

## LAISVAS DARBUOTOJŲ JUDĖJIMAS IR VALSTYBĖS TARNYBOS IŠIMTIS

**Doktorantė Inga Daukšienė**

Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Tarptautinės teisės katedra  
Ateities g. 20, LT–08303 Vilnius  
Telefonas 271 46 69  
Elektroninis paštas tek@mruni.lt

*Pateikta 2005 m. gegužės 2 d.*

*Parengta spausdinti 2005 m. rugsėjo 12 d.*

*Pagrindinės sąvokos:* laisvas darbuotojų judėjimas, darbas valstybės tarnyboje, viešųjų funkcijų atlikimas, tiesioginis arba netiesioginis dalyvavimas atliekant viešąsias funkcijas, bendrųjų valstybės interesų apsauga.

### S a n t r a u k a

Šio straipsnio tyrimo objektas – valstybės tarnybos išimtis, taikoma laisvam darbuotojų judėjimui pagal EB sutarties 39 str. 4 d.

Darbe keliamas tikslas atskleisti valstybės tarnybos, kaip vienos iš laisvam darbuotojų judėjimui taikomų išimčių, sampratą. Šiuo tikslu yra nagrinėjama valstybės tarnybos išimties teleologinė reikšmė, stengiamasi pagrįsti Bendrijos kompetenciją aiškinti aptariamą normą, analizuojami institucinis ir funkcinis valstybės tarnybos išimties aiškinimo metodai bei argumentai, pagrindžiantys funkcinio metodo taikymo aiškinant valstybės tarnybos išimties sampratą būtinybę. Taip pat stengiamasi atskleisti darbo valstybės tarnyboje kriterijų – viešųjų funkcijų atlikimas ir valstybės interesų apsauga turinį ir praktinius taikymo aspektus.

Analizuojant minėtus klausimus yra remiamasi ETT jurisprudencija, pateikiama valstybių narių bei kai kurių EB institucijų pozicija valstybės išimties aiškinimo klausimais, analizuojama ES teisės doktrinos specialistų nuomonė.

### I v a d a s

Laisvas darbuotojų judėjimas – vienas iš Europos Bendrijos (toliau tekste – EB) vidaus rinkos elementų, sukuriantis bendrą Europos Sąjungos (toliau tekste – ES) darbo rinką. Tačiau ES darbo rinkos liberalizacija nėra absoliuti. Europos Bendrijos sutarties (toliau tekste – EB sutartis) 39 str. 4 d. numatyta išlyga dėl valstybės tarnybos, leidžianti valstybėms narėms atitinkamą valstybėms svarbią sritį rezervuoti savo piliečiams.

Pastaruoju metu pasigirsta nuomonių, kad valstybės tarnybos išimties taikymas laisvame darbuotojų judėjime nebeatitinka ES pilietybės koncepcijos ir dabartinio ES integracijos lygio. Vis dėlto nuomonė atsisakyti šios išimties šiandien atrodo dar per drąsi, tačiau būtinybė reformuoti valstybės tarnybos išimtį darosi akivaizdi.

Europos Sąjungos teisė pasižymi dideliu dinamiskumu – pastarųjų metų įvykiai tai akivaizdžiai patvirtina. Tačiau EB sutarties 39 str. 4 d. nepalietė nei pirmosios EB reformos (Vieningas Europos Aktas (1986 m.), Maastrichto sutartis (1992 m.), Amsterdamo sutartis (1997 m.)), nei paskutinė 2001 m. Nicos sutarties reforma. Sutarties dėl Europos Sąjungos Konstitucijos projektas taip pat iš esmės orientavosi į Europos Sąjungos institucinius pakeitimus ir laisvo darbuotojų judėjimo srityje jokių pakeitimų nepadarė.

Kalbant apie EB sutarties 39 str. 4 d. reformos būtinybę reikėtų turėti omenyje, kad, skirtingai nei EB sutarties 39 str. 1–3 d., minima norma nėra konkretizuojama Europos Bendrijų institucijų priimtuose teisės aktuose. EB sutarties 39 str. 1–3 d., numatančios atskiras darbuotojo teises bei jų ribojimą, re-

miantis viešosios tvarkos išlyga yra detalizuojamos EB reglamentuose bei direktyvose, kurie Europos Komisijos iniciatyva buvo ne kartą keičiami. Todėl EB sutarties 39 str. 4 d. statiškas daug kam kelia abejonių. Europos Komisijos ne vieną kartą reikšta kritika dėl šios išimties „antikinio pobūdžio“ nesulaukė reikiamo valstybių narių atgarsio. Todėl peršasi išvada, kad valstybės tarnybos išimties laisvame darbuotojų judėjime taikymo ribos priklausys nuo tolesnio ES politinio vystymosi ir ES pilietybės koncepcijos.

### **Išlygos dėl valstybės tarnybos laisvo darbuotojų judėjimo tikslai**

Išimties taškas aiškinant valstybės tarnybos išimtį turėtų būti šios normos teleologinė prasmė, t. y. kokių tikslų ši išimtis buvo įtraukta į EB sutarties 39 str.

Atsakant į šį klausimą visų pirma reikėtų turėti omeny Europos Sąjungos viršnacionalinį pobūdį. Valstybės narės siekdamas bendrų tikslų perduoda tam tikras savo suverenias teises Europos Sąjungai, tačiau tai jokia būdu nereiškia, kad valstybės narės praranda savo suverenitetą. Nors šiuo metu vis mažiau sričių lieka išimtinė valstybių kompetencija, tačiau aišku, kad tam tikros sritys, turinčios ypatingą valstybinį pobūdį (pvz., valstybių vidaus organizavimas, nacionalinis identitetas, nacionalinė karinė struktūra, nacionalinis viešasis administravimas) yra išimtinė valstybių kompetencija ir ES joms jokio poveikio negali daryti. Todėl nieko nuostabaus, kad kuriant bendrą darbo rinką, į ją buvo įtraukta valstybiškai svarbi sritis – tarnyba viešajame sektoriuje. Šios nuostatos įtraukimas į Sutartį remiasi prielaida, kad valstybės interesai geriausiai gali būti apsaugoti, kai tam tikras užduotis, esmines valstybės funkcionavimo požiuūriu, atliks tos valstybės piliečiai.

Šios idėjos ištakos siekia XIX a., kai buvo plačiai reiškiamos nacionalizmo idėjos [1, p. 90]. Valstybės tarnybos rezervavimas savo piliečiams turi tam tikrą imanentinį pobūdį, t. y. egzistuoja tam tikras nacionalinis mąstymas, reiškiantis nepasitikėjimą svetimšaliais. Manoma, kad užsienietis, nors ir elgiasi lojalai valstybės atžvilgiu bei gerbia valstybės įstatymus, tačiau kelia potencialų pavojų, kadangi jis gali bandyti išvengti atsakomybės dėl savo neteisėto elgesio pabėgdamas į savo pilietybės valstybę [2, p. 21]. Be to, teigiama, kad kadangi viešųjų funkcijų atlikimas dažniausiai siejasi su privalomų sprendimų asmenims priėmimu, tai asmeniui nebūtų jauku paklusti ir vykdyti užsieniečio įsakymus [3, p. 69].

Siekiant apsaugoti valstybės suverenitetą, kuris yra suprantamas kaip aukščiausia valdžia valstybės viduje ir valstybės nepriklausomybė nuo kitų valstybių, svarbiausius valstybinius reikalus galima patikėti tik savo piliečiams, iš kurių tikimasi ypatingo lojalumo ir ištikimybės savo valstybei [4, p. 53].

Kitas argumentas – tai valstybiniai saugumo interesai [4, p. 49]. Dažnai darbas valstybės tarnyboje yra susijęs su svarbių valstybei dokumentų, taip pat su dokumentų, sudarančių valstybės paslaptį, naudojimu, kurių neteisėtas perdavimas kitiems asmenims ar kitai valstybei gali kelti grėsmę valstybės saugumui. Šis argumentas vėl gi siejasi su nepasitikėjimu svetimšaliais kaip potencialiai keliančiais grėsmę valstybės saugumui.

Literatūroje išskiriamas ir ekonominis valstybės tarnybos išimties įtvirtinimo aspektas [3, p. 97]. Valstybės yra suinteresuotos kai kurias darbo vietas rezervuoti savo piliečiams ir taip apsaugoti juos nuo kitų valstybių piliečių konkurencijos. Valstybėse, kuriose egzistuoja didelės užimtumo problemos, šis argumentas yra ypač svarbus. Tačiau turint omeny, kad valstybės tarnybos sritis pagal joje dirbančių valstybės tarnautojų skaičių nėra gausi (statistikos duomenimis, 1989 m. Europos Bendrijoje valstybės tarnyboje dirbo apie 17 proc. darbuotojų) [1, p. 97], Bendrijai šis argumentas nėra toks svarbus [5, p. 137].

Kyla klausimas, ar siekiant pagrįsti EB sutarties 39 str. 4. d. reikalingumą, šiandieninėje Europos Sąjungoje galima remtis minėtais valstybės tarnybos išimties įtvirtinimo tikslais. Literatūroje pasigirsta nuomonių, kad tokie argumentai kaip nacionalinio mąstymo suformuotas nepasitikėjimas svetimšaliais, baimė, kad užsienietis gali bandyti išvengti atsakomybės pabėgdamas į savo pilietybės valstybę, baimė, kad užsienietis nebus pakankamai lojalus kitai valstybei, ir dėl to gali kilti grėsmė valstybės suverenitetui ar jos saugumui, neturi racionalaus pagrindo ir šiandieninėje Europos Sąjungoje nėra tinkami [7, p. 129].

Šiandieninė Europos Sąjunga jau nėra valstybių narių sąjunga ekonominiams tikslams pasiekti, o kur kas daugiau. Lemiamą reikšmę kalbant apie valstybės tarnybos išimties pagrįstumą šiandieninėje Europoje turi Europos Sąjungos pilietybės koncepcija, kurios pagrindinė idėja yra „piliečių Europos“ sukūrimas, kurioje būtų panaikinti nacionaliniai trukdžiai ES piliečiams ne tik dirbti, įsikurti (steigimosi teisė) ar teikti paslaugas, bet ir laisvai judėti bei apsigyventi bet kurioje ES valstybėje nesiekiant ekonominių tikslų.

Europos Sąjungos valstybės narės<sup>1</sup> gana ilgą laiką sunkiai pripažino Europos Komisijos raginimus kuo plačiau atverti valstybės tarnybą kitų valstybių narių piliečiams. Tačiau vertinant paskutinę ETT jurisprudenciją EB sutarties 39 str. 4 d. atžvilgiu, galima pastebėti, kad valstybės narės jau yra linkusios

<sup>1</sup> Turiu omeny ES valstybes nares iki paskutinio ES plėtos etapo 2004 m. gegužės 1 d.

traktuoti valstybės tarnybos išimtį kuo siauriau, ir tai atsispindi valstybių nacionalinės teisės nuostatose [18, 19]. Iš esmės tik ypatingos valstybinės reikšmės pareigybės, tokios kaip valstybės vadovo, vyriausybės vadovo, ministrų, teisėjų, diplomatų, karinių pajėgų vado, yra rezervuotos saviems piliečiams. Vokietijoje, pavyzdžiui, apribojimai taikomi tik Prezidento bei Kanclerio, Federalinio parlamento administracijos, taip pat kariuomenės pareigūnams bei pareigoms, susijusioms su šalies atstovavimu užsienyje; Olandijoje – policijos, karinių pajėgų, teisėjų korpuso, diplomatinių tarnybų pareigybėms; Suomijoje – aukštesnio rango pareigoms ministerijose, diplomatiame korpuse, gynybos ministerijoje, karinėse pajėgose, sienos apsaugos tarnyboje bei teisėjų korpuse [7, p. 30–36].

### **Valstybės tarnybos samprata Nacionalinis ir Bendrijos normos aiškinimas**

Kaip minėta, EB sutarties 39 str. 4 d., nustatanti valstybės tarnybos išimtį, nėra detalizuojama EB institucijų priimtuose teisės aktuose. Kadangi ES pirminės teisės nuostatos nepateikia jokio šios normos aiškinimo, tai pagrindinis krūvis nustatant valstybės tarnybos išimties sampratą bei taikymo ribas tenka Europos Teisingumo Teismui. Todėl siekiant atsakyti į klausimą, kas yra valstybės tarnyba EB teisės prasme, reikia išsamios ETT jurisprudencijos dėl 39 str. 4 d. aiškinimo analizės.

Pirmą kartą su EB sutarties 39 str. 4 d. aiškinimu ETT susidūrė 1974 m. *Sotgiu* [20] byloje. Šioje byloje Teismas nepateikė valstybės tarnybos sąvokos, tačiau nustatė kelis esminius principus, taikomus aiškinant minimą normą, kuriais vadovavosi ir vėlesnėse bylose.

Visų pirma Teismas pažymėjo, kad valstybės tarnybos sampratos EB sutarties 39 str. 4 d. prasme aiškinimas yra Bendrijos, o ne nacionalinė valstybių narių kompetencija.

Tačiau valstybės narės, atkreipdamos dėmesį į valstybių suverenitetą, tuo metu pritarė nacionaliniam EB sutarties 39 str. 4 d. aiškinimui. Valstybių nuomone, kadangi valstybės tarnyba yra palikta išimtinai valstybių kompetencijai, o tai siejasi su valstybės tarnybos svarba valstybės suverenitetui bei valstybės saugumo užtikrinimui, tik pati valstybė gali nustatyti, koks darbas yra laikomas valstybės tarnyba [3, p. 61–62].

Tokiai valstybių narių pozicijai pritarė ir Europos Parlamentas, kurio nuomone, Bendrija turi apsiriboti tik valstybės tarnybos nacionalinio aiškinimo kontrole [3, p.60].

Šiuo metu valstybių narių, taip pat Europos Parlamento nuomonės šiuo klausimu yra smarkiai pasikeitusios. Tokią išvadą galime daryti remdamiesi naujausia ETT jurisprudencija [18; 19]. Taip pat ir literatūroje iš esmės yra prieita prie vienos nuomonės, kad valstybės tarnybos išimties aiškinimas priklauso Bendrijos kompetencijai ir turi būti suprantamas kuo siauriau [1, p. 287].

Šios pozicijos išeities taškas – EB teisės vienodumas ir autonomija, išplaukianti iš Bendrijos viršnacionalinio pobūdžio. Kadangi ES teisės aktų hierarchijos prasme yra viršesnė už valstybių narių nacionalinę teisę, Europos Bendrijos steigimo sutarčių nuostatų aiškinimas turi būti paliktas Bendrijos kompetencijai. Be to, nereikia užmiršti, kad kalbama apie išimtį, kuri taikoma vieno iš svarbiausių Bendrijos principų atžvilgiu, todėl valstybės suvereniteto argumentas čia būtų nepakankamas.

Jei būtų pripažintas nacionalinis valstybės tarnybos išimties aiškinimas, tai susidurtume su skirtingu Bendrijos teisės taikymu. Išanalizavę daugelio valstybių narių nacionalines teisės normas dėl valstybės tarnybos, galime nesunkiai pastebėti, kad valstybės tarnyba įvairiose valstybėse narėse suprantama labai skirtingai. Pavyzdžiui, Vokietijoje valstybės tarnyboje dirba 18 proc. visų darbuotojų, Portugalijoje – 7, o Danijoje – net 30 proc. [8, p. 33]. Jau vien šie skaičiai rodo, kad tam tikras darbas vienoje valstybėse narėse yra laikomas valstybės tarnyba, kitose tas pats darbas gali būti priskiriamas privačiam sektoriui. Taigi jei nebus nustatyti bendri kriterijai, koks darbas turi būti laikomas valstybės tarnyba, Sąjungos piliečiai neturės vienodų galimybių įsidarbinti ne savo pilietybės valstybėje narėje, o tai prieštarautų EB sutartyje numatytiems tikslams.

### **Funkcinis ir institucinis valstybės tarnybos aiškinimo metodai**

Ilgą laiką EB teisės doktrinoje ir tarp valstybių narių buvo diskutuojama, ar valstybės tarnybos išimtis turi būti suprantama institucine, ar funkcinė prasme.

Jeigu traktuotume valstybės tarnybos išimtį institucine prasme, tai daugelis veiklos sričių, kurios teleologine prasme nedarą įtakos valstybinių sprendimų priėmimui ar jų įgyvendinimui, būtų išbrauktos iš laisvo darbuotojų judėjimo. Gana paradoksalu, tačiau institucinė valstybės tarnybos išimtis reikštų, kad, pavyzdžiui, valytojos ar elektriko darbas valstybinėje institucijoje patektų į aptariamą teisės normos taikymo sritį. Tuo tarpu pripažinus funkcinį valstybės tarnybos aiškinimo metodą, atitinkamo darbo pri-

skyrimas valstybės tarnybos išimčiai priklauso nuo atliekamų funkcijų pobūdžio ir jų svarbos valstybės suverenitetui ir valstybės saugumui.

*Sotgiu* [20] byloje Teismas pažymėjo, kad EB sutarties 39 str. 4 d. turi būti suprantama kuo siauriau, o tai suponuoja funkcinių valstybės tarnybos išimties aiškinimo metodą. Tai reiškia, kad tik atitinkamas darbas valstybės tarnyboje gali būti rezervuotas vietos valstybės piliečiams, todėl kiekvienu atveju svarbu nustatyti, kokias funkcijas konkretus asmuo atlieka. *Sotgiu* byloje Vokietijos federalinio pašto tarnautojo pareigoms, anot ETT, negalima taikyti EB sutarties 39 str. 4 d.

Ilgą laiką EB valstybės narės kritiškai vertino ETT suformuluotą funkcinių valstybės aiškinimo metodą. Dauguma valstybių buvo linkusios valstybės tarnybos sritį palikti visiškai uždara kitų valstybių piliečiams. Pagrindiniai argumentai, pagrindžiantys institucinį valstybės tarnybos išimties aiškinimo kriterijų, remiasi gramatiniu ir sisteminiu teisės normos aiškinimo metodu. Vokiečių autorius H. Lecheleris teigia, kad EB sutarties 48 str. 4 d. (dabartinis 39 str.) formuluotė „tarnyba valstybiniame sektoriuje“ suponuoja nuomonę, kad išimtis turi būti suprantama plačiaja, t. y. institucine, prasme [5, p. 29]. Vadovaujantis sisteminiu teisės normos aiškinimo metodu remiamasi EB sutarties 45 str. 1 d. (steigimosi laisvė) ir 55 str. 1 d. (paslaugų teikimo laisvė). Pagal šias normas, steigimosi bei paslaugų teikimo laisvės nuostatos netaikomos veiklai, kuri yra susijusi su viešųjų funkcijų atlikimu. Taigi, anot vokiečių autorių I. Hochbaumo ir C. Eiselsteino, skirtingos normų formuluotės yra vartojamos neatsitiktinai, o siekiant pabrėžti, kad EB sutarties 39 str. 4 d. nustato institucinę, o EB sutarties 45 str. 1 d. ir 55 str. – funkcinę išimtį [9, p. 29].

Vis dėlto dauguma autorių vieningai sutaria, kad EB sutarties 39 str. 4 d. turi būti traktuojama funkcine prasme. Tokios pozicijos išeities taškas – normos teleologinė reikšmė, t. y. aiškinant valstybės tarnybos išimtį reikėtų orientuotis į tikslus, kurių siekiama šia išimtimi (apie tai 2–3 p.). Taigi, anot autorių H. Eschmanno [3, p. 67–68], Kay Hailbronner [6, p. 129–131], Jörg Rösing [1, p. 255–256] ir kt., EB sutarties 39 str. 4 d. įtvirtinimo tikslai parodo, kad vietos valstybės narės piliečiams gali būti rezervuotas tik toks darbas, kuris valstybei yra svarbus valstybine ir saugumo prasme.

Taip pat reikia turėti omeny, kad minima išimtis taikoma vieno iš esminių Bendrijos teisės principo (laisvo darbuotojų judėjimo) atžvilgiu, todėl išimties aiškinamas turi būti kuo siauresnis ir kiek įmanoma labiau atspindėti Bendrijos vidaus rinkos interesus.

## Valstybės tarnybos išimties aiškinimo kriterijai

1979 m. byloje *Komisija/Belgija* [21] ETT bandė atskleisti valstybės tarnybos sampratos turinį, suformuluodamas du esminius valstybės tarnybos išimties aiškinimo kriterijus:

- tiesioginis ar netiesioginis dalyvavimas vykdant viešąsias funkcijas;
- darbas, susijęs su valstybės interesų apsauga.

Literatūroje iš esmės yra pritariama Teismo suformuluotiems valstybės tarnybos išimties kriterijams [10, p. 3; 11, p. 1231; 12, p. 11; 13, p. 225]. Tačiau kartu reiškiamas kritika dėl nepakankamo šių kriterijų detalizavimo [1, p. 287]. ETT aptariamų kriterijų turinio iš esmės nesukonkretino nei *Komisija/Belgija* byloje [21], nei vėlesnėse bylose, o juos aiškino atsižvelgdamas į konkrečios situacijos specifiką. Tokia Teismo pozicija yra kritikuojama, kadangi valstybėms dažnai nėra pakankamai aišku, ar atitinkamoms pareigoms, kurios ETT nebuvo nagrinėtos, gali būti taikoma minima išimtis. Tačiau kita vertus galima teigiamai vertinti ETT poziciją ta prasme, kad Teismas nustato bendruosius teisės normos aiškinimo principus ir palieka platesnę erdvę tolesnei ETT jurisprudencijai, kadangi tai atitinka Europos Sąjungos dinaminį pobūdį.

Kadangi ETT jurisprudencijoje valstybės tarnyba nėra pakankamai konkretizuota, literatūroje autoriai daug dėmesio skiria ETT suformuluotų darbo valstybės tarnyboje kriterijų aiškinimui. Visų pirma, remiantis ETT suformuluotais valstybės tarnybos aiškinimo principais bei argumentais konkrečiose bylose, bandoma paaiškinti tokias sąvokas kaip „viešosios funkcijos“, „**tiesioginis** ir **netiesioginis** viešųjų funkcijų atlikimas“, „valstybės interesų apsauga“ ir kitas. Taip pat literatūroje diskutuojama, ar ETT nustatyti valstybės tarnybos kriterijai (viešųjų funkcijų atlikimas ir valstybės interesų apsauga) yra abu būtini, ar gali būti taikomi alternatyviai. Pastarasis klausimas diskusijų objektu iš esmės tapo dėl to, kad ETT sprendimų formuluotėse tam tikrais atvejais juos vartoja alternatyviai (arba/arba) o kartais, vartodamas formuluotę ir/ir, suponuoja nuomonę, kad abu minėti kriterijai būtini nustatant valstybės tarnybos išimtį.

## Tiesioginis ar netiesioginis dalyvavimas vykdant viešąsias funkcijas Viešosios funkcijos

Viešųjų funkcijų atlikimas – pagrindinis valstybės tarnybos išimties kriterijus [1, p. 290; 10, p. 3; 11, p. 1231; 13, p. 225; 14, p. 390; 15, Rn. 59 ff].

Vadovaujantis ETT jurisprudencija bei ES doktrina galima teigti, kad kalbant apie viešųjų funkcijų atlikimą pirmiausia reikia turėti omeny subordinacinių santykių būtinybę [1, p. 295]. Subordinacijos, arba pavaldumo, santykiai turi pasireikšti tarp valstybės valdymo institucijos ir piliečio.

Vokiečių autorius H. Eschmannas teigia, kad viešųjų funkcijų atlikimas apima du elementus [3, p. 90]:

1. privalomų sprendimų piliečiams priėmimą,
2. visuomenės gyvenimo reguliavimą.

Kalbant apie privalomų sprendimų piliečiams priėmimą, reikia pabrėžti, kad tokie sprendimai turi išplaukti iš valstybės kompetencijos. Byloje *Komisija/Prancūzija* [22] generalinis advokatas Mancini pateikė nuomonę, kad EB sutarties 39 str. 4 d. turi būti taikoma, jei valstybės tarnautojas priima valinius teisės aktus, kurie yra privalomi piliečiams (piliečiui) ir kurie reikalauja iš piliečio atitinkamo paklusnumo, ir jei pilietis nepaklūsta, sprendimų vykdymas užtikrinamas valstybės prievarta. Klasikiniai pavyzdžiai čia galėtų būti policija, teisminė valdžia, mokesčių inspekcija.

Iš ETT jurisprudencijos [21; 23] išplaukia išvada, kad jei valstybė tam tikras savo funkcijas gali perduoti privatiems asmenims, tai preziumuojama, kad tokių funkcijų atlikimas nėra tiek valstybiškai svarbus, t. y. negali pažeisti valstybės suvereniteto bei sukelti grėsmės valstybės saugumui, todėl gali būti atliekamas ir kitų valstybių narių piliečių. Kitaip tariant, kalbama apie tokias funkcijas, kurių atlikimas išimtinai siejamas tik su valstybe ir kurių perleidimas privatiems asmenims nebūtų suderinamas su valstybės suverenitetu. Klasikiniai pavyzdžiai čia galėtų būti valstybės užsienio politika arba jos gynybos politika. Atvejai, kai valstybė tam tikras savo teises suteikia privatiems asmenims, yra gana dažni, pavyzdžiui, tokios sritys kaip vandens, dujų, elektros tiekimas, oro, vandens transportas, telekomunikacijos, televizija ir kt. gali būti priskiriamos ir privačiam sektoriui. Bet kokiu atveju darbas privačiame sektoriuje negali patekti į EB sutarties 39 str. 4 d. taikymo sritį, nes tai prieštarautų šios normos teleologinei prasmei [3, p. 93].

Iš paskutinės ETT jurisprudencijos plaukia išvada, kad viešųjų funkcijų atlikimas turi sudaryti esminę asmens pareigų dalį, t. y. viešųjų funkcijų atlikimas negali būti epizodinis ar pasireikšti tik išimtiniais atvejais [18; 19]. 2003 m. ETT byloje Nr. C-405/01 [18] buvo sprendžiamas klausimas, ar jūros prekybinio laivo, plaukiojančio su valstybės vėliava, kapitono ir jo pavaduotojo pareigoms gali būti keliamas laivo vėliavos valstybės pilietybės reikalavimas. Remiantis Ispanijos nacionaline teise buvo nurodyta, kad šios pareigos siejasi su viešųjų funkcijų atlikimu (laivo vadas turi užtikrinti tvarką ir saugumą laive ir esant reikalui gali imtis atitinkamų prievartos priemonių, būdingų policijos funkcijoms, taip pat atlikti notaro funkcijas: registruoti gimimą, mirties atvejį, patvirtinti testamentą). Kitaip tariant, valstybė suteikia atitinkamas viešąsias funkcijas laivo kapitonui, kadangi pati jų realizuoti negali. ETT nusprendė, kad mažo ar vidutinio dydžio laivo, kuris plaukioja netoli valstybės krantų, kapitonas viešąsias funkcijas atlieka labai retai ir tik ypatingais atvejais, kitaip tariant, viešųjų funkcijų atlikimas nėra esminė kapitono pareigų dalis, todėl negali būti keliamas laivo vėliavos valstybės pilietybės reikalavimas.

#### **Tiesioginis ir netiesioginis dalyvavimas atliekant viešąsias funkcijas**

Dalyvavimo terminas apima ne tik savarankišką viešųjų funkcijų atlikimą (tiesioginis dalyvavimas), bet ir atitinkamą **įtaką** tokių funkcijų atlikimui (netiesioginis dalyvavimas). Netiesioginis dalyvavimas reiškia, kad asmuo pats sprendimų nepriima, tačiau gali daryti įtaką juos priimant (pvz.: patarėjas) [1, p. 299]. ETT nepripažino, kad patarimai techniniais, ūkiniais klausimais gali būti vertinami kaip netiesioginis dalyvavimas atliekant viešąsias funkcijas [24]. Dauguma autorių pripažįsta, kad, pavyzdžiui, sekretorės, mašininkės darbas valstybinėje institucijoje nedaro įtakos sprendimų priėmimui, todėl negali būti pripažintas netiesioginiu dalyvavimu vykdant viešąsias funkcijas [1, p. 300; 3, p.99].

### **Darbas, susijęs su valstybės interesų apsauga**

Darbo, susijusio su valstybės interesų apsauga, samprata nėra aiški. Visų pirma tokį neaiškumą suponuoja ETT jurisprudencija, kuri iš esmės šios sampratos nepaaiškina. Tik byloje *Komisija/Italija* [24] ETT pareiškė, kad Italijos valstybinės tyrimų tarnybos funkcijos patarti vyriausybei ekonominiais, techniniais klausimais nėra susijusios su valstybės interesų apsauga EB sutarties 39 str. 4 d. prasme (visose kitose bylose atitinkamas darbas buvo vertinamas viešųjų funkcijų atlikimo atžvilgiu).

Šio kriterijaus svarba išryškėtų ypač tuomet, jei būtų pripažintas alternatyvus darbo valstybės tarnyboje kriterijų taikymas. Tokiu atveju, jei konkrečios pareigos nėra susijusios su tiesioginiu ar netiesioginiu dalyvavimu atliekant viešąsias funkcijas, jos galėtų patekti į EB sutarties 39 str. 4 d. taikymo sritį, jei būtų pripažintos susijusios su valstybės interesų apsauga.

Literatūroje iš esmės prieita prie vienos nuomonės, kad darbo valstybės tarnyboje kriterijai turi būti aiškinami alternatyviai [1, p. 306; 3, p. 100; 13, p. 229]. Argumentuojant tokią poziciją pateikiama įvairių

pavyzdžių. Pavyzdžiui, miesto architekto pareigos nėra susijusios su viešųjų funkcijų atlikimu, tačiau aišku, kad jos siejasi su valstybės interesų apsauga [1, p. 307]. Valstybinio muziejaus direktoriaus, kuris gali priimti sprendimą dėl atitinkamos meno vertybės pirkimo, kai pirkimas yra finansuojamas iš valstybės lėšų, pareigos taip pat, kaip teigia vokiečių autorius J. Rösingas, yra susijusios su valstybės interesų apsauga [1, p. 307].

Tačiau kai kurie autoriai teigia, kad tokios pareigos, visų pirma turėtų būti susijusios su valstybės saugumo ir valstybės paslapties laikymosi interesais [3, p. 99]. Yra aišku, kad jei konkrečios pareigos yra susijusios su dokumentų, sudarančių valstybės paslaptį, naudojimu, tai toks darbas yra tiesiogiai susijęs su valstybės interesų apsauga, be to, daugeliu atvejų jis bus susijęs su viešųjų funkcijų atlikimu. Tačiau kyla klausimas, ar darbas, kuris nesusijęs su svarbių valstybei dokumentų naudojimu, tačiau pats darbo pobūdis suteikia asmeniui galimybę prie tokių dokumentų prieiti, gali patekti į valstybės tarnybos išimties taikymo sritį. Pavyzdžiui, naktinio sargo darbas, kuris elgdamasis neteisėtai dėl savo darbo specifikos gali prieiti prie valstybinių dokumentų. Kitas pavyzdys – sekretorės pareigos, kuri dalyvaudama pasitarimuose gali išgirsti įvairią informaciją, taip pat ir ypač svarbią valstybei. Kai kurie autoriai pripažįsta, kad minėtoms pareigoms gali būti keliamas pilietybės reikalavimas, kadangi kalbama apie valstybės saugumo interesus (neteisėtas tokios informacijos perdavimas kitam asmeniui ar valstybei gali sukelti grėsmę valstybės saugumui [13, p. 225; 16, p. 222]. Tačiau, manau, galima rasti argumentų, paneigiančių tokią poziciją. Visų pirma pilietybės reikalavimas šiuo atveju reikštų, mano manymu, ne visai pagrįstą nepasitikėjimą svetimšaliais kaip potencialiai keliančiais grėsmę, kadangi jie gali bandyti išvengti atsakomybės dėl savo neteisėto elgesio, pabėgdami į savo pilietybės valstybę. Pastarasis motyvas kai kurių autorių buvo kritiškai vertinamas jau seniai, kai ES dar net neegzistavo pilietybės koncepcija [2, p. 207; 17, p. 53]. O šiandieninėje ES, kurioje egzistuoja ES pilietybė, realizuojamos „Europos be sienų“ idėjos, minėti motyvai nėra visai priimtini [6, p.129]. Be to, remiantis ETT pozicija [19; 20], kad viešųjų funkcijų atlikimas turi sudaryti esminę asmens pareigų dalį, o nepasireikšti tik išimtiniais atvejais, šią poziciją būtų galima pritaikyti ir minėtam atvejui. Juk kalbama apie pareigas, kurios nėra susijusios su slaptų dokumentų naudojimu, o pvz., naktinio sargo atveju tik elgiantis neteisėtai gali būti tokie dokumentai paimti. Be to, pritarčiau vokiečių autoriaus H. Eschmanno minčiai, kad naktinio sargo ir panašūs (valytojos) pavyzdžiai nėra tinkami ir neverti būti diskusijų objektu, kadangi dokumentai, sudarantys valstybės paslaptį, saugomi laikantis atitinkamų saugumo reikalavimų ir pašaliniais nėra prieinami [3, p. 100].

