

Τυπική παρανομία και αποκαθιστάμενη ζημία στην κρατική ευθύνη

Ιάκωβου Γ. Μαθιουδάκη,
Λέκτορα στο Τμήμα Νομικής Α.Π.Θ.

I. Εισαγωγικά

1. Η διάκριση μεταξύ τυπικής και ουσιαστικής παρανομίας των πράξεων της διοίκησης

Οι λόγοι ακυρώσεως των διοικητικών πράξεων διακρίνονται σύμφωνα με το άρθρ. 48 π.δ. 18/1989, κατά τρόπο αναπτυγμένο σε σχέση με το άρθρ. 95 παρ. 1 Συντ., στην αναρμοδιότητα, την παράβαση ουσιαστού τύπου της διαδικασίας, την παράβαση νόμου και την κατάχρηση εξουσίας¹. Οι δύο πρώτοι χαρακτηρίζονται ενίοτε ως λόγοι εξωτερικής ή τυπικής παρανομίας της διοικητικής πράξης ενώ οι δύο επόμενοι ανάγονται στην εσωτερική ή ουσιαστική παρανομία της πράξης². Η ταύτιση μεταξύ λόγων εξωτερικής και τυπικής παρανομίας, από τη μια, εσωτερικής και ουσιαστικής παρανομίας, από την άλλη, δεν είναι, πάντως, απόλυτη³. Ορισμένοι λόγοι ακυρώσεως, οι οποίοι συγκαταλέγονται⁴ κατά τα ανωτέρω στην ουσιαστική παρανομία της παράβασης νόμου, όπως π.χ. η παράβαση του δεδουλευμένου ή οι κανόνες σχετικά με την πληρότητα της (μη ενσωματωμένης έστω συνοπτικά στην πράξη σύμφωνα με τον νόμο⁵) αιτιολογίας, ανάγονται σε στοιχεία

¹ Π.Δαγτόγλου (ενημ. Π.Λαζαράτος/Θ.Παπαγεωργίου), Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, 3^η έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, σ. 556 επ.· Ε.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τ. 2, 13^η έκδ., Αθήνα, Δεκ. 2010, πλαγιάρ. 494, σ. 120· Δ.Κόρσος, Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού δικαίου, τ. Β. Το Συμβούλιο της Επικρατείας και τα ασκούμενα ένδικα μέσα, τευχ. Α, Αθήνα, 1984, σ. 163 επ.· Θ.Τσάτσος, Η αίτησις ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, έκδ. 3^η, 1971, σ. 190. Στην προσφυγή του άρθρ. 63 ΚΔΔ δεν προβλέπονται λόγοι ακυρώσεως κατά τον ίδιο τρόπο, Δ.Αναστόπουλος/Θ.Φορτσάκης, Φορολογικό Δίκαιο, β έκδ., 2003, Αθήνα-Κομοτηνή, σ.591, πλαγιάρ. 729.

² Έτσι, ο D.Turpin, Contentieux administratif, 5e éd., Paris, 2010, σ. 64 και ο Ε.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο, ο.π., πλαγιάρ. 495.

³ Ο Δ.Κόρσος, Εισηγήσεις Διοικητικού Δικονομικού Δικαίου ..., ο.π., σ. 168, περιορίζει στον χαρακτηρισμό των δύο πρώτων λόγων ως λόγων «εξωτερικής» νομιμότητας και των δύο επόμενων ως λόγων «εσωτερικής» νομιμότητας.

⁴ Έτσι, ο Ε.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο, ο.π., πλαγιάρ. 504 επ., 516 επ. Στη συνέχεια, πάντως, ο ίδιος (στην ενότητα για τις συνέπειες των αποφάσεων του ΣτΕ, ο.π. πλαγιάρ. 570) χαρακτηρίζει την παράβαση ουσιαστού τύπου και το ανατιολόγητο ως λόγους τυπικής παρανομίας της πράξης.

⁵ Σε περίπτωση υποχρέωσης ενσωμάτωσης πρόκειται για παράβαση ουσιαστού τύπου της διαδικασίας έκδοσης της πράξης, ΔΕφΤριπ 142/2001, ΔιΔικ 2003, 926· Γ.Γεραπετρίτης, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων. Θεσμική και δικαιοπολιτική αντιμετώπιση στην Ελλάδα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1998, 73 επ.· Β.Καψάλη, Η αιτιολογία ως ουσιαστικός τύπος των

τυπικής παρανομίας της διοικητικής πράξης και συγκαταλέγονται ορθότερα στους λόγους τυπικής παρανομίας της⁶. Την άποψη αυτή δέχεται και η εγχώρια νομολογία⁷. Έτσι, εν προκειμένω, ως λόγοι ουσιαστικής παρανομίας της διοικητικής πράξης νοούνται όσοι αναφέρονται στην ερμηνεία και εφαρμογή του κανόνα δικαίου, δυνάμει του οποίου τέμνεται η υπόθεση επί της ουσίας, ενώ λόγοι τυπικής παρανομίας, αυτοί που αφορούν είτε την *εξωτερική* είτε την *εσωτερική* τυπική νομιμότητα της διοικητικής πράξης⁸, δηλαδή τα εξωτερικά χαρακτηριστικά της και την τήρηση των διαδικαστικών κανόνων της (έγγραφος τύπος, χρονολογία, αρμοδιότητα, αιτιολογία, διαδικαστικοί τύποι⁹ κ.λπ.).

2. Ενδεικτικά συναγόμενες συνέπειες

Η διάκριση μεταξύ τυπικής και ουσιαστικής παρανομίας της διοικητικής πράξης συνδέεται με μία σειρά διόλου αμελητέων επακόλουθων, ορισμένα από τα οποία έχουν ως ακολούθως:

α) Η δυνατότητα *αυτεπαγγέλτου* δικαστικού ελέγχου των λόγων παρανομίας της διοικητικής πράξης ισχύει κατεξοχήν για τις *τυπικές* πλημμέλειές της. Έτσι, ερευνώνται αυτεπαγγέλτως στο πλαίσιο των διαπλαστικών ενδίκων βοηθημάτων¹⁰ η αναρμοδιότητα¹¹, ορισμένες

ατομικών διοικητικών πράξεων: μία υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση, ΕφημΔΔ 2010, 568· *Ο.Σπάχης*, Η έλλειψη και τα ελαττώματα της αιτιολογίας ως λόγος ακυρώσεως σύμφωνα με τους νέους κώδικες διοικητικής διαδικασίας και διοικητικής δικονομίας, ΔιΔικ 2002, 14 επ.(15).

⁶ Για το δεδικασμένο, τόσο κατά την τυπικό όσο και κατά την ουσιαστική του μορφή, πρβλ. *Ε.Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Το δεδικασμένο των αποφάσεων των διοικητικών δικαστηρίων, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2002, σ. 10 επ.· για την αιτιολογία, ΔΕφΑθ 2116/2001.

⁷ Βλ. *Κ.Γώγος*, Οι αλυσιτελείς λόγοι ακυρώσεως επί πράξεων δέσμιας αρμοδιότητας. Ο ακυρωτικός δικαστής μεταξύ ουσιαστικής και τυπικής νομιμότητας της διοικητικής πράξης, ... , σ. 77 (με καταγραφή της νομολογίας για την ευρεία αντίληψη των τυπικών λόγων ακυρώσεως στις προσυμβατικές διαφορές): από τον χώρο της κρατικής ευθύνης, ΔΕφΑθ 2117/2001.

⁸ Η αναρμοδιότητα και η παράβαση ουσιώδους διαδικαστικού τύπου αποτελούν λόγους εξωτερικής τυπικής νομιμότητας της πράξης σε αντίθεση με την έλλειψη αιτιολογίας και το δεδικασμένο, που αφορούν την εσωτερική τυπική νομιμότητα της πράξης· πρβλ. από τον χώρο του ελέγχου συνταγματικότητας, *Β.Σκουρή/Ε.Βενιζέλος*, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, Θεσσαλονίκη, 1985, σ. 83· *Ε.Βενιζέλος*, Μαθήματα συνταγματικού δικαίου, αναθ. έκδοση, Αθήνα-Κομοτηνή, 2008, σ. 235.

⁹ Ο νομοθέτης αναφέρθηκε πρόσφατα στους λόγους τυπικής παρανομίας της πράξης ως λόγους, που ανάγονται «στον τύπο ή τη διαδικασία έκδοσης της πράξης», βλ. κατωτέρω, σημ. 24.

¹⁰ Βλ. συνολικά, για τις περιπτώσεις, που ακολουθούν χωρίς να γίνεται αναφορά σε συγκεκριμένη νομολογία, *Π. Παυλόπουλος*, Η αστική ευθύνη του δημοσίου. Π. Κατά τους κανόνες του δημοσίου δικαίου, ημτ. Α, Αθήνα, 1989, 322-3, όπου παραπομπές στην νομολογία.

¹¹ Π.χ. ΣΕ 499/2001 (παράβαση του άρθρ. 43 παρ. 2 Συντ.).

μορφές παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας¹², όπως η μη αποστολή προεδρικού διατάγματος προς επεξεργασία στο ΣτΕ¹³, η κακή σύνθεση των συλλογικών διοικητικών οργάνων, η παράβαση διάταξης, που απαιτεί την προηγούμενη γνωμοδότηση άλλου οργάνου, η μη κλήση σε απολογία στο πειθαρχικό δίκαιο των δημοσίων υπαλλήλων¹⁴ ή η μη έκδοση συμπληρωματικού παραπεμπτηρίου εγγράφου στο δημοσιοϋπαλληλικό πειθαρχικό δίκαιο¹⁵, η παράβαση του δεδικασμένου¹⁶ κ.α. Οι ουσιαστικές πλημμέλειες της πράξης δεν ερευνώνται καταρχάς αυτεπαγγέλτως¹⁷.

β) Η έκταση του δεδικασμένου της ακυρωτικής απόφασης σε σχέση με την υποχρέωση συμμόρφωσης της διοίκησης διαφοροποιείται σοβαρά μεταξύ τυπικά και ουσιαστικά παράνομης διοικητικής πράξης. Στην περίπτωση ακύρωσης της πράξης για τυπικό λόγο, το διοικητικό όργανο μπορεί να επανεκδώσει καταρχήν την ίδια κατά περιεχόμενο πράξη θεραπεύοντας την *τυπική* πλημμέλειά της ακυρωθείσας¹⁸.

γ) Ειδικά, στην περίπτωση της παράβασης *διαδικαστικών* κανόνων της τυπικής νομιμότητας η επανάκριση της υπόθεσης από την διοίκηση σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδικασμένο λαμβάνει χώρα με βάση το νομοθετικό καθεστώς, που ισχύει, κατά τον χρόνο έκδοσης της νέας πράξης¹⁹.

δ) Τυπικοί λόγοι ακυρώσεως δεν προβάλλονται *καταρχήν* νομίμως κατά παραλείψεων της διοίκησης, για τις οποίες δεν νοείται έλλειψη αιτιολογίας ή λόγος περί αναρμοδιότητας, διότι το παραδεκτό προσβολής τους προϋποθέτει την συνδρομή των όρων του ουσιαστικού δικαίου, δηλαδή την υποχρέωση της διοίκησης να ενεργήσει²⁰.

ε) Για τους λόγους ακυρώσεως, που ανάγονται στην τυπική νομιμότητα της διοικητικής πράξης ισχύει ο νομολογιακός κανόνας ότι κρίνονται αλυσιτελείς, εφόσον το διοικητικό όργανο απορρίπτει κατά

¹² Για την μη αυτεπάγγελτη έρευνα της προηγούμενης ακρόασης, βλ. την σημαντική ΣΕ 7μ. 3718/2003.

¹³ ΣΕ 1056/2000· 2324/1999, Αρμ. 2000, 848.

¹⁴ ΣΕ 351/2006 (μέλη ΔΕΠ)· 3971/2003· ΔΕφΑθ 1024/2007, ΝΟΜΟΣ.

¹⁵ ΣΕ 2721/2007· 3192/2003.

¹⁶ Βλ. και άρθρ. 79 παρ. 1 γ και παρ. 5 περ. α εδ. β, 144 ΚΔΔ· ΣΕ 1699/2009.

¹⁷ Βλ., πάλι, *Ε.Σπηλιωτόπουλο*, Εγχειρίδιο, ο.π., πλαγιάρ. 515 για την πλάνη περί τα πράγματα και την κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας. Η έλλειψη, όμως, συνταγματικού νομοθετικού ερείσματος της πράξης ερευνάται αυτεπαγγέλτως, ΣΕ 2571/1993.

¹⁸ *Ε.Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Το δεδικασμένο ..., ο.π., σ. 123 επ· *Δ.Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου*, Αι συνέπειες της ακυρώσεως διοικητικής πράξεως έναντι της διοικήσεως κατόπιν ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως, Θεσσαλονίκη, 1980, σ. 65· *Π.Λαζαράτος*, Δεδικασμένο και επανάληψη της διαδικασίας, Δ 1996, 985 επ.

¹⁹ Ενδεικτικά, ΣΕ 1222/2003 (το συλλογικό διοικητικό όργανο επιλαμβάνεται σε συμμόρφωση προς την ακυρωτική απόφαση με την εκάστοτε νόμιμη σύνθεση).

²⁰ *Κ.Γώγος*, Η δικαστική προσβολή παραλείψεων της διοίκησης, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, 220 επ., 224 επ., 258 επ., όπου εξαιρέσεις σε σχέση με την γνωμοδοτική διαδικασία και την παράλειψη απόφασης με παράλληλο διαφορισμό των σιωπηρών αρνήσεων.

δέσμια αρμοδιότητα αίτημα διοικουμένου με υποστατή διοικητική πράξη, ο αιτών δεν αμφισβητεί τα πραγματικά περιστατικά και το δικαστήριο καταλήγει στην κρίση ότι δεν ήταν κατά νόμο επιτρεπτή η έκδοση της πράξης με το αξιούμενο από τον αιτούντα περιεχόμενο²¹.

στ) Από τον χώρο του πειθαρχικού δικαίου αντλείται ο κανόνας ότι η ανάκληση τυπικά παράνομης διοικητικής πράξης δεν αίρει την πειθαρχική ευθύνη του εκδόντος αυτήν υπαλλήλου, διότι, λόγω της θέσεως, που κατείχε αυτός στην ιεραρχία, όφειλε να είχε δράσει με υπευθυνότητα και επιμέλεια²².

ζ) Σύμφωνα με την νεότερη ρύθμιση του άρθρ. 79 παρ. 5 περ β ΚΔΔ²³ επιτρέπεται ακύρωση πράξης ή παράλειψης της φορολογικής αρχής για παράβαση διάταξης, που ρυθμίζει τον τύπο ή τη διαδικασία, μόνον αν ο προσφεύγων επικαλείται και αποδεικνύει άλλως μη επανορθώσιμη βλάβη.

Ο κατάλογος αυτός δεν είναι, βέβαια, εξαντλητικός. Μία, ακόμη, θεματική ανάγεται στο ερώτημα, εάν η παρανομία στο πλαίσιο του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ έχει (μόνον) ουσιαστική ή και τυπική φύση, εάν, δηλαδή, η τυπική παρανομία επαρκεί για την θεμελίωση κρατικής ευθύνης στην εν λόγω διάταξη. Το ερώτημα αυτό επικεντρώνεται πρώτιστα -όπως θα φανεί στη συνέχεια- όχι στην συνδρομή της προϋπόθεσης του παρανόμου, η οποία κρίθηκε νομολογιακά με πνεύμα σαφήνειας και απλότητας (στη συνέχεια, υπό II.1), αλλά του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της τυπικής παρανομίας της κρατικής πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας και της ζημίας του ιδιώτη (στη συνέχεια, υπό III). Το πιο σύνθετο αυτό ζήτημα αποτελεί το κύριο αντικείμενο της παρούσας μελέτης.

II. Τα δεδομένα

1. Δεδομένο πρώτο: Η τυπική παρανομία αποτελεί ισοδύναμη μορφή διοικητικής παρανομίας προς την ουσιαστική κατά το άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ και δεσμεύει την κρατική ευθύνη

Στην ελληνική νομολογία διακρίνονται δύο περίοδοι υπαγωγής της τυπικής παρανομίας στο πλαίσιο του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ. Κατά την πρώτη περίοδο η τυπική παρανομία κρινόταν ανεπαρκής για να στηρίξει αφεαυτής την κρατική ευθύνη. Κατά τη δεύτερη περίοδο τα δεδομένα μεταβλήθηκαν. Παραμένει, όμως, ανοικτό το ζήτημα της αιτιακής

²¹ ΣΕ ΟΛ 530/2003· 2268/2005· 3984/2004· 859/2004· 7μ. 4231/2000· πρόσφατα, Κ.Γώγος, Οι αλυσιτελείς λόγοι ..., ο.π., όπου υπομνηματισμοί στη σχετική βιβλιογραφία.

²² ΣΕ 3010/1996, Α.Τάχος/Ι.Συμεωνίδης, ΕρμΥΚ, γ έκδ., τομ. II, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2007, σ. 1245.

²³ Όπως τροποποιήθηκε με το άρθρ. 20 του ν. 3900/2010 (ΦΕΚ 213/17-12-2010).

σύνδεσης της τυπικής παρανομίας προς συγκεκριμένη ζημία, η οποία οφείλει να αποκατασταθεί.

α. Η πρώτη φάση της νομολογίας: Η ανεπάρκεια της τυπικής παρανομίας για τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ

Σύμφωνα με την αρχική θέση της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων η τυπική παρανομία κρινόταν ανεπαρκής για να στηρίξει την κρατική ευθύνη. Γινόταν δεκτό ότι η παρανομία στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ απαιτείται να εμπεριέχει εσφαλμένη κρίση επί της ουσίας της διαφοράς. Επομένως, σε περίπτωση, που η πράξη έπασχε τυπικής πλημμέλειας, δεν αρκούσε η επίκλησή της για την δέσμευση της κρατικής ευθύνης. Θα έπρεπε να στοιχειοθετείται επιπλέον και ουσιαστική παρανομία της, ώστε να υφίσταται πρόσφορη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ παρανομίας και ζημιογόνου αποτελέσματος, για να θεμελιωθεί αποζημιωτική κρατική ευθύνη για την βλάβη του ιδιώτη²⁴.

Από την θέση της παλαιότερης αυτής νομολογίας, προκύπτει ότι η οριοθέτηση της τυπικής παρανομίας αναγόταν στην συνδρομή όχι της προϋπόθεσης του «παρανόμου» αλλά του αιτιώδους συνδέσμου στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ. Δεν αμφισβητείτο ότι η «τυπική» παρανομία αποτελούσε μορφή παρανομίας της διοίκησης εντασσόμενη στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ· κρινόταν, όμως, αυτή εκ προοιμίου ανεπαρκής, ιδίως ενόψει της αναδρομικής δικαστικής ακύρωσης ζημιογόνων διοικητικών πράξεων για αυτόν τον λόγο, ώστε να οδηγήσει σε πρόσφορη αιτιακή σύνδεση με την ζημία του διοικουμένου στο πλαίσιο του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ.

β. Η δεύτερη φάση της νομολογίας: Η αποδοχή της τυπικής παρανομίας στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ

Με σειρά αποφάσεων στα τέλη της δεκαετίας του 2000 και εντεύθεν²⁵ η νομολογία αυτή μεταβλήθηκε. Γίνεται πλέον δεκτό ότι η τυπική παρανομία της πράξης από μόνη της συνιστά αυτοτελή βάση ευθύνης του κράτους προς τους λόγους ουσιαστικής παρανομίας.

²⁴ *Ι.Μαθιουδάκης*, Η αστική ευθύνη του κράτους από υλικές ενέργειες των οργάνων του κατά τα άρθρ. 105-6 ΕισΝΑΚ, Θεσσαλονίκη, 2006, σ. 236· από την παλαιότερη νομολογία, ως επί το πλείστον σε περιπτώσεις ακύρωσης της τυπικά παράνομης διοικητικής πράξης με δικαστική απόφαση, ΑΠ 39/1988, ΔιΔικ 1989, 1150· ΔΕφαθ 2117/2001 (μνημονεύεται στην ΣΕ 1286/2006), ΔΕφαθ 4005/2000 (μνημονεύεται στην ΣΕ 1841/2007), 4005/2005 (μνημονεύεται στην ΣΕ 1749/2003), 1237/1992, ΕΔΚΑ 1993, 249· ΔΠΑθ 19916/1995 (μνημονεύεται στην ΣΕ 1749/2003), 6376/1998 (μνημονεύεται στην ΣΕ 1017/2009)· ΔΠΠειρ 1111/1996 (μνημονεύεται στην ΣΕ 1841/2007) κ.α.

²⁵ Απόφαση αρχής η ΣΕ 7μ. 2884/1999 και πάγια μεταγενέστερη νομολογία (βλ. στη συνέχεια, σημ. 43)· *Ι.Συμεωνίδης*, Η αντιμετώπιση του φαινομένου της μη συμμορφώσεως της διοικήσεως στις αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων. Νεώτερη νομολογία και προοπτικές μετά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και το αναθεωρημένο Σύνταγμα, ΕΔΔΔ 2003, 265· *Ι.Μαθιουδάκης*, Η αστική ευθύνη ..., ο.π., σ. 236.

Παραιτέρω, ότι η τυπική παρανομία δεν είναι ικανή να διασπάσει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της παράνομης πράξης και της επελθούσας ζημίας παρά την αναδρομική θεραπεία της εν λόγω παρανομίας από την διοίκηση²⁶.

Η νεότερη αυτή νομολογία, στηριζόμενη ευχερώς στην γραμματική διατύπωση του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, το οποίο δεν διακρίνει μεταξύ «ουσιαστικής» και «τυπικής» παρανομίας της πράξης²⁷, ανοίγει τον δρόμο για την καταβολή αποζημιώσεων κατά του κράτους ανεξάρτητα από την επί της ουσίας ρύθμιση της υπόθεσης από τη Διοίκηση. Η εκδοχή αυτή στις ουσιαστικές-αποζημιωτικές διαφορές δημιουργεί συνειρμούς με το μόρφωμα της παράλειψης απόφασης στο πλαίσιο της ακυρωτικής δίκης. Όπως στην παράλειψη απόφασης²⁸, έτσι και εδώ, η καταβολή αποζημίωσης λόγω τυπικής πλημμέλειας της πράξης μπορεί να αποδειχθεί ιδιαίτερα ευεργετική για τον διοικούμενο, ο οποίος δεν μπορεί να εξαναγκάσει την διοίκηση στην έκδοση ευμενούς για τον ίδιον ρύθμισης λόγω του είδους της αρμοδιότητας, που η τελευταία ασκεί. *Όπως, όμως, η ακύρωση της παράλειψης απόφασης αποτελεί μία ελάσσινα μορφή έννομης προστασίας έναντι της ακύρωσης της παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, έτσι και εδώ, η καταβολή αποζημίωσης για τυπική πλημμέλεια αποτελεί καταρχήν ελάσσινα μορφή έννομης προστασίας σε σχέση με την καταβολή αποζημίωσης λόγω ουσιαστικά παράνομης πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας της διοίκησης. Στο μέτρο, που το είδος και η έκταση της αποζημίωσης συνδέεται αιτιακά με το είδος και την έκταση της παρανομίας²⁹, η τυπική παρανομία θα καλύπτει μικρότερο εύρος αποζημιωτέων παρανομιών σε σχέση προς την ουσιαστική παρανομία της διοικητικής δράσης. Το*

²⁶ Αντιπροσωπευτική η διατύπωση της ΣΕ 1017/2009: «Και ναι μεν η Διοίκηση μπορεί είτε ν' ανακαλέσει την ως άνω παράνομη πράξη, εκδίδοντας νέα νόμιμη πράξη, προσδίδοντας, μάλιστα, σ' αυτή αναδρομική δύναμη, είτε να εκδώσει τη νέα αυτή νόμιμη πράξη μετά την ακύρωση, με απόφαση διοικητικού δικαστηρίου, της αρχικής παράνομης πράξης, με αποτέλεσμα, στις περιπτώσεις αυτές, να μην υφίσταται πλέον παράνομη διοικητική πράξη και να διασπάται, έτσι, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ αυτής και της ζημίας, πλην, σε περίπτωση που η αρχικώς εκδοθείσα παράνομη διοικητική πράξη έχει εφαρμοσθεί για ορισμένο χρονικό διάστημα, δηλαδή μέχρι την έκδοση της νεότερης νόμιμης πράξης, εξακολουθεί να υφίσταται ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της, εν λόγω παρανομίας και της ζημίας και, συνεπώς, εξακολουθεί να συντρέχει η ανωτέρω προϋπόθεση που θεσπίζουν τα άρθρα 105 και 106 του ως άνω νόμου. Η προϋπόθεση αυτή συντρέχει, πολύ περισσότερο, στην περίπτωση που δεν εκδοθεί, τελικώς, νόμιμη διοικητική πράξη (Βλ. Σ.τ.Ε. 3424/1999, 3328/2001, 1749/2003 κ.ά.)». Βλ. κατωτέρω, υπό 2.

²⁷ Έτσι, και η ΣΕ 2733/2010.

²⁸ Κ.Γώγος, Η δικαστική προσβολή παραλείψεων ..., ο.π., σ. 60 επ.· Χ.Μουκίου, Η «Σιωπή» της Διοίκησης, Αθήνα-Κομοτηνή, 2003, σ. 852 επ.

²⁹ Μ.Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2004, σ. 474 (αιτιότητα για την έκταση της ευθύνης)· Π.Παυλόπουλος, σε: Α.Γέροντας/ Σ.Λύτρας/ Π.Παυλόπουλος/ Γ.Σιούτη/ Σ.Φλογαίτης, Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, 339. Από την νομολογία, ΣΕ 2774/2005, 3027/1998.

ερώτημα της ακριβούς έκτασης της αιτιακά συνδεόμενης με την *τυπική* παρανομία *ζημίας* και επομένως, της υποχρέωσης αποζημίωσης της διοίκησης, παραμένει, λοιπόν, ανοικτό.

2. *Δεδομένο δεύτερο: Το ακυρωτικό δεδικασμένο στην περίπτωση της ακύρωσης διοικητικής πράξης για τυπική παρανομία περιορίζεται στο ζήτημα αυτό, το οποίο θεραπεύεται με την έκδοση τυπικά νόμιμης πράξης με αναδρομική ισχύ*

Η τυπική παρανομία της διοικητικής πράξης δεν θίγει το ουσιαστικό της περιεχόμενο. Ενδεχομένως η πράξη να είναι νόμιμη ως προς αυτό. Επειδή, μάλιστα, κατά την δικαστική κρίση προηγείται ο έλεγχος των στοιχείων της τυπικής σε σχέση με τον έλεγχο των στοιχείων της ουσιαστικής της νομιμότητας³⁰, ακύρωση της πράξης για λόγο τυπικής νομιμότητας συνεπάγεται συνήθως ότι το Δικαστήριο δεν έκρινε την ουσία της υπόθεσης³¹. Στο μέτρο, που το ακυρωτικό δεδικασμένο διαθέτει έκταση ανάλογη με τον λόγο παρανομίας της ακυρωθείσας πράξης, ο οποίος γίνεται δεκτός, και η διοίκηση διαθέτει την δυνατότητα επανάληψης της πράξης με νέα νομική ή πραγματική βάση³², στην περίπτωση ακύρωσης *τυπικά* παράνομης διοικητικής πράξης, είναι κατά κανόνα³³ δυνατή, η επανέκδοσή της από την διοίκηση *με το ίδιο περιεχόμενο* μετά από θεραπεία του τυπικού αυτού ελαττώματος³⁴. Η ακύρωση της πράξης ανατρέχει στον χρόνο έκδοσής της, ομοίως και η συμμόρφωση της Διοίκησης προς το ακυρωτικό δεδικασμένο³⁵. Η εκδιδόμενη πράξη σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδικασμένο ανατρέχει κατά κανόνα στον χρόνο έκδοσης της αρχικής πράξης θεραπεύοντας το τυπικό ελάττωμα εκείνης εξ υπαρχής. Πρόκειται για

³⁰ Ο *Θ.Τσάτσος*, Η αίτησις ακυρώσεως, ο.π., σ. 192, σημειώνει χαρακτηριστικά ότι η σειρά, με την οποία αναφέρονται οι λόγοι ακυρώσεως στον νόμο, υπονοεί και σειρά ελέγχου τους.

³¹ Ορισμένες φορές, πάντως, το διοικητικό δικαστήριο προβαίνει σε επί της ουσίας κρίση της υπόθεσης παρά την αποδοχή λόγου τυπικής παρανομίας της πράξης υπό τη μορφή αφηγηματικώς αναφερόμενων στην απόφαση (*obiter dicta*). Οι παραδοχές αυτές δεν καλύπτονται αυτονόητα από το δεδικασμένο της απόφασης (βλ. *Ε.Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Το δεδικασμένο ..., ο.π., σ. 144 για την διάκριση των αιτιολογικών κρίσεων σε ουσιώδεις και μη).

³² *Ε.Κουτούπα-Ρεγκάκου*, Το δεδικασμένο ..., ο.π., σ. 231.

³³ Ανάλογα με τον λόγο παρανομίας, με το περιεχόμενο της διοικητικής αρμοδιότητας και τη διαδικασία, π.χ. επί αποκλειστικής κατά χρόνο αρμοδιότητας το όργανο δεν θα μπορεί να επανέλθει, η ευχέρεια επανόδου σε πράξεις διακριτικής ευχέρειας (*Ε.Κουτούπα-Ρεγκάκου*, ο.π., σ. 74) μετατρέπεται σε υποχρέωση όταν ακυρώνεται παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας ή μερικότερη πράξη σύνθετης διοικητικής ενέργειας της διοίκησης (για το τελευταίο, *Ε.Πρεβεδούρου*, Η σύνθετη διοικητική ενέργεια. Εθνικό δίκαιο και κοινοτική προοπτική, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2005, σ. 240 επ.).

³⁴ Ανωτέρω, σημ. 19.

³⁵ ΣΕ 100/2011· 957/2010· ΔΕφΑθ 395/2007, ΘΠΔΔ 2008, 555 · για την εξαίρεση των διαδικαστικών πλημμελειών, βλ. ανωτέρω, σημ. 20.

υποχρεωτική αναδρομή από την πλευρά της διοίκησης³⁶, η οποία εντοπίζεται όχι στην ανάκληση της ακυρωθείσας πράξης, η οποία έχει ήδη εξαφανισθεί με την δικαστική ακύρωση, αλλά, πέραν των άλλων³⁷, στην κατά περίπτωση υποχρέωση έκδοσης των αναγκαίων πράξεων για την επάνοδο στο status quo ante (π.χ. καταβολή αποδοχών)³⁸.

3. Δεδομένο τρίτο: Η αναδρομική θεραπεία της παρανομίας με την ανάκληση της τυπικά παράνομης διοικητικής πράξης από τη Διοίκηση δεν διαρρηγνύει τον αιτιώδη σύνδεσμο προς το ζημιογόνο αποτέλεσμα και άρα την κρατική ευθύνη, εφόσον η τυπικά παράνομη πράξη εφαρμόστηκε

Η διοίκηση διαθέτει καταρχήν ευχέρεια ανάκλησης των παράνομων δυσμενών διοικητικών πράξεων³⁹. Εντός της ευχέρειας αυτής εμπίπτει η δυνατότητα της διοίκησης για αναδρομική ανάκλησή των τυπικά παράνομων ευμενών διοικητικών πράξεων⁴⁰. Μάλιστα, το άρθρ. 21 παρ. 2 του ΚΔΔιαδ ανάγει την ευχέρεια αναδρομής σε υποχρέωση, ειδικά στην περίπτωση, που η παράνομη διοικητική πράξη ανακαλείται για διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών. Ομοίως, υφίσταται υποχρέωση αναδρομικής άρσης της τυπικής παρανομίας, εάν η πράξη ακυρώθηκε για τον λόγο αυτό με απόφαση διοικητικού δικαστηρίου και εκδίδεται νεότερη πράξη σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδικασμένο⁴¹.

Από το κανονιστικό αυτό πλαίσιο προκύπτει η εν γένει δυνατότητα, και ορισμένες φορές υποχρέωση, της διοίκησης να άρει την παρανομία αναδρομικά. Έτσι, στο μέτρο, που η αναδρομική ανάκληση

³⁶ ΔΕφαΘ 395/2007: Ακύρωση της εκλογής μέλους ΔΕΠ για τυπικό λόγο – επανεκλογή και καθυστέρηση διορισμού από τον Πρύτανη – υποχρεωτική αναδρομικότητα της πράξης και καταβολή αποδοχών από τον αρχικό διορισμό.

³⁷ Για τις υποχρεώσεις της διοίκησης σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδικασμένο καταγράφει η ΣΕ 1512/2009: Ανάκληση ή τροποποίηση της διοικητικής πράξης, που στηρίζεται στην ακυρωθείσα και επανάληψη των πράξεων, που υποχρεούται η διοίκηση να εκδώσει, χωρίς την νομική πλημμέλεια, που διαπιστώθηκε.

³⁸ Βλ. την χαρακτηριστική ΣΕ 2792/2008, στην οποία ο αναδρομικός διορισμός μέλους ΔΕΠ, σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδικασμένο, συνοδεύθηκε από τον όρο μη καταβολής αποδοχών, ο οποίος κρίθηκε παράνομος. Έτσι, και η προαναφερόμενη ΔΕφαΘ 395/2007. Η δημοσιευόμενη στο παρόν τεύχος απόφαση του ΤΔΠΘεσ 2518/2010 (ακύρωση για τυπικό λόγο της εκλογής λέκτορα ΑΕΙ και επανεκλογή του – αναζήτηση των αποδοχών για το μεσοδιάστημα και αποζημίωση για ηθική βλάβη), θεμελιώνει την μη καταβολή αναδρομικών αποδοχών (και) στο γεγονός ότι η επανεκλογή του ενάγοντος αποτελούσε νέα κρίση, η οποία στηριζόταν σε άλλες διατάξεις και όχι στο ακυρωτικό δεδικασμένο, από το οποίο δεν προέκυπτε σχετική υποχρέωση. Αντίκρουση επιχειρούμε στις παρά πόδα παρατηρήσεις της απόφασης.

³⁹ Ενδεικτικά, ΣΕ 3806/1996.

⁴⁰ Υπό τους γνώριμους περιορισμούς ως προς τις περιοδικές παροχές με βάση τον χρόνο, που παρήλθε, και την επίπτωση της ανάκλησης στην διασφάλιση των μέσων βιοπορισμού του διοικουμένου, Π.Δαγτόγλου (ενημ.Π.-Μ. Ευστρατίου), Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 4^η έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή, πλαγιάρ. 703 επ..

⁴¹ Βλ. ανωτέρω, σημ. 36.

της διοικητικής πράξης ισοδυναμεί με εξαφάνισή της από τον νομικό κόσμο εξυπαρχής, έκτοτε παύει να υφίσταται και η παρανομία της. Εάν, λοιπόν, η παράνομη αυτή διοικητική πράξη προξένησε στον ιδιώτη ζημία, ωστόσο, μέχρι τον χρόνο εκδίκασης της αγωγής αποζημίωσης του ιδιώτη κατά του κράτους, η διοίκηση ανακαλέσει αναδρομικά την πράξη, παύει να υφίσταται στον νομικό κόσμο τόσο η πράξη όσο και η παρανομία της. Κατά την τυπική αυτή νομική λογική με την αναδρομική άρση του παράνομου χαρακτήρα της πράξης εξαφανίζεται μία εκ των προϋποθέσεων της κρατικής ευθύνης κατά το άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, κατά συνέπεια, δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί κρατική ευθύνη.

Η εργαλειακή αυτή αντιμετώπιση της παρανομίας θα οδηγούσε σε νομιμοφανή, μεν, εμφανώς, όμως, άδικα και άτοπα αποτελέσματα για τον ιδιώτη και σε μία μη χρηστή άσκηση διοίκησης από την πλευρά του κράτους. Παρότι η κινούμενη στον νομικό κόσμο παρανομία εξαφανίζεται, η κινούμενη στον υλικό κόσμο ζημία εξακολουθεί να υφίσταται. Για τον λόγο αυτόν η νομολογία κατέληξε στο ορθό συμπέρασμα ότι, εφόσον η παράνομη πράξη ίσχυσε και εφαρμόστηκε για ορισμένο χρονικό διάστημα προξενώντας ζημία στον ιδιώτη, η αναδρομική άρση της παρανομίας της με την έκδοση ανακλητικής πράξης με αναδρομική ισχύ και η ενδεχόμενη αντικατάστασή της με νέα νόμιμη δεν διαρρηγνύει τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ της παρανομίας της πράξης και της ζημίας, που αυτή προξένησε. Ενισχυτικό χαρακτήρα στην ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου προσδίδει το γεγονός ότι η διοίκηση ουδέποτε εξέδωσε νόμιμη διοικητική πράξη⁴².

4. Δεδομένο τέταρτο: Η υποχρέωση αποζημίωσης (αναδρομικής καταβολής αποδοχών) κρίνεται ανεξάρτητα από την δυνατότητα παροχής υπηρεσιών κατά τον κρίσιμο χρόνο από τον ζημιωθέντα

Συχνή ένσταση του δημοσίου στις δίκες κρατικής ευθύνης λόγω καταβολής (διαφοράς) αποδοχών υπαλλήλων, από όπου αντλούνται τα

⁴² Κατά την απόφαση αρχής ΣΕ 7μ. 2884/1999: «Και ναι μεν η Διοίκηση μπορεί είτε ν' ανακαλέσει την ως άνω παράνομη πράξη, εκδίδοντας νέα νόμιμη πράξη, προσδίδοντας, μάλιστα, σ' αυτή αναδρομική δύναμη, είτε να εκδώσει τη νέα αυτή νόμιμη πράξη μετά την ακύρωση, με απόφαση διοικητικού δικαστηρίου, της αρχικής παράνομης πράξης, με αποτέλεσμα, στις περιπτώσεις αυτές, να μην υφίσταται πλέον παράνομη διοικητική πράξη και να διασπάται, έτσι, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ αυτής και της ζημίας, πλην, σε περίπτωση που η αρχικώς εκδοθείσα παράνομη διοικητική πράξη έχει εφαρμοσθεί για ορισμένο χρονικό διάστημα, δηλαδή, μέχρι την έκδοση της νεότερης νόμιμης πράξης, εξακολουθεί να υφίσταται ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της εν λόγω παρανομίας και της ζημίας και, συνεπώς, εξακολουθεί να συντρέχει η ανωτέρω προϋπόθεση που θεσπίζουν τα άρθρα 105 και 106 του ως άνω νόμου. Η προϋπόθεση αυτή συντρέχει, πολύ περισσότερο, στην περίπτωση που δεν εκδοθεί, τελικώς, νόμιμη διοικητική πράξη». Με όμοιο περιεχόμενο: ΣΕ 7μ. 2886, 3422, 3424/1999· 2737, 2741, 2756, 3400/2000· 3328/2001· 1749/2003· 1239/2004· 2774/2005· 602/2006· 1017, 3411/2009 κ.α. Από τη θεωρία, Π.Λαζαράτος, Η αστική ευθύνη του δημοσίου από την ανάκληση διοικητικών πράξεων, ΘΠΔΔ 2008, 532 επ.

πλείστα παραδείγματα κρατικής ευθύνης λόγω τυπικής παρανομίας, αποτελεί το γεγονός ότι ο ενάγων υπάλληλος είτε δεν παρέσχε, είτε, κυρίως, *δεν ήταν σε θέση για αντικειμενικούς λόγους να παράσχει τις υπηρεσίες του στο κράτος κατά τον κρίσιμο χρόνο, και ότι, επομένως, δεν θα έπρεπε για τον λόγο αυτόν να του καταβληθεί αποζημίωση*⁴³. Ο ισχυρισμός αυτός υπονοεί την διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της παράνομης πράξης και της προβαλλόμενης ζημίας του υπαλλήλου, η οποία συνίσταται στην αντικειμενική του αδυναμία να παράσχει την εργασία ή τις υπηρεσίες του. Η νομολογία παγίως απορρίπτει τέτοιες ενστάσεις. Ειδικά, στην περίπτωση διεκδικούμενων αποδοχών υπαλλήλων γίνεται δεκτό ότι σε αυτές περιλαμβάνονται και «τα πάσης φύσεως και οιασδήποτε μορφής *επιδόματα*», τα οποία καταβάλλονται στα όργανα του Κράτους, που τελούν σε ενεργό υπηρεσία, «έστω και αν τα επιδόματα αυτά συναρτώνται, είτε κατά το νόμο είτε κατά τη φύση τους, προς ενεργό υπηρεσία». Αναγκαία προϋπόθεση είναι τα επιδόματα αυτά, αφενός, να καταβάλλονταν κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα πάγια και τακτικά σε όσους τελούσαν σε ενεργό υπηρεσία, αφετέρου, να καταβάλλονταν με σοβαρή πιθανότητα και κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και στον ενάγοντα, εάν αυτός δεν είχε απομακρυνθεί παράνομα από τη δημόσια υπηρεσία⁴⁴. Το σκεπτικό είναι εύλογο: Εάν η διοίκηση δεν είχε παρανομήσει μεταβάλλοντας την νομική θέση του υπαλλήλου, αυτός θα μπορούσε *κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων* να είχε διαμορφώσει την πραγματική του κατάσταση, κατά τρόπο ώστε να ήταν σε θέση να παράσχει τις υπηρεσίες του προς την διοίκηση. Επομένως, η αδυναμία παροχής των υπηρεσιών του είναι ανυπαίτια⁴⁵ και η μη άσκηση των καθηκόντων του δεν αναιρεί την κρατική ευθύνη⁴⁶.

Μεγαλύτερη ιδιαιτερότητα παρουσιάζει η περίπτωση της *αντικειμενικής* αδυναμίας της διοίκησης να ικανοποιήσει το αίτημα του υπαλλήλου. Στο πεδίο της κρατικής ευθύνης η υποχρέωση της διοίκησης να παράσχει την αιτούμενη παροχή υπακούει στην προϋπόθεση του

⁴³ Βλ. χαρακτηριστικά τις ενστάσεις του Δημοσίου στην ΣΕ 747/2009, ότι όπως διαμόρφωσε η ενάγουσα υπάλληλος (νοσοκόμα) την πραγματική κατάσταση «δεν είχε σοβαρή πρόθεση επανόδου στην υπηρεσία»· επίσης, στην ΣΕ 401/2009 προβλήθηκε η ένσταση ότι η ενάγουσα εκπαιδευτικός είχε εν τω μεταξύ επιστρέψει στην Ελλάδα ενώ ζητούσε αποζημίωση για απόσπαση στην αλλοδαπή. Αμφότερες οι ενστάσεις απορρίφθηκαν.

⁴⁴ ΣΕ 2733/2010: *Επιδόματα* (στεγαστικό, στολής, ειδικών συνθηκών και υπερωριακό) σε αξιωματικό της ΕΛΑΣ, τα οποία αποτελούν μέρος των συνολικών αποδοχών του. Γενικά, τυχόν προσπορισμός ωφελείας του παρανόμως απομακρυνθέντος από τη δημόσια υπηρεσία, κατά τον χρόνο αυτόν της παράνομης απομάκρυνσής του, λόγω ανυπαρξίας των συνθηκών για τις οποίες χορηγήθηκαν τα επίδικα επιδόματα, δεν αίρει την έννοια της ζημίας κατά το άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ αλλά μπορεί να αποτελέσει λόγο μείωσης ή εκμηδένισης της αποζημίωσης, κατόπιν υποβολής σχετικής ένστασης από το Δημόσιο περί συμψηφισμού ζημίας και κέρδους, ΣτΕ 1553/2006 7μ., 2531/2007 7μ., 2512/2008.

⁴⁵ ΣΕ 3411/2009.

⁴⁶ ΣΕ 1017/2009.

εφικτού της κρατικής παροχής⁴⁷. Η διοίκηση δεν απαλλάσσεται των νομίμων υποχρεώσεών της, επειδή η δημιουργηθείσα κατάσταση, επομένως, λόγοι πραγματικοί και οικονομικοί, δεν της επιτρέπουν να τηρήσει τις υποχρεώσεις της⁴⁸. Πρόκειται για λόγο απαλλαγής του δημοσίου από την αστική του ευθύνη, μόνον στο μέτρο που μπορεί να ενταχθεί στην έννοια των γεγονότων ανωτέρας βίας⁴⁹. Διαφορετικά, ούτε το νομικό θεμέλιο, ούτε η κρατική υποχρέωση αποζημίωσης ανατρέπονται.

III. Η αντιμετώπιση της τυπικής παρανομίας στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ από την ελληνική νομολογία

1. Προκαταρκτικά

Η ενιαία υπαγωγή τόσο της τυπικής όσο και της ουσιαστικής παρανομίας της διοίκησης στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ με βάση την νεότερη νομολογία δεν εξομοιώνει, βέβαια, τις δύο μορφές παράβασης νόμου ως προς την έκταση της αποκαθιστάμενης ζημίας. Η ζημία αποκαθίσταται στο πλαίσιο του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ μόνον εφόσον και στο μέτρο, που συνδέεται αιτιακά με ορισμένη παρανομία της διοίκησης⁵⁰. Κατά συνέπεια, στην περίπτωση της τυπικής παρανομίας της διοίκησης αποκαθίσταται μόνον *τόση* ζημία, *όση* αποτελεί, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, αποτέλεσμα της εν λόγω (τυπικής και όχι ουσιαστικής) παρανομίας⁵¹. Το έλασσον στην περίπτωση αυτή είναι η ηθική βλάβη⁵², το μείζον, το διαφυγόν κέρδος του ζημιωθέντος διοικουμένου⁵³.

⁴⁷ Για την προϋπόθεση αυτή εκτενέστερα, *I.Μαθιουδάκης*, Αστική ευθύνη του κράτους από υλικές ενέργειες των οργάνων του κατά τα άρθρα 105-6 ΕισΝΑΚ, ο.π., σ. 119.

⁴⁸ ΣΕ 1215/2010 επί αγωγής αποζημίωσης λόγω ηθικής βλάβης (μη ποινικού) κρατουμένου λόγω του συγχρωτισμού του με τους ποινικούς κρατουμένους, *ότι το αντικειμενικό γεγονός της ανυπαρξίας ιδιαίτερων χώρων κράτησης για τους μη ποινικούς κρατουμένους δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού ή περιορισμού της κρατικής ευθύνης*.

⁴⁹ Για τα συναφή κριτήρια, βλ. την νομολογία σχετικά με τις παραλείψεις της αστυνομίας κατά την διάρκεια διαδηλώσεων: ΣΕ 1590/2010 (σκ. 5)· 952/2010· 1590/2010 κ.α. Από την θεωρία πρόσφατα, *Φ.Κατσιγιαννης*, Η ευθύνη του δημοσίου για αποζημίωση κατά το άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ από παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των αστυνομικών οργάνων κατά την ενάσκηση της υπηρεσίας τους ή κατά κατάχρηση αυτής, ΘΠΔΔ 2008, 398 επ· *Γ.Καραβοκύρης*, Η Ανεύθυνση Κυριαρχία. Το ΕΔΔΑ, οι διαδηλώσεις στη Γένοβα (2001) και ο θάνατος του Carlo Giuliani, Παρατηρήσεις στην ΕΔΔΑ, 25-8-2009, *Giuliani και Gaggio κατά Ιταλίας*, ΕφημΔΔ 2009, 620 επ.(626).

⁵⁰ Βλ. ανωτέρω, σημ. 30.

⁵¹ Κατά την σταθερή φρασεολογία της νομολογίας οι τυπικά παράνομες διοικητικές πράξεις «αρκεί να προξένησαν περιουσιακή ζημία ή ηθική βλάβη, ιδιαίτερα κατά τον χρόνο, που εφαρμόστηκαν», ΣΕ 1210/2008· επίσης, 2733/2010 με περαιτέρω παραπομπές στην νομολογία.

⁵² Η ηθική βλάβη συνδέεται ευχερέστερα με την τυπική ζημία, π.χ. υπηρεσιακές μεταβολές μειωτικές της προσωπικότητας του υπαλλήλου (τοποθέτηση σε κατώτερες θέσεις, παραπομπή σε πειθαρχικό Συμβούλιο, πρόστιμο στέρησης αποδοχών), ΣΕ 1210/2008·

Δεν αποκλείεται, βέβαια, πέραν της τυπικής, να εμφιλοχωρεί ταυτόχρονα και ουσιαστική παρανομία της διοικητικής πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας. Τότε, η ουσιαστική παρανομία υπερκαλύπτει αιτιακά την τυπική και η αποκατάσταση της συνολικής ζημίας είναι εύλογο να επιδιωχθεί με βάση την μείζονα αυτή μορφή παρανομίας. Το σημείο αυτό επέκτασης του ελέγχου της παρανομίας της διοικητικής πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας από τα τυπικά στα ουσιαστικά του στοιχεία είναι σημαντικό και εξηγεί ίσως σε ορισμένες περιπτώσεις για ποιόν λόγο καταβάλλονται πλήρεις αποζημιώσεις ενώ η παράνομη πράξη, παράλειψη ή υλική ενέργεια της διοίκησης έχει ακυρωθεί για τυπικό λόγο⁵⁴.

2. Μια προσπάθεια προσδιορισμού των κατευθύνσεων και συστηματοποίησης της ελληνικής νομολογίας

Με την εκδίκαση αγωγών αποζημίωσης κατά του κράτους λόγω τυπικής παρανομίας της διοίκησης, τα δικαστήρια κλήθηκαν, λοιπόν, να αποφανθούν σε ένα πρόβλημα με δύο όψεις: Από τη μία, όφειλαν να συνεκτιμήσουν το γεγονός ότι μόνον η αιτιακά συνδεόμενη με ορισμένη παρανομία ζημία του ιδιώτη αποκαθίσταται στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, με αποτέλεσμα για την περιορισμένη σε εύρος (τυπική) παρανομία της διοίκησης να αποκαθίσταται η αιτιακά συνδεόμενη με αυτήν, καταρχήν ομοίως περιορισμένη σε εύρος, ζημία. Από την άλλη πλευρά, τα δικαστήρια όφειλαν να λάβουν υπόψη τους το γεγονός ότι η διοίκηση παρανομώντας σε επίπεδο τυπικό ή διαδικαστικό δεν αποκλείεται να παρανομεί ταυτόχρονα και σε ουσιαστικό επίπεδο. Εάν μάλιστα είχε αχθεί σε δίκη με διαπλαστικό ένδικο βοήθημα η (τυπικά και ουσιαστικά) παράνομη αυτή διοικητική πράξη, τότε, λόγω της προτεραιότητας εξέτασης των τυπικών λόγων παρανομίας έναντι των ουσιαστικών⁵⁵, είναι πιθανό να κρινόταν αυτή παράνομη και να ακυρωνόταν για τυπικό λόγο χωρίς να είχε εξετασθεί ο –πιθανώς βάσιμος– λόγος ουσιαστικής παρανομίας της. Με το ένδικο βοήθημα, όμως, της αγωγής, ερευνάται παρεμπιπτόντως το σύνολο της τυπικής και ουσιαστικής παρανομίας της πράξης, υπό την αναγκαία, βέβαια, προϋπόθεση ότι ο ενάγων δεν περιορίσθηκε στην τυπική παρανομία αλλά έχει θεμελιώσει την αγωγή

ομοίως, ΣΕ 122/2011· 2732/2004 (σφράγιση δικηγορικού γραφείου κατά παράβαση ουσιαστικού τύπου της διαδικασίας).

⁵³ Για το διαφυγόν κέρδος στο άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ πρόσφατα, *Χ.Χρυσανθάκης*, Η αστική ευθύνη του δημόσιου νοσοκομείου λόγω ιατρικού σφάλματος ως πεδίο όσμωσης της ιατρικής και νομικής επιστήμης – Απαντήσεις σε ενδεχόμενα ερωτήματα, ΘΠΔΔ 2010, 1 επ. (5 επ.)· *Ι.Μαθιουδάκης*, Η απώλεια ευκαιρίας στο δίκαιο της κρατικής ευθύνης, ΕφημΔΔ 2009, 700 επ. (708 επ.).

⁵⁴ Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα εισφέρει η διακριτική ευχέρεια στις ρητές αρνήσεις ή παραλείψεις της διοίκησης (κατωτέρω, υπό ΙΙΙ.2.2).

⁵⁵ Ανωτέρω, υπό 27.

του και στην ουσιαστική παρανομία της πράξης⁵⁶. Μόνον κατ' εξαίρεση απαντάται το φαινόμενο ο δικαστής να ερμηνεύει το δεδικασμένο επί ορισμένου διαδικαστικού τύπου υπό την έννοια της κάλυψης της ουσιαστικής παρανομίας της πράξης, ώστε να μπορεί να χορηγηθεί αποζημίωση λόγω *ουσιαστικής* και όχι μόνον τυπικής παρανομίας της πράξης⁵⁷. Κατά συνέπεια, η τυπική παρανομία είναι δυνατό να συνδέεται αιτιακά με όλο το εύρος της ζημίας του ιδιώτη, είτε αφεαυτής, είτε επειδή συντρέχει ταυτόχρονα και ουσιαστική παρανομία της πράξης.

Όλες αυτές οι συνιστώσες συνεκτιμώνται στο σκεπτικό των σχετικών αποφάσεων όχι με αναγωγή, στο είδος της ασκούμενης αρμοδιότητας του διοικητικού οργάνου (δέσμια αρμοδιότητα ή διακριτική ευχέρεια), όπως θα ανέμενε ίσως κανείς, αλλά με την επίκληση *γενικότερων* κριτηρίων, τα οποία εφαρμόζονται ομοιόμορφα επί αγωγών κατά του κράτους για τυπικές παρανομίες της διοίκησης. Το καθοριστικότερο, ίσως, από αυτά τα κριτήρια συνίσταται στο εάν με την παράνομη πράξη αίρεται μία προϋπάρχουσα ευνοϊκή οικονομική κατάσταση υπέρ του διοικουμένου⁵⁸. Εξετάζεται, επίσης, εάν η διοίκηση αποκατέστησε τη νομιμότητα με την αναδρομική ανάκληση της τυπικά παράνομης διοικητικής πράξης ή εάν τυχόν διατήρησε την τυπικά παράνομη πράξη στον νομικό κόσμο. Στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων, η αποκατάσταση της νομιμότητας επέρχεται πράγματι με την *δικαστική* ακύρωση της διοικητικής πράξης. Με τον τρόπο αυτό ο διοικούμενος εξασφαλίζει υπέρ αυτού δύο προτερήματα: Διαθέτει δεσμευτική διάγνωση της παρανομίας της διοικητικής πράξης, η οποία εξαφανίζεται από τον νομικό κόσμο εξυπαρχής, ενώ ταυτόχρονα, γεννάται η *υποχρέωση* της διοίκησης για την αποκατάσταση της νομιμότητας αναδρομικά σε αντίθεση με τα γενικά ισχύοντα στην ανάκληση των διοικητικών πράξεων. Επί δικαστικής ακύρωσης της πράξης εξετάζεται, περαιτέρω, εάν η Διοίκηση συμμορφώθηκε προς το ακυρωτικό δεδικασμένο ή όχι.

Διακρίνουμε στη συνέχεια δύο μείζονες κατηγορίες περιπτώσεων, ανάλογα με το αν η διοικητική πράξη κατήργησε υπάρχουσα ευνοϊκή κατάσταση υπέρ του διοικουμένου: τις θετικές ζημιογόνες πράξεις, από

⁵⁶ Σε αντίθεση με το ένδικο βοήθημα της αιτήσεως ακυρώσεως στην αγωγή αποζημίωσης δεν ερευνώνται αυτεπάγγελτα λόγοι παρανομίας της πράξης αλλά αυτοί θα πρέπει να προβάλλονται είτε με το αρχικό δικόγραφο της αγωγής είτε με το δικόγραφο προσθέτων λόγων, Π.Παυλόπουλος, Η αστική ευθύνη του δημοσίου ..., ο.π., σ. 322· Ν.Σοϊλεντάκης, Η αγωγή στη διοικητική δικονομία, Αθήνα, 2004, σ. 70-2. Από την πρόσφατη νομολογία, βλ. την πρόσφατη. απόφαση του ΣΕ 285/2011 (παραπ. στην 7μ.), ότι η αγωγή των οικειοθελών συνεργατών της διοίκησης για την κατάσβεση πυρκαγιών *θα μπορούσε ίσως να είχε θεμελιωθεί στο άρθρ. 4 παρ. 5 Συντ., πράγμα, που δεν συνέβη και η βάση αυτή δεν ερευνήθηκε*. Για τα αναγκαία στοιχεία της αγωγής του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, ΣΕ 8/2010.

⁵⁷ ΣΕ 2732/2004, σκ. 5, όπου η παράβαση προηγούμενης ακρόασης ερμηνεύεται ως λόγος αντισυνταγματικότητας (ουσιαστικής παρανομίας) της πράξης.

⁵⁸ Κατωτέρω, σημ. 66.

τη μία, και τις ρητές αρνητικές πράξεις ή παραλείψεις, από την άλλη. Παρότι στην πρώτη κατηγορία εντοπίζονται πολλές ομοιότητες με τις ουσιαστικά παράνομες διοικητικές πράξεις, στις δεύτερες σημαντικό ρόλο διαδραματίζει η διάκριση πράξεων δέσμιας αρμοδιότητας και διακριτικής ευχέρειας. Όπως αναπτύσσουμε αναλυτικά στη συνέχεια, υπό καθεστώς δέσμιας αρμοδιότητας η ζημία αποκαθίσταται, εφόσον στο πρόσωπο του διοικουμένου πληρούνται οι νόμιμες προϋποθέσεις. Υπό καθεστώς διακριτικής ευχέρειας, η καταβολή πλήρους αποζημίωσης προϋποθέτει, ότι κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων η διακριτική ευχέρεια της διοίκησης θα είχε ασκηθεί προς όφελος του διοικουμένου. Τότε ουσιαστικό, αν και όχι αυστηρό ή αποκλειστικό, κριτήριο πιθανολόγησης του τρόπου άσκησης της αρμοδιότητας της διοίκησης, το οποίο συνεκτιμάται, αποτελεί το περιεχόμενο της διοικητικής κρίσης στη συνέχεια, και δη η έκδοση πράξης, που ικανοποιεί τον διοικούμενο, αντίθετη προς την προγενέστερη, τυπικά παράνομη, αρνητική πράξη ή παράλειψη. Κατηγοριοποιώντας τις περιπτώσεις, που απασχόλησαν την νομολογία, θα λέγαμε ότι οι συνηθέστερες μορφές αγωγών για τυπικές πράξεις ή παραλείψεις διοικητικών οργάνων αναφέρονται στην παράλειψη πρόσληψης προσώπων στο δημόσιο, στις υπηρεσιακές μεταβολές και στην απόλυση υπαλλήλων και λειτουργών του κράτους, με αποτέλεσμα την μείωση ή την απώλεια εισοδημάτων τους και την ηθική τους βλάβη.

2.1. Ζημιογόνες θετικές διοικητικές πράξεις

Η πρώτη μεγάλη κατηγορία περιπτώσεων αφορά στις *ζημιογόνες θετικές διοικητικές πράξεις, οι οποίες ανατρέπουν ορισμένη ευνοϊκή κατάσταση υπέρ του διοικουμένου*. Η χαρακτηριστικότερη από αυτές ανάγεται στην τυπικά παράνομη λύση ορισμένης υπαλληλικής σχέσης⁵⁹. Απαντώνται, επίσης, περιπτώσεις τυπικά παράνομης διοικητικής ακύρωσης της εκλογής⁶⁰ ή τυπικά παράνομης εκλογής⁶¹ διοικητικού λειτουργού (μέλους ΔΕΠ). Ακόμη, απαντώνται ζημιογόνες υπηρεσιακές μεταβολές, όπως μετάθεση από την αλλοδαπή στην ημεδαπή⁶² ή διακοπή απόσπασης στην αλλοδαπή⁶³ καθώς και πράξεις με ευθέως οικονομικό

⁵⁹ Για τους γιατρούς των νοσοκομείων και το άρθρ. 37 του ν. 1397/1983, βλ. την απόφαση αρχής, ΣΕ 7μ. 2884/1999 και όσες ακολούθησαν (ανωτέρω, σημ. 43). Ακόμη, ΣΕ 2733/2010 (θέση σε διαθεσιμότητα και τελικά απόταξη αστυνομικού)· 747/2009 (οριστική παύση και απόλυση νοσοκόμας)· ΔΕφΑΘ 905/2009 (θέση σε αποστρατεία στρατιωτικού).

⁶⁰ ΣΕ 2792/2008 (ακύρωση εκλογής σε θέση επίκουρου καθηγητή από τον Γ.Γ. του Υπουργείου Παιδείας αναρμοδίως κατά χρόνο – ρήτρα μη καταβολής αποδοχών στην πράξη του αναδρομικού διορισμού είναι παράνομη).

⁶¹ ΔΕφΑΘ 395/2007.

⁶² ΣΕ 1017/2009.

⁶³ ΣΕ 2774/2005.

αντικείμενο, όπως η περικοπή σύνταξης⁶⁴. Στις περιπτώσεις αυτές οφείλεται καταρχήν αποζημίωση, καθώς με την (έστω τυπικά) παράνομη πράξη *διακόπηκε μία ευνοϊκή για τον υπάλληλο κατάσταση*, η οποία κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων θα συνεχιζόταν και συνίστατο στην κατοχή της δημόσιας θέσης με την καταβολή συγκεκριμένης οικονομικής ωφέλειας (μισθός, επιμίσθιο αλλοδαπής, σύνταξη)⁶⁵.

Ο κανόνας αυτός ισχύει αναμφίβολα, εφόσον η τυπικά παράνομη πράξη παρέμεινε υφιστάμενη στον νομικό κόσμο χωρίς να μεσολαβήσει *αναδρομική ανάκληση της από τη διοίκηση ή ακύρωσή της από τη δικαιοσύνη με την έκδοση νέας νόμιμης πράξης με αναδρομική ισχύ*. Στην περίπτωση αυτή η (έστω τυπικά) παράνομη πράξη συνδέεται αιτιωδώς με την συνολική ζημία του διοικουμένου (διαφυγόντα κέρδη μισθών και ηθική βλάβη), ο οποίος θα δικαιούται εξ αυτού του λόγου πλήρους αποζημίωσης⁶⁶.

Είναι πιθανό, όμως, η διοίκηση, να *ανακαλέσει αναδρομικά την τυπικά παράνομη πράξη και να εκδώσει άλλη όμοια* κατά περιεχόμενο με την ανακληθείσα μετά από θεραπεία της παρανομίας της. Ενδέχεται, επίσης, η τυπικά παράνομη πράξη να ακυρωθεί δικαστικά για τον τυπικό αυτό λόγο παρανομίας της με απόφαση διοικητικού δικαστηρίου, *αφής αυτή εξεδόθη*, και στη συνέχεια, σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδουλευμένο, η διοίκηση να προβεί σε έκδοση νέας πράξης ομοίου περιεχομένου θεραπεύοντας την τυπική της παρανομία αναδρομικά⁶⁷. Σε αμφότερες περιπτώσεις, κατά τον *διαδραμόντα χρόνο* θα οφείλεται πλήρης αποζημίωση στον ζημιωθέντα, διότι η αρχικά (τυπικά) παράνομη πράξη εφαρμόστηκε από τη διοίκηση και επέφερε ζημιολογικά αποτελέσματα. Η αναδρομική θεραπεία του τυπικού ελαττώματος στον νομικό κόσμο δεν είναι ικανή να άρει τον αιτιώδη σύνδεσμο της τυπικά παράνομης διοικητικής πράξης με την εμπειρικά βιωμένη ζημία⁶⁸. Η έννομη αυτή συνέπεια επέρχεται επί θετικών πράξεων τόσο δέσμιας όσο και διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης⁶⁹.

Κατά συνέπεια, στην περίπτωση των δυσμενών θετικών διοικητικών πράξεων, οι οποίες αίρουν μία ευνοϊκή κατάσταση για τον διοικούμενο, η

⁶⁴ ΣΕ 1239/2009.

⁶⁵ Για το επιχείρημα της διακοπής ορισμένης ευνοϊκής κατάστασης, ΣΕ 1017/2009· 602/2006· 3328/2001· 3424/1999.

⁶⁶ Για τη μη αντικατάσταση της τυπικά παράνομης πράξης με άλλη νόμιμη, βλ. μεταξύ άλλων, την απόφαση αρχής ΣΕ 7μ. 2884/1999.

⁶⁷ ΣΕ 3411/2009: Διακοπή μισθοδοσίας βοηθού ΑΕΙ, που κρίθηκε οριστικά μη μονιμοποιήτος, χωρίς να προηγηθεί η έκδοση διαπιστωτικής διοικητικής πράξης από τον Πρύτανη περί λύσεως της υπαλληλικής σχέσης: έκδοση διαπιστωτικής πράξης με αναδρομική ισχύ μετά την ακύρωση της διακοπής μισθοδοσίας με απόφαση του Διοικητικού Εφετείου και κατ' έφεση του ΣΕ.

⁶⁸ Ανωτέρω, υπό Π.3.

⁶⁹ Για την δεύτερη εκδοχή, βλ. π.χ. ΣΕ 122/2011 (τοποθέτηση υπαλλήλου σε θέσεις κατώτερου κλάδου από δήμαρχο).

οποία θα συνεχιζόταν κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, εάν δεν μεσολαβούσε η έκδοση της τυπικά παράνομης διοικητικής πράξης, η τυπική πλημμέλεια της τελευταίας επιφέρει όμοιο εύρος ζημιογόνων συνεπειών με την ουσιαστικά παράνομη διοικητική πράξη και καταβάλλεται πλήρης αποζημίωση (διαφυγόντα κέρδη και ηθική βλάβη).

Εάν τυχόν η διοίκηση μεταβάλλει αντιλήψεις περιοριζόμενη σε αναδρομική ανάκληση της αρχικής δυσμενούς διοικητικής πράξης (π.χ. απόλυσης) χωρίς να εκδώσει νεότερη πράξη ομοίου περιεχομένου ή εάν σε συνέχεια του ακυρωτικού δεδικασμένου δεν επαναλάβει (νομίμως) την έκδοση της ίδιας κατά περιεχόμενο πράξης, η αποκατάσταση του διαφυγόντος κέρδους του διοικουμένου θα οφείλεται δυνάμει της αρχικής έννομης σχέσης, η οποία αναβιώνει αναδρομικά. Η ηθική, όμως, βλάβη του υπαλλήλου λόγω της τυπικά παράνομης πράξης απόλυσης θα εξακολουθεί να αποκαθίσταται με βάση την μεταγενέστερη αυτή παράνομη πράξη (π.χ. πράξη απόλυσης). Η έκδοση νεότερης ανακλητικής διοικητικής πράξης χωρίς (πλήρη) αναδρομική ισχύ εξομοιώνεται από άποψη ενόμων συνεπειών με την μη αναδρομική ανατροπή της τυπικά παράνομης πράξης, κατά το αρχικό παράδειγμα⁷⁰.

2.2. Ζημιογόνες ρητές αρνητικές διοικητικές πράξεις και παραλείψεις

Πιο σύνθετη είναι η περίπτωση των τυπικών πλημμελειών σε ζημιογόνες ρητές αρνητικές πράξεις της διοίκησης και, στο περιορισμένο εύρος, που μπορεί να νοηθεί τυπική πλημμέλεια επί παραλείψεων της διοίκησης⁷¹, και στις διοικητικές παραλείψεις. Εν προκειμένω, η διοίκηση με την ρητή αρνητική πράξη ή παράλειψη δεν διακόπτει ορισμένη ευνοϊκή για τον διοικούμενο (οικονομική) κατάσταση, όπως στην περίπτωση των θετικών δυσμενών διοικητικών πράξεων. Απλά απορρίπτει, ρητά ή σιωπηρά, κατά τρόπο τυπικά παράνομο, αίτημα του διοικουμένου, το οποίο, εάν είχε γίνει δεκτό, θα του εξασφάλιζε ορισμένα οικονομικά οφέλη. Εδώ, η τυπικά άσπογη έκδοση της πράξης δεν είναι εκ των προτέρων βέβαιο ότι θα οδηγούσε σε ικανοποίηση του αιτήματος του διοικουμένου. Η τυπική παρανομία δεν συνδέεται οπωσδήποτε αιτιακά με τη συνολική ζημία του διοικουμένου (διαφυγόντα κέρδη και ηθική βλάβη συνολικά), χωρίς, βέβαια, να αποκλείεται αιτιακή σύνδεση με την τάλαιπωρία του διοικουμένου από την ίδια την τυπικά παράνομη άρνηση της διοίκησης (ηθική βλάβη από την τυπικά παράνομη πράξη). Η επιδίκαση της πλήρους αποζημίωσης για διαφυγόντα κέρδη προϋποθέτει

⁷⁰ Βλ. την ΣΕ 401/2010, για την ακύρωση της διακοπής της απόσπασης εκπαιδευτικού στην αλλοδαπή, την έκδοση αναδρομικής πράξης παράτασης της απόσπασης χωρίς την αναδρομική καταβολή του ειδικού επιμισθίου, διότι η εκπαιδευτικός είχε εν τω μεταξύ επιστρέψει και αναλάβει υπηρεσία στην Ελλάδα – επιδίκαση του επιμισθίου με βάση το άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ.

⁷¹ Βλ. ανωτέρω, σημ. 21.

παρεμπίπτουσα κρίση επί της ουσιαστικής παρανομίας της πράξης. Επομένως, τυχόν ακυρωτικό δεδικασμένο επί της τυπικής παρανομίας δεν επαρκεί *από μόνο του* για αυτόν τον σκοπό.

Η στοιχειοθέτηση της ουσιαστικής παρανομίας της πράξης και η καταβολή πλήρους αποζημίωσης προϋποθέτει διάκριση μεταξύ της άσκησης δέσμιας αρμοδιότητας και διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης. Εάν, μεν, η διοίκηση διαθέτει *δέσμια αρμοδιότητα* και οφείλει να εκδώσει την πράξη επί τη συνδρομή ορισμένων προϋποθέσεων, οι οποίες πληρούνται, ο δικαστής της αγωγής διαπιστώνει κατά τρόπο παρεμπίπτοντα την σχετική παρανομία και επιδικάζει πλήρη αποζημίωση, έστω κι αν η διοίκηση δεν οδηγήθηκε σε ίδια κρίση ή οδηγήθηκε σε αρνητική κρίση⁷². Η δέσμια αρμοδιότητα της διοίκησης στις περιπτώσεις αυτές ενδέχεται να εντοπίζεται σε έναν εκτενέστερο χώρο διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης⁷³, όπως όταν η διοίκηση είναι υποχρεωμένη κατ' εξαίρεση σε μία διαδικασία διακριτικής ευχέρειας να εκδώσει πράξη, που ικανοποιεί το αίτημα του διοικουμένου⁷⁴ ή όταν διαθέτει αυτή δέσμια αρμοδιότητα μόνον για την αναδρομική ισχύ της πράξης σε συμμόρφωση προς το ακυρωτικό δεδικασμένο και διακριτική ευχέρεια για το περιεχόμενό της⁷⁵. Ομοίως, εάν η διοίκηση διαθέτει διακριτική ευχέρεια, την οποία έχει ασκήσει (π.χ. για την εκλογή μέλους ΔΕΠ), και στη συνέχεια δέσμια αρμοδιότητα για ορισμένη περαιτέρω ενέργεια (π.χ. την δημοσίευση στο ΦΕΚ της πράξης διορισμού), την οποία παραλείπει⁷⁶.

Τα πράγματα περιπλέκονται στην *διακριτική ευχέρεια* της διοίκησης σε διοικητικές αρνήσεις ή παραλείψεις. Για την καταβολή πλήρους αποζημίωσης υπό τη μορφή του διαφυγόντος κέρδους θα πρέπει να *πιθανολογείται* ότι η (τυπικά) παράνομη πράξη (διακριτικής ευχέρειας) θα είχε οδηγήσει κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων στην ζημία του διοικουμένου. Για την ηθική βλάβη θα πρέπει να *βεβαιώνεται* το ίδιο. Προϋποτίθεται, δηλαδή, *παρεμπίπτουσα* κρίση επί της ουσιαστικής άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου. Η κακή χρήση της διακριτικής εξουσίας της διοίκησης συνιστά, βέβαια, παρανομία κατά το

⁷² Έτσι, για την παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας η ΑΠ 703/1986, ΝοΒ 35, 728, την οποία παραθέτει ο Π.Παυλόπουλος, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου, ΙΙ, ο.π., σ. 356.

⁷³ Βλ. Ι.Μαθιουδάκης, Προβληματισμοί στην παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της διοίκησης, ΔιΔικ 2004, 1416 επ.(1420-1).

⁷⁴ ΣΕ 411/2010: Πρόσληψη δικηγόρου με πάγια αντιμισθία στο ΙΚΑ – υποχρέωση πρόσληψης του συγκεκριμένου δικηγόρου κατά παρέκκλιση της διαδικασίας πρόσληψης με εκλογή λόγω προϋπηρεσίας στο ΝΠΔΔ και συνδρομής των τασσόμενων προϋποθέσεων – ακύρωση της παράλειψης από το δικαστήριο (ΣΕ 4908/1997) – αξίωση αποζημίωσης λόγω διαφυγόντων κερδών.

⁷⁵ Βλ. από τις θετικές πράξεις της διοίκησης την χαρακτηριστική ΔΕφαΘ 395/2007.

⁷⁶ ΣΕ 2657/2009: Η καθυστερημένα δημοσιευθείσα πράξη διορισμού μέλους ΔΕΠ πρέπει να περιέχει πρόβλεψη αναδρομικής ισχύος της, διαφορετικά, ακυρώνεται *έκτοτε* η σχετική παράλειψη και καταβάλλονται αναδρομικά αποδοχές.

άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ⁷⁷. Εάν υποκατάσταση στην κρίση του διοικητικού οργάνου καταρχήν απαγορεύεται⁷⁸, γίνεται αντιληπτό πόσο δυσχερής καθίσταται για το μέλλον η αιτιακή σύνδεση της παράνομης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας με την συνολική ζημία του διοικουμένου. Όπως παρατηρούσε πριν από εξήντα και πλέον έτη ο *Μ.Στασινόπουλος* εάν μεσολαβήσει διαδικαστική πλημμέλεια πριν την έκδοση πράξης διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, «τα δικαστήρια δεν δύνανται να χωρήσωσι περαιτέρω και να επιδικάσωσιν αποζημιώσιν, αν δεν βεβαιωθώσιν ότι η προαγωγή του ενάγοντος θα είχε λάβει χώρα, αν δεν εμεσολάβει η διαδικαστική πλημμέλεια, εν άλλαις λέξεσιν, εάν ο ενάγων συγκεντρώνη τα ουσιαστικά στοιχεία δια να προαχθεί και εάν, δυνάμει τούτων, θα είχε λάβει χώρα η προαγωγή του»⁷⁹.

Προξενείται με τον τρόπο αυτό ένα υπολογίσιμο κενό αποζημιωτικής προστασίας, καθώς η αμφιβολία για την παρανομία της ζημιογόνου διοικητικής άρνησης ή παράλειψης λειτουργεί εις βάρος του ενάγοντος⁸⁰. Έτσι, εάν για παράδειγμα ακυρωθεί δικαστικά για τυπικό λόγο (π.χ. κακή σύνθεση του αρμοδίου οργάνου ή πλημμελής αιτιολόγηση της κρίσης) η παράλειψη *κατ' επιλογήν* εκλογής υποψηφίου σε ορισμένη θέση, ο δικαστής δεν είναι σε θέση να βεβαιώσει ή και να πιθανολογήσει ότι εάν είχε αρθεί η τυπική πλημμέλεια, η κρίση θα απέβαινε υπέρ του ενάγοντος⁸¹. Μία τέτοια, «συνεπής» δογματικά θέση, καταλείπει έκθετο τον διοικούμενο σε μία ανεύθνη άσκηση της διακριτικής εξουσίας της διοίκησης. Για τον λόγο αυτόν αξίζει να εντοπισθούν τρόποι κάλυψης του κενού αποζημιωτικής δικαστικής προστασίας από τις διοικητικές (ρητές ή σιωπηρές) αρνήσεις.

i) Η πρώτη επισήμανση, αυτονόητη στο περιεχόμενό της, αφορά στην υποχρέωση απλά *πιθανολόγησης* του διαφυγόντος κέρδους, χωρίς να είναι αναγκαία η εδραία πεποίθηση του δικαστή για την συνδρομή της αιτιακής σχέσης της τυπικής παρανομίας με το ζημιογόνο αποτέλεσμα.

⁷⁷ *Μ.Στασινόπουλος*, Η αστική ευθύνη του κράτους ..., ο.π., σ. 263· *Π.Παυλόπουλος*, Η αστική ευθύνη του δημοσίου, ο.π., σ. 358 επ. Από την νομολογία, ΣΕ 122/2011· *Α.Τάχος*, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 9^η έκδ., 2008, σ. 974.

⁷⁸ Βλ. *Χ.Μουκίου*, Η εξουσία του διοικητικού δικαστή ουσίας προς υποκατάσταση στην ουσιαστική περί πραγμάτων κρίση του διοικητικού οργάνου, ΕΔΚΑ 2004, 641 επ.

⁷⁹ *Μ.Στασινόπουλος*, Αστική ευθύνη του κράτους, ο.π., σ. 249.

⁸⁰ Για την έννοια του αντικειμενικού βάρους απόδειξης, *Β.Σκουρής*, Το βάρος της αποδείξεως στη διοικητική δίκη, Αθήνα-Κομοτηνή, 1981, σ. 20 επ.

⁸¹ ΣΕ 1512/2009: εκλογή Προϊσταμένου Γραμματείας ΑΕΙ – δεν πιθανολογείται κατάληψη της θέσης, εφόσον και άλλοι υποψήφιοι διέθεταν τα νόμιμα προσόντα· ΣΕ 2731/2007: καθυστέρηση της κρίσης προς εξέλιξη στη βαθμίδα του αναπληρωτή καθηγητή – απόρριψη της αγωγής λόγω μη πιθανολόγησης της εκλογής του λαμβανομένου υπόψη ότι σε προηγούμενη κρίση είχε λάβει πέντε (5) μόλις ψήφους ενώ μεσολάβησε διάστημα μόλις δύο (2) ετών και πέντε (5) μηνών· ΣΕ 1225/2010: Κρίση στρατιωτικού δικαστή ως παραμένοντος στον ίδιο βαθμό – απόρριψη της αξίωσης καταβολής διαφυγόντων κερδών για παράνομη αιτιολογία της πράξης· ΔΕφΑθ 378/2009: στρατιωτικός ευδοκίμως τερματίσας την σταδιοδρομία του.

Αρκεί εν προκειμένω ότι με βάση τα στοιχεία της υπόθεσης (προσόντα ενάγοντα, τελική κρίση της διοίκησης) «είναι σφόδρα πιθανόν ότι ... κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων» το αίτημά του θα είχε ικανοποιηθεί⁸².

ii) Περαιτέρω, για τη θεμελίωση της πιθανολόγησης αυτής η νομολογία *αντλεί επιχειρήματα από την μεταγενέστερη συμπεριφορά της διοίκησης*. Αντί ίδιας κρίσεως του δικαστηρίου επί του ζητήματος της ουσιαστικής παρανομίας της πράξης, η οποία δεν είναι καταρχήν νομικά δυνατή σε πράξεις διακριτικής ευχέρειας⁸³, η παρανομία συνάγεται από την μεταγενέστερη άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης με την έκδοση νεότερης, *αντίθετης* προς την αρχική, διοικητικής πράξης επί της υπόθεσης, η οποία ικανοποιεί το αίτημα του διοικουμένου (π.χ. εκλογή σε ορισμένη θέση). Εφόσον η διοίκηση άσκησε, τυπικά άψογα την διακριτική της ευχέρεια προς όφελος του διοικουμένου μετά την εξαφάνιση της τυπικά παράνομης πράξης, το ίδιο περιεχόμενο πιθανολογείται ότι έπρεπε να είχε η αρχική παράνομη πράξη της, ώστε να είναι επιτρεπτή η αιτιακή σύνδεση της άρνησης ή παράλειψής της με την ζημία του ενάγοντος.

Παράδειγμα τέτοιας περίπτωσης μας δίνει η ρητή απόρριψη κατά τρόπο *τυπικά* παράνομο αιτήματος επαναφοράς αστυνομικού υπαλλήλου στην υπηρεσία με βάση τις διατάξεις για την επάνοδο αδικώς διωχθέντων κατά την διάρκεια της δικτατορίας υπαλλήλων. Η αιτιολογία της απορριπτικής πράξης βασίζεται στην κρίση ότι η παραίτησή του αστυνομικού δεν έλαβε χώρα λόγω αντίθεσης στο δικτατορικό καθεστώς αλλά για προσωπικούς λόγους. Το δικαστήριο δεν διαθέτει εν προκειμένω την εξουσία να ελέγξει την ουσιαστική άσκηση της αρμοδιότητας της διοίκησης. Παρόλα αυτά η αρχική απόρριψη της αίτησης επαναφοράς κρίνεται (ουσιαστικά) παράνομη παρεμπιπτόντως από τον δικαστή της αγωγής με γνώμονα *νεότερη πράξη* της διοίκησης, η οποία κάνει δεκτή μεταγενέστερη αίτηση του ίδιου υπαλλήλου με το ίδιο αίτημα. Με την νεότερη αυτή διοικητική πράξη ο υπάλληλος κρίνεται αποκαταστατέος στην υπηρεσία, διότι η παραίτησή του από την θέση του οφειλόταν σε αλλεπάλληλες δυσμενείς μεταθέσεις του, οι οποίες αποδείκνυαν την αντίθεσή του στο καθεστώς⁸⁴. Παρότι η νεότερη διοικητική πράξη *δεν διαθέτει αναδρομική ισχύ*, η αιτιολογία της χρησιμεύει για την θεμελίωση της (ουσιαστικής) παρανομίας της αρχικής

⁸² ΣΕ 289/1995. Για την επάρκεια της πιθανολόγησης για την απόδειξη του διαφυγόντος κέρδους, ανωτέρω, σημ. 54.

⁸³ Το δικαστήριο μπορεί να εκφέρει αρνητική κρίση, εάν προκύπτει ότι ο ενάγων δεν πληρεί τις τυπικές προϋποθέσεις του νόμου.

⁸⁴ ΣΕ 1286/2006. Το ίδιο επιχείρημα της μεταγενέστερης διαφορετικής άσκησης της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης απαντάται και στις αποφάσεις ΣΕ 289/1995· ΔΕΦΑΘ 905/2009 κ.α.

πράξης και την καταψήφιση διαφυγόντων κερδών στον υπάλληλο από τον χρόνο απόρριψης της αρχικής αίτησής του μέχρι την ικανοποίηση του αιτήματός του με την μεταγενέστερη πράξη της διοίκησης. Τυχόν αναδρομή της ισχύος της νεότερης διοικητικής πράξης, θα συνεπαγόταν, βέβαια, *αφραυτής* την υποχρέωση καταβολής των αποδοχών του υπαλλήλου χωρίς να συντρέχει ανάγκη δικανικής κρίσεως επί της αρχικά εκδοθείσας πράξης, η οποία θα ήταν αναγκαία μόνον για το κεφάλαιο της ηθικής βλάβης⁸⁵.

Το κριτήριο, του μεταγενέστερου τρόπου άσκησης της ουσιαστικής αρμοδιότητας της διοίκησης με νεότερη πράξη, ισχύει όχι μόνον θετικά αλλά και αρνητικά: Στην περίπτωση, που η νεότερη πράξη, με την οποία η διοίκηση ασκεί την ουσιαστική της αρμοδιότητα, έχει ομοίως απορριπτικό περιεχόμενο για τον διοικούμενο, όπως και η αρχική, αυτή τη φορά, όμως, με κρίση επί της ουσίας, η αγωγή αποζημίωσης απορρίπτεται λόγω νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης με την αρχική πράξη⁸⁶.

iii) Για την επιδίκαση αποζημίωσης λόγω τυπικής πλημμέλειας πράξεων διακριτικής ευχέρειας από τη Διοίκηση, εκτός από την συνεκτίμηση της μεταγενέστερης συμπεριφοράς της διοίκησης, είναι γνώριμο το φαινόμενο ο δικαστής να αναζητά σημεία δέσμιας αρμοδιότητας. Εάν η κατά διακριτική ευχέρεια διοικητική αρμοδιότητα έχει ήδη ασκηθεί και παραλείπεται περαιτέρω πράξη δέσμιας αρμοδιότητας τα πράγματα είναι απλά και εκτιμώνται κατά τους κανόνες της δέσμιας αρμοδιότητας⁸⁷. Ο κανόνας αυτός προεκτείνεται, όμως, με *αμφίβολη νομική συνοχή* στην αντίστροφη εκδοχή, όπου η δέσμια αρμοδιότητα της διοίκησης τοποθετείται σε προγενέστερο στάδιο και έπεται η άσκηση της ουσιαστικής κρίσης διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης. Τέτοιο δείγμα προσφέρει η διαδικασία της μετάταξης κρατικού υπαλλήλου. Εάν ο υπάλληλος υποβάλει αίτηση μετάταξης σε ανώτερη κατηγορία και η διοίκηση αδρανήσει, η πάροδος τριμήνου σηματοδοτεί την παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας της διοίκησης να *διαβιβάσει* την αίτηση του υπαλλήλου στο αρμόδιο υπηρεσιακό συμβούλιο προς κρίση. Το δεδικασμένο από την ακύρωση της εν λόγω παράλειψης συνεπάγεται, κατά την νομολογία, την δυνατότητα έγερσης

⁸⁵ Πρβλ. ανωτέρω υπό III.2.1. Αντίθετη στο σημείο αυτό η ΤΔΠΘεσ 2518/2010 (στο παρόν τεύχος του Αρμ.), η οποία με επιχειρεί να θεμελιώσει διαφοροποίηση μεταξύ αναδρομικού διορισμού και μη αναδρομικής καταβολής αποδοχών.

⁸⁶ ΣΕ 1225/2010: Ακύρωση δύο φορές για τυπικό λόγο της παράλειψης προαγωγής στρατοδίκη – παραμονή στον ίδιο βαθμό με τρίτη πράξη, η οποία αιτιολογείται νομίμως – απόρριψη της αιτήσεως ακυρώσεως και της αγωγής. Το ίδιο επιχείρημα της μεταγενέστερης ουσιαστικής άσκησης της αρμοδιότητας της διοίκησης δεν αποκλείεται να εφαρμοσθεί ενισχυτικά και στην περίπτωση των θετικών πράξεων *δέσμιας* αρμοδιότητας της διοίκησης, ΔΕφΑθ 395/2007.

⁸⁷ Βλ. ανωτέρω, σημ. 77.

αποζημιωτικής αγωγής του υπαλλήλου με αντικείμενο την διαφορά αποδοχών, τις οποίες θα ελάμβανε, εάν μεταταγόταν στην ανώτερη θέση, έστω κι αν δεν έλαβε χώρα κρίση της διοίκησης επί της ουσίας του αιτήματός του⁸⁸. Αναγκαία προϋπόθεση αποτελεί η συνδρομή των *τυπικών προσόντων* στο πρόσωπο του υπαλλήλου ενώ η εν γένει αδράνεια της διοίκησης να αποφανθεί επί της αιτήσεως του υπαλλήλου και το δεδικασμένο επί της τυπικής παρανομίας της πράξης φαίνεται να διαδραμάτισαν, παράλληλα, καθοριστικό ρόλο. Παρότι η συνοπτική αιτιολογία της απόφασης δεν βοηθά στην συναγωγή ασφαλών συμπερασμάτων⁸⁹, σε αυτήν μπορεί κανείς να διακρίνει μία ενδιαφέρουσα αντιστοίχιση μεταξύ δύο μορφών «υπερχειλούς» δικαστικής προστασίας: Της ακύρωσης της παράλειψης διενέργειας μίας *χρονικά πρότερης* οφειλόμενης *διαδικαστικής* ενέργειας της διοίκησης, από τη μία, και της καταψήφισης αποζημίωσης λόγω διαφυγόντων κερδών και ηθικής βλάβης για την ίδια μορφή παρανομίας της διοίκησης, από την άλλη⁹⁰.

Μία τέτοια εκδοχή αποζημιωτικής προστασίας δημιουργεί επιφυλάξεις, διότι υπονοεί *δέσμια αρμοδιότητα* της διοίκησης να ικανοποιήσει επί της ουσίας το αίτημα του διοικουμένου, ώστε η παράλειψη διαβίβασης της υπόθεσης στο αρμόδιο συμβούλιο προς κρίση για μετάταξη να εξισώνεται με παράλειψη μετάταξης του υπαλλήλου, ο οποίος διαθέτει τα τυπικά προσόντα⁹¹.

IV. Κριτική ανασκόπηση

Η τυπική παρανομία της διοίκησης διαδραματίζει έναν ιδιαίτερο ρόλο στο πλαίσιο της κρατικής ευθύνης. Αν στις δυσμενείς *θετικές* διοικητικές πράξεις η αιτιακή σύνδεση της τυπικής παρανομίας προς την ζημία δεν διαφοροποιείται σε σχέση με την ουσιαστική διοικητική παρανομία, δεν συμβαίνει το ίδιο στις αρνητικές πράξεις και παραλείψεις. Στο πλαίσιο του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ επιδικάζεται *τόση*

⁸⁸ ΣΕ 725/2010.

⁸⁹ Βλ. το σκεπτικό 8 της απόφασης.

⁹⁰ Βλ. ανωτέρω, υπό Π.2. Ανάλογο παράδειγμα προσφέρει η ΣΕ 289/1995, η οποία επιδίκασε μισθούς στον αρχαιότερο στην επετηρίδα δικαστικό λειτουργό του ΕΣ, επειδή καθυστέρησε η κίνηση της διαδικασίας πλήρωσης από τη διοίκηση μίας κενής θέσης αντιπροέδρου, την οποία τελικά κατέλαβε ο ίδιος. Κρίσιμα στοιχεία κρίθηκαν η αρχαιότητά του, η κατοχή των τυπικών προσόντων και η τελική επιλογή του, ώστε να πιθανολογείται η εξαρχής επιλογή του ίδιου.

⁹¹ Η νομολογία αυτή χαρακτηρίζεται από αμφίβολη νομική συνοχή, γιατί η κρίση της διοίκησης για την μετάταξη δημοσίου υπαλλήλου εντάσσεται καταρχήν στον χώρο της διακριτικής της ευχέρειας με ορισμένες, πάντως, εξαιρέσεις. Λεπτομέρειες στο ζήτημα αυτό προσεγγίζουμε στις *παρατηρήσεις μας* στην απόφαση του ΔΕφΘεσ 1998/2009 με τίτλο: Παράλειψη απόφασης και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας επί σιωπηρής απόρριψης αιτήματος μετάταξης υπαλλήλου κατόπιν θετικής σύμφωνης γνώμης υπηρεσιακού συμβουλίου- Νομική βάση- Προθεσμία, Αρμ. τευχ. Μαρτίου 2011.

αποζημίωση, *όση* συναρτάται αιτιακά με την συγκεκριμένη παρανομία της διοίκησης. Η βασική αυτή αρχή θεμελιώνει τις αποζημιωτικές συνέπειες μεταξύ τυπικής και ουσιαστικής παρανομίας στην περίπτωση των θετικών δυσμενών πράξεων. Η ίδια αιτιακή σχέση απαντάται και στην περίπτωση των ρητών διοικητικών αρνήσεων ή παραλείψεων, για τις οποίες η διοίκηση διαθέτει *δέσμια αρμοδιότητα*. Έλλειμμα, ωστόσο, αποζημιωτικής προστασίας φαίνεται να ανακύπτει στην περίπτωση των τυπικά παράνομων διοικητικών αρνήσεων, όταν η διοίκηση διαθέτει *διακριτική ευχέρεια*. Τότε, αναγκαία προϋπόθεση για την καταβολή πλήρους αποζημίωσης είναι η πιθανολόγηση ευνοϊκής άσκησης της ουσιαστικής κρίσης της διοίκησης. Για την κάλυψη αυτού του κενού η νομολογία εντοπίζει και αναδεικνύει κριτήρια *παράκαμψης ή διάγνωσης* της ουσιαστικής παρανομίας της διοικητικής άρνησης. Με την προοπτική αυτή είτε απομονώνονται περιστατικά δέσμιας αρμοδιότητας σε ένα ευρύτερο πλαίσιο διακριτικής ευχέρειας, είτε συνάγονται συμπεράσματα από την μεταγενέστερη άσκηση της αρμοδιότητας της διοίκησης. Το φαινόμενο της *αιτιώδους διαστολής* διαδικαστικών παραλείψεων της διοίκησης σε σχέση με διεκδικούμενα διαφυγόντα κέρδη, παρότι η διοίκηση δεν άσκησε την διακριτική της ευχέρεια, όπως χαρακτηριστικά αποτυπώνεται στο παράδειγμα της παράλειψης μετάταξης υπαλλήλου, χρήζει προσοχής.

Κάθε διάβημα ερμηνευτικής διαστολής, όπως το προαναφερόμενο, επί των προϋποθέσεων του άρθρ. 105 ΕισΝΑΚ ενέχει σοβαρούς κινδύνους για την θεμελίωση με συνοχή και ορθότητα της δικανικής κρίσης. Το σύστημα αποζημιώσεων, που περιγράφηκε, στην περίπτωση των ρητών αρνήσεων και παραλείψεων της διοίκησης, χαρακτηρίζεται από περιπλοκότητα και ασάφεια, η οποία άλλοτε οδηγεί σε αδύναμα θεμελιωμένες διευρύνσεις υπέρ του διοικουμένου⁹² και άλλοτε σε περίπλοκους συλλογισμούς χωρίς ουσιαστικό αντίκρισμα δικαστικής προστασίας⁹³. Ας κρατήσουμε από το σύστημα αυτό ως δεδομένο ότι στις αρνητικές πράξεις και παραλείψεις της διοίκησης, οι οποίες πάσχουν τυπικών και διαδικαστικών πλημμελειών, οποιαδήποτε μορφή αποζημίωσης για το σύνολο της ζημίας θα πρέπει να διέρχεται τουλάχιστον από την *πιθανολόγηση της υποχρέωσης* της διοίκησης να ρυθμίσει επί της ουσίας την έννομη σχέση προς όφελος του διοικουμένου. Διαφορετικά, θα καταψηφίζονται αποζημιώσεις για την άρνηση ή την παράλειψη έκδοσης πράξεων, τις οποίες η διοίκηση ούτε υποχρεωμένη ήταν να εκδώσει, ούτε θα είχε αξιολογήσει ποτέ σκόπιμο να εκδώσει.

⁹² Χαρακτηριστική εδώ η ΣΕ 725/2010.

⁹³ Βλ. πάλι την ΤΔΠΘεσ 2518/2010, ο.π.