JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
F. G. JACOBS
15 päivänä toukokuuta 1997 *

1. Onko miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY (jäljempänä tasa-arvodirektiivi) [1] 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaista se, että kansallisen lainsäädännön mukaan julkishallinnon aloilla, joilla naisia on kyseisen ura-alueen viroissa miehiä vähemmän, naisille on annettava etusija, jos mies- ja naispuoliset ylennyskelpoiset henkilöt ovat yhtä päteviä (soveltuvuus, kyvykkyys ja ammattikokemus huomioon ottaen), jollei miespuoliselle hakijalle ole hänen henkilöönsä liittyvistä syistä annettava etusijaa? Verwaltungsgericht Gelsenkirchen on esittänyt tällaisen ennakkoratkaisukysymyksen yhteisöjen tuomioistuimelle.

Tasa-arvodirektiivi

2. Tasa-arvodirektiivin 1 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Tämän direktiivin tarkoituksena on toteuttaa jäsenvaltioissa miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa — —. Tästä periaatteesta käytetään jäljempänä nimitystä 'tasa-arvoisen kohtelun periaate'.”

3. Direktiivin 2 artiklassa säädetään asiaa koskevilta osin seuraavaa:

”1. Tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan jäljempänä, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella.

— —

4. Tämä direktiivi ei estä toteuttamasta miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä.”

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

4. Direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

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

5. Direktiivin 6 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Jäsenvaltioiden on kansallisissa oikeusjärjestyksissään toteutettava tarvittavat toimenpiteet, jotta jokainen, joka katsoo joutuneensa loukatuksi sen vuoksi, että 3, 4 tai 5 artiklassa tarkoitettua tasa-arvoisen kohtelun periaatetta ei ole noudatettu, voi esittää vaatimuksensa tuomioistuimessa mahdollisesti ensin saatettuaan asian muun toimivaltaisen viranomaisen käsiteltäväksi."

Tosiseikat ja kansallinen lainsäädäntö

6. Nordrhein-Westfalenin osavaltion (jäljempänä osavaltio) virkamieslaissa säädetään seuraavaa:

"Kun sillä julkishallinnon alalla, jolla päätetään ylennyksestä, naisia on tietyn ura-alueen viroissa miehiä vähemmän, naisille on annettava ylennettäessä etusija, jos hakijat ovat yhtä soveltuvia ja kyvykkäitä ja heillä on sama ammattikokemus, jollei toiselle hakijalle ole annettava etusijaa hänen henkilöönsä liittyvistä syistä." [2]

7. Osavaltion huomautusten mukaan kansallisella säännöksellä on pyritty poistamaan rakenteellista syrjintää, joka kohdistuisi muutoin naisiin perinteisten toissijaisten arviointiperusteiden vuoksi: mies otetaan yleensä toimeen yhtä pätevän naisen sijaan a) koska tämä mies on todennäköisesti vanhempi ja hänen palvelusaikansa on pidempi uran keskeydyttyä harvemmin ja b) koska "sosiaalisista syistä" työ annetaan ennemmin miespuoliselle palkansaajalle, jolla on huollettavia, kuin miespuolisen palkansaajan vaimolle. Kansallisella säännöksellä otetaan käyttöön lisäperuste, eli se, että henkilö on nainen, mikä yleensä on ratkaisevampi peruste kuin perinteiset toissijaiset arviointiperusteet.

8. Tätä säännöstä koskee kuitenkin poikkeus "jollei toiselle hakijalle ole annettava etusijaa hänen henkilöönsä liittyvistä syistä". Tämän poikkeuksen täsmällinen soveltamisala ei ole

2 — *Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen*in 25 §:n 5 momentin toisen virkkeen ensimmäinen osa, julkaistu 1.5.1981 annetussa tiedonannossa (Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GVNW, s. 234), sellaisena kuin tämä laki on viimeksi muutettuna 7.2.1995 annetun *Siebtes Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften*in 1 §:llä (GVNW, s. 102)

ensi arviolta täysin selvä. Se ei välttämättä ole sattuma: osavaltion kirjallisten huomautusten mukaan lainsäätäjä on tietoisesti valinnut epätäsmällisen oikeudellisen ilmaisun riittävän joustavuuden takaamiseksi ja erityisesti harkintavallan antamiseksi viranomaisille, jotka voivat ottaa huomioon kaikenlaiset toisen hakijan henkilöön liittyvät syyt. Osavaltion kirjallisten ja suullisten huomautusten perusteella näyttää kuitenkin siltä, että nämä syyt sisältävät ainakin edellä perinteisinä toissijaisina arviointiperusteina mainitut virkaiän ja "sosiaaliset syyt". Jo tämä herättää epäilyksiä siitä, että tällainen poikkeus saattaa sellaisenaan olla syrjivä ja siten lainvastainen; palaan tähän jäljempänä.

9. Opettajana toimiva Hellmut Marschall haki ylempää tointa. Hänelle ilmoitettiin, että toimeen nimitetään naispuolinen hakija: molemmat hakijat olivat yhtä päteviä, ja koska naisia oli kyseisellä palkka- ja uratasolla miehiä vähemmän, edellä selostetun lainsäädännön mukaan naispuolinen hakija oli ylennettävä. Marschall nosti kanteen ja vaati, että vastaajana oleva viranomainen velvoitetaan nimittämään hänet kyseiseen toimeen. Koska Verwaltungsgericht Gelsenkirchen ei ollut varma siitä, onko tämä lainsäädäntö tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan mukainen, se lykkäsi asian käsittelyä ja saattoi edellä esitetyn ennakkoratkaisukysymyksen yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi.

10. Nordrhein-Westfalenin osavaltio, Itävallan, Suomen, Ranskan, Norjan [3], Espanjan, Ruotsin ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset sekä komissio esittivät kirjalliset huomautuksensa. Nordrhein-Westfalenin osavaltio, Suomen, Alankomaiden, Ruotsin ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset sekä komissio olivat istunnossa edustettuina.

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö

11. On syytä heti alkuun todeta, että ennakkoratkaisupyynnön sanamuodosta ilmenee, että yhteisöjen tuomioistuinta ei tässä tapauksessa ole pyydetty ratkaisemaan sitä, ovatko positiivinen syrjintä tai mahdollisuuksia edistävät toimenpiteet [4] toivottavia, eikä olisi asianmukaista esittää tällaista kysymystä: kansallisen tuomioistuimen kysymys koskee sitä, onko kansallinen oikeussääntö tasa-arvodirektiivin kahden tietyn säännöksen mukainen. Samalla tavoin yhteisöjen tuomioistuin käsitteli äskettäin vastaavanlaisessa kansallista säännöstä koskeneessa asiassa Kalanke [5] antamassaan tuomiossa ainoastaan

3 — Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 20 artiklan perusteella, sellaisena kuin se on muutettuna Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen päätösasiakirjaan liitetyllä EY:n julistuksella EFTA-valtioiden oikeuksista Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa, EYVL 1994 L 1, s. 523.

4 — Ks. käsitteen osalta julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus asiassa C-450/93, Kalanke v. Bremen, tuomio 17.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3051, jäljempänä Kalanke-tapaus), erityisesti ratkaisuehdotuksen 8 kohta. Ks. myös komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, 17.10.1995 antaman tuomion tulkinnasta, COM(96) 88 lopull., s. 3.

5 — Mainittu edellä alaviitteessä 4. Tuomiosta on kirjoitettu lukuisia artikkeleita ja kommentaareja. Osavaltion kirjallisissa huomautuksissa on siteerattu laajasti Saksassa julkaistuja kirjoituksia.

tämän säännöksen yhteensopivuutta näiden direktiivin säännösten kanssa, vaikka tieteen parissa on esitetty muitakin näkemyksiä. [6] Käsittelen jäljempänä laajempaa kysymystä yhteisöjen tuomioistuimen asemasta oikeuspoliittisten kysymysten ratkaisijana.

12. Ennen kuin käsittelen Kalanke-tapausta, tarkastelen lyhyesti kahta aikaisempaa tapausta, joissa on arvioitu käsiteltävässä asiassa ratkaisevan 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaa.

13. Asia Hofmann [7] koski sellaisen kansallisen säännöksen yhteensopivuutta tasa-arvodirektiivin kanssa, jolla rajoitetaan palkallisen vapaan myöntämistä äideille lapsen syntymän jälkeen. Yhteisöjen tuomioistuin ei perustanut ratkaisuaan 2 artiklan 4 kohtaan vaan sen sijaan 2 artiklan 3 kohtaan, jossa säädetään, että direktiivin estämättä saadaan soveltaa säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella. Julkisasiamies Darmon käsitteli kuitenkin 2 artiklan 4 kohtaa ja katsoi seuraavaa:

"Direktiivin järjestelmästä ilmenee selvästi, että 2 artiklan 2—4 kohdassa olevat poikkeukset osoittavat 2 artiklan 1 kohdassa olevan periaatteen täsmälliset rajat. Pelkästään tämä järjestelmä tuo esille sen, miten tärkeinä yhteisön lainsäätäjä on pitänyt näitä poikkeuksia, minkä poikkeusten tarkastelu vahvistaa.

Direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa säädetty poikkeus on omaa luokkaansa. Säännös mahdollistaa kansalliset toimenpiteet, joilla 'toteutetaan miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä, erityisesti poistamalla eriarvoisuutta'. Tässä ilmeisesti vain poiketaan pääsäännöstä; yrittämällä korvata olemassa olevaa syrjintää sillä pyritään palauttamaan tasa-arvo eikä loukkaamaan sitä. Toisin sanoen koska siinä oletetaan, että on olemassa eriarvoisuutta, joka on poistettava, poikkeusta on tulkittava laajasti." [8]

14. Toisessa tapauksessa, asiassa komissio vastaan Ranska [9], oli kyse kansallisesta tasa-arvolaista tehdyn poikkeuksen yhteensopivuudesta tasa-arvodirektiivin kanssa. Poikkeuksella oli tarkoitus vapauttaa syrjintäkiellosta sellaiset työsopimusehdot tai työehtosopimukset, joissa myönnettiin nai-

6 — Ks. esim. Brems, E., 2 *Columbia Journal of European Law* 172, 1995/96, s. 177: "Sen sijaan, että Tesauro katsoisi, että kaikki kolme mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden menetelmää yhdistettäisiin, hän siirtyy käsittelemään direktiivin sanamuotoa"; ks. myös Peters, A., "The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law — A Conceptual Analysis", 2 *European Law Journal* 177, 1996, s. 190, jonka mukaan ratkaisu "osoittaa, että yhteisöjen tuomioistuimelta puuttuu valmius tunnustaa tyyppiesimerkkien lukumäärästä johtuvat jännitteet".

7 — Asia 184/83, Hofmann v. Barmer Ersatzkasse, tuomio 12.7.1984 (Kok. 1984, s. 3047).

8 — Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia Hofmann, julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen 9 kohta.

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

sille tiettyjä erityisiä oikeuksia. Tällaisia erityisiä oikeuksia olivat yli 59-vuotiaiden tai tietyissä työtehtävissä, kuten konekirjoitustehtävissä olevien tai tietokoneella työskentelevien naisten työajan lyhentäminen, eläkeiän varhentaminen, loma lapsen adoptoimista varten, loma lapsen sairauden vuoksi, vapaapäivä koulun lukukauden ensimmäisenä päivänä, joitakin vapaatunteja äitienpäivänä, rahasuoritukset äitien auttamiseksi hoitopaikan tai lapsenvahdin kustantamiseksi, äitiysloman pidentäminen, ylimääräisten vuosilomapäivien myöntäminen jokaista lasta kohden ja ylimääräisten eläkepisteiden myöntäminen toisen ja sitä seuraavien lasten osalta. [10]

15. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, ettei toimenpiteitä voida perustella 2 artiklan 4 kohdan perusteella, ja totesi seuraavaa:

"Direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa säädetyn poikkeuksen tarkoin rajattuna tavoitteena on sallia sellaiset syrjiviltä näyttävät toimenpiteet, joilla pyritään tehokkaasti poistamaan tai vähentämään yhteiskunnassa mahdollisesti vallitsevaa eriarvoisuutta." [11]

16. Kaikkein viimeisin tapaus, jossa yhteisöjen tuomioistuin käsitteli 2 artiklan 4 kohtaa ja joka on myös kaikkein olennaisin yhteisöjen tuomioistuimessa esillä olevan asian kannalta, on Kalanke-tapaus. [12] Kalanke-tapauksessa kyseessä olleen säännöksen mukaan naiset, jotka ovat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, on asetettava työhönotossa etusijalle aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina, ja siinä täsmennetään, että aliedustus on kyseessä, kun naiset eivät edusta vähintään puolta työntekijöistä jokaisen työyksikön jokaisessa palkkaluokassa. [13] Säännökseen ei sisältynyt poikkeuksia; Kalanke-tapauksen kansallisen tuomioistuimen mukaan tätä säännöstä oli kuitenkin tulkittava Saksan perustuslain mukaisesti siten, että vaikka ylennettäessä etusija oli periaatteessa annettava naiselle, kohtuuden vuoksi oli kuitenkin tarvittaessa voitava tehdä poikkeus tähän etuoikeuteen. [14]

10 — Ks. julkisasiamies Sir Gordon Slynnin ratkaisuehdotuksen 8 kohta, s. 6327.

11 — Tuomion 15 kohta. Tuomion englanninkielisen käännöksen ilmaisu "actual instances of inequality" (vallitseva eriarvoisuus) on ehkä suositeltavampi kuin direktiivin 2 artiklan 4 kohdan englanninkielinen versio, jossa käytetään ilmaisua "existing inequalities" (eriarvoisuus). Tämä tuomiossa käytetty ilmaisu on myös lähempänä 2 artiklan 4 kohdan muita kieliversioita. Julkisasiamies Slynn katsoi, että kyseisiä toimenpiteitä ei voida perustella 2 artiklan 4 kohdan mukaan, koska miehillä ei ole koskaan ollut kyseisiä oikeuksia ja koska sen vuoksi kyse ei ollut miehiä suosivasta eriarvoisuudesta, joka vaikuttaisi naisten mahdollisuuksiin. Tämä kanta perustuu kuitenkin ilmeisesti 2 artiklan 4 kohdan englanninkielisen version jokseenkin kirjaimelliseen tulkintaan.

12 — Mainittu edellä alaviitteessä 4.

13 — Tuomion 3 kohta.

14 — Tuomion 9 kohta.

17. Eckhard Kalanke ja Heike Glißmann olivat parhaiden hakijoiden joukossa ylennystä harkittaessa. Heitä pidettiin yhtä pätevinä, ja naiset olivat aliedustettuina kyseisellä alalla; kansallisen säännöksen perusteella virkaan piti valita Glißmann. Kalanke nosti kanteen, jossa hän muun muassa riitautti Saksan laissa olevan kansallisen säännöksen pätevyyden. Vaikka Bundesarbeitsgericht katsoi, että säännös oli niiden kansallisten säännösten mukainen, joihin Kalanke oli vedonnut, se oli epävarma säännöksen yhteensopivuudesta tasa-arvodirektiivin kanssa ja esitti yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksiä 2 artiklan 1 ja 4 kohdan soveltamisalasta.

18. Yhteisöjen tuomioistuimen lähtökohtana oli, että sukupuoleen perustuvaa syrjintää oli sellainen kansallinen säännös, jonka mukaan ne naiset, jotka olivat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, saivat ylennettäessä automaattisesti etusijan niillä aloilla, joilla naiset olivat aliedustettuina. [15] Koska tasa-arvodirektiivin tarkoituksena on toteuttaa jäsenvaltioissa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate muun muassa mahdollisuuksissa työhön ja uralla etenemiseen ja koska 2 artiklan 1 kohdan mukaan tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan, että "minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti", tätä periaatetta oli ensi arviolta selvästi loukattu.

19. Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin harkitsi, onko tällainen säännös sallittu 2 artiklan 4 kohdan perusteella. Vahvistaen asiassa komissio vastaan Ranska [16] antamansa tuomion perustelut yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tämän säännöksen tarkoin rajattuna tavoitteena on sallia sellaiset syrjiviltä näyttävät toimenpiteet, joilla pyritään tehokkaasti poistamaan tai vähentämään yhteiskunnassa mahdollisesti vallitsevaa eriarvoisuutta. Siten säännöksellä sallitaan sellaiset erityisesti naisia suosivat kansalliset toimenpiteet, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön, yleneminen mukaan luettuna, ja joiden tavoitteena on parantaa naisten kilpailumahdollisuuksia työmarkkinoilla ja etenemismahdollisuuksia uralla tasa-arvoisesti miesten kanssa. [17]

20. Yhteisöjen tuomioistuin esitti lisäksi naisten mahdollisuuksia edistävistä toimenpiteistä annetussa neuvoston suosituksessa [18] esitetyn näkemyksen, jonka mukaan "tasa-arvoista kohtelua koskevat olemassa olevat oikeudelliset säännöt, joiden tarkoituksena on antaa oikeuksia yksilöille, eivät ole riittäviä poistaakseen kaiken eriarvoisuuden, jolleivät hallitukset, työmarkkinaosapuolet ja muut asiaan liittyvät osapuolet ryhdy samanaikaisesti toimenpiteisiin tasoittaakseen niitä yhteiskunnan asenteista, käytännöstä ja rakenteista johtuvia haitallisia vaikutuksia, joita naisille aiheutuu työelämässä". [19] Yhteisöjen tuomioistuin jatkoi toteamalla,

15 — Tuomion 16 kohta.

16 — Mainittu edellä alaviitteessä 9.

17 — Tuomion 18 ja 19 kohta.

18 — Naisten mahdollisuuksia edistävistä toimenpiteistä 13 päivänä joulukuuta 1984 annettu neuvoston suositus 84/635/ETY, EYVL 1984, L 331, s. 34.

19 — Johdanto-osan kolmas perustelukappale. Suomennettu yhteisöjen tuomioistuimessa, koska EYVL:ssä ei ole julkaistu suomenkielistä tekstiä.

että koska 2 artiklan 4 kohta on poikkeus tasa-arvodirektiivillä vahvistetusta yksilön oikeudesta, sitä on tulkittava suppeasti. [20]

21. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan työpaikkaan nimitettäessä tai ylennettäessä taataan naisille täydellinen ja ehdoton etusija, on pidemmälle menevä toimenpide kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen ja se ylittää näin ollen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdassa olevan poikkeuksen soveltamisen rajat. [21] Se totesi lisäksi, että tällainen järjestelmä, jolla pyritään toteuttamaan naisten tasainen edustus miehiin verrattuna jokaisen työyksikön jokaisella tasolla, korvaa 2 artiklan 4 kohdassa olevan yhtäläisten mahdollisuuksien edistämisen; kyseinen lopputulos voitaisiin saavuttaa myös pelkästään toteuttamalla yhtäläiset mahdollisuudet. [22] Kansallisen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin vastattiin näin ollen, että direktiivin kanssa ristiriidassa oli tapauksessa kysymyksessä olleen kaltainen lainsäädäntö, jossa säädettiin, että silloin kun yhtä pätevät ehdokkaat ovat eri sukupuolta, ylennettäessä annetaan automaattisesti etusija naispuolisille ehdokkaille niillä aloilla, joilla naiset ovat tässä lainsäädännössä tarkoitetulla tavalla aliedustettuina. [23]

22. Koska yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kansallinen säännös on direktiivin vastainen, sen ei tarvinnut harkita suhteellisuuskysymystä; sen vuoksi joidenkin kirjoittajien tältä osin yhteisöjen tuomioistuimeen kohdistamaa arvostelua [24] ei voida pitää perusteltuna. Toiset kirjoittajat ovat olettaneet virheellisesti, että yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että säännös ei ollut oikeassa suhteessa päämäärään ja että se oli sillä perusteella lainvastainen. [25]

Kalanke-tapauksen soveltaminen käsiteltävään asiaan

23. Yhteisöjen tuomioistuin lähti Kalanke-tapauksessa siitä, toistettakoon se vielä, että sukupuoleen perustuvaa syrjintää ja siten periaatteessa direktiivin vastainen oli sellainen kansallinen säännös, jonka mukaan ne naiset, jotka olivat yhtä päteviä kuin miespuoliset kilpailijansa, saivat ylennettäessä automaattisesti etusijan niillä aloilla, joilla naiset olivat aliedustettuina. Mielestäni on selvää, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva kansallinen säännös on samalla tavoin syrjivä ja siten direktiivin vastainen, jollei sitä voida pitää 2 artiklan 4 kohdan perusteella sallittuna. Vaikka on totta, että tässä asiassa kyseessä olevaa kansallisen säännöksen sana-

20 — Tuomion 20 ja 21 kohta.

21 — Tuomion 22 kohta.

22 — Tuomion 23 kohta.

23 — Tuomion 24 kohta ja tuomiolauselma. Ks. aliedustusta koskevan määritelmän osalta edellä 16 kohta.

24 — Ks. esim. Charpentier, L., "L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité", 32 *Revue trimestrielle de droit européen* 281, 1996, s. 288; edellä alaviitteessä 6 mainittu artikkeli Peters, A., "The Many Meanings of Equality — —", s. 192 ja 193.

25 — Ks. esim. Clergerie, J.-L., *Recueil Dalloz Sirey (Jurisprudence)* 221, 1996, s. 223; edellä alaviitteessä 6 mainittu E. Bremsin oikeustapausselostus, s. 174 ja 175; Senden, L., "Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?", 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 146, 1996, s. 151 ja 152.

muotoa ei ole kirjattu siten, että nainen ylennettäisiin automaattisesti silloin, kun säännöstä voidaan soveltaa, säännöksen soveltamiseen liittyvä vaikeus on kuitenkin siinä, että poikkeustapauksia lukuun ottamatta nainen ylennetään sen vuoksi, että hän on nainen, ja se on ensi arviolta selvästi direktiivissä säädetyn tasa-arvoisen kohtelun periaatteen vastaista. Viittaan erityisesti 3 artiklan 1 kohtaan [26], jonka mukaan tämän periaatteen noudattamisella tarkoitetaan, että *muun muassa* ylentämisen edellytykset eivät ole minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää, *valintaperusteet mukaan lukien.*

24. Olennainen kysymys on se, kuuluuko käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva kansallinen säännös 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaan ja onko se siten yhteensopiva tasa-arvodirektiivin kanssa. Kansallinen tuomioistuin oli valmis tekemään tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön, koska pääasiassa kyseessä oleva kansallinen säännös ja Kalanke-tapauksessa kyseessä ollut säännös eroavat toisistaan. Kansallinen tuomioistuin viittaa erityisesti yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tapauksessa tekemään johtopäätökseen, jonka mukaan "kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan työpaikkaan nimitettäessä tai ylennettäessä taataan naisille *täydellinen ja ehdoton* etusija", ylittää direktiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisen rajat, [27] ja kansallinen tuomioistuin tuo esille kysymyksen siitä, vaikuttaako sen käsiteltävänä olevasta kansallista säännöksestä tehty poikkeus siten, että säännös on yhteensopiva direktiivin kanssa.

25. Ranskan ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset huomauttavat, että kansallinen säännös on poikkeuksesta huolimatta direktiivin vastainen. Näiden hallitusten pääasiallisena perusteluna on se, että koska säännöksellä pyritään saavuttamaan pikemminkin yhtäläinen edustus kuin edistämään yhtäläisiä mahdollisuuksia, yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tapauksessa tekemää ratkaisua voidaan soveltaa.

26. Nordrhein-Westfalenin osavaltio, Itävallan, Suomen, Norjan, Espanjan ja Ruotsin hallitukset sekä komissio [28] ovat päinvastaista mieltä. Ne katsovat, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva kansallinen säännös on joustava, koska poikkeussäännös on olemassa, joten nimityspäätös ei ole verrattavissa Kalanke-tapaukseen, koska naisille ei nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa ole taattu täydellistä ja ehdotonta etusijaa. [29]

27. Mielestäni tässä perustelussa on useita puutteita.

26 — Ks. edellä 4 kohta.

27 — Tuomion 22 kohta; kursivointi tässä.

28 — Ks. myös edellä alaviitteessä 4 mainitun tiedonannon s. 9.

29 — Voidaan panna merkille, että myös Bundesarbeitsgericht, joka esitti ennakkoratkaisupyynnön Kalanke-tapauksessa, oli ratkaistessaan asiaa yhteisöjen tuomioistuimen antaman tuomion perusteella sitä mieltä, että sen käsiteltävänä olleen kansallisen säännöksen ratkaisevana piirteenä oli se, että siitä puuttui sellainen erityinen poikkeus, jollainen on kyseessä nyt käsiteltävässä asiassa. Ks. S. Prechalin selostus Kalanke-tapauksesta, 33 *Common Market Law Review* 1245, 1996, s. 1256 ja edellä alaviitteessä 25 mainittu artikkeli Senden, L., "Positive Action in the EU Put to the Test ——", s. 157.

28. Ensinnäkin Kalanke-tapauksessa kyseessä ollut kansallinen säännös ei itse asiassa ollut täydellinen ja ehdoton: yhteisöjen tuomioistuin pani merkille kansallisen tuomioistuimen kannan, jonka mukaan säännöstä on tulkittava "siten, että vaikka ylennettäessä etusija on periaatteessa annettava naiselle, kohtuuden vuoksi on kuitenkin tarvittaessa voitava tehdä poikkeus tähän etuoikeuteen". [30] Tämän tulkinnan aiheutti epäilys siitä, että säännös olisi muutoin Saksan perustuslain 3 §:n 2 ja 3 momentin vastainen; siinä säädettiin kyseisenä aikana, että miehillä ja naisilla on yhtäläiset oikeudet ja että sukupuoleen perustuva syrjintä on kiellettyä. [31] Koska yhteisöjen tuomioistuin totesi Kalanke-tapauksessa, että siinä kyseessä olleeseen säännökseen liittyi poikkeuksia, viittaus "automaattiseen" etusijaan on ymmärrettävä tässä valossa.

29. Lisäksi on todettava, että Kalanke-tapauksessa tehty johtopäätös viittaa siihen, että nyt käsiteltävänä oleva säännös on lainvastainen. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi tuomion 23 kohdassa, että kansallinen säännös, "jolla pyritään toteuttamaan naisten tasainen edustus miehiin verrattuna — —, korvaa direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa olevan yhtäläisten mahdollisuuksien edistämisen; kyseinen lopputulos voitaisiin saavuttaa myös toteuttamalla yhtäläiset mahdollisuudet". Jotkut kirjoittajat ovat arvostelleet tätä virkettä sen epäselvyyden vuoksi. [32] Mielestäni sen ajatus on kuitenkin selkeä. Direktiivin 2 artiklan 4 kohta koskee sanamuotonsa mukaisesti "mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä". Julkisasiamies Tesauro katsoi Kalanke-tapauksessa antamassaan ratkaisuehdotuksessaan seuraavasti:

"Mielestäni yhtäläisten mahdollisuuksien antamisella tarkoitetaan ainoastaan, että annetaan mahdollisuus saavuttaa yhtäläinen tulos, eli luodaan sukupuolten välisen tasa-arvon lähtökohtaiset edellytykset. — — Kuitenkin mielestäni on erittäin ilmeistä, että riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä ei suinkaan tavoitella yhtäläisten lähtökohtien turvaamista. Jos kaksi eri sukupuolta olevaa hakijaa ovat yhtä päteviä, itse asiassa määritelmän mukaan molemmilla oli ja on yhtäläiset mahdollisuudet: olosuhteet suosivat lähtökohtaisesti tasa-arvoa. Annettaessa naisille etusija riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä pyritään siis saavuttamaan tasa-arvoinen lopputulos tai pikemminkin työpaikkojen määrällisesti tasainen jakautuminen miesten ja naisten kesken. Mielestäni tämä ei vastaa direktiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaa eikä sen perusteena olevaa oikeudellista päämäärää." [33]

30 — Tuomion 9 kohta.

31 — Ks. myös edellä alaviitteessä 25 mainittu artikkeli Senden, L., "Positive Action in the EU Put to the Test — —", s. 149. Tämän jälkeen 3 §:n 2 momenttiin on lisätty uusi "valtion tavoitteita" koskeva säännös, jonka mukaan valtio "edistää miesten ja naisten todellisen tasa-arvon lujittamista ja pyrkii vähentämään vallitsevia epäkohtia". Ks. myös Gornig, G. H. ja Reckewerth, S., "The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law", 1997, *Public Law* 137, s. 147—149.

32 — Ks. esim. Friden, G.:n oikeustapausselostus, *Annales du droit luxembourgeois* 483, 1995, s. 488—490; De Schutter, O. and Renauld, B., "Egalité 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* 125, 1996, s. 126.

33 — Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen 13 kohta.

30. Se, että molemmat hakijat ovat yhtä päteviä, ei tosin välttämättä merkitse sitä, että heillä on aikaisemmin ollut yhtäläiset mahdollisuudet, koska toinen heistä on yksinkertaisesti saattanut hankkia vastaavan pätevyyden vaikeammissa olosuhteissa kuin toinen tai sellaisessa koulutusohjelmassa, joka on tarkoitettu tällaisista olosuhteista selviytymiseen. (Osavaltio näyttää itse asiassa olettavan, että silloin kun mies ja nainen ovat yhtä päteviä ylennettäessä, nainen on usein nuorempi tai hänen työssäoloaikansa on lyhyempi. Voitaisiin ajatella, että tällaisessa tilanteessa nainen olisi siten osoittanut olevansa kilpailijaansa kykenevämpi ja olisi luonnollinen valinta.) Tämä ei kuitenkaan ole mielestäni yhteisöjen tuomioistuimessa käsiteltävän asian kannalta olennainen kysymys: koska kansallista säännöstä sovelletaan ainoastaan, kun hakijat ovat yhtä päteviä, on selvää, että aina kun säännöstä sovelletaan, kyseessä ovat yhtä pätevät hakijat, joilla on määritelmän mukaisesti yhtäläiset mahdollisuudet tulla ylennetyksi, kun valintamenettely ei ole syrjivä.

31. Julkisasiamies Tesauro kehitteli ratkaisuehdotuksessaan ajatusta 2 artiklan 4 kohdan mukaan sallituista toimenpiteistä, eli niistä, joiden tarkoituksena on "poistaa niitä haittoja, jotka estävät naisia saavuttamasta samoja tuloksia samanlaisissa olosuhteissa" ja toimenpiteistä, jotka eivät ole yhtä sallittuja, eli niistä, joiden tarkoituksena on "vaikuttaa suoraan näihin tuloksiin tai ainakin antaa naisille etuoikeus saavuttaa tulokset *vain sikesi, että he ovat naisia*". [34] Mielestäni on selvää, että juuri tämä ero on yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan taustalla sen Kalanke-tapauksessa antaman tuomion 23 kohdassa. Ero on käsitteellisesti selvä riippumatta siitä, onko se ilmaistu haittojen poistamisena lopputulokseen velvoittamisen sijaan tai varmistamalla yhtäläiset lähtökohdat yhtäläisten saavutusten varmistamisen sijaan tai takaamalla yhtäläiset mahdollisuudet yhtäläisen lopputuloksen sijaan, ja mielestäni on yleensä selvää, kummalle puolelle vedettyä rajaa toimenpide kuuluu.

32. Tämän vuoksi katson, että Kalanke-tapauksessa annettu ratkaisu merkitsee sitä, että mikä tahansa säännös, jolla ylitetään yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen velvoittamalla sen sijaan saavuttamaan toivottu lopputulos tasaisesta edustuksesta, jää samalla tavoin tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle ja on siten 2 artiklan 1 kohtaan sisältyvän tasa-arvoisen kohtelun periaatteen vastainen ja tämän hetkisen yhteisön oikeuden mukaan lainvastainen. Tämä tarkastelutapa on mielestäni täysin tasa-arvodirektiivin järjestelmän mukainen. On itsestään selvää, että miehillä ja naisilla ei ole yksittäistapauksessa yhtäläisiä mahdollisuuksia, jos kaikkien muiden seikkojen ollessa yhtäläisiä toinen nimitetään tai ylennetään toisen sijasta ainoastaan sukupuolensa perusteella. Se, että tasa-arvodirektiivillä suojataan yksilön oikeuksia, ilmenee selvästi 6 artiklasta, [35] jonka mukaan jäsenvaltioiden on kansallisissa oikeusjärjestyksissään toteutettava tarvittavat toimenpiteet, jotta jokaisella, "joka katsoo joutuneensa loukatuksi sen vuoksi, että 3, 4 tai 5 artiklassa tarkoitettua tasa-arvoisen kohte-

34 — Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen 22 kohta.

35 — Ks. edellä 5 kohta.

lun periaatetta ei ole noudatettu", olisi asianmukaiset oikeussuojakeinot. Jos Kalanke-tapauksessa kyseessä ollutta kansallista säännöstä olisi pidetty lainmukaisena, tällaisessa tilanteessa tasa-arvodirektiivin soveltamisalaan kuuluvilla aloilla työkenteleviltä miehiltä evättäisiin aina tasa-arvoinen kohtelu ja yhtäläiset mahdollisuudet. Tällaista lopputulosta voidaan tuskin pitää 2 artiklan 1 kohdassa ilmaistun tasa-arvoisen kohtelun periaatteen mukaisena tai yhteensopivana 2 artiklan 4 kohdan mukaisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistävien toimenpiteiden kanssa riippumatta siitä, millaiseksi 2 artiklan 4 kohdan soveltamisala ymmärretään.

33. Mielestäni käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva poikkeus kansalliseen säännökseen ei seuraavilla perusteilla vaikuta siihen johtopäätökseen, että tämä säännös on lainvastainen.

34. Ensinnäkin kuten kansallinen tuomioistuin ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus toteavat, poikkeusta sovellettaessa sillä ainoastaan korvataan erityistapauksessa säännös, jonka mukaan naisilla on etusija, mutta sillä ei muuteta sitä, että säännös sinänsä on syrjivä.

35. Lisäksi kuten Ranskan hallitus toteaa, kyseisen poikkeuksen soveltamisala on (ja ilmeisesti [36] sen tarkoituksena oli olla) epäselvä. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan oikeusvarmuuden periaate ja yksilön oikeuksien suoja edellyttävät yhteisön oikeuden soveltamisalalla, että jäsenvaltioiden lainsäädäntö on laadittu yksiselitteisesti, jotta asianomaiset voivat tuntea selvästi ja täsmällisesti oikeutensa ja velvollisuutensa ja jotta kansalliset tuomioistuimet voivat varmistaa, että näitä oikeuksia ja velvollisuuksia noudatetaan. [37]

36. Vaikka poikkeuksen olemassaolo voisi periaatteessa tehdä tällaisen säännöksen yhteensopivaksi direktiivin kanssa, näin voisi olla kuitenkin vain, jos itse poikkeus olisi kiistaton. Näin ei näytä olevan tässä tapauksessa. Edellä olevissa kohdissa esitettyjen huomautusten lisäksi on mainittava vielä eräs seikka, joka liittyy poikkeuksen soveltamiseen. Osavaltio ilmoitti, että käsiteltävänä olevan kansallisen säännöksen tarkoituksena on korvata valintamenettelyssä "perinteisten toissijaisten arviointiperusteiden" soveltaminen, joita se pitää — epäilemättä oikein [38] — syrjivinä. Poikkeuksella on kuitenkin ilmeisesti tarkoitettu, että juuri näitä arviointiperusteita voidaan kuitenkin soveltaa silloin, kun poikkeukseen vedotaan, mistä seuraa, että toimeen valitaan miespuolinen hakija sellaisilla perusteilla, joita pidetään syrji-

36 — Ks. edellä 8 kohta.

37 — Ks. esim. asia 257/86, komissio v. Italia, tuomio 21.6.1988 (Kok. 1988, s. 3249, 12 kohta).

38 — Palaan tähän kysymykseen 40 kohdassa.

vinä. [39] Kun kerran naisille heidän sukupuolensa perusteella täydellisen etusijan antava säännös on lainvastainen, sitä suuremmalla syyllä on lainvastainen ehtoja sisältävä säännös, jonka mukaan joko naiset saavat etusijan sukupuolensa perusteella tai miehet saavat etusijan kiistatta syrjivien arviointiperusteiden vuoksi.

37. Tämän vuoksi katson, että käsiteltävänä oleva kansallinen säännös on poikkeuksesta huolimatta lainvastainen yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tapauksessa antaman tuomion perusteella. Totean lisäksi yleisenä huomautuksena, että mielestäni pitäisi vastustaa mitä tahansa yritystä erottaa asia Kalanke-tapauksesta suppeilla teknisillä perusteilla. Kuten olen selostanut edellä, ne perusteet, joilla yhteisöjen tuomioistuin antoi tuossa asiassa ratkaisunsa, ovat selkeät ja soveltuvat käsiteltävään asiaan. Pyrkimys erottaa samankaltaiset tapaukset riidanalaisen lainsäädännön vivahde-erojen perusteella voi aiheuttaa sekaannusta lain sisällöstä ja lisätä mielivaltaisia lopputuloksia riita-asioissa.

38. Voidaan väittää, [40] että kansallisen säännöksen katsominen pätemättömäksi vaikuttaisi siten, että palattaisiin niihin arviointiperusteisiin, jotka sillä oli tarkoitus korvata ja jotka osavaltio on todennut syrjiviksi, ja että siten tuskin toteutuu "miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön". [41]

39. Se, että käsiteltävässä asiassa ja Kalanke-tapauksessa kyseessä olevat kansalliset säännökset ovat yhteisön oikeuden vastaisia, ei merkitse sitä, että viranomainen voisi soveltaa niin sanottuja perinteisiä toissijaisia arviointiperusteita, joita väitetään sovellettavan tällaisten säännösten puuttuessa. [42] Näyttää itse asiassa selvältä, että jossakin sovelletaan tällaisia arviointiperusteita ja pidetään niitä hyväksyttävinä: esimerkiksi Kalanken sanotaan väittäneen kansallisissa tuomioistuimissa, että vaikka oletettaisiin Glißmannin olevan yhtä pätevä, hänet olisi pitänyt ylentää sosiaalisilla perusteilla (eli koska hän oli naimisissa, hänen vaimonsa ei ollut työssä ja hänellä oli kolme lasta). [43] On yhtä ilmeistä, että tällaisten arviointiperusteiden soveltamisella valintamenettelyssä rikotaan sinänsä tasa-arvodirektiiviä: 2 artiklan 1 kohdassa

39 — Kalanke-tapauksessa ennakkoratkaisupyynnön tehneen Bundesarbeitsgerichtin väitetään todenneen, että Bremenin lainsäätäjä, joka oli säätänyt tuossa asiassa kyseessä olleen säännöksen, ei tarkoituksella laatinut yhtä väljästi muotoilltua poikkeusta kuin tässä asiassa, koska se katsoi, että oli liian suuri vaara, että tällaisen poikkeuksen soveltaminen johtaisi välilliseen syrjintään. Ks. edellä alaviitteessä 29 mainittu S. Prechalin oikeustapausselostus, s. 1257. Osavaltio katsoi lisäksi nyt käsiteltävänä olevassa asiassa pidetyssä istunnossa, että Damokleen miekkana ilmaistuun säännökseen vedottiin harvoin, koska sen soveltamisen pelättiin johtavan oikeustoimiin.

40 — Ks. esim. Schiek, D., "Positive Action in Community Law", 25 *Industrial Law Journal* 239, 1996, s. 241.

41 — Direktiivin 1 artiklan 1 kohta.

42 — Ks. edellä 7 kohta.

43 — Ks. edellä alaviitteessä 40 mainittu artikkeli Schiek, D., "Positive Action in Community Law", s. 240; edellä alaviitteessä 25 mainittu artikkeli Senden, L., "Positive Action in the EU Put to the Test — —", s. 147 ja 148 ja edellä alaviitteessä 29 mainittu S. Prechalin oikeustapausselostus, s. 1246.

säädetään, muistutettakoon vielä, että "minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella", ja 3 artiklan 1 kohdassa tällainen syrjintä kielletään nimenomaisesti "niissä ehdoissa, valintaperusteet mukaan lukien, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön tai tehtävään". Jäsenvaltio, joka hyväksyy tällaisten syrjivien arviointiperusteiden soveltamisen, rikkoo tasa-arvodirektiivin ja perustamissopimuksen 5 ja 189 artiklan mukaisia velvoitteitaan, kuten myös sellainen jäsenvaltio, joka ei ole taannut sitä, että jokainen, joka katsoo joutuneensa loukatuksi syrjinnän vuoksi, voi direktiivin 6 artiklan mukaisesti "esittää vaatimuksensa tuomioistuimessa". [44]

Direktiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisala

40. Olen edellä esitetyistä syistä päätynyt siihen, että tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaista on se, että kansallisen lainsäädännön mukaan julkishallinnon aloilla, joilla naisia on kyseisen ura-alueen viroissa miehiä vähemmän, naisille on annettava etusija, jos mies- ja naispuoliset ylennystä hakevat henkilöt ovat yhtä päteviä (soveltuvuus, kyvykkyys ja ammattikokemus huomioon ottaen), jollei miespuoliselle hakijalle ole hänen henkilöönsä liittyvistä syistä annettava etusijaa.

44 — Ks. asia 14/83, Von Colson ja Kaman, tuomio 10.4.1984 (Kok. 1984, s. 1891, 18 kohta); ks. myös asia C-180/95, Draehmpaehl, tuomio 22.4.1997 (24—27 kohta).

41. Voisi olla tarkoituksenmukaista tarkastella sen tyyppisiä toimenpiteitä, jotka voivat mielestäni kuulua 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaan, jonka mukaan, toistan sen vielä, direktiivi "ei estä toteuttamasta miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä", eli mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa.

42. Direktiivin 2 artiklan 4 kohdan sanamuodosta ja yhteisöjen tuomioistuimen siitä tekemästä tulkinnasta ilmenee selvästi, että se koskee yhtäläisten mahdollisuuksien edistämistä eikä tasaisen edustuksen toteuttamista ja että jäsenvaltioille jää toimivalta toteuttaa syrjiviltä näyttäviä toimenpiteitä, joilla on tarkoitus poistaa erityisiä esteitä tai epäkohtia, joita naiset kohtaavat työmarkkinoilla, ja joilla edistetään miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia ja siten naisten parempaa edustusta työpaikoilla. Suhteellisuusperiaate edellyttää kuitenkin, että tällaiset toimenpiteet ovat sekä sopivia että tarpeellisia tällaisen päämäärän tavoittelemiseksi.

43. Nimenomaisesti toista sukupuolta koskeva toimenpide ei ole mielestäni oikeassa suhteessa päämäärään pyrittäessä poistamaan naisten käytännössä kohtaama eriarvoisuus ja edistämään yhtäläisiä mahdollisuuksia, jos samaan lopputulokseen voidaan päästä

sukupuolineutraalilla säännöksellä. [45] Esimerkkinä tällaisesta säännöstä voidaan mainita se, että yhteisön toimielimet määräävät yleensä palvelukseen ottamisessa ikärajan nostamisesta "sellaisen hakijan osalta, joka on ollut yhtäjaksoisesti vähintään vuoden ajan harjoittamatta ammattiaan huolehtiakseen huollettavanaan olevasta alle oppivelvollisuusikäisestä lapsesta". [46]

44. Vaikka tällainen sääntö on ilmaistu sukupuolineutraalilla tavalla, se koskee käytännössä huomattavasti useammin naisia kuin miehiä. Riippumatta tästä välillisesti syrjivästä vaikutuksesta tällainen sääntö on mielestäni 2 artiklan 4 kohdan perusteella lainmukainen.

45. Saattaa kuitenkin olla toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on poistaa erityisesti naisten kohtaamia epäkohtia työmarkkinoilla ja joiden päämäärät saavutetaan paremmin, jos ne laaditaan siten, että ainoastaan naiset voivat hyötyä niistä. Myös tällaiset toimenpiteet kuuluvat mielestäni 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaan. Tämä käsitys noudattaa yhteisöjen tuomioistuimen Kalanke-tapauksessa tekemää johtopäätöstä, jonka mukaan 2 artiklan 4 kohdassa "sallitaan sellaiset erityisesti naisia suosivat kansalliset toimenpiteet, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön, yleneminen mukaan luettuna, ja joiden tavoitteena on parantaa naisten kilpailumahdollisuuksia työmarkkinoilla ja etenemismahdollisuuksia uralla tasa-arvoisesti miesten kanssa". [47] Direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuilla sallituilla välittömästi syrjivillä toimenpiteillä "on siis pyrittävä poistamaan naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia haittaavia esteitä niin, että toimenpiteitä kohdistetaan esimerkiksi ammatinvalintaan ja ammattikoulutukseen". [48]

Oikeuspoliittinen valinta

46. Hyväksyessäni sellaisen 2 artiklan 4 kohdan tulkinnan, jonka mukaan poikkeuksen alaan eivät kuulu toimenpiteet, joilla annetaan naisille ylennettäessä tai nimitettäessä suoraan etusija aloilla, joilla he ovat aliedustettuina, en ota kantaa siihen, ovatko tällaiset toimenpiteet periaatteessa toivottavia. On itsestään selvää, kuten Yhdistynyt kuningaskunta huomautti Kalanke-tapauksessa, [49] että naisten epätasainen edustus johtuu useiden tekijöiden yhteisvaikutuksesta, ja voi olla, että tällainen naisia suosiva kohtelu on keino parantaa yhtä näistä tekijöistä (vaikka on

45 — Erityisesti sitä, että lastenhoitoa koskevista toimenpiteistä saatavat edut rajoitetaan naisiin, voidaan pitää jopa sen päämäärän vastaisena, että miehiä ja naisia kohdellaan tasa-arvoisina osallistujina työelämään, koska sillä vahvistetaan olettamusta, että ensi sijassa naisten pitäisi vastata lastenhoidosta. Ks. O'Hare, U. 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, ja edellä alaviitteessä 29 mainittu S. Prechalin oikeustapausselostus, s. 1253.

46 — Ks. esim. ilmoitus avoimesta kilpailusta CJ/LA/118, EYVL 1996, C 268 A, s. 8, 3 kohdan c alakohta (juristilingvistien palvelukseen ottaminen yhteisöjen tuomioistuimeen); ilmoitus avoimesta kilpailusta CC/A/6/96, EYVL 1997, C 84 A, s. 5, 1 kohdan b alakohta (tilastoalan hallintovirkamiesten palvelukseen ottaminen tilintarkastustuomioistuimeen).

47 — Tuomion 19 kohta.

48 — Em. asia Kalanke, julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotuksen 19 kohta.

49 — Ks. edellä alaviitteessä 45 mainittu artikkeli O'Hare, U., "Positive Action Before the European Court of Justice — —".

huomattava, että Kalanke-tapauksessa ja käsiteltävässä asiassa kyseessä olevilla säännöksillä on ilmeisesti ollut erittäin vähän vaikutusta, [50] mikä on tuskin yllättävää ottaen huomioon, että poikkeusperusteet ovat olennaisesti samat kuin perusteet, joita olisi sovellettu, jos ei olisi sitä säännöstä, josta poiketaan). Se, onko tällainen käytäntö toivottava tai asianmukainen, kuuluu kuitenkin lainsäätäjälle eikä yhteisöjen tuomioistuimelle, [51] jonka tehtävänä on tässä asiassa, kuten sen tehtävänä oli Kalanke-tapauksessa, tulkita voimassa olevaa lainsäädäntöä. Yhteisöjen tuomioistuimen on vastustettava kaikkia houkutuksia, vaikka kuinka suuria, sitoa lopputulos tiettyyn oikeuspoliittiseen valintaan. Yhdistyneen kuningaskunnan tietty Industrial Tribunal katsoi vastaavanlaisessa tilanteessa työväenpuolueen tietyissä olosuhteissa yksinomaan naisista muodostettujen vaaliluetteloiden laillisuudesta seuraavaa:

"Saattaa olla, että monet pitävät [sukupuolten välisen epätasapainon korjaamista alahuoneessa] hyväksyttävänä perusteena, mutta sillä ei ole merkitystä sen kannalta, johtaako käsiteltävänä oleviin tosiseikkoihin sovellettu järjestely lainvastaiseen sukupuoleen perustuvaan välittömään syrjintään kahta miespuolista hakijaa kohtaan." [52]

47. Mielestäni on selvää, että Kalanke-tapauksessa annettu ratkaisu — paljosta väärinkäsityksiin perustuvasta arvostelusta huolimatta [53] — oli tasa-arvodirektiivin sanamuodon mukainen. Lainsäädäntö oli tosin laadittu yli kaksi vuosikymmentä sitten, ja sen jälkeinen sosiaalinen kehitys saattaa merkitä sitä, että säännös, jonka tarkoitus ja soveltamisala olivat säätämisaikaan sopivia, kaipaa nyt tarkistamista. Myös yhteisön lainsäädännön tarkistaminen kuuluu lainsäätäjälle eikä yhteisöjen tuomioistuimelle. On kiinnostavaa huomata, että tällä hetkellä on kaksi samanaikaista aloitetta, joilla pyritään eri tavoin toteuttamaan tiettyjä positiivisia toimenpiteitä.

48. Komissio ehdotti vuonna 1996 muutosta 2 artiklan 4 kohtaan [54] Kalanke-tapauksessa annetun tuomion vuoksi. Tämä säännös, sellaisena kuin se on muutettuna ehdotuksessa, kuuluisi seuraavasti:

"Tämä direktiivi ei estä toteuttamasta miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa aliedustetun sukupuolen mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä. Mahdollisiin toimenpiteisiin on sisällyttävä etusijan antaminen mahdollisuuksissa työhön tai uralla etenemiseen aliedustetun sukupuo-

50 — Osavaltion tässä asiassa esittämät huomautukset; edellä alaviitteessä 40 mainittu artikkeli Schiek, D., "Positive Action ——". Ks. yleisesti Shaw, J., "Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems", Hepple, B. ja Szyszczak, E., *Discrimination: The Limits of Law*, London ja New York, Mansell Publishing Ltd, 1992, s. 386.

51 — Näin on huolimatta joidenkin kirjoittajien esittämistä vastakkaisista näkemyksistä: ks. esim. edellä alaviitteessä 6 mainittu E. Bremsin oikeustapausselostus, s. 178.

52 — Asia Jepson v. Labour Party, *Industrial Relations Law Reports* 116, 1996, s. 117.

53 — Ks. esim. Loenen, T. ja Veldman, A., "Preferential Treatment in the Labour Market after Kalanke: Some Comparative Perspectives", 12 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 43, 1996, s. 43: "Suosituimmuuskohteluun kohdistunut perustavanlaatuinen isku, jota asiassa Kalanke annettu ratkaisu näyttää merkitsevän ——".

54 — Ehdotus neuvoston direktiiviksi miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY muuttamisesta, EYVL L 1996, C 179, s. 8.

len edustajalle edellyttäen, että näillä toimenpiteillä ei estetä yksittäisen tapauksen erityisten olosuhteiden huomioon ottamista." [55]

49. Komissio katsoo, että sen ehdottamalla muutoksella ei muuteta tasa-arvodirektiivin soveltamisalaa vaan että se on ainoastaan "tulkintaa ohjaava", "toteava" ja "selventävä" ja että sen kanta perustuu siihen, että Kalanke-tapauksessa annettu tuomio rajoittuu tuossa tapauksessa kyseessä olleen kaltaisiin mahdollisuuksia edistäviin toimenpiteisiin. [56] Esittämilläni perusteilla en hyväksy tätä kantaa; mielestäni ehdotettu muutos tuo sen vuoksi useampia muutoksia kuin komissio väittää. Lisäksi se on epäselvä. [57] Jos pidetään toivottavana vahvistaa periaate, jonka mukaan tietyn tyyppisiä positiivisia toimenpiteitä on pidettävä lainmukaisina, silloin on olennaista, että tämän periaatteen täsmällinen sisältö määritellään yksiselitteisesti (vaikka saattaakin olla asianmukaista jättää jäsenvaltioille jonkin verran harkintavaltaa sen osalta, voivatko ne ja missä laajuudessa käyttää tällaista poikkeusta, ottaen huomioon eri poliittiset kannat ja muuttuvat taloudelliset ja sosiaaliset olosuhteet).

50. Toinen aloite on hallitusten välisessä konferenssissa tehty ehdotus perustamissopimuksen muuttamiseksi. Näyttää siltä, että ehdotettu muutos tekisi selväksi, että tasaarvoisen kohtelun ja yhtäläisten mahdollisuuksien periaatteen vastaista ei olisi se, että jäsenvaltio toteuttaa tietynlaisia positiivisia toimenpiteitä. Ehdotuksen tarkka sanamuoto ja poliittinen kohtalo jää nähtäväksi. Vaikuttaa todennäköiseltä, että ehdotetulla muutoksella on tarkoitus täydentää perustamissopimuksen sosiaalipolitiikasta tehdyn pöytäkirjan N:o 14 (sosiaalipöytäkirja) 6 artiklan 3 kohtaa. Tämän määräyksen mukaan 6 artikla (jossa melkein samoin sanoin kuin perustamissopimuksen 119 artiklassa määritellään samapalkkaisuuden periaate) "ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa naisten ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka estää tai hyvittää heidän ammattiuraansa liittyviä haittoja". Koska 6 artiklan 3 kohta rajoittuu samapalkkaisuuteen, siitä ei ole apua käsiteltävässä asiassa, vaikka komissio viittaakin siihen lyhyesti.

Kansainvälisten sopimusten merkitys

51. Useissa yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyissä huomautuksissa [58] on viitattu kansainvälisiin sopimuksiin, joissa väitetään kannatettavan näkemystä, jonka mukaan tasaarvodirektiivin 2 artiklan 4 kohtaa pitäisi tulkita riittävän laajasti, jotta siinä sallittujen toimenpiteiden joukkoon mahtuisivat käsi-

55 — Ehdotetun muutosdirektiivin 1 artikla.

56 — Ks. ehdotuksen perustelut KOM(96) 93 lopull. s. 3, 4 ja 7.

57 — Ks. lisäksi talous- ja sosiaalikomitean hyvin muotoiltu arvostelu muutosehdotuksesta sen 25.9.1996 antamassa lausunnossa, EYVL 1997, C 30, s. 57, erityisesti 3.1 ja 3.2 kohta.

58 — Ks. myös edellä alaviitteessä 4 mainitun komission tiedonannon 7 ja 8 kohta.

teltävässä asiassa kyseessä olevan kansallisen säännöksen kaltaiset suosivat toimenpiteet.

52. Osavaltio ja komissio viittaavat ILO:n syrjintää koskevaan yleissopimukseen [59], jonka kaikki jäsenvaltiot Irlantia, Luxemburgia ja Yhdistynyttä kuningaskuntaa lukuun ottamatta ovat ratifioineet. Sen 5 artiklassa määrätään seuraavaa:

"1. Erityisiä suojelu- tai auttamistoimenpiteitä, joihin on ryhdyttävä muiden Kansainvälisen työkonferenssin hyväksymien sopimusten tai suositusten johdosta, ei ole pidettävä syrjintänä.

2. Jäsenvaltio voi kuultuaan edustavia työnantajain ja työntekijäin järjestöjä, mikäli niitä on, päättää, ettei syrjinnäksi ole katsottava muita erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on turvata sellaisten henkilöiden erityiset tarpeet, joiden sukupuolensa, ikänsä, työkyvyttömyytensä, perheenhuoltovelvollisuuksiensa tai sosiaalisen asemansa tahi sivistystasonsa vuoksi yleisesti myönnetään tarvitsevan erityistä suojelua tai apua."

53. Osavaltio, Itävallan, Suomen ja Norjan hallitukset sekä komissio viittaavat Yhdistyneiden Kansakuntien kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevaan yleissopimukseen, jonka kaikki Euroopan yhteisön jäsenvaltiot ovat ratifioineet, [60] ja erityisesti sen 4 artiklan 1 kappaleeseen, jossa määrätään seuraavaa:

"Sopimusvaltioiden hyväksymiä väliaikaisia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen jouduttamiseksi ei katsota syrjinnäksi tämän yleissopimuksen tarkoittamassa mielessä, mutta ne eivät missään tapauksessa saa johtaa eriarvoisten tai erillisten normien ylläpitämiseen; näistä toimenpiteistä tulee luopua, kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu."

54. Molemmissa yleissopimuksissa sallitaan "erityistoimet", vaikka ne olisivat ensi arviolta syrjiviä, siten, että yleissopimusten sisältämästä syrjintäkiellon periaatteesta poiketaan. Yleissopimukseen vetoavat osapuolet katsovat joko nimenomaisesti tai implisiittisesti, että kyseessä oleva kansallinen säännös ei ole näiden yleissopimusten vastainen ja että tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohtaa pitäisi tulkita siten, että se olisi yhteensopiva yleissopimusten kanssa.

59 — Työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvasta syrjinnästä 25 päivänä kesäkuuta 1958 tehty yleissopimus N:o 111, UNTS, vol. 362, s. 31.

60 — Yleiskokouksen päätöslauselma 34/180, hyväksytty 18.12.1979, SopS 68/1968.

55. Yleissopimusten määräykset, joihin on vedottu, ovat kiistatta epäselviä: ei ole ollenkaan selvää, että ne kattavat nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kansallisen säännöksen kaltaisen suosituimmuuskohtelun. Tämän vuoksi yleissopimuksista ei saada apua tulkittaessa 2 artiklan 4 kohdassa olevia täsmällisempiä säännöksiä.

56. Kyseessä olevien yleissopimusten sanamuodot ovat lisäksi selvästi pikemminkin sallivia kuin pakottavia. Puoltamani tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan tulkinta ei sen vuoksi aiheuta välitöntä ristiriitaa yleissopimusten kanssa, kuten saattaisi olla, jos niissä esimerkiksi edellytettäisiin, että valtiot toteuttavat nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisia positiivisia toimenpiteitä. Tämän vuoksi on tarpeetonta pohtia, miten ristiriitatilanne ratkaistaisiin. Se toisi esille useita vaikeita kysymyksiä yleissopimusten välittömästä oikeusvaikutuksesta ja EY:n perustamissopimuksen 234 artiklan soveltamisalasta. [61]

57. Totean kuitenkin tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 4 kohdan soveltamisalaa koskevasta yleisemmästä kysymyksestä, että sen kaltaiset toimenpiteet, jotka ovat mielestäni 2 artiklan 4 kohdan mukaan sallittuja, ovat joka tapauksessa sen kaltaisia toimenpiteitä, joiden toteuttamista yleissopimuksilla on ilmeisesti tarkoitettu helpottaa.

Ratkaisuehdotus

58. Tämän vuoksi ehdotan, että Verwaltungsgericht Gelsenkirchenin esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vastataan seuraavasti:

Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaista on se, että kansallisen lainsäädännön mukaan julkishallinnon aloilla, joilla naisia on kyseisen ura-alueen viroissa miehiä vähemmän, naisille on annettava etusija, jos mies- ja naispuoliset ylennystä hakevat henkilöt ovat yhtä päteviä (soveltuvuus, kyvykkyys ja ammattikokemus huomioon ottaen), jollei miespuoliselle hakijalle ole hänen henkilöönsä liittyvistä syistä annettava etusijaa.

61 — Ks. viimeksi asia C-124/95, The Queen v. HM Treasury ja The Bank of England, ex parte: Centro-Com, tuomio 14.1.1997 (55—60 kohta).