dell'assunzione, i medesimi risiedessero nel territorio nazionale oppure all'estero.

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmars
Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Così deciso e pronunziato a Lussemburgo, il 12 febbraio 1974.

Il cancelliere
A. Van Houtte

Il presidente
R. Lecourt

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE HENRI MAYRAS DEL 5 DICEMBRE 1973 [1]

Signor Presidente,
Signori Giudici,

Introduzione

L'art. 48 del trattato che istituisce la Comunità economica europea, enuncia il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno del mercato comune; esso implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

Tuttavia, un'eccezione è contemplata dal n. 4 dello stesso articolo, le cui disposizioni: «non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione».

L'esame delle questioni pregiudiziali sottopostevi, in conformità all'art. 177 del trattato, dal Bundesarbeitsgericht (Corte di cassazione federale del lavoro) di Kassel, vi porterà — per la prima volta, stando a quanto mi risulta — a delimitare la rilevanza di questa eccezione, pronunciandovi sul significato della locuzione «impieghi nella pubblica amministrazione».

I fatti, oggetto della lite sottoposta al Bundesarbeitsgericht, sono chiari.

Il sig. Sotgiu, cittadino italiano, nel 1965 veniva assunto dalla Deutsche Bundespost di Stoccarda, mentre la sua famiglia continuava a risiedere in Italia.

Al Sotgiu, in conformità alla convenzione collettiva relativa ai dipendenti delle poste federali, veniva versata un'indennità di separazione, nella misura, inizialmente unica, di 7,50 marchi tedeschi al giorno.

Una circolare del ministero federale dell' interno, fissava, a partire dal 1° aprile

1 — Traduzione dal francese.

1965, l'indennità di separazione in 10 marchi tedeschi giornalieri a favore dei lavoratori assunti in una sede diversa dalla loro precedente residenza, purché questa residenza rientrasse nel territorio della Repubblica federale di Germania.

I dipendenti, invece, la cui precedente residenza era all'estero, avevano diritto soltanto ad un'indennità giornaliera di 7,50 DM. Era per l'appunto il caso del Sotgiu che, ravvisando in questa disparità una discriminazione incompatibile con l'art. 48 del trattato e con il regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968 n. 1612, citava in giudizio il proprio datore di lavoro. Respinta la domanda in prima istanza, poi in appello, il ricorrente nella causa di merito ha proposto ricorso per cassazione dinanzi al Bundesarbeitsgericht il quale, in primo luogo, vi pone il quesito del se l'art. 48 n. 4 del trattato vada interpretato nel senso che l'art. 7 nn. 1 e 4 del regolamento del Consiglio n. 1612/68 non trovi applicazione nei confronti dei lavoratori migranti, dipendenti dell'amministrazione postale, il cui rapporto di lavoro sia soggetto ad una disciplina privatistica.

I — La nozione d'impiego nella pubblica amministrazione in conformità al diritto comunitario

Secondo quanto si desume dalla motivazione dell'ordinanza di remissione, il giudice tedesco, premesso che il servizio postale è parte integrante dell'amministrazione dello Stato, regolata dal diritto pubblico, e che la sua attività è di carattere pubblico — in altri termini, esercita le prerogative dei pubblici poteri — ritiene, tuttavia, che i soli dipendenti di questo servizio che rivestono la qualità di pubblici impiegati occupino «impieghi nella pubblica amministrazione», ai sensi dell'art. 48, n. 4, del trattato.

I dipendenti delle poste, invece, il cui rapporto di lavoro non sia regolato da uno statuto di diritto pubblico, ma da un contratto di natura privatistica, non rientrerebbero nell'eccezione di cui al n. 4.

Il canone ermeneutico d'interpretazione di questa disposizione del trattato non sarebbe da ricercarsi dunque nella definizione giuridica del datore di lavoro in quanto pubblica amministrazione, nè nelle caratteristiche della funzione espletata, ma nella natura giuridica del rapporto che vi è tra dipendente e datore di lavoro. Qualora si tratti di un rapporto di diritto pubblico, l'eccezione andrebbe applicata; se invece, trattasi d'un rapporto di natura privatistica, la disposizione di cui al n. 4, non implicherebbe che il lavoratore, cittadino di uno Stato membro, goda dei diritti garantiti ai lavoratori migranti dal regolamento n. 1612/68.

Invero il problema va esaminato più a fondo e si deve ricercare quali possono essere i canoni interpretativi della disposizione in oggetto, tenuto conto del significato e delle finalità del trattato, in materia di libera circolazione dei lavoratori.

Un primo orientamento, propugnato dal governo tedesco, trae fondamento dal fatto che la Comunità non è di per sé stessa organizzata a Stato, ma si basa sulle organizzazioni statali dei Paesi membri. La nozione di pubblica amministrazione, cui l'art. 48, n. 4, fa riferimento, senza peraltro definirla, può essere interpretata soltanto in funzione delle rispettive concezioni nazionali. Spetta, in primo luogo, a ciascuno Stato membro qualificare di servizio pubblico una determinata attività ch'esso ritiene necessaria alla soddisfazione di un'esigenza d'interesse generale, quindi di determinare, ad libitum, la propria forma di organizzazione amministrativa; in secondo luogo d'imporre, se necessario, che i posti lavorativi di tale amministrazione siano riservati ai propri cittadini, quale che sia la natura delle attività espletate nell'ambito di siffati posti.

Questa concezione prevalentemente rispettosa della sovranità dello Stato, non dà luogo ad alcuna obiezione particolare nei rapporti classici di diritto internazionale fra gli Stati. È in questo senso che si esprime l'art. 13 della convenzione europea di stabilimento, in data 13 dicembre

1955: «ogni parte contraente può riservare ai propri cittadini le funzioni pubbliche e le attività relative alla sicurezza o alla difesa nazionali ovvero farne dipendere l'esercizio da parte di cittadini stranieri da speciali condizioni».

La valutazione di questa facoltà — e, conseguentemente, la definizione di ciò che è opportuno intendere per «pubblica funzione» — va effettuata, a termini della sezione I del protocollo allegato alla convenzione, «secondo i canoni nazionali».

Tuttavia, non soltanto l'art. 48 non riprende tali criteri nazionali per definire il concetto di pubblica amministrazione, ma sussistono fondate ragioni atte a porre nel dubbio che, tenuto conto degli obiettivi e dello spirito della Comunità economica europea, una tale interpretazione, basata sulla supremazia della sovranità dello Stato, possa ritenersi valida.

Senza trascurare il fatto che ciascuno degli Stati membri rimane — in linea di massima — padrone di regolare il proprio assetto amministrativo, o quello delle proprie collettività decentrate, si deve porre in rilievo che, nel settore in cui i propri poteri sono stati trasmessi ad organi comunitari, la preminenza, l'efficacia diretta e la necessità di applicazione uniforme delle norme sancite da questi organi non possono conciliarsi con i canoni interpretativi che consentono a ciascuno Stato membro di plasmare, ad libitum, e cioè di estendere o limitare, la portata di queste norme comunitarie.

Voi avete troppo di sovente e con troppa costanza affermato tali principi perché sia proficuo dilungarsi su questo punto.

È qui che appare la sostanziale divergenza fra il trattato di Roma, strumento d'integrazione sul piano economico e sociale, e le convenzioni di diritto internazionale classico.

In primo luogo, l'applicazione del principio della libera circolazione dei lavoratori rientra indubbiamente nell'ambito dei poteri comunitari, come mostra d'altronde il potere, conferito dall'art. 49 al Consiglio, di stabilire mediante direttive o regolamenti, le misure necessarie al fine dell'effettiva applicazione di questo principio.

In secondo luogo, dovendosi concepire la libera circolazione come una delle libertà fondamentali garantite dal trattato ai lavoratori degli Stati membri, mi sembra che l'eccezione di cui al n. 4 dell'art. 48 debba essere interpretata in maniera restrittiva e nello stesso tempo in maniera uniforme in ciascuno Stato, il che esclude che si possa far riferimento, a questo fine, a criteri nazionali. Quale sarebbe in effetti il contenuto della libertà di circolazione se spettasse a questo o a quello Stato di applicare, in un certo senso automaticamente, l'eccezione di cui al n. 4, affidando ad una pubblica amministrazione, in conformità al proprio diritto interno, il compito di svolgere una determinata attività che gli apparisse soddisfare una esigenza d'interesse generale?

Ogni Stato ha certamente il potere di delimitare la sfera d'azione della propria amministrazione, di prendere a carico, sia direttamente, sia tramite organi decentrati di diritto pubblico, attività che, altrimenti, sono lasciate all'iniziativa privata. Con ciò, esso fa valere la propria concezione dell'intervento dello Stato nella vita della nazione. Tuttavia lo Stato, quale membro della Comunità, non può arrogarsi il diritto di limitare per questo motivo l'effettiva rilevanza della libera circolazione dei lavoratori.

Io condivido quindi il punto di vista della Commissione, secondo cui la nozione d'impiego nella pubblica amministrazione deve trovare una definizione comunitaria, autonoma, non influenzabile da criteri interni mutevoli, che siano legati al modo in cui ciascuno Stato configura i propri compiti ed alla struttura degli organi incaricati di espletarli.

Spetta a codesta Corte enunciare, se possibile, tale definizione.

Poiché il testo stesso è di scarso aiuto, la «ratio» va innanzitutto ricercata nelle intenzioni degli autori del trattato. Non vi è dubbio ch'essi abbiano inteso, con l'eccezione di cui al n. 4, consentire agli Stati di riservare ai propri cittadini quei po-

sti pubblici che pongono i loro titolari nelle condizioni di partecipare direttamente all'esercizio dei pubblici poteri o, usando un'espressione più generale, di servirsi delle prerogative dei pubblici poteri nei confronti dei singoli. È proprio in questo senso che si può dire che l'espressione «pubblica amministrazione» implica un potere che è proprio dello Stato. La sola partecipazione ad una pubblica funzione, non è sufficiente ad escludere un impiego dalla sfera d'applicazione dell'art. 48 (Mégret, Le droit de la Communauté europeénne, vol. 3, pag. 6). Quest'interpretazione restrittiva è altresì sostenuta dalla maggior parte dei commentatori del trattato.

In verità, con una risoluzione adottata il 17 gennaio 1972, il Parlamento europeo rileva innanzitutto che, «l'art. 48, n. 4, può essere applicato ad ogni impiego che venga considerato da uno Stato membro come pubblico servizio, indipendentemente dal tipo di attività svolta nell'ambito dell'impiego stesso». Di per sé stessa, questa constatazione sembra voler dare maggior risalto ad un'interpretazione basata sulla volontà degli Stati. Il Parlamento però soggiunge che «lo scopo probabile dell'art. 48, n. 4, è quello di riservare ai propri cittadini l'esercizio effettivo dei poteri pubblici . . .» ed esprime l'augurio che l'applicazione dell'eccezione sia limitata ai soli impieghi che implicano l'esercizio di tali poteri. Questo parere puramente consultivo si concilia in definitiva con la tesi sostenuta da gran parte della dottrina.

Così pure, in un settore affine a quello di cui sto trattando, quello del diritto di stabilimento, che comporta l'accesso alle attività non retribuite ed il loro esercizio, l'art. 55 prende in considerazione le attività indipendenti o liberali che «in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri».

Senza spingersi fino ad equiparare questa disposizione con l'art. 48, n. 4, il quale contempla soltanto gli impieghi della pubblica amministrazione, resta il fatto che le due clausole eccezionali scaturiscono da motivi analoghi.

Mi sentirei di suggerirvi, di primo acchito, un'interpretazione basata sul principio della partecipazione ai pubblici poteri.

Tuttavia, volendo interpretare in senso restrittivo la nozione di pubblica amministrazione, collegandola così esclusivamente a quella dei poteri dello Stato, si trascura il fatto che, in ogni Stato moderno, un gran numero di funzioni che non implicano l'uso diretto delle prerogative che esorbitano dal diritto comune, devono cionondimeno, per motivi di sicurezza interna o di difesa, a mo' d'esempio, essere riservati ai cittadini dello stesso Stato.

Ciò indica quali difficoltà insorgano quando si tenta di dare una definizione precisa e circoscritta del concetto. È necessario rassegnarsi a procedere per approssimazioni successive e ad evitare di prendere per buona, una volta per tutte, un'interpretazione troppo rigida.

Non vediamo d'altronde quanto siano divergenti da uno Stato all'altro i modi di esercitare i pubblici poteri, a seconda che l'amministrazione sia o meno soggetta ad un regime di diritto pubblico, che va al di là del diritto comune, e secondo altresì fino a qual punto e come intervenga lo Stato?

Bisogna quindi evitare le divergenze e le contraddizioni che racchiude in sé un'interpretazione basata su canoni tratti dal diritto interno, ma al tempo stesso sforzarsi di non fissare affatto il concetto entro schemi troppo angusti che si rivelerebbero di difficile applicazione a situazioni molto diverse.

Si potrebbe certamente fare appello al principio classico di amministrazione, inerente allo Stato — pubblici poteri — sostenendo che, in ogni organizzazione statale, la giustizia, la polizia, la difesa, tutto quello, ad esempio, che riguarda l'imposizione e la riscossione delle imposte, rientrano essenzialmente nella nozione di pubblica amministrazione, in contrasto con i pubblici servizi, industriali e commerciali, destinati a fornire determinate prestazioni alla popolazione, il più delle volte gestiti secondo canoni analo-

ghi a quelli del diritto privato e che quindi non rientrerebbero nella definizione.

Tuttavia, chi non si rende conto che, tra i due estremi, vi è una quantità di situazioni intermedie?

Il servizio postale ne offre un esempio calzante. Pure se, nella maggior parte dei paesi, esso è svolto da un'amministrazione statale, è soggetto alle norme della pubblica amministrazione, ed è dominato dal principio del segreto della corrispondenza, la sua attività ha cionondimeno degli aspetti commerciali ed esso dispone in genere, come per l'appunto nel caso della Repubblica federale, dell'autonomia finanziaria.

Il fatto che il suo personale comprenda, essenzialmente, dei pubblici impiegati nel senso stretto del termine, non impedisce ch'esso si serva, per l'espletamento delle mansioni tecniche o puramente esecutive, di operai e d'impiegati le cui attribuzioni si confondono con quelle dei loro colleghi del settore privato. In verità, essi occupano dei posti che, pur appartenendo ad una pubblica amministrazione, non hanno attinenza con gli interessi nazionali in considerazione dei quali è stata stabilita l'eccezione di cui all'art. 48, n. 4.

Il regime giuridico del servizio in oggetto, non è dunque di per sé determinante. Quanto poi alla natura del rapporto giuridico esistente tra il dipendente e l'amministrazione che l'assume, non mi sembra ch'essa possa in alcun modo costituire il criterio decisivo per l'applicazione del diritto comunitario.

Nei Paesi come la Repubblica federale di Germania e la Francia vi è un diritto amministrativo autonomo, caratterizzato in particolare dal potere dell'amministrazione di prendere delle decisioni esecutive e di servirsi delle prerogative dei pubblici poteri. La distinzione tra pubblici impiegati, muniti di stato giuridico proprio e posti, nei confronti dell'amministrazione, in una situazione disciplinata dalle leggi e dai regolamenti — da un lato — e — dall'altro — dipendenti dai pubblici servizi di natura industriale o commerciale, i cui rapporti con i rispettivi datori di lavoro sono regolati da contratti di diritto privato, trova un significato nel fatto che la natura giuridica del rapporto di lavoro determina il giudice competente per la cognizione delle liti che ne derivano e implica del resto rilevanti conseguenze di diritto sostantivo.

Questa distinzione mi sembra invece priva di un reale significato in relazione all' art. 48 del trattato di Roma. Infatti, se è lecito presumere che l'eccezione di cui al n. 4 di questo articolo deve, in linea di principio, trovare applicazione nei confronti dei pubblici impiegati, in quanto questi ultimi sono abitualmente incaricati di compiti che, più o meno direttamente, attengono agli interessi nazionali, accade che dipendenti assunti in base ad un contratto di diritto privato si vedano affidare compiti che riguardano l'esercizio stesso dei pubblici poteri. Così è stato precisato che il delegato federale tedesco presso l'industria del carbone è un dipendente a contratto soggetto al diritto privato, benché egli disponga di poteri di decisione che derivano strettamente dall' autorità dello Stato.

In senso opposto, si potrà dire che un dipendente addetto alla manutenzione, od un autista, che occupino un posto di ruolo presso un'amministrazione centrale, espletano, per il solo fatto di essere dei pubblici impiegati, dei compiti attinenti agl'interessi dello Stato o alle prerogative dei pubblici poteri?

È dunque evidente che, per l'interpretazione dell'art. 48, n. 4, la nozione d'impiego nella pubblica amministrazione non può essere definita in funzione della posizione giuridica dell'interessato.

L'interpretazione comunitaria che possa consentire l'applicazione uniforme dell' eccezione in esame impone dunque di richiamarsi a criteri materiali, relativi alle attribuzioni proprie del posto occupato nell'amministrazione ed alle attività realmente svolte dal titolare del posto stesso.

Si potrà sollevare l'eccezione soltanto se quest'ultimo detiene un potere di decisione nei riguardi dei singoli o se la sua attività attiene agli interessi nazionali od

in particolare a quelli che riguardano la sicurezza interna od esterna dello Stato.

Tuttavia, è al giudice nazionale che spetta, quindi, di applicare questi canoni ai casi concreti che gli vengono sottoposti. Nella presente causa, noi ignoriamo d'altronde la precisa natura delle funzioni svolte dal ricorrente nella causa principale.

II — Natura dell'indennità di separazione

La seconda questione sottopostavi dal Bundesarbeitsgericht riguarda l'interpretazione dell'art. 7 del regolamento n. 1612/68. Il giudice a quo vi chiede se l'indennità di separazione, versata in aggiunta al salario, faccia parte delle condizioni di lavoro contemplate da questo testo ed in particolare dal n. 1.

Questa disposizione mira, voi ne siete ben consapevoli, a garantire la parità di trattamento fra lavoratori comunitari e lavoratori nazionali per quanto concerne sia l'accesso ai posti offerti, sia le condizioni di lavoro, in particolare in materia di remunerazione, ma anche, più in generale, per quanto riguarda l'insieme degli elementi che caratterizzano le condizioni del lavoratore sul piano sociale.

Non esito affatto, signori, a riconoscere che l'indennità di separazione contemplata dal contratto collettivo 6 gennaio 1955 (che si applica ai dipendenti delle poste federali) cui fa riferimento il contratto di lavoro stipulato tra il ricorrente nella causa principale e l'amministrazione delle poste, costituisce un complemento forfettario della retribuzione, destinato a compensare le spese di ogni sorta inerenti all'esistenza di una doppia residenza, familiare e professionale.

Tuttavia, non costituisce uno sconfinamento nell'ambito di competenza del giudice nazionale questo definire sul piano giuridico tale indennità, istituita dalla legge 8 aprile 1964, relativa alle spese di trasloco e adattata dalla convenzione collettiva alla situazione degl'impiegati postali?

Comunque stiano le cose, le direttive insite nelle vostre sentenze 15 ottobre 1969, causa 15-69, (Ugliola), Raccolta 1969, pag. 363 e 13 dicembre 1972, causa 44-72, (Marsman), Raccolta 1972, pag. 1248, consentono a colpo sicuro, di considerare che il versamento di un'indennità di separazione fa parte delle «condizioni di lavoro», nel senso più lato dell'espressione.

La seconda questione va quindi risolta in senso affermativo.

III — Discriminazione in funzione della residenza

Sia l'art. 48, n. 2, del trattato, sia l'art. 7 del regolamento del Consiglio n. 1612/68 vietano, nell'ambito delle condizioni di impiego e di lavoro, qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità. Queste prescrizioni sono facilmente applicabili qualora la disparità di trattamento derivi espressamente e direttamente da una clausola relativa alla nazionalità.

La discriminazione può essere, però, dissimulata o camuffata. Il che accade in particolare se, senza guardare alla nazionalità, la legge o il regolamento interno subordinano le prestazioni o i vantaggi collegati all'impiego a criteri che prendono in considerazione, ad esempio, il luogo d'origine, il luogo di nascita o la residenza sul territorio nazionale, in maniera tale che in effetti questi vantaggi siano riservati ai cittadini dello Stato e non possano, salvo eccezione, andare a profitto dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri.

Non si deve forse, in siffatti casi, andando oltre le apparenze, riconoscere la violazione della parità di trattamento che può essere paragonata ad un vero sviamento di potere ai sensi del diritto comunitario?

È quello che prescrive, nel settore dell'accesso all'impiego e del suo esercizio, l'art. 3 del regolamento n. 1612/68, che dichiara invalide le disposizioni o le pratiche nazionali che, «sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno

per scopo o effetto esclusivo o principale, di escludere i cittadini degli altri Stati membri dall'impiego offerto», come pure l'art. 7, n. 4, dello stesso regolamento, che dichiara radicalmente nulle tutte le clausole di contratti collettivi o individuali «nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri».

Tale è la portata della terza ed ultima questione sottopostavi dal tribunale federale del lavoro. Esso vi chiede in effetti se l'art. 7, nn. 1 e 4, del regolamento n. 1612/68 dev'essere interpretato nel senso ch'esso vieta, non soltanto il diverso trattamento del lavoratore a causa del fatto ch'egli è cittadino d'un altro Stato membro, ma altresì ch'egli sia trattato diversamente a causa del fatto che la sua residenza si trova sul territorio di un altro Stato membro.

In astratto, la soluzione positiva si imporrebbe a condizione che il criterio di distinzione da cui dipende l'attribuzione del vantaggio abbia per conseguenza effettiva di mettere in condizione più sfavorevole i lavoratori comunitari rispetto ai nazionali.

A tal proposito, esigere la residenza nel territorio del paese ospitante può costituire un fattore discriminante, come voi avete affermato nella sentenza 13 dicembre 1972, (causa 44-72, Marsman, già richiamata) a proposito delle condizioni speciali di licenziamento contemplate dalla legislazione tedesca e di cui un lavoratore olandese minorato non aveva potuto fruire in quanto, sebbene lavorasse in Germania, non vi risiedeva.

In detta causa, però, la residenza era richiesta solo per gli stranieri.

La questione oggi sottoposta al nostro vaglio, si presenta in condizioni diverse.

A termini della circolare 31 marzo 1965, emanata dal ministro dell'interno:

Paragrafo 1°:

«i dipendenti assunti in una sede diversa dal luogo di *residenza nel loro paese d'origine* — cioè Germania federale — percepiscono un'indennità di separazione alle stesse condizioni e nella stessa misura in cui la ricevono i loro colleghi trasferiti per ragioni di servizio».

Paragrafo 2°:

«ai dipendenti con residenza all'estero, può essere concessa, qualora l'amministrazione abbia particolare interesse a fruire della loro collaborazione, nei singoli casi e con l'approvazione della più alta autorità gerarchica, l'indennità di separazione di cui al § 1».

In pari data, il ministro ha fissato l'entità dell'indennità di separazione, nel primo caso in 10 DM giornalieri; nel secondo caso, l'importo dell'indennità giornaliera versata al lavoratore con residenza all' estero rimane fissata in 7,50 DM.

Il contratto collettivo per dipendenti delle poste federali, cui fa riferimento il contratto di lavoro stipulato tra il ricorrente nella causa principale e l'amministrazione delle poste, riproduce queste disposizioni.

Emerge d'altra parte dalla motivazione dell'ordinanza di remissione del Bundesarbeitsgericht, che il regime dell'indennità di separazione, stabilito per i lavoratori che hanno al momento dell'assunzione la residenza all'estero e che hanno conservato questa residenza, si applica indifferentemente ai cittadini tedeschi ed ai cittadini stranieri.

Infine, i lavoratori destinati, al momento della loro nomina, in un luogo diverso da quello di residenza in Germania, come i dipendenti trasferiti d'ufficio nell'interesse del servizio, hanno l'obbligo di cercare una nuova residenza in prossimità del luogo di lavoro; in conseguenza, essi cessano di riscuotere l'indennità di separazione dal momento in cui hanno adempiuto questo obbligo di traslocare e, al più tardi, due anni dopo la loro assunzione.

Coloro, invece, che sono stati assunti al momento in cui la loro residenza era stabilita all'estero, non sono soggetti a tale obbligo di trasloco e possono continuare a riscuotere l'indennità di separazione durante tutto il periodo di servizio.

Come si vede, trattasi per l'appunto, nel nostro caso, di due regimi distinti che corrispondono a situazioni diverse.

Ora, dal diverso trattamento fatto a situazioni non comparabili non consegue necessariamente l'esistenza di una discriminazione (sentenza 17 luglio 1963, causa 13-63, Governo italiano contro Commissione, Raccolta 1963, pag. 358).

Nello stesso senso si esprimeva l'avvocato generale Lagrange a proposito di quest'ultima causa: «quest'idea di relatività che domina il divieto di discriminazione ... ha carattere generalissimo e la si trova, ad esempio, nel campo sociale ...» (si veda pure la sentenza 13 giugno 1972, cause riunite 9 e 11-71, (Cie d'Approvisionnement contro Commissione), Raccolta 1972, pag. 392).

Benché, nella generalità dei casi, il regime d'indennità basato sull'esistenza di una residenza all'estero, si applichi in realtà soltanto ai cittadini stranieri, questa circostanza non basta a dimostrare l'esistenza di una discriminazione vietata dal diritto comunitario.

Nei limiti in cui garantisse a determinati emigranti l'indennità di separazione in maniera quasi permanente, senza obbligo di trasferire la residenza familiare nel luogo di lavoro, questo regime conferisce loro, al contrario, un certo vantaggio rispetto ai lavoratori tedeschi o stranieri la cui residenza, al momento dell'assunzione, si trovava in territorio tedesco.

Sarei quindi portato a precisare che questo regime, che apporta una congrua soluzione alla situazione dei lavoratori migranti i quali, per motivi familiari, non hanno trasferito la residenza in Germania, non implica alcuna discriminazione giuridica, né di fatto.

Tuttavia, non sarà necessario per voi di prendere posizione su questo punto.

Per risolvere la questione sottopostavi, vi basterà affermare che, benché una violazione della parità di trattamento contemplata dall'art. 48, n. 2, e dall'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68 possa essere insita in una disciplina nazionale che operi, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, una distinzione basata, non sulla nazionalità, ma sul luogo di residenza del lavoratore al momento dell'assunzione (a condizione che i lavoratori cittadini degli altri Stati membri siano in effetti svantaggiati rispetto ai lavoratori nazionali), spetta tuttavia al giudice nazionale il valutare se la disciplina in oggetto provochi una siffatta discriminazione ovvero la diversità di trattamento trovi un'obiettiva giustificazione in canoni di natura non discriminatoria.

Concludo proponendovi che le questioni sottopostevi dal Bundesarbeitsgericht siano risolte nel senso da me sopra indicato.