



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθμ. 249/2015
ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Ε' Τμήματος
Συνεδρίαση της 24^{ης} Νοεμβρίου 2015

Σύνθεση:

Πρόεδρος : Μεταξία Ανδροβιτσανέα, Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.

Μέλη : Κων/νος Γεωργάκης, Βασιλική Πανταζή, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Δημήτριος Μακαρονίδης, Αδαμαντία Καπετανάκη, Σταύρος Σπυρόπουλος, Βασίλειος Καραγεώργος, Νομικοί Σύμβουλοι.

Εισηγητής : Βασιλική Παπαλόη, Πάρεδρος του Ν.Σ.Κ.

Αριθμ. Ερωτήματος : Το με αριθ. πρωτ. 18315/17-10-2014 έγγραφο της Δ/νσης Οργάνωσης και Λειτουργίας Ο.Τ.Α. του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης.

Περίληψη Ερωτήματος : Ερωτάται εάν, το Ν.Π.Δ.Δ. Δήμου Τρίπολης υποχρεούται να προβεί σε τροποποίηση της πράξης διορισμού υπαλλήλου του, η οποία διορίστηκε χωρίς να κατέχει το τυπικό προσόν του κλάδου στον οποίο διορίστηκε και στην τοποθέτησή της σε εκπαιδευτική βαθμίδα ανάλογη των τυπικών της προσόντων, ανεξαρτήτως της παρέλευσης χρονικού διαστήματος, πέραν του ευλόγου, από τον διορισμό της και του γεγονότος ότι έχουν απορρεύσει δικαιώματα υπέρ αυτής.

Επί του ανωτέρω ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους,
γνωμοδότησε ως ακολούθως:

I. Από το έγγραφο του ερωτήματος, σε συνδυασμό με τα στοιχεία του φακέλου που το συνοδεύουν, όπως εκτιμώνται, προκύπτουν τα ακόλουθα:

Η Λ. Ρ.-Γ. εργαζόταν στο Κ.Α.Π.Η. του Δήμου Τρίπολης με σύμβαση ορισμένου χρόνου από 28-11-1988 ως εργοθεραπεύτρια κατόπιν της υπ' αριθμ. 44/1988 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Κ.Α.Π.Η., που εγκρίθηκε από το Νομάρχη Αρκαδίας, για την κάλυψη πρόσκαιρων αναγκών του Κ.Α.Π.Η. μέχρι την πρόσληψη μόνιμου εργοθεραπευτή. Η σύμβαση εργασίας της παρατάθηκε με διαδοχικές αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του Κ.Α.Π.Η. (25/24-8-1989, 31/24-10-1989, 35/30-11-1989, 13/27-3-1990), οι οποίες εγκρίθηκαν με αντίστοιχες αποφάσεις του Νομάρχη Αρκαδίας (17471/12-9-1989, 22897/8-12-1989, 24630/21-12-1989, 6083/26-4-1990). Με την από 29-3-1990 αίτησή της η υπάλληλος ζήτησε το διορισμό της σε μόνιμη θέση εργοθεραπεύτριας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 του ν. 1874/1990. Με τις διατάξεις αυτές το προσωπικό που υπηρετούσε στους Ο.Τ.Α. και είχε προσληφθεί μέχρι και την 31-12-1988 με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για κάλυψη πρόσκαιρων, εποχιακών και επειγουσών αναγκών μπορούσε να διοριστεί σε μόνιμες θέσεις, εφόσον εξυπηρετούσε πάγιες και διαρκείς ανάγκες και τούτο βεβαίωνε το οικείο συμβούλιο. Με την υπ' αριθμ. 5/4-5-1990 απόφαση του προέδρου του Κ.Α.Π.Η., περίληψη της οποίας με την 7168+7094/28-5-1990 απόφαση του Νομάρχη Αρκαδίας δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ (τ. Ν.Π.Δ.Δ. 93/19-6-1990), η υπάλληλος διορίστηκε σε μόνιμη κενή θέση κλάδου ΤΕ18 Εργοθεραπευτών στον εισαγωγικό βαθμό Γ', χωρίς να κατέχει το αντίστοιχο ειδικό τυπικό προσόν του κλάδου κατηγορίας Τεχνολογικής Εκπαίδευσης (ΤΕ), δηλ. πτυχίο ή δίπλωμα ειδικότητας εργοθεραπευτή ή αντίστοιχης με αυτή, ΤΕΙ ή ΚΑΤΕΕ ή ισότιμης με αυτά σχολής της ημεδαπής ή αλλοδαπής, αλλά απολυτήριο Λυκείου και το από 29-6-1984 πτυχίο της Τεχνικής και Επαγγελματικής Σχολής Στεμνίτσας (αρθρ. 6 ν. 576/77) Τμήματος Αργυροχρυσοχοΐας.

Οκ. 

