

ΠΑΝΟΣ ΖΥΓΟΥΡΗΣ - ΔΙΚΗΓΟΡΟΣ ΑΘΗΝΩΝ

ΝΟΜΙΚΟΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ ΚΕΝΤΡΙΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΔΗΜΩΝ ΕΛΛΑΔΟΣ

ΜΠΟΥΜΠΟΥΛΙΝΑΣ 9-11 (2^{ος} όροφος) ΑΘΗΝΑ

ΤΗΛ:210-8259140-1-FAX: 210-8259235

KIN:6977506705, e-mail :pzygouris@gmail.com

ΠΡΟΣ

ΤΗΝ ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ (Δ.Ε.Υ.Α.)

ΓΝΩΜΟΛΟΓΗΣΗ

Θέμα: « Εφαρμογή του άρθρ. 93 παρ. 7 ν. 3852/2010 στους υπαλλήλους των Δ.Ε.Υ.Α. – Απόσπαση Υπαλλήλων Δ.Ε.Υ.Α. που έχουν εκλεγεί αιρετοί Ο.Τ.Α.»

Τέθηκε υπόψιν μας ερώτημα από την Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης (Δ.Ε.Υ.Α.) ποιές είναι οι εφαρμοστέες διατάξεις για την απόσπαση των υπαλλήλων των Δ.Ε.Υ.Α. που έχουν εκλεγεί αιρετοί, ήτοι εάν εφαρμόζεται το άρθρο 93 παρ. 7 ν. 3852/2010, ή το άρθρο 12 ν. 4440/2016, ή το άρθρο 74 ν. 4674/2020;

Κατά τη γνώμη μου προσήκει η κάτωθι απάντηση.

Α. Νομοθετικό πλαίσιο – Ερμηνεία διατάξεων

Σύμφωνα με το **άρθρο 12 ν. 4440/2016** «Ενιαίο Σύστημα Κινητικότητας» (ΦΕΚ Α' 224) υπό τον τίτλο «Απόσπαση» ορίζεται ότι «1. Η απόσπαση, ήτοι η απομάκρυνση του υπαλλήλου για ορισμένο χρονικό διάστημα από την υπηρεσία στην οποία ανήκει η οργανική θέση που κατέχει και η ανάθεση σε αυτόν καθηκόντων σε άλλη υπηρεσία, διενεργείται για την κάλυψη επειγουσών υπηρεσιακών αναγκών προσωρινού χαρακτήρα, και αφορά την άσκηση καθηκόντων κλάδου για τον οποίο ο υπάλληλος διαθέτει τα απαιτούμενα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα. Ο χρόνος της απόσπασης λογίζεται για κάθε συνέπεια ως χρόνος πραγματικής υπηρεσίας στη θέση την οποία ανήκει οργανικά... 11. Δεν επιτρέπεται

απόσπαση υπαλλήλου πριν παρέλθει διετία από τη λήξη της προηγούμενης απόσπασης, με εξαίρεση την απόσπαση για συνυπηρέτηση συζύγων και την απόσπαση σε υπηρεσία απομακρυσμένης-παραμεθόριας περιοχής.»

Σύμφωνα με το **άρθρο 74** του πρόσφατου **ν. 4674/2020** «Στρατηγική αναπτυξιακή προοπτική των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης, ρύθμιση ζητημάτων αρμοδιότητας Υπουργείου Εσωτερικών και άλλες διατάξεις.» (ΦΕΚ Α' 53) υπό τον τίτλο «Υποχρέωση παραμονής σε ανταποδοτικές υπηρεσίες ΟΤΑ» ορίζεται ότι «Υπάλληλοι που διορίστηκαν ή προσλήφθηκαν σύμφωνα με την ειδική διαδικασία του άρθρου 24 του ν. 4479/2017, σε θέσεις υπηρεσιών ανταποδοτικού χαρακτήρα των ΟΤΑ α' βαθμού και των Ν.Π.Ι.Δ. που υπάγονται σε αυτούς, δεν αποσπώνται, μετακινούνται ή μετατάσσονται, εάν δεν παρέλθουν επτά (7) τουλάχιστον έτη από τον διορισμό ή την πρόσληψή τους. Εξαιρούνται οι αποσπάσεις για λόγους υγείας και συνυπηρέτησης, καθώς και οι αμοιβαίες μετατάξεις, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 7 και το άρθρο 10 του ν. 4440/2016. Το παρόν άρθρο καταλαμβάνει και υπαλλήλους που διορίστηκαν ή προσλήφθηκαν σύμφωνα με την υπ' αρ. 3Κ/2018 προκήρυξη του ΑΣΕΠ.»

Σύμφωνα με το **άρθρο 93 παρ. 7 ν. 3852/2010** «Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης - Πρόγραμμα Καλλικράτης» (ΦΕΚ Α' 87) υπό τον τίτλο «Ειδική άδεια κατά τη διάρκεια της Θητείας των αιρετών του δήμου που έχουν την υπαλληλική ιδιότητα» όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 7 παρ. 2 ν. 4071/2012, ορίζεται ότι «7. Δημόσιοι υπάλληλοι ή υπάλληλοι Ν.Π.Δ.Δ. ή υπάλληλοι κρατικών Ν.Π.Ι.Δ. και δημοσίων επιχειρήσεων ή άλλων επιχειρήσεων τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος, με οποιαδήποτε σχέση εργασίας και εάν υπηρετούν, εκλεγόμενοι δήμαρχοι, δημοτικοί σύμβουλοι, καθώς και πρόεδροι και τα μέλη των δημοτικών και τοπικών κοινοτήτων δημοτικών και τοπικών κοινοτήτων ή εκπρόσωποι τοπικών κοινοτήτων, διαρκούς της θητείας τους, δεν μετατίθενται ούτε αποσπώνται εκτός των διοικητικών ορίων του δήμου στον οποίο έχουν εκλεγεί Οι υπάλληλοι αυτοί, εφόσον υπηρετούν στα διοικητικά όρια άλλου δήμου μετά από αίτηση τους μετατίθενται ή αποσπώνται εκεί όπου έχουν εκλεγεί. Σε περίπτωση που δεν υπάρχει αντίστοιχη υπηρεσία ή θέση, μετατίθενται ή αποσπώνται στην πλησιέστερη υπηρεσία προς το δήμο όπου εξελέγησαν. Για τους υπηρετούντες σε παραμεθόριες περιοχές η παρούσα διάταξη έχει ισχύ μόνο για μετάθεση ή απόσπαση αποκλειστικά σε άλλη παραμεθόρια περιοχή.»

Με τον **ν. 4440/2016** ο κοινός νομοθέτης ρύθμισε τις μέχρι τότε υφιστάμενες παθογένειες της κινητικότητας των υπαλλήλων της δημόσιας διοίκησης που δεν ανταποκρινόταν ούτε στην ανάγκη κάλυψης των υπηρεσιακών αναγκών ούτε στην εύλογη αξίωση κάθε υπαλλήλου να μετακινείται σε άλλες υπηρεσίες, προκειμένου να αξιοποιεί τα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα του και να εμπλουτίζει την εργασιακή εμπειρία του. Για τους λόγους αυτούς

διαμόρφωσε ένα Ενιαίο Σύστημα Κινητικότητας, τροποποιώντας πλείονες διατάξεις του προϊσχύοντος ν. 3528/2007 (Υπαλληλικού Κώδικα) περί υπηρεσιακών μεταβολών των υπαλλήλων της δημόσιας διοίκησης. Στο άρθρο 12 αυτού καθορίζεται η διαδικασία απόσπασης υπαλλήλου που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4440/2016 , και πρόκειται για γενική διάταξη όσον αφορά την υπηρεσιακή μεταβολή της απόσπασης.

Με τον πρόσφατο ν. **4674/2020** , και ειδικότερα στο άρθρο 74 αυτού, ο νομοθέτης απαγόρευσε την μετακίνηση υπαλλήλων που υπηρετούν σε ανταποδοτικές υπηρεσίες των ΟΤΑ και των ΝΠΙΔ αυτών πριν την πάροδο επτά (7) ετών από την ανάληψη των καθηκόντων τους (διορισμό –πρόσληψη). Στην εισηγητική έκθεση του ν. 4674/2020, αναφέρεται ως *ratio thesiseos* της εν λόγω διατάξεως, ότι, δεδομένης της εξαιρετικής σημασίας που έχει για την προάσπιση του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος η κάλυψη των υπηρεσιακών αναγκών στις υπηρεσίες ανταποδοτικού χαρακτήρα των ΟΤΑ και Ν.Π.Ι.Δ. των ΟΤΑ (καθαριότητας – ηλεκτροφωτισμού, ύδρευσης – άρδευσης αποχέτευσης), προβλέφθηκε η ειδική διαδικασία του άρθρου 24 του ν. 4479/2017, για την κάλυψη θέσεων τακτικού προσωπικού των υπηρεσιών αυτών, κατά παρέκκλιση των περιορισμών των προσλήψεων και με εφαρμογή ειδικής μοριοδότησης της εμπειρίας των υποψηφίων που έχει αποκτηθεί σε υπηρεσίες καθαριότητας των Ο.Τ.Α. ή νομικών προσώπων αυτών. Ενόψει των ανωτέρω, με την προτεινόμενη διάταξη εισάγεται απαγόρευση μετακίνησης, απόσπασης ή μετάταξης των διοριστέων/προσληπτέων στις θέσεις που προκηρύσσονται με τη διαδικασία αυτή (καταλαμβάνοντας και τους επιτυχόντες της 3Κ/2018 Προκήρυξης του ΑΣΕΠ), για μια επταετία από τον διορισμό/πρόσληψη καθενός, ακριβώς για να διασφαλιστεί ότι εξυπηρετείται ο σκοπός της επαρκούς και διαρκούς στελέχωσης με έμπειρο προσωπικό των ευαίσθητων αυτών υπηρεσιών για τη δημόσια υγεία.

Με το ν. **3852/2010** και δη της παρ. 7 του άρθρ. 93 αυτού, ο νομοθέτης ρύθμισε το ειδικότερο θέμα της μετακίνησης των δημοσίων υπαλλήλων ή υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ. ή υπαλλήλων κρατικών Ν.Π.Ι.Δ. και δημοσίων επιχειρήσεων ή άλλων επιχειρήσεων τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος, με οποιαδήποτε σχέση εργασίας και εάν υπηρετούν, εκλεγόμενοι δήμαρχοι, δημοτικοί σύμβουλοι, καθώς και πρόεδροι και τα μέλη των δημοτικών και τοπικών κοινοτήτων δημοτικών και τοπικών κοινοτήτων ή εκπρόσωποι τοπικών κοινοτήτων, διαρκούς της θητείας τους, δεν μετατίθενται ούτε αποσπώνται εκτός των διοικητικών ορίων του δήμου στον οποίο έχουν εκλεγεί. Οι υπάλληλοι αυτοί, εφόσον υπηρετούν στα διοικητικά όρια άλλου δήμου μετά από αίτηση τους μετατίθενται ή αποσπώνται εκεί όπου έχουν εκλεγεί. Σε περίπτωση που δεν υπάρχει αντίστοιχη υπηρεσία ή θέση, μετατίθενται ή αποσπώνται στην πλησιέστερη υπηρεσία προς το δήμο όπου εξελέγησαν. Σύμφωνα με την **αρ. 49/2011 Εγκύκλιο του ΥΠ.ΕΣ.** (η οποία ισχύει μη εκδοθείσας νεωτέρας εγκυκλίου) με θέμα

«Απόσπαση υπαλλήλων φορέων του δημοσίου που έχουν εκλεγεί σε δήμους, περιφέρειες και στα συμβούλια τους» ορίζεται ότι: «Η απόσπαση των παραπάνω υπαλλήλων διενεργείται αποκλειστικά σύμφωνα με τις εν λόγω διατάξεις. Γι' αυτό, δεν απαιτείται γνώμη υπηρεσιακών συμβουλίων, συμπλήρωση της διетуός δοκιμαστικής υπηρεσίας, κλπ.». Σύμφωνα με την Γνμδ Ν.Σ.Κ. αρ. 369/2011 η οποία έγινε αποδεκτή από τον αρμόδιο Υπουργό, κρίθηκαν τα εξής: «Η προεκτεθείσα διάταξη της παρ. 7 άρθρ. 93 του Ν. 3852/2010 αποβλέπει στην παροχή διευκολύνσεων στους εκλεγόμενους δημάρχους, δημοτικούς συμβούλους κ.λπ., που συνίστανται, είτε στη μη μετάθεση ή απόσπαση αυτών εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου στον οποίο εκλέχθηκαν, είτε, εφόσον αυτοί υπηρετούν στα διοικητικά όρια άλλου δήμου, στην, μετά από αίτηση τους, μετάθεση ή απόσπαση σε εκείνον που υπηρετούν, είτε τέλος, στην περίπτωση που δεν υπάρχει αντίστοιχη υπηρεσία ή θέση, στη μετάθεση ή απόσπαση στην πλησιέστερη υπηρεσία προς τον δήμο εκλογής τους, με απότερο σκοπό την ευχερή και απρόσκοπτη άσκηση των καθηκόντων τους (Γνμδ. ΝΣΚ 466/2008, 271/2007, 106/2007). Η ανωτέρω ρύθμιση της παρ. 7 άρθρ. 93 του Ν. 3852/2010 είναι ειδική, σε σχέση με τις ρυθμίσεις των παρ. 1 και 2 άρθρ. 16 ν. 3448/2006, κατά το μέρος κατά το οποίο ο νομοθέτης απέβλεψε στην ακώλυτη άσκηση των διευρυμένων αρμοδιοτήτων... η οποία είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την εξυπηρέτηση γενικότερου δημοσίου συμφέροντος...» . Σύμφωνα με την παρ. 2 άρθρ. 19 ν. 4440/2016 ορίζεται ότι: «. Οι διατάξεις του άρθρου 37 του Ν. 4314/2014 (Α` 65), οι διατάξεις για αποσπάσεις και μετατάξεις του Ν. 4375/2016 (Α` 51), οι διατάξεις των άρθρων 93 παρ. 7 και 182 παρ. 10 του Ν. 3852/2010 (Α` 87), οι διατάξεις για αποσπάσεις και μετατάξεις του ειδικού ένστολου προσωπικού δημοτικής αστυνομίας, [οι ειδικές διατάξεις περί αποσπάσεων εκπαιδευτικών σε υπηρεσίες του Υπουργείου Παιδείας, Έρευνας και Θρησκευμάτων], οι διατάξεις του άρθρου 8 παρ. 6 του Π.δ. 351/1991 (Α` 121), καθώς και οι διατάξεις του άρθρου 7 του Ν. 1069/1980 (Α` 191) διατηρούνται σε ισχύ.»

Στο υπό κρίση ζήτημα, του εφαρμοστέου νομοθετικού πλαισίου για την απόσπαση υπαλλήλου Δ.Ε.Υ.Α. εκλεγόμενου αιρετού, παρατηρείται η σύρρευση και παράλληλη ισχύ περισσότερων της μίας διατάξεων, διαφορετικών ως προς τη ρύθμιση του ζητήματος της απόσπασης, παρατηρούμενης **αντινομίας** μεταξύ των κανόνων δικαίου. Για την άρση της αντινομίας των κανόνων εφαρμοστέες τυγχάνουν οι κάτωθι **αρχές**: α) ο ανώτερος νόμος κατischύει του κατώτερου (lex superior derogate legi inferiori), β) ο ειδικότερος νόμος κατischύει του γενικότερου (lex specialis derogate legi generali) και γ) ο μεταγενέστερος/νεότερος νόμος κατischύει του προγενέστερου (lex posterior derogate legi priori). Οι ανωτέρω αρχές εφαρμόζονται κατά την ανωτέρω σειρά προτεραιότητας. Εν προκειμένω δεν τίθεται ζήτημα ιεραρχικής αντινομίας των ανωτέρω διατάξεων καθότι αμφότερες αποτελούν τυπικό νόμο και κατατάσσονται στην ίδια βαθμίδα κανόνων δικαίου,

Ερευνητέο λοιπόν, τηρουμένης της σειράς προτεραιότητας των ανωτέρω αρχών περί άρσης της υφιστάμενης αντινομίας, ποιος κανόνας δικαίου (άρθρ. 93 παρ. 7 ν. 3852/2010 ή άρθρο 74 ν. 4674/2020) τυγχάνει ειδικότερος και άρα εφαρμοστέος.

