ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ HENRI MAYRAS της 5ης Δεκεμβρίου 1973 *

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

Εισαγωγή

Το άρθρο 48 της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας καθιερώνει την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων στο εσωτερικό της Κοινής Αγοράς· συνεπάγεται την κατάργηση κάθε διακρίσεως λόγω ιθαγενείας μεταξύ των εργαζομένων των κρατών μελών, όσον αφορά την απασχόληση, την αμοιβή και τους άλλους όρους εργασίας.

Εντούτοις, προβλέπεται εξαίρεση με την παράγραφο 4 αυτού του άρθρου, του οποίου οι διατάξεις «δεν εφαρμόζονται προκειμένου περί απασχολήσεως στη δημόσια διοίκηση».

Η εξέταση των προδικαστικών ερωτημάτων που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο, σύμφωνα με το άρθρο 177 της Συνθήκης, από το Bundesarbeitsgericht (Ομοσπονδιακό Δικαστήριο εργατικών διαφορών) του Kassel θα οδηγήσει το Δικαστήριο — για πρώτη φορά από ό,τι γνωρίζω — στο να καθορίσει το περιεχόμενο αυτής της εξαίρεσης, αποφαινόμενο επί της εννοίας της εκφράσεως «απασχόληση στη δημόσια διοίκηση».

Τα πραγματικά περιστατικά που προκάλεσαν την διαφορά ενώπιον του Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου εργατικών διαφορών είναι απλά.

Ιταλός υπήκοος, ο Sotgiu, απασχολείται ως ειδικευμένος από το Deutsche Bundespost της Στουτγκάρδης από το 1955, ενώ η οικογένειά του εξακολουθεί να κατοικεί στην Ιταλία.

Οι αποδοχές του Sotgiu περιλαμβάνουν, σύμφωνα με τη συλλογική σύμβαση που έχει εφαρμογή στους εργαζόμενους των ομοσπονδιακών ταχυδρομείων, αποζημίωση λόγω διαμονής μακράν της οικογένειάς του, ανερχόμενη αρχικώς σε 7,50 γερμανικά μάρκα (DM) ημερησίως.

Εγκύκλιος του υπουργού εσωτερικών όρισε, από την 1η Απριλίου 1965, το ύψος της εν λόγω αποζημιώσεως σε 10 DM ημερησίως υπέρ των εργαζομένων που απασχολούνται σε τόπο διαφορετικό από αυτόν της οικογενειακής κατοικίας, όταν αυτή η κατοικία κείται στο έδαφος της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας.

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

Αντιστρόφως, οι εργαζόμενοι των οποίων η συνήθης κατοικία κείται στην αλλοδαπή δεν μπορούν να αξιώσουν παρά ημερήσια αποζημίωση 7,50 DM. Αυτό συμβαίνει με το Sotgiu ο οποίος, βλέποντας σ' αυτή τη διαφορά ύψους της αποζημιώσεως διάκριση αντίθετη προς το άρθρο 48 της Συνθήκης και τον κανονισμό του Συμβουλίου της 15ης Οκτωβρίου 1968 (1612/68) περί της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων στο εσωτερικό της Κοινότητος, ενήγαγε τον εργοδότη του. Αφού απερρίφθη η αγωγή του σε πρώτο βαθμό και κατ' έφεση, ο ενάγων της κύριας δίκης άσκησε αναίρεση ενώπιον του Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου εργατικών διαφορών το οποίο σας ερωτά, πρώτον, αν το άρθρο 48, παράγραφος 4 της Συνθήκης έχει την έννοια ότι αποκλείει την εφαρμογή του άρθρου 7, παράγραφοι 1 και 4, του κανονισμού του Συμβουλίου στους διακινούμενους εργαζόμενους που απασχολούνται από τα ομοσπονδιακά ταχυδρομεία στο πλαίσιο της συμβάσεως εργασίας ιδιωτικού δικαίου.

I — *Έννοια της απασχολήσεως στη δημόσια διοίκηση κατά το κοινοτικό δίκαιο*

Όπως προκύπτει από το σκεπτικό της Διατάξεως περί παραπομπής, ο γερμανός δικαστής, αφού αναφέρει ότι η ταχυδρομική υπηρεσία αποτελεί τμήμα της ομοσπονδιακής διοίκησης που υπάγεται στο δίκαιο της δημόσιας υπηρεσίας και της οποίας η δραστηριότητα έχει κυριαρχικό νομικό χαρακτήρα — με άλλα λόγια, ασκεί προνόμια δημόσιας αρχής — θεωρεί, ωστόσο, ότι μόνον οι υπάλληλοι αυτής της υπηρεσίας που έχουν την ιδιότητα δημοσίου υπαλλήλου κατέχουν, κατά την έννοια του άρθρου 48, παράγραφος 4, της Συνθήκης, «απασχολήσεις στη δημόσια διοίκηση».

Αντιστρόφως, οι εργαζόμενοι στα ταχυδρομεία, των οποίων η υπηρεσιακή κατάσταση διέπεται όχι από κανονισμό δημοσίου δικαίου, αλλά από σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, δεν υπάγονται στην εξαίρεση της παραγράφου 4.

Επομένως, το ερμηνευτικό κριτήριο αυτής της διατάξεως της Συνθήκης δεν είναι ούτε ο νομικός χαρακτηρισμός του εργοδότη ως δημόσιας διοίκησης ούτε η φύση των εκτελουμένων καθηκόντων, αλλά η νομική φύση της υφιστάμενης σχέσης μεταξύ του υπαλλήλου και της εργοδότριας υπηρεσίας. Στην περίπτωση που πρόκειται περί σχέσεως δημοσίου δικαίου, η εξαίρεση έχει εφαρμογή· στην αντίθετη περίπτωση, προκειμένου περί συμβάσεως ιδιωτικού δικαίου, οι διατάξεις της παραγράφου 4 δεν εμποδίζουν ο εργαζόμενος υπήκοος κράτους μέλους να απολαύει των δικαιωμάτων που εγγυάται στους διακινούμενους ο κανονισμός 1612/68.

Πρέπει να εξετασθεί το ερώτημα με μεγάλη προσοχή και να ερευνηθεί ποια μπορεί να είναι τα ερμηνευτικά συστήματα της εν λόγω διατάξεως ενόψει του πνεύματος και των σκοπών της Συνθήκης στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων.

Μια πρώτη κατευθυντήρια γραμμή, που ακολουθεί η Κυβέρνηση της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας, στηρίζεται στο γεγονός ότι η Κοινότητα δεν αποτελεί η ίδια κρατικό οργανισμό, αλλά στηρίζεται στους κρατικούς οργανισμούς των κρατών μελών. Η έννοια της δημόσιας διοίκησης στην οποία αναφέρεται, χωρίς να την ορίζει ειδικότερα, το άρθρο 48, παράγραφος 4, δεν μπορεί, συνεπώς, να ερμηνευθεί παρά σε συνάρτηση με την κάθε μια από τις εθνικές αντιλήψεις. Εναπόκειται στα κράτη μέλη, αφενός, να θεωρούν δημόσια υπηρεσία τη δραστηριότητα που θεωρούν αναγκαία για την ικανοποίηση ανάγκης γενικού συμφέροντος, επομένως, να οργανώνουν κατά βούληση τη δομή της διοίκησής τους. Αφετέρου, να απαιτούν, αν το κρίνουν αναγκαίο, οι απασχολήσεις αυτής της διοίκη-

σης να επιφυλάσσονται στους υπηκόους τους, οποιαδήποτε και αν είναι η φύση των δραστηριοτήτων που πραγματοποιούνται στο πλαίσιο αυτών των απασχολήσεων.

Αυτή η αντίληψη που σέβεται πολύ την κυριαρχία του κράτους δεν προσκρούει σε καμιά ηθική αντίρρηση ως προς τις κλασικές σχέσεις του διακρατικού διεθνούς δικαίου. Έτσι, κατά το άρθρο 13 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως εγκαταστάσεως της 13ης Δεκεμβρίου 1955: «κάθε συμβαλλόμενο μέρος μπορεί να επιφυλάσσει στους υπηκόους του τις δημόσιες υπηρεσίες και δραστηριότητες που αφορούν την εθνική ασφάλεια και την εθνική άμυνα ή να εξαρτά την άσκησή τους υπό αλλοδαπών υπηκόων από ειδικούς όρους».

Η εκτίμηση αυτής της ευχέρειας — και, κατά συνέπεια, ο ορισμός του τι νοείται ως «δημόσια υπηρεσία» — γίνεται κατά τους όρους του τμήματος Ι του Πρωτοκόλλου που είναι προσηρτημένο στη Σύμβαση «σύμφωνα με εθνικά κριτήρια».

Όμως, εκτός του ότι το άρθρο 48, παράγραφος 4, δεν παραπέμπει σε τέτοια εθνικά κριτήρια για τον ορισμό της έννοιας της δημόσιας διοίκησης, υφίστανται σοβαροί λόγοι για να αμφιβάλλει κανείς αν, έχοντας υπόψη τους σκοπούς και το πνεύμα της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας, μία τέτοια ερμηνεία, ερειδόμενη την υπεροχή της κυριαρχίας των κρατών, μπορεί να γίνει δεκτή.

Χωρίς να αγνοείται το γεγονός ότι τα κράτη μέλη διατηρούν — καταρχήν — το δικαίωμα να οργανώνουν τη διοίκησή τους ή τη διοίκηση των οργάνων αποκεντρώσεως, παρατηρείται ότι, στους τομείς όπου οι ειδικές αρμοδιότητες μεταφέρθηκαν στα κοινοτικά θεσμικά όργανα, η υπεροχή, το άμεσο αποτέλεσμα και η ανάγκη ομοιόμορφης εφαρμογής των κανόνων που θεσπίζουν αυτά τα όργανα δεν μπορούν να συμβιβάζονται με ερμηνευτικά κριτήρια, τα οποία επιτρέπουν στά κράτη μέλη να διαμορφώνουν κατά βούληση, δηλαδή να επεκτείνουν ή να περιορίζουν, το περιεχόμενο αυτών των κοινοτικών κανόνων.

Το Δικαστήριο πολύ συχνά και πολύ σταθερά τόνισε αυτές τις αρχές ώστε δεν υπάρχει λόγος να επεκταθώ επ' αυτών.

Αυτή ακριβώς είναι η ουσιώδης διαφορά μεταξύ της Συνθήκης της Ρώμης, μέσου ολοκληρώσεως επί του οικονομικού και κοινωνικού πεδίου, και των συμβάσεων του κλασικού διεθνούς δικαίου.

Αφενός, η εφαρμογή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων αναμφισβήτητα ανήκει στον τομέα των κοινοτικών αρμοδιοτήτων, όπως άλλωστε το αποδεικνύει η παρεχόμενη με το άρθρο 49 στο Συμβούλιο εξουσία να θεσπίζει, με οδηγίες ή κανονισμούς, τα αναγκαία μέτρα για την πραγματοποίηση της αποτελεσματικής εφαρμογής αυτής της αρχής.

Αφετέρου, δεδομένου ότι η ελεύθερη κυκλοφορία πρέπει να θεωρείται ως μια από τις θεμελιώδεις ελευθερίες που εγγυάται η Συνθήκη στους εργαζόμενους των κρατών μελών, η εξαίρεση της παραγράφου 4 του άρθρου 48 πρέπει, κατά την άποψή μου, να ερμηνεύεται και στενά και ομοιόμορφα σε όλα τα κράτη μέλη, πράγμα που αποκλείει να γίνεται, για το σκοπό αυτό, αναφορά σε εθνικά κριτήρια.

Ποιο πράγματι θα ήταν το περιεχόμενο της ελεύθερης κυκλοφορίας αν εξαρτιόταν από ένα κράτος να εφαρμόζει, κατά κάποιο τρόπο αυτόματα, την εξαίρεση της παραγράφου 4 αναθέτοντας σε δημόσια διοίκηση, κατά την έννοια του εσωτερικού του δικαίου, τη φροντίδα να διασφαλίζει κάθε δραστηριότητα που θα του φαινόταν ότι έχει αποστολή γενικού συμφέροντος;

Τα κράτη έχουν, ασφαλώς, την εξουσία να καθορίζουν το πεδίο δράσεως της διοίκησής τους, να αναλαμβάνουν, είτε απευθείας, είτε μέσω οργανισμών αποκεντρώσεως δημοσίου δικαίου, δραστηριότητες οι οποίες, αλλαχού, έχουν αφεθεί στην ιδιωτική πρωτοβουλία. Σ' αυτόν τον τομέα, προβάλλουν τη δική τους αντίληψη περί παρεμβάσεως των δημοσίων αρχών στη ζωή τους έθνους. Αλλά, ως μέλη της Κοινότητας, δεν μπορεί να εξαρτάται από αυτά περιορισμός, με αυτό τον τρόπο, του πραγματικού περιεχόμενου της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων.

Τάσσομαι, συνεπώς, με τη γνώμη της Επιτροπής, κατά την οποία πρέπει να δοθεί στην έννοια της απασχολήσεως στη Δημόσια Διοίκηση κοινοτικός ορισμός, αυτόνομος, ανεξάρτητος από διαφορετικά εθνικά κριτήρια που εξαρτώνται από την αντίληψη την οποία κάθε κράτος μέλος έχει περί της αποστολής και της δομής των οργάνων που είναι επιφορτισμένα να τις εκτελέσουν.

Εναπόκειται στο Δικαστήριο, αν είναι δυνατό, να δώσει αυτό τον ορισμό.

Δεδομένου ότι το ίδιο το κείμενο παρέχει μικρή βοήθεια, πρέπει, καταρχάς, να αναζητηθεί στις προθέσεις των συντακτών της Συνθήκης η «ratio». Αναμφίβολα είχαν την πρόθεση, με την εξαίρεση της παραγράφου 4, να επιτρέψουν στα κράτη να επιφυλάσσουν στους υπηκόους τους αυτές από τις δημόσιες θέσεις που επιτρέπουν στους κατόχους τους να συμμετέχουν απευθείας στην άσκηση της δημόσιας εξουσίας ή να κάνουν χρήση προνομίων της δημόσιας εξουσίας έναντι των διοικουμένων. Υπ' αυτή την έννοια μπορεί να λεχθεί ότι η έκφραση «δημόσια διοίκηση» περιλαμβάνει εξουσία ασκούμενη απευθείας από το κράτος. Η απλή συμμετοχή σε δημόσια υπηρεσία δεν επαρκεί για να αποκλείσει μια απασχόληση από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 48 (Mégret, Le droit de la Communauté européeénne, τεύχος 3, σ. 6). Αυτή η στενή ερμηνεία γίνεται επίσης δεκτή από τους περισσότερους σχολιαστές της Συνθήκης.

Ασφαλώς, σε ψήφισμα της 17ης Ιανουαρίου 1972, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο διαπιστώνει, καταρχάς ότι, «το άρθρο 48, παράγραφος 4, μπορεί να εφαρμοσθεί σε κάθε απασχόληση την οποία ένα κράτος μέλος θεωρεί ότι υπάγεται εις τη διοίκησή του, οποιοδήποτε και αν είναι το περιεχόμενο των δραστηριοτήτων που πραγματοποιούνται στο πλαίσιο αυτής της απασχόλησης». Αυτή η διαπίστωση, εξεταζόμενη μόνη της, φαίνεται να τάσσεται υπέρ ερμηνείας βασιζόμενης στη βούληση των κρατών.

Αλλά το Κοινοβούλιο προσθέτει ότι «ο τεκμαιρόμενος σκοπός της παραγράφου 4 συνίσταται στην ουσία του στο να επιτρέψει στα κράτη να επιφυλάττουν στους υπηκόους τους την πραγματική άσκηση της δημόσιας εξουσίας...» και διατυπώνει την ευχή η εφαρμογή της εξαίρεσης να περιορίζεται στις μόνες θέσεις που συνεπάγονται άσκηση αυτής της εξουσίας. Επομένως, η γνώμη του τάσσεται, τελικά, με την υποστηριζόμενη από το μεγαλύτερο μέρος της επιστήμης άποψη.

Επίσης, σε συναφή τομέα με αυτόν που αφορά η υπό κρίση υπόθεση, στον τομέα του δικαιώματος εγκαταστάσεως που συνεπάγεται την πρόσβαση στις μη μισθωτές δραστηριότητες και στην άσκησή τους, το άρθρο 55 ρητώς επιφυλάσσει τις σχετικές με τους αυτοαπασχολούμενους ή ελεύθερους επαγγελματίες δραστηριότητες που «συνδέονται στο κράτος αυτό, έστω και περιστασιακά, με την άσκηση δημόσιας εξουσίας».

Χωρίς να εξομοιώνω αυτή τη διάταξη με τη διάταξη του άρθρου 48, παράγραφος 4, η οποία δεν αφορά παρά τις απασχολήσεις της δημόσιας διοίκησης, εντούτοις οι δύο ρήτρες περί εξαιρέσεως προέρχονται από ανάλογους αιτιολογικούς λόγους.

Κλίνω, επομένως, υπέρ ερμηνείας βασιζόμενης στην ιδέα της συμμετοχής στη δημόσια εξουσία.

Εντούτοις, θέλοντας κανείς να περιορίσει στενά την έννοια της δημόσιας διοίκησης, συνδέοντάς την αποκλειστικά με την έννοια της εξουσίας του κράτους, παραγνωρίζει το γεγονός ότι, σε κάθε σύγχρονο κράτος, πολλά καθήκοντα μη συνεπαγόμενα την άμεση χρήση εξαιρετικών προνομίων του κοινού δικαίου πρέπει, για λόγους εσωτερικής ασφαλείας ή άμυνας για παράδειγμα, να επιφυλάσσονται στους ημεδαπούς.

Από αυτό διαφαίνονται οι δυσκολίες που ανακύπτουν για τη διαμόρφωση ακριβούς και περιοριστικού όρου της εννοίας. Πρέπει να χρησιμοποιηθούν διαδοχικές προσεγγίσεις και να αποφευχθεί, νομίζω, η καθιέρωση ενιαίας πολύ αυστηρής ερμηνείας.

Άλλωστε διαπιστώνεται πόσο διαφέρουν οι τρόποι ασκήσεως της δημόσιας εξουσίας από κράτος σε κράτος, ανάλογα με το αν η διοίκηση υπάγεται ή όχι σε σύστημα δημοσίου δικαίου, παρεκκλίνον από το κοινό δίκαιο, καθώς και ανάλογα με το βαθμό και τη μορφή της παρεμβάσεως του κράτους; Πρέπει, επομένως, να αποφευχθούν συγχρόνως οι διαφορές και οι αντιφάσεις που θα συνεπάγονταν ερμηνεία στηριζόμενη σε κριτήρια του εσωτερικού δικαίου, αλλά επίσης να καταβληθεί προσπάθεια ώστε να μην υιοθετηθεί πολύ στενός ορισμός του οποίου η εφαρμογή θα αποδεικνυόταν δυσχερής σε καταστάσεις πολύ διαφορετικές.

Μπορεί, ασφαλώς, να χρησιμοποιηθεί η κλασική αντίληψη της διοίκησης, που είναι συμφυής με το «κράτος — δημόσια εξουσία», κάνοντας δεκτό ότι, σε κάθε κρατική οργάνωση η δικαιοσύνη, η αστυνομία, η άμυνα, η επιβολή και η είσπραξη φόρων, για παράδειγμα, υπάγονται, κατά πρώτον, στην έννοια της δημόσιας διοίκησης, εν αντιθέσει προς τις βιομηχανικές και εμπορικές δημόσιες υπηρεσίες, που είναι επιφορτισμένες με την παροχή υπηρεσιών στον πληθυσμό, και διοικούνται τις περισσότερες φορές, σύμφωνα με το ιδιωτικό δίκαιο και που, έτσι, δεν υπάγονται στον ορισμό.

Ποιος όμως δεν αντιλαμβάνεται, μεταξύ αυτών των δύο άκρων, την ύπαρξη πολλών ενδιάμεσων καταστάσεων;

Η ταχυδρομική υπηρεσία προσφέρει ακριβώς ένα τέτοιο παράδειγμα. Αν και, στις περισσότερες χώρες, η υπηρεσία αυτή διασφαλίζεται από κρατική διοίκηση, αν και υπάγεται στους κανόνες της δημόσιας διαχείρισης, αν και κυβερνάται από την αρχή του απορρήτου της αλληλογραφίας, ωστόσο παρουσιάζει σημαντικές όψεις εμπορι-

κής υπηρεσίας και ιδιωτικής διαχείρισης και διαθέτει συχνά, όπως συμβαίνει στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία, οικονομική αυτονομία.

Παρόλον ότι το προσωπικό της περιλαμβάνει δημόσιους υπαλλήλους υπό την στενή έννοια του όρου αυτού, αυτό δεν εμποδίζει να χρησιμοποιεί, για τεχνικά καθήκοντα ή για απλά εκτελεστικά καθήκοντα, αριθμό εργατών και υπαλλήλων των οποίων τα καθήκοντα δεν επιτρέπουν να τους ξεχωρίζουν από εργάτες ή υπαλλήλους που ασκούν ανάλογα καθήκοντα σε ιδιωτικές επιχειρήσεις. Απασχολούνται πράγματι σε θέσεις οι οποίες, παρόλο ότι ανήκουν σε δημόσια διοίκηση, δεν θίγουν τα εθνικά συμφέροντα για τα οποία προβλέφθηκε η εξαίρεση του άρθρου 48, παράγραφος 4.

Επομένως, οι νομικές συνθήκες υπό τις οποίες γίνεται η διαχείριση της εν λόγω υπηρεσίας δεν είναι, καθ' εαυτές, αποφασιστικές.

Ως προς τη φύση της έννομης σχέσης που υφίσταται μεταξύ του υπαλλήλου και της διοίκησης που τον απασχολεί, δεν νομίζω, σε καμιά περίπτωση, ότι παρέχει τη βάση αποφασιστικού κριτηρίου για την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου.

Σε κράτη όπως η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας και η Γαλλία υφίσταται αυτόνομο διοικητικό δίκαιο που χαρακτηρίζεται ιδίως από την εξουσία της διοίκησης να λαμβάνει εκτελεστές αποφάσεις για να κάνει χρήση προνομίων δημόσιας εξουσίας. Η διάκριση μεταξύ, αφενός, των δημοσίων υπαλλήλων που υπάγονται σε κανονισμό και βρίσκονται, έναντι της Διοικήσεως, σε νόμιμη και σύμφωνη με τον κανονισμό υπηρεσιακή κατάσταση και, αφετέρου, των υπαλλήλων των δημοσίων υπηρεσιών βιομηχανικού ή εμπορικού χαρακτήρα, των οποίων οι σχέσεις με τον εργοδότη τους διέπονται από συμβάσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου, έχει κάποιο νόημα κατά το ότι η νομική φύση της εργασιακής σχέσεως καθορίζει το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο για να επιληφθεί των διαφορών που τους αφορούν και συνεπάγεται, επιπλέον, σημαντικές συνέπειες επί της ουσίας του δικαιώματος.

Αντιστρόφως, αυτή η διάκριση νομίζω ότι δεν έχει πραγματική σημασία σχετικά με το άρθρο 48 της Συνθήκης της Ρώμης. Πράγματι, παρόλον ότι είναι δυνατό να υποτεθεί ότι η προβλεπόμενη στην παράγραφο 4 αυτού του άρθρου εξαίρεση θα έπρεπε, κατ' αρχήν, να εφαρμόζεται στους δημόσιους υπάλληλους διότι αυτοί συνήθως είναι επιφορτισμένοι με καθήκοντα που αφορούν, λίγο ή πολύ απευθείας, εθνικά συμφέροντα, συμβαίνει να ανατίθενται σε υπαλλήλους προσλαμβανόμενους με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου καθήκοντα που άπτονται της ίδιας της άσκησης της δημόσιας εξουσίας. Έτσι διευκρινίστηκε ότι ο γερμανός ομοσπονδιακός εντεταλμένος της βιομηχανίας άνθρακα είναι υπάλληλος με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, παρόλον ότι διαθέτει εξουσία λήψεως αποφάσεων που προφανώς εμπίπτει στην εξουσία του κράτους.

Αντιστρόφως, μπορεί άραγε να λεχθεί ότι υπάλληλος συντηρητής ή οδηγός αυτοκινήτου που κατέχει θέση δημόσιου υπαλλήλου σε κεντρική διοίκηση εκτελεί, απλώς και μόνον διότι διέπεται από κανονισμό, καθήκοντα που αφορούν τα συμφέροντα του κράτους ή τα προνόμια της δημόσιας εξουσίας;

Βλέπουμε, επομένως, ότι για την ερμηνεία του άρθρου 48, παράγραφος 4, η έννοια της

απασχολήσεως στη Δημόσια Διοίκηση δεν μπορεί να ορισθεί σε συνάρτηση με τη νομική κατάσταση του κατόχου της θέσεως.

Κοινοτική ερμηνεία, ικανή να επιτρέψει ομοιόμορφη εφαρμογή της προβλεπόμενης από αυτή τη διάταξη εξαίρεσης απαιτεί, επομένως, τη χρησιμοποίηση ουσιαστικών κριτηρίων, αντλούμενων από τα καθήκοντα που συνεπάγεται η κατεχόμενη στη Διοίκηση θέση και από τις δραστηριότητες που πράγματι ασκεί ο κάτοχος αυτής της θέσεως.

Δεν θα αντιταχθεί τότε η εξαίρεση παρά μόνον αν αυτός κατέχει εξουσία λήψεως αποφάσεων έναντι των ιδιωτών ή αν η δραστηριότητά του επηρεάζει τα εθνικά συμφέροντα και, κατά πρώτο λόγο, τα συμφέροντα που αφορούν την εσωτερική ή εξωτερική ασφάλεια του κράτους.

Συνεπώς, στον εθνικό δικαστή εναπόκειται να εφαρμόσει αυτά τα κριτήρια στις συγκεκριμένες περιπτώσεις που του υποβάλλονται.

II — *Φύση της αποζημίωσης λόγω χωρισμού*

Το δεύτερο ερώτημα που υπέβαλε το ομοσπονδιακό γραφείο εργατικών υποθέσεων αφορά την ερμηνεία του άρθρου 7 του κανονισμού 1612/68. Ο γερμανός δικαστής ερωτά αν η αποζημίωση χωρισμού που καταβάλλεται ως συμπλήρωμα του μισθού αποτελεί μέρος των όρων εργασίας που αφορά αυτό το κείμενο και, ειδικότερα, η παράγραφος 1.

Αυτή η διάταξη αποβλέπει, όπως γνωρίζουμε, στο να διασφαλίσει την ίση μεταχείριση μεταξύ κοινοτικών εργαζόμενων και ημεδαπών εργαζόμενων, όσον αφορά τόσο την πρόσβαση στην προσφερόμενη απασχόληση όσο και τους όρους εργασίας, ιδίως όσον αφορά την αμοιβή, αλλά και, γενικότερα, το σύνολο των στοιχείων που χαρακτηρίζουν την κατάσταση του εργαζόμενου επί του κοινωνικού πεδίου.

Διστάζω καθόλου να δεχθώ ότι η αποζημίωση χωρισμού που προβλέπει η συλλογική σύμβαση της 6ης Ιανουαρίου 1955 και εφαρμόζεται στους εργαζόμενους των ομοσπονδιακών ταχυδρομείων, στην οποία αναφέρεται η γραπτή σύμβαση εργασίας, που συνήφθη μεταξύ του ενάγοντος της κύριας δίκης και της διοικήσεως των ταχυδρομείων, συνιστά κατ' αποκοπήν συμπλήρωμα του μισθού που προορίζεται να αντισταθμίσει τα έξοδα κάθε φύσεως τα οποία συνεπάγεται η ύπαρξη διπλής κατοικίας, οικογενειακής και επαγγελματικής. Εντούτοις, δεν θα συνιστούσε άραγε σφετερισμό της αρμοδιότητας του εθνικού δικαστή με το να του αφαιρεθεί έτσι ο νομικός χαρακτηρισμός αυτής της αποζημίωσης που έχει θεσπίσει ο ομοσπονδιακός νόμος της 8ης Απριλίου 1964 περί των εξόδων μετακομίσεως και που έχει προσαρμοσθεί με τη συλλογική σύμβαση στην υπηρεσιακή κατάσταση των υπαλλήλων των ταχυδρομείων;

Εν πάση περιπτώσει, οι κατευθύνσεις της νομολογίας που απαντώνται στις αποφάσεις του δικαστηρίου της 15ης Οκτωβρίου 1969 (υπόθεση 15/69, Ugliola, Recueil 1969, σ. 369) και της 13ης Δεκεμβρίου 1972 (υπόθεση 47/72, Marsman, Recueil 1972, σ. 1248) επιτρέπουν να θεωρηθεί ότι η καταβολή αποζημιώσεως χωρισμού αποτελεί, ασφαλώς, μέρος των «όρων εργασίας» κατά την ευρύτερη έννοια αυτής της έκφρασης.

Επομένως, η απάντηση στο δεύτερο ερώτημα πρέπει να είναι καταφατική.

III — *Διάκριση ανάλογα με την κατοικία*

Τόσο το άρθρο 48, παράγραφος 2, της συνθήκης όσο και το άρθρο 7 του κανονισμού του Συμβουλίου 1612/68 απαγορεύουν, στον τομέα των όρων απασχολήσεως και εργασίας, κάθε διάκριση λόγω ιθαγένειας. Αυτές οι διατάξεις ευχερώς εφαρμόζονται όταν η διαφορά μισθού προέρχεται ρητώς και απευθείας από ρήτρα ιθαγένειας.

Όμως, η διάκριση μπορεί να είναι κεκρυμμένη ή συγκεκαλυμμένη. Αυτό συμβαίνει ιδίως όταν, χωρίς να αναφέρει την ιθαγένεια, ο νόμος ή η εσωτερική κανονιστική ρύθμιση εξαρτά τη χορήγηση παροχών ή πλεονεκτημάτων που συνδέονται με την απασχόληση από κριτήρια που συνδέονται, για παράδειγμα, με την καταγωγή, τον τόπο γεννήσεως ή τη συνήθη κατοικία στο εθνικό έδαφος, κατά τέτοιο τρόπο ώστε στην πράξη το ευεργέτημα αυτών των πλεονεκτημάτων παρέχεται μόνο στους ημεδαπούς και δεν μπορεί, εκτός εξαιρέσεων, να χορηγηθεί στους εργαζόμενους υπαλλήλους των άλλων κρατών μελών.

Δεν πρέπει, σε τέτοιες περιπτώσεις, που βαίνουν πέραν των φαινομένων, να επιβληθούν κυρώσεις στην παραβίαση της ίσης μεταχειρίσεως που μπορεί να συγκριθεί με πραγματική κατάχρηση εξουσίας κατά την έννοια του κοινοτικού δικαίου;

Αυτό ορίζει, στον τομέα της πρόσβασης στην απασχόληση και της άσκησής της, το άρθρο 3 του κανονισμού 1612/68 αναφέροντας ότι δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις ή διοικητικές πρακτικές οι οποίες «αν και εφαρμόζονται ανεξαρτήτως ιθαγενείας έχουν ως αποκλειστικό ή κύριο σκοπό ή αποτέλεσμα να αποκλείουν τους υπηκόους των άλλων κρατών μελών από την προσφερόμενη απασχόληση». Και το άρθρο 7, παράγραφος 4, αναφέροντας ότι είναι αυτοδικαίως άκυρη κάθε ρήτρα συλλογικής ή ατομικής συμβάσεως «κατά το μέτρο που προβλέπει ή επιτρέπει όρους που εισάγουν διακρίσεις έναντι των εργαζομένων υπηκόων άλλων κρατών μελών».

Διότι πράγματι αυτό είναι το περιεχόμενο του τρίτου και τελευταίου ερωτήματος που υποβάλλει το ομοσπονδιακό δικαστήριο εργατικών διαφορών. Ζητείται πράγματι από το Δικαστήριο αν το άρθρο 7, παράγραφοι 1 και 4, του κανονισμού 1612/68 έχει την έννοια ότι απαγορεύει, όχι μόνο τη διαφορετική μεταχείριση εργαζόμενου λόγω του ότι είναι υπήκοος άλλου κράτους μέλους, αλλά απαγορεύει και τη διαφορετική του μεταχείριση λόγω του ότι η κατοικία του κείται στο έδαφος άλλου κράτους μέλους.

Θεωρητικά, επιβάλλεται καταφατική απάντηση υπό τον όρο ότι το κριτήριο διακρίσεως από το οποίο εξαρτάται η χορήγηση του εξεταζόμενου πλεονεκτήματος έχει ως πραγματική συνέπεια να περιάγει τους κοινοτικούς εργαζόμενους σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με τους ημεδαπούς.

Σχετικώς, η απαίτηση της κατοικίας στο έδαφος της χώρας υποδοχής μπορεί να αποτελεί παράγοντα διακρίσεων, όπως έκρινε το Δικαστήριο με την απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1972 (υπόθεση 44/72, Marsman που προαναφέρθηκε) σε σχέση με το ευεργέτημα ειδικών προϋποθέσεων απολύσεως που προβλέπει η γερμανική νομοθεσία και το οποίο δε χορηγήθηκε σε ολλανδό εργαζόμενο μειονεκτούντα διότι, παρόλον ότι εργαζόταν στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία, δεν κατοικούσε εκεί.

Όμως, σ' εκείνη την υπόθεση, η προϋπόθεση της κατοικίας δεν ίσχυε παρά για τους αλλοδαπούς.

Το ερώτημα που υποβάλλεται σήμερα εμφανίζεται υπό διαφορετικούς όρους.

Κατά την εγκύκλιο της 31ης Μαρτίου 1965 του υπουργού εσωτερικών:

παράγραφος 1:

«Οι δημόσιοι υπάλληλοι που διορίστηκαν σε άλλο τόπο από αυτόν της συνήθους κατοικίας τους στη χώρα τους — δηλαδή στην Ομοσπονδιακή Γερμανία — λαμβάνουν αποζημίωση χωρισμού όμοια, ως προς τους όρους χορηγήσεώς της και ως προς το ύψος της, με την αποζημίωση που λαμβάνουν οι δημόσιοι υπάλληλοι που μετατίθενται για υπηρεσιακούς λόγους.»

παράγραφος 2:

«Ο δημόσιος υπάλληλος του οποίου η συνήθης κατοικία βρίσκεται στην αλλοδαπή μπορεί, σε ειδικές περιστάσεις και με τη συναίνεση της προϊσταμένης αρχής, να λάβει αποζημίωση χωρισμού βάσει της παραγράφου 1 όταν η χορήγηση αυτής της αποζημίωσης εξυπηρετεί συμφέρον της υπηρεσίας.»

Την ίδια ημερομηνία, ο υπουργός όρισε το ύψος της αποζημίωσης χωρισμού, στην πρώτη περίπτωση σε 10 DM ημερησίως· στη δεύτερη περίπτωση, το ποσό της ημερήσιας αποζημίωσης που καταβάλλεται στον εργαζόμενο του οποίου η κατοικία βρισκόταν στην αλλοδαπή εξακολουθεί να είναι 7,50 DM.

Η συλλογική σύμβαση των εργαζομένων των ομοσπονδιακών ταχυδρομείων, στην οποία αναφέρεται η σύμβαση εργασίας που συνήφθη μεταξύ του ενάγοντος της κύριας δίκης και της διοικήσεως των ταχυδρομείων, επανέλαβε αυτές τις διατάξεις.

Όπως προκύπτει, άλλωστε, από το σκεπτικό της Διατάξεως περί παραπομπής του Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου εργατικών διαφορών, το σύστημα της αποζημίωσης χωρισμού, που προβλέπεται για τους εργαζόμενους, που έχουν, κατά την πρόσληψή τους, τη συνήθη κατοικία τους στην αλλοδαπή και που διατήρησαν αυτή την κατοικία, εφαρμόζεται ανεξαρτήτως και στους γερμανούς υπηκόους και τους αλλοδαπούς υπηκόους.

Τέλος, εργαζόμενοι που διορίζονται, κατά την πρόσληψή τους, σε τόπο διαφορετικό από τον τόπο της συνήθους κατοικίας τους στη Γερμανία έχουν, όπως οι εργαζόμενοι που μετατίθενται αυτεπαγγέλτως προς το συμφέρον της υπηρεσίας, την υποχρέωση να αναζητήσουν νέα κατοικία πλησίον του τόπου εργασίας· κατά συνέπεια, διακόπτεται η καταβολή της αποζημίωσης χωρισμού μόλις εκπληρώσουν αυτή την υποχρέωση της μετακόμισης και, το αργότερο, δύο έτη μετά την πρόσληψή τους.

Αντιθέτως, αυτοί που προσελήφθησαν ενώ η συνήθης κατοικία τους βρισκόταν στην αλλοδαπή δεν έχουν αυτή την υποχρέωση μετακομίσεως και μπορούν να συνεχίσουν να λαμβάνουν την αποζημίωση χωρισμού καθ' όλη τη διάρκεια της προσλήψεώς τους.

Όπως βλέπουμε, πρόκειται περί δύο διαφορετικών συστημάτων που αντιστοιχούν σε διαφορετικές καταστάσεις. Και, η διαφορετική μεταχείριση διαφορετικών καταστάσεων δεν επιτρέπει να συναχθεί αναγκαστικά το συμπέρασμα ότι υφίσταται διάκριση (απόφαση της 17ης Ιουλίου 1963, υπόθεση 13/63, Ιταλική Κυβέρνηση κατά Επιτροπής, Recueil 1963, σ. 360).

Όπως έλεγε ο γενικός εισαγγελέας Lagrange σχετικά με την τελευταία αυτή υπόθεση:«η αντίληψη της σχετικότητας που χαρακτηρίζει την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων έχει γενικό χαρακτήρα· την ανευρίσκομε, για παράδειγμα, στον κοινωνικό τομέα...» (βλ. επίσης απόφαση της 13ης Ιουνίου 1972, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 9/71 και 11/71, Compagnie d'Approvisionnement κατά Επιτροπής, Recueil 1972, σ. 392).

Παρόλον ότι, στην πλειοψηφία των περιπτώσεων, το σύστημα χορηγήσεως αποζημιώσεως που στηρίζεται στην ύπαρξη συνήθους κατοικίας στην αλλοδαπή δεν εφαρμόζεται, στην πραγματικότητα, παρά στους αλλοδαπούς υπηκόους, αυτό δεν αρκεί για να αποδείξει την ύπαρξη δυσμενούς διακρίσεως απαγορευόμενης από το κοινοτικό δίκαιο.

Στο μέτρο που το εν λόγω σύστημα διασφαλίζει σε ορισμένους διακινούμενους το ευεργέτημα της αποζημίωσης χωρισμού κατά τρόπο σχεδόν διαρκή, χωρίς την υποχρέωση να μεταφέρουν την οικογενειακή τους κατοικία στο χώρο της εργασίας, τους παρέχει, αντιθέτως, ορισμένο πλεονέκτημα σε σχέση με τους γερμανούς ή αλλοδαπούς εργαζόμενους, των οποίων η κατοικία, κατά την πρόσληψή τους, βρισκόταν σε γερμανικό έδαφος.

Φρονώ, επομένως, ότι αυτό το σύστημα, που παρέχει δίκαιη λύση στην υπηρεσιακή κατάσταση των διακινούμενων εργαζόμενων οι οποίοι, για οικογενειακούς λόγους, δεν μετέφεραν τη συνήθη κατοικία τους στη Γερμανία, δεν συγκαλύπτει καμία δυσμενή νομική ή πραγματική διάκριση.

Εντούτοις, δεν παρίσταται ανάγκη να λάβει θέση το Δικαστήριο επ' αυτού του σημείου.

Στο υποβληθέν ερώτημα είναι αρκετό να δοθεί η απάντηση ότι, παρόλον ότι μπορεί να προκύψει παραβίαση της ίσης μεταχειρίσεως, την οποία προβλέπουν το άρθρο 48, παράγραφος 2, και το άρθρο 7, παράγραφος 1, του κανονισμού 1612/68, από εθνική κανονιστική ρύθμιση που θα προέβαινε, όσον αφορά τους όρους εργασίας, σε διάκριση βασιζόμενη, όχι στην ιθαγένεια, αλλά στον τόπο της κατοικίας του εργαζόμενου κατά την πρόσληψή του, υπό τον όρο ότι στην πραγματικότητα προκύπτει από μια τέτοια κανονιστική ρύθμιση ότι οι εργαζόμενοι υπήκοοι των άλλων κρατών μελών περιάγονται σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με τους ημεδαπούς εργαζόμενους, εναπόκειται, ωστόσο, στον εθνικό δικαστή να εκτιμήσει αν η εν λόγω κανονιστική ρύθμιση συνεπάγεται μια τέτοια διάκριση ή αν, αντιθέτως, η διαφορετική μεταχείριση δικαιολογείται αντικειμενικά από σκέψεις που δεν ενέχουν διακρίσεις.

Εν συμπεράσματι προτείνω να δοθεί στα υποβληθέντα από το Ομοσπονδιακό Δικαστήριο εργατικών διαφορών απάντηση κατά την έννοια που επισήμανα.