# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
# ANTONIO LA PERGOLA
## 26 päivänä lokakuuta 1999 *

## I Ennakkoratkaisukysymys

1. Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa on kysymys jäsenvaltion lainsäädännössä asetetusta kiellosta, jonka mukaan naisia ei saa ottaa armeijan palvelukseen muihin kuin terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviin. Verwaltungsgericht Hannoverin (Hannoverin hallintotuomioistuin) esittämä ennakkoratkaisukysymys koskee miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY [1] (jäljempänä direktiivi) tulkintaa. Tarkemmin sanottuna kansallinen tuomioistuin pyytää yhteisöjen tuomioistuinta vastaamaan seuraavaan kysymykseen:

"Ovatko 15.12.1995 annetun Soldatengesetzin (sotilaslaki, BGBl. I, s. 1737), sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna 14.12.1997 annetulla lailla (BGBl. I, s. 2846), 1 §:n 2 momentin kolmas virke ja Soldatenlaufbahnverordnungin (sotilasuraasetus), sellaisena kuin se on 28.1.1998 julkaistuna (BGBl. I, s. 326), 3 a §, joiden mukaan vapaaehtoiseen palvelukseen hakeutuneet naiset voidaan ottaa palvelukseen ainoastaan terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviin ja joiden mukaan heitä ei missään tapauksessa voida ottaa sellaiseen palvelukseen, johon kuuluu aseiden käyttämistä, ristiriidassa 9.2.1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY ja erityisesti sen 2 artiklan 2 kohdan kanssa?"

## II Asiaa koskevat yhteisön säännökset

2. Direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa: "Tämän direktiivin tarkoituksena on toteuttaa jäsenvaltioissa miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön — —. Tästä periaatteesta käytetään jäljempänä nimitystä 'tasa-arvoisen kohtelun periaate'."

Direktiivin 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan jäljempänä, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa

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

syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella.

2. Tämän direktiivin estämättä jäsenvaltiot saavat jättää sen soveltamisalan ulkopuolelle sellaisen ammattitoiminnan, ja tarvittaessa siihen johtavan koulutuksen, jossa työntekijän sukupuoli on toiminnan luonteen tai suoritusolosuhteiden kannalta ratkaiseva.

3. Tämän direktiivin estämättä saadaan soveltaa säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella.

— — "

Direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa: "Tasa-arvoisen kohtelun periaatteen noudattamisella tarkoitetaan, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei esiinny niissä ehdoissa, valintaperusteet mukaan lukien, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön tai tehtävään jollakin toiminnan alalla tai jossakin elinkeinossa taikka jollakin ammattihierarkian tasolla."

Direktiivin 9 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa: "Jäsenvaltioiden on säännöllisesti arvioitava 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua ammattitoimintaa koskevia poikkeuksia päättääkseen, ovatko ne tapahtuneen sosiaalisen kehityksen kannalta edelleen perusteltuja. Niiden on ilmoitettava komissiolle tämän arvioinnin tuloksista."

## III Asiaa koskeva kansallinen lainsäädäntö

3. Soldatengesetzin (sotilaslaki, jäljempänä SG) 1 §:n 2 momentissa säädetään seuraavaa: "Ammattisotilaan palvelussuhteeseen voidaan ottaa henkilö, joka vapaaehtoisesti sitoutuu elinikäiseen asepalveluun. Määräaikaiseen sotilaan palvelussuhteeseen voidaan ottaa henkilö, joka vapaaehtoisesti sitoutuu määrätyn pituiseen asepalveluun. Ensimmäisessä ja toisessa virkkeessä tarkoitettuihin palvelussuhteisiin *terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviin* voidaan ottaa myös naisia." [2]

Soldatenlaufbahnverordnungin (sotilasuraasetus, jäljempänä SLV) 3 a §:n sanamuoto on seuraava: "Naisia voidaan ottaa vain vapaaehtoiseen palvelukseen ja ainoastaan

2 — Kursivointi tässä.

*terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviin.*" [3]

näihin tehtäviin voidaan lailla tai lain nojalla määrätä 18—55-vuotiaita naisia. *He eivät saa missään tapauksessa suorittaa aseellista palvelusta.*" [5]

4. Saksan liittotasavalta ja Euroopan yhteisöjen komissio, jotka ovat osallistuneet asian käsittelyyn samoin kuin Kreil, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ja Italian hallitus, ovat todenneet, että ennakkoratkaisukysymyksen kohteena olevien edellä mainittujen säännösten oikeudellinen perusta on Saksan liittotasavallan Grundgesetzin (perustuslaki) 12 a §, jossa säädetään seuraavaa:

Saksan hallitus on lisäksi todennut, että perustuslain 12 a §:n 4 momentin viimeisellä virkkeellä (jäljempänä perustuslain 12 a §) on vuonna 1968 pelkästään saatettu ajan tasalle — "sanamuodon muutoksen johtuessa pelkästään kielellisistä seikoista" — vuonna 1956 annettu vastaava säännös eli perustuslain 12 §:n 3 momentti.

"1) Vähintään 18 vuotta täyttäneet miehet voidaan velvoittaa palvelemaan asevoimissa, liittovaltion rajavartiostossa tai väestönsuojelujoukoissa.

— —

4) Jos siviiliterveydenhuollon ja pysyvien sotasairaaloiden siviilitehtäviin ei puolustustilan [4] aikana riitä vapaaehtoisia,

5. Saksan hallitus ja komissio ovat Bundesverwaltungsgerichtin (liittovaltion korkein hallinto-oikeus) ratkaisuun ja saksalaiseen oikeuskirjallisuuteen viitaten todenneet edelleen, että perustuslain 12 a § sekä edellä mainitut SG:n ja SLV:n säännökset ovat erityissäännöksen (Spezialvorschrift tai Sonderregelung) lain asemassa suhteessa miesten ja naisten tasaarvoisen kohtelun periaatteeseen, joka on

3 — Kursivointi tässä.

4 — Perustuslain 115 a §:n 1 momentin mukaan Bundestag (liittopäivät) julistaa puolustustilan (Verteidigungsfall) Bundesratin (liittoneuvosto, jonka kautta osavaltiot osallistuvat Saksan liittotasavallan lainsäädäntö- ja hallintotoimintaan) suostumuksella, jos liittovaltion alueelle hyökätään tai jos tällainen hyökkäys on välittömästi uhkaamassa.

5 — Kursivointi tässä.

tunnustettu sekä perustuslaissa [6] että sotilashenkilöstöä koskevassa lainsäädännössä. [7]

6. Saksan hallitus on huomauttanut vielä, että vaikka riidanalaisessa lainsäädännössä säädetty kielto, jonka mukaan naisia ei oteta palvelukseen muihin kuin terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviin, on poikkeukseton ("eivät —— missään tapauksessa", ks. perustuslain 12 a §), todellisuudessa useat sellaiset siviilitehtävät (erityisesti hallinnolliset ja avustavat tehtävät), joita liittotasavallan armeijassa on perustuslain 87 b §:n perusteella, ovat avoimia samalla tavoin sekä miehille että naisille.

## IV Tosiseikat ja pääasian oikeudenkäynti

7. Tanja Kreil, joka on suorittanut elektroniikka-alan tutkinnon erikoisalanaan asennustekniikka, haki vuonna 1996 liittovaltion armeijan vapaaehtoiseen palvelukseen sijoitustoiveenaan ase-elektroniikkavarikko. Paikallinen rekrytointikeskus ja muutoksenhaun jälkeen myös liittovaltion armeijan henkilöstövirasto hylkäsivät Kreilin hakemuksen sillä perusteella, että kansallisen lainsäädännön mukaan naiset eivät saa hoitaa mitään tehtäviä, joihin kuuluu aseiden käyttä-

6 — Miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu on taattu perustuslaissa sekä yleisesti (perustuslain 3 §:n 2 ja 3 momentti) että ammattiin pääsemisen tai pikemminkin ammatin valitsemisen vapauden osalta (perustuslain 12 §:n 1 momentti) ja julkishallinnon virkoihin pääsemisen osalta (perustuslain 33 §:n 2 momentti). Bundesverwaltungsgericht on äskettäisessä tuomiossaan, johon ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ja Saksan hallitus ovat nyt käsiteltävänä olevassa asiassa viitanneet, katsonut, että perustuslain 12 a § on sopusoinnussa edellä mainituissa muissa perustuslain säännöksissä ilmaistujen, tasa-arvoista kohtelua ja ammatin valitsemisen vapautta koskevien periaatteiden kanssa, koska se on pitänyt tätä säännöstä erityislakina (tuomio 30.1.1996 — 1 WB 89/95 — BVerwGE nro 103, s. 301 ja *NJW*, 1996, s. 2173; jäljempänä Sanitätsdienst-tuomio; tapauksessa oli kysymys terveydenhoitoalasta eli sellaisesta alasta, jolle myös naiset voivat päästä perustuslain 12 a §:n, SG:n 1 §:n 2 momentin ja SLV:n 3 a §:n mukaan).
Vaikka suurin osa saksalaisesta oikeuskirjallisuudesta kannattaa tätä ratkaisua, on todettava, että Saksassa tällä hetkellä käynnissä olevan keskustelun johdosta ei voida pitää selvänä, että kyseessä oleva perustuslain säännös on lainmukainen, ainakaan sellaisena kuin sitä on tähän saakka tulkittu. Eräät arvostetut tutkijat ovat nimittäin sitä mieltä, että on rehtävä ero asevelvollisuuden (Pflichtdienst) ja vapaaehtoisen palveluksen (freiwilliger Dienst) välillä ja että perustuslain 12 a §:ää on siitä huolimatta, että se on erityissäännös (Sonderregelung), tulkittava suppeasti viimeksi mainitun palveluslajin osalta; erityistä huomiota on kiinnitettävä perustavanlaatuisiin periaatteisiin kuten yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja ammatin valitsemisen vapautta koskevaan periaatteeseen, joista voidaan poiketa vain, jos noudatetaan varovaisuutta, ja vain, jos poikkeaminen on sopusoinnussa perustuslain kanssa, kun sitä tarkastellaan kokonaisuutena (ks. Jarass, H. D. ja Pieroth, D., perustuslain 12 a §:ää koskeva kommentaari teoksessa *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, 4. laitos, 3 kohta; Kokott, J., perustuslain 12 a §:ää koskeva kommentaari teoksessa *Grundgesetz, Kommentar*, toim. Sachs, M., 1999, 2. laitos, 3 kohta ja sitä seuraavat kohdat; Repkewitz, U., "Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?", *NJW*, 1997, s. 506; Sachs, M., "Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes", *ZBR*, 1994, s. 133 ja erityisesti s. 139 ja Zuleeg, M., "Frauen in die Bundeswehr", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, s. 1017).
Edellä mainitut kirjoittajat katsovat perustuslain systemaattisen ja suppean tulkinnan perusteella (jonka mukaan se, että naisilta evätään pääsy liittovaltion armeijaan, on poikkeus perustuslain 3, 12 ja 33 §:ssä ilmaistuista periaatteista), että perustuslain 12 a §:ssä säädetty kielto koskee ainoastaan asevelvollisuutta; koska 12 a § kokonaisuutena tarkasteltuna koskee ainoastaan Pflichtdienstiä, naisiin kohdistuva kielto ei voi ulottua vapaaehtoiseen palvelukseen (ks. erityisesti Zuleeg, M., em. teos, s. 1018).
On myös huomautettu, että suppea tulkinta on perusteltu sen vuoksi, että perustuslain 12 a §:ssä *turvattu oikeus ei ole perusoikeus* (Grundrecht), toisin kuin ne oikeudet, joita tällä säännöksellä rajoitetaan (ks. perustuslain 3 §:n 2 ja 3 momentti, 12 §:n 1 momentti ja 33 §:n 2 momentti; ks. Zuleeg, M., em. teos, s. 1023). Scholz on vielä todennut, että toisin kuin muita perustuslain säännöksiä, 12 a §:ää voidaan muuttaa, koska ne ankarat rajoitukset, joita perustuslain 79 §:n mukaan sovelletaan perustuslain säännösten muuttamiseen, eivät koske tätä säännöstä (Scholz, R., perustuslain 12 a §:ää koskeva kommentaari teoksessa *Grundgesetz, Kommentar*, toim. Maunz, T., Dürig, G. ja Herzog, G., 1984, 208 kohta).

7 — Sekä SG:ssä että SLV:ssä säädetään, että sotilaat nimitetään ja heidät määrätään tehtäviin soveltuvuuden, kykyjen ja ammattitaidon perusteella ottamatta huomioon etenkään sukupuolta (ks. SG:n 3 § ja SLV:n 1 §).

mistä. Koska Kreil katsoi, että häntä on lainvastaisesti syrjitty sukupuolen perusteella, hän nosti hylkäävästä päätöksestä kanteen ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa.

## V Oikeudellinen arviointi

1) *Tapahtuneeksi väitetty syrjintä ja sen perustelut*

8. Verwaltungsgericht Hannover kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta, onko lähestulkoon ehdoton kielto, joka kohdistuu naisten vapaaehtoiseen palvelukseen jäsenvaltion asevoimissa, direktiivin vastainen.

9. Pääasian kantajan mukaan niillä rajoituksilla, jotka koskevat naisten palvelukseen ottamista liittotasavallan armeijaan, rikotaan selvästi direktiivin 3 artiklaa, jossa kielletään kaikenlainen sukupuoleen perustuva syrjintä ehdoissa, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön.[8] Kreil korostaa, että tässä tapauksessa ei ole kysymys niinkään asevelvollisuudesta vaan vapaaehtoisesti palvelukseen haluavien naisten ammatillisesta valinnasta.

10. Saksan mukaan kyseiset kansalliset säännökset ovat perusteltuja direktiivin 2 artiklan 2 ja 3 kohdan perusteella. Näissä direktiivin säännöksissä säädetään, miten tasa-arvoista kohtelua koskevasta yksilön oikeudesta voidaan poiketa. Komissio (jonka käsitykseen Yhdistyneen kuningaskunnan ja Italian hallitukset pääosin yhtyvät) katsoo, että kyseistä kansallista lainsäädäntöä voidaan periaatteessa pitää perusteltuna jo direktiivin 2 artiklan 2 kohdan perusteella, mutta sen mukaan on tietenkin edelleen tarpeen varmistua siitä, onko lainsäädännön syytä koskea

8 — Pääasian kantajan mielestä on selvää, että Saksan lainsäädäntöä on voitava tutkia direktiivin valossa, koska yhteisöjen tuomioistuin on jo tulkinnut sitä ja siis pitänyt sitä merkityksellisenä asiassa, jossa oli kysymys SG:n ja SLV:n säännöksiä muistuttavista säännöksistä (ks. asia C-1/95, Gerster, tuomio 2.10.1997, Kok. 1997, s. I-5253, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että Bayerische Beamtenlaufbahnverordnungin eli Baijerin osavaltion virkamiesten virkaurista annetun asetuksen säännös, joka koski virkamiesten palvelusajan laskemista, kuului direktiivin soveltamisalaan; asiassa Gerster antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin viittasi nimenomaisesti direktiivin 3 artiklan 1 kohtaan, jossa kielletään sukupuoleen perustuva syrjintä "millä tahansa toiminnan alalla"; tuomion 28 kohta).

kaikkia tehtäviä asevoimissa ja onko se suhteellisuusperiaatteen mukainen. [9]

11. Yksikään tämän asian käsittelyyn osallistuneista väliintulijoista ei ole epäillyt sitä, että riidanalaisilla säännöksillä estetään naisten pääsy suurimpaan osaan liittovaltion armeijan tehtävistä, joten säännökset merkitsevät direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa ja 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua sukupuoleen perustuvaa syrjintää; kysymys on toisin sanoen välittömästä syrjinnästä, joka kuitenkin johtaa myös toisentyyppiseen, välilliseen syrjintään, kun otetaan huomioon, että valtaosa asevoimiin kuuluvista on miehiä. [10] Reservissä olevat sotilaat ovat nimittäin joissain tapauksissa etusijalla julkishallinnon virkoja täy-

9 — Komissio pitää selvänä, että työskentely asevoimissa ei jää direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle; komissio viittaa asiassa 248/83, komissio v. Saksa, 21.5.1985 annettuun tuomioon (Kok. 1985, s. 1459, 16 kohta), jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että direktiiviä sovelletaan myös julkishallinnon työ- ja virkasuhteisiin. Sen sijaan Yhdistyneen kuningaskunnan, Italian ja Saksan hallitukset väittävät ennakkoratkaisukysymyksen pääasiaan nähden alustavassa huomautuksessaan erityisesti EY:n perustamissopimuksen 224 artiklaan (josta on tullut EY 297 artikla) tukeutuen, että direktiiviä ei voida soveltaa tähän tapaukseen, koska puolustusta ja asevoimien organisointia koskevat kysymykset jäävät perustamissopimuksen soveltamisalan ulkopuolelle. Kansallinen tuomioistuin ei ole viitannut tähän ongelmaan, mikä mielestäni osoittaa, että sen mielestä työskentely liittotasavallan armeijassa kuuluu direktiivin soveltamisalaan. Oli miten oli, tässä yhteydessä on välttämättä viitattava asiassa C-273/97, Sirdar, 18.5.1999 esittämääni ratkaisuehdotukseen (tuomio 26.10.1999, Kok. 1999, s. I-7403), joka koski Yhdistyneen kuningaskunnan armeijan eräiden erikoisjoukkojen käytäntöä, jonka mukaan naisia ei oteta palvelukseen. Asiassa Sirdar katsoin samalla tavalla kuin Kreil ja komissio nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, että mahdollisuus päästä asevoimien palvelukseen pääsääntöisesti kuuluu direktiivin soveltamisalaan (ks. ratkaisuehdotuksen 9—29 kohta).
Minun on kuitenkin tehtävä vielä lisähuomautus siihen, mitä olen jo todennut asiassa Sirdar, kun otetaan erityisesti huomioon se kansallinen lainsäädäntö, josta on kysymys nyt käsiteltävänä olevassa asiassa. Huomautus koskee niitä syitä, joilla Saksan hallitus on aineellisesti perustellut riidanalaista syrjintää ja joihin se on vedonnut toissijaisesti sen varalta, että direktiiviä voidaan soveltaa tähän tapaukseen. Saksan hallitus on tyytynyt viittaamaan poliittiseen tavoitteeseen, jonka mukaan Saksan on täytettävä maan vaikeasta menneisyydestä johtuva moraalinen velvoite taata se, että *naisia suojellaan* niin hyvin kuin mahdollista vaaroilta, joihin sotilaat joutuvat sodan aikana (ks. tämän ratkaisuehdotuksen 12 kohta). Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltävinä olleissa muissa asioissa väittänyt, että kulloinkin kyseessä ollut syrjivä toimenpide ei kuulu direktiivin soveltamisalaan, perustaen väitteensä hyvin erilaiseen ajatteluun. Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen selityksen mukaan näistä toimenpiteistä on nimittäin päätetty *yleiseen turvallisuuteen* liittyvistä syistä (eli sen välttämiseksi, että poliisiin kohdistuvat hyökkäykset lisääntyisivät sisällissodan aikana; ks. asia 224/84, Johnston, tuomio 15.5.1986, Kok. 1986, s. 1651, 35 kohta) tai *puolustukseen* tai *ulkoiseen turvallisuuteen* liittyvistä syistä (asevoimien erikoisjoukkojen taistelukyvyn turvaamiseksi; ks. asia Sirdar, ratkaisuehdotuksen 4 kohta); kuten voidaan havaita, kysymys on syistä, jotka liittyvät jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan kuuluviin aloihin. Asiassa Johnston ja asiassa Sirdar ei kummassakaan katsottu, että direktiiviä ei voitaisi soveltaa.
Sitäkin suuremmalla syyllä on katsottava, että toimenpide, joka perustuu pelkästään naisten suojelemiseen, ei voi jäädä direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sen enempää *(sisäisen tai ulkoisen) turvallisuuden* tai pikemminkin kansakunnan elämän takaamiseksi välttämättömiä "erittäin poikkeuksellisia" toimenpiteitä koskevan EY:n perustamissopimuksen 224 artiklan perusteella (ks. asia Sirdar, ratkaisuehdotuksen 24 kohta) kuin niiden näkökohtien perusteella, jotka liittyvät jäsenvaltioiden autonomiaan organisoida asevoimansa tavalla, joka parhaiten takaa niiden toimivuuden.

10 — Direktiivin mukaan "minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti" (ks. 2 artiklan 1 kohta), ellei syrjintä ole oikeutettua jonkin direktiivissä itsessään säädetyn poikkeuksen perusteella; direktiivin soveltamisesta välittömään syrjintään ks. esim. em. asia Gerster, tuomion 29—34 kohta ja asia C-100/95, Kording, tuomio 2.10.1997 (Kok. 1997, s. I-5289, erityisesti 13 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

tettäessä,[11] eikä voida pitää mahdottomana, että he löytävät helpommin työtä yksityissektorilla sen teknisen koulutuksen ansiosta, jonka he ovat voineet hankkia palvellessaan asevoimissa.[12] Jotta voitaisiin vastata Verwaltungsgerichtin esittämään, pelkästään välitöntä syrjintää koskevaan ennakkoratkaisukysymykseen, on tutkittava, voivatko toimenpiteet kuulua jonkin direktiivin 2 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetyn poikkeuksen alaisuuteen.[13] Ennen kuin siirrytään tutkimaan tätä, on kuitenkin muistutettava, mistä syystä naisten pääsy tiettyihin tehtäviin on estetty perustuslain 12 a §:llä, joka on ennakkoratkaisukysymyksen kohteena olevien säännösten oikeudellinen perusta.

12. Saksan liittotasavallan mukaan kyseisten säännösten, joilla on tarkoitus estää naisten osallistuminen sotatoimiin, taustalla on pyrkimys taata, että naiset eivät *missään tapauksessa* joudu alttiiksi vihollisen tulitukselle taistelijoina, mikä koskee myös vapaaehtoisesti palvelukseen haluavia naisia. Saksa viittaa tältä osin vuonna 1956 annetun perustuslain 12 §:n 3 kohtaa koskeviin Bundestagin esitöihin (ks. edellä 4 kohta), joista ilmenee, että nyt kyseessä oleva kielto ottaa naisia palvelukseen perustuu Saksan vaikeasta menneisyydestä johtuvaan moraaliseen velvoitteeseen. Saksan hallitus viittaa myös äskettäiseen Sanitätsdienst-tuomioon (ks. edellä alaviite 6), jossa Bundesverwaltungsgericht katsoi, että tämän velvoitteen perusteella naisille annetaan suojaa, jonka on oltava mahdollisimman laajaa ja joka voidaan taata vain "yhdenmukaistamalla" sääntöjä, jotka koskevat naisten palvelukseenottamista ja työskentelyä liittovaltion armeijassa, kansainvälisen humanitaarisen oikeuden kanssa.[14] Tähän oikeudenalaan kuuluvat

11 — Ks. Bertelsmann, K. ja Rust, U., *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany*, toim. Euroopan yhteisöjen komissio, Dordrecht/Luxemburg, 1995, s. 53, 4.14.3 kohta, jossa mainitaan esimerkkinä, että SVG:n 9 ja 10 § mukaan asevoimissa vähintään 12 vuotta palvelleille annetaan etusija julkishallinnon virkoja täytettäessä myös muualla kuin asevoimissa. Kertomuksen laatijoiden mukaan tästä seuraa, että tietty osa julkisen sektorin viroista voidaan varata reservissä oleville sotilaille siinäkin tapauksessa, että tehtäviin on muitakin, yhtä päteviä tai jopa pätevämpiä ehdokkaita (em. teos, s. 54).
Eräät kirjoittajat ovat myös todenneet, että perustuslain 12 a §:n vuoksi naiset eivät voi päästä eräisiin valtion korkeimpiin poliittisiin tehtäviin eli liittokansleriksi (Bundeskanzler), liittovaltion puolustusministeriksi (Bundesminister der Verteidigung) ja puolustusministeriön kansliapäälliköksi (Staatssekretär). Näiden kirjoittajien käsityksen mukaan nämä tehtävät sisältävät asevoimien ylipäällikön tehtäviä eli sellaisia tehtäviä, jotka kaikkien esimiestehtävien tavoin (esimiehen eli Vorgesetzterin tai Wachvorgesetzterin käsitteen osalta ks. SG:n 1 §:n 4 momentti) sisältävät aseiden käyttöä (Waffendienst tai Dienst mit der Waffe; ks. Poretschkin, A., "Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?", *NZWehrr*, 1993, s. 232; Repkewitz, U., em. teos, s. 507; Walz, D., "Der 'geschlechtsneutrale' Bundesminister der Verteidigung", *NZWehrr*, 1996, s. 117). Perustuslain 65 a §:n mukaan liittovaltion puolustusministeri (joka voi siirtää tehtäviään kansliapäällikölle tai valtuuttaa tämän edustamaan itseään) todellakin on asevoimien ylipäällikkö; perustuslain 115 b §:n mukaan asevoimien ylipäällikkyys siirtyy liittokanslerille, jos valtio julistetaan puolustustilaan (ks. edellä alaviite 4). Tältä osin on todettava, että direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa kielletään kaikenlainen sukupuoleen perustuva syrjintä mahdollisuuksissa työhön tai tehtävään "millä tahansa ammattihierarkian tasolla".

12 — Tämä ei näytä koskevan Kreilia, koska hänellä oli tutkintotodistus jo palvelukseen hakeutuessaan. Tällaista syrjintää ei kuitenkaan mielestäni voida pitää vähäpätöisenä, koska nykyaikaiset asevoimat kayttävät aina vain pidemmälle kehitettyjä teknisiä välineitä, joiden vaatima erityistuntemus varmasti on arvokasta siirryttäessä siviilielämän aina vain kilpailluimmille työmarkkinoille (voidaan ajatella sotilaslentäjiä, joilla ei heidän työkokemuksensa vuoksi ole mitään vaikeuksia löytää työtä siviili-ilmailussa reserviin siirtymisen jälkeen).

13 — Direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa säädetyllä poikkeuksella ei ole merkitystä tässä tapauksessa; tässä kohdassa nimittäin säädetään seuraavaa: "Tämä direktiivi ei estä toteuttamasta miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä."

14 — Jota joskus kutsutaan "aseellisten selkkausten ihmisoikeuslainsaädännöksi", ks. Rodley, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco / Clarendon Press, Pariisi/Oxford, 1987, s. 3.

sotavankien kohtelusta 12.8.1949 tehty kolmas Geneven sopimus [15] (jäljempänä yleissopimus) ja 12.8.1949 tehtyjen Geneven sopimusten ensimmäinen lisäpöytäkirja kansainvälisten aseellisten selkkausten uhrien suojelemisesta [16] (jäljempänä lisäpöytäkirja). Bundesverwaltungsgerichtin mukaan — samoin kuin Sanitätsdienst-tuomiossa esitettyyn käsitykseen täydellisesti yhtyvän Saksan hallituksen mukaan — kyseiset syrjivät säännökset perustuvat lisäpöytäkirjan 51 artiklaan, jonka mukaan ainoastaan siviiliväestö nauttii yleistä humanitaarista suojelua sotatoimien aiheuttamilta vaaroilta. Tarkemmin sanottuna tämä tarkoittaa, että siviiliväestö ei saa joutua aseellisen toiminnan kohteeksi, [17] toisin kuin lisäpöytäkirjan 43 artiklassa tarkoitetut taistelijat tai ne, jotka osallistuvat vihollisuuksiin aseita tai asejärjestelmiä käyttäen. Lisäksi ainoastaan taistelijat voidaan ottaa sotavangeiksi heidän jouduttuaan vihollisen käsiin. [18] Asevoimien lääkintähenkilökunnan jäseniä ja sotapappeina toimivia ei sitä vastoin voida ottaa sotavangeiksi, ja heitä on kaiken lisäksi kunnioitettava ja suojeltava eivätkä he saa joutua aseellisen toiminnan kohteeksi. [19] Tämän vuoksi naisia saadaan ottaa palvelukseen terveydenhoitotehtäviin. Sotilasmusiikkiyksiköiden osalta Saksan hallitus on todennut, että vihollisuuksien alkaessa nämä yksiköt hajotetaan ja niiden jäsenet siirretään terveydenhoitotehtäviin sairaanhoitajiksi tai apuhoitajiksi (sotilassoittokuntien jäsenet saavat jo rauhan aikana asianmukaisen koulutuksen tätä varten).

15 — BGBl. 1954, II, s. 838. Kolmannen Geneven sopimuksen lisäksi on olemassa maasotavoimiin kuuluvien haavoittuneiden ja sairaiden aseman parantamisesta 12.8.1949 tehty ensimmäinen Geneven sopimus (BGBl. 1954, II, s. 783) ja merisotavoimiin kuuluvien haavoittuneiden, sairaiden ja haaksirikkoutuneiden aseman parantamisesta 12.8.1949 tehty toinen Geneven sopimus (BGBl. 1954, II, s. 813). Yhdessä näitä kolmea sopimusta kutsutaan kansainvälisten aseellisten selkkausten uhrien suojelemisesta 12.8.1949 tehdyiksi Geneven sopimuksiksi.

16 — BGBl. 1990, II, s. 1550.

17 — Ks. lisäpöytäkirjan 48 artikla ja 51 artiklan 2 kappale.

18 — Ks. yleissopimuksen 4 artikla ja lisäpöytäkirjan 44 artiklan 1 kappale.

19 — Ks. yleissopimuksen 33 artikla ja lisäpöytäkirjan 12 artiklan 1 kappale.

2) *Poikkeukset tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta: direktiivin 2 artiklan 3 kohta*

13. Saksan hallitus väittää, että kun otetaan huomioon lainsäätäjän tavoite, se, että naisten pääsy liittotasavallan armeijaan on estetty lähestulkoon kokonaan, kuuluu direktiivin 2 artiklan 3 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisalaan. Itse kannatan pikemminkin komission käsitystä, joka perustuu edellä mainitussa asiassa Johnston annettuun tuomioon, joka koski naisten ottamista palvelukseen Yhdistyneen kuningaskunnan poliisivoimien aseistettuihin yksiköihin Pohjois-Irlannissa 80-luvulla eli täyden sisällis*sodan* aikana. Tässä tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin totesi seuraavaa: "Raskauden ja synnytyksen nimenomaisesta mainitsemisesta seuraa, että direktiivillä on tarkoitus suojata toisaalta naisen biologinen tila, toisaalta naisen ja hänen lapsensa välinen erityinen suhde. — — direktiivin [2 artiklan 3 kohdalla] ei näin ollen anneta mahdollisuutta sulkea naisia jonkin toimen ulkopuolelle sillä perusteella, että yleinen mielipide vaatii, että naisia *suojellaan enemmän* kuin miehiä riskeiltä, jotka koskevat miehiä ja naisia *samalla tavoin* ja joihin ei liity nimenomaisesti mainittujen tarpeiden kal-

taista erityistä naisten suojelemisen tarvetta."[20] Asiakirja-aineistosta ei kuitenkaan ilmene, että naiset joutuisivat sellaisissa liittovaltion armeijan yksiköissä, joissa käytetään aseita, alttiiksi erilaisille tai suuremmille riskeille kuin samoja tehtäviä hoitavat miehet; Saksan hallitus ei ole esittänyt mitään tämänsuuntaista näyttöä. Siinä tapauksessa naisten täydellinen sulkeminen muiden kuin terveydenhoito- ja sotilasmusiikkiyksiköiden tehtävien ulkopuolelle sellaisten yleisten riskien perusteella, jotka eivät koske erityisesti naisia, ei ole sellaista naisten erilaista kohtelua, joka olisi sallittua direktiivin 2 artiklan 3 kohdan perusteella,[21] koska "2 artiklan 3 kohta edellyttää, että naisiin kohdistettu erilainen kohtelu ei ole syrjivää; erilainen kohtelu eli naisten suojeleminen ei ole syrjivää, jos sitä voidaan perustella mies- ja naispuolisten työntekijöiden tilanteen välillä olevalla *objektiivisella erolla*. Tämä *objektiivinen syy* liittyy naisen 'biologiseen erityisluonteeseen', kuten esimerkkeinä mainituista raskaudesta ja äitiydestä yksiselitteisesti ilmenee".[22] Direktiivin 2 artiklan 3 kohdassa mainittujen raskautta ja synnytystä koskevien esimerkkien edellä käytetyn ilmaisun "erityisesti" osalta on todettava, että yhteisöjen tuomioistuin on aina ilman muuta hylännyt jäsenvaltioiden väitteet, joilla on yritetty laajentaa ilmaisua "naisten suojelu" raskauden, imetyksen ja äitiyden ulkopuolelle.[23]

3) *Poikkeukset tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta: direktiivin 2 artiklan 2 kohta*

14. Saksan hallitus katsoo lisäksi, että se poliittinen päämäärä, jota perustuslainsäätäjä tavoitteli vuosina 1956 ja 1968, ei ole ristiriidassa direktiivin 2 artiklan 2 kohdan kanssa, jonka tulkintaa koskevalla yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisulla on suurempi merkitys ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle tuo-

20 — Mainittu edellä alaviitteessä 9, tuomion 44 kohta; kursivointi tässä. Asiassa Johnston annettu tuomio on osa sitä yhteisöjen tuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan direktiivin 2 artiklan 3 kohta koskee ainoastaan *naisen biologisen tilan suojelemista* raskauden aikana ja sen jälkeen sekä naisen ja hänen lapsensa välistä erityistä suhdetta; ks. asia 184/83, Hofmann, tuomio 12.7.1984 (Kok. 1984, s. 3047, 25 ja 26 kohta); asia 312/86, komissio v. Ranska, tuomio 25.10.1988 (Kok. 1988, s. 6315, 13 kohta); asia C-345/89, Stoeckel, tuomio 25.7.1991 (Kok. 1991, s. I-4047, 13 kohta); asia C-13/93, Minne, tuomio 3.2.1994 (Kok. 1994, s. I-371, 11 kohta); asia C-421/92, Habermann-Beltermann, tuomio 5.5.1994 (Kok. 1994, s. I-1657, 21 kohta); asia C-32/93, Webb, tuomio 14.7.1994 (Kok. 1994, s. I-3567, 20 kohta); asia C-136/95, Thibault, tuomio 30.4.1998 (Kok. 1998, s. I-2011, 25 kohta) ja asia C-66/96, Dansk Handel, tuomio 19.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7327, 54 kohta). Seuraava katkelma asiassa Hofmann annetusta tuomiosta valaisee erittäin hyvin yhteisöjen tuomioistuimen omaksumaa lähestymistapaa: "[Direktiivin 2 artiklan 3 kohdalla] on tarkoitus taata yhtäältä naisen biologisen tilan suojeleminen raskauden aikana ja sen jälkeen siihen saakka, että naisen fysiologiset ja psyykkiset toimunnot ovat synnytyksen jälkeen normalisoituneet, ja toisaalta naisen ja hänen lapsensa erityisen suhteen suojeleminen raskauden ja synnytyksen jälkeisenä aikana estämällä se, että tämä suhde järkkyisi samanaikaisesta työskentelystä aiheutuvan vastuun kasautumisen vuoksi" (tuomion 25 kohta). Julkisasiamies Darmon on asiassa Johnston esittämässään ratkaisuehdotuksessa todennut, että "vaikka tähän säännökseen voidaan vedota naisten oikeuksien rajoittamiseksi, ei voi tulla kysymykseen, että 2 artiklan 3 kohdan perusteella otettaisiin huomioon — edes perusteltua — sosiokulttuurista tai jopa poliittista suojelutarvetta" (ratkaisuehdotuksen 8 kohta).

21 — Em. asia Johnston, tuomion 45 kohta; vastaavasti ks. em. asia 312/86, komissio v. Ranska, tuomion 14 kohta ja em. asia Stoeckel, tuomion 15 kohta.

22 — Julkisasiamies Darmonin ratkaisuehdotus em. asiassa Hofmann, 10 kohdan kolmas kappale (kursivointi tässä); vastaavasti ks. julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus em. asiassa Habermann-Beltermann, 11 kohta.

23 — Ks. mitä Yhdistynyt kuningaskunta on asiassa Johnston esittänyt neljännen ennakkoratkaisukysymyksen osalta (Kok. 1986, s. 1672) ja mitä Ranska on todennut asiassa 312/86, komissio v. Ranska (Kok. 1988, s. 6322) eräistä erityisistä oikeuksista, joista on säädetty naisten suojelemiseksi. Julkisasiamies Sir Gordon Slynn on todennut, että "vaikka 2 artiklan 3 kohdassa käytetty ilmaisu 'erityisesti' osoittaa, että säännös voi raskauden ja äitiyden ohella koskea myös muita tilanteita, ilmaisu kuvaa poikkeusten ulottuvuutta (asiassa 312/86, komissio v. Ranska, esitetty ratkaisuehdotus, Kok. 1988, s. 6327).

mioistuimelle. Saksan hallituksen mukaan perustuslain 12 a §:ssä sekä edellä mainituissa SG:n ja SLV:n säännöksissä sukupuolta pidetään aseellisen palveluksen suorittamisen kannalta ratkaisevana tekijänä. Sen mielestä naisten suojelu voidaan näin ollen taata vain sulkemalla naiset täydellisesti kaiken sellaisen toiminnan ulkopuolelle, joka on ominaista kansainvälisessä humanitaarisessa oikeudessa tarkoitetun taistelijan oikeudellisessa asemassa oleville. Komission ja Italian hallituksen kanta on tältä osin lievempi. Vaikka ne myöntävät, että tällaista jäsenvaltion puolustuspolitiikkansa osalta tekemää perusvalintaa ei voida periaatteessa tuomita, ne ovat tehneet eron konkreettisen riskin sisältävien tehtävien[24] ja sellaisten teknisten tehtävien välillä, joita voidaan harjoittaa takarintamalla joutumatta alttiiksi erityisille riskeille ja joihin ei tarvita erityistä fyysistä voimaa. Komissio ja Italian hallitus ovat täsmentäneet, että viimeksi mainitut tehtävät eivät kuulu niihin, jotka on direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun toiminnan luonteen tai suoritusolosuhteiden vuoksi välttämättä varattava pikemminkin miehille kuin naisille. Kansallisen tuomioistuimen olisi siis arvioitava, kumpaan ryhmään kuuluu se tehtävä, johon Kreil on vapaaehtoisesti palvelukseen hakeutuessaan pyytänyt päästä. Saksan hallitus ei hyväksy tätä komission ja Italian hallituksen kantaa, jossa osittain hyväksytään kyseessä olevan syrjinnän taustalla olevat syyt, sillä sen mukaan perustuslain 12 a §:ssä olevaa kieltoa on pidettävä ehdottomana, koska hyökkäyksen tapahtuessa kaikki asevoimiin kuuluvat henkilöt voidaan kutsua osallistumaan aktiivisesti sotilaalliseen toimintaan. Myös asejärjestelmien elektronisesta kunnossapidosta vastaavat sotilaat saatetaan joutua lähettämään etulinjaan liittotasavallan armeijan taistelukyvyn turvaamiseksi. Saksan hallituksen mukaan tämä on nykypäivänä todellinen tilanne, koska kehittynyttä teknistä välineistöä käyttäviä joukkoja on voitava kriisitilanteessa käyttää "interaktiivisesti" tekemättä eroa etu- ja takalinjan tehtävien välillä.

15. Direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa tunnustetaan, että sukupuoli voi olla ratkaiseva tekijä erityisissä ammattitoiminnoissa, kun huomioon otetaan toiminnan "luonne" tai "suoritusolosuhteet". Näiden edellytysten avulla voidaan määrittää 2 artiklan 2 kohdan mukaisen varauksen ulottuvuus ja erottaa se käsitteellisesti saman artiklan 3 kohdassa säädetystä poikkeuksesta.

16. Varauksen ulottuvuutta tarkasteltaessa on mielestäni otettava huomioon ammatin todelliset ja tyypilliset ominaisuudet, joiden vuoksi sukupuoli on ratkaiseva edellytys tietyn ammattitoiminnan harjoittamiselle; esimerkkeinä tällaisista ammateista voidaan mainita laulaja, näyttelijä, tanssija,

24 — Komissio viittaa asiaan Johnston, joka koski tehtäviä Yhdistyneen kuningaskunnan aseistettujen poliisivoimien yksiköissä, jotka oli sijoitettu Pohjois-Irlantiin 80-luvulla, ja asiaan Sirdar, joka koski palvelukseen ottamista Royal Marinesin eli kuninkaallisen merijalkaväen eliittijoukkoihin eli Yhdistyneen kuningaskunnan iskujoukkojen kärkijoukkoihin.

malli ja mannekiini.[25] Yleisemmin voidaan todeta, että erään oppisuunnan mukaan direktiivin 2 artiklan 2 kohta sisältää "ankaran" tai "suppean" poikkeuksen: jäsenvaltion tai työnantajan, joka aikoo vedota poikkeukseen, on osoitettava, että sukupuolella on tietyssä työssä niin ratkaiseva merkitys, että tähän työhön kuuluvien tehtävien hoitaminen olisi äärimmäisen vaikeaa tai suorastaan mahdotonta, jos työhönottopolitiikassa ei harjoitettaisi syrjintää. Toisin sanoen on osoitettava, että on välttämätöntä ottaa palvelukseen toista sukupuolta edustava henkilö toista sukupuolta edustavan henkilön sijasta.[26] Yhteisöjen tuomioistuin on toisaalta todennut, että harkittaessa, voidaanko miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun kaltaisen yksilön oikeuden tunnustamisesta poiketa 2 artiklan 2 kohdan perusteella, huomioon on otettava yksinomaan ne "vaatimukset, jotka ovat *ratkaisevia* kyseessä olevan erityisen toiminnan *harjoittamiselle*".[27] Saksan hallituksen asiamies on istunnossa kuitenkin todennut nimenomaisesti, että hän ei missään tapauksessa kyseenalaista sitä, että sekä Kreil että naiset yleensä soveltuvat palvelemaan liittotasavallan armeijan aseellisissa yksiköissä. En näin ollen ole vakuuttunut siitä, että Saksan hallituksen väitteet, jotka koskevat perustuslain 12 a §:ssä säädettyä kieltoa, riittäisivät osoittamaan, että nyt käsiteltävänä oleva tapaus kuuluu direktiivin 2 artiklan 2 artiklan soveltamisalaan. Katson, että kun on kysymys viimeksi mainitusta säännöksestä, on vaikea väittää, että asevoimiin kuuluvien henkilöiden suorittama työ olisi luonteeltaan tai suoritusolosuhteiltaan sellaista, että naisten työskenteleminen missä tahansa taisteluyksikössä eli siis muissa kuin terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtävissä olisi täysin mahdotonta tai ainakin äärimmäisen vaikeaa. Ei ole sattumaa, että — eräitä hyvin erityislaatuisia tilanteita lukuun ottamatta[28] — kaikkiin yhteisön jäsenvaltioiden (ja NATO:n) armeijoihin otetaan säännönmukaisesti ja erotuksetta palvelukseen naisia.[29]

17. Seuraavaksi on tutkittava, mikä on direktiivin 2 artiklan 2 ja 3 kohdan säännösten välinen ero, sillä se on selvitettävä,

25 — Ks. asia 248/83, komissio v. Saksa, tuomio 21.5.1985 (Kok. 1985, s. 1459, 34 kohta), jossa yhteisöjen tuomioistuin mainitsi tiettyjä ammatteja, joiden osalta eri jäsenvaltioissa tyypillisimmin poiketaan tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta joko käytännössä tai lain perusteella.

26 — Ks. Hervey, T., *Justifications for the Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, Lontoo, 1993, 4.2.1.3 kohta.

27 — Asia 318/86, komissio v. Ranska, tuomio 30.6.1988 (Kok. 1988, s. 3559, 28 kohta; kursivointi tässä). Vastaavasti ks. asia 165/82, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 8.11.1983 (Kok. 1983, s. 3431, 18 ja 20 kohta) ja em. asia Johnston, tuomion 38 kohta.

28 — Esimerkkeinä voidaan mainita sukellusveneiden miehistö ja merijalkaväki Alankomaissa, Royal Marines Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja vuoteen 1993 asti taistelulentäjät Tanskassa.

29 — Italia on Saksan liittotasavallan ohella ainoa maa, jossa naiset eivät vielä pääse asevoimiin. Se, ettei Italiassa ole naisten vapaaehtoista asepalvelusta, ei kuitenkaan johdu siitä, että se olisi kielletty (perustuslaissa tai tavallisessa laissa), vaan lainsäätäjän saamattomuudesta. Toisin kuin vuonna 1981 toteutetun poliisivoimien demilitarisoinnin yhteydessä tehtiin, tältä osin ei vielä ole annettu erityissäännöksiä perustuslakiin perustuvan tasa-arvoisen kohtelun periaatteen konkreettiseksi soveltamiseksi. Edustajainhuone hyväksyi 29.9.1999 esityksen naisten vapaaehtoista asepalvelusta koskevaksi laiksi (Atto Camera nro 2970-B). Tämän lain mukaan naiset pääsevät yleisesti kaikkiin yksikköihin, eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta. Italian hallituksen edustaja on yhteisöjen tuomioistuimen istunnossa todennut, että poikkeukset koskevat sellaisia erityistapauksia, joissa sotilaille annetut tehtävät ovat suoritusolosuhteiltaan tai erityispiirteiltään sellaisia, että on vahvoja perusteita olla palkkaamatta niihin naisia (tässä voidaan nähdä tiettyä yhtalaisyyttä sen Royal Marinesia koskeneen tilanteen kanssa, jota äskettäin tarkasteltiin asiassa Sirdar).

jotta voitaisiin vielä tarkentaa 2 artiklan 2 kohdassa säädetyn poikkeuksen todellista soveltamisalaa. Kuten oikeuskirjallisuudessa on todettu,[30] 2 artiklan 2 kohta koskee sitä sukupuolen vaikutusta, joka määrättyä ammattitoimintaa *harjoitettaessa* kohdistuu *muihin henkilöihin kuin työntekijään*, kun taas 2 artiklan 3 kohta — kuten edellä on todettu — koskee sitä vaikutusta, joka tietyllä työllä on *itse työntekijään*. Tämä erottelu saa tukea myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.

18. Asiassa komissio vastaan Yhdistynyt kuningaskunta se, että *potilaan tarpeet* on otettava huomioon, sai yhteisöjen tuomioistuimen pitämään lainmukaisena tiettyjä rajoituksia, joita oli asetettu ainoastaan miesten toimimiselle kätilön ammatissa.[31] Asiassa Johnston se, että naiset eivät päässeet Yhdistyneen kuningaskunnan poliisivoimien aseistettuihin yksiköihin Pohjois-Irlantiin, hyväksyttiin sillä perusteella, että naisten läsnäolo olisi voinut lisätä hyökkäysten vaaraa, mikä olisi ollut ristiriidassa *yleistä turvallisuutta* koskevien vaatimusten kanssa ja siten aiheuttanut haittaa maan tällä alueella asuville.[32] Edellä mainitussa asiassa

30 — Ks. Kilpatrick, C., "How Long is a Piece of String? European Regulation of the Post-Birth Period", *Sex Equality Law in the European Union*, toim. Hervey, T. ja O'Keefe, D., Wilye, 1996, 6. luku, alaviite 26.

31 — Ks. tuomion 18 ja 20 kohta.

32 — Tuomion 36 kohta, jossa yhteisöjen tuomioistuin ensin arvioi, oliko 2 artiklan 2 kohdalla, johon asianomainen jäsenvaltio vetosi, merkitystä asiassa, ja tämän arvioinnin lopuksi katsoi, että "sellaista mahdollisuutta ei — — voida sulkea pois, että vakavien sisäisten levottomuuksien aikana se, että naiset kantavat aseita, saattaa lisätä heihin kohdistuvien hyökkäysten vaaraa ja *olla näin ollen yleistä turvallisuutta koskevien vaatimusten vastaista*" (kursivointi tässä). Se, että yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi kiellon, jonka mukaan naiset eivät pääse tuliaseita käyttäviin poliisin yksiköihin, ei johtunut siitä, että kiellolla olisi *perimmiltään* pyritty estämään naisten joutuminen hyökkäysten kohteeksi (en siis voi yhtyä siihen pettymykseen, jota H. Fenwick on ilmaissut kirjoituksessaan "Special Protections for Women in European Union Law", joka on julkaistu em. teoksessa *Sex Equality in Law*, s. 63—70 ja jossa pelätään, että yhteisöjen tuomioistuin on näin todetessaan tunnustanut, että naisten haavoittuvuudella on merkitystä direktiivin 2 artiklan 2 kohdan yhteydessä). Itse olen sitä vastoin sitä mieltä, että se, että yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tätä kieltoa voidaan periaatteessa pitää perusteltuna (edellyttäen, että se täyttää suhteellisuutta koskevan vaatimuksen, ks. tuomion 38 kohta), ei perustunut niinkään naisten väitettyyn heikkouteen sellaisenaan tarkasteltuna eikä myöskään siihen, että yleisesti tahdotaan (naisten itsensä eduksi) välttää naisten joutuminen hyökkäysten kohteeksi, vaan pikemminkin siihen, että Yhdistyneen kuningaskunnan viranomaiset ennustivat, että jos naiset kantavat tuliaseita "vakavien sisäisten levottomuuksien aikana", tällaisten hyökkäysten vaara kasvaa ja sen myötä se vaara, että naisten aseet päätyvät hyökkääjille (Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen huomautusten osalta ks. suullista käsittelyä varten laadittu kertomus, Kok. 1983, s. 1672). Juuri tämä viimeksi mainittu vaara sellaisenaan tarkasteltuna oli ristiriidassa yleistä turvallisuutta koskevien vaatimusten kanssa eli ainoiden sellaisten vaatimusten kanssa, joiden vuoksi työntekijöiden miespuolisuudella oli ammattitoiminnan suoritusolosuhteet huomioon ottaen ratkaiseva merkitys, koska " — — se, että naiset kantavat aseita, saattaa lisätä heihin kohdistuvien hyökkäysten vaaraa *ja olla näin ollen* yleistä turvallisuutta koskevien vaatimusten vastaista" (tuomion 36 kohta; kursivointi tässä).
Tämä on vielä selvempää, kun otetaan huomioon ne seikat, jotka yhteisöjen tuomioistuin mainitsi siinä tarkoituksessa, että kansallinen tuomioistuin niitä keskenään punnitsemalla varmistuisi siitä, että kieltoa voidaan pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena. Näihin seikkoihin kuuluvat direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa säädetty tasa-arvoisen kohtelun periaate ja yleistä turvallisuutta koskevat vaatimukset, sillä "[tässä tapauksessa suhteellisuus]periaate edellyttää, että — — kaikin mahdollisin tavoin sovitetaan yhteen tasa-arvoisen kohtelun periaate ja yleistä turvallisuutta koskevat vaatimukset, *jotka ovat ratkaisevia* kyseisen toiminnan suoritusolosuhteiden kannalta" (tuomion 38 kohta; kursivointi tässä; englanninkielisessä versiossa todetaan seuraavaa: " — — with the requirements of public safety *which constitutes the decisive factor* as regards the context of the activity in question"). Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio ei siis sisällä mitään sellaista, minkä perusteella voitaisiin päätellä tuomioistuimen tunteneen huolta naisten suojelemisesta.
Toisen lopuksi, että kun otetaan huomioon asiassa Johnston annetun tuomion 36 ja 38 kohta, joita on lainattu juuri edellä, näyttää siltä, että yhteisöjen tuomioistuin ei ole yhtynyt julkisasiamies Darmonin käsitykseen, jonka mukaan muutkin naisten suojelua koskevat — "sosiaaliset (kulttuuriset, poliittiset jne.)" — pakottavat vaatimukset kuin ne, joista on säädetty direktiivin 2 artiklan 3 kohdassa, voivat 2 artiklan 2 kohdan perusteella tietyissä olosuhteissa tehdä perustelluksi sen, että jonkin jäsenvaltion viranomaiset varaavat tietyt yleisen järjestyksen ylläpitämiseen liittyvät tehtävät tiettyä sukupuolta edustaville henkilöille (ks. ratkaisuehdotuksen 9 kohta; tältä osin ks. myös tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohta).

318/86, komissio vastaan Ranska, yhteisöjen tuomioistuin piti lainmukaisena sitä, että miespuolisiin työntekijöihin sovellettiin 2 artiklan 2 kohdan perusteella eri palvelukseenottoedellytyksiä kuin naispuolisiin työntekijöihin sekä rangaistuslaitosten vartijoiden tehtävissä, joissa työntekijät joutuvat säännöllisesti tekemisiin vankien kanssa, että rangaistuslaitosten johtamisesta vastaavien ylivartijoiden tehtävissä, kun otetaan huomioon, että vartijan ammatissa saadusta työkokemuksesta on hyötyä tehtävässä, johon liittyy muiden vartijoiden johtamista.[33] Asiassa Sirdar antamassani ratkaisuehdotuksessa katsoin, että palvelukseenottopolitiikka, jonka mukaan kuninkaalliseen merijalkaväkeen otetaan ainoastaan miehiä, saattoi periaatteessa olla perusteltu, koska ei voitu pitää mahdottomana, että naisten palvelukseen ottaminen olisi voinut vaikuttaa haitallisesti *iskujoukkojen sotilaiden* moraaliin ja yhteenkuuluvuuteen ja siten vaarantaa joukkojen taistelukyvyn, mikä olisi lopulta ollut ristiriidassa *Yhdistyneen kuningaskunnan puolustusta* koskevien vaatimusten kanssa.[34]

19. Yhteenvetona voidaan todeta, että kun otetaan huomioon, mikä merkitys 2 artiklan 2 kohdalle on annettava, ne perusteet, joihin Saksan hallitus on vedonnut, eivät mielestäni riitä osoittamaan, että perustuslain 12 a §:ssä säädetty kielto on perusteltu. Saksan hallitus ei nimittäin ole esittänyt mitään selitystä sille, miksi miespuolisuudella olisi nyt kyseessä olevassa työympäristössä välttämättä ratkaiseva merkitys (kun otetaan huomioon liittotasavallan armeijan hoitaman tehtävän *suoritusolosuhteet* ja sotilaiden keskinäiset suhteet). Saksan hallitus ei ole viitannut mihinkään sellaisiin näkökohtiin, joita Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus toi esiin asiassa Sirdar ja jotka tarkkaan katsottuna olivat ne ainoat näkökohdat, jotka saivat minut tuossa asiassa päätymään siihen ratkaisuun, ettei ollut mahdotonta, että kuninkaallisessa merijalkaväessä voimassa olleet palvelukseenottamisperusteet saattoivat kuulua direktiivin 2 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan, tosin vain periaatteessa ja vain sillä edellytyksellä, että käytännössä varmistutaan suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta.[35]

4) *Poikkeukset tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta: direktiivin 2 artiklan 2 kohta tarkasteltuna yhdessä 9 artiklan 2 kohdan kanssa*

20. Edellä on jo todettu, että julkisasiamies Darmonin mukaan "naisten suojelua koskevat sosiaaliset (kulttuuriset, poliittiset jne.) pakottavat vaatimukset" voivat direktiivin 9 artiklan 2 kohdan perusteella olla merkityksellisiä 2 artiklan 2 kohdan

33 — Ks. tuomion 12—17 kohta.

34 — Olen asiassa Sirdar esittämässäni ratkaisuehdotuksessa todennut yhtäältä, että "Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen huomautusten, joiden tarkoituksena on perustella taistelukykyä koskevin vaatimuksin se, ettei naisia oteta kuninkaalliseen merijalkaväkeen, taustalla on se, että naisten hyväksymisellä saattaisi olla *haitallisia vaikutuksia* iskujoukkojen (fire teams) 'moraaliin ja yhteenkuuluvuuteen'", ja olen katsonut, että "Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen asiamiehen pääasian yhteydessä kansalliselle tuomioistuimelle toimittam[iin] huomautuks[iin] — — liittyy *selvästi 'sosiaalisempi' aspekti*". Toisaalta olen pohtinut, "eikö olisi mahdollista selvittää, — — voitaisiinko taistelukyky turvata myös, vaikka naiset otettaisiinkin palvelukseen, ottaen huomioon erityisesti tavan, jolla miespuoliset sotilaat todella *suhtautuvat* naisten läsnäoloon" (ratkaisuehdotuksen 45 kohta; kursivointi tässä).

35 — Ks. asia Sirdar, ratkaisuehdotuksen 34 kohta.

yhteydessä,[36] sillä 9 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on arvioitava, onko 2 artiklan 2 kohdan perusteella sallittu syrjintä edelleen perusteltua, "kun otetaan huomioon tapahtunut sosiaalinen kehitys". Vaikka Saksan hallituksen puolustuksekseen esittämät väitteet ja perustelut eivät nimenomaisesti perustu direktiivin 9 artiklan 2 kohtaan, ne näyttävät heijastavan julkisasiamies Darmonin esittämää ajatusta, kuten voidaan havaita. Jos tällainen lähestymistapa hyväksyttäisiin, 2 artiklan 2 kohdan soveltamisala määriteltäisiin jonkin muun seikan perusteella kuin pelkästään niiden kahden tekijän perusteella, joilla 2 artiklan 2 kohdan mukaan on merkitystä arvioitaessa, onko tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta poikkeaminen sallittua, ja jotka ovat tietyn ammattitoiminnan "luonne" ja "suoritusolosuhteet". Tällöin varausta tulkittaisiin laajasti, vaikka yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt sitä poikkeuksena ja sen vuoksi katsonut, että sitä on tulkittava suppeasti samalla tavoin kuin direktiivin 2 artiklan 3 kohtaa.[37] Jos kyseistä säännöstä tulkittaessa otettaisiin huomioon yleisluonteisia "pakottavia sosiaalisia vaatimuksia" (joihin kuuluvat esimerkiksi pakottavat vaatimukset naisten suojelemisesta direktiivin 2 artiklan 3 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä tapauksissa), olisi mielestäni konkreettisesti vaarana, että koko direktiivi menettää tehokkaan vaikutuksensa. Yhteisö on direktiivillä halunnut toteuttaa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen, tai se on pikemminkin "*pyrki[nyt]* — — *edistä[mään]* — — elin- ja työolosuhteiden yhdenmukaistamista pysyttäen toteutetut parannukset";[38] miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu on eräs ihmisen perusoikeuksista,[39] josta on nykyään olemassa erityisiä määräyksiä myös primaarioikeuden tasolla.[40] Se tulkintaperuste, jota julkisasiamies Darmon ilmeisesti tarkoitti, ei näin ollen ole se, jota on käytettävä tulkittaessa direktiivin 2 artiklan 2 kohtaa yhdessä 9 artiklan 2 kohdan kanssa.

36 — Ks. edellä alaviitteen 32 loppuosa, jossa kuitenkin todetaan, että yhteisöjen tuomioistuin ei näytä yhtyneen tähän käsitykseen.

37 — Ks. asia Johnston, tuomion 36 ja 44 kohta.

38 — Ks. direktiivin kolmas perustelukappale (kursivointi tässä).

39 — Ks. mm. asia 149/77, Defrenne, tuomio 15.6.1978 (Kok. 1978, s. 1365, 27 kohta; Kok. Ep. IV, s. 127); yhdistetyt asiat 75/82 ja 117/82, Razzouk ja Beydoun v. komissio, tuomio 20.3.1984 (Kok. 1984, s. 1509, 16 kohta); asia 151/84, Roberts, tuomio 26.2.1986 (Kok. 1986, s. 703, 35 kohta); asia 152/84, Marshall, tuomio 26.2.1986 (Kok. 1986, s. 723, 36 kohta); asia 262/84, Beets-Proper, tuomio 26.2.1986 (Kok. 1986, s. 773, 38 kohta); em. asia Johnston, tuomion 38 kohta; asia C-158/91, Levy, tuomio 2.8.1993 (Kok. 1993, s. I-4287, 16 kohta) ja asia C-13/94, P v. S, tuomio 30.4.1996 (Kok. 1996, s. I-2143, 19 kohta).

40 — Yhteisön oikeuteen on tullut merkittäviä uusia tasa-arvoisen kohtelun periaatetta koskevia määräyksiä, tosin vasta pääasian tosiseikkojen tapahtumisen jälkeen. Amsterdamin sopimuksella, joka on tehty 2.10.1997, on lisätty Euroopan unionista tehdyn sopimuksen johdanto-osaan uusi neljäs perustelukappale, jossa jäsenvaltiot vahvistavat "sitoutumisensa Torinossa 18 päivänä lokakuuta 1961 allekirjoitetussa Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa ja vuoden 1989 työntekijöiden sosiaalisia perusoikeuksia koskevassa yhteisön peruskirjassa määriteltyihin sosiaalisiin perusoikeuksiin". Molemmissa peruskirjoissa vahvistetaan oikeus miesten ja naisten yhtäläisiin mahdollisuuksiin ja tasa-arvoiseen kohteluun. Ennen kaikkea on kuitenkin todettava, että samoin Amsterdamin sopimuksella tehdyt muutokset merkitsevät, että miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate ei EY:n perustamissopimuksessa enää koske työsuhdetta pelkästään palkkauksen kannalta (ks. EY:n perustamissopimuksen 119 artikla, josta on tullut EY 141 artikla; EY:n perustamissopimuksen 117—120 artikla on korvattu EY 136—143 artiklalla), vaan siitä on tiettyjen "ohjelmallisten" määräysten ansiosta tullut ohjaava periaate ja yhteisön toiminnan päämäärä. Niihin muutoksiin, joita Amsterdamin sopimuksella on tällä alalla tehty EY:n perustamissopimukseen, kuuluvat vielä seuraavat muutokset: EY:n perustamissopimuksen 2 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 2 artikla) uusi sanamuoto, jonka mukaan yhteisön tehtäviin kuuluu nyt edistää "miesten ja naisten välistä tasa-arvoa"; EY:n perustamissopimuksen 3 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 3 artikla, jossa luetellaan yhteisön toimivaltaan kuuluvat alat) uusi 3 kohta, jonka mukaan "toteuttaessaan tässä artiklassa tarkoitettua toimintaa yhteisö pyrkii poistamaan eriarvoisuutta miesten ja naisten välillä sekä edistämään miesten ja naisten välistä tasa-arvoa"; jotta EY:n perustamissopimuksen 117 artiklassa (EY:n perustamissopimuksen 117—120 artikla on korvattu EY 136—143 artiklalla) mainitut sosiaaliset tavoitteet — muun muassa työllisyyden edistäminen sekä elin- ja työolojen kohentaminen — pystyttäisiin saavuttamaan, EY:n perustamissopimuksen uudessa 118 artiklassa määrätään, että yhteisö tukee ja täydentää jäsenvaltioiden toimintaa työelämän eri alueilla, joihin kuuluu myös "miesten ja naisten välinen tasa-arvo asioissa, jotka koskevat heidän mahdollisuuksiaan työmarkkinoilla sekä heidän kohteluaan työssä" (ks. Mori, P., "La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam", *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, s. 571).

21. Se, mitä on pidettävä lähtökohtana kyseisiä säännöksiä tulkittaessa, on kuitenkin tuotu esiin jo 15—19 kohdassa. Viittaan edellä esittämääni osoittaakseni, että "sosiaalisen kehityksen" huomioon ottaminen voi auttaa tulkitsijaa, jonka on ratkaistava, mitä — muihin kuin itse työntekijään kohdistuvia — vaikutuksia on otettava huomioon päätettäessä, onko sukupuolella ratkaiseva merkitys määrätyn ammattitoiminnan harjoittamisessa. Yhteisöjen tuomioistuin näyttää jo antaneen tämänsisältöisen ratkaisun. Se on asiassa komissio vastaan Yhdistynyt kuningaskunta arvioinut kansallista syrjivää lainsäädäntöä ottaen huomioon direktiivin 2 artiklan 2 kohdan yhdessä 9 artiklan 2 kohdan kanssa. Tapauksessa oli kysymys *nimenomaisista ja rajoitetuista* eroista miesten ja naisten välisessä kohtelussa kätilön ammatin osalta.[41] Osoittaakseen, että kansallinen lainsäädäntö oli lainmukainen, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus selvitti yhteisöjen tuomioistuimelle, että lainsäädäntöä oli arvioitu uudelleen säännöllisesti ja että viimeinen arviointi oli perustunut siihen, että terveysviranomaisia, ammatillisia järjestöjä ja muita organisaatioita oli laajasti kuultu miespuolisia kätilöitä koskevista kahdesta tutkimuksesta.[42] Tämän perusteella yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että komission riitauttamat säännökset eivät ylittäneet 2 artiklan 2 kohdassa säädettyjä rajoja, koska kyseisen jäsenvaltion (todistettu) sosiaalinen kehitys huomioon ottaen sillä, että miehet olisivat päässeet kätilön ammattiin ja voineet harjoittaa sitä rajoituksetta, olisi ollut haitallisia vaikutuksia potilaiden kannalta, koska "potilaan tarpeiden huomioon ottaminen on erityisen tärkeää" (tuomion 18 kohta).[43] Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan "on — — myönnettävä, että kätilön työssä myötäelämisen kyvyllä voi *nykyään* olla *potilaan kannalta* tärkeä merkitys. Nämä edellytykset huomioon ottaen voidaan todeta, että jättäessään soveltamatta täydellisesti [tasa-arvoisen kohtelun] periaatetta Yhdistynyt kuningaskunta ei ole ylittänyt direktiivin 9 artiklan 2 kohdassa ja 2 artiklan 2 kohdassa jäsenvaltioille annettuun oikeuteen sisältyviä rajoituksia" (tuomion 20 kohta; kursivointi tässä). Mielestäni voidaan havaita tiettyä yhtäläisyyttä kätilöiden ja heidän potilaidensa tapauksen ja kuninkaallisen merijalkaväen iskujoukkojen sotilaiden tapauksen välillä,[44] koska kummassakaan tapauksessa ei voida pitää mahdottomana, että sukupuolella voi olla vaikutusta tietyn ammatin harjoittamisen yhteydessä läheiseen kontaktiin joutuvien henkilöiden suhteisiin, kun otetaan huomioon asianomaisten henkilöiden henkilökohtainen herkkyys, joka varmasti muuttuu ajan myötä.

41 — Miehillä oli oikeus seurata kätilön ammattiin valmistavaa koulutusta ainoastaan niissä keskuksissa, joille toimivaltainen ministeriö oli antanut siihen luvan (ja joista toinen oli Lontoossa ja toinen Skotlannin keskiosissa), ja miehet saivat harjoittaa tätä ammattia ainoastaan ministerin nimeämissä paikoissa eli neljässä sairaalassa Lontoossa ja Edinburghissa (ks. julkisasiamies Rozèsin ratkaisuehdotus, Kok. 1983, s. 3458).

42 — Ks. julkisasiamies Rozèsin ratkaisuehdotus (Kok. 1982, s. 3458). Tässä yhteydessä voidaan huomauttaa, että Saksan hallitus ei ole esittänyt mitään näyttöä siitä, että se olisi missään vaiheessa ainakaan säännöllisesti arvioinut uudelleen kyseessä olevia syrjiviä säännöksiä direktiivin 9 artiklan 2 kohdan mukaisesti. Vuonna 1996 annetussa Sanitätsdienst-tuomiossa, johon on viitattu edellä (ks. alaviite 6), pelkästään toistetaan ne syyt, jotka olivat historiallisesti saaneet perustuslainsäätäjän 40 vuotta aikaisemmin säätämään "velvoitteesta" suojella naisia mahdollisimman laajasti.

43 — Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on korostanut kätilön toiminnan erityispiirteitä, koska sen mukaan on pelättävissä, että jotkut naiset (tai heidän puolisonsa) kieltäytyvät miespuolisen kätilon avusta; Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on lisäksi tähdentänyt, kuinka korvaamatonta työtä kätilöt tekevät — "yksin, etenkin yöllä, sairaaloiden synnytysosastoilla ja ennen kaikkea potilaiden kotona" — ennen synnytystä ja erityisesti sen jälkeen ja kuinka tässä työssä annetaan naisille hyvin henkilökohtaista hoitoa (ks. julkisasiamies Rozèsin ratkaisuehdotus, Kok. 1983, s. 3458 ja 3459).

44 — Viittaan asiassa Sirdar esittämäni ratkaisuehdotuksen niihin kohtiin, jotka on mainittu edellä alaviitteessä 34.

22. Direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa säädetty varaus ei salli mitään sellaista erilaista kohtelua, joka perustuu yleisluonteisiin sosiaalisiin tai poliittisiin näkökohtiin. Sukupuoleen perustuva syrjintä ei ole periaatteessa kiellettyä, mutta sitä voidaan pitää perusteltuna vain siinä tapauksessa, että kansallinen lainsäätäjä on säätänyt siitä kyseessä olevan työn luonteeseen tai suoritusolosuhteisiin *kiinteästi liittyvien* erityisten vaatimusten vuoksi, sellaisina kuin nämä vaatimukset mahdollisesti seuraavat tietyssä maassa tiettynä ajankohtana vallitsevista kulttuurisista olosuhteista. Vaatimusten on lisäksi oltava sellaisia, että niillä on ratkaiseva merkitys kyseessä olevan erityisen ammattitoiminnan harjoittamisessa.

23. Jos direktiivin 2 artiklan 2 kohtaa ja 9 artiklan 2 kohtaa yhdessä tulkitaan oikein, voidaan nähdä, että on muitakin syitä katsoa, että sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei voida perustella pelkästään viittaamalla yleisluonteisiin poliittisiin vaatimuksiin siitä, että naisia on suojeltava — kuten tässä tapauksessa — jopa niiltä vaaroilta, joille taistelijat saattavat joutua alttiiksi. Kantaani täsmentääkseni totean aluksi, että jos Saksan hallituksen käsitys hyväksytään, direktiivin 2 artiklan 3 kohta menettää tehokkaan vaikutuksensa ja ehkä jopa olemassaolonsa syyn.[45] Tämä johtuu siitä, että tällöin olisi mahdoton selittää, miksi tätä säännöstä on sovellettava suppeasti vain naisen biologisen tilan suojelemiseen. On vielä lisättävä, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan 2 artiklan 3 kohta puolestaan vaikuttaa direktiivin 3 artiklan 2 kohdan c alakohdan soveltamisalaan,[46] joten viimeksi mainittu säännös jäisi vaille käytännön merkitystä, jos Saksan hallituksen kanta hyväksyttäisiin. Tähän on vielä lisättävä seuraavaa. Kuten edellä on todettu, yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tämä poikkeus koskee *yksinomaan* sellaista erilaista kohtelua, joka on perusteltua "naisen biologisen tilan suojelemisen" turvaamiseksi (ks. edellä 13 kohta). Poikkeus on tarkoitettu juuri tällaiseksi, joten sitä voidaan tulkita vain suppeasti, samalla tavoin kuin 2 artiklan 2 kohdassa säädettyä varausta (jonka yhteisöjen tuomioistuin on määritellyt poikkeukseksi, kuten edellä on todettu).[47] On lisäksi todettava, että yhteisöjen tuomioistuin on jo selvästi hylännyt käsityksen, jonka mukaan 2 artiklan 3 kohdalla voitaisiin perustella sellainen erilainen kohtelu, joka on "suojelevaa" ja joka perustuu suuressa määrin samanlaiseen syyhyn kuin Saksan perustuslainsäätäjän käsiteltävänä olevassa asiassa tavoittelema poliittinen päämäärä eli yleiseen mielipiteeseen. Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Johnston antamassaan tuomiossa todennut, että "[2 artiklan 3 kohdalla] ei — — anneta mahdollisuutta sulkea naisia jonkin toimen ulkopuolelle sillä perusteella, että *yleinen mielipide vaatii*, että naisia suojellaan enemmän kuin miehiä riskeiltä, jotka koskevat miehiä ja naisia samalla tavoin ja joihin ei liity — — erityistä naisten suojelemisen tarvetta" (tuomion 44 kohta; kursivointi tässä). Mielestäni tästä seuraa, että direktiivissä kielletään *kaikki* sellaiset "suojelevat" syr-

45 — Siitä, kuinka tärkeää on turvata direktiivin 2 artiklan 3 kohdan täysi vaikutus käytännössä, ks. em. asia Habermann-Beltermann, tuomion 24 kohta ja asia C-400/95, Larsson, tuomio 29.5.1997 (Kok. 1997, s. I-2757, 22 kohta).

46 — Ks. em. asia Johnston, tuomion 44 kohta. Direktiivin 3 artiklan 2 kohdan mukaan "[sen takaamiseksi, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei esiinny,] jäsenvaltioiden on toteutettava [direktiivin tiedoksi antamista seuraavien neljän vuoden kuluessa; ks. 9 artiklan 1 kohta] tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että: — — c) niitä tasa-arvoisen kohtelun periaatteen vastaisia [säännöksiä], joiden alkuperäisenä tarkoituksena on ollut suojelu, muutetaan, jollei tarkoitus enää ole perusteltu — — ".

47 — Ks. em. asia Johnston, tuomion 44 kohta.

jivät toimenpiteet, jotka eivät kuulu 2 artiklan 3 kohdan soveltamisalaan.[48]

24. Päinvastaisen kannan hyväksyminen johtaisi lisäksi siihen, että naiset edelleen pidettäisiin toisarvoisessa asemassa päästämällä heidät vain joillekin aloille liittotasavallan armeijassa, jolloin olisi vaarana, että sukupuolieroihin liittyvät vanhat stereotypiat säilyvät.[49] Kuten saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on todettu, tämä johtaisi kaiken lisäksi naisten itsemääräämisoikeuden kieltämiseen, koska naiset eivät voisi ilmoittautua vapaaehtoiseen palvelukseen.[50]

48 — Vastaavasti ks. esim. Fenwick, H., em. teos, s. 79.

49 — Ks. vastaavasti Bundesverfassungsgerichtin 28.1.1992 antama tuomio naisten yötyötä koskevasta kiellosta (Nachtarbeitsverbot; 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 ja 10/91, BverfGE nro 85, s. 191 ja erityisesti s. 207) ja sen 24.1.1995 antama tuomio, jonka mukaan naisten jättäminen pakollisen palokuntapalvelun ulkopuolelle oli vastoin perustuslakia (Feuerwehrdienstpflicht; 1 BvL 18/93 ja 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, BVerfGE nro 92, s. 91). Naisten suojelu on Saksan työlainsäädännössä varsin usein toistuva teema (ks. Harvey, R., "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", *The American Journal of Comparative Law*, 1990, s. 31). Se, että tällainen "suojelu" todella uhkaa alistaa naisen perinteiseen puolison ja äidin rooliin, ilmenee siitä, kuinka itsepintaisesti liittovaltion työ- ja sosiaaliministeri puolusti jo vuonna 1891 säädetyllä lailla käyttöön otettua yötyökieltoa vielä vuonna 1992 eli vuosi sen jälkeen, kun yhteisöjen tuomioistuin oli asiassa Stoeckel antamassaan tuomiossa (ks. edellä alaviite 20) ensimmäisen kerran pitänyt naisten yötyökieltoa perusteettomana. Edellä mainitusta Bundesverfassungsgerichtin tuomiosta, jossa selvästi vahvistettiin, että direktiivillä on etusija sen kanssa yhteensoveltumattomiin kansallisiin säännöksiin nähden, ilmenee, että liittovaltion työministeriö yritti puolustella yötyökieltoa sillä, että "naiset vastaavat oman ammattitoimintansa ohella lapsista ja kotitöistä huomattavasti useammin kuin miehet", ja joutui Deutscher Juristinnenbundin (Saksan naisjuristien yhdistys) ja Deutscher Frauenringin (Saksan naisyhdistys) voimakkaan arvostelun kohteeksi (em. teos, s. 200). Vastaavia ajatuksia esiintyy myös naisia suojelevasta jäsenvaltioiden lainsäädännöstä 20 päivänä maaliskuuta 1987 annetussa komission tiedonannossa KOM(87) 105 lopull., I-4 osa, s. 5 (jäljempänä tiedonanto).

50 — Ks. Kokott, em. teos, 12 a artiklan kommentaari, 6 kohta.

*5) Direktiivin 2 artiklan 2 kohtaan perustuva, erityisiä ammattitoimintoja koskeva poikkeus*

25. Komissio ja Italian hallitus ovat nyt käsiteltävänä olevassa asiassa myöntäneet, että vaikka "suojelutarkoitukseen" perustuva kielto ottaa naisia asevoimien palvelukseen on periaatteessa sallittu, kieltoa voidaan todella pitää lainmukaisena vain, jos se koskee sellaisia erityisiä tehtäviä, jotka suoritusolosuhteidensa vuoksi käytännössä altistavat erityisen suurille riskeille, kuten tehtäviä poliisin aseistetuissa yksiköissä sisällissodan aikana tai tehtäviä jonkin maan iskujoukoissa (ks. edellä 14 kohta).

26. Yhteisöjen tuomioistuin on nimittäin todennut, että 2 artiklan 2 kohtaan perustuvat rajoitukset tasa-arvoisen kohtelun periaatteelle voivat koskea vain *erityisiä* ammattitoimintoja.[51] Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa komissio vastaan Yhdistynyt kuningaskunta antamassaan tuomiossa todennut, että 2 artiklan 2 kohdalla ei ole mitään merkitystä, kun on kysymys sellaisesta tasa-arvoisen kohtelun periaatteeseen tehdystä poikkeuksesta, joka koskee yksityisissä kotitalouksissa tehtävää työtä, vaikka "on kiistatonta, että kyseisellä perustelulla [yksityiselämän kunnioittaminen] voi olla ratkaiseva merkitys tietyissä tapauksissa silloin, kun on kysymys työskentelystä yksityisessä kotitaloudessa" (tuomion 14 kohta). Asiassa 318/86, komissio vastaan Ranska, antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin

51 — Ks. asia komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomion 14—16 kohta; asia 318/86, komissio v. Ranska, tuomion 25 kohta ja julkisasiamies Sir Gordon Slynnin kyseisessä asiassa esittämä ratkaisuehdotus (Kok. 1988, s. 3570 ja 3571) sekä asiassa Sirdar esittämäni ratkaisuehdotus, 35—37 kohta.

ei pitänyt tasa-arvoisen kohtelun periaatteeseen tehtyä poikkeusta riittävän erityisenä, vaikka poikkeus ei koskenut naisia yleisesti Ranskan poliisivoimissa vaan ainoastaan viidessä poliisivoimien yksikössä;[52] yhteisöjen tuomioistuimen mukaan direktiivin 2 artiklan 2 kohdan mukainen poikkeus on sallittu ainoastaan siinä tapauksessa, että näiden yksiköiden *sisällä* on yksilöity *yksittäisiä toimintoja*, joissa sukupuoli on ratkaiseva (tuomion 25—30 kohta).

27. Nyt kyseessä oleva kielto ottaa naisia liittotasavallan armeijan palvelukseen ei koske ainoastaan tiettyjä yksiköitä, vaan kielto koskee erotuksetta *kaikkia* muita aloja paitsi terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviä. Saksan hallitus on puolustuksekseen väittänyt, että kiellon on väistämättä koskettava kaikkia aloja, koska kaikkia taisteluyksiköitä on voitava käyttää "interaktiivisesti" (ks. edellä 14 kohta) tekemättä eroa (vaarallisimpien) etulinjan tehtävien ja (vaarattomampien) takalinjan tehtävien välillä. Saksan hallituksen mukaan vaatimus liittotasavallan armeijan yleisestä interaktiivisesta toimintakyvystä toisin sanoen riittää tekemään sekä perustuslain 12 a §:n että tämän perustuslain säännöksen perusteella annettujen säännösten mukaisen poikkeuksen erityiseksi. Tällainen interaktiivisuus (tai interaktiivinen toimintakyky) muistuttaa poliisivoimille tyypillistä vaihtokelpoisuutta, josta oli kysymys asiassa 318/86, komissio vastaan Ranska, ja jonka Ranskan hallituksen mukaan olisi pitänyt osoittaa, että tietyissä yksiköissä käytetty palvelukseenottojärjestelmä oli perusteltu.[53] Yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin katsoi, että järjestelmä ei ollut yhteensoveltuva direktiivin kanssa, koska voitiin epäillä, oliko vaihtokelpoisuutta koskeva periaate välttämätön ja sovellettiinko sitä käytännössä. Lisäksi se interaktiivinen toimintakyky, jonka pitäisi nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa olla luonteenomaista koko liittotasavallan armeijalle, muistuttaa käsitteellisesti jossain määrin kuninkaallisen merijalkaväen yhteistoimintakykyä. Asiassa Sirdar ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus oli osoittanut kiistattomasti, että yhteistoimintakyvyn periaatetta todella sovellettiin johdonmukaisesti kaikkiin kuninkaallisen merijalkaväen sotilaisiin;[54] tästä syystä katsoin, että tuossa asiassa kyseessä ollut syrjivä toimenpide oli riittävän erityinen, vaikka se koski *kaikkia* tehtäviä kuninkaallisessa merijalkaväessä.[55] Kun tähän tapaukseen sovelletaan asiassa 318/86, komissio vastaan Ranska, annetusta tuomiosta ilmeneviä periaatteita (joihin olen tukeutunut jo asiassa Sirdar esittämässäni ratkaisuehdotuksessa), katson, että liittotasavallan armeijan sotilaisiin kohdistuva interaktiivisen toimintakyvyn vaatimus ei tee kyseessä olevasta syrjinnästä sallittua, koska Saksan hallitus ei ole näyttänyt toteen, että sääntöä todella sovelletaan kaikkiin "taisteluyksiköihin" eli muihin kuin terveydenhoito- ja sotilasmusiikkiyksiköihin.

28. On lisäksi todettava, että yleisesti koko armeijaan sovellettavaa interaktiivisen toimintakyvyn vaatimusta on vaikea sovittaa yhteen eri yksiköiden kasvavan erikoistumisen kanssa, kun otetaan huomioon, että yksiköiden taistelukalusto tulee koko ajan

52 — Kyse on seuraavista yksiköistä: les commissaires de police, les commandants et les officiers de la paix, les inspecteurs, les enquêteurs sekä les gradés et les gardiens de la paix (Kok. 1988, s. 3561 ja 3562).

53 — Tältä osin ks. mitä olen todennut asiassa Sirdar esittämässäni ratkaisuehdotuksessa, 36 kohta.

54 — Ks. asiassa Sirdar esittämäni ratkaisuehdotus, 7 kohta.

55 — Ks. asiassa Sirdar esittämäni ratkaisuehdotus, 35 ja 36 kohta.

monimutkaisemmaksi ja että sotilaat usein saavat tekniset valmiudet nimenomaan tietyissä joukoissa tai tietyssä yksikössä toimimista varten. En näin ollen voi pitää kovin vakuuttavana Saksan väitettä, jonka mukaan se haluaa säilyttää mahdollisuuden osoittaa taistelijat eri tehtäviin kuin mihin heidät on koulutettu, vaikka se edellyttäisi sellaisten aseiden käyttöä, joiden vaatimaa käyttötottumusta ei voida hankkia lyhyessä ajassa. Kuninkaallisen merijalkaväen sotilaat sitä vastoin saavat poikkeuksetta saman, pitkään kestävän erikoiskoulutuksen (jolla nimenomaan on tarkoitus taata mahdollisimman täydellinen yhteistoimintakyky), ja heidät voidaan osoittaa samoihin tehtäviin. Asiassa Sirdar ilmeni, että myös kokkien on kaikkien muiden sotilaiden tavoin läpäistävä kolme kertaa vuodessa testi, jolla varmistutaan fyysisen kunnon säilymisestä. [56]

29. Se, että perustuslain 12 a §:n ja sen perusteella annettujen säännösten mukainen poikkeus tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta ei ole erityinen, näyttää näin ollen olevan ristiriidassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa myös toisesta syystä, sillä syrjinnän, jonka tueksi vedotaan 2 artiklan 2 kohdassa säädettyyn varaukseen, on oltava niin avointa, että komissio voi harjoittaa tehokasta valvontaa. [57] Koska ennakkoratkaisukysymyksen kohteena olevat kansalliset säännökset ovat niin yleisluonteisia, niiden perusteella ei tässä tapauksessa voida ratkaista, ovatko kaikki yksiköt, joihin naiset eivät voi päästä, sellaisia, että ne "todella vastaavat erityisiä toimintoja, joissa sukupuoli on ratkaiseva direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla". [58] Uskallan väittää, että komissio on lisäksi itse auttanut kyseessä olevan erilaisen kohtelun jatkumista. Yhteisöjen tuomioistuin on tässä oikeudenkäynnissä esittänyt komissiolle kirjallisesti täsmällisen kysymyksen sen selvittämiseksi, missä määrin komissio on kohdistanut direktiivin 9 artiklan 2 kohdan mukaista valvontaa sellaisiin ammatteihin ja tehtäviin, joiden osalta yksittäiset jäsenvaltiot (Saksa mukaan lukien) ovat direktiivin 2 artiklan 2 kohdan nojalla estäneet tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltamisen. [59] Komissio ei nyt, kuten ei aikaisemminkaan, [60] ole esittänyt tältä osin mitään konkreettisia tietoja.

30. Edellä todetun perusteella on katsottava, että tämän ennakkoratkaisukysymyksen kohteena oleva kielto ei kuulu sen enempää direktiivin 2 artiklan 2 kohdan kuin sen 2 artiklan 3 kohdan soveltamisalaan, joten kielto on yhteensoveltumaton direktiivin kanssa. Siltä varalta, että yhteisöjen tuomioistuin päätyy päinvastaiseen ratkaisuun, on kuitenkin syytä esittää eräitä huomautuksia sen osalta, voidaanko Saksan hallituksen esiin tuomaa oikeuttamisperustetta pitää perusteltuna, ja sen osalta, onko Saksassa käyttöön otettu järjestelmä suhteellisuusperiaatteen mukainen. Jos yhteisöjen tuomioistuin nimittäin katsoo, että riidanalainen kansallinen lainsäädäntö ei ole ristiriidassa direktiivin kanssa, EY:n perustamissopimuksen 177 artiklan (josta on tullut EY

56 — Ks. asiassa Sirdar esittämäni ratkaisuehdotus, 6 ja 7 kohta.

57 — Ks. em. asia 318/86, komissio v. Ranska, tuomion 25 ja 26 kohta ja asiakysymyksen osalta vastaavasti em. asia komissio v. Saksa, tuomion 36 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

58 — Em. asia 318/86, komissio v. Ranska, tuomion 27 kohta.

59 — Yhteisöjen tuomioistuin on em. asiassa komissio vastaan Saksa antamansa tuomion 38 kohdassa viitannut nimenomaisesti tähän tasmalliseen valvontatonnivaltaan ja -velvollisuuteen, joka komissiolla on perustamissopimuksen noudattamisen valvojana.

60 — Ks. em. asia komissio v. Saksa, tuomion 34 kohta.

234 artikla) mukaisen toimivallanjaon perusteella on kansallisen tuomioistuimen asia ratkaista, voidaanko Kreilin hakemuksen epäämistä todella pitää perusteltuna ja suhteellisuusperiaatteen mukaisena.[61] Tässä yhteydessä haluaisin kiinnittää huomiota ensin erääseen alustavaan seikkaan. Saksan hallitus katsoo voivansa määrittää tarkoituksenmukaisuusharkinnalla, mitkä niistä tasa-arvoisen kohtelun periaatetta koskevista poikkeuksista, joista on säädetty direktiivissä, voidaan ottaa käyttöön sosiokulttuurisista syistä. On kuitenkin kysyttävä, mihin tällainen väite perustuu.

6) *Tarkoituksenmukaisuusharkinnan osuus tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta tehtyjä poikkeuksia määritettäessä*

31. Saksan hallituksen mukaan toimivalta, jonka perusteella periaatteesta voidaan harkinnan mukaan poiketa edellä tarkastellulla tavalla, on tässä tapauksessa perusteltu sellaisten historiallisten syiden vuoksi, jotka selittävät sen "naisten suojelemista koskevan moraalisen velvoitteen", josta on säädetty perustuslain 12 a §:ssä. Saksan hallituksen mielestä tässä tapauksessa on siis yhtymäkohtia siihen yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisemaan tapaukseen, jossa oli kysymys EY:n perustamissopimuksen 48 artiklan 3 kohdassa (josta on muutettuna tullut EY 39 artiklan 3 kohta) tarkoitetun yleisen järjestyksen turvaamiseksi asetetuista rajoituksista työntekijöiden vapaalle liikkuvuudelle. Asiassa Van Duyn[62] ja asiassa Bouchereau[63] antamissaan tuomioissa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että ne "erityisolosuhteet, joilla voitaisiin oikeuttaa yleiseen järjestykseen vetoaminen [ulkomaan kansalaisten karkottamisesta päätettäessä], voivat vaihdella maasta toiseen ja olla erilaiset eri aikoina", joten se katsoi, että "tältä osin toimivaltaisilla kansallisilla viranomaisilla on oltava tietynlaajuinen harkintavalta — — ".[64] Mielestäni tätä samaa arviointiperustetta ei kuitenkaan voida eikä sitä myöskään pidä soveltaa nyt käsiteltävänä olevassa asiassa.

32. Asiassa Sirdar, jossa Yhdistynyt kuningaskunta oli esittänyt samankaltaisen väitteen kuin Saksan hallitus nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, huomautin, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun kansallinen tuomioistuin tutkii, ovatko 2 artiklan 2 kohtaan perustuvan poikkeuksen tueksi esitetyt syyt perusteltuja ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia, sillä ei ole velvollisuutta ottaa huomioon

61 — Ks. em. asia Johnston, tuomion 38 ja 39 kohta.

62 — Asia 41/74, Van Duyn, tuomio 4.12.1974 (Kok. 1974, s. 1337, 18 ja 19 kohta).

63 — Asia 30/77, Bouchereau, tuomio 27.10.1977 (Kok. 1977, s. 1999, 33—35 kohta).

64 — Em. asia Bouchereau, tuomion 34 kohta; ks. myös em. asia Van Duyn, tuomion 18 kohta.

sitä, että kyseessä oleva jäsenvaltio haluaa itselleen "tiettyä harkintavaltaa". [65]

7) *Seikat, joiden avulla voidaan määrittää, onko kyseessä oleva poikkeus perusteltu ja suhteellisuusperiaatteen mukainen*

33. Saksan hallitus väittää, että kansainvälisestä humanitaarisesta oikeudesta selvästi vaikutteita saaneet perustuslain 12 a § ja sen täytäntöönpanemiseksi annetut säädökset ovat ainoa keino, jolla voidaan saavuttaa se tavoite, että naiset eivät "missään tapauksessa" joudu alttiiksi vihollisen tulitukselle taistelijoina (ks. - edellä 12 kohta). Kuten jäljempänä pian havaitaan, todellisuudessa sen enempää Saksan perustuslaki kuin yleissopimus ja lisäpöytäkirjakaan eivät siinäkään tapauksessa, että saksalaiset naiset eivät (joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta) pääse liittovaltion armeijaan, takaa, että he ovat varmasti suojassa kaikilta vihollisen hyökkäykseen liittyviltä vaaroilta ja niiltä vaaroilta, joita mahdollisen vangitsemisen jälkeen aiheutuu sotavangiksi julistamisesta.

34. Saksan hallitus on yhteisöjen tuomioistuimen suullisessa käsittelyssä itse todennut, että liittovaltion armeijalla on perustuslain 87 b §:n nojalla oma, noin 142 000 henkilön vahvuinen siviilihallinto (noin 330 000 sotilasta kohti), jonka tärkeimmät tehtävät liittyvät henkilöstöhallintoon ja liittovaltion armeijan materiaalitarpeiden täyttämiseen. Näissä tehtävissä toimivista siviilihenkilöistä on Saksan hallituksen esittämien tietojen mukaan noin 49 500 naisia. Ei kuitenkaan voida lähteä siitä, että kansainvälisen humanitaarisen oikeuden mukaan *kaikki* tässä hallinnossa työskentelevät kuuluisivat lisäpöytäkirjan 51 artiklassa siviiliväestölle taatun suojan alaisuuteen. Kansainvälinen humanitaarinen oikeus näyttää lisäksi ainakin joissain tapauksissa sallivan, että hallintotehtävissä työskentelevien katsotaan olevan sotavankeja samalla tavoin kuin taistelijoiden. Lisäpöytäkirjan 50 artiklan ja yleissopimuksen 4 artiklan A kappaleen 4 kohdan (johon ensin mainitussa määräyksessä viitataan) mukaan "aseellisia voimia seuraavat niihin suoranaisesti kuulumattomat henkilöt, kuten sotilaslentokoneiden miehistöön kuuluvat siviilihenkilöt, sotakirjeenvaihtajat, tarvikkeiden hankkijat, työyksiköissä tai aseellisten joukkojen hyvinvoinnista huolehtivissa palveluskunnissa palvelevat — —

65 — Ks. asiassa Sirdar esittämäni ratkaisuehdotuksen 40—41 kohta, jossa viittaan asiassa Johnston annettuun tuomioon. Vielä suoremmin liittyen niihin historiallisiin syihin, jotka ovat perustamissopimuksen 12 a §:n taustalla, voidaan todeta, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin oli asiassa Vogt vastaan Saksa 26.9.1995 antamassaan tuomiossa (A-sarja, nro 323) varsin haluton hyväksymään Saksan hallituksen tuolloista kantaa, jonka mukaan Saksan kokemukset kansallissosialistien valtaanpääsyä edeltävältä ajalta olivat pätevä oikeuttamisperuste sananvapauden kanssa selvässä ristiriidassa olevalle toimenpiteelle. Tässä tapauksessa, jossa oli kysymys yläasteen opettajan irtisanomisesta, jota perusteltiin sillä, että opettaja ei Saksan kommunistisen puolueen (Deutsche Kommunistische Partei) aktiivijäsenenä ollut uskollinen demokraattiselle valtiosäännölle, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi, ettei edes se, mitä Saksa oli joutunut kokemaan Weimarin tasavallan ja sen jälkeisen "kansallissosialistisen painajaisen" aikana, riittänyt oikeuttamisperusteeksi näin jyrkälle toimenpiteelle, jonka väitettiin olevan tarpeen valtion turvallisuuden ja yleisen järjestyksen kaltaisten perusarvojen puolustamiseksi (ks. tuomion 49 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Saksan hallitus oli vastaavalla tavalla kuin nyt käsiteltävänä olevassa asiassa väittänyt, että Saksan liittotasavallalla on erityinen vastuu kaikenlaisten — sekä oikeistolaisten että vasemmistolaisten — ääriliikkeiden torjunnassa ja että tästä nimenomaisesta syystä kaikilla virkamiehillä on Weimarin tasavallan aikaisten kokemusten vuoksi erityinen poliittinen uskollisuusvelvoite, koska hallintokoneisto on "puolustautumiskykyisen demokratian" tukipilari (tuomion 54 kohta). On syytä mainita Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen todenneen, että "on hämmästyttävää, kuinka *ehdoton* [virkamiesten] poliittinen uskollisuusvelvoite on, sellaisena kuin Saksan tuomioistuimet sitä tulkitsevat" (tuomion 59 kohta; kursivointi tässä).

[eivät kuulu siviiliväestöön, joten he ovat taistelijoita]". Jos nämä henkilöt joutuvat vihollisen vangitsemiksi, heitä pidetään yleissopimuksen 4 artiklan nojalla sotavankeina. Mielestäni Verwaltungsgericht Hannoverin on näin ollen tutkittava, mihin tehtäviin naisia käytännössä osoitetaan perustamissopimuksen 87 b §:n perusteella, jotta se voisi varmistua siitä, että heidän käyttämisensä liittotasavallan armeijan avustavissa tehtävissä on perustuslain 12 a §:n mukaista, kun otetaan huomioon kansainvälisen humanitaarisen oikeuden edellä mainitut määräykset.

35. Huomioon on otettava myös käytännön näkökohdat; en nimittäin ymmärrä, miten voidaan taata, että naiset, jotka on perustuslain 87 b §:n nojalla osoitettu esikuntaan tai muihin komentopaikkoihin — esimerkiksi sihteerin tehtäviin — tai mihin tahansa liittotasavallan armeijan yksikköön avustaviin tehtäviin, jäisivät täysin niiden vaarojen ulkopuolelle, jotka kansainvälisen humanitaarisen oikeuden mukaan voivat koskea taistelijoita. On tunnettua, että uudenaikaisten pitkän kantomatkan aseiden johdosta juuri armeijan komento- ja valvontarakenteen hermokeskukset ovat nykyään konfliktitilanteissa ensimmäisiä kohteita. Liittotasavallan armeijan hallinnossa työskentelee siis huomattava määrä naisia — vähintään 49 500 —, jotka suorittavat siellä monenlaisia "ei-sotilaallisia" tehtäviä sotilaiden rinnalla (jotka Saksan hallituksen mukaan myös on osoitettu hallintotehtäviin) ja joiden ei voida katsoa olevan suojassa mahdollisilta vihollisen hyökkäyksiltä. Kansallisen tuomioistuimen on siis arvioitava, onko sellainen "suojeleva" toimenpide järkevä, joka ei ensinnäkään täysin poista niitä riskejä, jotka halutaan välttää, ja joka toisaalta johtaa naisten syrjäyttämiseen yli 300 000 työpaikasta (jotka — kuten komissio on huomauttanut — eivät kärsi talouden ja markkinoiden epäsuotuisista suhdanteista ja joissa saatu tekninen koulutus on erittäin hyödyllinen asianomaisten henkilöiden siirtyessä siviilitehtäviin).[66] Tältä kannalta katsottuna kansallisen tuomioistuimen pitäisi varmistua erityisesti siitä, että naiset eivät siviilitehtäviä hoitaessaan todellisuudessa joudu samoihin vaaroihin kuin sotilaat, vaikka nämä olisivat vain takarintamassa.

36. Se, että naiset on pelkässä suojelutarkoituksessa suljettu käytännöllisesti katsoen kokonaan liittotasavallan armeijan ulkopuolelle, näyttää lisäksi olevan ristiriidassa sen paljon avoimemman politiikan kanssa, jota sovelletaan naisten palvelukseenottamiseen muihin tehtäviin, joihin liittyy huomattavia riskejä. Viittaan erityi-

66 — Sitä, että siviili- ja sotilastehtävät ovat liittotasavallan armeijan hallinnossa sekoittuneet toisiinsa ja että ne ovat hyvin lähellä toisiaan, korostaa vielä se Saksan hallituksen esiin tuoma seikka, että muiden valtioiden armeijoissa ei tunneta jakoa siviili- ja sotilastehtäviin, koska hallintoa hoitavat käytännössä lähestulkoon yksinomaan sotilaat. Tämä saa minut jälleen ihmettelemään, miten on mahdollista varmistaa, että naiset, joita työskentelee suuria määriä liittotasavallan armeijan avustavissa tehtävissä, eivät "missään tapauksessa" joudu kärsimään sotilastukikohtiin, taisteluvälinevarikoihin ja koko logistiseen perusrakenteeseen kohdistuvista vihollisen hyökkäyksistä.

sesti palomiesten[67] ja poliisin[68] tehtäviin. Etenkin viimeksi mainittujen tehtävien osalta on todettava, että vaikka niihin ei tyypillisesti liity vastaavia vaaroja kuin sotilaan tehtäviin sodan aikana, poliisivoimiin kuuluvat joutuvat kuitenkin usein vakaviin vaaroihin, esimerkiksi tulitaisteluihin tavallisten rikollisten ja terroristien kanssa. Palomiesten osalta on todettava, että Bundesverfassungsgerichtin äskettäisessä tuomiossa (ks. edellä alaviite 49) pidettiin syrjintänä jopa sitä, että naiset jätettiin pakollisen palokuntapalvelun ulkopuolelle. Tästä osin Saksan hallitus on yhteisöjen tuomioistuimen suullisessa käsittelyssä tyytynyt toteamaan, että poliisien ja liittovaltion armeijan palveluksessa olevien henkilöiden erilainen kohtelu johtuu siitä, että ainoastaan sotilaat ovat kansainvälisessä humanitaarisessa oikeudessa tarkoitettuja taistelijoita. Kuten olen jo todennut, kansallisen tuomioistuimen on tutkittava, onko taistelijan asemalla merkitystä nyt käsiteltävänä olevassa asiassa (ks. edellä 33—35 kohta). Kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin tärkeämpää arvioida, voiko se, että naisia kohdellaan aseellisen palvelun osalta perustavanlaatuisesti eri tavalla kuin miehiä, todella olla perusteltua *nimenomaan* tähän toimintaan luonteenomaisesti liittyvien vaarojen vuoksi.

37. Vankeuteen eli sotavangin asemaan liittyvien vaarojen osalta on lopuksi todettava, että kun otetaan huomioon tämänhetkinen kansainvälinen humanitaarinen oikeus, joka on huomattavasti kehittyneempää kuin heti toisen maailmansodan jälkeen,[69] nämä vaarat ovat ilman muuta vähäisempiä kuin ne vaarat, joille sotilaat

67 — Bundesverfassungsgericht on Feuerwehrdienstpflichttapauksessa (ks. edellä alaviite 49) pitänyt perustuslain vastaisena useammassa kuin joka toisessa osavaltiossa voimassa ollutta lainsäädäntöä, jonka mukaan *pakollinen* palokuntapalvelu ei koske naisia, *koska* Bundesverfassungsgerichtin mukaan *vaatimus, että naisia on suojeltava vaaroilta, joille miehet eivät joudu alttiiksi, ei objektiivisesti tarkasteltuna tehnyt perustelluksi naisten jättämistä tämän velvollisuuden ulkopuolelle, ja koska se lisäksi oli omaan vahvistamaan perinteistä roolijakoa* (s. 109—113). Tuomio on erityisen merkittävä, koska Bundesverfassungsgericht oli koko 70- ja 80-luvun toistuvasti katsonut, että naisten jättäminen tämän toiminnan ulkopuolelle (joka oli säädetty pakolliseksi kaikille fyysisesti kelpoisille täysi-ikäisille miehille mutta joka voitiin korvata maksamalla erityinen kunnallinen Feuerwehrabgabe-niminen maksu, jos palokuntayksiköille osoitettujen tehtävien hoitamiseen oli riittävästi vapaaehtoisia) oli objektiivisesti perusteltua toimintaan liittyvien riskien vuoksi, vaikka naiset olivat useissa osavaltioissa voineet vuoteen 1978 mennessä ilmoittautua palokuntapalveluun vapaaehtoisesti (Bundesverfassungsgerichtin tutkittavana olleen ongelmakokonaisuuden ymmärtämisen helpottamiseksi ks. asia Schmidt v. Saksa, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 18.7.1994, A-sarja, nro 291-B).

68 — Jo Zuleeg (em. teos, s. 1020) on tuonut esiin tämän ristiriitaisuuden. Voidaan esimerkiksi ajatella sosiaalialan tehtävissä toimimista miehille tarkoitetuissa rangaistuslaitoksissa; asiassa 14/83, Van Colson ja Kamann (tuomio 10.4.1984, Kok. 1984, s. 1981) saksalainen tuomioistuin, joka oli esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle joukon ennakkoratkaisukysymyksiä niistä kansallisen oikeuden mukaisista seuraamuksista, joita määrätään sukupuoleen perustuvaan syrjintään syyllistyneelle työnantajalle, ei ollut epäillyt sitä, että kysymys oli syrjinnästä, kun miehille tarkoitettu rangaistuslaitos oli kieltäytynyt ottamasta palvelukseensa kahta sosiaalialan tutkinnon suorittanutta henkilöä sukupuoleen liittyvistä syistä vedoten niihin "ongelmiin ja vaaratekijöihin, jotka liittyvät naishakijoiden palkkaamiseen tällaisiin laitoksiin" (ks. tuomion 2 ja 3 kohta).

69 — Rodleyn mukaan ennen toista maailmansotaa ei ollut olemassa ihmisoikeuksien suojelemista koskevaa kansainvälistä oikeutta (em. teos, s. 1), ja se on alkanut — myös aseellisten selkkausten osalta — kehittyä vasta, kun tehtiin kolme Geneven yleissopimusta, joiden lisäksi on vuosien kuluessa tehty joukko kansainvälisiä sopimuksia, joissa ei enää rajoituta pelkästään sääntöjen asettamiseen (standard setting) vaan määrätään lisäksi mekanismeista, joilla on tarkoitus taata, että valtiot noudattavat kansainvälisellä tasolla tekemiään sitoumuksia (tunnetuin näistä on menettely, joka on hyväksytty Yhdistyneiden kansakuntien talous- ja sosiaalineuvoston 27.5.1970 antamalla päätöslauselmalla N:o 1503, jolla Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeuskomissiolle annetaan toimivalta suorittaa tutkimuksia tai laatia yksityiskohtaisia kertomuksia vakavista loukkauksista, joita oletetaan kohdistetun ihmisoikeuksiin tai perusvapauksiin; ks. Rodley, N., em. teos, s. 6, alaviite 18).

joutuivat alttiiksi Saksan hallituksen mainitsemana historiallisena aikakautena eli kolmannen valtakunnan aikana, jonka Saksan perustuslainsäätäjä on ottanut huomioon vuonna 1956 (ks. edellä 12 kohta). Arvioitaessa, ovatko nyt kyseessä olevat kansalliset toimenpiteet suhteellisuusperiaatteen mukaisia, ei mielestäni pidä sivuuttaa sitä, että kansainvälinen humanitaarinen oikeus on viimeisen 50 vuoden aikana kehittynyt aina vain "suojelevammaksi".

38. Sen jälkeen kun olin todennut, että nyt käsiteltävänä olevan ennakkoratkaisukysymyksen kohteena oleva syrjintä on direktiivin vastaista, tarkastelin eräitä seikkoja, jotka kansallinen tuomioistuin voi sille kuuluvaa valvontavaltaa harjoittaessaan ottaa huomioon, kun se ratkaisee, voiko naisten lähes täydellinen sulkeminen liittotasavallan armeijan ulkopuolelle todella olla perusteltua Saksan viranomaisten esittämien syiden vuoksi ja onko se suhteellisuusperiaatteen mukaista.

## VI Ratkaisuehdotus

39. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Verwaltungsgericht Hannoverin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY vastaista on soveltaa 15.12.1995 annetun Soldatengesetzin, sellaisena kuin se on viimeksi muutettuna 4.12.1997 annetulla lailla, 1 §:n 2 momentin kolmannen virkkeen ja 28.1.1998 annetun Soldatenlaufbahnverordnungin 3 a §:n kaltaisia kansallisia säännöksiä, joilla kielletään naisten ottaminen palvelukseen asevoimien taisteluyksiköihin.