

ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Αριθμός Γνωμοδότησης 382/08

ΘΕΜΑ: **Άσκηση ιδιωτικού έργου και ελεύθερου επαγγέλματος από τα μέλη του ειδικού εκπαιδευτικού προσωπικού.**

ΠΕΡΙΛΗΨΗ ΕΡΩΤΗΜΑΤΩΝ:

α) Εάν οι ωρομίσθιοι και αναπληρωτές που είναι μέλη του Ειδικού Εκπαιδευτικού Προσωπικού δύνανται να διατηρούν ιδιωτικό γραφείο προσφοράς υπηρεσιών της ειδικότητάς τους με αμοιβή, ήτοι **να ασκούν ελεύθερο επάγγελμα**, μετά από άδεια της υπηρεσίας για συγκεκριμένες ώρες, εκτός ωραρίου υπηρεσίας και

β) Εάν υφίσταται η ίδια ως άνω δυνατότητα και για τα μόνιμα μέλη του Ειδικού Εκπαιδευτικού Προσωπικού.

I. Σημειώνεται ότι το ερώτημα ήχθη στην Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, καθόσον το ζήτημα, εάν οι δημόσιοι υπάλληλοι έχουν τη δυνατότητα να ασκούν συγχρόνως και ελεύθερο επάγγελμα δεν έχει αντιμετωπιστεί ομοιόμορφα από τις μέχρι σήμερα εκδοθείσες γνωμοδοτήσεις και, ως εκ τούτου, αυτό χρήζει νέας ερμηνευτικής διερεύνησης, μολονότι οι σχετικές διατάξεις (άρθρο 31§§1, 2) του ισχύοντος υπαλληλικού κώδικα (ν.3528/07) δεν μετέβαλαν καθόλου τις αντίστοιχες διατάξεις του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος (άρθρ. 31 ν. 2683/99).

(\* Συγκεκριμένα, με τις υπ' αριθμ. 25/08, 170/08, 247/97 γνωμοδοτήσεις υιοθετείται η άποψη περί της δυνατότητας των δημοσίων υπαλλ(τ)λων να ασκούν, υπό προϋποθέσεις, ελεύθερο επάγγελμα, εν αντιθέσει προς τη γνωμοδότηση υπ' αριθμ. 378/02, που εκφράζει αρνητική θέση επί της εν λόγω δυνατότητας.)

Επίσης, πρέπει να επισημανθεί ότι οι σχετικές διατάξεις είναι ομοίως εφαρμοστέες τόσο επί των ωρομισθίων ή αναπληρωτών καθηγητών, όσον και επί των μονίμων τοιούτων (βλ. ΝΣΚ 247/97) και δη, ως έχει κριθεί (ΝΣΚ 56/2001), ανεξάρτητα αν αυτοί εντάσσονται στο Ειδικό Εκπαιδευτικό Προσωπικό. Ως εκ τούτου, τα δύο τεθέντα ερωτήματα είναι δεκτικά ενιαίας απαντήσεως, οπότε πρόκειται ουσιαστικά περί ενός ερωτήματος.

II. Α. Από τις διατάξεις του άρθρου 31 (παράγρ. 1 και 2) του ισχύοντος Υπαλληλικού Κώδικα (Ν. 3528/07, ΦΕΚ 26Α'). με τον τίτλο «άσκηση ιδιωτικού έργου με αμοιβή», ορίζονται τα εξής:

«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 των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από το ανώτατο μονομελές όργανο διοίκησης και αν δεν υπάρχει τέτοιο όργανο, από τον πρόεδρο του συλλογικού οργάνου διοίκησης ... ».

Σημειώνεται ότι παρόμοια ρύθμιση περιείχε και το άρθρο 77 του προ του 1999 ισχύσαντος Υπαλληλικού Κώδικα (Π.Δ. 611 /1977) καθώς και το άρθρο 51 του παλαιότερου υπαλληλικού κώδικα (Ν.1811/1951), με τη διαφορά ότι εκεί ετίθετο ρητά ο κανόνας της απαγόρευσης.

Β. Από τις προεκτεθείσες διατάξεις προκύπτουν τα εξής:

1. Η παράγραφος 1, εμμέσως πλην σαφώς, θέτει τον κανόνα της απαγόρευσης και ρητά την εξαίρεση. Οι ρυθμίσεις του Κεφαλαίου Β' του Υπαλληλικού Κώδικα με τον τίτλο: «Περιορισμοί των Υπαλλήλων» απαγορεύουν ή θέτουν υπό τον έλεγχο του υπηρεσιακού συμβουλίου συγκεκριμένες δραστηριότητες, η άσκηση των οποίων, κατά την άποψη του νομοθέτη θα μπορούσε να προκαλέσει, για τον υπάλληλο, σύγκρουση του ιδιωτικού του συμφέροντος με το συμφέρον της υπηρεσίας του. Για το σκοπό αυτό η άσκηση από τον υπάλληλο ιδιωτικού έργου με αμοιβή είναι δυνατή μόνο μετά από άδεια του υπηρεσιακού συμβουλίου, έτσι ώστε να ελέγχεται η συμβατότητά του προς τη δημοσιοϋπαλληλική του ιδιότητα. Ο περιορισμός αυτός δεν αντίκειται στην ελευθερία της εργασίας, κατά τα άρθρα 5§1 και 22§ του Συντάγματος (ΣΤΕ 2225/1986). Παράλληλα, απαγορεύεται η άσκηση από τον υπάλληλο εμπορίας που είναι ολοκληρωτικά ασυμβίβαστη με την ιδιότητα αυτή (βλ. άρθρο 31 §3 Υ.Κ.).

2. Η ικανοποίηση του αιτήματος του υπαλλήλου για τη χορήγηση σ' αυτόν της σχετικής άδειας απαιτεί, κατ' αρχήν, τη συνδρομή των εξής προϋποθέσεων:

α) Η άδεια αφορά σε ιδιωτικό έργο ή εργασία (δηλ. εργασία εξαρτημένη οποιασδήποτε μορφής). Το έργο ή η εργασία πρέπει να έχουν ιδιωτικό χαρακτήρα, δηλαδή να παρέχονται προς ιδιώτη με σκοπό την αμοιβή του υπαλλήλου.

β) Το σχετικό αίτημα του υπαλλήλου πρέπει να συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του, δηλ. να συνάδει με το αντικείμενο της αρμοδιότητας που ασκεί και γενικότερα να μη μειώνει το κύρος της υπηρεσίας.

3. Η αιτούμενη από τον υπάλληλο άδεια της παραγράφου 2 χορηγείται:

α) Για συγκεκριμένο ιδιωτικό έργο ή εργασία, δηλαδή μόνο γι' αυτό που ρητά προσδιορίζει ο υπάλληλος στην αίτησή του, δεδομένου ότι σε περίπτωση αόριστου αιτήματος θα ήταν αδύνατος ο επιβαλλόμενος έλεγχος της συνδρομής των πιο πάνω προϋποθέσεων, με αποτέλεσμα την καταστρατήγηση του άρθρου 31§1 του Υπαλληλικού Κώδικα.

β) Μετά από σύμφωνη και αιτιολογημένη γνώμη του Υπηρεσιακού Συμβουλίου, που έχει δεσμευτική ισχύ για το όργανο που αποφασίζει, ενώ η πλημμέλεια της αιτιολογίας, συνιστά μη τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που συνεπάγεται ακυρότητα.

Γ. Κατόπιν των ανωτέρω, χρήζει διερεύνησης εάν στην έννοια της «άσκησης ιδιωτικού έργου με αμοιβή» εμπίπτουν μόνον οι ιδιωτικές δραστηριότητες του δημοσίου υπαλλήλου που ενεργούνται στο πλαίσιο μίσθωσης έργου ή εμπίπτουν και οι ιδιωτικές δραστηριότητες που ενεργούνται στο πλαίσιο του «ελεύθερου επαγγέλματος».

1. Ως γνωστόν, η σύμβαση μίσθωσης έργου έχει ως αντικείμενο το αποτέλεσμα της εργασίας, γι' αυτό και η ποσότητα, το είδος, ο χρόνος και γενικά οι όροι αυτής που απαιτούνται για τον προσδιορισμό του αποτελέσματος αποτελούν προσωπική υπόθεση εκείνου που οφείλει το αποτέλεσμα. Εν προκειμένω ο εργολάβος ενεργεί με δική του πρωτοβουλία για τον προσδιορισμό του τόπου, τρόπου και χρόνου εργασίας και με δικό του κίνδυνο και έχει αυτός την ευθύνη της οργάνωσης της εργασίας για την επίτευξη του αποτελέσματος, ενώ ο συμβατικός δεσμός τερματίζεται σ' αυτή συνήθως όταν πραγματοποιείται το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα (Γ.Δ. Κουκιάδης, Εργατικό Δίκαιο, 1995, σελ. 236 βλεπ. και Α.Π. 1822/1990,

ΕΕΔ 50.535), χωρίς ν' αποκλείεται και διαρκής σχέση έργου (Α.Π. 109/1990, ΕΕΔ 50.265).

2. α. Ο όρος «επάγγελμα» χρησιμοποιείται για να υποδηλώσει τη σταθερότητα σε ορισμένη κατηγορία εργασίας και είναι το σύνολο από μια σειρά όμοιων ή οικονομικά συγγενών πράξεων, που επιχειρούνται με πρόθεση να συνεχιστούν για αόριστο και πάντως μακρό χρονικό διάστημα και που αποβλέπουν στο βιοπορισμό. Επομένως, τα στοιχεία της έννοιας του επαγγέλματος είναι η συνοχή, δηλαδή η σταθερή επανάληψη των ίδιων ενεργειών, η διάρκεια, δηλαδή η μόνιμη απασχόληση σε ορισμένο οικονομικό τομέα και το εισόδημα, δηλαδή η αμοιβή από τον εργοδότη (Γ.Δ. Κουκιάδης, ως ανωτέρω σελ. 243).

β. Ως «ελεύθερο επάγγελμα» νοείται εκείνο στο πλαίσιο του οποίου η εργασία παρέχεται όχι με εξαρτημένη σχέση, με την έννοια που πιο πάνω αναλύθηκε ούτε με υπαλληλική σχέση, γενικότερα, αλλά υπό μορφή ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή έργου με διαρκή, σταθερή και συστηματική απασχόληση επί συγκεκριμένου αντικειμένου ή, εν πάση περιπτώσει, επί οικονομικά συγγενών αντικειμένων και σκοπό το βιοπορισμό, όχι μόνο κυρίως αλλά και δευτερευόντως, γι' αυτό και η έννοια του ελεύθερου επαγγέλματος δεν αναιρείται από τη μερική κατά χρόνο ημερήσια απασχόληση, εάν υφίστανται τα υπόλοιπα στοιχεία που τη συγκροτούν.

3.α. Κατά την άποψη της πλειοψηφίας, που απαρτίστηκε από τις ψήφους του Αντ/δρου Θ. Ρεντζεπέρη και των Νομικών Συμβούλων Ν. Κατσιμπα, Β. Ασημακόπουλου, Φ. Γεωργακόπουλου, Β. Βούκαλη, Β. Κοντόλαιμου, Β. Σουλιώτη, 1. Σακελλαρίου, 1. Τρίαντου, Π. Τριανταφυλλίδη, Γ. Λάζου, Α. Καραγιάννη, 1. Διονυσόπουλου, Β. Δούσκα, Θ. Ψυχογιού, Σ. Παπαγιαννόπουλου, Π. Παναγιωτουνάκου, Π. Σπανού και Γ. Κανελλόπουλου (ψήφοι 19) είναι προφανές ότι ο νομοθέτης, αναφερόμενος σε «άσκηση ιδιωτικού έργου με αμοιβή», αποφεύγει σκοπίμως να αναφερθεί σε «μίσθωση έργου», προκρίνοντας τη ως άνω γενική γραμματική διατύπωση, προκειμένου να περιλάβει κάθε εξωυπηρεσιακή επαγγελματική δραστηριότητα του υπαλλήλου, στην οποία ασφαλώς εντάσσεται και η άσκηση «Ελεύθερου επαγγέλματος», δεδομένου ότι από πουθενά δεν προκύπτει ότι η «άσκηση ιδιωτικού έργου με αμοιβή» ταυτίζεται εννοιολογικώς μόνο με τη σύμβαση μίσθωσης έργου και δη περιορισμένης διάρκειας. Είναι, επομένως, προφανές ότι ο νομοθέτης, με τη θέσπιση της παρ. 1 του άρθρου 31 του Υπαλληλικού Κώδικα, δεν απέβλεψε στον περιορισμό της δυνατότητας του υπαλλήλου να ασκήσει, μετά από άδεια της υπηρεσίας, ελεύθερο επάγγελμα, υπό την ήδη εκτεθείσα έννοια αυτού. Η άποψη αυτή ενισχύεται, άλλωστε και από το γεγονός ότι η άσκηση ελεύθερου επαγγέλματος εκ μέρους του υπαλλήλου δεν αναφέρεται στην ως άνω διάταξη ως αρνητική προϋπόθεση για τη χορήγηση της σχετικής άδειας, εκ μέρους της υπηρεσίας. Επομένως, η έννοια του ελεύθερου επαγγέλματος, παρά τις εκτεθείσες διαφορές της προς την έννοια της μίσθωσης έργου, δεν αποκλείεται να υπαχθεί στην έννοια του «ιδιωτικού έργου» της ερμηνευόμενης διάταξης (άρθρο 31§1), η οποία είναι ευρεία και καταλαμβάνει κάθε είδος ιδιωτικής, επαγγελματικής, δραστηριότητας του υπαλλήλου, για την οποία λαμβάνεται χρηματική αμοιβή, ανεξάρτητα από τον ειδικότερο νομικό μανδύα, υπό τον οποίο εκδηλώνεται η δραστηριότητα αυτή.

β. Δέον εδώ να μνημονευθεί ότι η υφιστάμενη επί του θέματος νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δεν τοποθετείται απαγορευτικά

επί της ως άνω δυνατότητας ασκήσεως ελευθέρου επαγγέλματος, αλλά θεωρεί ότι υφίσταται παράβαση, εφόσον ο υπάλληλος δεν έλαβε υπηρεσιακή άδεια προς άσκηση του ελευθέρου επαγγέλματος (π.χ. φυσιοθεραπευτή), κάτι, όμως, που ευλόγως σημαίνει ότι η άσκηση του επαγγέλματος είναι, κατ' αρχήν, επιτρεπτή (βλ. ΣΤΕ 2910104, 2507f01, 1Πf95 κλπ., επίσης πρβλ. την υπ' αριθμ. 554191 γνωμοδότηση της Ολομέλειας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, με την οποία έχει κριθεί ότι δημόσιος υπάλληλος μπορεί να ασκεί επικουρικά το επάγγελμα του αγρότη ή κτηνοτρόφου, μολονότι έχει ως κύριο επάγγελμα και μέσο βιοπορισμού την άσκηση των υπαλληλικών του καθηκόντων).

γ. Η ως άνω υποστηριζόμενη άποψη συνεπικουρείται και από το γεγονός ότι το ενδιαφέρον του νομοθέτη στο άρθρο 31§1 εστιάζεται κυρίως στη συμβατότητα της εξωυπηρεσιακής δραστηριότητας προς την ιδιότητα του δημοσίου υπαλλήλου και, βεβαίως, στη συνδρομή της αρνητικής προϋπόθεσης ότι η δραστηριότητα αυτή δεν παρεμποδίζει την ομαλή εκτέλεση της υπηρεσίας του. Τα παραπάνω, όμως, αποτελούν δεδομένα που κάθε φορά πρέπει να σταθμίζονται *in concreto* από το εκάστοτε αρμόδιο υπηρεσιακό συμβούλιο που επιλαμβάνεται των αιτήσεων των ενδιαφερομένων υπαλλήλων, το οποίο δέον να συνεκτιμά και τις τυχόν αρνητικές συνέπειες που ενδέχεται να προκληθούν από τη σύγκρουση του ιδιωτικού συμφέροντος του υπαλλήλου προς το συμφέρον της υπηρεσίας.

Επομένως, η ειδικότερη νομική μορφή, υπό την οποία προσφέρεται το ιδιωτικό έργο δεν πρέπει να απασχολεί την έννομη τάξη, ενόψει, άλλωστε και της υφιστάμενης ρητής απαγόρευσης περί της εκ μέρους του δημοσίου υπαλλήλου απόκτησης της εμπορικής ιδιότητας, που, προδήλως, διασφαλίζει τη δημόσια υπηρεσία από καταφανώς ασύμβατες εξωυπηρεσιακές δραστηριότητες αυτού.

Δ. α. Κατά την άποψη της μειοψηφίας, που απαρτίστηκε από τις ψήφους του Αντ/δρου Ν.Σ.Κ. Σ. Σκουτέρη και των Νομικών Συμβούλων Δ. Αναστασόπουλου, Π. Κιούση, Ν. Κανιούρα, Α. Φυτράκη και Α. Κλαδιά (ψήφοι 6), η διάταξη του άρθρου 31 §1 του Υπαλληλικού Κώδικα είναι απαγορευτική στην άσκηση ελευθέρου επαγγέλματος εκ μέρους του δημοσίου υπαλλήλου, δεδομένου ότι αναφέρεται ρητώς σε «άσκηση ιδιωτικού έργου ή εργασίας με αμοιβή», στην έννοια δε του ιδιωτικού έργου εντάσσεται η εξωυπηρεσιακή δραστηριότητα του υπαλλήλου που εκδηλώνεται περιστασιακά, στο πλαίσιο μισθώσεως έργου και όχι η επί μονίμου βάσεως ασκούμενη επαγγελματική δραστηριότητα που συνθέτει την εντελώς διάφορη έννοια της «άσκησης ελευθέρου επαγγέλματος». Είναι προφανές ότι ο νομοθέτης σκοπούσε ανέκαθεν στον αποκλεισμό της δυνατότητας του δημοσίου υπαλλήλου να ασκεί μόνιμη και σταθερή ιδιωτική επαγγελματική δραστηριότητα, αφενός μεν για να αποκλείσει την υπέρμετρη απασχόληση και αφοσίωσή του σε εξωυπηρεσιακές δραστηριότητες, αφετέρου δε για να αποτρέψει πιθανή σύγχυση που μπορεί να προκληθεί μεταξύ των δύο δραστηριοτήτων και ιδιοτήτων του, αλλά και την ενδεχόμενη σύγκρουση των προσωπικών του συμφερόντων προς τα συμφέροντα της υπηρεσίας. Πέραν, όμως από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης αυτής, για την ορθή ερμηνεία της, πρέπει ν' αναζητηθεί και ο σκοπός της θέσπισής της με βάση όχι μόνο το ατομικό ή οικονομικό συμφέρον αυτών, υπέρ των οποίων θεσπίστηκε, αλλά και τις κοινωνικές ανάγκες και συνέπειες, οι οποίες πρέπει να λαμβάνονται υπόψη

οπωσδήποτε κατά την τεολογική ερμηνεία και ειδικότερα με βάση το μη περιορισμό του οικονομικού συμφέροντος των ήδη ασκούντων επάγγελμα ή των ανέργων που πρόκειται ν' ασκήσουν επάγγελμα, στο πλαίσιο του οποίου παρέχεται ή θα παρέχεται αντίστοιχα ιδιωτικό έργο ή εργασία με την έννοια της εν λόγω διάταξης. Είναι προφανές ότι ο νομοθέτης, με τη θέσπιση της παραγράφου 1 του άρθρου 31 του Υπαλληλικού Κώδικα, απέβλεπε στο να μη περιορίσει το δικαίωμα για την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και τη συμμετοχή του υπαλλήλου στην κοινωνική και οικονομική ζωή (το οποίο προστατεύεται από τη διάταξη της του άρθρου 5§1 του Συντάγματος) σε περιπτώσεις περιστασιακής απασχόλησης αυτού, περιορισμένης και πάντως όχι μακράς ή αόριστης διάρκειας, είτε πρόκειται για συμβάσεις έργου ή παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών είτε για συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας και όχι στο να θίξει οικονομικά, έστω και έμμεσα, άλλους επαγγελματικούς κλάδους ή κατηγορίες εργαζομένων (κατά παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 22 του Συντάγματος), παρέχοντας το δικαίωμα στον δημόσιο υπάλληλο ν' ασκεί παράλληλα με το κύριο επάγγελμά του και άλλο επάγγελμα. Επομένως, ως «ιδιωτικό έργο ή εργασία με αμοιβή», κατά το άρθρο 31 του Υπαλληλικού Κώδικα, νοείται αποκλειστικά η «περιστασιακή απασχόληση περιορισμένης χρονικής διάρκειας», (είτε πρόκειται για σύμβαση έργου ή παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών είτε για σύμβαση εξαρτημένης εργασίας), η οποία αποβλέπει κυρίως στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και στη συμμετοχή του υπαλλήλου στην κοινωνική και οικονομική ζωή.

β. Συνεπώς, κατά την άποψη της μειοψηφίας, η καθημερινή, διαρκής, σταθερή και συστηματική παροχή των υπηρεσιών του ψυχολόγου, κοινωνικού λειτουργού ή λογοθεραπευτή, έστω και για ορισμένες ώρες ημερησίως εκτός υπηρεσίας, συνιστά άσκηση του αντίστοιχου ελεύθερου επαγγέλματος, το οποίο δεν συμβιβάζεται με τα καθήκοντα της θέσης του δημοσίου υπαλλήλου, διότι εμπίπτει στον κανόνα της απαγόρευσης που θέτει έμμεσα η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 31 του Υ.Κ. και όχι στην εξαίρεση (για την οποία η διάταξη της παραγράφου. 2 του ίδιου άρθρου προβλέπει τη χορήγηση άδειας για άσκηση ιδιωτικού έργου ή εργασίας με αμοιβή, μετά από έρευνα των σχετικών προϋποθέσεων).

Επομένως, η Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους γνωμοδότησε, κατά πλειοψηφία, ότι η δυνατότητα, που παρέχεται από τη διάταξη του άρθρου 31§1 του υπαλληλικού κώδικα στους δημοσίους υπαλλήλους (περιλαμβανομένων των προαναφερόμενων εκπαιδευτικών) προς άσκηση ιδιωτικού έργου, χορηγεί σε αυτούς και τη **δυνατότητα για την άσκηση ελεύθερου επαγγέλματος, εφόσον προηγουμένως τους χορηγηθεί η προβλεπόμενη άδεια της υπηρεσίας.** '

Εθεωρήθη

Αθήνα 29-7-2008