



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ  
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ υπ' αριθ. 35/2009  
ΤΟΥ ΝΟΜΙΚΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ  
ΤΜΗΜΑΤΟΣ Ε΄

Συνεδρίαση της 2-2-2009

- Πρόεδρος :** Νικόλαος Μαυρίκας, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.
- Μέλη:** Ιωάννης Διονυσόπουλος, Ιωάννα Καραγιαννοπούλου, Παναγιώτης Παναγιωτουνάκος, Βασιλική Πανταζή, Νίκη Μαριόλη και Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Νομικοί Σύμβουλοι.
- Εισηγητής :** Ανδρέας Ανδρουλιδάκης, Νομικός Σύμβουλος.
- Αριθμ. Ερωτήματος :** Με αρ. πρωτ. 69657/3-11-2008 έγγραφο Υπουργείου Εσωτερικών – Τμήματος Προσωπικού Ο.Τ.Α.
- Περίληψη Ερωτήματος:** Αν είναι δυνατή η ανάκληση της πράξεως διορισμού μονίμου υπαλλήλου του Δήμου Μαδύτου κλάδου Δ.Ε. οδηγών, ο οποίος επελέγη με τη διαδικασία του ΑΣΕΠ και διορίσθηκε στις 9-3-2005, λόγω επακολουθήσαντος διορισμού στην ίδια θέση συνυποψηφίου του, κατόπιν τροποποιήσεως εκ μέρους του ΑΣΕΠ του πίνακα επιτυχόντων ύστερα από άσκηση αιτήσεως θεραπείας, απορρίψεως δε, στη συνέχεια, από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών αιτήσεως ακυρώσεως του πρώτου κατά της τροποποιητικής του πίνακα επιτυχόντων αποφάσεως του ΑΣΕΠ.

Επί του ανωτέρω ερωτήματος το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους γνωμοδότησε ομόφωνα ως εξής :

**Ι.α.** Τα άρθρα 28 παρ. 1, 14, 16 παρ. 1 περ. δ', ε', στ' και ζ', 18 παρ. 1 και 20 παρ. 1 του προϊσχύσαντος Ν. 1188/1981 «Κώδικας Προσωπικού Ο.Τ.Α.» (Φ.Ε.Κ. Α'-204) ορίζουν τα εξής :

«Άρθρον 28

Ανάκλησις παρανόμου διορισμού

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 δημοσιεύσεώς 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 του άρθρου 14 και των περιπτώσεων δ', ε', στ' και ζ' της παραγράφου 1 του άρθρου 16.

«Άρθρον 14

Ελληνική Ιθαγένεια

1. Ουδείς διορίζεται αν δεν κέκτηται την Ελληνικήν Ιθαγένειαν.
2. Αλλογενής αποκτήσας την Ελληνικήν Ιθαγένειαν, δια πολιτογραφήσεως, δεν δύναται να διορισθή προ της συμπληρώσεως πενταετίας από ταύτης.
3. Διορισμός αλλοδαπών επιτρέπεται μόνον εις τας υπό ειδικών νόμων προβλεπόμενας περιπτώσεις».

«Άρθρον 16

Κωλύματα διορισμού

1. Δεν διορίζεται υπάλληλος :
  - α ..... β. .... γ. ....
  - δ) ο λόγω καταδίκης στερηθείς των πολιτικών δικαιωμάτων και μετά την λήξιν του ορισθέντος δια την στέρησιν χρόνου,
  - ε) ο καταδικασθείς εις οιαδήποτε ποινήν επί κλοπή, υπεξαιρέσει, απάτη, εκβίασει, πλαστογραφία, απιστία, δωροδοκία, καταπίεσει, παραβάσει καθήκοντος, εγκλήματι κατά των ηθών και συκοφαντική δυσφημήσει,
  - στ) ο υπόδικος, ο δια τελεσιδίκου βουλεύματος παραπεμφθείς ή επί κακουργήματι ή επί τινι των εν τη προηγουμένη περιπτώσει αναφερομένων πλημμελημάτων».

## «Άρθρο 18

## Διαγωνισμός.

1. Ουδείς, εξαιρέσει των εν άρθρω 20 περιπτώσεων, διορίζεται υπάλληλος αν μη επιτύχη εις διαγωνισμόν ενώπιον τριμελούς επιτροπής συγκροτουμένης α ..... β .....».

## «Άρθρο 20

## Διορισμός άνευ διαγωνισμού.

1. Διαγωνισμός δεν απαιτείται δια τον διορισμόν του κατωτέρω προσωπικού :

α) των τεχνικών, υγειονομικών, εκπαιδευτικών και γεωπονικών κλάδων,  
β) των κλητήρων-θυρωρών, κοινωνικών λειτουργών, τηλεφωνητών, εποπτών καθαριότητας και επιστατών καθαριότητας».

β. Τα άρθρα 27 παρ. 2, 4 και δεύτερο του ισχύοντος ήδη Ν. 3584/2007 «Κύρωση του Κώδικα Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων» (Φ.Ε.Κ. Α΄-143) ορίζουν τα εξής :

## «Άρθρο 27

## Ανάκληση διορισμού

1. .... 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 διορίσθηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε την παρανομία, ή εάν ο διορισμός του έγινε κατά παράβαση των άρθρων 12 και 16 του παρόντος Κώδικα.

3. ....

4. Οι διατάξεις της παρ. 2 του παρόντος για απαγόρευση ανάκλησης της πράξης διορισμού μετά την πάροδο διετίας δεν εφαρμόζονται όταν η πράξη διορισμού ακυρώνεται δικαστικώς».

## «Άρθρο δεύτερο

## Έναρξη ισχύος

Η ισχύς του παρόντος αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, πλην των διατάξεων των άρθρων 87 έως και 89, οι οποίες αρχίζουν να ισχύουν από την 1<sup>η</sup> Ιουλίου 2008».

γ. Το άρθρο 18 παρ. 8 εδ. 1, 2 και 11 του Ν. 2539/1997 «Συγκρότηση Πρωτοβάθμιας Τοπικής Αυτοδιοίκησης» (Φ.Ε.Κ. Α΄ -244) υπό τον τίτλο «Προσωπικό Ο.Τ.Α.» προβλέπει τα ακόλουθα :

«Κενές ή κενούμενες οργανικές θέσεις μόνιμου προσωπικού των υπηρεσιών ανταποδοτικού χαρακτήρα «και του προσωπικού όλων των άλλων κατηγοριών και κλάδων των Ο.Τ.Α. πρώτης βαθμίδας καλύπτονται με προσωπικό που προσλαμβάνεται χωρίς την έγκριση της επιτροπής της παρ. 2 του άρθρου 2 της Π.Υ.Σ. 236/1994.

Η πρόσληψη του προσωπικού αυτού και για τον κλάδο και για την ειδικότητα που δεν απαιτείται διαγωνισμός γίνεται από τους ίδιους τους Ο.Τ.Α. πρώτης βαθμίδας με τη διαδικασία και τα κριτήρια του άρθρου 18 του ν. 2190/1994, όπως ισχύει κάθε φορά.....».

«..... Οι σχετικοί πίνακες κατάταξης των υποψηφίων αποστέλλονται στο Α.Σ.Ε.Π., το οποίο ασκεί έλεγχο αυτεπαγγέλτως ή μετά από ένσταση υποψηφίων. Μετά τον έλεγχο ο οικείος φορέας καταρτίζει τους οριστικούς πίνακες κατάταξης, καθώς και τους πίνακες διοριστέων, τους οποίους και αποστέλλει για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (Τεύχος Προκηρύξεων Α.Σ.Ε.Π.). Η πρόσληψη όμως του προσωπικού μπορεί να γίνεται αμέσως μετά την κατάρτιση των πινάκων κατάταξης των υποψηφίων και πριν τον αυτεπάγγελτο ή κατ' ένσταση έλεγχο του Α.Σ.Ε.Π. Μετά τη δημοσίευση των οριστικών πινάκων διοριστέων οι τυχόν ήδη προσληφθέντες που δεν περιλαμβάνονται σε αυτούς απολύονται. Οι απολυόμενοι λαμβάνουν τις αποδοχές που προβλέπονται για την απασχόλησή τους έως την ημέρα της απόλυσης χωρίς οποιαδήποτε αποζημίωση από την αιτία αυτή».

δ. Τέλος, το άρθρο μόνο παρ. 1 του Α.Ν. 261/1968 (Φ.Ε.Κ. Α΄ - 12) ορίζει τα ακόλουθα :

«Άρθρον μόνον.

1. Ατομικάί διοικητικάί πράξεις, εκδοθείσαι κατά παράβασιν νόμου, ανακαλούνται υπό της Διοικήσεως ελευθέρως και άνευ οιασδήποτε δια το Δημόσιον συνεπείας, εντός ευλόγου από της εκδόσεως αυτών χρόνου.

Επιφυλασσομένων των ειδικώς, άλλως οριζουσών, διατάξεων της κειμένης νομοθεσίας, χρόνος, ήσων της δετίας τουλάχιστον από της εκδόσεως των κατά τα άνω ανακλητέων πράξεων, εν ουδεμιά περιπτώσει δύναται να θεωρηθή ως μη

εύλογος προς ανάκλησιν, ανεξαρτήτως τυχόν κτήσεως υπό τρίτων βάσει αυτών οιοδήποτε δικαιώματος».

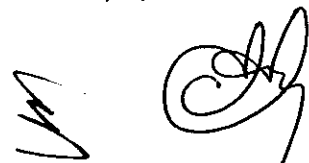
**II.** Από το συνδυασμό και την ερμηνεία των διατάξεων του νόμου που προαναφέρθηκαν προκύπτουν τα εξής :

**α.** Η Διοίκηση έχει τη διακριτική ευχέρεια να ανακαλεί ελεύθερα τις παράνομες ή πλημμελείς ατομικές διοικητικές πράξεις είτε αυτεπαγγέλτως, είτε κατ' αίτηση του ενδιαφερομένου. Παράνομες ή πλημμελείς είναι οι ατομικές διοικητικές πράξεις οι οποίες πάσχουν ακυρότητα και οι οποίες, αν προσβάλλονταν με αίτηση ακυρώσεως ή προσφυγή, θα ακυρώνονταν. Η ανάκληση από τη Διοίκηση των ανωτέρω παρανόμων ή πλημμελών διοικητικών πράξεων συνάδει προς την αρχή της νομιμότητας και του κράτους δικαίου, γίνεται δε χωρίς χρονικούς περιορισμούς όταν η ανάκληση χωρεί προς όφελος του διοικουμένου, ενώ σε αντίθετη περίπτωση η ανάκληση πρέπει να γίνεται εντός ευλόγου χρόνου, καθοριζομένου είτε από ειδική διάταξη νόμου, είτε, αν δεν υπάρχει τέτοια ειδική διάταξη, με βάση τα οριζόμενα στο άρθρο μόνο παρ. 1 του Α.Ν. 261/1968. Ανάκληση επωφελών για το διοικούμενο διοικητικών πράξεων και πέραν του ευλόγου χρόνου είναι επιτρεπτή εάν : α) το διοικητικό όργανο παρασύρθηκε από απατηλή ενέργεια του διοικουμένου, β) συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος ή δημοσίας τάξεως, γ) η ανάκληση γίνεται για λόγους συμμορφώσεως προς ακυρωτική δικαστική απόφαση (βλ. περί των ανωτέρω Ολ. Ν.Σ.Κ. 151/2005, Ολ. Ν.Σ.Κ. 79/2005, Ν.Σ.Κ. 221/2005 Τμ. Δ', Ν.Σ.Κ. 347/2002 Τμ. Δ', Σ.τ.Ε. 312/1994, Σ.τ.Ε. 1654/1988, πρβλ. και Ολ. Σ.τ.Ε. 2176/2004, Επαμ. Σπηλιωτόπουλου Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου έκδοση 10<sup>η</sup> σελ. 190, 191 και 305 επ., Αναστ. Τάχου Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση 7<sup>η</sup> σελ. 663 επ.).

**β.** Η ανάκληση της πράξεως διορισμού δημοτικού υπαλλήλου η οποία έγινε υπό την ισχύ του προΐσχύσαντος Ν. 1188/1981 διέπεται διαχρονικώς από τη διάταξη του άρθρου 28 παρ. 1 του νόμου αυτού (πρβλ. Σ.τ.Ε. 4792/1986), κατά την οποία η ανάκληση είναι κατά κανόνα επιτρεπτή εντός διετίας από τη δημοσίευση του διορισμού, αλλά και κατ' εξαίρεση μετά την παρέλευση της διετίας αυτής, αν ο διορισθείς προκάλεσε ή υπεβοήθησε την παρανομία, ή αν δεν είχε την ελληνική ιθαγένεια, ή αν καταδικάσθηκε ή παραπέμφθηκε για τα περιοριστικώς από το άρθρο 16 του Ν. 1188/1981 αναφερόμενα εγκλήματα, ή αν στερήθηκε των πολιτικών του δικαιωμάτων. Κατά τη ρητή αναφορά του νόμου, απαραίτητη

προϋπόθεση για την εφαρμογή του άρθρου 28 παρ. 1 του Ν. 1188/1981 είναι ο δημοτικός υπάλληλος να έχει διορισθεί κατόπιν διαγωνισμού, όπως δηλαδή όριζαν τα άρθρα 18 και 20 του Ν. 1188/1981. Σε περίπτωση διορισμού του χωρίς διαγωνισμό, όπως με επιλογή μέσω του ΑΣΕΠ κατά τη διαδικασία των άρθρων 18 του Ν. 2190/1994 και 18 του Ν. 2539/1997, το άρθρο 28 παρ. 1 του Ν. 1188/1981 δεν έχει νόμιμο πεδίο εφαρμογής (πρβλ. Ολ. Ν.Σ.Κ. 609/1999), αλλ' ευρίσκει έδαφος η διάταξη του άρθρου μόνου παρ. 1 του Α.Ν. 261/1968, κατά την οποία η παράνομη πράξη διορισμού δύναται νομίμως να ανακληθεί και εντός πενταετίας από τη δημοσίευσή της.

Η ανωτέρω ερμηνεία προκύπτει τόσο από τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 28 παρ. 1 του Ν. 1188/1981 («κατόπιν διαγωνισμού»), όσο και από την αληθή βούληση του νομοθέτη, ο οποίος ενώ ε γνώριζε ότι ήταν δυνατός, έστω και κατ' εξαίρεση, ο διορισμός δημοτικών υπαλλήλων χωρίς διαγωνισμό, όπως υπαλλήλων των τεχνικών, υγειονομικών, εκπαιδευτικών, γεωπονικών κλάδων, κλητήρων, θυρωρών, κοινωνικών λειτουργών, τηλεφωνητών, εποπτών και επιστατών καθαριότητας (άρθρο 20 παρ. 1 περ. α', β' του Ν. 1188/1981), εν τούτοις στο άρθρο 28 παρ. 1 του Ν. 1188/1981 περιέλαβε μόνο τους κατόπιν διαγωνισμού διοριζομένους. Αλλά και περαιτέρω, η νεότερη διάταξη του άρθρου 27 παρ. 2 και 4 του Ν. 3584/2007 για την ανάκληση του διορισμού των δημοτικών υπαλλήλων, η οποία κατά νομοθετική μεταβολή δεν θέτει πλέον ως προϋπόθεση για την εφαρμογή της το διορισμό του υπαλλήλου κατόπιν διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο δεύτερο του Ν. 3584/2007 ισχύει από τη δημοσίευσή της στο ΦΕΚ (28-6-2006) και δεν έχει αναδρομική ισχύ, με συνέπεια να μη δύναται να συμπεριλάβει και τους παράνομους διορισμούς, οι οποίοι είχαν ολοκληρωθεί πριν από την έναρξη της ισχύος της. Αλλ' ούτε και αναλογική εφαρμογή του επί μη νομίμων διορισμών δημοσίων υπαλλήλων ισχύσαντος κατά τον κρίσιμο χρόνο άρθρου 20 παρ. 2 του Ν. 2683/1999 είναι δυνατή και δη καθ' ό μέρος το άρθρο αυτό απήλειψε ως προϋπόθεση για την εντός διετίας από τη δημοσίευση του διορισμού ανάκληση να έχει λάβει χώρα διορισμός του υπαλλήλου κατόπιν διαγωνισμού, δεδομένου ότι η ως άνω αναλογική εφαρμογή κατά τις διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 2 του Ν. 2683/1999 και 315 παρ. 1 του Ν. 1188/1981 προϋποθέτει την ύπαρξη ειδικής διατάξεως του Ν. 1188/1981 περί παραπομπής στο άρθρο 20 παρ. 2 του Ν. 2683/1999, η οποία δεν υπάρχει. Ούτε, τέλος, είναι δυνατή η ανωτέρω αναλογική εφαρμογή υπό την ισχύ του άρθρου τετάρτου του Ν.



2683/1999, καθ' όσον το άρθρο αυτό δεν περιέλαβε μεταξύ των εφαρμοστέων διατάξεών του στους υπαλλήλους των Ο.Τ.Α. και το άρθρο 20 παρ. 2 του Ν. 2683/1999.

**III.** Από το τεθέν ερώτημα και τα στοιχεία του φακέλλου που το συνοδεύουν προκύπτουν τα εξής :

Ο Χρυσόστομος Σουρβαλής υπό την ισχύ του Ν. 1188/1981 και κατόπιν διαδικασίας επιλογής μέσω του ΑΣΕΠ σύμφωνα με τα άρθρα 18 του Ν. 2190/1994 και 18 του Ν. 2539/1997 διορίστηκε σε κενή οργανική θέση κλάδου ΔΕ29-Οδηγού αυτοκινήτων του Δήμου Μαδύτου στις 9-3-2005 (Φ.Ε.Κ. 53/τ.Ν.Π.Δ.Δ./9-3-2005). Κατόπιν αιτήσεως θεραπείας του συνυποψηφίου του Γρηγορίου Σιδηρόπουλου, η οποία έγινε δεκτή με τη με αρ. 1088/23-6-2005 απόφαση του Δ' Τμήματος του ΑΣΕΠ, τροποποιήθηκε ο πίνακας επιτυχόντων του ΑΣΕΠ και προκρίθηκε αντί του Χρυσόστομου Σουρβαλή ο Γρηγόριος Σιδηρόπουλος, ο οποίος διορίστηκε στην ίδια θέση του Δήμου Μαδύτου στις 28-2-2006 (Φ.Ε.Κ. 54/τ.Ν.Π.Δ.Δ./28-2-2006) και στη συνέχεια μετετάγη στο Δήμο Δράμας (Φ.Ε.Κ. 256/τ.Ν.Π.Δ.Δ./31-8-2006).

Εν όψει των ανωτέρω ανέκυψε ζήτημα απολύσεως του Χρυσόστομου Σουρβαλή ως μη τελικώς επιτυχόντος, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 8 του Ν. 2539/1997. Κάτι τέτοιο όμως δεν συνέβη, λόγω ασκήσεως αιτήσεων ακυρώσεως και αναστολής εκ μέρους του Χρυσόστομου Σουρβαλή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμ. Θ'), το οποίο με τη με αρ. 34/2006 απόφασή του διέταξε την αναστολή εκτελέσεως της με αρ. 1088/23-6-2005 τροποποιητικής του πίνακα επιτυχόντων αποφάσεως του ΑΣΕΠ, ενώ εν συνεχεία με τη με αρ. 1754/2006 οριστική του απόφαση απέρριψε την αίτηση ακυρώσεως και έκρινε νόμιμη την ως άνω τροποποιητική απόφαση του ΑΣΕΠ. Ο Δήμος Μαδύτου, ναι μεν δεν υπήρξε διάδικος στις ανωτέρω δίκες, πλην όμως οι σχετικές αποφάσεις απεστάλησαν σε αυτόν με τα με αρ. πρωτ. 7955/22-2-2006 και 37789/1-10-2007 έγγραφα του ΑΣΕΠ αντιστοίχως και περιήλθαν στο πρωτόκολλο εισερχομένων του η πρώτη στις 1 Μαρτίου 2006 και η δεύτερη στις 5 Οκτωβρίου 2007.

**IV.α.** Με βάση τη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 8 του Ν. 2539/1997 κατά την οποία οι μη περιλαμβανόμενοι στους οριστικούς πίνακες διοριστέων του ΑΣΕΠ απολύονται και όσα έγιναν δεκτά με την ως άνω αρ. 1754/2006 νομίμως εκτελεστή απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμ. Θ') η με αρ. 08/24-2-2005 (Φ.Ε.Κ.

53/τ.Ν.Π.Δ.Δ./9-3-2005) πράξη διορισμού του Χρυσόστομου Σουρβαλή δεν είναι νόμιμη.

β. Με δεδομένο ότι ο Χρυσόστομος Σουρβαλής διορίστηκε στο Δήμο Μαδύτου όχι κατόπιν διαγωνισμού, όπως το άρθρο 28 παρ. 1 του Ν. 1188/1981 προϋποθέτει, αλλά κατόπιν αρχικής επιλογής του μέσω του ΑΣΕΠ, η ανάκληση του διορισμού του διέπεται όχι από το ανωτέρω άρθρο 28 παρ. 1 του Ν. 1188/1981, αλλά από το άρθρο μόνο του Α.Ν. 261/1968, κατά το οποίο η ανάκληση παρανόμου διοικητικής πράξεως είναι επιτρεπτή εντός πενταετίας από την έκδοσή της.

γ. Από τη δημοσίευση της πράξεως διορισμού του Χρυσόστομου Σουρβαλή στο Δήμο Μαδύτου (9-3-2005) μέχρι σήμερα (2-2-2009) έχει παρέλθει χρονικό διάστημα μικρότερο της πενταετίας.

Ως εκ τούτου, η ανάκληση της μη νομίμου πράξεως διορισμού του Χρυσόστομου Σουρβαλή σε οργανική θέση κλάδου ΔΕ-Οδηγών του Δήμου Μαδύτου είναι δυνατή και απόκειται στη διακριτική ευχέρεια του Δήμου Μαδύτου.

ν. Με βάση όλα όσα προαναφέρθηκαν στο τεθέν ερώτημα προσήκει καταφατική απάντηση, όπως ανωτέρω υπό στοιχεία IV α', β', γ' εκτίθεται.

Θεωρήθηκε

Αθήνα, 5 /2/2009,

Ο Πρόεδρος

Νικόλαος Μαυρίκας  
Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.



Ο Εισηγητής

Ανδρέας Ανδρουλιδάκης  
Νομικός Σύμβουλος του Κράτους