



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθ. 379/2013
ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Ε' ΤΜΗΜΑΤΟΣ

Συνεδρίαση της 11-11-2013

Σύνθεση :

Πρόεδρος : Ιωάννης Τριάντος, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ.

Μέλη: Νομικοί Σύμβουλοι: Μεταξία Ανδροβιτσάνεα, Κωσταντίνος Χαραλαμπίδης, Βασιλική Πανταζή, Γεώργιος Ανδρέου, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Αδαμαντία Καπετανάκη.

Αριθμός Ερωτήματος: Α.Π. 3618/10-6-2013 έγγραφο της Δ/σης Οργάνωσης και Λειτουργίας Ο.Τ.Α. του Υπουργείου Εσωτερικών.

Περίληψη Ερωτήματος: Εάν ανυπόστατη απόφαση διορισμού δημοτικού υπαλλήλου, δημοσιευθείσα μεταγενεστέρως στην Ε.τ.Κ. κατ' εφαρμογή του άρθρου 10 παρ. 12 ν. 3051/02 χωρίς να προσδίδεται αναδρομικότητα σε αυτόν, μπορεί να τροποποιηθεί, με μεταγενέστερη πράξη, ως προς τούτο.

Εισηγητής: Κων/νος Χαραλαμπίδης, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

Σχετικά με το παραπάνω Ερώτημα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Ε') γνωμοδότησε ως ακολούθως:

I. Στην ερωτώσα υπηρεσία περιήλθε ερώτημα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Ηπείρου - Δυτικής Μακεδονίας αναφορικά με την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 10 παρ. 12 του ν. 3051/2002 και συγκεκριμένα, ως προς την αναδρομική

δημοσίευση διορισμού δημοτικής υπαλλήλου στον Δήμο Πρεσπών, υπό το εξής ιστορικό: Με την αριθμ. 92/5027/1-12-2004 απόφαση του Δημάρχου Πρεσπών διορίστηκε η υπάλληλος σε κενή οργανική θέση και εν συνεχεία ορκίστηκε και ανέλαβε υπηρεσία την 1-12-2004. Η ανωτέρω απόφαση διορισμού δεν δημοσιεύθηκε εκ παραδρομής στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως κατά το χρόνο έκδοσής της, αλλά δημοσιεύθηκε το 2010 στο ΦΕΚ 1296/ Τεύχος Γ' /31-12-2010, χωρίς ωστόσο να προσδίδεται αναδρομική ισχύς στο διορισμό από την ημερομηνία ανάληψης υπηρεσίας της υπαλλήλου. Με την αριθμ. 76/1696/30-3-2012 απόφαση του Δημάρχου Πρεσπών που εκδόθηκε δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 10 παρ. 12 του ν. 3051/2002 και η οποία εγκρίθηκε με την αριθμ. 38173/2547/18-7-2012 απόφαση της Γενικής Γραμματέως της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Ηπείρου - Δυτικής Μακεδονίας, τροποποιήθηκε η αριθμ. 92/1-12-2004 όμοιά της κατά το μέρος που δεν προσέδιδε αναδρομική ισχύ στο διορισμό της εν λόγω υπαλλήλου και εστάλη για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Το Εθνικό Τυπογραφείο με το αριθμ. Δ 109803/8-8-2012 έγγραφό του επέστρεψε αδημοσίευτη την ανωτέρω απόφαση, «προκειμένου να υποβληθεί αρμοδίως ερώτημα προς το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 10 παρ. 12 του ν. 3051/2002 στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Κατόπιν των ανωτέρω η υπηρεσία ζητεί την έκδοση γνωμοδότησης επί του κάτωθι ερωτήματος: «Εάν οι διατάξεις του άρθρου 10 παρ. 12 του ν. 3051/2002 τυγχάνουν εφαρμογής στην περίπτωση που η πράξη διορισμού έχει δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, χωρίς όμως να αναγράφεται ρητά ότι η πράξη έχει αναδρομική ισχύ από την ημερομηνία ανάληψης υπηρεσίας του υπαλλήλου, δηλαδή αν είναι δυνατή η δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως απόφασης διορισμού τροποποιητικής της αρχικής, κατά το μέρος που αφορά στην αναδρομικότητα διορισμού από την ημερομηνία ανάληψης υπηρεσίας της εν λόγω υπαλλήλου».

II. Το άρθρο 10 παρ. 12 ν. 3051/02 (Α' 220) ορίζει τα εξής : «Αποφάσεις διορισμού υπαλλήλων του Δημοσίου, Ν.Π.Δ.Δ. και Ο.Τ.Α. πρώτου και δεύτερου βαθμού, οι οποίες δεν δημοσιεύθηκαν εκ παραδρομής στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, δημοσιεύονται με αναδρομική ισχύ από την ημερομηνία ανάληψης υπηρεσίας».

Το άρθρο 23 ν. 3584/07 (Α' 143) «Κώδικας Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων» ορίζει τα παρακάτω:

«1. Ο διορισμός – εάν δεν ορίζεται διαφορετικά από τις διατάξεις του παρόντος - ενεργείται με απόφαση:

α. του Δημάρχου, προκειμένου περί δημοτικών υπαλλήλων,.....

2. Περίληψη της πράξης διορισμού δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως με μέριμνα του Γενικού Γραμματέα Περιφέρειας, πριν να κοινοποιηθεί στον διοριζόμενο».

III. Από τον συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων, υπό το φως και των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου ερμηνευομένων, συνάγονται τα ακόλουθα: Αν και ουδέν αναγράφεται στην αιτιολογική έκθεση του άρθρου 10 ν. 3051/02 σχετικά με τη ρύθμιση της παραγράφου 12 αυτού, σκοπός της διάταξης αυτής ήταν η αποκατάσταση παραλείψεων και η τακτοποίηση εκκρεμοτήτων γύρω από την υπηρεσιακή κατάσταση υπαλλήλων του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ. και των Ο.Τ.Α., οφειλομένων στην εξ αμελείας ή εκ παραδρομής της Διοίκησης μη δημοσίευση των πράξεων διορισμού τους. Παρά τον χαρακτήρα της αυτών, η διάταξη, περιληφθείσα, μάλιστα, σε νομοθέτημα θεσμικού χαρακτήρα για τις ρυθμίσεις των προσλήψεων στον δημόσιο τομέα, εισάγει παγία ρύθμιση, ισχύουσα από τη δημοσίευσή της και μετά (20-9-02), και δεν είναι μεταβατικής ισχύος ή προσωρινής διάρκειας, αφού κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται στο κείμενό της. Ούτε μπορεί να υποστηριχθεί πειστικά, παρά τη χρήση παρελθόντος χρόνου («δημοσιεύθηκαν»), ότι εφαρμόζεται και αφορά μόνο σε όσες αποφάσεις διορισμού είχαν εκδοθεί, χωρίς εκ παραδρομής να δημοσιευθούν, μέχρι την έναρξη της ισχύος της και ότι, κατά συνέπεια, η δυνατότητα εκ του Νόμου διόρθωσης μιας δυσμενούς για τον υπάλληλο απροσεξίας της Διοίκησης περιορίζεται μόνο σε όσες διαπράχθηκαν μέχρι την 20-9-2002 και όχι σε ακριβώς όμοιες απροσεξίες και παραδρομές που θα συμβούν μετά την ημερομηνία αυτή.

Περαιτέρω η αδιάστικτη διατύπωσή της, συμβατή, άλλωστε, προς την επίτευξη του σκοπού της, δεν καταλείπει περιθώρια διακριτικής ευχέρειας στη Διοίκηση να προσδώσει ή μη αναδρομική ισχύ στην απόφαση διορισμού, η οποία δεν είχε, εκ παραδρομής, δημοσιευθεί στον κατάλληλο χρόνο αλλά δημοσιεύεται, έστω και μετά πάροδο ικανού χρονικού διαστήματος, κατ' εφαρμογή της διάταξης αυτής. Αντίθετα η Διοίκηση δεσμεύεται να προσδώσει αναδρομική ισχύ και μάλιστα «από

την ημερομηνία ανάληψης υπηρεσίας», όπως προς άρση της παραμικρής αμφιβολίας ορίζεται. Έτσι, πράξη διορισμού, δημοσιευόμενη κατ' εφαρμογή της παρ. 12 του άρθ. 10 ν. 3051/02, προς κάλυψη ανυπόστατης, ως εκ της μη δημοσίευσης στο παρελθόν, ομοίας, οφείλει να περιέχει, στο κείμενο και την περίληψή της και τούτο προς μείζονα ασφάλεια δικαίου, επ' ωφελεία του υπαλλήλου, διάταξη αναδρομικής ισχύος της, άλλως είναι μη νόμιμη. Όθεν είναι δυνατό να ανακληθεί, κατά τους κανόνες που ισχύουν επί ανάκλησης των παρανόμων ατομικών διοικητικών πράξεων, σύμφωνα με τους οποίους επιτρέπεται ελεύθερα η ανάκληση των παράνομων ή πλημμελών ατομικών ή ατομικών γενικού περιεχομένου διοικητικών πράξεων ανεξάρτητα από το εάν από τις πράξεις αυτές έχουν απορρεύσει δικαιώματα των διοικουμένων, εφόσον η ανάκληση γίνει μέσα σε εύλογο χρόνο από την έκδοσή τους. Παράνομες ή πλημμελείς στην προκείμενη περίπτωση είναι οι διοικητικές πράξεις που πάσχουν από ακυρότητα και οι οποίες, εάν προσβάλλονταν με αίτηση ακυρώσεως ή προσφυγή, θα ακυρώνονταν. Η ανάκληση χωρεί μόνο για λόγους νομιμότητας και όχι για διαφορετική εκτίμηση των ίδιων πραγματικών περιστατικών (Ε. Σπηλιωτόπουλος: Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, εκδ. 2002, παρ. 177 με σχετική νομολογία), επιφέρει την εξ υπαρχής εξαφάνιση της παράνομης διοικητικής πράξης και ανατρέχει στον χρόνο της έκδοσής της αποκαθιστά δε τη νομική κατάσταση που υπήρχε προ της έκδοσης της ανακαλούμενης πράξης (Ε. Σπηλιωτόπουλος, ο.π., παρ. 181).

Τέλος η έκδοση πράξης που «τροποποιεί» προηγούμενη αναλύεται σε ανάκληση της προηγούμενης και έκδοση νέας πράξης με διάφορο περιεχόμενο. Για «μεταρρυθμίσεις» ή «αναθεωρήσεις» ισχύει το ίδιο. Ανακλητική είναι και η έκδοση νέας πράξης που ρυθμίζει διαφορετικά το αντικείμενο της προηγούμενης ή τηρεί τον ουσιώδη τύπο που παρέλειψε η προηγούμενη (βλ. Π. Δαγτόγλου Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. 1984 παρ. 683).

IV. Εν προκειμένω η 118830/7989/27-12-2010 απόφαση του (τότε) Γ.Γ. Περιφέρειας Δυτικής Μακεδονίας, με την οποία η ανυπόστατη, καθό μέχρι τότε μη δημοσιευθείσα, υπ' αρ. 92/2004 αρχική απόφαση διορισμού της περί ής πρόκειται δημοτικής υπαλλήλου του Δημάρχου Πρεσπών δημοσιεύθηκε σε περίληψη στο Φ.Ε.Κ. Γ' 1296/31-12-2010, και οι οποίες εκδόθηκαν αμφότερες υπό την ισχύ και κατ' εφαρμογή της ως άνω διάταξης του άρθρου 10 παρ. 12 ν. 3051/02 είναι, κατά τα γενόμενα προηγουμένως δεκτά, πλημμελείς καθό μέρος παρέλειψαν, στο ίδιο το κείμενό τους, να προσδώσουν αναδρομική ισχύ στον διορισμό της υπαλλήλου στην

οποία αφορούν και συγκεκριμένα από 1-12-2004. Και τούτο διότι, εφόσον η 92/2004 απόφαση διορισμού του Δημάρχου Πρεσπών δεν είχε δημοσιευθεί στην Ε.Τ.Κ. κατά τη διαδικασία που προβλεπόταν κατά τον χρόνο έκδοσής της, η δημοσίευση αυτής όφειλε να γίνει από τον Γ.Γ. Περιφέρειας με μέριμνά του, με υποχρεωτική μνεία, και στην οικεία περίληψη, της αναδρομικής κατά τα προρρηθέντα, ισχύος της. Περαιτέρω η υπ' αριθ. 76/1696/30-3-2012 απόφαση του Δημάρχου Πρεσπών, με την οποία τροποποιήθηκε η υπ' αριθ. 92/2004 απόφαση του πρώην Δημάρχου Πρεσπών ως προς την αναδρομικότητα της ισχύος του διορισμού συνιστά, κατά τα προεκτεθέντα (και) ανάκληση της τελευταίας, και μάλιστα εντός ευλόγου, κατά τις συγκεκριμένες περιστάσεις, χρόνου γενομένη. Νομίμως, λοιπόν, εστάλη προς δημοσίευση, με μέριμνα του αρμόδιου Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης, με το 38173/2547/18-7-2012 έγγραφο, στο Εθνικό Τυπογραφείο περίληψη της παραπάνω τροποποιητικής – ανακλητικής απόφασης του Δημάρχου Πρεσπών.

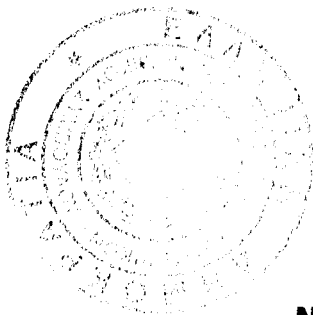
V. Κατόπιν όσων παραπάνω εκτέθηκαν το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Ε') γνωμοδοτεί, ομοφώνως, σχετικά με το εν αρχή Ερώτημα και κατά την αληθή έννοια αυτού, ότι απόφαση διορισμού υπαλλήλου του Δημοσίου, Ν.Π.Δ.Δ. και Ο.Τ.Α. α' και β' βαθμού, εκδοθείσα κατ' εφαρμογή του άρθρου 10 παρ. 12 ν. 3051/02 και μη προβλέπουσα αναδρομικότητα του διορισμού, δύναται να ανακληθεί, ως μη νόμιμη, με νέα, αναδρομικής ισχύος, δημοσιευτέα κατά τις κείμενες διατάξεις και ότι, συνεπώς, είναι νομίμως δημοσιευτέα στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως η υπογραφόμενη από τη Γενική Γραμματεία της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Ηπείρου - Δυτικής Μακεδονίας περίληψη της 76/1696/30-3-2012 απόφασης του Δημάρχου Πρεσπών.

ΕΘΕΩΡΗΘΗ

Αθήνα, 13-11-2013

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Τριάντος
Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.



Ο Εισηγητής

Κων/νος Χαραλαμπίδης
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους