



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

Αριθμός Γνωμοδοτήσεως 163/2016

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

Συνεδρίαση της 13-6-2016

ΣΥΝΘΕΣΗ:

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

Μέλη : Νικόλαος Μουδάτσος, Θεόδωρος Ψυχογιός, 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. Α.Π. 115/18-5-2016 έγγραφο του Γραφείου Γενικού Γραμματέα Τουριστικής Πολιτικής και Ανάπτυξης του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, το οποίο έτυχε της εγκρίσεως με το υπ' αριθμ. 1120/8-6-2016 έγγραφο της Αναπληρώτριας Υπουργού Τουρισμού.

Ερωτήματα: Ενόψει των διαλαμβανομένων στο προοίμιο του σχεδίου κ.α. των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και Υποδομών, Μεταφορών και δικτύων, με αντικείμενο την ανάκληση της υπ' αριθμ. 15716/3-9-2009 κ.υ.α, ερωτάται:

«1. Αν είναι επιτρεπτή, εν προκειμένω, η ανάκληση της πράξης μετάταξης, δεδομένου ότι έχει ήδη μεσολαβήσει η λύση της υπαλληλικής σχέσης του συγκεκριμένου υπαλλήλου λόγω διαθεσιμότητας, η δε διαπίστωση της ύπαρξης του μη γνήσιου τίτλου σπουδών, συνεπεία της οποίας η μετάταξη κρίθηκε παράνομη, είχε προηγηθεί της αποχώρησης του υπαλλήλου από την υπηρεσία.

2. Αν η δόλια συμπεριφορά του υπαλλήλου, κατά τα αναφερόμενα στην παράγραφο 28 του σκεπτικού της προς υπογραφή απόφασης, καθιστά

υποχρεωτική την αναδρομική ισχύ αυτής, οπότε η αναζήτηση των αποδοχών που καταβλήθηκαν στον υπάλληλο είναι δεσμευτική, ή αν η Διοίκηση έχει εκ του Νόμου τη διακριτική ευχέρεια να πράξει διαφορετικά.

3. Αν στην προκειμένη περίπτωση στοιχειοθετείται ποινική ευθύνη του υπαλλήλου, οπότε θα πρέπει να ενημερωθεί άμεσα επ' αυτού ο αρμόδιος Εισαγγελέας, καθώς και αν συντρέχει κίνδυνος παραγραφής των ποινικών αδικημάτων που τυχόν έχουν τελεσθεί».

Επί των ανωτέρω ερωτημάτων το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Β' Τμήμα) γνωμοδότησε ως ακολούθως.

Ιστορικό

Από το έγγραφο της ερωτώσης υπηρεσίας, σε συνδυασμό με το συνημμένο σ' αυτό σχέδιο της κ.υ.α, που αποτελεί και το μοναδικό στοιχείο του φακέλου, προκύπτει το ακόλουθο πραγματικό της υποθέσεως:

1. Με την υπ' αριθμ. 15716/3-9-2009 κοινή απόφαση των Υπουργών Τουριστικής Ανάπτυξης και Μεταφορών και Επικοινωνιών, ο Φ.Ε. μετατάχτηκε από την ΕΘΕΛ ΑΕ σε κενή οργανική θέση μονίμου προσωπικού, κατηγορίας ΔΕ του κλάδου ΔΕ1 Διοικητικών Γραμματέων της Κεντρικής Υπηρεσίας του ΕΟΤ (Γ' 719/3-4-2009). Για την εν λόγω μετάταξη, η οποία ενεργήθηκε κατ' εφαρμογή των άρθρων 6 ν. 3613/2007 και 71, 73 και 74 ν. 3528/2007 (Α' 26), λήφθηκε υπόψη μη γνήσιος τίτλος σπουδών (α.α. 14 και 16 του προοιμίου του σχεδίου της κ.υ.α).

2. Σύμφωνα με το στοιχείο α.α. 28 του προοιμίου του σχεδίου της κ.υ.α. συντρέχει περίπτωση ανακλήσεως της αποφάσεως περί μετατάξεως, διότι «το γεγονός ότι βάσει των προεκτεθέντων θεμελιώνεται με πραγματικά περιστατικά η δόλια πρόκληση ή υποβοήθηση της παρανομίας, καθώς, εν γνώσει του μη σύννομου των ενεργειών του και αποσκοπών στον πορισμό ιδίου οφέλους, ο Φ.Ε. συνέπραξε αυτοβούλως και ενεργώς στη διαδικασία μετάταξής του στον ΕΟΤ και με τα απαντητικά του έγγραφα δεν αναίρεσε τα αναφερόμενα στα σχετικά και κοινοποιηθέντα σε αυτόν έγγραφα».

3. Για την στοιχειοθέτηση του δόλου γίνεται επίκληση της απόφασης του Πρωτοβάθμιου Πειθαρχικού Συμβουλίου του Υπουργείου Τουρισμού με αριθμό συνεδρίασης 32/3-9-2014, σύμφωνα με την οποία ο Φ.Ε. υπέπεσε σε πειθαρχικό παράπτωμα για το οποίο η προσήκουσα ποινή ήταν η επιβολή της οριστικής παύσης του. Επειδή όμως είχε λυθεί η υπαλληλική σχέση του, μετατράπηκε κατ' άρθρο 113 του ν.4057/2012 σε ποινή προστίμου αποδοχών έξι (6) μηνών (α.α. 27 του προοιμίου της κ.υ.α)

4. Λόγω λύσεως της υπαλληλικής σχέσης του Φ.Ε. με τον ΕΟΤ από 14-7-2014 [ίδετε προοίμιο του σχεδίου της κ.υ.α με αύξοντες αριθμούς 24,26,27], η Αναπληρώτρια Υπουργός, που έχει τη σχετική αρμοδιότητα



(άρθρο 1 παρ.1 περίπτωση βα απόφασης Πρωθυπουργού υπ' αριθμ.Υ7/25-9-2015, Β 2109/29-9-2015), προβληματίζεται αν είναι επιτρεπτή η ανάκλησή της σήμερα, που ο Φ.Ε. δεν υπηρετεί στον ΕΟΤ λόγω λύση της υπαλληλικής σχέσης του δυνάμει των διατάξεων της υποπαραγράφου Ζ.2. της παρ. Ζ του άρθρου πρώτου του ν. 4093/2012 (Α' 222) (βλ α.α.26 του προοιμίου του σχεδίου της κ.υ.α.).

5. Επίσης προβληματίζεται, αν κατ' επίκληση των όσων διαπιστώνονται στο με α.α 28 του σχεδίου της κυα (παράγραφος 2 της παρούσης), πρέπει κατά δέσμια ενέργεια της διοίκησης να δοθεί στην ανακλητική απόφαση της μετάταξης αναδρομική ισχύ, οπότε θα πρέπει να αναζητηθούν υποχρεωτικά οι αποδοχές που καταβλήθηκαν από τον ΕΟΤ στον Φ.Ε., ή αν η διοίκηση έχει εκ του νόμου διακριτική ευχέρεια να πράξει διαφορετικά.

6. Τέλος, ερωτάται αν στοιχειοθετείται ποινική ευθύνη του πρώην υπαλλήλου Φ.Ε., οπότε πρέπει να ενημερωθεί άμεσα ο αρμόδιος Εισαγγελέας, καθώς και αν συντρέχει κίνδυνος παραγραφής των ποινικών αδικημάτων, που τυχόν έχουν τελεσθεί.

Νομοθετικό πλαίσιο

7. Στο άρθρο 6 του ν.3613/2007 (Α' 263) ορίζεται ότι «Στη διαδικασία κάλυψης κενών θέσεων με μετάταξη, βάσει ανακοίνωσης (προκήρυξης), σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 71 του Υπαλληλικού Κώδικα (ν.3528/2007, ΦΕΚ 26 Α') μπορεί να μετέχουν και υπάλληλοι κρατικών νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, καθώς και υπάλληλοι των ΔΕΚΟ, οι οποίες δεν είναι εισηγμένες στο Χρηματιστήριο και στις οποίες το Δημόσιο κατέχει την πλειοψηφία του μετοχικού τους κεφαλαίου, εφόσον έχουν συμπληρώσει διετή τουλάχιστον υπηρεσία».

8. 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

«1. Η πράξη διορισμού ανακαλείται υποχρεωτικά, εάν ο διοριζόμενος δεν αποδέχτηκε το διορισμό ρητώς ή σιωπηρώς ή δεν εκπλήρωσε άλλες

νόμιμες πρόσθετες υποχρεώσεις πριν από την ανάληψη υπηρεσίας.....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.3.....4. Οι διατάξεις της παρ. 2 για απαγόρευση ανάκλησης της πράξης διορισμού μετά την πάροδο διετίας δεν εφαρμόζονται, όταν η πράξη διορισμού ακυρώνεται δικαστικώς».

9. Στα άρθρα 36 και 37 του ισχύοντος **Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (ΚΠΔ, π.δ. 258/1986)**, τα οποία είναι εντεταγμένα στο Κεφάλαιο Δεύτερο («Έναρξη και αναβολή της ποινικής δίωξης»), ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 36. Αυτεπάγγελτη δίωξη. «Όταν δεν απαιτείται έγκληση ή αίτηση, η ποινική δίωξη κινείται αυτεπάγγελα, ύστερα από αναφορά, μήνυση ή άλλη είδηση ότι διαπράχθηκε αξιόποινη πράξη.

Άρθρο 37. Υποχρέωση για την ανακοίνωση αξιόποινης πράξης. «1. Οι ανακριτικοί υπάλληλοι οφείλουν να ανακοινώσουν χωρίς χρονοτριβή στον αρμόδιο εισαγγελέα οτιδήποτε πληροφορούνται με κάθε τρόπο για αξιόποινη πράξη που διώκεται αυτεπαγγέλτως. 2. Οι υπόλοιποι δημόσιοι υπάλληλοι, καθώς και εκείνοι στους οποίους ανατέθηκε προσωρινά δημόσια υπηρεσία, έχουν την ίδια υποχρέωση για τις αξιόποινες πράξεις της παρ. 1, αν πληροφορήθηκαν γι' αυτές κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους. 3. Η ανακοίνωση γίνεται γραπτώς και πρέπει να περιέχει όλα τα στοιχεία που υπάρχουν και αφορούν την αξιόποινη πράξη, τους δράστες και τις αποδείξεις».

10. Στα άρθρα 216 και 217 του ισχύοντος **Ποινικού Κώδικα (ΠΚ, π.δ. 283/1985)**, τα οποία είναι εντεταγμένα στο Κεφάλαιο Δέκατο («Εγκλήματα σχετικά με τα υπομνήματα»), ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 216. Πλαστογραφία. «1. Όποιος καταρτίζει πλαστό ή νοθεύει έγγραφο με σκοπό να παραπλανήσει με τη χρήση του άλλον σχετικά με γεγονός που μπορεί να έχει έννομες συνέπειες τιμωρείται με Φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών. Η χρήση του εγγράφου από αυτόν θεωρείται επιβαρυντική περίπτωση. 2. Με την ίδια ποινή τιμωρείται όποιος για τον παραπάνω σκοπό εν γνώσει χρησιμοποιεί πλαστό ή νοθευμένο έγγραφο. 3. Αν ο υπαίτιος αυτών των πράξεων (παράγραφοι 1 - 2) σκόπευε να προσπορίσει στον εαυτό του ή σε άλλον περιουσιακό όφελος βλάπτοντας τρίτον ή σκόπευε να βλάψει άλλον τιμωρείται με Κάθειρξη μέχρι δέκα ετών, "Εάν το συνολικό όφελος ή η συνολική ζημία υπερβαίνουν το ποσό των είκοσι



πέντε εκατομμυρίων (25.000.000) δραχμών." [εβδομήντα τριών χιλιάδων (73.000) ευρώ]¹.

Άρθρο 217. Πλαστογραφία πιστοποιητικών. «1. Όποιος με σκοπό να διευκολύνει την άμεση συντήρηση, την κίνηση ή την κοινωνική πρόοδο αυτού του ίδιου ή άλλου καταρτίζει πλαστό ή νοθεύει πιστοποιητικό ή μαρτυρικό ή άλλο έγγραφο που μπορεί να χρησιμεύσει συνήθως για τέτοιους σκοπούς ή εν γνώσει του χρησιμοποιεί τέτοιο πλαστό ή νοθευμένο έγγραφο τιμωρείται με Φυλάκιση μέχρι ενός έτους ή με χρηματική ποινή».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις, ερμηνευόμενες αυτοτελώς και σε συνδυασμό με τις ισχύουσες γενικές αρχές του Διοικητικού Δικαίου, συνάγονται κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος τα ακόλουθα:

11. Η μετάταξη, κατά τα προβλεπόμενα στον Υ.Κ., αναλύεται σε απόλυση από τη θέση που κατέχει ο υπάλληλος (εδώ στην ΕΘΕΛ ΑΕ) και σε διορισμό στη νέα θέση (παράβαλε πράξη Ελ. Συν. 250/2010 Τμήμα Ι, ΝΟΜΟΣ), προϋποθέτει δε, ενεργό υπαλληλική σχέση κατά το χρόνο μετάταξης του υπαλλήλου που αφορά (ΝΣΚ 126/2009 παρ. ΙΙ.α.).

12. Η νομιμότητα της ατομικής συστατικής διοικητικής πράξης διορισμού υπαλλήλου κρίνεται, ειδικά όσον αφορά τα προσόντα διορισμού, με βάση το νομικό καθεστώς του χρόνου εκδόσεώς της, όπως άλλωστε ισχύει και για κάθε άλλη διοικητική πράξη (ΣτΕ 3669/2000, 3653/2008, 3558/2014, ίδετε για διορισμό τη ΝΣΚ 35/2009).

13. Η ανάκληση παράνομης συστατικής ατομικής διοικητικής πράξης (διορισμός ή μετάταξη) έχει, κατ' εξαίρεση του κανόνα, αναδρομικό χαρακτήρα, διότι αποκαθιστά την νομιμότητα αναδρομικά (Ε. Σπηλιωτόπουλος: «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», αριθμοί 170,171).

14. Κατά το άρθρο 20 παρ. 2 του Υ.Κ. (ν. 3528/2007), η πράξη διορισμού που έγινε κατά παράβαση νόμου ανακαλείται εντός διετίας από τη δημοσίευσή της (εδάφιο πρώτο), εφόσον όμως ο διορισμός, όπως είναι και η μετάταξη, προκλήθηκε δολίως από τον διορισθέντα/μεταταγέντα στον οποίο αφορά, η ανάκληση της πράξεως διορισμού ως μη νομίμου είναι επιτρεπτή χωρίς να υπόκειται στους χρονικούς περιορισμούς της ανάκλησης της διετίας κατά το άρθρο 20 παρ. 2, εδάφιο πρώτο του Υ.Κ, ούτε του ευλόγου χρόνου που προβλέπεται στο άρθρο μόνο, παρ. 1 του α.ν. 261/1968, υπό την έννοια ότι ο δόλος ή η απατηλή ενέργεια του διοικουμένου παρατείνει εις το διηνεκές

¹ Το ποσό των εβδομήντα τριών χιλιάδων (73.000) ευρώ του πρώτου εδαφίου της παρ.3 αναπροσαρμόστηκε από 2-4-2012 στο ποσό των εκατό είκοσι χιλιάδων (120.000) ευρώ με την παρ.1 περ.β' άρθρου 24 του ν.4055/2012, Α 51/12.3.2012).

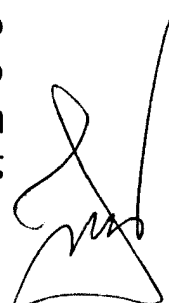
το ανακλητόν της παρανόμου πράξεως (Μ. Δ. Στασινόπουλος: «Δίκαιο των διοικητικών πράξεων» παρ. 57 σελίδες 433,437). Η ανάκληση ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της παράνομης πράξης διορισμού (πρβλ. ΣτΕ 3667/1992), απαιτεί δε προς τούτο ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης περί της συνδρομής του λόγου της ανάκλησης (πρβλ ΣτΕ 3423/2008, 227/2006, 895/2002 κ.α.) και κλήση σε προηγούμενη ακρόαση, εφόσον η ανάκληση χωρεί μετά την πάροδο διετίας από του διορισμού (ΣτΕ 856/2009).

