FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 26 oktober 1999 *

I — Tolkningsfrågan

1. Det aktuella förfarandet avser ett förbud i en medlemsstats nationella lagstiftning mot att anställa kvinnor inom försvarsmakten för annan tjänstgöring än som sjukvårdare och militärmusiker. Verwaltungsgericht Hannover (förvaltningsdomstol) har ställt en fråga om tolkningen av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor [1] (nedan kallat direktivet). Den nationella domstolen har närmare bestämt ställt följande fråga till domstolen:

"Står föreskrifterna i 1 § andra stycket tredje meningen i Soldatengesetz (lag om militärers ställning) av den 15 december 1995 (*BGBl.* I, s. 1737), senast ändrad genom lag av den 14 december 1997 (*BGBl.* I, s. 2846) och 3a § i Soldatenlaufbahnverordnung (förordning om karriär inom militären), i dess lydelse enligt kungörelsen av den 28 januari 1998 (*BGBl.* I, s. 326), enligt vilka kvinnor som anmäler sig till frivillig tjänstgöring inte får tilldelas annan befattning än sjukvårdare eller militärmusiker och inte i något fall får inneha vapentjänst, i strid med rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976, särskilt artikel 2.2 i detta direktiv?"

II — De relevanta gemenskapsbestämmelserna

2. Enligt artikel 1.1 i direktivet är "[s]yftet med detta direktiv... att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning... Denna princip kallas hädanefter *likabehandlingsprincipen.*"

Artikel 2 i direktivet har följande lydelse:

"1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191.

på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

2. Detta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde den yrkesverksamhet och i förekommande fall den utbildning som leder till denna, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs.

3. Detta direktiv skall inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap.

..."

Enligt artikel 3.1 i direktivet innebär "[t]illämpningen av likabehandlingsprincipen... att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön i villkoren, som t.ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar i någon som helst sektor eller verksamhetsgren och på alla nivåer".

I artikel 9.2 i direktivet anges att "[m]edlemsstaterna skall med jämna mellanrum utvärdera den yrkesverksamhet som nämns i artikel 2.2 för att mot bakgrund av den sociala utvecklingen avgöra, om det är berättigat att bibehålla ifrågavarande undantag. De skall underrätta kommissionen om resultaten av denna utvärdering."

III — De nationella bestämmelserna

3. Enligt 1 § andra stycket i Soldatengesetz (nedan kallad SG) "kan den som anmäler sig frivilligt till militärtjänstgöring på livstid anställas som yrkessoldat. Den som anmäler sig frivilligt till militärtjänstgöring för en begränsad period kan erhålla en tidsbegränsad anställning som soldat. Kvinnor får anställas enligt första och andra meningen i denna bestämmelse för tjänstgöring *som sjukvårdare eller militärmusiker*." [2]

I enlighet med Soldatenlaufbahnverordnung (nedan kallad SLV) "får kvinnor endast anställas på frivillig grund och

2 — Min kursivering.

enbart *som sjukvårdare eller militärmusiker*". [3]

4. Förbundsrepubliken Tyskland och Europeiska gemenskapernas kommission, som, liksom Tanja Kreil, deltar i detta förfarande, samt den brittiska och den italienska regeringen har påpekat att de ovannämnda bestämmelserna, som är föremål för begäran om förhandsavgörande, har sin rättsliga grund i artikel 12a i Förbundsrepubliken Tysklands Grundgesetz (grundlag eller konstitution, nedan kallad grundlagen eller GG), som har följande lydelse:

"1. Män kan från och med 18 års ålder förpliktas att göra värnplikt inom armén, federala gränspolisen eller civilförsvaret.

...

4. Om behovet av tjänster inom civila sjukvårdsanläggningar och militärsjukhus under krigstillstånd [4] inte kan uppfyllas på frivillig grund, kan kvinnor mellan 18 och 55 år i lag eller genom lag förpliktas till sådan tjänstgöring. *Kvinnorna skall under inga omständigheter inneha vapentjänst.*" [5]

Den tyska regeringen har tillagt att artikel 12a fjärde stycket sista meningen GG (nedan kallad artikel 12a GG) endast utgör en uppdatering, vilken genomfördes år 1968 — med "en enbart lingvistisk omformulering" — av en motsvarande bestämmelse från år 1956, nämligen artikel 12 tredje stycket GG.

5. Den tyska regeringen och kommissionen har även, med hänvisning till en bedömning som har gjorts av Bundesverwaltungsgericht (federal förvaltningsdomstol i sista instans) och i tysk doktrin, angett att artikel 12a GG och de ovannämnda bestämmelserna i SG och SLV utgör en specialbestämmelse (Spezialvorschrift eller Sonderregelung) i förhållande till huvudregeln om likabehandling av kvinnor och

3 — Min kursivering.

4 — I enlighet med artikel 115a första stycket GG är det Bundestag (förbundsdagen) som, i samråd med Bundesrat (förbundsrådet, genom vilket delstaterna deltar i Förbundsrepubliken Tysklands lagstiftnings- och förvaltningsarbete), förklarar att "krigstillstånd" (Verteidigungsfall) råder vid ett väpnat anfall eller ett överhängande hot om ett sådant anfall.

5 — Min kursivering.

män, vilken framgår både av grundlagen [6] och av lagstiftningen om militärer. [7]

6. Den tyska regeringen har vidare påpekat att även om förbudet mot att anställa kvinnor för annan militärtjänstgöring än som sjukvårdare och militärmusiker, vilket anges i den omtvistade lagstiftningen, inte tillåter något undantag ("under inga omständigheter", se artikel 12a GG), finns det i själva verket ett stort antal civila tjänster (huvudsakligen administrativa eller biträdande tjänster) inom Bundeswehr (förbundsförsvarsmakten) som i enlighet med artikel 87b GG är tillgängliga för kvinnor och män på lika villkor.

IV — Bakgrund till tvisten och förfarandet vid den nationella domstolen

7. Tanja Kreil, som är utbildad elektroingenjör med specialisering på installationsteknik, anmälde sig år 1996 till frivillig tjänstgöring i Bundeswehr och uttryckte därvid önskemål om att få tjänstgöra i underhållsförband (vapenelektronik). Hennes ansökan avslogs av rekryteringscentrum, och senare, till följd av ett klagomål, även av Bundeswehrs personalhuvudkontor, på den grunden att lagen utestänger

6 — Grundlagen slår fast principen om likabehandling av kvinnor och män i allmänhet (artikel 3 andra och tredje styckena GG) och även beträffande tillträde till yrken (artikel 12 första stycket GG) — eller snarare friheten att välja yrke — samt beträffande anställningar inom den offentliga förvaltningen (artikel 33 andra stycket GG). I en nyligen meddelad dom, som den hänskjutande domstolen och den tyska regeringen har hänvisat till inom ramen för det förevarande förfarandet, ansåg Bundesverwaltungsgericht att artikel 12a GG var förenlig med de principer om likabehandling och friheten att välja yrke som framgår av andra, ovannämnda, bestämmelser i grundlagen, eftersom den ansågs utgöra en specialbestämmelse (dom av den 30 januari 1996 — 1 WB 89/95 —*BVerwGE*, vol. 103, s. 301, och *NJW*, 1996, s. 2173, nedan kallat målet Sanitätsdienst ("sjukvården", det vill säga en av de sektorer där även kvinnor har rätt att tjänstgöra i enlighet med artikel 12a GG, artikel 1 andra stycket SG och artikel 3a SLV)).
Även om större delen av den tyska doktrinen ansluter sig till detta beslut, kan det påpekas att det till följd av en pågående diskussion i Tyskland inte är uppenbart att den aktuella grundlagsbestämmelsen är laglig, åtminstone inte om man tolkar den så som man hittills har gjort. Erkända forskare anser nämligen att man bör skilja mellan den obligatoriska militärtjänsten (Pflichtdienst) och den frivilliga militärtjänsten (freiwilliger Dienst) och att man, vad beträffar den sistnämnda, bör göra en restriktiv tolkning av artikel 12a GG, även om den utgör en "Sonderregelung". Man måste ta särskild hänsyn till grundläggande principer, såsom likabehandlingsprincipen och principen om frihet att välja yrke, från vilka man endast kan göra undantag med försiktighet och i enlighet med grundlagsbestämmelserna betraktade som helhet (se Jarass, H.D. och Pieroth, B., "Commentaire de l'article 12a du GG", i *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, fjärde upplagan, punkt 3, Kokott, J., "Commentaire de l'article 12a du GG", i *Grundgesetz, Kommentar*, utgiven av M. Sachs, 1999, andra upplagan, punkterna 3 och följande punkter, Repkewitz, U., "Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?", i *NJW*, 1997, s. 506, Sachs, M., "Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes", i *ZBR*, 1994, s. 133, särskilt s. 139, och Zuleeg, M., "Frauen in die Bundeswehr", i *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, s. 1017).
På grundval av en systematisk och restriktiv tolkning av grundlagen (eftersom utestängningen av kvinnor från Bundeswehr utgör ett undantag från principerna i artiklarna 3, 12 och 33 GG), anser de ovannämnda författarna således att förbudet i artikel 12a GG endast gäller för den obligatoriska militärtjänsten. Eftersom artikel 12a GG i dess helhet endast avser "Pflichtdienst", kan inte utestängningen av kvinnor utsträckas till att gälla den frivilliga militärtjänsten (se särskilt det ovannämnda verket av Zuleeg, M., s. 1018).
Det har även påpekats att en restriktiv tolkning är berättigad på grund av den omständigheten att artikel 12a GG *inte avser en grundläggande rättighet* (Grundrecht), till skillnad från de rättigheter som denna artikel begränsar (se artiklarna 3 andra och tredje styckena, 12 första stycket och 33 andra stycket GG, se även det ovannämnda verket av Zuleeg, M., s. 1023). Enligt Scholz kan dessutom artikel 12a ändras, eftersom den inte omfattas av tillämpningsområdet för de snäva gränser som föreskrivs i artikel 79 GG vad gäller ändringar av grundlagsbestämmelserna (Scholz, R., "Commentaire de l'article 12a GG", i *Grundgesetz, Kommentar*, utgiven av T. Maunz, G. Dürig och G. Herzog, 1984, punkt 208).

7 — Både SG och SLV anger att utnämning och uttagning av soldater skall göras på grundval av deras förmåga, kompetens och yrkeskvalifikationer, i synnerhet utan hänsyn till kön (se artikel 3 respektive artikel 1).

kvinnor från militära anställningar som innebär användning av vapen. Tanja Kreil väckte talan mot detta beslut vid den hänskjutande domstolen och gjorde gällande att hon hade utsatts för könsdiskriminering.

V — Rättslig bedömning

1 — *Den påstådda diskrimineringen och dess grund*

8. Verwaltungsgericht Hannover har ställt frågan för att få klarhet i huruvida direktivet utgör hinder för ett sådant praktiskt taget absolut förbud angående kvinnors frivilliga tjänstgöring inom försvarsmakten i en medlemsstat.

9. Enligt sökanden i målet vid den nationella domstolen utgör begränsningarna i fråga om anställning av kvinnor i Bundeswehr ett tydligt åsidosättande av det förbud mot all diskriminering på grund av kön i villkoren för tillgång till anställning, som framgår av artikel 3 i direktivet.[8] Tanja Kreil har betonat att frågan i det förevarande fallet snarare rör yrkesvalet för kvinnor som önskar engagera sig på frivillig grund, än den obligatoriska militärtjänstgöringen.

10. Förbundsrepubliken Tyskland anser att de nationella bestämmelserna i fråga kan rättfärdigas med stöd av artikel 2.2 och 2.3 i direktivet. Dessa bestämmelser medger undantag från den individuella rätten till likabehandling. Kommissionen (till vars ståndpunkt den brittiska och den italienska regeringen huvudsakligen har anslutit sig) anser att den aktuella nationella lagstiftningen redan genom artikel 2.2 i princip kan rättfärdigas, men att det naturligtvis är nödvändigt att undersöka om denna lagstiftning är välgrundad med beaktande av

8 — För sökanden i målet vid den nationella domstolen råder det inga tvivel om att den tyska lagstiftningen kan prövas mot bakgrund av direktivet, eftersom domstolen redan har tolkat direktivet och funnit att det är relevant i ett fall rörande lagbestämmelser som liknar bestämmelserna i SG och SLV (dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, Gerster, REG 1997, s. I-5253, där domstolen slog fast att en bestämmelse i Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung — det vill säga karriärförordningen för tjänstemän i delstaten Bayern — om beräkning av dessa tjänstemäns anställningstid omfattades av direktivets tillämpningsområde. I domen i målet Gerster hänvisade domstolen uttryckligen till artikel 3.1 i direktivet, som förbjuder all diskriminering på grund av kön "i någon som helst sektor eller verksamhetsgren", punkt 28).

samtliga tjänster inom försvarsmakten och av proportionaliteten. [9]

11. Inte någon av de intervenerande parterna i det förevarande förfarandet har gett uttryck för tvivel om att bestämmelserna i fråga leder till att kvinnor utestängs från de flesta tjänster inom Bundeswehr, vilket resulterar i att det skapas en sådan skillnad i behandling på grund av kön som avses i artiklarna 2.1 och 3.1 i direktivet, det vill säga en direkt diskriminering, som medför andra — indirekta — diskrimineringar, med hänsyn till att en betydande majoritet av medlemmarna inom försvarsmakten är män. [10] I vissa fall har permitterade militärer en prioriterad ställning vad gäller tillgång till tjänster inom den offentliga

9 — Enligt *kommissionen* är det uppenbart att anställningar inom försvarsmakten inte är uteslutna från direktivets tillämpningsområde. Kommissionen har hänvisat till dom av den 21 maj 1985 i mål 248/83, kommissionen mot Tyskland (REG 1985, s. 1459), punkt 16, där domstolen slog fast att direktivet är tillämpligt på anställningsförhållanden inom den offentliga sektorn. *Den brittiska och den italienska regeringen* har däremot, före bedömningen av tolkningsfrågan i sak, med stöd av framför allt artikel 224 i EG-fördraget (nu artikel 297 EG), hävdat att direktivet inte är tillämpligt i det förevarande fallet, eftersom frågor som rör försvarsmaktens organisation faller utanför fördragets tillämpningsområde. Den hänskjutande domstolen har inte berört denna problematik, vilket enligt min mening tyder på att den anser att anställningar inom Bundeswehr omfattas av direktivets tillämpningsområde. I detta hänseende kan jag hur som helst inte göra annat än att hänvisa till mitt förslag till avgörande av den 18 maj 1999 i målet Sirdar (dom av den 26 oktober 1999 i mål C-273/97, REG 1999, s. I-7403), vilket rörde en policy som utestängde kvinnor från ett elitförband inom den brittiska försvarsmakten. I målet Sirdar antog jag den ståndpunkt som Tanja Kreil och kommissionen har gjort gällande och ansåg att tillträde till anställning inom försvarsmakten rent allmänt omfattas av direktivets bestämmelser (se punkterna 9—29). Med beaktande av det jag redan har anfört i målet Sirdar skall jag, med särskild hänvisning till de nationella bestämmelserna som är föremål för det förevarande förfarandet, göra ytterligare en anmärkning. Denna anmärkning avser det skäl som den tyska regeringen har anfört — i andra hand, för det fall att direktivet skulle anses vara tillämpligt i det förevarande fallet — för att rättfärdiga grunden till den omtvistade diskrimineringen.

Den tyska regeringen har endast åberopat det politiska syftet som består i att tillmötesgå en moralisk skyldighet som följer av Tysklands smärtsamma förflutna, nämligen önskan att *skydda kvinnorna* i så stor utsträckning som möjligt mot de risker som soldaterna utsätts för i krigstider (se punkt 12 i detta förslag till avgörande). I andra förfaranden vid domstolen har den brittiska regeringen framfört ståndpunkten att de diskriminerande åtgärderna i fråga varje gång föll utanför direktivets tillämpningsområde, genom att åberopa skäl som motsvarade en helt annan logik. Enligt de förklaringar som har givits av de brittiska myndigheterna hade dessa åtgärder nämligen antagits med hänsyn till *allmän säkerhet* (för att undvika en ökning av attentat mot poliser vid inbördeskrig, se dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597, punkt 35) och till *försvaret* eller *yttre säkerhet* (för att säkerställa stridsdugligheten i ett elitförband inom försvarsmakten, se punkt 4 i mitt förslag till avgörande i målet Sirdar). Det rör sig således om skäl som är hänförliga till områden som faller inom medlemsstaternas exklusiva behörighet. Direktivet har ansetts vara tillämpligt både i målet Johnston och målet Sirdar.

En åtgärd som har sin enda grund i skyddet för kvinnor kan inte *a fortiori* uteslutas från direktivets tillämpningsområde, vare sig med tillämpning av artikel 224 i fördraget, angående åtgärder som är "helt extraordinära" och nödvändiga för att säkerställa *säkerheten (den inre eller den yttre)* eller till och med ett lands själva existens (se punkt 24 i mitt förslag till avgörande i målet Sirdar) eller med hänsyn till överväganden som är hänförliga till medlemsstaternas suveränitet vad gäller deras organisation av försvarsmakten för att säkerställa bästa möjliga funktion.

10 — Enligt direktivet får det inte förekomma "någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt" (se artikel 2.1), utom i fall där en eventuell grund för rättfärdigande, som faller under något av de undantag som medges i direktivet, är tillämplig. Se, för en konkret tillämpning av direktivet i fall av indirekt diskriminering, till exempel domen i målet Gerster och dom av den 2 oktober 1997 i mål C-100/95, Kording (REG 1997, s. I-5289), i synnerhet punkterna 13 och följande punkter.

förvaltningen [11] och det kan inte uteslutas att de har lättare att hitta arbeten inom det civila tack vare den tekniska utbildning som det är möjligt att få när man tjänstgör inom försvarsmakten. [12] För att besvara den tolkningsfråga som har ställts av Verwaltungsgericht, vilken enbart avser direkt diskriminering, skall det undersökas huruvida de vidtagna åtgärderna kan omfattas av ett av de undantag som är tillåtna enligt artikel 2.2 och 2.3 i direktivet. [13] Innan denna undersökning påbörjas skall det emellertid erinras om vilka motiv som ligger bakom den utestängning av kvinnor som föreskrivs i artikel 12a GG, som utgör den rättsliga grunden för de bestämmelser som är föremål för begäran om förhandsavgörande.

12. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland motiveras bestämmelserna i fråga, vilka har antagits i syfte att hindra kvinnor från att delta i militära aktioner, av syftet att se till att kvinnor *under inga omständigheter* utsätts för fiendens eldgivning i egenskap av krigförande. Detta gäller även för kvinnor som önskar tjänstgöra på frivillig grund. Förbundsrepubliken Tyskland har i detta hänseende hänvisat till förarbetena till Bundestag avseende artikel 12 tredje stycket GG, som infördes år 1956 (se punkt 4), av vilka det framgår att den utestängning av kvinnor som föreskrivs i det aktuella fallet härrör från en moralisk skyldighet som följer av Tysklands smärtsamma förflutna. Den tyska regeringen har även hänvisat till den nyligen avkunnade domen i målet Sanitätsdienst (se fotnot 6), i vilken Bundesverwaltungsgericht slog fast att det av denna skyldighet följer ett skydd för kvinnor som skall vara så omfattande som möjligt och som endast kan säkerställas genom en långtgående "harmonisering" mellan reglerna om anställning och tjänster i Bundeswehr och internationell humanitär rätt. [14] Denna omfattar den tredje Genèvekonventionen av den 12 augusti 1949 an-

11 — Se Bertelsmann, K. och Rust, U., *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (utgiven av Europeiska kommissionen), Dordrecht och Luxemburg, 1995, s. 53, punkt 4.14.3, där det som exempel erinras om att man, i enlighet med 9—10 §§ SVG, ger företräde åt dem som har tjänstgjort under minst 12 år inom försvarsmakten vad gäller tjänster inom den offentliga förvaltningen, även om dessa tjänster inte har någon koppling till försvarsmakten. Av detta följer enligt rapportens författare att en viss andel av de tjänster som finns tillgängliga inom den offentliga sektorn kan förbehållas permitterade militärer, även i ett fall där det finns andra sökanden som har likvärdiga kvalifikationer, eller till och med bättre kvalifikationer (se ovannämnda verk, s. 54).
I övrigt har det påpekats att kvinnor, på grund av artikel 12a GG, inte har tillträde till vissa av de högsta politiska posterna i Tyskland, nämligen Bundeskanzler (förbundskansler), Bundesminister der Verteidigung (förbundsförsvarsminister) och Staatssekretär (statssekreterare). Enligt den bedömning som vissa författare har gjort inkluderar dessa poster det högsta befälet över försvarsmakten eller en tjänstgöring som, liksom för alla befäl, innebär användning av vapen (Waffendienst eller Dienst mit der Waffe, se Poretschkin, A., "Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?", i *NZWehrr*, 1993, s. 232, Repkewitz, U., ovannämnda verk, s. 507, och Walz, D., "Der 'geschlechtsneutrale' Bundesminister der Verteidigung", i *NZWehrr*, 1996, s. 117). I enlighet med artikel 65a GG har nämligen förbundsförsvarsministern (som kan delegera till statssekreteraren eller representeras av denne) befälet över försvarsmakten. I enlighet med artikel 115b GG övergår befälet över försvarsmakten till förbundskanslern vid förklaring om "krigstillstånd" (se ovan fotnot 4). Det kan i detta hänseende erinras om att det enligt artikel 3.1 i direktivet inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön i villkoren för tillgång till befattningar "på alla nivåer".

12 — Detta tycks inte vara fallet för Tanja Kreil som redan vid tidpunkten för sin ansökan om frivillig tjänstgöring hade fullgjort sin utbildning. Denna diskriminering förefaller emellertid inte vara oväsentlig. Den moderna försvarsmakten använder utrustning som blir alltmer sofistikerad och som kräver särskilda kunskaper som säkert är värdefulla när man söker arbete på den civila marknaden, vilken är mer konkurrensinriktad än någonsin (detta gäller till exempel för militärpiloter som, med hänsyn till deras erfarenhet, inte har några svårigheter att få arbete inom civila flygbolag när de permitteras).

13 — Det undantag som föreskrivs i artikel 2.4 i direktivet är inte relevant. Denna bestämmelse har nämligen följande lydelse: "Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjlighet på de områden som nämns i artikel 1.1."

14 — Även känd som "lagstiftning om mänskliga rättigheter i väpnade konflikter", se Rodley, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco och Clarendon Press, Paris och Oxford, 1987, s. 3.

gående krigsfångars behandling[15] (nedan kallad konventionen) och det första tilläggsprotokollet till Genève-konventionerna av den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter[16] (nedan kallat protokollet). Enligt Bundesverwaltungsgericht — och den tyska regeringen, som fullständigt ansluter sig till bedömningen i målet Sanitätsdienst — hänför sig de diskriminerande bestämmelserna i fråga till artikel 51 i protokollet, enligt vilken endast civilbefolkningen åtnjuter ett allmänt skydd av humanitär art mot faror i samband med militära operationer. Detta innebär närmare bestämt att civilbefolkningen inte kan bli utsatt för anfall,[17] till skillnad från "krigförande" (kombattanter), i den mening som avses i artikel 43 i protokollet, eller från dem som deltar i fientligheterna genom att använda vapen eller vapensystem. Det är i övrigt endast krigförande som kan bli "krigsfångar" när de faller i fiendens våld.[18] Försvarsmaktens sjukvårdspersonal, i vilken kvinnor tillåts ingå som sjukvårdare, och militärpräster kan däremot inte tillfångatas som "krigsfångar". De skall dessutom respekteras och skyddas och kan inte utsättas för anfall.[19] Vad beträffar militärorkestrarna har den tyska regeringen angett att dessa, i fall av fientligheter, skall upplösas och att orkestermedlemmarna skall tilldelas uppgifter som sjukvårdare eller sjukvårdsassistenter (redan under fredstid får de musiker som tillhör militärorkestrarna en lämplig utbildning).

15 — *BGBl.* 1954 II, s. 838 (SÖ 1953:16). Utöver den tredje Genèvekonventionen finns den första Genèvekonventionen av den 12 augusti 1949 angående förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält (*BGBl.* 1954 II, s. 783, SÖ 1953:14) och den andra Genèvekonventionen av den 12 augusti 1949 angående förbättrande av behandlingen av sårade, sjuka och skeppsbrutna tillhörande stridskrafterna till sjöss (*BGBl.* 1954 II, s. 813, SÖ 1953:15). Dessa tre konventioner är tillsammans kända under namnet Genèvekonventionerna av den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter.

16 — *BGBl.* 1990 II, s. 1550 (SÖ 1979:22).

17 — Se artiklarna 48 och 51.2 i protokollet.

18 — Se artikel 4 i konventionen och artikel 44.1 i protokollet.

19 — Se artikel 33 i konventionen respektive artikel 12.1 i protokollet.

2 — Undantag från likabehandlingsprincipen: Artikel 2.3 i direktivet

13. Den tyska regeringen har hävdat att den praktiskt taget totala utestängningen av kvinnor från Bundeswehr på grund av lagstiftarens syfte omfattas av undantaget i artikel 2.3 i direktivet. Jag delar för min del snarare kommissionens åsikt, som grundar sig på domen i målet Johnston, vilket rörde kvinnors tjänstgöring inom den beväpnade polisstyrkan i Storbritannien och Nordirland under 80-talet, det vill säga under pågående *inbördeskrig*. I denna dom slog domstolen fast att "[d]et framgår av den uttryckliga hänvisningen till graviditet och moderskap att direktivet har till syfte att garantera dels skyddet av kvinnans fysiska tillstånd, dels det särskilda förhållandet mellan modern och barnet. [Artikel 2.3 i direktivet] gör det alltså inte möjligt att utestänga kvinnor från en anställning av det skälet att den allmänna opinionen kräver att kvinnor skall ges *större skydd* än männen från sådana risker som berör kvinnor och män *i lika hög grad* och som skiljer sig från de särskilda skyddsbehov för

kvinnor som angetts uttryckligen".[20] Det framgår emellertid inte av handlingarna i det förevarande förfarandet att de faror som kvinnorna skulle utsättas för inom de förband inom Bundeswehr som kräver användning av vapen skiljer sig från de faror som männen utsätts för under utövandet av samma tjänster eller att de skulle vara större för kvinnorna. Den tyska regeringen har inte förebringat någon bevisning av den innebörden. Om så är fallet faller en absolut utestängning av kvinnor från andra tjänster än inom sjukvården och militärorkestrarna, med hänvisning till en allmän riskfaktor som inte är specifik för kvinnor, utanför tillämpningsområdet för den särbehandling som är tillåten enligt artikel 2.3 i direktivet.[21] "Artikel 2.3 förutsätter att särbehandlingen av kvinnan inte är diskriminerande. Så är fallet varje gång som särbehandlingen — skydd för kvinnor — kan rättfärdigas på grund av en *objektiv skillnad* mellan den manliga och den kvinnliga arbetstagarens situation. Detta *objektiva skäl* hänför sig till kvinnans 'biologiska egenskaper', vilket omnämnandet av, å ena sidan, graviditet och, å andra sidan, moderskap otvetydigt antyder".[22] Vad beträffar uttrycket "särskilt" i artikel 2.3 i direktivet — som föregår omnämnandet av graviditet och moderskap — har domstolen alltid på ett tydligt sätt avvisat de argument som framförts av medlemsstaterna i syfte att utvidga räckvidden av uttrycket "skydd för kvinnor" utöver fall som avser graviditet, amning och moderskap.[23]

3 — *Undantag från likabehandlingsprincipen: Artikel 2.2 i direktivet*

14. Den tyska regeringen anser dessutom att det politiska syfte som den konstitutionella lagstiftaren eftersträvade åren 1956 och 1968 inte strider mot artikel 2.2 i direktivet, som den hänskjutande domstolen framför allt vill att domstolen skall

20 — Ovan fotnot 9, punkt 44, min kursivering. Domen i målet Johnston ingår i domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken domstolen har beslutat att artikel 2.3 i direktivet endast avser att säkerställa *skyddet för kvinnans biologiska tillstånd* under och efter graviditeten och det särskilda förhållandet mellan kvinnan och hennes barn. Se dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkterna 25 och 26, av den 25 oktober 1988 i mål 312/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 6315), punkt 13, av den 25 juli 1991 i mål C-345/89, Stoeckel (REG 1991, s. I-4047; svensk specialutgåva, volym 11, s. 345), punkt 13, av den 3 februari 1994 i mål C-13/93, Minne (REG 1994, s. I-371), punkt 11, av den 5 maj 1994 i mål C-421/92, Habermann-Beltermann (REG 1994, s. I-1657), punkt 21, av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567; svensk specialutgåva, volym 16), punkt 20, av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault (REG 1998, s. I-2011), punkt 25, och av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327), punkt 54. Utdraget ur domen i målet Hofmann är särskilt klargörande när det gäller att förstå domstolens synsätt: "[Artikel 2.3 i direktivet] syftar till att skydda dels kvinnans biologiska tillstånd under och efter graviditeten, fram till den tidpunkt då hennes fysiska och psykiska funktioner har normaliserats efter förlossningen, dels det särskilda förhållandet mellan kvinnan och hennes barn under den tid som följer på graviditeten och förlossningen genom att undvika att detta förhållande störs av den ökade belastning som skulle bli följden om hon samtidigt skulle yrkesarbeta" (punkt 25). I målet Johnston hävdade generaladvokaten Darmon att "om denna text skulle kunna åberopas för att inskränka kvinnans rättigheter, skulle det inte kunna vara fråga om att, i enlighet med artikel 2.3, beakta ett skyddsbehov, hur välgrundat det än är, av sociokulturell eller till och med politisk art" (punkt 8).

21 — Se domen i målet Johnston, punkt 45. Se även i detta hänseende domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkt 14, och Stoeckel, punkt 15.

22 — Se generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i det ovannämnda målet Hofmann, punkt 10, tredje stycket, min kursivering). Se även i detta hänseende generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i det ovannämnda målet Habermann-Beltermann, punkt 11).

23 — Se den uppfattning som framfördes av Förenade kungariket angående den fjärde tolkningsfrågan i det ovannämnda målet Johnston (REG 1986, s. 1672) och av Republiken Frankrike i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 6322) med anledning av en serie specialrättigheter som syftade till att säkerställa skyddet för kvinnor. Generaladvokaten Sir Gordon Slynn anförde att "även om uttrycket 'särskilt' i artikel 2.3 antyder att andra situationer än vid graviditet och moderskap kan omfattas av denna bestämmelse, anger dessa ord räckvidden av dessa undantag" (förslag till avgörande i målet kommissionen mot Frankrike, REG 1988, s. 6327).

tolka. Enligt de tyska myndigheterna betraktas nämligen könet, i artikel 12a GG och i de ovannämnda bestämmelserna i SG och SLV, som ett avgörande villkor för att genomföra militärtjänst som innebär användning av vapen. Skyddet för kvinnor skulle således endast kunna säkerställas genom att de helt utestängs från all verksamhet som motsvarar det rättsliga villkoret att vara "krigförande" (kombattanter) i den mening som avses i internationell humanitär rätt. Kommissionen och den italienska regeringen har i detta hänseende framfört en mer oklar ståndpunkt. Samtidigt som de medger att ett sådant grundläggande val som en medlemsstat har gjort avseende sin försvarspolitik av princip inte kan fördömas, har de gjort en åtskillnad mellan de tjänster som medför en konkret risk [24] och verksamhet av teknisk karaktär som man kan utöva i bakgrunden, utan att utsättas för några särskilda risker och utan att det är nödvändigt att man besitter en särskild fysisk styrka. Kommissionen och den italienska regeringen har klargjort att dessa verksamheter inte omfattas av sådan verksamhet som på grund av sin natur eller det sammanhang där den utförs nödvändigtvis måste förbehållas män framför kvinnor i enlighet med artikel 2.2 i direktivet. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om den tjänst för vilken Tanja Kreil anmälde sig till frivillig tjänstgöring hänför sig till den ena eller den andra av dessa kategorier av verksamheter. Förslaget om ett delvis godtagande, som kommissionen och den italienska regeringen har gett uttryck för, av de skäl som ligger till grund för diskrimineringen i detta fall delas inte av den tyska regeringen, som hävdar att förbudet i artikel 12a GG skall förstås som ett absolut förbud, eftersom samtliga medlemmar av försvarsmakten kan inkallas för att delta aktivt i militära operationer vid anfall. Även soldater som ansvarar för tekniskt underhåll av vapensystem kan tvingas tjänstgöra på frontlinjen för att säkerställa stridsdugligheten i Bundeswehr. Enligt de tyska myndigheterna överensstämmer detta med den aktuella verkligheten. Förband med avancerad teknisk utrustning måste kunna användas i krissituationer på ett "interaktivt" sätt, utan att någon åtskillnad görs mellan arbete som utförs på frontlinjen och arbete som utförs i bakgrunden.

15. I artikel 2.2 i direktivet medges att könet kan utgöra en avgörande faktor för särskilda yrkesverksamheter, under förutsättning att man tar hänsyn till verksamhetens "natur" och det "sammanhang där den utförs". Dessa villkor är tillräckliga för att definiera räckvidden av det förbehåll som framgår av artikel 2.2 och att begreppsmässigt särskilja detta förbehåll från det undantag som föreskrivs i artikel 2.3.

16. Vad beträffar räckvidden av detta förbehåll måste man enligt min mening ta hänsyn till de yrkeskvalifikationer i förhållande till vilka könet utgör en avgörande faktor för en viss yrkesverksamhet. Exempel på detta är bland annat sångare och sångerskor, skådespelare och skådespelerskor, manliga och kvinnliga dansare samt

24 — Kommissionen har erinrat om målet Johnston, som rörde tjänstgöring inom den beväpnade polisstyrkan i Storbritannien och Nordirland under 80-talet och målet Sirdar, som rörde rekrytering till Royal Marines elitstyrka, vilken utgör spjutspetsen bland Förenade kungarikets stridsförband.

manliga och kvinnliga fotomodeller.[25] Enligt viss doktrin avser artikel 2.2 i direktivet rent allmänt ett undantag som skall tolkas "snävt" eller "restriktivt". Den medlemsstat inom vilken en arbetsgivare önskar använda sig av detta undantag måste således bevisa att könet, beträffande en viss bestämd tjänst, är en avgörande faktor, så att en icke-diskriminerande anställningspolitik skulle göra det extremt svårt eller till och med omöjligt att fullgöra arbetsuppgifterna. Man måste med andra ord i vilket fall som helst bevisa att det är nödvändigt att anställa en person av ett visst kön, med uteslutande av det andra könet.[26] Vidare har domstolen för sin del hävdat att när det gäller möjligheten att göra undantag från en individuell rättighet, såsom den om likabehandling av kvinnor och män, skall man uteslutande ta hänsyn till "de villkor *som är avgörande för utförandet* av den ifrågavarande verksamheten".[27] Under sammanträdet vid domstolen förklarade den tyska regeringens ombud uttryckligen att Tyskland absolut inte förnekade Tanja Kreils förmåga — inte heller förmågan hos kvinnor i allmänhet — att tjänstgöra inom väpnade förband i Bundeswehr. Jag är således inte övertygad om att den tyska regeringens påståenden beträffande den uteslängning av kvinnor som föreskrivs i artikel 12a GG är tillräckliga för att bevisa att det förevarande fallet omfattas av artikel 2.2 i direktivet. Vad beträffar denna bestämmelse anser jag nämligen att man inte kan hävda att det arbete som utförs av medlemmarna i försvarsmakten, eller villkoren för detta arbete, är av sådan natur att det är fullständigt omöjligt, eller åtminstone extremt svårt, att anställa kvinnor i något förband med "krigförande" (kombattanter), annat än inom sjukvården eller militärorkestrarna. Det är inte en tillfällighet att kvinnor — utom i undantagsfall, som för övrigt är begränsade till vissa särskilda fall[28] — regelmässigt anställs, utan åtskillnad, i alla försvarsmakter i gemenskapen (och Nato).[29]

17. Jag skall vidare undersöka den skillnad som finns mellan bestämmelserna i arti-

25 — Se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 34, där domstolen hänvisade till vissa yrkesverksamheter som, rent allmänt, i olika medlemsstater, i praktiken eller genom lag, är föremål för undantag från likabehandlingsprincipen.

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

27 — Se dom av den 30 juni 1988 i mål 318/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 3559), punkt 28, min kursivering. Se även i detta hänseende dom av den 8 november 1983 i mål 165/82, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1983, s. 3431; svensk specialutgåva, volym 7, s. 341), punkterna 18 och 20, och domen i det ovannämnda målet Johnston, punkt 38.

28 — Till exempel ubåtsbesättningarna och infanteristerna inom marinen i Nederländerna, Royal Marines i Förenade kungariket och, till och med år 1993, jaktpiloter i Danmark.

29 — Det enda land som, utöver Förbundsrepubliken Tyskland, ännu inte ger kvinnor tillträde till försvarsmakten är Republiken Italien. Här är emellertid avsaknaden av en frivillig militärtjänst för kvinnor inte följden av ett förbud (genom grundlag eller vanlig lag), utan av lagstiftarens passivitet. I motsats till vad som hände beträffande polisen vid avmilitariseringen av denna år 1981, har man ännu inte antagit det särskilda regelverket avseende en konkret tillämpning av den grundlagsfästa principen om likabehandling. Ett förslag till lag om att införa en frivillig militärtjänstgöring för kvinnor godkändes av deputeradekammaren den 29 september 1999 (*Atto Camera* nr 2970-B). Förutom i undantagsfall kommer denna bestämmelse att leda till att kvinnor rent generellt accepteras i alla förband. I enlighet med vad den italienska regeringens ombud angav under sammanträdet vid domstolen, kommer det att göras undantag i särskilda fall där villkoren för och karaktären av soldaternas uppdrag är sådana att man starkt avråder från anställning av kvinnor (det förefaller enligt min mening finnas en viss likhet med fallet med Royal Marines, vilket nyligen prövades i målet Sirdar).

kel 2.2 respektive 2.3 i direktivet, vilken måste klarläggas för att ytterligare precisera det verkliga tillämpningsområdet för förbehållet i artikel 2.2. I enlighet med vad som har påpekats i doktrinen,[30] avser artikel 2.2 den inverkan som könet har *på andra personer än den kvinnliga arbetstagaren (eller den manliga arbetstagaren) vid utövandet* av en viss yrkesverksamhet, medan artikel 2.3 — vilket framgår ovan — avser den inverkan som ett visst arbete har *på den kvinnliga arbetstagaren själv*. Även domstolens rättspraxis talar för denna åtskillnad.

18. I domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket ansåg domstolen att vissa begränsningar som endast gällde män beträffande utövandet av barnmorskeyrket var berättigade med hänsyn till respekten för *patientens känslighet*.[31] I domen i målet Johnston ansågs det tillåtet att utesluta kvinnor från den brittiska polisens väpnade styrkor i Nordirland, eftersom närvaron av kvinnor hade kunnat bidra till att öka risken för attentat, till nackdel för *allmän säkerhet*, med den skada som detta skulle ha kunnat resultera i för alla som levde i denna del av landet.[32]

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

31 — Se punkterna 18 och 20.

32 — Punkt 36 i domen, där domstolen — inom ramen för bedömningen av huruvida artikel 2.2, som hade åberopats av den berörda medlemsstaten, var relevant — slog fast att det inte går "att utesluta möjligheten att i en situation med allvarliga interna störningar kan det förhållandet att de kvinnliga poliserna bär vapen öka risken för attentat mot dessa och *följaktligen stå i strid mot vad hänsynen till allmän säkerhet kräver*" (min kursivering). Domstolen godtog inte utestängningen av kvinnor från beväpnade polisstyrkor såsom en åtgärd som *i slutändan* syftade till att inte utsätta dem för risken för attentat (jag delar således inte den besvikelse som i detta hänseende uttrycktes av Fenwick, H., "Special Protections for Women in European Union Law", i det ovannämnda verket *Sex Equality Law in the European Union*, s. 63—70, som befarade att domstolen på detta sätt hade godtagit att kvinnans sårbarhet var relevant i förhållande till artikel 2.2 i direktivet). Vad som enligt min mening däremot verkligen fick domstolen att anse att denna utestängning i princip var berättigad (förutom hänsyn till proportionalitetskriteriet, se punkt 38) var inte kvinnornas påstådda svaghet i sig och inte heller den allmänna viljan att undvika (för kvinnornas eget bästa) att de riskerade att utsättas för attentat, utan snarare de brittiska myndigheternas fruktan för att risken för attentat skulle öka och att kvinnornas vapen kunde falla i händerna på deras angripare om kvinnorna fick bära vapen "i en situation som präglas av allvarliga interna störningar" (punkt 35)(se Förenade kungarikets argument i förhandlingsrapporten, REG 1986, s. 1672). Det var denna sistnämnda risk, betraktad för sig, som stod i strid med kraven på allmän säkerhet, det vill säga de enda krav som, med beaktande av det sammanhang där den särskilda yrkesverksamheten i fråga utfördes, innebar att det manliga könet var avgörande: "... det förhållandet att de kvinnliga poliserna bär vapen [kan] öka risken för attentat mot dessa och *[kan] följaktligen* stå i strid mot vad hänsynen till allmän säkerhet kräver" (punkt 36, min kursivering).
Det ovan anförda förefaller ännu mer uppenbart mot bakgrund av de faktorer som domstolen har anvisat för att den nationella domstolen skall kunna bedöma, genom att jämföra dem med varandra, huruvida denna utestängning kan anses vara proportionell. Dessa faktorer är dels likabehandlingsprincipen i artikel 1.1 i direktivet, dels kraven på allmän säkerhet: "[enligt proportionalitetsprincipen] skall likabehandlingsprincipen i vidast möjliga omfattning förenas med de krav på allmän säkerhet *som bestämmer* villkoren för utförandet av den ifrågavarande verksamheten" (punkt 38, min kursivering, som i den engelska versionen av domen har följande lydelse: "... with the requirements of public safety *which constitute the decisive factor* as regards the context of the activity in question"). Domstolens dom ger inte någonstans uttryck för att domstolen skulle vara bekymrad över skyddet för kvinnor.
Jag skall slutligen anmärka att det, mot bakgrund av de ovannämnda punkterna 36 och 38 i domen i målet Johnston, verkar som om domstolen inte anslöt sig till generaladvokaten Darmons ståndpunkt, nämligen att andra krav på skydd av kvinnor — "av social natur (kulturella, politiska etc)" — än de som framgår av artikel 2.3, under vissa omständigheter, i enlighet med artikel 2.2 i direktivet, på ett giltigt sätt skulle kunna leda myndigheterna i en medlemsstat till att låta vissa verksamheter avseende upprätthållande av allmän ordning vara förbehållna personer av ett visst kön (se punkt 9 i förslaget till avgörande, se även i detta hänseende punkt 20 i detta förslag till avgörande).

I domen i målet kommissionen mot Frankrike (318/86) ansåg domstolen att det i enlighet med artikel 2.2 var berättigat att anställningen av den manliga personalen skedde separat från anställningen av den kvinnliga personalen — med avseende på dels bevakningsverksamhet vid fängelser, som innebar regelbundna kontakter med internerna, dels verksamheten som bevakningschef, som innebar ansvar för ledningen av ett fängelse — med anledning av den yrkeserfarenhet som uppnåddes vid arbete inom bevakningsstyrkan, vilken ansågs användbar för att utöva verksamhet som innebar ledning av alla andra medlemmar av bevakningspersonalen.[33] I målet Sirdar ansåg jag slutligen att en anställningspolitik som innebar att endast män fick anställas i Royal Marines elitförband i princip föreföll vara berättigad, såvitt det inte kunde uteslutas att kvinnors deltagande skulle kunna få negativa återverkningar på moralen och sammanhållningen bland *soldaterna i kommandoenheterna*, och således äventyra deras stridsduglighet, vilket slutligen skulle vara till skada för kraven på *Förenade kungarikets försvar*.[34]

19. Med hänsyn till betydelsen av artikel 2.2 anser jag slutligen att den motivering som den tyska regeringen har anfört inte är tillräcklig för att rättfärdiga förbudet i artikel 12a GG. De tyska myndigheterna har nämligen inte förebringat någon förklaring till varför det manliga könet, i den särskilda arbetsmiljö som det är fråga om (med beaktande av det *sammanhang* där Bundeswehrs verksamhet *utförs* eller förhållandet som uppstår mellan soldaterna) nödvändigtvis måste vara avgörande. Den tyska regeringen har i huvudsak inte framfört några argument i likhet med de argument som den brittiska regeringen framförde i målet Sirdar, vilka var de enda argument som, vid närmare anblick, fick mig att i det fallet inte utesluta — dock endast i princip och med förbehåll för en noggrann kontroll av att proportionalitetsprincipen hade iakttagits — att de ifrågavarande kriterierna för anställning vid Royal Marines kunde falla inom tillämpningsområdet för artikel 2.2 i direktivet.[35]

4 — *Undantag från likabehandlingsprincipen: Artikel 2.2 jämförd med artikel 9.2 i direktivet*

20. Jag har redan angett att "kraven på skydd av kvinnor av social natur (kulturella, politiska etc)" enligt generaladvokaten Darmon kan vara relevanta vid till-

33 — Se punkterna 12—17.

34 — I målet Sirdar konstaterade jag för det första att "i kärnan av den brittiska regeringens resonemang, vilket avser att motivera uteslutandet av kvinnor inom Royal Marines med hänsyn till den ovillkorliga stridsdugligheten, finns uppfattningen att kvinnors deltagande kan få *negativa återverkningar* 'på moralen och sammanhållningen' i kommandoenheterna ('fire-teams')". Jag ansåg vidare att yttrandet från den brittiska regeringens ombud, vilket återfanns i de dokument som ingivits till den nationella domstolen inom ramen för tvisten vid denna, hade *en klart mer "social" inriktning*. För det andra frågade jag mig "om det inte är möjligt att kontrollera... om stridsdugligheten kan tillförsäkras även då kvinnor har tillträde, med särskild hänsyn tagen till hur deras manliga kolleger faktiskt *uppfattar* deras närvaro" (punkt 45, kursiveringen återfinns inte i originaltexten).

35 — Se punkt 34 i mitt förslag till avgörande i målet Sirdar.

lämpningen av artikel 2.2 med stöd av artikel 9.2 [36] i direktivet, enligt vilken medlemsstaterna med jämna mellanrum skall utvärdera om det är berättigat att bibehålla de diskrimineringar som har tillåtits i enlighet med artikel 2.2 "mot bakgrund av den sociala utvecklingen". De argument som de tyska myndigheterna har anfört till sitt försvar förefaller upprepa generaladvokaten Darmons åsikt, även om dessa argument inte uttryckligen grundar sig på artikel 9.2 i direktivet. Om man antog en sådan ståndpunkt, skulle tillämpningsområdet för artikel 2.2 emellertid definieras på grundval av en annan omständighet än de enda två faktorerna som denna bestämmelse utpekar som relevanta när det gäller att tillåta undantag från likabehandlingsprincipen, nämligen en viss yrkesverksamhets "natur" och "det sammanhang där den utförs". Detta skulle således leda till en vidsträckt tolkning av det förbehåll som domstolen, samtidigt som den har ansett att det utgör ett undantag, tvärtom har fastställt skall tolkas strikt, på samma sätt som artikel 2.3 i direktivet. [37] Om "krav av social natur" (bland annat att skydda kvinnor i fall som inte omfattas av artikel 2.3 i direktivet) rent allmänt skulle inkluderas i tolkningen av bestämmelsen i fråga, skulle detta enligt min mening ge upphov till en konkret risk, nämligen risken för att direktivet i sin helhet skulle förlora sin ändamålsenliga verkan. Genom att anta detta direktiv ville gemenskapen realisera likabehandling av kvinnor och män — eller snarare att "harmoniseringen av levnads- och arbetsvillkoren skall *främjas*" [38] —, vilket är en av de grundläggande mänskliga rättigheterna [39] som numera är föremål för särskilda bestämmelser, även inom primärrätten. [40] Kriteriet för en korrekt tolkning av artikel 2.2, jämförd med artikel 9.2, är således inte det som generaladvokaten Darmon till synes har angett.

36 — Se fotnot 32 in fine, där jag emellertid har angett att domstolen inte tycks dela denna uppfattning.

37 — Se domen i målet Johnston, punkterna 36 och 44.

38 — Se tredje övervägandet i ingressen till direktivet (min kursivering).

39 — Se bland annat dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne (REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva, volym 4, s. 127), punkt 27, av den 20 mars 1984 i de förenade målen 75/82 och 117/82, Razzouk och Beydoun mot kommissionen (REG 1984, s. 1509), punkt 16, av den 26 februari 1986 i mål 151/84, Roberts (REG 1986, s. 703), punkt 35, av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 36, av den 26 februari 1986 i mål 262/84, Beets-Proper (REG 1986, s. 773), punkt 38, domen i målet Johnston, punkt 38, dom av den 2 augusti 1993 i mål C-158/91, Levy (REG 1993, s. I-4287; svensk specialutgåva, volym 14, s. 295), punkt 16, och av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P/S (REG 1996, s. I-2143), punkt 19.

40 — Vad beträffar likabehandlingsprincipen har det inom ramen för de tillämpliga gemenskapsbestämmelserna uppkommit betydande nyheter, även om detta har skett efter tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. Amsterdamfördraget av den 2 oktober 1997 införde ett nytt fjärde övervägande i Fördraget om Europeiska unionen, vilket anger att medlemsstaterna bekräftar "den vikt som de fäster vid de grundläggande sociala rättigheterna såsom dessa fastställs i den europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, och i 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter". Dessa två stadgor slår fast rätten till lika möjligheter för kvinnor och män och likabehandling mellan kvinnor och män. Men framför allt — fortfarande i enlighet med de ändringar som infördes genom Amsterdamfördraget, inom ramen för EG-fördraget — är principen om likabehandling mellan kvinnor och män inte längre begränsad till de aspekter av anställningsförhållandet som gäller lön (se artikel 119 i EG-fördraget, artiklarna 117—120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136—143 EG), utan den har, tack vare en rad bestämmelser av "programmatisk" karaktär, blivit en princip som skall genomsyra gemenskapens verksamhet och en målsättning för gemenskapen. Bland de ändringar som infördes på detta område genom Amsterdamfördraget förekommer även följande: Den nya lydelsen av artikel 2 i EG-fördraget (nu artikel 2 EG i ändrad lydelse), i vilken det, bland de olika uppgifter som tilldelats gemenskapen, nu nämns främjandet av "jämställdhet mellan kvinnor och män". I den nya punkten 2 i artikel 3 i EG-fördraget (nu artikel 3 EG i ändrad lydelse, vilken räknar upp gemenskapens kompetensområden), anges att "[i] all verksamhet som avses i denna artikel skall gemenskapen syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och att främja jämställdhet mellan dem". För att uppnå de sociala målsättningar som räknas upp i artikel 117 i EG-fördraget (artiklarna 117—120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136—143 EG) — bland vilka främjandet av sysselsättningen och förbättrandet av levnads- och arbetsvillkor förekommer — tilldelas gemenskapen enligt artikel 118 i EG-fördraget uppgiften att understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet i fråga om olika aspekter av arbete, bland annat "[j]ämställdhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden och lika behandling av kvinnor och män på arbetsplatsen" (se Mori, P., "La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam", i *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, s. 571).

21. Jag har i vilket fall som helst, i punkterna 15—19, redan angett utgångspunkten för tolkningen av de aktuella bestämmelserna. Jag upprepar här min redogörelse för att ange att beaktandet av den "sociala utvecklingen" kan vara till hjälp för den som tolkar och som skall avgöra om det föreligger någon påverkan — på andra personer än arbetstagaren — som man måste ta hänsyn till när man skall fastställa huruvida könet är avgörande för utförandet av en viss yrkesverksamhet. Det förefaller som om domstolen redan har uttalat sig i detta hänseende. I domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket prövade domstolen en diskriminerande nationell lagstiftning mot bakgrund av artiklarna 2.2 och 9.2 i direktivet. Målet rörde *särskilda* och *begränsade* skillnader i behandling av kvinnor och män beträffande barnmorskeyrket.[41] För att visa att lagstiftningen var berättigad bevisade den brittiska regeringen för domstolen att den hade utvärderat lagstiftningen med jämna mellanrum. Denna utvärdering hade vid det senaste utvärderingstillfället åtföljts av en omfattande rådfrågning, angående två studier om manliga barnmorskor, av myndigheterna på sjukvårdsområdet, yrkesorganisationer och andra organisationer.[42] På denna grund beslutade domstolen att de bestämmelser som hade kritiserats av kommissionen inte överskred de gränser som framgår av artikel 2.2, eftersom det, mot bakgrund av den (grundligt klarlagda) sociala utvecklingen i den berörda medlemsstaten, skulle få negativa återverkningar på patienterna om man gav män tillträde till barnmorskeyrket och lät dem utöva detta yrke obegränsat, då "respekten för patientens känslighet är särskilt viktig" (punkt 18).[43] Domstolen anförde att "[d]et skall... erkännas att *för närvarande* kan personlig känslighet spela en viktig roll i *förhållandet mellan barnmorskan och patienten*. Under dessa omständigheter är det möjligt att konstatera att Förenade kungariket, genom att inte fullt ut ha genomfört den princip [om likabehandling] som fastställs i direktivet, inte har överskridit gränsen för den befogenhet som medlemsstaterna har i enlighet med artiklarna 9.2 och 2.2 i direktivet" (punkt 20, min kursivering). Det förefaller som om man således kan notera en viss likhet mellan fallet med barnmorskorna och deras patienter och fallet med soldaterna vid kommandoenheterna i Royal Marines:[44] Det tycks inte i något av fallen vara möjligt att utesluta den inverkan som könet — med beaktande av de berörda personernas känslighet, som säkerligen kommer att utvecklas med tiden — kan ha på förhållandet mellan de personer som, i utövandet av en viss yrkesverksamhet, är tvungna att ha en nära kontakt med varandra.

41 — Männen hade endast rätt att delta i barnmorskeutbildningen på vissa utbildningsställen som hade godkänts av det behöriga ministeriet (ett i London och ett mitt i Skottland) och de fick endast utöva barnmorskeyrket på vissa ställen som utsågs av ministern, det vill säga på fyra sjukhus i London och Edinburg (se generaladvokaten Rozès förslag till avgörande, REG 1983, s. 3458).

42 — Se generaladvokaten Rozès förslag till avgörande (REG 1983, s. 3458). Jag kan i förbigående nämna att den tyska regeringen inte har förebringat någon som helst bevisning som bekräftar att den någonsin har utvärderat — än mindre med jämna mellanrum — de aktuella diskriminerande bestämmelserna i enlighet med artikel 9.2 i direktivet. Domen i målet Sanitätsdienst från år 1996, till vilken det hänvisas (se ovan fotnot 6), upprepar endast de historiska skälen till att lagstiftaren, 40 år tidigare, införde "skyldigheten" att skydda kvinnor i så stor utsträckning som möjligt.

43 — Den brittiska regeringen framhöll de särskilda kännetecknen för barnmorskeyrket av fruktan för att vissa kvinnor (eller deras män) skulle vägra ta hjälp av manliga barnmorskor, och betonade att den unika roll som barnmorskorna spelar — "ensamma, särskilt på natten, på ett sjukhus förlossningsavdelning och, i synnerhet, i patienternas hem" — under perioden före och, i synnerhet, efter förlossningen i fråga om vård som rör kvinnans personliga intimitet (se generaladvokaten Rozès förslag till avgörande, REG 1983, s. 3458 och 3459).

44 — Jag hänvisar till utdraget ur mitt förslag till avgörande i målet Sirdar som jag har citerat i fotnot 34).

22. Förbehållet i artikel 2.2 i direktivet tillåter inte någon skillnad i behandling som grundar sig på allmänna överväganden av social eller politisk natur. Diskrimineringar som grundar sig på kön utesluts inte av princip, men de kan endast vara berättigade när den nationella lagstiftaren har föreskrivit dem på grund av särskilda krav, som är *nära sammanhängande* med ett arbetes natur eller det sammanhang där det utförs, krav som eventuellt härrör från ett lands kulturella struktur vid en viss tidpunkt i historien. Det måste dessutom i vilket fall som helst röra sig om krav som är avgörande för utövandet av den särskilda yrkesverksamheten i fråga.

23. Om jag på ett korrekt sätt har uppfattat bestämmelserna i artikel 2.2 jämförda med bestämmelserna i artikel 9.2 i direktivet, ser jag att det finns andra skäl till att utesluta att man kan rättfärdiga särbehandlingar på grund av kön genom att helt enkelt hänvisa till allmänna politiska hänsyn avseende skydd av kvinnor, även — såsom i det förevarande fallet — mot de risker som "krigförande" (kombattanter) kan utsättas för. För att klargöra min ståndpunkt skall jag inledningsvis påpeka att om man vill anta samma ståndpunkt som den tyska regeringen, skulle detta leda till att man berövade artikel 2.3 i direktivet dess ändamålsenliga verkan, eller till och med hela dess existensberättigande. [45] Skälet till detta är att man inte skulle lyckas med att förklara att denna regel endast skall tillämpas rigoröst i fall som avser det biologiska skyddet av kvinnan. Det kan i detta hänseende tilläggas att artikel 2.3 i sin tur inverkar på räckvidden av artikel 3.2 c i direktivet, [46] vilket domstolen har angett, så att denna sistnämnda bestämmelse, om man anslöt sig till den tyska regeringens påstående, skulle förbli utan all praktisk relevans. Detta är inte allt. Som jag redan har påpekat, har domstolen begränsat undantaget — och det är fråga om fast rättspraxis — till att *uteslutande* avse särbehandlingar som grundar sig på behovet av att säkerställa det "biologiska skyddet av kvinnan" (se punkt 13). Undantaget är utformat på detta — och inte på något annat — sätt och det kan således, i likhet med förbehållet i artikel 2.2 (som domstolen också har kvalificerat såsom ett undantag), endast vara föremål för en restriktiv tolkning. [47] I övrigt har domstolen på ett tydligt sätt avvisat ståndpunkten att artikel 2.3 skulle kunna rättfärdiga en särbehandling av "skyddande" natur, vars existensberättigande var mycket likt det politiska ändamål som i det förevarande målet eftersträvas av den tyska konstitutionella lagstiftaren, nämligen den allmänna opinionen. I domen i målet Johnston slog domstolen fast att "[artikel 2.3 i direktivet] gör det... inte möjligt att utestänga kvinnor från en anställning av det skälet att *den allmänna opinionen* kräver att kvinnor skall ges större skydd än männen från sådana risker som berör kvinnor och män i lika hög grad och som skiljer sig från de särskilda skyddsbehov för kvinnor som angetts uttryckligen" (punkt 44, min kursivering). Det förefaller således som om direktivet, enligt denna logik, utgör hinder för *alla* diskriminerande

45 — Vad beträffar behovet av att effektivt garantera att artikel 2.3 i direktivet tillämpas i praktiken, se domen i det ovannämnda målet Habermann-Beltermann, punkt 24, och dom av den 29 maj 1997 i mål C-400/95, Larsson (REG 1997, s. I-2757), punkt 22.

46 — Se domen i målet Johnston, punkt 44. I artikel 3.2 i direktivet föreskrivs följande: "[för att säkerställa att det inte förekommer någon som helst diskriminering på grund av kön] skall medlemsstaterna [inom fyra år efter dagen för anmälan av direktivet, se artikel 9.1] vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att... c) de lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen omarbetas, när det behov av skydd som ursprungligen gav upphov till dem inte längre är välgrundat...".

47 — Se domen i målet Johnston, punkt 44.

åtgärder av "skyddande" natur som inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.3. [48]

24. Ett antagande av den motsatta ståndpunkten skulle å andra sidan leda till att kvinnor fortfarande uteslängdes enbart från vissa områden inom Bundeswehr, vilket skulle medföra en risk för att de gamla stereotypa könsrollerna vidmakthölls. [49] Såsom har påpekats i den tyska doktrinen leder dessutom detta till att kvinnans själsliga självständighet förnekas, eftersom det inte är möjligt för kvinnor att tjänstgöra på frivillig grund. [50]

5 — Ett undantag som grundar sig på artikel 2.2 rör särskilda yrkesverksamheter

25. I det förevarande målet har kommissionen och den italienska regeringen medgett att, även om en utestängning av kvinnor från försvarsmakten som motiveras av "skyddande" avsikter i princip är godtagbar, man endast kan anse den vara berättigad när den avser specifik verksamhet, som utförs i sådant sammanhang att den medför konkreta risker av en särskild omfattning, såsom de risker som finns för beväpnade polisstyrkor under inbördeskrig eller för en elitstyrka i ett lands stridsförband (se punkt 14).

26. Enligt domstolen kan nämligen begränsningar av likabehandlingsprincipen i enlighet med artikel 2.2 endast avse *specifik* yrkesverksamhet. [51] I samband med ett allmänt undantag från likabehandlingsprincipen i fråga om anställningar i privata hushåll, uteslöt domstolen helt, i domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket, att artikel 2.2 var relevant, även om den anförde att det "obestridligen är så att denna omständighet [respekten för privatlivets helgd] säkerligen kan vara avgörande för vissa anställningar i privata hushåll" (punkt 14). I dom av den 30 juni 1988 i mål 318/86, kommissionen mot Frankrike, slog domstolen fast att ett undantag från likabehandlingsprincipen som avsåg kvinnors tillträde till — inte den franska polisen i dess helhet utan

48 — Se i detta hänseende till exempel det ovannämnda verket av Fenwick, H., s. 79.

49 — Se i detta hänseende Bundesverfassungsgerichts (konstitutionell domstol i Tyskland) domar av den 28 januari 1992, angående förbud mot nattarbete (Nachtarbeitsverbot) för kvinnor (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 och 10/91, *BVerfGE*, vol. 85, s. 191—207), och av den 24 januari 1995, där det slogs fast att det stred mot konstitutionen att utesluta kvinnor från obligatorisk tjänstgöring inom brandkåren (Feuerwehrdienstpflicht; 1 BvL 18/93 och 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, *BVerfGE*, vol. 92, s. 91). Skydd för kvinnor är nämligen ett ofta återkommande tema i tysk arbetsrätt (se 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", i *The American Journal of Comparative Law*, 1990, s. 31). Att ett sådant "skydd" faktiskt riskerar att förvisa kvinnan till den traditionella rollen av hustru och mor framgår av den enträgenhet med vilken Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (förbundsarbets- och socialminister) fortfarande år 1992 — det vill säga ett år efter domen i målet Stoeckel (se fotnot 20), där domstolen för första gången slog fast att förbudet för kvinnor att nattarbeta utgjorde en otillåten diskriminering — försvarade principen om Nachtarbeitsverbot, vilken härrörde från en lag från år 1891. Det framgår av den ovannämnda domen från Bundesverfassungsgericht, där principen om direktivets företräde framför de nationella bestämmelserna, vilka var oförenliga med direktivet, på ett tydligt sätt bekräftades, att förvaltningen — under mycket stark kritik från det tyska förbundet för kvinnliga jurister (Deutscher Juristinnenbund) och den tyska kvinnoföreningen (Deutscher Frauenring), vilka intervenerade i målet — försökte rättfärdiga förbudet i fråga genom att åberopa den omständigheten att "kvinnorna, oftare än männen, har ansvaret för barn och hushållsarbete utöver deras yrkesverksamhet" (ovannämnda verk, s. 200). Liknande överväganden finns i kommissionens meddelande av den 20 mars 1987 om lagstiftningar som syftar till att skydda kvinnor i medlemsstaterna inom gemenskapen, KOM(87) 105 slutlig, avsnitt I-4, s. 5, nedan kallad "meddelandet".

50 — Se Kokott (ovannämnda verk, i anslutning till artikel 12a, punkt 6).

51 — Se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Förenade kungariket (punkterna 14—16), dom av den 30 juni 1988 i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike (punkt 25), och generaladvokaten Sir Gordon Slynns förslag till avgörande i detta mål (REG 1988, s. 3570 och 3571) samt mitt förslag till avgörande i målet Sirdar (punkterna 35—37).

endast fem olika befattningar inom polisen — inte var tillräckligt specifikt. [52] Enligt domstolen är det endast om man *inom* dessa speciella enheter har funnit en *specifik verksamhet* för vilken könet är avgörande, som undantag i enlighet med artikel 2.2 i direktivet kan tillåtas (punkterna 25—30).

27. I det förevarande fallet är utestängningen av kvinnor från Bundeswehr inte begränsad till särskilda förband, utan avser utan åtskillnad *alla* tjänster, utom sjukvårdare och militärmusiker. Den tyska regeringen har till sitt försvar hävdat att förbudet med nödvändighet är totalt, eftersom samtliga stridsförband måste kunna utnyttjas på ett "interaktivt" sätt (se punkt 14), utan möjlighet att skilja mellan arbeten som utförs på frontlinjen (mer riskfyllda) och de som utförs i bakgrunden (mindre riskfyllda). Bundeswehrs allmänna interoperativitet skulle med andra ord vara tillräcklig för att det undantag som föreskrivs både i artikel 12a GG och i bestämmelser som har antagits på grundval av denna konstitutionella regel skall anses som specifikt. En sådan interaktivitet (eller interoperativitet) påminner om den utbytbarhet som är karakteristisk för polisen — som var föremål för målet kommissionen mot Frankrike (318/86) — som, enligt den franska regeringen, skulle ha rättfärdigat det rekryteringssystem som användes för vissa befattningar. [53] Det har emellertid fastställts att detta system var oförenligt med direktivet, eftersom det var tveksamt om principen om utbytbarhet var nödvändig och konkret tillämpad. Den interoperativitet som i det förevarande fallet borde kännetecknа Bundeswehr i dess helhet har också, rent begreppsmässigt, vissa likheter med Royal Marines interoperativitet. Enligt den hänskjutande domstolen i målet Sirdar hade den brittiska regeringen på ett obestridligt sätt bevisat att principen om interoperativitet faktiskt tillämpades konsekvent på alla medlemmar inom Royal Marines. [54] Av detta skäl ansåg jag att den diskriminerande åtgärden som var föremål för detta förfarande var tillräckligt specifik, även om den rörde *samtliga* anställda inom Royal Marines. [55] Med tillämpning av de principer som klargjordes i domen i målet kommissionen mot Frankrike (från vilken jag hämtade inspiration i målet Sirdar), anser jag således att den interoperativitet som soldaterna i Bundeswehr är underställda inte är tillräcklig för att diskriminеringen i fråga skall tillåtas, eftersom de tyska myndigheterna inte har bevisat att den utgjorde en regel som faktiskt tillämpades för samtliga "krigförande" förband, det vill säga andra förband än sjukvården och militärorkestrarna.

28. Detta är inte allt. En interoperativitet som tillämpas på försvarsmakten i dess helhet är svår att förena med den ökade specialiseringen av de olika förbanden, vilka utrustas med alltmer utvecklad stridsutrustning och i vilka soldaterna ofta utbildas i militära tekniker som är anpas-

52 — Polischefer, befälhavare, poliskommissarier, utredare, polismän och vakter (REG 1988, s. 3561 och 3562).

53 — Se i detta hänseende mina överväganden i förslaget till avgörande i målet Sirdar, punkt 36.

54 — Se punkt 7 i mitt förslag till avgörande.

55 — Se punkterna 35 och 36 i mitt förslag till avgörande.

sade för en viss styrka eller ett visst förband. Ambitionen att vilja bibehålla möjligheten att kunna tilldela alla "krigförande" (kombattanter) andra roller än de för vilka de har utbildats — som kanske innebär användning av vapen, som kräver en vana som man inte kan skaffa sig på kort tid — förefaller således föga övertygande. Soldaterna i Royal Marines är däremot — utan undantag — underställda samma långa och specifika träning (som syftar till att säkerställa en så fullständig interoperativitet som möjligt) och är potentiellt sett avsedda för samma uppdrag. I detta fall framgick det att även kockarna, precis som de andra soldaterna, måste göra ett prov tre gånger om året för att kontrollera den fysiska konditionen. [56]

29. Avsaknaden av särskilda specifika kännetecken för undantaget från likabehandlingsprincipen i artikel 12a GG och i de bestämmelser som har antagits på grundval av denna förefaller strida mot domstolens rättspraxis ur en annan aspekt, nämligen att de diskrimineringar till förmån för vilka förbehållet i artikel 2.2 har åberopats måste vara tillräckligt öppna för att kommissionen skall kunna utöva en effektiv kontroll. [57] De nationella bestämmelserna som avses i den aktuella begäran om förhandsavgörande gör det inte möjligt att avgöra huruvida samtliga förband i vilka kvinnor inte får tjänstgöra "faktiskt motsvarar de särskilda verksamheter för vilka kön utgör en avgörande förutsättning i den mening som avses i artikel 2.2 i direktivet". [58] I övrigt kan jag påpeka att det verkar som om kommissionen själv har bidragit till bibehållandet av särbehandlingen i fråga. Under det förevarande förfarandet översände domstolen skriftligen en tydlig fråga till kommissionen som syftade till att klargöra i vilken utsträckning kommissionen hade utövat en sådan kontroll som avses i artikel 9.2 i direktivet avseende sådan yrkesverksamhet som de olika medlemsstaterna (även Förbundsrepubliken Tyskland) undantar från principen om likabehandling, med stöd av artikel 2.2 i direktivet. [59] Liksom tidigare [60] har kommissionen underlåtit att förebringa några konkreta uppgifter i detta hänseende.

30. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att förbudet som är föremål för den aktuella begäran om förhandsavgörande varken omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.2 eller artikel 2.3 i direktivet och således är oförenligt med detta. För det fall att domstolen skulle komma till en annan slutsats, anser jag emellertid att det är lämpligt att göra några ytterligare anmärkningar om huruvida den grund för rättfärdigande som har åberopats av de tyska myndigheterna är välgrundad och huruvida de regler som antagits av

56 — Se punkterna 6 och 7 i mitt förslag till avgörande i målet Sirdar.

57 — Se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike av den 30 juni 1988, punkterna 25 och 26. Se även domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 36 och följande.

58 — Se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike av den 30 juni 1988, punkt 27.

59 — I domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 38, hänvisade domstolen uttryckligen till denna tydliga kontrollbefogenhet (och skyldighet) som kommissionen besitter i egenskap av fördragets väktare.

60 — Se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 34.

dessa myndigheter är proportionerliga. Om domstolen skulle slå fast att direktivet inte utgör hinder för de aktuella nationella bestämmelserna ankommer det nämligen på den nationella domstolen att — inom ramen för kompetensfördelningen enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) — pröva om beslutet att vägra anställa Tanja Kreil verkligen kan anses vara berättigat och förenligt med proportionalitetsprincipen. [61] Det finns en första, och inledande, punkt som jag här skulle vilja rikta uppmärksamheten mot. De tyska myndigheterna anser att de på ett skönsmässigt sätt kan avgöra vilka undantag från likabehandlingsprincipen som enligt direktivet kan göras mot bakgrund av sociokulturella skäl. Vilken är emellertid grunden för en sådan pretention?

6 — Den skönsmässiga bedömningens roll vid bestämningen av vilka undantag som kan göras från likabehandlingsprincipen

31. Enligt den tyska regeringen kan den skönsmässiga bedömningen i fråga om att göra undantag, enligt vad jag nyss har klargjort, i det förevarande fallet rättfärdigas av historiska skäl som förklarar den "moraliska skyldigheten att skydda kvinnor", vilken framgår av artikel 12a GG. De tyska myndigheterna jämför det förevarande fallet med det fall som prövades av domstolen i fråga om begränsningar av den fria rörligheten för arbetstagare, som hade införts av hänsyn till allmän ordning, i den mening som avses i artikel 48.3 i EG-fördraget (nu artikel 39.3 EG i ändrad lydelse). I domarna i målen van Duyn [62] och Bouchereau [63] medgav domstolen, med beaktande av att "[beträffande antagandet av åtgärder i syfte att utvisa utländska medborgare kan] de särskilda omständigheter som skulle kunna motivera en tillämpning av begreppet allmän ordning... variera från ett land [till] ett annat och från en tid till en annan", att "det därför i detta hänseende är nödvändigt att tillerkänna de behöriga nationella myndigheterna ett utrymme för skönsmässig bedömning...". [64] Jag menar emellertid inte att samma kriterium kan och måste gälla för det förevarande målet.

32. I målet Sirdar, där Förenade kungariket hävdade en ståndpunkt som liknar den som i det förevarande fallet försvaras av den tyska regeringen, påpekade jag att domstolens rättspraxis inte ålägger den nationella domstolen att ta hänsyn till ett "visst handlingsutrymme", som den berörda medlemsstaten ville använda sig av, när den prövar huruvida de skäl som har åberopats för ett undantag i enlighet med

61 — Se domen i det ovannämnda målet Johnston, punkterna 38 och 39.

62 — Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, Van Duyn (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389), punkterna 18 och 19.

63 — Dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkterna 33—35.

64 — Domen i målet Bouchereau (punkt 34). Se även domen i målet van Duyn (punkt 18).

artikel 2.2 är välgrundade och proportionerliga. [65]

7 — Faktorer som möjliggör en bedömning av huruvida det ifrågavarande undantaget är välgrundat och proportionerligt

33. Den tyska regeringen har gjort gällande att artikel 12a GG och reglerna om genomförande av denna bestämmelse, regler som är tydligt inspirerade av internationell humanitär rätt, är det enda sättet att uppnå syftet att kvinnor "under inga omständigheter" får utsättas för fiendens eldgivning i egenskap av "krigförande" (kombattanter) (se punkt 12). I själva verket kan man, i enlighet med vad som nu kommer att framgå, inte förknippa vare sig den tyska grundlagen, konventionen eller protokollet med en skyddsverkan som säkerställer att kvinnor av tysk nationalitet — även om de inte ges tillträde (utom i undantagsfall) till Bundeswehr — med säkerhet undkommer alla risker som är förknippade med fiendens anfall eller risken för att förklaras som krigsfånge vid tillfångatagning.

34. I enlighet med vad de tyska myndigheterna själva har förklarat under förhandlingen vid domstolen, är förbundsförsvarsmakten, enligt artikel 87b GG, försedd med en egen förvaltningsstruktur av civil natur, med ungefär 142 000 anställda (för ungefär 330 000 soldater), vars uppgifter huvudsakligen består i att leda personalen och att direkt uppfylla Bundeswehrs behov av materiel. Bland de civila som innehar dessa uppgifter finns, fortfarande baserat på de uppgifter som inlämnats av de tyska myndigheterna, ungefär 49 500 kvinnor. Det förefaller emellertid inte som om man kan anse att internationell humanitär rätt gör det möjligt för *alla* dem som tillhör denna förvaltning att åtnjuta det skydd som tillförsäkras den civila befolkningen genom artikel 51 i protokollet. Denna humanitära rätt tycks för övrigt tillåta, åtminstone i vissa fall, att förvaltningspersonalen kan anses utgöra "krigsfångar" på samma sätt som "krigförande" (kombattanter). I enlighet med artikel 50 i protokollet och artikel 4 A.4 i konventionen (till vilken den förstnämnda bestämmelsen hänvisar) "[betraktas såsom icke civil person, det vill säga kombattanter] personer, som åtföljer stridskrafterna utan att direkt tillhöra dem, såsom civila medlemmar av besättningen på militära luftfartyg, krigskorrespondenter, leverantörer, medlemmar av arbetsenheter eller personal, som sörjer för militärernas välbefinnande...". Dessa personer

65 — Se punkterna 40 och 41 i mitt förslag till avgörande i målet Sirdar, där jag citerade domen i målet Johnston. I ett mer direkt samband med de historiska skäl på vilka artikel 12a GG grundar sig, kan jag erinra om att Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad EDMR) i domen i målet Vogt mot Tyskland (dom av den 26 september 1995, serie A, vol. 323) visade sig mycket tveksam till att dela den tyska regeringens uppfattning, enligt vilken Tysklands erfarenheter under perioden som ledde fram till nazistregimen utgjorde ett giltigt skäl till en åtgärd som uppenbarligen stred mot yttrandefriheten. Målet rörde en lärare på en högstadieskola som avskedades med motiveringen att hon inte var lojal mot den demokratiska konstitutionen, eftersom hon var aktiv medlem i det tyska kommunistiska partiet (Deutsche Kommunistische Partei). EMDR slog fast att argumentet om Tysklands erfarenheter under Weimarrepubliken, vilken ledde till den "nazistiska mardrömmen", inte var tillräckligt för att rättfärdiga en så kraftig åtgärd som föranleddes av grundläggande värderingar såsom nationens säkerhet och allmän ordning (se punkterna 49 och följande). I ett perspektiv som liknar det som är föremål för det förevarande förfarandet, hävdade den tyska regeringen att Förbundsrepubliken Tyskland hade ett särskilt ansvar när det gällde att bekämpa alla former av extremism, till höger eller vänster, och att samtliga tjänstemän av detta skäl och mot bakgrund av erfarenheterna från Weimarrepubliken var bundna av en särskild skyldighet att vara politiskt lojala, eftersom förvaltningen utgör grundpelaren för en "demokrati med förmåga att försvara sig" (punkt 54). Det kan även nämnas att EDMR hävdade att "den *absoluta* karaktären av denna skyldighet [tjänstemännens politiska lojalitet], såsom den har tolkats av de tyska domstolarna, är slående" (punkt 59, min kursivering).

anses dessutom som "krigsfångar" i enlighet med artikel 4 i konventionen om de tillfångatas av fienden. Verwaltungsgericht Hannover bör således enligt min mening undersöka vilka konkreta funktioner kvinnorna har i enlighet med artikel 87b GG för att försäkra sig om att, med beaktande av de ovannämnda bestämmelserna i internationell humanitär rätt, den omständigheten att kvinnor har tillträde till biträdande funktioner i Bundeswehr är förenlig med syftet med artikel 12a GG.

35. Det är även lämpligt att ta hänsyn till praktiska överväganden. Det framgår nämligen inte hur man skall kunna säkerställa att kvinnor som, i enlighet med artikel 87b GG, tjänstgör vid generalstaben eller inom andra befälskontor — för att där till exempel utföra arbete i egenskap av sekreterare — eller innehar biträdande funktioner vid något förband i Bundeswehr, helt skall kunna undkomma de risker som av den internationella humanitära rätten "förbehålls" "krigförande" (kombattanter). Man vet att det för närvarande, tack vare moderna vapensystem med lång räckvidd, är just de ömtåliga punkterna i befälsstrukturen och kontrollen över armén som är de främsta måltavlorna om det skulle uppstå en konflikt. Det finns således ett betydande antal kvinnor — minst 49 500 — som har fått tillträde till Bundeswehrs förvaltning, där de utövar "icke-militär" verksamhet i stor omfattning vid sidan av soldaterna (vilka även, enligt den tyska regeringen, utför administrativa uppgifter), som inte är skyddade från eventuella anfall från fienden. Den hänskjutande domstolen bör således bedöma huruvida det är befogat att bibehålla en "skyddande" åtgärd som, å ena sidan, inte helt undanröjer de risker som den syftar till att undvika och som, å andra sidan, utestänger kvinnor från fler än 300 000 arbeten (som, i enlighet med vad kommissionen har erinrat om, inte påverkas av den negativa utvecklingen av ekonomin och marknaden och som garanterar en yrkesteknisk utbildning som är extremt värdefull när de berörda personerna ger sig ut på den civila arbetsmarknaden). [66] Den hänskjutande domstolen bör i detta hänseende särskilt försäkra sig om att kvinnorna, när de utövar "civila" funktioner, i praktiken inte utsätts för samma risker som soldaterna själva, även när dessa bara tjänstgör i bakgrunden.

36. Den praktiskt taget totala utestängningen av kvinnor från Bundeswehr, vilken endast motiveras med "skyddande" avsikter, förefaller även stå i strid med en anställningspolitik för kvinnor, som tycks vara mer öppen vad gäller andra verksamheter som också de innebär betydande

66 — Blandningen av civila och militära funktioner och det nära sambandet mellan dessa inom Bundeswehrs förvaltning förstärks ytterligare av den omständigheten att försvarsmakterna i andra länder, i enlighet med vad den tyska regeringen har betonat, inte har denna uppdelning av civila och militära funktioner, eftersom förvaltningen nästan uteslutande anförtros militärer. Jag frågar mig därför än en gång hur man kan försäkra sig om att kvinnorna, som i stort antal är anställda inom verksamheter till stöd för Bundeswehr, "under inga omständigheter" utsätts för fiendens anfall mot militärbaser, förråd med stridsmateriel och all logistisk infrastruktur.

risker. Jag tänker framför allt på brandkåren[67] och polisen[68]. Särskilt i den sistnämnda verksamheten utsätts medlemmarna av polisstyrkorna dagligen för allvarliga faror, däribland skottlossning från kriminella eller från terrorister, även om dessa risker inte är av samma slag som de risker som soldater utsätts för under krig. Vad gäller brandkåren ansågs det i den nyligen avkunnade domen av Bundesverfassungsgericht (se fotnot 49) diskriminerande att utesluta kvinnor till och med från den obligatoriska tjänstgöringen. Den tyska regeringen påpekade i detta hänseende, vid förhandlingen inför domstolen, endast att skillnaden mellan behandlingen av anställda inom polisen och anställda inom Bundeswehr följer av den omständigheten att det endast är soldaterna som är "krigförande" (kombattanter) i den mening som avses enligt internationell humanitär rätt.

Enligt vad jag har anfört ovan, är det förhållandet att man har — eller inte har — status som krigförande en aspekt vars relevans för den förevarande undersökningen redan i sig kan kontrolleras av den nationella domstolen (se punkterna 33—35). Något som är viktigare är emellertid att den hänskjutande domstolen prövar om den radikala skillnaden i behandlingen av kvinnor och män inom försvarsmakten verkligen kan rättfärdigas på grundval av de faror som denna verksamhet *i sig* innebär.

37. Vad slutligen beträffar de risker som är förknippade med fångenskap, det vill säga i fråga om vad det innebär att vara krigsfånge mot bakgrund av den aktuella internationella humanitära rätten — som är mycket mer utvecklad än vad den var under den period som följde på andra världskriget[69] — är de utan tvekan mindre allvarliga än de risker som soldaterna utsattes för under den historiska period som den tyska regeringen har erinrat om,

67 — I domen i målet Feuerwehrdienstpflicht (se fotnot 49) slog Bundesverfassungsgericht fast att bestämmelser som uteslöt kvinnor från *obligatorisk* tjänstgöring inom brandkåren — vilka föreskrevs i mer än hälften av delstaterna — stred mot grundlagen, *eftersom dessa bestämmelser inte var objektivt berättigade av behovet av att skydda kvinnorna från risker som männen själva inte utsattes för och eftersom de kunde leda till att en traditionell rollfördelning bibehölls* (s. 109—113). Denna dom är av särskild betydelse, eftersom Bundesverfassungsgericht under 70- och 80-talen vid upprepade tillfällen hade beslutat att bestämmelser som uteslöt kvinnor från denna verksamhet (som var avsedd för vuxna män som fysiskt sett var lämpade, men som kunde ersättas av betalningen av en viss kommunal skatt, Feuerwehrgabe, om antalet frivilliga var tillräckligt för att fullgöra brandkårens uppgifter) var objektivt rättfärdigade med beaktande av de risker som denna verksamhet innebar, även om kvinnor i flera delstater, fram till och med år 1978, kunde tjänstgöra på frivillig grund (se, för en bättre förståelse av de problem som undersöktes av Bundesverfassungsgericht, EDMR:s dom av den 18 juli 1994 i mål Schmidt mot Tyskland, serie A, vol. 291-B).

68 — Zuleeg hade redan konstaterat denna motsägelse (ovannämnda verk, s. 1020). Detta för också tanken till, exempelvis, den verksamhet som utövas av socialassistenter vid kriminalvårdsanstalter för manliga intagna. I dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577) uttryckte den hänskjutande domstolen, när den ställde en rad tolkningsfrågor till domstolen rörande de påföljder som föreskrevs i nationell rätt för arbetsgivare som gjorde sig skyldiga till diskriminering på grund av kön, inte några tvivel om huruvida det var diskriminerande att vägra anställa två utbildade socialassistenter vid en kriminalvårdsanstalt på grund av deras kön. Kriminalvårdsanstalten hade motiverat detta beslut genom att hänvisa till "de problem och risker som var förbundna med att anställa kvinnor på institutioner av detta slag" (se punkterna 2 och 3).

69 — Enligt Rodley existerade inte den internationella rätten om skydd för mänskliga rättigheter före andra världskriget (ovannämnda verk, s. 1) och den började utvecklas, även i förhållande till väpnade konflikter, först genom de tre Genèvekonventionerna, vilka under årens lopp har kompletterats med en rad internationella instrument som inte längre är begränsade till att fastställa regler ("standard setting"), utan även innehåller mekanismer som syftar till att säkerställa att staternas internationella åtaganden respekteras (den mest kända avser det förfarande som godkändes av Förenta nationernas ekonomiska och sociala råd genom resolution nr 1503 av den 27 maj 1970, enligt vilken Förenta nationernas kommitté för mänskliga rättigheter gavs befogenhet att genomföra undersökningar och detaljerade studier om påstådda allvarliga brott mot de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, se det ovannämnda verket av Rodley, N., s. 6, fotnot 18).

det vill säga perioden för Tredje riket, vilken inspirerade den konstitutionella lagstiftaren år 1956 (se punkt 12). När man prövar huruvida de ifrågavarande nationella åtgärderna är proportionerliga, måste man enligt min mening beakta att den internationella humanitära rätten under de senaste femtio åren har utvecklats betydligt på så sätt att "skyddet" har förbättrats.

38. Efter att ha angivit min slutsats, enligt vilken direktivet utgör hinder för den diskriminering som är föremål för den förevarande tolkningsfrågan, har jag riktat uppmärksamheten på en rad faktorer som den nationella domstolen kan pröva när den skall kontrollera huruvida den nästan fullständiga utestängningen av kvinnor från Bundeswehr verkligen kan rättfärdigas på grundval av de skäl som framförts av de tyska myndigheterna och huruvida denna uteslutning är proportionerlig.

VI — Förslag till avgörande

39. Jag föreslår således att den fråga som ställts av Verwaltungsgericht Hannover skall besvaras på följande sätt:

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som 1 § andra stycket tredje meningen i Soldatengesetz av den 15 december 1995, senast ändrad genom lag av den 14 december 1997, och 3a § i Soldatenlaufbahnverordnung, i den lydelse som antogs den 28 januari 1998, vilka utestänger kvinnor från samtliga "krigförande" förband inom försvarsmakten.