εφαρμογή των διατάξεων που προορίζονται να εξασφαλίσουν την ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών στο σύνολο της επαγγελματικής ζωής.

2. Η ρητή αναφορά του συντάγματος κράτους μέλους στην ισότητα δικαιωμάτων ανδρών και γυναικών, όπως και ο ρητός αποκλεισμός κάθε διακρίσεως λόγω φύλου, καθώς και η βεβαίωση ότι οι θέσεις απασχολήσεως στη δημόσια υπηρεσία είναι εξίσου προσιτές σε όλους τους υπηκόους αυτού του κράτους μέλους και μάλιστα με διατύπωση που συνεπάγεται άμεση εφαρμογή, σε συνδυασμό με σύστημα εννόμου προστασίας που περιλαμβάνει τη δυνατότητα προσφυγής ενώπιον συνταγματικού δικαστηρίου, συνιστούν πρόσφορη εγγύηση όσον αφορά την εφαρμογή στη δημόσια υπηρεσία της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως που διακηρύσσει η οδηγία 76/207.

   Το ίδιο ισχύει όσον αφορά την ελεύθερη είσοδο στα ελεύθερα επαγγέλματα, εφόσον έχει επιτευχθεί ανάλογος συνδυασμός συνταγματικών διατάξεων και ενδίκων μέσων που επιτρέπει την εξασφάλιση της τηρήσεως της εν λόγω αρχής.

3. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 76/207, παρέχοντας στα κράτη μέλη την ευχέρεια να αποκλείουν ορισμένες επαγγελματικές δραστηριότητες από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, δεν έχει ως αντικείμενο ούτε ως αποτέλεσμα να επιβάλει στα κράτη μέλη ορισμένο τύπο όσον αφορά την άσκηση αυτής της ευχέρειας παρεκκλίσεως.

   Αντίθετα, το άρθρο 9, παράγραφος 2, επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να καταγράφουν πλήρως και κατά οποιοδήποτε τρόπο που μπορεί να ελεγχθεί τα επαγγέλματα και τις δραστηριότητες που εξαιρούνται από την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και να ανακοινώνουν το αποτέλεσμα στην Επιτροπή, η οποία πρέπει να ελέγχει την εφαρμογή αυτής της διατάξεως.

4. Η διάταξη του δικαίου κράτους μέλους σύμφωνα με την οποία ο εργοδότης δεν πρέπει να δημοσιεύει προσφορές εργασίας που δεν είναι ουδέτερες από την άποψη του φύλου των εργαζομένων δεν αποτελεί την εκπλήρωση υποχρεώσεως που επιβάλλεται από την οδηγία 76/207 αλλά αυτόνομη νομοθετική ενέργεια που αποβλέπει στην πραγματοποίηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Το γεγονός ότι η διάταξη αυτή δεν έχει δεσμευτικό χαρακτήρα δεν συνιστά συνεπώς παράβαση των υποχρεώσεων που επιβάλλει στα κράτη μέλη η οδηγία.

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
G. FEDERICO MANCINI
της 26ης Φεβρουαρίου 1985 *

Κύριε πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

1. Με την προσφυγή 248/83 που κατατέθηκε στη γραμματεία του Δικαστηρίου στις 9 Νοεμβρίου 1983, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων συνεχίζει τον αγώνα της για τη σαφή και ακριβή εφαρμογή των οδηγιών 75/117 και 76/207 από τα κράτη μέλη. Όπως είναι γνωστό, οι οδηγίες αυτές αναφέρονται

* Μετάφραση από τα ιταλικά.

στην προσέγγιση των εθνικών συστημάτων σχετικά με την εφαρμογή της ισότητας των αμοιβών μεταξύ ανδρών και γυναικών εργαζομένων (ΕΕ ειδ. έκδ., 05/002, σ. 42) και στην πραγματοποίηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας (ΕΕ ειδ. έκδ., 05/002, σ. 70).

Η δράση της Επιτροπής, που άρχισε πριν από τρία περίπου χρόνια κατά της Ιταλικής Δημοκρατίας με την άσκηση προσφυγής την οποία απέρριψε το Δικαστήριο και συνεχίστηκε με μερική επιτυχία έναντι του Ηνωμένου Βασιλείου, στρέφεται τώρα κατά της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Βάσει του άρθρου 169 της Συνθήκης ΕΟΚ, η Επιτροπή προσάπτει στην τελευταία τα ακόλουθα:

1) ότι δεν μετέφερε πλήρως στο εσωτερικό δίκαιο την οδηγία 76/207 όσον αφορά τις εργασιακές σχέσεις στο δημόσιο τομέα·

2) ότι δεν μετέφερε πλήρως στο εσωτερικό δίκαιο την οδηγία 75/117 όσον αφορά την ισότητα των αμοιβών των εργαζομένων στο δημόσιο τομέα·

3) ότι δεν μετέφερε πλήρως στο εσωτερικό δίκαιο την οδηγία 76/207 όσον αφορά τους αυτοτελώς απασχολούμενους·

4) ότι δεν προσδιόρισε δεόντως στην εσωτερική έννομη τάξη το πεδίο εφαρμογής των παρεκκλίσεων που προβλέπονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 76/207·

5) ότι δεν προσέδωσε δεσμευτικό χαρακτήρα στις διατάξεις του άρθρου 611 β, του αστικού κώδικα όσον αφορά την από απόψεως φύλου ουδετερότητα των προσφορών εργασίας [1].

Για να δοθεί σαφής εικόνα του πραγματικού και νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσεται η παρούσα διαφορά, είναι αναγκαία η αναδρομή στο παρελθόν. Σύμφωνα με τα άρθρα 8 της οδηγίας 75/117 και 9 της οδηγίας 76/207, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ήταν υποχρεωμένη, όπως και τα άλλα κράτη μέλη, να θέσει σε εφαρμογή αντίστοιχα μέχρι το Φεβρουάριο του 1976 και μέχρι τον Αύγουστο του 1978 τις νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις που ήταν αναγκαίες για τη συμμόρφωση προς την κοινοτική ρύθμιση. Το Σεπτέμβριο του 1980, η γερμανική κυβέρνηση ανακοίνωσε στην Επιτροπή ότι στις 13 Αυγούστου του ίδιου έτους, το Bundestag εξέδωσε νόμο σχετικά με την ίση μεταχείριση στον τόπο εργασίας (τον αποκαλούμενο νόμο περί προσαρμογής του εργατικού δικαίου προς το κοινοτικό δίκαιο).

Ο νόμος αυτός συνεπάγεται στην πράξη την εισαγωγή ορισμένων νέων διατάξεων στον αστικό κώδικα και την τροποποίηση άλλων ήδη υπαρχουσών. Υπενθυμίζω ιδίως ότι το άρθρο 611 α) του αστικού κώδικα προβλέπει τα εξής: « Ο εργοδότης δεν μπορεί να μεταχειριστεί δυσμενώς εργαζόμενο λόγω του φύλου του, με συμφωνία ή με ενέργειά του, ιδίως κατά τη σύναψη της συμβάσεως εργασίας ... Διαφορετική μεταχείριση λόγω φύλου επιτρέπεται πάντως στο μέτρο που συμφωνία ή ενέργεια έχει ως αντικείμενο το είδος της δραστηριότητας που πρέπει να ασκεί ο εργαζόμενος, το δε φύλο αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη δραστηριότητα αυτή. Αν, σε περίπτωση διαφοράς, ο εργαζόμενος προβάλλει περιστατικά από τα οποία τεκμαίρεται η ύπαρξη δυσμενούς μεταχειρίσεως λόγω φύλου, ο εργοδότης φέρει το βάρος της αποδείξεως ότι αντικειμενικοί λόγοι άσχετοι με το φύλο

1 — Με την προσφυγή της η Επιτροπή προσήπτε επίσης ότι προς την οδηγία 76/207 δεν συμβιβάζεται και ο γερμανικός νόμος περί προστασίας της μητέρας (Mutterschutzgesetz)· εγκατέλειψε όμως την αιτίαση αυτή μετά την έκδοση της αποφάσεως του Δικαστηρίου της 12ης Ιουλίου 1984 στην υπόθεση 184/83, Hofmann (Συλλογή 1984, σ. 3047).

δικαιολογούν τη διαφορετική μεταχείριση ή ότι το φύλο αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη δραστηριότητα που πρέπει να ασκηθεί ». Το άρθρο 611 β) ορίζει αντίθετα ότι « ο εργοδότης δεν μπορεί να προβεί σε προσφορά εργασίας, ούτε δημόσια ούτε εντός της επιχειρήσεως, μόνο για άνδρες ή για γυναίκες, εκτός αν συντρέχει περίπτωση προβλεπόμενη στο άρθρο 611 α), παράγραφος 1, δεύτερο εδάφιο ». Τέλος, το άρθρο 612, παράγραφος 3, ορίζει τα εξής: « Σε εργασιακή σχέση δεν επιτρέπεται να συμφωνείται για την ίδια ή ισάξια εργασία, λόγω του φύλου του εργαζομένου, αμοιβή κατώτερη από την αμοιβή εργαζομένου του άλλου φύλου. Η συμφωνία κατώτερης αμοιβής δεν δικαιολογείται από το γεγονός ότι λόγω του φύλου του εργαζομένου, ισχύουν ειδικές προστατευτικές διατάξεις ».

Πρόκειται, κατά τα φαινόμενα τουλάχιστον, για επιτακτικούς κανόνες. Tota lege perspecta πάντως, η Επιτροπή τους θεωρεί ανεπαρκείς για την επίτευξη των κοινοτικών στόχων. Έτσι, μετά από ανταλλαγή εγγράφων με τη γερμανική κυβέρνηση που δεν απέφερε αποτέλεσμα, η Επιτροπή διατύπωσε στις 29 Οκτωβρίου 1982 αιτιολογημένη γνώμη, προσάπτοντας στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ότι δεν έλαβε όλα τα αναγκαία μέτρα για την εφαρμογή των δύο οδηγιών. Αλλά με έγγραφο της 3ης Ιανουαρίου 1983, η γερμανική κυβέρνηση της απάντησε ότι με την ανωτέρω συμπλήρωση του αστικού κώδικα, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας εκπλήρωσε πλήρως τις υποχρεώσεις της. Διότι όσον αφορά τη δημόσια υπηρεσία και τα ελεύθερα επαγγέλματα, καμία προσαρμογή δεν ήταν αναγκαία εφόσον οι σχετικές ρυθμίσεις είναι ήδη τέτοιες που ανταποκρίνονται σαφώς και επακριβώς στις απαιτήσεις του Συμβουλίου.

2. Κατόπιν αυτών, η Επιτροπή άσκησε την παρούσα προσφυγή, με την οποία ζητεί κυρίως από το Δικαστήριο να διαπιστώσει ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας προέβη σε μερική και ανεπαρκή εκτέλεση των δύο οδηγιών. Με άλλους λόγους, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, πρόκειται για κλασικό παράδειγμα μη εκτελέσεως οδηγίας εκ μέρους κράτους μέλους. Η υπεράσπιση της καθής δεν συμφωνεί. Παρατηρεί ότι εφόσον στους τομείς στους οποίους αναφέρεται η Επιτροπή η γερμανική ρύθμιση, ήδη σε συνταγματικό επίπεδο και με απευθείας εφαρμογή, ανταποκρίνεται προς τους στόχους της Κοινότητας, πρόκειται μάλλον στην παρούσα περίπτωση για *απαλλαγή από την εκτέλεση της οδηγίας*. Κατά την άποψη της γερμανικής κυβερνήσεως, πρόκειται κατ' ουσία στην παρούσα περίπτωση για κατάσταση που μια αξιόλογη θεωρία χαρακτηρίζει ως « εκ των προτέρων επιτευχθείσα (κοινοτική) αρμονία ».

Είναι βάσιμη η άποψη αυτή; Ας υπομνησθεί καταρχάς ότι σύμφωνα με το άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΟΚ, η οδηγία « δεσμεύει κάθε κράτος μέλος στο οποίο απευθύνεται, όσον αφορά το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών ». Κατά τη θεωρία στην οποία αναφέρθηκα, η οδηγία χαρακτηρίζεται συνεπώς από δύο στοιχεία, τα οποία πρέπει να ληφθούν *συγχρόνως* υπόψη κατά την ερμηνεία της: το πρώτο, που συνίσταται στο « νομοθετικό πρότυπο » που έχει συλλάβει και προτείνει στα κράτη μέλη η Κοινότητα, είναι σταθερό και συγχρόνως υποχρεωτικό, υπό την έννοια ότι *δεσμεύει χωρίς δυνατότητα επιλογής*, κατά τρόπο ομοιόμορφο, όλα τα κράτη μέλη. Το δεύτερο, που συνίσταται στην εφαρμογή του ανωτέρω προτύπου στην εσωτερική έννομη τάξη, είναι ας πούμε μεταβλητό, εφόσον κάθε κράτος είναι *ελεύθερο, αλλά ενδεχομένως με περιορισμούς*, να προβεί στην επιλογή του τύπου και των μέσων.

Με τη νομολογία του Δικαστηρίου αποσαφηνίστηκε επανειλημμένα το περιεχόμενο του

ενός και του άλλου στοιχείου. Έτσι, όσον αφορά το πρώτο στοιχείο, το Δικαστήριο έκρινε ότι « κάθε κράτος μέλος πρέπει να προβαίνει σε εκτέλεση των οδηγιών κατά τρόπο που ανταποκρίνεται πλήρως προς τις απαιτήσεις της σαφήνειας και ακρίβειας των νομικών καταστάσεων που επιδιώκονται με τις οδηγίες » (απόφαση της 6ης Μαΐου 1980 στην υπόθεση 102/79, Επιτροπή κατά Βελγίου, Racc. 1980, σ. 1473). Όσον αφορά το μεταβλητό στοιχείο, το Δικαστήριο έκρινε ότι η δυνατότητα επιλογής του τύπου και των μέσων για την εκτέλεση της οδηγίας δεν αίρει « την υποχρέωση λήψεως όλων των αναγκαίων μέτρων για να εξασφαλιστεί η πλήρης αποτελεσματικότητα της οδηγίας, σύμφωνα με το στόχο που αυτή επιδιώκει » (απόφαση της 10ης Απριλίου 1984 στην υπόθεση 14/83, von Colson και Kamann, σκέψη 15· βλ. επίσης τις προτάσεις της γενικής εισαγγελέα Rozès, σημείο I, 1). Επιπλέον, η δυνατότητα αυτή δεν « απαλλάσσει (τα κράτη) από την υποχρέωση να μεταφέρουν τις διατάξεις της οδηγίας σε διατάξεις εσωτερικού δικαίου αναγκαστικού χαρακτήρα » (απόφαση της 28ης Μαΐου 1982 στην υπόθεση 96/81, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, Συλλογή 1982, σ. 1791).

Ας εξετάσουμε λοιπόν, βάσει του κριτηρίου της σύγχρονης αξιολογήσεως, τους σκοπούς και το περιεχόμενο των δύο οδηγιών, για να διαπιστώσουμε αν η « εκ των προτέρων επιτευχθείσα αρμονία » στη γερμανική έννομη τάξη ανταποκρίνεται πράγματι πλήρως και επακριβώς προς τις κοινοτικές απαιτήσεις. Όπως είπα, πρωταρχικός στόχος της οδηγίας 76/207 είναι η πραγματοποίηση της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών. Ιδίως, όπως αναφέρεται στην απόφαση Von Colson, στόχος της οδηγίας είναι να εξασφαλίσει στους εργαζομένους και των δύο φύλων πραγματική ισότητα δυνατοτήτων όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση. Η εφαρμογή της αρχής αυτής συνεπάγεται για τα κράτη μέλη δύο πρόσθετες υποχρεώσεις:

α) να εξαλείψουν στους διάφορους τομείς που καλύπτονται από την οδηγία κάθε διάκριση λόγω φύλου, με την κατάργηση όλων των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων που είναι αντίθετες προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως (άρθρα 3, παράγραφος 2, 4, στοιχείο α), και 5, παράγραφος 2)·

β) να λάβουν « τα αναγκαία μέτρα, προκειμένου να καταστεί δυνατό σε κάθε πρόσωπο που θεωρεί ότι θίγεται... να διεκδικεί τα δικαιώματά του διά της δικαστικής οδού ». Τα εν λόγω μέτρα πρέπει να είναι « επαρκώς αποτελεσματικά για την επίτευξη του στόχου της οδηγίας » και τέτοια ώστε οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν « πράγματι » να τα επικαλούνται ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων (σκέψεις στην απόφαση Von Colson όσον αφορά το άρθρο 6).

Αν λοιπόν αυτές είναι οι υποχρεώσεις που επιβάλλει η οδηγία 76/207 στα κράτη μέλη και αυτά είναι τα όρια της ελευθερίας των κρατών όσον αφορά την επιλογή των μέσων για την εφαρμογή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, μπορούν πράγματι τα άρθρα 3 (« κανείς δεν πρέπει να υφίσταται επιζήμια ή προνομιακή μεταχείριση λόγω του φύλου του »), 12 (« όλοι οι γερμανοί έχουν το δικαίωμα να επιλέγουν ελεύθερα το επάγγελμά τους »), 33 (« κάθε δημόσια υπηρεσία είναι εξίσου προσιτή σε κάθε γερμανό, σύμφωνα με την καταλληλότητα, την ικανότητα και τα επαγγελματικά του προσόντα »), μπορούν, επαναλαμβάνω, οι διατάξεις αυτές του γερμανικού συντάγματος να εξασφαλίσουν αφεαυτών *πραγματική ισότητα μεταχειρίσεως* όσον αφορά την πρόσβαση στη δημόσια υπηρεσία ή στα ελεύθερα επαγγέλματα, καθώς και τη *βεβαιότητα και πραγματικότητα* των νομικών καταστάσεων που επιδιώκει η οδηγία;

Ας έλθουμε στην οδηγία 75/117. Θεσπισθείσα βάσει του άρθρου 100 της Συνθήκης, η οδηγία αυτή αποσκοπεί στην προσέγγιση των νομοθετικών διατάξεων με τις οποίες τα κράτη μέλη εφαρμόζουν την αρχή της ισότητας των αμοιβών μεταξύ εργαζομένων διαφορετικού

φύλου. Προς το σκοπό αυτό, η οδηγία επιβάλλει στα κράτη:

α) να καταργήσουν τις διακρίσεις μεταξύ εργαζομένων των δύο φύλων που απορρέουν από νομοθετικές διατάξεις αντίθετες προς την αρχή της ισότητας των αμοιβών (άρθρο 3)·

β) να εισαγάγουν στις έννομες τάξεις τους τα αναγκαία μέτρα ώστε κάθε εργαζόμενος που θεωρεί ότι αποτελεί αντικείμενο δυσμενούς διακρίσεως, να μπορεί να διεκδικήσει δικαστικώς τα δικαιώματά του (άρθρο 2).

Επιπλέον, για να *εξασφαλίσει* την εφαρμογή της εν λόγω αρχής, το άρθρο 6 επιβάλει στα κράτη να λάβουν όλα τα μέτρα που οι «εθνικές συνθήκες» και «το νομικό τους σύστημα» καθιστούν απαραίτητα. Επί του σημείου αυτού, το Δικαστήριο έκρινε με την απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 1985 στην υπόθεση 143/83, Επιτροπή κατά Δανίας, ότι «πρέπει να γίνει δεκτό ότι επιτρέπεται στα κράτη μέλη να εμπιστευθούν τη φροντίδα εφαρμογής της αρχής της ισότητας των αμοιβών πρωτίστως στους κοινωνικούς εταίρους. Ωστόσο, η ευχέρεια αυτή δεν τα απαλλάσσει από την υποχρέωση να διασφαλίσουν με τα κατάλληλα νομοθετικά μέτρα... υπέρ όλων των εργαζομένων της Κοινότητας την προβλεπόμενη από την οδηγία προστασία, σε όλη της την έκταση. *Η εγγύηση του κράτους πρέπει να εκδηλώνεται σε όλες τις περιπτώσεις ελλείψεως αποτελεσματικής προστασίας...*».

Αν αυτές είναι λοιπόν οι υποχρεώσεις που επιβάλλει η οδηγία 75/117 στα κράτη μέλη και αυτά είναι τα όρια της ελευθερίας των κρατών όσον αφορά την επιλογή των μέσων για την εφαρμογή της αρχής της ισότητας των αμοιβών μεταξύ εργαζομένων των δύο φύλων, μπορεί πράγματι το άρθρο 3 του γερμανικού συντάγματος («κανείς δεν πρέπει να υφίσταται επιζήμια ή προνομιακή μεταχείριση λόγω του φύλου του») να εξασφαλίσει αφεαυτού *πραγματική ισότητα* των αμοιβών καθώς και την *ακρίβεια και πραγματικότητα* των νομικών καταστάσεων που επιδιώκει η οδηγία;

Κατά την άποψή μου, και στα δύο ερωτήματα που έθεσα η απάντηση πρέπει να είναι αρνητική.

3. Παρατηρώ καταρχάς ότι αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της γερμανικής κυβερνήσεως, το Δικαστήριο ουδέποτε αναγνώρισε, ούτε σιωπηρά, ότι άμεσα ισχύουσα συνταγματική αρχή αποτελεί επαρκές μέτρο για τη μεταφορά οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο. Στην απόφαση της 26ης Οκτωβρίου 1983 επί της υποθέσεως 163/82, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1983, σ. 3273), το Δικαστήριο περιορίζεται πράγματι στην επανάληψη των παρατηρήσεων της ιταλικής κυβερνήσεως, διαπιστώνοντας ότι η Επιτροπή δεν κατόρθωσε να τις ανασκευάσει. Η ίδια κυβέρνηση εξέθεσε επιπλέον με την ευκαιρία αυτή τον τρόπο εφαρμογής του άρθρου 24 του ιταλικού συντάγματος («ο καθένας μπορεί να προσφύγει ενώπιον δικαστηρίου για την προάσπιση των δικαιώματων του») υποστήριξε ότι «εφόσον διαπιστώνεται η ύπαρξη ουσιαστικού κανόνα που προστατεύει ατομικό συμφέρον, καμία άλλη νομοθετική διάταξη δεν είναι (καταρχήν) αναγκαία» για την προστασία του συμφέροντος αυτού, δεδομένου ότι η προστασία αυτή απορρέει κατά τρόπο γενικό και απόλυτο από τον υπέρτερης ισχύος κανόνα. Με άλλους λόγους, η ιταλική κυβέρνηση επικαλέστηκε το άρθρο 24 απλώς ως *τελικό γενικό κανόνα* ενός συστήματος που είναι ήδη πλούσιο σε συγκεκριμένες ουσιαστικές και διαδικαστικές διατάξεις (αυτές ακριβώς που η ιταλική κυβέρνηση φρόντισε να επικαλεστεί κατά πρώτο λόγο).

Η άποψη της γερμανικής κυβερνήσεως είναι εκ διαμέτρου αντίθετη. Υποστηρίζει δηλαδή ότι τα άρθρα 3, 12 και 33 του Συντάγματος όχι μόνο είναι αφεαυτών επαρκή για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, αλλά εμποδίζουν ακριβώς την έκδοση κανόνων της κοινής νομοθεσίας για την εκτέλεσή τους. Με άλλους λόγους, τα άρθρα αυτά είναι οι μόνοι κανόνες με τους οποίους μπορούν να τεθούν σε εφαρμογή οι υπό εξέταση οδηγίες. Αλλά — και αυτό είναι το ζήτημα — είναι κατάλληλοι

οι κανόνες αυτοί για να εξασφαλίσουν επίσης in concreto την εφαρμογή των οδηγιών; Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι μπορούν να είναι. Καμία διάταξη της Συνθήκης ή του παραγώγου δικαίου δεν αποκλείει πράγματι ρητά τη δυνατότητα εφαρμογής μιας οδηγίας μέσω συνταγματικών διατάξεων. Είναι πάντως προφανές ότι οι διατάξεις αυτές πρέπει να ανταποκρίνονται προς τις υποχρεώσεις και τις προϋποθέσεις που επιβάλλει η κοινοτική πράξη, με την αποτελεσματικότητα, την ακρίβεια και τη σαφήνεια που χαρακτηρίζουν τις ad hoc θεσπιζόμενες διαταξεις της κοινής νομοθεσίας. Και ακριβώς επί του σημείου αυτού ανακύπτουν τα προβλήματα.

Αρχίζω με την παρατήρηση ότι τα αμφισβητούμενα άρθρα — και καταρχάς το άρθρο 3 — επιβάλλονται στο νομοθέτη, επηρεάζουν τη δικαιοδοτική λειτουργία και δεσμεύουν κατά τρόπο άμεσο τη δραστηριότητα της δημοσίας διοικήσεως. Αντίθετα, όσον αφορά τους ιδιώτες και ιδίως του εργαζομένους και τους πολίτες που είναι υποψήφιοι για θέση απασχολήσεως, δεν απονέμουν υποκειμενικά δικαιώματα ικανά να προβληθούν ενώπιον δικαστηρίου. Η ίδια η γερμανική κυβέρνηση αναγνωρίζει ότι οι διατάξεις αυτές « είναι μόνο η έκφραση αρχών γενικής αξίας ». Και για το λόγο αυτό η Ομοσπονδιακή Βουλή θεώρησε ότι πρέπει να εφαρμόσει την οδηγία 76/207 συμπληρώνοντας τον αστικό κώδικα με τα άρθρα που ανέφερα πιο πάνω. Ανάλογες ενέργειες, εκθέτει η γερμανική κυβέρνηση, δεν ήταν αντίθετα αναγκαίες όσον αφορά την πρόσβαση στη δημόσια υπηρεσία. Πράγματι, εφόσον η διοίκηση δεσμεύεται άμεσα από τους συνταγματικούς κανόνες, η αρχή της ισότητας που διατυπώνεται στο άρθρο 3 αρκεί για να αποκλείσει την πιθανότητα να υποστεί ένας υποψήφιος δυσμενή διάκριση λόγω του φύλου του.

Να λοιπόν ένας πρώτος λόγος περιπλοκής των πραγμάτων. Ο ίδιος κανόνας παράγει διαφορετικά *οριζόντια* αποτελέσματα, έχει δηλαδή διαφορετική επίπτωση αναλόγως της καταστάσεως κατά την οποία γίνεται επίκλησή του. Αν εφαρμόσουμε σχετικά μια κλίμακα από μηδέν μέχρι δέκα, τότε, έναντι εκείνου που προτίθεται να συνάψει σύμβαση εργασίας, το προστατευτικό αποτέλεσμα του άρθρου 3 είναι ίσο με μηδέν ή, λαμβάνοντας υπόψη ότι το άρθρο αυτό εκφράζει « αρχή γενικής αξίας », το πολύ-πολύ ίσο με ένα· όσον αφορά αντίθετα υποψήφιο για δημόσια θέση, το προστατευτικό αυτό αποτέλεσμα (αλλά θα δούμε ότι τα πράγματα είναι πολύ διαφορετικά) αντιστοιχεί σε δέκα.

Η κατάσταση αυτή είναι ήδη αρκετά ανησυχητική, γίνεται δε πολύ ανησυχητική αν ληφθεί υπόψη ότι, όπως εκτέθηκε κατά την προφορική διαδικασία, μόνο ορισμένοι απασχολούμενοι στη δημόσια διοίκηση προσλαμβάνονται με πράξη βάσει της οποίας συνιστάται δημοσιοϋπαλληλική σχέση. Οι άλλοι προσλαμβάνονται με σύμβαση εργασίας· επομένως, η προστασία τους πρέπει να αναζητηθεί στις νέες διατάξεις του αστικού κώδικα. Το Δικαστήριο έκρινε με την ανωτέρω απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 1985 ότι « οι αρχές της ασφαλείας του δικαίου και της προστασίας των ιδιωτών επιβάλλουν σαφή διατύπωση που να επιτρέπει στα ενδιαφερόμενα πρόσωπα να γνωρίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους κατά τρόπο σαφή και ακριβή ». Η κλίμακα αξιών στην οποία αναφέρθηκα επιβάλλει λοιπόν να αποκλείσουμε ότι το άρθρο 3 συγκεντρώνει αυτές τις αυστηρές προϋποθέσεις ακρίβειας όσον αφορά τους δύο τρόπους με τους οποίους εισέρχεται κανείς στη δημόσια διοίκηση. Θα πρέπει αντίθετα να το θεωρήσουμε ως διάταξη απρόσφορη και ασαφή τουλάχιστον όσον αφορά την ικανότητά της να εξασφαλίσει κατά τρόπο αμερόληπτο την ίση μεταχείριση σχετικά με την πρόσβαση στη δημόσια υπηρεσία.

Εξάλλου, ότι το άρθρο 3 είναι κατάλληλο, όπως υποστηρίζει η γερμανική κυβέρνηση, για να εκφράσει μια πραγματική κατάσταση « εκ των προτέρων επιτευχθείσας αρμονίας » πρέπει αν όχι να αποκλειστεί απόλυτα, να θεωρηθεί τουλάχιστον με βεβαιότητα ως εντελώς απίθανο, *λόγω της ίδιας της φύσεώς του*

(ή με άλλους λόγους λόγω της τάξεώς του, λόγω της λειτουργίας του). Επιτρέψτε μου να αναπτύξω την άποψη αυτή, που θεωρώ ότι παρουσιάζει μεγάλο θεωρητικό και πρακτικό ενδιαφέρον.

Η οδηγία 75/117 αναφέρεται απλώς στην «προσέγγιση» των εθνικών διατάξεων όσον αφορά την ισότητα των αμοιβών, διότι το Συμβούλιο έλαβε υπόψη ότι η αρχή αυτή ήταν ήδη παρούσα στις έννομες τάξεις των κρατών μελών, αν και υπό διαφορετική μορφή και αποτελεσματικότητα. Είναι συνεπώς ευνόητο ότι ορισμένα κράτη μέλη, εκτιμώντας ότι οι νόμοι τους βρίσκονται στο ύψος του κοινοτικού προτύπου, θεώρησαν ότι είναι απαλλαγμένα από την υποχρέωση μεταφοράς της οδηγίας στην έννομη τάξη τους. Εντελώς διαφορετική είναι η περίπτωση της οδηγίας 76/207. Αυτή ορίζει *άμεσα* την εφαρμογή της αρχής της ισότητας μεταξύ των φύλων, μη λαμβάνοντας υπόψη την ενδεχόμενη ύπαρξη κανόνων που την καθιερώνουν στις διάφορες εσωτερικές έννομες τάξεις. Επιπλέον, η οδηγία αυτή απαιτεί να εξαλειφθούν όχι μόνο οι διατάξεις που είναι αντίθετες προς την εν λόγω αρχή, αλλά επίσης οι διατάξεις που είναι ασαφείς ή έχουν περιπέσει σε αχρησία. Με άλλους λόγους, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι μεταξύ των δύο πράξεων, η πιο επιτακτική, η πιο έντονη είναι αυτή η τελευταία· και αυτό εξηγεί νομίζω γιατί η μεγάλη πλειοψηφία των κρατών μελών φρόντισε να τη μεταφέρει στην εσωτερική έννομη τάξη με *ειδικές* διατάξεις.

Προσθέτω ότι πολλές εσωτερικές έννομες τάξεις συμμορφώθηκαν προς το κοινοτικό πρότυπο όσον αφορά όλες τις μορφές ανθρώπινης εργασίας και συνεπώς και τη δημόσια υπηρεσία, έστω και αν σε ορισμένες από αυτές τις έννομες τάξεις το ζήτημα είχε ήδη ρυθμιστεί διεξοδικά. Η Γαλλία παραδείγματος χάρη εξέδωσε δύο νόμους, το 1982 (που αφορά αποκλειστικά το δημόσιο τομέα) και το 1983. Κάτι παρόμοιο έπραξαν οι Κάτω Χώρες, το Βέλγιο, η Δανία και η Ελλάδα. Αλλά η πιο χαρακτηριστική από κάθε άλλη είναι η περίπτωση της Ιταλίας. Στο δημόσιο τομέα πάντοτε, το κράτος αυτό διέθετε συνταγματικούς κανόνες πιο ακριβείς από τους γερμανικούς (άρθρο 51: «οι δημόσιες θέσεις είναι προσιτές σε όλους τους πολίτες του ενός και του άλλου φύλου... υπό συνθήκες ισότητας») καθώς και ειδικούς εκτελεστικούς κανόνες (άρθρο 1 του νόμου αριθ. 66 της 9ης Φεβρουαρίου 1963: «Η γυναίκα έχει πρόσβαση σε κάθε δημόσια θέση, επάγγελμα και απασχόληση... χωρίς περιορισμούς καθηκόντων και εξελίξεως της σταδιοδρομίας») και όμως, το κράτος αυτό έλαβε υπόψη τις απαιτήσεις σαφήνειας και ακρίβειας που αποτελούν στόχο της κοινοτικής ρυθμίσεως και, όπως αναγνώρισε το ίδιο το Δικαστήριο, έθεσε σε εφαρμογή την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως κατά τρόπο που αποκλείει στο μέτρο του ανθρωπίνως δυνατού κάθε διάκριση μεταξύ των πολιτών του.

Με αυτό δεν θέλω βέβαια να πω ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας ήταν υποχρεωμένη να θεσπίσει νομοθετικές διατάξεις μόνο επειδή αυτό έπραξαν άλλα κράτη μέλη. Το σημείο που θέλω να τονίσω είναι διαφορετικό. Το γεγονός ότι η οδηγία δεν αναφέρεται στις προϋπάρχουσες εσωτερικές διατάξεις που έχουν το ίδιο αντικείμενο, το αυστηρό της περιεχόμενο, η ασυνήθιστα επιτακτική διατύπωσή της και ο τρόπος κατά τον οποίο μεγάλο μέρος των κρατών μελών θεώρησε ότι πρέπει να τη μεταφέρει στην εσωτερική έννομη τάξη δείχνουν ότι ο κεντρικός στόχος της οδηγίας μπορεί να διατυπωθεί με τους ακόλουθους όρους: *ο αποκλεισμός κάθε διακριτικής ευχέρειας* (σε απόφαση του Δικαστηρίου θα γινόταν λόγος για αποκλεισμό της ελλείψεως ακρίβειας και σαφήνειας) κατά την εφαρμογή της αρχής που απαγορεύει τη διαφορετική μεταχείριση ανδρών και γυναικών εργαζομένων. Δεν υπάρχει λοιπόν διάταξη λιγότερο κατάλληλη από τη συνταγματική για να εξασφαλίσει ένα τέτοιο αποτέλεσμα.

Ας πάρουμε συγκεκριμένα το άρθρο 3 του γερμανικού συντάγματος. Γνωρίζουμε όλοι ποιο αποτέλεσμα πρέπει να του αναγνωριστεί· αλλά είναι προφανές ότι το άρθρο αυτό απευθύνεται κατά κύριο λόγο στο νομοθέτη και ότι ο πρωταρχικός σκοπός του είναι η πρόληψη και η κατάργηση των διακρίσεων που εισάγονται διά της νομοθετικής οδού. Τι θα συμβεί λοιπόν στις περιπτώσεις άνισης μεταχειρίσεως που απορρέουν από πραγματικές καταστάσεις και δεν μπορούν εν πάση περιπτώσει να αποδοθούν σε κοινό κανόνα δικαίου; Προφανώς, θα είναι αδύνατο σε όποιον υποστεί δυσμενή διάκριση να την προσβάλει λόγω αντισυνταγματικότητας και να επιτύχει την έκδοση αποφάσεως με ισχύ erga omnes, την οποία μπορεί να επικαλεστεί όποιος βρίσκεται σε ανάλογη κατάσταση. Η εξάλειψη των δυσμενών διακρίσεων θα μπορεί ενδεχομένως να εξασφαλιστεί μόνο από κάποιο κοινό δικαστή· θα είναι συνεπώς ευκαιριακή και θα πραγματοποιείται υπό συνθήκες απόλυτης διακριτικής ευχέρειας.

Η άποψη της γερμανικής κυβερνήσεως (ότι «εκ των προτέρων επιτευχθείσα αρμονία» μπορεί να υφίσταται επίσης μόνο με την ύπαρξη συνταγματικών κανόνων) είναι επομένως εξαιρετικά εύθραυστη. Έχω επιπλέον την εντύπωση ότι δεν ανταποκρίνεται σε αυθεντική θεωρητική πεποίθηση αλλά αποτελεί απλώς βοηθητικό μέσο, ένα είδος deus ex machina που εισάγεται στο σκηνικό της διαφοράς για να δημιουργήσει μια προωθημένη αμυντική θέση κατά των αιτιάσεων της προσφεύγουσας. Ας δούμε τώρα αν τα άλλα επιχειρήματα με τα οποία η καθής κυβέρνηση αμύνεται έναντι των αιτιάσεων αυτών είναι ανθεκτικότερα.

4. Υπενθυμίζω ότι η πρώτη παράβαση που προσάπτεται στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας είναι η παράλειψη μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο της οδηγίας 76/207, όσον αφορά τις σχέσεις εργασίας στο δημόσιο τομέα. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το νέο άρθρο 611 α) του αστικού κώδικα ισχύει αποκλειστικά για τις σχέσεις εργασίας στον ιδιωτικό τομέα. Ελλείπουν συνεπώς ειδικοί κανόνες που εγγυώνται πραγματική ισότητα προσβάσεως ανδρών και γυναικών στη δημόσια υπηρεσία. Η γερμανική κυβέρνηση αντιτείνει καταρχάς ότι λαμβανομένων υπόψη των ορίων που τίθενται στο άρθρο 48, παράγραφος 4, της Συνθήκης ΕΟΚ, η οδηγία δεν εφαρμόζεται στη δημόσια υπηρεσία. Αλλά το αντεπιχείρημα αυτό, το οποίο άλλωστε προβλήθηκε μόνο σποραδικά κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, είναι προφανέστατα κακόπιστο. Δεν είναι συνεπώς αναγκαίο να εξεταστεί περαιτέρω.

Περνώ επί της ουσίας. Αφού ανέπτυξε την άποψή της «περί συνταγματικών κανόνων» επί της οποίας μόλις εξέθεσα τις παρατηρήσεις μου, η καθής κυβέρνηση της αφαιρεί μεγάλο μέρος από την πειστικότητά της υποστηρίζοντας ότι οι δυσμενείς διακρίσεις όσον αφορά την πρόσβαση στη δημόσια υπηρεσία απαγορεύονται *επίσης και κυρίως* από δύο αυστηρές διατάξεις του κοινού δικαίου. Έτσι, το άρθρο 7 του Beamtenrechtsrahmengesetz (νόμου-πλαισίου περί δημοσίων υπαλλήλων) της 1ης Ιουλίου 1957 ορίζει ότι «οι διορισμοί πρέπει να πραγματοποιούνται βάσει της καταλληλότητας, της ικανότητας και των επαγγελματικών προσόντων, χωρίς διάκριση φύλου», ενώ το άρθρο 8 του Bundesbeamtengesetz (ομοσπονδιακού νόμου περί δημοσίων υπαλλήλων) της 14ης Ιουλίου 1953 ορίζει ότι «οι υποψήφιοι εξευρίσκονται με προκήρυξη διαγωνισμού. Η επιλογή τους πραγματοποιείται βάσει της καταλληλότητας, της ικανότητας και των επαγγελματικών τους προσόντων, χωρίς διάκριση φύλου». Επιπλέον, για την προστασία του υποψηφίου ή του υπαλλήλου που υπέστη δυσμενή διάκριση, το σύστημα των διαδικαστικών κανόνων προβλέπει πολυάριθμα ένδικα βοηθήματα που καταλήγουν σε κατάλληλες και πλήρως αποθαρρυντικές ποινές.

Η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί τα δεδομένα αυτά, αλλά υποστηρίζει ότι οι ανωτέρω κανόνες δεν διαθέτουν την αναγκαία αποτελεσματικότητα. Επί του σημείου αυτού υπήρξε διάσταση απόψεων που διήρκεσε καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας: η Επιτροπή παραδείγματος χάρη υποστήριξε ότι το κριτήριο της

« καταλληλότητας » είναι φαινομενικά αποτελεσματικό, αλλά από την εξέταση των πραγματικών περιστατικών αποδεικνύεται ότι είναι ανεπαρκές και μάλιστα ότι παράγει το αντίθετο αποτέλεσμα, η δε γερμανική κυβέρνηση απάντησε ότι η αιτίαση αυτή δεν στηρίζεται σε κανένα αποδεικτικό στοιχείο. Όσο για μένα, δεν έχω στοιχεία που θα μπορούσα να θέσω στον ένα ή στον άλλο δίσκο του ζυγού. Θεωρώ πάντως σκόπιμο να παραθέσω, στο μέτρο που είναι δυνατή η συναγωγή συμπερασμάτων, την απάντηση του Υπουργού Εσωτερικών της ομοσπονδιακής κυβερνήσεως που δόθηκε πριν από τρεις περίπου μήνες σε ερώτηση πολλών βουλευτών όσον αφορά το ζήτημα των γυναικών στη δημόσια υπηρεσία: « η ομοσπονδιακή κυβέρνηση θα συνεχίσει να παρακολουθεί την εξέλιξη... της προσβάσεως των γυναικών στην ομοσπονδιακή δημόσια υπηρεσία. Αν δεν μεταβληθεί η παρούσα θετική τάση, θα πρέπει να αποφασιστεί ποια συμπληρωματικά μέτρα πρέπει να ληφθούν ώστε η ήδη επιτευχθείσα νομική ισότητα ανδρών και γυναικών στη δημόσια υπηρεσία *να εξασφαλιστεί πλήρως και στην πράξη*» (γερμανική Ομοσπονδιακή Βουλή, δέκατη εκλογική περίοδος, έγγραφο 10/2461, 26 Νοεμβρίου 1984).

Ο ισχυρισμός της γερμανικής κυβερνήσεως, δύσκολα προσβαλλόμενος από την άποψη της πραγματικότητας λόγω ελλείψεως αξιοπίστων εγγράφων, παρουσιάζει εντούτοις ένα ασθενές σημείο στο λιγότερο δύσβατο πεδίο της δικαστικής προστασίας· και είναι αξιοπαρατήρητο ότι η Επιτροπή δεν αντιλήφθηκε το σημείο αυτό. Αναφέρομαι στο γεγονός ότι η καθής κυβέρνηση αποδίδει την ίδια αξία στις διατάξεις που μόλις ανέφερα και στο νέο άρθρο 611 α) του αστικού κώδικα. Υποστηρίζει ότι ήταν πράγματι αναγκαία η παροχή ιδιαίτερης προστασίας στους διεπόμενους από το ιδιωτικό δίκαιο εργαζομένους και όχι στους δημοσίους υπαλλήλους οι οποίοι, δυνάμει του συντάγματος και των μέτρων που ελήφθησαν κατά τη δεκαετία του 50, απέλαυαν ήδη εξίσου αποτελεσματικής αν όχι αποτελεσματικότερης προστασίας.

Αλλά η προβαλλόμενη ισοδύναμη προστασία δεν υπάρχει. Όπως θυμόμαστε, το άρθρο 611 α) προβλέπει ότι « αν, σε περίπτωση διαφοράς, ο εργαζόμενος προβάλλει περιστατικά από τα οποία τεκμαίρεται η ύπαρξη δυσμενούς μεταχειρίσεως..., ο εργοδότης φέρει το βάρος της αποδείξεως ότι αντικειμενικοί λόγοι άσχετοι με το φύλο δικαιολογούν τη διαφορετική μεταχείριση ή ότι το φύλο αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη δραστηριότητα που πρέπει να ασκηθεί ». Αυτή όμως η δυνατότητα ενεργείας βάσει απλής πιθανολογήσεως και, κατά συνέπεια, η αντιστροφή του βάρους αποδείξεως δεν προβλέπονται στην περίπτωση υποψηφίου για θέση στη δημόσια υπηρεσία. Για να διαπιστωθεί το παράνομο της διοικητικής διαδικασίας, ο υποψήφιος αυτός έχει μεν στη διάθεσή του διάφορα ένδικα βοηθήματα, αλλά θα πρέπει να αποδείξει στο δικαστή τη συγκεκριμένη παράβαση του κοινού κανόνα δικαίου και ενδεχομένως του συνταγματικού κανόνα. Ας προστεθεί ότι στη Γερμανία, η πρόσληψη των δημοσίων υπαλλήλων δεν διενεργείται με διαγωνισμό, αλλά κατά κανόνα με κατά διακριτική ευχέρεια επιλογή εκ μέρους της διοικήσεως που ενδιαφέρεται για την πλήρωση της κενής θέσεως. Αν συνεπώς υποτεθεί ότι ο υποψήφιος αντιλαμβάνεται ότι υπέστη δυσμενή διάκριση, η απόδειξη που πρέπει να προσκομίσει είναι κάθε άλλο παρά εύκολη.

Η διαδικαστική θέση του δημοσίου υπαλλήλου είναι τελικά πολύ ασθενέστερη από τη θέση του μισθωτού που εργάζεται σε ιδιωτική επιχείρηση ή του απασχολούμενου στο δημόσιο τομέα που προσλαμβάνεται βάσει συμβάσεως εργασίας. Η γερμανική κυβέρνηση, απαντώντας στις ερωτήσεις του Δικαστηρίου, αφιέρωσε στα υπομνήματά της δεκάδες σελίδες για να εκθέσει τα ένδικα βοηθήματα που έχει στη διάθεσή του ο δημόσιος υπάλληλος και τις ποινές που επισύρει πράξη της διοικήσεως που εισάγει δυσμενείς διακρίσεις, αλλά δεν ανέφερε τίποτε όσον αφορά τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των διαδίκων

στις σχετικές δίκες. Δεν νομίζω ότι η σιωπή αυτή είναι τυχαία, διότι ακριβώς στο εμπόδιο της δικαστικής προστασίας προσκρούει η άποψη ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας απαλλάσσεται από την υποχρέωση να θεσπίσει νομοθετικές διατάξεις, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της οδηγίας.

5. Ανάλογες σκέψεις μπορούν τέλος να γίνουν σχετικά με τη δεύτερη αιτίαση που η Επιτροπή απευθύνει κατά της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, ότι δηλαδή δεν μετέφερε στο εσωτερικό δίκαιο την οδηγία 75/117 όσον αφορά την ισότητα των αμοιβών μεταξύ ανδρών και γυναικών εργαζομένων στο δημόσιο τομέα. Διότι και επί του σημείου αυτού, το κύριο επιχείρημα που προβάλλει η γερμανική κυβέρνηση αναφέρεται στο άμεσο αποτέλεσμα και στο δεσμευτικό χαρακτήρα του άρθρου 3 του συντάγματος. Σ' αυτό προστίθεται ένα επικουρικό επιχείρημα: υποστηρίζεται ότι η μισθολογική κατάταξη των υπαλλήλων αναλόγως των καθηκόντων και του βαθμού εμποδίζει καθεαυτή κάθε δυνατότητα άνισης μεταχείρισης.

Στην πραγματικότητα, το άρθρο 3 του συντάγματος δεν προβλέπει τίποτε όσον αφορά την « αρχή της ισότητας των αμοιβών για την ίδια εργασία ή για εργασία στην οποία αποδίδεται ίση αξία » (βλ. άρθρο 1 της οδηγίας και άρθρο 612, παράγραφος 3, του γερμανικού αστικού κώδικα). Το ίδιο ισχύει όσον αφορά τη ρύθμιση περί των αποδοχών, που περιλαμβάνει μόνο τους κανόνες για τον υπολογισμό του ύψους τους και δεν προβλέπει καμία απαγόρευση διαφοροποιήσεώς τους αναλόγως του φύλου. Ελλείπει επομένως στο γερμανικό δίκαιο διάταξη που προβλέπει κατά τρόπο σαφή και γενικό την υποχρέωση μη εισαγωγής διακρίσεων μεταξύ των εργαζομένων των δύο φύλων όσον αφορά τις αμοιβές.

6. Η τρίτη αιτίαση αφορά την παράλειψη μεταφοράς στο εσωτερικό δίκαιο της οδηγίας 76/207 όσον αφορά τους αυτοτελώς απασχολούμενους. Η καθής κυβέρνηση την αποκρούει επικαλούμενη το άρθρο 12 του συντάγματος, που εγγυάται σε « όλους τους Γερμανούς το δικαίωμα να επιλέγουν ελεύθερα το επάγγελμά τους » και συνεπώς αποκλείει, σε συνδυασμό με το άρθρο 3, κάθε δυνατότητα διακρίσεως λόγω φύλου. Ας προστεθεί, συνεχίζει η γερμανική κυβέρνηση, ότι όταν η πρόσβαση σε ελεύθερο επάγγελμα προϋποθέτει διοικητική άδεια, ο δικαστής μπορεί να διατάξει τη διοίκηση να επιτρέψει στον υφιστάμενο δυσμενή διάκριση πολίτη να ασκεί την οικεία δραστηριότητα (άρθρο 42 του οργανισμού των διοικητικών δικαστηρίων).

Παρατηρώ ότι το άρθρο 12 δεν περιλαμβάνει απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φύλου. Είναι συνεπώς ακόμη λιγότερο ικανό από το άρθρο 3 να εξασφαλίσει καθεαυτό και με επαρκή σαφήνεια και ακρίβεια την ίση μεταχείριση που αποτελεί στόχο της οδηγίας. Και όπως είναι προφανές, τέτοια ικανότητα δεν μπορεί να προκύψει από το « συνδυασμό » του άρθρου αυτού με τον κανόνα που καθιερώνει την αρχή της ισότητας. Όσον αφορά δε την υπομνησθείσα εγγύηση δικαστικής προστασίας, δεν νομίζω ότι έχει περιεχόμενο ικανό να επηρεάσει την προνομιούχο θέση της διοικήσεως, αν μη τι άλλο διότι ο δικαστής δεν είναι υποχρεωμένος να την επικαλείται. Και από την άποψη αυτή συνεπώς, το γερμανικό δίκαιο στερείται διατάξεως που να ανταποκρίνεται δεόντως στους στόχους του κοινοτικού νομοθέτη.

7. Η τέταρτη αιτίαση αναφέρεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 76/207. Η διάταξη αυτή υποχρεώνει τα κράτη μέλη να προσδιορίσουν επακριβώς τις επαγγελματικές δραστηριότητες που επιθυμούν να εξαιρέσουν από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, οι περισσότεροι από τους αποδέκτες της διατάξεως συμμορφώθηκαν προς αυτή, καταρτίζοντας καταλόγους, αν και όχι πάντοτε άψογους, των αποκλειομένων δραστηριοτήτων. Αυτό δεν συμβαίνει με τη Γερμανία, και επομένως η Επιτροπή δεν μπορεί να ασκήσει τον έλεγχο που της επιβάλλει το άρθρο 9, παράγραφος 2, όσον αφορά την τήρηση της κοινοτικής ρυθμίσεως από το κράτος αυτό.

Η γερμανική κυβέρνηση αμφισβητεί καταρχάς ότι η οδηγία επιβάλλει την υποχρέωση επακριβούς απαριθμήσεως των επαγγελματικών δραστηριοτήτων για τις οποίες δεν ισχύει η αρχή της ισότητας. Αυτό που απαιτεί η οδηγία είναι διαφορετικό: την εγγύηση ότι για την άσκηση των δραστηριοτήτων αυτών το φύλο αποτελεί πράγματι απαραίτητη προϋπόθεση. Επομένως, το άρθρο 611 α) του αστικού κώδικα, που ορίζει ότι « διαφορετική μεταχείριση λόγω φύλου επιτρέπεται πάντως στο μέτρο που συμφωνία ή ενέργεια έχει ως αντικείμενο το είδος της δραστηριότητας που πρέπει να ασκεί ο εργαζόμενος, το δε φύλο αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη δραστηριότητα αυτή », ανταποκρίνεται πλήρως στις απαιτήσεις της κοινοτικής ρυθμίσεως. Το γεγονός έπειτα ότι ορισμένα κράτη έχουν καταρτίσει καταλόγους δεν αποδεικνύει τίποτε, εφόσον η επιλογή των μέσων για την εκτέλεση της οδηγίας αφήνεται στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών. Τέλος, ο περιοδικός έλεγχος των αποκλειομένων δραστηριοτήτων δεν επιβάλλει κατ' ανάγκη την ύπαρξη ειδικού καταλόγου. Ο έλεγχος αυτός μπορεί να διενεργηθεί ευχερώς με την εξέταση των νόμων που προβλέπουν κάθε φορά παρέκκλιση από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

Η άποψη αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, ορίζει ότι « η... οδηγία δεν θίγει (γερμανική διατύπωση " steht nicht entgegen ", γαλλική διατύπωση " ne fait pas d'obstacle ") την ευχέρεια που έχουν τα κράτη μέλη να αποκλείουν από το πεδίο εφαρμογής της τις επαγγελματικές δραστηριότητες ... εφόσον λόγω της φύσεως ή των συνθηκών ασκήσεώς τους, το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας ». Αν η διάταξη αυτή εξεταστεί υπό το φως του άρθρου 2, παράγραφος 1, που ορίζει ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται « την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο », προκύπτει σαφώς ότι ο σκοπός της δεν είναι να επιτρέψει στα κράτη μέλη να δέχονται διαφορετική μεταχείριση κάθε φορά που αυτή είναι αναγκαία, διότι τέτοια εξουσία προκύπτει ήδη από τη φύση των πραγμάτων και η οδηγία δεν την απονέμει αλλά την προϋποθέτει. Ο σκοπός της διατάξεως είναι να αποφευχθεί η πιθανότητα *να παρεμποδίζεται ή να καθίσταται αδύνατη* λόγω της απαγορεύσεως των διακρίσεων η άσκηση εκείνων, *και μόνο εκείνων*, των δραστηριοτήτων για τις οποίες το φύλο αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση. Υπό το πρίσμα αυτό, η λεπτομερής απαρίθμηση των αποκλειομένων δραστηριοτήτων είναι περισσότερο από χρήσιμη· είναι αναγκαία, αν θέλουμε να μην καταστρατηγείται η επιταγή της « απουσίας κάθε διακρίσεως » με την ανεξέλεγκτη ευχέρεια εισαγωγής παρεκκλίσεων. Μόνον έτσι εξάλλου εξηγείται γιατί βάσει του άρθρου 9, παράγραφος 2, οι εν λόγω δραστηριότητες πρέπει να υπόκεινται σε περιοδικό έλεγχο.

Ορίζοντας ότι η διαφορετική μεταχείριση είναι θεμιτή όταν το φύλο αποτελεί « αναγκαία προϋπόθεση » για την προς άσκηση δραστηριότητα, το άρθρο 611 α) του αστικού κώδικα προβλέπει κάτι το περιττό: επιβεβαιώνει σχεδόν κατά λέξη τη δυνατότητα του κράτους να θέτει όρια στον τομέα εφαρμογής της οδηγίας. Αντίθετα, δεν προβλέπει αυτό που θα έπρεπε: δεν απαριθμεί δηλαδή τις δραστηριότητες ως προς τις οποίες η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας προτίθεται να κάνει χρήση της εξουσίας αυτής. Πρέπει τέλος να λεχθεί ότι, αντίθετα προς ό,τι υποστηρίζει η γερμανική κυβέρνηση, η διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, δεν εντάσσεται στο αποκαλούμενο « μεταβλητό » στοιχείο της οδηγίας 76/207 (ως προς το οποίο τα κράτη μέλη διαθέτουν ορισμένο περιθώριο ελιγμών). Το άρθρο αυτό αποτελεί ουσιώδη διάταξη του αμετάβλητου στοιχείου της οδηγίας που, όπως είναι γνωστό, δεσμεύει χωρίς δυνατότητα επιλογής τον εθνικό νομοθέτη. Έτσι άλλωστε το θεώρησαν και τα κράτη που κατήρτισαν τους καταλόγους στους οποίους αναφέρθηκα πιο πάνω.

8. Η πέμπτη παράβαση που προσάπτεται στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας είναι η ανεπαρκής μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο της οδηγίας 76/207 όσον αφορά τις προσφορές εργασίας. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι σύμφωνα με το άρθρο 3 (« η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο, όσον αφορά τους όρους... προσβάσεως σε απασχολήσεις ή θέσεις εργασίας »), οι εθνικές διατάξεις με τις οποίες ρυθμίζονται οι προσφορές εργασίας και απασχολήσεως εντάσσονται στην έννοια των « όρων προσβάσεως » και υπόκεινται συνεπώς στην κοινοτική ρύθμιση. Επομένως, τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση να απαγορεύουν κάθε διάκριση και στον τομέα αυτό. Εισάγοντας το άρθρο 611 β) στον αστικό κώδικα (« ο εργοδότης δεν μπορεί να προβεί σε προσφορά εργασίας... μόνο για άνδρες ή μόνο για γυναίκες »), η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας εξέδωσε μη δεσμευτική διάταξη, η οποία επομένως δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της ακρίβειας που επιβάλλει ο κοινοτικός νομοθέτης.

Η γερμανική κυβέρνηση αποκρούει την αιτίαση. Παρατηρεί ότι η προσφορά απασχολήσεως προηγείται της διαδικασίας προσλήψεως· είναι επομένως ξένη προς την έννοια των « όρων προσβάσεως » και κατά συνέπεια δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Αλλά και αν ακόμη γίνει δεκτή η αντίθετη άποψη, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι το άρθρο 611 β) του αστικού κώδικα αντιβαίνει προς τους σκοπούς της κοινοτικής πράξεως. Διότι έστω και αν δεν είναι δεσμευτική η εν λόγω διάταξη, επιβάλλει στον εργοδότη μια « νομική υποχρέωση », η μη εκπλήρωση της οποίας επισύρει κυρώσεις στα πλαίσια της διαδικασίας που προβλέπεται στο άρθρο 611 α).

Για μια ακόμη φορά διαφωνώ. Μου φαίνεται παράλογο να υποστηριχθεί ότι η προσφορά εργασίας δεν εντάσσεται στη διαδικασία προσλήψεως, δεδομένου ότι αποτελεί το σημείο εκκινήσεώς της ή, αν προτιμάτε, την πράξη που τη θέτει σε κίνηση. Εν πάση περιπτώσει — πρόκειται για argumentum ad hominem που έχει όμως σημαντική σπουδαιότητα — η ίδια η Ομοσπονδιακή Βουλή, ρυθμίζοντας την προσφορά εργασίας με ειδική διάταξη στα πλαίσια του νόμου της 13ης Αυγούστου 1980, έδειξε ότι τη θεωρεί τουλάχιστον ως στενά συνδεόμενη με τη ρύθμιση της προσβάσεως σε θέση εργασίας υπό συνθήκες ισότητας.

Πιο σοβαρό είναι το δεύτερο επιχείρημα που προβάλλει προς υπεράσπισή της η γερμανική κυβέρνηση, αλλά ούτε αυτό μπορεί να γίνει δεκτό. Η εν λόγω κυβέρνηση δεν απέδειξε πράγματι κατά τρόπο πειστικό ότι στην έννοια της διαφοράς κατά το άρθρο 611 α) (της διαφοράς δηλαδή που αναφέρεται σε διάκριση λόγω φύλου) εντάσσονται επίσης και οι διαφορές που έχουν ως αντικείμενο τον ουδέτερο χαρακτήρα των προσφορών εργασίας. Προσωπικά, θεωρώ ότι η ανωτέρω διάταξη παρέχει τη δυνατότητα προσφυγής σε όσους θίγονται από μη ουδέτερη προσφορά εργασίας· η εμμονή όμως της γερμανικής κυβερνήσεως στο πρώτο επιχείρημά της — ότι δηλαδή οι προσφορές εργασίας δεν εμπίπτουν στη ρύθμιση περί των όρων προσβάσεως σε απασχόληση — με ωθεί να υποπτευθώ ότι η δυνατότητα ασκήσεως της προσφυγής που προβλέπεται στο άρθρο 611 α) αμφισβητείται τουλάχιστον στη θεωρία και τη νομολογία (βλ. σχετικά K. Molitor, Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit im Recht der Arbeit, 1984, αριθ. 1, σ. 16). Αλλά και αν ακόμη γίνει δεκτό ότι μπορεί να ασκηθεί προσφυγή, είναι βέβαιο, όπως παραδέχεται η ίδια η γερμανική κυβέρνηση, ότι η προσφυγή αυτή δεν αποσκοπεί στη διαπίστωση της μη εκπληρώσεως επιτακτικής υποχρεώσεως. Λαμβανομένου υπόψη ότι το άρθρο 611 α) περιλαμβάνει επιφύλαξη όσον αφορά τις περιπτώσεις αποκλείσεως των δραστηριοτήτων για την άσκηση των οποίων το φύλο αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση καθώς και ότι οι περιπτώσεις αυτές

δεν καθορίζονται επακριβώς, θα είναι εύκολο για τον εργοδότη να δικαιολογήσει ενώπιον του δικαστηρίου τις ενδεχόμενες διακρίσεις που περιλαμβάνονται στην προσφορά εργασίας στην οποία προέβη.

Είμαι επομένως πεπεισμένος ότι, υπό το φως του κριτηρίου κατά το οποίο τα αποτελέσματα των οδηγιών πρέπει να αξιολογούνται συγχρόνως, το πρόβλημα των προσφορών εργασίας μπορεί να επιλυθεί βάσει του θεμελιώδους στόχου της κοινοτικής ρυθμίσεως. Όπως είδαμε (ανωτέρω, σημείο 3), ο στόχος αυτός είναι να παρεμποδιστεί η κατά διακριτική ευχέρεια εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Το άρθρο 611 β) συνεπώς, που παρέχει στον εργοδότη ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τη διατύπωση των προσφορών εργασίας, αντιβαίνει και μόνο για το λόγο αυτό προς την οδηγία 76/207.

9. Κύριε πρόεδρε, κύριοι δικαστές, θεωρώ σκόπιμη μια τελευταία σκέψη. Όπως είπα, σκοπός της προσφυγής επί της οποίας πρόκειται να αποφανθεί το Δικαστήριο είναι να εξασφαλιστεί σε όλους τους δικαιούχους και κυρίως στους πολίτες που αναζητούν εργασία η σαφήνεια και η ακρίβεια που είναι απαραίτητες για την πραγματική τήρηση των κοινοτικών διατάξεων περί ισότητας των αμοιβών και περί ίσης μεταχειρίσεως όσον αφορά την ανάληψη εργασίας. Η Επιτροπή προσπάθησε να αποδείξει ότι στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, δύο σημαντικοί τομείς — η δημόσια υπηρεσία και τα ελεύθερα επαγγέλματα — διαφεύγουν της προστασίας που προβλέπει το Συμβούλιο. Η γερμανική κυβέρνηση το αρνείται, επικαλούμενη κατ' ουσία τις ανώτατες τυπικής ισχύος διατάξεις του κράτους, εκείνες που λόγω της τάξεώς τους στην ιεραρχία των νομικών κανόνων, επηρεάζουν το νομοθέτη, τα δικαστήρια και τη διοίκηση. Γνωρίζετε ήδη τι σκέπτομαι για την άποψη αυτή. Επιτρέψτε μου τώρα να σας εκθέσω ποιες συνέπειες θα μπορούσε να έχει η αποδοχή της.

Πρώτη συνέπεια: αν το Δικαστήριο αναγνωρίσει ότι οι πρωτογενείς πηγές δικαίου ενός κράτους μπορούν μόνες τους να ανταποκριθούν στις υποχρεώσεις που επιβάλλει ο κοινοτικός νομοθέτης, τότε οι πηγές αυτές — που στα πλαίσια της εσωτερικής έννομης τάξης προσδίδουν στις κατώτερης τυπικής ισχύος διατάξεις το χρίσμα της συνταγματικής νομιμότητας — θα λάβουν και οι ίδιες το χρίσμα της «κοινοτικής νομιμότητας» και θα το μεταβιβάσουν κατ' ανάγκη σε όλες τις εσωτερικές διατάξεις που εκδίδονται προς εκτέλεσή τους και οι οποίες συγχρόνως θα θεωρηθούν ως εκδιδόμενες για την εκτέλεση οδηγίας.

Δεύτερη συνέπεια: ο γερμανός, ο ιταλός και, αύριο, ο ισπανός ή ο πορτογάλος δικαστής από τον οποίο ζητείται, στα πλαίσια εργατικής διαφοράς, να μην εφαρμόσει εσωτερική διάταξη διότι είναι ασυμβίβαστη με οδηγία, δεν θα έχει πλέον λόγο να αποταθεί στο Δικαστήριο για να ζητήσει την ερμηνεία διατάξεως μέσω προδικαστικής αποφάσεως. Θα του αρκεί να ανατρέξει στα κριτήρια της εσωτερικής έννομης τάξης που διέπουν την εφαρμογή των πρωτογενών κανόνων δικαίου ή, ελλείψει τέτοιων κριτηρίων, να υποβάλει το ζήτημα στο συνταγματικό δικαστήριο της χώρας του. Είναι σύμφωνο το αποτέλεσμα αυτό με τις αρχές που από χρόνια διατυπώνονται στη νομολογία του Δικαστηρίου όσον αφορά τις σχέσεις μεταξύ κοινοτικού και εσωτερικού δικαίου; Στο Δικαστήριο απόκειται να απαντήσει.

10. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, προτείνω στο Δικαστήριο να διαπιστώσει ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, παραλείποντας να λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα για να συμμορφωθεί προς την οδηγία 76/207 περί εφαρμογής της αρχής της ίσης

μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση και προς την οδηγία 75/117 περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των κρατών μελών που αφορούν την εφαρμογή της αρχής της ισότητας των αμοιβών, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΟΚ.

Βάσει του κριτηρίου κατά το οποίο ο ηττηθείς διάδικος φέρει τα δικαστικά του έξοδα, η καθής πρέπει να καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα.