>5</sup> Βλ. Σπύρο Βλαχόπουλο, εισήγηση σε ημερίδα που διοργανώθηκε από το ΔΣΠ στις 28-1-2019 με θέμα 'Παράνομες προσλήψεις και πλαστά δικαιολογητικά' σύμφωνα με τον οποίο '...σε αντίθεση με μία ευρέως διαδεδομένη αντίληψη δεν είναι υποχρεωμένη η διοίκηση να ανακαλέσει μία παράνομη διοικητική πράξη και γι' αυτό όταν ασκούνται αιτήσεις ακυρώσεως στο ΣτΕ ή στα ΔΕ κατά της άρνησης της διοίκησης να ανακαλέσει μία παράνομη διοικητική πράξη απορρίπτονται παγίως οι σχετικές αιτήσεις, διότι οι σχετικές αρνήσεις αυτές δεν συνιστούν παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας...».

<sup>6</sup> Βλ. ΣτΕ 2740/2005, πρβλ. Στε 2141/1993, Ολομ. 719/2015, 2972/2014, 4447/2012, Ολομ. 3423, 596/2008, 1185/2001, Διοικ. Εφ. Αθ. 1107, 921/2017

<sup>7</sup> Βλ. ΣτΕ 3707/2015, 1094/2014, 895/2002, 3569/1998, 204/1967, Διοικ. Εφ. Αθ. 1272, 1198, 1107, 398/2017, Διοικ. Εφ. Πειρ. 298, 253/2017, Διοικ. Εφ. Θεσ/νίκης 266. 103/2017

<sup>8</sup> Βλ. Διοικ. Εφ. Χανίων 119/2018, όπου ακυρώθηκε η ανάκληση διορισμού, μετά την πάροδο διετίας, με το σκεπτικό ότι η διοίκηση δεν αιτιολόγησε νομίμως τη δόλια συμπεριφορά του διοικουμένου.

να αιτιολογήσει εάν σε κάθε περίπτωση ο διοικούμενος ενήργησε δολίως. Αν η υπαιτιότητα του υπαλλήλου επιβεβαιωθεί επέρχεται ως αυτόθροη συνέπεια η ανάκληση του διορισμού.<sup>9</sup> Και αυτό διότι, το στοιχείο του δόλου του διορισθέντος στη δημιουργία της παράνομης κατάστασης στερεί καταρχήν τον υπάλληλο από κάθε εύλογη προσδοκία για την διατήρηση αυτής καθώς και την αξίωσή του για τη λήψη του μισθού. Σημειωτέον ότι, η ανάκληση μίας ατομικής διοικητικής πράξης ως παράνομης από το αρμόδιο διοικητικό όργανο, εξαφανίζει αυτήν αναδρομικώς από τότε που εκδόθηκε, αποκαθιστώντας την νομική κατάσταση που ίσχυε πριν από την έκδοσή της, ενώ αίρει όλες τις έννομες συνέπειες που απορρέουν από την έκδοση της πράξης αυτής.

γ. Ένα άλλο ζήτημα είναι το χρονικώς απεριόριστο της ανάκλησης με βάση και την νομολογία του ΣτΕ και των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων ενόψει και των γενικών αρχών της ανάκλησης,<sup>10</sup> το οποίο δικαιολογείται διότι εκείνος που προσελήφθη παρανόμως από υπαιτιότητά του δεν έχει θεμιτή κατά το δίκαιο προσδοκία για την συνέχιση της παράνομης κατάστασης την οποία ο ίδιος προκάλεσε. Η υπαιτιότητά του δεν είναι λόγος ανάκλησης, αφού αυτή επέρχεται λόγω αντικειμενικών δεδομένων που αφορούν στην έλλειψη των προϋποθέσεων διορισμού, πλην δικαιολογεί την ανάκληση και μετά την πάροδο του εύλογου από τις περιστάσεις μέτρου. Στο ειδικό σύστημα του Υ.Κ. το διοικητικό μέτρο της ανάκλησης της παράνομης διοικητικής πράξης διορισμού του υπαλλήλου ερείδεται στην διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 του Υ.Κ. (ν.3528/2007), στο πεδίο εφαρμογής του οποίου εμπίπτει κάθε παράνομη επιλογή του διορισθέντος υπαλλήλου καθώς και η περίπτωση κατά την οποία η Διοίκηση εκφέρει την κρίση της περί επιλογής του υποψηφίου κατά πλάνη περί τα πράγματα, ιδία η περίπτωση της πλαστογραφίας του τίτλου των σπουδών που αποτέλεσε μάλιστα και προσόν διορισμού του υπαλλήλου. Στην περίπτωση που δεν έχει μεσολαβήσει δόλια ενέργεια του υπαλλήλου ο χρόνος ανάκλησης είναι η διετία, εάν όμως ο παράνομος διορισμός προκλήθηκε ή υποβοηθήθηκε από τον υπάλληλο η ανάκληση χωρεί χωρίς οποιοδήποτε χρονικό περιορισμό, για λόγους προφανώς δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν την αποκατάσταση της ομαλής λειτουργίας της δημόσιας υπηρεσίας που έχει διαταραχθεί.

### **3. Ο σκοπός της ανάκλησης του διορισμού: Η πρόβλεψη της ανάκλησης ως αποκαταστατικού διοικητικού μέτρου.**

α. Το μέτρο της ανάκλησης του διορισμού είναι μέτρο κατεξοχήν επανορθωτικού χαρακτήρα που συντείνει στην εύρυθμη λειτουργία της υπηρεσίας. Το μέτρο αυτό όπως κρίθηκε από το ΕλΣυν<sup>11</sup> δεν συνιστά: 1) κύρωση, αφού το μέτρο της ανάκλησης δεν αποσκοπεί προεχόντως στην πρόληψη ή την καταστολή της παραβατικής συμπεριφοράς του υπαλλήλου, αλλά λαμβάνεται με βάση αντικειμενικά δεδομένα, ήτοι την έλλειψη των προϋποθέσεων του διορισμού του.2) πειθαρχική ποινή που αποβλέπει

<sup>9</sup> Βλ. και Ολομ.ΝΣΚ 280/2016, το οποίο δέχεται ότι «η ανάκληση διορισμού είναι υποχρεωτική για τη Διοίκηση εάν διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης του άρθρου 20 του Υ.Κ.(ν.3528/2007), .....ανατρέχει δε στο χρόνο έκδοσης της παράνομης πράξης διορισμού και απαιτείται προς τούτο ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης περί της συνδρομής των αναφερόμενων στην παρ. 2 του άνω άρθρου προϋποθέσεων..... Οι διοικητικές πράξεις που αναφέρονται στην υπηρεσιακή κατάσταση των δημ.υπαλλ. . συνάπτονται προς την ομαλή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας ..... η έκδοση των ανακλητικών αυτών πράξεων αποβλέπει σαφώς στην υπέρβαση του δημοσίου συμφέροντος και, ως εκ τούτου, εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα.»

<sup>10</sup> Βλ. άρθρο μόνο του α.ν. 261/1968 όπου ως εύλογος χρόνος θεωρείται ο χρόνος της πενταετίας από την έκδοση της πράξης.