15. Η ανάκληση από τη διοίκηση των παράνομων πράξεών της, δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι ο υπάλληλος που διορίστηκε παράνομα δεν υπηρετεί στη θέση που διορίστηκε κατά το χρόνο ανάκλησης του διορισμού του, αφού η ανάκληση έχει αναδρομικό χαρακτήρα και ανατρέχει στο χρόνο του διορισμού του (πρβλ Α.Σ. Τάχο – Συμεωνίδη: Ερμηνεία Υ.Κ. άρθρο 20 σελ. 278, ΣτΕ 895/2002 και 3424/1988, με την οποία έγινε δεκτό ότι μπορεί να ανακληθεί η εσφαλμένη κατάταξη υπαλλήλου και μετά την απόλυσή του).

16. Όταν ο λόγος ανακλήσεως είναι η εκ δόλου παράνομη πράξη ή παράλειψη του διοικούμενου απαιτείται ειδική αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης για τη στοιχειοθέτηση της έννοιας της απατηλής ενέργειας στο πρόσωπο του υπαλλήλου (ΣτΕ 3423/2008, 612/2012, ΔΕΦΑ 2411/2013, 6η Σκέψη) και η επίδραση αυτής επί της πράξεως (Μ. Δ. Στασινόπουλος: «Δίκαιο των διοικητικών πράξεων» παρ. 57 σελίδα 426, επόμενα).

17. Σύμφωνα με το άρθρο 37 του ΚΠΔ οι δημόσιοι υπάλληλοι, καθώς και εκείνοι στους οποίους ανατέθηκε προσωρινά δημόσια υπηρεσία, έχουν υποχρέωση να ανακοινώσουν χωρίς χρονοτριβή στον αρμόδιο εισαγγελέα ο,τιδήποτε πληροφορούνται, κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους, για αξιόποινες πράξεις που διώκονται αυτεπαγγέλτως. Η ανακοίνωση γίνεται γραπτώς και πρέπει να περιέχει όλα τα στοιχεία που υπάρχουν και αφορούν την αξιόποινη πράξη, τους δράστες και τις αποδείξεις.

18. Προς τούτο, όμως, δεν απαιτείται και βεβαιότητα του υπαλλήλου ότι συγκεκριμένη πράξη αποτελεί ποινικό αδίκημα, αλλά αρκεί να υπάρχουν ισχυρές ενδείξεις τέλεσης αξιοποίνου πράξεως αυτεπάγγελτα διωκόμενης, της οποίας έλαβε γνώση κατά την εκτέλεση της υπηρεσίας του, όπως είναι και τα εγκλήματα σχετικά με τα υπομνήματα άρθρα 216 και 217 Ποινικού Κώδικα, οπότε οφείλει να ενεργήσει χωρίς χρονοτριβή, διότι σε διαφορετική περίπτωση κινδυνεύει να υποπέσει και αυτός στο ποινικό αδίκημα της παράβασης καθήκοντος (βλέπετε περιπτώσεις από την νομολογία: Γνωμ. Εισ. Πλημ. Καβάλας 1/1997, ΝΟΜΟΣ, την ΑΠ 1219/1995, που αναφέρεται στο άρθρο 25 ν. 1882/1990 Ποιν. Χρ. 1996, 353 και την ΝΣΚ 604/2008), το οποίο διώκεται και πειθαρχικά (παράβαλε προϋποθέσεις για την πειθαρχική δίωξη δημοσίου υπαλλήλου την ΣτΕ 320/1998). Η αξιολόγηση της πράξης ως



εγκλήματος (άρθρα 14, 15 Ποιν. Κώδικα), ο χαρακτηρισμός της κακουργήματος, πλημμελήματος ή πταίσματος (άρθρο 18 Ποιν. Κωδ.), από την οποία συναρτάται και ο χρόνος εξάλειψης του αξιοποίνου της λόγω παραγραφής (άρθρα 111,112,113 Ποιν. Κώδικα), ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα του οικείου Εισαγγελέα (άρθρα 27, 43 ΚΠοινΔικ, πρβλ ΝΣΚ 385/2012 παρ. ΙΙΙ, Στ' Τμήμα) και, σε τελικό στάδιο, στη δικαιοδοσία του ποινικού δικαστηρίου.

19. Αν, συνεπώς, τα στελέχη του Τμήματος Τουριστικής Πολιτικής Νομοθετικών Ρυθμίσεων και Μέτρων της Δ/σης Στρατηγικού Σχεδιασμού του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, στο οποίο ανήκει η εν γένει αρμοδιότητα για τον έλεγχο των πράξεων των οργάνων και των υπηρεσιών των εποπτευόμενων νομικών προσώπων-φορέων και Οργανισμών όπως ο ΕΟΤ (άρθρο 14 παρ. 2γ π.δ. 112/2014 Α 179, άρθρο 2 παρ. 1α ν. 3270/2004, Α' 187), εκτιμούν ότι υπάρχουν ισχυρές ενδείξεις περί διάπραξης αυτεπάγγελα διωκόμενης αξιόποινης πράξης εκ μέρους του Φ.Ε., οφείλουν να ενημερώσουν, χωρίς χρονοτριβή, τον αρμόδιο Εισαγγελέα., κατά τα προβλεπόμενα στον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας,

20. Περαιτέρω, όμως, κατά την ενώπιον του Τμήματος συζήτηση μεταξύ των μελών αυτού επί της περαιτέρω ερμηνείας και εφαρμογής των διατάξεων σε σχέση με το δεύτερο ερώτημα και ειδικότερα περί της δεσμίας ή μη αρμοδιότητας της διοίκησης, διατυπώθηκαν, οι εξής δύο γνώμες:

Α. Η γνώμη της πλειοψηφίας, η οποία απαρτίστηκε από τους Νομικούς Συμβούλους του Κράτους, Θεόδωρο Ψυχογιού, Κωνσταντίνο Χαραλαμπίδη, Δημήτριο Χανή, Αλέξανδρο Ροϊλό, Χριστίνα Διβάνη και Διονύσιο Χειμώνα, (ψηφοί έξι – 6), δέχτηκε τα ακόλουθα:

21. Η ανάκληση διορισμού υπαλλήλου είναι υποχρεωτική για τη διοίκηση, όταν αυτή διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 20 του Υ.Κ. (ν. 3528/2007) (ΝΣΚ 43/2016, 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 δε αυτή στο χρόνο έκδοσης της παράνομης πράξης διορισμού (ή, εν προκειμένω, της μετάταξης) (πρβλ. ΣτΕ 895/2002, 3667/1992) και απαιτείται 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.). Άλλωστε, ως γίνεται δεκτό, οι διοικητικές πράξεις που αναφέρονται στην υπηρεσιακή κατάσταση των δημοσίων υπαλλήλων συνάπτονται αμέσως προς την ομαλή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας, κατά μείζονα δε λόγο στην περίπτωση που εκδίδονται προς ανάκληση διορισμού (ή μετάταξης) για το λόγο ότι ο υπάλληλος δεν

Σ.Α.Β.

κατείχε τα νόμιμα προς τούτο προσόντα, η έκδοση των ανακλητικών αυτών πράξεων αποβλέπει σαφώς στην υπηρετήση του δημοσίου συμφέροντος (ΕΑ ΣτΕ 1253/2006) και, ως εκ τούτου ασκείται κατά δεσμία αρμοδιότητα.

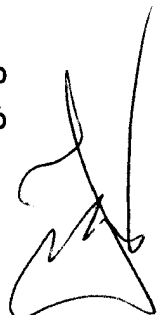
22. Επίσης, υποχρεωτική είναι και η αναζήτηση των αποδοχών που καταβλήθηκαν στον υπάλληλο, που διορίστηκε ή μετετάγη παράνομα, εφόσον ανακληθεί αναδρομικά η μετάταξή του, κατ' εφαρμογή της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 20 του ΥΚ. (βλ. ΝΣΚ 335/2013, η οποία, όμως, δέχεται διακριτική ευχέρεια της διοίκησης για την ως άνω αναζήτηση).

23. Και ναι μεν γίνεται παγίως δεκτό ότι η ανάκληση των παράνομων ευμενών διοικητικών πράξεων από τη διοίκηση, κατ' αρχήν, διενεργείται κατ' ενάσκηση διακριτικής και όχι δεσμίας αρμοδιότητας, ωστόσο, όταν τίθεται ζήτημα ανάκλησης ευμενούς διοικητικής πράξης, όχι λόγω παρανομίας ή σφάλματος της διοίκησης, αλλ' επειδή η έκδοσή της ήταν αποτέλεσμα παράνομης πράξης ή παράλειψης του διοικουμένου (ή επειδή κατέστη μη νόμιμη και ανακλητέα μετά την έκδοσή της, λόγω παράνομης συμπεριφοράς του διοικουμένου), τότε η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, κατ' εξαίρεση, θεωρεί **δεσμία** την αρμοδιότητα της διοίκησης να ανακαλέσει την ευμενή για τον διοικούμενο διοικητική πράξη (αντί πολλών βλ. ΣτΕ 3410/15, 4090/15, 4001/13, 286/12, 4720/12, 4530/12, 2715/11, 2050/11, 1440/11, 796/2009, 2916/07 κλπ.). Επισημαίνεται, μάλιστα, ότι στις περιπτώσεις αυτές, οι ερμηνευόμενες από το ΣτΕ διατάξεις δεν αναφέρονται πανηγυρικά στη συνδρομή δεσμίας αρμοδιότητας της διοίκησης προς ανάκληση, τούτο όμως συνάγεται πάντοτε ερμηνευτικά από το ως άνω Δικαστήριο.

24. Είναι βέβαιο, συνεπώς, ότι η αυτή ερμηνευτική προσέγγιση προσήκει σαφώς και κατά την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 20§2 Υ.Κ, στην υπό κρίση περίπτωση, κατά την οποία η μετάταξη του υπαλλήλου υπήρξε καρπός της εκ μέρους του δόλιας χρήσης πλαστού τίτλου σπουδών, με συνέπεια να ελλείπει εξ αρχής βασική νόμιμη προϋπόθεση προς έκδοση της σχετικής διοικητικής πράξης, η οποία, μετά ταύτα είναι υποχρεωτικώς ανακλητέα και δη χωρίς χρονικό περιορισμό.

25. Άλλωστε, η ανάκληση παρανόμου διοικητικής πράξεως είναι επιτρεπτή, χωρίς χρονικό περιορισμό, κατά την ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της αρμόδιας αρχής, σε κάθε περίπτωση που τούτο επιβάλλεται από λόγους δημοσίου συμφέροντος ή όταν η έκδοση της ανακαλούμενης παρανόμου πράξεως προκλήθηκε από δόλια ενέργεια του διοικουμένου (βλ. ΣτΕ 2756/2015, 3047/2002, 2616/2012).

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:



26. Η διοίκηση έχει διακριτική ευχέρεια να ανακαλεί τις παράνομες ατομικές διοικητικές πράξεις (Ε. Σπηλιωτόπουλος: «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου» αριθμός 179, ΣτΕ 698/2015). Υποχρέωση προς τούτο έχει: α) όταν η ανάκληση επιβάλλεται με ειδική διάταξη νόμου, β) όταν είναι αναγκαία για τη συμμόρφωση της διοικήσεως με ακυρωτική απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας ή των Διοικητικών Εφετείων (ακυρωτικής αρμοδιότητας), γ) όταν ο νόμος βάσει του οποίου εκδόθηκαν κηρύχθηκε αντισυνταγματικός με απόφαση του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου (ΝΣΚ 489/2007, Α΄ Τμήμα, 604/2008). Διακριτική ευχέρεια έχει η διοίκηση και στην περίπτωση αναδρομικής ανάκλησης της παράνομης πράξεως διορισμού/μετάταξης που προκλήθηκε από δόλο ή άλλη απατηλή ενέργεια του διορισθέντος/μεταταγέντος, δεδομένου ότι η διάταξη του άρθρου 20 παρ. 2 εδ. δεύτερο του ΥΚ δεν θεσπίζει δεσμία αρμοδιότητα για την ανάκληση της παράνομης πράξεως διορισμού, αλλά δυνατότητα ανάκλησης χωρίς τους χρονικούς περιορισμούς της ανάκλησής της εντός διετίας που προβλέπεται στο άρθρο 20 παρ. 2, εδάφιο πρώτο του Υ.Κ. (πρβλ ΣτΕ 450/2014, ΟΛΝΣΚ 117/2012, ΝΣΚ 122/2012, 205/2011, 347/2002).

27. Περαιτέρω, σε περίπτωση αναδρομικής ανάκλησης της παράνομης πράξεως διορισμού/μετάταξης, ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία ο διορισμός/μετάταξη προκλήθηκε από δόλο ή άλλη απατηλή ενέργεια του διορισθέντος/μεταταγέντος, η αναζήτηση των αποδοχών που καταβλήθηκαν παράνομα απαιτεί την συνδρομή επιπλέον προϋποθέσεων, οι οποίες παρατίθενται στο κεφάλαιο Γ της υπ' αριθμ. 335/2013 γνωμοδότησης του Στ' Τμήματος του ΝΣΚ, η οποία, όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. 11129/14-5-2014 έγγραφο της Δ/σης Διοικητικού του πρώην Υπουργείου Τουρισμού έγινε αποδεκτή, κατά το σκέλος τούτο, από την τότε αρμοδία Υπουργό Τουρισμού. Προς αποφυγή επαναλήψεως του περιεχομένου της προαναφερθείσης γνωμοδότησεως, η γνώμη της μειοψηφίας αναφέρεται στη γνωμοδότηση αυτή, καθώς και στο κεφάλαιο Ε (αριθμοί 3,4,5 και 6) της υπ' αριθ. 349/2011 γνωμοδότησης του Β2 Τμήματος Διακοπών του ΝΣΚ, που μνημονεύεται στο σχέδιο της κ.υ.α.

Απάντηση

Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, επί των τεθέντων ερωτημάτων το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Β') γνωμοδοτεί ως ακολούθως:

28. Στο πρώτο ερώτημα, ομόφωνα, ότι είναι επιτρεπτή, η ανάκληση της παράνομης πράξης μετάταξης του υπαλλήλου του ερωτήματος, λόγω εκδόσεώς της με βάση υποβληθέντα από αυτόν μη γνήσιο τίτλο σπουδών, η δε διαπίστωση της μη γνησιότητας του τίτλου είχε προηγηθεί της αποχώρησης του υπαλλήλου από την υπηρεσία, χωρίς να

ασκεί έννομη επιρροή το γεγονός ότι έχει ήδη μεσολαβήσει η λύση της υπαλληλικής σχέσης του λόγω διαθεσιμότητας.

29. Στο δεύτερο ερώτημα, κατά πλειοψηφία, ότι, εάν η διοίκηση διαπιστώσει ότι η έκδοση της πράξεως μετάταξης του υπαλλήλου είναι παράνομη, διότι προκλήθηκε δολίως με την εκ μέρους του υπαλλήλου υποβολή, ως δικαιολογητικού για τη μετάταξή του, μη γνησίου τίτλου σπουδών, η ανάκληση της πράξεως μετάταξης δεν ανήκει στη διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, αλλά είναι υποχρεωτική, δεν υπόκειται στους χρονικούς περιορισμούς της ανάκλησής της εντός ευλόγου χρόνου ή εντός διετίας κατά το άρθρο 20 παρ. 2, εδάφιο πρώτο του Υ.Κ, ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της παράνομης πράξης διορισμού, απαιτεί δε προς τούτο ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης περί της συνδρομής του λόγου της ανάκλησης και κλήση σε προηγούμενη ακρόαση, εφόσον η ανάκληση χωρεί μετά την πάροδο διετίας από του διορισμού. Παρεπομένως, σε περίπτωση αναδρομικής ανάκλησης της πράξεως διορισμού του υπαλλήλου ως μη νομίμου για τον προεκτεθέντα λόγο, είναι υποχρεωτική και η αναζήτηση των αποδοχών που καταβλήθηκαν σε αυτόν.

30. Στο τρίτο ερώτημα, ομόφωνα, ότι αρμόζει η ως άνω αναλυτικώς διδομένη στις παραγράφους 17, 18 και 19 της παρούσης απάντηση.

31. Όμως, ανεξαρτήτως της κατά τα ανωτέρω διαμορφωθείσης πλειοψηφίας, λόγω αντίθετων Γνωμοδοτήσεων του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους [122/2012, 117/2012 (Ολομ), 108/2011, 205/2011 κλπ] επί του δευτέρου ερωτήματος και λόγω της μείζονος σπουδαιότητας και του γενικότερου ενδιαφέροντος των νομικών ζητημάτων που ανέκυψαν κατά την επ' αυτού συζήτηση, το Τμήμα αποφάσισε ομοφώνως την παραπομπή του δευτέρου ερωτήματος στην Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ
Αθήνα, 22-6-2016
Ο Πρόεδρος

Αλέξανδρος Γερ. Καραγιάννης
Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Ο Εισηγητής

Νικόλαος Μουδάτσος
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους