ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ANTONIO LA PERGOLA

της 26ης Οκτωβρίου 1999 *

I — Προδικαστικό ερώτημα

1. Η παρούσα διαδικασία αφορά την προβλεπόμενη από την εθνική νομοθεσία κράτους μέλους απαγόρευση προσλήψεως γυναικών στις ένοπλες δυνάμεις σε τομείς εκτός των υγειονομικών υπηρεσιών και της στρατιωτικής μουσικής. Το προδικαστικό ερώτημα που διατύπωσε το Verwaltungsgericht (διοικητικό πρωτοδικείο) Hannover (Γερμανία) αφορά την ερμηνεία της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας [1] (στο εξής: οδηγία). Ακριβέστερα, το δικαστήριο υποβάλλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο ερώτημα:

«Συνιστά παράβαση της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976 — ιδίως του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής — η ρύθμιση του άρθρου 1, παράγραφος 2, τρίτο εδάφιο, του Soldatengesetz (νόμου περί στρατιωτικών), όπως ισχύει από τις 15 Δεκεμβρίου 1995 (*BGBl.* I, σ. 1737), τροποποιηθέντος προσφάτως με τον νόμο της 14ης Δεκεμβρίου 1997 (*BGBl.* I, σ. 2846), και του άρθρου 3a της Soldatenlaufbahnverordnung (κανονιστικής αποφάσεως περί της εξελίξεως της σταδιοδρομίας των στρατιωτικών), όπως ισχύει βάσει της δημοσιεύσεως της 28ης Ιανουαρίου 1998 (*BGBl.* I, σ. 326), κατά την οποία οι γυναίκες μπορούν, βάσει εθελοντικής κατατάξεως στις ένοπλες δυνάμεις, να τοποθετηθούν μόνο στις υγειονομικές υπηρεσίες ή στα σώματα στρατιωτικής μουσικής, αποκλείονται όμως σε κάθε περίπτωση από τις θέσεις που συνεπάγονται τη χρήση όπλων;»

II — Οι σχετικές κοινοτικές διατάξεις

2. Κατά το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας, «Η παρούσα οδηγία αποσκοπεί στην εφαρμογή, εντός των κρατών μελών, της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση (...) Η αρχή αυτή καλείται στο εξής "αρχή της ίσης μεταχειρίσεως"».

Το άρθρο 2 της οδηγίας ορίζει τα εξής:

«1. Κατά την έννοια των κατωτέρω διατάξεων, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 70).

φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό, ιδίως, με την οικογενειακή κατάσταση.

Κατά το άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας, «τα κράτη μέλη προβαίνουν περιοδικά στην εξέταση των επαγγελματικών δραστηριοτήτων που αναφέρονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, προκειμένου να κρίνουν, λαμβάνοντας υπόψη την κοινωνική εξέλιξη, αν δικαιολογείται η διατήρηση των εν λόγω εξαιρέσεων. Τα κράτη μέλη ανακοινώνουν στην Επιτροπή το αποτέλεσμα της εξετάσεως αυτής».

2. Η παρούσα οδηγία δεν θίγει την ευχέρεια που έχουν τα κράτη μέλη να αποκλείουν από το πεδίο εφαρμογής της τις επαγγελματικές δραστηριότητες και, ενδεχομένως, την εκπαίδευση που απαιτείται για την πρόσβαση σ' αυτές, εφ' όσον, λόγω της φύσεως ή των συνθηκών ασκήσεώς τους, το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας.

III — Το εθνικό νομοθετικό πλαίσιο

3. Η παρούσα οδηγία δεν θίγει τις διατάξεις που αφορούν την προστασία της γυναίκας, ιδίως όσον αφορά την εγκυμοσύνη και την μητρότητα.»

3. Κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, του Soldatengesetz (νόμου περί στρατιωτικών, στο εξής: SG), «μπορεί να προσληφθεί ως μόνιμος στρατιώτης όποιος αναλαμβάνει εθελοντικά την υποχρέωση να εκπληρώσει εφ' όρου ζωής στρατιωτική υπηρεσία. Μπορεί να προσληφεί ως στρατιώτης επί θητεία όποιος αναλαμβάνει εθελοντικώς την υποχρέωση να εκπληρώσει στρατιωτική υπηρεσία για ορισμένο χρόνο. Οι γυναίκες μπορούν να προσληφθούν δυνάμει των εδαφίων 1 και 2 ανωτέρω για να τοποθετηθούν στις *υγειονομικές υπηρεσίες ή στα σώματα στρατιωτικής μουσικής*» [2].

Κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας, «Η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο, όσον αφορά τους όρους, συμπεριλαμβανομένων και των κριτηρίων επιλογής, προσβάσεως σε απασχολήσεις, σε θέσεις εργασίας, ανεξάρτητα από τομέα ή κλάδο δραστηριότητος, και για όλες τις βαθμίδες της επαγγελματικής ιεραρχίας».

Κατά τη Soldatenlaufbahnverordnung (κανονιστική απόφαση περί της εξελίξεως της σταδιδρομίας των στρατιωτικών, στο εξής: SLV), «οι γυναίκες μπορούν να προσληφθούν μόνο

2 — Η υπογράμμιση είναι δική μου.

βάσει εθελοντικής κατατάξεως και τοποθετηθούν αποκλειστικά στις *υγειονομικές υπηρεσίες ή στα σώματα στρατιωτικής μουσικής»* [3].

4. Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, που μετέχουν στην παρούσα διαδικασία όπως η T. Kreil, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου και η Ιταλική Κυβέρνηση, παρατήρησαν ότι οι παρατεθείσες διατάξεις, οι οποίες αποτελούν το αντικείμενο του προδικαστικού ερωτήματος, έχουν ως νομική βάση το άρθρο 12a του Grundgesetz της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας (θεμελιώδης νόμος ή Σύνταγμα, στο εξής: Σύνταγμα ή ΘΝ), που ορίζει τα εξής:

«1. Οι άνδρες υποχρεούνται, από της συμπληρώσεως του δεκάτου ογδόου έτους της ηλικίας, να υπηρετήσουν στις ένοπλες δυνάμεις, στην Ομοσπονδιακή Αστυνομία των συνόρων ή σε οργανισμό αστικής προστασίας.

(...)

4. Εάν, σε περίπτωση "καταστάσεως άμυνας" [4], οι ανάγκες σε πολιτικές υπηρεσίες των αστικών υγειονομικών κέντρων και των μόνιμων στρατιωτικών νοσοκομείων δεν μπορούν να καλυφθούν επί εθελουσίας βάσεως, οι γυναίκες ηλικίας 18 έως 55 ετών μπορούν να τοποθετηθούν στις υπηρεσίες αυτές με νόμο ή δυνάμει νόμου. *Σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να εκτελέσουν ένοπλη υπηρεσία»* [5].

Η Γερμανική Κυβέρνηση προσέθεσε ότι το άρθρο 12a, παράγραφος 4, τελευταία πρόταση, του ΘΝ (στο εξής: άρθρο 12a του ΘΝ) αποτελεί απλώς την ενημέρωση, που πραγματοποιήθηκε το 1968 — με «νέα διατύπωση καθαρώς γλωσσικής φύσεως» — ανάλογης διατάξεως του 1956, δηλαδή το άρθρο 12, παράγραφος 3, του ΘΝ.

5. Αναφερόμενες σε μια εκτίμηση του Bundesverwaltungsgericht (Ομοσπονδιακό Διοικητικό Δικαστήριο) και της γερμανικής θεωρίας, η Γερμανική Κυβέρνηση και η Επιτροπή διευκρίνισαν επίσης ότι το άρθρο 12a του ΘΝ και οι προπαρατεθείσες διατάξεις του SG και της SLV αποτελούν lex specialis (Spezialvorschrift ή Sonderregelung) σε σχέση με τη γενική αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και

3 — Η υπογράμμιση είναι δική μου.

4 — Δυνάμει του άρθρου 115a, παράγραφος 1, του ΘΝ, η «κατάσταση άμυνας» (Verteidigungsfall) κηρύσσεται από την Bundestag (Ομοσπονδιακή Βουλή), κατόπιν συμφωνίας με το Bundesrat (Ομοσπονδιακό Συμβούλιο, μέσω του οποίου τα Länder συμμετέχουν στη νομοθετική και διοικητική δραστηριότητα της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας), σε περίπτωση ένοπλης επιθέσεως ή στην περίπτωση κατά την οποία επίκειται ένοπλη επίθεση.

5 — Η υπογράμμιση είναι δική μου.

γυναικών που κατοχυρώνει τόσο το Σύνταγμα[6] όσο και η νομοθεσία σχετικά με τους στρατιωτικούς[7].

6. Η Γερμανική Κυβέρνηση παρατηρεί επιπλέον ότι, καίτοι δεν προβλέπεται καμία παρέκλιση από την απαγόρευση προσλήψεως γυναικών σε μονάδες εκτός των υγειονομικών υπηρεσιών και των σωμάτων στρατιωτικής μουσικής, που διατυπώνει η επίδικη νομοθεσία, («σε καμία περίπτωση», βλ. άρθρο 12a του ΘΝ), στην πραγματικότητα, πολλές πολιτικές θέσεις (ιδίως διοικητικής φύσεως ή βοηθητικού χαρακτήρα) που προβλέπονται στην Bundeswehr (ομοσπονδιακές ένοπλες δυνάμεις) από το άρθρο 87b του ΘΝ, είναι ανοικτές εξίσου στους άνδρες και στις γυναίκες.

IV — Πραγματικά περιστατικά και διαδικασία της κύριας δίκης

7. Το 1996, η T. Kreil, διπλωματούχος ηλεκτροτεχνικός, με ειδικότητα στην τεχνική των εγκαταστάσεων, υπέβαλε αίτηση εθελοντικής στρατιωτικής θητείας στην Bundeswehr, εκφράζοντας την επιθυμία να τοποθετηθεί στις υπηρεσίες ηλεκτρονικής συντηρήσεως των συστημάτων όπλων. Η αίτησή της απορρίφθηκε τόσο από το τοπικό κέντρο εκπαιδεύσεως νεοσυλλέκτων όσο και, κατόπιν προσφυγής, από την κεντρική διοίκηση του προσωπικού της Bundeswehr, διότι, δυνάμει

6 — Το Σύνταγμα κατοχυρώνει την ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών, γενικώς (άρθρο 3, παράγραφοι 2 και 3, του ΘΝ) καθώς και όσον αφορά την πρόσβαση στην επαγγελματική δραστηριότητα (άρθρο 12, παράγραφος 1, του ΘΝ) — ή ακριβέστερα την ελεύθερη επιλογή της επαγγελματικής δραστηριότητας — καθώς και στην απασχόληση στη δημόσια διοίκηση (άρθρο 33, παράγραφος 2, του ΘΝ). Σε πρόσφατη απόφαση, παρατεθείσα στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας από το αυτόν δικαστήριο και από τη Γερμανική Κυβέρνηση, το Bundesverwaltungsgericht έκρινε ότι το άρθρο 12a του ΘΝ ήταν σύμφωνο προς τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της ελεύθερης επιλογής της απασχολήσεως που διατυπώνονται σε άλλες προπαρατεθείσες διατάξεις του Συντάγματος, στο μέτρο που το θεώρησε ως ειδικό νόμο [απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 1996 — 1 WB 89/95 — *BVerwGE*, τόμος 103, σ. 301, και *NJW*, 1996, σ. 2173, στο εξής: απόφαση Sanitätsdienst (υγειονομική υπηρεσία, δηλαδή ένας από τους τομείς στον οποίο, δυνάμει του άρθρου 12a του ΘΝ, του άρθρου 1, παράγραφος 2, του SG και του άρθρου 3a της SLV, γίνονται επίσης δεκτές οι γυναίκες)].
Καίτοι η πλειονότητα των Γερμανών συγγραφέων ευθυγραμμίζεται με την απόφαση αυτή, πρέπει να τονιστεί ότι, στην παρούσα νομική συζήτηση στη Γερμανία διατυπώνονται ενδοιασμοί ως προς την επίμαχη συνταγματική διάταξη και ειδικότερα τη μέχρι τούδε εφαρμογή και ερμηνεία της. Πράγματι, διάσημοι θεωρητικοί φρονούν ότι πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ της υποχρεωτικής στρατιωτικής θητείας (Pflichtdienst) και της εθελούσιας στρατιωτικής θητείας (freiwilliger Dienst) και ότι, όσον αφορά τη θητεία αυτή, το άρθρο 12a του ΘΝ πρέπει να ερμηνευθεί συσταλτικά, έστω και αν έχει τον χαρακτήρα μιας Sonderregelung· πρέπει ειδικότερα να ληφθούν υπόψη οι θεμελιώδεις αρχές όπως η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της ελεύθερης επιλογής της απασχολήσεως, από τις οποίες δεν είναι δυνατή η παρέκκλιση παρά με σύνεση και σύμφωνα με τις συνταγματικές διατάξεις θεωρούμενες στο σύνολό τους (βλ. H. D. Jarass, και B. Pieroth, «Σχολιασμός του άρθρου 12a του ΘΝ», σε *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, 4η έκδ., αριθ. περιθ. 3· J. Kokott, «Σχολιασμός του άρθρου 12a του ΘΝ», σε *Grundgesetz, Kommentar*, εκδ. M. Sachs, 1999, 2η έκδ., αριθ. περιθ. 3 επ.· U. Repkewitz, «Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?», σε *NJW*, 1997, σ. 506· M. Sachs, «Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes», σε *ZBR*, 1994, σ. 133, ειδικότερα σ. 139, και M. Zuleeg, «Frauen in die Bundeswehr», σε *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, σ. 1017).
Βάσει συστηματικής και συσταλτικής ερμηνείας του Συντάγματος (καθόσον ο αποκλεισμός των γυναικών από τη Bundeswehr αποτελεί παρέκκλιση από τις αρχές που διατυπώνονται στα άρθρα 3, 12 και 33 του ΘΝ), οι προπαρατεθέντες συγγραφείς θεωρούν ότι η απαγόρευση που διατυπώνεται στο άρθρο 12a του ΘΝ ισχύει μόνο για την υποχρεωτική στρατιωτική θητεία: εφόσον το άρθρο 12a του ΘΝ στο σύνολό του αφορά μόνο την «Pflichtdienst», ο αποκλεισμός των γυναικών δεν μπορεί να επεκταθεί στην εθελούσια υπηρεσία (βλ., ειδικότερα, M. Zuleeg, όπ.π., σ. 1018).
Παρατηρείται επίσης ότι η συσταλτική ερμηνεία δικαιολογείται λόγω του ότι το άρθρο 12a του ΘΝ *δεν αφορά θεμελιώδες δικαίωμα* (Grundrecht), σε αντίθεση προς τα δικαιώματα τα οποία περιορίζει (βλ. άρθρα 3, παράγραφοι 2 και 3, 12, παράγραφος 1, και 33, παράγραφος 2, του ΘΝ· βλ. M. Zuleeg, όπ.π., σ. 1023). Κατά τον Scholz, άλλωστε, σε αντιδιαστολή προς άλλες διατάξεις του Συντάγματος, το άρθρο 12a μπορεί να τροποποιηθεί στο μέτρο που δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των αυστηρών ορίων που επιβάλλει το άρθρο 79 του ΘΝ όσον αφορά την αναθεώρηση των διατάξεων του Συντάγματος (R. Scholz, «Σχολιασμός του άρθρου 12a του ΘΝ», σε *Grundgesetz, Kommentar*, εκδ. T. Maunz, G. Dürig και G. Herzog, 1984, αριθ. περιθ. 208).

7 — Τόσο ο SG όσο και η SLV αναφέρουν ότι ο διορισμός και η τοποθέτηση των στρατιωτών πρέπει να πραγματοποιούνται ανάλογα με τις ικανότητές τους, τις αρμοδιότητες και τα επαγγελματικά προσόντα τους, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη, ειδικά, το φύλο (βλ., αντιστοίχως 3 και 1).

της εθνικής νομοθεσίας, οι γυναίκες αποκλείονται από όλες τις θέσεις που συνεπάγονται τη χρήση όπλων. Επειδή θεώρησε ότι ήταν θύμα παράνομης δυσμενούς διακρίσεως λόγω φύλου, η T. Kreil προσέβαλε την απόφαση περί αρνήσεως ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.

V — Νομική ανάλυση

1 — *Η προβαλλόμενη δυσμενής διάκριση και το έρεισμά της*

8. Το Verwaltungsgericht Hannover σας ερωτά αν αντιβαίνει προς την οδηγία η οχεδόν απόλυτη απαγόρευση της εθελούσιας υπηρεσίας των γυναικών στις ένοπλες δυνάμεις κράτους μέλους.

9. Κατά την προσφεύγουσα της κύριας δίκης, οι περιορισμοί της προσλήψεως γυναικών στην Bundeswehr συνιστούν καταφανή παράβαση της απαγορεύσεως κάθε δυσμενούς διακρίσεως λόγω φύλου κατά τους όρους προσβάσεως σε απασχόληση η οποία διατυπώνεται στο άρθρο 3 της οδηγίας [8]. Η T. Kreil υπογραμμίζει ότι, στην παρούσα περίπτωση, δεν πρόκειται τόσο για την υποχρεωτική στρατιωτική θητεία όσο για την επιλογή επαγγέλματος των γυναικών που επιθυμούν να παράσχουν εθελούσια υπηρεσία στις ένοπλες δυνάμεις.

10. Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας θεωρεί ότι οι επίμαχες εθνικές διατάξεις δικαιολογούνται βάσει του άρθρου 2, παράγραφοι 2 και 3, της οδηγίας. Οι διατάξεις αυτές επιτρέπουν παρεκκλίσεις από το ατομικό δικαίωμα ίσης μεταχειρίσεως. Η Επιτροπή (με την άποψη της οποίας ευθυγραμμίστηκαν, κατ' ουσίαν, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου και η Ιταλική Κυβέρνηση) φρονεί ότι, δυνάμει ήδη του άρθρου 2, παράγραφος 2, η επίμαχη εσωτερική νομοθεσία μπορεί κατ' αρχήν να δικαιολογηθεί, εξυπακουομένου βεβαίως ότι είναι ανάγκη να εξεταστεί το βάσιμό της λαμβανομένων υπόψη του συνόλου των θέσεων

8 — Κατά την προσφεύγουσα της κύριας δίκης, δεν αμφισβητείται ότι η γερμανική νομοθεσία πρέπει να εξεταστεί υπό το πρίσμα της οδηγίας, στο μέτρο που το Δικαστήριο την έχει ήδη ερμηνεύσει και, κατά συνέπεια, την έχει κρίνει εφαρμοστέα σε μία περίπτωση που αφορούσε κανονιστικές διατάξεις παρεμφερείς προς αυτές του SG και της SLV (απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 1997, C-1/95, Gerster, Συλλογή 1997, σ. I-5253, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας μια διάταξη, που περιλαμβάνεται στην Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung, δηλαδή στην Κανονιστική απόφαση περί των σταδιοδρομιών των υπαλλήλων του ομοσπόνδου κράτους της Βαυαρίας — σχετικά με τον υπολογισμό της αρχαιότητας των υπαλλήλων· στην απόφαση Gerster, το Δικαστήριο αναφέρθηκε ρητώς στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας, το οποίο απαγορεύει κάθε διάκριση λόγω φύλου «ανεξάρτητα από τομέα ή κλάδο δραστηριότητας», σκέψη 28).

στα πλαίσια των ενόπλων δυνάμεων και της αρχής της αναλογικότητας [9].

11. Κανείς από τους μετέχοντες στην παρούσα διαδικασία δεν διατύπωσε αμφιβολίες ως προς το ότι οι επίμαχες διατάξεις συνεπάγονται τον αποκλεισμό των γυναικών από το μεγαλύτερο μέρος των θέσεων στην Bundeswehr, πράγμα το οποίο έχει ως συνέπεια τη διαφορετική μεταχείριση λόγω φύλου, υπό την έννοια των άρθρων 2, παράγραφος 1, και 3, παράγραφος 1, της οδηγίας: μια άμεση διάκριση η οποία συνεπάγεται άλλες έμμεσες διακρίσεις, ενόψει του ότι τα μέλη των ενόπλων δυνάμεων είναι στην πλειοψηφία τους άνδρες [10]. Πράγματι, σε ορισμένες περιπτώσεις οι έφεδροι

9 — Κατά την *Επιτροπή*, είναι προφανές ότι η απασχόληση στις ένοπλες δυνάμεις δεν αποκλείεται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας· παραπέμπει στην απόφαση της 21ης Μαΐου 1985, 248/83, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1985, σ. 1459, σκέψη 16), με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι η οδηγία έχει εφαρμογή στις εργασιακές σχέσεις στη δημόσια υπηρεσία. Αντιθέτως, πριν από την εξέταση της ουσίας του προδικαστικού ερωτήματος, η *Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου και η Ιταλική και η Γερμανική Κυβέρνηση* — στηριζόμενες, ειδικότερα, στο άρθρο 224 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 297 ΕΚ) — υποστηρίζουν ότι η οδηγία δεν έχει εφαρμογή εν προκειμένω, εφόσον τα ζητήματα που αφορούν την άμυνα και την οργάνωση των ενόπλων δυνάμεων δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Συνθήκης. Το αιτούν δικαστήριο δεν αναφέρθηκε στην προβληματική αυτή, πράγμα που υποδηλώνει, νομίζω, ότι θεωρεί ότι η απασχόληση στην Bundeswehr εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Εν πάση περιπτώσει, παραπέμπω στο σημείο αυτό στις προτάσεις που υπέβαλα στις 18 Μαΐου 1999 στην υπόθεση Sirdar (απόφαση της 26ης Οκτωβρίου 1999, C-273/97, Συλλογή 1999, σ. I-7403), που αφορούσε την πολιτική αποκλεισμού των γυναικών από ένα σώμα επιλέκτων των βρετανικών ενόπλων δυνάμεων. Στην υπόθεση Sirdar, που υιοθετει την άποψη που υποστηρίζουν στην παρούσα υπόθεση η T. Kreil και η Επιτροπή, θεώρησα ότι η πρόσβαση στην απασχόληση στις ένοπλες δυνάμεις υπέκειτο, γενικώς, στη ρύθμιση που προβλέπει η οδηγία (βλ. σημεία 9 έως 29).
Όσον αφορά αυτά που ήδη εξέθεσα στην υπόθεση Sirdar και αναφερόμενος ειδικά στην εθνική ρύθμιση που αποτελεί το αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας, πρέπει, πάντως, να κάνω μια άλλη παρατήρηση. Αφορά τον λόγο που προβάλλει η Γερμανική Κυβέρνηση — επικουρικώς, για την περίπτωση κατά την οποία θα εθεωρείτο ότι η οδηγία έχει εφαρμογή εν προκειμένω — για να δικαιολογήσει επί της ουσίας την επίδικη δυσμενή διάκριση.
Η Γερμανική Κυβέρνηση επικαλέστηκε απλώς τον πολιτικό σκοπό που συνίσταται στην εκπλήρωση ηθικής υποχρεώσεως που απορρέει από το οδυνηρό παρελθόν της Γερμανίας, δηλαδή την υποχρέωση *οι γυναίκες να προστατεύονται* όσο το δυνατόν περισσότερο από τους κινδύνους στους οποίους εκτίθενται οι στρατιώτες σε περίοδο πολέμου (βλ. σημείο 12 των προτάσεων αυτών). Σε άλλες διαδικασίες ενώπιον του Δικαστηρίου, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου υποστήριξε ότι τα εκάστοτε επίδικα ενέχοντα δυσμενή διάκριση μέτρα δεν ενέπιπταν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, επικαλούμενη λόγους που εξυπηρετούν μια εντελώς διαφορετική λογική. Κατά τις διευκρινίσεις των βρετανικών αρχών, τα μέτρα αυτά θεσπίστηκαν πράγματι για λόγους *δημοσίας ασφαλείας* (αποτροπή της αυξήσεως των επιθέσεων κατά της αστυνομίας σε μια κατάσταση εμφυλίου πολέμου· βλ. την απόφαση της 15ης Μαΐου 1986, 222/84, Johnston, Συλλογή 1986, σ. 1651, σκέψη 35) και *άμυνας ή εξωτερικής ασφαλείας* (διασφάλιση του αξιομάχου ενός σώματος επιλέκτων των ενόπλων δυνάμεων· βλ. σημείο 4 των προτάσεών μου στην υπόθεση Sirdar): πρόκειται για λόγους που αφορούν ζητήματα που εμπίπτουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα των κρατών μελών. Ούτε στην υπόθεση Johnston ούτε στην υπόθεση Sirdar, δεν θεωρήθηκε ότι η οδηγία δεν έχει εφαρμογή.
Ένα μέτρο που στηρίζεται αποκλειστικά στην προστασία της γυναίκας δεν μπορεί, κατά μείζονα λόγο, να αποκλείεται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας ούτε κατ' εφαρμογήν του άρθρου 224 της Συνθήκης, που αφορά τα «απολύτως εξαιρετικά μέτρα» που είναι αναγκαία για την προστασία της *ασφάλειας [εσωτερικής ή εξωτερικής]* ή, ακριβέστερα, την ίδια την επιβίωση μιας χώρας (βλ. σημείο 24 των προτάσεών μου στην υπόθεση Sirdar), ούτε βάσει θεωρήσεων που αφορούν την αυτονομία των κρατών μελών ως προς την οργάνωση των ενόπλων δυνάμεών τους, προκειμένου να εξασφαλίσουν την καλύτερη δυνατή λειτουργία τους.

10 — Η οδηγία απαγορεύει «κάθε διάκριση που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα» (βλ. άρθρο 2, παράγραφος 1), υπό την επιφύλαξη της εφαρμογής ενδεχόμενης δικαιολογητικής ρήτρας που εμπίπτει σε μια από τις εξαιρέσεις που προβλέπει η ίδια η οδηγία· ως συγκεκριμένα παραδείγματα της εφαρμογής της οδηγίας σε περιπτώσεις έμμεσης διάκρισης μπορούν να αναφερθούν η απόφαση Gerster και η απόφαση της 2ας Οκτωβρίου 1997, C-100/95, Kording (Συλλογή 1997, σ. I-5289, ειδικότερα σκέψεις 13 επ.).

στρατιωτικοί έχουν προτεραιότητα όσον αφορά την πρόσβαση σε θέσεις στη δημόσια διοίκηση [11] και δεν αποκλείεται να βρίσκουν ευκολότερα απασχόληση και στον ιδιωτικό τομέα χάρη στην τεχνική εκπαίδευση την οποία είναι δυνατόν να αποκτήσουν υπηρετώντας στις ένοπλες δυνάμεις [12]. Για να δοθεί απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε το Verwaltungsgericht, το οποίο αφορά μόνον την άμεση δυσμενή διάκριση, πρέπει να εξεταστεί αν τα ληφθέντα μέτρα αντιστοιχούν ενδεχομένως σε μια από τις παρεκκλίσεις που επιτρέπονται βάσει του άρθρου 2, παράγραφοι 2 και 3, της οδηγίας [13]. Πάντως, πριν πραγματοποιηθεί ο έλεγχος αυτός, πρέπει να υπομνησθούν οι λόγοι στους οποίους στηρίζεται ο αποκλεισμός των γυναικών που προβλέπεται στο άρθρο 12a του ΘΝ, το οποίο συνιστά τη νομική βάση των διατάξεων ως προς τις οποίες σας υποβάλλει ερώτημα το αιτούν δικαστήριο.

12. Κατά την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, οι επίμαχες διατάξεις, που θεσπίστηκαν για να εμποδίσουν τη συμμετοχή των γυναικών στις στρατιωτικές ενέργειες, οφείλονται στην πρόθεση να εξασφαλιστεί ότι, *σε καμία περίπτωση,* οι γυναίκες δεν θα εκτεθούν στις βολές του εχθρού ως μαχητές· τούτο ισχύει επίσης για τις γυναίκες που επιθυμούν να καταταγούν εθελοντικά. Ως προς το σημείο αυτό γίνεται παραπομπή στις προπαρασκευαστικές εργασίες της Bundestag σχετικά με άρθρο 12, παράγραφος 3, του ΘΝ, το οποίο θεσπίστηκε το 1956 (βλ. σημείο 4), από τις οποίες προκύπτει ότι ο αποκλεισμός των γυναικών που προβλέπεται στην περίπτωσή μας είναι η συνέπεια ηθικής υποχρεώσεως που απορρέει από το οδυνηρό παρελθόν της Γερμανίας. Η Γερμανική Κυβέρνηση αναφέρεται επίσης στην πρόσφατη απόφαση Sanitätsdienst (βλ. υποσημείωση 6), με την οποία το Bundesverwaltungsgericht έκρινε ότι από την υποχρέωση αυτή απορρέει μια προστασία των γυναικών που πρέπει να είναι η ευρύτερη δυνατή και δεν μπορεί να εξασφαλιστεί παρά μόνο με «εναρμόνιση» των κανόνων για την πρόσληψη και την απασχόληση στην Bundeswehr με το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο [14]. Το

11 — Βλ. K. Bertelsmann και U. Rust, *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (έκδ. της Επιτροπής), Dordrecht και Luxembourg, 1995, σ. 53, σημείο 4.14.3, όπου, για παράδειγμα, υπενθυμίζεται ότι, δυνάμει των άρθρων 9 και 10 της SVG, προτιμώνται οι στρατιωτικοί που υπηρέτησαν τουλάχιστον δώδεκα έτη στις ένοπλες δυνάμεις όσον αφορά τις θέσεις στη δημόσια διοίκηση, έστω και αν αυτές δεν έχουν καμία σχέση με τις ένοπλες δυνάμεις. Από αυτό συνάγεται, κατά τους συντάκτες της εκθέσεως, ότι ένα ορισμένο ποσοστό των θέσεων που είναι διαθέσιμες στον δημόσιο τομέα παρέχονται αποκλειστικά στους έφεδρους στρατιωτικούς, ακόμη και στην περίπτωση κατά την οποία άλλοι υποψήφιοι έχουν ίσα ή ακόμη και ανώτερα προσόντα (όπ.π. σ. 54).
Επιπλέον, υποστηρίχθηκε ότι βάσει του άρθρου 12a του ΘΝ, οι γυναίκες δεν μπορούν να έχουν πρόσβαση σε ορισμένες από τις υψηλότερες κρατικές θέσεις: Bundeskanzler (ομοσπονδιακός καγκελάριος), Bundesminister der Verteidigung (ομοσπονδιακός υπουργός άμυνας) και Staatssekretär im Verteidigungsministerium (υφυπουργός άμυνας). Πράγματι, κατά την αναμόρφωση στην οποία προβαίνουν ορισμένοι συγγραφείς, στα καθήκοντα των θέσεων αυτών περιλαμβάνεται η ανώτατη διοίκηση των ενόπλων δυνάμεων ή μιας υπηρεσίας η οποία, όπως κάθε διοίκηση, συνεπάγεται τη χρήση των όπλων (Waffendienst ή Dienst mit der Waffe· βλ. A. Poretschkin, «Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?», σε *NZWehrr*, 1993, σ. 232· U. Repkewitz, όπ.π., σ. 507, και D. Walz, «Der "geschlechtsneutrale" Bundesminister der Verteidigung», σε *NZWehrr*, 1996, σ. 117). Πράγματι, δυνάμει του άρθρου 65a του ΘΝ, ο Ομοσπονδιακός Υπουργός Άμυνας (ο οποίος μπορεί να μεταβιβάσει αρμοδιότητες στον υφυπουργό ή να εκπροσωπηθεί από αυτόν) ασκεί τη διοίκηση των ενόπλων δυνάμεων· δυνάμει του άρθρου 115b του ΘΝ, κατά τον χρόνο κηρύξεως της «καταστάσεως άμυνας» (βλ. υποσημείωση 4), η διοίκηση των ενόπλων δυνάμεων μεταβιβάζεται στον ομοσπονδιακό καγκελάριο. Συναφώς, πρέπει να υπομνηθεί ότι το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας απαγορεύει κάθε δυσμενή διάκριση λόγω φύλου όσον αφορά τις προϋποθέσεις προσβάσεως «σε όλες τις βαθμίδες της επαγγελματικής ιεραρχίας».

12 — Τούτο προφανώς δεν συμβαίνει με την T. Kreil, διότι κατά τον χρόνο της αιτήσεώς της είχε ήδη ολοκληρώσει την εκπαίδευσή της. Πάντως, η δυσμενής αυτή διάκριση δεν είναι αμελητέα: οι σύγχρονες ένοπλες δυνάμεις χρησιμοποιούν τεχνικά μέσα διαρκώς πολυπλοκότερα, τα οποία απαιτούν ειδικές γνώσεις, οι οποίες αποδεικνύονται σαφώς πολύτιμες σε περίπτωση επιστροφής στην πολιτική αγορά εργασίας η οποία είναι ανταγωνιστικότερη από ποτέ (για παράδειγμα οι στρατιωτικοί πιλότοι οι οποίοι, λαμβανομένης υπόψη της πείρας τους, δεν αντιμετωπίζουν καμία δυσκολία στην εξεύρεση απασχολήσεως στις πολιτικές αεροπορικές εταιρίες αφού αποστρατευθούν).

13 — Η παρέκκλιση του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας δεν ασκεί εν προκειμένω επιρροή· πράγματι, η διάταξη αυτή ορίζει τα εξής: «Η παρούσα οδηγία δεν θίγει τα μέτρα που αποσκοπούν στην προώθηση της ισότητας των ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διά της άρσεως των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη και οι οποίες αντισοήτες θίγουν τις ευκαιρίες των γυναικών στους τομείς που αναφέρονται στο άρθρο 1, παράγραφος 1».

14 — Γνωστό επίσης ως η «νομοθεσία για τα δικαιώματα του ανθρώπου στις ένοπλες συρράξεις»· βλ. N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco/Clarendon Press, Paris/Oxford, 1987, σ. 3.

δίκαιο αυτό περιλαμβάνει την Τρίτη Σύμβαση της Γενεύης, της 12ης Αυγούστου 1949, περί μεταχειρίσεως των αιχμαλώτων πολέμου [15] (στο εξής: σύμβαση) και το πρώτο πρόσθετο πρωτόκολλο στις Συμβάσεις της Γενεύης της 12ης Αυγούστου 1949, για την προστασία των θυμάτων των διεθνών ενόπλων συρράξεων [16] (στο εξής: πρωτόκολλο). Κατά το Bundesverwaltungsgericht — και τη Γερμανική Κυβέρνηση, η οποία ευθυγραμμίζεται πλήρως με το σκεπτικό της αποφάσεως Sanitätsdienst —, οι επίμαχες διατάξεις που ενέχουν δυσμενή διάκριση εμπνέονται από το άρθρο 51 του πρωτοκόλλου, κατά το οποίο μόνον ο άμαχος πληθυσμός απολαύει γενικής προστασίας ανθρωπιστικού χαρακτήρα έναντι των κινδύνων που απορρέουν από τις στρατιωτικές επιχειρήσεις. Ακριβέστερα, τούτο σημαίνει ότι ο άμαχος πληθυσμός δεν μπορεί να αποτελέσει το αντικείμενο επιθέσεων [17], σε αντίθεση προς τους «μαχητές», υπό την έννοια του άρθρου 43 του πρωτοκόλλου, ή προς αυτούς που μετέχουν στις εχθροπραξίες χρησιμοποιώντας όπλα ή οπλικά συστήματα. Επιπλέον, μόνον οι μαχητές μπορούν να καταστούν «αιχμάλωτοι πολέμου» όταν συλλαμβάνονται από τον εχθρό [18]. Αντιθέτως, τα μέλη του υγειονομικού προσωπικού και οι κληρικοί που υπηρετούν στις ένοπλες δυνάμεις όχι μόνον δεν μπορούν να συλληφθούν ως «αιχμάλωτοι πολέμου», αλλά πρέπει να γίνονται σεβαστοί και να προστατεύονται και δεν μπορούν να αποτελέσουν το αντικείμενο επιθέσεων [19], οπότε οι γυναίκες γίνονται δεκτές στις υγειονομικές υπηρεσίες. Όσον αφορά τα σώματα στρατιωτικής μουσικής, η Γερμανική Κυβέρνηση ανέφερε ότι, σε περίπτωση εχθροπραξιών, διαλύονται και τα μέλη τους αναλαμβάνουν υγειονομικά καθήκοντα ως νοσοκόμοι ή βοηθοί νοσοκόμοι (ήδη σε καιρό ειρήνης, οι μουσικοί που ανήκουν στις στρατιωτικές φιλαρμονικές λαμβάνουν την κατάλληλη εκπαίδευση).

2 — Παρεκκλίσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως: άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας

13. Η Γερμανική Κυβέρνηση υπογραμμίζει ότι, λόγω του σκοπού που επιδιώκει ο νομοθέτης, ο σχεδόν πλήρης αποκλεισμός των γυναικών από την Bundeswehr εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας. Όσον με αφορά, συμμερίζομαι μάλλον την άποψη της Επιτροπής, που στηρίζεται στην απόφαση που εκδόθηκε επί της υποθέσεως Johnston, σχετικά με την απασχόληση των γυναικών στις ένοπλες δυνάμεις της βρετανικής αστυνομίας στη Βόρεια Ιρλανδία κατά τη δεκαετία του 1980, δηλαδή στη διάρκεια του εμφυλίου *πολέμου*. Με την απόφαση εκείνη, το Δικαστήριο έκρινε ότι «από τη ρητή αναφορά στην εγκυμοσύνη και τη μητρότητα συνάγεται ότι η οδηγία αποσκοπεί στην εξασφάλιση, αφενός, της προστασίας της βιολογικής κατάστασης της γυναίκας και, αφετέρου, της προστασίας των ειδικών σχέσεων μεταξύ της γυναίκας και του τέκνου της. Επομένως, αυτή η διάταξη της οδηγίας δεν επιτρέπει τον αποκλεισμό των γυναικών από θέση για τον λόγο ότι η κοινή γνώμη απαιτεί να *προστατεύονται περισσότερο* από τους άνδρες έναντι κινδύνων που αφορούν καθ' όμοιο τρόπο άνδρες και γυναίκες και οι οποίοι διακρίνονται από τις συγκεκριμένες ανάγκες προστασίας

15 — *BGBl.* 1954 II, σ. 838. Εκτός από την Τρίτη Σύμβαση της Γενεύης, υφίσταται η Πρώτη Σύμβαση της Γενεύης, της 12ης Αυγούστου 1949, περί βελτιώσεως της τύχης των τραυματιών και των ασθενών εις τας εν εκστρατεία ενόπλους δυνάμεις (*BGBl.* 1954 II, σ. 783), και η Δεύτερη Σύμβαση της Γενεύης, της 12ης Αυγούστου 1949, περί βελτιώσεως της τύχης των τραυματιών και των ναυαγών των κατά θάλασσα ενόπλων δυνάμεων (*BGBl.* 1954 II, σ. 813). Οι τρεις συμβάσεις είναι γνωστές από κοινού με το όνομα Συμβάσεις της Γενεύης της 12ης Αυγούστου 1949 για την προστασία των θυμάτων των διεθνών ενόπλων συρράξεων.

16 — *BGBl.* 1990 II, σ. 1550.

17 — Βλ. τα άρθρα 48 και 51, παράγραφος 2, του πρωτοκόλλου.

18 — Βλ. άρθρο 4 της συμβάσεως και άρθρο 44, παράγραφος 1, του πρωτοκόλλου.

19 — Βλ. αντιστοίχως, άρθρο 33 της συμβάσεως και άρθρο 12, παράγραφος 1, του πρωτοκόλλου.

της γυναίκας, όπως οι ρητώς αναφερόμενες ανάγκες» [20]. Από τον φάκελο όμως της διαδικασίας δεν προκύπτει ότι οι κίνδυνοι στους οποίους θα ήσαν εκτεθειμένες οι γυναίκες στα σώματα της Bundeswehr που συνεπάγονται τη χρήση όπλων διαφέρουν από τους κινδύνους που διατρέχουν οι άνδρες κατά την άσκηση των ίδιων καθηκόντων ή είναι μεγαλύτεροι από αυτούς: η Γερμανική Κυβέρνηση δεν παρέσχε συναφώς καμία απόδειξη. Στην περίπτωση αυτή, ο απόλυτος αποκλεισμός των γυναικών από την απασχόληση στα σώματα εκτός των υγειονομικών υπηρεσιών και των σωμάτων στρατιωτικής μουσικής λόγω κινδύνων γενικού χαρακτήρα και όχι ειδικών για τις γυναίκες δεν είναι δυνατόν να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διαφορετικής μεταχειρίσεως που επιτρέπει το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας [21]: «το άρθρο 2, παράγραφος 3, προϋποθέτει ότι η διαφορετική μεταχείριση που προβλέπεται αποκλειστικά για τη γυναίκα δεν πρέπει να εισάγει διάκριση: αυτό συμβαίνει όταν η διαφορετική μεταχείριση — προστασία της γυναίκας — μπορεί να δικαιολογηθεί από μια *αντικειμενική διαφορά* μεταξύ της κατάστασης των εργαζομένων ανδρών και γυναικών. Η *αντικειμενική αυτή αιτία* συνδέεται με την "βιολογική ιδιομορφία" της γυναίκας, όπως δείχνουν σαφώς π.χ. η αναφορά της εγκυμοσύνης, αφενός, και της μητρότητας, αφετέρου» [22]. Όσον αφορά τον όρο «ιδίως» που περιλαμβάνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας — πριν από την ενδεικτική μνεία της εγκυμοσύνης και της μητρότητας — το Δικαστήριο πάντοτε απέρριπτε σαφώς τα επιχειρήματα που προέβαλαν τα κράτη μέλη για να διευρύνουν το περιεχόμενο της εκφράσεως «προστασία της γυναίκας» ώστε να περιλάβει και περιπτώσεις εκτός της εγκυμοσύνης, του θηλασμού και της μητρότητας [23].

3 — Παρεκκλίσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως: άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας

14. Άλλωστε, η Γερμανική Κυβέρνηση φρονεί ότι ο πολιτικός σκοπός που επιδίωκε ο συνταγματικός νομοθέτης το 1956 και το 1968 δεν είναι αντίθετος προς τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας, η ερμηνεία της οποίας από το Δικαστήριο ενδιαφέρει

20 — Παρατεθείσα ήδη στην υποσημείωση 9, σημείο 44· η υπογράμμιση δική μου. Η απόφαση Johnston εντάσσεται στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας αποσκοπεί μόνο στην εξασφάλιση της *προστασίας της βιολογικής καταστάσεως* της γυναίκας κατά και μετά την εγκυμοσύνη και των ειδικών σχέσεων μεταξύ της γυναίκας και του τέκνου της: βλ. αποφάσεις της 12ης Ιουλίου 1984, 184/83, Hofmann (Συλλογή 1984, σ. 3047, σκέψεις 25 και 26), της 25ης Οκτωβρίου 1988, 312/86, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 1988, σ. 6315, σκέψη 13), της 25ης Ιουλίου 1991, C-345/89, Stoeckel (Συλλογή 1991, σ. I-4047, σκέψη 13), της 3ης Φεβρουαρίου 1994, C-13/93, Minne (Συλλογή 1994, σ. I-371, σκέψη 11), της 5ης Μαΐου 1994, C-421/92, Habermann-Beltermann (Συλλογή 1994, σ. I-1657, σκέψη 21), της 14ης Ιουλίου 1994, C-32/93, Webb (Συλλογή 1994, σ. I-3567, σκέψη 20), της 30ής Απριλίου 1998, C-136/95, Thibault (Συλλογή 1998, σ. I-2011, σκέψη 25), και της 19ης Νοεμβρίου 1998, C-66/96, Høj Pedersen κ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-7327, σκέψη 54). Το ακόλουθο απόσπασμα της αποφάσεως Hofmann είναι ιδιαίτερα διαφωτιστικό για να γίνει αντιληπτή η προσέγγιση που υιοθέτησε το Δικαστήριο: «[το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας], αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της προστασίας της βιολογικής καταστάσεως της γυναίκας κατά τη διάρκεια της εγκυμοσύνης της και μετά από αυτή, μέχρι το χρονικό σημείο όπου οι φυσιολογικές και ψυχικές λειτουργίες ομαλοποιούνται ύστερα από τον τοκετό και, αφετέρου, την προστασία των ειδικών σχέσεων μεταξύ της γυναίκας και του τέκνου της κατά τη διάρκεια της περιόδου που έπεται της εγκυμοσύνης και του τοκετού, αποφεύγοντας οι σχέσεις αυτές να διαταραχθούν από τη σώρευση των βαρών που προκύπτουν από την ταυτόχρονη άσκηση επαγγέλματος» (σκέψη 25). Στην υπόθεση Johnston, ο γενικός εισαγγελέας Darmon θεώρησε ότι «κατά το μέτρο που μπορεί να γίνει επίκληση του κειμένου αυτού για να περιοριστούν τα δικαιώματα της γυναίκας, δεν τίθεται, σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 3, ζήτημα να ληφθεί υπόψη μια ανάγκη προστασίας, όσο βάσιμη και αν είναι, ο χαρακτήρας της οποίας είναι κοινωνικοπολιτιστικής ή ακόμη πολιτικής φύσεως» (σημείο 8).

21 — Βλ. απόφαση Johnston (σκέψη 45)·υπό την ίδια έννοια, βλ. αποφάσεις Επιτροπή κατά Γαλλίας (σκέψη 14) και Stoeckel (σκέψη 15).

22 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Darmon στην υπόθεση Hofmann (σημείο 10, τρίτο εδάφιο· η υπογράμμιση είναι δική μου). Υπό την ίδια έννοια, βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Tesauro στην υπόθεση Habermann-Beltermann (σημείο 11).

23 — Βλ. την άποψη που υποστήριξε το Ηνωμένο Βασίλειο στην υπόθεση Johnston όσον αφορά το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα (Συλλογή 1986, σ. 1672) και η Γαλλική Δημοκρατία στην υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 1988, σ. 6322) όσον αφορά μια σειρά ειδικών δικαιωμάτων που αποσκοπούσαν στη διασφάλιση της προστασίας των γυναικών. Κατά τον γενικό εισαγγελέα Sir Gordon Slynn, «παρ' όλον ότι ο όρος "ιδίως" στο άρθρο 2, παράγραφος 3, δείχνει ότι καταστάσεις εκτός της εγκυμοσύνης και της μητρότητας μπορούν να εμπίπτουν σ' αυτή τη διάταξη, οι λέξεις αυτές τονίζουν το περιεχόμενο αυτών των εξαιρέσεων» (προτάσεις στην υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 1988, σ. 6327).

περισσότερο το αιτούν δικαστήριο. Πράγματι, κατά τις γερμανικές αρχές, το άρθρο 12a του ΘΝ και οι παρατεθείσες διατάξεις του SG και της SLV θεωρούν το φύλο ως καθοριστική προϋπόθεση για την εκπλήρωση της ένοπλης στρατιωτικής θητείας. Επομένως, η προστασία των γυναικών θα μπορούσε να εξασφαλιστεί μόνο με τον πλήρη αποκλεισμό τους από όλες τις δραστηριότητες που είναι χαρακτηριστικές της νομικής καταστάσεως του «μαχητή», υπό την έννοια του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου. Συναφώς, η Επιτροπή και η Ιταλική Κυβέρνηση διατύπωσαν πλέον ασαφή άποψη. Ενώ δέχθηκαν ότι η ουσιαστική αυτή επιλογή στην οποία προβαίνει κράτος μέλος για την πολιτική άμυνας δεν μπορεί να κατηγορηθεί, κατ' αρχήν, διέκριναν τις θέσεις που συνεπάγονται συγκεκριμένο κίνδυνο [24] από τις δραστηριότητες τεχνικού χαρακτήρα που μπορούν να ασκηθούν από τα μετόπισθεν χωρίς έκθεση σε ιδιαίτερους κινδύνους και χωρίς την ανάγκη ιδιαίτερης φυσικής δυνάμεως. Όπως διευκρίνισαν η Επιτροπή και η Ιταλική Κυβέρνηση, οι δραστηριότητες αυτές δεν έχουν καμία σχέση με τις δραστηριότητες οι οποίες, λόγω της φύσεως των προϋποθέσεων ασκήσεώς τους, υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας, πρέπει κατ' ανάγκη να ανατίθενται αποκλειστικά στους άνδρες παρά στις γυναίκες. Στο εθνικό δικαστήριο εναπόκειται να εκτιμήσει αν η θέση για την οποία η T. Kreil υπέβαλε αίτηση εθελουσίας κατατάξεως εμπίπτει στη μια ή στην άλλη από τις εν λόγω κατηγορίες δραστηριοτήτων. Η Γερμανική Κυβέρνηση, κατά την οποία η απαγόρευση που διατυπώνεται στο άρθρο 12a του ΘΝ πρέπει να θεωρηθεί ως απόλυτη, διότι, σε περίπτωση επιθέσεως, όλα τα μέλη των ενόπλων δυνάμεων μπορεί να κληθούν να μετάσχουν ενεργά στις στρατιωτικές επιχειρήσεις, δεν συμμερίζεται τη θετική εν μέρει αντιμετώπιση της Επιτροπής και της Ιταλικής Κυβερνήσεως όσον αφορά τους λόγους στους οποίους στηρίζεται η δυσμενής διάκριση που εξετάζεται εν προκειμένω. Ακόμη και οι στρατιώτες που είναι υπεύθυνοι για την ηλεκτρονική συντήρηση των οπλικών συστημάτων θα ήταν δυνατό να σταλούν στην πρώτη γραμμή για να διασφαλίσουν το αξιόμαχο της Bundeswehr. Κατά τις γερμανικές αρχές, τούτο ανταποκρίνεται στη σημερινή πραγματικότητα: τα σώματα που φέρουν προωθημένο τεχνικό εξοπλισμό πρέπει, κατά τις γερμανικές αρχές, να μπορούν να χρησιμοποιηθούν, σε περίπτωση κρίσεως, κατά τρόπο «διαλειτουργικό», χωρίς να γίνεται διάκριση μεταξύ των δραστηριοτήτων που ασκούνται στην πρώτη γραμμή και των δραστηριοτήτων που ασκούνται στα μετόπισθεν.

15. Το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας αναγνωρίζει ότι το φύλο μπορεί να αποτελέσει παράγοντα αποφασιστικής σημασίας για ειδικές επαγγελματικές δραστηριότητες, υπό την προϋπόθεση ότι λαμβάνεται υπόψη η «φύση τους» ή οι «συνθήκες ασκήσεώς τους». Οι προϋποθέσεις αυτές αρκούν για την οριοθέτηση του περιεχομένου της επιφυλάξεως που διατυπώνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, καθώς και για να τη διαφοροποιήσουν εννοιολογικά από την εξαίρεση που προβλέπεται στην παράγραφο 3 του ιδίου άρθρου.

16. Όσον αφορά το περιεχόμενο της επιφυλάξεως, νομίζω ότι πρέπει να αφορά τα επαγγελματικά προσόντα ως προς τα οποία το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας για συγκεκριμένη επαγγελματική δραστηριότητα: μπορούν να αναφερθούν ως παραδείγματα της κατηγορίας αυτής οι τραγουδιστές και οι τραγουδίστριες, οι ηθοποιοί, οι

24 — Η Επιτροπή υπενθυμίζει την υπόθεση Johnston, σχετικά με θέσεις στα ένοπλα σώματα της βρετανικής αστυνομίας που στάθμευαν στη Βόρεια Ιρλανδία κατά τη δεκαετία του '80, και την υπόθεση Sirdar, που έχει ως αντικείμενο την πρόσληψη στο σώμα επιλέκτων των Royal Marines, αιχμή του δόρατος των μονάδων ερφόδου του Ηνωμένου Βασιλείου.

χορευτές και οι χορεύτριες, τα καλλιτεχνικά μοντέλα ή τα μανεκέν [25]. Γενικότερα, σύμφωνα με ορισμένη άποψη, το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας περιλαμβάνει παρέκκλιση η οποία πρέπει να ερμηνευθεί «στενά» ή «συσταλτικά»: το κράτος μέλος ή ο εργοδότης που επιθυμούν να το επικαλεστούν πρέπει, κατά συνέπεια, να αποδείξουν ότι, όσον αφορά μια συγκεκριμένη απασχόληση, το φύλο είναι παράγων αποφασιστικής σημασίας, οπότε μια πολιτική απασχολήσεως που δεν ενέχει δυσμενή διάκριση θα καθιστούσε εξαιρετικά δυσχερή ή ακόμη και αδύνατη την εκτέλεση των δραστηριοτήτων που συνδέονται με τη θέση αυτή. Με άλλους λόγους: θα πρέπει, οπωσδήποτε, να αποδειχθεί ότι είναι αναγκαίο να προσληφθεί ένα πρόσωπο συγκεκριμένου φύλου κατ' αποκλεισμό του άλλου [26]. Το ίδιο το Δικαστήριο έκρινε, άλλωστε, ότι όσον αφορά τη δυνατότητα παρεκκλίσεως, δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, από την αναγνώριση ατομικού δικαιώματος όπως η ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών, πρέπει να λαμβάνονται αποκλειστικά υπόψη «οι επιταγές που είναι *καθοριστικές για την εκτέλεση* του ειδικού έργου για το οποίο πρόκειται στη συγκεκριμένη περίπτωση» [27]. Όμως, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου, ο εκπρόσωπος της Γερμανικής Κυβερνήσεως δήλωσε ρητώς ότι ουδόλως αμφισβητεί την ικανότητα της T. Kreil ούτε τις ικανότητες των γυναικών εν γένει να υπηρετήσουν στις ένοπλες δυνάμεις της Bundeswehr. Κατά συνέπεια, δεν είμαι πεπεισμένος ότι οι ισχυρισμοί της Γερμανικής Κυβερνήσεως όσον αφορά τον αποκλεισμό των γυναικών που προβλέπεται στο άρθρο 12a του ΘΝ αρκούν για να αποδείξουν ότι η επίδικη περίπτωση καλύπτεται από τις διατάξεις του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας. Όσον αφορά πάντοτε την τελευταία αυτή διάταξη, νομίζω, πράγματι, ότι είναι δύσκολο να υποστηριχθεί ότι η φύση ή οι συνθήκες της εργασίας που παρέχουν τα μέλη των ενόπλων δυνάμεων είναι τέτοιες ώστε να είναι απολύτως αδύνατο ή, τουλάχιστον, εξαιρετικά δυσχερές, να χρησιμοποιηθούν γυναίκες σε οποιαδήποτε «μάχιμη» μονάδα, εκτός, κατά συνέπεια, των υγειονομικών υπηρεσιών ή των σωμάτων στρατιωτικής μουσικής. Δεν είναι τυχαιο — πλην εξαιρέσεων που περιορίζονται σε εντελώς διαφορετικές περιπτώσεις [28] — το ότι οι γυναίκες χρησιμοποιούνται συνήθως, χωρίς διακρίσεις, σε όλους τους στρατούς της Κοινότητας (και του ΝΑΤΟ) [29].

17. Πρέπει, στη συνέχεια, να εξεταστεί η διαφορά που υφίσταται μεταξύ των διατάξεων

25 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας (σκέψη 34), όπου το Δικαστήριο αναφέρεται σε ορισμένες επαγγελματικές δραστηριότητες οι οποίες, γενικότερα, αποτελούν, εντός ορισμένων κρατών μελών, στην πράξη ή δυνάμει του νόμου, το αντικείμενο παρεκκλίσεων από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

26 — Βλ. T. Harvey, *Justifications for the Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, Λονδίνο 1993, σημείο 4.2.1.3.

27 — Βλ. απόφαση της 30ής Ιουνίου 1988, 318/86, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 1988, σ. 3559, σκέψη 28· η υπογράμμιση είναι δική μου). Βλ. υπό την ίδια έννοια, τις αποφάσεις της 8ης Νοεμβρίου 1983, 165/82 (Συλλογή 1983, σ. 3431, σκέψεις 18 και 20), και Johnston, σκέψη 38.

28 — Για παράδειγμα, οι ναύτες υποβρυχίων και οι πεζοναύτες στις Κάτω Χώρες, οι Royal Marines στο Ηνωμένο Βασίλειο και, μέχρι το 1993, οι πιλότοι καταδιωκτικών αεροπλάνων στη Δανία.

29 — Η μόνη χώρα η οποία, εκτός της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, δεν έχει ακόμη δεχθεί τις γυναίκες στις ένοπλες δυνάμεις της είναι η Ιταλική Δημοκρατία. Εδώ, πάντως, η έλλειψη εθελούσιας στρατιωτικής θητείας των γυναικών δεν οφείλεται σε απαγόρευση (συνταγματική ή εκτιθέμενη σε νόμο), αλλά στην αδράνεια του νομοθέτη. Πράγματι, σε αντιδιαστολή προς τις δυνάμεις της αστυνομίας κατά τον χρόνο της αποστρατιωτικοποιήσεώς τους το 1981, δεν εκδόθηκε ακόμη ειδική ρύθμιση με σκοπό τη συγκεκριμένη εφαρμογή της συνταγματικής αρχής της ίσης μεταχειρίσεως. Ένα σχέδιο νόμου με σκοπό την καθιέρωση εθελούσιας στρατιωτικής θητείας των γυναικών εγκρίθηκε από τη Βουλή στις 29 Σεπτεμβρίου 1999 (*Atto Camera* αριθ. 2970-B). Πλην εξαιρέσεων, το μέτρο αυτό θα έχει ως συνέπεια να γίνονται δεκτές εν γένει οι γυναίκες σε όλες τις μονάδες. Σύμφωνα με όσα ανέφερε ο εκπρόσωπος της Ιταλικής Κυβερνήσεως κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου, θα υπάρχουν εξαιρέσεις στις ειδικές περιπτώσεις κατά τις οποίες οι συνθήκες ή τα χαρακτηριστικά των αποστολών που ανατίθενται στους στρατιώτες είναι τέτοια ώστε η χρησιμοποίηση γυναικών ουδόλως συνιστάται (νομίζω ότι υπάρχει εν προκειμένω κάποια ομοιότητα με την περίπτωση των Royal Marines που εξετάστηκε προσφάτως στην υπόθεση Sirdar).

που περιέχονται στις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 2 της οδηγίας αντιστοίχως και η οποία πρέπει να διευκρινιστεί ώστε να οριοθετηθεί σαφέστερα το πεδίο εφαρμογής της επιφυλάξεως που διατυπώνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2. Όπως παρατηρήθηκε στη θεωρία [30], το άρθρο 2, παράγραφος 2, αφορά τη συνέπεια που έχει, *κατά την άσκηση* συγκεκριμένης επαγγελματικής δραστηριότητας, το φύλο *στα πρόσωπα εκτός της εργαζομένης (ή του εργαζομένου)*, ενώ η διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 3 — όπως είδαμε — έχει ως αντικείμενο τη συνέπεια που έχει ορισμένη εργασία *στην ίδια την εργαζομένη*. Η ίδια η νομολογία του Δικαστηρίου συνηγορεί υπέρ της διακρίσεως αυτής.

18. Στην υπόθεση Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ο σεβασμός που οφείλεται στην *ευαισθησία της ασθενούς* είχε ως συνέπεια να θεωρήσει το Δικαστήριο ως νόμιμους ορισμένους περιορισμούς που επιβάλλονται μόνο στους άνδρες όσον αφορά τη δραστηριότητα της μαίας [31]. Στην υπόθεση Johnston, ο αποκλεισμός των γυναικών από τα ένοπλα σώματα της βρετανικής αστυνομίας που στάθμευαν στη Βόρεια Ιρλανδία έγινε δεκτός διότι η παρουσία τους θα μπορούσε να συμβάλει στην αύξηση των κινδύνων επιθέσεων, σε βάρος των απαιτήσεων της *δημόσιας ασφάλειας*, πράγμα που επιφέρει ζημία για όσους ζουν στη ζώνη αυτή της χώρας [32].

30 — Βλ. C. Kilpatrick, «How long is a piece of string? European regulation of the post-birth period», σε *Sex Equality Law in the European Union*, έκδ. T. Hervey και D. O'Keefe, Wiley, 1996, κεφάλαιο 6, σημείωση 26.

31 — Βλ. σκέψεις 18 και 20.

32 — Σκέψη 36 της αποφάσεως, όπου το Δικαστήριο — στο τέλος της αναλύσεως που πραγματοποίησε για να εξακριβώσει την εφαρμογή του άρθρου 2, παράγραφος 2, που επικαλέστηκε το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος — έκρινε ότι «δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο ότι, σε κατάσταση σοβαρών εσωτερικών ταραχών, η οπλοφορία των γυναικών αστυνομικών μπορεί να δημιουργήσει πρόσθετους κινδύνους επιθέσεων κατ' αυτών και μπορεί, *ως εκ τούτου, να είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις της δημόσιας ασφάλειας*» (η υπογράμμιση είναι δική μου). Το Δικαστήριο δεν δέχθηκε τον αποκλεισμό των γυναικών από τα σώματα της αστυνομίας που οπλοφορούν ως μέτρο προοριζόμενο, *σε τελική ανάλυση*, να μην τις εκθέσει στον κίνδυνο επιθέσεων (δεν μπορώ, κατά συνέπεια να συμμεριστώ την απογοήτευση που εξέφρασε ως προς το σημείο αυτό ο H. Fenwick, «Special Protections for Women in European Union Law», στο *Sex Equality Law in the European Union*, όπ.π., σ. 63 έως 70, ο οποίος θεωρεί ότι το Δικαστήριο δεν δικαιολόγησε τη σημασία της γυναικείας ευαισθησίας σε σχέση με το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας). Αντιθέτως, ο πραγματικός λόγος για τον οποίο, κατ' εμέ, το Δικαστήριο θεώρησε την εξαίρεση αυτή ως, κατ' αρχήν, δικαιολογημένη (υπό την επιφύλαξη τηρήσεως του κριτηρίου της αναλογικότητας, βλ. σκέψη 38) δεν ήταν τόσο η φερόμενη αδυναμία των γυναικών θεωρούμενη αφ' εαυτής, ούτε γενική βούληση να αποφευχθεί προς όφελός τους το ενδεχόμενο να αποτελέσουν αντικείμενο επιθέσεων, όσο ο φόβος των βρετανικών αρχών ότι αν οι γυναίκες ήσαν οπλισμένες με πυροβόλα όπλα «στο πλαίσιο μιας κατάστασης σοβαρών εσωτερικών ταραχών» (σκέψη 35), θα διέτρεχαν τον κίνδυνο να καταστούν συχνότερα στόχοι επιθέσεων, τα δε όπλα τους να περιέλθουν στην κατοχή των προσβολέων (βλ., στην έκθεση ακροατηρίου, τους ισχυρισμούς της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου, Συλλογή 1986, σ. 1672). Ο τελευταίος αυτός κίνδυνος, θεωρούμενος αφ' εαυτού, ήταν αντίθετος προς τις απαιτήσεις της δημόσιας ασφάλειας, δηλαδή προς τις μόνες απαιτήσεις οι οποίες, ενόψει των συνθηκών ασκήσεως της ειδικής εν λόγω επαγγελματικής δραστηριότητας, μπορούσαν να καταστήσουν καθοριστικό το ανδρικό φύλο: «(...) η οπλοφορία των γυναικών αστυνομικών [μπορεί] να δημιουργήσει πρόσθετους κινδύνους επιθέσεων κατ' αυτών και *[μπορεί] ως εκ τούτου* να είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις της δημόσιας ασφάλειας» (σκέψη 36· η υπογράμμιση είναι δική μου).
Τα ανωτέρω καθίστανται προφανέστερα λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που υποδεικνύει το Δικαστήριο ώστε ο εθνικός δικαστής να ελέγξει, αντιπαραθέτοντάς τα, εάν ο αποκλεισμός αυτός τηρεί την αρχή της αναλογικότητας. Τα στοιχεία αυτά είναι, αφενός, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως που διατυπώνει το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας και, αφετέρου, οι απαιτήσεις της δημόσιας ασφάλειας: «[εν προκειμένω, η αρχή της αναλογικότητας] απαιτεί την εναρμόνιση, στο μέτρο του δυνατού, της αρχής της ίσης μεταχείρισης με τις απαιτήσεις της δημόσιας ασφάλειας *που είναι καθοριστικές* για τις συνθήκες ασκήσεως της εν λόγω δραστηριότητας» [σκέψη 38· η υπογράμμιση είναι δική μου· σύμφωνα με το αγγλικό κείμενο της αποφάσεως: «(...) with the requirements of public safety *which constitute the decisive factor* as regards the context of the activity in question]». Κανένα σημείο της αποφάσεως του Δικαστηρίου δεν καθιστά δυνατό το συμπέρασμα ότι το Δικαστήριο μεριμνούσε για την προστασία των γυναικών.
Σημειωτέον, τέλος, ότι, λαμβανομένων υπόψη των προπαρατεθεισών σκέψεων 36 και 38 της αποφάσεως Johnston, το Δικαστήριο δεν φαίνεται να συμμερίζεται την άποψη του γενικού εισαγγελέα Darmon, δηλαδή ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας, οι επιταγές σχετικά με την προστασία της γυναίκας — «κοινωνικής φύσεως (πολιτιστικές, πολιτικές, κ.λπ.)» — που είναι διαφορετικές από αυτές που εμπίπτουν στο άρθρο 2, παράγραφος 3, μπορούν νόμιμα να οδηγούν τις αρχές ενός κράτους μέλους στο να επιφυλάσσουν ορισμένες δραστηριότητες σχετικά με την τήρηση της τάξεως σε άτομα του ενός μόνο φύλου (βλ. σημείο 9 των προτάσεων· συναφώς, βλ. επίσης το σημείο 20 των προτάσεων αυτών).

Στην υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας (318/86), το Δικαστήριο έκρινε δικαιολογημένες, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας, τις διακεκριμένες προσλήψεις μεταξύ ανδρών και γυναικών υποψηφίων, τόσο για τη δραστηριότητα του προσωπικού φυλάξεως σε σωφρονιστήριο, η οποία συνεπάγεται τακτική επαφή με τους κρατουμένους, όσο και για τη δραστηριότητα του προϊσταμένου φυλάξεως, που είναι επιφορτισμένος με τη διεύθυνση του σωφρονιστηρίου, λαμβανομένης υπόψη της επαγγελματικής πείρας που αποκτάται στο σώμα των φυλάκων και που είναι χρήσιμη για την άσκηση δραστηριότητας η οποία συνεπάγεται τη διεύθυνση όλων των άλλων φυλάκων [33]. Τέλος, στην υπόθεση Sirdar, κατέληξα ότι, κατ' αρχήν, μια πολιτική που προβλέπει την πρόσληψη μόνον ανδρών στο σώμα επιλέκτων των Royal Marines μπορούσε να θεωρηθεί δικαιολογημένη, εφόσον δεν ήταν δυνατόν να αποκλειστεί ότι η πρόσληψη των γυναικών θα μπορούσε να έχει αρνητικές συνέπειες στο ηθικό και στη συνοχή των *στρατιωτών σε ομάδες καταδρομών*, διακυβεύοντας κατά τον τρόπο αυτό το αξιόμαχό τους, σε βάρος, σε τελική ανάλυση, των επιταγών *άμυνας του Ηνωμένου Βασιλείου* [34].

19. Εν κατακλείδι, δεδομένης της σημασίας που πρέπει να αποδοθεί στο άρθρο 2, παράγραφος 2, δεν νομίζω ότι η δικαιολογία που προβάλλει η Γερμανική Κυβέρνηση αρκεί για να νομιμοποιήσει την απαγόρευση που διατυπώνεται στο άρθρο 12a του ΘΝ. Πράγματι, οι γερμανικές αρχές δεν προσκόμισαν καμία διευκρίνιση όσον αφορά το γιατί, στο ειδικό περιβάλλον εργασίας για το οποίο πρόκειται, το ανδρικό φύλο αποδεικνύεται (λαμβανομένων υπόψη των *όρων ασκήσεως* της δραστηριότητας που ανατέθηκε στην Bundeswehr ή των σχέσεων που δημιουργούνται μεταξύ στρατιωτών) κατ' ανάγκη καθοριστικό. Κατ' ουσίαν, η Γερμανική Κυβέρνηση ουδόλως προέβαλε λόγους όπως αυτοί που ανέπτυξε η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου στην υπόθεση Sirdar, που είναι οι μόνοι οι οποίοι, βάσει προσεκτικής εξετάσεως, με οδήγησαν στην υπόθεση εκείνη να μην αποκλείσω — έστω κατ' αρχήν, επιφυλασσόμενος ως προς συγκεκριμένο έλεγχο της τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας — ότι τα ουσιαστικά κριτήρια προσλήψεως των Royal Marines είναι δυνατόν να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας [35].

4 — Παρεκκλίσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως: άρθρο 2, παράγραφος 2, σε συνδυασμό με το άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας

20. Ανέφερα ήδη ότι, κατά τον γενικό εισαγγελέα Darmon, «οι επιταγές σχετικά με την προστασία της γυναίκας που είναι κοινωνικής φύσεως (πολιτιστικές, πολιτικές, κ.λπ.)» θα

33 — Βλ. σκέψεις 12 έως 17.

34 — Στην υπόθεση Sirdar, παρατήρησα, κατ' αρχάς, ότι «ο πυρήνας της επιχειρηματολογίας του Ηνωμένου Βασιλείου για να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό των γυναικών από τους Royal Marines λόγω επιτακτικών αναγκών σχετικών με το αξιόμαχο έγκειται στον φόβο ότι η συμμετοχή των γυναικών μπορεί να έχει επίπτωση "στο ηθικό και στη συνοχή" των ομάδων καταδρομέων (των "fire teams")» και θεώρησα ότι οι παρατηρήσεις του εκπροσώπου της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου, οι οποίες περιέχονται σε ένα έγγραφο υποβληθέν ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης είχαν *αμφίς «κοινωνικότερη χροιά»*. Αφετέρου διερωτήθηκα «αν είναι δυνατόν να ελεγχθεί (...) αν το αξιόμαχο μπορεί να διασφαλισθεί ακόμη και οσάκις γίνονται δεκτές γυναίκες, λαβανομένου προπάντων υπόψη του τρόπου κατά τον οποίο οι άνδρες συμπολεμιστές τους πράγματι *αντιλαμβάνονται* την παρουσία τους» (σημείο 45· η υπογράμμιση δεν περιλαμβάνεται στο πρωτότυπο).

35 — Βλ. σημείο 34 των προτάσεών μου στην υπόθεση Sirdar.

μπορούσαν να έχουν σημασία για την εφαρμογή του άρθρου 2, παράγραφος 2, δυνάμει του άρθρου 9, παράγραφος 2 [36], της οδηγίας, κατά το οποίο τα κράτη μέλη πρέπει να εξετάζουν περιοδικά αν δικαιολογείται η διατήρηση των εξαιρέσεων που επιτρέπονται βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 2, «λαμβάνοντας υπόψη την κοινωνική εξέλιξη». Όπως προκύπτει, τα επιχειρήματα που προβάλλουν για την άμυνά τους οι γερμανικές αρχές, καίτοι δεν στηρίζονται ρητώς στο άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας, φαίνονται να απηχούν τη σκέψη του γενικού εισαγγελέα Darmon. Αν γινόταν δεκτός ο προσανατολισμός αυτός, το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 2, θα οριζόταν πάντως βάσει στοιχείου που δεν έχει καμία σχέση με τους δύο μοναδικούς παράγοντες που η διάταξη αυτή ορίζει ως κρίσιμους προκειμένου να επιτραπούν οι παρεκκλίσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως: τη «φύση» και τις «συνθήκες ασκήσεως» ορισμένων επαγγελματικών δραστηριοτήτων. Επομένως, θα καταλήγαμε σε ευρεία ερμηνεία της επιφυλάξεως ως προς την οποία το Δικαστήριο, αντιθέτως, ενώ τη θεωρεί ως εξαίρεση, έκρινε ότι πρέπει να αποτελέσει το αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας, όπως το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας [37]. Κατ' ουσίαν, η ένταξη των «επιταγών κοινωνικής φύσεως» γενικού χαρακτήρα (μεταξύ των οποίων η επιταγή που συνίσταται στην προστασία της γυναίκας σε περιπτώσεις άσχετες προς το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας) στη διαδικασία ερμηνείας της επίμαχης διατάξεως θα είχε, κατ' εμέ, ως συνέπεια την πρόκληση συγκεκριμένου κινδύνου, ο οποίος έγκειται στο να χάσει η οδηγία στο σύνολό της την πρακτική αποτελεσματικότητά της. Με την έκδοση της οδηγίας αυτής, η Κοινότητα είχε σκοπό να πραγματοποιήσει την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών — ή ορθότερα «*να προωθήσει* την εναρμόνιση με στόχο την πρόοδο των συνθηκών διαβιώσεως και εργασίας του εργατικού δυναμικού» [38] —, ένα από τα θεμελιώδη δικαιώματα του ανθρώπου [39], το οποίο αποτελεί τώρα το αντικείμενο ειδικών διατάξεων ακόμη και στο επίπεδο του πρωτογενούς δικαίου [40]. Το ορθό κριτήριο ερμηνείας του άρθρου 2, παράγραφος 2, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 9, παράγραφος 2, δεν είναι, κατά συνέπεια, εκείνο που πρότεινε ο γενικός εισαγγελέας Darmon.

36 — Βλ. υποσημείωση 32 in fine, όπου αναφέρω εντούτοις ότι το Δικαστήριο δεν συμμερίστηκε την άποψη αυτή.

37 — Βλ. απόφαση Johnston, σκέψεις 36 και 44.

38 — Βλ. την τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας (η υπογράμμιση είναι δική μου).

39 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 15ης Ιουνίου 1978, 149/77, Defrenne (Συλλογή τόμος 1978, σ. 419, σκέψη 27), της 20ής Μαρτίου 1984, 75/82 και 117/82, Razzouk και Beydoun κατά Επιτροπής (Συλλογή 1984, σ. 1509, σκέψη 16), της 26ης Φεβρουαρίου 1986, 151/84, Roberts (Συλλογή 1986, σ. 703, σκέψη 35), της 26ης Φεβρουαρίου 1986, 152/84, Marshall (Συλλογή 1986, σ. 723, σκέψη 36), της 26ης Φεβρουαρίου 1986, 262/84, Beets-Proper (Συλλογή 1986, σ. 773, σκέψη 38), Johnston, σκέψη 38, της 2ας Αυγούστου 1993, C-158/91, Levy (Συλλογή 1993, σ. I-4287, σκέψη 16), και της 30ής Απριλίου 1996, C-13/94, P/S (Συλλογή 1996, σ. I-2143, σκέψη 19).

40 — Όσον αφορά την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, το κοινοτικό κανονιστικό πλαίσιο εμπλουτίστηκε με σημαντικούς νεωτερισμούς, καίτοι μεταγενέστερους των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως της κύριας δίκης. Η Συνθήκη του Άμστερνταμ, της 2ας Οκτωβρίου 1997, προσέθεσε μια νέα τέταρτη αιτιολογική σκέψη στη Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση, κατά την οποία τα κράτη μέλη επιβεβαιώνουν «την προσήλωσή τους στα θεμελιώδη κοινωνικά δικαιώματα, όπως ορίζονται από τον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη που υπογράφηκε στο Τορίνο στις 18 Οκτωβρίου 1961 και τον Κοινοτικό Χάρτη των θεμελιωδών κοινωνικών δικαιωμάτων των εργαζομένων του 1989». Οι δύο αυτοί χάρτες κατοχυρώνουν το δικαίωμα της ισότητας ευκαιριών και της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών. Ιδίως, δυνάμει των τροποποιήσεων που εισήγαγε η Συνθήκη του Άμστερνταμ, στο πλαίσιο της Συνθήκης ΕΚ, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών δεν περιορίζεται πλέον στις πτυχές της εργασιακής σχέσεως που αφορούν την αμοιβή (βλ. άρθρο 119 της Συνθήκης ΕΚ· τα άρθρα 117 έως 120 της Συνθήκης ΕΚ αντικαταστάθηκαν από τα άρθρα 136 ΕΚ έως 143 ΕΚ), αλλά κατέστη, χάρη σε σειρά διατάξεων «προγραμματικού» χαρακτήρα, αρχή που εμπνέει τη δράση της Κοινότητας και στόχο της Κοινότητας. Πράγματι, μεταξύ των τροποποιήσεων που επέφερε στη Συνθήκη ΕΚ η Συνθήκη του Άμστερνταμ στον τομέα αυτό περιλαμβάνονται ακόμη: το νέο κείμενο του άρθρου 2 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 2 ΕΚ), το οποίο, μεταξύ των διαφόρων αποστολών που ανατίθενται στην Κοινότητα, κάνει μνεία της αποστολής που συνίσταται στην προώθηση «της ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών»· η νέα παράγραφος 2 του άρθρου 3 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 3 ΕΚ, το οποίο απαριθμεί τις αρμοδιότητες της Κοινότητας), δυνάμει της οποίας «σε όλες τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παρόν άρθρο η Κοινότητα επιδιώκει να εξαλειφθούν οι ανισότητες και να προαχθεί η ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών»· για την επίτευξη των κοινωνικών στόχων που απαριθμούνται στο άρθρο 117 της Συνθήκης ΕΚ (τα άρθρα 117 έως 120 της Συνθήκης ΕΚ αντικαταστάθηκαν από τα άρθρα 136 ΕΚ έως 143 ΕΚ) — μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται η προώθηση της απασχολήσεως και η βελτίωση των συνθηκών διαβιώσεως και εργασίας — το νέο άρθρο 118 της Συνθήκης ΕΚ αναθέτει στην Κοινότητα την αποστολή να υποστηρίζει και να συμπληρώσει τη δράση των κρατών μελών σχετικά με τις διάφορες πτυχές της εργασίας, ιδίως «την ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά τις ευκαιρίες στην αγορά εργασίας και τη μεταχείριση στην εργασία» (βλ. P. Mori, «La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam», σε *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, σ. 571).

21. Εν πάση περιπτώσει, έχω ήδη αναφέρει, στα σημεία 15 έως 19, την αφετηρία της ερμηνείας των επιμάχων διατάξεων. Επαναλαμβάνω εδώ όσα εξέθεσα για να καταδείξω ότι ο συνυπολογισμός της «κοινωνικής εξελίξεως» μπορεί να βοηθήσει τον ερμηνευτή ο οποίος πρέπει να καθορίσει τις συνέπειες — σε άλλα πρόσωπα εκτός του εργαζομένου — που πρέπει να ληφθούν υπόψη προκειμένου να καθοριστεί αν το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας για την άσκηση συγκεκριμένης επαγγελματικής δραστηριότητας. Το Δικαστήριο φαίνεται ότι έχει ήδη αποφανθεί υπό την έννοια αυτή. Στην απόφαση Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου εξέτασε, λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις του άρθρου 2, παράγραφος 2, σε συνδυασμό με το άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας, εθνική νομοθεσία που ενέχει δυσμενείς διακρίσεις. Η υπόθεση αφορούσε *ειδικές, περιορισμένες* διαφορές μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά τη δραστηριότητα της μαίας [41]. Για να δικαιολογήσει τη νομοθεσία της, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου απέδειξε στο Δικαστήριο ότι την είχε υποβάλει σε περιοδική επανεξέταση, συνοδευόμενη την τελευταία φορά από ευρεία διαβούλευση, με αντικείμενο δύο μελέτες σχετικά με τους άνδρες μαίες, με τις αρμόδιες για την υγεία αρχές, τις ενδιαφερόμενες επαγγελματικές ενώσεις και άλλες οργανώσεις [42]. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο έκρινε ότι οι βαλλόμενες από την Επιτροπή διατάξεις δεν αντέκειντο στο άρθρο 2, παράγραφος 2, δεδομένου ότι, λαμβανομένης υπόψη της κοινωνικής εξελίξεως (σαφώς αποδεδειγμένης) στο οικείο κράτος μέλος, αν παρεχόταν στους άνδρες η δυνατότητα προσβάσεως στο επάγγελμα της μαίας και η άσκηση αυτού χωρίς επιφύλαξη, το μέτρο αυτό θα είχε αρνητικές συνέπειες στις ασθενείς, ενώ «επιβάλλεται ιδιαίτερα ο σεβασμός της ευαισθησίας της εγκύου» (σκέψη 18) [43]. Κατά το Δικαστήριο, «θα πρέπει να αναγνωριστεί ότι ιδιαίτερες προσωπικές ευαισθησίες μπορούν *ακόμη* να διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο στις *σχέσεις μεταξύ της μαίας και της εγκύου που περιθάλπει*. Υπό τις συνθήκες αυτές, διαπιστώνεται ότι, παραλείποντας να εφαρμόσει πλήρως την αρχή [της ίσης μεταχειρίσεως] που καθορίζει η οδηγία, το Ηνωμένο Βασίλειο δεν υπερέβη τα όρια της ευχέρειας που αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη από το άρθρο 9, παράγραφος 2, και το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας» (σκέψη 20· η υπογράμμιση είναι δική μου). Νομίζω πράγματι ότι είναι δυνατή η διαπίστωση κάποιας οχέσεως μεταξύ της περιπτώσεως της μαίας και των ασθενών της και της περιπτώσεως των στρατιωτών των ομάδων καταδρομέων των Royal Marines [44]: και στις δύο περιπτώσεις δεν είναι δυνατόν να αποκλειστούν οι επιπτώσεις που — λαμβανομένης υπόψη της προσωπικής ευαισθησίας των ενδιαφερομένων, η οποία σαφώς θα εξελιχθεί με τον χρόνο — το φύλο μπορεί να έχει στις σχέσεις μεταξύ προσώπων τα οποία, κατά την άσκηση συγκεκριμένης επαγγελματικής δραστηριότητας, βρίσκονται σε στενή επαφή.

41 — Οι άνδρες δεν είχαν το δικαίωμα παρακολουθήσεως μαθημάτων σχετικών με την εκπαίδευση μαιών παρά μόνο στα ιδρύματα που είχε αναγνωρίσει ο αρμόδιος υπουργός (το ένα στο Λονδίνο και το άλλο στο κέντρο της Σκωτίας) και η άσκηση από άνδρα του επαγγέλματος της μαίας ήταν δυνατή μόνον εκεί όπου όριζε ο υπουργός, δηλαδή σε τέσσερα νοσοκομεία στο Λονδίνο και στο Εδιμβούργο (βλ. προτάσεις της γενικής εισαγγελέα Rozès, Συλλογή 1983, σ. 3458).

42 — Βλ. προτάσεις της γενικής εισαγγελέα Rozès, Συλλογή 1983, σ. 3458. Σημειωτέον παρεμπιπτόντως ότι η Γερμανική Κυβέρνηση δεν παρέσχε την παραμικρή απόδειξη περί του ότι είχε επανεξετάσει, τουλάχιστον περιοδικά, τις ενέχουσες δυσμενή διάκριση διατάξεις, υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 2, της οδηγίας. Η απόφαση Sanitätsdienst του 1996, στην οποία γίνεται παραπομπή (βλ. υποσημείωση 6), επαναλαμβάνει απλώς τους λόγους που οδήγησαν ιστορικά τον συνταγματικό νομοθέτη να προβλέψει, σαράντα έτη νωρίτερα, την «υποχρέωση» προστασίας των γυναικών κατά τον πλέον εκτεταμένο τρόπο.

43 — Η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου ενέμεινε στον ειδικό χαρακτήρα του επαγγέλματος της μαίας, φοβούμενη ότι ορισμένες γυναίκες (ή οι σύζυγοί τους) μπορούν να αρνούνται τις υπηρεσίες ανδρών μαιών και υπογράμμισε τον ιδιαίτερο ρόλο των μαιών — «μόνες τους, ιδίως τη νύχτα, στο μαιευτήριο ενός νοσοκομείου και, κυρίως, στην κατοικία των ασθενών» — κατά τις περιόδους πριν και κυρίως μετά τον τοκετό όσον αφορά τις φροντίδες που προϋποθέτουν ιδιαίτερη οικειότητα (βλ. προτάσεις της γενικής εισαγγελέα Rozès, Συλλογή 1983, σ. 3458 και 3459).

44 — Παραπέμπω στα αποσπάσματα των προτάσεών μου στην υπόθεση Sirdar τα οποία παρέθεσα στην υποσημείωση 34.

22. Η επιφύλαξη που διατυπώνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας ουδόλως επιτρέπει διαφορετική μεταχείριση βάσει γενικών θεωρήσεων κοινωνικής ή πολιτικής φύσεως. Οι δυσμενείς διακρίσεις λόγω φύλου δεν αποκλείονται κατ' αρχήν, αλλά θεωρούνται δικαιολογημένες μόνον εφόσον ο εθνικός νομοθέτης τις προέβλεψε λόγω ειδικών απαιτήσεων, *που συνδέονται στενά* με τη φύση ή τις συνθήκες ασκήσεως ενός επαγγέλματος, που απορρέουν ενδεχομένως από τον πολιτιστικό ιστό μιας χώρας σε δεδομένη στιγμή της ιστορίας. Επιπλέον, πρέπει να πρόκειται εν πάση περιπτώσει για καθοριστικές απαιτήσεις για την άσκηση της επίμαχης ειδικής επαγγελματικής δραστηριότητας.

23. Η ορθή ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 2, παράγραφος 2, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 9, παράγραφος 2, της οδηγίας έχει ως συνέπεια τη διαπίστωση ότι υπάρχουν άλλοι λόγοι για τους οποίους αποκλείεται η δυνατότητα δικαιολογήσεως των ανισοτήτων μεταχειρίσεως λόγω φύλου με απλή επίκληση των γενικών πολιτικών απαιτήσεων προστασίας της γυναίκας, ακόμη, στην προκειμένη περίπτωση, και κατά των κινδύνων στους οποίους μπορούν να εκτεθούν οι «μαχητές». Θα παρατηρήσω κατ' αρχάς, για να διευκρινίσω την άποψή μου, ότι η αποδοχή της απόψεως των γερμανικών αρχών θα κατέληγε να στερήσει τη διάταξη του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας από κάθε πρακτική αποτελεσματικότητα, αν όχι από τον ίδιο τον λόγο υπάρξεώς της [45]. Ο λόγος είναι ότι δεν θα ήταν δυνατόν να διευκρινιστεί γιατί ο κανόνας αυτός πρέπει να εφαρμοστεί αυστηρά μόνο στις περιπτώσεις βιολογικής προστασίας της γυναίκας. Επιπλέον, το άρθρο 2, παράγραφος 3, έχει συνέπειες για την εμβέλεια του άρθρου 3, παράγραφος 2, στοιχείο γ, της οδηγίας [46], όπως εξέθεσε το Δικαστήριο, οπότε, αν γινόταν δεκτή η άποψη της Γερμανικής Κυβερνήσεως, η διάταξη αυτή θα στερούνταν κάθε πρακτικής αποτελεσματικότητας. Επιπλέον, όπως παρατήρησα, το Δικαστήριο περιορίζει την εξαίρεση — και πρόκειται για πάγια νομολογία — *αποκλειστικά* στις διαφορές μεταχειρίσεως που δικαιολογούνται από την ανάγκη διασφαλίσεως της «βιολογικής προστασίας της γυναίκας» (βλ. σημείο 13). Η εξαίρεση αυτή έχει διαμορφωθεί κατά τον τρόπο αυτό και, κατά συνέπεια, όπως η επιφύλαξη που διατυπώνεται στο άρθρο 2, παράγραφος 2 (την οποία το Δικαστήριο χαρακτηρίζει επίσης, επαναλαμβάνω, ως εξαίρεση), πρέπει να αποτελέσει το αντικείμενο συστολικής ερμηνείας [47]. Εξάλλου, το Δικαστήριο έχει ήδη απορρίψει σαφώς την άποψη ότι το άρθρο 2, παράγραφος 3, θα μπορούσε να δικαιολογήσει διαφορετική μεταχείριση «προστατευτικής» φύσεως, της οποίας ο λόγος υπάρξεως θα μπορούσε να εξομοιωθεί με πολιτικό σκοπό επιδιωκόμενο εν προκειμένω από τον Γερμανό συνταγματικό νομοθέτη: την κοινή γνώμη. Στην υπόθεση Johnston, το Δικαστήριο έκρινε ότι «[το άρθρο 2, παράγραφος 3], της οδηγίας δεν επιτρέπει (...) τον αποκλεισμό των γυναικών από θέση για τον λόγο ότι *η κοινή γνώμη απαιτεί* να προστατεύονται περισσότερο από τους άνδρες έναντι κινδύνων που αφορούν καθ' όμοιο τρόπο άνδρες και γυναίκες και οι οποίοι διακρίνονται από τις συγκεκριμένες ανάγκες προστασίας της γυναίκας (...)» (σκέψη 44· η υπογράμμιση είναι δική μου). Νομίζω επομένως ότι, υπό το πρίσμα αυτό, η οδηγία απαγορεύει *κάθε* μέτρο που ενέχει δυσμενείς διακρίσεις «προστατε-

45 — Όσον αφορά την ανάγκη εξασφαλίσεως της πλήρους πρακτικής αποτελεσματικότητας του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας, βλ. τις αποφάσεις Habermann-Beltermann, προπαρατεθείσα, σκέψη 24, και της 29ης Μαΐου 1997, C-400/95, Larsson (Συλλογή 1997, σ. I-2757, σκέψη 22).

46 — Βλ. απόφαση Johnston, σκέψη 44. Δυνάμει του άρθρου 3, παράγραφος 2, της οδηγίας «[για να διασφαλιστεί η απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο], τα κράτη μέλη λαμβάνουν [εντός τεσσάρων ετών από της κοινοποιήσεως της οδηγίας· βλ. άρθρο 9, παράγραφος 1] τα αναγκαία μέτρα ώστε: (...) γ) να αναθεωρηθούν εκείνες οι (...) διατάξεις που είναι αντίθετες προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, εφόσον δεν υφίστανται πλέον οι λόγοι προστασίας που τις δικαιολογούσαν (...)».

47 — Βλ. απόφαση Johnston, σκέψη 44.

υτικής» φύσεως το οποίο δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 3 [48].

24. Η αποδοχή της αντίθετης θέσεως, θα είχε ως συνέπεια, άλλωστε, τη διατήρηση της περιθωριοποιήσεως των γυναικών σε ορισμένους μόνο τομείς της Bundeswehr, με κίνδυνο να διατηρηθεί το παλαιό στερεότυπο της διακρίσεως μεταξύ των φύλων [49]. Στα ανωτέρω προστίθεται, όπως παρατήρησε η γερμανική θεωρία, η άρνηση της ηθικής ανεξαρτησίας της γυναίκας, που απορρέει από την αδυναμία να παράσχει υπηρεσία επί εθελουσίας βάσεως [50].

48 — Υπό την ίδια έννοια, βλ. για παράδειγμα, H. Fenwick, όπ.π., σ. 79.

49 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, τις αποφάσεις του Bundesverfassungsgericht (Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο, Γερμανία) της 28ης Ιανουαρίου 1992, για την απαγόρευση της νυκτερινής εργασίας (Nachtarbeitsverbot) των γυναικών (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 και 10/91, *BVerfGE*, τόμος 85, σ. 191 έως 207), και της 24ης Ιανουαρίου 1995, με την οποία κρίθηκε αντισυνταγματικός ο αποκλεισμός των γυναικών από την υποχρεωτική υπηρεσία στο σώμα των πυροσβεστών (Feuerwehrdienstpflicht· 1 BvL 18/93 και 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, *BVerfGE*, τόμος 92, σ. 91). Πράγματι, το θέμα της προστασίας των γυναικών είναι ένα θέμα που συζητάται πολύ συχνά στο γερμανικό εργατικό δίκαιο (βλ. R. Harvey, «Equal Treatment of Men and Women in the Work Place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany», σε *The American Journal of Comparative Law*, 1990, σ. 31). Το ότι η «προστασία» αυτή μπορεί ενδεχομένως να υποβιβάσει τη γυναίκα στον παραδοσιακό ρόλο της συζύγου και της μητέρας προκύπτει από την επιμονή με την οποία ακόμη το 1992 — δηλαδή ένα έτος μετά την απόφαση Stoeckel (βλ. υποσημείωση 20) με την οποία το Δικαστήριο έκρινε για πρώτη φορά ότι η απαγόρευση της νυκτερινής εργασίας των γυναικών συνεπαγόταν αδικαιολόγητη δυσμενή διάκριση — ο Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (ομοσπονδιακός υπουργός εργασίας και κοινωνικών υποθέσεων) υποστήριξε την αρχή της Nachtarbeitsverbot, που ανάγεται σε νόμο του 1891. Από την προπαρατεθείσα απόφαση του Bundesverfassungsgericht, με την οποία η αρχή της υπεροχής της οδηγίας έναντι των ασυμβίβαστων προς αυτήν εθνικών διατάξεων κατοχυρώνεται σαφώς, προκύπτει ότι η διοίκηση — προκαλώντας τις πλέον έντονες κριτικές της γερμανικής ομοσπονδίας των Γερμανίδων νομικών (Deutscher Juristinnenbund) και της ενώσεως των Γερμανίδων γυναικών (Deutscher Frauenring), που παρενέβησαν στη διαδικασία — προσπάθησε να δικαιολογήσει την επίμαχη απαγόρευση επικαλούμενη το γεγονός «οι γυναίκες έχουν πολύ συχνότερα από τους άνδρες την ευθύνη των τέκνων και των οικιακών εργασιών επιπλέον της επαγγελματικής τους δραστηριότητας» (όπ.π. σ. 200). Παρεμφερείς σκέψεις περιλαμβάνονται στην ανακοίνωση της Επιτροπής της 20ής Μαρτίου 1987, επί των προστατευτικών έναντι των γυναικών νομοθεσιών στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας COM(87) 105 τελικό, τμήμα I-I, σ. 5, στο εξής: ανακοίνωση.

50 — Βλ. Kokott (όπ.π., άρθρο 12a, αριθ. περιθ. 6).

5 — Η στηριζόμενη στο άρθρο 2, παράγραφος 2, παρέκκλιση αφορά τις ειδικές επαγγελματικές δραστηριότητες

25. Εν προκειμένω, η Επιτροπή και η Ιταλική Κυβέρνηση δέχθηκαν ότι, καίτοι ο αποκλεισμός των γυναικών από τις ένοπλες δυνάμεις που δικαιολογείται από την πρόθεση «προστασίας» επιτρέπεται κατ' αρχήν, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ως πράγματι νόμιμος παρά εφόσον αφορά ειδικές δραστηριότητες, των οποίων οι συνθήκες ασκήσεως περιλαμβάνουν συγκεκριμένα ιδιαίτερα υψηλούς κινδύνους, όπως αυτοί που υφίστανται στα ένοπλα σώματα της αστυνομίας σε περίπτωση εμφυλίου πολέμου ή σε σώμα επιλέκτων μονάδων εφόδου μιας χώρας (βλ. σημείο 14).

26. Πράγματι, κατά το Δικαστήριο, οι περιορισμοί της αρχής της μεταχειρίσεως που στηρίζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, μπορούν να αφορούν μόνον *συγκεκριμένες* επαγγελματικές δραστηριότητες [51]. Σε σχέση με γενική παρέκκλιση από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όσον αφορά τις απασχολήσεις στα ιδιωτικά νοικοκυριά, το Δικαστήριο απέκλεισε εντελώς, με την απόφαση Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου, τη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 2, καίτοι είναι «αναμφισβήτητο ότι, για ορισμένες απασχολήσεις σε ιδιωτικά νοικοκυριά, η δικαιολογία αυτή μπορεί να έχει καθοριστικό ρόλο» (σκέψη 14). Με την απόφαση της 30ής Ιουνίου 1988, 318/86, Επιτροπή κατά Γαλλίας, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν ήταν αρκούντως ειδική μια παρέκκλιση από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όσον αφορά τις γυναίκες η οποία ίσχυε όχι για το σύνολο των δυνάμεων της γαλλικής αστυνομίας, αλλά μόνον για πέντε

51 — Βλ. τις αποφάσεις Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου (σκέψεις 14 έως 16)· της 30ής Ιουνίου 1988, Επιτροπή κατά Γαλλίας (προπαρατεθείσα, σκέψη 25) και τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Sir Gordon Slynn στην υπόθεση αυτή (Συλλογή 1988, σ. 3570 και 3571), καθώς και τις προτάσεις μου στην υπόθεση Sirdar (σημεία 35 έως 37).

σώματα της αστυνομίας [52]: στην ουσία, κατά το Δικαστήριο, μόνον εάν έχουν εντοπιστεί *στα πλαίσια* των ειδικών αυτών μονάδων *συγκεκριμένες δραστηριότητες* για τις οποίες το φύλο συνιστά καθοριστικό παράγοντα επιτρέπονται οι παρεκκλίσεις δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας (σκέψεις 25 έως 30).

27. Εν προκειμένω, ο αποκλεισμός των γυναικών από την Bundeswehr δεν περιορίζεται σε ειδικές μονάδες, αλλά αφορά αδιακρίτως *όλους* τους τομείς εκτός των υγειονομικών υπηρεσιών και της στρατιωτικής μουσικής. Η Γερμανική Κυβέρνηση υποστήριξε, για να αμυνθεί, ότι η απαγόρευση είναι αναγκαίως γενική διότι όλες οι μάχιμες μονάδες μπορούν να χρησιμοποιηθούν κατά «διαλειτουργικό» τρόπο (βλ. σημείο 14), χωρίς δυνατότητα διακρίσεως μεταξύ των καθηκόντων που εκπληρώνονται στην πρώτη γραμμή (πλέον επικινδύνων) και αυτών που εκπληρώνονται στα μετόπισθεν (λιγότερο επικινδύνων). Με άλλους λόγους, η γενική διαλειτουργικότητα της Bundeswehr αρκεί για να καταστήσει ειδική την παρέκκλιση που προβλέπει τόσο το άρθρο 12a του ΘΝ όσο και οι διατάξεις που έχουν εκδοθεί βάσει του εν λόγω συνταγματικού κανόνα. Η εν λόγω αλληλεπίδραση (ή διαλειτουργικότητα) θυμίζει την εναλλαξιμότητα που χαρακτηρίζει τις αστυνομικές δυνάμεις — που αποτελούσαν αντικείμενο στην υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας (318/86) — η οποία, κατά τη Γαλλική Κυβέρνηση, μπορούσε να δικαιολογήσει το σύστημα προσλήψεως που χρησιμοποιήθηκε σε ορισμένα σώματα [53]. Πάντως, το σύστημα αυτό κρίθηκε ασυμβίβαστο προς την οδηγία, διότι ήταν αμφίβολο αν η αρχή της εναλλαξιμότητας είναι αναγκαία και εφαρμόζεται κατά συγκεκριμένο τρόπο. Η διαλειτουργικότητα που χαρακτηρίζει εν προκειμένω την Bundeswehr στο σύνολό της παρουσιάζει επίσης, από εννοιολογικής απόψεως, ορισμένες ομοιότητες με την διαλειτουργικότητα των Royal Marines. Κατά το αιτούν δικαστήριο στην υπόθεση Sirdar, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου είχε αποδείξει κατά αδιαμφισβήτητο τρόπο ότι η αρχή της διαλειτουργικότητας είχε πράγματι εφαρμοστεί κατά συνεπή τρόπο σε όλα τα μέλη των Royal Marines [54]· για τον λόγο αυτό θεώρησα ότι το ενέχον δυσμενείς διακρίσεις μέτρο που αποτελούσε το αντικείμενο της διαδικασίας εκείνης ήταν αρκούντως ειδικό, μέτρο το οποίο αφορούσε εντούτοις *όλες* τις θέσεις στους Royal Marines [55]. Εφαρμόζοντας τις αρχές που συνάγονται από την απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας (από τις οποίες εμπνεύστηκα στην υπόθεση Sirdar), νομίζω, επομένως, ότι η διαλειτουργικότητα στην οποία υπόκεινται οι στρατιώτες της Bundeswehr δεν αρκεί για να καταστήσει επιτρεπτή την επίμαχη δυσμενή διάκριση, δεδομένου ότι οι γερμανικές αρχές δεν απέδειξαν ότι αυτή συνιστούσε κανόνα που εφαρμόζεται πράγματι, σε όλες τις «μάχιμες» μονάδες, δηλαδή σε μονάδες εκτός των υγειονομικών υπηρεσιών και των σωμάτων στρατιωτικής μουσικής.

28. Επιπλέον, η διαλειτουργικότητα που ισχύει για το σύνολο των ενόπλων δυνάμεων δεν συμβιβάζεται με την αυξανόμενη εξειδίκευση των διαφόρων μονάδων, οι οποίες είναι εξοπλισμένες με διαρκώς περιπλοκότερα μέσα μάχης και των οποίων οι στρατιώτες εκπαιδεύονται συχνά σε στρατιωτικές τεχνικές κατάλληλες για

52 — Για τους αστυνομικούς επιθεωρητές, τους διοικητές και αξιωματικούς, τους αστυνόμους, τους ανακριτές, τους βαθμοφόρους και λοιπούς αστυνομικούς (βλ. Συλλογή 1988, σ. 3561 και 3562).

53 — Ως προς το σημείο αυτό βλ. τις σκέψεις που διατύπωσα στις προτάσεις μου για την υπόθεση Sirdar, σημείο 36.

54 — Βλ. σημείο 7 των προτάσεών μου.

55 — Βλ. σημεία 35 και 36 των προτάσεών μου.

ειδικό σώμα ή ειδική μονάδα. Επομένως, δεν φαίνεται πειστικός ο ισχυρισμός ότι κάθε «μαχητής» είναι δυνατόν να τοποθετηθεί σε διαφορετικές θέσεις από αυτές για τις οποίες εκπαιδεύτηκε και οι οποίες προϋποθέτουν, ενδεχομένως, τη χρήση όπλων που απαιτεί εξοικείωση η οποία δεν αποκτάται σε σύντομο χρονικό διάστημα. Αντιθέτως, οι Royal Marines υπόκεινται — χωρίς καμία εξαίρεση — στην ίδια μακρά και ειδική εκπαίδευση (που αποσκοπεί στη διασφάλιση της πληρέστερης διαλειτουργικότητας) και προορίζονται εν δυνάμει για τις ίδιες αποστολές. Στην περίπτωση αυτή, ακόμη και οι μάγειρες, όπως οι λοιποί στρατιώτες, πρέπει επίσης να υποβάλλονται τρεις φορές ετησίως σε εξέταση ώστε να διαπιστώνεται επί μονίμου βάσεως η φυσική τους κατάσταση [56].

29. Η έλλειψη εξειδικεύσεως που χαρακτηρίζει την παρέκκλιση από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως που διατυπώνεται στο άρθρο 12α του ΘΝ και στις διατάξεις που εκδόθηκαν βάσει του άρθρου αυτού φαίνεται να είναι αντίθετη προς τη νομολογία του Δικαστηρίου και υπό άλλο πρίσμα: οι δυσμενείς διακρίσεις προς στήριξη των οποίων γίνεται επίκληση της επιφυλάξεως του άρθρου 2, παράγραφος 2, πρέπει να είναι αρκούντως διαφανείς, ώστε να παρέχουν στην Επιτροπή τη δυνατότητα διενεργείας λυσιτελούς ελέγχου [57]. Εν προκειμένω, ενόψει του γενικού χαρακτήρα τους οι εθνικές διατάξεις τις οποίες αφορά το προδικαστικό ερώτημα δεν παρέχουν τη δυνατότητα να καθοριστεί αν όλες οι μονάδες στις οποίες δεν μπορούν να προσληφθούν οι γυναίκες «ανταποκρίνονται πράγματι στις ειδικές δραστηριότητες για την άσκηση των οποίων το φύλο αποτελεί κατά το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας παράγοντα αποφασιστικής σημασίας» [58]. Νομίζω, άλλωστε — και ας μου επιτραπεί να το επισημάνω — ότι η ίδια η Επιτροπή συνέβαλε στη διατήρηση της επίμαχης διαφορετικής μεταχειρίσεως. Κατά την παρούσα διαδικασία, το Δικαστήριο της απηύθυνε εγγράφως συγκεκριμένη ερώτηση, προκειμένου να εξακριβώσει κατά πόσον προέβη στον έλεγχο που προβλέπει το άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας, σχετικά με τις επαγγελματικές δραστηριότητες ως προς τις οποίες τα διάφορα κράτη μέλη (συμπεριλαμβανομένης της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας) αποκλείουν την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, της οδηγίας [59]. Όπως ήδη κατά το παρελθόν [60], η Επιτροπή δεν παρέχει κανένα συγκεκριμένο στοιχείο ως προς το σημείο αυτό.

30. Βάσει των ανωτέρω σκέψεων καταλήγω ότι η απαγόρευση που αποτελεί το αντικείμενο του παρόντος προδικαστικού ερωτήματος δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής ούτε του άρθρου 2, παράγραφος 2, ούτε του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας και, κατά συνέπεια, είναι ασυμβίβαστη προς αυτήν. Στην περίπτωση κατά την οποία το Δικαστήριο θα κατέληγε στο αντίθετο συμπέρασμα, θεωρώ πάντως σκόπιμο να προσθέσω ορισμένες σκέψεις επί του βασίμου της δικαιολογίας που προβάλλουν οι γερμανικές αρχές και επί της αναλογικότητας του συστήματος που έχουν

56 — Βλ. σημεία 6 και 7 των προτάσεών μου στην υπόθεση Sirdar.

57 — Βλ. απόφαση της 30ής Ιουνίου 1988, Επιτροπή κατά Γαλλίας (σκέψεις 25 και 26)· υπό την ίδια έννοια, κατ' ουσίαν, απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας (σκέψεις 36 επ.).

58 — Απόφαση της 30ής Ιουνίου 1988, Επιτροπή κατά Γαλλίας (σκέψη 27).

59 — Στην απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας (σκέψη 38), το Δικαστήριο αναφέρθηκε ρητά στην εν λόγω συγκεκριμένη εξουσία (και υποχρέωση) ελέγχου της Επιτροπής, θεματοφύλακα της Συνθήκης.

60 — Βλ. απόφαση Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 34.

υιοθετήσει. Αν το Δικαστήριο έκρινε ότι η οδηγία δεν απαγορεύει την επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση, το εθνικό δικαστήριο θα έπρεπε — στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων που προβλέπει το άρθρο 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 234 ΕΚ) — να εξακριβώσει αν η απόρριψη της αιτήσεως της T. Kreil μπορεί πράγματι να θεωρηθεί δικαιολογημένη και σύμφωνη προς την αρχή της αναλογικότητας [61]. Υπάρχει ένα πρώτο σημείο, προκριματικής φύσεως, στο οποίο θα ήθελα να επικεντρώσω την προσοχή μου. Οι γερμανικές αρχές θεωρούν ότι μπορούν να προσδιορίζουν κατά διακριτική ευχέρεια ποιες παρεκκλίσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως τις οποίες καθιερώνει η οδηγία μπορούν να προβλεφθούν για κοινωνικούς και πολιτιστικούς λόγους. Ποιο είναι όμως το έρεισμα του ισχυρισμού αυτού;

6 — Η λειτουργία της διακριτικής ευχέρειας κατά τον καθορισμό των παρεκκλίσεων από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως

31. Κατά τη Γερμανική Κυβέρνηση, η διακριτική ευχέρεια θεσπίσεως παρεκκλίσεων όπως τη διευκρίνισα προηγουμένως είναι δικαιολογημένη εν προκειμένω από ιστορικούς λόγους που εξηγούν την «ηθική υποχρέωση προστασίας των γυναικών», που προβλέπεται στο άρθρο 12a του ΘΝ. Οι γερμανικές αρχές συσχετίζουν πράγματι την παρούσα υπόθεση με την υπόθεση που εξέτασε το Δικαστήριο όσον αφορά τους περιορισμούς στην ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων τους οποίους επιβάλλουν λόγοι δημοσίας τάξεως, υπό την έννοια του άρθρου 48, παράγραφος 3, της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 39, παράγραφος 3, ΕΚ). Στις αποφάσεις Van Duyn [62] και Bouchereau [63], όπου θεωρήθηκε ότι «[όσον αφορά τη θέσπιση μέτρων απελάσεως κατά των αλλοδαπών] οι ειδικές συνθήκες που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν την προσφυγή στην έννοια της δημοσίας τάξεως μπορούν να ποικίλλουν από χώρα σε χώρα και από εποχή σε εποχή», το Δικαστήριο έκρινε ότι «πρέπει, ως προς το ζήτημα αυτό, να παρέχεται στις αρμόδιες εθνικές αρχές ένα περιθώριο εκτιμήσεως (...)» [64]. Δεν θα έλεγα πάντως ότι το ίδιο κριτήριο μπορεί και πρέπει να ισχύσει στην παρούσα υπόθεση.

32. Στην υπόθεση Sirdar, όπου το Ηνωμένο Βασίλειο είχε υποστηρίξει θέση παρεμφερή προς αυτήν που υποστηρίζει σήμερα η Γερμανική Κυβέρνηση, παρατήρησα ότι η νομολογία του Δικαστηρίου δεν επιβάλλει στο εθνικό δικαστήριο, όταν ελέγχει το βάσιμο και την αναλογικότητα των λόγων που προβάλλονται υπέρ παρεκκλίσεως στηριζομένης στο άρθρο 2, παράγραφος 2, να λάβει υπόψη «ορισμένα περιθώρια εκτιμήσεως» τα οποία θα

61 — Βλ. απόφαση Johnston, σκέψεις 38 και 39.

62 — Απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 1974, 41/74 (Συλλογή τόμος 1974, σ. 537, σκέψεις 18 και 19).

63 — Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 1977, 30/77 (Συλλογή τόμος 1977, σ. 615, σκέψεις 33 έως 35).

64 — Αρούαrg Bouchereau, σκέψη 34· βλ. επίσης την απόφαση Van Duyn, σκέψη 18.

ήθελε να διαθέτει το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος [65].

7 — Στοιχεία που παρέχουν τη δυνατότητα αξιολογήσεως του βασίμου και της αναλογικότητας της επίμαχης παρεκκλίσεως

33. Η Γερμανική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι, προδήλως εμπνευσμένα από το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο, το άρθρο 12a του ΘΝ και οι ρυθμίσεις που θέτουν σε εφαρμογή τη διάταξη αυτή αποτελούν το μοναδικό μέσο που παρέχει τη δυνατότητα επιτεύξεως του σκοπού που συνίσταται στη διασφάλιση ότι οι γυναίκες δεν εκτίθενται «σε καμία περίπτωση» στα όπλα του εχθρού ως «μαχητές» (βλ. σημείο 12). Στην πραγματικότητα, όπως θα εκτεθεί αμέσως κατωτέρω, ούτε το γερμανικό Σύνταγμα ούτε η σύμβαση και το πρωτόκολλο παρέχουν στις γυναίκες γερμανικής ιθαγένειας τέτοια προστασία που να διασφαλίζει ότι, καίτοι δεν γίνονται δεκτές (πλην εξαιρέσεων) στην Bundeswehr, διαφεύγουν με βεβαιότητα κάθε κίνδυνο που συνδέεται με τις επιθέσεις του εχθρού ή τον κίνδυνο να κηρυχθούν αιχμάλωτοι πολέμου σε περίπτωση συλλήψεως.

34. Όπως δήλωσαν οι ίδιες οι γερμανικές αρχές κατά την προφορική συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου, οι ομοσπονδιακές ένοπλες δυνάμεις έχουν, δυνάμει του άρθρου 87b του ΘΝ, ιδιαίτερη διοικητική δομή, πολιτικού χαρακτήρα, με 142 000 περίπου υπαλλήλους (για 330 000 στρατιώτες), τα βασικά καθήκοντα των οποίων συνίστανται στη διαχείριση του προσωπικού και στην άμεση ικανοποίηση των υλικών αναγκών της Bundeswehr. Μεταξύ των πολιτικών υπαλλήλων που επιτελούν τα καθήκοντα αυτά περιλαμβάνονται, πάντοτε βάσει των στοιχείων που προσκόμισαν οι γερμανικές αρχές, περίπου 49 500 γυναίκες. Δεν νομίζω όμως ότι είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο παρέχει σε *όλους* όσοι ανήκουν στη διοίκηση αυτή τη δυνατότητα να επωφεληθούν της προστασίας που παρέχεται στον άμαχο πληθυσμό από το άρθρο 51 του πρωτοκόλλου. Το εν λόγω ανθρωπιστικό δίκαιο φαίνεται να δέχεται, επιπλέον, τουλάχιστον σε ορισμένες περιπτώσεις, ότι τα πρόσωπα που έχουν τοποθετηθεί στη διοίκηση θεωρούνται ως «αιχμάλωτοι πολέμου» όπως ακριβώς και οι «μαχητές». Δυνάμει του άρθρου 50 του πρωτοκόλλου και του άρθρου 4, Α, παράγραφος 4, της συμβάσεως (στο οποίο παραπέμπει η πρώτη από τις ως άνω διατάξεις) «[δεν ανήκουν στον άμαχο πληθυσμό, δηλαδή είναι μαχητές,] τα πρόσωπα που ακολουθούν τις ένοπλες δυνάμεις χωρίς να ανήκουν άμεσα σε αυτές, όπως τα πολιτικά μέλη των πληρωμάτων των στρατιωτικών αεροπλάνων, οι ανταποκριτές πολέμου, οι προμηθευτές, τα μέλη των ομάδων εργασίας ή των

65 — Βλ. τα σημεία 40 και 41 των προτάσεών μου στην υπόθεση Sirdar, όπου παραθέτω την απόφαση Johnston. Σε πλέον άμεση σχέση με τους ιστορικούς λόγους στους οποίους στηρίζεται το άρθρο 12a του ΘΝ, υπενθυμίζω ότι, στην απόφαση Vogt κατά Γερμανίας (απόφαση της 26ης Σεπτεμβρίου 1995, σειρά Α, αριθ. 323), το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (στο εξής: ΕΔΑΔ) δίστασε να συμμεριστεί την άποψη που εξέφρασε τότε η Γερμανική Κυβέρνηση ότι η εμπειρία που γνώρισε η Γερμανία κατά την περίοδο που οδήγησε στο εθνικοσοσιαλιστικό καθεστώς συνιστούσε έγκυρη δικαιολογία μέτρου καταφανώς αντιθέτου προς την ελευθερία εκφράσεως. Προκειμένου περί της απολύσεως διδάσκοντος σε σχολείο της δευτεροβάθμιας εκπαιδεύσεως λόγω μη νομιμοφροσύνης του προς το δημοκρατικό Σύνταγμα διότι ήταν ενεργό μέλος του Γερμανικού Κομμουνιστικού Κόμματος (Deutsche Kommunistische Partei), το ΕΔΑΔ αποφάσισε ότι ούτε η εμπειρία που γνώρισε η Γερμανία κατά τη Δημοκρατία της Βαϊμάρης, η οποία κατέληξε στον «εφιάλτη του εθνικοσοσιαλισμού», αρκούσε για να δικαιολογήσει τόσο ριζοσπαστικό μέτρο, υπαγορευόμενο από την προστασία θεμελιωδών αξιών όπως η εθνική ασφάλεια και η δημόσια τάξη (βλ. σκέψεις 49 επ.). Σε μια προοπτική παρεμφερή προς αυτήν της παρούσας διαδικασίας, η Γερμανική Κυβέρνηση είχε υποστηρίξει ότι η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας είχε ειδική ευθύνη στην καταπολέμηση όλων των κατηγοριών ακροτήτων, της δεξιάς ή της αριστεράς, και ότι, για τον λόγο αυτόν, και λαμβανομένης υπόψη της εμπειρίας της Δημοκρατίας της Βαϊμάρης, κάθε υπάλληλος υπέχει ειδικό καθήκον πολιτικής πίστεως, δεδομένου ότι η διοίκηση συνιστά τον πυλώνα μιας «δημοκρατίας ικανής να αμυνθεί» (σκέψη 54). Πρέπει να μνημονευθεί η διαπίστωση του ΕΔΑΔ ότι «ο *απόλυτος* χαρακτήρας της υποχρεώσεως αυτής [της πολιτικής πίστεως των υπαλλήλων] όπως την έχουν ερμηνεύσει τα γερμανικά δικαστήρια είναι πρόδηλος» (σκέψη 59· η υπογράμμιση είναι δική μου).

υπηρεσιών που είναι επιφορτισμένες με τη μέριμνα των ενόπλων δυνάμεων (...)». Επιπλέον, τα ίδια αυτά πρόσωπα, εάν συλληφθούν από τον εχθρό, θεωρούνται ως «αιχμάλωτοι πολέμου», δυνάμει του άρθρου 4 της συμβάσεως. Επομένως, νομίζω ότι το Verwaltungsgericht Hannover θα έπρεπε να ελέγξει ποια είναι ακριβώς τα καθήκοντα τα οποία έχουν ανατεθεί στις γυναίκες δυνάμει του άρθρου 87b του ΘΝ, προκειμένου να βεβαιωθεί ότι, ενόψει των παρατεθεισών διατάξεων του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου, η ανάθεση σε αυτές βοηθητικών καθηκόντων στην Bundeswehr συνάδει προς τη ratio του άρθρου 12a του ΘΝ.

35. Πρέπει επίσης να ληφθούν υπόψη σκέψεις πρακτικής φύσεως: πράγματι, δεν είναι σαφές πώς μπορεί να εξασφαλιστεί ότι οι γυναίκες που τοποθετούνται, δυνάμει του άρθρου 87b του ΘΝ, στο γενικό επιτελείο ή σε άλλες θέσεις ελέγχου — για να ασκήσουν, για παράδειγμα, καθήκοντα δακτυλογράφου — ή αναλαμβάνουν βοηθητικά καθήκοντα σε οποιαδήποτε μονάδα της Bundeswehr, μπορούν να διαφύγουν πλήρως τους κινδύνους που το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο «επιφυλάσσει» στους «μαχητές». Είναι γνωστό ότι, επί του παρόντος, χάρη στα σύγχρονα οπλικά συστήματα μεγάλης εμβέλειας, σε περίπτωση συρράξεως, τα νευραλγικά κέντρα διοικήσεως και ελέγχου ενός στρατού περιλαμβάνονται ακριβώς μεταξύ των πρώτων στόχων. Επομένως, υπάρχει σημαντικός αριθμός γυναικών, τουλάχιστον 49 500, οι οποίες έχουν γίνει δεκτές στη διοίκηση της Bundeswehr και καλούνται να ασκήσουν μια ευρεία κλίμακα «μη στρατιωτικών δραστηριοτήτων» δίπλα σε στρατιωτικούς (στους οποίους έχουν ανατεθεί, επίσης, κατά τη Γερμανική Κυβέρνηση, διοικητικές δραστηριότητες), ως προς τις οποίες πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν προστατεύονται από ενδεχόμενες επιθέσεις του εχθρού. Κατά συνέπεια, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να εκτιμήσει το βάσιμο ενός «προστατευτικού» μέτρου, το οποίο, αφενός, δεν εξαλείφει εντελώς τους κινδύνους τους οποίους αποσκοπεί να αποτρέψει και το οποίο, αφετέρου, έχει ως αποτέλεσμα να απομακρύνει τις γυναίκες από άνω των 300 000 θέσεων (οι οποίες, όπως υπενθύμισε η Επιτροπή, δεν υπόκεινται στις συνέπειες των αρνητικών εξελίξεων της οικονομίας και της αγοράς και εξασφαλίζουν τεχνικοεπαγγελματική εκπαίδευση άκρως χρήσιμη εάν οι ενδιαφερόμενοι προσανατολιστούν προς δραστηριότητες πολιτικού χαρακτήρα) [66]. Από την άποψη αυτή, το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει, ειδικότερα, να βεβαιωθεί ότι οι γυναίκες, καίτοι ασκούν «πολιτικά» καθήκοντα, δεν είναι εκτεθειμένες, στην πραγματικότητα, στους ίδιους κινδύνους αν και μόνον στη δεύτερη γραμμή με τους κινδύνους τους οποίους διατρέχουν οι ίδιοι στρατιώτες.

36. Ο πλήρης πρακτικά αποκλεισμός των γυναικών από την Bundeswehr που δικαιολογείται απλώς από «προστατευτικές» προθέσεις φαίνεται να τελεί σε αντίφαση προς την πολιτική απασχολήσεως των γυναικών, η οποία είναι, αντιθέτως, πολύ περισσότερο ανοικτή όσον αφορά άλλες δραστηριότητες που ενέχουν πάντως σημαντικούς κινδύνους. Έχω

66 — Η ανάμιξη των πολιτικών και στρατιωτικών καθηκόντων και η εγκύτητα των μεν και των δε στη διοίκηση της Bundeswehr τονίζονται ακόμη από το γεγονός ότι, όπως υπογράμμισε η Γερμανική Κυβέρνηση, οι ένοπλες δυνάμεις των άλλων χωρών αγνοούν την εν λόγω κατανομή μεταξύ πολιτικών και στρατιωτικών καθηκόντων, καθόσον η διαχείριση ανατίθεται σχεδόν αποκλειστικά σε στρατιωτικούς. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, διερωτώμαι ακόμη πως είναι δυνατόν να εξασφαλιστεί ότι οι γυναίκες, οι οποίες απασχολούνται σε μεγάλο αριθμό στις δραστηριότητες υποστηρίξεως της Bundeswehr δεν υφίστανται «σε καμία περίπτωση» επιθέσεις του εχθρού που βάλλουν κατά στόχων όπως οι στρατιωτικές βάσεις, οι αποθήκες στρατιωτικού υλικού και όλη η λογιστική υποδομή.

υπόψη μου ειδικότερα τους πυροσβέστες [67] και την αστυνομία [68]. Η δεύτερη, κυρίως, καίτοι δεν χαρακτηρίζεται από κινδύνους ισοδύναμους προς αυτούς που διατρέχουν οι στρατιώτες σε περίπτωση πολέμου, εκθέτει πάντως τα μέλη των δυνάμεων της αστυνομίας σε σοβαρούς καθημερινούς κινδύνους, συμπεριλαμβανομένης της ανταλλαγής πυρών με εγκληματίες του κοινού δικαίου ή τρομοκράτες. Όσον αφορά τους πυροσβέστες, η πρόσφατη απόφαση του Bundesverfassungsgericht (βλ. υποσημείωση 49) κρίνει ότι ακόμη και ο αποκλεισμός των γυναικών από την υποχρεωτική υπηρεσία ενέχει δυσμενή διάκριση. Συναφώς, κατά την προφορική διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, η Γερμανική Κυβέρνηση παρατήρησε απλώς ότι η διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των προσώπων που απασχολούνται στην αστυνομία και των προσώπων που απασχολούνται στην Bundeswehr οφείλεται στο γεγονός ότι μόνο οι στρατιώτες είναι «μαχητές» υπό την έννοια του διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου. Όπως εξέθεσα ήδη, η συνδρομή της ιδιότητας του μαχητή αποτελεί μια πτυχή της οποία η λυσιτέλεια για την παρούσα έρευνα μπορεί ήδη, αφ' εαυτής, να ελεγχθεί από το εθνικό δικαστήριο (βλ. σημεία 33 ώς 35). Αυτό που έχει μεγαλύτερη σημασία, εντούτοις, είναι ότι το αιτούν δικαστήριο εξετάζει αν η ριζικά διαφορετική μεταχείριση που επιφυλάσσεται στις γυναίκες σε σχέση με τους άνδρες στον τομέα των ενόπλων δυνάμεων μπορεί πράγματι να δικαιολογηθεί βάσει των κινδύνων που είναι *ακριβώς* εγγενείς στη δραστηριότητα αυτή.

37. Τέλος, όσον αφορά τους κινδύνους που συνδέονται με την αιχμαλωσία, δηλαδή με το καθεστώς του «αιχμαλώτου πολέμου», λαμβανομένου υπόψη του ισχύοντος διεθνούς ανθρωπιστικού δικαίου — το οποίο έχει αναπτυχθεί πολύ περισσότερο απ' ό,τι κατά την περίοδο που ακολούθησε αμέσως τον Δεύτερο Παγκόσμιο Πόλεμο [69] — αποδεικνύονται αναμφιβόλως λιγότερο σοβαροί από τους κινδύνους που διέτρεχαν οι στρατιώτες κατά

67 — Στην απόφαση Feuerwehrdienstpflicht (βλ. υποσημείωση 49), το Bundesverfassungsgericht έκρινε αντισυνταγματικό τον αποκλεισμό — που προβλέπεται από τη νομοθεσία άνω του ημίσεος των Länder — των γυναικών από την *υποχρεωτική* υπηρεσία στα σώματα πυροσβεστών, *διότι δεν δικαιολογείται αντικειμενικά από την ανάγκη προστασίας των γυναικών από κινδύνους στους οποίους οι άνδρες δεν εκτίθενται και διότι μπορεί να διαιωνίσει μια παραδοσιακή κατανομή των ρόλων* (σ. 109 έως 113). Η απόφαση αυτή είναι ιδιαίτερα χαρακτηριστική διότι, καθ' όλη τη διάρκεια των ετών 70 και 80, το Bundesverfassungsgericht είχε κρίνει κατ' επανάληψη ότι ο αποκλεισμός των γυναικών από τη δραστηριότητα αυτή (η οποία προβλέπεται για όλους τους ενήλικους άνδρες που είναι σωματικώς ικανοί, αλλά η οποία μπορεί να αντικατασταθεί από την καταβολή ειδικού κοινοτικού φόρου, του Feuerwehrgabe, στην περίπτωση κατά την οποία υπάρχει επαρκής αριθμός εθελοντών για την εκπλήρωση των καθηκόντων που έχουν ανατεθεί στις μονάδες πυροσβεστών) ήταν αντικειμενικά δικαιολογημένος ενόψει των κινδύνων που είναι εγγενείς στη δραστηριότητα αυτή, έστω και αν, σε πολλά Länder, μέχρι το 1978, οι γυναίκες μπορούσαν να καταταγούν ως εθελόντριες (για την πληρέστερη κατανόηση των προβλημάτων που εξέτασε το Bundesverfassungsgericht, βλ. Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, Schmidt κατά Γερμανίας, της 18ης Ιουλίου 1994, σειρά Α, αριθ. 291-Β).

68 — Ήδη ο Zuleeg (όπ.π. σ. 1020) είχε επισημάνει την αντίφαση αυτή. Πρέπει να υπομνηθεί επίσης, ως παράδειγμα, η δραστηριότητα της κοινωνικής λειτουργού σε σωφρονιστικά ιδρύματα για άνδρες: στην υπόθεση Von Colson και Kamann (απόφαση της 10ης Απριλίου 1984, 14/83, Συλλογή 1984, σ. 1891), όταν υπέβαλε στο Δικαστήριο σειρά προδικαστικών ερωτημάτων όσον αφορά τις κυρώσεις που προβλέπει το εθνικό δίκαιο κατά του εργοδότη ο οποίος προβαίνει σε δυσμενείς διακρίσεις λόγω του φύλου, το γερμανικό αιτούν δικαστήριο δεν είχε αμφιβολία ως προς την ενέχουσα δυσμενείς διακρίσεις φύση της αρνήσεως εκ μέρους σωφρονιστικού ιδρύματος να προσλάβει δύο διπλωματούχους κοινωνικές λειτουργούς για λόγους αναγόμενους στο φύλο, άρνηση την οποία το ίδρυμα είχε δικαιολογήσει αναφερόμενο «στα προβλήματα και στους κινδύνους που συνδέονται με την πρόσληψη γυναικών υποψηφίων για ιδρύματα του είδους αυτού» (βλ. σκέψεις 2 και 3).

69 — Κατά τον Rodley, πριν από τη δεύτερη παγκόσμια σύρραξη, το διεθνές δίκαιο για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου δεν υφίστατο (όπ.π., σ. 1) και άρχισε να αναπτύσσεται, επίσης σε σχέση με τις ένοπλες συρράξεις, με τις τρεις συμβάσεις της Γενεύης, στις οποίες προστέθηκε με την πάροδο των ετών μια σειρά διεθνών συμβάσεων οι οποίες δεν περιορίζονται στον ορισμό κανόνων (standard setting), αλλά περιέχουν επίσης μηχανισμούς για την εξασφάλιση του σεβασμού των διεθνών δεσμεύσεων που αναλαμβάνουν τα κράτη (η πιο γνωστή σύμβαση αφορά τη διαδικασία που ενέκρινε το Οικονομικό και Κοινωνικό Συμβούλιο των Ηνωμένων Εθνών στο ψήφισμα 1503, της 27ης Μαΐου 1970, δυνάμει του οποίου παρασχέθηκε στην Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου των Ηνωμένων Εθνών η εξουσία να προβαίνει σε έρευνες ή εμπεριστατωμένες μελέτες σχετικά με τις σοβαρές υποτιθέμενες παραβιάσεις των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των θεμελιωδών ελευθεριών· βλ. N. Rodley, όπ.π., σ. 6, σημείωση 18).

την ιστορική περίοδο στην οποία αναφέρεται η Γερμανική Κυβέρνηση, δηλαδή σ' αυτήν που αντιστοιχεί στο τρίτο Ράιχ, από τους οποίους εμπνεύστηκε ο Γερμανός συνταγματικός νομοθέτης του 1956 (βλ. σημείο 12). Κατά την εξέταση της αναλογικότητας των επίμαχων εθνικών μέτρων στην παρούσα διαδικασία, νομίζω ότι δεν πρέπει να παραλείπεται να αποδίδεται ιδιαίτερη σημασία στην εξέλιξη προς μια κατεύθυνση όσο το δυνατόν «προστατευτική» που γνώρισε το διεθνές ανθρωπιστικό δίκαιο κατά τα τελευταία πενήντα έτη.

38. Αφού διατύπωσα το συμπέρασμα ότι η οδηγία απαγορεύει τη δυσμενή διάκριση που αποτελεί το αντικείμενο του παρόντος προδικαστικού ερωτήματος, επέστησα την προσοχή σε μια σειρά στοιχείων που το εθνικό δικαστήριο θα μπορέσει να εκτιμήσει, κατά την άσκηση του ελέγχου που οφείλει να πραγματοποιήσει, προκειμένου να αποφανθεί αν ο σχεδόν πλήρης αποκλεισμός των γυναικών από την Bundeswehr μπορεί πράγματι να δικαιολογηθεί από τους λόγους που προέβαλαν οι γερμανικές αρχές και αν συνάδει προς την αρχή της αναλογικότητας.

VI — Πρόταση

39. Κατά συνέπεια, νομίζω ότι στο προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε το Verwaltungsgericht Hannover πρέπει να δοθεί η ακόλουθη απάντηση:

«Αντιβαίνουν προς την οδηγία 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας, εθνικές διατάξεις όπως το άρθρο 1, παράγραφος 2, τρίτη φράση, του Soldatengesetz, όπως ισχύει από τις 15 Δεκεμβρίου 1995, με την τελευταία τροποποίηση με τον νόμο της 4ης Δεκεμβρίου 1997, και το άρθρο 3a του Soldatenlaufbahnverordnung, όπως ισχύει από τις 28 Ιανουαρίου 1998, που απαγορεύουν στις γυναίκες να κατατάσσονται σε οποιαδήποτε "μάχιμη" μονάδα των ενόπλων δυνάμεων.»