



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

**Αριθμός Γνωμοδότησης 262/2016
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
ΤΜΗΜΑ ΣΤ'
Συνεδρίαση της 19^{ης} Οκτωβρίου 2016**

Σύνθεση

Πρόεδρος: Ιωάννης – Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.

Μέλη : Ιωάννης Διονυσόπουλος, Θεόδωρος Ψυχογιός, Γεώργιος Κανελλόπουλος, Βασιλική Τύρου, Νικόλαος Δασκαλαντωνάκης, Γαρυφαλιά Σκιάνη, Γεώργιος Ανδρέου, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Αριθμός Ερωτήματος: Το έγγραφο με αρ. πρωτ. Φ.400/88/891585/5-11-2015/Υπουργείου Εθνικής Άμυνας/Γενικού Επιτελείου Στρατού/Διεύθυνσης Μουσικού /1^{ου} , που υπογράφεται από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας.

Ερώτημα: Ερωτάται, μετά από την έκδοση της απόφασης του Γ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας με αριθμό 795/2008: α) Αν η Διοίκηση έχει τη δυνατότητα να συμμορφωθεί με κάποιον άλλο τρόπο προς αυτήν, προτού προβεί σε νομοθετική ρύθμιση του ζητήματος. β) Σε περίπτωση πρόσληψης της Β.Μ, με ποιό τρόπο η Διοίκηση θ' αντιμετωπίσει το σταδιοδρομικό ζήτημα, που θ' ανακύψει αναφορικά με τον βαθμό, που θα φέρει, σε σχέση με τα δικαιώματα που καλόπιστα έχουν αποκτήσει οι ήδη καταταγέντες στο Μουσικό Σώμα μετά από την διενέργεια του διαγωνισμού πλήρωσης τριάντα (30) θέσεων εθελοντών (ανδρών-γυναικών) οπλιτών, που είχε προκηρυχθεί με την Πράξη του Γενικού Επιτελείου Στρατού με αριθμό Φ.415.14/3/185700/Σ.905/Εγκ.22/29-2-2000 .

Εισηγητής : Γεώργιος Σπ. Ανδρέου, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

Για το ως άνω ερώτημα, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους, γνωμοδότησε ως ακολούθως:

ΓΧ

Ιστορικό

[1]. Με την Πράξη του Γενικού Επιτελείου Στρατού (Γ.Ε.Σ.) με αριθμό Φ. 415.14/3/185700/Σ.905/Εγκ.22/29-2-2000 προκηρύχθηκε η, μετά από τη διενέργεια διαγωνισμού, πλήρωση τριάντα (30) θέσεων εθελοντών (ανδρών – γυναικών) οπλιτών χειριστών μουσικών οργάνων, μεταξύ των οποίων ήσαν και δύο (2) θέσεις “εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου”. Οι υποψήφιοι, μεταξύ των οποίων ήταν και η Β.Μ., υπέβαλαν αίτηση για την πλήρωση των δύο αυτών θέσεων. Η Β.Μ., μετά το πέρας της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατετάγη στην τρίτη θέση της βαθμολογίας επειδή συγκέντρωσε 410 μονάδες, έναντι 444 και 412 μονάδων, που συγκέντρωσαν αντίστοιχα οι προταχθέντες από αυτήν δύο συνυποψήφιοί της, και γι’ αυτό το λόγο (η Β.Μ.) δεν κλήθηκε να καταταγεί προς πλήρωση της μίας από τις προαναφερόμενες δύο θέσεις “εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου” .

[2]. Ύστερα από την εξέλιξη αυτή, η Β.Μ. με την από 10-10-2000 αίτησή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής ζήτησε την ακύρωση α) της (σε εκτέλεση της με αριθμό πρωτ. Φ. 415.14/12/185699/Σ.904/29-2-2000 Απόφασης/κανονιστικής πράξης του Υφυπουργού Εθνικής Άμυνας) εκδοθείσας Πράξης για την συγκρότηση της επιτροπής του εν λόγω διαγωνισμού και ειδικότερα για τον ορισμό ως Προέδρου αυτής του Ταξιάρχου του Γ.Ε.Σ. Γ.Κ., β) του από 17-5-2000 Πίνακα επιτυχόντων υποψηφίων του προαναφερόμενου διαγωνισμού και γ) της Απόφασης του Β’ Υπαρχηγού του Γ.Ε.Σ. με αριθμό Φ. 415.14/39 /191200/Σ.3155/14-7-2000 για την κατάταξη στο στράτευμα των επιτυχόντων του αυτού ως άνω διαγωνισμού. Το Διοικητικό Εφετείο Κομοτηνής απέρριψε την ως άνω αίτηση της Β.Μ με την απόφασή του με αριθμό 72/2000.

[3]. Κατά της απορριπτικής αυτής απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, η Β.Μ. άσκησε την από 11-2-2003 έφεση ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο, αφού, πρώτα, με την απόφασή του με αριθμό 382/2007, παρέπεμψε την υπόθεση προς εκδίκαση στην επταμελή σύνθεση του Γ’ Τμήματός του, τελικά, με την απόφασή του, με αριθμό 795/2008, έκανε δεκτή την έφεση της Β.Μ., εξαφάνισε την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής με αριθμό 72/2002 και προβαίνοντας σε εκδίκαση της από 10-10-2002 αίτησης ακύρωσης της Β.Μ., την απέρριψε κατά το μέρος που στρεφόταν κατά της απόφασης/κανονιστικής πράξης του Υφυπουργού Εθνικής Άμυνας με αριθμό Φ.415.14/2/185699/Σ.904/29-2-2000, ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησής της, αλλά, στη συνέχεια, την έκανε δεκτή κατά τα λοιπά και ακύρωσε κατά το μέρος, που αφορούσε την Β.Μ., τόσο τον από 17-5-2000 Πίνακα

επιτυχόντων του προαναφερομένου διαγωνισμού, όσο και την απόφαση του Β' Υπαρχηγού του Γ.Ε.Σ. με αριθμό Φ. 415.14/39/191200/Σ.3155/14-7-2000 για την κατάταξη στο στράτευμα των επιτυχόντων του διαγωνισμού αυτού.

[4]. Ειδικότερα, το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την απόφασή του με αριθμό 795/2008, έκανε δεκτό ότι «.....με τις διατάξεις του άρθρου 43 του Συντάγματος, παρέχεται στον κοινό νομοθέτη το δικαίωμα να μεταβιβάζει την αρμοδιότητά του προς θέσπιση κανόνων δικαίου στην εκτελεστική εξουσία. Τίθεται δε ο κανόνας ότι η σχετική νομοθετική εξουσιοδότηση παρέχεται προς τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, ως αρχηγό της εκτελεστικής εξουσίας που ασκεί την μεταβιβαζόμενη αρμοδιότητα με προεδρικά διατάγματα, με τα οποία ρυθμίζονται είτε θέματα καθοριζόμενα σε γενικό πλαίσιο υπό ορισμένους όρους δια νόμων ψηφιζομένων από την Ολομέλεια της Βουλής (νόμων πλαισίων) (παρ. 4), είτε ειδικά θέματα προσδιοριζόμενα συγκεκριμένως από την εξουσιοδοτική νομοθετική διάταξη (παρ. 2). Στην τελευταία αυτή περίπτωση επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση του τιθέμενου ως άνω κανόνα, όπως ορισθούν ως φορείς της κατ' εξουσιοδότηση ασκούμενης κανονιστικής αρμοδιότητας και άλλα, πλην του Προέδρου της Δημοκρατίας, όργανα της Διοικήσεως, εφόσον πρόκειται , μεταξύ άλλων, περί «ειδικότερων» θεμάτων, τέτοια δε θέματα είναι εκείνα τα οποία αποτελούν, κατά το περιεχόμενό τους και σε σχέση προς την ουσιαστική ρύθμιση που περιέχεται στο νομοθετικό κείμενο, μερικότερη περίπτωση ορισμένου θέματος που αποτελεί το αντικείμενο της εν λόγω νομοθετικής ρυθμίσεως . Τέτοιο ειδικότερο όμως θέμα δεν μπορεί να αποτελέσει, κατά την έννοια της ανωτέρω συνταγματικής διατάξεως , ο καθορισμός των προσόντων και του τρόπου επιλογής των υποψηφίων προς πλήρωση θέσεων εθελοντών οπλιτών Μουσικού των Ενόπλων Δυνάμεων , δεδομένου ότι ούτε η προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 53 παρ. 9 του ν.δ. 445/1974, κατ' επίκληση της οποίας εκδόθηκαν οι προμνησθείσες αποφάσεις του Υφυπουργού Εθνικής Αμύνης, ούτε κάποια άλλη διάταξη του εν λόγω νόμου αναφέρεται σε γενικές, έστω, γραμμές σε θέματα προσόντων και τρόπου επιλογής των υποψηφίων προς πλήρωση των ως άνω θέσεων εθελοντών οπλιτών Μουσικού. Συνεπώς, για τον λόγο αυτόν, βασίμως προβαλλόμενο δια της υπό κρίση εφέσεως, η παρεχόμενη με τη διάταξη του άρθρου 53 παρ. 9 του ν.δ. 445/1974 εξουσιοδότηση προς τον Υπουργό Εθνικής Αμύνης αντιβαίνει στο άρθρο 43 παρ. 2 του Συντάγματος (πρβλ. ΣτΕ 3364/2004 κ.α.) , η δε εκκαλουμένη απόφαση, με την οποία το δικάσαν Δικαστήριο έκρινε αντιθέτως, πρέπει να εξαφανισθεί..... Επειδή , η υπό κρίση αίτηση ακυρώσεως.... καθ' ό μέρος όμως στρέφεται κατά α) της υπ' αριθμ. Φ.



ΓΧ

415.14/39/191200/Σ.3155/14-7-2000 πράξεως του Γενικού Επιτελείου Στρατού και β) του από 17-5-2000 πίνακα επιτυχόντων του διαγωνισμού που είχε προκηρυχθεί με την υπ' αριθμ. Φ. 415.14/3/185700/Σ.905/Εγκ.22/29-2-2000 πράξη του Γενικού Επιτελείου Στρατού, πρέπει να γίνει δεκτή για τον αυτό, προβαλλόμενο με την υπό κρίση αίτηση, λόγο, για τον οποίο έγινε δεκτή, η κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα κριθείσα έφεση της ήδη αιτούσας . Δια ταύτα. Δέχεται την από 11-2-2003 έφεση και εξαφανίζει την υπ' αριθμ. 72/2002 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής. Εκδικάζει την από 10-10-2002 αίτηση ακυρώσεως της εκκαλούσας – αιτούσας, τη δέχεται και ακυρώνει, καθ' ό μέρος αφορούν την εκκαλούσα – αιτούσα , α) την υπ' αριθμ. Φ.415,14/39/191200/Σ.3155/14-7-2000 πράξη του Γενικού Επιτελείου Στρατού, β) τον από 17-5-2000 πίνακα επιτυχόντων του διαγωνισμού προς πλήρωση «θέσεων χειριστών μουσικών οργάνων» ο οποίος είχε προκηρυχθεί με την υπ' αριθμ. Φ. 415.14/3/185700/Σ.905/Εγκ.22/29-2-2000 πράξη του Γενικού Επιτελείου Στρατού....».

[5]. Μετά από την έκδοση της προαναφερόμενης απόφασης του ΣτΕ, η Υπηρεσία έθεσε το ερώτημα, που τώρα διερευνάται.

Νομοθετικό πλαίσιο

[6]. Στα άρθρα 87 παρ. 2, 93 παρ. 4 και 95 παρ. 1 περ. α', 3 και 5 του Συντάγματος ορίζονται τα εξής :

«Άρθρο 87.1...2.Οι δικαστές κατά την άσκηση των καθηκόντων τους υπόκεινται μόνο στο Σύνταγμα και στους νόμους, και σε καμμία περίπτωση δεν υποχρεούνται να συμμορφώνονται με διατάξεις που έχουν τεθεί κατά κατάλυση του Συντάγματος.3...

Άρθρο 93.1...2...3...4.Τα δικαστήρια υποχρεούνται να μην εφαρμόζουν νόμο που το περιεχόμενό του είναι αντίθετο προς το Σύνταγμα.

Άρθρο 95. 1. Στην αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας ανήκουν ιδίως : α) Η, μετά από αίτηση, ακύρωση των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών για υπέρβαση εξουσίας ή για παράβαση νόμου, β) ... γ) ... δ) ... 2... 3. Κατηγορίες υποθέσεων της ακυρωτικής αρμοδιότητας του Συμβουλίου της Επικρατείας μπορεί να υπάγονται με νόμο, ανάλογα με τη φύση ή τη σπουδαιότητά τους, στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια . Το Συμβούλιο της Επικρατείας δικάζει σε δεύτερο βαθμό, όπως νόμος ορίζει. Α.... 5. Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».

[7]. Σε εκτέλεση της διάταξης του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος εκδόθηκε ο ν. 3068/2002 «Συμμόρφωση της Διοίκησης προς τις δικαστικές αποφάσεις κ.α. διατάξεις» (Α'274), με τον οποίο καθιερώθηκε η υποχρέωση της Διοίκησης να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Ειδικότερα, στο άρθρο 1 του νόμου αυτού ορίζονται τα εξής : «Το Δημόσιο, οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης και τα λοιπά νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται χωρίς καθυστέρηση προς τις δικαστικές αποφάσεις και να προβαίνουν σε όλες τις ενέργειες που επιβάλλονται για την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής και για την εκτέλεση των αποφάσεων. Δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του προηγούμενου εδαφίου είναι όλες οι αποφάσεις των διοικητικών, πολιτικών, ποινικών και ειδικών δικαστηρίων που παράγουν υποχρέωση συμμόρφωσης ή είναι εκτελεστές, κατά τις οικείες δικονομικές διατάξεις και τους όρους που κάθε απόφαση τάσσει...».

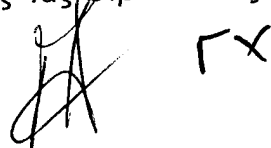
[8]. Εξάλλου, στα άρθρα 50 παρ. 4 και 58 παρ. 1 του π.δ. 18/1989 «Κωδικοποίηση διατάξεων νόμων για το Συμβούλιο της Επικρατείας» (Α'8) ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα :

«Άρθρο 50.1...2...3...4. Οι διοικητικές αρχές, σε εκτέλεση της υποχρέωσής τους κατά το άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος, πρέπει να συμμορφώνονται ανάλογα με κάθε περίπτωση, με θετική ενέργεια προς το περιεχόμενο της απόφασης του Συμβουλίου ή να απέχουν από κάθε ενέργεια που είναι αντίθετη προς όσα κρίθηκαν από αυτό. Ο παραβάτης, εκτός από τη δίωξη κατά το άρθρο 259 του Ποινικού Κώδικα, υπέχει και προσωπική ευθύνη για αποζημίωση. δ. Οι αποφάσεις της Ολομελείας, ακυρωτικές και απορριπτικές, καθώς και των Τμημάτων, αποτελούν μεταξύ των διαδίκων δεδικασμένο που ισχύει και σε κάθε υπόθεση ή διαφορά ενώπιον δικαστικής ή άλλης αρχής, κατά την οποία προέχει το διοικητικής φύσεως ζήτημα που κρίθηκε από το Συμβούλιο.

Άρθρο 58.1. Σε έφεση ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας υπόκειται η οριστική απόφαση του διοικητικού εφετείου, η οποία εκδίδεται, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 1 του ν. 702/1977, επί αιτήσεως ακυρώσεως ή τριτανakoπήs».

[9]. Περαιτέρω, στα άρθρα 43 παρ.1,2 και 5 και 53 παρ. 4 και 9 του ν.δ. 445/1974 «περί ιεραρχίας και προαγωγών των Ανθυπασπιστών και Μονίμων και Εθελοντών Οπλιτών Ενόπλων Δυνάμεων» (Α'160), όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με το ν. 744/1977 (Α' 160) ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

«Άρθρο 43.1. Οι εθελονταί οπλίται προέρχονται :2. Ειδικώς εις την ειδικότητα του Μουσικού δύνανται να καταταγούν ιδιώται μη εκπληρώσαντες τας στρατιωτικές



των υποχρεώσεις ως Στρατιώται, Ναύται ή Σμηνίται. 3....5. Τα αφορώντα εις τον διαγωνισμόν και εις πάσαν ετέραν αναγκαίαν λεπτομέρειαν καθορισθήσονται δι' αποφάσεως του Υπουργού Εθνικής Άμυνας.

Άρθρο 53.1. ...4. Τα προσόντα συμμετοχής εις τους διαγωνισμούς , ο τρόπος, ο χρόνος της ενέργειάς τούτων, η βαθμολογική κλίμαξ, οι συντελεσταί βαθμολογίας , τα εξεταστέα μαθήματα ως και πάσα λεπτομέρεια αναγκαία δια την εφαρμογήν των ανωτέρω διατάξεων, καθορίζονται δι' αποφάσεως του Υπουργού Εθνικής Άμυνας δημοσιευομένης δια της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως. 5.....9. Πάσα λεπτομέρεια περί των εθελοντών μη καλυπτομένη υπό του παρόντος ρυθμίζεται δι' αποφάσεως του Υπουργού Εθνικής Αμύνης».

[10]. Κατ' εξουσιοδότηση από τις προαναφερόμενες διατάξεις, ο Υφυπουργός Εθνικής Άμυνας εξέδωσε την απόφασή του με αριθμό Φ. 415.14/46/29944/Σ.1063/14-3-1979 « περί διαδικασίας κατατάξεως εθελοντών οπλιτών του Στρατού Ξηράς (Β'297) , με την οποία ρύθμισε για πρώτη φορά, στα άρθρα 12-16 αυτής, τα θέματα κατάταξης εθελοντών οπλιτών Μουσικού των Ενόπλων Δυνάμεων. Την απόφασή του αυτή, ο Υφυπουργός Εθνικής Άμυνας, την συμπλήρωσε και την τροποποίησε με τις αποφάσεις Φ. 415.14/ 7239218/Σ.253/25-1-1988 (Β'65), Φ. 415.14/3/17061/6-2-1992 (Β' 126) και Φ. 415.14/2 /185699/Σ.904/29-2-2000 (Β'247) .

[11]. Στα άρθρα 12,13,14 και 16 της τελευταίας από τις ως άνω αποφάσεις του Υφυπουργού Εθνικής Άμυνας ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

«Άρθρο 12. Πλήρωση Προκηρυχθεισών θέσεων. Οι προκηρυχθείσες θέσεις πληρούνται κατά αύξουσα αριθμητική σειρά από τον πίνακα επιτυχόντων στις διενεργούμενες προς τον σκοπό αυτό εξετάσεις, στις οποίες συμμετέχουν οι επιλεγόμενοι από του Συμβουλίου Επιλογής ως κατάλληλοι, σύμφωνα και με τα οριζόμενα εις το άρθρο 6 και την σχετικήν κατ' έτος εκδιδόμενη Εγκύκλιο Διαταγή προκηρύξεως.

Άρθρο 13. Εξεταστέα Μαθήματα και Ύλη – Βαθμολογία. 1....2.α....γ.Επιτυχών θεωρείται ο λαμβάνων μέσο όρο βαθμολογίας όλων των μαθημάτων τουλάχιστον 10 . δ. Η σειρά επιτυχίας εξάγεται από το άθροισμα του αριθμού των μορίων (γινόμενο βαθμού επι τον συντελεστή εκάστου μαθήματος περιλαμβανομένου και της πρακτικής δοκιμασίας β' οργάνου) των επιτυχόντων.....

Άρθρο 14. Συγκρότηση Εξεταστικής Επιτροπής. Η Εξεταστική Επιτροπή συγκροτείται με μέριμνα του ΓΕΣ και σ' αυτήν συμμετέχουν: α. Ο Διευθυντής της Διευθύνσεως Επιλογής ΓΕΣ ως Πρόεδρος . β. Ιδιώτης Καθηγητής ή Διδάσκαλος Μουσικής

Στρατιωτικής Σχολής ως α' μέλος. γ. Λοχαγός Μουσικού Σώματος ως β' μέλος. Ο ιδιώτης Καθηγητής ή Διδάσκαλος Μουσικής θα είναι εκ της Στρατιωτικής Σχολής Ευελπίδων ή ελλείψει τούτου εκ της Σχολής Ναυτικών Δοκίμων ή Σχολής Ικάρων
Άρθρο 16. Σύνταξη και Κύρωση του Πίνακα Επιτυχόντων – Αποτυχόντων . 1. Από τους πίνακες τελικής βαθμολογίας καταχωρούνται κατά σειρά επιτευχθείσης βαθμολογίας σε πίνακα επιτυχόντων – αποτυχόντων ανεξαρτήτως οργάνου και για όλα τα μαθήματα ή αντίστοιχη επιτευχθείσα βαθμολογία και τα μόρια από τα οποία εξάγεται το γενικό σύνολο μορίων και η σειρά επιτευχθείσης βαθμολογίας.....2. Τους πίνακες επιτυχόντων – αποτυχόντων υπογράφουν ο Πρόεδρος, τα μέλη της Επιτροπής και κυρώνει εντός μηνός από του πέρατος του διαγωνισμού ο Αρχηγός ΓΕΣ, της κυρώσεως μη δημοσιευομένης στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Οι πίνακες ισχύουν μέχρι της εξαντλήσεώς τους ή εφ' όσον δεν εξαντληθούν μέχρι της κυρώσεως των νέων πινάκων. 3. Οι κενές οργανικές θέσεις Εθελοντών Υπαξιωματικών του Μουσικού Σώματος πληρούνται από τον πίνακα επιτυχόντων κατά την αύξουσα σειρά επιτυχίας.....».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

[12]. Από το σύνολο των προαναφερομένων διατάξεων, ερμηνευομένων αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους, με συνεκτίμηση και των υφιστάμενων νομολογιακών παραδοχών, και υπαγωγή σ' αυτές των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του ΣΤ' Τμήματος ΝΣΚ, συνάγονται τα ακόλουθα συμπεράσματα:

[13]. Συνέπεια της κρίσης από οποιοδήποτε δικαστήριο ενός από τους τρεις κλάδους της δικαστικής εξουσίας, μιας νομοθετικής πράξης ως αντισυνταγματικής, είναι, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 87 παρ. 2 και 93 παρ. 4 του ισχύοντος Συντάγματος, η μη εφαρμογή των κανόνων δικαίου, που θεσπίζονται με τη διάταξη αυτή (Ε. Σπηλιωτόπουλου. Εγχειρίδιο Διοικ. Δ. Έκδ. ΙΑ', σελ. 449 – Π. Δαγτόγλου. Διοικ. Δικον. Δ. Έκδ. Β', σελ. 96 επομ.- ΑΠ 978/2011), καθώς και η κρίση για τη μη νομιμότητα των στηριζόμενων στην επίμαχη διάταξη νομικών πράξεων, στη συγκεκριμένη υπόθεση, που κρίνεται, και όχι η ακύρωση της νομοθετικής πράξης, η οποία, καθώς δεν προβλέπεται από διατάξεις του Συντάγματος, θα συνιστούσε παράβαση της αρχής της διάκρισης των εξουσιών (Ε. Σπηλιωτόπουλου, όπου ανωτέρω , σελ. 449).

[14]. Εξάλλου, η δικαστική απόφαση, με την οποία απαγγέλλεται – κατόπιν αποδοχής της σχετικής αίτησης ακύρωσης – η ολική ή η μερική ακύρωση της διοικητικής, κανονιστικής ή ατομικής ή γενικού περιεχομένου πράξης, που είχε προσβληθεί, έχει

 ΓΧ

διαπλαστικό αποτέλεσμα. Μία τέτοια δικαστική ακυρωτική απόφαση καταργεί (εξαφανίζει) την ακυρωθείσα πράξη, ισχύει από τη δημοσίευσή της και ανατρέχει στο χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης, η οποία θεωρείται σαν να μην εκδόθηκε, και επαναφέρεται αυτοδίκαια η πραγματική και νομική κατάσταση, που υπήρχε κατά τον χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης (Ε. Σπηλιωτόπουλου, όπου ανωτέρω, σελ. 584 με παραπ. στην ΣτΕ 4690/1983 - ΣτΕ 783/2012, 2309/2009, 2987/2002 κ.α. - ΝΣΚ 30/2016, 35/2014), η δε νέα πράξη, που τυχόν εκδίδει η Διοίκηση, ανατρέχει αναγκαίως στο χρόνο εκείνο και διέπεται από το νομικό και πραγματικό καθεστώς που ίσχυε τότε και όχι από το ισχύον κατά το χρόνο, κατά τον οποίο λαμβάνουν χώρα οι ενέργειες συμμόρφωσης προς την ακυρωτική απόφαση (ΣτΕ 783/2012 με παραπ. στις ΣτΕ 2258/2009, 2228/2005, 1523/2003, 2987 & 2130/2002, 4932/1995 - ΣτΕ 2309/2009 με παραπ. στις ΣτΕ 1540/2007, 3386/2006). Η Διοίκηση, στην περίπτωση συμμόρφωσής της προς δικαστική απόφαση, με την οποία ακυρώθηκε διοικητική πράξη, οφείλει, με θετικές ενέργειες, να προβεί στην αναδρομική αναμόρφωση της πράξης αυτής ή των νομικών καταστάσεων που στο μεταξύ διαμορφώθηκαν βάσει της ακυρωθείσας πράξης. Προς το σκοπό αυτό, (η Διοίκηση) οφείλει να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει τις διοικητικές πράξεις, που στηρίζονται στην ακυρωθείσα, και να επαναλάβει τις πράξεις, που, κατά νόμο, υποχρεούται να εκδώσει, χωρίς τη νομική πλημμέλεια, που διαπιστώθηκε με την ακυρωτική απόφαση, ώστε να διαμορφωθεί νομική κατάσταση σύμφωνη προς το νόμο, κατά την έννοια της ακυρωτικής απόφασης, προκειμένου να αποκαταστήσει τα πράγματα στη θέση, στην οποία θα βρίσκονταν, αν από την αρχή δεν είχε εκδοθεί η ακυρωθείσα πράξη ή αν δεν είχε λάβει χώρα η ακυρωθείσα παράλειψη (ΣτΕ 914/2013 - ΣτΕ 1571/2012 με παραπ. στις ΣτΕ 2932/2010, 16/2009 και 3320/2003 - ΣτΕ 3319/2011 με παραπ. στις 4278 και 1832/2009, 1378/2007, 2522/2002, 915/2001 κ.α.). Το ειδικότερο περιεχόμενο και η έκταση της υποχρέωσης συμμόρφωσης της Διοίκησης προσδιορίζεται από το περιεχόμενο της εκάστοτε δικαστικής απόφασης (π.χ. ΣτΕ 2689/2011 με παραπ. στις ΣτΕ 1619 και 1620/2006, 1305/2005, 2754/1993), με την οποία, είναι δυνατόν να διατυπώνεται και κρίση ότι μία διάταξη είναι αντισυνταγματική, καθώς και από το αντικείμενο της απαγγελθείσας ακύρωσης, δηλαδή από τη φύση και το είδος της ακυρωθείσας πράξης ή τα νόμιμα στοιχεία που συγκροτούν την παράλειψη, καθώς και από την κρίση ή τις κρίσεις πάνω στα ζητήματα, τα οποία εξέτασε το δικαστήριο και για τα οποία αποφάνθηκε στο αιτιολογικό της απόφασής του, δημιουργώντας ως προς αυτά δεδουλευμένο για τη συγκεκριμένη περίπτωση (ΣτΕ 1512/2009 με παραπ. στις

ΣΤΕ 1986/2000 και ΟΛ. 2854/1985 – ΣΤΕ 748/2009 – ΣΤΕ 4297/2005 με παραπ. στις ΣΤΕ 395/2000, 5907 και 4637/1995, 2350/1994 – ΣΤΕ 3531/1999 με παραπ. στη ΣΤΕ 5907/1995 – ΝΣΚ 30/2016, 35/2014).

[15]. Από τα στοιχεία του φακέλου του ερωτήματος, προκύπτει ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την απόφαση με αριθμό 795/2008, δεν περιορίσθηκε μόνο στο να κρίνει ότι η παρεχόμενη με την διάταξη του άρθρου 53 παρ. 9 του ν.δ. 445/1974 εξουσιοδότηση προς τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας για τον καθορισμό των προσόντων και του τρόπου επιλογής των υποψηφίων προς πλήρωση θέσεων εθελοντών οπλιτών του Μουσικού Σώματος των Ενόπλων Δυνάμεων αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 43 παρ. 2 του Συντάγματος, αλλά, συνεπεία της κρίσης του αυτής, ακύρωσε, στη συνέχεια, κατά το μέρος που αφορούσε την Β.Μ., τόσο τον από 17-5-2000 Πίνακα επιτυχόντων του διαγωνισμού προς πλήρωση τριάντα (30) θέσεων εθελοντών (ανδρών – γυναικών) οπλιτών χειριστών μουσικών οργάνων, μεταξύ των οποίων ήσαν και δύο (2) θέσεις “εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου”, ο οποίος είχε προκηρυχθεί με την Πράξη του Γ.Ε.Σ. με αριθμό Φ. 415.14/3/185700/Σ.905/Εγκ.22/29-2-2000, όσο και την απόφαση του Β’ Υπαρχηγού του Γ.Ε.Σ. για κατάταξη στο στράτευμα των επιτυχόντων του προαναφερόμενου διαγωνισμού με αριθμό Φ.415.14/39/191200/Σ.3155/14-7-2000.

[16]. Κατ’ αρχάς η κρίση από το Συμβούλιο της Επικρατείας, ότι η διάταξη του άρθρου 53 παρ. 9 του ν.δ. 445/1974 είναι αντισυνταγματική, έχει ως αποτέλεσμα την μη εφαρμογή των κανόνων δικαίου, που θεσπίζονται με τη διάταξη αυτή, χωρίς όμως να συνεπάγεται την ακύρωσή της.

[17]. Συμμορφούμενη, περαιτέρω, η Διοίκηση προς την απόφαση του ΣΤΕ με αριθμό 795/2008 και μετά την ρητή ακύρωση, κατά το μέρος, που αφορούσε την Β.Μ., αφενός μεν, του Πίνακα επιτυχόντων του διαγωνισμού του έτους 2000 για την πλήρωση – μεταξύ άλλων – δύο θέσεων εθελοντών οπλιτών “εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου” στο Μουσικό Σώμα των Ενόπλων Δυνάμεων, αφετέρου δε, της Απόφασης του Β’ Υπαρχηγού του Γ.Ε.Σ. για κατάταξη στο στράτευμα των επιτυχόντων του ως άνω διαγωνισμού, είναι συνακόλουθα αναγκαίο να δεχθεί ότι οι δύο συνυποψήφιοι της Β.Μ., οι οποίοι κατά τη σχετική διαγωνιστική διαδικασία του έτους 2000 είχαν συγκεντρώσει υψηλότερη βαθμολογία από αυτήν, δεν συγκαταλέγονται πλέον (δηλαδή μετά ακύρωση των δύο προαναφερόμενων διοικητικών πράξεων) μεταξύ των επιτυχόντων του ως άνω διαγωνισμού.



ΓΧ

[18]. Περαιτέρω, και σύμφωνα με τα προαναλυθέντα στη μείζονα σκέψη, μετά την ακύρωση τόσο του προαναφερόμενου Πίνακα επιτυχόντων του διαγωνισμού του έτους 2000 όσο και της Απόφασης του Β' Υπαρχηγού του Γ.Ε.Σ. με αριθμό Φ. 415.14/39/191200/Σ.3155/14-7-2000, κατά το μέρος που αφορούσαν την Β.Μ., επαναφέρεται αυτοδίκαια η πραγματική και νομική κατάσταση, που υπήρχε κατά το χρόνο έναρξης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, και για αυτόν ακριβώς το λόγο, οι δύο θέσεις των εθελοντών οπλιτών "εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου" είναι πλέον κενές και μπορεί να διεκδικηθούν εκ νέου μόνο από την Β.Μ. και από τους δύο συνυποψήφιους της του διαγωνισμού του έτους 2000 . Η επιλογή των δύο πλέον καταλλήλων φυσικών προσώπων για την στελέχωση των ως άνω δύο θέσεων εθελοντών οπλιτών "εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου" θα πρέπει να γίνει ύστερα από την διενέργεια νέας διαγωνιστικής διαδικασίας αποκλειστικά και μόνο μεταξύ των ως άνω τριών ατόμων, αφού, όμως, προηγουμένως η Διοίκηση θα έχει επιλύσει με την δέουσα νομοθετική ρύθμιση το θέμα της αντισυνταγματικότητας της διάταξης, την οποία το ΣτΕ με την απόφασή του με αριθμό 795/2008 έκρινε ως αντισυνταγματική (περιλαμβάνουσα στο νόμο τουλάχιστον τα απαιτούμενα προσόντα και ορίζουσα τον τρόπο επιλογής των υποψηφίων προς πλήρωση των θέσεων εθελοντών οπλιτών κλπ)

[19]. Πέραν των ανωτέρω, η Διοίκηση οφείλει να ανακαλέσει και όσες διοικητικές πράξεις της έχουν ενδεχομένως στηριχθεί στις δύο ακυρωθείσες, προκειμένου η συμμόρφωσή της προς την ως άνω ακυρωτική απόφαση του ΣτΕ να είναι πλήρης, επειδή η υποχρέωση συμμόρφωσής της προς μία δικαστική απόφαση εκτείνεται πέραν του δεδουλευμένου αυτής, δεδομένου ότι έχει την υποχρέωση να εφαρμόσει, με πράξη ή παράλειψή της, όλα όσα απορρέουν από αυτήν (Α. Ράντου & Ν. Παπασπύρου. "Η συμμόρφωση της Διοίκησης στις δικαστικές αποφάσεις". Εκδ. 2006, σελ. 11).

[20]. Τυχόν διατύπωση σ' αυτό το σημείο επιφύλαξης για τη νομιμότητα της τυχόν ανάκλησης των παραπάνω διοικητικών πράξεων επειδή έχει παρέλθει χρονικό διάστημα δεκαέξι ετών (16) από την διενέργεια του επίμαχου διαγωνισμού, αντικρούεται με το επιχείρημα ότι οι εν λόγω διοικητικές πράξεις έχουν καταστεί πλημμελείς μετά την κήρυξη από το ΣτΕ ως αντισυνταγματικής της διάταξης του άρθρου 53 παρ. 9 του ν.δ. 445/1974 και ότι, ως εκ τούτου, η συγκεκριμένη ανάκληση θα γίνει για λόγους πλήρους συμμόρφωσης της Διοίκησης προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής απόφασης του ΣτΕ, οπότε (η ανάκληση) επιτρέπεται οποτεδήποτε ακόμα

και μετά την πάροδο του ευλόγου χρόνου (Ε. Σπηλιωτόπουλου, όπου ανωτέρω, σελ. 191).

[21]. Περαιτέρω, τυχόν διατύπωση και άλλης επιφύλαξης ότι, δηλαδή, η αποστράτευση και η απομάκρυνση από την ενεργό υπηρεσία των δύο συνυποψηφίων της Β.Μ. μετά την πάροδο δεκαέξι ετών από την επιτυχή δοκιμασία τους στον επίμαχο διαγωνισμό του έτους 2000 για την πλήρωση – μεταξύ άλλων – των δύο θέσεων εθελοντών οπλιτών “εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου” παραβιάζει την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και, ως εκ τούτου, δεν επιτρέπεται, βασίμως, αντικρούεται, όχι μόνο με το επιχείρημα ότι η προαναφερόμενη αποστράτευση και η απομάκρυνση από την ενεργό υπηρεσία θα λάβει χώρα για λόγους συμμόρφωσης της Διοίκησης προς δικαστική απόφαση, αλλά και με το επιχείρημα ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου, και μάλιστα των αρχών των σχετικών με την ανάκληση των παράνομων διοικητικών πράξεων, διότι οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου εφαρμόζονται μόνο αν ένα συγκεκριμένο ζήτημα δεν δύναται να υπαχθεί σε συγκεκριμένο κανόνα δικαίου. Αν το ζήτημα αυτό ρυθμίζεται με ειδική διάταξη νόμου, όπως είναι η διάταξη η σχετική με τη δικαστική ακύρωση μιας παράνομης διοικητικής πράξης, τότε δεν τίθεται θέμα εφαρμογής των γενικών αρχών του διοικητικού δικαίου, οι οποίες μόνο συμπληρωματικά λαμβάνονται υπόψη και υπό την προϋπόθεση ότι δεν είναι αντίθετες, κατά περίπτωση, προς την εφαρμοστέα διάταξη νόμου (ad hoc ΝΣΚ 303/2010 με παραπ. σε ΝΣΚ Ολ. 79/2005 και ακόμα ΝΣΚ 439/2008, 461/2003 κ.α.).

ΑΠΑΝΤΗΣΗ

[22]. Με βάση όλα τα παραπάνω, στο τεθέν ερώτημα αρμόζουν, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, οι ακόλουθες απαντήσεις:

Στο α’ σκέλος αυτού.

Στο α’ σκέλος του ερωτήματος αρμόζει αρνητική απάντηση. Η Διοίκηση οφείλει πρώτα να προβεί σε νομοθετική επίλυση ρύθμιση του ζητήματος της αντισυνταγματικότητας της διάταξης του άρθρου 53 παρ. 9 του ν.δ. 445/1974 και στην συνέχεια, να επαναλάβει εξ αρχής τη διαγωνιστική διαδικασία του έτους 2000 για την πλήρωση των δύο (2) θέσεων εθελοντών οπλιτών “εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου” μεταξύ της Β.Μ. και των δύο συνυποψηφίων της, οι οποίοι είχαν συγκεντρώσει υψηλότερη βαθμολογία από αυτήν κατά τον διαγωνισμό του έτους 2000 για την πλήρωση των ως άνω δύο θέσεων του Μουσικού Σώματος των Ενόπλων Δυνάμεων.

Στο β’ σκέλος αυτού.



Το β'σκέλος του ερωτήματος αλυσιτελώς έχει τεθεί, διότι από τη διατύπωσή του προκύπτει ότι η Διοίκηση θεωρεί ως βέβαιο ότι στο Μουσικό Σώμα των Ενόπλων Δυνάμεων είναι δυνατό να συνυπηρετήσουν τόσο η Β.Μ. όσο και οι δύο συνυποψήφιοί της, οι οποίοι είχαν συγκεντρώσει υψηλότερη βαθμολογία από αυτήν κατά τον διαγωνισμό του έτους 2000, χωρίς τη διενέργεια νέας διαγωνιστικής διαδικασίας (και μόνο για την κάλυψη των δύο (2) θέσεων "εκτελεστών σαξοφώνου άλτο – τενόρου",) πράγμα νομικά ανέφικτο για τους προεκτεθέντες λόγους.

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 26-10-2016

Ο Πρόεδρος του Τμήματος

Γ. Χαλκιάς
ΔΑΝΙΗΛ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ
Αντιπρόεδρος του Ν.Σ.Κ.



Ο Εισηγητής

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΣΠ. ΑΝΔΡΕΟΥ

Νομικός Σύμβουλος του Κράτους