



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Αριθμός Γνωμοδοτήσεως 43/2016

**ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
(Β' ΤΜΗΜΑ)**

Συνεδρίαση της 29-2-2016

ΣΥΝΘΕΣΗ:

Πρόεδρος : Αλέξανδρος Καραγιάννης, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Μέλη : Νικόλαος Μουδάτσος, Κωνσταντίνος Χαραλαμπίδης, Δημήτριος Χανής, Αλέξανδρος Ροϊλός, Χριστίνα Διβάνη και Διονύσιος Χειμώνας Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής : Νικόλαος Μουδάτσος, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

Αριθμός Ερωτήματος: Το υπ' αριθμ. πρωτ. 2463/9-2-2016 ερώτημα του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Γενικής Δ/σης Οικονομικών-Διοικητικών Υπηρεσιών και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, Δ/σης Διοικητικού, Τμήματος Διαχείρισης Ανθρώπινου Δυναμικού.

Ερώτημα : *Ερωτάται αν, με βάση το διδόμενο πραγματικό, η διοίκηση έχει υποχρέωση να προβεί στην ανάκληση αρχικά της από 1-12-1982 σύμβασης εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, που συνάφθηκε μεταξύ του ΕΟΤ και του Ι.Μ. (=πρόσληψη), της απόφασης διορισμού του (μονιμοποίησης) στον Ε.Ο.Τ. σε οργανική θέση μονίμου υπαλλήλου του κλάδου ΜΕ6 και εν συνεχεία της απόφασης μεταφοράς του στο Δημόσιο, διότι για τον διορισμό του υπέβαλλε αναληθές κατά περιεχόμενο πιστοποιητικό σπουδών, παρότι τον χρόνο διορισμού του είχε αποκτήσει το απαιτούμενο τυπικό προσόν για το διορισμό του στην οργανική θέση που διορίστηκε στον Ε.Ο.Τ. και σε αυτή που υπηρετεί σήμερα στο Δημόσιο.*

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Β' Τμήμα) γνωμοδότησε ως ακολούθως:

Ιστορικό

Από το έγγραφο της ερωτώσης υπηρεσίας και τα στοιχεία του φακέλου που το συνοδεύουν προκύπτουν τα ακόλουθα:

1. Ο Ι.Μ. προσελήφθη στην Υπηρεσία Αυτεπιστασίας- ΕΟΤ Κάμπινγκ Καμμένων Βούρλων την 1-12-1982, που σύναψε έγγραφη σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου κατά τα προβλεπόμενα στον κανονισμό απ' ευθείας υπό του ΕΟΤ εκμεταλλεύσεως τουριστικών καταστημάτων κ.λ.π. που εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 32782/1968 απόφαση του Υπουργού Προεδρίας της Κυβερνήσεως (Β' 243) και υπηρετούσε με την ίδια σχέση, χωρίς να κατέχει οργανική θέση στον ΕΟΤ, κατά τον χρόνο δημοσίευσής του ν.1476/1984 (Α' 136), ήτοι την 18-9-1984, δυνάμει του οποίου απέκτησε το δικαίωμα διορισμού του σε οργανική θέση μονίμου υπαλλήλου του Ε.Ο.Τ.

2. Σε εκτέλεση του άρθρου 2 παρ. 1 ν.1476/1984 (Α' 136), στις 13-3-1985, υπέβαλε τα αναγκαία δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων ήταν το με αριθμό πρωτ. 104/13-2-1985 πιστοποιητικό σπουδών του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας, το οποίο αποδεικνυε ότι κατέχει το αναγκαίο τυπικό προσόν για τον διορισμό του σε κλάδο ΜΕ του ισχύοντος τότε υπαλληλικού κώδικα, καθόσον πιστοποιούσε, ότι είχε αποφοιτήσει το σχολικό έτος 1977-78 από την Τετάρτη τάξη του.

3. Το εν λόγω πιστοποιητικό σπουδών χρησιμοποιήθηκε για το διορισμό του σε θέση μονίμου υπαλλήλου του ΕΟΤ στον κλάδο ΜΕ 6 Προϊσταμένων Διαχειριστών και Βοηθών αυτών Μονάδων Αυτεπιστασίας με το βαθμό 9^ο και με πλεονάζοντα χρόνο 1 έτος και 2 μήνες, που συστάθηκε με την υπ' αριθμ.πρωτ. 506403/25-2-1986 απόφαση του Αναπληρωτή Γενικού Γραμματέα του ΕΟΤ (ΝΠΔΔ 53/13-3-1986), με χρόνο διορισμού του την 31-1-1986.

4. Ο διορισμός του σε θέση μονίμου υπαλλήλου του ΕΟΤ έγινε κατ' εφαρμογή των άρθρων 1 παρ. 1, 2 και 3 παρ. 2 ν.1476/1984¹, σε συνδυασμό με τα άρθρα 62

¹ Στις διατάξεις των άρθρων 1 παρ.1,2 παρ. 1,2,3,4, 3 παρ.2 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 1: «1. Το προσωπικό, που υπηρετεί κατά τη δημοσίευση του νόμου αυτού στο δημόσιο, στα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου ή αορίστου χρόνου, μπορεί να διοριστεί σε οργανικές θέσεις μόνιμων υπαλλήλων σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις του νόμου αυτού...». Άρθρο 2:«1. Όσοι επιθυμούν να διοριστούν πρέπει: α) Να υποβάλλουν αίτηση μέσα σε ανατρεπτική προθεσμία έξι (6) μηνών από τη δημοσίευση του νόμου

παρ. 1δ, 63 παρ. 4 του π.δ. 611/1977, που κατ' άρθρο 59 του π.δ. 884/1976 (Α 325), εφαρμόζονταν και στο προσωπικό του ΕΟΤ μέχρι την κατάργησή τους με το άρθρο 29 ν. 1586/1986 (Α 37).

5. Από την 31-1-1986 υπηρέτησε σε οργανική θέση μονίμου υπαλλήλου του ΕΟΤ της κατηγορίας ΔΕ κατά τα λεπτομερώς αναφερόμενα στο ερώτημα μέχρι και την μεταφορά του στο Δημόσιο σε κενή οργανική θέση μονίμου υπαλλήλου κατηγορίας ΔΕ Διοικητικών-Γραμματέων, η οποία έγινε με την υπ' αριθμ. 22534/30-10-2014 κοινή απόφαση των Υπουργών Διοικητικής Μεταρρύθμισης & Ηλ. Διακυβέρνησης και Τουρισμού (Γ' 1506).

6. Στο πλαίσιο ελέγχου που διενεργήθηκε σε εκτέλεση της υπ' αριθμ. ΑΠ ΔΙΔΑΔ/Φ.34/οικ.33906/16-12-2013 εγκυκλίου του πρώην Υπουργού Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης διαπιστώθηκε, ότι το προαναφερθέν πιστοποιητικό σπουδών δεν ανταποκρίνεται στην αλήθεια, δηλαδή ο Ι.Μ. δεν ήταν κάτοχος του απολυτήριου τίτλου που βεβαίωνε αυτό.

7. Κατά τα προβλεπόμενα στην υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΙΔΑΔ/Φ.34/45/2843/20-3-2014 διευκρινιστική εγκύκλιο του τότε αρμοδίου Υπουργείου Διοικητικής Μεταρρύθμισης & Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (ΑΔΑ:ΒΙΞ4Χ-ΠΕ4), η ερωτώσα υπηρεσία έπρεπε να κινήσει την διαδικασία ανακλήσεως των προαναφερθεισών διοικητικών πράξεων.

8. Όπως, όμως, βεβαιώνεται στο έγγραφο του ερωτήματος, ο Ι.Μ. από 5-6-1985, τουτέστιν μετά την ημερομηνία υποβολής της αιτήσεώς του για μονιμοποίηση στον ΕΟΤ και πριν την ημερομηνία μονιμοποίησής του, κατέχει το υπ' αριθ. πρωτ. 382/5-6-1985 απολυτήριο του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας, το οποίο αποτελούσε τότε τυπικό προσόν διορισμού του, στον ίδιο κλάδο ΜΕ6, που διορίστηκε την 31-1-1986 και στον εισαγωγικό βαθμό του (10^ο) αντί του 9^{ου} βαθμού, που εσφαλμένα διορίστηκε. Αυτό συνέβη, διότι η Διοίκηση παραπλανήθηκε από την προσκόμιση του μη γνήσιου με αριθμό πρωτ. 104/13-2-1985 πιστοποιητικού σπουδών του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας και δέχτηκε, ότι ο Ι.Μ. από την 1-12-1982 που προσλήφθηκε και μετέπειτα είχε διανύσει όλη την υπηρεσία του στον ΕΟΤ με τα προσόντα του κλάδου ΜΕ (βλέπετε, άρθρα 3 παρ. 2 ν.1476/1984¹, 64 αριθ. 5 Υ.Κ).

