ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
M. POIARES MADURO
της 29ης Ιουνίου 2004 [1]

1. Το Tribunal administratif de Paris (Γαλλία), με το ερώτημα που υπέβαλε, ερωτά αν η οδηγία 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας (στο εξής: οδηγία) [2], απαγορεύει μια διάταξη όπως το άρθρο 8 του γαλλικού νόμου 75-3, της 3ης Ιανουαρίου 1975 [3], όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 79-569, της 7ης Ιουλίου 1979 [4], και τον νόμο 2001-397, της 9ης Μαΐου 2001 [5] (στο εξής: επίμαχος νόμος), καθόσον εξαιρεί τις χήρες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο από τα όρια ηλικίας για την πρόσληψη στις δημόσιες θέσεις.

I — Τα πραγματικά περιστατικά, το νομικό πλαίσιο και το ερώτημα που υποβλήθηκε στο Δικαστήριο

2. Κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών, ο S. Briheche ήταν ηλικίας 48 ετών χήρος, μη έχων συνάψει νέο γάμο και βαρυνόμενος με τη συντήρηση ενός 12χρονου τέκνου. Υπέβαλε υποψηφιότητα συμμετοχής σε τέσσερις διαγωνισμούς για πρόσληψη σε διάφορους κλάδους της διοικήσεως, για τους οποίους το όριο ηλικίας είχε οριστεί στα 45 έτη. Οι αιτήσεις του απορρίφθηκαν σε όλες τις περιπτώσεις με το αιτιολογικό ότι είχε υπερβεί το προβλεπόμενο όριο ηλικίας.

3. Στις 30 Ιανουαρίου 2002, ο directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (διευθυντής της διαπανεπιστημιακής υπηρεσίας εξετάσεων και διαγωνισμών των ακαδημιών Créteil, Παρισιού και Βερσαλιών) απέρριψε την υποψηφιότητά του στον εξωτερικό διαγωνισμό για την πρόσληψη επικουρικών διοικητικών υπαλλήλων της κεντρικής διοικήσεως. Στις 5 Φεβρουαρίου 2002, ο ως άνω διευθυντής απέρριψε την υποψηφιότητα του S. Briheche για συμμετοχή στον κοινό εξωτερικό διαγωνισμό για τις θέσεις διοικητικού γραμματέα κεντρικής διοικήσεως και γραμματέα σχολικής

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η πορτογαλική.

2 — ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 40. Σημειωτέον ότι η οδηγία 76/207 αντικαταστάθηκε από την οδηγία 2002/73/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Σεπτεμβρίου 2002, για την τροποποίηση της οδηγίας 76/207 (ΕΕ L 269, σ. 15). Οι νέες διατάξεις δεν εφαρμόζονται στην υπό κρίση υπόθεση, δεδομένου ότι πρέπει να μεταφερθούν στο εσωτερικό δίκαιο από τα κράτη μέλη μέχρι τις 5 Οκτωβρίου 2005 το αργότερο.

3 — *Journal Officiel de la République Française* (JORF) της 4ης Ιανουαρίου 1975, σ. 198.

4 — JORF της 8ης Ιουλίου 1979.

5 — JORF της 10ης Μαΐου 2001, σ. 7320.

και πανεπιστημιακής διοικήσεως. Στις 27 Φεβρουαρίου 2002, ο ministre de l'éducation nationale (Υπουργός Εθνικής Παιδείας) απέρριψε την ιεραρχική προσφυγή που άσκησε ο S. Briheche κατά των προπαρατεθεισών αποφάσεων.

4. Στις 28 Ιανουαρίου και στις 8 Μαρτίου 2002, ο ministre de l'intérieur (Υπουργός Εσωτερικών) απέρριψε την υποψηφιότητα του S. Briheche για συμμετοχή στον εξωτερικό διαγωνισμό για την πρόσληψη επικουρικών διοικητικών υπαλλήλων της κεντρικής διοικήσεως.

5. Στις 28 Φεβρουαρίου 2002, ο ministre de la justice (Υπουργός Δικαιοσύνης) απέρριψε την υποψηφιότητα του S. Briheche για συμμετοχή στον εξωτερικό διαγωνισμό για την πρόσληψη επικουρικών διοικητικών υπαλλήλων των αποκεντρωμένων υπηρεσιών της σωφρονιστικής διοικήσεως.

6. Με τρεις προσφυγές που άσκησε ενώπιον του Tribunal administratif de Paris, ο S. Briheche ζήτησε την ακύρωση των προαναφερθεισών αποφάσεων και αποζημίωση για τη ζημία που οι αποφάσεις αυτές του προξένησαν [6].

7. Ανάλογα με το είδος του διαγωνισμού, τόσο το άρθρο 5 του διατάγματος 90-713 της 1ης Αυγούστου 1990, περί των κοινών κανονιστικών διατάξεων που εφαρμόζονται στους κλάδους των επικουρικών διοικητικών υπαλλήλων της κεντρικής διοικήσεως [7], όσο και το άρθρο 1 του διατάγματος 75-765 της 14ης Αυγούστου 1975, περί του ορίου ηλικίας που ισχύει για την πρόσληψη κατόπιν διαγωνισμού των υπαλλήλων των κλάδων που κατατάσσονται στις κατηγορίες B, C και D [8], ορίζουν όριο ηλικίας για τη συμμετοχή τα 45 έτη.

8. Το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου εισάγει μια εξαίρεση: «τα όρια ηλικίας για την πρόσβαση σε θέσεις εργασίας του δημοσίου δεν εφαρμόζονται προκειμένου για μητέρες τριών ή περισσότερων τέκνων, για χήρες που δεν συνήψαν νέο γάμο, για διαζευγμένες γυναίκες που δεν συνήψαν νέο γάμο, για γυναίκες που τελούν σε χωρισμό από κλίνης και τραπέζης με δικαστική απόφαση και για άγαμους άνδρες και γυναίκες που βαρύνονται με τη συντήρηση ενός τουλάχιστον τέκνου και είναι υποχρεωμένοι να εργάζονται».

9. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207 απαγορεύει κάθε διάκριση «που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό, ιδίως, με την οικογενειακή κατάσταση». Η αρχή αυτή έχει πολύ ευρύ πεδίο εφαρμογής, όπως τούτο ορίζεται στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας: «η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως

6 — Οι προσφυγές πρωτοκολλήθηκαν αντιστοίχως στις 28 και 29 Μαρτίου και στις 19 Απριλίου 2002 υπό τους αριθ. 0204512/5, 0204571/5 και 0205683/5.

7 — JORF της 11ης Αυγούστου 1990, σ. 9795. Το πρώτο εδάφιο του εν λόγω άρθρου ορίζει τα εξής: «Στον εξωτερικό διαγωνισμό μπορούν να λάβουν μέρος υποψήφιοι ηλικίας κάτω των σαράντα πέντε ετών την 1η Ιανουαρίου του έτους του διαγωνισμού.»

8 — JORF της 19ης Αυγούστου 1975. Το εν λόγω άρθρο ορίζει ότι «Το όριο ηλικίας [...] ορίζεται στα σαράντα πέντε έτη, εκτός αν ειδικές διατάξεις προβλέπουν υψηλότερο όριο ηλικίας.»

που βασίζεται στο φύλο, όσον αφορά τους όρους, συμπεριλαμβανομένων και των κριτηρίων επιλογής, προσβάσεως σε απασχολήσεις, σε θέσεις εργασίας, ανεξάρτητα από τομέα ή κλάδο δραστηριότητος, και για όλες τις βαθμίδες της επαγγελματικής ιεραρχίας».

10. Στην υπό κρίση περίπτωση, πολλές άλλες διατάξεις της οδηγίας 76/207 θα μπορούσαν, κατά τους διαδίκους, να ληφθούν υπόψη. Ο S. Briheche επικαλείται με τις γραπτές παρατηρήσεις του ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου και ενώπιον του Δικαστηρίου το άρθρο 2, παράγραφος 2, το οποίο ορίζει τα εξής: «η παρούσα οδηγία δεν θίγει την ευχέρεια που έχουν τα κράτη μέλη να αποκλείουν από το πεδίο εφαρμογής της τις επαγγελματικές δραστηριότητες και, ενδεχομένως, την εκπαίδευση που απαιτείται για την πρόσβαση σ' αυτές, εφόσον λόγω της φύσεως ή των συνθηκών ασκήσεώς τους, το φύλο συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας».

11. Η Γαλλική Κυβέρνηση ανέφερε το άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας 76/207, το οποίο ορίζει τα εξής: «η παρούσα οδηγία δεν θίγει τις διατάξεις που αφορούν την προστασία της γυναίκας, ιδίως όσον αφορά την εγκυμοσύνη και τη μητρότητα».

12. Κατά την Επιτροπή, για να δοθεί απάντηση στο ερώτημα που υπέβαλε το εθνικό δικαστήριο, η κρίσιμη διάταξη της οδηγίας 76/207 είναι το άρθρο 2, παράγραφος 4, σύμφωνα με το οποίο: «Η παρούσα οδηγία δεν θίγει τα μέτρα που αποσκοπούν στην προώθηση της ισότητας των ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διά της άρσεως των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη και οι οποίες ανισότητες θίγουν τις ευκαιρίες των γυναικών στους τομείς που αναφέρονται στο άρθρο 1, παράγραφος 1».

13. Υπό τις συνθήκες αυτές, το εθνικό δικαστήριο αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Απαγορεύουν οι διατάξεις της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, στη Γαλλία να διατηρήσει σε ισχύ τις τροποποιηθείσες με τον νόμο 79-569, της 7ης Ιουλίου 1979, και, εν συνεχεία, με τον νόμο 2001-397, της 9ης Μαΐου 2001, διατάξεις του άρθρου 8 του νόμου 75-3, της 3ης Ιανουαρίου 1975, που αφορούν τις χήρες που δεν συνήψαν νέο γάμο;»

II — Εκτίμηση

14. Θα καθορίσω κατ' αρχάς τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 76/207 σε ένα νόμο όπως ο επίμαχος στην υπό κρίση περίπτωση και κατόπιν θα εξετάσω αν ο νόμος αυτός μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει των εξαιρέσεων από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

Α — *Δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 76/207 και ύπαρξη διακρίσεως λόγω φύλου*

15. Το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου ρυθμίζει την πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις, καθόσον εξαιρεί ορισμένες κατηγορίες από τα όρια ηλικίας για τη συμμετοχή στους διαγωνισμούς. Κατά πάγια νομολογία, η οδηγία 76/207 έχει εφαρμογή στην απασχόληση σε δημόσιες θέσεις[9]. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207 καλύπτει ρητώς την πρόσβαση στην απασχόληση. Το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου εμπίπτει συνεπώς στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 76/207, όπως τούτο ορίζεται στο άρθρο 3, παράγραφος 1.

16. Είναι αναμφίβολο ότι το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου συνεπάγεται άμεση διάκριση μεταξύ χηρών και χήρων που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο. Πράγματι, ενώ οι χήρες μπορούν να μετάσχουν σε διαγωνισμό για την πρόσληψη σε θέσεις της διοικήσεως ακόμη και αν έχουν υπερβεί την ηλικία των 45 ετών, οι χήροι δεν έχουν το ίδιο δικαίωμα.

Τούτο συνιστά σαφώς δυσμενή διάκριση λόγω φύλου όσον αφορά τις προϋποθέσεις προσβάσεως σε δημόσιες θέσεις[10].

17. Επιπλέον, με τις παρατηρήσεις που κατέθεσε στο Δικαστήριο, ο S. Briheche επικαλείται και άλλη δυσμενή διάκριση, υποστηρίζοντας ότι το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου εισάγει αδικαιολόγητη διάκριση μεταξύ του χήρου που δεν έχει συνάψει νέο γάμο και βαρύνεται με τη συντήρηση τέκνου και του άγαμου άνδρα ή της άγαμης γυναίκας που βαρύνονται με τη συντήρηση τέκνου, δεδομένου ότι μόνον οι τελευταίοι αυτοί εξαιρούνται από το όριο των 45 ετών. Στην περίπτωση αυτή επίσης, οι προϋποθέσεις προσβάσεως στους διαγωνισμούς για δημόσιες θέσεις είναι διαφορετικές για τους γονείς που βαρύνονται με τη συντήρηση τέκνου, ανάλογα με το αν είναι έγγαμοι ή άγαμοι. Μόνον οι άγαμοι γονείς, ή οι χήρες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο, οι διαζευγμένες γυναίκες και οι γυναίκες που τελούν σε χωρισμό από κλίνης και τραπέζης με δικαστική απόφαση που βαρύνονται με τη συντήρηση τέκνου μπορούν να μετάσχουν σε διαγωνισμό αν έχουν υπερβεί την ηλικία των 45 ετών.

18. Το αιτούν δικαστήριο περιόρισε την έκταση του ερωτήματός του στην περίπτωση των χήρων που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο, σε σχέση με τις χήρες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο. Συναφώς, πρέπει να υπομνηστεί ότι, σύμφωνα με πάγια νομολογία, εναπόκειται αποκλειστικώς στο εθνικό δικαστήριο, που έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της μέλλουσας να εκδοθεί δικαστικής αποφάσεως, να εκτιμήσει, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιομορφίες της υποθέσεως, τόσο την αναγκαιότητα μιας προδικαστικής αποφάσεως για την έκδοση της δικής του αποφάσεως όσο και το λυσιτελές των ερωτημάτων που υποβάλει στο Δικαστήριο[11]. Το πεδίο της ανάλυσης μπορεί

9 — Αποφάσεις της 26ης Οκτωβρίου 1999, C-273/97, Sirdar (Συλλογή 1999, σ. I-7403, σκέψη 18)· της 11ης Ιανουαρίου 2000, C-285/98, Kreil (Συλλογή 2000, σ. I-69, σκέψη 18), και της 19ης Μαρτίου 2002, C-476/99, Lommers (Συλλογή 2002, σ. I-2891, σκέψη 25).

10 — Έστω και αν η οδηγία 76/207 αρχικά σχεδιάστηκε για να εξαλείψει τις διακρίσεις κατά των γυναικών, είναι αναμφίβολο ότι και οι άνδρες μπορούν να προβάλλουν την εξάλειψη της διακρίσεως που τους θίγει οσάκις τίθενται σε δυσμενή θέση σε σχέση με τις γυναίκες.

11 — Βλ, μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 15ης Ιουνίου 2000, C-302/98, Sehrer (Συλλογή 2000, σ. I-4585, σκέψη 20)· της 20ής Μαρτίου 2001, C-33/99, Fahmi και Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado (Συλλογή 2001, σ. I-2415, σκέψη 28), και της 8ης Μαΐου 2003, C-111/01, Gantner Electronic (Συλλογή 2003, σ. I-4207, σκέψεις 34 και 38).

συνεπώς να περιοριστεί στο ζήτημα που αφορά η διάκριση μεταξύ χηρών και χήρων που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο.

19. Μπορεί ωστόσο να επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου περιέχει και άλλες παρόμοιες περιπτώσεις διακρίσεων λόγω φύλου. Οι μητέρες με τρία ή περισσότερα τέκνα, οι διαζευγμένες γυναίκες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο και οι γυναίκες που τελούν σε χωρισμό από κλίνης και τραπέζης με δικαστική απόφαση που βαρύνονται με τη συντήρηση ενός τέκνου εξαιρούνται όλες από το όριο ηλικίας των 45 ετών όσον αφορά την πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις, ενώ οι άνδρες που τελούν στην ίδια κατάσταση (πατέρες με τρία ή περισσότερα τέκνα, διαζευγμένοι άνδρες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο και άνδρες που τελούν σε χωρισμό από κλίνης και τραπέζης με δικαστική απόφαση και βαρύνονται με τη συντήρηση ενός τέκνου) δεν τυγχάνουν της εξαιρέσεως αυτής.

20. Το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου, παρέχοντας τη δυνατότητα στις χήρες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο –και όχι στους χήρους που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο– να μετέχουν στους διαγωνισμούς για την πρόσληψη δημοσίων υπαλλήλων ανεξάρτητα από την ηλικία τους, εισάγει δυσμενή διάκριση λόγω φύλου όσον αφορά τις προϋποθέσεις προσβάσεως στις δημόσιες θέσεις, οπότε συνιστά παράβαση των άρθρων 2, παράγραφος 1, και 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207.

21. Το ζήτημα που τίθεται είναι αν η διάκριση αυτή μπορεί να δικαιολογηθεί.

22. Η Γαλλική Κυβέρνηση, με τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσε στο Δικαστήριο, ανέφερε ότι έχει δρομολογηθεί η τροποποίηση των προϋποθέσεων προσβάσεως στους διαγωνισμούς για την πρόσληψη δημοσίων υπαλλήλων προκειμένου να εξαλειφθεί η προαναφερθείσα δυσμενής διάκριση.

B — *Δυνητικές εξαιρέσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως*

23. Η οδηγία 76/207 επιτρέπει τρεις εξαιρέσεις από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως: όταν το φύλο του εργαζομένου συνιστά παράγοντα αποφασιστικής σημασίας (άρθρο 2, παράγραφος 2), όταν οι γυναίκες πρέπει να προστατευθούν όσον αφορά την εγκυμοσύνη και τη μητρότητα (άρθρο 2, παράγραφος 3) και όταν λαμβάνονται μέτρα για την προώθηση της ισότητας των ευκαιριών (άρθρο 2, παράγραφος 4). Όπως θα καταδειχθεί, καμία από τις εξαιρέσεις αυτές δεν ισχύει για την υπό κρίση περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη της ισχύουσας νομολογίας του Δικαστηρίου.

24. Ο S. Briheche επικαλέστηκε το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας 76/207 για να υποστηρίξει ότι δεν υπάρχει καμία δικαιολογία για να προσληφθούν μόνο γυναίκες στις δημόσιες θέσεις για τις οποίες ήταν υποψήφιος. Αυτή όμως η εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως δεν είναι λυσιτελής. Η Γαλλική Δημοκρατία δεν ισχυρίστηκε ότι η εξαίρεση αυτή είχε εφαρμογή. Όντως, οι διαγωνισμοί που προκήρυξε το Δημόσιο για δημόσιες θέσεις δεν προορίζονται μόνο για γυναίκες, δεδομένου ότι υποψήφιοι μπορεί να είναι τόσο άνδρες

όσο και γυναίκες. Η δυσμενής διάκριση έγκειται στις εξαιρέσεις από το όριο ηλικίας των 45 ετών, σύμφωνα με το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου.

25. Μια άλλη δυνατή εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ορίζεται στο άρθρο 2, παράγραφος 3, της οδηγίας 76/207 και αποσκοπεί στην προστασία των γυναικών, ειδικότερα όσον αφορά την εγκυμοσύνη και τη μητρότητα. Η Γαλλική Κυβέρνηση φαίνεται, τουλάχιστον σιωπηρώς, να στηρίζεται στην εξαίρεση αυτή όταν αναφέρει ότι η επίμαχη νομοθεσία θεσπίστηκε για να περιοριστούν οι ανισότητες μεταξύ ανδρών και γυναικών. Για τον σκοπό αυτό, αναφέρεται σε μελέτες σύμφωνα με τις οποίες οι γυναίκες αναλαμβάνουν το βασικό μέρος της οικιακής εργασίας, ειδικότερα σε οικογένειες με παιδιά. Παραθέτει επίσης στατιστικά στοιχεία του Ιουλίου 2003 σύμφωνα με τα οποία 10,8 % των γυναικών, έναντι 8,7 % των ανδρών, είναι άνεργες. Μπορεί να διαπιστωθεί ότι τα στατιστικά αυτά στοιχεία δεν έχουν σχέση με την εφαρμογή του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας 76/207. Θα μπορούσαν ωστόσο να έχουν σημασία για να δικαιολογηθούν μέτρα λαμβανόμενα βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207.

26. Συναφώς, όπως εξάλλου αναγνωρίζει και η ίδια η Γαλλική Δημοκρατία, από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η εξαίρεση του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας 76/207 μπορεί να προβληθεί με σκοπό την προστασία «της βιολογικής καταστάσεως της γυναίκας κατά τη διάρκεια της εγκυμοσύνης και μετά από αυτή, μέχρι το χρονικό σημείο όπου οι φυσιολογικές και ψυχικές λειτουργίες ομαλοποιούνται ύστερα από τον τοκετό» [12]. Επομένως, η εξαίρεση αυτή δεν έχει εφαρμογή στην υπό κρίση περίπτωση.

27. Τέλος, το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207 θα μπορούσε να εφαρμοστεί αν εθεωρείτο ότι η επίμαχη διάταξη αποσκοπεί στην προώθηση «της ισότητος των ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διά της άρσεως των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη».

28. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η διάταξη αυτή αποσκοπεί στο να επιτρέπει μέτρα «τα οποία, ενώ, κατά τα φαινόμενα εισάγουν διακρίσεις, αποβλέπουν πράγματι στην εξάλειψη ή μείωση των ανισοτήτων που, στην πράξη, ενδέχεται να υπάρχουν στην κοινωνική ζωή. Η διάταξη αυτή επιτρέπει εθνικά μέτρα στον τομέα της προσβάσεως σε εργασία, περιλαμβανομένης της επαγγελματικής προωθήσεως, τα οποία, με το να ευνοούν ειδικά τις γυναίκες, σκοπό έχουν να βελτιώσουν την ικανότητά τους να είναι ανταγωνιστικές στην αγορά εργασίας και να ακολουθήσουν σταδιοδρομία σε ίση μοίρα με τους άνδρες» [13].

12 — Αποφάσεις της 12ης Ιουλίου 1984, 184/83, Hofmann (Συλλογή 1984, σ. 3047), και της 30ής Ιουνίου 1998, C-394/96, Brown (Συλλογή 1998, σ. I-4185). Βλ., επίσης, κατ' αναλογία, μολονότι η ανάλυση αφορούσε το άρθρο 141 ΕΚ, απόφαση της 29ης Νοεμβρίου 2001, C-366/99, Griesmar (Συλλογή 2001, σ. I-9383, σκέψεις 43 και 44).

13 — Προπαρατεθείσα απόφαση Lommers, σκέψη 32. Βλ. Επίσης αποφάσεις της 17ης Οκτωβρίου 1995, C-450/93, Kalanke (Συλλογή 1995, σ. I-3051, σκέψεις 18 και 19), της 11ης Νοεμβρίου 1997, C-490/95, Marschall (Συλλογή 1997, σ. I-6363, σκέψεις 26 και 27), και της 28ης Μαρτίου 2000, C-158/97, Badeck κ.λπ. (Συλλογή 2000, σ. I-1875, σκέψη 19).

29. Μολονότι από τη γενική διατύπωση του σκοπού αυτού θα μπορούσε να συναχθεί ότι περιλαμβάνει μέτρα που αποσκοπούν στην επίτευξη ουσιώδους ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών στην αγορά εργασίας, το Δικαστήριο ερμήνευσε στενά το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, αναφερόμενο στο «πλαίσιο μιας περιορισμένης αντιλήψεως περί ισότητας ευκαιριών» [14].

30. Μπορούν να διακριθούν τρεις κατηγορίες θετικών μέτρων [15]. Μια πρώτη κατηγορία περιλαμβάνει τα μέτρα τα οποία δεν συνεπάγονται ευθέως δυσμενείς διακρίσεις εκ φύσεως, αλλά αποσκοπούν μόνο στη βελτίωση της εκπαιδεύσεως και των προσόντων των γυναικών (η χορήγηση π.χ. θέσεων για εκπαίδευση γυναικών). Η κατηγορία αυτή στηρίζεται στην ιδέα ότι η ισότητα ευκαιριών απαιτεί την παροχή μέσων προκειμένου να καταστεί δυνατή η έκφραση των ατομικών δεξιοτήτων των γυναικών. Μια δεύτερη κατηγορία περιέχει μέτρα τα οποία αποσκοπούν στο να παράσχουν τη δυνατότητα στις γυναίκες να συμβιβάσουν καλύτερα τον ρόλο τους ως γονέων και την επαγγελματική δραστηριότητά τους (όπως είναι η δυνατότητα να χρησιμοποιούν θέσεις βρεφονηπιακών σταθμών που προσφέρει ο εργοδότης). Οι άνδρες μπορούν επίσης να επωφελούνται από το είδος αυτών των μέτρων, τα οποία μπορεί να σχεδιάζονται κατά τρόπο ουδέτερο προς όφελος των γονέων. Η τρίτη κατηγορία περιλαμβάνει μέτρα τα οποία αποσκοπούν επίσης στην επίτευξη ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών στην αγορά εργασίας, αλλά συνεπάγονται εκ φύσεως δυσμενείς διακρίσεις, καθόσον ευνοούν τις γυναίκες προκειμένου να μειωθεί η υποεκπροσώπησή τους στον επαγγελματικό βίο. Η τρίτη κατηγορία περιλαμβάνει μέτρα που έχουν άμεση επίπτωση στην απασχόληση και ευνοούν τις γυναίκες στις διαδικασίες επιλογής ή καθορίζουν στόχους ή ποσοστώσεις που πρέπει να επιτευχθούν. Η προηγούμενη νομολογία του Δικαστηρίου αντιμετώπισε κυρίως θετικά μέτρα της τρίτης κατηγορίας, ήτοι μέτρα που συνεπάγονται δυνητικές διακρίσεις εις βάρος των ανδρών. Με τις αποφάσεις Badeck και Lommers, το Δικαστήριο χρειάστηκε να κρίνει αν και υπό ποιες προϋποθέσεις τα μέτρα που ανήκουν αντιστοίχως στην πρώτη και στη δεύτερη κατηγορία συμβιβάζονται με το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207. Όλες οι κατηγορίες θετικών μέτρων εξετάζονται από τρεις απόψεις.

31. Για να είναι συμβατό με το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, ένα εθνικό μέτρο πρέπει να αποσκοπεί στη διόρθωση μιας υφισταμένης καταστάσεως ανισορροπίας μεταξύ ανδρών και γυναικών. Προκειμένου ένα θετικό μέτρο να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, πρέπει συνεπώς να αποδεικνύεται κατ' αρχάς ότι οι γυναίκες υποεκπροσωπούνται σε έναν συγκεκριμένο τομέα ή βαθμό σταδιοδρομίας. Στην περίπτωση αυτή, το μέτρο αποσκοπεί στην εξάλειψη των ανισοτήτων που υφίστανται σε αυτόν τον τομέα ή βαθμό σταδιοδρομίας. Μπορεί επίσης να υποτεθεί η θέσπιση ενός θετικού μέτρου στον δημόσιο τομέα προκειμένου, για παράδειγμα, να αντισταθμιστούν οι δυσχέρειες που αντιμετωπίζουν οι πιο ηλικιωμένες γυναίκες στον ιδιωτικό τομέα. Ένα μέτρο του δεύτερου αυτού είδους δεν θα αποσκοπεί ωστόσο στην εξάλειψη μιας δυσμενούς διακρίσεως, αλλά στην αντιστάθμισή της. Εν πάση περιπτώσει, ελλείψει αποδείξεων, ουδεμία δράση που αποσκοπεί στη διόρθωση μιας

14 — Προπαρατεθείσα απόφαση Lommers, σκέψη 33.

15 — Παρόμοια διάκριση έχει ήδη κάνει ο γενικός εισαγγελέας Tesauro στο σημείο 9 των προτάσεών του στην προαναφερθείσα υπόθεση Kalanke.

καταστάσεως αμέσως ή εμμέσως δεν μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207.

32. Δεύτερον, το Δικαστήριο εξετάζει αν είναι πιθανό το ληφθέν μέτρο να διορθώσει τη συγκεκριμένη κατάσταση. Ωστόσο, ο έλεγχος αυτός του προσήκοντος του μέτρου είναι περιττός όσον αφορά τα μέτρα της τρίτης κατηγορίας, καθόσον αυτά ορίζουν τα αποτελέσματα τα οποία επιδιώκουν να επιτύχουν.

33. Τέλος, για να δικαιολογηθεί βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, το ληφθέν θετικό μέτρο πρέπει να συμβιβάζεται κατά το μέτρο του δυνατού με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως. Η προϋπόθεση αυτή φαίνεται να αποκλείει τα μέτρα τα οποία θεσπίζουν αυτόματες ή απόλυτες προτιμήσεις για τις γυναίκες και επιβάλλει την εξέταση της αναλογικότητας του μέτρου. Η ανάλυση αυτή της αναλογικότητας του μέτρου θα έχει διαφορετικές συνέπειες ανάλογα με το είδος του επίμαχου μέτρου και το αν αυτό μπορεί να συμβιβαστεί με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

34. Με τις αποφάσεις Kalanke, Marschall και Badeck, το Δικαστήριο χρειάστηκε να εξετάσει την εθνική νομοθεσία που χορηγούσε προτεραιότητα στις γυναίκες υποψηφίους με ίσα προσόντα με τους άνδρες υποψηφίους. Με την απόφαση Badeck, το Δικαστήριο έκρινε ότι «ένα πρόγραμμα που σκοπεί να προωθήσει κατά προτεραιότητα τις γυναίκες υποψήφιες στους τομείς της δημόσιας διοικήσεως όπου οι γυναίκες υποεκπροσωπούνται πρέπει να θεωρείται ότι είναι σύμφωνο με το κοινοτικό δίκαιο, εφόσον δεν παρέχει αυτομάτως και ανεπιφυλάκτως προτεραιότητα στις γυναίκες υποψήφιες που έχουν ίσα προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους και εφόσον οι υποψηφιότητες υποβάλλονται σε αντικειμενική αξιολόγηση λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτέρων καταστάσεων προσωπικού χαρακτήρα όλων των υποψηφίων» [16].

35. Στην απόφαση Abrahamsson και Anderson [17], η επίμαχη εθνική διάταξη χορηγούσε αυτομάτως την προτεραιότητα στις γυναίκες υποψηφίους, εφόσον είχαν τα απαιτούμενα προσόντα, υπό την προϋπόθεση και μόνον ότι η διαφορά μεταξύ των προσόντων των υποψηφίων εκάστου φύλου δεν είναι τόσο σημαντική ώστε τούτο να συνεπάγεται παραβίαση της επιταγής της αντικειμενικότητας κατά την πρόσληψη. Το Δικαστήριο έκρινε ότι ένα τέτοιο μέτρο ήταν αντίθετο προς το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, στον βαθμό που η διαδικασία επιλογής «στηρίζεται, εν τέλει, μόνο στο αν το φύλο του υποψηφίου εκπροσωπείται ανεπαρκώς» [18]. Το Δικαστήριο έκρινε ωστόσο ότι μια διαδικασία επιλογής μπορούσε να περιλαμβάνει κριτήρια παρέχοντα την προτεραιότητα στις γυναίκες, εφόσον η εφαρμογή των κριτηρίων αυτών «πραγματοποιείται με διαφάνεια και [...] είναι δυνατόν να ελέγχεται προκειμένου να αποφεύ-

16 — Προαναφερθείσα απόφαση Badeck κ.λπ., σκέψη 23. Βλ. επίσης απόφαση EFTA Surveillance Authority κατά Βασιλείου της Νορβηγίας, υπόθεση E-1/02, EFTA Court Report 1, σκέψη 15.

17 — Απόφαση της 6ης Ιουλίου 2002, C-407/98 (Συλλογή 2000, σ. I-5539).

18 — Απόφαση Abrahamsson και Anderson, σκέψη 53.

γεται κάθε αυθαίρετη αξιολόγηση των προσόντων των υποψηφίων» [19].

36. Ευθυγραμμιζόμενο με τη νομολογία αυτή, το Δικαστήριο ΕΖΕΣ έκρινε στην υπόθεση E-1/02 EFTASurveillance Authority κατά Βασιλείου της Νορβηγίας [20] ότι το να προορίζονται μόνιμες ή προσωρινές ακαδημαϊκές θέσεις για γυναίκες ήταν αντίθετο προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τούτο εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, δεδομένου ότι το μέτρο αυτό δεν συνεπαγόταν την αναγκαία ελαστικότητα και δεν επέτρεπε την αξιολόγηση των προσόντων των υποψηφίων, αλλά αυτομάτως απέκλειε τους άνδρες υποψηφίους από τις θέσεις αυτές.

37. Πρέπει ωστόσο να σημειωθεί ότι τα μέτρα που εξετάστηκαν στις αποφάσεις Kalanke, Marschall και Abrahamsson υπάγονταν στην τρίτη κατηγορία, όπως αυτή ορίστηκε ανωτέρω στο σημείο 30 (μέτρα που δίδουν προτεραιότητα στις γυναίκες για την πρόσβαση σε απασχόληση ή ορίζουν στόχους ή ποσοστώσεις που πρέπει να επιτευχθούν). Τα μέτρα που ανήκουν στις άλλες κατηγορίες υπόκεινται στα ίδια κριτήρια αξιολογήσεως, μολονότι η τελευταία προϋπόθεση της αναλογικότητας μπορεί να επιβάλλει διαφορετικές απαιτήσεις, δεδομένου ότι τα μέτρα αυτά δεν εισάγουν ευθέως διακρίσεις όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση.

19 — Απόφαση Abrahamsson και Anderson, σκέψη 49.

20 — Ό.π.

38. Στην απόφαση Lommers, το επίμαχο εθνικό μέτρο αφορούσε την αποκλειστική χορήγηση θέσεων βρεφονηπιακού σταθμού στις γυναίκες υπαλλήλους του Υπουργείου Γεωργίας, Περιβάλλοντος και Αλιείας στις Κάτω Χώρες, «εκτός αν κατά την κρίση του διευθυντή πρόκειται για επείγουσα περίπτωση» [21]. Το Δικαστήριο τόνισε το γεγονός ότι το επίμαχο μέτρο δεν κρατούσε για τις γυναίκες θέσεις εργασίας, αλλά μόνο το ευεργέτημα ορισμένων συνθηκών εργασίας [22].

39. Περαιτέρω, η χορήγηση θέσεων βρεφονηπιακού σταθμού στις γυναίκες υπαλλήλους μπορούσε να ενισχύσει την ισότητα ευκαιριών των γυναικών, καθόσον ήταν αποδεδειγμένο ότι ήταν πολύ πιο πιθανό οι γυναίκες από τους άνδρες να παραιτηθούν από τη σταδιοδρομία τους για να αναθρέψουν ένα τέκνο [23].

40. Τόσο στην απόφαση Badeck όσο και στην απόφαση Lommers, το Δικαστήριο τόνισε ειδικώς το γεγονός ότι τα επίμαχα μέτρα δεν ισοδυναμούσαν με απόλυτο αποκλεισμό των ανδρών υποψηφίων [24]. Το Δικαστήριο έκρινε ότι, για να είναι συμβατό προς το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207, ένα μέτρο πρέπει να πληροί την αρνητική αυτό προϋπόθεση. Πράγματι,

21 — Απόφαση Lommers, σκέψη 11

22 — Απόφαση Lommers, σκέψη 38.

23 — Απόφαση Lommers, σκέψη 37.

24 — Αποφάσεις Badeck, σκέψη 53, και Lommers, σκέψεις 44 και 45.

στην απόφαση Lommers το Δικαστήριο τόνισε ρητώς ότι το επίμαχο μέτρο δεν απέκλειε εντελώς τους άνδρες δημοσίους υπαλλήλους από το πεδίο εφαρμογής του [25]. Σε αντίθετη περίπτωση, το θετικό μέτρο δεν θα μπορούσε να είναι συμβατό με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως [26].

41. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι το συμβατό προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αποκλείει οποιοδήποτε είδος αυτόματης προτιμήσεως των γυναικών και επιβάλλει τα μέτρα να κατανέμουν αναλογικά τα οφέλη της θετικής δράσεως για την προαγωγή της ισότητας των γυναικών και το κόστος που επιβάλλεται στα άλλα άτομα. Οι προϋποθέσεις αυτές είναι αναγκαίες προκειμένου να μην υποχωρήσει η ισότητα μεταξύ ατόμων μπροστά στα ζητήματα της ουσιώδους ισότητας μεταξύ ομάδων [27].

42. Το Δικαστήριο επιχειρεί να συμβιβάσει τη θετική διάκριση με τη γενική αρχή της ισότητας, επιτρέποντας την πρώτη μόνο στον βαθμό που δεν οδηγεί σε διακρίσεις που ευνοούν μια συγκεκριμένη ομάδα εις βάρος ορισμένων ατόμων: η επίτευξη πιο ίσης εκπροσωπήσεως ανδρών και γυναικών στους χώρους εργασία δεν δικαιολογεί την παρέκκλιση από το δικαίωμα κάθε ατόμου να μην υφίσταται δυσμενείς διακρίσεις. Με άλλα λόγια, η ισότητα των ευκαιριών υπερισχύει έναντι της ισότητας των αποτελεσμάτων. Το Δικαστήριο θεωρεί ότι τα μέτρα που συνεπάγονται θετικές διακρίσεις μπορούν να γίνουν δεκτά μόνον αν αποσκοπούν όντως να εμποδίσουν τις διακρίσεις σε κάθε ατομική περίπτωση αναγκάζοντας τον εργοδότη να θέτει τις γυναίκες σε παρόμοια κατάσταση με τους άνδρες. Υπό την έννοια αυτή, τα συνεπαγόμενα θετικές διακρίσεις μέτρα μόνο φαινομενικά συνεπάγονται διακρίσεις. Τούτο εξηγεί γιατί το Δικαστήριο δέχεται, για παράδειγμα, μέτρα που αποσκοπούν στο να συμβιβάσουν την εργασία με την ανατροφή των τέκνων, ευνοώντας έτσι τις γυναίκες, εφόσον τα μέτρα αυτά δεν σχετίζονται με την πρόσβαση σε απασχόληση και μπορούν να καταλάβουν και τους άνδρες [28]. Τούτο επίσης εξηγεί γιατί το Δικαστήριο δέχεται μέτρα που δίδουν κάποια προτεραιότητα στις γυναίκες όσον αφορά την απασχόληση, εφόσον τούτο δεν καθίσταται αυτόματη προτεραιότητα, αλλά μόνον ένα επιπλέον κριτήριο που πρέπει να λαμβάνει υπόψη ο εργοδότης κατά τη χορήγηση των θέσεων. Η λογική αυτή του να επιτρέπεται η θετική διάκριση μόνο στον βαθμό που μπορεί να είναι χρήσιμη για την εξάλειψη των δυνητικών διακρίσεων μπορεί, ωστόσο, εύκολα να έλθει σε σύγκρουση με τους πιο φιλόδοξους στόχους που ενίοτε έχουν τα μέτρα θετικών δράσεων. Θεωρείται συχνά ότι τα μέτρα αυτά έχουν σκοπό την εξάλειψη ή την αντιστάθμιση της υποεκπροσωπήσεως ορισμένων ομάδων της κοινωνίας, με την παροχή στις ομάδες αυτές προτε-

25 — Απόφαση Lommers, σκέψη 45.

26 — Αποφάσεις Lommers, σκέψη 39, και EFTA Surveillance Authority κατά Βασιλείου της Νορβηγίας, σκέψη 43.

27 — Για μια κριτική ανάλυση της προτεραιότητας που δίδεται στην ισότητα μεταξύ ατόμων, βλ. Freeman, S., *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Shaw, J., (eds), 2000, σ. 189· Haquet, A., *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, 2001, σ. 305· Prechal, S., *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, σ. 533.

28 — Αποφάσεις Badeck, σκέψη 53, και Lommers, σκέψεις 44 και 45

ραιότητας κατά την πρόσβαση σε ορισμένους κοινωνικούς τομείς.

43. Αντιθέτως, η νομολογία του Δικαστηρίου αντικατοπτρίζει την αποκλειστική αναφορά του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207 στα μέτρα που αποσκοπούν στην «άρση των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη» χωρίς να γίνεται αναφορά στην αντιστάθμιση. Υπό το φως της διαπιστώσεως αυτής το Δικαστήριο επιτρέπει μορφές θετικής διακρίσεως μόνο στον βαθμό που μπορούν να βοηθήσουν στη διόρθωση μηχανισμών λήψεως αποφάσεων που συνεπάγονται διακρίσεις (ειδικότερα όσον αφορά την απασχόληση), αλλά όχι προκειμένου να αντισταθμίσουν τους μηχανισμούς αυτούς.

44. Στην υπό κρίση περίπτωση, η Γαλλική Κυβέρνηση δεν απέδειξε ότι οι γυναίκες υποεκπροσωπούνταν στις δημόσιες θέσεις ή ειδικότερα σε ορισμένους βαθμούς της δημοσιοϋπαλληλικής σταδιοδρομίας. Επιπλέον, το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου δεν διακρίνει απλώς μεταξύ ανδρών και γυναικών, αλλά αναφέρεται επίσης στην οικογενειακή κατάσταση των ατόμων. Ομοίως, δεν είναι σαφές γιατί οι χήρες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο, οι διαζευγμένες γυναίκες που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο και οι γυναίκες που τελούν σε χωρισμό από κλίνης και τραπέζης με δικαστική απόφαση πρέπει να διακρίνονται από άλλες κατηγορίες αγάμων προσώπων υπέρ των οποίων πρέπει να ληφθούν μέτρα. Εν πάση περιπτώσει, η Γαλλική Κυβέρνηση δεν προσκόμισε κανένα στοιχείο ικανό να στηρίξει τη συλλογιστική αυτή.

45. Επιπλέον, όπως προαναφέρθηκε, τα μέτρα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας 76/207 είναι συμβατά με τη διάταξη αυτή μόνον εφόσον είναι κατάλληλα και αναλογικά σε σχέση με τον σκοπό που επιδιώκουν. Στην υπό κρίση περίπτωση, εφόσον δεν υπάρχει κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει ότι το μέτρο σχεδιάστηκε για να διορθώσει μια υφιστάμενη υποεκπροσώπηση των γυναικών, δεν είναι καν αναγκαίο να εκτιμηθεί αν ο επίμαχος νόμος είναι κατάλληλος και αναλογικός σε σχέση με τον σκοπό του.

46. Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι καμία από τις εξαιρέσεις από το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207 μπορεί να δικαιολογήσει τη διάκριση λόγω φύλου που περιέχεται στο άρθρο 8 του επίμαχου νόμου.

47. Υπό τις συνθήκες αυτές, πρέπει ωστόσο να καθοριστεί αν η επίμαχη νομοθεσία μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει του άρθρου 141, παράγραφος 4, ΕΚ.

48. Το άρθρο 141, παράγραφος 4, ΕΚ επιτρέπει τα μέτρα «που προβλέπουν ειδικά πλεονεκτήματα, τα οποία διευκολύνουν το λιγότερο εκπροσωπούμενο φύλο να συνεχίσει μια επαγγελματική δραστηριότητα ή προλαμβάνουν ή αντισταθμίζουν τα μειονεκτήματα στην επαγγελματική σταδιοδρομία» [29]. Δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι τα θετικά μέτρα τα οποία δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 76/207 θα μπορούσαν να επιτραπούν βάσει της διατάξεως αυτής [30]. Πράγματι, όπως προανέφερα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι είναι διαφορετικά τα μέτρα που αποσκοπούν στη μείωση των ανισοτήτων και τα μέτρα που αποσκοπούν στην αντιστάθμιση των παρελθουσών ή υφισταμένων ανισοτήτων που υφίσταται μια κοινωνική ομάδα. Δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η αναφορά που κάνει το άρθρο 141, παράγραφος 4, ΕΚ στον σκοπό της αντισταθμίσεως αποσκοπεί στο να παράσχει στα κράτη μέλη ευρύτερη διακριτική εξουσία κατά τη λήψη μέτρων θετικής διακρίσεως. Η ερμηνεία αυτή πρέπει ωστόσο να παραμείνει εντός των ορίων τα οποία επιτρέπει η γενική αρχή της ισότητας. Το ζήτημα που τίθεται στο Δικαστήριο δεν είναι αν ορισμένες μορφές θετικής διακρίσεως μπορούν ή όχι να οδηγήσουν σε μια κοινωνία με περισσότερη δικαιοσύνη και ισότητα, αλλά αν οι μορφές αυτές θετικής διακρίσεως, εφόσον υιοθετηθούν από τη νομοθεσία, μπορούν να συμβιβαστούν με τη γενική αρχή της ισότητας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων [31].

49. Από την άποψη αυτή, η αναφορά που κάνει το άρθρο 141, παράγραφος 4, ΕΚ στην αντιστάθμιση, θα μπορούσε να ερμηνευθεί ως σημαίνουσα είτε ότι η ανάγκη αντιστάθμισης παρελθουσών ή υφισταμένων κοινωνικών ανισοτήτων μπορεί να δικαιολογήσει το να ευνοούνται τα άτομα των ομάδων αυτών με την ύπαρξη διακρίσεων εις βάρος των μελών της υπερεκπροσωπούμενης ομάδας είτε ότι η λήψη μέτρων αντισταθμίσεως είναι αναγκαία ενόψει του ότι η μη συνεπαγόμενη διακρίσεις εφαρμογή των ισχυόντων κοινωνικών κανόνων καταλήγει δομικά να ευνοεί τα μέλη των υπερεκπροσωπούμενων ομάδων [32]. Με την πρώτη ανάγνωση, το δικαίωμα των ατόμων να μην υφίστανται δυσμενείς διακρίσεις εξαρτάται από την επίτευξη ισότητας μεταξύ ομάδων η οποία δικαιολογείται από τον σκοπό παροχής αντισταθμίσεων στα μέλη των υποεκπροσωπούμενων ομάδων για τις δυσμενείς διακρίσεις που τα μέλη αυτά υπέστησαν κατά το παρελθόν. Η ανάγνωση

29 — Η λέξη «αντισταθμίζουν» εισήχθη με τη Συνθήκη του Άμστερνταμ.

30 — Όπως δέχθηκε το Δικαστήριο με την απόφαση Abrahamsson, σκέψη 54.

31 — Κατά την εκτίμηση των εθνικών νομοθετικών επιλογών, το Δικαστήριο πρέπει επίσης να λαμβάνει υπόψη το γεγονός ότι το να επιτρέπονται ορισμένες διαφορές στις εθνικές πολιτικές επιλογές, σε έναν τομέα όπου υφίσταται μεγάλη αβεβαιότητα και συζητήσεις όσον αφορά τα ακριβή αποτελέσματα και τα οφέλη των μέτρων θετικής διακρίσεως, μπορεί να παράσχει ορισμένες δυνατότητες χρήσιμου πειραματισμού και εκμάθησης στα διάφορα κράτη μέλη. Ένας άλλος παράγοντας που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη είναι αν, στις περιπτώσεις λήψεως μέτρων θετικής διακρίσεως, τα μέλη της υπερεκπροσωπούμενης ομάδας έχουν επαρκή εκπροσώπηση και συμμετοχή για να εκφράζουν τις απόψεις τους στο πλαίσιο της πολιτικής διαδικασίας.

32 — Τούτο αποτελεί τον πυρήνα των επικρίσεων που διατυπώνονται κατά της τυπικής ισότητας, η οποία κατηγορείται ότι ενισχύει τις διακρίσεις που υφίστανται στην κοινωνία.

αυτή δύσκολα συμβιβάζεται με την προτεραιότητα την οποία το Δικαστήριο έχει δώσει στην ισότητα των ευκαιριών και στην κατά παράδοση ερμηνεία του της γενικής αρχής της ίσης μεταχειρίσεως.

50. Η δεύτερη ανάγνωση μπορεί ωστόσο να συμβιβαστεί ευκολότερα με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως όπως την ερμηνεύει και την εφαρμόζει το Δικαστήριο. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η ισότητα των αποτελεσμάτων δεν αποτελεί τον σκοπό που πρέπει να επιτευχθεί. Ομοίως, οι σκοποί της θετικής διακρίσεως δεν δικαιολογούν κατ' ανάγκη τις διακρίσεις μεταξύ ατόμων. Κατά την άποψη αυτή, τα μέτρα που συχνά συνδέονται με ουσιώδη ισότητα και τα οποία αντισταθμίζουν την υποεκπροσώπηση ορισμένων ομάδων (π.χ. ποσοστώσεις, αυτόματες προτιμήσεις) αποτελούν τα μόνα μέτρα τα οποία μπορούν πράγματι να υλοποιήσουν μακροπρόθεσμη ισότητα ευκαιριών. Τα μέτρα που ευνοούν τα μέλη ορισμένων ομάδων δεν θεωρούνται συνεπώς μέσα για την επίτευξη ισότητας μεταξύ ομάδων ή ισότητας αποτελεσμάτων, αλλά, αντιθέτως, ως μέσα υλοποιήσεως πραγματικής ισότητας ευκαιριών. Ο σκοπός των αντισταθμιστικών μέτρων του είδους αυτού συνίσταται συνεπώς στην αποκατάσταση της ισότητας των ευκαιριών με την εξάλειψη των αποτελεσμάτων της διακρίσεως και με την προώθηση μακροπρόθεσμης αυξήσεως της ισότητας των ευκαιριών[33]. Η αντιστάθμιση αναφέρεται στην περίπτωση αυτή στην αποκατάσταση της ισορροπίας μεταξύ των ευκαιριών που παρέχει η κοινωνία στα μέλη των διαφόρων ομάδων.

51. Αν στηριχθεί το επιτρεπτό των αντισταθμιστικών μορφών θετικής διακρίσεως στην ισότητα των ευκαιριών και όχι στην ισότητα των αποτελεσμάτων, η ισότητα μεταξύ των ατόμων θα συνεχίσει να υπερτερεί έναντι της ισότητας μεταξύ των ομάδων, αλλά τούτο θα επιβάλλει εξάλλου ορισμένα όρια και προϋποθέσεις στις μορφές της αντισταθμιστικής θετικής διακρίσεως που θα μπορούσαν να γίνουν δεκτές βάσει του άρθρου 141, παράγραφος 4, ΕΚ. Το επιτρεπτό αυτών των μορφών θετικής διακρίσεως θα συνδέεται, για παράδειγμα, στενά με τη μεταβατική τους φύση[34]. Σε αντίθετη περίπτωση, οι μορφές αυτές θετικής διακρίσεως θα μπορούσαν μακροπρόθεσμα να δημιουργήσουν κεκτημένα δικαιώματα ακόμη και

33 — Δύο κύριοι λόγοι μπορούν να διατυπωθούν συναφώς. Πρώτον, η θετική διάκριση θεωρείται ότι απλώς βελτιώνει τις προοπτικές των ατόμων που έχουν υποστεί δυσμενή διάκριση μέχρι του σημείου όπου τα άτομα αυτά δεν θα υφίστανται καμία διάκριση. Δεύτερον, η θετική διάκριση υποτίθεται ότι αποτελεί το μοναδικό αποτελεσματικό μέσο για να δοθούν ορθά κίνητρα στις υποεκπροσωπούμενες ομάδες να επενδύσουν σε ανθρώπινο κεφάλαιο (σπάζοντας έτσι τον κύκλο των διακρίσεων) και για να αντιμετωπιστούν οι δυσλειτουργίες της αγοράς (κοινωνικά μονοπώλια και δαπάνες πληροφορήσεως) οι οποίες, με την ενίσχυση των υφισταμένων κοινωνικών διακρίσεων, εμποδίζουν πράγματι την επιλογή των προσώπων με τα υψηλότερα προσόντα. Σημειωτέον ότι η αιτιότητα μεταξύ των λόγων αυτών και των αποτελεσμάτων της θετικής διακρίσεως αμφισβητείται συχνά και αποτελεί αντικείμενο πολλών εναλλακτικών στρατηγικών. Ωστόσο, δεν εναπόκειται στο Δικαστήριο να αξιολογήσει τις πολιτικές αυτές, αλλά μόνο το αν, και σε ποιο βαθμό, οι πολιτικές αυτές μπορούν να θεωρηθούν συμβατές προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως.

34 — Αυτό θα μπορούσε να εξασφαλιστεί με καταληκτικές ρήτρες ή με την υποχρέωση περιοδικής επανεξετάσεως της νομοθεσίας.

όταν οι αρχικές συνθήκες που τις δικαιολογούσαν δεν υφίστανται πλέον. Κατά συνέπεια, ο σκοπός της δημιουργίας μακροπρόθεσμης πραγματικής ισότητας ευκαιριών θα διακυβευόταν. Άλλες προϋποθέσεις θα μπορούσαν να συνδεθούν με τη φύση και το μέγεθος του βάρους που επιβάλλεται στα άτομα της υπερεκπροσωπούμενης ομάδας, με την πιθανότητα οι αυξημένες προοπτικές των μελών της υποεκπροσωπούμενης ομάδας να μπορούν να καταλήξουν σε πραγματική ισότητα ευκαιριών και με την υποχρέωση αποδείξεως της υποεκπροσωπήσεως όχι μόνο γενικώς, αλλά στον συγκεκριμένο τομέα ή θεσμό που αποτελεί αντικείμενο μορφών θετικής διακρίσεως.

52. Στην υπό κρίση περίπτωση, ελλείψει αποδείξεων όσον αφορά τον σκοπό που επιδιώκει η νομοθεσία, μια διάταξη όπως το άρθρο 8 του επίμαχου νόμου δεν μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει του άρθρου 141, παράγραφος 4, ΕΚ, οπότε δεν είναι αναγκαίο να καθοριστεί αν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές.

III — Πρόταση

53. Κατά συνέπεια, στο ερώτημα που υπέβαλε το εθνικό δικαστήριο πρέπει να δοθεί, κατά τη γνώμη μου, η ακόλουθη απάντηση:

«Η 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας, και το άρθρο 141, παράγραφος 4, ΕΚ απαγορεύουν εθνική νομοθεσία όπως το άρθρο 8 του γαλλικού νόμου 75-3, όπως τροποποιήθηκε, καθόσον, εισάγει διάκριση μεταξύ των χήρων και των χηρών που δεν έχουν συνάψει νέο γάμο όσον αφορά τα όρια ηλικίας που τους επιβάλλονται για την πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις, χωρίς να αποσκοπεί ούτε στην εξάλειψη των υφισταμένων ανισοτήτων ούτε στην αντιστάθμισή τους.»