ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
F. G. JACOBS
της 15ης Μαΐου 1997 *

1. Απαγορεύει το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας [1] (στο εξής: οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως), εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι στους τομείς της δημόσιας υπηρεσίας στους οποίους οι γυναίκες που απασχολούνται στο οικείο επίπεδο θέσεως μιας σταδιοδρομίας είναι λιγότερες από τους άνδρες, οι γυναίκες πρέπει να προάγονται κατά προτεραιότητα, εφόσον οι υποψήφιοι άνδρες και γυναίκες έχουν ίσα προσόντα (καταλληλότητας, ικανότητας και επαγγελματικής αποδόσεως), εκτός εάν προέχουν λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου; Αυτό είναι το ερώτημα που υπέβαλε στο Δικαστήριο το Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Γερμανία).

Η οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως

2. Το άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως προβλέπει τα εξής:

«Η παρούσα οδηγία αποσκοπεί στην εφαρμογή, εντός των κρατών μελών, της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, και την επαγγελματική εκπαίδευση, καθώς και τις συνθήκες εργασίας (...). Η αρχή αυτή καλείται στο εξής: "αρχή της ίσης μεταχειρίσεως".»

3. Οι κρίσιμες διατάξεις του άρθρου 2 είναι οι ακόλουθες:

«1. Κατά την έννοια των κατωτέρω διατάξεων, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό, ιδίως, με την οικογενειακή κατάσταση.

(...)

4. Η παρούσα οδηγία δεν θίγει τα μέτρα που αποσκοπούν στην προώθηση της ισότητας των ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυνικών, 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.»

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 70.

4. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, ορίζει τα εξής:

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

5. Το άρθρο 6 προβλέπει τα ακόλουθα:

«Τα κράτη μέλη εισάγουν στην εσωτερική τους έννομη τάξη τα αναγκαία μέτρα, προκειμένου να καταστεί δυνατό σε κάθε πρόσωπο που θεωρεί ότι θίγεται από τη μη εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, κατά την έννοια των άρθρων 3, 4 και 5, να διεκδικεί τα δικαιώματά του διά της δικαστικής οδού, αφού ενδεχομένως, προσφύγει σε άλλα αρμόδια όργανα.»

Το ιστορικό και η εθνική νομοθεσία

6. Ο δημοσιοϋπαλληλικός κώδικας του ομοσπόνδου κράτους της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας προβλέπει τα ακόλουθα:

«Αν, στον τομέα της αρμόδιας για τις προαγωγές αρχής, οι γυναίκες που βρίσκονται στο οικείο επίπεδο θέσεως είναι λιγότερες από τους άνδρες, οι γυναίκες πρέπει να προάγονται κατά προτεραιότητα, εφόσον έχουν ίση καταλληλότητα, ικανότητα και επαγγελματική απόδοση, εκτός εάν προέχουν λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου.» [2]

7. Σύμφωνα με τις παρατηρήσεις του ομοσπόνδου κράτους της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας (στο εξής: Land) η εν λόγω εθνική ρύθμιση σκοπεί να εξαλείψει τη διαρθρωτική δυσμενή διάκριση την οποία θα υφίσταντο άλλως οι γυναίκες εξαιτίας των παραδοσιακών δευτερευόντων κριτηρίων: κατά το Land, σε περίπτωση ισότητας προσόντων, υπάρχει τάση προτιμήσεως του άνδρα, όσον αφορά την κάλυψη θέσεως, έναντι της γυναίκας α) επειδή ο άνδρας είναι πιθανώς μεγαλύτερος σε ηλικία και έχει συμπληρώσει μεγαλύτερο χρόνο προϋπηρεσίας, δεδομένου ότι έχει διακόψει λιγότερες φορές τη σταδιοδρομία του και β) για «λόγους κοινωνικής φύσεως» — πρόκειται για την τάση να προτιμάται για την κάλυψη μιας θέσεως εργασίας ένας άνδρας εργαζόμενος που συντηρεί οικογένεια παρά η σύζυγος ενός άνδρα εργαζομένου. Στην πραγματικότητα, η εθνική ρύθμιση καθιερώνει την ιδιότητα της γυναίκας ως πρόσθετο κριτήριο, το οποίο πρέπει, κατά κανόνα, να υπερισχύει των παραδοσιακών δευτερευόντων κριτηρίων.

8. Ωστόσο, ο κανόνας αυτός συνοδεύεται από την επιφύλαξη «εκτός εάν προέχουν λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου». Το ακριβές περιεχόμενο της

2 — Άρθρο 25, παράγραφος 5, δεύτερο εδάφιο, πρώτη περίοδος, του Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, όπως δημοσιεύθηκε την 1η Μαΐου 1981 [(Gesetz-und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (στο εξής: GV. NW), σ. 234], και όπως τροποποιήθηκε τελευταία από το άρθρο 1 του Siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften (εβδόμου νόμου για την τροποποίηση διατάξεων περί της δημόσιας υπηρεσίας), της 7ης Φεβρουαρίου 1995 (GV. NW, σ. 102).

επιφυλάξεως αυτής δεν γίνεται αμέσως αντιληπτό. Τούτο ίσως δεν είναι τυχαίο: όπως προκύπτει από τις γραπτές παρατηρήσεις του Land, με τη χρήση της εκφράσεως «λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου», ο νομοθέτης επέλεξε συνειδητά μια αόριστη νομική έννοια, προκειμένου να διασφαλίσει επαρκή ελαστικότητα και, ειδικότερα, να αφήσει στη διοίκηση ένα περιθώριο εκτιμήσεως ώστε να μπορεί να λαμβάνει υπόψη όλους τους λόγους που ενδεχομένως ανάγονται στο πρόσωπο του συνυποψηφίου. Ωστόσο, από τις γραπτές και τις προφορικές παρατηρήσεις του Land προκύπτει ότι μεταξύ των λόγων αυτών συγκαταλέγονται εν πάση περιπτώσει τα προαναφερθέντα παραδοσιακά δευτερεύοντα κριτήρια, δηλαδή η αρχαιότητα και οι «κοινωνικοί λόγοι». Τούτο, εγείρει, αυτό καθεαυτό, αμφιβολίες — στις οποίες θα επανέλθω κατωτέρω — σχετικά με το εάν η εν λόγω επιφύλαξη επάγεται ενδεχομένως η ίδια δυσμενείς διακρίσεις και είναι, συνακόλουθα, παράνομη.

9. Ο Marschall, που είναι καθηγητής μέσης εκπαιδεύσεως, υπέβαλε υποψηφιότητα για την κατάληψη θέσεως διά προαγωγής. Του γνωστοποιήθηκε ότι στη θέση αυτή θα προαγόταν μια γυναίκα υποψήφια: οι δύο υποψήφιοι είχαν ίσα προσόντα και, δεδομένου ότι οι γυναίκες που απασχολούνταν στο οικείο επίπεδο θέσεως ήταν λιγότερες από τους άνδρες, η προαναφερθείσα νομοθεσία επέβαλλε την προαγωγή της συνυποψήφιάς του. Ο Marschall άσκησε προσφυγή με αίτημα να υποχρεωθεί η καθής αρχή να τον προαγάγει στην επίδικη θέση. Το Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, δεδομένου ότι αμφέβαλλε σχετικά με το εάν η εν λόγω νομοθεσία συνάδει προς το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως, ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο το προπαρατεθέν ερώτημα για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

10. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, οι Κυβερνήσεις της Αυστρίας, της Ιρλανδίας, της Γαλλίας, της Νορβηγίας [3], της Ισπανίας, της Σουηδίας και του Ηνωμένου Βασιλείου, καθώς και η Επιτροπή. Στην προφορική διαδικασία εκπροσωπήθηκαν το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, οι Κυβερνήσεις της Φινλανδίας, των Κάτω Χωρών, της Σουηδίας και του Ηνωμένου Βασιλείου, καθώς και η Επιτροπή.

Η νομολογία του Δικαστηρίου

11. Εκ προοιμίου επιβάλλεται να υπογραμμιστεί ότι, όπως προκύπτει από το κείμενο του υποβληθέντος ερωτήματος, το αιτούν δικαστήριο δεν ζητεί — ούτε θα μπορούσε να ζητήσει — από το Δικαστήριο να αποφανθεί σχετικά με τη σκοπιμότητα, εν γένει, της θετικής διακρίσεως ή θετικής δράσεως (affirmative action) [4]: το ερώτημα του εθνικού δικαστηρίου αφορά τη συμφωνία της επίδικης εθνικής ρυθμίσεως προς δύο συγκεκριμένες διατάξεις της οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως. Ομοίως, με την πρόσφατη απόφασή του στην υπόθεση Kalanke [5], που αφορούσε παρόμοια εθνική ρύθ-

3 — Σύμφωνα με το άρθρο 20 του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου, όπως τροποποιήθηκε ενόψει της Δηλώσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας σχετικά με τα δικαιώματα των δικαστηρίων των κρατών της ΕΖΕΣ ενώπιον του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, που έχει προσαρτηθεί στην Τελική Πράξη για την υιοθέτηση της συμφωνίας για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο (ΕΕ 1994, L 1, σ. 523).

4 — Σχετικά με την ορολογία αυτή βλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Tesauro στην υπόθεση C-450/93, Kalanke (Συλλογή 1995, σ. I-3051, ιδίως παράγραφο 8). Βλ. επίσης την ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο σχετικά με την ερμηνεία της αποφάσεως του Δικαστηρίου της 17ης Οκτωβρίου 1995 στην υπόθεση Kalanke, COM(96) 88 τελικό, σ. 3.

5 — Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 4. Η απόφαση αυτή έχει αποτελέσει το αντικείμενο μεγάλου αριθμού άρθρων και σχολίων. Εκτεταμένη παραπομπή στη γερμανική βιβλιογραφία περιέχεται στις παρατηρήσεις του Land.

μιση, το Δικαστήριο ασχολήθηκε αποκλειστικά — αντίθετα προς τις απόψεις που διατύπωσαν ορισμένοι θεωρητικοί του δικαίου σχετικά με την εν λόγω υπόθεση [6] — με τη συμφωνία της ρυθμίσεως αυτής προς τις εν λόγω διατάξεις. Κατωτέρω, θα επανέλθω στο ευρύτερο ζήτημα του ενδεδειγμένου ρόλου του Δικαστηρίου σε ζητήματα δικαιοπολιτικής φύσεως.

12. Πριν στρέψω την προσοχή μου στην υπόθεση Kalanke, θα αναφερθώ εν συντομία σε δύο προγενέστερες υποθέσεις, στις οποίες το Δικαστήριο διατύπωσε ορισμένες κατευθυντήριες αρχές σχετικά με το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, που είναι η κρίσιμη διάταξη στην παρούσα υπόθεση.

13. Η υπόθεση Hofmann [7] αφορούσε τη συμφωνία προς την οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως μιας εθνικής ρυθμίσεως που προέβλεπε ότι δικαίωμα να λάβουν άδεια άνευ αποδοχών μετά τη γέννηση τέκνου είχαν μόνον οι μητέρες. Το Δικαστήριο δεν στήριξε την απόφασή του στο άρθρο 2, παράγραφος 4, αλλά στο άρθρο 2, παράγραφος 3, το οποίο προβλέπει ότι η εν λόγω οδηγία δεν θίγει τις διατάξεις που αφορούν την προστασία της γυναίκας, ιδίως όσον αφορά την εγκυμοσύνη και τη μητρότητα. Ωστόσο, ο γενικός εισαγγελέας Darmon έλαβε υπόψη το άρθρο 2, παράγραφος 4, συνάγοντας εντεύθεν τα εξής:

«Όπως προκύπτει από το θεσπισθέν με τον τρόπο αυτό σύστημα, οι εξαιρέσεις των παραγράφων 2 έως 4 του άρθρου 2 παρέχουν το ακριβές μέτρο του πεδίου εφαρμογής της αρχής που θέτει το άρθρο 2, παράγραφος 1. Η ρύθμιση αυτή από μόνη της αποκαλύπτει τη σημασία που απέδωσε ο κοινοτικός νομοθέτης στις εν λόγω επιφυλάξεις, γεγονός που επιβεβαιώνεται από την ανάλυσή τους.

Η επιφύλαξη της παραγράφου 4 του άρθρου 2 κατέχει ιδιαίτερη θέση. Η εν λόγω διάταξη ανοίγει την οδό για τη λήψη εθνικών μέτρων "που αποσκοπούν στην προώθηση της ισότητας των ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διά της άρσεως των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη": αποτελεί φαινομενική μόνον εξαίρεση της αρχής: αποβλέποντας να αντισταθμίσει τις υφιστάμενες διακρίσεις που εκδηλώνονται στην πράξη, επιδιώκει να αποκαταστήσει την ισότητα και όχι να τη θίξει. Με άλλους λόγους, η παρέκκλιση αυτή πρέπει να ερμηνεύεται υπό ευρεία έννοια από τη στιγμή που διαπιστώνεται η προς κατάργηση ανισότητα που εκδηλώνεται στην πράξη.» [8]

14. Η δεύτερη υπόθεση, Επιτροπή κατά Γαλλίας [9], αφορούσε τη συμφωνία προς την οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως μιας εξαιρέσεως από εθνικό νόμο περί ίσης μεταχειρίσεως. Με την εν λόγω ρύθμιση, εξαιρούνταν από την απαγόρευση δυσμενών διακρίσεων οι ρήτρες συμβάσεων εργασίας

6 — Βλ., π. χ., την παρατήρηση της Eva Brems στον σχολιασμό της εν λόγω υποθέσεως στο *Columbia Journal of European Law*, 1995/96, σ. 172, συγκεκριμένα σ. 177: «Ωστόσο, αντί να συναγάγει ότι επιβάλλεται ο συνδυασμός και των τριών μοντέλων θετικής δράσεως, ο Tesauro στρέφει στη συνέχεια την προσοχή του στο κείμενο της οδηγίας» και το συμπέρασμα της Anne Peters στο άρθρο της «The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law — A Conceptual Analysis», *European Law Journal* 2, 1996, σ. 177, συγκεκριμένα σ. 190, ότι, δηλαδή, η απόφαση «αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα της απροθυμίας του Δικαστηρίου να αναγνωρίσει την ύπαρξη της εντάσεως που δημιουργεί η πληθώρα των προτύπων».

7 — Απόφαση της 12ης Ιουλίου 1984 στην υπόθεση 184/83 (Συλλογή 1984, σ. 3047).

8 — Παράγραφος 9 των προτάσεων.

9 — Απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 1988 στην υπόθεση 312/86 (Συλλογή 1988, σ. 6315).

ή συλλογικών συμβάσεων που παρείχαν ορισμένα ειδικά δικαιώματα στις γυναίκες. Μεταξύ αυτών των ειδικών δικαιωμάτων συγκαταλέγονταν η μείωση του χρόνου εργασίας για τις γυναίκες που είχαν υπερβεί το 59ο έτος της ηλικίας τους ή για τις γυναίκες που ασκούσαν συγκεκριμένες δραστηριότητες όπως η δακτυλογράφηση ή ο χειρισμός ηλεκτρονικών υπολογιστών, η μείωση της ηλικίας συνταξιοδοτήσεως, η χορήγηση αδειών λόγω υιοθεσίας τέκνου ή λόγω ασθενείας τέκνου, η χορήγηση ημερήσιας άδειας την ημέρα ενάρξεως του σχολικού έτους, η χορήγηση ωρών αδείας με την ευκαιρία της εορτής της Μητέρας, η καταβολή παροχών για την κάλυψη των εξόδων βρεφοκομικού σταθμού ή φυλάξεως τέκνου, η παράταση της διάρκειας της άδειας μητρότητας, η χορήγηση συμπληρωματικών ημερών ετήσιας άδειας για κάθε τέκνο και η αναγνώριση πλασματικών ετών προϋπηρεσίας για τον υπολογισμό της συντάξεως από το δεύτερο τέκνο και εφεξής [10].

15. Το Δικαστήριο έκρινε ότι τα μέτρα αυτά δεν μπορούσαν να δικαιολογηθούν δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4, και παρατήρησε τα εξής:

«(...) [η] προβλεπόμενη με το άρθρο 2, παράγραφος 4, εξαίρεση (...) έχει ως σαφή και περιορισμένο σκοπό να επιτρέψει μέτρα τα οποία, παρόλον ότι κατά τα φαινόμενα εισάγουν διακρίσεις, στην πραγματικότητα σκοπούν στην κατάργηση ή τη μείωση των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη και που μπορούν να υφίστανται στην πραγματικότητα της κοινωνικής ζωής.» [11]

16. Η πλέον πρόσφατη υπόθεση στην οποία το Δικαστήριο εξέτασε το άρθρο 2, παράγραφος 4, που είναι και η πλέον σημαντική για την προκείμενη υπόθεση είναι η υπόθεση Kalanke [12]. Η επίμαχη στην υπόθεση εκείνη ρύθμιση προέβλεπε ότι οι γυναίκες υποψήφιες για μια θέση, που είχαν ίσα προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους, έπρεπε να λαμβάνονται υπόψη κατά προτεραιότητα στους τομείς όπου οι γυναίκες υποεκπροσωπούνται και ότι υποεκπροσώπηση υπήρχε όταν στο μισθολογικό κλιμάκιο της οικείας κατηγορίας του προσωπικού μιας υπηρεσίας οι γυναίκες δεν εκπροσωπούσαν τουλάχιστον το ήμισυ του προσωπικού [13]. Η εν λόγω διάταξη δεν προέβλεπε καμία εξαίρεση· ωστόσο, το εθνικό δικαστήριο είχε εκθέσει στην υπόθεση εκείνη ότι η διάταξη αυτή έπρεπε να ερμηνευθεί σύμφωνα με τον Grundgesetz (γερμανικό Θεμελιώδη Νόμο) και άρα υπό την έννοια ότι, καίτοι, επί προαγωγής, έπρεπε καταρχήν να δίδεται προτεραιότητα στις γυναίκες, εντούτοις, λόγοι επιεικείας επέβαλλαν, όταν παρίστατο ανάγκη, εξαίρεση από την προτίμηση αυτή [14].

10 — Βλ. σκέψη 8 της αποφάσεως και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Sir Gordon Slynn (Συλλογή 1988, σ. 6325, συγκεκριμένα σ. 6327).

11 — Σκέψη 15 της αποφάσεως. Η έκφραση «actual instances of inequality» στην αγγλική απόδοση της αποφάσεως είναι ίσως προτιμότερη από τη διατύπωση της αγγλικής αποδόσεως του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας, όπου γίνεται λόγος για «existing inequalities». Η διατύπωση αυτή προσεγγίζει, επίσης, περισσότερο τις λοιπές γλωσσικές αποδόσεις του άρθρου 2, παράγραφος 4. Ο γενικός εισαγγελέας Slynn υποστήριξε ότι τα επίμαχα μέτρα δεν μπορούσαν να δικαιολογηθούν δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4, δεδομένου ότι τα οικεία δικαιώματα ουδέποτε είχαν χορηγηθεί σε άνδρες και ότι, επομένως, δεν υπήρχαν εκδηλούμενες στην πράξη ανισότητες υπέρ των ανδρών θίγουσες τις ευκαιρίες των γυναικών. Η άποψη αυτή φαίνεται όμως να στηρίζεται σε μια μάλλον γραμματική ερμηνεία της αγγλικής αποδόσεως του άρθρου 2, παράγραφος 4.

12 — Όπ. π., υποσημείωση 4.

13 — Βλ. σκέψη 3 της αποφάσεως.

14 — Σκέψη 9 της αποφάσεως του Δικαστηρίου.

17. Ο Kalanke και η Glißmann είχαν επιλεγεί ως προαγώγιμοι. Η διοίκηση είχε δεχτεί ότι διέθεταν τα ίδια προσόντα για την κάλυψη της θέσεως και ότι οι γυναίκες υποεκπροσωπούνταν στον οικείο τομέα· κατά συνέπεια, σύμφωνα με την εθνική ρύθμιση, στη θέση έπρεπε να προαχθεί η Glißmann. Ο Kalanke άσκησε προσφυγή με την οποία, μεταξύ άλλων, αμφισβήτησε το κύρος της εθνικής ρυθμίσεως υπό το πρίσμα της γερμανικής νομοθεσίας. Το Bundesarbeitsgericht, μολονότι έκρινε ότι η ρύθμιση ήταν σύμφωνη προς τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας τις οποίες είχε επικαλεστεί ο Kalanke, αμφέβαλλε ως προς τη συμφωνία της προς την οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως και υπέβαλε στο Δικαστήριο ερωτήματα σχετικά με το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφοι 1 και 4.

18. Το Δικαστήριο διαπίστωσε καταρχάς ότι ένας εθνικός κανόνας ο οποίος προβλέπει ότι, επί προαγωγής, οι γυναίκες που έχουν ίσα προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους απολαύουν αυτομάτως προτεραιότητας στους τομείς όπου αυτές υποεκπροσωπούνται συνεπαγόταν διάκριση βασιζόμενη στο φύλο [15]. Δεδομένου ότι η οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως σκοπεί στην εφαρμογή, εντός των κρατών μελών, της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών, όσον αφορά, μεταξύ άλλων, την πρόσβαση στην απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, και ότι, κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται «την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα», φαινόταν, εκ πρώτης όψεως, να συντρέχει σαφής παραβίαση της αρχής αυτής.

15 — Σκέψη 16 της αποφάσεως.

19. Ακολούθως, το Δικαστήριο εξέτασε το εάν η ρύθμιση αυτή μπορούσε να θεωρηθεί επιτρεπτή δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4. Επαναλαμβάνοντας την κρίση του στην υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας [16], το Δικαστήριο εξέθεσε ότι η εν λόγω διάταξη έχει ως σαφή και περιορισμένο σκοπό να επιτρέπει μέτρα τα οποία, παρόλον ότι κατά τα φαινόμενα εισάγουν διακρίσεις, σκοπούν στην πραγματικότητα στην εξάλειψη ή στη μείωση των εκδηλουμένων στην πράξη ανισοτήτων που μπορούν να υφίστανται στην πραγματικότητα της κοινωνικής ζωής. Επομένως, η εν λόγω διάταξη επιτρέπει εθνικά μέτρα στον τομέα της προσβάσεως στην απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, τα οποία, με το να ευνοούν ειδικά τις γυναίκες, σκοπό έχουν να βελτιώνουν την ικανότητα των γυναικών να ανταγωνίζονται στην αγορά εργασίας και να ακολουθούν σταδιοδρομία υπό συνθήκες ισότητας με τους άνδρες [17].

20. Στη συνέχεια, το Δικαστήριο υιοθέτησε την άποψη που είχε διατυπώσει το Συμβούλιο σε σύστασή του σχετικά με την προώθηση των θετικών δράσεων υπέρ των γυναικών [18], σύμφωνα με την οποία «οι υφιστάμενες νομικές διατάξεις για την ίση μεταχείριση που έχουν προβλεφθεί για την παροχή δικαιωμάτων στα άτομα είναι ανεπαρκείς για την εξάλειψη όλων των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη, αν δεν αναληφθεί παράλληλη δράση από τις κυβερνήσεις, τους κοινωνικούς εταίρους και άλλους ενδιαφερόμενους φορείς, με σκοπό την εξουδετέρωση των επιζήμιων συνεπειών για τις γυναίκες που εργάζονται, οι οποίες προκύπτουν από τη στάση, τη συμπεριφορά και τις δομές της κοινωνίας» [19]. Το Δικαστήριο πρόσθεσε, όμως,

16 — Όπ. π., υποσημείωση 9.

17 — Σκέψεις 18 και 19.

18 — Σύσταση 84/635/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 13ης Δεκεμβρίου 1984 (ΕΕ 1984, L 331, σ. 34).

19 — Τρίτη αιτιολογική σκέψη της συστάσεως.

ότι το άρθρο 2, παράγραφος 4, ως παρέκκλιση από καθιερούμενο με την οδηγία ατομικό δικαίωμα, πρέπει να ερμηνεύεται στενώς [20].

21. Το Δικαστήριο συνήγαγε ότι εθνική ρύθμιση η οποία εξασφαλίζει στις γυναίκες απόλυτη και ανεπιφύλακτη προτεραιότητα επί διορισμού ή προαγωγής βαίνει πέραν της προωθήσεως της ισότητας των ευκαιριών και υπερβαίνει τα όρια της εξαιρέσεως που προβλέπεται στο άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας [21]. Το Δικαστήριο πρόσθεσε ότι ένα τέτοια σύστημα, κατά το μέτρο που σκοπεί να εγκαθιδρύσει ισότητα εκπροσωπήσεως των γυναικών σε σχέση με τους άνδρες σε όλες τις βαθμίδες και επίπεδα μιας υπηρεσίας, υποκαθιστά, στην προώθηση της κατά το άρθρο 2, παράγραφος 4, ισότητας ευκαιριών, ένα αποτέλεσμα στο οποίο μόνον η εφαρμογή αυτής της ισότητας ευκαιριών θα μπορούσε να απολήξει [22]. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο έδωσε στα ερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου την απάντηση ότι η οδηγία αντιτίθεται σε εθνική ρύθμιση η οποία, όπως η επίδικη στην υπόθεση εκείνη, παρέχει αυτομάτως, εφόσον υφίστανται ίσα προσόντα των υποψηφίων διαφορετικού φύλου που έχουν γίνει δεκτοί ως προαγώγιμοι, προτεραιότητα στις γυναίκες, στους τομείς όπου αυτές υποεκπροσωπούνται υπό την έννοια της ρυθμίσεως εκείνης [23].

20 — Σκέψεις 20 και 21.

21 — Σκέψη 22.

22 — Σκέψη 23.

23 — Σκέψη 24 και διατακτικό της αποφάσεως. Για τον κρίσιμο ορισμό της «υποεκπροσωπήσεως», βλ. ανωτέρω, σημείο 16.

22. Δεδομένου ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι η εθνική ρύθμιση απαγορευόταν από την οδηγία, δεν συνέτρεχε λόγος να εξεταστεί το ζήτημα της αναλογικότητας· επομένως, η κριτική που ασκήθηκε συναφώς στο Δικαστήριο από ορισμένους σχολιαστές [24] δεν μπορεί να θεωρηθεί βάσιμη. Ορισμένοι άλλοι σχολιαστές εσφαλμένα θεωρούν ότι το Δικαστήριο έκρινε τη ρύθμιση δυσανάλογη και, εντεύθεν, παράνομη [25].

Εφαρμογή της συλλογιστικής της αποφάσεως Kalanke στην παρούσα υπόθεση

23. Η αφετηρία της συλλογιστικής του Δικαστηρίου στην υπόθεση Kalanke ήταν, όπως προαναφέρθηκε, ότι ένας εθνικός κανόνας ο οποίος προβλέπει ότι, επί προαγωγής, οι γυναίκες που έχουν ίσα προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους απολαύουν αυτομάτως προτεραιότητας στους τομείς όπου αυτές υποεκπροσωπούνται συνεπάγεται δυσμενή διάκριση που βασίζεται στο φύλο και, επομένως, αντιβαίνει, καταρχήν, στην οδηγία. Κατά τη γνώμη μου, είναι σαφές ότι η εν προκειμένω επίδικη εθνική ρύθμιση συνεπάγεται ωσαύτως δυσμενή διάκριση και αντιβαίνει, επομένως, προς την οδηγία, εκτός εάν μπορεί να θεω-

24 — Βλ., π. χ., Charpentier, Louis: «L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité», *Revue trimestrielle de droit européen* 32, 1996, σ. 281, συγκεκριμένα σ. 288, και Peters, Anne: «The Many Meanings of Equality (...)» (βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 6), σ. 192 και 193.

25 — Βλ., π. χ., τον σχολιασμό της αποφάσεως από τον Jean-Louis Clergerie στο *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)* 1996, σ. 221, συγκεκριμένα σ. 223, και της Eva Brems (βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 6), σ. 174 και 175, καθώς και Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 3, 1996, σ. 146, συγκεκριμένα σ. 151 και 152.

ρηθεί ότι επιτρέπεται δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4. Μολονότι είναι αληθές ότι η εν προκειμένω επίδικη εθνική ρύθμιση δεν προβλέπει την αυτόματη προαγωγή μιας γυναίκας στις περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της, γεγονός παραμένει ότι η ουσία της εν λόγω ρυθμίσεως είναι ότι, υπό φυσιολογικές συνθήκες, μια γυναίκα πρέπει να προάγεται επειδή είναι γυναίκα, πράγμα το οποίο, εκ πρώτης όψεως, αντιβαίνει σαφώς προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως που θεσπίζει η οδηγία. Θεωρώ σκόπιμο να παραπέμψω ειδικά στο άρθρο 3, παράγραφος 1 [26], το οποίο προβλέπει ότι η εφαρμογή της αρχής αυτής συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο όσον αφορά τους όρους, μεταξύ άλλων, προαγωγής — *στους οποίους συμπεριλαμβάνονται τα κριτήρια επιλογής.*

24. Το θεμελιώδες ζήτημα είναι αν η εν προκειμένω επίδικη εθνική ρύθμιση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, και συνάδει, επομένως, προς την οδηγία. Το εθνικό δικαστήριο θεώρησε αναγκαία την υποβολή στο Δικαστήριο αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως στην προκείμενη υπόθεση εξαιτίας της διαφοράς μεταξύ της εν προκειμένω επίδικης εθνικής ρυθμίσεως και της ρυθμίσεως την οποία αφορούσε η απόφαση Kalanke. Το εθνικό δικαστήριο παραπέμπει ιδίως στην κρίση του Δικαστηρίου στην απόφαση Kalanke σύμφωνα με την οποία «εθνική ρύθμιση η οποία εξασφαλίζει στις γυναίκες *απόλυτη και από ουδεμία προϋπόθεση εξαρτώμενη* προτεραιότητα επί διορισμού ή προαγωγής» εκφεύγει του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4 [27], και θέτει το ερώτημα αν η επιφύλαξη που περιέχει η υποβληθείσα στην κρίση του εθνική ρύθμιση έχει ως αποτέλεσμα να την καθιστά σύμφωνη προς την οδηγία.

26 — Που έχει παρατεθεί ανωτέρω στην παράγραφο 4.

27 — Σκέψη 22 της αποφάσεως (η υπογράμμιση δική μου).

25. Η Γαλλική Κυβέρνηση και η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου υποστηρίζουν ότι, παρά την εν λόγω επιφύλαξη, η εθνική ρύθμιση αντιβαίνει προς την οδηγία. Το βασικό επιχείρημα των εν λόγω κυβερνήσεων είναι ότι η ρύθμιση σκοπεί να επιβάλει ισότητα εκπροσωπήσεως και όχι να προωθήσει την ισότητα των ευκαιριών, οπότε έχει εφαρμογή η συλλογιστική του Δικαστηρίου στην υπόθεση Kalanke.

26. Το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, η Αυστριακή, η Φινλανδική, η Νορβηγική, η Ισπανική και η Σουηδική Κυβέρνηση, καθώς και η Επιτροπή [28] υποστηρίζουν την αντίθετη άποψη. Συγκεκριμένα, διατείνονται ότι η ελαστικότητα της εν προκειμένω κρίσιμης εθνικής ρυθμίσεως — δηλαδή η ύπαρξη της επιφυλάξεως — αποτελεί ικανό λόγο διακρίσεως μεταξύ της παρούσας υποθέσεως και της υποθέσεως Kalanke: στην παρούσα υπόθεση ουδόλως εξασφαλίζεται απόλυτη και ανεπιφύλακτη προτεραιότητα [29].

27. Κατά τη γνώμη μου, ο συλλογισμός αυτός ενέχει σειρά σφαλμάτων.

28 — Βλ. επίσης την ανακοίνωση που παρατέθηκε ανωτέρω στην υποσημείωση 4, σ. 9.

29 — Πρέπει να σημειωθεί ότι το Bundesarbeitsgericht, που ζήτησε την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως στην υπόθεση Kalanke, έκρινε επίσης, στο πλαίσιο της αποφάσεως που εξέδωσε επί της υποθέσεως υπό το φως της αποφάσεως του Δικαστηρίου, ότι το αποφασιστικό χαρακτηριστικό της υποβληθείσας στην κρίση του εθνικής ρυθμίσεως ήταν η έλλειψη ειδικής διατάξεως περί παρεκκλίσεως, όπως είναι η εν προκειμένω επίδικη: βλ. τον σχολιασμό της αποφάσεως Kalanke από τον Sacha Prechal, *Common Market Law Review* 33, 1996, σ. 1245, συγκεκριμένα σ. 1256, και Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test (...)» (βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 25), σ. 157.

28. Καταρχάς, η επίδικη στην υπόθεση Kalanke εθνική ρύθμιση δεν ήταν, στην πραγματικότητα, ούτε απόλυτη ούτε ανεπιφύλακτη: το Δικαστήριο επισήμανε την κρίση του εθνικού δικαστηρίου, ότι η ρύθμιση έπρεπε να ερμηνευθεί «υπό την έννοια ότι, καίτοι επί προαγωγής πρέπει, καταρχήν, να δίδεται προτεραιότητα στις γυναίκες, εντούτοις, λόγοι επιείκειας επιβάλλουν, όταν παρίσταται ανάγκη, εξαίρεση από το προνόμιο αυτό» [30]. Η ερμηνεία αυτή ήταν απόρροια του φόβου ότι, σε αντίθετη περίπτωση, η ρύθμιση θα ήταν ασυμβίβαστη προς τις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 3 του γερμανικού Θεμελιώδους Νόμου, οι οποίες, κατά τον κρίσιμο χρόνο, προέβλεπαν, αντιστοίχως, την ισότητα δικαιωμάτων των ανδρών και των γυναικών και την απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φύλου [31]. Δεδομένου ότι το Δικαστήριο αναγνώρισε, στην υπόθεση Kalanke, την ύπαρξη εξαιρέσεων από την επίδικη στην υπόθεση εκείνη ρύθμιση, υπ' αυτό το πρίσμα πρέπει να ερμηνευθεί η αναφορά στην «αυτόματη» προτεραιότητα.

29. Επιπλέον, η συλλογιστική της αποφάσεως Kalanke οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η εν προκειμένω επίδικη ρύθμιση είναι παράνομη. Στη σκέψη 23 της αποφάσεως εκείνης, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η εθνική ρύθμιση, «στο μέτρο που σκοπεί να εγκαθιδρύσει ισότητα εκπροσωπήσεως των γυναικών σε σχέση με τους άνδρες (...), υποκαθιστά στην προώθηση της κατ' άρθρο 2, παράγραφος 4, ισότητας ευκαιριών το αποτέλεσμα στο οποίο μόνον η εφαρμογή αυτής της ισότητας ευκαιριών θα μπορούσε να απολήξει». Η φράση αυτή έχει επικριθεί από ορισμένους σχολιαστές ως ασαφής [32]. Ωστόσο, κατά τη γνώμη μου, η σημασία της είναι σαφής. Το άρθρο 2, παράγραφος 4, αναφέρεται ρητά σε μέτρα «που αποσκοπούν στην προώθηση της ισότητας των ευκαιριών». Στις προτάσεις του στην υπόθεση Kalanke, ο γενικός εισαγγελέας Tesauro εξέθεσε συναφώς τα ακόλουθα:

«Κατ' εμέ, ισότητα ευκαιριών σημαίνει απλώς ότι παρέχεται η δυνατότητα να επιτευχθεί ισότητα αποτελεσμάτων και, συνεπώς, ότι αποκαθίστανται οι προϋποθέσεις ισότητας των δύο φύλων στο σημείο εκκινήσεως (...). Πάντως, μου φαίνεται πρόδηλο ότι η επίδικη εθνική ρύθμιση καθόλου δεν έχει προορισμό να εξασφαλίσει την ισότητα των σημείων εκκινήσεως. Συγκεκριμένα, αυτό τούτο το γεγονός ότι δύο υποψήφιοι διαφορετικού φύλου έχουν ισοδύναμα προσόντα συνεπάγεται, εξ ορισμού, ότι και οι δύο έχουν, και είχαν, ίσες ευκαιρίες: συνεπώς, βρίσκονται υπό συνθήκες ισοτιμίας στο σημείο εκκινήσεως. Επομένως, με το να δίδει την προτίμηση στις γυναίκες, η επίδικη εθνική ρύθμιση σκοπεί να επιτύχει ισότητα αποτελεσμάτων ή, καλύτερα, ίση, μόνον από αριθμητική άποψη, κατανομή των θέσεων εργασίας μεταξύ ανδρών και γυναικών. Τούτο μου φαίνεται ότι δεν ανταποκρίνεται ούτε στον σκοπό ούτε στη ratio του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας» [33].

30 — Σκέψη 9 της αποφάσεως.

31 — Αναλυτικότερα, βλ. Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test (...)» (βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 25), σ. 149. Έκτοτε έχει προστεθεί στο άρθρο 3, παράγραφος 2, μια νέα διάταξη περί της «αποστολής του κράτους», σύμφωνα με την οποία το κράτος «προάγει την πραγματική εγκαθίδρυση της ισότητας ανδρών και γυναικών και σκοπεί στη μείωση των υφισταμένων δυσμενών διακρίσεων/μειονεκτημάτων». Αναλυτικότερα, βλ. Gornig, Gilbert H., και Reckewerth, Sven: «The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law», *Public Law* 1997, σ. 137, συγκεκριμένα σ. 147, 148 και 149.

32 — Βλ., π. χ., τον σχολιασμό της αποφάσεως από τον Georges Friden σε *Annales du droit luxembourgeois* 1995, σ. 483, συγκεκριμένα σ. 488, 489 και 490, καθώς και Schutter, Olivier, και Renauld, Bernadette: «Égalité de traitement — L'action affirmative devant la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995», *Journaux des tribunaux du travail* 1996, σ. 125, συγκεκριμένα σ. 126.

33 — Παράγραφος 13.

30. Βεβαίως το γεγονός ότι δύο υποψήφιοι έχουν ισοδύναμα προσόντα δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι είχαν προγενέστερα ίσες ευκαιρίες, δεδομένου ότι ο ένας από τους δύο ενδέχεται απλούστατα να αντιμετώπισε μεγαλύτερες δυσχέρειες από τον άλλο για την απόκτηση των προσόντων του ή να τα απέκτησε χάρη σε εκπαιδευτικό πρόγραμμα που είχε σκοπό να συμβάλει στην αντιμετώπιση αυτών των δυσχερειών. (Πράγματι, το Land φαίνεται να θεωρεί ως δεδομένο ότι, οσάκις ένας άνδρας και μια γυναίκα έχουν ίσα προσόντα για προαγωγή, η γυναίκα είναι συχνά νεότερη ή έχει συμπληρώσει μικρότερο χρόνο προϋπηρεσίας. Υπ' αυτές τις συνθήκες, είναι εύλογο να θεωρηθεί ότι η γυναίκα έχει αποδείξει έτσι ότι είναι ικανότερη από τον συνυποψήφιό της και είναι φυσικό να προκριθεί.) Ωστόσο, τούτο μου φαίνεται να είναι άνευ σημασίας για το ζήτημα που έχει υποβληθεί στην κρίση του Δικαστηρίου: δεδομένου ότι η εθνική ρύθμιση εφαρμόζεται μόνο στις περιπτώσεις που οι υποψήφιοι έχουν ίσα προσόντα, γεγονός παραμένει ότι, όποτε εφαρμόζεται, υπάρχουν υποψήφιοι με ίσα προσόντα οι οποίοι έχουν εξ ορισμού ίσες ευκαιρίες προαγωγής, υπό την προϋπόθεση ότι η διαδικασία επιλογής δεν συνεπάγεται δυσμενείς διακρίσεις.

31. Στις προτάσεις του, ο γενικός εισαγγελέας Tesauro ανέπτυξε περαιτέρω την άποψή του για την εξήγηση της διακρίσεως μεταξύ των μέτρων που επιτρέπονται δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4, δηλαδή των μέτρων που «έχουν προορισμό να άρουν τα εμπόδια τα οποία κωλύουν τις γυναίκες να επιτύχουν τα ίδια αποτελέσματα υπό συνθήκες ισότητας», και των μέτρων που δεν επιτρέπονται δυνάμει του άρθρου αυτού, δηλαδή των μέτρων που «σκοπούν να παράσχουν κατά τρόπο άμεσο στις γυναίκες αυτά ταύτα τα αποτελέσματα ή, τουλάχιστον, να δώσουν στις γυναίκες προτεραιότητα για την επίτευξη των εν λόγω αποτελεσμάτων, *μόνο για τον λόγο ότι είναι γυναίκες*» [34]. Κατά την άποψή μου, είναι σαφές ότι αυτή είναι η διάκριση στην οποία στηρίζεται ο συλλογισμός που εκθέτει το Δικαστήριο στη σκέψη 23 της αποφάσεως Kalanke. Η εν λόγω διάκριση είναι σαφής από εννοιολογικής απόψεως, ανεξαρτήτως του εάν εκφράζεται υπό την έννοια ότι πρόκειται για άρση εμποδίων αντί για επιβολή αποτελεσμάτων ή για διασφάλιση της ισότητας στα σημεία εκκινήσεως και όχι στα σημεία αφίξεως ή για διασφάλιση της ισότητας ευκαιριών αντί της ισότητας αποτελεσμάτων, και, κατά τη γνώμη μου, θα είναι κατά κανόνα προφανές σε ποια από τις δύο κατηγορίες εμπίπτει ένα συγκεκριμένο μέτρο.

32. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι από την απόφαση Kalanke συνάγεται ότι κάθε ρύθμιση η οποία βαίνει πέραν της προωθήσεως της ισότητας των ευκαιριών, καθόσον επιδιώκει να επιβάλει αντ' αυτής το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα της ισότητας εκπροσωπήσεως, εκφεύγει επίσης του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας και, επομένως, είναι αντίθετη προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως που θεσπίζεται με το άρθρο 2, παράγραφος 1, και, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, παράνομη. Η προσέγγιση αυτή είναι κατά τη γνώμη μου απολύτως σύμφωνη προς την εν γένει οικονομία της οδηγίας. Είναι αυτονόητο ότι, σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, δεν υπάρχει ισότητα ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών εάν, ενώ κατά τα λοιπά επικρατεί μεταξύ τους ισότητα, προκρίνεται για τον διορισμό ή την προαγωγή ο ένας ή ο άλλος αποκλειστικά λόγω του φύλου του. Το γεγονός ότι η οδηγία σκοπεί στην προστασία ατομικών δικαιωμάτων προκύπτει σαφώς από το άρθρο 6 αυτής [35], το οποίο

34 — Παράγραφος 22.

35 — Που παρατίθεται ανωτέρω στην παράγραφο 5.

επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να παρέχουν τα πρόσφορα ένδικα βοηθήματα σε «κάθε πρόσωπο που θεωρεί ότι θίγεται από τη μη εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, κατά την έννοια των άρθρων 3, 4 και 5». Εάν η επίδικη στην υπόθεση Kalanke εθνική ρύθμιση είχε κριθεί νόμιμη, θα αποκλειόταν, υπ' αυτές τις συνθήκες, πλήρως η ίση μεταχείριση και η ισότητα ευκαιριών των ανδρών στους υπαγόμενους στο πεδίο εφαρμογής της τομείς. Ανεξαρτήτως της ερμηνείας που θα δοθεί στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, το αποτέλεσμα αυτό δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί ως σύμφωνο προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως που θεσπίζεται με το άρθρο 2, παράγραφος 1, ή προς την προώθηση της ισότητας των ευκαιριών την οποία πρέπει να επιδιώκουν τα μέτρα του άρθρου 2, παράγραφος 4.

33. Φρονώ ότι η επιφύλαξη που περιέχει η εν προκειμένω επίδικη ρύθμιση δεν θίγει το συμπέρασμα ότι η ρύθμιση αυτή είναι παράνομη, τούτο δε για μια σειρά λόγων που εκτίθενται κατωτέρω.

34. Πρώτον, όπως επισημαίνουν το εθνικό δικαστήριο και η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου, όταν γίνεται χρήση της δυνατότητας παρεκκλίσεως, απλώς δεν εφαρμόζεται ο κανόνας που παρέχει προτεραιότητα στις γυναίκες σε μια συγκεκριμένη περίπτωση· δεν αναιρείται ο επαγόμενος δυσμενείς διακρίσεις χαρακτήρας της ρυθμίσεως εν γένει.

35. Περαιτέρω, όπως υπογραμμίζει η Γαλλική Κυβέρνηση, το πεδίο εφαρμογής της εν προκειμένω επίδικης δυνατότητας παρεκκλίσεως είναι (και τούτο, κατά τα φαινόμενα [36], ανταποκρίνεται στη βούληση του νομοθέτη) ασαφές. Κατά πάγια νομολογία, οι αρχές της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας των ιδιωτών επιβάλλουν, στους τομείς που εμπίπτουν στο κοινοτικό δίκαιο, διατύπωση των κανόνων δικαίου των κρατών μελών κατά τρόπο μη επιδεχόμενο παρερμηνεία, ώστε να παρέχεται στα ενδιαφερόμενα πρόσωπα η δυνατότητα να γνωρίζουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους κατά τρόπο σαφή και ακριβή και στα εθνικά δικαστήρια η δυνατότητα να διασφαλίζουν την τήρηση των εν λόγω δικαιωμάτων και υποχρεώσεων [37].

36. Εν πάση περιπτώσει, ακόμη και αν η πρόβλεψη δυνατότητας παρεκκλίσεως θα μπορούσε καταρχήν να καταστήσει μια τέτοια ρύθμιση σύμφωνη προς την οδηγία, τούτο θα ήταν δυνατό μόνον εάν η ίδια η δυνατότητα παρεκκλίσεως δεν προκαλούσε καμία αμφισβήτηση. Τούτο δεν φαίνεται να συμβαίνει εν προκειμένω. Πέραν των παρατηρήσεων που διατυπώθηκαν στις προηγούμενες παραγράφους, ανακύπτει ένα περαιτέρω ζήτημα σχετικά με τη λειτουργία της δυνατότητας παρεκκλίσεως. Το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας δήλωσε ότι η εν προκειμένω επίμαχη εθνική ρύθμιση σκοπεί να αποκλείσει την εφαρμογή σε διαδικασίες επιλογής των «παραδοσιακών δευτερευόντων κριτηρίων» τα οποία φαίνεται να θεωρεί — οπωσδήποτε ορθώς [38] — ως επαγόμενα δυσμενείς διακρίσεις. Όμως, στις περιπτώσεις στις οποίες γίνεται επίκληση της δυνατότητας παρεκκλίσεως φαίνεται να προβλέπεται η δυνατότητα εφαρμογής ακριβώς των κριτηρίων αυτών, με αποτέλεσμα την κάλυψη της θέσεως από τον άνδρα υποψήφιο βάσει κριτηρίων τα οποία επάγονται

36 — Βλ. ανωτέρω, παράγραφο 8.

37 — Βλ., π. χ., απόφαση της 21ης Ιουνίου 1988 στην υπόθεση 257/86, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1988, σ. 3249, σκέψη 12).

38 — Στο ζήτημα αυτό θα επανέλθω κατωτέρω, στην παράγραφο 40.

ομολογουμένως δυσμενείς διακρίσεις [39]. Εάν ένας απόλυτος κανόνας που δίδει προτεραιότητα στις γυναίκες λόγω του φύλου τους είναι παράνομος, τότε ένας εξαρτώμενος από προϋποθέσεις κανόνας που χορηγεί προτεραιότητα είτε στις γυναίκες λόγω του φύλου τους είτε στους άνδρες βάσει κριτηρίων που επάγονται ομολογουμένως δυσμενείς διακρίσεις πρέπει κατά μείζονα λόγο να θεωρηθεί παράνομος.

38. Στον συλλογισμό αυτό μπορεί να αντιταχθεί [40] ότι η ακύρωση της εθνικής ρυθμίσεως θα έχει ως συνέπεια την εκ νέου εφαρμογή των κριτηρίων τα οποία αυτή σκοπεί να παραγκωνίσει και τα οποία, όπως ομολογεί το Land, επάγονται δυσμενείς διακρίσεις, και ότι τούτο δεν μπορεί βέβαια να θεωρηθεί ως «εφαρμογή (...) της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση» [41].

37. Εντεύθεν συνάγω ότι, λαμβανομένης υπόψη της αποφάσεως του Δικαστηρίου στην υπόθεση Kalanke, η εν προκειμένω επίδικη εθνική ρύθμιση είναι, παρά την ύπαρξη της δυνατότητας παρεκκλίσεως, παράνομη. Θεωρώ σκόπιμο να παρατηρήσω επίσης, γενικά, ότι, κατά την άποψή μου, δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να επιχειρηθεί η διάκριση της παρούσας υποθέσεως από την υπόθεση Kalanke για αμιγώς τυπικούς λόγους. Όπως εξέθεσα ανωτέρω, οι λόγοι στους οποίους στηρίχθηκε η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση εκείνη είναι σαφείς και εφαρμόζονται επίσης στην παρούσα υπόθεση. Η προσπάθεια διαφοροποιήσεως όμοιων υποθέσεων που στηρίζεται στην ύπαρξη λεπτών διαφορών της επίδικης νομοθεσίας ενδέχεται να δημιουργήσει σύγχιση όσον αφορά τη νομική κατάσταση και να έχει ως συνέπεια τον πολλαπλασιασμό των ενδίκων διαφορών με αυθαίρετα αποτελέσματα.

39. Ωστόσο, το γεγονός ότι οι εθνικές ρυθμίσεις που αποτελούν το αντικείμενο της προκείμενης υποθέσεως και της υποθέσεως Kalanke αντιβαίνουν στο κοινοτικό δίκαιο δεν σημαίνει ότι είναι νόμιμη η εκ μέρους μιας δημόσιας αρχής εφαρμογή των καλουμένων παραδοσιακών δευτερευόντων κριτηρίων επιλογής, τα οποία φέρονται ότι εφαρμόζονται ελλείψει τέτοιου είδους ρυθμίσεων [42]. Πράγματι, είναι αναμφισβήτητο ότι τέτοιου είδους κριτήρια όχι μόνο τυγχάνουν εφαρμογής αλλά και θεωρούνται από ορισμένους ως θεμιτά: Ο Kalanke, π. χ., φέρεται ότι υποστήριξε ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων ότι, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η Glißmann είχε ίσα προσόντα με αυτόν, αυτός έπρεπε να προαχθεί, τούτο δε για κοινωνικούς λόγους (συγκεκριμένα, για τον λόγο ότι ήταν έγγαμος, ότι η γυναίκα του δεν εργαζόταν και ότι είχε δύο τέκνα) [43]. Φαίνεται εξίσου σαφές ότι η εφαρμογή τέτοιου είδους κριτηρίων σε διαδικασία επιλογής συνιστά αφεαυτής παράβαση της

39 — Το Bundesarbeitsgericht, το οποίο υπέβαλε την αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως στην υπόθεση Kalanke, φέρεται ότι επισήμανε ότι ο νομοθέτης του ομοσπόνδου κράτους της Βρέμης, ο οποίος είχε θεσπίσει την επίδικη στην υπόθεση εκείνη ρύθμιση, απέφυγε ηθελημένα να θεσπίσει μια τόσο ευρέως διατυπωμένη εξαίρεση, όπως είναι η εν προκειμένω επίδικη, επειδή θεωρούσε ότι υπήρχε εξαιρετικά μεγάλος κίνδυνος να έχει ως αποτέλεσμα η εφαρμογή μιας τέτοιας εξαιρέσεως έμμεση δυσμενή διάκριση: βλ. τον σχολιασμό της αποφάσεως από τον Sacha Prechal (όπ. π., υποσημείωση 29), σ. 1257. Επιπροσθέτως, στην παρούσα υπόθεση, το Land δήλωσε κατά την προφορική διαδικασία ότι σπάνια γίνεται επίκληση της εν λόγω παρεκκλίσεως, την οποία χαρακτήρισε ως «δαμόκλειο σπάθη», επειδή υπάρχει ο φόβος να έχει η εφαρμογή της ως αποτέλεσμα την κίνηση ενδίκων διαδικασιών.

40 — Βλ., π. χ., Dr Dagmar Schick: «Positive Action in Community Law», *Industrial Law Journal* 25, 1996, σ. 239, συγκεκριμένα σ. 241.

41 — Άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας.

42 — Βλ. ανωτέρω, παράγραφο 7.

43 — Βλ. Dr Dagmar Schick: «Positive Action in Community Law», (όπ. π., υποσημείωση 40), σ. 240, Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test (...)», (όπ. π., υποσημείωση 25), σ. 147 και 148, και τον σχολιασμό της αποφάσεως από τον Sacha Prechal, (όπ. π. υποσημείωση 29), σ. 1246.

οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως: όπως προαναφέρθηκε, το άρθρο 2, παράγραφος 1, απαγορεύει «κάθε διάκριση που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό, ιδίως, με την οικογενειακή κατάσταση», ενώ το άρθρο 3, παράγραφος 1, απαγορεύει ρητά τέτοιου είδους διακρίσεις «όσον αφορά τους όρους, συμπεριλαμβανομένων και των κριτηρίων επιλογής, προσβάσεως σε απασχολήσεις, σε θέσεις εργασίας». Ένα κράτος μέλος που επιτρέπει την εφαρμογή τέτοιου είδους επαγομένων δυσμενείς διακρίσεις κριτηρίων παραβαίνει τις υποχρεώσεις που υπέχει από την οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως και από τα άρθρα 5 και 189 της Συνθήκης, ενώ το ίδιο ισχύει και για ένα κράτος μέλος το οποίο δεν έχει διασφαλίσει σε κάθε πρόσωπο που θεωρεί ότι θίγεται από δυσμενή διάκριση τη δυνατότητα «να διεκδικεί τα δικαιώματά του διά της δικαστικής οδού», σύμφωνα με το άρθρο 6 της οδηγίας [44].

Το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4

40. Για τους λόγους που προαναφέρθηκαν, συμπεραίνω ότι το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι, σε τομείς της δημόσιας υπηρεσίας όπου οι γυναίκες είναι λιγότερες από τους άνδρες στο οικείο επίπεδο θέσεως, οι γυναίκες πρέπει να προάγονται κατά προτεραιότητα, εφόσον οι άνδρες και οι γυναίκες υποψήφιοι έχουν ίσα προσόντα (καταλληλότητας, ικανότητας και επαγγελματικής αποδόσεως), εκτός αν προέχουν λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου.

41. Είναι ίσως σκόπιμο να διατυπωθούν ορισμένες πρόσθετες παρατηρήσεις σχετικά με το ποια είδη μέτρων εμπίπτουν και ποια δεν εμπίπτουν, κατά την άποψή μου, στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, το οποίο, όπως προαναφέρθηκε, προβλέπει ότι η 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 θίγουν τις ευκαιρίες των γυναικών στους τομείς που αναφέρονται στο άρθρο 1, παράγραφος 1», δηλαδή στον τομέα της προσβάσεως σε απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, και στους τομείς της επαγγελματικής εκπαιδεύσεως και των συνθηκών εργασίας.

42. Από τη διατύπωση του άρθρου 2, παράγραφος 4, και από την ερμηνεία του από το Δικαστήριο προκύπτει με σαφήνεια ότι το εν λόγω άρθρο αφορά την προώθηση της ισότητας των ευκαιριών και όχι την εγκαθίδρυση ίσης εκπροσωπήσεως και ότι τα κράτη μέλη διατηρούν την ευχέρεια να θεσπίζουν μέτρα που, καίτοι κατά τα φαινόμενα επάγονται δυσμενείς διακρίσεις, στην πραγματικότητα σκοπούν στην άρση ειδικών εμποδίων ή μειονεκτημάτων τα οποία αντιμετωπίζουν οι γυναίκες στην αγορά εργασίας, προκειμένου να προωθήσουν την ισότητα των ευκαιριών των ανδρών και των γυναικών και, συνακόλουθα, την καλύτερη εκπροσώπηση των γυναικών στον ενεργό βίο. Ωστόσο, η αρχή της αναλογικότητας απαιτεί να είναι τα εν λόγω μέτρα τόσο κατάλληλα και αναγκαία για την επίτευξη των σκοπών τους.

43. Ένα μέτρο που εφαρμόζεται αποκλειστικά στα άτομα του ενός φύλου δεν είναι, κατά την άποψή μου, ανάλογο προς τους σκοπούς της άρσεως των ειδικών ανισοτήτων τις οποίες αντιμετωπίζουν οι γυναίκες στην πράξη και της προωθήσεως

44 — Βλ. απόφαση της 10ης Απριλίου 1984 στην υπόθεση 14/83, Von Colson και Kamann (Συλλογή 1984, σ. 1891, σκέψη 18). Βλ. επίσης απόφαση της 22ας Απριλίου 1997 στην υπόθεση C-180/95, Draehmpaehl (Συλλογή 1997, σ. I-2195, σκέψεις 24 έως 27).

της ισότητας των ευκαιριών, εάν το ίδιο αποτέλεσμα θα μπορούσε να επιτευχθεί με μια διάταξη που θα εφαρμοζόταν και στα δύο φύλα [45]. Ως παράδειγμα τέτοιου είδους διατάξεως μπορεί να αναφερθεί ότι, στο πλαίσιο των διαδικασιών προσλήψεως, τα κοινοτικά όργανα προβλέπουν κατά κανόνα τη μετάθεση του ορίου ηλικίας που θα εφαρμοζόταν σε διαφορετική περίπτωση για τους «υποψηφίους που δεν άσκησαν επαγγελματική δραστηριότητα επί ένα τουλάχιστον έτος χωρίς διακοπή, προκειμένου να φροντίσουν συντηρούμενο από αυτούς τέκνο» [46].

44. Μια τέτοια διάταξη, μολονότι έχει διατυπωθεί κατά τρόπο ουδέτερο από απόψεως φύλου, είναι ικανή στην πράξη να λειτουργήσει προς όφελος σημαντικά μεγαλύτερου αριθμού γυναικών απ' ό,τι ανδρών. Παρά την έμμεση αυτή δυσμενή διάκριση την οποία επάγεται, μια τέτοια διάταξη είναι, κατά τη γνώμη μου, νόμιμη, δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4.

45. Ωστόσο, ενδέχεται να υπάρχουν μέτρα σκοπούντα στην άρση ειδικών μειονεκτημάτων που αντιμετωπίζουν οι γυναίκες στην αγορά εργασίας τα οποία μπορούν να επιτύχουν καλύτερα τους στόχους τους εάν έχουν διατυπωθεί ρητά, κατά τρόπον ώστε να επωφελούνται από αυτά μόνον οι γυναίκες. Φρονώ ότι τέτοιου είδους μέτρα εμπίπτουν επίσης στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4. Η προσέγγιση αυτή αντανακλά την κρίση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Kalanke ότι το άρθρο 2, παράγραφος 4, «επιτρέπει εθνικά μέτρα στον τομέα της προσβάσεως στην απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, τα οποία, με το να ευνοούν ειδικά τις γυναίκες, σκοπό έχουν να βελτιώνουν την ικανότητα των γυναικών να ανταγωνίζονται στην αγορά εργασίας και να ακολουθούν σταδιοδρομία υπό συνθήκες ισότητας με τους άνδρες» [47]. Συνεπώς, τα επαγόμενα δυσμενείς διακρίσεις μέτρα, προκειμένου να επιτρέπονται δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4, «πρέπει να σκοπούν να άρουν τα εμπόδια στην ισότητα ευκαιριών των γυναικών, με παρεμβάσεις, για παράδειγμα, στον σχολικό προσανατολισμό και στην επαγγελματική εκπαίδευση» [48].

Το ζήτημα της επιλογής ορισμένης πολιτικής

46. Στο μέτρο που υιοθετώ μια ερμηνεία του άρθρου 2, παράγραφος 4, η οποία αποκλείει τα μέτρα που συνεπάγονται την απευθείας πρόκριση των γυναικών για προαγωγή ή διορισμό σε τομείς όπου οι γυναίκες υποεκπροσωπούνται, δεν λαμβάνω καμία θέση όσον αφορά την καταρχήν σκοπιμότητα των μέτρων αυτών. Είναι αναμφισβήτητο ότι — όπως υποστήριξε η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου στην υπόθεση Kalanke [49] — η άνιση εκπροσώπηση των γυναικών είναι το αποτέλεσμα της συνδυασμένης ενέργειας πολλών παραγόντων και ότι, ενδεχομένως, αυτή η προτιμησιακή μεταχείριση των γυναικών αποτελεί τρόπο βελτιώσεως ενός από τους παράγοντες αυτούς (αν και πρέπει να υπογραμμιστεί ότι οι επίδικες στην υπόθεση

45 — Πράγματι, εάν μόνο οι γυναίκες επωφελούνται από μέτρα όσον αφορά ειδικά την φροντίδα των τέκνων, τούτο μπορεί να θεωρηθεί ακόμη και ότι ματαιώνει τον σκοπό της μεταχειρίσεως των ανδρών και των γυναικών ως ισότιμων μελών του ενεργού πληθυσμού, δεδομένου ότι ενισχύει την στερεότυπη ιδέα ότι οι γυναίκες είναι εκείνες που πρέπει να φέρουν κυρίως την ευθύνη για την φροντίδα των τέκνων: βλ. O'Hare, Ursula A.: «Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93 *Kalanke* v *Freie Hansestadt Bremen*» *Web Journal of Current Legal Issues*, 1996, και τον σχολιασμό της αποφάσεως από τον Sacha Prechal (όπ. π., υποσημείωση 29), σ. 1253.

46 — Βλ., π. χ., προκήρυξη γενικού διαγωνισμού CJ/LA/18, ΕΕ 1996, C 268 A, σ. 8, μέρος III, σημείο 3, στοιχείο γ' (πρόσληψη γλωσσομαθών νομικών από το Δικαστήριο)· προκήρυξη γενικού διαγωνισμού CC/A/6/96, ΕΕ 1997, C 84 A, σ. 5, μέρος II.B, σημείο 1, στοιχείο β' (πρόσληψη στατιστικολόγων από το Ελεγκτικό Συνέδριο).

47 — Σκέψη 19 της αποφάσεως.

48 — Σημείο 19 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Tesauro στην υπόθεση Kalanke.

49 — Όπως παραθέτει η O'Hare, Ursula A.: «Positive Action Before the European Court of Justice», (όπ. π., υποσημείωση 45).

Kalanke και στην προκείμενη υπόθεση ρυθμίσεις φαίνονται να είχαν εξαιρετικά μικρή επίπτωση [50], γεγονός καθόλου παράδοξο, δεδομένου ότι οι λόγοι παρεκκλίσεως φαίνονται να είναι κατ' ουσίαν οι ίδιοι με τους λόγους που θα λαμβάνονταν υπόψη αν δεν υπήρχε η ρύθμιση από την οποία προβλέπεται παρέκκλιση). Ωστόσο, η κρίση του ζητήματος αν η πολιτική αυτή είναι ευκταία ή πρόσφορη, εναπόκειται στον νομοθέτη και όχι στο Δικαστήριο [51], του οποίου ο ρόλος στην προκείμενη υπόθεση, όπως και στην υπόθεση Kalanke, συνίσταται στην ερμηνεία της υφιστάμενης νομοθεσίας. Το Δικαστήριο πρέπει να αντισταθεί σε κάθε πειρασμό διαμορφώσεως του αποτελέσματος με γνώμονα θεωρήσεις δικαιοπολιτικής φύσεως, όσο ελκυστική και αν είναι η δυνατότητα αυτή. Ένα βρετανικό industrial tribunal έκρινε, αποφαινόμενο σχετικά με το παρόμοιο ζήτημα της νομιμότητας των καταλόγων επικρατέστερων για την επιλογή των υποψηφίων του εργατικού κόμματος σε ορισμένες εκλογικές περιφέρειες και οι οποίοι αποτελούνταν αποκλειστικά από γυναίκες, τα εξής:

«Είναι εύλογο να θεωρείται από πολλούς ότι η [εξάλειψη της ανισότητας όσον αφορά την εκπροσώπηση των φύλων στο House of Commons] συνιστά ένα αξιέπαινο κίνητρο, πλην όμως τούτο είναι άνευ σημασίας όσον αφορά το ζήτημα αν το σύστημα αυτό, όπως εφαρμόζεται στα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, επάγεται παράνομη άμεση δυσμενή διάκριση λόγω φύλου σε βάρος των δύο ανδρών υποψηφίων». [52]

47. Είμαι πεπεισμένος για το ότι — παρά τις πολυάριθμες άστοχες επικρίσεις [53] — η απόφαση στην υπόθεση Kalanke ήταν σύμφωνη προς το κείμενο της οδηγίας. Ομολογουμένως, η νομοθεσία αυτή καταρτίστηκε πριν από δύο δεκαετίες, οπότε οι κοινωνικές εξελίξεις που έχουν επέλθει έκτοτε έχουν καταστήσει ενδεχομένως αναγκαία πλέον την αναθεώρηση μιας διατάξεως, η οποία, κατά τον χρόνο θεσπίσεώς της, είχε τον ενδεδειγμένο σκοπό και το ενδεδειγμένο πεδίο εφαρμογής. Ωστόσο, η αναθεώρηση της κοινοτικής νομοθεσίας εναπόκειται επίσης στον νομοθέτη και όχι στο Δικαστήριο. Είναι αξιοσημείωτο ότι υφίστανται σήμερα δύο παράλληλες πρωτοβουλίες που σκοπούν να διασφαλίσουν, με διαφορετικό τρόπο η καθεμία, την υλοποίηση ορισμένων μορφών θετικής δράσεως.

48. Το 1996, συνεπεία της αποφάσεως στην υπόθεση Kalanke, η Επιτροπή πρότεινε μια τροποποίηση του άρθρου 2, παράγραφος 4 [54]. Σύμφωνα με την πρόταση περί τροποποιήσεως, η εν λόγω διάταξη διατυπώνεται ως εξής:

«Η παρούσα οδηγία δεν θίγει τα μέτρα για την προώθηση των ίσων ευκαιριών για άνδρες και γυναίκες, ιδίως με την άρση των υπαρχουσών ανισοτήτων που θίγουν τις ευκαιρίες του υποεκπροσωπουμένου φύλου στους τομείς που αναφέρονται στο άρθρο 1, παράγραφος 1. Στα ενδεχόμενα μέτρα περιλαμβάνεται η εκδήλωση προτίμησης, σε ό,τι αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση

50 — Βλ. παρατηρήσεις του Land στην προκείμενη υπόθεση· Dr Dagmar Schick, «Positive Action (...)» (όπ. π., υποσημείωση 40), σ. 244. Γενικά, βλ. Shaw, Josephine: «Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems» στο Bob Hepple and Erika Szyszczak (eds), *Discrimination: The Limits of Law* (Mansell Publishing Ltd, London and New York 1992), σ. 386.

51 — Παρά την αντίθετη άποψη που έχουν διατυπώσει ορισμένοι σχολιαστές: βλ., π. χ., τον σχολιασμό της αποφάσεως από την Eva Brems (όπ.π, υποσημείωση 6), σ. 178.

52 — Jepson/The Labour Party Industrial Relations Law Reports, 1996, σ. 116, συγκεκριμένα σ. 117.

53 — Βλ. π. χ. Loenen, Titia, και Veldman, Albertine: «Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 12 1996, σ. 43: «Η θεμελιώδης επίθεση κατά της προτιμησιακής μεταχειρίσεως, την οποία φαίνεται να συνεπάγεται η απόφαση στην υπόθεση Kalanke (...)».

54 — Πρόταση οδηγίας του Συμβουλίου για την τροποποίηση της οδηγίας 76/207 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 (ΕΕ 1996, C 179, σ. 8).

ή προαγωγή, προς μέλος του υποεκπροσωπουμένου φύλου, με την προϋπόθεση ότι παρόμοια μέτρα δεν αποκλείουν την αξιολόγηση των ιδιαίτερων περιστάσεων μιας συγκεκριμένης περίπτωσης». [55]

49. Η Επιτροπή θεωρεί ότι η τροποποίηση που προτείνει δεν μεταβάλλει το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως, αλλά έχει απλώς «ερμηνευτικό», «δηλωτικό» και «διευκρινιστικό» χαρακτήρα, δεδομένου ότι, κατά την άποψή της, η απόφαση στην υπόθεση Kalanke αφορά μόνο το συγκεκριμένο είδος μέτρων θετικής δράσεως που αποτελούσε το αντικείμενο της υποθέσεως εκείνης [56]. Για τους λόγους που εξέθεσα ανωτέρω, δεν συμμερίζομαι την άποψη αυτή· κατά τη γνώμη μου, η προταθείσα τροποποίηση είναι πιο νεωτεριστική απ' ό,τι τη θεωρεί η Επιτροπή. Επιπλέον, χαρακτηρίζεται από έλλειψη σαφήνειας [57]. Εάν θεωρηθεί ευκταίο να καθιερωθεί η αρχή ότι ορισμένες μορφές θετικής δράσεως πρέπει να θεωρούνται θεμιτές, τότε είναι αναγκαίο να οριστεί σαφώς το ακριβές πεδίο εφαρμογής της αρχής αυτής (αν και, ενόψει της διαστάσεως των απόψεων όσον αφορά τις δικαιοπολιτικές πτυχές του ζητήματος και των μεταβαλλόμενων οικονομικών και κοινωνικών συνθηκών, θα έπρεπε ίσως να δοθεί στα κράτη μέλη ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως σχετικά με το αν και σε ποιο βαθμό είναι σκόπιμο να κάνουν χρήση μιας παρεκκλίσεως αυτού του είδους).

50. Η δεύτερη πρωτοβουλία είναι μια πρόταση τροποποιήσεως της Συνθήκης, η οποία έχει διατυπωθεί στο πλαίσιο της Διακυβερνητικής Διασκέψεως. Ως φαίνεται, προτείνεται να διευκρινιστεί ότι δεν είναι αντίθετη προς την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και της ισότητας των ευκαιριών η εκ μέρους ενός κράτους μέλους πρόβλεψη ορισμένων μορφών θετικής δράσεως. Η ακριβής διατύπωση και η πολιτική τύχη της προτάσεως αυτής δεν είναι ακόμη γνωστές. Με την προταθείσα τροποποίηση σκοπείται πιθανώς η συμπλήρωση του άρθρου 6, παράγραφος 3, του πρωτοκόλλου υπ' αριθ. 14 της Συνθήκης, σχετικά με την κοινωνική πολιτική (κοινωνικός χάρτης). Η διάταξη αυτή ορίζει ότι το άρθρο 6 (το οποίο θεσπίζει, με διατύπωση σχεδόν πανομοιότυπη με εκείνη του άρθρου 119 της Συνθήκης, την αρχή της ισότητας των αμοιβών) «δεν κωλύει την εκ μέρους των κρατών μελών διατήρηση ή θέσπιση μέτρων που προβλέπουν ειδικά ευεργετήματα για τη διευκόλυνση της άσκησης μιας επαγγελματικής δραστηριότητας από τις γυναίκες ή για την πρόληψη ή αντιστάθμιση μειονεκτημάτων στην επαγγελματική τους σταδιοδρομία». Το άρθρο 6, παράγραφος 3, παρά το γεγονός ότι η Επιτροπή αναφέρθηκε σ'αυτό εν συντομία, είναι άνευ σημασίας για την παρούσα υπόθεση, δεδομένου ότι αφορά μόνο την ισότητα των αμοιβών.

Η σημασία των διεθνών πράξεων

51. Σε πολλές από τις γραπτές παρατηρήσεις που κατατέθηκαν στο Δικαστήριο [58] γίνεται αναφορά σε διεθνείς συμφωνίες οι οποίες, όπως υποστηρίζεται, ενισχύουν την άποψη ότι το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως πρέπει να

55 — Άρθρο 1 της προτάσεως οδηγίας.

56 — Βλ. την αιτιολογική έκθεση, COM(96) 93 τελικό, σ. 3, 4 και 7.

57 — Βλ. επίσης την εμπεριστατωμένη κριτική της προταθείσας τροποποιήσεως που διατύπωσε η Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή με τη γνωμοδότησή της της 25ης Σεπτεμβρίου 1996 (ΕΕ 1997, C 30, σ. 57), ιδίως σημεία 3.1 και 3.2.

58 — Βλ. επίσης την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 4 ανακοίνωση της Επιτροπής, συγκεκριμένα σ. 7 και 8.

τύχει επαρκώς ευρείας ερμηνείας, ώστε μεταξύ των δράσεων που επιτρέπει να συμπεριλαμβάνονται προτιμησιακά μέτρα όπως η επίδικη στην προκείμενη υπόθεση ρύθμιση.

52. Το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας και η Επιτροπή επικαλούνται τη Σύμβαση για τις δυσμενείς διακρίσεις της Διεθνούς Οργανώσεως Εργασίας [59], που έχει κυρωθεί απ' όλα τα κράτη μέλη, εξαιρουμένων της Ιρλανδίας, του Λουξεμβούργου και του Ηνωμένου Βασιλείου. Το άρθρο 5 της συμβάσεως αυτής προβλέπει τα εξής:

«1. Τα ειδικά μέτρα προστασίας ή αρωγής που προβλέπονται σε άλλες συμβάσεις ή συστάσεις της Διεθνούς Οργανώσεως Εργασίας δεν θεωρούνται ως επαγόμενα δυσμενείς διακρίσεις.

2. Κάθε συμβαλλόμενο μέρος μπορεί, κατόπιν διαβουλεύσεων με τις τυχόν υφιστάμενες αντιπροσωπευτικές οργανώσεις των εργοδοτών και των εργαζομένων, να ορίσει ότι δεν επάγονται δυσμενείς διακρίσεις άλλα ειδικά μέτρα που προορίζονται να ανταποκριθούν στις ιδιαίτερες ανάγκες των προσώπων σχετικά με τα οποία γίνεται εν γένει δεκτό ότι, για λόγους όπως είναι το φύλο, η ηλικία, η αναπηρία, τα οικογενειακά βάρη ή το κοινωνικό ή πολιτιστικό επίπεδο, χρήζουν ειδικής προστασίας ή αρωγής.»

59 — Συμφωνία υπ' αριθ. 111 της 25ης Ιουνίου 1958, σχετικά με τις δυσμενείς διακρίσεις στον τομέα της απασχολήσεως και της επαγγελματικής δραστηριότητας, *United Nations Treaty Series*, τόμος 362, σ. 31.

53. Το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, η Αυστριακή, η Φινλανδική και η Νορβηγική Κυβέρνηση καθώς και η Επιτροπή επικαλούνται τη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την εξάλειψη όλων των μορφών διακρίσεως σε βάρος των γυναικών, που έχει κυρωθεί από όλα τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας [60], και, ειδικότερα, το άρθρο 4, παράγραφος 1, αυτής, το οποίο προβλέπει τα εξής:

«Η εκ μέρους των κρατών μελών υιοθέτηση ειδικών προσκαίρων μέτρων που αποσκοπούν στην επίσπευση της εγκαθιδρύσεως μιας πραγματικής ισότητας μεταξύ των ανδρών και των γυναικών δεν θεωρείται ως πράξη διακρίσεως όπως καθορίζεται στην παρούσα Σύμβαση, αλλά δεν πρέπει με κανένα τρόπο να έχει σαν συνέπεια τη διατήρηση κανόνων άνισων ή ξεχωριστών· τα μέτρα αυτά πρέπει να καταργηθούν μόλις επιτευχθούν οι αντικειμενικοί σκοποί στο θέμα της ισότητας ευκαιριών και μεταχειρίσεως.»

54. Και οι δύο προαναφερθείσες συμβάσεις επιτρέπουν, κατά παρέκκλιση από την καταρχήν απαγόρευση των διακρίσεων την οποία προβλέπουν, «ειδικά μέτρα», ακόμη και αν αυτά επάγονται εκ πρώτης όψεως δυσμενείς διακρίσεις. Οι μετέχοντες στη διαδικασία που επικαλούνται τις συμβάσεις αυτές προβάλλουν, είτε ρητά είτε σιωπηρά, ότι η επίδικη εθνική ρύθμιση δεν αντίκειται στις συμβάσεις αυτές και ότι το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας πρέπει να ερμηνευθεί κατά τρόπο σύμφωνο προς αυτές.

60 — Ψήφισμα υπ' αριθ. 34/180 της Γενικής Συνελεύσεως, που εκδόθηκε στις 18 Δεκεμβρίου 1979.

55. Οι διατάξεις των εν λόγω συμβάσεων των οποίων έχει γίνει επίκληση είναι αναμφισβήτητα αόριστες: δεν είναι καθόλου σαφές το αν καλύπτουν προτιμησιακά μέτρα όπως αυτά που επιβάλλει η εν προκειμένω επίδικη εθνική ρύθμιση. Επομένως, ουδόλως μπορούν να χρησιμεύσουν ως βοηθήματα για την ερμηνεία των ειδικότερων διατάξεων του άρθρου 2, παράγραφος 4.

56. Επιπλέον, η διατύπωση των συμβάσεων αυτών έχει σαφώς δυνητικό και όχι επιτακτικό χαρακτήρα. Επομένως, η ερμηνεία του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας την οποία υποστηρίζω δεν έχει ως αποτέλεσμα μια άμεση σύγκρουση με τις συμβάσεις αυτές, όπως θα συνέβαινε εάν, π. χ., οι εν λόγω συμβάσεις επέβαλλαν ρητά στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λάβουν μέτρα θετικής δράσεως όπως τα επίμαχα εν προκειμένω. Κατά συνέπεια, παρέλκει η εξέταση της περιπτώσεως κατά την οποία θα υπήρχε σύγκρουση. Τούτο θα ήγειρε μια σειρά δυσεπίλυτων ζητημάτων σχετικά με το άμεσο αποτέλεσμα των εν λόγω συμβάσεων και το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 234 της Συνθήκης ΕΚ [61].

57. Όσον αφορά, όμως, το γενικότερο ζήτημα του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 2, παράγραφος 4, της οδηγίας, τα είδη μέτρων τα οποία, κατά τη γνώμη μου, επιτρέπονται δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 4, συμπίπτουν εν πάση περιπτώσει με τα είδη μέτρων που οι συμβάσεις αυτές φαίνονται να σκοπούν να διευκολύνουν.

Πρόταση

58. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο ερώτημα που υπέβαλε το Verwaltungsgericht Gelsenkirchen την ακόλουθη απάντηση:

«Το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας, απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι στους τομείς της δημόσιας υπηρεσίας όπου οι γυναίκες είναι λιγότερες από τους άνδρες στο οικείο επίπεδο θέσεως οι γυναίκες πρέπει να προάγονται κατά προτεραιότητα, εφόσον οι άνδρες και οι γυναίκες υποψήφιοι έχουν ίσα προσόντα (καταλληλότητας, ικανότητας και επαγγελματικής αποδόσεως), εκτός αν προέχουν λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου.»

61 — Βλ., τελευταία, απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 1997 στην υπόθεση C-124/95, Centro-Com (Συλλογή 1997, σ. I-81, σκέψεις 55 έως 60).