JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ANTONIO SAGGIO
10 päivänä kesäkuuta 1999 *

1. Tässä Staatsgerichtshof des Landes Hessenin (Saksa) esittämässä ennakkoratkaisupyynnössä yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään tulkitsemaan kolmannen kerran miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY [1] (jäljempänä direktiivi) 2 artiklan 1 ja 4 kohtaa. Tarkoituksena on selvittää, onko näiden säännösten kanssa yhteensoveltuva sellainen laki, joka koskee suunnitelmaa naisten palvelukseenottamisesta ja ylentämisestä julkishallinnossa. Tässä ennakkoratkaisukysymyksessä yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään määrittelemään yhteisön voimassa olevan oikeuden kannalta, mitä tarkoitetaan käsitteellä sellaisista naisten mahdollisuuksia edistävistä kansallisista toimenpiteistä, joilla pyritään edistämään heidän kokonaisvaltaista sijoittumistaan työelämään, ja missä laajuudessa näitä toimenpiteitä voidaan käyttää.

Yhteisön lainsäädäntö

2. Direktiivin tarkoituksena on toteuttaa jäsenvaltioissa "miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa — — että sosiaaliturva-asioissa (1 artikla)".

Kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan mukaan tasa-arvoisen kohtelun periaatteella "tarkoitetaan, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella".

Saman artiklan 4 kohdan mukaan direktiivi ei estä jäsenvaltioita toteuttamasta tai ylläpitämästä "miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä".

3. Ennakkoratkaisukysymyksen esittämisen jälkeen Amsterdamin sopimus tuli voimaan, ja sillä muutettiin EY:n perustamissopimusta — siltä osin kuin esillä olevan arvioinnin kannalta on merkityk-

* Alkuperäinen kieli: italia.
1 — EYVL L 39, s. 40.

sellistä — miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisen osalta. Erityisesti on todettava, että EY:n perustamissopimuksen 2 ja 3 artiklan uuden version mukaan "yhteisön päämääränä on edistää — — miesten ja naisten välistä tasa-arvoa" ja "yhteisö pyrkii poistamaan eriarvoisuutta miesten ja naisten välillä sekä edistämään miesten ja naisten välistä tasa-arvoa". Tämän lisäksi uudella sopimuksella lisätyssä 6 a artiklassa määrätään, että "neuvosto voi yksimielisesti komission ehdotuksesta ja Euroopan parlamenttia kuultuaan toteuttaa tarvittavat toimenpiteet sukupuoleen perustuvan syrjinnän rajoittamiseksi — — ".

4. EY:n perustamissopimuksen 119 artiklan (EY:n perustamissopimuksen 117—120 artikla on korvattu EY 136—143 artiklalla) muutetussa versiossa määrätään, että "jokainen jäsenvaltio huolehtii sen periaatteen noudattamisesta, jonka mukaan miehille ja naisille maksetaan samasta tai samanarvoisesta työstä sama palkka" (1 kohta) ja että "neuvosto toteuttaa 251 artiklassa (entinen 189 b artikla) määrättyä menettelyä noudattaen ja talous- ja sosiaalikomiteaa kuultuaan toimenpiteet, joilla varmistetaan miesten ja naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltaminen työtä ja ammattia koskevissa kysymyksissä, mukaan lukien samasta tai samanarvoisesta työstä maksettavan saman palkan periaate" (3 kohta) ja lopuksi, että "jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja" (4 kohta).[2] *Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 119 artiklan (nykyinen 141 artikla) 4 kohdasta annetussa julistuksessa*, joka on liitetty Amsterdamin sopimukseen, todetaan, että "toteuttaessaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 119 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä jäsenvaltioiden olisi ensisijaisesti pyrittävä parantamaan naisten asemaa työelämässä."

5. Jo ennen perustamissopimuksen muutosta yhteisön toimielimet olivat antaneet useita säädöksiä miesten ja naisten tasa-arvoisesta kohtelusta. Erityisen merkityksellinen tältä osin on 13.12.1984 annettu neuvoston suositus 84/635/ETY,[3] jonka tarkoituksena on suosia naisten mahdollisuuksia edistävien jäsenvaltioiden toimenpiteiden toteuttamista. Suosituksen mukaan "tasa-arvoista kohtelua koskevat olemassa olevat oikeudelliset säännöt, joiden tarkoituksena on antaa oikeuksia yksilöille, eivät ole riittäviä poistaakseen kaiken eriarvoisuuden, jolleivät hallitukset, työmarkkinaosapuolet ja muut asiaan liittyvät osapuolet ryhdy samanaikaisesti toimenpiteisiin tasoittaakseen niitä yhteiskunnan asenteista, käytännöstä ja rakenteista johtuvia haitallisia vaikutuksia, joita naisille aiheutuu työelämässä" ja siinä, nimenomaisesti direktiivin 2 artiklan

2 — Perustamissopimuksen 119 artiklassa, sellaisena kuin se oli ennen Amsterdamin sopimuksella tehtyjä muutoksia, ei viitattu mitenkään aliedustettuna olevan sukupuolen asemaa edistäviin positiivisiin toimenpiteisiin, vaan siinä määrättiin ainoastaan kielto syrjiä palkan osalta. Kyseisen artiklan 1 kohdassa määrättiin seuraavaa: "jokainen jäsenvaltio huolehtii sen periaatteen noudattamisesta, jonka mukaan miehille ja naisille maksetaan samasta tai samanarvoisesta työstä sama palkka".

3 — EYVL L 331, s. 34.

4 kohtaan viitaten suositellaan, että jäsenvaltiot laativat mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä koskevan politiikan, jonka tarkoituksena on muun muassa "rohkaista naisten hakemuksia, palkkaamista ja ylentämistä sellaisilla aloilla, ammateissa ja tasoilla, joissa he ovat aliedustettuina, ja erityisesti johtoasemissa".

Kansalliset oikeussäännökset

6. Hessenin osavaltion laki naisten ja miesten tasa-arvosta sekä naisiin kohdistuvan syrjinnän poistamisesta julkishallinnossa (Hessisches Gleichberechtigungsgesetz; jäljempänä HGlG) annettiin 21.12.1993, ja se tuli voimaan 30.12.1993. Sen tarkoituksena on miesten ja naisten yhdenmukaisten mahdollisuuksien toteuttaminen julkishallinnon virkoihin pääsyssä laatimalla naisten työhön pääsyn edellytyksiä, työehtoja ja ylenemismahdollisuuksia koskevia edistämissuunnitelmia, joihin sisältyy sitovia tavoitteita (1 §).

7. HGlG:n 3 §:n 1 momentin mukaan "hallinnon yksiköillä on velvollisuus edistää miesten ja naisten tasa-arvoa julkishallinnossa ja poistaa naisten aliedustus, sekä myös velvollisuus poistaa sukupuoleen ja perheolosuhteisiin perustuva syrjintä naisten aseman edistämissuunnitelmilla — — ja muilla edistävillä toimilla". Lain 3 §:n 2 momentissa säädetään seuraavaa: "Naiset ovat aliedustettuina, kun naisten aseman edistämissuunnitelman soveltamisalalla — — jonkin virkauran palkkausluokassa, korvausvastikeluokassa tai virkapalkkaluokassa on vähemmän naisia kuin miehiä. Virkaurien aloitusviroissa naisten on katsottava olevan aliedustettuina, kun koko virkauran osalta naisten hoitamien virkojen lukumäärä on pienempi kuin miesten. Tämän momentin toinen virke koskee myös tuomioistuin- ja syyttäjänlaitoksen aloitusvirkoja. Naisten aseman edistämissuunnitelman soveltamisalalla jokainen virkauran virkapalkkausluokka, jokainen korvausvastike- ja palkkausluokka muodostavat yhden alan. Yksikkö, joka laatii naisten aseman edistämissuunnitelman, voi tehdä muunlaisia alaluokituksia."

8. Lain 5 §:n 3 momentin mukaan "naisten aseman edistämissuunnitelma sisältää kulloinkin kahden vuoden ajaksi sitovia tavoitteita, jotka liittyvät naisten prosentuaaliseen osuuteen avoimissa viroissa tai ylennyksissä ja joiden tarkoituksena on lisätä naisten osuutta niillä aloilla, joissa he ovat aliedustettuina". Saman 5 §:n 4 momentissa säädetään lisäksi, että "jokaisen naisten aseman edistämissuunnitelman mukaan alalla, jolla naiset ovat aliedustettuina, enemmän kuin puolet avoimista viroista on osoitettava naisille". Tätä sääntöä ei sovelleta, "kun jompi kumpi sukupuoli on välttämätön edellytys jonkin toiminnan harjoittamiselle" tai jos "uskottavasti osoitetaan, että ei ole riittävästi naisia, jotka täyttäisivät vaaditut edellytykset" tai "jos kyseessä on ylennys ilman virkojen täyttämistä aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina, on naisille varattava sellainen prosentuaalinen osuus, joka vastaa vähintään sitä prosentuaalista osuutta naisia, jotka työskentelevät välittömästi alemmassa virkapalkkaluokassa",

jolloin "tämän momentin kolmatta virkettä sovelletaan vastaavasti". Lopuksi, "kun suunnitellaan henkilöstöhallinnollisia toimia, joista seuraa virkojen lakkauttamisia tai vähentämisiä, naisten aseman edistämissuunnitelmalla on taattava, että naisten prosentuaalinen osuus kyseeseen tulevilla aloilla pysyy vähintäänkin samana".

9. Lain 5 §:n 7 momentissa säädetään "tieteen alan viroista", jotka Hochschulrahmengesetzin (puitelaki korkeakouluista) mukaan täytetään määräajaksi. Niistä on osoitettava naisille sellainen osuus, joka vastaa vähintäänkin naisten osuutta kyseisen alan tutkinnon suorittaneista tai (tapauskohtaisesti) väitelleistä henkilöistä. Samoin on toimittava tieteellisten avustajien, jotka eivät ole tutkinnon suorittaneita, palvelukseenottamisessa: naisille on osoitettava vähintäänkin se prosentuaalinen osuus, joka vastaa naisten osuutta kulloinkin kyseessä olevan aineen opiskelijoista.

10. Lain 7 §:n mukaan aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina, naiset on otettava koulutuspaikkoja myönnettäessä huomioon ainakin joka toisen paikan osalta. On ryhdyttävä asianmukaisiin toimenpiteisiin, jotta voidaan kiinnittää naisten huomio vapaana oleviin koulutuspaikkoihin sekä saada heidät hakemaan näitä paikkoja. Jos tällaisista toimenpiteistä huolimatta naishakijoiden määrä on riittämätön, enemmän kuin puolet koulutuspaikoista voidaan antaa miehille.

11. Lain 9 §:n 1 momentin mukaan aloilla, joissa naiset ovat aliedustettuina, ainakin yhtä paljon naisia kuin miehiä tai kaikki naispuoliset hakijat on kutsuttava työhaastatteluun uuden henkilöstön palvelukseenottamiseksi, jos naispuoliset hakijat täyttävät laissa säädetyt tai muutoin vaaditut edellytykset toimen tai viran täyttämiseksi.

12. Lain 10 §:ssä säädetään seuraavaa: "Soveltuvuutta, kyvykkyyttä ja ammattikokemusta (pätevyys) on arvioitava suhteessa avointa tointa tai virkaa koskeviin vaatimuksiin. Pätevyyden arvioimisessa on otettava huomioon kyvyt ja kokemus, jotka on hankittu kotiolosuhteissa lapsia tai huolenpitoa tarvitsevia henkilöitä hoitamalla silloin, kun tällaisilla töillä on merkitystä mies- ja naispuolisten hakijoiden soveltuvuutta, kokemusta ja kyvykkyyttä arvioitaessa. Nämä näkökohdat koskevat myös ansiotyön lisäksi perheessä suoritettua työtä. Perheolosuhteita tai kumppanin tuloja ei saa ottaa huomioon. Osa-aikatyöllä, työ- tai virkavapaalla taikka tutkinnon hankkimiseen liittyvällä viivytyksellä tai viivytyksellä, joka liittyy lasten tai lääkärintodistuksen mukaisesti huolenpitoa tarvitsevien lähiomaisten hoitoon, ei saa olla kielteisiä vaikutuksia työtä kos-

kevaan arviointiin, eivätkä ne saa viivästyttää ammatillista etenemistä. Virkaikä, fyysinen ikä ja viimeinen ylennyksen ajankohta otetaan huomioon ainostaan siltä osin kuin niillä on merkitystä mies- ja naispuolisten hakijoiden soveltuvuutta, pätevyyttä ja kyvykkyyttä arvioitaessa."

13. Lopuksi lain 14 §:n mukaan "toimikuntien, asiantuntijaelinten hallinto- ja valvontaelinten ja muiden valmisteluelinten jäseniä valittaessa ainakin puolet jäsenistä pitäisi olla naisia".

14. Edistämissuunnitelman keston osalta lain 5 §:n 3 momentissa täsmennetään, että jokainen tällainen suunnitelma sisältää kulloinkin kahden vuoden ajaksi sitovia tavoitteita ottaen huomioon eri alojen ja yksiköiden erityispiirteet. Kuitenkin lain 10 §:n 4 momentin mukaan jos naisten aseman edistämissuunnitelman kulloinkin kahden vuoden ajanjaksolle vahvistettuja tavoitteita ei ole saavutettu, miehen palvelukseenotto tai ylentäminen alalla, jossa naiset ovat aliedustettuina, edellyttää näiden tavoitteiden toteuttamiseen asti sen yksikön hyväksyntää, joka vahvisti naisten aseman edistämissuunnitelman. Siltä osin kuin naisten aseman edistämissuunnitelmaa ei ole laadittu, aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina, ei saa suorittaa palvelukseenottoja tai ylennyksiä (10 §:n 5 momentti).

Kansallinen menettely ja yhteisön menettely

15. Staatsgerichtshof des Landes Hessen esitti ennakkoratkaisupyynnön Hessenin osavaltioparlamentin 46 edustajan vireille panemassa perustuslainmukaisuutta koskevassa menettelyssä, jossa vaaditaan sen toteamista, että HGlG, ja erityisesti sen 3, 5, 7—11, 14, 16 ja 18 §, on Hessenin osavaltion perustuslain vastainen.

16. Kantajat katsovat, että HGlG on ristiriidassa yhtäältä "parhaan hakijan valintaa" koskevan valtiosääntöoikeudellisen periaatteen kanssa, sillä laki suosii hakijoita heidän sukupuolensa eikä heidän ansioidensa perusteella, ja toisaalta yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa, joka sekä kieltää etujen myöntämisen tietylle ryhmälle että antaa jokaiselle yksilölle perusoikeuden, joka takaa yhtäläiset mahdollisuudet aloitusedellytysten suhteen, sen sijaan että tietty henkilöryhmä voitaisiin asettaa pysyvästi etusijalle. Tältä osin kyseinen laki on myös direktiivin vastainen, siten kuin yhteisöjen tuomioistuin tulkitsi

sitä asiassa C-450/93, Kalanke, 17.10.1995 annetussa tuomiossa (Kok. 1995, s. I-3051).[4]

17. Staatsgerichtshof des Landes Hessen päätti siten ennen kyseisen saksalaisen lain perustuslainmukaisuuden tutkimista lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle EY:n perustamissopimuksen 177 artiklan (josta on tullut EY 234 artikla) mukaisesti seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Onko miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun Euroopan yhteisöjen neuvoston direktiivin 76/207/ETY (EYVL L 39, s. 40) 2 artiklan 1 kohdan ja 4 kohdan kanssa ristiriidassa kansallinen lainsäädäntö, jonka perusteella

1) HGlG:n 10 §:n mukaiset valintapäätökset on HGlG:n 3 §:n 1 ja 2 momentin mukaisissa aliedustustilanteissa tehtävä yksittäistapauksessa HGlG:n 5 §:n 3 ja 4 momentin mukaisen naisten aseman edistämissuunnitelman sitovien tavoitteiden vuoksi yhtä pätevän nais- ja mieshakijan välillä naishakijan eduksi ainakin silloin, jos tällainen päätös on tarpeen näiden tavoitteiden saavuttamiseksi ja jos päätöksen kanssa eivät ole ristiriidassa merkitykseltään tärkeämmät oikeudelliset syyt;

2) naisten aseman edistämissuunnitelman sitovissa tavoitteissa määrätään HGlG:n 5 §:n 7 momentin mukaisista määräajaksi täytettävistä työpaikoista, jotka liittyvät tieteelliseen tai sitä avustavaan työhön, että niihin on otettava naisia ainakin se osuus, joka naisilla on kulloisenkin opintoalan perustutkinnon suorittaneista (7 momentin ensimmäinen virke), väitelleistä (7 momentin toinen virke) ja opiskelijoista (7 momentin kolmas virke);

4 — Asia C-450/93, Kalanke, tuomio 17.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3051). Kantajien mukaan edellä mainitut säännökset rikkovat sukupuolen perusteella syrjivinä erityisesti Hessenin osavaltion perustuslain 1 ja 134 §:ää. HGlG:n 9 §:n 1 momentti ja 10 §:n 3 momentin ensimmäinen virke ovat myös liittovaltion perustuslain 33 §:n "parhaimpien valintaa" koskevan periaatteen vastaisia, joka periaate on toistettu Hessenin osavaltion perustuslain 134 §:ssä. HGlG on myös ristiriidassa perustuslain 135 ja 29 §:ssä tarkoitetun periaatteen kanssa, jonka mukaan julkishallinnon alalla työntekijän oikeussuhteiden on oltava hallinnon asettamien vaatimusten mukaisia, ylittäen samoin osavaltioiden lainsäädäntövallan rajat, joista on säädetty liittovaltion perustuslain 70 ja 72 §:ssä, 74 §:n 12 momentissa ja 75 §:n 1 momentissa ja jotka on toistettu myös osavaltion perustuslain 153 §:ssä.

3) koulutusta edellyttävien ammattien, joissa naiset ovat aliedustettuina, koulutuspaikoista on HGlG:n 7 §:n 1 momentin mukaisesti osoitettava ainakin puolet naisille, jollei kyse ole koulutuksesta, jota yksinomaan valtio antaa;

4) aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina, työhönottohaastatteluun on HGlG:n 9 §:n 1 momentin nojalla kutsuttava yhtä monta naista ja miestä taikka kaikki naishakijat, jotka täyttävät työpaikan tai viran täyttämiseksi laissa säädetyt tai muutoin vaaditut edellytykset;

5) muodostettaessa toimikuntia, asiantuntijaelimiä, hallinto- ja valvontaelimiä sekä muita valmisteluelimiä vähintään puolen näiden toimikuntien ja elimien jäsenistä tulisi HGlG:n 14 §:n nojalla olla naisjäseniä?"

18. Hessische Ministerpräsident, Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Alankomaiden kuningaskunta, Suomen tasavalta ja komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Kaikki huomautuksia esittäneet ovat osallistuneet suulliseen käsittelyyn.

Pääasia

I *Naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien toteuttamiseksi työelämässä tarpeelliset toimenpiteet*

19. Esillä olevassa asiassa on kysymys sellaisia mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä koskevan järjestelmän määrittämisestä, joilla pyritään toteuttamaan naisten ja miesten välinen tasa-arvo yhteisön oikeuden puitteissa.

20. Mahdollisuuksia edistävillä toimenpiteillä (positiiviset toimenpiteet) [5] tarkoitetaan kaikkia lainsäädännöllisiä tai hallin-

5 — Kuten julkisasiamies Tesauro totesi edellä alaviitteessä 4 mainitussa asiassa Kalanke 6.4.1995 antamassaan ratkaisuehdotuksessa, "mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet" -ilmaisu on otettu ensimmäisen kerran käyttöön Yhdysvaltojen oikeudessa, jossa aluksi tällaiset "*affirmative actions*" olivat värillisen väestön hyväksi toteutettavia toimenpiteitä, ja myöhemmin etnisten vähemmistöjen tai heikkojen ryhmien, kuten naisten, hyväksi toteutettavia toimenpiteitä. Julkisasiamies täsmensi tämän jälkeen, että "mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet voidaan jakaa useampaan menetelmään. Ensimmäisessä menetelmässä yritetään parantaa naisten huonompaa asemaa työelämässä, eikä tämä parantaminen ole syrjintää oikeudellisessa mielessä", jolloin puututaan erityisesti naisten ammatinvalintaan ja ammattikoulutukseen; "tästä voidaan erottaa myös toinen mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden menetelmä, jonka tavoitteena on tasapaino perheen ja ammatin asettamien vaatimusten välillä sekä tasapuolisempi työnjako sukupuolten kesken"; tällaisia ovat toimenpiteet, "joilla järjestellään työaikaa, kehitetään lapsia koskevia järjestelyjä ja sopeutetaan uudelleen työelämään naisia, jotka ovat olleet kotona lapsiaan kasvattamassa, ja tärkeää on myös sellainen sosiaali- ja veropolitiikka, jossa otetaan huomioon perheestä aiheutuvat kustannukset"; lopuksi "kolmannessa menetelmässä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä käytetään korjaamaan aiemmin tapahtuneen oikeudellisesti asianmukaisen syrjinnän seurauksia"; tällainen menetelmä merkitsee sitä, että "huonommassa asemassa olevat ryhmät saavat laillisia etuja, erityisesti kiintiö- ja *goals*-järjestelyin". Kiintiöillä varataan tietty määrä työpaikkoja huonommassa asemassa oleville ryhmille. *Goals*-järjestelyllä sitä vastoin "kyseisen ryhmän jäsenille annetaan haussa mahdollisimman paljon lisäpisteitä, mutta jokaisella hakijalla on oikeus kilpailla kaikista työpaikoista" (8 ja 9 kohta). Mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden käsite sisältyy nykyisin sekä kansallisiin oikeusjärjestyksiin että yhteisön oikeuteen, ja erityisesti naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien edistämistä koskevista toimenpiteistä vuonna 1984 annettuun neuvoston suositukseen 84/635/ETY.

nollisia toimenpiteitä, joilla toteutetaan toimia tietyn huonossa asemassa (luonnollisista tai historiallisista syistä) olevan ryhmän eduksi, jotta tällaiselle ryhmälle taattaisiin sosiaalisesti tasa-arvoiset mahdollisuudet. Esillä olevassa asiassa, joka koskee naisten tasa-arvoisia mahdollisuuksia työelämässä suhteessa miehiin, mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet ovat tavallisesti ohjelmia, joiden tarkoituksena on suosia naisten palvelukseenottoa ja ylennyksiä. Nämä toimenpiteet, jotka ovat nimenomaisesti positiivisia, ovat sisältönsä vuoksi — tietyn ryhmän suosiminen — luonteeltaan syrjiviä, ja siten ne ovat selkeästi yleisen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisia. On selvää, että sukupuoleen perustuvan syrjinnän kielto, jonka tarkoituksena on naisten ja miesten tasa-arvoinen kohtelu, takaa jokaiselle yksilölle perusoikeuden ja muodostaa perustavanlaatuisen säännön sekä yhteisön oikeudessa että kansallisissa oikeusjärjestyksissä. Mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden laillisuutta arvioidaan siten lähtökohtaisesti sen perusteella, voidaanko ne yhteensovittaa tämän yleisen periaatteen kanssa.

Esillä olevan ennakkoratkaisupyynnön kohteena olevissa EY 141 artiklan 1 kohdassa ja direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa kielletään kaikki sukupuoleen perustuva syrjintä. EY 141 artiklan 4 kohdassa sekä direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa kuitenkin todetaan, että jäsenvaltiot voivat toteuttaa toimenpiteitä naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien toteuttamiseksi työelämässä. Jäsenvaltiot voivat siten toteuttaa toimenpiteitä tässä tarkoituksessa, vaikka toimenpiteet olisivatkin yleisen syrjintäkiellon periaatteen vastaisia ja vaikka ne siten haittaavat miespuolisia työntekijöitä. Näin ollen esillä olevan arvioinnin keskeisin tavoite on niiden rajojen ja edellytysten määritteleminen, joita noudattaen esillä olevassa asiassa kysymyksessä olevan laisten kansallisten mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden voidaan katsoa olevan yhteensopivia yhteisön oikeuden kanssa.

21. Yhteisöjen tuomioistuin on jo tulkinnut direktiivin 2 artiklan 4 kohtaa [6] nimenomaisesti yleisen syrjintäkiellon periaatteen osalta ja kahdessa tapauksessa se on täsmentänyt kyseisen säännöksen ulottuvuuden suhteessa kansallisiin mahdollisuuksia edistäviin toimenpiteisiin. Yhteisöjen tuomioistuimelle aikaisemmin esitetyt kysymykset, kuten esillä olevassa asiassa tutkittavana oleva kysymys, koskevat jäsenvaltioille annetun toimivallan sisältöä tämänkaltaisten toimenpiteiden toteuttamiseksi naisten hyväksi. Jo tässä vaiheessa on huomautettava, että yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että direktiivin säännöstä, joka merkitsee poikkeusta yleisestä syrjintäkiellon periaatteesta, on tulkittava suppeasti: yhteisöjen tuomioistuin on erityisesti sulkenut pois mahdollisuuden taata naisille poikkeukseton ja ehdoton etusija palvelukseenotossa ja ylennysten yhteydessä.

6 — Ensimmäisessä direktiivin 2 artiklan 4 kohtaa koskevassa tuomiossa (asia 312/86, komissio v. Ranska, tuomio 25.10.1988, Kok. 1988, s. 3615) yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kyseinen säännös sisältää poikkeuksen, jonka "täsmällisenä ja rajoitettuna päämääränä on oikeuttaa syrjiviltä vaikuttavat toimenpiteet, joilla pyritään tehokkaasti poistamaan tai vähentämään yhteiskunnassa mahdollisesti vallitsevaa eriarvoisuutta" (tuomion 15 kohta). Kyseisessä asiassa kysymyksessä oli Ranskan tasavallan mahdollisen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämisen toteaminen, koska se ei ollut pannut täytäntöön direktiiviä 76/207/ETY. Vastineessaan vastaajana ollut valtio esitti, että "code du travail'n" muutoksella ranskalainen lainsäätäjä oli nimenomaisesti säätänyt mahdollisuudesta antaa "naisille erityisiä oikeuksia" yksittäisissä työsopimuksissa tai työehtosopimuksissa. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, etteivät nämä väitteet olleet perusteltuja ja totesi muun muassa, ettei erityisten oikeuksien yleisluonteinen tunnustaminen ollut direktiivin 2 artiklan 4 kohdan mukainen positiivinen toimenpide ja katsoi, ettei direktiivin kyseinen säännös voinut olla tällaisen lainsäädännön oikeudellinen perusta.

22. Aion tutkia tarkemmin kahta olennaista kohtaa oikeuskäytännössä eli sitä, milloin voidaan pitää yhteisön oikeuden mukaisina a) naisten mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä, ja erityisemmin sellaisia, joissa määrätään prosentuaalisesta osuudesta — kiintiöstä — virkatasolla, sisältäen velvoitteen palkata tai ylentää naispuolisia hakijoita, toisin sanoen velvoitteen saavuttaa tulos, jota varten toimenpide on toteutettu, ja toisaalta tutkin, mitä b) edellytyksiä naisten prosentuaalisen osuuden varmistavan järjestelmän on täytettävä.

23. a) Asiassa Kalanke 1995 annetussa tuomiossa [7] — johon pääasian kantajat ovat vedonneet vaatimuksiensa tueksi ja johon kansallinen tuomioistuin on viitannut ennakkoratkaisupyynnössään — mahdollisuuksia edistävästä toimenpiteestä oli säädetty Bremenin osavaltion laissa, jossa täsmennettiin, että "muuta kuin koulutusta varten tapahtuvassa palvelukseenotossa, mukaan lukien virkamiehen ja tuomarin nimittäminen virkaan, naiset, jotka ovat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, on asetettava harkinnassa etusijalle aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina" ja että "pätevyyttä arvioitaessa on otettava huomioon ainoastaan avoinna olevan paikan sekä virkauran edellyttämät vaatimukset". Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kyseinen säännös, jonka mukaan *yhtä pätevistä eri sukupuolta olevista hakijoista naiset saavat automaattisesti etusijan* niillä aloilla, joilla he ovat aliedustettuina, on sekä direktiivin 2 artiklan 1 kohdan vastainen, koska se "merkitsee sukupuoleen perustuvaa syrjintää" (16 kohta) eikä sitä voida myöskään pitää saman artiklan 4 kohdassa tarkoitettuna mahdollisuuksia edistävänä toimenpiteenä, siltä osin kuin "kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan työpaikkaan nimitettäessä tai ylennettäessä taataan naisille absoluuttinen ja ehdoton etusija, on pidemmälle menevä toimenpide kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen, ja se ylittää näin ollen direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa olevan poikkeuksen soveltamisen rajat" (22 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi myös, että "tällainen järjestelmä, jolla pyritään toteuttamaan naisten tasainen edustus miehiin verrattuna jokaisessa palkkaluokassa ja jokaisen työyksikön jokaisella tasolla, korvaa direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa olevan yhtäläisten mahdollisuuksien edistämisen; kyseinen lopputulos voitaisiin saavuttaa ainoastaan toteuttamalla yhtäläiset mahdollisuudet" (23 kohta).

Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi siten ratkaisuehdotuksen, johon julkisasiamies oli päätynyt ja jonka mukaan yhtäläisten mahdollisuuksien antamisella tarkoitetaan ainoastaan, että annetaan mahdollisuus saavuttaa yhtäläinen tulos, eli luodaan sukupuolten väliselle tasa-arvoinen lähtökohta. Kuitenkin mielestäni on erittäin ilmeistä, että riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä ei suinkaan tavoitella yhtäläisten lähtökohtien turvaamista. Jos kaksi eri sukupuolta olevaa hakijaa ovat yhtä päteviä, itse asiassa määritelmän mukaan molemmilla oli ja on yhtäläiset mahdollisuudet: olosuhteet suosivat lähtökohtaisesti tasa-arvoa. Annettaessa naisille etusija riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä pyritään siis saavuttamaan tasa-arvoinen lopputulos tai pikemminkin työpaikkojen määrällisesti tasainen jakautuminen miesten ja naisten kesken. Mie-

7 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

lestäni tämä ei vastaa direktiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaa eikä sen perusteena olevaa oikeudellista päämäärää (13 kohta). [8]

24. Vuonna 1997, tämän ennakkoratkaisupyynnön esittämisen jälkeen annetussa tuomiossa Marschall [9] yhteisöjen tuomioistuin näyttää katsovan, että yhteisön oikeus on sallivampi naisten mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden suhteen. Yhteisöjen tuomioistuin, vaikka se perustikin tuomionsa aikaisempaan oikeuskäytäntöön, lähti kyseisessä tuomiossa siitä, että jos tasa-arvoisen kohtelun edistämistä koskeva toimenpide ei ole luonteeltaan radikaali, toisin sanoen naisten osuutta koskevien kiintiöiden joustavuus, mahdollisuuksia edistävä toimenpide voidaan kenties yhteensovittaa syrjintäkiellon periaatteen kanssa, jolloin luonteeltaan muodollisesti syrjivä toimenpide on lainmukainen. Yhteisöjen tuomioistuin totesi kuitenkin, että "tällaisella säännöksellä voidaan tasoittaa niitä haitallisia vaikutuksia, joita naispuolisille hakijoille aiheutuu edellä kuvailluista asenteista ja käytännöistä ja siten vähentää yhteiskunnassa mahdollisesti vallitsevaa eriarvoisuutta" (31 kohta).

Muutama sana kyseisestä asiasta. Saksalainen laki, jonka yhteensoveltuvuus direktiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan kanssa oli kiistetty, oli Nordrhein-Westfalenin osavaltion virkamieslaki, jonka mukaan kun naisia on tietyn alueen viroissa miehiä vähemmän, naiset on asetettava ylennettäessä etusijalle, jos hakijat ovat yhtä soveltuvia ja kyvykkäitä ja heillä on sama ammattikokemus. Laissa säädetään kuitenkin poikkeus edistämistoimenpiteen soveltamiselle siten, että työnantaja voi olla soveltamatta kyseistä säännöstä "miespuolisen hakijan henkilöön liittyvistä syistä". Ottaen huomioon kyseisen "poikkeussäännöksen" yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että järjestelmä oli tarpeeksi joustava, toisin sanoen se ei ollut samalla tavalla automaattinen kuin asiassa Kalanke kysymyksessä ollut Bremenin osavaltion laki, ja siten yhteisöjen tuomioistuin katsoi, etteivät Nordrhein-Westfalenin osavaltion toteuttamat toimenpiteet olleet tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaisia. Tuomiolauselman mukaan direktiivin "2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaista ei ole se, että kansallisen säännöksen mukaan julkishallinnon aloilla, joilla naisia on kyseisen ura-alueen viroissa miehiä vähemmän, naiset on asetettava etusijalle, jos eri sukupuolta olevat hakijat ovat heidän soveltuvuutensa, kyvykkyytensä ja ammattikokemuksensa huomioon ottaen yhtä päteviä, jollei miespuoliselle hakijalle

8 — Tämän harkinnan tueksi julkisasiamies muistuttaa, että edellä mainitussa asiassa 312/86, komissio v. Ranska, yhteisöjen tuomioistuin oli katsonut, että direktiivin 2 artiklan 4 kohdan positiivisiin toimenpiteisiin kuuluvat ainoastaan sellaiset toimenpiteet, jotka *näyttävät syrjiviltä* ja tästä seuraa, että säännöksen tavoitteena on tosiasiallinen tasa-arvo, mutta "tähän tavoitteeseen voidaan pyrkiä ainoastaan toimenpiteillä, joilla pyritään saavuttamaan todelliset yhtäläiset mahdollisuudet; tästä seuraa, että vain sellainen eriarvoisuus sallitaan, joka on tarpeen, jotta voidaan poistaa ne esteet tai erot, jotka estävät naisia saavuttamasta samoin edellytyksin samoja tuloksia kuin miehet. Tästä näkökulmasta erityisesti naisten asemaa edistävät toimenpiteet vain näyttävät syrjiviltä, ja nämä ovat ainoa keino saavuttaa tosiasiallinen ja toimiva todellinen tasa-arvo" (15 kohta). Siten "direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa ainoastaan sallitaan naisten eriarvoisuuden poistaminen, mutta tätä ei sallita suoran ja pelkän päinvastaisen syrjinnän keinoin eli sellaisilla toimenpiteillä, joiden tarkoituksena ei ole yksinomaan poistaa niitä haittoja, jotka estävät naisia saavuttamasta samoja tuloksia samanlaisissa oloissa, vaan joiden tarkoituksena on vaikuttaa suoraan näihin tuloksiin tai ainakin antaa naisille etuoikeus saavuttaa ne ja tämä *vain siksi, että he ovat naisia.*" (22 kohta).

9 — Asia C-409/95, Marschall, tuomio 11.11.1997 (Kok. 1997, s. I-6363).

ole hänen henkilöönsä liittyvistä syistä annettava etusijaa, edellyttäen, että — kussakin yksittäistapauksessa naispuolisten hakijoiden kanssa yhtä päteville miespuolisille hakijoille taataan, että hakemuksia käsitellään objektiivisesti siten, että kaikki hakijoiden henkilöön liittyvät perusteet ja naisille annettava etusija sivuutetaan, jos niiden tai usean tällaisen perusteen vuoksi miespuoliselle hakijalle on annettava etusija, ja — tällaiset perusteet eivät ole naispuolisia hakijoita syrjiviä". [10]

25. Kuten pääasian kantajat toteavat, yhteisöjen tuomioistuin nojautuu ensiksi mainitussa tuomiossa esitettyyn perusteluun ja katsoo, että direktiivin 2 artiklan 4 kohta — jonka mukaan jäsenvaltiot siis voivat toteuttaa naisten mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä kattaa sellaiset kansalliset säännökset, joissa tällainen etusija annetaan palvelukseenoton ja ylennysten yhteydessä, paitsi jos tällainen etusija on "täydellinen ja ehdoton", siten että se takaa automaattisesti toimenpiteen päämäärän toteuttamisen eli palvelukseenoton tai ylentämisen. Tällöin päämäärä menettäisi varsinaisen luonteensa päämääränä ja korvaisi itse asiassa mahdollisuuksia edistävän toimenpiteen kohteen.

26. Tämä oikeuskäytäntö johtaa yleisempään harkintaan tasa-arvoisten mahdollisuuksien käsitteen nykyisestä sisällöstä yhteisön oikeudessa ja tarkemmin sanottuna mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden käsitteen sisällöstä. Kuten on todettu, kyseinen käsite voi olla erilainen oikeusjärjestyksestä riippuen, ja se on omiaan mukautumaan jatkuvasti yhteiskunnan vaatimuksiin ja on siten eri aikoina erilainen jopa saman oikeusjärjestyksen sisällä.

Jos tutkitaan viimeisintä muutosta EY:n perustamissopimuksen tasa-arvoisia mahdollisuuksia koskevan osan tekstiin ja erityisesti mitä tulee mahdollisuuksia edistäviin toimenpiteisiin (EY 141 artiklan 4 kohdassa viitataan nyt nimenomaisesti kansallisella tasolla toteutettaviin erityisetuja tarjoaviin toimenpiteisiin "joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja") ja jos otetaan huomioon yhteisön toimielinten tämän päämäärän saavuttamiseksi useasti

10 — Tuomiossa ei siten noudateta julkisasiamiehen ehdottamaa direktiivin tulkintaa. Julkisasiamies arvioi näet, että "direktiivin 2 artiklan 4 kohdan sanamuodosta sekä yhteisöjen tuomioistuimen siitä tekemästä tulkinnasta" (asiassa Kalanke) "ilmenee selvästi, että se koskee yhtäläisten mahdollisuuksien edistämistä eikä tasaisen edustuksen toteuttamista ja että jäsenvaltioille jää toimivalta toteuttaa syrjivältä näyttäviä toimenpiteitä, joilla on tarkoitus poistaa erityisiä esteitä tai epäkohtia, joita naiset kohtaavat työmarkkinoilla, ja joilla edistetään miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia ja siten naisten parempaa edustusta työpaikoilla. Suhteellisuusperiaate edellyttää kuitenkin, että tällaiset toimenpiteet ovat sekä sopivia että tarpeellisia tällaisen päämäärän tavoittelemiseksi". Julkisasiamies katsoi, että "nimenomaisesti toista sukupuolta koskeva toimenpide ei ole mielestäni oikeassa suhteessa päämäärään pyrittäessä poistamaan naisten käytännössä kohtaama eriarvoisuus ja edistämään yhtäläisiä mahdollisuuksia, jos samaan lopputulokseen voidaan päästä sukupuolineutraalilla säännöksellä" (42 ja 43 kohta).

ilmaisema kanta,[11] on katsottava, että direktiivin 2 artiklan 4 kohdan suppea tulkinta, joka rajoittaisi liikaa sellaisten järjestelmien käyttöönottamista, joissa naisten edustusta koskevat kiintiöt kuuluvat näihin kyseisessä säännöksessä mainittuihin mahdollisuuksia edistäviin toimenpiteisiin, ei vastaa asiaa koskevan yhteisön oikeuden kehitystä. Katson, että ottaen huomioon edellä mainittujen säännösten, jotka koskevat kansallisia toimenpiteitä sukupuolensa vuoksi epäedullisessa asemassa olevien henkilöiden tasa-arvoisten mahdollisuuksien takaamiseksi, sanamuodon, sekä eri kansallisissa oikeusjärjestyksissä naisten mahdollisuuksien edistämiseksi toteutettavien toimenpiteiden tarkoituksen ja päämäärän nykypäivänä, yhteisön oikeuden vastaisena ei voida periaatteellisesti pitää sellaisia kansallisia toimenpiteitä, joissa määrätään naissukupuolta olevien hakijoiden tosiasiallisesta palvelukseenotosta ja ylentämisestä.

Kuten edellä on todettu, näiden toimenpiteiden lainmukaisuus riippuu sinänsä siitä, voidaanko mahdollisuuksia edistävä toimenpide yhteensovittaa syrjintäkiellon periaatteen kanssa. Vastaavasti on kuitenkin myös selvää, että syrjintäkiellon periaatteen tarkoituksena on taata — siltä osin kuin esillä olevassa asiassa on merkityksellistä — työntekijöiden tasa-arvoinen kohtelu, sekä tasa-arvoisten mahdollisuuksien periaate, joka on mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden peruste ja jonka tarkoituksena on taata työntekijöiden tasa-arvo todellisissa olosuhteissa, tai paremminkin muodollisen ja tosiasiallisen tasa-arvon periaatteet. Nämä periaatteet eivät ole keskenään täysin ristiriitaisia, kuten oikeuskirjallisuudessa on toisinaan todettu. Jos tosiasiallinen tasa-arvo voidaan toteuttaa toimenpitein, jotka ovat luonteeltaan syrjiviä, tosiasiallisella tasa-arvolla itse asiassa pyritään todellisuudessa samaan päämäärään kuin ensimmäisellä periaatteella, tosin tietyin lisäyksin siltä osin kuin lainsäätäjän tehtävänä on korjata kansan tiettyjen osien todelliset vaikeudet, joista nämä eivät voisi selviytyä, jos noudatetaan vain yleistä syrjintäkiellon periaatetta. Jos seurataan tätä päättelyä, voi päätyä epäilemään, että tosiasiallinen tasa-arvo muodostaa poikkeuksen muodolliseen tasa-arvoon ja, toisin sanoen, säännös, johon mahdollisuuksia edistävä toimenpide perustuu — esillä olevassa asiassa EY 141 artiklan 4 kohta ja direktiivin 2 artiklan 4 kohta — olisi luonteeltaan poikkeus, ja sitä olisi siten tulkittava suppeasti.

11 — Esillä olevan ratkaisuehdotuksen alussa mainitun vuonna 1984 annetun neuvoston suosituksen lisäksi komissio antoi asiassa Kalanke annetun tuomion jälkeen sen tulkintaa koskevan tiedonannon, jossa todetaan seuraavaa: "La Commission considère que la Cour n'a fait que condamner la caractéristique particulière de la législation de Brême qui consiste en une automaticité de mesure et accorde aux femmes un droit absolu et inconditionnel en matière de recrutement ou de promotion. La Commission est donc d'avis que le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles." (asiakirja KOM (96) 88). Lisäksi komissio on ehdottanut, että direktiivin 2 artiklan 4 kohdan teksti korvattaisiin seuraavasti: "Tämä direktiivi ei estä toteuttamasta miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa aliedustetun sukupuolen mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuilla aloilla. Tällaisiin mahdollisiin toimenpiteisiin kuuluu työhönotossa ja ylennyksissä annettava etusija aliedustettuun sukupuoleen kuuluvalle henkilölle sillä edellytyksellä, että tällaiset toimenpiteet eivät estä tietyn yksittäistapauksen erityisolosuhteiden huomioon ottamista" (EYVL 1996, C 179, s. 8). Lopuksi taloudellista ja sosiaalista koheesiota koskevan valiokunnan ensimmäisen kolmivuotisraportin osalta annetussa päätöslauselmassa Euroopan Parlamentti katsoi, että "sukupuolten välinen tehokas tasa-arvo on taloudellisen ja sosiaalisen koheesion olennainen elementti; siten tässä tarkoituksessa komissiota kehotetaan harkitsemaan mahdollisuutta laatia yhteisön aloiteohjelma, jonka tarkoituksena on määritellä, edistää ja tutkia varojen suunnittelua ja hallintaa koskevia menettelytapoja, jotta tällaiset eroavaisuudet voidaan poistaa (19.11.1997 pidetyn istunnon pöytäkirja, EYVL C 371, 8.12.1997, s. 89).

27. Katson siten, ettei mikään estä yhteisön tasolla sitä, että kansallinen lainsäätäjä säätää mahdollisuuksia edistävistä toimenpiteistä, jos toimenpiteen kohteena oleva ryhmä, toisin sanoen naiset, kohtaa erityisiä vaikeuksia, joissa pelkästään valtion toimielinten takaama tasa-arvoisen kohtelun periaatteen noudattaminen ja toisin sanoen (negatiivisesti ilmaistu) syrjintäkiellon periaate ei suojaa ryhmää asianmukaisesti; tällaisessa tilanteessa mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet merkitsevät ryhmän aseman todellista sosiaalista kohottamista. Tällaisilla toimenpiteillä voidaan pyrkiä takaamaan naisten tasa-arvoiset mahdollisuudet luomalla lähtökohdat, jossa naiset voivat hakea asianmukaisesti jokaista yksittäistä paikkaa. Toisaalta voidaan myös pyrkiä vaikuttamaan konkreettisesti naisten yhteiskunnalliseen sijoittautumiseen takaamalla heille todellinen etusija palvelukseenoton ja ylennysten yhteydessä.

28. Katson lopuksi, että jos yleisen syrjintäkiellon periaatteen ja naisten mahdollisuuksien edistämiseksi toteutettavien toimenpiteiden yhteensovittamisen tarve merkitsisi yksinkertaisesti kaikkien sellaisten mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden lainvastaisuutta, joilla pyritään toteuttamaan konkreettinen tulos, esimerkiksi palvelukseenotto, tämä vähentäisi melkoisesti toimenpiteiden ulottuvuutta vieden niiltä sisällön ja samaistaen ne sellaisiin, luonteeltaan avustaviin toimenpiteisiin, jotka eivät aina ole yhteiskunnallisten epätasa-arvoisuuksien tehokkaita korjauskeinoja.

29. b) Käsittelen seuraavaksi pohdintani toista kohtaa eli niitä edellytyksiä, joilla sellaista toimenpidettä, jossa asetetaan velvoite antaa etusija naispuolisille hakijoille ja jossa määritellään siten tietynsuuruinen prosentuaalinen naisten edustusta koskeva osuus — kiintiö — tietyillä aloilla tai tietyillä virka-alueilla, voidaan pitää yhteisön oikeuden mukaisena. Aluksi huomautan, kuten olen edellä korostanut, että vaikka muodollisen ja tosiasiallisen tasa-arvon periaatteet eivät ole ristiriidassa keskenään vaan ne ovat toisiaan täydentäviä, on kuitenkin olemassa ristiriitatilanteita, joita oikeusviranomaisten on arvioitava ja jotka periaatteessa aiheuttavat tietyn ryhmän hyväksi toteutettavan mahdollisuuksia edistävän toimenpiteen lainvastaisuuden, koska toimenpide on vastoin yleistä syrjintäkiellon periaatetta. Tällaisia todellisia konfliktitilanteita esiintyy olennaisesti kahdessa eri tapauksessa: kun korjaava toimenpide, esillä olevassa asiassa naisten mahdollisuuksia edistävä toimenpide, on sisällöltään mielivaltainen, siten että se vaikuttaa liiallisesti niihin, jotka eivät kuulu toimenpiteen kohteena olevaan ryhmään, tai kun se ei ole oikeassa suhteessa epäedullisessa asemassa olevan ryhmän todellisiin tarpeisiin nähden, toisin sanoen kun yhteiskunnallinen todellisuus ei oikeuta korjaavan toimenpiteen toteuttamista. Tästä seuraa, että lainmukaisuusharkinnassa on otettava huomioon sekä toimen todellinen tulos, toisin sanoen sen kohteena olevan ryhmän saavuttama subjektiivinen asema, että myös toteutetun toimenpiteen erityinen sisältö suhteessa kyseisen toimenpiteen todelliseen tarpeeseen. Tämä arviointi merkitsee, kuten Alankomaiden hallitus on aivan oikein huomauttanut, että on tutkittava, onko toimenpiteen kohteena olevan ryhmän tosiasiallinen tilanne oikeassa suhteessa ja toimenpiteen vaikutuksiin.

30. Niinpä viittaan tältä osin niihin arviointiperusteisiin, joihin yhteisöjen tuomioistuin on nojautunut edellä mainitussa,

mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä koskevassa oikeuskäytännössään. Asiassa Kalanke antamassaan tuomiossaan yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että Bremenin osavaltion toteuttama mahdollisuuksia edistävä toimenpide oli lainvastainen, koska sillä toteutettu kiintiöjärjestelmä todettiin automaattiseksi. Mikäli hakijat olivat "yhtä päteviä", naispuolinen hakija oli kyseisen lain mukaan ylennettävä, toisin sanoen naiset oli ylennettävä, *mikäli eri sukupuolta olevat hakijat ovat yhtä päteviä*. Katson, että tällaisessa järjestelmässä hakijan sukupuoli otettiin huomioon vasta valinnan loppuvaiheessa, koska ylennyskelpoisten henkilöiden luokittelu tehtiin ottamatta huomioon näiden sukupuolta. Ilmeisestikään kyseistä järjestelmää ei voitu määritellä täysin automaattiseksi, koska, kuten on todettu, kyseinen luokittelu tehtiin ottamatta huomioon hakijoiden sukupuolta. [12] Ei voida kuitenkaan poissulkea sitä, että kyseinen toimenpide saattoi liikaa suosia naispuolisia hakijoita, koska naisten aseman edistämistä koskeva etusijavelvoite, joka oli sanamuodoltaan näin tiukka, olisi voinut tehdä miespuolisen hakijan valinnan erittäin vaikeaksi työnantajalle.

31. Edellä mainitussa asiassa Marschall antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin sitä vastoin katsoi, että Nordrhein-Westfalenin laissa käyttöön otettu järjestelmä ei ollut automaattinen ja että se oli siten lainmukainen, siltä osin kuin sen mukaan työnantajan ei tarvitse noudattaa velvoitetta etusijan antamisesta naisille "miespuolisen hakijan henkilöön liittyvistä syistä". Yhteisöjen tuomioistuin katsoi siten, että yhteisön oikeuden vastainen "ei ole sellainen kansallinen säännös, jonka mukaan naisille on annettava etusija, jos eri sukupuolta olevat hakijat ovat heidän soveltuvuutensa, kyvykkyytensä ja ammattikokemuksensa huomioon ottaen yhtä päteviä — — jollei miespuoliselle hakijalle ole hänen henkilöönsä liittyvistä syistä annettava etusijaa". Tälle poikkeuslausekkeelle on asetettu kaksi edellytystä, nimittäin että a) "kussakin yksittäistapauksessa naispuolisten hakijoiden kanssa yhtä päteville miespuolisille hakijoille taataan, että hakemuksia käsitellään objektiivisesti siten, että kaikki hakijoiden henkilöön liittyvät perusteet ja naisille annettava etusija sivuutetaan, jos yhden tai usean tällaisen perusteen vuoksi miespuoliselle hakijalle on annettava etusija" ja että b) "tällaiset perusteet eivät ole naispuolisia hakijoita syrjiviä". Yhteisöjen tuomioistuin katsoi siten, että tämän lausekkeen vuoksi työnantajan oli *tutkittava hakemukset objektiivisesti*, toisin sanoen tutkittava ne ottaen huomioon kaikki hakijoiden henkilökohtaiseen ja ammatilliseen profiiliin liittyvät seikat. Siten kyseinen lauseke mahdollistaa sen, että työnantaja voi valita hakijat itsenäisesti, sen mukaan, mikä tilanne konkreettisesti on. Huolimatta naisten aseman edistämistä koskevasta etusijavelvoitteesta, kyseinen säännös mahdollistaa sekä naispuolisten että miespuolisten hakijoiden osalta merkityksellisten erityisten intressien tai tilanteiden huomioon ottamisen. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi täsmentänyt, ettei

12 — Olen samaa mieltä kuin julkisasiamies asiassa Marschall, jossa hän totesi seuraavaa: "Kalanke-tapauksessa kyseessä ollut kansallinen säännös ei itse asiassa ollut täydellinen ja ehdoton: yhteisöjen tuomioistuin pani merkille kansallisen tuomioistuimen kannan, jonka mukaan säännöstä on tulkittava 'siten, että vaikka ylennettäessä etusija on periaatteessa annettava naiselle, kohtuuden vuoksi kuitenkin on tarvittaessa voitava tehdä poikkeus tähän etuoikeuteen'. Tämän tulkinnan aiheutti epäilys siitä, että säännös olisi muutoin Saksan perustuslain 3 §:n 2 ja 3 momentin vastainen; siinä säädettiin kyseisenä aikana, että miehillä ja naisilla on yhtäläiset oikeudet ja että sukupuoleen perustuva syrjintä on kiellettyä. Koska yhteisöjen tuomioistuin totesi Kalanke-tapauksessa, että siinä olleeseen säännökseen liittyi poikkeuksia, viittaus 'automaattiseen' etusijaan on ymmärrettävä tässä valossa" (ratkaisuehdotuksen 28 kohta).

kyseistä säännöstä tule soveltaa syrjivällä tavalla naispuolisten hakijoiden haitaksi.

Nordrhein-Westfalenin osavaltion hallitusta pyydettiin ennakkoratkaisumenettelyssä selvittämään konkreettisesti, mitä ovat ne "miespuolisen hakijan henkilöön liittyvät seikat", joiden perusteella tällainen miespuolinen hakija voitiin asettaa etusijalle. Se totesi, että tällaiset seikat sisältävät toissijaisia valintaperusteita, kuten "virkaiän ja sosiaaliset perusteet", esimerkiksi tilanteessa, jossa kyseisellä hakijalla on perhevelvoitteita.[13] Tällaisesta vastauksesta käy ilmi, että seikat, joihin laissa viitataan, voivat koskea sekä "pätevyyttä", toisin sanoen hakijoiden ammattiprofiilia — jotka virkaiän tavoin käyvät ilmi jo hakijoiden luokittelun alustavassa vaiheessa — että seikkoja, jotka eivät liity hakijan pätevyyteen hoitaa työsuhteeseen liittyviä tehtäviä. Toisin sanoen ne voivat koskea epäedullisia tilanteita, jotka naisten asemaa edistävän korjaavan toimenpiteen perustana olevien tilanteiden tavoin edellyttävät erityistä suojaa.

Katson siten, että yhteisöjen tuomioistuimen "poikkeuslausekkeeksi" määrittelemä säännös on tuomiossa keskeinen: tämän lausekkeen ansiosta vältetään se, että velvoite antaa etusija naissukupuolta oleville hakijoille vaarantaa muiden hakijoiden asianmukaisen arvioinnin, ja lievennetään siten sen syrjivää vaikutusta muiden hakijoiden osalta. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi näet, että kiintiöjärjestelmä on riittävän joustava ja siten direktiivin 2 artiklan 4 kohdan kattama, mikäli mahdollisuuksia edistävä toimenpide ei sulje pois sitä, että työnantaja, hakijoiden, ja erityisesti miespuolisten hakijoiden, profiiliin liittyvät subjektiiviset ja/tai objektiiviset seikat huomioon ottaen voi olla noudattamatta velvoitetta ottaa palvelukseensa yhtä pätevä naispuolinen hakija. Näihin seikkoihin vetoaminen ei kuitenkaan saa olla syrjivää naisten valinnan kannalta.[14] Siten esimerkiksi "virkaikää koskevaa perustetta", joka tavallisesti kuuluu hakijoiden soveltuvuuden arviointiin, ei tule soveltaa naispuolisia hakijoita syrjivällä tavalla.

32. Katson, että tämän oikeuskäytännön perusteella on mahdollista todeta, että sellainen naisten aseman edistämistä työelämässä koskeva toimenpide, jossa säädetään velvoitteesta asettaa naissukupuolta olevat hakijat etusijalle ja jossa otetaan siten käyttöön sekä julkishallinnossa että yksityisellä sektorilla naisten edustusta koskevat kiintiöt, on yhteisön oikeuden

13 — Ks. tältä osin julkisasiamiehen edellä alaviitteessä 9 mainitussa asiassa Marschall esittämä ratkaisuehdotus, erityisesti 8 kohta.

14 — Myös tältä osin julkisasiamies päätyy yhteisöjen tuomioistuimen kannasta eroavaan kantaan; se ei perustu niinkään yhteisön säädösten erilaiseen tulkintaan kuin avoimen lausekkeen erilaiseen tulkintaan. Julkisasiamies korostaa näet, kuten osavaltion esittämistä huomautuksista käy ilmi, että avoin lauseke mahdollistaa sen, että valintatilanteissa on mahdollista tiettyjen "toissijaisten, perinteisten arviointiperusteiden" soveltaminen eli sellaisten arviointiperusteiden, jotka osavaltion hallituksen mukaan ovat saattaneet miespuoliset hakijat edullisempaan asemaan. Siten tämän lausekkeen soveltaminen sisältää sen, että "toimeen valitaan miespuolinen hakija sellaisilla perusteilla, joita pidetään syrjivinä". Julkisasiamies päättelee siten, että "kun kerran naisille heidän sukupuolensa perusteella täydellisen etusijan antava säännös on lainvastainen, sitä suuremmalla syyllä on lainvastainen ehtoja sisältävä säännös, jonka mukaan joko naiset saavat etusijan sukupuolensa perusteella tai miehet saavat etusijan kiistatta syrjivien arviointiperusteiden vuoksi" (36 kohta).

mukainen, kun siinä mahdollistetaan se, että työnantaja voi valita ammatilliselta profiililtaan sopivimman hakijan. Lisäksi naisten mahdollisuuksia edistävä toimenpide ei saa missään olosuhteissa muuttaa miespuolisten hakijoiden ansioita ja pätevyyttä koskevaa arviointia. Tässä tarkoituksessa sukupuolen on oltava täydentävä arviointiperuste laadittaessa hakijoiden profiilia ja sitä on käytettävä niiden muiden perusteiden kanssa, joihin hakijoiden kokonaisarviointi pääsääntöisesti perustuu. Lisäksi naisten etusijalle asettamista koskeva velvoite ei voi merkitä sitä, että arvioitaessa mahdollisuuksia edistävän toimenpiteen soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hakijoita jätetään huomioon ottamatta henkilökohtaiset erityisseikat, jotka, vaikka ne eivät liitykään hakijoiden ammatillisen profiilin arviointiin, voivat olla merkkejä sosiaalisista tilanteista, jotka ovat yhtä merkittäviä kuin tavallisesti naisia koskevat tilanteet.

Tähän on lisättävä, kuten olen todennut, että toimen laillisuusarviointi sisältää välttämättä sen kokonaistilanteen huomioon ottamisen, joka on aiheuttanut tasoittavan toimenpiteen tarpeen. Tasoittavan toimenpiteen ja sen kohteena olevan sosiaalisen tilanteen mahdollinen epätasapaino (ajatellaan esimerkiksi merkityksetöntä prosentuaalista eroa naisten ja miesten edustuksen välillä tietyssä yrityksessä tai tietyllä julkissektorilla) voi aiheuttaa sen, että mahdollisuuksia edistävän toimenpiteen oikeutuksena olevat edellytykset raukeavat. Tällaiset edellytykset liittyvät välttämättä tosiseikkoihin. Kansallisen tuomioistuimen on selvitettävä tällaisten edellytysten olemassaolo, kun sen käsiteltäväksi saatetaan asia, jossa yksittäinen palvelukseenotto tai ylennys on riitautettu ja jossa siten etusijalle asettamista koskevan velvoitteen olemassaolo on kiistetty. Jos kyseisen kanteen kohteena on tasoittava toimenpide kokonaisuudessaan, riippumatta sen soveltamisesta yksittäistapaukseen, kuten esimerkiksi esillä olevassa tapauksessa, valtiosääntötuomioistuimen on määriteltävä abstraktein tai yleisin termein ne edellytykset, joiden on täytyttävä, jotta tasoittava toimenpide on lainmukainen.

II *Hessenin osavaltion laki*

Tutkittuani yleisesti miesten ja naisten tasaarvon takaamiseksi työelämässä toteutettavien mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden hyväksyttävyyttä yhteisön oikeudessa, tarkastelen Hessenin osavaltion lakia, jonka yhdenmukaisuus yhteisön oikeuden, ja erityisesti direktiivin 2 artiklan 1 ja 2 kohdan, kanssa on riitautettu.

Ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa: naisten etusijalle asettamista koskeva velvoite ja hakijoiden arviointiperusteet

33. Ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa, joka on keskeinen esillä olevassa asiassa, koskee kahta toisiaan täydentävää seikkaa ja tarkemmin sanottuna yhtäältä olosuhteita, joissa hallinnolla on velvoite soveltaa naisten aseman edistämissuunnitelmaa (HGlG:n 3 §:n 1 ja 2 momentti) sekä tällaisen suunnitelman päämäärää ja sisältöä (5 §:n 3 ja 4 momentti), sekä toisaalta yksityiskohtia, joita hakijoiden arvioinnissa on noudatettava (HGlG:n 10 §).

34. Huomautan aluksi ensimmäisen seikan ja erityisesti niiden edellytysten osalta, joiden vuoksi mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä on toteutettava ja sovellettava, että kyseisessä laissa toistetaan muiden sellaisten saksalaisten säännösten pääpiirteet, joista on esitetty ennakkoratkaisukysymys edellä mainitsemissani asioissa. Lain 3 §:n 1 ja 2 momentissa näet säädetään, että kun "jonkin virkauran palkkausluokassa, korvausvastikeluokassa tai virkapalkkaluokassa" on vähemmän naisia kuin miehiä, hallinnon on laadittava edistämissuunnitelma.

Tällaista edistämissuunnitelmaa sovelletaan enintään kahden vuoden ajan (5 §:n 3 momentti). Jos tämän ajanjakson päättyessä suunnitelman tavoitteita ei ole saavutettu, miehen palvelukseenotto tai ylentäminen alalla edellyttää sen yksikön hyväksyntää, joka vahvisti naisten aseman edistämissuunnitelman, kunnes kyseisellä alalla molemmat sukupuolet ovat yhtäläisesti edustettuina (10 §:n 4 momentti). Huolimatta siitä, että edistämissuunnitelma on luonteeltaan väliaikainen, on selvää, että etusijalle asettamista koskeva velvoite ei pääty kahden vuoden kuluttua, vaan vasta kun on saavutettu naisten edustusta koskeva 50 prosentin tavoite yksittäisellä alalla ja virkauran yksittäisillä asteilla.

35. Mikäli kysymyksessä on aliedustustilanne, lain 3 §:n 1 momentissa täsmennetään, että hallinnon on laadittava edistämissuunnitelma ja toteutettava muita toimia, joiden tarkoituksena on edistää naisten ja miesten tasa-arvoa julkishallinnossa ja poistaa naisten aliedustus sekä muutenkin poistaa sukupuoleen ja perheolosuhteisiin perustuva syrjintä. Lain 5 §:n 4 momentissa säädetään lisäksi, että periaatteessa enemmän kuin puolet avoimista viroista on osoitettava jokaisen edistämissuunnitelman puitteissa naissukupuolta oleville hakijoille. Hallinnolla ei ole tätä velvoitetta laissa nimenomaisesti määritellyissä tapauksissa, ja tarkemmin sanottuna kun a) jompikumpi sukupuoli on välttämätön edellytys jonkin toiminnan harjoittamiselle; b) kun uskottavasti osoitetaan, että ei ole riittävästi naisia, jotka täyttäisivät vaaditut edellytykset; ja c) kun kysymyksessä on ylennys ilman viran täyttämistä sellaisilla aloilla, joissa naiset ovat aliedustettuina, jolloin naisille on oltava osoitettu sellainen osuus, joka vastaa vähintään sitä prosentuaalista osuutta naisia, jotka työskentelevät välittömästi alemmassa virkapalkkaluokassa. Lisäksi samassa pykälässä täsmennetään, että "kun suunnitellaan henkilöstöhallinnollisia toimia, joista seuraa virkojen lakkauttamisia tai vähentämisiä, naisten aseman edistämissuunnitelmalla on taattava, että naisten prosentuaalinen osuus kyseeseen tulevilla aloilla pysyy vähintäänkin samana."

Mitä tulee toiseen, hakijoiden arviointiperusteita koskevaan seikkaan, lain 10 §:n 1—3 momentissa säädetään, että "soveltuvuutta, kyvykkyyttä ja ammattikokemusta (pätevyyttä) on arvioitava suhteessa avointa tointa tai virkaa koskeviin vaatimuksiin" ja että tässä arvioinnissa hallinnon on sovellettava erityisiä arviointiperusteita: ensiksi on otettava huomioon "kyvyt ja kokemus, jotka on hankittu kotiolosuhteissa lapsia tai huolenpitoa tar-

vitsevia henkilöitä hoitamalla — — nämä näkökohdat koskevat myös ansiotyön lisäksi perheessä suoritettua työtä"; toiseksi "virkaikä, fyysinen ikä ja viimeisen ylennyksen ajankohta otetaan huomioon ainoastaan siltä osin kuin niillä on merkitystä mies- ja naispuolisten hakijoiden soveltuvuutta, suorituksia ja kyvykkyyttä arvioitaessa" ja kolmanneksi "perheolosuhteita tai kumppanin tuloja" ei saa ottaa huomioon hakijan arvioinnissa; lopuksi "osa-aikatyöllä, työ- tai virkavapaalla taikka tutkinnon hankkimiseen liittyvällä viivytyksellä tai viivytyksellä, joka liittyy lasten tai lääkärintodistuksen mukaisesti huolenpitoa tarvitsevien lähiomaisten hoitoon" ei saa olla kielteisiä vaikutuksia hakijoita koskevaan arviointiin.

36. Kaikki asiassa huomautuksia esittäneet, lukuun ottamatta pääasian kantajaa ja Landesanwalt bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hesseniä, tulkitsevat saksalaista lakia siten, että toisin kuin Bremenin osavaltion laissa, josta oli kysymys asiassa Kalanke annetussa tuomiossa, siinä ei oteta käyttöön naisten jäykkää kiintiöjärjestelmää, ja ne arvioivat siten, että tutkittavana oleva kansallinen laki on direktiivin 76/207/ETY mukainen ja kuuluu sen 2 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuihin toimenpiteisiin.

Kansallinen tuomioistuin tulkitsee saksalaista lakia ennakkoratkaisupyynnössään ja erityisesti ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäisen osan muotoilussa siten, että etusijavelvoite on erityisesti liittovaltion perustuslakiin sisältyvän "parhaimpien valintaa" koskevan periaatteen alainen ja pätevä vain, jos "päätöksen kanssa eivät ole ristiriidassa merkitykseltään tärkeämmät oikeudelliset syyt", toisin sanoen ainoastaan silloin, jos ei loukata valtiosääntöoikeudellisia periaatteita. Myös osavaltion hallitus, vastatessaan yhteisöjen tuomioistuimen kysymykseen käsitteestä "merkitykseltään tärkeämmät oikeudelliset syyt" korosti, että naispuolisille hakijoille taattu etusija on luonteeltaan toissijainen arviointiperuste, koska se on alisteinen toiselle, luonteeltaan ensisijaiselle, osavaltion valtiosäännössä säädetylle arviointiperusteelle, jonka mukaan soveltuvin hakija on joka tapauksessa valittava. Toisin sanoen ainoastaan tilanteessa, jossa on useita ammatillisesti yhtä soveltuviksi arvioituja hakijoita, käytetään sukupuoleen liittyvää perustetta. Osavaltion hallitus päättelee tästä, että edistämisohjelma sisältää ainoastaan yleisen ohjelmallisen ohjeen eikä velvoitetta, jonka perusteella hallinnon on taattava etusija naisille pelkästään sukupuolen perusteella. Ainoastaan silloin naissukupuolta oleville hakijoille on annettava etusija, kun kysymyksessä on "rajatapaus" eli tilanne, jossa se seikka, että hallinto ei noudattaisi velvoitetta saavuttaa 50 prosentin naisten edustusta koskeva tavoite aiheuttaisi sen, että edistämissuunnitelma ei toteudu. Osavaltion hallitus arvioi siten, ettei ole olemassa velvoitetta toteuttaa mahdollisuuksia edistävä toimenpide — paitsi tietyissä ja oletettavasti hyvin harvoissa tapauksissa. Edistämissuunnitelma ei siten luo yksityisille mitään oikeuksia, vaan siihen sisältyy ainoastaan hallinnolle osoitettu yleinen ohje.

37. Tällainen saksalaisen lain tulkinta ei mielestäni tuo esiin lainsäädännön merkitystä kokonaisuudessaan. Nimittäin jos pysyttäydytään lain sanamuodossa, jonka mukaisesti lause on tulkittu ennakkoratkaisupyynnössä, hallinnon on aliedustustilanteissa hyväksyttävä naisten aseman edistämissuunnitelma (lain 3 §:n 1 momentti) eikä se voi tämän suunnitelman hyväksymiseen asti suorittaa palvelukseenottoja (lain 10 §:n 5 momentti), minkä lisäksi sen on myös osoitettava naisille enemmän kuin puolet täytettävistä viroista (lain 5 §:n 4 momentti) siihen asti kunnes naisten prosentuaalinen osuus vastaa miesten osuutta. Totean lisäksi, että erona asiassa Marschall tutkittavana olleeseen lakiin, esillä olevassa asiassa kysymyksessä olevaan lakiin ei sisälly mitään poikkeuslauseketta, toisin sanoen siinä ei säädetä, että etusijavelvoite voitaisiin jättää soveltamatta "tärkeämmistä syistä". Kyseisessä laissa säädetään ainoastaan tietyistä, soveltamisalaltaan rajallisista poikkeuksista, jos tiettyyn sukupuoleen kuuluminen on edellytys jonkin toiminnan harjoittamiselle, jos ei ole mahdollista saada riittävää määrää naisia tai lopuksi jos kysymyksessä on ylennys ilman virkojen täyttämistä.

Kuten ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on korostanut ja kuten myös paitsi Saksan hallitus on huomauttanut, ei ole olemassa kuitenkaan mitään erityistä velvoitetta antaa etusija naispuolisille hakijoille, koska laissa ei säädetä, että hallinnon on joka tapauksessa tai yhtä pätevien hakijoiden ollessa kysymyksessä, palkattava tai ylennettävä naispuoliset hakijat. Lain 10 §:ssä säädetään näet, että etusija on annettava hakijalle, joka on pätevämpi ja soveltuvampi. Siinä ei kielletä antamasta etusijaa miespuoliselle hakijalle, jos hän on soveltuvin täytettävään virkaan. Siinä ei myöskään aseteta olettamista yhtäläisestä pätevyydestä etusijavelvoitteen soveltamiseksi. Järjestelmässä otetaan käyttöön ainoastaan mekanismi, jonka tarkoituksena on helpottaa naisten sijoittumista ja uraa mahdollistamalla heille erityisesti se, ettei heille aiheudu haittaa perheen piirissä tehdystä työstä. Kyseinen järjestelmä sisältyy HGlG:n 10 §:ään, jossa säädetään erityisperusteista, joiden tarkoituksena on suosia naispuolisten hakijoiden arviointia: yhtäältä siinä säädetään, että hakijoiden arvioinnissa on otettava huomioon kotiolosuhteissa hankittu kokemus, kun tällaisilla töillä on merkitystä täytettävään virkaan liittyvien tehtävien kannalta ja että samanaikaisesti perhesyistä perusteltuja poissaoloja töistä ei tule ottaa huomioon, ja toisaalta siinä rajoitetaan virkaiälle annettavaa merkitystä, koska miespuoliset hakijat täyttävät tämän perusteen tavallisesti helpommin.

38. Edellä esitetyn perusteella katson siten kansallisten, mahdollisuuksia edistävien

toimenpiteiden hyväksyttävyydestä yhteisön oikeudessa, että yhteisön oikeuden mukaisena voidaan pitää esillä olevassa asiassa kysymyksessä olevan kaltaista kansallista mahdollisuuksia edistävää toimenpidettä, jolle on ominaista hallinnon velvoite hyväksyä naisten aseman edistämissuunnitelma, jolla pyritään korjaamaan aliedustustilanne yksittäisillä aloilla ja virkaurilla ja jossa säädetään velvoitteesta helpottaa naispuolisten työntekijöiden palvelukseenottoa ja uraa, sillä edellytyksellä, että tällaisella toimenpiteellä ei estetä miespuolisia hakijoita hakemasta tiettyä paikkaa eikä siinä määrätä naisten edustusta koskevista kiinteistä kiintiöistä jättämällä huomioon ottamatta hakijoiden soveltuvuus yksittäisen täytettävän paikan kannalta.

Ennakkoratkaisukysymyksen toinen osa: tieteellinen ala

39. Toinen kansallisen tuomioistuimen yhteisöjen tuomioistuimelle esittämä saksalaista lakia koskeva näkökohta liittyy HGlG:n 5 §:n 7 momentin yhteensoveltuvuuteen direktiivin 2 artiklan 2 ja 4 kohdan kanssa. Kansallisen lain kyseisten säännösten mukaan tieteen alan virkojen osalta, jotka täytetään määräajaksi, sekä tieteellisten avustajien osalta, naisten aseman edistämissuunnitelman velvoittavissa tavoitteissa on osoitettava naisille sellainen prosentuaalinen osuus, joka vastaa vähintäänkin naisten osuutta kyseisen alan tutkinnon suorittaneista, väitelleistä sekä kyseisen aineen opiskelijoista. Tarkemmin sanottuna lain 5 §:n 7 momentissa säädetään, että "tieteen alan viroista, jotka Hochschulrahmengesetzin (puitelaki korkeakouluista) — — mukaan täytetään määräajaksi, on osoitettava naisille sellainen prosentuaalinen osuus, joka vastaa vähintäänkin naisten osuutta kyseisen alan tutkinnon suorittaneista. Tieteen alan viroista, jotka Hochschulrahmengesetzin 48 §:n mukaan täytetään määräajaksi, on osoitettava naisille sellainen prosentuaalinen osuus, joka vastaa vähintäänkin naisten osuutta kyseisen alan väitelleistä. Määrärahoista, jotka on varattu tieteellisille avustajille, jotka eivät ole tutkinnon suorittaneita, on osoitettava naisille vähintään se prosenttiosuus, joka vastaa naisten osuutta kulloinkin kyseessä olevan aineen opiskelijoista".

Osavaltion hallitus huomauttaa, että kyseessä olevalla alalla naiset ovat erityisen aliedustettuina sen vuoksi, että pääsääntöisesti työpaikat ovat tilapäisiä sekä myös sen vuoksi, että uralla eteneminen riippuu jatkotutkintojen suorittamisesta. Suunnitelman päämääränä on helpottaa jo alalla olevien naisten pääsyä vakituisiin opetusvirkoihin korkeakouluissa.

Lain 5 §:n 7 momentin sanamuodosta käy selkeästi ilmi, että tieteen alalla naisten osuutta koskeva tavoite voi myös olla vähemmän kuin 50 prosenttia, toisin sanoen alempi kuin muille aloille määritelty prosenttiosuus, sillä tieteen alan osalta tämä prosenttiosuus on määritetty toisin kuin yleensä, toisin sanoen viittaamalla niiden henkilöiden määrään, joilla on asiaan kuuluva ammatillinen koulutus. Säännöksessä säädetään nimittäin, että prosentuaalinen osuus vastaa tutkinnon

suorittaneiden henkilöiden tai väitelleiden määrää tai yksinkertaisesti kyseisen aineen opiskelijoiden määrää. On selvää, että jos yleinen järjestelmä, jonka tarkoituksena on taata naisten 50 prosentin osuus tietyn alan työvoimasta, katsotaan yhteisön oikeuden mukaiseksi, sitä suuremmalla syyllä on katsottava, että kysymyksessä oleva erityisjärjestelmä on lainmukainen.

Toisenlainen tulkinta, jossa katsottaisiin, että 50 prosentin enimmäismäärää olisi sovellettava myös tieteen alalla, tekisi tyhjäksi erityisjärjestelmän kaiken käytännön merkityksen. On kuitenkin otettava huomioon, että ristiriita yleisen järjestelmän ja tieteellisen alan oman erityisjärjestelmän välillä on todellisuudessa vain näennäinen, koska tutkinnon suorittaneista ne, jotka ovat kiinnostuneita tieteen alan paikoista, ovat sellaisia, joilla on asianmukainen koulutus. Jos siten säädetään tietyn naisia koskevan määrän huomioon ottamisesta, joka määrä vastaa tarpeellisen koulutuksen saaneita henkilöitä, tämä merkitsee sitä, että määrällisenä parametrinä käytetään tosiasiallista suuretta, jonka puitteissa etusija annetaan naisille.

On selvää, että käsitteet, joita on käytetty kuvaamaan tieteen alan etusijavelvoitetta (lain 5 §:n 7 momentti) eroavat yleissäännöksen käsitteistä (lain 5 §:n 4 momentti). Voidaan näet todeta, että tieteen alan viroissa "on oltava naisia", kun taas hallinnon muiden alojen virat on "osoitettava" naisille. Kansallinen tuomioistuin katsoo tältä osin, että kyseisellä säännöksellä ei ole "itsenäistä merkitystä", toisin sanoen säännös ei koske suoraan virkojen täyttämispäätöksiä. Ero yleisen säännöksen ja erityissäännöksen välillä on puhtaasti terminologinen. Ei näet ole mitenkään perusteltua eikä siten asiaankuuluvaa tulkita lain 5 §:n 7 momentin säännöstä siten, että sen tarkoituksena on poistaa tieteen ala yleisestä hakijoiden valintaa koskevasta järjestelmästä, josta on säädetty lain 10 §:ssä. Jos kuitenkin katsottaisiin, että 5 §:n 7 momentissa säädetään kiinteä prosenttiosuus naisten kanssa tehtäville työsopimuksille arvioimatta kaikkia asiasta kiinnostuneita työntekijöitä, säännöksellä otettaisiin käyttöön mahdollisuuksia edistävä toimenpide, joka eroaa — kuten edellä on todettu — perustamissopimuksen EY 141 artiklan 4 kohdan ja direktiivin 2 artiklan 4 kohdan järjestelmästä.

Ennakkoratkaisukysymyksen kolmas osa: koulutusohjelmat

40. Kolmas tutkittava osa perustuu HGlG:n 7 §:ään sisältyvään säännökseen, jossa täsmennetään koulutusohjelmien osalta, että jos naiset ovat aliedustettuina, heidät on koulutuspaikkoja myönnettäessä otettava huomioon ainakin joka toisen paikan osalta. Naisten huomio on lisäksi kiinnitettävä tällaisiin vapaana oleviin koulutuspaikkoihin ja heitä on rohkaistava

hakemaan näitä paikkoja. Jos tällaisista toimenpiteistä huolimatta naishakijoiden määrä on riittämätön, enemmän kuin puolet koulutuspaikoista voidaan antaa miehille.

Kyseisen säännöksen tarkoitus samoin kuin tasoittavan toimenpiteen luonne erottuvat yleisestä järjestelmästä: säännöksen tarkoituksena on selkeästi tietty numeerinen tulos, joka on hyvin erilainen kuin yleisessä järjestelmässä tavoiteltava tulos, koska työpaikkojen sijasta naisille on varattu koulutuspaikkoja, jotta he myöhemmin pääsisivät pätevyyttä edellyttäviin ammatteihin. Mitä tulee keinoihin tämän tavoitteen saavuttamiseksi, hallinnon yksiköillä on velvoite toteuttaa toimenpiteitä, jotta naisten huomio kiinnitetään vapaana oleviin paikkoihin ja jotta heitä rohkaistaan hakemaan näitä paikkoja. Säännöksen mukaan mikäli hakijoiden määrä on riittämätön, alun perin naisille varatut koulutuspaikat voidaan antaa miehille.

Voidaan helposti ymmärtää, että kysymyksessä oleva säännös edustaa rajoitetumpaa tasa-arvoisten mahdollisuuksien käsitettä. Säädetyt toimenpiteet kuuluvat siten sellaisiin, joiden tarkoituksena on poistaa syyt naisten vähäisempiin työ- ja uramahdollisuuksiin, ja lisäksi niillä pyritään vaikuttamaan ammatilliseen suuntautumiseen ja kouluttautumiseen. Siten tällaiset toimenpiteet kuuluvat selkeästi yhteisön oikeudessa hyväksyttyihin toimenpiteisiin.

Ennakkoratkaisukysymyksen neljäs osa: työhaastattelut uuden henkilöstön palvelukseenottamiseksi

41. Saksalaisen lain neljäs osa, jonka yhteensoveltuvuutta yhteisön oikeuden kanssa kansallinen tuomioistuin kysyy, koskee työhaastatteluja. Tätä koskeva säännös on lain 9 §, jonka mukaan "ainakin yhtä paljon naisia kuin miehiä tai kaikki naispuoliset hakijat on kutsuttava työhaastatteluun, silloin kun sellainen järjestetään, jos naispuoliset hakijat täyttävät laissa säädetyt tai muutoin vaaditut edellytykset toimen tai viran täyttämiseksi".

Tämä säännös, kuten koulutusohjelmia koskeva säännös, ei merkitse myöskään tietyn lopputuloksen saavuttamista — palvelukseenottoa tai ylennystä — vaan siinä tarjotaan naisille täydentäviä mahdollisuuksia heidän työelämäänsä pääsyn ja uralla etenemisen helpottamiseksi. Tähän on lisättävä se ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenevä seikka, että vaikka 9 §:ssä säädetäänkin kiinteä prosenttiosuus työhaastatteluille, joihin on kutsuttava naisia, siinä säädetään, että hakemukset tutkitaan alustavasti ja että työhaastatteluun kutsutaan vain sellaiset hakijat, jotka täyttävät säädetyt tai muutoin vaaditut edellytykset

toimen tai viran täyttämiseksi. Säännös koskee siten työhaastatteluja, jotka tehdään esikarsinnan jälkeen, ja esikarsintaan osallistuvat kaikki asiasta kiinnostuneet. Siten jokainen työntekijä voi osallistua tähän valintaan ja tulla valituksi sellaisia arviointiperusteita soveltamalla, joista on oletettavastikin säädetty yleisen järjestelmän osalta ja tarkemmin sanottuna saman lain 10 §:n 1—3 momentissa.

Katson siten, että myöskään työhaastatteluja koskeva säännös ei ole yhteisön oikeuden vastainen.

Ennakkoratkaisupyynnön viides osa: hallinnollisten elinten kokoonpano

42. Ennakkoratkaisupyynnön viimeinen osa koskee työntekijöitä edustavien elinten sekä hallinto- ja valvontaelinten kokoonpanoa. Saksalaisen lain 14 §:n mukaan "toimikuntien, asiantuntijaelinten, hallinto- ja valvontaelinten ja muiden valmisteluelinten jäseniä valittaessa ainakin puolet näiden toimikuntien ja elinten jäsenistä tulisi olla naisia".

Säännöksessä täsmennetään selkeästi, että hallinnon sisäisten elinten jäsenistä ainakin puolet on oltava naisia. Lain 14 §:ssä säädetään siten jäykkä, naisten edustusta koskeva kiintiö, jossa ei myöskään oteta huomioon näiden soveltuvuutta. Vaikka näyttääkin siltä, että saksalaisen lain tarkoituksena lienee säätää yleisestä ohjelmasta, jonka tarkoituksena on helpottaa naisten palvelukseenottoa ja ylennyksiä julkishallinnossa, sisäisten elinten kokoonpanoa koskeva säännös ei näytä kuitenkaan — kuten olen edellä todennut — sen sanamuoto huomioon ottaen mahdollistavan poikkeuksia.

Ottaen siten huomioon edellä esitetyn koskien edellytyksiä, jotka mahdollisuuksia edistävän toimenpiteen on täytettävä ollakseen yhteisön oikeuden mukainen, ja erityisesti sen tarpeen huomioon ottaen, että kaikkien työntekijöiden on voitava hakea jokaista työsuhteeseen liittyvää paikkaa, katson, että kysymyksessä olevan saksalaisen lain kaltainen säännös on yleisesti työntekijöiden yhdenvertaisen kohtelun vastainen, koska se menee selkeästi liian pitkälle naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien edistämistä koskevien toimenpiteiden toteuttamisessa. Katson siten tämän perusteella, että HGlG:n 14 §:n mukainen toimenpide on direktiivin 2 artiklan 1 kohdan vastainen, eikä kuulu kyseisen 2 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuihin mahdollisuuksia edistäviin toimenpiteisiin.

Ratkaisuehdotus

43. Edeltävän perusteella ehdotan siten, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Staatsgerichtshof des Landes Hessenin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavalla tavalla:

1) Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan kanssa ei ole ristiriidassa naisten ja miesten tasa-arvosta sekä naisiin kohdistuvan syrjinnän poistamisesta julkishallinnossa 30 päivänä joulukuuta 1993 annettu Hessenin osavaltion lain kaltainen kansallinen laki, jossa säädetään, että naisten ollessa aliedustettuja julkishallinnon alalla tai virkauralla, hallinnon on

a) tämän epätasa-arvon asteittaiseksi poistamiseksi hyväksyttävä naisten aseman edistämissuunnitelma sekä toteutettava muita toimenpiteitä naisten ja miesten tasa-arvoisten mahdollisuuksien takaamiseksi julkishallinnossa, sekä tätä edistämissuunnitelmaa toteuttaessaan osoitettava lähtökohtaisesti enemmän kuin puolet mahdollisesti vapautuvista viroista naisille, edellyttäen kuitenkin, että tällaisella kansallisella säännöksellä ei anneta naissukupuolta oleville hakijoille automaattista etusijaa ja että sillä taataan, että kaikkien hakijoiden, sekä miesten että naisten, ammatillinen ja henkilökohtainen

profiili tutkitaan aina objektiivisesti; asian on myös oltava näin tilanteessa, joissa tällainen tutkinta perustuu arviointiperusteisiin, kuten nyt käsiteltävänä olevassa saksalaisessa lainsäädännössä mainittuihin perusteisiin, joiden tarkoituksena on naispuolisten hakijoiden suosiminen;

b) osoitettava naisille tieteen alalla sellainen tietty prosentuaalinen osuus paikoista, joka vaihtelee suhteessa naisten osuuteen perustutkinnon suorittaneista, väitelleistä ja opiskelijoista; tämä prosentuaalinen osuus ei saa ylittää puolta vapaina olevien paikkojen määrästä eikä naispuolisille hakijoille anneta automaattista etusijaa edellä a kohdassa tarkoitetulla tavalla;

c) osoitettava naisille puolet koulutuspaikoista;

d) kutsuttava työhaastatteluihin yhtä paljon naispuolisia ja miespuolisia hakijoita, tai ainoastaan naispuolisia hakijoita, jos nämä ovat soveltuvia hoitamaan täytettävän paikan mukaisia tehtäviä, ja tämä edellyttäen, että hakijoiden arviointi on tehty edellä a kohdassa tarkoitetulla tavalla ottaen huomioon kaikkien paikkaa hakeneiden profiili.

2) Direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastainen on sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan julkishallinnon sisäisten elinten jäsenistä puolet on oltava naisia.