



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

**Αριθμός Γνωμοδότησης 251/2016
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Τμήμα Ε'
Συνεδρίαση της 11^{ης} Οκτωβρίου 2016**

Σύνθεση :

Πρόεδρος: Μεταξία Ανδροβιτσανέα, Αντιπρόεδρος του ΝΣΚ.

Μέλη: Κωνσταντίνος Γεωργάκης, Βασιλική Πανταζή, Δημήτριος Αναστασόπουλος, Ελένη Σβολοπούλου, Δημήτριος Μακαρονίδης, Σταύρος Σπυρόπουλος και Βασίλειος Καραγεώργος, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής: Περικλής Αγγέλου, Πάρεδρος ΝΣΚ

Αριθμός Ερωτήματος: Το αριθ. ΥΠΠΟΑ/ΓΔΔΥΗΔ/ ΔΔΑΑΔ/ ΤΥΕΦΤΠ/273375/33749 /30413/1260/23-12-2015 έγγραφο της Διεύθυνσης Διοίκησης και Ανάπτυξης Ανθρωπίνου Δυναμικού, Τμήμα Υποστήριξης Εποπτευομένων Φορέων Τομέα Πολιτισμού και Ανάπτυξης και Εκπαίδευσης Ανθρωπίνου Δυναμικού.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται, εάν η δημιουργία και πώληση γλυπτών έργων από δόκιμο δημόσιο υπάλληλο εκτός ωραρίου εργασίας του:α) συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του ως διευθυντού Επαγγελματικής Σχολής Καλών Τεχνών, β)παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του και γ) συνιστά άσκηση εμπορίας.

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

Ιστορικό

1. Δόκιμος δημόσιος υπάλληλος με Β' βαθμό και θέση Διευθυντή του προπαρασκευαστικού και επαγγελματικού Σχολείου Καλών Τεχνών Πανόρμου Τήνου έχει υποβάλει στο Υπουργείο την από 6.10.2015 αίτησή του, με την οποία ζητά άδεια ασκήσεως ιδιωτικής εργασίας με αμοιβή και πιο συγκεκριμένα ζητά να του επιτραπεί να δημιουργεί ως γλύπτης έργα είτε έτοιμα είτε κατά παραγγελία και να τα πωλεί, εκτιμώντας ότι ως καλλιτέχνης αισθάνεται την ανάγκη να είναι ενεργός στον κόσμο της τέχνης και να συνεχίσει να δημιουργεί. Εκτιμά επίσης ότι η απασχόληση αυτή όχι μόνο δεν θα λειτουργήσει ανασταλτικά στην ατέραιη άσκηση των καθηκόντων που ασκεί, αλλά αντιθέτως θα έχει μόνο θετικά αποτελέσματα στην ιδιότητά του ως δασκάλου της γλυπτικής.

2. Το αναφερόμενο Σχολείο αποτελεί Δημόσια Υπηρεσία εποπτευόμενη από το Υπουργείο Πολιτισμού και Αθλητισμού, σε επίπεδο Διεύθυνσης, σύμφωνα με την αρ. ΥΠΠΟ/ΔΙΟΙΚ/Β/13957 της 6/9 Απρ. 1987 (Β' 191) απόφαση με τον τίτλο «*Αντιστοιχία Οργανικών μονάδων του Υπ. Πολιτισμού*». Σκοπός του εν λόγω Σχολείου είναι η επαγγελματική κατάρτιση των σπουδαστών του στη μαρμαροτεχνία και η προπαρασκευή όσων από αυτούς διαθέτουν καλλιτεχνική ιδιοφυΐα για τη συνέχιση των σπουδών τους στην Ανώτατη Σχολή Καλών Τεχνών. Οι ιδρυτικές διατάξεις του σχολείου (ν. 3136/1955) όριζαν ότι αυτό τελούσε υπό τον έλεγχο και την εποπτεία του Υπουργείου Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων και ότι το επιστημονικό διδακτικό προσωπικό του διοριζόταν από τον οικείο Υπουργό. Από το έτος 1977, (π.δ. 941/1977 «Περί Οργανισμού του Υπουργείου Πολιτισμού και Επιστημών» Α' 320) όμως, το Σχολείο υπήχθη στην αρμοδιότητα του Υπουργείου Πολιτισμού και τελούσε υπό την εποπτεία και τον έλεγχο αυτού, το δε επιστημονικό διδακτικό προσωπικό του διορίζεται από τον Υπουργό Πολιτισμού ή από το ειδικά από αυτόν εξουσιοδοτημένο όργανο.

3. Κατόπιν τούτου, η αρμόδια Υπηρεσία με το ανωτέρω έγγραφό της ερωτά το Ν.Σ.Κ. εάν η κατά τα ανωτέρω άσκηση τέτοιου έργου πληροί τις προϋποθέσεις των διατάξεων του άρθρου 31 ν.3528/2007 για τη χορήγηση στον ενδιαφερόμενο



σχετικής άδειας και πιο συγκεκριμένα εάν η εν λόγω δραστηριότητα συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του ως δημοσίου υπαλλήλου, δεν εμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του και περαιτέρω δεν συνιστά άσκηση εμπορίας.

Νομοθετικό πλαίσιο

4. Με τις διατάξεις των άρθρων 31 παρ. 1 έως 4 και 40 παρ. 1 του Υπαλληλικού Κώδικα (Υ.Κ), που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 3528/2007 «Κύρωση του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ» (Α' 26) ορίζονται τα ακόλουθα:

«Άρθρο 31: 1. Μετά από άδεια ο υπάλληλος μπορεί να ασκεί ιδιωτικό έργο ή εργασία με αμοιβή, εφόσον συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του και δεν παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του. 2. Η άδεια χορηγείται για συγκεκριμένο έργο ή εργασία μετά από σύμφωνη αιτιολογημένη γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου και μπορεί να ανακαλείται με τον ίδιο τρόπο. Η άδεια στους υπαλλήλους του Δημοσίου χορηγείται από τον οικείο υπουργό και στους υπαλλήλους νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από το ανώτατο μονομελές όργανο διοίκησης και αν δεν υπάρχει τέτοιο όργανο, από τον πρόεδρο του συλλογικού οργάνου διοίκησης. 3 Δεν επιτρέπεται στον υπάλληλο η κατ' επάγγελμα άσκηση εμπορίας. 4 Ειδικές απαγορευτικές διατάξεις διατηρούνται σε ισχύ.

Άρθρο 40: 1. Οι δημόσιοι υπάλληλοι και οι υπάλληλοι των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου που διορίζονται σε οργανικές θέσεις, διανύουν δύο (2) έτη δοκιμαστικής υπηρεσίας κατά την διάρκεια της οποίας απολύονται για λόγους που ανάγονται στην υπηρεσία τους μόνο μετά απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου».

5. Με την διάταξη του άρθρου 1 του Εμπορικού Νόμου (Β.Δ. Της 19 Απριλίου/1ης Μαΐου 1835) ορίζεται ότι «Εμποροι είναι όσοι μετέρχονται πράξεις εμπορικάς και κύριον επάγγελμα έχουν την εμπορίαν».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

6. Με τις διατάξεις του άρθρου 31 του Υ.Κ σκοπείται η εύρυθμη λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών και η αποφυγή ενδείξεων παραμελήσεως των κύριων καθηκόντων των υπαλλήλων. Κατά συνέπεια η παράλληλη άσκηση εκ μέρους του υπαλλήλου και άλλων καθηκόντων επιτρέπεται μόνο κατ' εξαίρεση, κατόπιν αδείας του αρμοδίου Υπουργού και μετά από έκφραση αιτιολογημένης και σύμφωνης γνώμης του Υπηρεσιακού Συμβουλίου, κατόπιν εκτιμήσεως από αυτό των

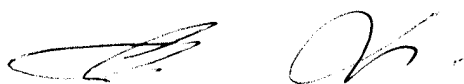
συγκεκριμένων περιστάσεων, έτσι ώστε να μην αποβαίνει σε βάρος των κυρίων καθηκόντων του υπαλλήλου και της ομαλής διεξαγωγής της δημόσιας υπηρεσίας (πρβλ. Εφ. Αθ. 9329/2002, 7975/1987, εκδοθείσες υπό την ισχύ των ομοίων, κατά βάση, διατάξεων του άρθρου 77 ΠΔ 611/1977, επίσης ΝΣΚ 391/2010). Όπως έχει κριθεί από την Ολομέλεια του Ν.Σ.Κ. με την υπ' αριθ. 382/2008 γνωμοδότησή της, οι προϋποθέσεις έκδοσης από την Διοίκηση της προβλεπόμενης άδειας είναι σωρευτικά, οι εξής: α) Η άδεια πρέπει να αφορά σε ιδιωτικό έργο ή εργασία δηλ. να παρέχεται προς ιδιώτη με σκοπό την αμοιβή του ενδιαφερομένου. Ως ιδιωτικό έργο ή εργασία νοείται τόσο η παροχή αυτής ταύτης εξηρημένης εργασίας όσο και η προσφορά υπηρεσιών ελευθέρου επαγγέλματος, δηλαδή της παροχής έργου ή ανεξαρτήτων υπηρεσιών, με διαρκή, σταθερή και συστηματική απασχόληση, επί συγκεκριμένου αντικείμενου, χωρίς να τελεί ο υπάλληλος σε σχέση εξάρτησης με τον εργοδότη, (ΝΣΚ 447/2009), ακόμη δε και η μίσθωση έργου κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 681 Α.Κ. επ. Παρατηρείται ενταύθα ότι η παροχή έργου ή εργασίας είναι δυνατόν να αφορά και σε δημόσιες επιχειρήσεις του Δημοσίου τομέα (πρβλ. Τάχου-Συμεωνίδη "Ερμηνεία Υπαλληλικού Κώδικα", Γ' εκδ. σελ. 364), ή ακόμη και σε ΝΠΔΔ, όπως οι Ο.Τ.Α., με επιφύλαξη των διατάξεων περί πολυθεσίας, αρκεί η έννομη σχέση που συνδέει τα μέρη να έχει ιδιωτικό χαρακτήρα, καθόσον η έννοια του "ιδιωτικού" αντιδιαστέλλεται προς το "Δημόσιο" (βλ. Τάχος-Συμεωνίδης ο.π.), β) το σχετικό έργο του υπαλλήλου πρέπει να συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του, δηλ. να συνάδει προς το αντικείμενο της αρμοδιότητας που ασκεί, να μην μειώνει το κύρος της Υπηρεσίας, και να μην παρεμποδίζει την ομαλή άσκηση των καθηκόντων του. Δραστηριότητα, η οποία δύναται να προκαλέσει στον υπάλληλο σύγχυση μεταξύ του δημοσίου καθήκοντος και της ιδιωτικής του δράσης, αλλά και σύγκρουση του ιδιωτικού του συμφέροντος προς το συμφέρον της υπηρεσίας, δεν συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του (βλ. ΝΣΚ 447/2009). Η αιτούμενη από τον υπάλληλο άδεια χορηγείται: 1) Για συγκεκριμένο ιδιωτικό έργο ή εργασία, δηλ. μόνο γι' αυτό που ρητά ο υπάλληλος αιτείται, δεδομένου ότι σε περίπτωση αορίστου αιτήματος θα καθίστατο αδύνατος ο επιβαλλόμενος έλεγχος της συνδρομής των ανωτέρω προϋποθέσεων, με αποτέλεσμα την καταστρατήγηση των σχετικών διατάξεων. 2) Μετά σύμφωνη γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου, που έχει δεσμευτική ισχύ για το όργανο που αποφασίζει, δεδομένου ότι η πλημμέλεια της αιτιολογίας συνιστά την

μη τήρηση ουσιώδους τύπου διαδικασίας, η οποία συνεπάγεται ακυρότητα.

7. Από τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του Υ.Κ προκύπτει σαφώς ότι η εκ μέρους του δημοσίου υπαλλήλου άσκηση εμπορίας απαγορεύεται και είναι ολοκληρωτικά ασυμβίβαστη με την ιδιότητα αυτού. Η εν λόγω διάταξη απαγορεύει την κατ' επάγγελμα άσκηση της εμπορίας, δηλαδή την κτήση της εμπορικής ιδιότητας και όχι την απλή διενέργεια ορισμένων εμπορικών πράξεων (*πρβλ. ΝΣΚ 378/2002, 368/2005*).

8. Εξ' άλλου γίνεται δεκτό ότι, παρά την γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 1 του Εμπορικού Νόμου, ο νομοθέτης αρκείται για την απόκτηση της ιδιότητος του εμπόρου στην κατά σύνηθες επάγγελμα ενέργεια εμπορικών πράξεων, και δεν απαιτεί την κατά κύριο επάγγελμα ενέργεια των πράξεων αυτών. Κατά συνέπεια η εκ παραλλήλου άσκηση δύο επαγγελματιών δεν αποκλείει την απόκτηση της εμπορικής ιδιότητος, έστω και αν το κύριο επάγγελμα δεν είναι εμπορικό (*πρβλ. Περράκη "Γενικό μέρος του Εμπορικού Δικαίου" σελ. 241, Κ. Ρόκα "Εμπορικών Δίκαιον", Γενικό Μέρος, εκδ. Δ', σελ. 53*). Επίσης, η κτήση της εμπορικής ιδιότητος συνιστά πραγματικό γεγονός, κατά το ουσιαστικό κριτήριο, το οποίο χρήζει ανάλογης απόδειξης. Η άσκηση εμπορίας είναι επίσης πραγματικό, κατά βάση, γεγονός που προϋποθέτει προηγούμενη έρευνα των επαγγελματικών συνθηκών. Συνεπώς η κρίση, εάν κάποιος πρόσωπο έχει την εμπορική ιδιότητα, δύναται να εξαχθεί μόνο μετά από περιπτώσιολογική εξέταση της υπ' αυτού ασκούμενης επαγγελματικής δραστηριότητος, ως και των συνθηκών άσκησης αυτής (*ΝΣΚ 200/2010 με τις εκεί παραπομπές*).

9. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι κατ' αρχήν αυτός που αγοράζει έργα τέχνης με σκοπό την μεταπώλησή τους, αλλά και αυτός που ασκεί επιχείρηση χειροτεχνίας αποκτούν την εμπορική ιδιότητα, εφόσον ενεργούν τις πράξεις αυτές κατά σύνηθες επάγγελμα με συστηματικό βιοποριστικό σκοπό. Δεν μπορεί, όμως, να θεωρηθεί ως εμπορική πράξη η από τον καλλιτέχνη αγορά πρώτων υλών που είναι απαραίτητα για την άσκηση της τέχνης του (λ.χ. μάρμαρα ο γλύπτης, χρώματα ο ζωγράφος), έστω και αν η άσκηση της τέχνης γίνεται για βιοποριστικό σκοπό, αφού αυτές πωλούνται ως έργα καλλιτεχνικής συνθέσεως. Η αγορά των πρώτων υλών σε τέτοιες περιπτώσεις αποτελεί παρεπόμενο και επουσιώδες στοιχείο της κύριας πράξης της καλλιτεχνικής δημιουργίας, που είναι από την φύση της καθαρά αστική πράξη, με



προέχοντα, τον πνευματικό και καλλιτεχνικό σκοπό και χαρακτήρα και όχι τον εμπορικό. Κύριος σκοπός του καλλιτέχνη είναι η δημιουργία, με ικανοποίηση της αντίστοιχης φιλοδοξίας του, ενώ το οικονομικό μέρος είναι γι' αυτόν παρεπόμενο στοιχείο, φέρει δε η πώληση των έργων από τον ίδιο τον δημιουργό τους και κατά την οικονομική της ακόμη πλευρά, τον χαρακτήρα της καλλιτεχνικής δημιουργίας, ξένης προς την εμπορία. Κατά συνέπεια η από τον καλλιτέχνη πώληση των δικών του καλλιτεχνικών δημιουργημάτων δεν αποτελεί εμπορική πράξη, καθόσον δεν έχει τα γνωρίσματα της εμπορικής πράξης, προσβλέποντας είτε στην χειροτεχνία, δηλαδή την επεξεργασία ξένης πρώτης ύλης, είτε στην διαμεσολάβηση (*πρβλ. ad hoc ΑΠ.669/1994, Ε.Α.9859/1988, επίσης Ε.Α. 5644/1995, Ε.Α. 953/2001*), πολύ δε περισσότερο ισχύουν τα ίδια, όταν αυτός επεξεργάζεται ιδιόκτητη πρώτη ύλη (*βλ. Κ. Ρόκα ο.π. σελ. 31*). Επομένως, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η από τον ενδιαφερόμενο υπάλληλο δημιουργία γλυπτών έργων με σκοπό την πώλησή τους δεν συνιστά άσκηση εμπορίας κατά την διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του Υ.Κ. Περαιτέρω το οικείο υπηρεσιακό συμβούλιο θα κρίνει, κατά την ουσιαστική εκτίμησή του, εάν η σχετική δραστηριότητα συμβιβάζεται προς τα καθήκοντα της θέσης του, δηλαδή συνάδει με το αντικείμενο της αρμοδιότητας που ασκεί, δεν προκαλεί σύγκρουση του ιδιωτικού συμφέροντος του υπαλλήλου με το συμφέρον της υπηρεσίας του, δεν μειώνει το κύρος της, καθώς και εάν παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του από απόψεως χρονικής απασχόλησης, σύμπτωσης δηλαδή με τον χρόνο άσκησης των καθηκόντων του υπαλλήλου ή άλλων δυσχερειών, π.χ. κόπωσης (*πρβλ. ΝΣΚ 380/2009*).

10. Με την διάταξη του άρθρου 40 παρ. 1 του Υ.Κ οι δημόσιοι υπάλληλοι, καθώς και οι υπάλληλοι των ν.π.δ.δ. που διορίζονται σε οργανικές θέσεις διανύουν διετή δοκιμαστική υπηρεσία κατά την διάρκεια της οποίας απολύονται για λόγους που ανάγονται στην υπηρεσία τους και μετά από απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου. Ο χρόνος της δοκιμαστικής υπηρεσίας του υπαλλήλου προβλέπεται, προκειμένου αυτός να αξιολογηθεί από την υπηρεσία του για την απόδοση την οποία επέδειξε εντός του συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος και την ικανότητά του να ανταποκριθεί στα καθήκοντα της θέσης του. Ο υπό δοκιμή, όμως, ο υπάλληλος έχει εξ αρχής αμιγώς την ιδιότητα του υπαλλήλου, η ειδοποιός δε διαφορά του με τους λοιπούς είναι ότι εκκρεμεί εισέτι η μονιμοποίησή του (*πρβλ. Τάχου-Συμεωνίδη*



"Ερμηνεία Υπαλληλικού Κώδικα" Γ' εκδ. σελ. 534, όπου και παραπομπή σε νομολογία του ΣΤΕ). Κατά συνέπεια οι διατάξεις του άρθρου 31 παρ. 1 έως 4 του Υ.Κ 3528/2007, ελλείπει αντίθετης νομοθετικής ρύθμισης, εφαρμόζονται και επί δοκίμων δημοσίων υπαλλήλων.

Απάντηση

11. Κατά ακολουθία των προεκτεθέντων επί του τεθέντος ερωτήματος το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Ε') γνωμοδοτεί, ομόφωνα, ότι η δημιουργία από δόκιμο υπάλληλο γλυπτών έργων προς πώληση δεν συνιστά άσκηση εμπορίας κατά την διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 του Υ.Κ. Οι λοιπές προϋποθέσεις, όμως, για την χορήγηση από την Διοίκηση της σχετικής άδειας στον ενδιαφερόμενο υπάλληλο, δηλαδή εάν η δραστηριότητα αυτή του υπαλλήλου συνάδει και συμβιβάζεται προς τα καθήκοντα της θέσης του, ή αν παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του, ανήκει στην ουσιαστική κρίση της Διοίκησης.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 18 - 10 - 2016

Η Πρόεδρος

Μεταξία Ανδροβιτσανέα
Αντιπρόεδρος του ΝΣΚ

Ο εισηγητής

Περικλής Αγγέλου
Πάρεδρος ΝΣΚ