Reikia konstatuoti, kad aptariamoms sampratos neaiškumas palieką plačią erdvę valstybėms narėms taikyti EB sutarties 39 str. 4 d. Tačiau kita vertus, ETT praktikoje nedaug bylų aiškinant antrąjį darbo valstybės tarnyboje kriterijų, todėl manytina, kad didelių problemų taikant šį kriterijų nekyla.

Darbas, susijęs su valstybės interesų apsauga, nėra siejamas su viešųjų funkcijų atlikimu, tačiau valstybiniu požiūriu yra toks svarbus, kad nenorima jo patikėti kitų valstybių piliečiams. Toks darbas yra susijęs su ypatingais darbuotojo ir valstybės santykiais, reiškiančiais abipusių teisių ir pareigų egzistavimą.

### **ETT jurisprudencijos dėl EB sutarties 39 str. 4 d. aiškinimo apibendrinimas**

ETT jurisprudencijos aiškinant EB sutarties 39 str. 4 d. išeities taškas yra šie teiginiai:

- Darbuotojo sąvoka pagal EB sutarties 39 str. yra aiškinama Bendrijos lygmeniu. Darbuotojas – tai asmuo, kuris per nustatytą laiką, vadovaujamas kito asmens, atlieka darbą ir už tai gauna atlyginimą [23].

- Jei darbuotojas jau priimtas į valstybės tarnybą, tai jis negali būti diskriminuojamas dėl pilietybės darbo sąlygų atžvilgiu, net jei tarnyba ir patenka į EB sutarties 39 str. 4 d. taikymo sritį [20]. Darbuotojas gali būti diskriminuojamas dėl pilietybės tik teisės įsidarbinti atžvilgiu, jei atitinkamas darbas patenka į EB sutarties 39 str. 4 d. taikymo sritį. Jei pareigos, į kurias buvo priimtas asmuo, nėra susijusios su viešųjų funkcijų atlikimu, tačiau jei paaukštintos pareigos gali sietis su viešosiomis funkcijomis, tai valstybės narės tokias karjeros pareigas gali rezervuoti savo valstybės piliečiams.

- Valstybės tarnybos išimties aiškinimas yra Bendrijos kompetencija [20].

- Valstybės tarnybos išimtis turi būti aiškinama kuo siauriau, taikant funkcinį metodą [20].

- Išskiriami du darbo valstybės tarnyboje kriterijai [21]:

1. tiesioginis arba netiesioginis viešųjų funkcijų atlikimas;
2. valstybės interesų apsauga.

ETT iš esmės nedetalizuoja darbo valstybės tarnyboje kriterijų, juos aiškina, atsižvelgdamas į konkrečios situacijos specifiką.

Remiantis ETT jurisprudencija dėl Sutarties 39 str. 4. d. aiškinimo, galime išskirti kai kurias pareigybes, kurioms negalima taikyti valstybės tarnybos išimties:

- vietos valdžios institucijose bei valstybinėse įmonėse dirbantys nekvalifikuoti darbininkai, medicinos seserys, slaugytojos, amatininkai, vandentiekio darbininkai, elektrikai, architektai [21];
- valstybinėse ligoninėse ir socialinėse įstaigose dirbantys gydytojai, medicinos seserys, slaugytojos [22];
- vidurinių mokyklų mokytojai bei mokytojai praktikantai (23, 25);
- universitetų dėstytojai [26];
- valstybinės tyrimų tarnybos, kurios funkcijos susijusios su konsultacijų valstybei teikimu ekonominiais ir techniniais klausimais, darbuotojai [24];
- darbas valstybinėse tyrimų, mokslo, sveikatos įstaigose, pusiau valstybinėse ar savivaldybės įmonėse, taip pat įmonėse, tiekiančiose vandenį, dujas, elektrą, pradinėse ar vidurinėse mokyklose, aukštesniosiose ar aukštosiose mokyklose, oro ir vandens transporto tarnybose, telekomunikacijų srityje, radijo ir televizijos transliavimo tarnybose, vidaus transporto, pašto, telekomunikacijų, vandens, dujų ir elektros tiekimo įmonėse [27; 28];
- darbas privačiose saugos tarnybose [29; 30];
- prekybinio ir žvejybos laivo, plaukiančio su valstybės vėliava valstybės vidaus vandenyse, kapitonas bei jo pavaduotojas [18; 19].

### **Europos Komisijos pozicija dėl EB sutarties 39 str. 4 d. aiškinimo**

Europos Komisija, kuri yra daugumos bylų prieš valstybes nares dėl EB sutarties 39 str. 4 d. pažeidimo iniciatorė, paskelbė peržiūrėjusi tam tikras užimtumo sritis ir nustačiusi, kokiuose sektoriuose valstybės tarnybos išimtis gali būti taikoma, t. y. [8, p. 36–37]:

- tarnyba policijos ar kitose tvarkos palaikymo institucijose,
- teisėjų korpusas,
- mokesčių administravimo įstaigos,
- darbas diplomatinėje tarnyboje.

Anot Europos Komisijos, tik išimtiniais atvejais EB sutarties 39 str. 4 d. gali būti taikoma šiose veiklos srityse:

- visuomenės sveikatos paslaugos,
- dėstyimas valstybinėse švietimo įstaigose,
- nekarinės paskirties tyrinėjimai valstybinėse institucijose,
- viešosios organizacijos, atsakingos už komercinių paslaugų administravimą (pvz.: transportas, dujų, elektros, vandens skirstymas, oro ir jūros navigacija, paštas, telekomunikacijos bei televizijos ir radijo transliavimas).

Taip pat Europos Komisija sutinka, kad valstybės tarnybos išimtis gali būti taikoma įstaigų, pavaldžių atskiroms ministerijoms, vietos savivaldos institucijoms, taip pat kitų valstybinių įstaigų, pavyzdžiui, valstybės centrinio banko, darbuotojams, jei jų pareigos susijusios su viešųjų funkcijų atlikimu ar valstybės interesų apsauga. Tai būtų tokios funkcijos teisės aktų rengimas ir priėmimas, teisės aktų įgyvendinimas bei vykdymo kontrolė.

### **Išvados**

Nors šiandieninis ES integracijos lygis labai aukštas ir ES jau seniai peržengė ekonominės integracijos ribas, tačiau nėra tikslinga kalbėti apie visišką vidaus rinkos liberalizaciją.

Nors valstybės narės pastaruoju metu išgirdo Europos Komisijos raginimus kuo plačiau atverti valstybinį sektorių kitų valstybių narių piliečiams, tačiau manytume, kad šiandien dar per drąsu kalbėti apie visišką valstybės tarnybos išimties atsisakymą.

EB institucijos nėra priėmusios nė vieno EB antrinės teisės akto, konkretizuojančio aptariamą normą, todėl pagrindinis krūvis aiškinant EB sutarties 39 str. 4 d. tenka ETT. ETT jurisprudencija aiškinant valstybės tarnybos išimtį ne visuomet aiški ir palieka daug neatsakytų klausimų. Todėl, manytume, būtų tikslinga priimti antrinės teisės aktą, kuriame būtų įtvirtinti svarbiausi valstybės tarnybos išimties aiškinimo principai bei išvardytos atskiros sritys, kuriose ši išimtis negali būti taikoma (gali būti taikoma tik išimtiniais atvejais), ir sritys, kurios gali būti rezervuotos vietos valstybės piliečiams. Toks teisės aktas turėtų suteikti daugiau aiškumo, ypač naujoms ES valstybėms narėms.

Įvertinus ETT jurisprudenciją bei ES doktrinos nuomonę galima konstatuoti, kad išeities taškas aiškinant valstybės tarnybos išimtį turėtų būti šie teiginiai:

- Valstybės tarnybos išimties aiškinimas yra Bendrijos kompetencija.

- Valstybės tarnybos išimtis turi būti aiškinama kuo siauriau, taikant funkcinį aiškinimo metodą.
- Jei darbuotojas jau priimtas į valstybės tarnybą, tai jis negali būti diskriminuojamas dėl pilietybės darbo sąlygų atžvilgiu, net jei tarnyba ir patenka į EB sutarties 39 str. 4 d. taikymo sritį.
- Darbo valstybės tarnyboje kriterijai yra: 1) viešųjų funkcijų atlikimas ir 2) valstybės interesų apsauga.
- Darbo valstybės tarnyboje kriterijai turi būti taikomi alternatyviai.

Daugiausia diskusijų kyla aiškinant darbo valstybės tarnyboje kriterijus. Įvertinus ETT jurisprudenciją bei ES doktrinos nuomonę galima konstatuoti, kad aiškinant šiuos kriterijus, pirmiausia reikia vadovautis valstybės tarnybos išimties teleologine prasme bei ETT suformuluotu principu traktuoti aptariamą normą kuo siauriau. Manytume, kad esminiai teiginiai vertinant atitinkamą darbą pirmojo kriterijaus atžvilgiu turėtų būti šie:

- viešųjų funkcijų atlikimas apima du elementus:
  1. privalomų sprendimų piliečiams priėmimą;
  2. visuomenės gyvenimo reguliavimą;
- jei valstybė atitinkamas funkcijas gali perleisti atlikti privačiam sektoriui, tai toks darbas negali būti rezervuotas vietos valstybės piliečiams;
- viešųjų funkcijų atlikimas turi sudaryti esminę asmens pareigų dalį, o ne pasireikšti epizodiškai ar tik išimtiniais atvejais.

Valstybė gali taikyti pilietybės reikalavimus darbui, kuris nėra susijęs su viešųjų funkcijų atlikimu, tačiau siejasi su valstybės interesų apsauga (antrasis kriterijus). Tačiau tokie atvejai yra reti, kadangi daugeliu atvejų darbas, susijęs su viešųjų funkcijų atlikimu, siesis ir su valstybės interesų apsauga.



## LITERATŪRA

### Specialioji

1. **Rösing J.** Beamtenstatut und Europäische Gemeinschaften. – Göttingen, 1994.
2. **Wittkopp U. H.** Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte – Die Untersuchung zu den Artikeln 48 Absatz 4 und 55 Absatz 1 des EWG-Vertrages. – Baden–Baden, 1977.
3. **Eschmann H.** Die Freizügigkeit der EG–Bürger und der Zugang zur öffentlichen Verwaltung. – Baden–Baden, 1993.
4. **Verdross A., Simma Bruno.** Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, 3. Aufl. – Berlin, 1994.
5. **Lecheler H.** Öffentliche Verwaltung in den Mitgliedstaaten nach Massgabe der Dynamik der europäischen Integration // Die Verwaltung, 1998.
6. **Hailbronner K.** Öffentlicher Dienst und EG–Freizügigkeit. – Verwaltungsblätter für Baden–Württemberg, 2000.
7. **Czaputowicz J.** Implications of Poland’s Integration with the European Union for Polish Civil Service. The Polish yearbook of civil service, 2002.
8. **Hochbaum I.** Die Aktion der EG–Kommission zur Liberalisierung des öffentlichen Dienstes // Zeitschrift für Beamtenrecht, 1989.
9. **Hochbaum I., Eiselstein C.** Die Freizügigkeitsrechte des Art. 48 EWG–Vertrag und der öffentliche Dienst – Arbeitnehmerbegriff, Ausbildung und Berufsausübung in europarechtlicher Sicht und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs // Verantwortung und Leistung Nr. 17/1988.
10. **Hailbronner K.** Die neuere Rechtsprechung zum EG–Freizügigkeit // Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, 1988.
11. **Steindorff E.** Ausbildungsrechte im EG–Recht // Neue Juristische Wochenschrift, 1983.
12. **Ziekof J.** Die Freizügigkeit nach europäischem Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Dienstes // Der Öffentliche Dienst, 1991.
13. **Everling U.** Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Beschäftigung von EG–Ausländern in der öffentlichen Verwaltung // Deutsches Verwaltungsblatt, 1990.
14. **Karpenstein P.** Zur Tragweite des Art. 48 Abs. 4 EWG Vertrag // Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, GS Constantinesco. – Köln, 1983.
15. **Randelzhofer A.** Kommentar zu Art. 48 bis 66 EGV // Grabitz/Hilf (Hrsg.). Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattausgabe, 7. – München, 1994.
16. **Handoll J.** Article 48 (4) EEC and Non–National Access to Public Employment // European Law Review. 1988.
17. **Tomuschat C.** Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG–Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1967.



## Praktika: ETT sprendimai

18. **ETT sprendimas** Colegio de Oficiales de Marina Mercante Espanola byloje, Nr. C–405/01, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003.
19. **ETT sprendimas** Anker byloje Nr. C–47/02, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003.
20. **ETT sprendimas** Sotgiu byloje Nr. 152/73, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1974.
21. **ETT sprendimas** Komisija/Belgija byloje, Nr.149/79, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1980.
22. **ETT sprendimas** Komisija/Prancūzija byloje, Nr. 307/84, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1986.
23. **ETT sprendimas** Lawrie–Blum byloje, Nr. 66/85, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1986.
24. **ETT sprendimas** Komisija/Italija byloje Nr. 225/85, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1987.
25. **ETT sprendimas** byloje Annegret Bleis byloje Nr. C–4/91, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1991.
26. **ETT sprendimas** Allue und Coonan byloje Nr. 33/88, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1989.
27. **ETT sprendimas** Komisija/Liuksemburgas byloje Nr. C–473/93, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1996.
28. **ETT sprendimas** Komisija/Graikija byloje Nr. C–290/94, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1996.
29. **ETT sprendimas** Komisija/Ispanija byloje Nr. C–114/97, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1998.
30. **ETT sprendimas** Komisija/Italija byloje Nr. C–283/99, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2001.



### *Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die öffentliche Verwaltung*

*Doktorandin Inga Daukšienė  
Mykolas Romeris Universität*

*Grundbegriffe: Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung, die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, die Unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse, die Wahrung allgemeiner Staatsbelange.*

### **ZUSAMMENFASSUNG**

*Die im EG-Vertrag und auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen geregelte Freizügigkeit der Arbeitnehmer zählt zu den wichtigsten Grundfreiheiten der Unionsbürger; sie gewährleistet die Gleichbehandlung von Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf Arbeitsbedingungen generell unzulässig. Diese weitgefähte Gleichbehandlungspflicht wird durch die Ausnahmegestaltung des Art. 39 Abs. 4 EGV eingeschränkt, derzufolge die Freizügigkeit der Arbeitnehmer „keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ findet.*

*Die schon seit mehreren Jahrzehnten, nicht zuletzt aus dem Umfeld der Europäischen Kommission, geäußerte Kritik an der Antiquiertheit der Klausel hat daher keinen hinreichenden politischen Widerhalt gefunden. So ist zum Beispiel Art. 39 Abs. 4 EGV in der Kommentarliteratur als Ausdruck eines kaum erklärbaren Misstrauens gegenüber dem Fremden, als Ausdruck eines nationalstaatlichen Denkens bezeichnet worden, das mit der Französischen Revolution eingesetzt habe.*

*Es liegt auf der Hand, dass die Diskussion über die Funktion der Staatsangehörigkeit und die Souveränität der Mitgliedstaaten auch die Diskussion über die Reichweite des Vorbehalts des Art. 39 Abs. 4 EGV entscheidend beeinflusst.*

*Die Auslegung der in Art. 39 Abs. 4 EGV enthaltenen Bereichsausnahme gehört zu den dogmatisch und rechtspolitisch am heftigsten umstrittenen Fragen des Europarechts. Dabei konzentriert sich die Diskussion auf den Begriff der öffentlichen Verwaltung, der als Ausnahme von der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Zulassung von EU-Ausländer zum öffentlichen Dienst bedeutsam ist.*

*Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind vom Anwendungsbereich der Freizügigkeit nur solche Stellen ausgenommen, die eine mittelbare oder unmittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und eine Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringt, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind und die deshalb ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat, sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegt. Über die Bedeutung dieser Formulierung rätselt die Literatur nunmehr schon geraume Zeit. Eine Schwierigkeit besteht darin, dass weder der Begriff hoheitliche Befugnisse noch derjenige der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates vom EuGH hinreichend klar definiert worden sind. Unklar ist auch, ob es sich um kumulative oder um alternative Voraussetzungen handelt. Der EuGH scheint die Formel einmal kumulativ, zum anderen alternativ zu verwenden.*

*Die Auslegung der Begriffe erschließt sich somit letztlich aus dem Überblick über die EuGH-Rechtsprechung insgesamt. Danach steht zunächst fest, dass grundsätzlich aufgrund einer funktionellen Betrachtungsweise der einzelnen Stelle zu ermitteln ist, ob sie als „typisch“ öffentliche Verwaltung, als „Verwaltung im eigentlichen Sinne“, vom Anwendungsbereich der Freizügigkeit ausgenommen ist. Schon früh hat der EuGH dabei festgesellt, dass es sich um gemeinschaftsrechtliche Begriffe handelt, die ohne Rücksicht auf mitgliedstaatliche Verwaltungsstrukturen auszulegen sind.*

*In der Literatur ist die Rechtssprechung des EuGH als Grundlage zur Auslegung der Bereichsausnahme weitgehend anerkannt worden. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis einer gemeinschaftsautonomen und funktionellen Auslegung. Akzeptiert wurden auch beide Auslegungskriterien des EuGH („unmittelbaren oder mittelbaren Teilhabe an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse“; „die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates“).*

*Ziel der vorliegenden Arbeit ist den Begriff der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ zu definieren, besonders den Gehalt der Auslegungskriterien des EuGH zu erschliessen. Unklar ist der Gehalt der Auslegungsformel des EuGH. Denn bereits der Begriff der „hoheitlichen Befugnisse“ ist nicht so eindeutig, dass er keiner weiteren Erläuterung mehr bedarf. Ebenso ist klarungsbedürftig, wann eine Teilnahme bzw. Mittelbare Teilnahme an der Ausübung dieser Befugnisse vorliegt. Welche Tätigkeiten dienen der Wahrung allgemeiner Staatsbelange? Die Unklarheiten über den Prüfungsmaßstab des EuGH lassen sich folglich nicht auf die zumeist problematisierte Frage der kumulativen oder alternativen Auslegung der Bereichsausnahme reduzieren.*