αυτού... γ) Να έχουν τα ειδικά τυπικά προσόντα του κλάδου στον οποίο διορίζονται ... Οι προϋποθέσεις (β) και (δ) πρέπει να συντρέχουν κατά το χρόνο που υποβάλλεται η αίτηση και κατά το χρόνο του διορισμού.2. Ο διορισμός γίνεται σε οργανικές θέσεις μονίμων υπαλλήλων που συνιστώνται σε υφιστάμενους ή συνιστώμενους κλάδους...».

9. Όταν ο Ι.Μ. κλήθηκε από την ερωτώσα υπηρεσία σε ακρόαση με θέμα το τίτλο σπουδών του, στις 23-6-2015, παρέσχε τις από 22-6-2015 έγγραφες εξηγήσεις του, επισυνάπτοντας για πρώτη φορά το υπ' αριθ. πρωτ. 382/5-6-1985 απολυτήριο του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας και, εμμέσως πλην σαφώς, ομολόγησε και ο ίδιος τη μη γνησιότητα του αρχικώς υποβληθέντος πιστοποιητικού.

10. Τέλος, η ερωτώσα υπηρεσία θεώρησε ότι οι παραπάνω πράξεις του υπάγονται στις περιπτώσεις ε' και λγ' του άρθρου 107 ν.3528/2007 γι' αυτό και τον παρέπεμψε με το ΕΜΠ 145/4-8-2015 παραπεμπτήριο στο αρμόδιο Πειθαρχικό Συμβούλιο.

11. Εν όψει των παραπάνω η ερωτώσα υπηρεσία, όπως τουλάχιστον προκύπτει από το ερώτημα, θεωρεί, ότι την 1/12/1982, που για πρώτη φορά προσλήφθηκε στον ΕΟΤ, έπρεπε να ήταν κάτοχος απολυτηρίου τίτλου εξαταξίου Γυμνασίου, γι' αυτό, αφ' ενός μεν μη νόμιμα συνάφθηκε η από 1/12/1982 σύμβαση εργασίας του, αφ' ετέρου δε, πάσχει η νομιμότητα των προαναφερθεισών πράξεων μονιμοποίησης και μεταφοράς, η δε συμπεριφορά του υπαλλήλου Ι.Μ. εμπίπτει στο πραγματικό της παραγράφου 2 του άρθρου 20 του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα. Παράλληλα, όμως, η υπηρεσία διατηρεί τον προβληματισμό, αν η απόκτηση από τον Ι.Μ. του αναγκαίου τυπικού προσόντος, που απαιτεί η θέση που κατέχει από το έτος 1986 ως σήμερα ήτοι αρχικά του κλάδου ΜΕ και μετέπειτα της κατηγορίας Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης (άρθρα 1β και 2 παρ.2 ν.1586/1986²) παρέχει σε

² Στα άρθρα 1β και 2 παρ. 2 του ν.1586/1986 «Βαθμολογική διάρθρωση των θέσεων του Δημοσίου, νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και άλλες διατάξεις» (Α 37), που κατά το άρθρο 9 αυτού, ισχύει από 1-7-1986, ορίζονται τα εξής: Άρθρο 1: Κατάταξη θέσεων σε κατηγορίες. Οι θέσεις του προσωπικού που διέπεται από τον υπαλληλικό κώδικα (π.δ. 611/1977 ΦΕΚ 198) και του προσωπικού των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης που διέπεται από το ν. 1188/1981 (ΦΕΚ 204) κατατάσσονται στις εξής κατηγορίες: ...β) κατηγορία θέσεων δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης με χαρακτηριστικά στοιχεία ΔΕ, Άρθρο 2: Θέσεις κατά κατηγορία – Τυπικά προσόντα 1 ...2. Θέσεις της κατηγορίας ΔΕ είναι εκείνες, για τις οποίες ως τυπικό προσόν διορισμού ορίζεται απολυτήριο τίτλος λυκείου ή εξαταξίου γυμνασίου ή άλλου ισότιμου σχολείου ή τεχνικής επαγγελματικής σχολής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης ή άλλης ισότιμης σχολής ή αναγνωρισμένης σχολής τυφλών τηλεφωνητών. Ο απολυτήριο τίτλος πρέπει να είναι ειδικότητας αντίστοιχης προς τον οικείο κλάδο, όπου υπάρχει τέτοια αντιστοιχία. 3. ... Αν δεν υπάρχει κλάδος αντίστοιχης ειδικότητας, τότε οι μετατρεπόμενες ή συνιστώμενες θέσεις της ίδιας ειδικότητας αποτελούν αυτοδίκαια κλάδο αντίστοιχης ειδικότητας. Η αντιστοιχία του κλάδου εξευρίσκεται κατά τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 3... 4. Η αυτοδίκαιη μετατροπή ή σύσταση οργανικών θέσεων και κλάδων μονίμων υπαλλήλων γίνεται με την πράξη διορισμού, που θα είναι ενιαία για όλο το διοριζόμενο προσωπικό κάθε υπηρεσίας». Άρθρο 3: «1.... 2. Ο διορισμός γίνεται στον εισαγωγικό βαθμό του κλάδου, ή σε ανώτερο βαθμό μετά από γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου, εφόσον ο διοριζόμενος έχει χρόνο υπηρεσίας, συνεχούς ή διακεκομμένης, ίσο με αυτόν που απαιτείται από τις οικείες διατάξεις για την προαγωγή του έως τον ανώτερο βαθμό. Ο χρόνος αυτός πρέπει να έχει διανυθεί με τα τυπικά προσόντα του κλάδου στον οποίο διορίζεται ο υπάλληλος».

αυτήν το δικαίωμα ασκήσεως διακριτικής ευχέρειας και υπό το φως της γενικής αρχής της αναλογικότητας να αποφασίσει, αν θα ανακαλέσει τις προαναφερθείσες πράξεις.

Νομοθετικό πλαίσιο

12. Στα άρθρα 56 (παρ. 1,2) και 211 παρ. 2 του π.δ. 611/1977 (Α 198) «περί κωδικοποίησεως εις ενιαίον κείμενον, υπό τον τίτλον «Υπαλληλικός Κώδιξ», των ισχυουσών διατάξεων των αναφερομένων εις την κατάστασιν των υπαλλήλων του δημοσίου και των ν.π.δ.δ.», το οποίο είχε εφαρμογή και για το προσωπικό του ΕΟΤ σε εκτέλεση του άρθρου 59 του π.δ/τος 884/1976 «Περί Κανονισμού Διαρθρώσεως των Υπηρεσιών και Καταστάσεως του Προσωπικού του Ε.Ο.Τ.» (Α 325), ορίζονταν τα εξής:

Άρθρο 56

«Ανάκλησις διορισμού δια παράβασιν νόμου.

1. Διορισμός γενόμενος κατά παράβασιν του νόμου ανακαλείται εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος μη δυναμένου, προκειμένου περί υπαλλήλου διορισθέντος κατόπιν διαγωνισμού, να υπερβή την διετίαν από της δημοσιεύσεως του. Ανακαλείται όμως και μετά την παρέλευσιν της προθεσμίας ταύτης, εάν ο διορισθείς προεκάλεσεν ή υπεβοήθησε την παρανομίαν ή εάν ο διορισμός εγένετο κατά παράβασιν των άρθρων 18 και 22.....».

2. Εάν ησκήθη πειθαρχική δίωξις κατά το άρθρο 211 παρ. 2, ανάκλησις δια τον αυτόν λόγον, δεν επιτρέπεται.

Άρθρο 211

Πειθαρχικός κολασμός δια πράξεις προ του διορισμού

1...2 Τιμωρείται πειθαρχικώς η παρά του υπάλληλου χρήσις, προς επίτευξιν του διορισμού του βίας, δόλου ή δωροδοκίας.....»

13. Στα άρθρα 2 (παρ. 1) και 20 (παρ. 2) του Υπαλληλικού Κώδικα, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 3528/2007 «Κύρωση του Κώδικα Καταστάσεως Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων ΝΠΔΔ» (Α' 26), ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 2

«Έκταση εφαρμογής

1. Στις διατάξεις του παρόντος Κώδικα υπάγονται οι πολιτικοί διοικητικοί υπάλληλοι του κράτους και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου.....».

Άρθρο 20

«Ανάκληση διορισμού

«.....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 διορίστηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε την παρανομία ή εάν ο διορισμός του έγινε κατά παράβαση των άρθρων 4 και 8 του παρόντος Κώδικα».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς και σε συνδυασμό, συνάγονται, κατ' αρχάς, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος τα ακόλουθα:

14. Η λύση της έγγραφης σύμβασης εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, που έχει συναφθεί μεταξύ ΝΠΔΔ και υπάλληλό του, ως διαρκής σύμβαση μπορεί να γίνει με καταγγελία κατά τα προβλεπόμενα στους ν.2112/1920 και 3198/1955 (ΑΠ 541/2014), η οποία είναι μια μονομερής και απευθυντέα δικαιοπραξία, ασκείται δε μονομερώς από τον καταγγέλλοντα. Το δικαίωμα της καταγγελίας είναι διαπλαστικό (Γ. Μπαλής: «Γενικά Αρχαία» παρ. 28) και η άσκησή του έχει ως έννομη συνέπεια την κατάργηση της συμβάσεως εργασίας για το μέλλον (Γ. Λεβέντη, Κ. Παπαδημητρίου: «Ατομικό Εργατικό Δίκαιο» σ. 826). Εξάλλου, επειδή η έγγραφη σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου δεν αποτελεί μονομερή και εξουσιαστική διοικητική πράξη αλλά πράξη διμερή δημιουργίας ενοχικής σχέσης, δεν εφαρμόζονται για τη λύση της οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου για την ανάκληση παράνομων διοικητικών πράξεων (βλέπετε ομοίως για τις διοικητικές συμβάσεις, Μιχ. Στασινόπουλος: «Δίκαιο των διοικητικών πράξεων» παρ. 55 σελ. 415).

15. Κατ' ακολουθία των παραπάνω, υπό την εκδοχή της ερωτώσας υπηρεσίας ότι χρησιμοποιήθηκε μη γνήσιο πιστοποιητικό σπουδών τον χρόνο της αρχικής πρόσληψης του Ι.Μ. ως υπαλλήλου με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου στην Υπηρεσία Αυτεπιστασίας ΕΟΤ-Camping Καμμένων Βούρλων, δεν μπορεί να γίνει λόγος για ανάκληση της από 1-12-1982 έγγραφης σύμβασης, ούτε συντρέχει περίπτωση καταγγελίας της εν λόγω σύμβασης, καθόσον για την άσκηση του δικαιώματος της καταγγελίας απαιτείται όπως κατά τον χρόνο ασκήσεώς του η σύμβαση εργασίας να είναι ενεργός, προϋπόθεση που δεν συντρέχει εν προκειμένω, αφού η σύμβαση αυτή έπαυσε να ισχύει και από 31-1-1986 και

εντεύθεν ο Ι.Μ. συνδέεται με σχέση δημοσίου δικαίου αρχικά με τον ΕΟΤ και μετέπειτα με το Δημόσιο.

16. Οι πράξεις διορισμού των δημοσίων υπαλλήλων και των υπαλλήλων των ν.π.δ.δ, που εκδόθηκαν παρά την αντικειμενική ανυπαρξία των νόμιμων προϋποθέσεων, δηλαδή των απαιτούμενων τυπικών, για την πρόσληψη, προσόντων, ανακαλούνται σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν δεν συνέτρεξε υπαιτιότητα του ενδιαφερομένου ως προς την έκδοσή τους, εντός διετίας από τη δημοσίευσή τους, εφόσον ο διορισμός έγινε κατόπιν διαγωνισμού και ολοκληρώθηκε υπό την ισχύ του άρθρου 56 Π.Δ. 611/1977 (παράβαλε Ολομέλεια ΝΣΚ 609/1999).

17. Κατ' εξαίρεση, κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 20 του ΥΚ (ν. 3528/2007), χωρίς χρονικό περιορισμό ανακαλείται ο διορισμός, πλην άλλων περιπτώσεων και όταν ο υπάλληλος που διορίστηκε προκάλεσε δολίως το διορισμό του ή υποβοήθησε την παρανομία με πρόθεση ή βαρεία αμέλεια (Α.Ι. Τάχος: «Δημόσιο-Υπαλληλικό Δίκαιο» Τρίτη έκδοση Μέρος Β Ειδικό Κεφάλαιο Β παραγρ.5 σελ. 81, Μ. Στασινόπουλος πιο πάνω, παρ. 57 σελ. 426). Η ανάκληση διορισμού υπαλλήλου σε αυτές τις περιπτώσεις προϋποθέτει ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης περί της συνδρομής των λόγων ανάκλησης (πρβλ ΣτΕ 3423/2008, 2742/2005).

18. Περαιτέρω, όμως, κατά την ενώπιον του Τμήματος συζήτηση μεταξύ των μελών αυτού επί της περαιτέρω ερμηνείας και εφαρμογής των διατάξεων σε σχέση με το διδόμενο πραγματικό, διατυπώθηκαν δύο γνώμες:

Α. Η γνώμη της πλειοψηφίας, η οποία απαρτίστηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, Κωνσταντίνο Χαραλαμπίδη, Δημήτριο Χανή, Αλέξανδρο Ροϊλό, Χριστίνα Διβάνη και Διονύσιο Χειμώνα, (ψήφοι πέντε – 5) δέχτηκε τα εξής:

19. Η ανάκληση διορισμού υπαλλήλου είναι υποχρεωτική όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 2 του άρθρου 20 του ΥΚ (ν. 3528/2007) - (Α.Ι. Τάχος: «Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο», ένατη έκδοση, παρ. 107, 2,β σελ.655, παρ. 118, 2,δδδ σελ.723, παρ. 123 υποπαρ.3 και 4 σελ.743-744), ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της παράνομης πράξης διορισμού (πρβλ. ΣτΕ 3667/1992), απαιτεί δε προς τούτο ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης περί της συνδρομής των αναφερομένων στην παράγραφο αυτή λόγων (πρβλ ΣτΕ 3423/2008, 227/2006, 895/2002 κ.α.).

20. Κατά τα λεπτομερώς αναφερόμενα στο ερώτημα, ο Ι.Μ. που υπηρετούσε με έγγραφη σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, την

13-3-1985 υπέβαλλε, στο πλαίσιο της εφαρμογής του ν. 1476/1984 στο πρόσωπό του, το υπ' αριθμ. 104/13-2-1985 μη γνήσιο πιστοποιητικό σπουδών του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας εν γνώσει του ότι το περιεχόμενό του δεν ήταν αληθές, πέτυχε δε εκ του λόγου αυτού να καταταγεί, κατ' εφαρμογή του ίδιου νόμου, στον συνιστώμενο κλάδο μονίμων υπαλλήλων του ΕΟΤ ΜΕ6, παρότι τότε (χρόνο κατάθεσης των δικαιολογητικών) δεν ήταν κάτοχος του ειδικού τυπικού προσόντος διορισμού του στον κλάδο αυτό, που αναληθώς βεβαίωνε το κατατεθέν πιστοποιητικό.

21. Συνεπώς, ανεξαρτήτως του γεγονότος αν το χρόνο διορισμού του (31-1-1986) είχε καταστεί κάτοχος απολυτήριου τίτλου ικανού για το διορισμό του σε θέση μονίμου υπαλλήλου του ΕΟΤ και στον εισαγωγικό βαθμό του κλάδου που διορίστηκε, η διοίκηση οφείλει να ανακαλέσει τον διορισμό του και τις μετέπειτα διοικητικές πράξεις που σχετίζονται μ' αυτόν, ως παράνομες.

22. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, κατά τη γνώμη της πλειοψηφίας, η διοίκηση έχει υποχρέωση ανάκλησης, κατά το μέρος που αφορά τον Ι.Μ, των αναφερόμενων πιο κάτω ατομικών διοικητικών πράξεων.

Β. Η γνώμη της μειοψηφίας, η οποία απαρτίστηκε από τον Πρόεδρο του Τμήματος, Αλέξανδρο Καραγιάννη, Αντιπρόεδρο του ΝΣΚ και τον Νομικό Σύμβουλο του Κράτους Νικόλαο Μουδάτσο, (ψηφοί δύο-2), δέχτηκε τα εξής:

23. Επειδή, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η Διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλεί τις παράνομες πράξεις της εντός ευλόγου χρόνου από της τελειώσεως αυτών και υπό τον όρο αιτιολόγησης της ενεργείας της αυτής με αναφορά σε συγκεκριμένα περιστατικά ή στοιχεία ή ύπαρξη ή έλλειψη των οποίων στη συγκεκριμένη περίπτωση (ΣτΕ 3423/2008, 227/2006, 895/2002 931/1999 κ.α.), σε συνάρτηση με το ισχύον κατά την έκδοση της ανακαλουμένης νομοθετικό καθεστώς (ΣτΕ 3424/1988, Ολομ. ΝΣΚ 609/1999, 35/2009), θεμελιώνει τη διαπιστούμενη παρανομία και κατ' ακολουθία τη συνδρομή λόγων ανάκλησης. Κατ' εξαίρεση, υφίσταται υποχρέωση ανάκλησης, εάν, μεταξύ των άλλων, η ανάκληση επιβάλλεται από ειδική διάταξη νόμου ή η υποχρέωση αυτή σαφώς προκύπτει από το νόμο (Γνωμοδότηση των Νομικών Υπηρεσιών της Διοίκησης/Νομική Δ/ση Υπουργείου Οικονομικών αριθμ. πρωτ. 5477/Γν.591/1988, ΝΣΚ 75/2013, 347/2002 και 122/2012 παρ. ΙΙ,Ε). Η ανάκληση παρανόμου διορισμού υπαλλήλου, λόγω συνδρομής των προϋποθέσεων των άρθρων 56 παρ. 1 του π.δ. 611/1977 και 20 παρ. 1 του νέου ΥΚ (ν. 3528/2007) εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης, δεδομένου ότι με τις διατάξεις του εν λόγω άρθρου του ΥΚ ούτε ρητώς

επιβάλλεται ούτε από το πνεύμα και το σκοπό τους προκύπτει η υποχρέωση ανάκλησης (βλ. προαναφερθείσες γνωμοδοτήσεις ΝΣΚ). Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο μόνο του α.ν. 261/1968 (Α' 12) εύλογος χρόνος εντός του οποίου δύναται να ανακληθεί παράνομη διοικητική πράξη, είναι οπωσδήποτε η πενταετία από της τελειώσεως αυτής, τούτο δε ισχύει και προκειμένου περί ανακλήσεως παρανόμου διορισμού υπαλλήλου άνευ διαγωνισμού, δεδομένου ότι το χρονικό όριο της διετίας τίθεται με την ειδική διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 56 του Υπαλληλικού Κώδικα (π.δ. 611/1977, Α' 198) μόνο για την ανάκληση διορισμού ο οποίος έγινε κατόπιν διαγωνισμού (ΣτΕ 1569/2001, Ολομ. ΝΣΚ 609/1999, 35/2009 Θ. Παναγόπουλος:»Εγχειρίδιο Υπαλληλικού Δικαίου» δ' έκδοση Μέρος Β' Κεφάλαιο Γ' γ',σελ. 103).

24. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο νόμος 1476/1984, σε εκτέλεση του οποίου διορίστηκε ο Ι.Μ χωρίς διαγωνισμό, κατελάμβανε το προσωπικό, που υπηρετούσε κατά τη δημοσίευσή του στο δημόσιο, στα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου ή αορίστου χρόνου. Με το δεδομένο αυτό, είναι αληθές ότι η τυχόν χρησιμοποίηση από τον υπάλληλο του ερωτήματος μη γνησίου απολυτηρίου του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας, παρέσχε σε αυτόν τη δυνατότητα της προσλήψεως του δυνάμει της από 1-12-1982 σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου μεταξύ του Ι.Μ. και του αρμοδίου οργάνου του ΕΟΤ, η οποία απετέλεσε τη βασική προϋπόθεση της υπαγωγής του στις διατάξεις του ν. 1476/1984.

25. Ωστόσο, από της αρχικής πρόσληψής του στον ΕΟΤ, αλλά και από του διορισμού του ως μονίμου υπαλλήλου σε αυτόν μέχρι την ανακάλυψη του παρανόμου διορισμού του και πολύ περισσότερο μέχρι σήμερα, παρήλθε πολύ μεγάλο χρονικό διάστημα, υπερβαίνον την τριακονταετία, η δε διοίκηση, σε αντίθεση προς όσα ορίζονται στην προαναφερθείσα διευκρινιστική εγκύκλιο, δηλαδή ότι στις περιπτώσεις αυτές δεν ασκείται πειθαρχική δίωξη, αλλά κινείται η διαδικασία ανακλήσεως του διορισμού, επέλεξε την άσκηση πειθαρχικής δίωξης σε βάρος του, η οποία, υπό το καθεστώς μεν του π.δ. 611/1977 (άρθρα 56 παρ. 3 και 211 παρ. 2, εδαφ. πρώτο) εμποδίζει την ανάκληση, υπό το καθεστώς δε του ν. 3528/2007 (άρθρα 20 παρ. 2 και 124 παρ. 4), υπό το οποίο η πειθαρχική παραπομπή δεν ανακαλείται, είναι τουλάχιστον αμφίβολο αν επιτρέπει την ανάκληση του παρανόμου διορισμού του και των μετέπειτα πράξεων.

26. Περαιτέρω, ο ίδιος νόμος αξιώνει την συνδρομή του αναγκαίου τυπικού προσόντος διορισμού του σε θέση του συνιστώμενου κλάδου ΜΕ6 μόνο κατά το χρόνο διορισμού του, καθόσον, όπως προκύπτει από το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 2 ν. 1476/1984, η κατοχή του εν λόγω τυπικού προσόντος δεν περιλαμβάνεται στις προϋποθέσεις (β) και (δ) της ίδιας παραγράφου, που έπρεπε να συντρέχουν και κατά τον χρόνο υποβολής της αιτήσεώς του (βλέπετε τη διατύπωση του άρθρου 2 παρ. 1), σύμφωνα με την οποία «Οι προϋποθέσεις (β) και (δ) πρέπει να συντρέχουν κατά το χρόνο που υποβάλλεται η αίτηση και κατά το χρόνο του διορισμού». Και είναι μιν αληθές ότι ο υπάλληλος του ερωτήματος δεν προσκόμισε για το διορισμό του το γνήσιο υπ' αριθ. πρωτ. 382/5-6-1985 απολυτήριο του Εσπερινού Λυκείου Λαμίας, πλην, όμως, το κατείχε πράγματι κατά τον χρόνο διορισμού του στη θέση του κλάδου που διορίστηκε.

27. Εν συμπεράσματι, κατά την άποψη της μειοψηφίας, η διοίκηση, δύναται, κατ' ενάσκηση της διακριτικής της ευχερείας, να προβεί ή μη σε ανάκληση των αναφερομένων πιο κάτω (αριθ. 29) διοικητικών πράξεων, αφού συνεκτιμήσει όλα όσα ήδη εκτέθηκαν στις προηγούμενες παραγράφους (23, 24, 25, 26), με βάση και την αρχή της αναλογικότητας, που θεσπίστηκε με το άρθρο 25§1 του Συντάγματος και επιβάλλει σε όλα τα κρατικά όργανα όπως, κατά τη στάθμιση των εκατέρωθεν δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, να λαμβάνουν υπόψη τους την εκάστοτε αντιστοιχία μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και του επιδιωκόμενου κάθε φορά σκοπού (ΣτΕ 2259/2007, 3256/2006, 2938/2005, ΟΛΑΠ 43/2005 κ.ά.).

Απάντηση

Με βάση τα ανωτέρω το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Β') γνωμοδοτεί:

28. **Ομόφωνα**, ότι, για τους λόγους που ήδη εκτέθηκαν, δεν συντρέχει περίπτωση καταγγελίας της συναφθείσης από 1-12-1982 σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου μεταξύ του Ι.Μ. και του αρμοδίου οργάνου του ΕΟΤ, η οποία, άλλωστε, δεν υπόκειται στους κανόνες ανάκλησης των παράνομων διοικητικών πράξεων.

29. **Κατά πλειοψηφία**, ότι η διοίκηση έχει υποχρέωση να ανακαλέσει κατά το μέρος που αφορά τον υπάλληλο Ι.Μ : **α)** Την υπ' αριθμ. Φ.286.6/506403/25-2-1986 απόφαση του Αναπληρωτή Γενικού Γραμματέα του ΕΟΤ (ΝΠΔΔ 53), με την οποία διορίστηκε σε συνιστώμενο κλάδο ΜΕ6 Προϊσταμένων-Διαχειριστών και Βοηθών Μονάδων Επιστασίας του ΕΟΤ, **β)** την υπ' αριθμ. 22534/30-10-2014 κοινή

απόφαση των Υπουργών Διοικητικής Μεταρρύθμισης & Ηλ. Διακυβέρνησης και Τουρισμού (Γ 1506), με την οποία μεταφέρθηκε από τον ΕΟΤ σε κενή οργανική θέση μονίμου υπαλλήλου κατηγορίας ΔΕ Διοικητικών-Γραμματέων του πρώην Υπουργείου Τουρισμού και υπηρετεί έκτοτε στην αυτή θέση ως υπάλληλος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 3-3-2016

Ο Πρόεδρος

Αλέξανδρος Γερ. Καραγιάννης
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Ο Εισηγητής

Νικόλαος Μουδάτσος
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους