



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

**Αριθμός Γνωμοδότησης 145/2012
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Α' ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίαση της 12ης - 3 – 2012

Σύνθεση

Πρόεδρος : Βασίλειος Σουλιώτης, Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Μέλη : Χρυσαφούλα Αυγερινού, Ανδρέας Χαρλαύτης, Θεόδωρος Ψυχογιός, Ευφροσύνη Μπερνικόλα, Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Νομικοί Σύμβουλοι του Κράτους.

Εισηγητής : Χρήστος Μητκίδης, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.

Αριθμός Ερωτήματος: Το υπ' αριθ. πρωτ. 11283/218/7-3-2012 έγγραφο της Δ/σης Τομέων Παραγωγής του Υπουργείου Οικονομικών.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται α) αν η διάταξη της παρ. 16 του άρθρου 4 του Ν. 4038/2012, με την οποία αντικαταστάθηκε το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 3919/2011, συνιστά σαρωτική καταργητική διάταξη όλων των περιορισμών οι οποίοι προϋπήρχαν του Ν. 4038/2012, αφορούσαν την πρόσβαση και άσκηση επαγγελμάτων και αντιβαίνουν στις διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του Ν. 3919/2011, με αποτέλεσμα κάθε ενδιαφερόμενος να μπορεί να επικαλεστεί την εν λόγω κατάργηση κατά τη διαδικασία πρόσβασης και άσκησης των απελευθερούμενων επαγγελμάτων, β) αν εγκύκλιοι που έχουν

εκδοθεί από τη Διοίκηση, μετά την θέση σε ισχύ του Ν. 3919/2011, με τις οποίες θεωρούνται καταργημένες διατάξεις της προϊσχύουσας νομοθεσίας, επειδή θέσπιζαν περιορισμούς στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελμάτων οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 2 και 3 του νόμου (όπως ενδεικτικά η εγκύκλιος υπ' αριθ. 9031/Β.415/24-2-2012 του Υπουργού Οικονομικών για το επάγγελμα του αναλογιστή), είναι υποχρεωτικές για τα διοικητικά όργανα.

Επί του ερωτήματος αυτού το Α' Τμήμα του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους γνωμοδότησε ως εξής:

I. Κρίσιμες διατάξεις.

1. Στις διατάξεις των **άρθρων 1** (πριν από την αντικατάσταση του δευτέρου εδαφίου της παρ. 2 αυτού με την παρ. 16 του Ν. 4038/2012), **2 και 3 του Ν. 3919/2011** (Α 32) «Αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας, κατάργηση αδικαιολόγητων περιορισμών στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελμάτων» ορίζονται τα εξής:

*«**Άρθρο 1** - Αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας*

- 1. Για την πρόσβαση σε επαγγέλματα και την άσκησή τους ισχύει η αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας (άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος).*
- 2. Οι διατάξεις της ισχύουσας νομοθεσίας που αφορούν στην πρόσβαση και την άσκηση επαγγελμάτων επιβάλλεται να ερμηνεύονται σε αρμονία προς την αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας και της προστασίας του ανταγωνισμού. Διατάξεις που προβλέπουν περιορισμούς στην πρόσβαση και την άσκηση επαγγελμάτων είναι στενώς ερμηνευτέες.*

***Άρθρο 2** - Κατάργηση αδικαιολόγητων περιορισμών στην πρόσβαση και την άσκηση επαγγελμάτων*

- 1. Οι προβλεπόμενοι στην ισχύουσα νομοθεσία περιορισμοί που αφορούν στην πρόσβαση και την άσκηση επαγγελμάτων, πέραν εκείνων των επαγγελμάτων για*

τα οποία διαλαμβάνεται ρύθμιση στο κεφάλαιο Β' του παρόντος, καταργούνται μετά την πάροδο τεσσάρων (4) μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος.

2. Ως περιορισμοί, κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου, νοούνται οι εξής:

α) Η ύπαρξη, δυνάμει προβλέψεως νόμου, περιορισμένου αριθμού προσώπων τα οποία δικαιούνται να ασκήσουν το επάγγελμα σε όλη την επικράτεια ή σε ορισμένο γεωγραφικό διαμέρισμα, είτε ο αριθμός αυτός ορίζεται ευθέως είτε προσδιορίζεται εμμέσως βάσει πληθυσμιακών ή άλλων κριτηρίων και χορήγηση διοικητικής αδείας για την άσκηση του επαγγέλματος μόνο προς συμπλήρωση του αριθμού τούτου.

β) Η εξάρτηση της χορηγήσεως διοικητικής αδείας για την άσκηση επαγγέλματος από την εκτίμηση της διοικητικής αρχής ως προς την ύπαρξη πραγματικής ανάγκης προς τούτο, που θεωρείται συντρέχουσα όταν η προσφορά υπηρεσιών εκ μέρους των προσώπων που έχουν ήδη αδειοδοτηθεί για την άσκηση του επαγγέλματος δεν είναι ικανοποιητική για το κοινωνικό σύνολο, είτε καθ' όλη την επικράτεια είτε σε ορισμένο γεωγραφικό διαμέρισμα, εν όψει αφ' ενός του αριθμού των προσώπων που ασκούν το επάγγελμα και αφ' ετέρου των προς ικανοποίηση αναγκών του κοινωνικού συνόλου, ως αποδέκτη των υπηρεσιών αυτών.

γ) Η απαγόρευση για ένα πρόσωπο της ασκήσεως επαγγέλματος έξω από ορισμένο γεωγραφικό διαμέρισμα, εντός του οποίου και μόνο είναι αυτή επιτρεπτή.

δ) Η επιβολή της υπάρξεως ελάχιστων αποστάσεων μεταξύ των εγκαταστάσεων προσώπων που ασκούν το επάγγελμα.

ε) Η απαγόρευση για ένα πρόσωπο της δημιουργίας περισσότερων εγκαταστάσεων ή επαγγελματικής δραστηριοποιήσεως σε περισσότερες εγκαταστάσεις, σε ένα ή περισσότερα γεωγραφικά διαμερίσματα.

στ) Η πρόβλεψη αποκλειστικής δυνατότητας ή απαγόρευσης διάθεσης είδους αγαθών από ορισμένη κατηγορία επαγγελματικών εγκαταστάσεων.

ζ) Η επιβολή της ασκήσεως επαγγέλματος ή η απαγόρευση της ασκήσεώς του υπό ορισμένη ή ορισμένες εταιρικές μορφές ή ο αποκλεισμός της ασκήσεώς του υπό εταιρική μορφή, επιτρεπομένης μόνο της ατομικής ασκήσεως αυτού.

η) Η επιβολή περιορισμών σχετιζομένων με τη συμμετοχή στη σύνθεση του μετοχικού ή εταιρικού κεφαλαίου, συναπτομένων προς την ύπαρξη ή την έλλειψη ορισμένης επαγγελματικής ιδιότητας.

θ) Η επιβολή υποχρεωτικών κατώτατων τιμών ή αμοιβών για τη διάθεση αγαθών ή την προσφορά υπηρεσιών, είτε αυτές ορίζονται ευθέως είτε προσδιορίζονται εμμέσως με την εφαρμογή συντελεστή κέρδους ή με άλλο ποσοστιαίο υπολογισμό.

ι) Η επιβολή υποχρέωσης στον ασκούντα το επάγγελμα να προσφέρει μαζί με τη δική του υπηρεσία, άλλες συγκεκριμένες υπηρεσίες.

3. Με προεδρικό διάταγμα, που εκδίδεται με πρόταση του Υπουργικού Συμβουλίου εντός τεσσάρων (4) μηνών από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, μπορεί να αρθούν και άλλοι περιορισμοί πέραν εκείνων που ορίζονται στην προηγούμενη παράγραφο.

4. Με προεδρικό διάταγμα, που εκδίδεται με πρόταση του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού και του Υπουργού Οικονομικών εντός τεσσάρων (4) μηνών από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, είναι δυνατή η θέσπιση εξαιρέσεως σε σχέση προς ορισμένο επάγγελμα από τη ρύθμιση της παραγράφου 1 και η διατήρηση σε ισχύ περιορισμού αναφερομένου στην παράγραφο 2 ή θεσπιζομένου δυνάμει της παραγράφου 3, ως έχει ή με ηπιότερη μορφή, εάν:

I. Με τον περιορισμό αυτόν επιδιώκεται η εξυπηρέτηση επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος και

II. Ο περιορισμός αυτός είναι πρόσφορο και αναγκαίο μέσο για την εξυπηρέτησή του και, από απόψεως εντάσεως της επεμβάσεως στη σφαίρα της οικονομικής ελευθερίας, τελεί σε εύλογη αναλογία προς τη σπουδαιότητα του επιδιωκόμενου να εξυπηρετηθεί επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος, και

III. Ο περιορισμός αυτός δεν εισάγει άμεσα ή έμμεσα διακρίσεις ανάλογα με την ιθαγένεια ή όσον αφορά τις επιχειρήσεις ανάλογα με την έδρα τους.

Άρθρο 3 - Κατάργηση αδικαιολόγητων απαιτήσεων προηγούμενης διοικητικής άδειας για την άσκηση επαγγέλμάτων

1. Η απαίτηση προηγούμενης διοικητικής άδειας για την άσκηση επαγγέλματος, πέραν εκείνων για τα οποία διαλαμβάνεται ρύθμιση στο Κεφάλαιο Β' του παρόντος, όταν η χορήγηση της άδειας αυτής συναρτάται προς την, αντικειμενικώς διαπιστούμενη κατά δεσμία αρμοδιότητα, συνδρομή νόμιμων προϋποθέσεων, παύει να ισχύει μετά πάροδο τεσσάρων (4) μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος. Από το χρονικό εκείνο σημείο και με την επιφύλαξη των οριζομένων στο επόμενο εδάφιο, το επάγγελμα ασκείται ελευθέρως μετά πάροδο τριμήνου από την αναγγελία έναρξεως ασκήσεώς του, συνοδευόμενη από τα νόμιμα δικαιολογητικά για την πιστοποίηση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων, στην κατά τις ισχύουσες στο χρονικό εκείνο σημείο διατάξεις αρμόδια προς αδειοδότηση διοικητική αρχή. Η αρχή αυτή δύναται, εντός τριών (3) μηνών από τη λήψη της αναγγελίας, να απαγορεύσει την άσκηση του επαγγέλματος, στην περίπτωση που δεν συγκεντρώνονται οι νόμιμες προϋποθέσεις προς τούτο ή δεν προκύπτει η συνδρομή τους από τα υποβληθέντα στοιχεία.

Έννομες συνέπειες που προβλέπονται στο νόμο επερχόμενες ή επιβαλλόμενες με διοικητική πράξη ή δικαστική απόφαση, στην περίπτωση ασκήσεως επαγγέλματος χωρίς τη λήψη της απαιτούμενης προς τούτο διοικητικής άδειας, νοούνται μετά πάροδο τεσσάρων (4) μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος, συναπτόμενες προς την έναρξη ασκήσεως επαγγέλματος χωρίς προηγούμενη αναγγελία περί τούτου στην αρμόδια διοικητική αρχή και επακόλουθη αναμονή επί τρίμηνο, καθώς και προς την άσκηση του επαγγέλματος παρά τη διατύπωση προς τούτο απαγορεύσεως από την αρμόδια διοικητική αρχή.

2. Με προεδρικό διάταγμα, που εκδίδεται με πρόταση του καθ' ύλην αρμόδιου Υπουργού και του Υπουργού Οικονομικών εντός τεσσάρων (4) μηνών από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, είναι δυνατή η θέσπιση εξαιρέσεως ως προς ορισμένο επάγγελμα από τη διάταξη της προηγούμενης παραγράφου, αν η διατήρηση του νομικού καθεστώτος της προηγούμενης διοικητικής άδειας

επιβάλλεται από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος και με την επιφύλαξη της αρχής της αναλογικότητας.»

2. Στη διάταξη της παρ. 16 του άρθρου 4 του Ν. 4038/2012 (Α 14) «Επείγουσες ρυθμίσεις που αφορούν την εφαρμογή του μεσοπρόθεσμου πλαισίου δημοσιονομικής στρατηγικής 2012-2015» ορίζονται τα εξής:

«16. Το εδάφιο β' της παρ. 2 του άρθρου 1 του ν.3919/2011 (Α' 32) αντικαθίσταται ως εξής:

«β. Διατάξεις νόμων, κανονιστικές πράξεις και ερμηνευτικές εγκύκλιοι που αντιβαίνουν στα προβλεπόμενα στα άρθρα 2 και 3 του νόμου αυτού καταργούνται.»

3. Στο άρθρο 25 του Ν. 3528/2007 (Α 26) «Κύρωση του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ.» ορίζονται τα εξής:

«1. Ο υπάλληλος είναι υπεύθυνος για την εκτέλεση των καθηκόντων του και τη νομιμότητα των υπηρεσιακών του ενεργειών.

2. Ο υπάλληλος οφείλει να υπακούει στις διαταγές των προϊσταμένων του. Όταν όμως εκτελεί διαταγή, την οποία θεωρεί παράνομη, οφείλει, πριν την εκτέλεση, να αναφέρει εγγράφως την αντίθετη γνώμη του και να εκτελέσει τη διαταγή χωρίς υπαίτια καθυστέρηση. Η διαταγή δεν προσκτάται νομιμότητα εκ του ότι ο υπάλληλος οφείλει να υπακούσει σε αυτήν.

3. Αν η διαταγή είναι προδήλως αντισυνταγματική ή παράνομη, ο υπάλληλος οφείλει να μην την εκτελέσει και να το αναφέρει χωρίς αναβολή. Όταν σε διαταγή, η οποία προδήλως αντίκειται σε διατάξεις νόμων ή κανονιστικών πράξεων, διατυπώνονται επείγοντες και εξαιρετικοί λόγοι γενικότερου συμφέροντος ή όταν, ύστερα από άρνηση υπακοής σε πρώτη διαταγή που προδήλως αντίκειται σε τέτοιες διατάξεις, ακολουθήσει δεύτερη διαταγή που εκθέτει επείγοντες και εξαιρετικούς λόγους γενικότερου συμφέροντος, ο υπάλληλος οφείλει να εκτελέσει τη διαταγή και να αναφέρει συγχρόνως στην προϊσταμένη αρχή εκείνου που τον διέταξε. Επί νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, εφόσον εκείνος που διέταξε είναι το διοικητικό συμβούλιο ή το

ανώτατο μονομελές όργανο διοίκησης, η αναφορά υποβάλλεται στον εποπτεύοντα Υπουργό. Εάν εκείνος που διέταξε είναι ο Υπουργός, η αναφορά υποβάλλεται στον Πρωθυπουργό.

4. Αν ο υπάλληλος έχει αντίθετη γνώμη για εντελλόμενη ενέργεια, για την οποία είναι αναγκαία η προσυπογραφή ή η θεώρηση του, οφείλει να τη διατυπώσει εγγράφως για να απαλλαγεί από την ευθύνη. Εάν παραλείπει την προσυπογραφή ή θεώρηση, θεωρείται ότι προσυπέγραψε ή θεώρησε.

5. Οι προϊστάμενοι όλων των βαθμίδων οφείλουν να προσυπογράφουν τα έγγραφα που ανήκουν στην αρμοδιότητα τους και εκδίδονται με την υπογραφή του προϊσταμένου τους. Αν διαφωνούν, οφείλουν να διατυπώσουν εγγράφως τις τυχόν αντιρρήσεις τους. Αν παραλείψουν να προσυπογράψουν το έγγραφο, θεωρείται ότι το προσυπέγραψαν.

6. Ο υπάλληλος δεν έχει το δικαίωμα να αρνηθεί τη σύνταξη, με κάθε μέσο, εγγράφου για θέμα της αρμοδιότητας του, εφόσον διαταχθεί γι' αυτό από οποιονδήποτε από τους προϊσταμένους του. Αν διαφωνεί με το περιεχόμενο του εγγράφου, εφαρμόζεται η παρ. 4 του παρόντος άρθρου.»

II. Από τις διατάξεις των άρθρων 1, 2 και 3 του Ν. 3919/2011 προκύπτουν τα εξής:

1. Σκοπός του νόμου, σύμφωνα με την Αιτιολογική του Έκθεση, είναι η άρση όλων των περιορισμών στην ελεύθερη πρόσβαση σε επαγγέλματα τα οποία χωρίς ουσιαστικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, αλλά από ευνοιοκρατική διάθεση της πολιτείας, διατηρούντο στο παρελθόν υπό καθεστώς προστασίας. Η προστατευτική διάθεση του νομοθέτη εκδηλώθηκε στο παρελθόν με τρεις κυρίως τρόπους: είτε επέβαλε απαιτήσεις διοικητικής αδειοδότησης, οι οποίες δημιουργούσαν εξ αντικειμένου προσκόμματα στην είσοδο, χωρίς εν τέλει να επηρεάζουν την πρόσβαση στο επάγγελμα, είτε εισήγαγε ρυθμίσεις που επέφεραν ουσιώδεις περιορισμούς στον ανταγωνισμό με αποτέλεσμα να διογκώνονται οι τιμές ορισμένων υπηρεσιών, χωρίς εν τέλει να επηρεάζουν σοβαρά την εθνική οικονομία εν τω συνόλω της, λόγω του μικρού αριθμού των ατόμων που απασχολούνται, είτε, τέλος, τέλος επέβαλε περιορισμούς που είχαν

σοβαρές επιπτώσεις στην ανταγωνιστικότητα της οικονομίας, όπως συνέβη κυρίως με τα τεχνικά επαγγέλματα, τους δικηγόρους και τους συμβολαιογράφους (βλέπ. Αιτ. Έκθεση, υπό τον κεφάλαιο «Σκοπός του προτεινόμενου Νομοσχεδίου»).

Εξ άλλου η ανάγκη απελευθέρωσης του ανταγωνισμού με την κατάργηση περιορισμών στην άσκηση των επαγγελμάτων προκύπτει και από το κοινοτικό δίκαιο (συγκεκριμένα τις διατάξεις της Συνθήκης για ελευθερία εγκατάστασης, παροχής υπηρεσιών κ.ο.κ.), όπως παγίως κρίνει το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο (βλέπετε ενδεικτικά αποφάσεις του ΔΕΚ επί των υποθέσεων C-384/08, Attanasio Group Srl, C-171/07 και C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes και C-94/04 και C-202/04, Cipolla), το οποίο κρίνει κατά περίπτωση επιτρέποντας ενίοτε την επιβολή περιορισμών που δικαιολογούνται από λόγους θεραπείας επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος, προσηκόντως αποδεδειγμένου.

2. Ειδικότερα, με το άρθρο 1 του Ν. 3919/2011 τίθεται, προς εκτέλεση και της συνταγματικής επιταγής της παρ. 1 του άρθρου 5 του Συντάγματος, γενική αρχή που κατοχυρώνει την επαγγελματική ελευθερία και υπογραμμίζεται (στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 2, όπως ίσχυε πριν την αντικατάστασή του με το Ν. 4038/2012) η υποχρέωση του εφαρμοστή του νόμου για στενή ερμηνεία των διατάξεων που προβλέπουν περιορισμούς στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελμάτων.

Περαιτέρω, στο άρθρο 2 του νόμου ορίζονται, με γενικό τρόπο και χωρίς ειδική αναφορά στις διατάξεις που τους προβλέπουν, οι περιορισμοί στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελμάτων, οι οποίοι καταργούνται μετά την πάροδο 4 μηνών από την έναρξη ισχύος του νόμου, ήτοι από 2-7-2011. Προβλέπεται επίσης διαδικασία εξαίρεσης από την κατάργηση και διατήρησης κάποιων περιορισμών, με την έκδοση Προεδρικού Διατάγματος, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις του νόμου, ήτοι, κυρίως, όταν ο περιορισμός αποτελεί πρόσφορο και αναγκαίο μέσο για την εξυπηρέτηση επιτακτικού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, δεόντως αιτιολογημένου (παρ. 4 του άρθρου 2).

Με το άρθρο 3 του νόμου ορίζεται τέλος ότι παύουν να ισχύουν, τέσσερις (4) μήνες μετά την έναρξη ισχύος του νόμου, απαιτήσεις που έχουν τεθεί με νομικές διατάξεις, για την προηγούμενη έκδοση διοικητικής άδειας επαγγέλματος, όταν η έκδοση της άδειας συναρτάται προς την διαπίστωση, κατά δέσμια αρμοδιότητα, της συνδρομής νομίμων προϋποθέσεων, ήτοι όταν αρκεί η προσκόμιση ορισμένων δικαιολογητικών για την χορήγηση της άδειας και δεν απαιτείται δοκιμασία των ενδιαφερομένων (γνωμ.ΝΣΚ 539/2011). Μετά το πέρας της 4μηνης προθεσμίας από της δημοσίευσης του νόμου η πρόσβαση στο επάγγελμα θα είναι ελεύθερη, πρέπει όμως να αναγγέλλεται στην αρμόδια αρχή η έναρξη άσκησής του από τον ενδιαφερόμενο, συνοδευόμενη με τα νόμιμα δικαιολογητικά. Αν η αρμόδια για τον έλεγχο αρχή διαπιστώσει στη συνέχεια ότι δεν συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις ή ότι τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν ήταν επαρκή, μπορεί, εντός τριών (3) μηνών από της αναγγελίας, να απαγορεύσει την άσκηση του επαγγέλματος. Με προεδρικό διάταγμα μπορεί εξ άλλου να εισαχθούν εξαιρέσεις από τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 3, για τη θεραπεία λόγων επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος (παρ. 2 του άρθρου 3).

3. Μετά την έκδοση του Ν. 3919/2011 εκδόθηκαν νόμοι (όπως π.χ. ο Ν. 3982/2011 για την απλοποίηση της αδειοδότησης τεχνικών επαγγελματιών), προεδρικά διατάγματα (όπως το Π.Δ. 68/2011 για την πρόσβαση στο επάγγελμα του δικαστικού επιμελητή) και εγκύκλιοι (όπως η υπ' αριθ. 8908/Δ10Ε236/12 του Υπουργείου Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας) για την ρύθμιση θεμάτων σχετικών με την απελευθέρωση των επαγγελματιών. Οι νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις και οι ερμηνευτικές εγκύκλιοι δημιούργησαν ένα νέο νομικό πλαίσιο, το οποίο, σε κάποιες περιπτώσεις, ενδεχομένως δημιουργεί ανασφάλεια και σύγχυση, σχετικά με την απελευθέρωση κάποιων επαγγελματιών, ή την διατήρηση κάποιων περιορισμών.

Σημειώνεται εν προκειμένω και η πρόσθετη διασφάλιση που τέθηκε με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 23 του Ν. 3959/2011, βάσει της οποίας ο αρμόδιος υπουργός μπορεί να ζητεί τη γνωμοδότηση της Επιτροπής

Ανταγωνισμού (Ε.Α.) για θέματα που σχετίζονται με θέματα ανταγωνισμού και ελεύθερης πρόσβασης και άσκησης επαγγελματών. Βάσει της διάταξης αυτής η Ε.Α. γνωμοδότησε πρόσφατα, κατόπιν αιτημάτων των αρμοδίων Υπουργών, περί της συνδρομής ή μη λόγων επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος για την εισαγωγή ή τη διατήρηση κάποιων περιορισμών στην άσκηση ορισμένων επαγγελματών (βλέπ. σχετικά γνωμοδότηση της Ολομέλειας της Ε.Α. με αριθμό 13/VI/2012, που έκρινε δικαιολογημένη τη διατήρηση της διοικητικής άδειας στην άσκηση ορισμένων επαγγελματών που άπτονται της δημόσιας ασφάλειας και τις υπ' αριθ. 14/VI/2012 και 16/VI/2012 γνωμοδοτήσεις, με τις οποίες η Ε.Α. γνωμοδότησε αντίθετα, ότι δεν δικαιολογείται από λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος η διατήρηση περιορισμών στα επαγγέλματα των αναλογιστών και των ορκωτών εκτιμητών).

4. Με τη διάταξη της παρ. 16 του άρθρου 4 του Ν. 4038/2012 αντικαταστάθηκε το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 3919/2011, με προφανή σκοπό να επαναβεβαιωθεί η βούληση του νομοθέτη, για την εφαρμογή της συνταγματικής αρχής της ελεύθερης πρόσβασης και άσκησης των επαγγελματών. Με τη νέα διάταξη ορίστηκε ότι καταργούνται οι διατάξεις νόμων, οι κανονιστικές πράξεις και εγκύκλιοι, οι οποίες αντιβαίνουν στις διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του νόμου. Η διάταξη, παρότι τέθηκε προς αντικατάσταση διάταξης του Ν. 3919/11, εφαρμόζεται προδήλως σε διατάξεις νόμων και κανονιστικές πράξεις οι οποίες εκδόθηκαν μετά την εφαρμογή του Ν. 3919/2011 χωρίς να τηρηθούν οι διατάξεις του νόμου αυτού οι οποίες ορίζουν συγκεκριμένη διαδικασία για την διατήρηση κάποιων περιορισμών (ήτοι την έκδοση Π.Δ. και την επίκληση επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος) και οι οποίες διατάξεις, ως νεώτερες, εισήγαγαν παρεκκλίσεις από τις διατάξεις του Ν. 3919/2011, ενώ, καθόσον αφορά τις εγκυκλίους, ως εκ περισσού αναφέρονται στην ως άνω διάταξη ως καταργούμενες, δεδομένου ότι η εγκύκλιος δεν θέτει δίκαιο, αλλά παρέχει οδηγίες προς τα διοικητικά όργανα για την έννοια του νόμου και τον τρόπο εφαρμογής του.

Εννοείται πάντως ότι νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις που θεσπίστηκαν μετά το Ν. 3919/2011 και διατηρούν περιορισμούς στην πρόσβαση και την άσκηση επαγγελμάτων, εφόσον κρίνονται συμβατές προς τις εξαιρέσεις του Ν. 3919/2011, ήτοι εκδόθηκαν κατ' εφαρμογή της παρ. 4 του άρθρου 2 ή της παρ. 2 του άρθρου 3 (θεσπίστηκαν δηλαδή με Π.Δ. και αιτιολογείται επαρκώς η αναγκαιότητα των διατηρούμενων περιορισμών από λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος), δεν καταργούνται με τη νέα διάταξη, αφού από την διατύπωσή της (*«Διατάξεις νόμων, κανονιστικές πράξεις και ερμηνευτικές εγκύκλιοι που αντιβαίνουν στα προβλεπόμενα στα άρθρα 2 και 3 του νόμου αυτού καταργούνται»*) προκύπτει η κατάργηση μόνο των διατάξεων που θεσπίστηκαν κατά παρέκκλιση της διαδικασίας που τίθεται στα άρθρα 2 και 3 του Ν. 3919/2011.

5. Σύμφωνα με το άρθρο 25 του Υπαλληλικού Κώδικα, οι υπάλληλοι είναι υποχρεωμένοι να υπακούουν στις εντολές των ιεραρχικώς προϊσταμένων τους και αν ακόμα τις θεωρούν παράνομες, ενώ έχουν δικαίωμα στην περίπτωση αυτή να αναφέρουν γραπτώς τις αντιρρήσεις τους και στη συνέχεια υποχρεούνται να προβούν στην εκτέλεσή τους, μόνο δε σε περίπτωση που η διαταγή είναι προδήλως αντισυνταγματική ή παράνομη ο υπάλληλος οφείλει να μην την εκτελέσει και να αναφέρει άμεσα τις αντιρρήσεις του στον προϊστάμενό του, ο οποίος μπορεί, σε μια τέτοια περίπτωση, να κρίνει κατεπείγουσα την εκτέλεση ή να κρίνει ότι συντρέχουν λόγοι γενικότερου δημοσίου συμφέροντος για την άμεση εκτέλεσή της, οπότε και πάλι υποχρεούται ο υπάλληλος να την εκτελέσει.

Εξ άλλου, κατά το άρθρο 106 του ν. 3528/2007, αποτελεί πειθαρχικό παράπτωμα του υπαλλήλου κάθε παράβαση υπαλληλικού καθήκοντος που συντελείται με υπαίτια πράξη ή παράλειψη και μπορεί να καταλογισθεί στον υπάλληλο, ενώ το «υπαλληλικό καθήκον» προσδιορίζεται από τις υποχρεώσεις που επιβάλλουν στον υπάλληλο οι κείμενες διατάξεις, οι εντολές και οδηγίες όσο και από τη συμπεριφορά που πρέπει να τηρεί ο υπάλληλος και εκτός της υπηρεσίας ώστε να μη θίγεται το κύρος αυτής.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τη θεωρία και τη νομολογία (Επ. Σπηλιωτόπουλου: Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, έκδ. 2000, παρ. 104, ΣΤΕ 700/1986, 3594/1987, 2779/1989, 641/1998) οι ερμηνευτικές εγκύκλιοι που εκδίδουν οι ιεραρχικώς προϊστάμενοι των διαφόρων υπηρεσιακών σχηματισμών του κράτους και των ΝΠΔΔ κατά την άσκηση του προληπτικού ιεραρχικού ελέγχου και οι οποίες επαναλαμβάνουν, σχολιάζουν και επεξηγούν τις διατάξεις των νομοθετικών και κανονιστικών πράξεων και παρέχουν οδηγίες για τον τρόπο εφαρμογής τους δεν αποτελούν μεν (κανονιστικές) διοικητικές πράξεις, εμπίπτουν όμως σαφώς στην έννοια των «εντολών» που παρέχονται προς τα υποκείμενα διοικητικά όργανα (αναλόγως και του περιεχομένου τους), και η τυχόν παράβασή τους ή η παράλειψη εφαρμογής τους συνιστά αναμφίβολα παράβαση του υπαλληλικού καθήκοντος κατά το άρθρο 106 του Ν. 3528/2007.

Επομένως, εγκύκλιος του αρμοδίου καθ' ύλην Υπουργού, όπως η αναφερόμενη ενδεικτικά στο έγγραφο του ερωτήματος (υπ' αριθ. 9031/ΒΒ.415/24-2-2012 του Υπουργού Οικονομικών), στην οποία αναφέρεται ότι *«παρέχονται οδηγίες σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων του Ν. 3919/2011...με στόχο την ομοιόμορφη αντιμετώπιση από την κάθε αρμόδια υπηρεσία»*, ότι *«παύει να ισχύει η απαίτηση προηγούμενης διοικητικής άδειας για την άσκηση του επαγγέλματος του ... »* και εν τέλει ότι *«Μετά την έναρξη εφαρμογής των παραπάνω οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να ασκούν το επάγγελμα του ... ελεύθερα μετά πάροδο τριμήνου από την αναγγελία έναρξής του, η οποία αναγγελία θα συνοδεύεται από τα απαραίτητα δικαιολογητικά για την πιστοποίηση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις»*, έχει σαφώς την έννοια «εντολής» προς τα διοικητικά όργανα για τον ενδεδειγμένο τρόπο ενεργείας τους, έχουν δε τα όργανα υποχρέωση, εκ του άρθρου 25 του Ν. 3528/2007 (Υπαλληλικού Κώδικα), να την εφαρμόζουν, ενώ αν έχουν αντιρρήσεις για τη νομιμότητά της μπορούν να υποβάλλουν σχετική γραπτή αναφορά, εν συνεχεία δε οφείλουν να προβούν άμεσα στην εκτέλεσή της, υπό την απειλή πειθαρχικής δίωξής τους για παράβαση καθήκοντος, αν την αγνοήσουν.

ΙΙΙ. Εν όψει των ανωτέρω, επί των τεθέντων ερωτημάτων το Α' Τμήμα του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους γνωμοδοτεί, ομόφωνα, ως ακολούθως:

α) Με τη διάταξη της παρ. 16 του άρθρου 4 του Ν. 4038/2012, με την οποία αντικαταστάθηκε το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 3919/2011, καταργούνται όλοι οι περιορισμοί οι οποίοι προϋπήρχαν του Ν. 4038/2012 και αφορούσαν στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελματών και αντιβαίνουν στις διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του Ν. 3919/2011, με αποτέλεσμα κάθε ενδιαφερόμενος να μπορεί να επικαλεστεί την εν λόγω κατάργηση κατά τη διαδικασία πρόσβασης και άσκησης των επαγγελματών που απελευθερώνονται.

β) Οι ερμηνευτικές εγκύκλιες που έχουν εκδοθεί από τη Διοίκηση για την εφαρμογή του Ν. 3919/2011 και με τις οποίες θεωρούνται καταργημένες συγκεκριμένες διατάξεις της προϊσχύουσας νομοθεσίας ως αντιβαίνουσες στα προβλεπόμενα από τα άρθρα 2 και 3 του νόμου αυτού είναι δεσμευτικές για τη διοίκηση.

Θεωρήθηκε

Αθήνα 12 Μαρτίου 2012

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ

Βασίλειος Σουλιώτης

Αντιπρόεδρος Ν.Σ.Κ.

Χρήστος Μητκίδης

Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.