θεση ότι οι υπήκοοι των άλλων κρατών μελών έχουν τη δυνατότητα να διοριστούν σε όλες τις θέσεις του κλάδου νοσοκόμων ή σ' αυτά τα νοσοκομεία και απολαύουν, όταν προσλαμβάνονται, πλεονεκτημάτων και εγγυήσεων απολύτως ισοδυνάμων προς τα πλεονεκτήματα και τις εγγυήσεις που απορρέουν από τον κανονισμό υπηρεσιακής κατάστασης των μονίμων υπαλλήλων, εκτός από τη δυνατότητα διορισμού σε θέσεις οι οποίες, κατά το άρθρο 48, παράγραφος 4, υπάγονται στη δημόσια διοίκηση.

## ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
## G. FEDERICO MANCINI
## της 15ης Απριλίου 1986 *

*Κύριε πρόεδρε,*
*Κύριοι δικαστές,*

1. Το Δικαστήριο καλείται να αποφανθεί επί προσφυγής βάσει του άρθρου 169 της Συνθήκης ΕΟΚ, την οποία άσκησε η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά της Γαλλικής Δημοκρατίας. Η αιτίαση που η Επιτροπή απευθύνει κατά της τελευταίας είναι ότι απαιτεί τη γαλλική ιθαγένεια ως προϋπόθεση για την πρόσληψη και τη μονιμοποίηση στις μόνιμες θέσεις νοσοκόμων στα δημόσια νοσοκομεία, παραβαίνοντας έτσι, το άρθρο 48 της Συνθήκης.

Ας συνοψίσω τα πραγματικά περιστατικά. Σύμφωνα με το άρθρο L 809 του κώδικα περί δημοσίας υγείας που περιλαμβάνεται στο βιβλίο IX με τον τίτλο « Γενικός κανονισμός υπηρεσιακής κατάστασης του προσωπικού των δημοσίων νοσηλευτικών ιδρυμάτων και ορισμένων ιδρυμάτων κοινωνικού χαρακτήρα », « κανείς δεν μπορεί να διοριστεί σε θέση...: 1 ) εφόσον δεν έχει τη γαλλική ιθαγένεια... ». Ο κανόνας αυτός απλώς εφαρμόζει στον τομέα που μας ενδιαφέρει προϋπόθεση που έχει ήδη καθιερωθεί με το άρθρο 16 του γενικού κανονισμού υπηρεσιακής καταστάσεως των υπαλλήλων της δημόσιας διοίκησης ( διάταγμα 59-244 της 4ης Φεβρουαρίου 1959 ) και περιλαμβάνεται σήμερα στο άρθρο 5 του νόμου 83-634, της 13ης Ιουλίου 1983, περί των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των δημόσιων υπαλλήλων.

Η Επιτροπή πεπεισμένη ότι η προϋπόθεση αυτή είναι αντίθετη προς την παράγραφο 1 του άρθρου 48, και δεν δικαιολογείται από την προβλεπόμενη στην παράγραφο 4 παρέκκλιση, κίνησε με το έγγραφο της 1ης Δεκεμβρίου 1982, τη διαδικασία προς διαπίστωση της παραβάσεως και, καθώς δεν έλαβε απάντηση από την κυβέρνηση του Παρισιού, εξέδωσε, στις 23 Μαρτίου 1984, την προβλεπόμενη αιτιολογημένη γνώμη. Στη γνώμη αυτή, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η Γαλλία, απαιτώντας την ύπαρξη της γαλλικής ιθαγένειας ως προϋπόθεση για το διορισμό και τη μονιμοποίηση

* Μετάφραση από τα ιταλικά.

στις μόνιμες θέσεις νοσοκόμων στα δημόσια νοσοκομεία και ορισμένα ιδρύματα κοινωνικού χαρακτήρα, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει αυτή από τη Συνθήκη ΕΟΚ όσον αφορά την κυκλοφορία των εργαζομένων.

Θεωρώ σκόπιμο να προσθέσω ότι, σύμφωνα με την αιτιολογημένη γνώμη, οι κανόνες σχετικά με τις προϋποθέσεις προσλήψεως και μονιμοποιήσεως στις θέσεις οδοντιάτρων στα δημόσια νοσοκομεία αποτελούσαν επίσης έλλειψη συμμορφώσεως προς τις κοινοτικές υποχρεώσεις. Αλλά, εφόσον η Γαλλία με το διάταγμα 84-131 της 24ης Φεβρουαρίου 1984 τροποποίησε τη ρύθμιση αυτή και εφόσον η Επιτροπή παραδέχεται ότι έλαβε γνώση του γεγονότος αυτού με καθυστέρηση, η διατυπωθείσα εξ αυτού του λόγου αιτίαση κατέστη άνευ αντικειμένου.

Η γαλλική κυβέρνηση δεν αντέδρασε ούτε στην αιτιολογημένη γνώμη. Κατόπιν τούτου, στις 18 Δεκεμβρίου 1984, η Επιτροπή προσέφυγε, σύμφωνα με το άρθρο 169, δεύτερη παράγραφος, της Συνθήκης, στο Δικαστήριο.

2. Όπως προανέφερα, έργο του Δικαστηρίου είναι να κρίνει αν η διάταξη του άρθρου 48, παράγραφος 4, σύμφωνα με την οποία η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων δεν εφαρμόζεται « προκειμένου περί απασχολήσεως στη δημόσια διοίκηση », αφορά τις θέσεις νοσοκόμων στα δημόσια νοσοκομεία. Καταρχάς, παρατηρώ ότι το πρόβλημα δεν είναι νέο. Πράγματι, το Δικαστήριο ασχολήθηκε με ανάλογες περιπτώσεις στις αποφάσεις του της 12ης Φεβρουαρίου 1974, υπόθεση 152/73, Sotgiu κατά Deutsche Bundespost ( Racc. 1974, σ. 153 ), της 17ης Δεκεμβρίου 1980 ( μη οριστική ) και της 26ης Μαΐου 1982 ( οριστική ), υπόθεση 149/79, Επιτροπή κατά Βασιλείου του Βελγίου, Racc. 1980, σ. 3881, και Racc. 1982, σ. 1845 ).

Πρωταγωνιστής στην πρώτη διαφορά ήταν ένας ιταλός εργάτης, που είχε ήδη προσληφθεί από την υπηρεσία των γερμανικών ταχυδρομείων, και στον οποίο, λόγω του ότι ήταν αλλοδαπός, δεν είχε αναγνωριστεί η χορηγούμενη στους γερμανούς υπηκόους αποζημίωση· αντίθετα, η δεύτερη διαφορά αφορούσε το διορισμό σε ορισμένες κενές θέσεις, υπό την προϋπόθεση ότι ο υποψήφιος θα είχε ορισμένη ιθαγένεια, σε οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως ή δημόσιους οργανισμούς του Βελγίου ( Δήμο Βρυξελλών, Κοινότητα Auderghem, η Société nationale des chemins de fer vicinaux και Société nationale des chemins de fer belges ).

Αλλά δεν είναι μόνο αυτό. Μια από τις προς πλήρωση κενές θέσεις στο Βέλγιο ήταν η θέση νοσοκόμου στους βρεφονηπιακούς σταθμούς — ανάλογη σχεδόν με αυτή για την οποία πρόκειται σήμερα. Το Δικαστήριο, αφού απέρριψε τα επιχειρήματα που ανέπτυξαν η κυβέρνηση των Βρυξελλών και τα τρία κράτη — Γερμανία, Μεγάλη Βρετανία και Γαλλία — που είχαν παρέμβει υπέρ του Βελγίου, έκρινε ότι η εν λόγω θέση δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του προαναφερθέντος κανόνα. Όμως, στην υπό κρίση υπόθεση η γαλλική κυβέρνηση επανήλθε στα σχετικά επιχειρήματα, επαναλαμβάνοντάς τα κατά γράμμα. Δεν ανέφερε καν — το πληροφορήθηκα πριν τρεις μόλις μέρες — ότι η επίδικη διάταξη καταργήθηκε με το άρθρο 133 του νόμου 86-33 της 9ης Ιανουαρίου 1986 ( γαλλική JO της 11.1.1986, σ. 547 ), επομένως είκοσι μέρες πριν από την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Υπό τις περιστάσεις αυτές θα μπορούσα να περατώσω αμέσως τη δουλειά μου ζητώντας απλώς από το Δικαστήριο να επικυρώσει ό,τι είχε ήδη δεχτεί το 1982.

Εντούτοις, προτιμώ να προχωρήσω διαφορετικά και αυτό όχι μόνο διότι η Γαλλία ζητά από το Δικαστήριο να τροποποιήσει τη νομολογία του. Το γεγονός είναι ότι οι αποφάσεις

στις οποίες αναφέρθηκα προκάλεσαν τις αυστηρές επικρίσεις της θεωρίας και, πράγμα σπουδαιότερο, δεν « αφομοιώθηκαν » από πολλές κυβερνήσεις. Η άρνηση αυτή δεν με εκπλήσσει, αν ληφθεί υπόψη πόσο βαθιά είναι ριζωμένη η γνώμη η οποία βλέπει σε μια δημόσια θέση να αναπτύσσεται σε όλη της την έκταση η εξουσία του κράτους και πόσο είναι διαδεδομένη σε περιόδους μεγάλης ανεργίας η τάση να θεωρείται η κρατική εξουσία ως βολικό απόθεμα θέσεων. Εντούτοις, η άρνηση αυτή εξακολουθεί να παραμένει ανησυχητική και πρέπει να αντιμετωπιστεί ριζικά πριν αρχίσουν να πολλαπλασιάζονται διαδικασίες παρόμοιες προς την παρούσα ( οι υποθέσεις 66/85, Deborah Lawrie-Blum κατά Land Baden-Württemberg, και 75/86, Επιτροπή κατά Βελγίου, που εκκρεμούν ενώπιον του Δικαστηρίου ). Επομένως, δράττομαι της ευκαιρίας για να επανέλθω στο θέμα μου, δίνοντάς του, όπως θα έλεγε ο Montaigne, « une pointe non pas le plus largement, mais le plus profondement que je scay ».

3. Η γαλλική κυβέρνηση, όπως ήδη έπραξε και στην υπόθεση 149/79, ξεκινά από μια « οργανική » ή « θεσμική » ερμηνεία των όρων « δημόσια διοίκηση » ( άρθρο 48, παράγραφος 4 ), η οποία αποκλείει από το πλαίσιο της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας κάθε είδος απασχολήσεως, ανεξαρτήτως της φύσεως της δραστηριότητας με την οποία εκδηλώνεται. Έξι επιχειρήματα στηρίζουν την ερμηνεία αυτή:

1) Το γράμμα του σχετικού κανόνα, ο οποίος μιλάει μόνο για « δημόσια διοίκηση », δηλαδή χωρίς να διακρίνει, στο πλαίσιο που ασκείται η τελευταία, μεταξύ διαφόρων τομέων ή διαφόρων καθηκόντων.

2) Μια σειρά συστηματικών δεδομένων. Για την ακρίβεια:

   α) ορισμένες διατάξεις και, ειδικότερα, τα άρθρα 36, 37, 48, παράγραφος 3, 55, 122 και 223 αποδεικνύουν ότι οι συντάκτες της Συνθήκης ΕΟΚ έχουν αναγνωρίσει τον ιδιαίτερο ρόλο των κρατών, επιφυλάσσοντας σ' αυτά την προστασία και την προαγωγή του γενικού συμφέροντος·

   β) ο εν λόγω κανόνας δεν παραπέμπει στην έννοια των « δραστηριοτήτων που συνδέονται... με την άσκηση δημόσιας εξουσίας » που αναφέρει το άρθρο 55· επομένως, έχει ευρύτερο περιεχόμενο·

   γ) ενώ στην παράγραφο 3 του άρθρου 48 η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας αποτελεί το αντικείμενο « επιμέρους » παρεκκλίσεων ( για λόγους δημόσιας τάξης, δημόσιας ασφάλειας και δημόσιας υγείας ) η παράγραφος 4 θεσπίζει « γενική » εξαίρεση.

3) Οι αποφάσεις του Δικαστηρίου όσον αφορά την ίση μεταχείριση σύμφωνα με τις οποίες διαφορετικές καταστάσεις τυγχάνουν διαφορετικής μεταχειρίσεως. Και η κατάσταση του γάλλου υπηκόου διαφέρει εξ ορισμού από αυτή των άλλων υπηκόων των κρατών μελών της Κοινότητας όσον αφορά την αξίωσή του να υπηρετήσει ως δημόσιος υπάλληλος την κοινωνία στην οποία ανήκει.

4) Οι απαιτήσεις της λειτουργίας της διοίκησης, σκοπός της οποίας είναι η μέριμνα για το γενικό συμφέρον. Επομένως, στους υπαλλήλους της έχει ανατεθεί αποστολή η οποία εφόσον συνεπάγεται την άσκηση της δημόσιας εξουσίας και απαιτεί, γι' αυτόν ακριβώς το λόγο, ιδιαίτερη αφοσίωση εκ μέρους αυτού που συμμετέχει στη δημόσια διοίκηση απέχει πάρα πολύ από την αποστολή των εργαζομένων στον ιδιωτικό τομέα.

5) Η αρχή της σταδιοδρομίας κατά το μέτρο που απαιτεί να δίδεται σε όλους τους δημόσιους υπαλλήλους η δυνατότητα προαγωγής στις ανώτατες βαθμίδες. Εφόσον οι υπήκοοι των άλλων κρατών μελών αποκλείονται οπωσδήποτε από τις αντίστοιχες θέσεις, η εξομοίωσή τους προς τους γάλλους υπη-

κόους καταλήγει να παραβιάζεται εις βάρος τους η αρχή της ισότητας.

6) Το δικαίωμα προς εργασία που έχει καθιερωθεί με το άρθρο 48. Εμποδίζοντας τους υπηκόους των κρατών μελών της Κοινότητας να διοριστούν σε μόνιμες θέσεις, η Γαλλία δεν παραβιάζει την αρχή αυτή· πράγματι η νομοθεσία της τους επιτρέπει να καταλάβουν τις θέσεις αυτές επί συμβάσει.

Συμπεραίνοντας, η γαλλική κυβέρνηση δηλώνει ότι είναι έτοιμη να ευνοήσει, στο πλαίσιο του Συμβουλίου, ενδεχόμενη πρόταση με την οποία θα αποσκοπείται να προσδιοριστεί, επί κοινοτικού επιπέδου, η έννοια της « απασχολήσεως στη δημόσια διοίκηση ». Εντούτοις, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου είναι πεπεισμένη — ή δηλώνει ότι είναι — ότι ο καθορισμός αυτός ανήκει στα κράτη μέλη.

4. Ανέφερα ήδη ότι τα μέσα άμυνας που μόλις επισήμανα συμπίπτουν, λέξη προς λέξη, με αυτά που ήδη προβλήθηκαν στην υπόθεση 149/79 και τα οποία απέρριψε το Δικαστήριο με τις σχετικές του αποφάσεις. Οφείλεται αυτό στην πίστη σε μακραίωνα κληρονομιά, εδώ και πολλούς αιώνες, ιδεών ή απλούστερα στη δυσκολία να υποβληθούν στο Δικαστήριο νέα και σοβαρότερα επιχειρήματα. Αφήνω στο Δικαστήριο την απάντηση για να ασχοληθώ με την εξέταση της σχετικής νομολογίας όσον αφορά τον αποκλεισμό από δημόσιες θέσεις. Τα θεμέλια της νομολογίας αυτής μπορούν να συνοψιστούν ως εξής: 1) η παράγραφος 4 του άρθρου 48 πρέπει να ερμηνευτεί στενά· 2) η έννοια « απασχόληση στη δημόσια διοίκηση » έχει κοινοτικό χαρακτήρα και 3) πρέπει να νοείται υπό λειτουργική έννοια 4) εν πάση περιπτώσει είναι καθοριστικό να διαπιστωθεί αν η επίμαχη δραστηριότητα συνεπάγεται « την άσκηση δημόσιας εξουσίας και την προστασία των γενικών συμφερόντων του κράτους και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως ».

Η πρώτη πρόταση είναι σύμφωνη προς αρχή που έχει γίνει δεκτή από όλες τις έννομες τάξεις και επομένως, δεν είναι ανάγκη να επεκταθώ επ' αυτής. Εντούτοις, διαπιστώνω ότι η αρχή αυτή υπέστη επεξεργασία στα πλαίσια της νομολογίας του Δικαστηρίου, καθιστάμενη προοδευτικά περισσότερο αυστηρή. Έτσι, στην απόφαση Sotgiu, το Δικαστήριο παρατήρησε « ότι έχοντας υπόψη το θεμελιώδη χαρακτήρα » που έχουν προσλάβει οι αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας και της ίσης μεταχειρίσεως « οι παρεκκλίσεις που επιτρέπει η παράγραφος 4... δεν μπορεί να θεωρηθούν ότι έχουν περιεχόμενο το οποίο θα υπερακόντιζε το σκοπό για τον οποίο τέθηκε αυτή η διάταξη που εμπεριέχει εξαίρεση » (4η σκέψη)· τα ίδια αναφέρει σχετικά με το άρθρο 55, πρώτη παράγραφος, η απόφαση της 21ης Ιουνίου 1974, υπόθεση 2/74, Reyners, Racc. 1974, σ. 631, σκέψη 43)· αλλά η διατύπωση αυτή απλώς οδήγησε το Δικαστήριο στο να εγγυηθεί στους αλλοδαπούς ένα γενικό δικαίωμα προσλήψεως « σε ορισμένους τομείς και για ορισμένες δραστηριότητες της δημόσιας διοίκησης » (η ίδια απόφαση). Αντίθετα, από τις αποφάσεις του 1980 και του 1982 προκύπτει σαφώς η πρόθεση να περιοριστεί το πεδίο εφαρμογής της παρέκκλισης μόνο στις περιπτώσεις που η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας θα επέβαλε στο κράτος απαράδεκτες καταστάσεις. Εν συμπεράσματι, σήμερα δεν επιτρέπεται πλέον να υφίσταται αμφιβολία — ούτε να μη συναχθούν ερμηνευτικά από τα παραπάνω όλες οι αναγκαίες συνέπειες — ότι η ελευθερία είναι ο κανόνας ενώ η διάταξη σχετικά με τις θέσεις στο δημόσιο αποτελεί την εξαίρεση.

Λίγα επίσης πράγματα έχω να πω επί της δεύτερης παρατηρήσεως. Το Δικαστήριο, δεχόμενο την άποψη που υποστήριξε ο γενικός εισαγγελέας Mayras στις έξοχες προτάσεις του στην υπόθεση Sotgiu [η αναφερόμενη στην παράγραφο 4 έννοια — λέγει — « πρέπει να αποδοθεί με ορισμό κοινοτικό, αυτοτελή, άσχετο προς τα ποικίλα εθνικά κριτήρια τα οποία εξαρτώνται από την αντίληψη που έχει κάθε κράτος περί της αποστολής του και της

δομής των οργάνων στα οποία η αποστολή αυτή έχει ανατεθεί » (Racc. 1974, σ. 170)], έκρινε ότι: α) « ... η έννοια της δημόσιας διοίκησης... πρέπει να ερμηνευτεί κατά τρόπο ενιαίο στο σύνολο της Κοινότητας »· β) η « οριοθέτησή της... δεν μπορεί να αφεθεί στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών... »· γ) « επιβάλλεται να αποφευχθεί ο περιορισμός... της πρακτικής αποτελεσματικότητας και του περιεχομένου των διατάξεων της Συνθήκης όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία... και την ίση μεταχείριση των υπηκόων όλων των κρατών μελών από ερμηνείες της έννοιας της δημόσιας διοίκησης οι οποίες θα αντλούνταν από το εθνικό μόνο δίκαιο κι οι οποίες θα εμπόδιζαν την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων » (απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1980, σκέψεις 12, 18 και 19).

Νομίζω ότι αυτές είναι ξεκάθαρες απόψεις. Διατυπώνοντάς τες, το Δικαστήριο δεν αμφισβήτησε ότι η απασχόληση στη δημόσια διοίκηση εξακολουθεί να διέπεται από τα δίκαια των διαφόρων κρατών· απλώς θέλησε να δηλώσει ότι είναι ανάγκη, κατά τον προσδιορισμό του περιεχομένου της έννοιας αυτής, να λαμβάνονται υπόψη οι ιδιάζουσες απαιτήσεις του κοινοτικού δικαίου. Πράγματι, όπως είναι προφανές, αν επιτρεπόταν στα κράτη μέλη να καθορίζουν απολύτως ανεξέλεγκτα το εν λόγω περιεχόμενο, αυτό θα σήμαινε ότι στις υποχρεώσεις που τους επιβάλλει η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας προσδίδεται σπουδαιότητα που διαφέρει από κράτος σε κράτος και ότι, έτσι, στερείται η Συνθήκη ικανού μέρους της πρακτικής της αποτελεσματικότητας (κατά την ίδια έννοια, βλέπε, για το άρθρο 55, πρώτη παράγραφος, την αναφερθείσα απόφαση Reyners, 50ή σκέψη).

5. Ας έλθω στα προβλήματα που θέτουν τα δύο τελευταία σημεία: δηλαδή την πράγματι θεμελιώδη αντίφαση, μεταξύ « οργανικής » και « λειτουργικής θεωρήσεως » για τον προσδιορισμό της έννοιας που μας ενδιαφέρει. Όπως είναι γνωστό, στην υπόθεση 149/79, η Γαλλία και, μαζί μ' αυτήν, το Βέλγιο, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας και το Ηνωμένο Βασίλειο, υιοθέτησαν την πρώτη αντίληψη. Αντίθετα, σύμφωνα, ακόμα μια φορά, με τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Mayras, το Δικαστήριο τάχθηκε υπέρ της αντίθετης απόψεως. Το άρθρο 48, παράγραφος 4 — αποφάνθηκε το Δικαστήριο —, θέτει εκτός του πεδίου της ελεύθερης κυκλοφορίας « ένα σύνολο θέσεων οι οποίες συνεπάγονται συμμετοχή, άμεση ή έμμεση, στην άσκηση της δημόσιας εξουσίας και στα καθήκοντα που έχουν ως αντικείμενο τη διασφάλιση των γενικών συμφερόντων του κράτους ή των λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Πράγματι, τέτοιες θέσεις προϋποθέτουν, εκ μέρους των κατόχων τους, την ύπαρξη ιδιαίτερης σχέσης αλληλεγγύης προς το κράτος καθώς και την αμοιβαιότητα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που αποτελούν το θεμέλιο του δεσμού της ιθαγένειας » (απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1980, 10η σκέψη).

Το κριτήριο σύμφωνα με το οποίο πρέπει να εκτιμηθεί η επίμαχη θέση είναι, γενικά, *ουσιαστικής* φύσεως: στηρίζεται στα « καθήκοντα » στα οποία αναλύεται η θέση, θέτοντας εκτός του πεδίου εφαρμογής της ελεύθερης κυκλοφορίας αποκλειστικά και μόνο τα καθήκοντα που συνεπάγονται την άσκηση δημόσιας εξουσίας *και* (όχι « ή », εφόσον και οι δύο προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν) τα οποία αφορούν την προστασία των γενικών συμφερόντων του κράτους και των μικρότερης εδαφικής εκτάσεως οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως. Νομίζω ότι το κριτήριο αυτό βρίσκει σταθερό έρεισμα στο σύστημα της Συνθήκης και κυρίως στο άρθρο 55, όπου πρόκειται για « δραστηριότητες που συνδέονται..., έστω και περιστασιακά, με την άσκηση δημόσιας εξουσίας ». Όπως προανέφερα, η Γαλλία δεν είναι σύμφωνη: θεωρεί μάλιστα ότι η απουσία ακριβώς της φράσης αυτής στην παράγραφο 4 του άρθρου 48 αποδεικνύει το ευρύτερο πεδίο εφαρμογής της θεσπιζόμενης παρεκκλίσεως.

Αλλά το επιχείρημα είναι αδύναμο. Όπως επισήμανε η Επιτροπή στην υπόθεση 149/79, το διαφορετικό περιεχόμενο των δύο κανόνων εξηγείται υπό το φως της διαφοράς που υφίσταται μεταξύ των καταστάσεων στις οποίες αναφέρονται· αφενός, τους μισθωτούς που μπορούν να διακινούνται για να καταλάβουν, στη δημόσια διοίκηση, θέσεις ως προς τις οποίες η άσκηση των εξουσιών αυτών αποτελεί στοιχείο της ουσίας τους· αφετέρου, τους ελεύθερους επαγγελματίες που εγκαθίστανται στην αλλοδαπή για να ασκήσουν επάγγελμα του ιδιωτικού κατ' ανάγκη τομέα, καίτοι το επάγγελμα αυτό μπορεί να συνεπάγεται άσκηση ανάλογης εξουσίας.

Επομένως, είναι βέβαιο ότι το λειτουργικό κριτήριο είναι ορθό. Αλλά πώς να χρησιμοποιηθεί στη συγκεκριμένη περίπτωση; Το πρόβλημα δεν στερείται σπουδαιότητας και οι δυσκολίες τις οποίες συναντούν οι απόπειρες επιλύσεώς του προσδίδουν ένα τόνο ορθολογικότητας στη γαλλική πρόταση για νομοθετική παρέμβαση που « να θέσει σε λειτουργία » την παράγραφο 4 του άρθρου 48. Εντούτοις, η πρόταση αυτή μου προκαλεί πολλές αμφιβολίες ανεξάρτητα από τον κίνδυνο να χρησιμοποιηθεί για τον περιορισμό του δικαιώματος κυκλοφορίας και να εκμηδενιστεί η προσφορά της νομολογίας του Δικαστηρίου. Ο μεγαλύτερος κίνδυνος από την επιδιωκόμενη παρέμβαση είναι άλλος: συνίσταται στην παρεμπόδιση μιας εξελικτικής διαδικασίας η οποία, καθώς συνδέεται με το σκοπό της πολιτικής ενότητας, προς την οποία τείνει η συγχώνευση των ευρωπαϊκών κρατών και λαών, πρέπει να μπορεί να αναπτυχθεί με τα λιγότερα δυνατά προσκόμματα. Πράγματι, είναι προφανές ότι η διασφάλιση πλήρους ελευθερίας διακινήσεως θα συνεπαγόταν την κατάργηση των εμποδίων που απορρέουν από διαφορετικές ιθαγένειες και θα είχε ως αποτέλεσμα τη θέσπιση μιας κοινοτικής ιθαγένειας όχι πλέον υπό μεταφορική έννοια, όπως συμβαίνει επί του παρόντος στις αποφάσεις του Δικαστηρίου, αλλά πραγματική.

Εξάλλου, οι δυσκολίες στις οποίες αναφέρθηκα βρίσκουν περισσότερες της μιας πρόσφορες λύσεις στις αποφάσεις του Δικαστηρίου. Καταρχάς, αυτό συμβαίνει όσον αφορά το αντικείμενο και τα όρια της έρευνας με την οποία αποσκοπείται να διαπιστωθεί αν η επίδικη θέση εμπίπτει ή όχι στην παρέκκλιση. Για παράδειγμα, στην υπόθεση Sotgiu το Δικαστήριο απέκλεισε ότι η σχετική έρευνα μπορεί να στηριχθεί επί στοιχείων όπως η νομική φύση της σχέσης μεταξύ διοίκησης και μόνιμου δημόσιου υπαλλήλου ή η κατηγορία στην οποία υπάγεται ο τελευταίος: ελλείψει οποιασδήποτε διακρίσεως στην αναφερθείσα διάταξη — ορίζεται συγκεκριμένα στην 5η σκέψη — « είναι άνευ σημασίας το αν ένας εργαζόμενος απασχολείται ως εργάτης, υπάλληλος ή μόνιμος δημόσιος υπάλληλος, ή ακόμα αν η εργασιακή του σχέση διέπεται από το δημόσιο ή το ιδιωτικό δίκαιο » ( κατά την αντίθετη έννοια — αλλά πρόκειται περί obiter dictum που καθόλα τα φαινόμενα είναι lapsus calami — βλέπε την απόφαση της 8ης Μαΐου 1979, υπόθεση 129/78, Bestuur Sociale Verzekeringsbank του Άμστερνταμ κατά Lohmann, Racc. 1979, σ. 853, όπου η διάταξη του κανονισμού 1408/71 περί της κοινωνικής ασφαλίσεως των διακινούμενων εργαζομένων η οποία αποκλείει τα ειδικά καθεστώτα των δημόσιων υπαλλήλων και του εξομοιούμενου προσωπικού εξηγείται ως « λογική συνέπεια του άρθρου 48, παράγραφος 1 » ).

Αλλά τα ίδια πρέπει να λεχθούν και για την έννοια της « άσκησης δημόσιας εξουσίας ». Το Δικαστήριο — και πρόκειται, ίσως, για επιλογή υπαγορευόμενη από τις ανησυχίες στις οποίες προ ολίγου αναφέρθηκα — προτίμησε να μην την προσδιορίσει κατά αφηρημένο τρόπο. Εντούτοις, μια σειρά από νύξεις και φυσικά τα διατακτικά των αποφάσεων της 17ης Δεκεμβρίου 1980 και της 26ης Μαΐου 1982 αποδεικνύουν ότι το Δικαστήριο δέχτηκε το σχετικό ορισμό του γενικού εισαγγελέα Mayras, σύμφωνα με τον οποίο η εξουσία αυτή

« είναι η απορρέουσα από την κυριαρχία... του κράτους και (ως τοιαύτη) συνεπάγεται γι' αυτόν που την ασκεί την ευχέρεια να χρησιμοποιεί εξουσίες που παρεκκλίνουν από το κοινό δίκαιο, προνόμια της δημόσιας αρχής και εξουσίες καταναγκασμού που επιβάλλονται επί των πολιτών » (προτάσεις Reyners, Racc. 1974, σ. 665). Εν συμπεράσματι, για να απαγορεύεται η ανάθεση των καθηκόντων που αντιστοιχούν στην επίμαχη θέση σε αλλοδαπό υπήκοο... δεν αρκεί να επιδιώκονται με αυτά, κατ' άμεσο τρόπο, μέσω επηρεασμού της διαγωγής και της δραστηριότητας των ιδιωτών, στοιχεία δημόσιου συμφέροντος. Πρέπει η άσκησή τους να περιβληθεί την πανοπλία της αφήνοντας κατά μέρος κάθε μεταφορά, πρέπει τα καθήκοντα αυτά να υλοποιούνται με πράξεις βουλήσεως που επιβάλλονται επί των ιδιωτών κατά τρόπο που να απαιτείται η υπακοή τους ή, αν οι τελευταίοι δεν υπακούουν, να εξαναγκάζονται προς συμμόρφωση. Είναι σχεδόν αδύνατο να καταρτιστεί σχετικός κατάλογος που να περιλαμβάνει, ιδίως, τις περιπτώσεις της δεύτερης προϋπόθεσης που θέτει το Δικαστήριο (προστασία των γενικών συμφερόντων)· αλλά τα πρώτα παραδείγματα που μου έρχονται στο νου είναι ασφαλώς οι θέσεις που συνδέονται με την άσκηση των εξουσιών της αστυνομίας, της εθνικής άμυνας, της απονομής δικαιοσύνης και της επιβολής φόρων.

6. Θα μπορούσαν να λεχθούν πολλά άλλα πράγματα επί του αποφασιστικού αυτού σημείου. Εντούτοις, στις παρατηρήσεις που έχουν μέχρι τώρα υποβληθεί περιέχονται αρκετά στοιχεία ώστε να καταρρεύσει ο ακρογωνιαίος λίθος της υπερασπίσεως της Γαλλικής Δημοκρατίας. Απομένουν, είναι αλήθεια, τα επιχειρήματα που η Γαλλία αντλεί τόσο από την παρεχόμενη στους αλλοδαπούς δυνατότητα διορισμού στις δημόσιες υπηρεσίες μέσω συμβάσεων εργασίας όσο και από την αρχή της σταδιοδρομίας· ως προς το πρώτο επιχείρημα δεν είναι ανάγκη να σταθώ, μια και είναι τόσο προφανής η αντίφασή του προς τον κανόνα της ίσης μεταχείρισης· όσον αφορά το δεύτερο επιχείρημα, αξίζει να γίνουν μερικές νύξεις όσον αφορά τη νομολογία του Δικαστηρίου.

Έχω ήδη αναφέρει σε τι συνίσταται. Επιτρέπετε — λέγει η κυβέρνηση του Παρισιού — να προσληφθεί ένας αλλοδαπός σε μόνιμη θέση, ο κάτοχος της οποίας έχει « δικαίωμα επί της σταδιοδρομίας του » και έπειτα αρνείστε να τον προαγάγετε σε ανώτερη θέση διότι η θέση αυτή συνεπάγεται την άσκηση δημόσιας εξουσίας: εν ονόματι της ελεύθερης κυκλοφορίας και της αρχής της ισότητας θα έχετε καταλήξει στο να προκαλέσετε ανισότητα μεταχειρίσεως. Επομένως, το εγχείρημα καταλήγει σε ζημία και είναι προτιμότερο να εγκαταλειφθεί.

Η άποψη αυτή αναμφισβήτητα υποβάλλει ιδέες: πράγματι, ο γενικός εισαγγελέας Mayras προσπάθησε να την προσαρμόσει στα μέτρα του προτείνοντας να θεωρηθεί ως « καταρχάς δικαιολογημένος » ο αποκλεισμός « από σταδιοδρομία που συνεπάγεται... το διορισμό σε θέση εξουσίας » (προτάσεις στην υπόθεση 149/79, Racc. 1980, σ. 3917). Αλλά το Δικαστήριο, ύστερα από προσεκτική ανάλυση των μειονεκτημάτων και πλεονεκτημάτων που συνεπάγονται οι αντιτιθέμενες ερμηνείες, απέρριψε την υπόδειξη αυτή. Πράγματι, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η φιλελεύθερη ερμηνεία του άρθρου 48, παράγραφος 4, καταρρίπτει τις βάσεις της συνιστώσας δυσμενή διάκριση μεταχειρίσεως στον τομέα της προαγωγής σε ορισμένες θέσεις. Εντούτοις, η μεταχείριση αυτή είναι λιγότερο απαράδεκτη απ' όσο το αποτέλεσμα στο οποίο θα κατέληγε η γνώμη του γενικού εισαγγελέα και ακόμα περισσότερο αυτή της γαλλικής κυβερνήσεως: δηλαδή σε περιορισμό των δικαιωμάτων που έχουν αναγνωριστεί στους υπηκόους των κρατών μελών της Κοινότητας « ο οποίος υπερβαίνει το μέτρο που είναι αναγκαίο για τη διασφάλιση της τήρησης των επιδιωκομένων » από τη διάταξη αυτή « σκοπών » (απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1980, σκέψη 22). Περαιτέρω, πρέπει να λεχθεί ότι όταν εφαρμόζονται αυτές οι, δυστυχώς αναπόφευκτες, διακρίσεις θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι θεμελιώδεις αρχές του κοινοτικού δικαίου. Ειδικώς, η αρχή της αναλογικότητας θα απαιτεί οι διακρίσεις αυτές να μην υπερβαίνουν τα όρια που

επιβάλλονται από την ανάγκη της διασφαλίσεως των γενικών συμφερόντων του κράτους.

Ας προσθέσω ότι οι εν λόγω διακρίσεις είναι οι μόνες που είναι δυνατό να γίνουν αποδεκτές. Πράγματι, στην απόφαση Sotgiu, το Δικαστήριο δέχτηκε ότι η εξαίρεση της παραγράφου 4 δεν εφαρμόζεται παρά κατά το χρονικό σημείο του διορισμού στη θέση (και μετά την απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1980, με τη λέξη διορισμό πρέπει επίσης να νοηθεί και η προαγωγή και η μετάταξη). Επομένως δεν μπορεί να γίνει επίκληση της εξαίρεσης αυτής για να δικαιολογηθεί άνιση μεταχείριση όσον αφορά την *αμοιβή* ή άλλες συνθήκες εργασίας έναντι υπαλλήλων που έχουν ήδη προσληφθεί.

7. Δύο λόγια, πριν τελειώσω, σχετικά με τις θέσεις εξαιτίας των οποίων πηγάζει η υπό κρίση διαφορά. Έστω και αν γίνει δεκτό ότι η παρέκκλιση μπορεί να ερμηνευτεί στενά — το Βέλγιο προέβαλε, το 1980, το επιχείρημα αυτό και η Γαλλία το επαναλαμβάνει σήμερα — οι νοσοκόμοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρέκκλισης αυτής διότι μπορούν να γίνουν προς αυτούς παροχές που επιβαρύνουν τον προϋπολογισμό του κράτους ή τον προϋπολογισμό των οργανισμών τοπικής αυτοδιοικήσεως. Και δεν αμφιβάλλω ότι οι εν λόγω μόνιμοι δημόσιοι υπάλληλοι διαθέτουν την εξουσία αυτή και ούτε, άλλωστε, αμφισβητώ (καίτοι το πράγμα μου φαίνεται λίγο παράδοξο) ότι πρόκειται για « δημόσια » εξουσία υπό την ισχυρή έννοια για την οποία μίλησα προηγουμένως. Εντούτοις, απ' όσο γνωρίζω, οι δραστηριότητες διά των οποίων εκδηλώνεται η άσκηση της εξουσίας αυτής είναι ευκαιριακές ή δευτερεύουσες και, κατά συνέπεια, μπορούν να διαχωριστούν από τα κύρια καθήκοντα που έχουν ανατεθεί σ' αυτούς τους κατόχους των θέσεων: νομίζω ότι αποκλεισμός, έστω και για το λόγο αυτό, των υπηκόων των άλλων κρατών μελών από τις εν λόγω θέσεις θα ήταν αντίθετος προς την αρχή της αναλογικότητας. Περαιτέρω, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι τα καθήκοντα των νοσοκόμων στα δημόσια νοσοκομεία είναι τα ίδια με τα καθήκοντα των συναδέλφων τους στις ιδιωτικές κλινικές και ότι η παρέκκλιση της παραγράφου 4 δεν επηρεάζει τους τελευταίους. Πρέπει από αυτά να συναχθεί ότι η διεύθυνση μιας ιδιωτικής κλινικής η οποία περιήλθε στο δημόσιο υποχρεούται να απολύσει όλο το προσωπικό που δεν έχει τη γαλλική ιθαγένεια;

Σε τελευταία ανάλυση, ένας εξτρεμιστής οπαδός του Εγέλου θα μπορούσε πράγματι να θεωρήσει ότι θέσεις όπως η δική μας πρέπει να είναι απαγορευμένες στους αλλοδαπούς. Αλλά αυτοί που δεν θεωρούν ότι το κράτος είναι « η αποκάλυψη του Θεού στον κόσμο » (« der Staat ist der Gang Gottes in der Welt ») θα πρέπει, κατ' ανάγκη, να καταλήξει στο αντίθετο συμπέρασμα.

8. Σύμφωνα με όλες τις σκέψεις που ανέπτυξα μέχρι τώρα, ζητώ από το Δικαστήριο να κηρύξει τύποις δεκτή την προσφυγή που άσκησε η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων με δικόγραφο που κατέθεσε στις 21 Δεκεμβρίου 1984. Επομένως, προτείνω στο Δικαστήριο να αποφανθεί ότι « η Γαλλική Δημοκρατία, απαιτώντας την ιθαγένεια ως προϋπόθεση για την πρόσληψη και τη μονιμοποίηση στις μόνιμες θέσεις νοσοκόμου στα δημόσια νοσοκομεία, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από τη Συνθήκη ΕΟΚ.

Βάσει του εφαρμοζόμενου σε περίπτωση ήττας κριτηρίου, πρέπει η καθής κυβέρνηση να καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα.