



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός γνωμοδοτήσεως 44/2018
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Τμήμα Α'
Συνεδρίαση της 14ης Μαρτίου 2018

Σύνθεση:

Πρόεδρος: Ανδρέας Χαρλαύτης, Αντιπρόεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους.

Μέλη: Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Στυλιανή Χαριτάκη, Κωνσταντίνος Κηπουρός, Αγγελική Καστανά, Βασίλειος Καραγεώργος, Ευσταθία Τσαούση, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους .

Εισηγήτρια: Άννα Πρεβενά, Πάρεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (γνώμη χωρίς ψήφο).

Αριθμός ερωτήματος: Το υπ' αριθμ.πρωτ.2/74316/30.9.2016 έγγραφο του Υπουργείου Οικονομικών, Γενική Διεύθυνση Δημοσιονομικής Πολιτικής, Γενικό Λογιστήριο του Κράτους, Διεύθυνση Προϋπολογισμού Γενικής Κυβέρνησης, Τμ. Ε'.

Ερώτημα: Ερωτάται αν α) Μετά την ακύρωση της υπ' αριθ. 46058/11.8.2010 πράξης του Υπουργείου Εσωτερικών Αποκέντρωσης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, με την υπ' αριθ. 85/2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η ερωτώσα Υπηρεσία υποχρεούται να εξετάσει το αίτημα μετάταξης της Ε.Γ. βάσει των διατάξεων που ίσχυαν κατά το χρόνο που υποβλήθηκε η αίτηση της ενδιαφερόμενης (8.4.2009) ή αυτών που ισχύουν σήμερα, β) Οι διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 5α ν. 3752/2009 δεσμεύουν τη Διοίκηση ως προς την πραγματοποίηση της μετάταξης, κατά παρέκκλιση των κείμενων διατάξεων, ακόμα και των μεταγενέστερων αυτών (ν.4223/2013), και γ) στην περίπτωση, κατά την

οποία τυγχάνουν εφαρμοστέες οι διατάξεις του χρόνου υποβολής της αίτησης (2009), αν η ικανοποίηση του αιτήματος της μετάταξης τυγχάνει υποχρεωτική για τη Διοίκηση κατά τη διάκριση της Εγκυκλίου εκτέλεσης του προϋπολογισμού του οικονομικού έτους 2009, δεδομένου ότι το Περιφερειακό Ταμείο Ανάπτυξης Θεσσαλίας ανήκε στους μη επιχορηγούμενους φορείς.

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Α') γνωμοδότησε ως εξής:

Ιστορικό

Από το έγγραφο της ερωτώσης Υπηρεσίας, και τα στοιχεία του φακέλλου που το συνοδεύουν, προκύπτει το ακόλουθο πραγματικό :

1. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 17166/24.5.2016 έγγραφο του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, ζητήθηκε από το Υπουργείο Οικονομικών η μεταφορά πιστώσεων στον προϋπολογισμό της Περιφέρειας Θεσσαλίας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ.1 του άρθρου 29 του ν. 4223/2013 (Α' 287) ώστε να ολοκληρωθεί η μετάταξη της υπαλλήλου του Περιφερειακού Ταμείου Ανάπτυξης Θεσσαλίας Ε.Γ. στην Περιφέρεια Θεσσαλίας, σε εκτέλεση της υπ' αριθμ. 85/2014 ακυρωτικής αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Η ερωτώσα Υπηρεσία, εφαρμόζοντας τις ανωτέρω διατάξεις και την υπ' αριθμ. πρωτ.2/24822/ΔΠΚΓ/21.3.2014 εγκύκλιο του Υπουργού Οικονομικών απάντησε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2/47586/16.6.2016 έγγραφο, εξαρτώντας την υλοποίηση του αιτήματος από το εάν ο φορέας της υπό μετάταξη υπαλλήλου ανήκει ή όχι στο Μητρώο Φορέων της Γενικής Κυβέρνησης. Από την Εγκύκλιο 48/2012 του ΥΠΕΣ (αρ. πρωτ. 40668/25.10.2012) περιγράφεται σαφώς ότι με την επικαιροποίηση του Μητρώου στον Υποτομέα S1313 ΟΤΑ, το Μητρώο Φορέων Γενικής Κυβέρνησης περιλαμβάνει και τα Περιφερειακά Ταμεία Ανάπτυξης της χώρας, ενώ και στο αρχείο της ΕΛΣΤΑΤ, που παραμένει αναρτημένο έως και σήμερα στην ιστοσελίδα της ΕΛΤΑΤ, εμφανίζεται ότι το Π.Τ.Ανάπτυξης Περιφέρειας Θεσσαλίας ήταν από το 2008 έως και το 2012 εντός του Μητρώου Φορέων Γενικής Κυβέρνησης.

Κατόπιν των ανωτέρω, υποβλήθηκαν τα αναφερόμενα στην αρχή ερωτήματα.

Νομοθετικό πλαίσιο

2.Στις διατάξεις των άρθρων **80 παρ.1 και 95 παρ. 5 του Συντάγματος** ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 80

«1. Μισθός, σύνταξη, χορηγία ή αμοιβή, ούτε εγγράφεται στον προϋπολογισμό του κράτους ούτε παρέχεται χωρίς οργανικό ή άλλο νόμο. 2».

Άρθρο 95.

«1..2..3..4..5. Η Διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις ακυρωτικές αποφάσεις . Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε υπαίτιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».

3. Στις διατάξεις των άρθρων 3,15,21 ν.2362/1995 Περί Δημοσίου Λογιστικού, ελέγχου των δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις (Α' 247) όπως ίσχυαν την 11.8.2010, ορίζονταν τα εξής:

Άρθρο 3

Γενικό Λογιστήριο του Κράτους

«Το Γενικό Λογιστήριο του Κράτους για την εφαρμογή του νόμου αυτού έχει τις εξής γενικές αρμοδιότητες: α) Καταρτίζει τον Προϋπολογισμό, Απολογισμό και Ισολογισμό του Κράτους, β) Επιμελείται της εκτέλεσης του Προϋπολογισμού και ασκεί έλεγχο στις Δημόσιες δαπάνες, γ)... δ)»

Άρθρο 15

Ειδικότητα πιστώσεων - Αυξομειώσεις - Μεταφορές αυτών

«1. Πίστωση είναι το ποσό που αναγράφεται στον Προϋπολογισμό για την πληρωμή συγκεκριμένης δαπάνης και προσδιορίζεται από τον οικείο κωδικό αριθμό και κατονομασία, μέσα στα όρια του οποίου δύναται ο Διατάκτης να αναλαμβάνει υποχρεώσεις. 2. Οι πιστώσεις του Προϋπολογισμού χρησιμοποιούνται αποκλειστικά για την αντιμετώπιση των δαπανών του ειδικού φορέα (υπηρεσίας) για τον οποίο έχουν προβλεφθεί και προσδιορίζονται από τον οικείο κωδικό αριθμό. 3. Οι πιστώσεις του Προϋπολογισμού επιτρέπεται να μεταβληθούν, σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις, κατά τα οριζόμενα στις επόμενες παραγράφους του άρθρου αυτού. 4..... 9. Οι πιστώσεις που αφορούν αποδοχές προσωπικού, συντάξεις, ενοίκια, αντίτιμα, κοινοτικά προγράμματα, επιδοτήσεις, επιχορηγήσεις για μισθοδοσία δεν είναι δεκτικές αυξομειώσεων από τους Διατάκτες, παρά μόνο με αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών..... 10. Με αποφάσεις του Υπουργού Οικονομικών καθορίζονται οι λεπτομέρειες εφαρμογής των διατάξεων του παρόντος άρθρου».

Άρθρο 21

Ανάληψη υποχρεώσεων

«1. Ανάληψη υποχρεώσεως είναι η διοικητική πράξη, με την οποία γεννάται ή βεβαιώνεται υποχρέωση του Δημοσίου έναντι τρίτων. Πριν από κάθε ενέργεια για την εκτέλεση οποιασδήποτε δαπάνης του Δημοσίου απαιτείται σχετική απόφαση αναλήψεως υποχρεώσεως του αρμόδιου Διατάκτη ή του κατά νόμο εξουσιοδοτημένου οργάνου, με την οποία και εγκρίνεται η πραγματοποίηση της δαπάνης. Για την Ανάληψη υποχρεώσεων που προβλέπεται ότι θα βαρύνουν είτε τμηματικά είτε εξ ολοκλήρου τα επόμενα οικονομικά έτη, απαιτείται προηγούμενη έγκριση του Υπουργού Οικονομικών. 2.... Με προεδρικό διάταγμα, που εκδίδεται με πρόταση του Υπουργού των Οικονομικών, δύναται να ορισθεί ότι δαπάνες σταθερές, διαρκούς ή περιοδικού χαρακτήρα, αναλαμβάνονται για ολόκληρο το ετήσιο ποσό από την έναρξη του έτους και να ρυθμισθούν τα θέματα σχετικά με τον τύπο, το περιεχόμενο και τον τρόπο αναλήψεως υποχρεώσεων, καθώς και με τις συνέπειες, ακυρότητες, υποχρεώσεις και ευθύνες των αρμόδιων οργάνων από τη μη τήρηση των διατάξεων του παρόντος άρθρου καθώς και των διατάξεων των άρθρων 19 και 20 του παρόντος νόμου.

4. Στο άρθρο 30 παρ. 4 ν. 3614/2007, Διαχείριση, έλεγχος...κλπ.... για την προγραμματική περίοδο 2007-2013 (Α'267) όπως το πρώτο εδάφιο της αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παρ. 5α του ν.3752/2009 (Α'40) ορίζονται τα εξής:

«... 4. Το προσωπικό του δημόσιου και ευρύτερου δημόσιου τομέα, όπως αυτός είχε οριοθετηθεί από το ν. 1256/1982 (ΦΕΚ 65 Α'), που ήταν αποσπασμένο τουλάχιστον για ένα έτος κατά τη δημοσίευση του ν. 3614/2007 (ΦΕΚ 267 Α') στις ειδικές υπηρεσίες Υπουργείων, στις υπηρεσίες του πρώην Υπουργείου Εθνικής Οικονομίας και στις ειδικές υπηρεσίες Περιφερειών, οι οποίες συστάθηκαν δυνάμει του ν. 2860/2000 (ΦΕΚ 251 Α') και δεν ανήκει στη ΜΟΔ Α.Ε. μπορεί να μεταταχθεί με αίτησή του σε κενή οργανική ή προσωποπαγή θέση κλάδου ή ειδικότητας του εποπτεύοντος Υπουργείου ή της Περιφέρειας, κατά παρέκκλιση των κειμένων διατάξεων, με την ίδια σχέση εργασίας....».

5. Περαιτέρω, στις διατάξεις των άρθρων 29 παρ.1 και 59 ν. 4223/2013 Ενιαίος Φόρος Ιδιοκτησίας Ακινήτων και άλλες διατάξεις (Α' 287) ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 29

«1. Από τους τακτικούς προϋπολογισμούς των υπουργείων (κεντρικών, περιφερειακών υπηρεσιών) και αποκεντρωμένων διοικήσεων, μεταφέρεται μέρος των πιστώσεών τους που έχουν προβλεφθεί για μεταβιβάσεις προς φορείς εντός ή εκτός της Γενικής Κυβέρνησης, προκειμένου να καλυφθούν οι δαπάνες μισθοδοσίας προσωπικού που θα προκύψουν από τη μετάταξη ή μεταφορά ή προσωρινή τοποθέτηση υπαλλήλων. ...»

Άρθρο 59

Έναρξη ισχύος

«1. Η ισχύς του νόμου αυτού αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του με την επιφύλαξη των επόμενων παραγράφων του παρόντος. 2. Οι διατάξεις των άρθρων 1 έως και 12 του Κεφαλαίου Α' του παρόντος νόμου ισχύουν από 1.1.2014 και για κάθε επόμενο οικονομικό έτος. Οι διατάξεις των παραγράφων 1 έως και 3 του άρθρου 36 ισχύουν από 1.1.2014.»

6. Στις διατάξεις των άρθρων 15 παρ.3,18,49 ν.4440/2016 *Ενιαίο Σύστημα Κινητικότητας κλπ (Α' 224)* ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 15

«Κάλυψη δαπάνης μισθοδοσίας υπαλλήλων εποπτευόμενων φορέων

1..2..3. Η παρ. 1 του άρθρου 29 του Ν. 4223/2013 (Α' 287) καταργείται.»

Άρθρο 18

Μεταβατικές διατάξεις

«1. Μετατάξεις για τις οποίες εκδίδεται ανακοίνωση - πρόσκληση ή υποβάλλεται αίτηση του υπαλλήλου μέχρι και 31.7.2017, δύνανται να ολοκληρωθούν σύμφωνα με τις διατάξεις που ίσχυαν κατά τις 2.12.2016.»

Άρθρο 49

Έναρξη ισχύος

«Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.".

7. Στις διατάξεις των άρθρων 177 παρ. 1α και 183 παρ. 1 και 2 περ. α' και β' του ήδη ισχύοντος ν.4270/2014 *Αρχές Δημοσιονομικής Διαχείρισης...Δημόσιο Λογιστικό και άλλες διατάξεις (Α' 143)* ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 177

Καταργούμενες και μεταβατικές διατάξεις

«1. Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργούνται οι διατάξεις:

α. Των άρθρων 1 έως και 108 και του άρθρου 110 του ν. 2362/1995.....»

Άρθρο 183

Έναρξη ισχύος

«1. Η ισχύς των διατάξεων του παρόντος νόμου αρχίζει από την 1.1.2015, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά σε αυτές ή στην επόμενη παράγραφο. 2. Ειδικότερα: α. Οι διατάξεις του Μέρους Α' ισχύουν από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου. β. Οι διατάξεις του Μέρους Γ' και του Μέρους Δ' αναφορικά με τον ετήσιο Κρατικό Προϋπολογισμό και τους προϋπολογισμούς των λοιπών φορέων της Γενικής Κυβέρνησης του έτους 2015, ισχύουν από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου...».

8. Στις διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 1, 2 και 3 π.δ. 138/1998 Ανάλυση υποχρεώσεων από τους Διατάκτες (Α'107) που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 21 παρ.2 του ν.2362/1995 (Α'247), ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 7

Ακυρότητες πράξεων

«1. Για διορισμούς, εντάξεις, μετατάξεις και προαγωγές κάθε κατηγορίας προσωπικού που συνεπάγονται οικονομική επιβάρυνση, οι Υ.Δ.Ε. βεβαιώνουν την ύπαρξη πρόβλεψης στον προϋπολογισμό επί των σχετικών πράξεων. Δεν γίνεται προκήρυξη πλήρωσης θέσεων αν προηγουμένως δεν παρασχεθεί βεβαίωση της Διεύθυνσης Προϋπολογισμού του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους για την ύπαρξη σχετικής πίστωσης.

2. Πράξεις διορισμών, εντάξεων, μετατάξεων, προαγωγών που γίνονται κατά παράβαση της προηγούμενης παραγράφου είναι άκυρες.

3. Στην πρώτη μισθοδοτική κατάσταση των διοριζομένων, εντασσομένων, μετατασσομένων ή προαγομένων υπαλλήλων βεβαιώνεται η ύπαρξη αντίστοιχης πρόβλεψης και γράφεται ο αριθμός πρωτοκόλλου της σχετικής βεβαίωσης της Υ.Δ.Ε....».

9. Τέλος, στην εγκύκλιο εκτέλεσης του προϋπολογισμού έτους 2010 του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους ορίζεται μεταξύ άλλων: «...Εάν οι υπό μετάταξη υπάλληλοι προέρχονται από μη επιχορηγούμενους φορείς και οι μετατάξεις είναι υποχρεωτικές για τη Διοίκηση (εξυγίανση ΔΕΚΟ, παραμεθόριες περιοχές κλπ.) θα

υποβάλλεται αίτημα την υπηρεσία μας για την εξεύρεση των απαιτούμενων κονδυλίων. Στις υπόλοιπες περιπτώσεις (μετατάξεις ΟΤΑ α' βαθμού, μη επιχορηγούμενα νομικά πρόσωπα κλπ.) τα αιτήματα μετατάξεων δεν θα ικανοποιούνται...».

Ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων

10. Κατά το άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος, η Διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις ακυρωτικές αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εξάλλου, στο άρθρο 50 του π.δ. 18/1989 (Α' 8) ορίζεται ότι η απόφαση που δέχεται την αίτηση ακυρώσεως απαγγέλλει την ακύρωση της προσβαλλομένης πράξεως και συνεπάγεται τη νόμιμη κατάργησή της έναντι όλων, είτε πρόκειται για κανονιστική είτε πρόκειται για ατομική πράξη (παρ. 1), και ότι οι διοικητικές αρχές σε εκτέλεση της υποχρεώσεως που επιβάλλει το ανωτέρω άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος, πρέπει να συμμορφώνονται, κατά περίπτωση, αντιστοίχως προς το περιεχόμενο της ακυρωτικής απόφασης, είτε με θετική ενέργεια είτε απέχοντας από κάθε ενέργεια αντίθετη προς τα κριθέντα με την ακυρωτική απόφαση.

11. Από τον συνδυασμό των ως άνω διατάξεων συνάγεται ότι η Διοίκηση, συμμορφούμενη με το περιεχόμενο ακυρωτικής απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας ή του Διοικητικού Εφετείου, έχει υποχρέωση όχι μόνο να θεωρήσει ως ανίσχυρη και ανύπαρκτη νομικά τη διοικητική πράξη που ακυρώθηκε, αλλά και να χωρήσει με θετικές ενέργειες, στην αναμόρφωση των νομικών καταστάσεων οι οποίες δημιουργήθηκαν στο μεταξύ με βάση την ακυρωθείσα πράξη, ανακαλώντας και τροποποιώντας τις σχετικές διοικητικές πράξεις ή εκδίδοντας νέες με αναδρομική ισχύ, εφόσον συντρέχει περίπτωση, με σκοπό την αποκατάσταση των πραγμάτων στη θέση στην οποία θα ήταν αν εξ αρχής δεν είχε εκδοθεί η διοικητική πράξη που ακυρώθηκε και χωρίς δέσμευση από το χρόνο που διέδραμε στο μεταξύ (βλ. ΣτΕ 3358/2003, 1356/1999, 2909/1994, 3738/1988 κ.α.). Στην περίπτωση, ειδικότερα, κατά την οποία, μετά την ακύρωση της διοικητικής πράξης, αναπέμπεται η υπόθεση για νέα νόμιμη κρίση με βάση το διοικητικής φύσεως ζήτημα που κρίθηκε από το Δικαστήριο, η Διοίκηση οφείλει να εκδώσει νέα πράξη βάσει της ακυρωτικής αποφάσεως και των ειδικότερων ζητημάτων που έχουν αποτελέσει αντικείμενο έρευνας και κρίσεως από τον ακυρωτικό δικαστή. Η νέα κρίση της Διοίκησης πρέπει να μην αντίκειται σε όσα έχουν κριθεί από την ακυρωτική απόφαση και να εκφέρεται ενόψει του νομικού και

πραγματικού καθεστώτος του χρόνου εκδόσεως της ακυρωθείσας πράξης (ΣΤΕ 748/2007, 16/2009, 3320/2003, 3214/2001 κ.α.). Όταν δε η διοικητική πράξη ακυρώθηκε για πλημμέλειες της αιτιολογίας, η Διοίκηση μπορεί να επαναλάβει την κρίση της για την ρύθμιση της συγκεκριμένης σχέσεως αναδρομικώς και να εκδώσει πράξη με το ίδιο περιεχόμενο με εκείνη που ακυρώθηκε, αιτιολογώντας όμως νομίμως και επαρκώς τη νέα κρίση της βάσει της ακυρωτικής αποφάσεως είτε βάσει στοιχείων που δεν έχουν αποτελέσει αντικείμενο έρευνας και κρίσεως από τον ακυρωτικό δικαστή (ΣΤΕ 4091/2015), ασχέτως αν τα στοιχεία αυτά ήταν γνωστά ή όχι στη Διοίκηση (ΣΤΕ 3320/2003), αρκεί η εμμονή της Διοίκησης να μη συνιστά, στις περιπτώσεις που η πράξη δεν εκδίδεται κατά δέσμια αρμοδιότητα, κακή χρήση της διακριτικής εξουσίας, κατά την κρίση του δικαστηρίου, το οποίο πρέπει να εκτιμά τις συντρέχουσες, κάθε φορά, περιστάσεις.

12. Από τη δέσμευση της Διοικήσεως από το δεδουλευμένο της ακυρωτικής απόφασης δεν κωλύεται η Νομοθετική Εξουσία να προβαίνει με γενικές διατάξεις για τον εφεξής χρόνο σε ρυθμίσεις που καταλαμβάνουν και τις υποθέσεις που είναι εκκρεμείς ενώπιον της Διοικήσεως συνεπεία ακυρωτικής αποφάσεως. Συνεπώς, σε τέτοιες περιπτώσεις, ενδέχεται να αποβαίνει εφαρμοστέο το νομοθετικό καθεστώς που ισχύει κατά το χρόνο εκδόσεως της νέας διοικητικής πράξεως, εκείνης δηλαδή που εκδίδεται μετά την ακυρωτική απόφαση, όταν το νεότερο νομοθέτημα έχει αναδρομική ισχύ ή προκύπτει από αυτό ότι ο νομοθέτης δεν ανέχεται εφεξής την εφαρμογή των παλαιών διατάξεων (ΣΤΕ 419/2000, 107/1991 951 - 2/1996 , ΔΕφΑΘ 337/2010 κ. ά.). Από τον χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας υπ' αριθ. 46058/11.8.2010 πράξης του Υπουργείου Εσωτερικών μέχρι σήμερα, μεταβλήθηκε κατ' επανάληψη το νομικό καθεστώς της διαδικασίας μετατάξεων υπαλλήλων. Συγκεκριμένα: Ο ήδη ισχύων ν.4440/2016 ορίζει ως χρόνο έναρξης ισχύος του την δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης (2.12.2016).Επομένως, δεν έχει αναδρομική εφαρμογή ούτε καταλαμβάνει τις εκκρεμείς κατά τη δημοσίευσή του αιτήσεις μετάταξης, εφόσον, κατά τη ρητή πρόβλεψη της διάταξης του άρθρου 18 του νόμου αυτού, οι εκκρεμείς αιτήσεις εξετάζονται με το προϊσχύον καθεστώς. Στην προκειμένη περίπτωση, όμως, εφαρμοστέο κατ' εξαίρεση τυγχάνει το νομοθετικό καθεστώς του χρόνου έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης, λόγω της αυξημένης τυπικής ισχύος της διάταξης του άρθρου 95 (παρ.5) Σ. Εξάλλου, και ο προϊσχύσας αυτού ν.4223/2013 είχε τεθεί σε

ισχύ σε χρόνο μεταγενέστερο του κρίσιμου χρόνου, ήτοι της 11.8.2010, κατά τον οποίο εκδόθηκε η ακυρωθείσα πράξη. Συγκεκριμένα, εκδόθηκε την 31.12.2013, ενώ ήδη η διάταξη του άρθρου 29 παρ.1 αυτού καταργήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 15 (παρ.3) ν. 4440/2016. Αμφότεροι οι εν λόγω νόμοι δεν έχουν αναδρομική ισχύ. Ομοίως, οι εν προκειμένω κρίσιμες δημοσιονομικές διατάξεις που ρυθμίζουν τη δέσμευση των πιστώσεων, είναι αυτές του ισχύοντος κατά την ως άνω ημερομηνία έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης Κώδικα Δημοσίου Λογιστικού. Και τούτο, διότι ο ήδη ισχύων Κώδικας Δημοσίου Λογιστικού (ν.4270/2014) τέθηκε σε ισχύ από 1.1.2015 και δεν καταλαμβάνει τον κρίσιμο εν προκειμένω χρόνο έκδοσης της ακυρωθείσας πράξης στον οποίο ανάγονται οι ενέργειες συμμόρφωσης (11.8.2010).

13. Επί τη βάσει της γραμματικής διατυπώσεως της σχετικής διατάξεως της παραγράφου 4 του άρθρου 30 ν. 3614/2007, μετά την τροποποίησή του από την παράγραφο 5α του άρθρου 1 ν. 3614/2007, σύμφωνα με την οποία το προσωπικό μπορεί να μεταταχθεί, οπωσδήποτε δεν υφίσταται υποχρέωση του διοικητικού οργάνου για την έκδοση της διοικητικής πράξης της μετάταξης. Τουναντίον προκύπτει διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης ως προς την έκδοση της πράξης της μετάταξης, λαμβανομένου επιπροσθέτως υπόψη και ότι, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, τεκμαίρεται η συνδρομή διακριτικής ευχέρειας, στις περιπτώσεις που δεν καθίσταται ερμηνευτικώς σαφές εάν υφίσταται υποχρέωση προς έκδοση διοικητικής πράξεως (βλ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικ.Δικαίου, 1999, σ.1360, Γνωμ.ΝΣΚ 401/2008).

14. Ωστόσο, και η διακριτική ευχέρεια, διέπεται από την αρχή της νομιμότητας καθώς και ο τρόπος με τον οποίο ασκείται. Η άσκηση αυτής πρέπει να γίνεται προς τον σκοπό του νόμου, τις γενικές αρχές του δικαίου και την χρηστή διοίκηση (ΝΣΚ 43/1989), κατά τρόπο που να μη συνιστά κακή χρήση αυτής. Η τελευταία, υπάρχει όταν ο κανόνας δικαίου που θεσπίζεται με την ατομική διοικητική πράξη δεν ευρίσκεται σε αρμονία με τον απρόσωπο κανόνα δικαίου, με τον οποίο παρέχεται διακριτική ευχέρεια στο διοικητικό όργανο για να εκδώσει διοικητική πράξη, ούτε να συνιστά υπέρβαση των άκρων ορίων αυτής, τα οποία καθορίζονται από το λογικό περιεχόμενο της αναφερόμενης στην εφαρμοστέα διάταξη αόριστης έννοιας, από το σκοπό των διατάξεων που παρέχουν την αρμοδιότητα, από το δημόσιο συμφέρον για την εξυπηρέτηση του οποίου παρασχέθηκε η αρμοδιότητα

από τις αρχές της ισότητας, της χρηστής διοίκησης, της αναλογικότητας και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου. Την ανωτέρω ερμηνεία ενισχύει και ο σκοπός της διατάξεως του άρθρου 30 παρ. 4 του ν.3614/2007 όπως συνάγεται από την εισηγητική αυτής έκθεση στην οποία η ως άνω διάταξη που ρυθμίζει το θέμα της δυνατότητας που παρέχεται στο προσωπικό που είναι αποσπασμένο στις ειδικές υπηρεσίες των Υπουργείων να μετατάσσεται σ αυτά με αίτηση που «κρίνεται αναγκαία για την καλύτερη και αποτελεσματικότερη αξιοποίηση της εμπειρίας του ανθρώπινου δυναμικού των υπηρεσιών αυτών». Είναι προφανές ότι προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος συνισταμένου στην πρόσφορη και αποδοτικότερη λειτουργία των υπηρεσιών του εποπτεύοντος Υπουργείου, δίνεται η δυνατότητα υπάλληλοι με ιδιαίτερη εμπειρία και γνώση, τους οποίους επιθυμεί να αξιοποιήσει η υπηρεσία στο διηνεκές, εφόσον βεβαίως και οι ίδιοι το επιθυμούν, να ενσωματωθούν πλέον στο δυναμικό των υπαλλήλων του Υπουργείου με σχέση μόνιμη.

15. Ειδικότερα, εάν η έκδοση της πράξης ανήκει στην διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης, όπως στην περίπτωση της μετάταξης, εφόσον το διοικητικό όργανο άσκησε την ευχέρεια αυτή με την έκδοση πράξης που ακυρώθηκε ως μη νομίμως αιτιολογημένη, δεν μπορεί πλέον, μετά την ακύρωση, να απόσχει από κάθε ενέργεια επικαλούμενο τη διακριτική ευχέρεια, αλλά οφείλει να επανέλθει στο θέμα και να εκδώσει νέα πράξη που δέχεται ή απορρίπτει το αίτημα του διοικουμένου, με βάση νόμιμη αιτιολογία (πρβλ. ΣτΕ 3179/1984, 362/1982). Για την έκδοση της νέας πράξης που χρειάζεται προς συμμόρφωση με την ακυρωτική απόφαση, θα ληφθούν υπόψη τα πραγματικά περιστατικά και οι κανόνες δικαίου που ίσχυαν κατά την έκδοση της πράξης που ακυρώθηκε (ΣτΕ 107/1997, 862/1992, ΔΕφΑΘ 684/2018).

16. Με την εγκύκλιο εκτέλεσης του Κρατικού Προϋπολογισμού έτους 2010, δίδονται, κατ' άρθρο 3 ν. 2362/1995, από το Γενικό Λογιστήριο του Κράτους, οδηγίες και κατευθύνσεις στην Διοίκηση για την πιστή εκτέλεση του προϋπολογισμού, οι οποίες όμως στηρίζονται στην ερμηνεία των ισχυουσών διατάξεων και δεν μπορούν να αποκλίνουν από αυτές. Εξάλλου ενόσω η ως άνω εγκύκλιος θεωρηθεί ότι περιέχει, αυτοτελώς καθ' εαυτήν, κανόνες δικαίου, είναι κατ' αυτό το κανονιστικό της περιεχόμενο νομικώς ανυπόστατη, εφόσον α) οι κανόνες αυτοί δεν στηρίζονται σε εξουσιοδοτική ειδική διάταξη τυπικού νόμου και

β) δεν έχει τύχει (η εγκύκλιος) της προσήκουσας δημοσίευσης, όπως επιτάσσει το Σύνταγμα (βλ.ΣτΕ 3319/2015, Επαμ. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 14^η έκδ. τ.1, σ.117, σημ.36, με παραπομπή σε περαιτέρω νομολογία).

17. Επειδή, τέλος, από τη διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 και 2 του π.δ. 138/1998, απαγορεύεται η προκήρυξη θέσεων στο δημόσιο (και με μετάταξη), αν δεν έχει προηγηθεί βεβαίωση της Διεύθυνσης Προϋπολογισμού του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους (Γ.Λ.Κ.) για την ύπαρξη σχετικής πίστωσης, τυχόν δε μετατάξεις που έγιναν κατά παράβαση της προϋπόθεσης αυτής είναι άκυρες (ΔΕφΑΘ 2664/2013, 1014/2012, 1215/2012, Γνωμ.ΝΣΚ 314/2016, 219/2011 κ.α.). Περαιτέρω, η διάταξη του άρθρου 7 π.δ. 138/1998 πρέπει να ερμηνεύεται σε συνδυασμό με την εξουσιοδοτική αυτής διάταξη του άρθρου 21 ν. 2362/1995. Από τον συνδυασμό των εν λόγω διατάξεων, προκύπτει ότι, η πράξη μετάταξης είναι νόμιμη, εφόσον τηρείται ο ουσιώδης τύπος του άρθρου 7 π.δ. 138/1998, δηλαδή αν κατά την προκήρυξη της προς μετάταξη θέσης, υπήρχε βεβαίωση ότι προβλέπετο πίστωση για την κάλυψη της θέσης. Μετάταξη που γίνεται χωρίς την παραπάνω διαδικασία είναι άκυρη. Η πλημμέλεια όμως αυτή είναι δυνατό να θεραπεύεται, ιδίως σε διαδικασίες που διεξάγονται κατά παρέκκλιση των κειμένων διατάξεων, αν μέχρι και την ολοκλήρωση της διαδικασίας μετάταξης, εξασφαλιστούν οι πιστώσεις για την πραγματοποίησή της (ίδ. και ΔΕφΑΘ 1981/2012, σκέψη 7, Ελ Συν 157/2016, παραγρ. V, σκέψεις Α. Γ.). Επομένως στην προκειμένη περίπτωση, η ερωτώσα υπηρεσία, καλούμενη σε ενέργειες συμμόρφωσης, πρέπει να εξετάσει αν, κατά τον κρίσιμο χρόνο της 11.8.2010, είχαν προβλεφθεί πιστώσεις για πραγματοποίηση μετατάξεων, ή, αν, εν πάση περιπτώσει, ήταν δυνατή η εξασφάλισή τους, με βάση τα δημοσιονομικά δεδομένα και τις προβλεπόμενες από τις διατάξεις του τότε ισχύοντος Κώδικα Δημοσίου Λογιστικού (ν.2362/1995) διαδικασίες, ιδίως αυτήν της παραγράφου 9 του άρθρου 15 ν. 2362/1995, όπως ίσχυε κατά τον ως άνω χρόνο συμμόρφωσης (11.8.2010).

Απάντηση

18. Κατ' ακολουθία των προεκτεθέντων, επί των τεθέντων ερωτημάτων το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Τμήμα Α'), γνωμοδοτεί ομοφώνως ως εξής:

α) Η Διοίκηση υποχρεούται να εξετάσει το αίτημα μετάταξης, ασκώντας διακριτική ευχέρεια ως προς την ικανοποίησή του, σύμφωνα με το πνεύμα και το σκεπτικό της ακυρωτικής δικαστικής απόφασης και επί τη βάση των περί της εν λόγω

μετατάξεως διατάξεων, που ίσχυαν κατά τον χρόνο εκδόσεως της ακυρωθείσης πράξεως.

β) Ούτε από το νομοθετικό πλαίσιο του χρόνου εκδόσεως της ακυρωθείσης πράξεως, συμπεριλαμβανομένου του άρθρου 1 παρ.5α του ν.3752/2009, ούτε από την ακυρωτική δικαστική απόφαση συνάγεται υποχρέωση της διοίκησης να αποδεχτεί το αίτημα μετάταξης, αλλά μόνο υποχρέωση εξετάσεως του αιτήματος και παραθέσεως πλήρους αιτιολογίας σε περίπτωση απορρίψεώς του.

Κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης, εφαρμοστές τυγχάνουν οι διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 5α ν. 3752/2009 στην προκειμένη περίπτωση, για την πλήρωση της συνταγματικής επιταγής της συμμόρφωσης της Διοίκησης με την ακυρωτική υπ' αριθμ. 85/2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

γ) Η διαδικασία μετάταξης της παρ. 4 του άρθρου 30 ν. 3614/2007, όπως το πρώτο εδάφιο της αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παρ. 5α του ν.3752/2009, είναι δυνητική. Δεδομένης όμως της υποχρέωσης συμμόρφωσης στην ακυρωτική υπ' αριθμ. 85/2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αλλά και την υποχρέωση άσκησης της διακριτικής ευχέρειάς της κατά το σκοπό του νόμου, η Διοίκηση οφείλει, εξετάζοντας εκ νέου, την συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων για την πραγματοποίηση ή μη της μετάταξης, να αιτιολογήσει την κρίση της, και ως προς την ύπαρξη, αλλά και ως προς την δυνατότητα εξασφάλισης ή μη, με βάση τα πραγματικά δημοσιονομικά δεδομένα, και τις αντίστοιχες δημοσιονομικές διαδικασίες, που προβλέπονταν από το νομοθετικό πλαίσιο του χρόνου στον οποίο ανάγονται οι ενέργειες συμμόρφωσης (11.8.2010), της απαιτούμενης πίστωσης για την ολοκλήρωση της μετάταξης.

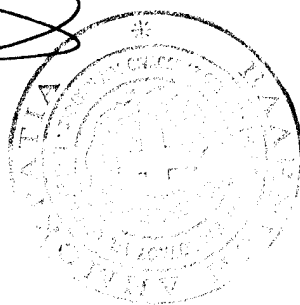
ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα 16.4.2018

Ο Πρόεδρος



Ανδρέας Χαρλαούτης
Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.



Η Εισηγήτρια



Άννα Πρεβενά
Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.