FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 26. oktober 1999 *

I — Det præjudicielle spørgsmål

1. Den forelæggende sag vedrører forbuddet i en medlemsstats nationale lovgivning mod at ansætte kvinder i de væbnede styrker, bortset fra lægekorpset og korpset for militærmusik. Det præjudicielle spørgsmål, som Verwaltungsgericht Hannover (Tyskland) har forelagt, vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (herefter »direktivet«) [1]. Det præjudicielle spørgsmål lyder således:

»Er § 1, stk. 2, 3. punktum, i Soldatengesetz (lov om forsvarets personel) i affattelsen af 15. december 1995 (BGBl. I, s. 1737), senest ændret ved lov af 4. december 1997 (BGBl. I, s. 2846), og § 3a i Soldatenlaufbahnverordnung (bekendtgørelse om den militære karriere) i den affattelse, som er bekendtgjort den 28. januar 1998 (BGBl. I, s. 326), hvorefter kvinder, som ansættes på frivilligt grundlag, kun må beskæftiges i lægekorpset og korpset for militærmusik, men under ingen omstændigheder må gøre tjeneste i stillinger, der medfører brug af våben, i strid med Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976, og navnlig med artikel 2, stk. 2?«

II — Relevante fællesskabsretlige bestemmelser

2. Direktivet tilsigter ifølge artikel 1, stk. 1, »gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse ... Dette princip betegnes i det følgende 'princippet om ligebehandling'«.

Direktivets artikel 2 bestemmer:

»1. Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling

* — Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 39, s. 40.

sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

2. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse og i givet fald de dertil førende uddannelser, for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.

3. Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

...«

Ifølge direktivets artikel 3, stk. 1, »(indebærer) anvendelsen af princippet om ligebehandling ... at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for så vidt angår adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren, og til alle niveauer i erhvervshierarkiet«.

Direktivets artikel 9, stk. 2, bestemmer, at: »Medlemsstaterne foretager regelmæssigt en undersøgelse af de i artikel 2, stk. 2, omhandlede former for erhvervsudøvelse for at vurdere, om det under hensyntagen til den sociale udvikling er berettiget, at disse fortsat udelukkes. De meddeler Kommissionen resultatet af denne undersøgelse.«

III — Nationale bestemmelser

3. Ifølge § 1, stk. 2, i Soldatengesetz (lov om forsvarets personel, herefter »SG«) »[kan] den, som frivilligt forpligter sig til at gøre militærtjeneste på livstid, ansættes i militæret. Den, som frivilligt forpligter sig til at gøre militærtjeneste i en begrænset periode, kan midlertidigt ansættes i militæret. Også kvinder kan ansættes i henhold til stk. 1 og 2 til at gøre tjeneste inden for militæret *i lægekorpset og korpset for militærmusik*« [2].

Ifølge § 3a i Soldatenlaufbahnverordnung (bekendtgørelse om den militære karriere, herefter »SLV«) »[kan] kvinder ... kun antages til at gøre tjeneste på frivilligt

2 — Min fremhævelse.

grundlag og udelukkende *i lægekorpset og korpset for militærmusik*« [3].

4. Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, der ligesom Tanja Kreil, den britiske samt den italienske regering er procesdeltagere i sagen, har gjort gældende, at retsgrundlaget for de bestemmelser, der er nævnt i det præjudicielle spørgsmål, findes i artikel 12a i Forbundsrepublikken Tysklands Grundgesetz (den tyske grundlov eller forfatning, herefter »forfatningen« eller »grundloven«), der bestemmer:

»1) Fra det fyldte 18. år kan mænd pålægges at gøre tjeneste i de væbnede styrker, i forbundsgrænsepolitiet eller i en organisation til civil beskyttelse.

...

4) Er forsvaret trådt i funktion [4], og viser det sig, at behovet for civile tjenesteydelser i civile læge- og sundhedstjenester samt i faste militærhospitaler ikke kan dækkes på frivilligt grundlag, kan kvinder mellem 18 og 55 år ved eller i henhold til lov pålægges at præstere sådanne ydelser. *De må dog under ingen omstændigheder gøre tjeneste, som medfører brug af våben*« [5].

Ifølge den tyske regering udgør grundlovens artikel 12a, stk. 4, sidste punktum (herefter »grundlovens artikel 12a«), blot en ajourføring fra 1968 af en tilsvarende bestemmelse fra 1956, nemlig grundlovens artikel 12, stk. 3, hvorved denne fik »en ny formulering, der dog udelukkende er af sproglig karakter«.

5. Den tyske regering og Kommissionen har endvidere præciseret — under henvisning til en afgørelse herom fra Bundesverwaltungsgericht og til tysk litteratur — at grundlovens artikel 12a og de nævnte bestemmelser i SG og SLV udgør en lex specialis i forhold til det almindelige princip om ligebehandling af mænd og kvinder,

3 — Min fremhævelse.

4 — Ifølge grundlovens artikel 115a, stk. 1, er det Bundestag, der i samråd med Bundesrat (Forbundsrådet, hvorigennem delstaterne deltager i Forbundsrepublikken Tysklands lovgivnings- og forvaltningsvirksomhed), fastslår, at der foreligger en krigstilstand (»Verteidigungsfall«) i tilfælde af et væbnet angreb eller en overhængende fare herfor.

5 — Min fremhævelse.

der fastslås såvel i forfatningen[6] som i lovgivningen om ansatte i militæret[7].

6. Den tyske regering anfører endvidere, at forbuddet i den omtvistede lovgivning mod at ansætte kvinder i andre enheder end lægekorpset og korpset for militærmusik gælder undtagelsesfrit (»under ingen omstændigheder«, som det hedder i grundlovens artikel 12a), men at der reelt findes mange civile stillinger (navnlig af administrativ karakter eller til hjælpefunktioner) i Bundeswehr (de væbnede styrker i Forbundsrepublikken Tyskland), hvortil mænd og kvinder ifølge grundlovens artikel 87b har lige adgang.

IV — Faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

7. Tanja Kreil, som er uddannet elektroingeniør med specialisering i anlægsteknik, ansøgte i 1996 om at gøre frivillig tjeneste i Bundeswehr og udtrykte ønske om at blive beskæftiget i afdelingen for vedligeholdelse (elektronik for våben). Hendes ansøgning blev imidlertid afslået af hverveafdelingen og derpå, efter at hun havde klaget, af Bundeswehr's centrale personaleforvaltning med den begrundelse, at kvinder efter tysk lov er udelukket fra alle stillinger, som medfører brug af våben. Da Tanja Kreil mente, at hun var blevet ulovligt forskels-

6 — Forfatningen fastslår princippet om ligebehandling af mænd og kvinder dels i almindelighed (grundlovens artikel 3, stk. 2 og 3), dels hvad angår adgangen til beskæftigelse eller snarere det frie valg af erhverv (grundlovens artikel 12, stk. 1) og adgangen til stillinger i den offentlige forvaltning (grundlovens artikel 33, stk. 2). I en nyere dom, hvortil den forelæggende ret og den tyske regering har henvist, har Bundesverwaltungsgericht fastslået, at grundlovens artikel 12a er i overensstemmelse med de principper om ligebehandling og frit valg af erhverv, som er indeholdt i de øvrige ovenfor nævnte bestemmelser i forfatningen, i det omfang den anser bestemmelsen for at udgøre en lex specialis (dom af 30.1.1996 — 1 WB 89/95 — BverwGE, bind 103, s. 301, og NJW, 1996, s. 2173, herefter »Sanitätsdienst-dommen«, hvorved bemærkes, at lægekorpset er en af de tjenestegrene, som kvinder også har adgang til i medfør af grundlovens artikel 12a, SG's § 1, stk. 2, og SLV's § 3a).
Selv om de fleste forfattere i tysk teori tilslutter sig denne afgørelse, bør det nævnes, at det efter visse retlige drøftelser, der for tiden føres i Tyskland, ikke er åbenbart, at den pågældende regel i forfatningen er lovlig, i hvert fald ikke som den hidtil er blevet fortolket. Efter visse anerkendte forfatteres opfattelse bør der nemlig sondres mellem den tvungne militærtjeneste (»Pflichtdienst«) og den frivillige militærtjeneste (»freiwilliger Dienst«), og hvad angår den frivillige militærtjeneste bør der anlægges en indskrænkende fortolkning af grundlovens artikel 12a, selv om den har karakter af en lex specialis; efter samme opfattelse bør grundlæggende principper som ligebehandlingsprincippet og princippet om det frie valg af erhverv tillægges en særlig betydning, og fravigelsen af disse principper skal ske med stor forsigtighed og i overensstemmelse med forfatningens bestemmelser som helhed (jf. H.D. Jarass og B. Pieroth, kommentar til grundlovens artikel 12a i *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, 4. udg., punkt 3; J. Kokott, kommentar til grundlovens artikel 12a i *Grundgesetz, Kommentar*, udgivet af M. Sachs, 1999, 2. udg., punkt 3 ff.; U. Repkewitz, »Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?«, i NJW, 1997, s. 506; M. Sachs, »Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes«, i ZBR, 1994, s. 133, se navnlig s. 139, og M. Zuleeg, »Frauen in die Bundeswehr«, i *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, s. 1017).
Således antager de nævnte forfattere på grundlag af en systematisk og indskrænkende fortolkning af forfatningen (hvorefter udelukkelsen af kvinder fra Bundeswehr udgør en fravigelse af principperne i grundlovens artikel 3, 12 og 33), at forbuddet i grundlovens artikel 12a kun gælder for den tvungne militærtjeneste: Da artikel 12a som helhed vedrører »Dienstpflicht«, kan udelukkelsen af kvinder ikke udvides til at gælde for den frivillige militærtjeneste (jf. navnlig nævnte artikel af M. Zuleeg på s. 1018).
Det anføres også, at en indskrænkende fortolkning er begrundet i, at grundlovens artikel 12a *ikke fastslår nogen grundlæggende rettighed* (»Grundrecht«) til forskel fra de rettigheder, som denne forfatningsbestemmelse gør indskrænkning i (jf. grundlovens artikel 3, stk. 2 og 3, artikel 12, stk. 1, og artikel 33, stk. 2; se nævnte artikel fra M. Zuleeg på s. 1023). Desuden kan grundlovens artikel 12a ændres ifølge Scholz i modsætning til, hvad der gælder for de øvrige af forfatningens bestemmelser, da de strenge betingelser i grundlovens artikel 79 for en ændring af forfatningen ikke gælder for den (R. Scholz, kommentar til grundlovens artikel 12a i *Grundgesetz, Kommentar*, redigeret af T. Maunz, G. Dürig og G. Herzog, 1984, punkt 208).

7 — Ifølge såvel SG som SLV skal udnævnelsen og placeringen af soldater ske under hensyn til deres evner, uddannelse og deres faglige kvalifikationer uden hensyn til køn (jf. henholdsvis §§ 3 og 1).

behandlet på grundlag af køn, indbragte hun afslaget på ansøgningen til prøvelse for den nationale ret.

wehr en åbenbar tilsidesættelse af forbuddet i direktivets artikel 3 mod enhver forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår adgangen til beskæftigelse [8]. Ifølge Tanja Kreil drejer sagen sig ikke så meget om den tvungne militærtjeneste som om erhvervsvalget for kvinder, der ønsker at gøre frivillig tjeneste.

V — Retlig vurdering

1 — *Den påståede forskelsbehandling og grundlaget herfor*

8. Verwaltungsgericht Hannover spørger Domstolen, om direktivet er til hinder for et næsten ubetinget forbud mod, at kvinder frivilligt kan gøre tjeneste i en medlemsstats væbnede styrker.

9. Efter Tanja Kreil's opfattelse er restriktionerne for kvinders ansættelse i Bundes-

10. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at de nationale retsforskrifter har fornødent grundlag i direktivets artikel 2, stk. 1 og 2, som indeholder hjemmel til at gøre undtagelse fra den individuelle ret til ligebehandling. Det er Kommissionens opfattelse (som Det Forenede Kongeriges regering og den italienske regering i det væsentlige har tilsluttet sig), at de nationale retsforskrifter principielt er berettiget efter artikel 2, stk. 2, men at det naturligvis er nødvendigt at undersøge, om de rent faktisk er velbegrundede for alle stillinger inden for de væbnede styrker, og

8 — Ifølge sagsøgeren i hovedsagen er der ikke tvivl om, at den tyske lovgivning kan efterprøves på grundlag af direktivet, da Domstolen allerede har fortolket dette — og dermed fundet det anvendeligt — i et tilfælde, som vedrørte tilsvarende bestemmelser som i SG og SLV (dom af 2.10.1997, sag C-1/95, Gerster, Sml. I, s. 5253, hvori Domstolen fastslog, at direktivet også fandt anvendelse på en bestemmelse i Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung — dvs. en bekendtgørelse om karriereforløbet for de offentlige ansatte i delstaten Bayern, nemlig vedrørende beregningen af disses anciennitet; i Gerster-dommen henviste Domstolen udtrykkeligt til direktivets artikel 3, stk. 1, som forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn »inden for enhver sektor eller erhvervsgren«, se præmis 28).

om de er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet[9].

11. Ingen af procesdeltagerne betvivler, at de omhandlede bestemmelser udelukker kvinder fra de fleste stillinger inden for Bundeswehr, og at dette medfører en forskelsbehandling på grundlag af køn i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 1; der foreligger dermed en direkte forskelsbehandling, som medfører andre indirekte former for forskelsbehandling, da de ansatte i de væbnede styrker for størstedelens vedkommende er mænd[10]. I visse tilfælde har hjemsendte soldater således fortrinsret ved besættelse af stillinger i

9 — Efter *Kommissionens* opfattelse er der ingen tvivl om, at beskæftigelse i de væbnede styrker ikke er udelukket fra direktivets anvendelsesområde; den henviser herved til dom af 21.5.1985, sag 248/83, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1459, præmis 16, hvori Domstolen fastslog, at direktivet finder anvendelse på offentligretlige tjenesteforhold. Derimod har *Det Forenede Kongeriges regering samt den italienske og tyske regering* i deres indlæg under sagen, inden de tog stilling til realiteten i det præjudicielle spørgsmål, gjort gældende — hvorved de navnlig støtter sig på EF-traktatens artikel 224 (nu artikel 297 EF) — at direktivet ikke finder anvendelse i denne sag, fordi anliggender, som berører forsvaret og opbygningen af de væbnede styrker falder uden for traktatens anvendelsesområde. Den foreliggende ret har ikke behandlet denne problematik, hvilket for mig at se må forstås på den måde, at den antager, at beskæftigelse i Bundeswehr falder ind under direktivets anvendelsesområde. Hvorom alting er, kan jeg hvad angår dette punkt, kun henvise til mit forslag til afgørelse af 18.5.1999 i Sirdar-sagen (dom af 26.10.1999, sag C-273/97, Sml. I, s. 7403), som vedrørte en politik, hvorved kvinder generelt blev udelukket fra et elitekorps i de væbnede britiske styrker. I Sirdar-sagen indtog jeg det synspunkt — som Tanja Kreil og Kommissionen har gjort gældende i denne sag — at adgangen til beskæftigelse i de væbnede styrker generelt er omfattet af direktivets anvendelsesområde (præmis 9-29).
I relation til mine tidligere bemærkninger i Sirdar-sagen skal jeg dog gøre en tilføjelse særlig med henblik på de nationale retsforskrifter i den foreliggende sag. Den vedrører den subsidiære begrundelse — for det tilfælde, at direktivet findes anvendeligt i sagen — som den tyske regering har fremført til støtte for den omtvistede forskelsbehandling.
Den tyske regering har på dette punkt alene påberåbt sig det retspolitiske mål, som består i opfyldelsen af en moralsk forpligtelse som følge af Tysklands egen pinefulde fortid, og som er i videst muligt omfang at *beskytte kvinder* mod de farer, som soldater er udsat for i krigstid (jf. nedenfor, forslagets punkt 12). Under andre sager ved Domstolen har Det Forenede Kongeriges regering gjort gældende, at de omhandlede diskriminerende foranstaltninger faldt uden for direktivets anvendelsesområde, og til støtte herfor fremført helt andre argumenter. Ifølge de forklaringer, som de britiske myndigheder afgav, var de pågældende foranstaltninger vedtaget af hensyn til *den offentlige sikkerhed* (for at undgå en forøgelse af attentater mod politiet under en borgerkrig; jf. dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 35) og af hensyn til *forsvaret* eller *den ydre sikkerhed* (sikring af kampdygtigheden for et elitekorps i de væbnede styrker; se punkt 4 i mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen): Der er altså her tale om hensyn, som det falder inden for medlemsstaternes enekompetence at varetage. Hverken i Johnston- eller Sirdar-sagen blev det antaget, at direktivet ikke kunne anvendes. En foranstaltning, som alene har til formål at beskytte kvinder, kan så meget mindre undtages fra direktivet — hverken efter traktatens artikel 224, der vedrører »helt ekstraordinære« foranstaltninger, som er nødvendige for at garantere *sikkerheden (den interne eller eksterne)* eller selve et lands eksistens (jf. punkt 24 i mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen) — eller ud fra hensynet til medlemsstaternes autonomi med hensyn til opbygningen af deres væbnede styrker eller for at sikre disses bedst mulige funktion.

10 — Direktivet forbyder, at der »finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, [såvel] direkte [som] indirekte« (jf. artikel 2, stk. 1), medmindre der foreligger en grund hertil, som er omfattet af en af undtagelserne i selve direktivet; vedrørende en konkret anvendelse af direktivet på tilfælde af indirekte forskelsbehandling, se f.eks. Gerster-dommen, præmis 29-34, og dom af 2.10.1997, sag C-100/95, Kording (Sml. I, s. 5289, navnlig præmis 13 ff.).

den offentlige forvaltning [11], og det kan ikke udelukkes, at de lettere finder arbejde inden for den civile sektor takket være den tekniske uddannelse, som kan erhverves inden for de væbnede styrker [12]. For at kunne besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Verwaltungsgericht, og som udelukkende vedrører direkte forskelsbehandling, skal det undersøges, om de vedtagne foranstaltninger kan falde ind under en af de undtagelser, der er nævnt i direktivets artikel 2, stk. 2 og 3 [13]. Inden jeg påbegynder denne undersøgelse, skal jeg dog først nævne de hensyn, der ligger bag reglen i grundlovens artikel 12a om udelukkelse af kvinder, der udgør hjemmelen for de bestemmelser, som den forelæggende rets spørgsmål til Domstolen vedrører.

12. Herom anfører Forbundsrepublikken Tyskland, at de pågældende bestemmelser skal hindre kvinder i at deltage i krigshandlinger og har til formål at sikre, at kvinder *under ingen omstændigheder* udsættes for fjendtlig beskydning som følge af, at de deltager i krigsførelse. Det gælder også for de kvinder, som ønsker at gøre frivillig tjeneste. På dette punkt har den tyske regering henvist til Bundestag's forarbejder vedrørende grundlovens artikel 12, stk. 3, der blev indført i 1956 (se punkt 4), hvoraf fremgår, at begrundelsen for den her i sagen omhandlede udelukkelse af kvinder var en moralsk forpligtelse, der beroede på Tysklands pinefulde fortid. Den tyske regering henviser endvidere til den nyligt afsagte dom i Sanitätsdienst-sagen (se fodnote 6), hvori Bundesverwaltungsgericht fastslog, at følgerne af denne forpligtelse er, at kvinder skal beskyttes i videst muligt omfang, og at dette kun kan sikres ved nøje at afstemme reglerne om ansættelse og beskæftigelse af kvinder i Bundeswehr med humanitær folkeret [14]. Sidstnævnte omfatter den tredje Genève-kon-

11 — Jf. K. Bertelsmann og U. Rust, *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (udgivet af EF-Kommissionen), Dordrecht og Luxembourg, 1995, s. 53, punkt 4.14.3, hvor det f.eks. nævnes, at der i henhold til SVG's § 9 og 10 ved besættelse af stillinger i den offentlige forvaltning gives fortrinsret til personer, som har gjort tjeneste i de væbnede styrker i mindst 12 år, selv om de ledige stillinger ikke har nogen forbindelse med de væbnede styrker. Ifølge rapportens forfattere kan en vis andel af de ledige stillinger i den offentlige forvaltning forbeholdes hjemsendte soldater, selv om der findes andre ansøgere med tilsvarende eller endog bedre kvalifikationer (s. 54).
Det er endvidere blevet gjort gældende, at kvinder på grund af grundlovens artikel 12a ikke har adgang til de højeste politiske stillinger inden for staten, nemlig Bundeskanzler (forbundskansler), Bundesminister der Verteidigung (forsvarsminister) og Staatssekretär (statssekretær). Efter den fortolkning, visse forfattere anlægger, er disse stillinger forbundet med den øverste befaling over de væbnede styrker og dermed forbundet med en opgave, som i lighed med befalingsfunktionen (vedrørende begrebet »Vorgesetzer« eller »Wachvorgesetzer«, se SG's § 1, nr. 4) indebærer brug af våben (»Waffendienst« eller »Dienst mit der Waffe«); se A. Poretschkin, *Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?* i NZWehrr, 1993, s. 232; U. Repkewitz, s. 507; D. Walz, *Der »geschlechtsneutrale« Bundesminister der Verteidigung*, NZWehrr, 1996, s. 117). Ifølge grundlovens artikel 65a har forsvarsministeren (som kan delegere til statssekretæren eller lade sig repræsentere af denne) nemlig befalingen over de væbnede styrker; såfremt der erklæres »krigstilstand« (jf. fodnote 4), overgår befalingen over de væbnede styrker i medfør af grundlovens artikel 115b til forbundskansleren. Jeg skal i den forbindelse minde om, at direktivets artikel 3, stk. 1, forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår adgangsvilkår »til alle niveauer i erhvervshierarkiet«.

12 — Dette synes ikke at være tilfældet med Tanja Kreil, som allerede på det tidspunkt, da hun ansøgte om at gøre frivillig tjeneste, havde fuldført sin uddannelse. Denne forskelsbehandling er dog for mig at se ikke helt uvæsentlig: I moderne forsvar anvendes der et stadig mere kompliceret teknisk apparatur, der forudsætter en specialviden, som utvivlsomt er værdifuld, når man på ny søger arbejde inden for den civile sektor, hvor konkurrencen er større end nogensinde (det gælder f.eks. militærpiloter, der på grund af deres erfaring let vil kunne finde arbejde i et privat flyselskab, efter at de er blevet hjemsendt).

13 — Undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 4, er ikke relevant her i sagen. Denne bestemmelse har nemlig følgende ordlyd: »Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder.«

14 — Der også betegnes som »lovgivning om menneskerettigheder i væbnede konflikter«, se N. Rodley, *The Treatment of prisoners under International Law*, Unesco og Clarendon Press, Paris og Oxford, 1987, s. 3.

vention af 12. august 1949 om behandling af krigsfanger [15] (herefter »konventionen«) og den første tillægsprotokol til Genèvekonventionerne af 12. august 1949 om beskyttelse af civile personer i krigstid [16] (herefter »protokollen«). Ifølge Bundesverwaltungsgericht — og den tyske regering, som helt tilslutter sig grundene i Sanitätsdienst-dommen — er de omhandlede diskriminerende bestemmelser inspireret af protokollens artikel 51, som yder den civile befolkning en generel beskyttelse af humanitær art over for farerne som følge af militære angreb. Udtrykt mere præcist betyder dette, at der ikke må rettes angreb mod civilbefolkningen [17] i modsætning til, hvad der gælder for »krigsførende« (kombattanter) i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i protokollens artikel 43, eller for personer, som deltager i fjendtlighederne under anvendelse af våben eller våbensystemer. Desuden kan kun kombattanter gøres til »krigsfanger«, når de falder i fjendens hænder [18]. Derimod må ansatte i de væbnede styrkers sygeplejetjeneste og militærpræster ikke blot ikke tages til fange som »krigsfanger«, men de skal desuden respekteres og beskyttes, ligesom de ikke må angribes [19]. Dette er grunden til, at kvinder kan optages i lægekorpset. Hvad angår korpset for militærmusik har den tyske regering erklæret, at dette skal opløses i tilfælde af fjendtligheder, og at medlemmerne skal tildeles opgaver som sygeplejere eller sygehjælpere (hvorfor musikere i militærorkestre får en passende uddannelse i fredstid).

15 — BGBl. 1954 II, s. 838. Ud over den tredje Genève-konvention findes der også den første Genève-konvention af 12.8.1949 til forbedring af såredes og syges vilkår i de væbnede styrker i felten (BGBl. 1954 II, s. 783) og den anden Genève-konvention af 12.8.1949 til forbedring af såredes, syges og skibbrudnes vilkår i de væbnede styrker på søen (BGBl. 1954 II, s. 813). Under et betegnes de tre konventioner som Genève-konventionerne af 12.8.1949 om beskyttelse af civile personer i krigstid.

16 — BGBl. 1990 II, s. 1550.

17 — Jf. protokollens artikel 48 og artikel 51, stk. 2.

18 — Jf. konventionens artikel 4 og protokollens artikel 44, stk. 1.

19 — Jf. henholdsvis konventionens artikel 33 og protokollens artikel 12, stk. 1.

2 — *Undtagelser fra ligebehandlingsprincippet: direktivets artikel 2, stk. 3*

13. Den tyske regering har gjort gældende, at den næsten fuldstændige udelukkelse af kvinder fra Bundeswehr på grund af det formål, som lovgiver forfølger hermed, omfattes af undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 3. Jeg for min del hælder nu snarere til Kommissionens opfattelse, som er baseret på dommen i Johnston-sagen, der vedrørte ansættelsen af kvinder i de væbnede britiske politistyrker i Nordirland i firserne, dvs. på det tidspunkt, da der var borger*krig*. I denne dom fastslog Domstolen, at »[d]et fremgår af den udtrykkelige henvisning til svangerskab og moderskab, at formålet med direktivet dels er at beskytte kvindens fysiske tilstand, dels det særlige forhold mellem moderen og barnet. Den omhandlede bestemmelse [direktivets artikel 2, stk. 3] giver herefter ikke hjemmel for at udelukke kvinder fra en beskæftigelse under henvisning til, at der efter den almindelige opfattelse skal gives kvinder en *videre beskyttelse* end mænd mod de risici, som berører mænd og kvinder *på samme måde*, og som ikke har sammenhæng med de særlige beskyttelsesbehov for kvinder,

såsom de udtrykkeligt nævnte behov« [20]. Det fremgår imidlertid ikke af sagens akter, at de farer, som kvinder udsættes for, når de udfører opgaver i Bundeswehr, som medfører brug af våben, skulle være anderledes eller større end dem, som mænd udsættes for, når de udfører de samme opgaver, og den tyske regering har ikke fremlagt bevis herfor. Når dette er tilfældet, kan den omstændighed, at kvinder kategorisk udelukkes fra stillinger i andre enheder end lægekorpset og korpset for militærmusik på grund af generelle risici, som ikke er særlige for kvinder, ikke anses for en lovlig forskelsbehandling efter direktivets artikel 2, stk. 3 [21]: »Artikel 2, stk. 3, [forudsætter], at den særlige behandling af kvinder ikke indebærer en forskelsbehandling, hvilket krav er opfyldt, når forskelsbehandlingen — beskyttelse af kvinder — kan begrundes i en *objektiv forskel* mellem den mandlige og den kvindelige arbejdstagers forhold. Dette *objektive kriterium* er knyttet til kvindens 'biologiske egenart', hvilket fremgår klart af de nævnte eksempler, henholdsvis graviditet og moderskab« [22]. Hvad angår udtrykket »særlig« i direktivets artikel 2, stk. 3 — hvor dette udtryk anvendes i forbindelse med de heri opregnede eksempler, graviditet og moderskab — har Domstolen altid konsekvent forkastet de argumenter, som medlemsstaterne har fremført med det formål at udvide rækkevidden af udtrykket »beskyttelse af kvinder« til andre tilfælde end graviditet, amning og moderskab [23].

3 — *Undtagelser fra ligebehandlingsprincippet: direktivets artikel 2, stk. 2*

14. Endvidere har den tyske regering gjort gældende, at det politiske formål, som de tyske grundlovsgivere tilstræbte i 1956 og 1968, ikke er i modstrid med direktivets artikel 2, stk. 2, som den forelæggende ret navnlig beder Domstolen om en fortolkning af. De tyske myndigheder anfører i så

20 — Dommens præmis 44, som allerede er nævnt i fodnote 9; min fremhævelse. Johnston-dommen indgår i den række af domme i Domstolens faste praksis, hvori Domstolen har fastslået, at direktivets artikel 2, stk. 3, alene har til formål at *beskytte kvindens fysiske tilstand* under og efter graviditeten og det særlige forhold mellem mor og barn: se dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25 og 26, af 25.10.1988, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 13, af 25.7.1991, sag C-345/89, Stoeckel, Sml. I, s. 4047, præmis 13, af 3.2.1994, sag C-13/93, Minne, Sml. I, s. 371, præmis 11, af 5.5.1994, sag C-421/92, Habermann-Beltermann, Sml. I, s. 1657, præmis 21, af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, præmis 20, af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 25, og af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 54. Domstolens opfattelse illustreres navnlig af følgende passage i Hofmann -dommen: »[I direktivets artikel 2, stk. 3, er der] for det første ... tale om at beskytte kvindens fysiske tilstand under graviditeten og efter fødslen, indtil hun igen fungerer normalt i psykisk og fysisk henseende. For det andet er der tale om at beskytte det særlige forhold mellem moderen og barnet i perioden efter graviditeten og fødslen ved at undgå, at forholdet forstyrres ved, at moderen samtidig udover sit erhvervsarbejde og derved udsættes for en dobbeltbelastning« (præmis 25). I Johnston-sagen erklærede generaladvokat Darmon i sit forslag til afgørelse: »Selv om der virkelig antages at være hjemmel i artikel 2, stk. 3, til at begrænse kvinders rettigheder, så kan bestemmelsen på ingen måde afgive hjemmel for at anerkende et beskyttelsesbehov — uanset hvor velbegrundet det måtte være — der har rod i samfundskulturelle eller endog politiske opfattelser« (punkt 8).

21 — Jf. Johnston-dommen (præmis 45); se i samme retning dommene i sagen Kommissionen mod Frankrig (præmis 14) og i Stoeckel-sagen (præmis 15).

22 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Darmon i Hofmann-sagen (punkt 10, tredje afsnit; min fremhævelse); se i samme retning forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro i Habermann-Beltermann-sagen (punkt 11).

23 — Herom henvises til den opfattelse, som Det Forenede Kongerige gjorde gældende i Johnston-sagen i relation til det fjerde præjudicielle spørgsmål (Sml. s. 1672), og den, som Den Franske Republik gjorde gældende i sagen Kommissionen mod Frankrig (Sml. s. 6322) vedrørende en række særrettigheder til beskyttelse af kvinder. Generaladvokat Sir Gordon Slynn bemærkede herom, at »skønt ordet 'særlig' i artikel 2, stk. 3, antyder, at andre forhold end graviditet og moderskab kan være omfattet, dominerer disse ord området for undtagelserne« (forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6327).

henseende, at grundlovens artikel 12a og de nævnte bestemmelser i SG og SLV forudsætter, at kønnet er en afgørende betingelse for at kunne udføre militærtjeneste, der medfører brug af våben. Det er derfor kun muligt at sikre beskyttelsen af kvinder, såfremt de fuldstændig udelukkes fra al virksomhed som »kombattanter« i den humanitære folkerets forstand. Det synspunkt, Kommissionen og den italienske regering har indtaget på dette punkt, er mere ubestemt. På den ene side anerkender de, at der principielt ikke kan rejses indvendinger mod den grundlæggende forsvarspolitiske beslutning, som en medlemsstat foretager på dette punkt, men foretager på den anden side en sondring mellem de former for erhvervsudøvelse, der er forbundet med en konkret risiko[24], og virksomhed af teknisk karakter, som kan udføres i bagtropperne uden at udsætte de pågældende for særlige risici, og uden at der kræves særlig fysisk styrke dertil. En sådan form for virksomhed falder ikke efter Kommissionens og den italienske regerings opfattelse ind under den form for aktiviteter, som ifølge direktivets artikel 2, stk. 2, på grund af deres art eller de forhold, hvorunder de udøves, bør forbeholdes mænd frem for kvinder. Ifølge samme procesdeltagere tilkommer det den nationale ret at bedømme, om den stilling, som Tanja Kreil har ansøgt om at gøre tjeneste i på frivilligt grundlag, kan henføres til en af disse kategorier af virksomhed. Den delvis positive holdning, som Kommissionen og den italienske regering har indtaget over for de grunde, der anføres til støtte for den her i sagen omhandlede forskelsbehandling, deles ikke af den tyske regering, som mener, at forbuddet i grundlovens artikel 12a må forstås som et ubetinget forbud, fordi alle ansatte i de væbnede styrker i tilfælde af angreb kan blive pålagt at deltage aktivt i militære operationer. Selv de soldater, som er ansvarlige for elektromekanisk vedligeholdelse af våbensystemer, kan tænkes at måtte sendes i frontlinjen for at sikre Bundeswehr's kampdygtighed. Dette er ifølge de tyske myndigheder en realitet på nuværende tidspunkt. Tropper med en avanceret teknisk udrustning skal ifølge de tyske myndigheder kunne benyttes »interaktivt« i krisesituationer uden at skelne mellem tjeneste, som udføres ved eller bag fronten.

15. Ifølge direktivets artikel 2, stk. 2, kan udøverens køn være afgørende for visse former for erhvervsudøvelse på grund af »deres art« eller »de forhold, under hvilke de udføres«. Disse betingelser er tilstrækkelige til at afgrænse anvendelsesområdet for undtagelsen i artikel 2, stk. 2, og til at afgrænse denne undtagelse begrebsmæssigt fra undtagelsen i stk. 3.

16. Hvad angår undtagelsens anvendelsesområde må man efter min opfattelse tage hensyn til selve de faglige kvalifikationer, som gør, at udøverens køn er afgørende for et bestemt erhverv: Som eksempel herpå kan nævnes sangere, skuespillere, dansere,

24 — Kommissionen henviser her til Johnston-dommen, der vedrørte en beskæftigelse i de væbnede britiske politistyrker, som var udstationeret i Nordirland i firserne, og til Sirdar-sagen, som vedrørte ansættelse i Royal Marines, et elitekorps, der udgør spydspidsen i Det Forenede Kongeriges angrebstropper.

modeller eller mannequiner[25]. Sagt mere generelt indeholder direktivets artikel 2, stk. 2, ifølge en vis retsopfattelse en undtagelse, som skal fortolkes »snævert« eller »strengt«: Den medlemsstat eller arbejdsgiver, som ønsker at påberåbe sig den, skal således bevise, at kønnet er afgørende for en bestemt stilling, således at det vil være meget vanskeligt eller endog umuligt at få udført de pågældende arbejdsopgaver, såfremt der ikke gøres forskel på kønnene ved den ansættelsespolitik, som føres. Sagt med andre ord, skal det i hvert fald godtgøres, at det er nødvendigt at ansætte personer af det ene og ikke af det andet køn[26]. Endvidere har Domstolen selv fastslået, at hvad angår muligheden for i medfør af artikel 2, stk. 2, at gøre undtagelse fra en individuel rettighed, såsom princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, må denne alene støttes på »krav, der anses for *afgørende for udøvelsen* af de enkelte funktioner«[27]. Således erklærede den tyske regerings befuldmægtigede under den mundtlige forhandling udtrykkeligt, at han absolut ikke bestred hverken Tanja Kreil's — eller generelt kvinders — egnethed til at gøre tjeneste i de væbnede styrker i Bundeswehr. Jeg er derfor ikke overbevist om, at den tyske regerings erklæringer vedrørende udelukkelsen af kvinder i henhold til grundlovens artikel 12a er tilstrækkelig til godtgørelse af, at det omtvistede tilfælde er omfattet af direktivets artikel 2, stk. 2. Hvad angår denne sidstnævnte bestemmelse kan det efter min opfattelse også vanskeligt fastholdes, at arten af det arbejde, som ydes af ansatte i de væbnede styrker, eller de forhold, hvorunder dette udføres, er af en sådan karakter, at det er absolut umuligt eller i hvert fald meget vanskeligt at anvende kvinder i nogen af kampenhederne, dvs. uden for lægekorpset og korpset for militærmusik. Det er ikke tilfældigt — bortset fra undtagelsestilfælde, som i øvrigt er begrænset til ganske særlige tilfælde[28] — at kvinder anvendes jævnligt og uden forskel i alle væbnede styrker inden for Fællesskabet (og NATO)[29].

17. Jeg skal herefter undersøge forskellen mellem bestemmelserne i stk. 2 og 3 i direktivets artikel 2, som bør afklares nær-

25 — Se ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Tyskland (præmis 34), hvori Domstolen henviser til bestemte erhverv, som mere generelt ifølge forskellige medlemsstaters praksis eller love udgør undtagelser fra ligebehandlingsprincippet.

26 — Se T. Harvey, *Justifications for the Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, London, 1993, punkt 4.2.1.3.

27 — Jf. dom af 30.6.1988, sag 318/86, Kommissionen mod Frankrig (Sml. s. 3559, præmis 28; min fremhævelse). Se i samme retning dom af 8.11.1983, sag 165/82, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (Sml. s. 3431, præmis 18 og 21) og Johnston-dommen, præmis 38.

28 — F.eks. besætninger på ubåde og marineinfanterister i Nederlandene, Royal Marines i Det Forenede Kongerige, og, indtil 1993, jagerpiloter i Danmark.

29 — Det eneste land ud over Forbundsrepublikken Tyskland, som endnu ikke giver kvinder adgang til de væbnede styrker, er Den Italienske Republik. Her beror den omstændighed, at kvinder ikke kan gøre frivillig tjeneste, dog ikke på et forbud (efter forfatningen eller ifølge lov), men på lovgivers passivitet. I modsætning til, hvad der skete med politiet ved afmilitariseringen heraf i 1981, er der endnu ikke vedtaget de foreskrevne særregler til konkret gennemførelse af det i forfatningen fastsatte ligebehandlingsprincip. Et lovforslag til indførelse af frivillig militærtjeneste for kvinder blev godkendt af deputeretkammeret den 29.9.1999 (*Atto Camera* nr. 2970-B), som med visse undtagelser giver kvinder generel adgang til samtlige enheder. Ifølge hvad den italienske regerings befuldmægtigede har anført under den mundtlige forhandling ved Domstolen, vedrører undtagelserne særligt tilfælde, hvor vilkårene — eller de særegne omstændigheder i forbindelse hermed — for udførelsen af de opgaver, der pålægges soldaterne, er af en sådan karakter, at man kraftigt fraråder ansættelsen af kvinder (der er formentlig her en vis lighed med forholdene i Royal Marines, som for nylig blev behandlet i Sirdar-sagen).

mere af hensyn til afgrænsningen af det reelle anvendelsesområde for undtagelsen i artikel 2, stk. 2. Som anført i retslitteraturen [30], vedrører artikel 2, stk. 2, den virkning, som kønnet har *på andre personer end den kvindelige (eller mandlige) arbejdstager ved udøvelsen* af et bestemt erhverv, mens artikel 2, stk. 3 — som det fremgår af det foregående — vedrører den virkning, som et bestemt arbejde har *på den kvindelige arbejdstager selv*. Også Domstolens praksis bygger på denne sondring.

18. I sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige anså Domstolen det for lovligt at fastsætte visse begrænsninger for mænds adgang til erhvervet som jordemoder under hensyn til respekten for *patientens ømfindtlighed* [31]. I Johnston-dommen anerkendte Domstolen, at kvinder kunne udelukkes fra de væbnede enheder i det britiske politis garnison i Nordirland, fordi deres tilstedeværelse kunne medvirke til at forøge risikoen for overfald på dem i strid med hensynet til *den offentlige orden* med de skadelige følger, dette kunne have for den stedlige befolkning [32].

30 — Se. C. Kilpatrick, *How long is a piece of string? European regulation of the post-birth period*, i *Sex Equality Law in the European Union*, udgivet af T. Hervey og D. O'Keefe, Wiley, 1996, kapitel 6, note 26.

31 — Se dommens præmis 18 og 20.

32 — Jf. dommens præmis 36, hvori Domstolen — som afslutning på sin gennemgang af, om den pågældende medlemsstat kunne påberåbe sig artikel 2, stk. 2 — fastslog, at »det findes i så henseende ikke at kunne afvises, at en ordning, hvorefter kvindelige politibetjente bærer skydevåben i en situation med alvorlige indre uroligheder, kan forøge risikoen for overfald på disse kvinder og *følgelig være i strid med hensynet til den offentlige orden*« (min fremhævelse). Domstolen fandt ikke, at udelukkelsen af kvinder fra enheder i politiet, der var udstyret med skydevåben, var en foranstaltning, der *i sidste ende* havde til formål at beskytte kvinder mod overfald (hvorfor jeg ikke deler den skuffelse, som H. Fenwick har givet udtryk for i *Special Protections for Women in European Union Law*, se s. 53-70, i *Sex Equality Law in the European Union*, som frygter, at Domstolen på denne måde har godkendt, at kvinders sårbarhed kan have relevans efter direktivets artikel 2, stk. 2). Den reelle grund til, at Domstolen principielt fandt det berettiget at udelukke kvinder (under forbehold af, at proportionalitetsprincippet overholdes, se præmis 38), var derimod efter min opfattelse ikke, at kvinder i sig selv ifølge det hævdede anses for svagere og heller ikke det almene ønske om at undgå (for deres eget bedste) overfald på dem, men de britiske myndigheders frygt for, at dersom kvinder bar våben »i en situation med alvorlige indre uroligheder« (præmis 35), ville der være øget risiko for, at de blev mål for attentater, hvorved deres våben kunne falde i hænderne på attentatmændene (vedrørende det af Det Forenede Kongeriges regering anførte, se retsmøderapporten, Sml. s. 1672). Det var denne sidstnævnte risiko, der i sig selv var i strid med hensynet til den offentlige orden, dvs. det eneste hensyn, som i betragtning af de forhold, hvorunder det pågældende særlige erhverv blev udøvet, kunne nødvendiggøre ansættelse af mænd. Som det hedder i præmissen »[kan] en ordning, hvorefter kvindelige politibetjente bærer skydevåben [...] forøge risikoen for overfald på disse kvinder og *følgelig være* i strid med hensynet til den offentlige orden« (præmis 36; min fremhævelse).
Denne konklusion trænger sig for mig at se endnu klarere på, når den vurderes på baggrund af de hensyn, som den nationale ret ifølge Domstolen må afveje ved afgørelsen af, om udelukkelsen kan anses for forholdsmæssig. Disse hensyn er dels ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 1, stk. 1, dels hensynet til den offentlige orden. Som det hedder i dommen »[skal] ligebehandlingsprincippet i videst muligt omfang [...] søges tilgodeset samtidig med det hensyn til den offentlige orden, *som bestemmer* de vilkår, hvorunder den pågældende beskæftigelse udføres« (præmis 38; min fremhævelse. Den engelske version af dommen lyder: »... with the requirements of public safety *which constitute the decisive factor* as regards the context of the activity in question«). Domstolens dom giver således ikke grundlag for at antage, at Domstolen var bekymret for beskyttelsen af kvinder.
Endelig skal jeg bemærke, at Domstolen i betragtning af de just citerede passager i Johnston-dommens præmis 36 og 38 ikke synes at have tilsluttet sig generaladvokat Darmon's synspunkt om, at tvingende hensyn til beskyttelse af kvinder — »af samfundsmæssig beskaffenhed (kulturelle, politiske opfattelser m.m.)«, som ikke vedrører hensynene i artikel 2, stk. 3 — under visse omstændigheder kan give en medlemsstats myndigheder hjemmel til i medfør af direktivets artikel 2, stk. 2, kun at tildele personer af det ene køn opgaver med henblik på opretholdelse af den offentlige orden (se forslagets punkt 9; se endvidere punkt 20 i dette forslag til afgørelse).

I sagen Kommissionen mod Frankrig (sag 318/86) anså Domstolen det for lovligt efter artikel 2, stk. 2, at der gjaldt en særskilt ansættelsesordning for det mandlige og kvindelige personale, såvel hvad angår fængselsbetjente i et arresthus, der har jævnlig kontakt med de ansatte, som hvad angår overvagtmestre, der leder et arresthus; hvad angår stillingen som overvagtmester tog Domstolen hensyn til, at det var nyttigt som leder af korpset af fængselsbetjente at have erhvervet forudgående erfaring inden for dette korps[33]. I mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen konkluderede jeg, at en politik, hvorefter der kun ansættes mænd i det elitekorps, som Royal Marines udgør, var berettiget, da det ikke kunne udelukkes, at det kunne indvirke negativt på moralen og sammenholdet hos *soldaterne i kommandoenhederne*, såfremt kvinder fik adgang dertil, hvorved kommandoenhedernes kampdygtighed ville blive draget i fare, hvilket i sidste ende ville være til skade for *Det Forenede Kongeriges forsvar*[34].

19. Efter den fortolkning, der bør anlægges af artikel 2, stk. 2, mener jeg således ikke, at den tyske regerings motivering kan retfærdiggøre forbuddet i grundlovens artikel 12a. De tyske myndigheder har nemlig ikke givet nogen forklaring på, hvorfor det er afgørende, at udøveren er af mandligt køn i den her i sagen omhandlede beskæftigelse (under hensyn til *de forhold*, hvorunder Bundeswehr *udfører* sin virksomhed eller til forbindelsen mellem soldaterne). Den tyske regering har i det væsentlige ikke fremført nogen som helst argumenter af den karakter, som, Det Forenede Kongeriges regering gjorde gældende i Sirdar-sagen, og som fik mig til at konkludere i denne sag, at det ikke kunne udelukkes — om ikke andet så rent principielt, under forbehold af en efterprøvelse af, at proportionalitetsprincippet overholdes — at de nuværende kriterier for ansættelse i Royal Marines kan falde ind under direktivets artikel 2, stk. 2[35].

4 — *Undtagelser fra ligebehandlingsprincippet: direktivets artikel 2, stk. 2, sammenholdt med artikel 9, stk. 2*

20. Som tidligere anført kan »hensyn [til beskyttelse af kvinder] af samfundsmæssig beskaffenhed (kulturelle, politiske opfattelser, m.m.)« ifølge generaladvokat Darmon være relevante efter direktivets artikel 9,

33 — Se præmis 12-17.

34 — I Sirdar-sagen bemærkede jeg for det første, at »kernen i Det Forenede Kongeriges regerings argumentation, hvorefter kvinder udelukkes fra Royal Marines på grund af hensynet til kampdygtigheden, skyldes frygten for, at kvinders medvirken vil kunne *indvirke negativt* på kommandoenhedernes (de såkaldte 'fire teams') 'moral og sammenhold'«, i hvilken forbindelse jeg fandt, at de synspunkter, som advokaten for Det Forenede Kongeriges regering havde fremført i et dokument, der blev fremlagt under tvisten i hovedsagen for den nationale ret, havde et *stærkt »socialt« aspekt*. For det andet rejste jeg det spørgsmål, »om det ikke skulle være muligt at efterprøve ... om kampdygtigheden kan opretholdes, selv om kvinder har adgang til den pågældende enhed, navnlig under hensyn til den måde, hvorpå deres mandlige soldaterkammerater *opfatter* deres deltagelse« (punkt 45; min fremhævelse).

35 — Se punkt 34 i mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen.

stk. 2, jf. artikel 2, stk. 2 [36], hvorefter medlemsstaterne regelmæssigt skal vurdere, om det »under hensyntagen til den sociale udvikling« er berettiget at opretholde de former for forskelsbehandling, som er godkendt i henhold til artikel 2, stk. 2. De argumenter, som den tyske regering har anført til sit forsvar, udgør tilsyneladende en gentagelse af generaladvokat Darmon's opfattelse, selv om de ikke udtrykkeligt baseres på direktivets artikel 9, stk. 2. Hvis man imidlertid tilsluttede sig denne opfattelse, ville artikel 2, stk. 2's anvendelsesområde blive afgrænset på grundlag af andre hensyn end de to kriterier, som ifølge denne bestemmelse er relevante ved afgørelsen af, om der kan gøres undtagelse fra ligebehandlingsprincippet, nemlig »arten« af og »de forhold, under hvilke« visse former for erhvervsudøvelse udføres. Hermed ville man anlægge en vid fortolkning af den undtagelse, som Domstolen tværtimod har fastslået skal fortolkes indskrænkende i lighed med direktivets artikel 2, stk. 3, fordi der er tale om en undtagelse [37]. Såfremt man generelt medtog »hensyn af samfundsmæssig beskaffenhed« (herunder hensyn til beskyttelse af kvinder i tilfælde, som falder uden for direktivets artikel 2, stk. 3) ved fortolkningen af den pågældende bestemmelse, ville det efter min opfattelse være forbundet med en reel risiko for, at direktivet mister sin effektive virkning. Med direktivet ønskede Fællesskabet nemlig at virkeliggøre ligebehandlingen af mænd og kvinder — eller som det hedder i direktivets betragtninger, »*fremme en udjævning* af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår« [38] — som er en grundlæggende rettighed [39], og hvorom der siden hen er udstedt særlige bestemmelser, selv i den primære ret [40]. Efter min opfattelse skal artikel 2, stk. 2, jf. artikel 9, stk. 2, derfor ikke fortolkes, som generaladvokat Darmon tilsyneladende mener.

36 — Se fodnote 32 in fine, hvor jeg dog anførte, at Domstolen ikke synes at dele denne opfattelse.

37 — Se Johnston-dommens præmis 36 og 44.

38 — Se direktivets tredje betragtning (min fremhævelse).

39 — Jf. bl.a. dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365, præmis 27, af 20.3.1984, forenede sager 75/82 og 117/82, Razzouk og Beydoun mod Kommissionen, Sml. s. 1509, præmis 16, af 26.2.1986, sag 151/84, Roberts, Sml. s. 703, præmis 35, af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 36, af 26.2.1986, sag 262/84, Beets-Proper, Sml. s. 773, præmis 38, Johnston-dommen, præmis 38, af 2.8.1993, sag C-158/91, Levy, Sml. I, s. 4287, præmis 16, og af 30.4.1996, sag C-13/94, P. mod S., Sml. I, s. 2143, præmis 19.

40 — Hvad angår ligebehandlingsprincippet er der blevet indført nogle nye bestemmelser i fællesskabsretten, som er af stor betydning, selv om det først er sket efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Således blev der ved Amsterdam-traktaten af 2.10.1997 indført en ny fjerde betragtning i traktaten om Den Europæiske Union, hvorefter medlemsstaterne »bekræfter den betydning, de tillægger de grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder som defineret i den europæiske socialpagt, der blev undertegnet i Torino den 18.10.1961, og i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder fra 1989«. Disse to pagter fastslår mænd og kvinders ret til lige muligheder og ligebehandling. Navnlig er princippet om ligebehandling af mænd og kvinder ikke længere begrænset til de aspekter af arbejdsforholdet, som vedrører løn (se EF-traktatens artikel 119, nu artikel 141 EF; EF-traktatens artikel 117-120 er blevet afløst af artikel 136 EF — 143 EF) — også dette er sket ved ændringer i Amsterdam-traktaten — men er et ledende princip og et mål for Fællesskabets virksomhed. Blandt de øvrige ændringer af EF-traktaten, som blev indført ved Amsterdam-traktaten, bør endvidere nævnes den nye ordlyd af EF-traktatens artikel 2 (efter ændring nu artikel 2 EF), som blandt Fællesskabets opgaver nu også nævner »ligestilling mellem mænd og kvinder«; det nye stk. 2 til EF-traktatens artikel 3 (efter ændring nu artikel 3 EF, som opregner Fællesskabets beføjelser) — og hvorefter »[Fællesskabet] tilstræber... at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem mænd og kvinder« — samt den nye bestemmelse i EF-traktatens artikel 118, som med henblik på opfyldelsen af de sociale formål, der er nævnt i EF-traktatens artikel 117 (EF-traktatens artikel 117-120 er som nævnt blevet afløst af artikel 136 EF — 143 EF) — herunder fremme af beskæftigelsen og en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene — giver Fællesskabet beføjelse til at støtte og supplere medlemsstaternes indsats på forskellige arbejdsområder, bl.a. med hensyn til »lige muligheder for mænd og kvinder på arbejdsmarkedet og ligebehandling i arbejdet« (se P. Mori, »La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam« i *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, s. 571).

21. Jeg har i al fald ovenfor i punkt 15-19 angivet, på hvilket grundlag jeg mener, at de omhandlede bestemmelser bør fortolkes, i tilknytning til hvilket jeg skal bemærke, at hensyntagen til den »sociale udvikling« kan hjælpe ved fortolkningen af, hvilke virkninger — på andre end arbejdstageren — der skal tages hensyn til ved afgørelsen af, om kønnet er en afgørende betingelse for udøvelsen af et bestemt erhverv. Domstolens praksis synes at kunne tages til indtægt for denne opfattelse. I dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige undersøgte Domstolen en diskriminerende national ordning på grundlag af bestemmelserne i direktivets artikel 2, stk. 2, og artikel 9, stk. 2. Sagen vedrørte en *særlig* og *begrænset* forskelsbehandling af mænd og kvinder, hvad angår adgangen til erhvervet som jordemoder[41]. Til godtgørelse af den nationale ordnings lovlighed påviste Det Forenede Kongeriges regering for Domstolen, at den havde foretaget en regelmæssig undersøgelse, hvoraf den sidste blev udført ved hjælp af en omfattende høring af sundhedsmyndighederne, de berørte erhvervs- og faggrupper og andre organisationer — hvilken høring vedrørte en betænkning om to undersøgelser angående mandlige jordemødre[42]. Under disse omstændigheder kom Domstolen til den konklusion, at de bestemmelser, Kommissionen havde anfægtet, ikke overskred grænserne i artikel 2, stk. 2, da det i betragtning af den sociale udvikling (som var godtgjort) i den pågældende medlemsstat ville have negative virkninger for patienterne, hvis man gav mænd adgang til erhvervet som jordemoder og mulighed for at udøve det uden begrænsninger, idet der var tale om et område, »hvor respekten for patientens ømfindtlighed er særlig vigtig« (præmis 18)[43]. Efter Domstolens opfattelse måtte det »anerkendes, at personlig ømfindtlighed *aktuelt* kan spille en væsentlig rolle *i forholdet mellem jordemoder og patient*. Under disse omstændigheder må det antages, at Det Forenede Kongerige, ved ikke at have gennemført det i direktivet fastsatte princip [om ligebehandling] fuldt ud, ikke har overskredet grænsen for den beføjelse, som er tillagt medlemsstaterne i medfør af direktivets artikel 9, stk. 2, og artikel 2, stk. 2« (præmis 20; min fremhævelse). Efter min opfattelse er der en vis lighed mellem situationen hvad angår forholdet mellem en jordemoder og hendes patienter og situationen hvad angår soldaterne i Royal Marines' kommandoenheder[44]: I ingen af de to tilfælde synes det at kunne udelukkes — på grund af de berørtes personlige ømfindtlighed, som sikkert vil kunne udvikles med tiden — at kønnet kan påvirke forholdet mellem personer, der kommer i tæt kontakt med hinanden ved udøvelsen af et bestemt erhverv.

41 — Mænd var kun berettiget til at følge uddannelsen som jordemoder i uddannelsescentre, der var godkendt af den pågældende minister (hvoraf det ene uddannelsescenter fandtes i London og det andet midt i Skotland), og en mand kunne alene virke som jordemoder på steder udpeget af ministeren, nemlig på fire hospitaler i London og Edinburgh (se generaladvokat Rozès' forslag til afgørelse, Sml. 1983, s. 3458).

42 — Se generaladvokat Rozès' forslag til afgørelse, Sml. s. 3458. Jeg skal i øvrigt i forbigående bemærke, at den tyske regering ikke har fremlagt noget som helst bevis for, at den på noget tidspunkt, eller i det mindste regelmæssigt, har foretaget en undersøgelse af de pågældende diskriminerende bestemmelser i henhold til direktivets artikel 9, stk. 2. Dommen i sagen Sanitätsdienst fra 1996, hvortil regeringen henviser (se fodnote 6) gentager blot de historiske grunde til, at den tyske grundlovsgiver 40 år tidligere indførte en »forpligtelse« til at beskytte kvinder i videst muligt omfang.

43 — Det Forenede Kongeriges regering lagde vægt på de særlige forhold, der gjaldt for erhvervet som jordemoder, og frygtede, at nogle kvinder (eller deres mænd) ville afslå at modtage hjælp fra mandlige jordemødre og fremhævede den særlige funktion, som jordemødre udøver i svangerskabsperioden og navnlig perioden efter fødslen med hensyn til bistand, der indebærer en nær personlig kontakt med den pågældende kvinde, i hvilken forbindelse den understregede, at »de navnlig om natten kan være alene på vagt i hospitalets fødeafdeling og i patientens hjem« (se forslag til afgørelse fra generaladvokat Rozès, Sml. s. 3458 og 3459).

44 — Jeg skal herom henvise til de uddrag af mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen, som jeg har citeret i fodnote 34.

22. Undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 2, indeholder ikke hjemmel til at udøve en forskelsbehandling med henblik på beskyttelse af almene hensyn af samfundsmæssig eller politisk beskaffenhed. Forskelsbehandling begrundet i køn er ganske vist principielt ikke udelukket, men kun berettiget, såfremt den nationale lovgiver har foreskrevet dette på grund af særlige krav, der har *tæt sammenhæng* med erhvervets art eller de forhold, hvorunder det udøves, og som eventuelt har sammenhæng med et lands kulturelle struktur på et givet tidspunkt i den historiske udvikling, men der skal i hvert fald være tale om krav, som er afgørende for udøvelsen af det konkrete erhverv.

23. Hvis jeg har forstået bestemmelserne i direktivets artikel 2, stk. 2, jf. artikel 9, stk. 2, korrekt, kan der for mig at se også være andre grunde til at udelukke, at forskelsbehandling på grundlag af køn kan retfærdiggøres med henvisning til generelle politiske krav til beskyttelse af kvinder, såsom de her i sagen omhandlede risici, som soldater i krig kan blive udsat for. For at klargøre mit standpunkt skal jeg indledningsvis påpege, at hvis man tilsluttede sig de tyske myndigheders opfattelse, ville man i sidste ende fratage direktivets artikel 2, stk. 3, enhver effektiv virkning eller selve dets formål [45]. I så fald ville det nemlig ikke kunne forklares, hvorfor denne regel skal anvendes strikte og udelukkende på den fysiske beskyttelse af kvinder. Hertil kommer, at direktivets artikel 2, stk. 3, ifølge Domstolens praksis påvirker rækkevidden af artikel 3, stk. 2, litra c) [46], hvorfor sidstnævnte bestemmelse ikke ville have nogen som helst praktisk relevans, såfremt man tilsluttede sig den tyske regerings opfattelse. Det er imidlertid ikke alt. Som tidligere nævnt er det Domstolens faste praksis, at denne undtagelse *kun gælder* for forskelsbehandling, som er nødvendig for at »beskytte kvindens fysiske tilstand« (se punkt 13), hvorfor denne bestemmelse efter sit formål som undtagelsesbestemmelse må fortolkes snævert i lighed med undtagelsen i artikel 2, stk. 2 (som Domstolen også har betegnet som en undtagelsesbestemmelse) [47]. I øvrigt har Domstolen klart afvist den opfattelse, at artikel 2, stk. 3, kan retfærdiggøre en forskelsbehandling med et »beskyttende« formål, der er meget lig det retspolitiske formål, som den tyske forfatningsgiver forfølger i det foreliggende tilfælde, nemlig hensynet til den almindelige opfattelse. I Johnston-dommen fastslog Domstolen således, at direktivets artikel 2, stk. 3, »herefter ikke [giver] hjemmel for at udelukke kvinder fra en beskæftigelse under henvisning til, at der *efter den almindelige opfattelse* skal gives kvinder en videre beskyttelse end mænd mod de risici, som berører mænd og kvinder på samme måde, og som ikke har sammenhæng med de særlige beskyttelsesbehov for kvinder ...« (præmis 44; min fremhævelse). Af disse betragtninger følger efter min opfattelse, at direktivet er til hinder for

45 — Vedrørende nødvendigheden af at sikre direktivets artikel 2, stk. 3, dets fulde effektivitet i praksis, se Habermann-Beltermann-dommen, præmis 24, og dom af 29.5.1997, sag C-400/95, Larsson, Sml. I, s. 2757, præmis 22.

46 — Se Johnston-dommens præmis 44. Ifølge direktivets artikel 3, stk. 2, »træffer medlemsstaterne [inden fire år efter dette direktivs meddelelse; se artikel 9, stk. 1] [med henblik på at sikre, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted] de nødvendige foranstaltninger til: ... c), at ... bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, revideres, når det beskyttelseshensyn, som oprindelig lå til grund for disse, ikke længere er begrundet ...«.

enhver forskelsbehandling med et »beskyttende« formål, som falder uden for artikel 2, stk. 3 [48].

24. Den modsatte opfattelse ville dels føre til at fastholde marginaliseringen af kvinder, således at de kun får adgang til visse sektorer inden for Bundeswehr, med den heraf følgende risiko for at opretholde den gamle stereotype kønsrollefordeling [49]. Endelig ville kvinder, som det er påpeget i den tyske doktrin blive frataget deres moralske ansvar, såfremt de var afskåret fra at gøre frivillig tjeneste [50].

5 — Undtagelse i henhold til artikel 2, stk. 2, for særlige former for erhvervsudøvelse

25. Efter Kommissionens og den italienske regerings opfattelse er det ganske vist principielt lovligt ud fra et »beskyttende« formål at udelukke kvinder fra de væbnede styrker, men kun såfremt udelukkelsen vedrører et bestemt erhverv, hvis udøvelse er forbundet med en konkret og særlig høj risiko, såsom anvendelsen af væbnede politienheder under borgerkrig eller i et lands angrebsstyrker inden for et elitekorps (se punkt 14).

26. Efter Domstolens praksis kan der således kun gøres indskrænkninger i ligebehandlingsprincippet efter artikel 2, stk. 2, af hensyn til *særlige* former for erhvervsudøvelse [51]. I sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige udelukkede Domstolen, at artikel 2, stk. 2, kunne bruges som hjemmel til at gøre generel undtagelse fra ligebehandlingsprincippet for så vidt angår stillinger i private husholdninger, selv om den fandt det »ubestrideligt«, at respekten for privatlivets fred »kan være afgørende, [når det drejer sig om visse ansættelser i private husholdninger]« (præmis 14). I dommen af 30. juni 1988 i sag 318/86, Kommissionen mod Frankrig, fandt Domstolen, at en undtagelse fra ligebehandlingsprincippet, som ikke ude-

48 — Se i samme retning f.eks. H. Fenwick, s. 79.

49 — Se i samme retning Bundesverfassungsgericht's (den tyske forfatningsdomstol) domme af 28.1.1992 om forbud for kvinder mod natarbejde (Nachtarbeitsverbot) (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 og 10/91, BVerfGE, bind 85, s. 191-207) og af 24.1.1995, hvorefter det er forfatningsstridigt at udelukke kvinder fra tvungen tjeneste i brandkorps (Feuerwehrdienstpflicht; 1 BvL 18/93 og 5, 6 og 7/94, 1 BvR 403, 569/94, BVerfGE, bind 92, s. 91). Beskyttelse af kvinder er et hyppigt tema i tysk arbejdsret (se R. Harvey, »Equal Treatment of Men and Women in the Work Place: the implementation of the Europen Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany« i *The American Journal of Comparative Law*, 1990, s. 31). At en sådan »beskyttelse« i virkeligheden risikerer at forvise kvinder til den traditionelle rolle som hustru og mor, illustreres eksempelvis af den hårdnakkethed, hvormed den tyske arbejds- og socialminister stadig i 1992 — dvs. et år efter Stoeckl-dommen (se fodnote 20), hvori Domstolen for første gang fastslog, at forbuddet for kvinder mod natarbejde var en ubegrundet forskelsbehandling — forsvarede forbuddet mod natarbejde, der stammede fra en lov fra 1891. Det fremgår af den nævnte dom fra Bundesverfassungsgericht, som klart fastslog direktivets forrang for nationale retsforskrifter, der er uforenelige hermed, at de tyske myndigheder — under meget stærk kritik fra det tyske forbund af kvindelige jurister (Deutscher Juristinnenbund) og det tyske kvindeforbund (Deutscher Frauenring), som intervenerede i sagen — forsøgte at retfærdiggøre forbuddet mod natarbejde med, at »kvinder ved siden af deres erhvervsarbejde meget oftere end mænd har ansvaret for børn og husholdningen i hjemmet« (s. 200). Tilsvarende betragtninger genfindes i Kommissionens meddelelse af 20.3.1987 om retsforskrifter til beskyttelse af kvinder i Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater, KOM(87) 105, endelig udg., afsnit I-4, s. 5, herefter »meddelelsen«.

50 — Se Kokott (ad artikel 12a, punkt 6).

51 — Se domme i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (præmis 14, 15 og 16), af 30.6.1988 i sagen Kommissionen mod Frankrig (præmis 25), forslag til afgørelse fra Sir Gordon Slynn i samme sag (Sml. s. 3570 og 3571) og mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen (punkt 35, 36 og 37).

lukkede kvinder fra hele det franske politi, men fra fem politikorps[52], ikke var tilstrækkelig specifik. Ifølge Domstolen er undtagelser fra direktivets artikel 2, stk. 2, kun lovlige, såfremt der *inden for* de enkelte korps findes *særlige former for erhvervsudøvelse*, for hvilke udøverens køn er afgørende (præmis 25-30).

27. I den foreliggende sag er udelukkelsen af kvinder fra Bundeswehr ikke begrænset til bestemte enheder, men gælder uden forskel for *alle* andre sektorer end lægekorpset og korpset for militærmusik. Den tyske regering har til sit forsvar gjort gældende, at et sådant totalforbud er nødvendigt for at gøre det muligt at anvende alle kampenheder »interaktivt« (se punkt 14), uden at det er muligt at skelne mellem opgaver, som udføres i frontlinjen (og som er farligere) og opgaver, som udføres i bagtropperne (og som er mindre farlige). Med andre ord hævdes kravet om Bundeswehr's generelle interaktive indsatsegnethed at gøre undtagelsen såvel i grundlovens artikel 12a som i de hertil udstedte gennemførelsesbestemmelser til en specifik undtagelse. Dette krav om interaktivitet (eller indsatsegnethed) minder om det krav om »evne til indbyrdes substitution«, som kendetegner politistyrker, og som var omhandlet i sagen Kommissionen mod Frankrig (sag 318/86), hvor den franske regering gjorde gældende, at dette krav retfærdiggjorde den ansættelsesordning, som blev anvendt i visse korps[53]. Domstolen fandt imidlertid, at denne ordning var uforenelig med direktivet, fordi det var tvivlsomt, om substitutionsprincippet var nødvendigt og også konkret blev anvendt. Den indsatsegnethed, der hævdes at kendetegne Bundeswehr som helhed, har også visse principielle ligheder med indsatsegnetheden i Royal Marines. Ifølge den nationale ret, som forelagde de præjudicielle spørgsmål i Sirdar-sagen, havde Det Forenede Kongeriges regering fremlagt et overvældende bevismateriale for, at princippet om indsatsegnethed også rent faktisk uden undtagelse blev anvendt på alle marinesoldater i Royal Marines[54]. Af denne grund fandt jeg, at den diskriminerende foranstaltning, som blev anvendt i sagen, og som vedrørte *alle* soldater i Royal Marines, var tilstrækkelig specifik[55]. Jeg er således af den opfattelse, at når man anvender de principper, som kan udledes af dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig (og som jeg støttede mig på i Sirdar-sagen), at det princip om indsatsegnethed, som anføres at gælde for soldaterne i Bundeswehr, ikke kan retfærdiggøre den omhandlede forskelsbehandling, da de tyske myndigheder ikke har godtgjort, at reglen faktisk anvendes i alle kampenheder, dvs. alle andre enheder end lægekorpset og korpset for militærmusik.

28. Dette er imidlertid ikke alt. Anvendelsen af et princip om indsatsegnethed for samtlige de væbnede styrker er vanskeligt foreneligt med den stigende specialisering af de forskellige enheder, som er udrustet med stadig mere komplicerede kampredskaber, og hvori soldaterne ofte er opøvede i særlige tekniske færdigheder inden for hvert enkelt korps eller enhed. Kravet om,

52 — »Commissaire de police«, »commandants« og »officiers de paix«, »inspecteurs«, »enquêteurs«, »gradés« og »gardiens de la paix« (se Sml. s. 3561 og 3562).

53 — Vedrørende dette punkt, se mine betragtninger i mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen, punkt 36.

54 — Se punkt 7 i mit forslag til afgørelse.

55 — Se punkt 35 og 36 i mit forslag til afgørelse.

at det skal være muligt at anvende enhver »kombattant« til andre funktioner end dem, han er opøvet i, og som måske endog forudsætter brug af våben, der kræver en vis fortrolighed at håndtere, og som man ikke kan erhverve sig på kort tid, virker derfor ikke overbevisende. Derimod gennemgår alle soldaterne i Royal Marines uden undtagelse den samme langvarige specialtræning (der skal sikre den bedst mulige indsatsegnethed) og kan i givet fald sættes på de samme opgaver. Således fremgik det af sagen, at selv kokkene i lighed med de øvrige soldater skal gennemgå den samme undersøgelse tre gange om året til kontrol af deres fysiske form [56].

29. Den omstændighed, at undtagelsen fra ligebehandlingsprincippet i grundlovens artikel 12a og de hertil udstedte gennemførelsesbestemmelser ikke er specifik, strider dermed også af en anden grund mod Domstolens praksis, da de forskelsbehandlinger, for hvilke undtagelsen i artikel 2, stk. 2, påberåbes, skal være tilstrækkeligt gennemskuelige for, at Kommissionen kan foretage en effektiv kontrol [57]. I den foreliggende sag er det ikke muligt at fastslå på grundlag af de nationale retsforskrifter, som er omhandlet i den præjudicielle forelæggelse, så generelt som disse er formuleret, om alle de enheder, hvortil kvinder formenes adgang, udgør »sådanne former for erhvervsudøvelse efter direktivets artikel 2, stk. 2, for hvilke udøverens køn er afgørende« [58]. Må det i øvrigt være mig tilladt at bemærke, at Kommissionen tilsyneladende selv har bidraget til at opretholde den i sagen omhandlede forskelsbehandling. Under sagen stillede Domstolen nemlig Kommissionen et præcist skriftligt spørgsmål, hvorved Domstolen ønskede oplyst, i hvilket omfang Kommissionen havde foretaget en undersøgelse — i den forstand hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 9, stk. 2 — vedrørende de erhverv og de former for erhvervsudøvelse, som de forskellige medlemsstater (herunder Forbundsrepublikken Tyskland) udelukker fra anvendelsesområdet for ligebehandlingsprincippet i medfør af direktivets artikel 2, stk. 2 [59]. Som tidligere [60] gav Kommissionen ikke nogen konkrete oplysninger på dette punkt.

30. På grundlag af disse betragtninger må jeg konkludere, at det forbud, som er omhandlet i den præjudicielle forelæggelse, der ligger til grund for denne sag, hverken omfattes af direktivets artikel 2, stk. 2, eller af artikel 2, stk. 3, og følgelig er uforenelig hermed. For det tilfælde, at Domstolen når frem til et andet resultat, finder jeg det imidlertid hensigtsmæssigt at gøre nogle yderligere bemærkninger vedrørende holdbarheden af den begrundelse, som de tyske myndigheder har givet for den af dem indførte ordning og for dennes proportionalitet. Hvis Domstolen nemlig

56 — Se punkt 6 og 7 i mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen.

57 — Se dom af 30.6.1988, Kommissionen mod Frankrig (præmis 25 og 26) og i samme retning i alt væsentligt dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (præmis 36 ff.).

58 — Dom af 30.6.1988 i sagen Kommissionen mod Frankrig (præmis 27).

59 — I dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (præmis 38) henviste Domstolen udtrykkeligt til den befojelse (og forpligtelse, der tilkommer Kommissionen på dette punkt som traktatens vogter.

60 — Se dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 34.

skulle fastslå, at den nationale ordning ikke er i strid med direktivet, tilkommer det den nationale ret — inden for rammerne af kompetencefordelingen i henhold til EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) — at efterprøve, om afslaget på at ansætte Tanja Kreil må anses for berettiget og foreneligt med proportionalitetsprincippet [61]. I denne forbindelse er der et punkt, som jeg gerne vil behandle først. Det er den opfattelse, som de tyske myndigheder har gjort gældende, nemlig at de selv skønsmæssigt kan fastlægge, i hvilke tilfælde der ifølge direktivet kan gøres undtagelse fra ligebehandlingsprincippet af socio-kulturelle grunde. Er denne opfattelse berettiget?

6 — Skønsbeføjelsens betydning ved fastlæggelsen af undtagelserne fra ligebehandlingsprincippet

31. Efter den tyske regerings opfattelse er en sådan skønsmæssig beføjelse til — i overensstemmelse med det af mig just anførte — at fastsætte undtagelser fra ligebehandlingsprincippet berettiget af historiske grunde i den foreliggende sag, nemlig under hensyn til »den moralske forpligtelse« efter grundlovens artikel 12a »til at beskytte kvinder«. Hermed foretager de tyske myndigheder en parallel mellem det foreliggende tilfælde og de situationer, hvor Domstolen har behandlet indskrænkninger i den frie bevægelighed for arbejdstagere, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden i EF-traktatens artikel 48, stk. 3's forstand (efter ændring nu artikel 39, stk. 3, EF). I Van Duyn- [62] og Bouchereau-dommen [63] fastslog Domstolen i relation til spørgsmålet om vedtagelsen af foranstaltninger om udvisning af udenlandske statsborgere, at »de særlige omstændigheder, der kan berettige anvendelsen af begrebet offentlig orden, kan være forskellige fra land til land og fra periode til periode«, og anerkendte »derfor i så henseende, [at der] må indrømmes de nationale kompetente myndigheder et skøn ...« [64]. Det er dog ikke min opfattelse, at dette kriterium også kan anvendes på den foreliggende sag.

32. I Sirdar-sagen, hvor Det Forenede Kongerige havde fremført en tilsvarende opfattelse som den tyske regering i den foreliggende sag, anførte jeg, at den nationale ret ikke efter Domstolens praksis ved prøvelsen af, om de hensyn, der påberåbes til støtte for at gøre undtagelse i henhold til artikel 2, stk. 2, er velbegrundede og for-

61 — Se Johnston-dommen, præmis 38 og 39.

62 — Dom af 4.12.1974, sag 41/74, Sml. s. 1337, præmis 18 og 19.

63 — Dom af 27.10.1977, sag 30/77, Sml. s. 1999, præmis 33, 34 og 35.

64 — Bouchereau-dommen, præmis 34; se endvidere Van Duyn-dommen, præmis 18.

holdsmæssige, ikke er forpligtet til at tage hensyn til det skøn, som den pågældende medlemsstat vil gøre brug af[65].

som er forbundet med fjendtlige angreb, eller undgår at blive taget som krigsfange, selv om de (med visse undtagelser) er forment adgang til Bundeswehr.

7 — Grundlaget for prøvelsen af, om den pågældende undtagelse er velbegrundet og forholdsmæssig

33. Den tyske regering har gjort gældende, at kun grundlovens artikel 12a og gennemførelsesbestemmelserne hertil, som klart er inspireret af humanitær folkeret, kan sikre, at kvinder »i intet tilfælde« udsættes for fjendtlig beskydning (se punkt 12) som »kombattanter«. Som det vil fremgå af det følgende, yder imidlertid hverken den tyske forfatning, konventionen eller protokollen nogen sikker garanti for, at kvinder, som er tyske statsborgere, undgår alle de risici,

34. Som de tyske myndigheder selv har forklaret under den mundtlige forhandling ved Domstolen, har de væbnede forbundsstyrker i Tyskland ifølge grundlovens artikel 87b sin egen civile forvaltning med ca. 142 000 medarbejdere (og ca. 330 000 soldater), hvis hovedopgave er at administrere personalet og at dække Bundeswehr's behov for materiel. Ca. 49 500 af de civile medarbejdere, som varetager disse opgaver, er ifølge de tyske myndigheders oplysninger kvinder. Det kan imidlertid ikke antages, at den humanitære folkeret yder *alle* de ansatte i denne forvaltning beskyttelse som civilbefolkning i henhold til protokollens artikel 51. Den humanitære folkeret synes i øvrigt, i hvert fald i visse tilfælde, at give mulighed for at betragte ansatte i en administration som »krigsfanger« på samme måde som »kombattanter«. Ifølge protokollens artikel 50 og konventionens artikel 4, A, stk. 4 (hvortil den førstnævnte bestemmelse henviser), »hører personer, som følger med de væbnede styrker, såsom civile besætningsmedlemmer på militære fly, krigskorrespondenter, leverandører, ansatte i arbejdsenheder eller tjenestegrene, som sørger for de væbnede styrker ...«, ikke til den civile befolkning og er altså kombattanter. Disse samme personer betragtes endvidere som »krigsfanger« i henhold til konventionens artikel 4, såfremt de tages til fange af fjenden. Efter min opfattelse bør Verwaltungsgericht Hannover altså undersøge, hvilke konkrete opgaver kvinder

65 — Se punkt 40 og 41 i mit forslag til afgørelse i Sirdar-sagen, hvor jeg citerede Johnston-dommen. Hvad nærmere angår de historiske grunde bag den tyske grundlovs artikel 12a skal jeg erindre om, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen Vogt mod Tyskland (dom af 26.9.1995, serie A, nr. 323) tog stærk afstand fra den opfattelse, som den tyske regering gjorde gældende under denne sag, og som gik ud på, at Tysklands erfaringer under den periode, som førte frem til nazi-regimet, udgjorde en gyldig begrundelse for en foranstaltning, som klart var i strid med ytringsfriheden. Sagen drejede sig om afskedigelsen af en lærer på en gymnasieskole, som var begrundet med, at hun ikke var loyal over for den demokratiske forfatning, fordi hun var aktivt medlem af det tyske kommunistparti (Deutsche Kommunistische Partei). Menneskerettighedsdomstolen fastslog, at selv ikke Tysklands erfaringer fra Weimar-Republikkens tid, der førte til »det nazistiske mareridt«, kunne retfærdiggøre en så radikal foranstaltning med den motivering, at den var begrundet i hensynet til bevarelsen af så grundlæggende værdier som den nationale sikkerhed og den offentlige orden (se dommens præmis 49 ff.). Med en tilsvarende argumentation som under den foreliggende sag havde den tyske regering gjort gældende, at der påhvilede Forbundsrepublikken Tyskland et særligt ansvar ved bekæmpelsen af alle former for højre- eller venstreorienteret ekstremisme, og at alle offentlige tjenestemænd af denne grund og under hensyn til erfaringerne fra Weimar-Republikken havde en særlig forpligtelse til politisk loyalitet, fordi forvaltningen udgør grundpillen i et »demokrati, som er i stand til at forsvare sig« (præmis 54). Her bør tillige nævnes Menneskerettighedsdomstolens udtalelse om, at »denne forpligtelses [tjenestemænds forpligtelse til politisk loyalitet] *absolutte* karakter, som denne forpligtelse fortolkes af tyske domstole, er slående« (præmis 59; min fremhævelse).

pålægges i henhold til artikel 87b, for, under hensyntagen til de nævnte bestemmelser i den humanitære folkeret, at sikre sig, at deres udførelse af hjælpeopgaver i Bundeswehr er forenelige med formålet i grundlovens artikel 12a.

35. Endelig skal der tages hensyn til en række praktiske forhold. Det fremgår nemlig ikke, hvordan man skal sikre, at kvinder, der i overensstemmelse med grundlovens artikel 87b gør tjeneste ved generalstaben eller ved andre kommandoposter — for f.eks. at arbejde som sekretær — eller som udfører hjælpefunktioner i en enhed i Bundeswehr helt kan undgå de farer, som den humanitære folkeret forsøger at begrænse til »kombattanter«. Man ved på nuværende tidspunkt, at netop hovedcentrene i en hærs befalings- og kontrolstruktur på grund af de moderne langdistancevåben hører til de første målobjekter i tilfælde af en konflikt. Der er altså mange kvinder, nemlig de 49 500, som har fået ansættelse i administrationen af Bundeswehr og som i vidt omfang udfører »ikkemilitære« opgaver ved siden af soldaterne (som ifølge den tyske regerings oplysninger også udfører administrative opgaver), der må antages ikke at være beskyttet mod eventuelle fjendtlige angreb. Den nationale ret bør således bedømme, om det er berettiget at opretholde en »beskyttende« foranstaltning, der på den ene sine ikke helt eliminerer de farer, som den skal forebygge, og som på den anden side udelukker kvinder fra mere end 300 000 stillinger (der som anført af Kommissionen ikke påvirkes af en negativ udvikling i de økonomiske konjunkturer og konjunkturerne på markedet, og som sikrer en professionel teknisk uddannelse, der er overmåde nyttig for de pågældende, hvis de vender tilbage til det civile arbejdsmarked) [66]. Den nationale ret bør i så henseende navnlig sikre sig, at kvinder ved udøvelsen af civile opgaver i praksis ikke udsættes for samme risiko som soldaterne selv, selv om disse blot gør tjeneste i bagtropperne.

36. Den i praksis totale udelukkelse af kvinder fra Bundeswehr, der udelukkende begrundes med et »beskyttende« formål, synes også at være i modstrid med en ansættelsespolitik, hvor der gives kvinder større og større adgang til anden form for beskæftigelse, selv om denne er forbundet

66 — Blandingen af civile og militære opgaver i Bundeswehr og det tætte samarbejde mellem disse understreges yderligere af den omstændighed, som anført af den tyske regering, at de væbnede styrker i andre lande ikke har en sådan opdeling mellem civile og militære opgaver, da forvaltningsopgaverne næsten udelukkende udføres af militærpersoner. Jeg rejser derfor endnu en gang det spørgsmål, hvordan det kan sikres, at kvinder, som i vidt omfang benyttes i Bundeswehr i hjælpefunktioner, «i intet tilfælde» udsættes for fjendtlige angreb mod militærbaser, depoter med krigsmateriel og hele den logistiske infrastruktur.

med en betydelig risiko. Jeg tænker her navnlig på brandkorpset[67] og politiet[68]. Hvad angår ansatte i politiet er disse ganske vist ikke udsat for de samme farer som soldater i krig, men er dog dagligt udsat for alvorlige risici, herunder risikoen for at blive beskudt af kriminelle eller terrorister. Hvad angår brandvæsenet er det ifølge den nyligt af Bundesverfassungsgericht afsagte dom (se fodnote 49) endog diskriminerende at udelukke kvinder fra tvungen tjeneste. Den tyske regering har i så henseende udelukkende anført under den mundtlige forhandling ved Domstolen, at forskellen mellem ansatte i politiet og i Bundeswehr beror på, at kun soldater er »kombattanter« i den humanitære folkerets forstand. Som tidligere anført er en status som kombattant eller ikke-kombattant imidlertid et forhold, hvis relevans for den forelæggende sag kan efterprøves af den nationale ret (se punkt 33, 34 og 35). Mere afgørende er dog, at den forelæggende ret kan efterprøve, om en radikal forskellig behandling af kvinder i forhold til mænd inden for de væbnede styrker i praksis kan retfærdiggøres i betragtning af *selve de farer*, der er forbundet dermed.

37. Hvad endelig angår de farer, der er forbundet med fangenskab, dvs. med status som »krigsfange« i den nugældende humanitære folkerets forstand — og hvilken ret er betydelig mere udviklet end den var i perioden umiddelbart efter den Anden Verdenskrig[69] — er de utvivlsomt mindre alvorlige end dem, som soldater var udsat

67 — I dommen om Feuerwehrdienstplicht (se fodnote 49) fastslog Bundesverfassungsgericht, at bestemmelser, som udelukker kvinder fra *tvungen* tjeneste i brandvæsenet — hvilket gælder i mere end halvdelen af delstaterne — strider mod forfatningen, *fordi den ikke er objektivt begrundet i nødvendigheden af at beskytte kvinder mod farer, som mænd ikke udsættes for, og som kan fastlåse den traditionelle rollefordeling* (s. 109-113). Denne dom er særlig bemærkelsesværdig, fordi Bundesverfassungsgericht i halvfjerserne og firserne flere gange havde fastslået, at udelukkelsen af kvinder fra sådan tjeneste (der var fastsat for alle voksne mænd, som var fysisk egnede, men som man kunne fritages for ved erlæggelse af en særlig kommunal skat, Feuerwehrgabe, såfremt der var et tilstrækkeligt antal frivillige til at udføre de opgaver, der var pålagt brandvæsenet) var objektivt begrundet i betragtning af de farer, der var forbundet dermed, selv om kvinder kunne gøre frivillig tjeneste i flere delstater indtil 1978 (til dybere forståelse af de problemer, Bundesverfassungsgericht behandlede, se dom afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol den 18.7.1994 i sagen Schmidt mod Tyskland, serie A, nr. 291-B).

68 — Denne modsigelse har allerede Zuleeg påpeget (s. 1020). Her tænkes eksempelvis også på den virksomhed, der udføres af socialrådgivere i straffeanstalter for mænd: I sagen Von Colson og Kamann (dom af 10.4.1984, sag 14/83, Sml. s. 1891) var den nationale tyske ret, da den forelagde Domstolen en række præjudicielle spørgsmål vedrørende de sanktioner, som efter national ret blev pålagt en arbejdsgiver, der gjorde sig skyldig i en forskelsbehandling på grundlag af køn, ikke i tvivl om, at det var diskriminerende, når en kriminalforsorgsanstalt afslog at ansætte to færdiguddannede socialrådgivere på grund af deres køn under henvisning til »de problemer og farer, der var forbundet med at ansætte kvindelige ansøgere i institutioner af denne art« (se præmis 2 og 3).

69 — Ifølge Rodley fandtes der ikke før den Anden Verdenskrig nogen folkeret til beskyttelse af menneskerettigheder (s. 1), og denne begyndte først at udvikle sig — også i relation til væbnede konflikter — med de tre Genève-konventioner, som i årenes løb er suppleret med flere andre internationale konventioner, der ikke længere blot fastsætter regler (»standard setting«), men også foreskriver fremgangsmåder til at sikre overholdelsen af staternes internationale forpligtelser (den mest kendte heraf er den procedure, som blev godkendt af De Forenede Nationers Økonomiske og Sociale Råd ved resolution nr. 1503 af 27.5.1970, og hvorved De Forenede Nationers Menneskerettighedskommission blev tillagt befojelse til at foretage indgående undersøgelser eller behandlinger af formodede grove tilsidesættelser af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder; se N. Rodley, s. 6, fodnote 18).

for under den historiske periode, som den tyske regering henviser til, nemlig den periode under Det Tredje Rige, som den tyske grundlovsgiver havde for øje i 1956 (se punkt 12). Ved undersøgelsen af, om de her i sagen omhandlede nationale foranstaltninger opfylder proportionalitetskravet, bør man efter min opfattelse tage hensyn til den udvikling, som den humanitære folkeret har gennemgået i de sidste 50 år, hvorved beskyttelsen er blevet forbedret.

38. Det er altså min konklusion, at direktivet er til hinder for den forskelsbehandling, som er omhandlet i det foreliggende præjudicielle spørgsmål, og jeg har endvidere fremdraget en række forhold, som den nationale ret kan tage i betragtning ved sin efterprøvelse af, om den næsten fuldstændige udelukkelse af kvinder fra Bundeswehr er berettiget af de grunde, som den tyske regering har anført, og om den opfylder proportionalitetskravet.

VI — Forslag til afgørelse

39. Jeg skal følgelig foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Verwaltungsgericht Hannover på følgende måde:

»Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår er til hinder for sådanne nationale retsforskrifter, som er indeholdt i § 1, stk. 2, 3. punktum, i Soldatengesetz, i affattelsen heraf af 15. december 1995, med seneste ændringer ved lov af 4. december 1997, og § 3a i Soldatenlaufbahnverordnung, i affattelsen vedtaget den 28. januar 1998, som udelukker kvinder fra ansættelse i samtlige de væbnede styrkers kampenheder.«