<sup>11</sup> Βλ απόφ.Ι Τμήμ.ΕλΣυν 39/2019

στη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας της υπηρεσίας και της πειθαρχίας εντός του σώματος δια του πειθαρχικού κολασμού και σωφρονισμού του υπαλλήλου.<sup>12</sup> Διαφοροποιείται δε από την πειθαρχική ποινή της οριστικής παύσης τόσο ως προς τις ουσιαστικές και διαδικαστικές εγγυήσεις που τη συνοδεύουν, όσο και ως προς τις συνέπειες, αφού η μεν ανάκληση άγει σε καταρχήν πλήρη αναδρομική ανατροπή της δημοσιοϋπαλληλικής σχέσης και των ωφελειών που ο υπάλληλος έχει αντλήσει από αυτήν, ενώ στην πειθαρχική ποινή, η οποία υπόκειται σε κανόνες επιμέτρησης, ενεργεί εφεξής η αναγνώριση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης για την επιβολή της. Εξάλλου, στην περίπτωση της πειθαρχικής ποινής προβλέπεται παραγραφή, ενώ αυτή περιβάλλεται με μείζονες διαδικαστικές εγγυήσεις και 3) ποινή, κατά την έννοια του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ, αφού η λήψη του διοικητικού μέτρου της ανάκλησης επιβάλλεται σε βάρος του υπαλλήλου για λόγους δημοσίου συμφέροντος και εύρυθμης λειτουργίας της υπηρεσίας και αποβλέπει στην αποκατάσταση της νομιμότητας, ενώ λαμβάνεται ασυνδέτως με οποιαδήποτε ποινική διαδικασία που τυχόν εκκρεμεί σε βάρος του υπαλλήλου και δεν προϋποθέτει ποινική καταδίκη του. Όλα αυτά ανεξαρτήτως του εάν σε περίπτωση πρόκλησης ή υποβοήθησης του παράνομου διορισμού εκ μέρους του υπαλλήλου η ίδια υπαίτια συμπεριφορά, ενδεχομένως, θα ενέπιπτε στην αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση ποινικού αδικήματος. Μάλιστα το διοικητικό αυτό μέτρο κρίθηκε <sup>13</sup>ότι δεν πλήττει τον υπάλληλο με τέτοια σφοδρότητα, ώστε να προσλάβει ποινική χροιά και να λογίζεται ως “ποινική κύρωση” σύμφωνα με την ορισθείσα κατά το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ έννοια. Συνεπώς, κατά τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων δεν τίθεται, καταρχήν, ζήτημα εφαρμογής των αρχών που απορρέουν από το άρθρο 6 παρ.2 της ΕΣΔΑ περί του τεκμηρίου αθωότητας και του άρθρου 7 αυτής περί του ότι δεν επιβάλλεται ποινή, χωρίς σαφή και προβλέψιμη διάταξη νόμου, καθώς και του άρθρου 4 του Έβδομου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ για την αρχή *ne bis in idem*.

**β.** Η ανάκληση της πράξης του διορισμού, η οποία ενεργεί αναδρομικώς, διότι αποσκοπεί στην αποκατάσταση της νομικής κατάστασης που ίσχυε πριν την έκδοση της παράνομης πράξης με συνέπεια να αίρονται όλες οι έννομες συνέπειες που απορρέουν από την έκδοση της πράξης αυτής, οδηγεί αυτομάτως και στην άρση όλων των ωφελειών που έχει αντλήσει ο υπάλληλος από την δημοσιοϋπαλληλική του σχέση, μεταξύ των οποίων και οι μισθολογικές του απολαβές, εφόσον δεν έχει πλέον νόμιμο δικαίωμα προς απόληψη αυτών, σύμφωνα με το άρθρο 96 του ν.4270/2014<sup>14</sup> Είναι χαρακτηριστική η νμλγ του ΣτΕ<sup>15</sup> σύμφωνα με την οποία οι διοικητικές πράξεις που αναφέρονται στην υπηρεσιακή κατάσταση των δημοσίων υπαλλήλων ή υπαλλήλων νπδδ, συνάπτονται αμέσως προς την ομαλή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας και, ως εκ τούτου, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν καταρχήν την άμεση εκτέλεσή τους. Αυτό ισχύει, κατά μείζονα λόγο, στην περίπτωση ανάκλησης διορισμού για το λόγο ότι ο υπάλληλος δεν κατείχε τα τυπικά προσόντα για να διορισθεί. Ως εκ τούτου, οι πράξεις αυτές που αφορούν σε ανάκληση διορισμού δεν υπόκεινται σε αναστολή εκτέλεσης, η οποία μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορεί να χορηγηθεί, μετά από συνεκτίμηση της βλάβης του αιτούντος αλλά και του δημοσίου συμφέροντος.

<sup>12</sup> Βλ. ΣτΕ 4662/2012

<sup>13</sup> Βλ. ΔΕφ.ΑΘ.672/2017,698/2016, ΔΕφ.Χανίων 62/2017, ΔΕφθεσ.933/2016

<sup>14</sup> Βλ. και άρθρο 33 παρ.18 του ν.2362/1995

<sup>15</sup> Βλ. ΕΑ ΣτΕ 175/2017, 377,138/2016, 66/2014,1253/2006,768/2004

#### **4. Η ανάκληση του διορισμού και οι συνέπειες της για το ΕλΣυν: 1) καταλογισμός αποδοχών 2) Μη αναγνώριση της υπηρεσίας που παρασχέθηκε από τον υπάλληλο ως συντάξιμης.**

**α.** Στην περίπτωση υπαλλήλων του Δημοσίου ή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου αχρεωστήτως λαβόντες είναι, μεταξύ άλλων, όσοι έλαβαν δημόσιο χρήμα για την απόσβεση της υποχρέωσης του Κράτους να τους καταβάλλει το μισθό τους ή άλλη μισθολογική παροχή. Ο καταλογισμός μη νόμιμων δαπανών γίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου (εκάστοτε ισχύοντος δημοσιονομικού νόμου) «στον λαβόντα εφόσον έχει συντελέσει υπαίτια στη μη νόμιμη πληρωμή και σε κάθε περίπτωση αχρεώστητης πληρωμής, ανεξάρτητα από υπαιτιότητα αυτού». <sup>16</sup>Ο καταλογισμός του υπαλλήλου τείνει στη (λογιστική) τακτοποίηση του ελλείμματος που δημιουργήθηκε από την αχρεώστητη πληρωμή σε αυτόν των μη νομίμων δαπανών. <sup>17</sup> Σε κάθε περίπτωση, ο λαβών σε αντίθεση με τον υπόλογο ευθύνεται μέχρι του ποσού της μη νόμιμης δαπάνης που έλαβε αχρεωστήτως.

**β.** Η καταλογιστική πράξη που ακολουθεί μετά την ανάκληση του παράνομου διορισμού εκδίδεται για την αποκατάσταση του ελλείμματος που προκλήθηκε ένεκα της ως άνω παράνομης και αχρεώστητης καταβολής αποδοχών και προς τακτοποίηση του οικείου λογαριασμού, προσβάλλεται δε ενώπιον του ΕλΣυν με το διαπλαστικό ένδικο βοήθημα της έφεσης δημιουργώντας διαφορά ουσίας. <sup>18</sup>Ειδικότερα το ΕλΣυν δέχεται παγίως ότι η επακολογήσασα της ανάκλησης του διορισμού καταλογιστική πράξη που εκδίδεται για την αποκατάσταση του ελλείμματος που προκλήθηκε ένεκα της παράνομης και αχρεώστητης καταβολής των αποδοχών ανήκει στη δεσμία αρμοδιότητα της δημοσιονομικής διοίκησης, η οποία οφείλει να την εκδώσει ως το μόνο μέτρο το οποίο είναι πρόσφορο, κατάλληλο και αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού που είναι αυτός της αποκατάστασης της νομιμότητας και μάλιστα αναδρομικά. Όμως η συμβατότητα του μέτρου του καταλογισμού προς τις συνταγματικές αρχές της ασφάλειας του δικαίου, της σαφήνειας και της προβλεψιμότητας καθώς και προς την αρχή της αναλογικότητας τελεί υπό την επιφύλαξη του χρονικού σημείου κατά το οποίο συντελείται η ανάκληση αυτή σε σχέση με τον διορισμό του υπαλλήλου, <sup>19</sup> ενόψει και των επιπτώσεων που φέρει στην προσωπική και οικονομική του κατάσταση, ο οποίος απώλεσε την υπαλληλική του ιδιότητα. Και αυτό διότι, όλες οι θεσμικές εγγυήσεις με τις οποίες περιβάλλει το Σ τους δημοσίους υπαλλήλους (άρθρο 103 παρ.2 και 3Σ) καταδεικνύουν ότι οποιαδήποτε επέμβαση στο status του δημοσίου υπαλλήλου, τόσο από το νομοθέτη, όσο και από τη διοίκηση που συνεπάγονται τον τερματισμό ή την εν γένει ανατροπή της υπηρεσιακής του κατάστασης, με σοβαρές άμεσες ή αντανακλαστικές συνέπειες στην προσωπική του κατάσταση, πρέπει να είναι συναφείς με τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της υπαλληλικής του ιδιότητας.

**γ.** Περαιτέρω, η ανάκληση του παράνομου διορισμού επάγεται και τη μη αναγνώριση, αναδρομικά του χρόνου υπηρεσίας που παρασχέθηκε από τον υπάλληλο ως συντάξιμος, η οποία οδηγεί σε πλήρη στέρηση της σύνταξής του. Η νομολογία αυτή του II Τμήματος δεν είχε καμφθεί μέχρι τότε, που κρίθηκε το ζήτημα <sup>20</sup>, παρά μόνο σε οριακές περιπτώσεις ανάκλησης παράνομου διορισμού υπαλλήλων κατά τις οποίες

<sup>16</sup> Βλ. άρθρα 33 παρ.1 περ.β και 56 παρ.4 του ν.2362/1995 , και ήδη άρθρο 96 του ν.4270/1994

<sup>17</sup> Βλ.Πρακτικά Ολ.Ελ.Συν. 12<sup>ο</sup> Γεν.Συν/16-6-2010

<sup>18</sup> Βλ. Ολ.Ελ.Συν. 1104/2007

<sup>19</sup> Βλ. ΕλΣυν Ι Τμήμ.39/2019

<sup>20</sup> Βλ. Ελ.Συν. ΙΙ Τμήμ. 1176/2018

όμως αυτοί ήταν καλόπιστοι, διότι ο λόγος ανάκλησης αναγόταν στη σφαίρα ευθύνης της Διοίκησης. Στις περιπτώσεις αυτές, μετά την υποβολή της αίτησης πρόσληψης, κατά την διάρκεια της ανώμαλης πολιτειακής περιόδου, είχε θεσπισθεί ως κώλυμα διορισμού η υποχρεωτική εκπλήρωση της στρατιωτικής θητείας, οπότε βάσει των συνταγματικών αρχών της αναλογικότητας και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης κρίθηκε ότι η διανυθείσα, προ της ανάκλησης, υπηρεσία έπρεπε να λογισθεί ως συντάξιμη.<sup>21</sup>

##### **5. Ο αποκλεισμός της ένστασης του αδικαιολόγητου πλουτισμού (άρθρο 904 ΑΚ)**

Το ΕλΣυν, όταν ήρθε ενώπιον του υπόθεση που αφορούσε στη νομιμότητα ανάκλησης διορισμού υπαλλήλου νοσηλευτικού ιδρύματος για την οποία διαπιστώθηκε, μετά από σχετικό έλεγχο που διενεργήθηκε ότι ο τίτλος σπουδών που είχε υποβάλλει κατά τον διορισμό της σε οργανική θέση ΔΕ Αδελφών Νοσοκόμων νοσηλευτικού ιδρύματος ήταν πλαστός, άλλως νοθευμένος και καταλογίστηκε με το ποσό των 179.014,40 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 27-2-2001 έως 31-5-2014, απέκλεισε στην καταλογιζόμενη την ένσταση του αδικαιολόγητου πλουτισμού κατά το άρθρο 904 ΑΚ με το ακόλουθο σκεπτικό: Ο καταλογισμός του παρανόμως διορισθέντος υπαλλήλου με τις εισπραχθείσες από αυτόν αποδοχές συνεπάγεται μεν τον πλουτισμό του Δημοσίου, όμως ο πλουτισμός αυτός έχει νόμιμη αιτία την, κατά το άρθρο 33 του ν.2362/1995, υποχρέωση του αχρεωστήτως λαβόντος που έχει υπαιτίως συντελέσει στη μη νόμιμη πληρωμή, στην αποκατάσταση του ελλείμματος στη δημόσια διαχείριση από την καταβολή σ' αυτόν των παρανόμως ληφθεισών αποδοχών.<sup>22</sup> Η υπηρεσία άλλωστε που παρέχει ο δημόσιος υπάλληλος μετά την αυτοδίκαιη έκπτωσή του και μέχρι την έκδοση της διαπιστωτικής πράξης της απόλυσής του δεν δημιουργεί καμία αξίωση για αμοιβή, αφού η εν λόγω υπηρεσία δεν ερείδεται σε έγκυρη υπαλληλική σχέση, ως εκ τούτου, δεν δημιουργείται καμία αξίωση ούτε από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Ζήτημα γεννάται και για το χρόνο γένεσης των σχετικών αξιώσεων καθώς με την έκδοση της καταλογιστικής πράξης το Δημόσιο δεν γίνεται πλουσιότερο, δοθέντος ότι αυτό δεν έχει εισπράξει ακόμη την απαίτησή του που έχει ενσωματωθεί στην καταλογιστική πράξη και δεν έχει επέλθει η επικαλούμενη μετάθεση της περιουσίας, την οποία απαιτεί ο νόμος για να είναι βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός περί αδικαιολόγητου πλουτισμού.

Όμοια νομολογία είχε ακολουθήσει και ο ΑΠ<sup>23</sup> ο οποίος, σε όμοιας κατηγορίας υποθέσεις, έκρινε ότι η εργασία που απαγορεύεται απόλυτα από το νόμο δεν δημιουργεί καμία αξίωση αμοιβής, ούτε περαιτέρω δημιουργεί αξίωση από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, αφού τέτοιος πλουτισμός δεν προκύπτει για τον εργοδότη, ενόψει του ότι αυτός, στη θέση του διατηρηθέντος προσωπικού δεν θα προσλάμβανε

<sup>21</sup> Βλ. Ελ.Συν II Τμήμ.156,332/2017 , καθώς και απόφαση του ΣτΠ όπου κρίθηκε η απένταξη ασφαλισμένης από το πρόγραμμα προαιρετικής ασφάλισης μετά από 9 χρόνια από την ένταξή της διότι από λάθος της Διοίκησης καταμετρήθηκε λανθασμένα ο χρόνος της ασφάλισής της. Μετά την απόρριψη της ένστασής της κατά της ακυρωτικής απόφασης ο ΣτΠ πρότεινε την επανεξέταση της υπόθεσής της με βάση την αρχή της χρηστής διοίκησης , της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της αρχής της τυπικής ασφάλισης οι οποίες δεν επιτρέπουν τον αιφνιδιασμό του πολίτη Με την απόφαση αυτή του ΣτΠ επισημάνθηκε ότι στο πλαίσιο του Κράτους Δικαίου δεν είναι ανεκτή η ανάκληση από την Διοίκηση ευμενών διοικητικών πράξεων χωρίς κανένα χρονικό περιορισμό, καθώς η νμλγ είναι σταθερά αποτρεπτική στη δυσμενή μεταβολή των συνθηκών μετά την πάροδο 5ετίας.Επίσης κρίθηκε ότι ο εύλογος χρόνος κρίνεται πάντοτε ανάλογα με το είδος, τις συνθήκες καθώς και τις συνέπειες της ανακαλούμενης διοικητικής πράξης.

<sup>22</sup> Βλ. ΕλΣυν 1016/2017,πρβλ ΑΠ 1161/2017, Βλ. και contra V Τμήμ.1730/2016

<sup>23</sup> Βλ. ΑΠ 401/2015

άλλον με έγκυρη σύμβαση εργασίας και δεν θα υποβαλλόταν στις δαπάνες αμοιβής του με αντίστοιχη ωφέλεια.

**6. Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας για την επίτευξη της δίκαιης ισορροπίας μεταξύ του δημόσιου σκοπού που εξυπηρετεί το μέτρο του καταλογισμού και της συνταγματικώς επιβεβλημένης ανθρώπινης αξιοπρέπειας και των διακυβευόμενων ατομικών δικαιωμάτων του υπαλλήλου.**

**α.** Ειδικότερα το Ελ Συν έκρινε ότι στο πλαίσιο της προκειμένης δημοσιολογιστικής διαφοράς που αφορά στον καταλογισμό αποδοχών, συνεπεία ανάκλησης του παράνομου διορισμού του υπαλλήλου, δύναται κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας<sup>24</sup> να προβεί, κατόπιν στάθμισης των πραγματικών περιστατικών εκάστης περίπτωσης, σε μείωση του επιστρεπτέου ποσού. Η στάθμιση αυτή κρίθηκε αναγκαία για την ικανοποίηση δύο στόχων : 1) την επίτευξη μίας δίκαιης ισορροπίας μεταξύ αφενός του δημόσιου σκοπού που εξυπηρετεί το μέτρο του καταλογισμού και της συνταγματικώς επιβεβλημένης ανθρώπινης αξιοπρέπειας και των διακυβευόμενων ατομικών δικαιωμάτων του υπαλλήλου και 2) τη διασφάλιση ότι το διοικητικό μέτρο του καταλογισμού, το οποίο αποσκοπεί στην αναδρομική αποκατάσταση της νομιμότητας σε σχέση με τις περιουσιακής φύσης ωφέλειες που έχει αντλήσει ο υπάλληλος από την επί μακρόν υφιστάμενη κατάσταση να συνάδει με τη φύση της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου και να μην μετατρέπει αυτή σε πειθαρχική κύρωση ή ποινή. Και αυτό διότι, ενόψει του αναδρομικού αποτελέσματος της ανάκλησης, η διατήρηση των πρωτογενώς κυρωτικών χαρακτηριστικών του μέτρου συναρτάται απολύτως με το χρόνο στον οποίο αυτό λαμβάνεται.<sup>25</sup>

**β.** Το Ελ Συν με τη λύση που έδωσε επεδίωξε να καλύψει το κενό μίας ειδικής νομοθετικής ρύθμισης για την ανάκληση της παράνομης πράξης διορισμού ακόμη και επί υπαίτιας συμπεριφοράς του παρανόμως διορισθέντος, μετά από μακρότατο χρόνο από τον διορισμό του, όταν μάλιστα το Δημόσιο έχει επωφεληθεί των υπηρεσιών του υπαλλήλου αυτού, χωρίς να έχει ασκήσει τη νόμιμη ευχέρειά του να προβεί σε έλεγχο γνησιότητας των δικαιολογητικών του διορισμού του<sup>26</sup>. Η έλλειψη ενός απώτατου χρονικού σημείου στο οποίο θα μπορούσε να αναδράμει η ανάκληση του παράνομου διορισμού, η μη πρόβλεψη μίας ειδικής διαδικασίας που θα παρείχε τη δυνατότητα στη διοίκηση να κρίνει τις συνθήκες πρόκλησης ή υποβοήθησης από τον υπάλληλο του παράνομου διορισμού του, ο βαθμός της προσβολής των συνταγματικών αρχών της αξιοκρατίας και της ισότητας κατά την πρόσβαση στη δημόσια θέση, σταθμίζοντας παράλληλα και τους αμυντικούς ισχυρισμούς του υπαλλήλου ώστε να επιβληθεί σ' αυτόν το ανάλογο ύψος φαίνεται να είναι καταρχήν συνθήκες αναγκαίες και ικανές να δικαιολογήσουν τη δικαιοπολιτικά ορθή λύση που δόθηκε από το Δικαστήριο, κατά την διάγνωση της νομιμότητας της καταλογιστικής πράξης, προσαρμοσμένη στην αρχή της αναλογικότητας. Η δικαιολογητική βάση της λύσης αυτής οφείλεται στην βαρύτητα των συνεπειών της ανάκλησης μετά την πάροδο μακρού χρονικού διαστήματος στην προσωπική και οικονομική κατάσταση του υπαλλήλου που δημιουργεί το κίνδυνο να αναδειχθούν ως πρωτογενή τα κυρωτικά χαρακτηριστικά

<sup>24</sup> Για τη αρχή της αναλογικότητας βλ. ενδεικτικά Β. Τζέμος, Η «ώριμη αναλογικότητα», ΔιΔικ 2019, σ. 200επ.

<sup>25</sup> Βλ. Ολ.Ελ.Συν. 890/2016,2927/2015, Π Τμήμ. 1176/2018

<sup>26</sup> Βλ. άρθρο 28 του ν.4305/2014 σύμφωνα με το οποίο καθιερώνεται ως ουσιάδης τύπος της διαδικασίας που προηγείται του διορισμού ή της προσλήψεως ενός υπάλληλου ο έλεγχος της γνησιότητας των δικαιολογητικών που έχει υποβάλει, ενώ για τους ήδη υπηρετούντες καθιερώνεται ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της γνησιότητας των δικαιολογητικών με αφορμή συγκεκριμένη σοβαρή υπηρεσιακή μεταβολή( μετάταξη ή μεταφορά ή παραίτηση από την υπηρεσία).



του μέτρου, αλλοιώνοντας τη φύση και το σκοπό του μέτρου της ανάκλησης. Όλες οι ως άνω επαπειλούμενες συνέπειες, στις περιπτώσεις αυτές, λόγω και του σωρευτικού τους αποτελέσματος, προκαλούν βαρύτατες συνέπειες που σκοπό έχουν να αφαιρέσουν από τον υπάλληλο ο οποίος προσέφερε τις υπηρεσίες του όλα αυτά τα χρόνια όλες τις ωφέλειες που άντλησε από τη σχέση αυτή.

γ. Έτσι υιοθετήθηκε η λύση, σε συνταγματική βάση (άρθρα 2παρ.1,17παρ.1 και 25παρ.1Σ) της αναγνώρισης κάποιου ύψους αποδοχών και σύνταξης,<sup>27</sup> μετά την συνεκτίμηση του μακρού χρονικού διαστήματος κατά το οποίο ο παρανόμως διορισθείς προσέφερε, έστω de facto, την εργασία του, την μακροχρόνια ωφέλεια που άντλησε το Δημόσιο και το γεγονός ότι η Διοίκηση, αν και ήταν σε θέση δεν προέβη σε έλεγχο των δικαιολογητικών σε χρόνο εγγύτερο της πρόσληψης. Ειδικότερα, στην περίπτωση της νοσηλεύτριας η οποία διόρθωσε το τίτλο των σπουδών της το Δικαστήριο προσέφυγε σε κριτήρια αντικειμενικά, πρωτίστως την πάροδο μακρού χρονικού διαστήματος από τον διορισμό αλλά και υποκειμενικά που αφορούν εν γένει την συμπεριφορά την καταλογιζόμενης καθ' όλη τη διάρκεια του εργασιακού της βίου, όπως προκύπτει από τις εκθέσεις αξιολόγησης αυτής και τις εν γένει συνθήκες στις οποίες αυτή τελούσε. Οι ειδικότερες περιστάσεις, εν προκειμένω, αφορούσαν στην μεσολάβηση μακρού χρονικού διαστήματος (13 χρόνια) από το διορισμό της, με συνέπεια, το ύψος του καταλογισθέντος ποσού να ανέρχεται στο ποσό των 179.014,40 ευρώ. Επίσης το γεγονός ότι αυτή, καίτοι παραποίησε το βαθμό του επίμαχου τίτλου σπουδών της, είχε αποφοιτήσει επιτυχώς από την αντίστοιχη Επαγγελματική Σχολή, εκτελούσε δε τα καθήκοντά της με συνέπεια και επάρκεια, όπως προέκυψε από τις προσκομισθείσες εκθέσεις αξιολόγησης. Στην συνέχεια, μετά από συνεκτίμηση των ειδικότερων αιτιάσεων αυτής και προκειμένου να μην διαταραχθεί η δίκαιη ισορροπία μεταξύ του δημόσιου σκοπού αποκατάστασης της νομιμότητας που είχε διαταραχθεί και της συνταγματικώς επιβεβλημένης προστασίας των διακυβευόμενων ατομικών της δικαιωμάτων, το γεγονός ότι η μείωση αυτή συνάδει με την φύση της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου (όχι ως διοικητικής ή πειθαρχικής κύρωσης ή ποινής), μείωσε το ποσό του καταλογισμού στο ύψος των 50.000 ευρώ.

δ. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η νμγ των Διοικητικών Δικαστηρίων με σημαντικές διακυμάνσεις λόγω και της πολυμορφίας των περιπτώσεων. Παγίως έκριναν τα Διοικητικά Δικαστήρια ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 Υ.Κ.(ν.3528/2007) ότι η ανάκληση του διορισμού σε περίπτωση πρόκλησης ή υποβοήθησης της παρανομίας από τον υπάλληλο δεν υπόκειται σε κανένα χρονικό περιορισμό και ότι αυτό δικαιολογείται όχι μόνο από τη μέριμνα του νομοθέτη για την αποκατάσταση της σοβαρά διαταραχθείσας νομιμότητας καθώς και των αρχών της αξιοκρατίας και της ισότητας των πολιτών, κατά την κατάληψη των δημοσίων θέσεων αλλά και εξαιτίας των σοβαρών ενδείξεων ότι ο διορισθείς στερείται του ενδεδειγμένου ήθους<sup>28</sup>. Το στοιχείο του δόλου στη δημιουργία της παράνομης κατάστασης τον στερεί από κάθε εύλογη, κατά το δίκαιο, προσδοκία στη διατήρηση της. Ο κανόνας αυτός κρίθηκε ότι δύναται να καμφθεί σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν η παρέλευση ιδιαίτερα μακρού χρόνου από τον διορισμό του υπαλλήλου σε συνδυασμό με τις ειδικές περιστάσεις της κάθε περίπτωσης, όπως οι ειδικότερες συνθήκες της υπηρεσιακής και προσωπικής ζωής του υπαλλήλου, θα καθιστούσαν την ανάκληση αντίθετη στις αρχές

<sup>27</sup> Με τη διάταξη της παρ.5 του άρθρου 28 του ν.4305/2014 για τον έλεγχο της γνησιότητας των δικαιολογητικών και κατά το στάδιο της παραίτησης και της λύσης της υπαλληλικής σχέσης δεν ετέθη ρύθμιση ως προς το ύψος των προς επιστροφή αποδοχών και την τύχη του συνταξιοδοτικού του δικαιώματος.

<sup>28</sup> ΔΕφ.Αθ 50/2018

της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης, ενόψει των οποίων θα πρέπει να ερμηνεύονται οι πιο πάνω διατάξεις του Κώδικα.<sup>29</sup>

## **7. Η αλλαγή της νομολογίας του ΑΠ στην περίπτωση παράνομου διορισμού ( ΑΠ 3/2019)**

1. Η περίπτωση που έκρινε ο ΑΠ αφορούσε μία μόνιμη υπάλληλο του κλάδου ΥΕ – Βοηθητικού – Προσωπικού ( καθαρίστρια) η οποία εμφάνισε για τον διορισμό της τίτλο σπουδών που δεν είχε (απολυτήριο Δημοτικού Σχολείου), αφού είχε φοιτήσει μόνο μέχρι την Ε Δημοτικού και ουδόλως στην ΣΤ΄ τάξη και ως εκ τούτου, δεν διέθετε τα τυπικά προσόντα για την κατάληψη της επίδικης θέσης της καθαρίστριας. Στην υπόθεση αυτή η πλειοψηφία καταφάσκει πανηγυρικά στο επιχείρημα της ισάξιας αντιπαροχής και αποκλείει τη ζημία του Δημοσίου όχι μόνο όταν ο υπάλληλος είχε πράγματι το τυπικό προσόν αλλά μειονεκτούσε έναντι των συναδέλφων του, κάλυψε δε αυτό το μειονέκτημα μ' ένα πλαστό δικαιολογητικό, αλλά και όταν έλειπε αυτό το τυπικό προσόν, όμως, δεν επηρέασε την παροχή της κατάλληλης εργασίας. Διότι ναι μεν η αποφοίτηση από την Στ΄ Τάξη και όχι από την Ε΄ Τάξη είχε πράγματι σημασία για το κύρος του διορισμού, όχι όμως για την παροχή της κατάλληλης εργασίας. Συνεπώς, ο ΑΠ δέχεται ότι «η ζημία του Δημοσίου ισοσταθμίζεται από την παροχή της εργασίας του, εκτός εάν το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ απέβλεψε σε ιδιαίτερες ικανότητες ή δεξιότητες Αντίθετη άποψη δεν μπορεί να γίνει δεκτή ενόψει και του άρθρου 904 ΑΚ που παρέχει τη δυνατότητα στον εργαζόμενο αναζήτησης μη καταβληθέντων μισθών ακόμη και επί άκυρης σύμβασης εργασίας και συνακόλουθα και μη νόμιμης εργασίας με τον αδικαιολόγητο πλουτισμό» Πρόκειται για μία ρηξικέλευθη προσέγγιση της συγκεκριμένης περίπτωσης που αφορά σε παροχή ανειδίκευτης εργασίας».

Το επιχείρημα της ισάξιας αντιπαροχής αντικρούεται στη ρίζα του από την μειοψηφία του ΑΠ. Δέχεται τη θέση ότι δεν υπάρχει βλάβη και άρα ότι δεν στοιχειοθετείται απάτη όταν η ζημία που επήλθε από την απατηλή συμπεριφορά ισοσταθμίζεται πλήρως από μία ισάξια αντιπαροχή που περιήλθε στον εξαπατηθέντα από την πράξη την οποία αυτός παραλείσθηκε να διαπράξει, είναι καταρχήν ορθή. Όμως η απάτη δεν αποκλείεται, άνευ ετέρου, σε κάθε περίπτωση ισοστάθμισης Επιβάλλεται η διττή προϋπόθεση: 1) το περιουσιακό αντιστάθμισμα πρέπει να είναι όχι μόνο ισάξιο αλλά και νόμιμο<sup>30</sup> και 2) να μπορεί να συμψηφισθεί με την ζημία κατά την έννοια του άρθρου 440 ΑΚ. Το όφελος του παθόντος που αντιστοιχεί στον αδικαιολόγητο πλουτισμό δεν συνδέεται εν προκειμένω με την περιουσιακή του διάθεσή. Και αυτό διότι, όταν κάποιος προσκομίσει ένα πλαστό ή ανακριβές πτυχίο επιτυγχάνει με την απάτη να προσληφθεί σε δημόσια θέση καίτοι δεν έχει τα προσόντα και κωλύεται να παράσχει τις υπηρεσίες του, η ζημία του Δημοσίου έγκειται στην λόγω της προσλήψεως ίδρυση της ενοχικής του υποχρέωσης στην καταβολή του μισθού. Η ζημία δε του Δημοσίου έχει επέλθει με την πρόσληψη, ενώ η παροχή της εργασίας γεννά υπέρ του εργαζόμενου αξίωση κατά του εργοδότη για αδικαιολόγητο πλουτισμό για αιτία παράνομη κατά τα άρθρα 904 ΑΚ, πλην όμως, ο συμψηφισμός αυτών δεν αναιρεί την ύπαρξη της βλάβης διότι συνιστά γεγονός μεταγενέστερο μη συνδεόμενο άμεσα με την ήδη συντελεσθείσα περιουσιακή διάθεση ( ανάληψη της ενοχής για την καταβολή του μισθού). Επίσης κατά την άποψη αυτή ότι δεν αρκεί η παρεχόμενη εργασία να είναι της αυτής ποσότητας αλλά πρέπει να είναι και της αυτής ποιότητας με εκείνη στην οποία είχε αποβλέψει το Δημόσιο. Η δε κατόπιν απάτης παρεχόμενη εργασία είναι ως προϊόν

<sup>29</sup> Βλ. Δ.Εφ.ΑΘ.258/2016,442/2016 και 1107/2017

<sup>30</sup> Κατά την μειοψηφία, η αντιπαροχή δεν διαθέτει τον απαραίτητο μανδύα “ νομιμότητας” εφόσον προηγήθηκε η παράνομη ενέργεια της υποβολής και της πρόκλησης του παράνομου διορισμού.

αδικήματος παράνομη, ήτοι εργασία κατώτερης ποιότητας από εκείνη που προσδοκούσε το Δημόσιο να του παρασχεθεί, αφού με την προκήρυξη της θέσης απαιτήθηκαν κάποια ελάχιστα νόμιμα προσόντα.

### **8.Τα προβλήματα της προτεινόμενης λύσης της αρχής της αναλογικότητας από το Ι Τμήμα. Η λύση του αδικαιολόγητου πλουτισμού που υιοθέτησε ο ΑΠ**

**α.** Καταρχάς φαίνεται ότι η ανάκληση του διορισμού με τις συνέπειες που αυτή έχει, μισθολογικές και συνταξιοδοτικές, συνιστά μέτρο πρόσφορο (ικανό, κατάλληλο) και αναγκαίο( απαραίτητο) για τους προαναφερόμενους ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος. Και αυτό διότι, η διά της αναδρομικής ανατροπής του status του δημοσίου υπαλλήλου αφαίρεση των ωφελημάτων από αυτόν αποτελεί αναγκαία συνθήκη για την αποκατάσταση της νομιμότητας και των αρχών της αξιοκρατίας και της ισότητας στην πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις, λόγω της σοβαρής παραβίασης των συνταγματικών αρχών και προς βλάβη των συμφερόντων τρίτων, οι οποίοι πιθανόν να αποκλείστηκαν από την πρόσβασή τους στη δημόσια θέση, εξαιτίας των απατηλών του ενεργειών. Όμως, το μέτρο του καταλογισμού, το οποίο αφορά στις μισθολογικές συνέπειες, δύναται, αναλόγως των περιστάσεων εκάστης περίπτωσης να αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας και δη στην τήρηση της δίκαιης ισορροπίας μεταξύ του σκοπού που υπηρετείται με αυτό και των θεμελιωδών δικαιωμάτων του υπαλλήλου και αυτό διότι ο τελευταίος έχει πράγματι απασχοληθεί επί μακρόν στο Δημόσιο μέχρι εξαντλήσεως του εργασιακού του βίου. Εν προκειμένω ελέγχεται εν τέλει από τον Δικαστή η αναλογία μεταξύ της σημασίας του θεραπευόμενου έννομου συμφέροντος (σκοπού) και της έντασης του επιλεγέντος μέτρου και των επιπτώσεων αυτού στην οικονομική και στην προσωπική κατάσταση του παρανόμως διορισθέντος.

**β.** Στο ζήτημα των πλαστών πτυχίων η διάκριση στην οποία βασίστηκε η απόφαση του Ι Τμήματος του Ελ.Συν.<sup>31</sup> για την πλέον πρόσφορη λύση που πρέπει να δοθεί στις περιπτώσεις αυτές, ήτοι η διάκριση όσον αφορά την ανάκληση μεταξύ του διοικητικού μέτρου και της διοικητικής κύρωσης είναι θεμελιώδης. Η ανάκληση του παράνομου διορισμού αποτελεί, όπως προ εκτέθηκε, διοικητικό μέτρο και όχι διοικητική κύρωση που έχει το χαρακτήρα γενικής ή ειδικής πρόληψης, αφού αποσκοπεί στην αποκατάσταση της νομιμότητας που έχει διαταραχθεί. Δομικό στοιχείο των υποθέσεων αυτών είναι ότι η δόλια συμπεριφορά του υπαλλήλου δεν είναι ο λόγος της ανάκλησης- αφού η τελευταία επέρχεται, διότι αντικειμενικά ο υπάλληλος δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του διορισμού – αποτελεί απλά την συνθήκη, η οποία δικαιολογεί την ανάκληση μετά την πάροδο εύλογου υπό τις περιστάσεις χρόνου.

**γ.** Το Ι Τμήμα, εν προκειμένω, διαπίστωσε μία ουσιώδη αντινομία. Το ίδιο βιοτικό συμβάν της υποβολής ή της υπαίτιας σύμπραξης σε ένα παράνομο διορισμό μπορούσε να οδηγήσει τόσο σε ανάκληση υποχρεωτικά του παράνομου διορισμού, όσο και σε τυποποίηση της συμπεριφοράς του υπαλλήλου ως πειθαρχικό αδίκημα Εφόσον δε είχε κινηθεί η πειθαρχική διαδικασία για το ως άνω παράπτωμα δεν μπορούσε η Διοίκηση να προβεί και σε ανάκληση του διορισμού. Το γεγονός δε ότι στο σύστημα του ΥΚ δεν είχε περιληφθεί, μέχρι πρόσφατα, ως ειδικό πειθαρχικό αδίκημα, δεν εμπόδιζε την Διοίκηση να ενεργοποιήσει είτε τον ένα μηχανισμό, είτε τον άλλο. Συγκεκριμένα, όπως η διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 του ν.3528/2007 είχε ερμηνευθεί από το ΣτΕ<sup>32</sup> ότι- αν και κατά κανόνα, η πειθαρχική δίωξη ασκείται για πράξεις του υπαλλήλου που τελούνται μετά το διορισμό του - ο υπάλληλος ελέγχεται και για

<sup>31</sup> ΕλΣυν Ι τμήμ.39/2019

<sup>32</sup> Βλ. ΣτΕ 2166/2011

πράξεις προ του διορισμού, εφόσον από τις πράξεις αυτές προκλήθηκε δόλια ή υποβοηθήθηκε η παρανομία της πράξεως του διορισμού. Στην περίπτωση μάλιστα αυτή δύναται να ασκηθεί πειθαρχική δίωξη, έστω και αν δεν προηγήθηκε ανάκληση του διορισμού του πειθαρχικώς διωκόμενου, ενώ απορρίφθηκε ως αβάσιμος ο λόγος με τον οποίο ο πειθαρχικώς διωκόμενος πρόβαλε ότι έπρεπε της ασκήσεως της πειθαρχικής διώξεως να είχε προηγηθεί ανάκληση του διορισμού. Σημειωτέον ότι ήδη, με το άρθρο 29 παρ.1 του ν.4305/2014 με τίτλο ‘‘ Προσθήκη ειδικού πειθαρχικού παραπτώματος’’ προστέθηκε παράγραφος λδ’ στο άρθρο 107 παρ.1 του ΥΚ όπου στα ειδικά πειθαρχικά παραπτώματα περιλαμβάνεται ‘‘η κατάθεση, η χρήση, η συμπερίληψη και η διατήρηση στον ατομικό υπηρεσιακό φάκελο υπαλλήλου, πλαστού, νοθευμένου ή παραπονημένου πιστοποιητικού ή τίτλου ή βεβαιώσεως’’

δ. Σημειωτέον ότι το Ι Τμήμα του ΕλΣυν<sup>33</sup> έκρινε ότι η λήψη του μέτρου της ανάκλησης είναι υποχρεωτική μόνο όταν ο υπάλληλος δεν θα ήταν διοριστέος χωρίς πλαστό πτυχίο. Σε κάθε άλλη περίπτωση,<sup>34</sup> προσήκει η πειθαρχική διαδικασία, αφού δεν τίθεται ζήτημα αποκατάστασης της νομιμότητας με την απομάκρυνση του υπαλλήλου αλλά κολασμού του για την παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του. Διαφορετική ερμηνεία σύμφωνα με την οποία πρέπει να ανακληθεί ο διορισμός του και στην αντίθετη περίπτωση, δεν θα ήταν σύμφωνη με το σκοπό της διάταξης, η οποία δεν έχει το χαρακτήρα επιβολής διοικητικής κύρωσης, ενόψει του ότι ήδη στον ΥΚ υπάρχει ειδική ρύθμιση για την περίπτωση του πλαστού πτυχίου και την αναγόρευση αυτού σε ειδικό πειθαρχικό αδίκημα. Σε όμοια υπόθεση παραποίησης πτυχίου νοσηλεύτριας το ΔΕφΠειρ.<sup>35</sup> έκρινε ότι το καθ’ου Νοσοκομείο όφειλε πριν την ανάκληση του διορισμού της αιτούσας να ερευνήσει εάν αυτή θα παρέμενε διοριστέα στην επίμαχη θέση του κλάδου ΔΕ βοηθών Νοσηλευτικής και επί τη βάσει του ως άνω νομίμως ληφθέντος πτυχίου. Ακυρώθηκε δε η σχετική απόφαση του δ.σ. του Νοσοκομείου για έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας, διότι, αφενός δεν αμφισβητήθηκε η πραγματική λήψη και νόμιμη κατοχή εκ μέρους της του απαιτούμενου για την θέση της πτυχίου, ενώ επιπροσθέτως δεν εξετάστηκε εάν ο υπάλληλος θα παρέμενε στην θέση του επί τη βάσει αυτού του πτυχίου, αν υπήρχε άλλος συνυποψήφιος για την επίμαχη θέση και ο βαθμός του ήταν υψηλότερος του δικού του, ενώ δεν κρίθηκε σε τι επηρέασαν τελικώς οι φερόμενες αποκλίσεις μεταξύ του νόμιμου πτυχίου και του υποβληθέντος πλαστού στην επιλογή του και στην εν γένει παρεχόμενη εργασία.

ε. Το ζήτημα των παράλληλων διαδικασιών διαγνώστηκε επίσης ως θεμελιώδους σημασίας για τις δύο δίκες, της διοικητικής και της δημοσιονομικής δίκης, που διασταυρώνονται στις περιπτώσεις αυτές. Πρόκειται για δύο διαδικασίες που μπορούν να κινηθούν παράλληλα, καθόσον ο παρανόμως διορισθείς υπάλληλος προστατεύεται επαρκώς και μπορεί κατά την κατάθεση της αίτησης ακύρωσης να καταθέσει και αίτηση αναστολής της εκτέλεσης της προσβληθείσας ανακλητικής πράξης. Είναι σαφής η μη δυνατότητα παρεμπόμπτος ελέγχου της πράξης ανάκλησης από το ΕλΣυν, αφού η δυνατότητα αυτή θα οδηγούσε υποχρεωτικά σε ακύρωση της πράξης ή σε άρση της εκτελεστότητας της, κατά παράβαση του συνταγματικού διαχωρισμού των δικαιοδοτικών κλάδων (άρθρα 94,95, και 98 Σ) και της συνταγματικής αρχής της ασφάλειας του δικαίου. Όμως η απαγόρευση αυτή δεν στερεί από το Δημοσιονομικό Δικαστήριο τη δυνατότητα να εξετάσει εάν το μέτρο του καταλογισμού που

<sup>33</sup> Βλ. Ελ.Συν Ι Τμήμ.39/2019

<sup>34</sup> Ητοι περίπτωση κατοχής μεν του τυπικού προσόντος αλλά υστέρησης σε συγκριτικό προσόν ή νόθευσης δικαιολογητικού ως προς προσόν που θα ήταν συγκριτικό μεν αλλά δεν επηρέασε τελικά τον διορισμό του.

<sup>35</sup> Βλ. ΔΕφ.Πειρ.439/2019, Τμήμα Α΄Ακυρ. Σχηματ.

λαμβάνεται δυνάμει της ανάκλησης του διορισμού του υπαλλήλου και σκοπεί στην αναδρομική αποκατάσταση της νομιμότητας σε σχέση με τις περιουσιακής φύσεως ωφέλειες, τις οποίες έχει αντλήσει ο υπάλληλος από την επί μακρόν υφιστάμενη νομική κατάσταση, είναι συμβατό με το νόμο και τους υπέρτερης τυπικής ισχύος κανόνες και αρχές και κυρίως εάν συνάδει με τη φύση της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου και δεν μετατρέπει αυτή σε διοικητική ή πειθαρχική κύρωση. Αντίθετη εκδοχή θα στερούσε τον καταλογιζόμενο από την πλήρη και αποτελεσματική δικαστική προστασία.

ζ. Το ζητούμενο σε όλες αυτές τις περιπτώσεις<sup>36</sup> είναι η απονομή της ουσιαστικής δικαιοσύνης. Το δικάσαν Ι Τμήμα του ΕλΣυν όπως αναμενόταν, με βάση την πάγια νομολογία του, οδηγήθηκε για λόγους ουσιαστικής δικαιοσύνης στη λύση της αναλογικότητας, αφού το ΕλΣυν ενδιαφέρει πρωτίστως η ύπαρξη και η αποκατάσταση ελλείμματος σε μία χρηματική διαχείριση και το γεγονός ότι ο καταλογισμός επέρχεται ως άμεση συνέπεια της διαπίστωσης αυτού, χωρίς να ενδιαφέρει ο πλουτισμός του υπερού ο καταλογισμός προσώπου.<sup>37</sup> Και αυτό διότι, όπως κρίθηκε, η υπηρεσία που παρείχε ο υπάλληλος δεν δημιουργεί καμία αξίωση για αμοιβή δοθέντος ότι αυτή δεν ερείδεται σε έγκυρη υπαλληλική σχέση, ούτε δημιουργεί αξίωση από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό.<sup>38</sup> Η αιτιολογία για την ερμηνευτική αυτή εκδοχή και τον αποκλεισμό του αδικαιολόγητου πλουτισμού είναι ότι τέτοιος πλουτισμός δεν προκύπτει για τον εργοδότη, αφού στη θέση του δεν θα προσλάμβανε υποχρεωτικά κάποιο άλλο με έγκυρη σύμβαση εργασίας και δεν θα υποβαλλόταν αναγκαιώς στις δαπάνες αμοιβής του με αντίστοιχη ωφέλεια. Εν προκειμένω δεν αναζητείται η γενικότερη ζημία που υπέστη το Δημόσιο από την παράνομη πρόσληψη αλλά μόνο οι αχρεωστήτως καταβληθείσες αποδοχές και εφόσον αυτές δεν αντισταθμίζονται με τις υπηρεσίες που προσέφερε. Η αντισταθμισή όμως προϋποθέτει την προσφορά κατάλληλης εργασίας και είναι ζήτημα που κρίνεται *in concreto*, διότι υπό την προϋπόθεση της κατάλληλης εργασίας ή της πλαστογράφησης ενός όλως τυπικού προσόντος που δεν επέδρασε ουσιαστικά στην παροχή της εργασίας, ο καταλογισμός μπορεί στο σύνολό του να απαλειφθεί. Το επιχείρημα της ισάξιας αντιπαροχής το οποίο επαναφέρει ο ΑΠ με την 3/2019 απόφασή του, αντανakλά όμως και παλιότερη νμλγ του ΑΠ, σύμφωνα με την οποία επί παρανόμου διορισμού δεν νοείται ζημία του Δημοσίου αλλά του παραλειφθέντος συνυποψηφίου<sup>39</sup> εκτός εάν συντρέχει παντελής έλλειψη προσόντος ουσιώδους για την παρεχόμενη εργασία.<sup>40</sup>

η. Η λύση του αδικαιολόγητου πλουτισμού φαίνεται ισότιμη με αυτή της αναλογικότητας προς την κατεύθυνση απόδοσης της ουσιαστικής δικαιοσύνης<sup>41</sup>, αφού ο εργοδότης ενέχεται για την ωφέλεια που προήλθε από την παρασχεθείσα σ' αυτόν εργασία εκ της οποίας κατέστη πλουσιότερος, η οποία μάλιστα στην συγκεκριμένη περίπτωση δύναται να υπολογιστεί με βάση τα όσα θα πλήρωνε με έγκυρη σύμβαση εργασίας σε άλλους εργαζόμενους με τα ίδια προσόντα, τις ίδιες ικανότητες και υπό τις ίδιες συνθήκες. Άλλωστε, όπως είναι γνωστό, ο θεσμός του αδικαιολόγητου

<sup>36</sup> Οι εξεταζόμενες περιπτώσεις παρουσιάζουν μεγάλη ποικιλία και αυτό οδήγησε και στην κάμψη της απολυτότητας που υπήρχε εξ αρχής στη νομολογία όλων των δικαστηρίων.

<sup>37</sup> Βλ. Ολ.Ελ.Συν.1152/2007, V Τμήμ. 531/2003, IV Τμήμ. 2428/2006, VII Τμήμ. 1376/2006

<sup>38</sup> Βλ. Ολ.Ελ.Συν. 543/2013

<sup>39</sup> Βλ. ΑΠ 1483/2003, 1477/1990, 627/2014

<sup>40</sup> Βλ. ΑΠ 195/2015

<sup>41</sup> Η διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ περιλαμβάνει μία γενική και ενιαία αξίωση για απόδοση του πλουτισμού που επήλθε στον λήπτη αδικαιολόγητα, με μόνη την πλήρωση των διατάξεων που προβλέπονται στη διάταξη αυτή.

πλουτισμού έχει κυρίως επανορθωτικό χαρακτήρα, αφού συνιστά τον μηχανισμό εκείνο που οδηγεί στην αποκατάσταση των περιουσιακών μετακινήσεων που έγιναν δίχως νόμιμη αιτία με την επαναφορά του αντικειμένου της περιουσιακής μετακίνησης από τον αδικαιολογήτως λήπτη αυτού στον δότη του. Πρόκειται για αυτοτελή και αυτοδύναμη αξίωση υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που μόνο η διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ θεσπίζει.<sup>42</sup> Αυτό άλλωστε έχει γίνει ήδη δεκτό με απόφασή του V Τμήματος<sup>43</sup> με την οποία κρίθηκε ότι στρατιωτικός που καταλογίστηκε με ποσό που αντιστοιχεί σε αχρεωστήτως ληφθείσες αποδοχές έχει αξίωση διατήρησης του καταλογιζόμενου ποσού το οποίο αποτελεί την ωφέλεια που οφείλει να του αποδώσει το Ελληνικό Δημόσιο, καθόσον το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα απέφυγε την καταβολή αποδοχών σε άλλο στρατιωτικό υπάλληλο ο οποίος θα προσέφερε τις υπηρεσίες του στην ίδια θέση κατά το διάστημα αυτό. Σε κάθε περίπτωση, ουδεμία ζημία επήλθε στο Δημόσιο, εκ του λόγου αυτού, αφού ο καταλογισθείς προσέφερε πραγματική υπηρεσία, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες συνθήκες της απασχόλησης, όπως εάν επρόκειτο για περίπτωση όπου ο υπάλληλος είχε τα προσόντα και προσέφερε παραταύτα ευδόκιμη υπηρεσία ή στις περιπτώσεις κατά τις οποίες δεν απαιτούνται εξειδικευμένες γνώσεις ή άλλες πνευματικές δεξιότητες, επομένως η νόθευση του τίτλου σπουδών δεν μπορούσε αντικειμενικά να επηρεάσει την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών.

**Θ.** Ο ΑΠ καταφάσκει πλέον πως για τον υπολογισμό της ζημίας στο έγκλημα της απάτης συμψηφίζεται κάθε όφελος που απορρέει από την περιουσιακή διάθεσή. Η απάτη περί την πρόσληψη στοιχειοθετείται, όταν ο εργοδότης ζημιώνεται, είτε εξαιτίας της ανάληψης της υποχρέωσης να καταβάλλει αμοιβή υπερβαίνουσα την ποιότητα των προσδοκώμενων υπηρεσιών, είτε όταν η παρεχόμενη από τον δράστη εργασία δεν ανταποκρίνεται στον καταβαλλόμενο μισθό από το Δημόσιο. Αν η παρεχόμενη εργασία αντισταθμίζει πλήρως την παρεχόμενη αμοιβή, δεν στοιχειοθετείται περιουσιακή ζημία<sup>44</sup>.

Εξάλλου, το έγκλημα “της απάτης περί την πρόσληψη” και η ποινική αντιμετώπισή του πρέπει, κατά την γνώμη μου, να διαχωριστεί από το στοιχείο του παράνομου περιουσιακού οφέλους σε βάρος του Δημοσίου και τις συνέπειες που αυτό έχει εν γένει στην οικονομική κατάσταση του παρανόμως διορισθέντος υπαλλήλου, αφού η απαίτηση για την καταβολή μισθού είναι μία νόμιμη απαίτηση, εφόσον ο παρανόμως διορισθείς προσέφερε κατάλληλη εργασία, η οποία ανταποκρινόταν πλήρως στον καταβαλλόμενο μισθό. Η άποψη αυτή συμπορεύεται απόλυτα με τις διατάξεις του εργατικού δικαίου ως προς την άκυρη σύμβαση εργασίας και το δικαίωμα του εργαζόμενου να αναζητήσει το μισθό του, εφόσον παρείχε πραγματικά την εργασία του, με τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού. Το έγκλημα άλλωστε, της εξαπάτησης του Δημοσίου πρέπει να θεωρείται τετελεσμένο μόνο εάν το Δημόσιο απέβλεψε σε συγκεκριμένες ιδιότητες του προσληφθέντος, ενώ είναι διαφορετική η περίπτωση κατά την οποία η πλαστογράφηση του τίτλου σπουδών ήταν μία τυπική προϋπόθεση για τον διορισμό του και δεν άσκησε εν τέλει ουσιαστική επίδραση στον τρόπο που αυτός εκτελούσε τα καθήκοντά του. Στη στάθμιση επομένως που θα γίνει από τους Δικαστές όλων των κλάδων πρέπει, πέραν της νομικής και ηθικής απαξίας

<sup>42</sup> Έχει υποστηριχθεί η επικουρικότητα του αξίωσης του αδικαιολογήτου πλουτισμού ήτοι ότι για την αναζήτηση του αδικαιολογήτου πλουτισμού κατά την διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ απαιτείται η ύπαρξη άλλης ειδικής διάταξης που να την επιτρέπει.

<sup>43</sup> Βλ. ΕλΣυν V Τμήμ.1730/2016

<sup>44</sup> Βλ. Διονυσία Μπιτζούνη, εισήγηση της σε ημερίδα που διοργανώθηκε από το ΔΣΠ, στις 28-1-2019, με θέμα «Η ποινική αντιμετώπιση των πλαστών πτυχίων».

που αντανακλά μία πράξη υποβοήθησης ή πρόκλησης παράνομου διορισμού, να ληφθούν υπόψη και οι συνέπειες που θα έχει η ανατροπή του υπηρεσιακού status ενός υπαλλήλου στην προσωπική και οικονομική κατάσταση αυτού.

ι. Οι περιπτώσεις των παράνομων διορισμών με πλαστά δικαιολογητικά, λόγω της ποικιλομορφίας τους, προσφέρουν ένα προνομιακό πεδίο για σταθμίσεις και μάλιστα *in concreto* υπέρ του ενός ή του άλλου έννομου αγαθού (της αξιοκρατίας και της ισότητας στην πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις από μια και των θεμελιωδών δικαιωμάτων του υπαλλήλου από την άλλη), που μόνο ο Δικαστής μπορεί να κάνει, ως εκ τούτου, μία γενική νομοθετική ρύθμιση δεν θα έλυne τα ζητήματα που δημιουργούνται, τα οποία, ως γνωστόν, υποκρύπτουν το μεγάλο κοινωνικό πρόβλημα της Χώρας μας, την ανεργία και το όνειρο χιλιάδων ανθρώπων για τον διορισμό τους στο Δημόσιο.<sup>45</sup> Εν προκειμένω η ανάγκη για την απονομή ουσιαστικής δικαιοσύνης, ως έκφραση της αρχής της εν στενή εννοία αναλογικότητας προϋποθέτει ορθή επιλογή των κριτηρίων στάθμισης ώστε να μην καταλείπονται αμφιβολίες για τον τρόπο της ποσοτικής αποτίμησης των κριτηρίων που αποτέλεσαν παράγοντες περιορισμού του ύψους του καταλογιστέου ποσού<sup>46</sup> και να μην δημιουργηθεί, εκ του λόγου τούτου, ανασφάλεια δικαίου<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Άλλη η περίπτωση της καθαρίστριας η θέση της οποίας δεν απαιτεί ιδιαίτερες γνώσεις και δεξιότητες σε σύγκριση με τη θέση του γιατρού η οποία απαιτεί γνώση της ιατρικής επιστήμης και εφαρμογή ιδιαίτερων κανόνων δεοντολογίας . Η ζυγαριά στη δεύτερη περίπτωση πρέπει να γέρνει προς την πλευρά της δυναμικής διακινδύνευσης της ζωής και της υγείας των πολιτών.

<sup>46</sup> Η μείωση του ποσού του καταλογισμού στην περίπτωση που εξέτασε το Ι Τμήμα στο ποσό των 50.000 ευρώ ( διόλου ευκαταφρόνητου) φαίνεται να μην στοιχείται με τα όσα έγιναν δεκτά από την απόφαση αυτή ως προς τη φύση του μέτρου της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου επανορθωτικού χαρακτήρα.

<sup>47</sup> βλ .Παρατηρήσεις της γράφουσας στην 39/2019 απόφ.Ι Τμήμ. ΕλΣυν , ΘΠΔΔ , Τεύχος Οκτωβρίου 2019, σελ. 957 επόμε.