Επισημαίνεται ότι ο Νομάρχης Αρκαδίας, με την υπ' αριθμ. 2181/12-4-1989 απόφασή του, εκδοθείσα στα πλαίσια ελέγχου νομιμότητας, είχε ακυρώσει την υπ' αριθμ. 2/30-1-1989 παλαιότερη απόφαση του προέδρου του ως άνω Κ.Α.Π.Η., εκδοθείσα πριν από τη δημοσίευση του ν. 1874/1990, περί διορισμού της εν λόγω υπαλλήλου σε κενή οργανική θέση του κλάδου ΤΕ18 εργοθεραπευτών διότι δεν διέθετε το ως άνω ειδικό τυπικό προσόν. Το θέμα ανέκυψε εκ νέου μετά παρέλευση αρκετών ετών, ύστερα από αναφορά δύο συναδέλφων της υπαλλήλου, σχετικά με το διορισμό της, λόγω της επικείμενης τοποθέτησης προϊσταμένων οργανικών μονάδων των ΝΠΔΔ του Δήμου Τρίπολης.

Το ζήτημα που ανακύπτει για την αρμόδια Υπηρεσία του Υπ. Εσωτερικών, για το οποίο ζητά από το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους να γνωμοδοτήσει, είναι, εάν η υπηρεσία της υπαλλήλου υποχρεούται να προβεί σε τροποποίηση της πράξης διορισμού της και τοποθέτησή της σε εκπαιδευτική βαθμίδα ανάλογη των τυπικών της προσόντων, ανεξαρτήτως της παρέλευσης χρονικού διαστήματος, πέραν του ευλόγου, από το διορισμό της και του γεγονότος ότι από την πράξη διορισμού έχουν απορреύσει δικαιώματα στην υπάλληλο.

II. Στις παρ. 2, 4, 5 και 6 του άρθρου 5 του ν. 1874/1990 «Κύρωση Υπουργικής απόφασης και άλλες διατάξεις» (Α' 18/13-9-1990) ορίζονται τα εξής :

«2. Το προσωπικό, που υπηρετεί στους Ο.Τ.Α. και είχε προσληφθεί μέχρι και την 31-12-1988 με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για κάλυψη πρόσκαιρων, εποχιακών και επειγουσών αναγκών ή μέσω προγραμμάτων του Ο.Α.Ε.Δ. ή σε έργα αυτεπιστασίας, διορίζεται σε μόνιμες θέσεις, εφ' όσον εξυπηρετεί πάγιες και διαρκείς ανάγκες. Τη συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής βεβαιώνει το οικείο συμβούλιο. .. 4. Ο διορισμός γίνεται σε κενές οργανικές θέσεις (...) Αν δεν υπάρχουν κενές θέσεις ή αυτές δεν επαρκούν, συνιστώνται προσωρινές οργανικές θέσεις με την απόφαση διορισμού. 5. Ο διορισμός γίνεται ύστερα από αίτηση, που υποβάλλεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δύο (2) μηνών από τη δημοσίευση του νόμου

αυτού. 6. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται αναλογικά οι ακόλουθες διατάξεις του ν. 1476/1984 : ... β) Το άρθρο 2 παρ. 1 περ. β' και γ', παρ. 3. γ) Το άρθρο 3 παρ. 1, παρ. 2 εδάφιο πρώτο, δεύτερο και τρίτο, παρ. 6,7 και 8. δ) ...».

Στα άρθρα 2 και 3 του ν. 1476/1984 «Διορισμός σε μόνιμες θέσεις του προσωπικού με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου του Δημοσίου, των ΝΠΔΔ, των ΟΤΑ και άλλες διατάξεις» (Α' 136), ορίζονται τα εξής :

Άρθρο 2 : «1. Όσοι επιθυμούν να διοριστούν πρέπει : α) .. β) Να έχουν τα προβλεπόμενα από την κείμενη νομοθεσία γενικά προσόντα διορισμού, εκτός από το ανώτατο όριο ηλικίας. γ) Να έχουν τα ειδικά τυπικά προσόντα του κλάδου στον οποίο διορίζονται ..».

Άρθρο 3 : «1. Ο διορισμός γίνεται σε θέσεις κλάδου αντίστοιχου με την ειδικότητα και τους όρους με τους οποίους κάθε διοριζόμενος είχε προσληφθεί ή με τα καθήκοντα που ασκεί, ανάλογα με τα τυπικά ή ουσιαστικά του προσόντα...» (άρθρο 3).

Στο π.δ/γμα 22/21-12-1989 (Α' 7/22-1-1990) «Μερική επέκταση διατάξεων που ισχύουν για τους δημοσίους υπαλλήλους και τους υπαλλήλους των άλλων ν.π.δ.δ. και στους υπαλλήλους των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης» στο Κεφ. με τίτλο Κλάδοι Κατηγορίας Τεχνολογικής Εκπαίδευσης (ΤΕ), στο άρθρο 9, ορίζονται τα εξής : «Για τους κλάδους .. ΤΕ18 εργοθεραπευτών .. προσόν διορισμού στον εισαγωγικό βαθμό ορίζεται το ομώνυμο ή αντίστοιχο, κατά ειδικότητα, πτυχίο ή δίπλωμα Τ.Ε.Ι. της ημεδαπής ή ισότιμων τίτλων σχολών της ημεδαπής ή αλλοδαπής ή ΚΑΤΕΕ ή ισότιμων σχολών της ημεδαπής ή αλλοδαπής».

Στα άρθρα 6 και 8 του ν. 576/1977 «Περί οργανώσεως και διοικήσεως της Μέσης και Ανωτέρας Τεχνικής και Επαγγελματικής Εκπαιδεύσεως» (Α' 102), ορίζονται τα εξής :

Άρθρο 6 : «1. Αι Τεχνικαί και Επαγγελματικαί Σχολαί επιδιώκουν την εμπέδωσιν της εις το Γυμνάσιον κτηθείσης γενικής μορφώσεως, κυρίως δε την ανάπτυξιν των δεξιοτήτων και γνώσεων των μαθητών των, ώστε να δύνανται ούτοι να σταδιοδρομήσουν εις ωρισμένην τεχνικήν ή επαγγελματικήν ειδικότητα. 2. Η φοίτησις είναι διαρκείας δύο έως τεσσάρων εξαμήνων,

αναλόγως της ειδικότητας, επιμηκύνεται δε κατά εν ή δύο εξάμηνα, οσάκις πραγματοποιείται εις τμήματα εσπερινής φοιτήσεως ..».

Άρθρο 8 : «(...) 4. Απόφοιτοι Τεχνικών και Επαγγελματικών Σχολών εγγράφονται, κατόπιν εξετάσεων, εις το γ' εξάμηνον των Τεχνικών και Επαγγελματικών Λυκείων. Ο τρόπος διενεργείας των εξετάσεων και τα της εφαρμογής των διατάξεων της παρούσης παραγράφου καθορίζονται δι' αποφάσεων του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων».

Στην παρ. 2 του άρθρου 27 του ισχύοντος ν. 3584/2007 «Κύρωση του Κώδικα κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων» (Α' 143) ορίζονται τα εξής :

«2. Η πράξη διορισμού, που έγινε κατά παράβαση νόμου, ανακαλείται εντός διετίας από τη δημοσίευσή της. Μετά την παρέλευση της προθεσμίας αυτής, η πράξη διορισμού ανακαλείται εάν αυτός που διορίσθηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε την παρανομία, ή εάν ο διορισμός του έγινε κατά παράβαση των άρθρων 12 και 16 του παρόντος Κώδικα. 3...»

Στο άρθρο 28 παρ. 1 του προϊσχύσαντος ν. 1188/1981 «Κώδικας Προσωπικού Ο.Τ.Α.» (ΦΕΚ Α' 204) ορίζονταν τα εξής :

Άρθρο 28, με τίτλο «Ανάκλησις παράνομου διορισμού» : «1. Διορισμός γενόμενος κατά παράβαση του νόμου ανακαλείται εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος μη δυναμένου, προκειμένου περί υπαλλήλου διορισθέντος κατόπιν διαγωνισμού, να υπερβή την διετίαν από της δημοσιεύσεώς του. Ανακαλείται όμως και μετά την παρέλευσιν της προθεσμίας ταύτης, εάν ο διορισθείς προέκλεσεν ή υπεβοήθησε την παρανομίαν ή εάν ο διορισμός εγένετο κατά παράβαση του άρθρου 14 και των περιπτώσεων δ', ε, στ' και ζ' της παραγράφου 1 του άρθρου 16. 2..».

Στο άρθρο μόνο παρ. 1 του α.ν. 261/1968 (Α' 12) ορίζεται ότι:
«Ατομικαί διοικητικαί πράξεις, εκδοθείσαι κατά παράβαση νόμου, ανακαλούνται υπό της Διοικήσεως ελευθέρως και άνευ οιασδήποτε δια το Δημόσιον συνεπείας, εντός ευλόγου από της εκδόσεως αυτών χρόνου. Επιφυλασσομένων των ειδικώς, άλλως, οριζουσών, διατάξεων της κειμένης νομοθεσίας, χρόνος, ήσων της πενταετίας τουλάχιστον από της εκδόσεως των κατά τα άνω ανακλητέων πράξεων, εν ουδεμιά περιπτώσει δύναται να

θεωρηθή ως μη εύλογος προς ανάκλησιν, ανεξαρτήτως τυχόν κτήσεως υπό τρίτων βάσει αυτών οιοδήποτε δικαιώματος».

Στο ν. 4024/2011 «Συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις, ενιαίο μισθολόγιο – βαθμολόγιο, εργασιακή εφεδρεία και άλλες διατάξεις εφαρμογής του μεσοπρόθεσμου πλαισίου δημοσιονομικής στρατηγικής 2012-2015» (Α' 226) και στο άρθρο 28 αυτού με τίτλο «Μεταβατικές και Τελικές Διατάξεις του Δεύτερου Κεφαλαίου. Κατάταξη και προϋποθέσεις και κριτήρια επιλογής του υπηρετούντος προσωπικού» προβλέπονται τα εξής : «1. Οι υπάλληλοι, που υπηρετούν κατά την έναρξη της ισχύος του παρόντος, κατατάσσονται αυτοδικαίως στους βαθμούς της κατηγορίας που υπηρετούν, με βάση τον συνολικό χρόνο πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 98 του Υ.Κ., και το χρόνο προϋπηρεσίας στο δημόσιο ή τον ιδιωτικό τομέα που έχει αναγνωριστεί για τη βαθμολογική ή τη μισθολογική κατάταξη και εξέλιξη του υπαλλήλου, ως εξής: α) οι υπάλληλοι των κατηγοριών ΠΕ και ΤΕ: β) οι υπάλληλοι της κατηγορίας ΔΕ: ... 4. Υπάλληλοι, οι οποίοι υπηρετούν σε κατηγορία ανώτερη των τυπικών προσόντων που κατέχουν, κατατάσσονται στους βαθμούς της κατηγορίας που ανήκουν, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου, με προσθήκη πλασματικού χρόνου για την τελική κατάταξή τους, τρία (3) έτη».