Το άρθρο 93 παρ. 7 ν. 3852/2010 ρυθμίζει την **ειδική περίπτωση** της απόσπασης δημοσίων υπαλλήλων ή υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ. ή υπαλλήλων κρατικών Ν.Π.Ι.Δ. και δημοσίων επιχειρήσεων ή άλλων επιχειρήσεων τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο με διοικητική πράξη ή ως μέτοχος που έχουν εκλεγεί αιρετοί (δήμαρχοι, δημοτικοί σύμβουλοι κ.ο.κ.). Στην έννοια των υπαλλήλων «άλλων επιχειρήσεων τη διοίκηση των οποίων ορίζει άμεσα ή έμμεσα το Δημόσιο» υπάγονται και οι υπάλληλοι των Δ.Ε.Υ.Α. καθώς και α) τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου Δ.Ε.Υ.Α. ορίζονται με απόφαση από το δημοτικό συμβούλιο του οικείου Ο.Τ.Α. α' βαθμού, κατ' άρθρ. 3 παρ. 1 ν. 1069/1980, β) ο Ο.Τ.Α. α' βαθμού υπάγεται στο Δημόσιο κατ' άρθρ. 14 ν. 4270/2014.

Η διάταξη του άρθρ. 93 παρ. ν. 3852/2010, το οποίο διατηρήθηκε σε ισχύ ακόμη και μετά τον ν.4440/2016, είναι **ειδικότερη** του άρθρ. 74 ν. 4674/2020, διότι **α)** αναφέρεται στην ειδική περίπτωση των υπαλλήλων που έχουν εκλεγεί αιρετοί στην Τοπική Αυτοδιοίκηση, **β)** εξυπηρετεί τον ειδικό και ύψιστης σημασίας σκοπό της ακώλυτης άσκησης των καθηκόντων των υπαλλήλων- εκλεγόμενων αιρετών και τα οποία (καθήκοντα) εξυπηρετούν το γενικότερο δημόσιο συμφέρον, και **γ)** η διάταξη του άρθρ. 74 ν. 4674/2020 είναι γενικότερη διότι αναφέρεται γενικώς στους υπαλλήλους που υπηρετούν σε ανταποδοτικές υπηρεσίες ΟΤΑ και ΝΠΔ αυτών. Επομένως κατά το μέτρο που η διάταξη του άρθρου 93 παρ. 7 ρυθμίζει το **ειδικό ζήτημα** της μετακίνησης των υπαλλήλων (μεταξύ άλλων και των Δ.Ε.Υ.Α.) που έχουν εκλεγεί αιρετοί (δήμαρχοι, δημοτικοί σύμβουλοι κ.λ.π.) και επειδή ο σκοπός θεσπίσεως της διατάξεως ήτοι η ακώλυτη άσκηση των καθηκόντων τους ως αιρετών που άπτεται ζήτημα γενικού δημοσίου συμφέροντος, είναι **ειδικότερος** του σκοπού της διατάξεως του άρθρ. 74 ν. 4674/2020, και επειδή, κατά τη στάθμιση των συγκρουόμενων προστατευόμενων εννόμων αγαθών, η ακώλυτη και ομαλή άσκηση καθηκόντων αιρετού, ως άσκηση δημόσιας εξουσίας, με σκοπό την οργάνωση και τον συντονισμό της λειτουργίας των αυτοδιοικητικών δομών και των τοπικών κοινωνιών, κρίνεται υπέρμετρης προστατευτικής αξίας, είναι και η **εφαρμοστέα**.

Συμπερασματικά :

Στους υπαλλήλους των Δ.Ε.Υ.Α., και σε αυτούς που προσελήφθησαν με την 3Κ/2018 Προκήρυξη, που έχουν εκλεγεί αιρετοί δήμαρχοι, δημοτικοί σύμβουλοι, καθώς και πρόεδροι και τα μέλη των δημοτικών και τοπικών κοινοτήτων δημοτικών και τοπικών

κοινοτήτων ή εκπρόσωποι τοπικών κοινοτήτων, διαρκούσης της θητείας τους, εφαρμοστέα τυγχάνει η διάταξη του άρθρου 93 παρ. 7 ν. 3852/2010, όσον αφορά τη διαδικασία απόσπασης αυτών.

Αθήνα, 16-03-2020

Ο γνωμοδοτών δικηγόρος

Πάνος Ζυγούρης

