JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GIUSEPPE TESAURO
6 päivänä huhtikuuta 1995 *

1. Onko sellainen kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan naisilla on etuoikeus palvelukseen otettaessa ja/tai ylennettäessä sillä ehdolla, että he ovat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa ja että he ovat aliedustettuina, eli eivät edusta puolta henkilökunnasta alan jokaisella palkkatasolla, asiaan liittyvän yhteisön oikeudessa vahvistetun miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen mukaista? Toisin sanoen, onko naisten mahdollisuuksia edellä mainituin ehdoin edistävä kiintiöjärjestely yhteisön oikeuden kieltämää syrjintää sukupuolen perusteella vai onko sitä pidettävä sallittuna mahdollisuuksia edistävänä toimenpiteenä, koska se on tosiasiallisesti tarkoitettu edistämään yhtäläisiä mahdollisuuksia työelämässä?

Tämä on Bundesarbeitsgerichtin yhteisöjen tuomioistuimelle esittämien ennakkoratkaisukysymysten pääsisältö; kysymykset koskevat erityisesti 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) 2 artiklan 1 ja 4 kohdan tulkintaa.

2. Direktiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan sen tarkoituksena on "toteuttaa jäsenvaltioissa miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa samoin kuin 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla sosiaaliturvassa". Direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa täsmennetään, että "tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan ..., että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella". Direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa, jonka tulkintaa tässä ennakkoratkaisupyynnössä pyydetään, annetaan jäsenvaltioille mahdollisuus toteuttaa tai pitää voimassa "miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä".

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 39, s. 40.

Direktiivin 2 artiklan 4 kohta on nimenomaisesti mainittu naisten mahdollisuuksia edistävistä toimenpiteistä 13 päivänä joulukuuta 1984 annetun neuvoston suosituksen 84/635/ETY [2] * perustelukappaleissa, joissa neuvosto korostaa rinnakkaisten toimenpiteiden tarpeellisuutta, "jotta voitaisiin tasoittaa niitä yhteiskunnan asenteista, käytännöstä ja rakenteista johtuvia haitallisia vaikutuksia, joita naisille aiheutuu työelämässä"; tämä tarve johtuu siitä, että tasa-arvoista kohtelua koskevat olemassa olevat oikeudelliset säännöt "eivät ole riittäviä poistamaan kaikkea eriarvoisuutta" [3]. Suosituksessa kehotetaan jäsenvaltioita "toteuttamaan mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden politiikkaa, jonka päämääränä on poistaa kaikki naisten työelämässä kohtaama eriarvoisuus ja edistää sitä, että molemmat sukupuolet ovat edustettuina työpaikoilla" (1 kohta) ja erityisesti toimimaan niin, että mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet sisältävät mahdollisuuksien mukaan toimenpiteitä, jotka "rohkaisevat naisten työnhakua, palvelukseenottoa ja ylenemistä sellaisilla aloilla, sellaisissa ammateissa ja sellaisissa tehtävissä, joissa he ovat aliedustettuina, ja erityisesti vastuullisissa tehtävissä" (4 kohdan kuudes luetelmakohta). Tiivistetysti voidaan todeta, että olemassa olevan eriarvoisuuden poistamiseksi jäsenvaltioita kehotetaan *edistämään* naisten työnhakua, palvelukseenottoa ja ylenemistä.

Lopuksi on syytä huomauttaa, että Maastrichtin sopimukseen liitettyyn pöytäkirjaan N:o 14 sisältyvän sosiaalipolitiikasta muiden Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden kuin Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneen kuningaskunnan kesken tehdyn sopimuksen 6 artiklan 3 kohdan määräyksillä on keskeisiltä osin sama tavoite kuin direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa. Sosiaalipolitiikasta tehdyn sopimuksen määräyksen mukaan samapalkkaisuudesta ilmenevä tasa-arvo "ei estä jäsenvaltiota pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa naisten ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka estää tai hyvittää heidän ammattiuraansa liittyviä haittoja".

3. Tapaukseen liittyvä voimassa oleva kansallinen laki on 20.11.1990 annettu Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen [4] (Bremenin osavaltion laki naisten ja miesten tasa-arvoisesta kohtelusta julkishallinnon palvelussuhteissa, jäljempänä LGG), jonka 4 pykälä on seuraava:

"Palvelukseenotto, siirtäminen toiseen tehtävään ja ylentäminen

1) Muuta kuin koulutusta varten tapahtuvassa palvelukseenotossa, mukaan lukien virkamiehen ja tuomarin nimittäminen virkaan, naiset, jotka ovat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, on asetettava harkinnassa etusijalle aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina.

2 — EYVL L 331, s. 34.

* — Suomennettu yhteisöjen tuomioistuimessa.

3 — Ks. kolmas perustelukappale.

4 — Bremisches Gesetzblatt, s. 433.

2) Siirrettäessä työntekijä ylemmälle palkkatasolle naiset, jotka ovat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, on asetettava etusijalle, jos he ovat aliedustettuina. Sama koskee siirtämistä toiseen tehtävään ja ylentämistä.

3) (...)

4) Pätevyyttä arvioitaessa on otettava huomioon ainoastaan avoinna olevan paikan sekä virkauran edellyttämät vaatimukset. Erityistaidot, jotka on hankittu esimerkiksi kotitöissä, yhteiskunnallisessa toiminnassa tai vapaaehtoistyössä, ovat osa edellä 1 ja 2 momentissa tarkoitettua pätevyyttä, jos ne ovat hyödyksi kyseisen tehtävän hoidossa.

5) Aliedustus on kyseessä, kun naiset eivät edusta vähintään puolta työntekijöistä jokaisen työyksikön jokaisessa palkkaluokassa. Sama koskee työntekijäryhmiä, joiden työtehtävät ovat organisaatiokaavion mukaan vaativuudeltaan samanarvoisia."

4. Seuraavaksi käsittelen tämän oikeudenkäynnin perustana olevia tosiseikkoja. Bremenin kaupunki julkaisi heinäkuussa 1990 työpaikkailmoituksen kaupungin puutarhaosaston yksikön nro 21 johtajan paikasta, jonka palkkaluokka on IIa/Ib BAT [5]. Saapuneiden hakemusten joukossa olivat Kalanken ja Glißmannin hakemukset, jotka molemmat työskentelivät jo yksikön nro 21 palveluksessa BAT III -palkkaluokassa teknikkoina, Kalanke vuodesta 1973 ja Glißmann vuodesta 1975. Kalanke, jolla oli puutarhurin ja maisema-arkkitehdin tutkinto, oli johtajan sijaisena kyseisenä ajankohtana. Glißmann, joka oli valmistunut hortonomiksi vuonna 1967, oli maisema-arkkitehti vuodesta 1983, jolloin hän suoritti vastaavan valtion tutkinnon.

Puutarhaosaston johto esitti Kalanken ylentämistä, mutta henkilöstöneuvosto vastusti tätä. Tätä seurannut Kalanken suosittamiseen johtanut sovintoyritys ei päättynyt henkilöstöneuvoston toivomaan lopputulokseen, joten se pyysi sovittelukomitean mielipidettä. Tämä komitea totesi 20.2.1991 seuraavaa: "Molemmat hakijat ovat päteviä avoimeen virkaan, jolloin etusijalle on asetettava osavaltion tasa-arvoa koskevan lain mukaisesti naispuolinen hakija."

5 — BAT tarkoittaa Bundesangestelltentarifvertragia, joka vastaa julkisella sektorilla työskentelevien sopimussuhteisten työntekijöiden työehtosopimuksen palkkataulukkoa.

5. Kalanke valitti tästä päätöksestä Bremenin Arbeitsgerichtiin ja esitti, ettei sovittelukomitea ollut ottanut huomioon sitä, että hän oli ammatillisesti pätevämpi, ja että LGG:n 4 pykälä oli joka tapauksessa ristiriidassa perustuslain 3 pykälän 2 ja 3 momentin ja 33 pykälän 2 momentin kanssa sekä Bremenin osavaltion perustuslain 2 pykälän 2 momentin ja siviililakikirjan (BGB) 611 pykälän kanssa. Arbeitsgericht hylkäsi Kalanken kanteen; Kalanke valitti edelleen Landesarbeitsgerichtiin, joka antoi myös kielteisen päätöksen.

Seuraavaksi Kalanke haki muutosta (*Revision*) Bundesarbeitsgerichtissa. Tämä korosti aluksi, että sen käsiteltäväksi saatetun oikeudenkäynnin ratkaisu riippuu keskeisesti LGG:n 4 pykälän soveltuvuudesta kyseiseen tapaukseen siinä mielessä, että sovittelukomitean päätös on lainvastainen vain, jos osoittautuu, että se on soveltanut kyseistä lakia virheellisesti; jos näin on, Glißmannille on myönnetty kyseinen etu väärin perustein ainoastaan sukupuolen perusteella. Ottaen huomioon, että muutoksenhakutuomioistuin on todennut, että sovittelukomitean päätös hakijoiden tasavertaisista ansioista ei riko mitään oikeussääntöä ja että naiset olivat todella aliedustettuina kyseisellä alalla, [6] Bundesarbeitsgericht tuli siihen lopputulokseen, että sovittelukomitealla oli perustellusti LGG:n 4 pykälän perusteella oikeus vastustaa kantajan nimittämistä. Lopuksi tuomioistuin katsoi, että LGG:ssä säädetty kiintiöjärjestelmä on kansallisten säädösten mukainen, vaikka kantaja toisin väitti.

6. Bundesarbeitsgericht on kuitenkin katsonut aiheelliseksi tutkia myös LGG:n 4 pykälän lainmukaisuutta ottaen huomioon tasa-arvoisen kohtelun periaatteen sellaisena kuin se on vakiintunut yhteisön oikeudessa ja erityisesti direktiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdassa. Bundesarbeitsgericht on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön, jossa se kysyy seuraavaa: a) onko direktiivin 2 artiklan 4 kohtaa tulkittava siten, että siinä viitataan myös edellä mainitun kaltaiseen kansalliseen lainsäädäntöön ja b) jos edelliseen kysymykseen vastataan kieltävästi, säädetäänkö direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa, että vastaavankaltaista kansallista lainsäädäntöä ei pidä soveltaa, kun suhteellisuusperiaate otetaan huomioon.

Nämä kysymykset liittyvät läheisesti toisiinsa, ja kuten nähdään jäljempänä tässä ratkaisuehdotuksessa esittämäni perusteella, kysymyksiin ei tarvitse antaa erillisiä vastauksia. Itse asiassa, koska 2 artiklan 1 kohdassa vahvistetaan yleisesti ja peruuttamattomasti miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate ja koska 2 artiklan 4 kohdassa säädetään poikkeuksista tähän periaatteeseen, tästä seuraa, että jälkimmäistä säännöstä ei voida tulkita ottamatta huomioon 2 artiklan 1 kohdassa mainittua periaatetta;

6 — Ennakkoratkaisupyyntöä koskevasta päätöksestä ilmenee, että Bremenin kaupungin hallinnon palveluksessa olevista on 49 % miehiä ja 51 % naisia. Jos sen sijaan sukupuolijakoa tarkastellaan virkauran kannalta, tulos on seuraava: alimmalla virkauralla työskentelevistä on 75 % naisia, keskitasolla 52 %, ylemmillä tasoilla 50 % ja johtotehtävissä 30 %.

asiassa on kuitenkin syytä tutkia suhteellisuusnäkökohtia.

7. Tämän tarkennuksen jälkeen voidaan todeta, että asiassa on siis kyse ensiksikin siitä, kuuluuko LGG:n 4 pykälän mukainen kiintiöjärjestely direktiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaan.

Tämä on ensimmäinen kerta, kun yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään lausumaan direktiivin 2 artiklan 4 kohdan tulkinnasta kiintiöjärjestelyjen ja yleisemmin mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden kannalta. Asian tärkeyttä ei voida yliarvioida. Tässä asiassa on itse asiassa kyse 2 artiklan 4 kohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisalasta, ja erityisesti tasa-arvoisen kohtelun periaatteen merkityksestä sekä ristiriidasta muodollisen tasa-arvon ja aineellisen tasa-arvon välillä, edellisen tarkoittaessa erilaisiin ryhmiin kuuluvien yksilöiden yhdenvertaista kohtelua ja jälkimmäisen tarkoittaessa erilaisten ryhmien kohtelua samalla tavoin. Loppujen lopuksi, pitääkö sellaisen oikeuden, jota yhteisöjen tuomioistuin itse pitää perusoikeutena ja jonka toteutumista se valvoo, [7] eli jokaisen yksilön oikeuden olla joutumatta sukupuoleen perustuvan syrjinnän kohteeksi, väistyä silloin, kun huonommassa asemassa olevan ryhmän oikeudet eli tässä asiassa naisten oikeudet sitä vaativat, jotta voitaisiin paikata niitä epäkohtia, joita tähän ryhmään aikaisemmin kohdistunut syrjintä on aiheuttanut?

8. Ennen pääasian tarkastelua katson tarpeelliseksi esitellä lyhyesti mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden käsitettä.

Mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden lähtökohtana on vaatimus poistaa tosiasialliset esteet, jotka haittaavat tiettyjä ihmisluokkia tai -ryhmiä, jotka ovat näiden esteiden vuoksi huonommassa asemassa työelämässä. Kysymyksessä on yksi niistä keinoista, joita on käytetty toteuttamaan vähemmistöryhmien tai muiden huonommassa asemassa olevien ryhmien *yhtäläisiä mahdollisuuksia*; tämä järjestely tarkoittaa säännönmukaisesti sitä, että säädetään näiden ryhmien erityiseduista. [8] Kun otetaan huomioon ryhmä sellaisenaan, mahdollisuuksia edistävät

7 — Asia 149/77, Defrenne II, tuomio 15.6.1978 (Kok. 1978, s. 1365, 27 kohta). Ks. myös viimeisintä tuomiota asiassa T-45/90, Speybrouck, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. II-33), jossa yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on nimenomaisesti vahvistanut, että "työelämässä naisten ja miesten tasa-arvoisen kohtelun periaate ja vastaavasti sukupuoleen perustu-van suoran tai välillisen syrjinnän puuttuminen ovat olennainen osa perusoikeuksia, joiden kunnioittamisen yhteisöjen tuomioistuin ja yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin varmistavat ETY:n perustamissopimuksen 164 artiklan mukaisesti" (47 kohta).

8 — Mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden käsite (*affirmative action*) perustuu Yhdysvalloissa demokraattien valtakaudella 1960-luvulla noudatettuun käytäntöön, jossa perinteisesti oikeudellisesta toimenpiteestä (siihen asti tuomioistuimet olivat käyttäneet mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä niitä työnantajia vastaan, jotka olivat syyllistyneet syrjintään) tehtiin hallinnollinen toimi. Mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä käytettiin erityisesti niissä tapauksissa, joissa yrityksille, jotka antoivat julkisten töiden urakoita, asetettiin velvollisuus laatia toimintaohjelmia värillisen väestön aseman parantamiseksi sillä uhalla, että jo saadut tilaukset perutaan. Tämän käsitteen muodostumisen jälkeen sitä ryhdyttiin soveltamaan muiden etnisten vähemmistöjen tai heikkojen ryhmien, kuten naisten, mahdollisuuksien edistämiseksi. Tasa-arvon nimissä on laadittu ja pantu täytäntöön muita etuoikeutettua kohtelua koskevia ohjelmia, erityisesti korkeamman tason opetuksessa ja työelämässä.

toimenpiteet ilmaisevat siirtymistä yksilön tasa-arvosta ryhmää koskevaksi tasa-arvoksi. [9]

9. Mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet voidaan jakaa useampaan menetelmään. Ensimmäisessä menetelmässä yritetään parantaa naisten huonompaa asemaa työelämässä, eikä tämä parantaminen ole syrjintää oikeudellisessa mielessä. Tällöin tavoitteena on poistaa niitä syitä, joiden vuoksi naisten työ- ja etenemismahdollisuudet ovat (vieläkin) työelämässä huonommat, ja kohdistaa toimenpiteitä erityisesti ammatinvalintaan ja ammattikoulutukseen. Tästä voidaan erottaa toinen mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden menetelmä, jonka tavoitteena on tasapaino perheen ja ammatin asettamien vaatimusten välillä sekä tasapuolisempi työnjako sukupuolten kesken. Tässä menetelmässä erityisen tärkeitä ovat toimenpiteet, joilla järjestellään työaikaa, kehitetään lapsia koskevia järjestelyjä ja sopeutetaan uudelleen työelämään naisia, jotka ovat olleet kotona lapsiaan kasvattamassa, ja tärkeää on myös sellainen sosiaali- ja veropolitiikka, jossa otetaan huomioon perheestä aiheutuvat kustannukset. Kummassakin tapauksessa mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden tavoitteena on toteuttaa *yhtäläiset mahdollisuudet* ja lopulta saavuttaa *todellinen tasa-arvo*, vaikka erityistoimenpiteet toteutetaankin vain naisten vuoksi ja erityisesti heidän työllistämisekseen. Toimenpiteiden vaikutus ei kuitenkaan ilmene välittömästi naisten työnsaannin määrällisenä kasvuna.

Kolmannessa menetelmässä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä käytetään korjaamaan aiemmin tapahtuneen oikeudellisesti asianmukaisen syrjinnän seurauksia; mahdollisuuksia edistävillä toimenpiteillä on siis erityinen korvaava luonne, joka on seurausta siitä, että huonommassa asemassa olevat ryhmät saavat laillisia etuja, erityisesti kiintiö- ja *goals*-järjestelyin. [10] Tällainen

9 — Erityisesti ryhmän käsitteen käytöstä ei ole saavutettu yksimielisyyttä. Yhä useammin kuitenkin myönnetään, että tiettyjen ryhmien erityiskohtelu voi loppujen lopuksi lisätä näiden ryhmien huonommuuden tunnetta enemmistöön verrattuna ja näin ollen aiheuttaa sen, että etujen saajat jäävät lopullisesti tarkoin rajattujen sosiaalisisten lokeroiden ulkopuolelle. Huonommassa asemassa olevien ryhmien yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä moititaan myös järjestelmän tehokkuuden haittaamisesta, koska ne vaarantavat paremmassa asemassa olevien sosiaalisen hyväksyttävyyden.

10 — Kiintiöt ja *goals*-järjestelyt ovat itse asiassa juuri ne järjestelyt, joita Yhdysvalloissa on käytetty 1960-luvulta lähtien tosiasiallisen eriarvoisuuden poistamiseksi. Kiintiöillä varataan tietty määrä työpaikkoja huonommassa asemassa oleville ryhmille, jotta heidän edustajiaan olisi yhtä paljon. *Goals*-järjestelyllä sitä vastoin kyseisen ryhmän jäsenille annetaan haussa mahdollisimman paljon lisäpisteitä, mutta jokaisella hakijalla on oikeus kilpailla kaikista työpaikoista. Yhdysvaltain korkeimman oikeuden (Supreme Court) oikeuskäytännössä on otettu erityisen vastustava kanta tiukkoihin kiintiöihin (ks. Regents of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265, 1978) ja vaikka *goals*-järjestelyt on hyväksytty, korkein oikeus on määrännyt niiden muodosta ja edellytyksistä. Lyhyesti esitettynä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä sisältävän ohjelman on oltava ennen kaikkea tilapäinen järjestely: sen tarkoituksena on korjata epätasapainoinen tilanne palauttamalla lähtökohtien tasa-arvo sen sijaan, että tilannetta muutettaisiin keinotekoisesti, ja tämä voi kestää siihen asti kunnes aikaisemman syrjinnän seuraukset on korjattu (ks. United Steelworkers of America AFL-CIO-CLC v. Weber, 443 U. S. 193, 1979). Toiseksi ohjelma pitää perustella tietyillä olemassa olevilla tosiseikoilla, jotka voidaan asiallisesti todeta, esimerkiksi ilmeisen epätavallinen ero siviiliväestön ja yliopistoyhteisön rotujakaumassa tai epäsuhta ylemmissä viroissa toimivien naisten määrän suhteessa koko naisväestön määrään. Mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä alettiin käyttää tai ainakin niistä oltiin kiinnostuneita Euroopassa samaan aikaan kun niiden käyttöä alettiin rajoittaa Yhdysvalloissa. Siellä niiden käyttöön liitettiin *strict scrutiny* -vaatimus, joka tarkoittaa sitä, että jos normilla vaikutetaan perusoikeuksiin, sitä voidaan perustella ainoastaan pakottavalla julkisella edulla (*compelling government interest* — ks. esim. City of Richmond v. Croson, 488 U. S. 469, 1989).

menetelmä on korjannut tilannetta tai ainakin sen on katsottu voivan poistaa yhteiskunnassa vallitsevaa eriarvoisuutta; todelliset yhtäläiset mahdollisuudet joudutaan näin ollen samaistamaan saavutusten yhtäläisyyteen. Kiintiöiden säätäminen on hyvin ristiriitainen toimenpide erityisesti perustuslakien kannalta: vaikka on totta, että tällä toimenpiteellä lisätään määrällisesti naisten työnsaantimahdollisuuksia, on myös totta, että tämä toimenpide vaikuttaa eniten yksilöiden tasa-arvon periaatteeseen, joka on useimpien jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä perustuslaissa suojattu periaate.

10. Kiintiöt voivat olla tiukempia tai löyhempiä. Kuten jo olen todennut, tässä asiassa ei ole kysymys tiukoista kiintiöistä (joilla olisi määrätty tietty prosentuaalinen osuus työpaikoista riippumatta niiden henkilöiden ansioista, joita toimenpide koskee) eikä kiintiöistä, joilla määrätään täytettävistä vähimmäisvaatimuksista. Tässä asiassa on sitä vastoin kysymys kiintiöistä, joilla määrätään naisten suosituimmuuskohtelusta, jota toteutetaan vain siinä tapauksessa, että naisilla on vastaava pätevyys kuin miespuolisilla kilpailijoillaan.

On ilmeistä, että myös tämä viimeinen tapaus on sukupuoleen perustuvaa syrjintää.

11. On totta, että kaikki erityistoimenpiteet, joilla edistetään vähemmistöryhmän tai muun huonommassa asemassa olevan ryhmän mahdollisuuksia, ovat vastoin muodollisen tasa-arvon periaatetta. On siis tutkittava, voidaanko ajatella, että on oikeudellisesti sallittua säätää tämän periaatteen vastaisia säännöksiä tietyissä tarkoin määrätyissä tapauksissa, jotta saavutettaisiin päämäärä, jota yhteiskunta haluaa ja joka on asetettu, jotta voitaisiin poistaa aiemmin vallinneisiin käsityksiin perustuva eriarvoisuus.

Lopuksi tässä asiassa on selvitettävä, voidaanko direktiivin 2 artiklan 4 kohtaa pitää riittävänä oikeudellisena perustana eli toisin sanoen, kuuluvatko tämänkaltaiset toimenpiteet tässä säännöksessä säädettyjen poikkeuksien soveltamisalaan.

12. Kuten olen jo todennut, 2 artiklan 4 kohdan perusteella jäsenvaltiot voivat toteuttaa tai pitää voimassa "miesten ja naisten *yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä* toimenpiteitä erityisesti poistamalla *eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin* 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä". [11]

Tästä säännöksestä ilmenee ennen kaikkea se, että kieltävien toimenpiteiden kuten suoran

11 — Kursivointi kirjoittajan.

ja peitellyn eli välillisen syrjinnän kiellon ohella direktiivissä säädetään edelleen tosiasiallisen yhtäläisen kohtelun turvaamiseksi myös sellaisten toimenpiteiden toteuttamisesta, jotka vaativat mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä, jotta lopputulos olisi hyvä. Tämä tarkoittaa, että jäsenvaltiot voivat direktiivin 2 artiklan 4 kohdan nojalla toteuttaa mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä, mutta kuten säännöksessä itsessään todetaan, vain silloin, kun toimenpiteet on tarkoitettu edistämään ja toteuttamaan miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia ja erityisesti poistamaan eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin työelämässä.

13. Jotta voitaisiin määritellä, millaiset edistävät toimenpiteet ovat 2 artiklan 4 kohdan mukaisia, on ensin määriteltävä *yhtäläisten mahdollisuuksien* käsite ja erityisesti selvitettävä, tarkoitetaanko tässä ilmaisussa yhtäläisiä lähtökohtia vai yhtäläisiä saavutuksia. Mielestäni yhtäläisten mahdollisuuksien antamisella tarkoitetaan ainoastaan, että annetaan mahdollisuus saavuttaa yhtäläinen tulos, eli luodaan sukupuolten välisen tasa-arvon lähtökohtaiset edellytykset. Tämän saavuttamiseksi on ilmeisen tarpeellista poistaa ne tosiasialliset esteet, jotka haittaavat miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien toteuttamista työelämässä: esteet on siis havaittava ja sen jälkeen poistettava käyttäen tarkoituksenmukaisimpia menetelmiä.

Kuitenkin mielestäni on erittäin ilmeistä, että riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä ei suinkaan tavoitella yhtäläisten lähtökohtien turvaamista. Jos kaksi eri sukupuolta olevaa hakijaa ovat yhtä päteviä, itse asiassa määritelmän mukaan molemmilla oli ja on yhtäläiset mahdollisuudet: olosuhteet suosivat lähtökohtaisesti tasa-arvoa. Annettaessa naisille etusija riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä pyritään siis saavuttamaan tasa-arvoinen lopputulos tai pikemminkin työpaikkojen määrällisesti tasainen jakautuminen miesten ja naisten kesken. Mielestäni tämä ei vastaa direktiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaa eikä sen perusteena olevaa oikeudellista päämäärää.

14. Tässä ei voida kuitenkaan vaieta siitä tosiasiasta, että yhtäläisten mahdollisuuksien perimmäisenä tavoitteena on epäilemättä suosia naisten työllisyyttä ja saavuttaa todellinen tasa-arvo, ja että lähtökohtien yhtäläisyys ei sellaisenaan takaa tasa-arvoista tulosta, koska tulokseen eivät vaikuta ainoastaan asianosaisten ansiot ja henkilökohtainen toiminta, [12] vaan tulokseen voi myös vaikuttaa sellainen yhteiskuntarakenne, jossa naisten asemaa vaikeutetaan erityisesti heidän kahden roolinsa vuoksi ja jossa aiemmin tapahtuneen syrjinnän vuoksi naisten osuus on melkein olematon tietyillä aloilla ja erityisesti vastuullisissa tehtävissä.

12 — On itsestään selvää, että jos ansioiden hankkiminen olisi välillisesti naisia syrjivää, ongelmien lähtökohdat olisivat täysin erilaiset: tällöin olisi kysymys syrjinnästä, joka välillisyydestä huolimatta olisi todellista syrjintää, joka voitaisiin sellaisenaan asettaa kyseenalaiseksi tiettyjen direktiivin säännösten perusteella.

Näin ollen jäljelle jää kysymys siitä, voidaanko direktiivin 2 artiklan 4 kohtaa tulkita siten, että sitä sovelletaan myös toimenpiteisiin, jotka ennalta määräävät lopputuloksen asettamalla kiintiöitä, olivatpa ne tiukkoja tai, kuten tässä tapauksessa, tiettyjä edellytyksiä vaativia.

15. Ainoassa tapauksessa, jossa yhteisöjen tuomioistuin on ottanut kantaa tämän säännöksen tulkintaan, se on vahvistanut, että säädetyn poikkeuksen "tarkoin rajattuna päämääränä on sallia sellaiset toimenpiteet, joilla pyritään tehokkaasti poistamaan tai vähentämään yhteiskunnassa mahdollisesti vallitsevaa eriarvoisuutta, vaikka toimenpiteet näyttäisivätkin syrjiviltä". [13] Tämän määritelmän perusteella yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, etteivät 2 artiklan 4 kohdan poikkeuksen soveltamisalaan kuulu sellaiset naisten asemaa edistävät toimenpiteet kuten esimerkiksi työajan lyhentäminen, eläkeiän alentaminen, poissaolon salliminen lapsen sairauden vuoksi, tiettyjen lisälomapäivien myöntäminen lapsiluvun mukaan, niiden äitien rahallinen tukeminen, jotka joutuvat maksamaan lastentarhasta tai päiväkodista.

Yhteisöjen tuomioistuin on näin ollen katsonut, että 2 artiklan 4 kohdassa sallitaan toimenpiteet, jotka ainoastaan *näyttävät syrjiviltä*, mutta tähtäävät itse asiassa niiden tosiasiallisten esteiden poistamiseen, jotka haittaavat naisten yhtäläisten mahdollisuuksien toteuttamista. [14] Tämä vahvistaa sen, että tavoitteena on *todellinen tasa-arvo*, mutta tämä vahvistaa mielestäni myös sen, että tähän tavoitteeseen voidaan pyrkiä ainoastaan toimenpiteillä, joilla pyritään saavuttamaan todelliset yhtäläiset mahdollisuudet; tästä seuraa, että vain sellainen eriarvoisuus sallitaan, joka on tarpeen, jotta voidaan poistaa ne esteet tai erot, jotka estävät naisia saavuttamasta samoin edellytyksin samoja tuloksia kuin miehet. Tästä näkökulmasta erityisesti naisten asemaa edistävät toimenpiteet vain näyttävät syrjiviltä, ja nämä ovat ainoa keino saavuttaa tosiasiallinen ja toimiva todellinen tasa-arvo.

16. Todellisen tasa-arvon periaate tarkoittaa sitä, että otetaan huomioon se tosiasiallinen erilaisuus, joka liittyy kuulumiseen johonkin ihmisryhmään tai tiettyyn sosiaaliluokkaan; periaatteen mukaan on sallittua ja pakollista erityisin toimenpitein poistaa tai ainakin tasoittaa eriarvoisia ja haitallisia vaikutuksia, jotka johtuvat kyseiseen ryhmään kuuluvien yksilöiden erilaisuudesta.

13 — Asia 312/86, komissio v. Ranska, tuomio 25.10.1988 (Kok. 1988, s. 6315, 15 kohta).

14 — Naisten eriarvoisuus voi johtua myös esimerkiksi työoloista, työn järjestämistavoista ja jakamisesta, jotka vaikuttavat eri tavoin työntekijöihin sukupuolen mukaan ja jotka asettavat naiset huonompaan asemaan ammattikoulutuksessa ja urakierrossa tai ylenemisessä. Tämän vuoksi mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden on, ollakseen tehokkaita, vaikutettava pikemminkin naisten suuntautumiseen koulutuksessa ja ammatillisesti siten, että suositaan heidän pyrkimyksiään niille aloille, joilla he ovat aliedustettuina. Samalla on syytä kuitenkin todeta, että jotkut edellä mainituista Ranskan toimenpiteistä (erityisesti joustava työaika ja rahallinen tuki lastenhoitomaksuja varten) ovat kiistämättä sellaisia, jotka vain näyttävät syrjiviltä, sillä ne on nimenomaan tarkoitettu poistamaan tosiasiallisia esteitä, jotka haittaavat yhtäläisten mahdollisuuksien toteutumista.

Erona muodollisen tasa-arvon periaatteesta, joka kieltää yksilöiden eriarvoisen kohtelun jonkin erottavan tekijän kuten sukupuolen perusteella, todellisen tasa-arvon periaate viittaa puolestaan myönteiseen käsitykseen, joka perustuu nimenomaan näiden samojen erottavien tekijöiden asianmukaisuuteen ja jolla voidaan perustella jokin eriarvoinen oikeus, joka on väline tasa-arvon toteuttamiseen yksilöiden välillä, koska heitä ei pidetä neutraaleina vaan heidän erilaisuutensa otetaan huomioon. Lopuksi todellisen tasa-arvon periaate täydentää muodollisen tasa-arvon periaatetta, koska vain sellaiset poikkeukset hyväksytään, jotka ovat perusteltuja sen tavoitteen vuoksi mihin niillä pyritään: todellisen tasa-arvon turvaamiseen. Lopullinen päämäärä on siis sama: yksilöiden tasa-arvon turvaaminen.

17. Toisaalta tämä on nimenomaan sama logiikka, johon tasa-arvoisen kohtelun periaatteesta tehtävät poikkeukset perustuvat. Sen sijaan että kysymyksessä olisivat varsinaiset poikkeukset sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteesta, kyseessä ovat säännökset, joilla pyritään turvaamaan tasa-arvoperiaatteen tehokkuus sallimalla sellainen eriarvoisuus, joka on tarpeen tasa-arvon toteuttamiseksi. Tämä siis ainoastaan näyttää syrjinnältä, koska naisten ja heidän suojelemisensa vuoksi sallitaan erilainen kohtelu tai määrätään siitä, jotta saavutettaisiin todellinen tasa-arvo eikä muodollinen tasa-arvo, joka on päinvastoin tasa-arvon vastakohta.

Nimenomaan tästä näkökulmasta on syytä viitata 2 artiklan 3 kohdassa säädettyä poikkeusta [15] koskevaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jossa yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut erityisesti, että "direktiivissä jätetään jäsenvaltioille valta harkita, minkälaisia sosiaalipoliittisia toimia on toteutettava, jotta direktiivin soveltamisalalla naisten suojelu turvataan raskauden ja äitiyden aikana, ja jäsenvaltiot voivat harkita, miten on korvattava se tosiasiallisesti huonompi asema, joka naisilla on miehiin nähden turvatessaan työllisyyttään". [16]

Pääasiallisesti tämän poikkeuksen nojalla jäsenvaltiot voivat toteuttaa toimenpiteitä, joilla pyritään poistamaan ne huonompaan asemaan vaikuttavat seikat, jotka johtuvat naisten biologisesta tilasta. Tietyssä tilassa kuten esimerkiksi raskaana olevan naisen erilainen kohtelu siis vain näyttää syrjivältä: todellisuudessa kohtelulla pyritään tasoittamaan miesten ja naisten eroista johtuvien tiettyjen seikkojen vaikutuksia ja turvaamaan näin todellinen tasa-arvo. *Erilaisuus* on siis se, joka oikeuttaa poikkeamaan muodollisesta tasa-arvosta tietyin oikeudellisesti eriarvoisin erityistoimenpitein: lainsäädännössä otetaan huomioon olemassa oleva erilaisuus, jotta edistettäisiin yksilöiden todellista tasa-arvoa.

18. Direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa mainitussa poikkeustapauksessa erilainen kohtelu

15 — Huomautan, että tässä säännöksessä sallitaan jäsenvaltioiden säätää ja/tai pitää voimassa "säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella".

16 — Asia C-421/92, Habermann-Beltermann, tuomio 5.5.1994 (Kok. 1994, s. I-1657, 22 kohta). Samoin myös asiassa 184/83, Hofmann, tuomio 12.7.1984 (Kok. 1984, s. 3047, 27 kohta).

ei johdu naisten erityisestä tilasta vaan se koskee kaikkia naisia. Naiset etusijalle asettavan kohtelun olemassaolo perustuu naisten yleisesti huonompaan asemaan, joka johtuu aikaisemmin tapahtuneesta syrjinnästä ja tosiasiallisista vaikeuksista, jotka liittyvät naisten kaksoisrooliin.

On ilmeistä, että tällaisia ongelmia ei voida varmasti ratkaista kiintiöillä tai muilla vastaavilla järjestelyillä, jotka ovat vailla merkitystä tämän päämäärän kannalta. Näiden järjestelyjen sijaan tarvitaan työn sisäiseen järjestelyyn ja erityisesti työaikaan ja lasten hoitamiseen liittyviä toimenpiteitä sekä muita toimenpiteitä, jotka helpottavat perheeseen ja uraan liittyvien vaatimusten yhteensovittamista. Lopuksi, kuten olen esittänyt, yhteisöjen tuomioistuin on katsonut kyseisessä asiassa mielestäni liian ankarasti, etteivät edes tällaiset kansalliset toimenpiteet kuulu direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa mainitun poikkeuksen soveltamisalaan eivätkä ne täten ole yhteensoveltuvia yhdenmukaisen kohtelun periaatteen kanssa. [17]

19. On selvää, että naisten aikaisemmin tapahtuneen syrjinnän vaikutukset ovat vielä havaittavissa. Sosiaalisten ja kulttuuristen (perinteisesti) erilaisten vaatimusten olemassaolo (jos ajatellaan vaikka eroja koulutustasossa ja ammattikoulutuksessa) aiheuttaa edelleen syrjimistä työmarkkinoilla. Ei voida kiistää, etteikö tällainen tilanne aiheuttaisi eriarvoisuutta, joka on haitta, joka pitäisi poistaa.

Vaikka tällaisen tilanteen vuoksi voidaan direktiivin 2 artiklan 4 kohdan perusteella ryhtyä mahdollisuuksia edistäviin toimenpiteisiin, sen perusteella voidaan kuitenkin, kuten olen jo huomauttanut, ainoastaan parantaa huonommassa asemassa olevan ryhmän lähtökohtia, jotta turvattaisiin todelliset yhtäläiset mahdollisuudet. Mahdollisuuksia edistävillä toimenpiteillä on siis pyrittävä poistamaan naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia haittaavia esteitä niin, että toimenpiteitä kohdistetaan esimerkiksi ammatinvalintaan ja ammattikoulutukseen. Sitä vastoin niillä ei voida perinteisen syrjinnän korvaamiseksi pyrkiä turvaamaan naisille työpaikkoja täytettäessä samaa lopputulosta eli siis saavutuksia. Yhteenvedonomaisesti esitettynä: mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä ei voida pitää eikä ainakaan käyttää keinona korjata syrjivin toimenpitein aiemmin syntynyttä eriarvoista tilannetta.

20. Muunlaiseen lopputulokseen ei voida päätyä, kun riidanalaista säännöstä tarkastellaan edellä mainitun mahdollisuuksia

17 — Em. asia komissio v. Ranska, tuomion 15 ja 16 kohta.

edistäviä toimenpiteitä koskevan suosituksen kanssa. Vaikkei suositus ole oikeudellisesti sitova, yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että se voi auttaa muiden sellaisten yhteisön oikeuden säännösten tulkinnassa, joiden täydentämiseksi suositus on annettu. [18]

Kyseisen suosituksen perustelukappaleissa mainitaan nimenomaisesti direktiivin 2 artiklan 4 kohta, mutta suosituksessa ei kuitenkaan ole mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden määritelmää, vaan ainoastaan luettelo tavoitteista, joihin tällaisilla toimenpiteillä voidaan pyrkiä. Luetelluista tavoitteista käy kuitenkin selvästi ilmi, että mahdollisuuksia edistävillä toimenpiteillä tarkoitetaan toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on poistaa naisia haittaavia esteitä ja/tai eriarvoisuutta, ja yleensäkin toimenpiteitä, jotka on suunnattu parantamaan naisten huonompaa asemaa työelämässä. Toimenpiteet, joilla pyritään *kehittämään* naisten mukanaoloa ja osallistumista kaikilla aloilla, kaikissa ammateissa ja kaikissa tehtävissä, on muotoiltu edistäviksi keinoiksi eikä mekaaniseksi etusijan antamiseksi. Mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet perustuvat siis kahteen edellytykseen: on oltava olemassa todellisia esteitä, jotka haittaavat miesten ja naisten *yhtäläisten mahdollisuuksien* toteuttamista, ja mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden on oltava luonteeltaan (välillisesti ymmärrettynä) tilapäisiä järjestelyjä, jotka voidaan oikeudellisesti perustella, koska niillä on yhteys niihin olemassa oleviin todellisiin esteisiin, jotka on tarkoitus poistaa.

18 — Ks. asia C-322/88, Grimaldi, tuomio 13.12.1989 (Kok. 1989, s. 4407, 18 ja 19 kohta).

21. Lopuksi suosituksessa katsotaan myös, että mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet ovat poliittinen keino yhtäläisten mahdollisuuksien toteuttamiseksi; sitä vastoin suosituksessa ei määrätä mahdollisuudesta suosia naisia heidän työnsaantinsa edistämiseksi, mikä tarkoittanee sitä, että suositusta ei voida tulkita siten, että siinä sallittaisiin sellainen sukupuoleen perustuva syrjintä, jolla ei pyritä poistamaan naisten mahdollisuuksia haittaavia esteitä ja jolla ei siten pyritä todelliseen tasa-arvoon.

Edellä mainitussa sosiaalipolitiikasta tehdyn sopimuksen 6 artiklan 3 kohdassa vahvistetaan miesten ja naisten yhtäläisen palkkauksen periaate ja mainitaan käsitteet edut ja haittojen hyvittäminen, mutta tästä ei myöskään voida päätyä muunlaiseen lopputulokseen kuin edellä esitettyyn. Palkkausta koskevat erityisedut, joiden tarkoituksena on hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja ja/tai helpottaa jonkin toiminnan suorittamista, voivat mielestäni olla rahallista tukea perheenäideille, joiden on maksettava päivähoidosta, tai muunlaista vastaavaa tukea, mutta erityisedut eivät saa johtaa sukupuoleen perustuvaan syrjintään, jonka tarkoituksena ei ole edellisen kaltaisten esteiden poistaminen. Lähtökohta on siis naisen erityistilanteesta johtuvien haittavaikutusten poistaminen; tavoitteena on saavuttaa miesten ja naisten mahdollisuuksien yhtäläisyys.

22. Nämä perustelut vahvistavat, että direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa ainoastaan sallitaan naisten eriarvoisuuden poistaminen, mutta tätä ei sallita suoran ja pelkän päinvastaisen syrjinnän keinoin eli sellaisilla toimenpiteillä, joiden ainoana tarkoituksena ei ole poistaa niitä haittoja, jotka estävät naisia saavuttamasta samoja tuloksia samanlaisissa oloissa, vaan joiden tarkoituksena on vaikuttaa suoraan näihin tuloksiin tai ainakin antaa naisille etuoikeus saavuttaa tulokset *vain siksi, että he ovat naisia.*

Sellaiset sukupuoleen perustuvat toimenpiteet, joita ei ole tarkoitettu poistamaan esteitä huonomman aseman poistamiseksi, ovat nykyään kaikki yhtä lainvastaisia tasa-arvon edistämisen kannalta kuin ne olivat aikaisemmin syrjinnän kannalta.

23. Tällaisen ratkaisun ei voida katsoa olevan ristiriidassa sen kanssa, että direktiivissä jätetään jäsenvaltioille harkintavalta toteuttaa haluamiaan sosiaalipoliittisia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on turvata naisten yhtäläiset mahdollisuudet, ottaen huomioon, kuten yhteisöjen tuomioistuin on 2 artiklan 3 kohdassa olevasta poikkeuksesta todennut, että tällaista valtaa on joka tapauksessa käytettävä direktiivin mukaisesti. [19]

Toisaalta yhteisöjen tuomioistuin on todennut 2 artiklan 2 kohdassa olevasta poikkeuksesta, että "ensin on syytä huomauttaa, että koska poikkeus koskee direktiivillä vahvistettua yksilön oikeutta, säännöstä on tulkittava suppeasti". [20] Yhteisöjen tuomioistuin on lisännyt, että "määriteltäessä kunkin poikkeuksen soveltamisalaa yksilön oikeuden kannalta, kuten esimerkiksi direktiivillä vahvistettujen miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien kannalta, on otettava huomioon suhteellisuusperiaate, joka on yksi yhteisön oikeusjärjestyksen perustana olevista yleisistä oikeusperiaatteista." [21] Kyseinen kansallinen toimenpide ei siis saa ulottua laajemmalle kuin on tarpeen ja asianmukaista tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi.

24. Haluan huomauttaa, että riidanalaisessa kansallisessa säädöksessä säädetään, että naisille on annettava etusija palvelukseen otettaessa ja/tai ylennettäessä, ja ainoastaan sillä edellytyksellä, että he ovat yhtä ansioituneita kuin miespuoliset kilpailijansa ja että he ovat aliedustettuina kyseisen alan kyseisellä palkkatasolla, eli heitä on vähemmän kuin puolet työntekijöistä. Huomautan myös, että tämä säädös koskee ainoastaan julkishallinnon palvelussuhteita eli alaa, jolla määritelmän mukaan sukupuolten yhtäläiset mahdollisuudet on erityisesti turvattu, tai ainakin niiden pitäisi olla turvattu. Kuten olen esittänyt, direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa edellytetään

19 — Ks. viimeisin tätä asiaa koskeva tuomio asiassa Habermann-Beltermann, 22 kohta.

20 — Asia 222/84, Johnston, tuomio 15.5.1986 (Kok. 1986, s. 1651, 36 kohta). Tuomion 44 kohdassa on vastaava perustelu 2 artiklan 3 kohdan poikkeuksen osalta.

21 — Em. tuomio asiassa Johnston, 38 kohta.

kuitenkin, että on olemassa esteitä, jotka on poistettava, ja että toteutettavat toimenpiteet ovat tilapäisiä ja perusteltuja ainoastaan niin kauan kuin epäedulliset olosuhteet ovat olemassa.

Tässä tapauksessa kansallinen lainsäädäntö on luonteeltaan tilapäistä, vaikka kyseessä onkin pitkä aika, joka päättyy, kun lainsäädäntöä ei enää tarvita, koska 50 prosenttia työntekijöistä kaikkien osastojen palkkatasoilla on naisia. Ei ole kuitenkaan selvää, kumotaanko laki sinä päivänä, kun tavoiteltu 50 prosenttia on saavutettu, vai sovelletaanko lakia joka kerta kun naisten osuus laskee alle laissa säädetyn osuuden; joka tapauksessa voidaan olettaa, että tämä kestää kauan. Esteet, joiden poistamiseen säännöksillä pyritään, liittyvät ilmiselvästi aliedustettuina olemiseen. Vaikka lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan naisten aliedustus tietyllä alalla on seurausta eriarvoisuuden olemassaolosta, tällaisella toimenpiteellä pyritään vain miesten ja naisten määrällisen tasapainon toteuttamiseen ilman, että pyrittäisiin poistamaan esteitä, jotka ovat johtaneet tällaiseen tilanteeseen. Toisin sanoen esteitä ei poisteta, mutta ne ovat syy, joka oikeuttaa sukupuoleen perustuvaan erilaiseen vaikkakin lainmukaiseen kohteluun.

Voidaan vielä huomauttaa, että naisten aliedustus tietyllä työmarkkinoiden alalla voi olla todiste eriarvoisuudesta, mutta se ei välttämättä johdu siitä, että naisia olisi tarkoituksellisesti syrjitty. Tästä seuraa, että mielivaltaisuuden vaara on olemassa kaikissa niissä tilanteissa, joissa mekaanisesti annetaan etusija aliedustettuna olevalle ryhmälle ainoastaan sillä perusteella, että se on aliedustettuna.

25. Näistä huomioista ilmenee selvästi, että sellainen toimenpide, josta tässä asiassa on kyse, on selvästi suhteeton verrattuna päämäärään, johon pyritään, tai johon on ainakin yritetty pyrkiä direktiivin 2 artiklan 4 kohdan perusteella, vaikka tämä päämäärä kuitenkin on miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien toteuttaminen eikä naisten saavutusten turvaaminen yhtäläisissä olosuhteissa.

Riidanalainen kansallinen säädös on ilmeisen selvästi ristiriidassa ja yhteensopimaton tasaarvoisen kohtelun periaatteen kanssa, sellaisena kuin tämä periaate määritellään 2 artiklan 1 kohdassa, eikä kansallisen säädöksen myöskään voida katsoa olevan direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa säädetty poikkeus, sillä säädöksellä ei pyritä toteuttamaan naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia vaan sillä annetaan naisten suoraan saavuttaa haluttu lopputulos.

26. Tiedän, että tässä esittämäni perustelut ja ratkaisuehdotus, johon olen päätynyt, eivät

vastaa useiden sellaisten tahojen näkökantoja, jotka yrittävät ratkaista ongelmaa suoraan tai välillisesti. Viittaan erityisesti joihinkin viimeaikaisiin Euroopan parlamentin kannanottoihin sekä tiettyyn kirjallisuuteen, joka ei ole pelkästään oikeustieteellistä. Tiedän myös, että esittämäni kanssa vastakkainen kanta saa tukea paitsi tässä kysymyksessä olevan pääasian kohteena olevasta lainsäädännöstä, myös tietyistä toimenpiteistä, joihin ovat ryhtyneet tietyt yhteisön jäsenvaltiot ja muut valtiot; nämä toimenpiteet eivät vielä kerran kerratakseni turvaa yhtäläisiä mahdollisuuksia vaan määrällisesti yhtäläisen työpaikkojen täyttämisen.

27. Katson kuitenkin, että minun täytyy ja minä voin olla noudattamatta vallitsevaa suuntausta, koska olen lujasti vakuuttunut siitä, että suuntausta pitää seurata vain siltä osin kuin olen sen kanssa samaa mieltä, ja esitän yhteisöjen tuomioistuimelle, että se tekisi samoin.

Tässä tapauksessa ei ole kuitenkaan kyse suuntauksen noudattamisesta; katson, että tasa-arvo on perustavaa laatua oleva ja loukkaamaton tavoite, joka on todellinen eikä sellainen, jota vain esitetään, ja se voidaan saavuttaa vain noudattamalla lakia ja tässä tapauksessa noudattamalla perustavaa laatua olevaa periaatetta.

28. Toisaalta todetessani tämän totean myös, että kantani ei perustu ainoastaan oikeudellisiin seikkoihin. Itse asiassa olen vakuuttunut siitä, että naiset eivät hyödy siitä, että he saavuttavat määrällisen tasa-arvon, joka on siis ainoastaan muodollista tasa-arvoa, joka saavutetaan loukkaamalla väistämättä kaikkien sivistyneiden yhteiskuntien tunnustamaa perusoikeutta: yhtäläisiä oikeuksia ja yhdenvertaista kohtelua. Muodollinen määrällinen tasa-arvo on päämäärä, jonka toteutuminen voi rauhoittaa joidenkin omaatuntoa, mutta joka on sisällöltään harhaanjohtava ja tyhjä, jollei päämäärään liity toimenpiteitä, jotka on todella suunniteltu toteuttamaan tasa-arvoa; tässä tapauksessa toimenpiteitä ei ollut toteutettu eikä niiden tärkeyttä ollut edes tuotu esille. Lopulta tarpeen on perinpohjainen muutos siinä taloudellisessa, sosiaalisessa ja kulttuurisessa mallissa, joka on johtanut eriarvoisuuteen, eikä tällaista muutosta toteuteta varmastikaan lukumäärillä eikä puheilla.

29. Tämän perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi Bundesarbeitsgerichtin esittämiin kysymyksiin seuraaavasti:

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 2 artiklan 1 ja 4 kohdan perusteella on direktiivin vastaista soveltaa sellaista kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan naiset saavat etuoikeuden palvelukseenotossa ja ylennettäessä ainoastaan sillä edellytyksellä, että heillä on vastaava pätevyys kuin miespuolisilla kilpailijoillaan ja ainoastaan sillä perusteella, että he ovat aliedustettuina kyseisen alan kyseisellä palkkatasolla, eli heitä on alle puolet työntekijöistä.