III. Από το συνδυασμό και την ερμηνεία των προαναφερθεισών διατάξεων προκύπτουν τα εξής :


Ο διορισμός σε μόνιμες θέσεις του προσωπικού που απασχολείτο στους Ο.Τ.Α. με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου για την κάλυψη πρόσκαιρων ή επείγουσών αναγκών, βάσει των προαναφερόμενων διατάξεων του άρθρου 5 του ν. 1874/1990, τελούσε υπό τη ρητή προϋπόθεση του άρθρου 2 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 1476/1984, δηλ. ότι οι διοριζόμενοι διέθεταν, πέραν των γενικών προσόντων διορισμού, και τα ειδικά τυπικά προσόντα του κλάδου στον οποίο διορίζονταν. Ειδικώς για τον κλάδο ΤΕ18 εργοθεραπευτών, σύμφωνα με τις ανωτέρω αναφερόμενες διατάξεις του ισχύσαντος κατά τον κρίσιμο χρόνο π.δ/τος 22/1989, προσόν διορισμού στον

εισαγωγικό βαθμό οριζόταν το ομώνυμο ή αντίστοιχο, κατά ειδικότητα, πτυχίο ή δίπλωμα Τ.Ε.Ι. ή ΚΑΤΕΕ της ημεδαπής ή ισότιμος τίτλος σχολών της ημεδαπής ή αλλοδαπής. Περαιτέρω, η φοίτηση στις Τεχνικές και Επαγγελματικές Σχολές του αρθρ. 6 του ν. 576/1977 ήταν διάρκειας (2) έως (4) εξαμήνων και οι απόφοιτοι αποκτούσαν τίτλο δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης, και μάλιστα όχι ισότιμο με τον τίτλο των Τεχνικών και Επαγγελματικών Λυκείων, αφού οι απόφοιτοι των Σχολών αυτών είχαν τη δυνατότητα να εγγραφούν, κατόπιν εξετάσεων, στο γ' εξάμηνο των Τεχνικών και Επαγγελματικών Λυκείων (ΣΤΕ 2890/2009, ΝΟΜΟΣ). Σε κάθε περίπτωση, το πτυχίο της Τεχνικής και Επαγγελματικής Σχολής του άρθρου 6 του ν. 576/1977 αποτελεί πτυχίο μέσης και όχι ανώτερης τεχνολογικής εκπαίδευσης και δεν συνιστά τίτλο ισοδύναμο με πτυχίο ΚΑΤΕΕ και ΤΕΙ, δηλαδή των Ανώτερων Τεχνικών Σχολών.

Περαιτέρω, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η οποία έχει εφαρμογή εφόσον ο νόμος δεν ορίζει το αντίθετο, η Διοίκηση δεν έχει, κατ' αρχήν, υποχρέωση να ανακαλεί τις παράνομες πράξεις της, για τις οποίες έχει παρέλθει η κατά νόμο προθεσμία προσβολής ή που έχουν προσβληθεί ανεπιτυχώς, ακόμα και αν υποβληθεί σχετικό αίτημα περί ανακλήσεως (ΟλομΣΤΕ 2176/2004, 2681/2011, 3101/1997). Εξάλλου, η ανάκληση από τη Διοίκηση των παράνομων διοικητικών πράξεων συνάδει προς την αρχή της νομιμότητας και του κράτους δικαίου, ενώ η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης απαιτεί τη διατήρηση της ισχύος της ευμενούς για τον καλόπιστο διοικούμενο πράξης. Σύνθεση των αρχών αυτών συνιστούν οι γενικές αρχές περί ανάκλησης των διοικητικών πράξεων, σύμφωνα με τις οποίες οι ευμενείς διοικητικές πράξεις ανακαλούνται, εάν είναι παράνομες, μέσα σε εύλογο χρόνο από την έκδοσή τους (ΣΤΕ Ολομ. 2403/1997, 227/2006, 3557/2007). Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου μόνου του α.ν. 261/1968, η ανάκληση διοικητικής πράξης σε χρόνο μικρότερο της πενταετίας από την έκδοσή της θεωρείται ότι γίνεται εντός ευλόγου χρόνου. Η διάταξη δεν ορίζει, πάντως, ότι μετά την πάροδο της πενταετίας η ανάκληση γίνεται πέραν του ευλόγου χρόνου και ότι επομένως απαγορεύεται. Εάν η πάροδος ορισμένου χρόνου από την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης υπερβαίνει

τον εύλογο για την ανάκληση χρόνο, είναι ζήτημα που κρίνεται με βάση τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης, βάσει των γενικών αρχών που διέπουν την ανάκληση των διοικητικών πράξεων (ΣΤΕ 227/2006, 2566/2002). Ωστόσο, η ανάκληση των ευμενών πράξεων δεν κωλύεται από την παρέλευση μακρού χρόνου, όταν επιβάλλεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος ή όταν η έκδοση της ανακαλούμενης πράξης οφείλεται σε δόλια ενέργεια του διοικούμενου ή η ανάκληση γίνεται για λόγους συμμόρφωσης προς δικαστική απόφαση.

Εξάλλου, η διάταξη του άρθρου 27 παρ. 2 του ν. 3584/2007, κυρωτικού του ισχύοντος Κώδικα κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων (αντίστοιχη η διάταξη του προγενέστερου άρθρου 28 παρ. 1 του ν. 1188/1981), ρυθμίζει την ανάκληση παράνομων πράξεων διορισμού των δημοτικών υπαλλήλων ειδικότερα, σε σχέση με τη γενική διάταξη του άρθρου μόνου του α.ν. 261/1968 (ΣΤΕ 3424/1988, ΔΕφαθ 1731/2010, ΓνμδΝΣΚ 35/2009, 130/2014, 315/2014). Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη του άρθρου 27 παρ. 2 του ν. 3584/2007, πράξη διορισμού που εκδόθηκε παρά την αντικειμενική ανυπαρξία των νόμιμων προϋποθέσεων ανακαλείται ελεύθερα εντός διετίας από τη δημοσίευσή της, μετά δε την παρέλευση αυτής ανακαλείται μόνον εάν ο διορισθείς προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε την παρανομία ή ο διορισμός του έγινε κατά παράβαση των άρθρων 12 και 16 του ίδιου νόμου που αναφέρονται στην έλλειψη ελληνικής ιθαγένειας και σε περιπτώσεις ποινικής καταδίκης ή παραπομπής για συγκεκριμένα εγκλήματα, στέρησης των πολιτικών δικαιωμάτων και θέσης σε δικαστική συμπαράσταση. Κατά την πάγια θέση της νομολογίας, σε περίπτωση συνδρομής λόγων δημοσίου συμφέροντος ή δόλιας ενέργειας του διοικούμενου απαιτείται ειδικά αιτιολογημένη κρίση της Διοίκησης με την παράθεση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών και στοιχείων (βλ. ΣΤΕ 612/2012, 2616/2012, 3367/2014, 227/2006, 895/2002, 3569/1998 κ.α.). Επίσης έχει γίνει δεκτό ότι, εφόσον ο νόμος διακρίνει από τη «δόλια» ενέργεια την «υποβοήθηση» και δεν διακρίνει βαθμούς υποβοήθησης, ως τέτοια μπορεί να νοηθεί κάθε ενέργεια του υπαλλήλου, η οποία συνεπάγεται, ως απότοκο συνέπεια αυτής, το διορισμό του (ΟΛΝΣΚ 604/2004).



Από την ανωτέρω (υπό στοιχ. **II**) αναφερόμενη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 28 του ν. 4024/2011 προκύπτει ότι οι υπάλληλοι, οι οποίοι υπηρετούν σε κατηγορία ανώτερη των τυπικών προσόντων που κατέχουν, κατατάσσονται στους βαθμούς της κατηγορίας που ανήκουν, και όχι στους βαθμούς της κατηγορίας που υπηρετούν, πλην όμως, στον χρόνο που λαμβάνεται υπόψη για την τελική τους κατάταξη προστίθεται πλασματικός χρόνος (3) ετών. Οι υπάλληλοι, δηλαδή, αυτοί μεταπίπτουν κατά την κατάταξή τους στην (κατώτερη) κατηγορία, στην οποία βάσει των τυπικών τους προσόντων είναι κανονικώς κατατακτέοι, για λόγους, όμως, επιείκειας προστίθεται πλασματικός χρόνος (3) ετών στον χρόνο που λαμβάνεται υπόψη για την τελική τους κατάταξη.

IV. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, σε συνδυασμό με το ιστορικό της υπόθεσης και τα στοιχεία του φακέλου που συνοδεύουν το ερώτημα, προκύπτουν τα ακόλουθα :

Η Λ. Ρ.-Γ. διορίστηκε, υπό την ισχύ του ν. 1188/1981, σε κενή οργανική θέση κλάδου ΤΕ18 Εργοθεραπευτών στο Κ.Α.Π.Η. του Δήμου Τρίπολης στις 19-6-1990 (ΦΕΚ 93 /τ. Ν.Π.Δ.Δ./19-6-1990), βάσει των διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 5 του ν. 1874/1990 (Α' 18), χωρίς να διαθέτει το ειδικό τυπικό προσόν για τον διορισμό της στον κλάδο ΤΕ18 εργοθεραπευτών, δηλ. πτυχίο ή δίπλωμα ειδικότητας εργοθεραπευτή ή αντίστοιχης με αυτή, ΤΕΙ ή ΚΑΤΕΕ ή ισότιμης με αυτά σχολής της ημεδαπής ή αλλοδαπής. Κατόπιν τούτου, η ως άνω πράξη διορισμού της δεν ήταν νόμιμη.

Εξάλλου, από τη δημοσίευση της πράξης διορισμού της εν λόγω υπαλλήλου στο Κ.Α.Π.Η. του Δήμου Τρίπολης (19-6-1990) μέχρι σήμερα (15-10-2015) έχει παρέλθει χρονικό διάστημα, το οποίο υπερβαίνει τη διετία αλλά και τον εύλογο χρόνο από την έκδοση της πράξης διορισμού από την οποία έχουν απορρεύσει δικαιώματα υπέρ της υπαλλήλου.

Κατόπιν τούτων και σύμφωνα με όσα έχουν γίνει δεκτά ανωτέρω, το Κ.Α.Π.Η. του Δήμου Τρίπολης δεν υποχρεούται μεν να ανακαλέσει τη μη νόμιμη πράξη διορισμού της υπαλλήλου, πλην όμως, είναι σύμφωνο με την αρχή της νομιμότητας και του κράτους δικαίου, να προβεί στην ανάκλησή της,

εφόσον διαπιστώσει προσηκόντως, με ειδική και αιτιολογημένη κρίση και με αναφορά σε συγκεκριμένα περιστατικά και στοιχεία, ότι η υπάλληλος που διορίστηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε τον παράνομο διορισμό της. Στην κρίση του αυτή θα πρέπει να συνεκτιμήσει ότι ο Νομάρχης Αρκαδίας, με την ανωτέρω (υπ' αριθμ. Ι) αναφερόμενη απόφασή του (υπ' αριθμ. 2181/12-4-1989) είχε ακυρώσει παλαιότερη απόφαση του προέδρου του Κ.Α.Π.Η. Τρίπολης περί διορισμού, κατόπιν επιλογής, της εν λόγω υπαλλήλου (υπ' αριθμ. 2/30-1-1989), ακριβώς διότι δεν διέθετε το ως άνω ειδικό τυπικό προσόν, καθώς επίσης και ότι η υποβολή αίτησης για την κατάληψη θέσης για την οποία απαιτείται προσόν, το οποίο δεν διαθέτει ο αιτών, συνιστά υποβοήθηση του διορισμού του, σύμφωνα με τη δοθείσα ερμηνεία στην ανωτέρω έννοια. Στην προκειμένη δε περίπτωση η αιτούσα γνώριζε το γεγονός αυτό, αφού είχε προηγηθεί η ανωτέρω απορριπτική απόφαση του Νομάρχη, αλλά επέμεινε στην υποβολή της αίτησης.

Επί του θέματος αυτού, δηλαδή της ανάκλησης του παράνομου διορισμού της υπαλλήλου Α. Ρ. – Γ., λόγω (αιτιολογημένης) από τη Διοίκηση διαπίστωσης συνδρομής εκ μέρους της δόλου ή δόλιας υποβοήθησης στον παράνομο διορισμό της, οι Νομικοί Σύμβουλοι Αδαμαντία Καπετανάκη και Σταύρος Σπυρόπουλος (ψηφοί 2), λαμβάνοντας υπόψη τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου και τη συναφή νομολογία, διατύπωσαν την ακόλουθη γνώμη:

Η ανάκληση παράνομων ατομικών διοικητικών πράξεων, ενεργεί, κατά κανόνα, αναδρομικά, τις εξαφανίζει εξ υπαρχής και ανατρέχει στον χρόνο έκδοσής τους, αποκαθιστά δε τη νομική κατάσταση, που υπήρχε πριν την έκδοσή τους (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 2906/2000, 3832/1973, ΣΤΕ 3667/1993, ΟΛΝΣΚ 79/2005, 151/2005, ΝΣΚ 349/2011, 311/2012, Ε. Σπηλιωτόπουλος: *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, 14^η Έκδοση, τ. Ι, παρ. 181). Η τροποποίηση της παράνομης πράξης διορισμού υπαλλήλου, η οποία έχει ως αντικείμενο την άρση του παράνομου μέρους αυτής και την αντικατάστασή του με νέα νόμιμη ρύθμιση, συνιστά ταυτόχρονα μερική ανάκληση της πράξης (κατά το παράνομο μέρος) και έκδοση νέας πράξης αντικατάστασης του μέρους, που ανακαλείται. Με το περιεχόμενο αυτό η τροποποιητική πράξη έχει αναγκαιώς και καθ' ολοκληρία αναδρομική ισχύ, όπως ακριβώς ισχύει και επί ολικής

ανάκλησης της παράνομης πράξης και αντικατάστασής της με νέα νόμιμη πράξη, επειδή με την ανάκληση η Διοίκηση αποβλέπει στην αποκατάσταση της κατάστασης, η οποία κατά νόμο έπρεπε να υπάρχει εξ αρχής. Περαιτέρω, η δυνατότητα μερικής ανάκλησης της παράνομης πράξης διορισμού υπαλλήλου μετά την πάροδο διετίας από τη δημοσίευσή της, μπορεί να εξετασθεί μόνον όταν συντρέχουν κατά νόμο οι προϋποθέσεις με τις οποίες επιτρέπεται στη Διοίκηση η ολική ανάκλησή της, όπως όταν ο υπάλληλος δολίως προκάλεσε ή υποβοήθησε τον παράνομο διορισμό του. Στην περίπτωση αυτή η Διοίκηση, κατ' αρχήν, δεν είναι υποχρεωμένη να ανακαλέσει την παράνομη πράξη του διορισμού, όμως, η ανάκλησή της συνάδει προς την αρχή της νομιμότητας, η οποία αποτελεί απόρροια της γενικότερης αρχής του κράτους δικαίου. Εν τούτοις, οι αρχές της αναλογικότητας και της επιείκειας μπορούν να δικαιολογήσουν την διατήρηση της παράνομης πράξης του διορισμού, πολύ δε περισσότερο μπορούν να δικαιολογήσουν την τροποποίηση αυτής δια της μερικής ανάκλησης και συμπλήρωσής της με νέα νόμιμη ρύθμιση, όταν με τον τρόπο αυτό αποκαθίσταται η νομιμότητα, χωρίς να καθίσταται αναγκαία η ολική ανάκληση. Ειδικότερα, επί πράξης διορισμού υπαλλήλου, η οποία είναι παράνομη επειδή ο διορισμός έγινε σε κλάδο και κατηγορία, που δεν αντιστοιχούν στα απαιτούμενα από το νόμο τυπικά του προσόντα, η Διοίκηση δύναται να προβεί σε τροποποίηση αυτής, κατά την προεκτεθείσα έννοια, μετά την πάροδο διετίας από τη δημοσίευσή της και να τακτοποιήσει αναδρομικά την υπηρεσιακή κατάσταση του υπαλλήλου σε κλάδο και κατηγορία, που αντιστοιχούν στα πραγματικά τυπικά προσόντα, που διέθετε κατά τον χρόνο του διορισμού του, εφόσον με ειδικά αιτιολογημένη κρίση της και με την παράθεση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών και στοιχείων αποδεικνύει ότι συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις: α) ο υπάλληλος δολίως προκάλεσε ή υποβοήθησε την παρανομία με σκοπό και αποτέλεσμα να επιτύχει το διορισμό του, ώστε να επιτρέπεται, κατ' αρχήν, στη Διοίκηση η ολική ανάκλησή του, β) κατά τον χρόνο του διορισμού ο υπάλληλος θεμελιώνει κατά νόμο δικαίωμα διορισμού σε κλάδο και κατηγορία, που αντιστοιχούν στα πραγματικά τυπικά του προσόντα, όπως αυτά προέκυπταν από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά (π.χ. τίτλοι σπουδών) και γ) ενόψει

των ειδικών περιστάσεων και συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης (π.χ. πάροδος πολύ μεγάλου χρονικού διαστήματος από τον χρόνο του διορισμού, βαρύτητα παραπτώματος, ηλικία, οικογενειακή κατάσταση και κατάσταση υγείας του υπαλλήλου κλπ.) αποδεικνύεται ότι η ολική ανάκληση του διορισμού του θα έχει για τον συγκεκριμένο υπάλληλο συνέπειες δυσμενείς (έως και εξοντωτικές) σε βαθμό δυσανάλογο προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της ανάκλησης, δηλαδή την ανάγκη ικανοποίησης των αρχών της νομιμότητας και του κράτους δικαίου. Ενόψει όλων των ανωτέρω, κατά τη γνώμη αυτή, η Διοίκηση δύναται, αντί της ανάκλησης του παράνομου διορισμού της υπαλλήλου Λ. Ρ. – Γ., λόγω διαπίστωσης συνδρομής εκ μέρους της δόλου ή δόλιας υποβοήθησης στον παράνομο διορισμό της, να προβεί σε τροποποίηση της πράξης διορισμού της και να τακτοποιήσει την υπηρεσιακή της κατάσταση, αναδρομικά από τον χρόνο του διορισμού, σε κλάδο και κατηγορία, που αντιστοιχούν στα πραγματικά τυπικά της προσόντα, όπως αυτά προέκυπταν με βάση τα προσκομισθέντα κατά τον διορισμό της δικαιολογητικά, εφόσον με αιτιολογημένη κρίση και την παράθεση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών και στοιχείων αποδεικνύει ότι συντρέχουν σωρευτικά οι ανωτέρω αναφερόμενες προϋποθέσεις.

V. Περαιτέρω, σύμφωνα με τη γνώμη που επικράτησε στο Τμήμα, στην περίπτωση, κατά την οποία, η Διοίκηση δεν οδηγηθεί αιτιολογημένα στην ανάκληση του διορισμού της υπαλλήλου θα πρέπει να επανεξετάσει τη μισθολογική και βαθμολογική της εξέλιξη, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 28 του ν. 4024/2011 και να προβεί στην ανάκληση της πράξης κατάταξης της υπαλλήλου σε βαθμό και σε μισθολογικό κλιμάκιο βάσει των διατάξεων του ν. 4024/2011 και στην κατάταξή της, αναδρομικά από τον χρόνο έναρξης ισχύος του νόμου αυτού, στην κατηγορία για την οποία έχει το οικείο τυπικό προσόν, το οποίο στην προκειμένη περίπτωση είναι το απολυτήριο δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης και όχι πτυχίο σχολής τριτοβάθμιας εκπαίδευσης, με την προσθήκη (3) ετών στον χρόνο που λαμβάνεται υπόψη για την τελική της κατάταξη, όπως ορίζεται στη διάταξη αυτή.

Επί του θέματος αυτού, δηλαδή της μισθολογικής και βαθμολογικής μεταχείρισης της υπαλλήλου, οι Νομικοί Σύμβουλοι Κων/νος Γεωργάκης και Βασιλική Πανταζή (ψήφοι 2), διατύπωσαν την ακόλουθη γνώμη:

Επειδή η μη ανάκληση από τη Διοίκηση παράνομης διοικητικής πράξης δεν αποκαθιστά την πράξη αυτή σε θέση νόμιμης διοικητικής πράξης και ως εκ τούτου η κατάσταση, η οποία δημιουργείται από την ανοχή της έννομης τάξης στη διατήρηση της μη δυνάμενης ν' ανακληθεί πλέον παράνομης διοικητικής πράξης, δεν μπορεί ν' αποτελέσει νόμιμο έρεισμα για την απόκτηση μελλοντικά περαιτέρω δικαιωμάτων εκ μέρους του ενδιαφερόμενου (Ν.Σ.Κ. 22/2009 και εκεί παραπομπή σε Μ. Στασινόπουλο: Δίκαιο Διοικητικών Πράξεων Ανατ. 1982, σελ. 438 επ.), στην περίπτωση, κατά την οποία, το Ν.Π.Δ.Δ. Δήμου Τρίπολης δεν προβεί σε ανάκληση του διορισμού της υπαλλήλου που αναφέρεται στο ερώτημα, ως έχει ευχέρεια, η μη ανάκληση της πράξης αυτής, στην οποία εμφιλοχώρησε κατά τα παραπάνω σφάλμα και είναι, σε κάθε περίπτωση, αντικειμενικά μη νόμιμη, δεν καθιστά υποχρεωτική για το Ν.Π.Δ.Δ., την για το εφεξής διάστημα μεταχείριση της εν λόγω υπαλλήλου βάσει ειδικού προσόντος (πτυχίο ΤΕΙ ή ΚΑΤΕΕ εργοθεραπευτή) απαραίτητου για το διορισμό στον κλάδο ΤΕ18, το οποίο αυτή δεν κατείχε κατά το διορισμό, ούτε απέκτησε μεταγενέστερα, αλλά αντίθετα το Ν.Π.Δ.Δ., κατ' εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας, δύναται να προβεί για το εφεξής διάστημα στη βαθμολογική και μισθολογική μεταχείριση της υπαλλήλου ανάλογα με τα πραγματικά κατεχόμενα απ' αυτήν ειδικά προσόντα.

VI. Κατόπιν των ανωτέρω, το Ε' Τμήμα του Ν.Σ.Κ. γνωμοδοτεί, κατά πλειοψηφία, επί του τεθέντος ερωτήματος ότι το Ν.Π.Δ.Δ. του Δήμου Τρίπολης δεν υποχρεούται μεν να ανακαλέσει τη μη νόμιμη πράξη διορισμού της υπαλλήλου, πλην όμως, είναι σύμφωνο με την αρχή της νομιμότητας και του κράτους δικαίου, να προβεί στην ανάκλησή της, με ειδικώς αιτιολογημένη κρίση, κατά τα ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντα, ότι η υπάλληλος που διορίστηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε τον παράνομο διορισμό της. Στην περίπτωση, κατά την οποία, η ως άνω Υπηρεσία δεν οδηγηθεί αιτιολογημένα στην ανάκληση του διορισμού της υπαλλήλου, θα πρέπει, για

λόγους ηθικής και υπηρεσιακής τάξης, να επανεξετάσει τη μισθολογική και βαθμολογική της εξέλιξη, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 28 του ν. 4024/2011 και να προβεί στην ανάκληση της πράξης κατάταξης της υπαλλήλου σε βαθμό και σε μισθολογικό κλιμάκιο βάσει των διατάξεων του ν. 4024/2011 και στην κατάταξή της, αναδρομικά από τον χρόνο έναρξης ισχύος του νόμου αυτού, στην κατηγορία ΔΕ για την οποία έχει το οικείο τυπικό προσόν, με την προσθήκη (3) ετών στον χρόνο που λαμβάνεται υπόψη για την τελική της κατάταξη.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Αθήνα, 7-12-2015
Η Πρόεδρος του Τμήματος


Μεταξία Αναγνωστοπούλου
Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.

Η Εισηγήτρια


Βασιλική Παπαλόη
Πάρεδρος του Ν.Σ.Κ.