

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 18 maj 1999 *

Tolkningsfrågorna

1. Det aktuella fallet avser föregiven könsdiskriminering i samband med anställning i ett elitförband inom den brittiska försvarsmakten. Sex frågor har hänskjutits till domstolen angående tillämpningsområdet för EG-fördraget i allmänhet och särskilt tolkningen av artikel 224 i EG-fördraget (nu artikel 297 EG) och artikel 2.2 i direktiv 76/207/EEG (nedan kallat direktivet)¹. Industrial Tribunal, Bury St Edmunds, önskar särskilt att domstolen uttalar sig om huruvida en policy, som grundar sig på nödvändigheten av att säkra militära styrkors stridsduglighet i fredstid och vid förberedelse för krig och som generellt utesluter anställning av kvinnor inom försvarsmakten eller inom ett elitförband av marint infanteri som är strikt organiserat och verksamt enligt principen om "interoperativitet"², helt enkelt faller utanför tillämpningsområdet för fördraget

och direktivet eller, i andra hand, faller utanför tillämpningsområdet för direktivet vid tillämpning av artikel 224 i EG-fördraget eller, i tredje hand, om den kan motiveras med stöd av undantaget i artikel 2.2 i direktivet. Industrial Tribunal, Bury St Edmunds har hänskjutit följande frågor till domstolen:

"1) Skall principbeslut som en medlemsstat fattar under fredstid eller vid krigs- förberedelse i fråga om anställning, yrkesutbildning och arbetsvillkor samt stationering inom försvarsmakten anses falla utanför tillämpningsområdet för EG-fördraget eller dess sekundärrätt, närmare bestämt rådets direktiv 76/207/EEG, när dessa principbeslut fattas i syfte att säkerställa försvarets stridsduglighet?"

2) Skall beslut som en medlemsstat fattar då den förbereder sig för krig och under fredstid med avseende på värvning, utbildning och stationering av soldater inom marinens kommando- trupper, vilka är avsedda för närstrid med fiendestyrkor i händelse av krig, anses ligga utanför tillämpningsområdet för EG-fördraget eller dess sekundärrätt, när dessa beslut fattas i syfte

* Originalspråk: italienska.

1 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

2 — Enligt brittiska Ministry of Defence kan "interoperativitet" sammanfattas som en individs förmåga att utföra mer än en uppgift. När det gäller marininfanterister handlar det om förmågan att agera dels som soldat med en särskild kvalifikation (till exempel som kock), dels till fullo som kommandosoldat (se punkt 2 i begäran om förhandsavgörande).

att säkerställa dessa förbands stridsduglighet?

kvinnor under fredstid eller vid krigsförberedelse utestängs från tjänster som 'interoperativa' marinsoldater, motiveras med stöd av artikel 2.2 i rådets direktiv 76/207/EEG?

3) Tillåter en korrekt tolkning av artikel 224 i EG-fördraget (nu artikel 297 EG) medlemsstaterna att från tillämpningsområdet för rådets direktiv 76/207/EEG utesluta könsdiskriminering i fråga om anställning, yrkesutbildning, arbetsvillkor samt villkor för avskedande från försvarsmakten under fredstid eller vid krigsförberedelse i syfte att säkerställa stridsduglighet?

6) Om så är fallet, hur skall då de nationella domstolarna gå till väga för att bedöma om tillämpningen av principen är befogad?"

4) Kan den princip som antagits av en medlemsstat, och som innebär att alla kvinnor under fredstid eller vid krigsförberedelse utestängs från tjänster som 'interoperativa' marinsoldater, undantas från tillämpningsområdet för rådets direktiv 76/207/EEG med stöd av artikel 224 (i EG-fördraget, nu artikel 297 EG)? Om så är fallet, vilka riktlinjer eller kriterier skall tillämpas för att avgöra om nämnda princip på detta sätt rättsenligt kan uteslutas från tillämpningsområdet för rådets direktiv 76/207/EEG med stöd av artikel 224 i EG-fördraget (nu artikel 297 EG)?

2. Enligt artikel 224 i fördraget gäller att "[m]edlemsstaterna skall samråda med varandra för att genom gemensamma åtgärder hindra att den gemensamma marknadens funktion påverkas av åtgärder som en medlemsstat kan se sig tvungen att vidta vid allvarliga interna störningar som påverkar upprätthållande av lag och ordning, i händelse av krig eller vid en allvarlig internationell spänning som innebär krigsfara eller för att fullgöra de skyldigheter den har tagit på sig i syfte att bevara fred och internationell säkerhet".

5) Kan den princip som antagits av en medlemsstat, och som innebär att alla

De relevanta bestämmelserna i direktivet är artikel 2.1 vilken stadgar att "[i] följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt". Av

artikel 2.2 följer att "[d]etta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde den yrkesverksamhet och i förekommande fall den utbildning som leder till denna, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs". Av artikel 3.1 följer att "[t]illämpningen av likabehandlingsprincipen innebär att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön i villkoren, som t.ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar i någon som helst sektor eller verksamhetsgren och på alla nivåer". Av artikel 9.2 framgår slutligen att "[m]edlemsstaterna skall med jämna mellanrum utvärdera den yrkesverksamhet som nämns i artikel 2.2 för att mot bakgrund av den sociala utvecklingen avgöra, om det är berättigat att bibehålla ifrågavarande undantag. De skall underrätta kommissionen om resultaten av denna utvärdering".

De faktiska omständigheterna och den nationella lagstiftningen i målet vid den nationella domstolen

3. Angela Maria Sirdar hade år 1983, vid 17 års ålder, anställts som kock i den brittiska armén och var sedan år 1990 stationerad vid Royal Artillerys 29:e kommandoregemente (likväl utan att utföra stridsuppgifter). Hon varslades om uppsägning i februari år 1994 med ikraftträdande ett år senare, på grund av överbemanning. Denna uppsägning, som berörde mer än 500 kockar inom försvarsmakten, syftade till att minska kostnaderna för försvaret. Emellertid saknades kockar i Chefs Branch i Royal Marines, och ställföreträdande

chefen för personallogistiken, överste Brook, uppmanade de personer som berördes av nedskärningarna i försvaret att be om förflyttning till Royal Marines, en begäran som dock krävde att ett första urval och en utbildning var avklarade. Den 19 juli år 1994 skickade överste Brook ett brev med detta innehåll till Angela Maria Sirdar, vars namn fanns upptaget på den lista på personer som snart skulle avskedas på grund av överbemanningen. Kort efter att han skickat detta brev, fick överste Brook reda på, från det 29:e kommandoregementet, att den sökande som erbjudandet om förflyttning gått ut till faktiskt var en kvinna. Då Royal Marines inte tillåter kvinnor vid regementet (detta av skäl som kommer att redogöras för nedan) lät överste Brook Angela Maria Sirdar veta att brevet med erbjudandet om förflyttning hade skickats av misstag och att hennes begäran följaktligen inte kunde tas under övervägande. Den 28 februari år 1995 blev Angela Maria Sirdar avskedad. Som en följd av detta väckte hon talan vid Industrial Tribunal och gjorde gällande att hon hade blivit offer för en otillåten könsdiskriminering.

4. Secretary of State for Defence och Army Board gjorde i målet vid den nationella domstolen gällande att beslutet att inte anta Angela Maria Sirdar, vilket grundats på policyn vid Ministry of Defence att utestänga kvinnor från Royal Marines för att säkerställa stridsdugligheten, var rättsenligt, eftersom det fattats med stöd av den nu gällande lydelsen av section 85 (4) i Sex Discrimination Act 1975 (nedan kallad SDA). Denna lag innebär ett undantag från den generella principen om likabehandling mellan män och kvinnor och stipulerar att "Inga bestämmelser i denna lag kan medföra att en åtgärd blir olaglig som utförs i

syfte att säkerställa marinens, arméns eller flygvapnets stridsduglighet”.³

Royal Marines och principen om interoperativitet

5. Elitförbandet Royal Marines består av cirka 5 900 man, vilket uppskattningsvis motsvarar 2 procent av det brittiska försvaret. Royal Marines är amfibiestyrkornas landstigningstrupper i detta land. En av deras överordnade, överste Wilson, har uppgivit att ”kännetecknande för denna landstigningsstyrka med en brigads storlek är att det är ett flexibelt och militärt avvägt amfibieinfanteri, tränat för kommandoupdrag, mobilt, i hög beredskap och i stånd att, under extrema förhållanden, utföra alla slags militära operationer”⁴. Med andra ord är Royal Marines en liten enhet som utgör den brittiska försvarsmaktens spjutspets och skall sättas in först, i huvudsak som kommandosoldater.

6. Enligt Ministry of Defence är principen om interoperativitet tillräcklig för att motivera beslutet att neka Angela Maria Sirdar anställning. Närvaron av kvinnor i detta förband skulle hindra interoperativiteten och därmed enheternas duglighet i strid. Överste Wilson beskriver interoperativiteten, vilken genomsyrar Royal Marines organisation och verksamhet i alla aspekter, som en dubbel förmåga hos de aktuella soldaterna. I första hand ”individens förmåga, oavsett specialisering, [som till exempel kock] att utföra en rad olika uppdrag inom en enhet och detta inom en kort tidsperiod”. I andra hand (vilket utgör själva doktrins kärna) ”individens förmåga att oavsett specialisering kunna strida såsom infanterist”. ”I detta sammanhang, ’tillägger överste Wilson’, är alla Royal Marines, officerare och meniga, tränade som kommandosoldater.”⁵ Kontentan är att det inte är möjligt att ta värvning i Royal Marines för att endast arbeta som kock eller ägna sig åt någon annan specialisering. Tack vare sin träning (densamma för alla marinsoldater) är kocken i Royal Marines även främst en kommandosoldat.

7. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att principen om interoperativitet

3 — Fri översättning. Den nya lydelsen i section 85 (4) infördes genom Sex Discrimination Act 1975 (Application to the Armed Forces etcetera) Regulations av den 20 december år 1994 (S.I. 1994/3276; nedan kallad SDA Regulations) för att överensstämma med bestämmelserna i direktivet. Innan denna ändring trädde i kraft föll försvarsmakten fullständigt utanför tillämpningsområdet för SDA enligt den tidigare section 85 (4).

4 — Se punkt 14 i begäran om förhandsavgörande (fri översättning). Royal Marines utgör, med hänsyn till dess egenskaper, en del av Natos snabba insatsstyrka. Industrial Tribunal har även informerat om att Royal Marines opererar i små taktiska enheter ("fire teams") som är sammansatta av några soldater som arbetar två och två och på det sättet uppnår stor laganda.

5 — Se punkt 18 i begäran om förhandsavgörande (fri översättning). För övrigt, alltså enligt överste Wilsons ordalag, följer att "[d]et huvudsakliga skälet till att interoperativiteten har en sådan grundläggande betydelse för Royal Marines är förenat med dess viktigaste roll, vilken är att utföra landstigningsoperationer. Då brigaden har landstigit på stränderna, eventuellt på en fientlig strand, skall den klara sig själv tills den funnit en punkt att hålla stånd vid och till dess att förstärkningar anländer. Landstigningsstyrkor som kommer från havet har inte tillgång till några bakre linjer vilket armén i allmänhet har och från vilka de snabbt kan få förstärkningar och förnödenheter. Som en följd härav skall landstigningsstyrkor vara självständiga och lita till sina egna medel. Således skall varje soldat i brigaden vara i stånd att strida, var helst han möter fiender, vilket åter visar prov på interoperativiteten" (se punkt 23 i begäran om förhandsavgörande; fri översättning).

tet faktiskt tillämpas konsekvent och under alla förhållanden. Industrial Tribunal har till exempel erinrat om fallet med kockarna inom Chefs Branch i Royal Marines som aktivt stred på Falklandsöarna och som, i vissa fall, stupade. Även personer som tillhör statiska enheter (som inte är i aktiv tjänst) inom Royal Marines är skyldiga att bibehålla en hög nivå av fysisk kondition och skall tre gånger om året göra ett prov, Marine Basic Fitness Test⁶, för att kontrollera den fysiska konditionen. På grundval av de bevis som Ministry of Defence har försett den med drar Industrial Tribunal slutsatsen att "[avseende principen enligt vilken alla soldater inom Royal Marines kan sättas in var som helst såsom infanterister] bevisen pekar på att: a) det är fallet i praktiken; b) Royal Marines är organiserade och tränade endast på denna grund; c) alla män rekryteras för detta ändamål (det noteras i förbigående att det aktuella fallet enligt otvistiga fakta avser rekryteringen av en armékokk inom Royal Marines; d) det

fanns *inget* undantag vid *rekryteringstillfallet*"⁷.

Prövning i sak

8. Mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i målet har Industrial Tribunal ansett det nödvändigt att ställa de första fyra av de sex frågorna med åtskiljande av fallet med tillträde till försvarsmakten i allmänhet (första och tredje frågan) från det särskilda fallet med tillträde till ett förband med elitsoldater (andra och fjärde frågan). I allt väsentligt ställer dock de fyra frågorna sammantaget domstolen inför två problem vars lösning, enligt min bedömning, inte blir annorlunda beroende på om könsdiskrimineringen av de inblandade avser försvarsmakten i allmänhet eller endast ett förband. Frågan som faktiskt ställs till domstolen är: a) om anställning i försvarsmakten, antingen i dess helhet eller i ett elitförband, på grund av sin natur faller utanför tillämpningsområdet för fördraget eller för sekundärrätten eller b) om artikel 224 i EG-fördraget tillåter medlemsstaterna att undanta sådan anställning — återigen för hela försvarsmakten eller för vissa enheter eller för bestämda elitförband — från tillämpningsområdet för direktivet, vilket tillkommit just för att tillförsäkra likabehandling av kvinnor och män vid tillgång till anställning. Den första och andra frågan hänför sig till det ovan nämnda problemet under a och den tredje

6 — Skälet till varför varje soldat inom Royal Marines, oberoende av sin specialisering, skall hålla sig i utmärkt fysisk kondition framgår i en rapport kallad "Nya principer för anställning av kvinnor i försvaret — Konsekvenser för Royal Marines" publicerad den 10 juni 1994 (några veckor innan överste Brook skrev till Angela Maria Sirdar och uppmanade henne att begära förflyttning): "2 (b) Interoperativitet. Eftersom Royal Marines består av små styrkor, skall alla marinsoldater i krisituationer och vid underbemanning vara i stånd att när som helst tjänstgöra i en kommandotrupp i sin grad och befattning... Proceduren för omplacering av manskapet kräver att upp till 1 150 meniga och befäl omgrupperas från sin träningsbas, sin basstyrka och sitt huvudkvarter till kommandoenheter såsom ersättning för förluster i strid vid bemanning för att möta en allvarlig krisituation. "Om kvinnor anställs i Royal Marines kan denna interoperativitet inte säkerställas" (se punkt 42 i begäran om förhandsavgörande; fri översättning).

7 — Se punkt 44 i begäran om förhandsavgörande (fri översättning; dock förekommer understrykningen i originalet). Jag preciserar att, enligt påpekanden från Angela Maria Sirdar vilka inte motsagts av den brittiska regeringen, Royal Marines musikkår, inom vilken kvinnor är tillåtna och för vilken följaktligen regeln om interoperativitet inte är tillämplig, verkar utgöra det enda undantaget vid tidpunkten för rekrytering.

och fjärde frågan till problemet under b. Då, som tidigare nämnts, frågorna har samband med varandra kommer de att behandlas tillsammans i de grupper som beskrivits ovan.

Den första och den andra frågan

9. Genom de två första frågorna frågar Industrial Tribunal i huvudsak huruvida beslut som en medlemsstat tar rörande arbetsvillkor, inbegripet tillträde till försvarsmakten eller till ett av dess elitförband, för att uppnå stridsduglighet under fredstid eller vid förberedelse inför krig ligger utanför tillämpningsområdet för EG-fördraget och sekundärrätten.

10. Den brittiska regeringen vilken, i likhet med Angela Maria Sirdar, den franska och den portugisiska regeringen och kommissionen, har yttrat sig i målet anser att det nödvändigtvis följer av artikel 224 i EG-fördraget att sådana beslut faller utanför fördraget. Den franska och den portugisiska regeringen gör gällande att verksamheten inom försvarsmakten är nära knuten till suveräniteten, som medlemsstaterna enligt EG-fördraget endast "delar" inom

vissa andra områden än försvaret. Försvaret tillhör följaktligen fortfarande deras exklusiva kompetens⁸, och den aktuella tvisten, som rör försvar, kan inte avgöras med hänvisning till domstolens rättspraxis avseende likabehandling av kvinnor och män med avseende på polismakten och inre säkerhet⁹, då sådan verksamhet inte har något att göra med en stats yttre försvar enligt de nämnda regeringarna. Den franska regeringen har vidare anfört att försvarsmakten i sin helhet faller utanför tillämpningsområdet för EG-fördraget med stöd av artikel 48.4 (nu artikel 39.4 EG i ändrad lydelse), som undantar anställningar i offentlig tjänst från tillämpningsområdet för den fria rörligheten för arbetstagare som fördraget säkerställer. Angela Maria Sirdar har replikerat att det inte kan anses att beslutet att utesluta kvinnor från försvarsmakten för att tillförsäkra stridsduglighet faller utanför tillämpningsområdet för EG-fördragets eller direktivets bestämmelser. Ett sådant resultat föreskrivs inte i någon särskild regel i dessa bestämmelser och kan inte härledas från gemenskapsrätten i allmänhet. Vad avser artikel 224 i fördraget, på vilken Förenade kungariket stöder sig för att visa motsatsen, avser den uttryckligen endast extraordinära fall som inte är för handen i det aktuella fallet. Vad som genast måste klargöras är om domen som domstolen avgav i fallet Johnston kan ha prejudikatvärde för svaren på de frågor som ställs i förevarande fall. För min egen del gör jag bedömningen att

8 — Den franska regeringen, i synnerhet, anser att försvaret borde behandlas på samma sätt som de andra funktionerna som traditionellt varit förbehållna staterna, som till exempel rättsväsendet, diplomatin, statsfinanserna och *polisen*.

9 — Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597).

så är fallet, vilket jag kommer att förklara i det följande.

11. Fallet Johnston rörde uteslutning av kvinnor från uppgifter inom polisen som innebar bärande av vapen. De brittiska myndigheterna hade vidtagit dessa åtgärder för att upprätthålla allmän ordning, vilken allvarligt hotades av den särskilda situationen i Nordirland. Den brittiska regeringen hade i det fallet dragit slutsatsen, under åberopande av en rad undantag i EGFördraget vad avser allmän säkerhet (artiklarna 36 (nu artikel 30 EG i ändrad lydelse), 48, 56 (nu artikel 46 EG i ändrad lydelse), 223 (nu artikel 296 EG i ändrad lydelse) och 224) att varken fördraget eller sekundärrätten kunde tillämpas på tvisten.¹⁰ Domstolen förkastade dock med bestämdhet detta synsätt i följande termer: "[D]et går inte heller att ur [de specifika undantagen av extraordinär karaktär i EGFördraget] dra slutsatsen att fördraget innehåller ett allmänt undantag för alla åtgärder som vidtas med hänsyn till *allmän säkerhet*. Om varje gemenskapsrättslig bestämmelse antogs vara förknippad med ett allmänt undantag vid sidan av fördragbestämmelsernas särskilda villkor, skulle detta kunna innebära ett undergrävande av gemenskapsrättens tvingande karaktär och enhetliga tillämpning."¹¹

12. Ett sådant klart och övertygande uttalande av domstolen är enligt min mening tillämpligt på varje medlemsstats *yttre*

10 — Se punkt 24 i domen.

11 — Se punkt 26 i domen (min kursivering).

såväl som inre säkerhet. Jag ser inte på vilken grund kraven som är förenade med försvarsmakten skall upphöjas till "allmänt undantag som underförstått följer av fördraget" och därmed utgöra en "privilegerad" ordning i förhållande till kraven för inre säkerhet som domstolen undersökte i fallet Johnston för att komma fram till den nämnda slutsatsen. Det finns flera skäl för detta. För det första har domstolen sedan domen Costa/Enel alltid förkastat idén enligt vilken medlemsstaterna disponerar över möjligheten till ett allmänt undantag som underförstått följer av fördraget: "När staterna tillerkänns rätt att handla ensidigt sker detta genom en uttrycklig, särskild bestämmelse (till exempel artikel 15 (upphörd genom Amsterdampfördraget), 93.3 (nu artikel 88.3 EG), 223—225 (den sistnämnda nu artikel 298 EG))."¹²

13. Jag konstaterar härefter att de specifika undantagen vad avser den yttre säkerheten i fördraget uppvisar en extraordinär karaktär *i likhet med* dem som avser den inre säkerheten. Undantagen i artiklarna 223 och 224 i fördraget har även en särskild extraordinär karaktär, i den meningen att de är "helt extraordinära"¹³ och inte bara "extraordinära", vilket undantagen i artiklarna 36, 48.3 och 56.1 i fördraget är ämnade att vara.¹⁴ Med hänsyn till deras

12 — Se dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot Enel (REG 1964, s. 1141, och i synnerhet s. 1159; svensk specialutgåva, volym 1, s. 24), min kursivering.

13 — Se punkt 27 i domen i målet Johnston.

14 — Denna anmärkning gjordes av generaladvokaten Jacobs i det förslag till avgörande som han lämnade i det så kallade Makedonienmålet (punkt 46; beslut om avskrivning av den 19 mars 1996 i mål C-120/94, kommissionen mot Grekland, REG 1996, s. I-1513).

natur bör undantag som är helt extraordinära logiskt sett vara föremål för en *särskilt* restriktiv tolkning. Man kan förvisso inte enbart av dess existens dra slutsatsen att det gäller ett sorts bakomliggande allmänt undantag (av statlig suveränitet) från EG-fördraget. Domstolen har förkastat detta vad gäller en stats inre säkerhet. Samma bör gälla vad avser försvar och yttre säkerhet. Faktum är att, förutom fallet Johnston, det parallella förhållandet mellan den externa och interna sfären av säkerhet har belysts ur olika synvinklar i rättspraxis (således vad gäller till exempel bestämmelsen i artikel 36 i fördraget).¹⁵ Det är för övrigt signifikativt att det är själva ordalydelsen i artikel 224 i fördraget som jämför alla allvarliga inre störningar som påverkar lag och ordning (vilket den brittiska regeringens försvar i fallet Johnston hänförde sig till) med krig eller en allvarlig internationell spänning.¹⁶

fördraget (se artikel 48.4) är att undanta offentlig anställning, så görs detta uttryckligen medan det inte förefaller finnas någon bestämmelse (uttryckligen eller underförstådd) som undantar anställning i försvarsmakten i allmänhet eller i ett särskilt elitförband från tillämpningsområdet för EG-fördraget eller direktivet, förutom (i förekommande fall) undantaget i artikel 2.2 i direktivet (vilket jag återkommer till nedan). För övrigt skulle godtagandet av ett underförstått undantag av allmän karaktär bereda väg för ett potentiellt obegränsat antal liknande undantag, vilket ytterligare skulle undergräva den tvingande karaktären och den enhetliga tillämpningen av gemenskapsrätten, vilket domstolen givit uttryck för i fallet Johnston.

14. Det skall tilläggas, vilket Angela Maria Sirdar har framfört, att då avsikten i EG-

15. Förenade kungariket, som i det aktuella fallet bestämt framhåller att det aktuella området faller utanför EG-fördraget, har självt *uttryckligen* godtagit, vid ett annat tillfälle, att anställning vid försvarsmakten inte faller utanför gemenskapsrätten och i synnerhet inte direktivet. Enligt förarbetena från år 1994 till SDA Regulations, som med utgångspunkt i artikel 2.2 i Europeiska gemenskapernas akt från år 1972 ändrade section 85 (4) i SDA, var det nödvändigt att upphäva den tidigare gällande bestämmelsen, vilken fullständigt undantog försvarsmakten från denna lag och detta "för att Sex Discrimination Act skall stå i överensstämmelse med de skyldigheter som följer

15 — Dom av den 4 oktober 1991 i mål C-367/89, Richardt och "Les Accessoirs Scientifiques" (REG 1991, s. I-4621; svensk specialutgåva, volym 11), punkt 22, av den 17 oktober 1995 i mål C-70/94, Werner (REG 1995, s. I-3189), punkt 25, av den 17 oktober 1995 i mål C-83/94, Leifer m.fl., (REG 1995, s. I-3231), punkt 26.

16 — Vad gäller den franska regeringens påstående att medlemsstaterna har exklusiv kompetens vad gäller de funktioner, såsom polisen, som traditionellt är reserverade för medlemsstaterna, påpekar jag dessutom att domstolen, i linje med domen Johnston, inte tvekade att i dom av den 30 juni 1988 i mål 318/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 3559) förklara att såväl de aktiva sektionerna av den nationella polisen (trots att den franska regeringen hade understrukit "den grundläggande nödvändigheten av bibehållandet av allmän ordning" (punkt 21) och behovet av att "inte äventyra utövat av åtgärder för den allmänna säkerheten" (punkt 22) som vakterna vid fängelserna (en verksamhet som innebär regelbundna kontakter med internerna) omfattades av tillämpningsområdet för direktivet.

av rådets direktiv 76/207/EEG... *vad avser kronans försvarsmakt*".¹⁷ I detta sammanhang kan noteras att Belgien¹⁸, Danmark¹⁹, Grekland²⁰, Luxemburg²¹ och

Nederländerna²², i likhet med Förenade kungariket, ansåg att direktivet var tillämpligt på anställning i försvarsmakten, medan det i Frankrike fanns bestämmelser som till alla delar motsvarade direktivet²³.

17 — Se förklarande not till SDA Regulations (min kursivering). Titeln på lagen ("Sex Discrimination Act 1975 (Application to armed Forces etc) Regulations") kan enligt min mening inte vara mer talande. I denna förklaring kan man läsa att "texten till den tidigare section 85 (4) [som undantog försvarsmakten från tillämpningsområdet för lagen] nu är borttagen (så lagen är tillämplig på tjänstgöring inom försvarsmakten)" (fri översättning; min kursivering).

Jag noterar vidare att det brittiska försvarsministeriet redan år 1991 i High Court hade bekräftat att dess policy som bestod i att avvisa gravida kvinnor från armén stred mot direktivet och därmed erkände direktivets relevans vad avser försvarsmakten (se skriftlig fråga E-2447/94 från Robin Teverson till kommissionen av den 30 november 1994 (EGT C 81, 1995, s. 33). Policyn att avskeda gravida kvinnor kunde också bedömas som nödvändig för att inte på något sätt äventyra stridsdugligheten i de förband som kvinnorna tillhör eftersom kvinnorna är frånvarande under en längre tid och måste ersättas med andra militärer.

18 — Ett cirkulär från det nationella försvarsministeriet tillkännager klart och tydligt att lagen av den 4 augusti 1978 (som införlivar direktivet) är tillämplig också på militärer.

19 — Artikel 13.1 i lag nr 213 av den 3 april 1978 om införlivande av direktivet motsvarar artikel 2.2 i själva direktivet och har under flera år tillämpats av försvarsministeriet för placering av kvinnor i kommandotropper och som stridsflygare. Undantaget har inte använts sedan år 1993, det vill säga sedan kvinnor har tillträdde till alla delar av det danska försvaret. Det följer dessutom av en färsk NATO-rapport att kvinnor, med tillämpning av en ny lag antagen den 19 februari 1998, från och med den 1 juni 1998 inte längre är uteslutna från någon verksamhet i det danska försvaret (se Women in the NATO forces — Year-In-Review 1998, utgiven av the Advisory Office on Women in the NATO Forces, Bryssel, 1998, s. 14—16).

20 — Enligt förvaltningsrättslig praxis tillämpas en konstitutionell princip om icke-diskriminering, som i alla avseenden liknar den som föreskrivs i direktivet, på försvarsmakten och polisen. Dessutom har Greklands regeringsrätt vid flera tillfällen hänvisat till direktivet för att ogiltigförklara ett ministeriellt beslut som föreskriver årliga antagningskvoter för kvinnor till militärskolor. (se ΔΕΦΑΘ 2470/1991, ΣτΕ 2857/1993, ΣτΕ 1067/1994, ΣτΕ 744/1995 och ΣτΕ 870/1995).

21 — Som följd av en process initierad av kommissionen enligt artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG) (se mål 180/86, kommissionen mot Luxemburg (EGT C 215, s. 3) vilket avskrevs, ändrade Luxemburg de bestämmelser avseende organisationen av försvarsmakten som visade sig stå i strid med direktivet (bland annat togs regeln bort som föreskrev att endast män kunde tjänstgöra som frivilliga).

16. Härefter kommer påståendet från den franska regeringen, enligt vilket det område som är föremål för frågorna i förhandsavgörandet ligger utanför tillämpningsområdet för EG-fördraget på grund av dess artikel 48.4, som undantar anställning i offentlig tjänst från den fria rörligheten för arbetstagare. Jag är inte av samma åsikt. Domstolen har hävdat att "det finns anledning att understryka att direktiv 76/207, för övrigt i likhet med direktiv 75/117²⁴, är tillämpligt på anställning i offentlig tjänst. Dessa direktiv har, i likhet med artikel 119 i EG-fördraget (artiklarna 117—120 i fördraget har ersatts med artiklarna 136—143 EG), allmän giltighet vilket framgår av själva den princip som de definierar. Det är förvisso inte möjligt att införa nya fall av diskriminering genom att undanta vissa kategorier från tillämpningen av bestämmelser vilka är avsedda att säker-

22 — Artikel 5.2 i Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (lag om likabehandling av män och kvinnor) har samma avfattning som artikel 2.2 i direktivet. Försvarsministeriet har en policy som endast utesluter kvinnor från speciella förband såsom ubåtsförband och marint infanteri ("korps mariniers").

23 — Även om den inte uttryckligen antogs för att uppfylla kraven i direktivet, föreskriver artikel 6 i lag av den 13 juli 1983 om tjänstemäns ställning ett undantag från principen om likabehandling av män och kvinnor som i alla delar motsvarar det som föreskrivs i artikel 2.2 i direktivet. Undantaget är tillämpligt också på försvarsmakten, och i en förordning av den 29 april 1998 från försvarsministeriet anges de anställningar inom försvarsmakten och i gendarmeriet som kvinnor inte har tillträdde till (vad gäller markstyrkorna nämns särskilt anställningar som innebär en möjlighet till direkt och långvarig kontakt med fienden).

24 — Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 1, volym 4, s. 78).

ställa likabehandling av kvinnor och män inom förvärvslivet i dess helhet”.²⁵ I förlängningen av denna praxis finner man dessutom de nämnda domarna Johnston (polismakten i Nordirland) och kommissionen mot Frankrike (aktiva enheter inom den nationella polisen och bevakningspersonal vid fängelser)²⁶, i vilka domstolen konkret tillämpade direktivet på anställning i offentlig tjänst. Det faktum att anställning i offentlig tjänst i allmänhet och i försvarsmakten i synnerhet faller inom tillämpningsområdet för EG-fördraget och sekundärrätten bekräftas vidare av artikel 3.1 i själva direktivet, vars tillämpningsområde är synnerligen omfattande. Förbudet mot all diskriminering grundad på kön, vilket är hänförligt till principen om likabehandling av kvinnor och män — en grundläggande mänsklig rättighet²⁷ — definieras bokstavligen i direktivet som tillämpligt ”i [vilken] som helst sektor eller verksamhetsgren”. De enda undantagen är de som föreskrivs i själva direktivet. Därtill hör artikel 2.2.

17. Jag vill i vart fall påpeka att artikel 48.4 i fördraget inte är möjlig att tillämpa på fallet med Angela Maria Sirdar av två skäl. För det första på grund av den

25 — Dom av den 21 maj 1985 i mål 248/83, kommissionen mot Tyskland (REG 1985, s. 1459), punkt 16.

26 — Se även dom av den 17 oktober 1995 i mål C-450/93, Kalanke (REG 1995, s. I-3051), angående en trädgårdskulturtekniker som arbetade inom parkförvaltningen i Bremen, av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P mot S (REG 1996, s. I-2143), angående en administratör i en skola vilken lydde under den behöriga administrativa myndigheten i området.

27 — Se, bland annat, dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne mot Sabena (REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva, volym 4, s. 127), punkt 27, av den 20 mars 1984 i de förenade målen 75/82 och 117/82, Razzouk och Beydoun mot kommissionen (REG 1984, s. 1509), punkt 16, och domen i det ovan nämnda målet P mot S, punkt 19.

potentiella anställningens rent interna karaktär: en brittisk medborgare, inte invandrad, har nekats anställning i Förenade kungariket. För det andra styrs den grundläggande principen om likabehandling av kvinnor och män vad avser tillgång till anställning av en lagstiftning (direktivet, antaget med stöd av artikel 235 i EG-fördraget (nu artikel 308 EG)) som är hänförlig till gemenskapens socialpolitik (artikel 3 i i EG-fördraget (nu artikel 3 i EG i ändrad lydelse))²⁸ snarare än av målet att realisera en inre marknad vilken kännetecknas av, bland annat, frånvaron av hinder för den fria rörligheten för personer (artikel 3 c EG i fördraget) i enlighet med artikel 48 i EG-fördraget.

18. Vilken slutsats leder det ovanstående resonemanget till vad avser den första och den andra frågan? Det leder till slutsatsen att anställning inom försvarsmakten, även i fredstid, inte utgör ett område som till sin helhet och nödvändigtvis faller inom den nationella behörigheten med stöd av ett allmänt förbehåll för medlemsstaterna som ligger bakom själva EG-fördraget — ett område inom vilket suveräniteten inte kan ”delas” i integrationsprocessen. Jag skall förklara nedan hur direktivet använts till att föra in det aktuella området i gemenskapsrätten utifrån den grundläggande aspekten av de garantier som är förenade med likabehandling av kvinnor och män, utan att hindra medlemsstaternas rätt till undantag för att de skall kunna ta vederbörlig hänsyn till omständigheter som de själva har rätt att bedöma. Enligt samma

28 — Även om, vid tidpunkten för antagandet av direktivet, dess ordalydelse inte var densamma som i dag förefaller artikel 3 i EG, i fördraget, ha behållit den huvudsakliga målsättning som eftersträvas av gemenskapen i dag.

tänkesätt är det inte endast värdet av den nationella suveräniteten utan rättsläget som författarna till direktivet har "delat". Det framgår klart av domen i målet Johnston. Det följer av uttalandena från domstolen i den domen att tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män inte är underställd något som helst allmänt förbehåll vad avser bestämmelser som antas i fredstid eller inom ramen för förberedelse inför krig motiverade av kravet på att säkerställa försvarets stridsduglighet.

Den tredje och den fjärde frågan

19. Problematiken som den tredje och fjärde frågan uppställer avser bestämmelsen i artikel 224 i fördraget. Domstolen ombeds att avgöra om bestämmelsen kan tolkas på så vis att den undantar sådana politiska beslut som rör tillträde till försvarsmakten som är föremål för de frågor som prövats ovan från i vart fall direktivets tillämpningsområde.

20. Enligt den portugisiska regeringen kan inte undantaget i artikel 224 i fördraget vara relevant i detta fall. De befogenheter som denna artikel ger medlemsstaterna skall endast tillämpas i helt extraordinära fall och inte vid val avseende förberedelse eller organisation av försvarsmakten, även om de görs för att tillförsäkra stridsdugligheten, under normala förhållanden. För-

enade kungariket och kommissionen²⁹ anser däremot att det aktuella fallet omfattas av det i artikel 224 i EG-fördraget föreskrivna undantaget. Befogenheterna att vidta åtgärder som avviker från fördraget "i krigstid" gäller med nödvändighet även liknande beslut i fredstid vid förberedelse inför krig, alltså för att tillförsäkra stridsduglighet. Dessutom har För- enade kungariket med hänvisning till generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i fallet Makedonien framfört att: "Krig är till sin natur en oförutsebar händelse. Övergången från vapenskrammel till väpnad konflikt kan vara hastig och dramatisk."³⁰ Angela Maria Sirdar har, under åberopande av två argument, å sin sida förnekat betydelsen av artikel 224 i fördraget i detta fall: a) i domen Johnston, säger hon, kvalificerade domstolen undantaget i den nämnda bestämmelsen som "helt extraordinärt" som inte kunde tolkas extensivt (i detta delar Angela Maria Sirdar Portugals ståndpunkt); b) i samma fall såg generaladvokaten M. Darmon en "skyddsregel" i artikel 224 i fördraget, vars tillämpningsområde är allmänt [och] inte kan tillämpas utom i det fall det saknas en specialbestämmelse [som artikel 2.2 i direktivet]".³¹

29 — Kommissionen för emellertid fram denna åsikt som subsidiär till sin huvudsakliga inställning som går ut på att artikel 2.2 i direktivet, vilken är föremål för de två sista tolkningsfrågorna, är tillämplig i det aktuella fallet. Med sina iakttagelser följer kommissionen i själva verket logiken i skälen till domen Johnston, i vilken domstolen undersökte frågan endast utifrån direktivet, för att sedan förklara att det inte finns anledning att göra en undersökning med utgångspunkt i artikel 224 (punkt 60).

30 — Punkt 52 i förslaget till avgörande.

31 — Se punkt 5 i förslaget till avgörande.

21. Jag ansluter mig snarare till de anmärkningar som sökanden i målet vid den nationella domstolen har gjort än till dem som framförts av de berörda regeringarna och kommissionen. Det är framför allt de överväganden som domstolen har gjort i domen Johnston, vilket Angela Maria Sirdar hänvisar till, som förefaller grundläggande för den följande analysen. Domstolens överväganden påvisar klart skillnaden mellan fallet med undantag som är "helt extraordinära" (artiklarna 223 och 224 i fördraget) och fallet med undantag som endast är "extraordinära" (artiklarna 36, 48 och 56 i fördraget). Till detta kommer, enligt praxis från domen Salgoil, att de fall som avses i artiklarna 223 och 224 i fördraget är "väl avgränsade undantagsfall som inte skall tolkas extensivt".³² Sådana fall skall således med nödvändighet tolkas strikt med hänsyn till deras "extraordinära karaktär" och på grund av att artikel 224 i fördraget, till skillnad från fall i vilka det kan göras undantag från en specifik aspekt av den inre marknaden (jag refererar till artiklarna 36 och 48.3 i fördraget) möjliggör undantag från bestämmelserna om den inre marknaden i dess helhet. Då kriteriet som möjliggör en korrekt tolkning av bestämmelsen väl har definierats gör jag bedömningen att de fall som avses i artikel 224 i fördraget berör övergående och inte permanenta situationer och samtidigt verkliga *krissituationer*, vars oförmodade tillkomst allvarligt hotar vitala intressen

32 — Dom av den 19 december 1968 i mål 13/68, Salgoil mot italienska utrikeshandelsministeriet (REG 1968, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 367), del III.2. På samma sätt gjorde även generaladvokaten Gand bedömningen att artikel 224 i fördraget "har en begränsad tillämpning och avser en särskild situation. Det är en undantagsbestämmelse som skall tolkas strikt och som inte kan åberopas för att förneka rättigheter enligt andra bestämmelser i fördraget" (del IV, s. 687 i förslaget till avgörande).

rörande en medlemsstats själva existens.³³ Förenade kungariket har också vidtagit ensidiga åtgärder med stöd av artikel 224 i fördraget i en allvarlig och tillfällig krissituation som uppstod år 1982, då argentinska trupper hade ockuperat Falklandsöarna³⁴, ett brittiskt utomeuropeiskt territorium.

22. Jag delar den åsikt som Angela Maria Sirdar har fört fram på denna punkt och även den portugisiska regeringens liknande åsikt. Jag anser också att ordalydelsen i artikel 224 i fördraget inte är tillämplig på medlemsstaternas politiska beslut rörande rekrytering till försvarsmakten under förhållanden som jag dristar mig till att kvalificera som "*normala*", till skillnad från fall av "*faktiskt krig*" och "*allvarlig*

33 — Enligt J. Verhoeven förefaller det rimligt, med hänsyn till ordalydelsen och tanken bakom artiklarna 223 och 224 i fördraget, att säga att artikel 223 i fördraget avser allmänna åtgärder som en stat vidtar under "*normala*" förhållanden för att trygga sin säkerhet, medan artikel 224 i fördraget hänför sig till *särskilda* åtgärder som gör sig gällande i en *verklig krissituation*, som redan har uppkommit (se *Commentaire du Traité instituant la CEE*, V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar och D. Simon, Economica, Paris, 1992, rubriken som behandlar artikel 224 i fördraget, punkt 2). Enligt P.J.G. Kapteyn och P. VerLoren van Themaat går åtgärderna som medlemsstaterna kan vidta med hänvisning till artikel 224 i fördraget långt utöver dem som kan vidtas enligt artikel 36 i fördraget, och detta med hänsyn till de *särskilda* omständigheterna som föreskrivs i den förstnämnda av dessa bestämmelser (se *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer och Graham & Trotman, Deventer-London, andra upplagan, 1990, s. 406). Även i "Kommentaren Megret" är det fråga om, vad gäller artikel 224 i fördraget, "åtgärder nödvändiga vid *krissituationer*" (diverse författare, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Bryssels universitet, 1987, volyme 15, s. 435), medan det görs hänvisningar i "Commentario Quadri-Monaco-Trabucchi" till ensidiga åtgärder av "strikt nödvändig varaktighet" för att bemöta "extraordinära och mycket allvarliga omständigheter" (se R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Giuffrè, Milano, 1965, volym III, kommentarer i anslutning till artikel 224 i fördraget, s. 1633 och 1634).

34 — Se det andra övervägandet i rådets förordning nr 877/82 EEG av den 16 april 1982 om upphörande med importen av alla produkter från Argentina (EGT L 102, s. 1), där det anges att "med beaktande av att, till följd av åtgärder redan vidtagna av Förenade kungariket, medlemsstaterna har samrätt i enlighet med artikel 224 i fördraget om upprättandet av den Europeiska ekonomiska gemenskapen".

internationell spänning” vilka utgör ett ”krigshot”. Man kan också säga att det föreligger en risk för störningar även i fredstid. Det är sant att förberedelser för krig i praktiken inte kan avbrytas. Domstolen har, när allt kommer omkring, själv erkänt att ”en medlemsstats säkerhet i allt mindre grad betraktas isolerat i den mån som den är nära sammanbunden med det internationella samfundets säkerhet i sin helhet och med dess olika beståndsdelar”.³⁵ Det är dock av just detta skäl som jag kvalificerar som olagligt i EG-fördragets mening att en medlemsstat vidtar ensidiga åtgärder under förevändning av artikel 224 i fördraget endast för att förekomma och förbereda sig för en eventuell konflikt. Om den slutsats som förts fram av Förenade kungariket och kommissionen i det aktuella fallet godtas, vilket innebär att *alla slags* ensidiga åtgärder som en medlemsstat vidtar *när som helst* för att förbereda sin försvarsmakt för krig är berättigade, skulle den helt extraordinära situation som avses i artikel 224 i fördraget så att säga normaliseras, det vill säga inte behandlas som ett särfall. Dessutom skulle risken för ett undergrävande av gemenskapsrättens tvingande karaktär och enhetliga tillämpning³⁶, vilken domstolen identifierat i domen Johnston, också realiseraras.

23. Angela Maria Sirdar har, vilket tidigare nämnts, åberopat generaladvokat Darmons förslag till avgörande i domen Johnston, enligt vilket artikel 224 i fördraget, i dess egenskap av skyddsregel, utgör ”den sista

utvägen vilken inte kan tillgripas annat än i avsaknad av en annan gemenskapsbestämmelse som säkerställer det aktuella behovet av allmän ordning”.³⁷ Den femte och den sjätte frågan berör just denna bestämmelse. Darmons iakttagelse har således praktisk betydelse även i det nu aktuella fallet. Innan jag går vidare till de andra frågorna vill jag dock komplettera analysen av denna problematik genom att uppehålla mig vid ett annat argument som framförts av den franska regeringen.

24. För att komma fram till slutsatsen att anställning inom försvarsmakten är undantaget från tillämpningsområdet för direktivet, har den franska regeringen även åberopat vissa uttalanden gjorda av dels generaladvokaten Jacobs i fallet Makedonien, rörande tolkningen av artikel 224 i fördraget, dels av den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad EDMR) inom ramen för en tolkning av artikel 15 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad konventionen), vilken motsvarar artikel 224 i fördraget.³⁸ Denna

37 — Punkt 5 i förslaget till avgörande.

38 — Denna bestämmelse med rubriken ”Undantag i nödfall” föreskriver i första stycket att alla andra fördragslutande parter kan, i fall av krig eller i fall av andra faror mot allmänheten som hotar en nations bestånd, vidta åtgärder som avviker från skyldigheterna i konventionen, endast i de fall som situationen kräver det och under förutsättning att dessa åtgärder inte står i motsatsförhållande till de andra skyldigheterna som följer av internationell rätt. Denna bestämmelse är uppenbarligen i alla avseenden mycket lik bestämmelsen i artikel 224 i fördraget: Båda inför ett undantag från allmänna regler (skyddet av de mänskliga rättigheterna respektive av den inre marknaden), dock endast i fall som är helt extraordinära och av en sådan allvarlig natur att det inte passar med några andra lösningar än undantag av detta slag.

35 — Se domarna i de ovannämnda målen Werner, punkt 26, och Leifer m.fl., punkt 27.

36 — Se punkt 26 i domen.

praxis³⁹ åberopas av Frankrike för att göra gällande att domstolsprövningen av en ensidig åtgärd som en medlemsstat vidtar för att skydda sina vitala intressen av nödvändighet är märkbart begränsad eller obefintlig såsom effektiv kontroll av de åtgärder och uppföranden vilka bort prövas av domstolen. Endast den berörda staten är fullständigt i stånd att bedöma om det föreligger ett hot mot dess säkerhet och med vilka medel det är lämpligt att möta detta. Detta skulle för vad som är relevant i det aktuella fallet leda till följande. De bestämmelser genom vilka en medlemsstat organiserar, rekryterar och förbereder sin försvarsmakt för att den skall kunna genomföra sina uppdrag kan inte anses vara begränsade till förbindelser och skyldigheter vilka hör till suveräniteten och vars hörsamhet svårligen kan kontrolleras av domstolarna. Det är emellertid inte endast bestämmelsens ordalydelse som avgör förutsättningarna för tillämpningen av artikel 224 i fördraget utan även olika förtydliganden som berör denna, till vilka man kan lägga de analoga bestämmelserna i artikel 15 i konventionen såsom den

tolkats av EDMR: "en allvarlig krissituation"⁴⁰, "en situation som är på gränsen till ett totalt sammanbrott av [intern säkerhet]"⁴¹, "[en situation] som hotar nationens existens"⁴² eller "en fara för en nations existens".⁴³ Om jag har förstått det hela rätt anser Frankrike, för att motivera sin nämnda åsikt, att det är tillräckligt med ett rent instrumentellt samband mellan de övergripande intressen som medlemsstaterna skall skydda, var och en inom sin egen sfär, i den mening som avses i artikel 224 i fördraget och de vidtagna åtgärderna, även i fredstid, för att skydda dessa intressen. Vad skall man säga om det resonemang som framförts inför domstolen? Jag kan förvisso inte förbise den betänksamhet som framgår av det ordval som använts av generaladvokaten Jacobs i hans förslag till avgörande i målet Makedonien: det är en uppmaning till den domstol som skall bedöma en medlemsstats bestämmelser vilka är avsedda att skydda dess intressen i ett fall, eller för fall, av extrem fara att vara försiktig. Jag bedömer att jag inte kan dela den franska regeringens slutsats, vilken förbryllar mig av följande skäl.

39 — Enligt generaladvokaten Jacobs, "är det klart att räckvidden av den domstolskontroll som utförs med stöd av artikel 225 [av åtgärder vidtagna av en medlemsstat enligt artikel 224 i EG-fördraget] är extremt begränsad också på grund av ämnets art" och "det saknas rättsliga kriterier med hjälp av vilka sådana frågor [som proportionaliteten i en medlemsstats reaktion som står inför ett hot mot dess vitala intressen] kan bedömas [av domstolen]" (punkterna 63 och 65 i förslaget till avgörande i målet Makedonien).

EDMR har fastslagit följande: "Det ankommer i första hand på varje fördragsslutande stat, ansvarig för nationens existens, att avgöra om denna existens är hotad på grund av ett allmänt nödläge och, om så är fallet, hur långt det är nödvändigt att gå i försöken att komma till rätta med detta nödläge. Genom sin direkta och stadigvarande kontakt med stundens trängande behov, är de nationella myndigheterna i princip i en bättre position än den internationella domaren att bedöma förekomsten av ett sådant nödläge och arten och räckvidden av de avvikelser som är nödvändiga för att avstyra det" (dom av den 18 januari 1978, EDMR, serie A, volym 25 (1978), s. 78 och 79; detta stycke citeras av generaladvokaten Jacobs, punkt 55 i förslaget till avgörande i målet Makedonien).

25. För det första, ett godtagande av att området i fråga faller utanför sfären för tillämpning av EG-fördraget, då området inte kan underställas en domstolsprövning, förefaller vända på den logiska ordning i vilken de förhållanden, utifrån vilka domstolen skall pröva den ställda tolknings-

40 — Generaladvokaten Gands förslag till avgörande inför dom av den 15 oktober 1969 i mål 15/69, Württembergische Milchverwertung mot Ugliola (REG 1969, s. 363; svensk specialutgåva, volym 1, s. 415), särskilt s. 374, del III.1.

41 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i målet Makedonien, punkt 47, i vilken han hänvisar till "ett totalt sammanbrott av intern säkerhet".

42 — Artikel 15.1 i konventionen.

43 — Dom av EDMR i det ovannämnda målet Irland mot Förenade kungariket.

fråga, skall bedömas. Det måste först ha visats att området, inom vilket åtgärderna som skall undersökas förekommer, är främmande i förhållande till gemenskapsrätten, såväl till den primära som den sekundära rätten. Det är endast då, och inte i något annat fall, som dessa åtgärder inte längre kan vara föremål för en domstolsprövning vilken — i en rättsgemenskap sådan som den europeiska gemenskapen — ofrånkomligen är förbunden med en skyldighet för medlemsstaterna att följa de regler som fastställts genom EG-fördraget eller med detta som grund. I det aktuella fallet är emellertid, till följd av de redan anförda skälen och andra som jag kommer att förklara nedan, de omtvistade åtgärderna i målet vid den nationella domstolen hänförliga till ett område som, då det är föremål för gemenskapsbestämmelser, inte faller utanför det område inom vilket EG-fördraget har effekt och som absolut inte kan falla utanför detta genom en tolkning.

26. För det andra är ensidiga åtgärder som vidtas av medlemsstaterna med stöd av artikel 224 i EG-fördraget uttryckligen underkastade domstolsprövning enligt artikel 225 i fördraget. Det är en kontroll som domstolen obestridligen är tillerkänd såsom garant för gemenskapsrättens efterlevande. I själva verket har domstolen utövat denna kontroll (i form av ett beslut enligt artikel 186 i EG-fördraget (nu artikel 243 EG)) i förhållande till Grekland i ett fall i vilket Grekland framhöll att det förelåg en situation av "allvarlig internationell spänning som innebär krigsfara".⁴⁴

Domstolen ansåg vid detta tillfälle, efter att ha konstaterat att de av kommissionen framförda argumenten var "tillräckligt relevanta och allvarliga", att det var upp till domstolen att "undersöka om [...] *själva förutsättningarna för tillämpning* av artikel 224 (i EG-fördraget) var för handen i fallet [även om det] innebar en undersökning av komplexa juridiska frågor".⁴⁵ Domstolen har även tillerkänt domstolen i berörd medlemsstat rätten att kontrollera åtgärder som vidtagits (i tid av relativ fred⁴⁶) för att upprätthålla nationell säkerhet genom att bekräfta att "[vid domstolsprövning av kvantitativa restriktioner vad avser varor som skulle kunna användas för militära ändamål,] *ankommer det på den nationella domstolen att avgöra [med hänsyn till de omständigheter] som är underkastade dess bedömning [den faktiska förekomsten av skäl avseende allmän säkerhet]*".⁴⁷

27. För det tredje får man inte förlora ur sikte den särskilda karaktären av undantaget i artikel 224 i fördraget, vilket enligt min mening kräver en hänvisning till texttolkningskriterier avseende tillämpningen

45 — Se punkt 69 i beslutet (min kursivering).

46 — I det fallet gällde det export från Tyskland av varor med dubbelt användningsområde (produkter som kunde användas för tillverkning av kemiska vapen) till Irak vid den tidpunkt då denna stat var i krig med Iran (på 80-talet), en konflikt under vilken kemiska vapen hade använts (se punkt 57 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Jacobs).

47 — Se domen i det ovannämnda målet Leifer m.fl., punkt 29 (min kursivering). Se i samma avseende dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Regina mot Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), i vilken följande framgår: "För att en nationell myndighet skall kunna hänvisa till begreppet allmän ordning för att berättiga vissa begränsningar av den fria rörligheten för personer som omfattas av gemenskapsrätten måste det, utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär, föreligga ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen" (punkt 35 i domen; min kursivering). Domstolen har utan tvekan därigenom velat säga att det skall vara möjligt att göra en domstolsprövning, av existensen av själva förutsättningarna för den nationella åtgärd som begränsar en frihet som garanteras av gemenskapsrätten.

44 — Beslut enligt artikel 186 i EG-fördraget av den 29 juni 1994 i mål 120/94 R, kommissionen mot Grekland (REG 1994, s. I-3037), punkt 31.

av denna bestämmelse. Om man skulle inkludera den vanliga organisationen av försvarsmakten, vilket de nationella regeringarna som yttrat sig i målet önskar, inom tillämpningsområdet för artikel 224 i fördraget, skulle medlemsstaterna ha rätt att utnyttja undantaget på ett praktiskt normalt sätt, vilket oberättigat skulle utvidga de fall då regeln kan åberopas (jag hänvisar här till de synpunkter som jag har framfört ovan i punkterna 21 och 22).

28. Det är slutligen nödvändigt att hålla i minnet att det i det aktuella fallet är en grundläggande rättighet för Angela Maria Sirdar som står på spel, det vill säga rätten att inte utsättas för könsdiskriminering vad avser tillgång till anställning. Man får i detta sammanhang inte glömma att artikel 6 i direktivet kräver att medlemsstaterna "i sina respektive länders rättsordning vidta[r] nödvändiga åtgärder för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats enligt vad som sägs i artiklarna 3, 4 och 5 att göra sina rättigheter gällande vid domstol". Den ståndpunkt som framförts av den franska regeringen verkar låta denna aspekt av fallet passera i tysthet och detta trots den tolkning som domstolen har gjort av artikel 6 i direktivet i domen Johnston, vilken rörde en medlemsstats allmänna ordning, genom att betrakta bestämmelsen som ett "uttryck för en allmän rättsprincip som ligger till grund för författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna".⁴⁸

29. Jag vill i detta läge kort sammanfatta mitt ställningstagande till de fyra första frågorna. Frågan om likabehandling av kvinnor och män vad avser tillgång till en anställning i försvarsmakten faller inte utanför gemenskapsrätten och undslipper den inte genom artikel 224 i fördraget. Även om det är så att medlemsstaterna inte har överlämnat befogenheter beträffande sin försvarsmakts organisation och uppförande till gemenskapen är detta inte föremålet för tvisten. Avsikten med gemenskapsrätten är inte att blanda sig i organisationen av försvarsmakten, men den omfattar extraordinära åtgärder som vidtas med stöd av artikel 224 i fördraget och den inre marknadens funktion, inkluderar detta område inom sitt tillämpningsområde och föreskriver lämplig domstolsprövning. Direktivet reglerar dessutom området just ur aspekten tillgång till anställning. Direktivet har en "universell" tillämpningssfär i vilken domstolen redan har infört den inre säkerheten, vilken liksom försvaret är en "suverän" befogenhet för medlemsstaterna. Artikel 224 i fördraget kan inte heller tas till intäkt för att undkomma tillämpningen av direktivet (a fortiori, då det handlar om åtgärder som antas under fredstid). Det är dock riktigt att gemenskapsrätten föreskriver möjligheter till undantag från tillämpningen av direktivet, detta dock genom själva direktivet, vilket är det problem som jag är beredd att ta i tu med i den femte och den sjätte frågan.

Den femte frågan

30. Med den femte frågan frågar Industrial Tribunal, alternativt, domstolen huruvida

48 — Se punkt 18 i domen; för sin egen del bekräftade generaladvokaten Darmon att "allmän ordning inte kan motivera att man låter bli att göra en domstolsprövning" (se punkt 5 i förslaget till avgörande). På samma sätt, men i samband med andra faktiska omständigheter, se dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 18.

en policy som antas av en medlemsstat och som undantar alla kvinnor, i fredstid eller förberedelse för krig, från tjänstgöring i ett förband vilket omfattas av regeln om inter-operativitet, såsom Royal Marines, kan motiveras med stöd av artikel 2.2 i direktivet. För att vara exakt, gäller det huruvida kön utgör en avgörande förutsättning för tillgång till anställning inom ett förband med de egenskaper som beskrivs i begäran om förhandsavgörande.

ämpligheten av undantaget i direktivet.⁴⁹ I fallet Johnston kom domstolen fram till samma slutsats i ett sammanhang som har stora likheter med det nu aktuella och vilket kännetecknades av mycket likartade nationella bestämmelser.⁵⁰ Dessa bestämmelser motsvarade tillräckligt section

31. Efter att ha konstaterat likheterna mellan det aktuella fallet och fallet Johnston är samtliga regeringar som yttrat sig i målet och kommissionen överens om att tjänstgöring inom Royal Marines kan omfattas av undantaget i artikel 2.2 i direktivet mot bakgrund av dels dess natur, dels det sammanhang där den utförs. Även Angela Maria Sirdar verkar medge detta, i vart fall principiellt.

32. Vad beträffar verksamhetens *natur* för de soldater som tjänstgör inom detta förband, har samtliga regeringar som yttrat sig i målet liksom kommissionen understrukit den speciella karaktären hos ett förband avsett att utvärda extrema stridsförhållanden, med tanke på den intensiva och kontinuerligt hårda träningen och den fysiska ansträngning som kommandosoldaterna är utsatta för, i synnerhet vid krigsoperationer. Dessa överväganden förefaller mig inte tillräckliga för att motivera till-

49 — Årminstone vissa kvinnor, särskilt vältränade och i utmärkt fysisk kondition, skulle på det fysiska planet kunna klara av det som krävs av soldaterna inom Royal Marines. Argumentet om kvinnors underlägsna fysik i förhållande till män har ingen verklig grund, då det är ett faktum att, inom försvarsmakten i vissa länder, kvinnor antas för en uppgift som tidigare ansetts vara reserverad för män enbart med hänsyn till fysisk styrka (det följer av den NATO-rapport från år 1998 som nämnts ovan i fotnot 19 att kvinnor anställs inom ett av de förband som utför vissa av de svåraste och mest krävande uppgifterna i den kanadensiska försvaret, det vill säga "Search and Rescue", s. 12. Hänsyn skall även tas till Belgien, Danmark och Norge, som tillåter kvinnor inom alla förband, däribland, som jag förstår det, de som kan likställas med Royal Marines). Och vad kan sägas om det faktum att kvinnors idrottsresultat i dag i en rad olika grenar är bättre, ofta betydligt bättre, än de rekord som satts av män under tidigare år? I målet kommissionen mot Frankrike, som handlade om de uppgifter inom polisen som "kräver användandet av våld eller uppvisandet av förmågan att använda våld", påpekade generaladvokaten Sir Gordon Slynn att, även om "i genomsnitt, män är större och starkare än kvinnor", "kan detta i sig inte vara tillräckligt [för att anse att] kön kan vara en avgörande omständighet [enligt artikel 2.2 i direktivet]" (REG 1998, s. 3571).

50 — Likabehandling av män och kvinnor vad avser tillträde till anställning i en reservpolisstyrka, inom vilken Marguerite Johnston tjänstgjorde, påbjöds genom Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976. Artikel 53.1 i denna lag, ganska lik SDA vad beträffar sitt innehåll och syfte, föreskriver att "ingen av dess bestämmelser om förbud mot diskriminering [får] ha den verkan att åtgärder som vidtas i syfte att säkerställa nationell säkerhet eller skydda allmän säkerhet och ordning blir olagliga" (punkt 3 i domen). Genom att göra bedömningen att *arten* av yrkesmässig verksamhet inom polisen inte skulle kunna motivera diskriminering på grund av kön, förkastade domstolen implicit den brittiska regeringens argument enligt vilket skillnaden i fysisk styrka mellan könen ingick i de kriterier som det skulle tas hänsyn till då det gällde polisstyrkorna i Nordirland (punkt 31 i domen). Generaladvokaten Darmon anförde, alljämt i fallet Johnston, att "det förefaller som att en nationell myndighet inte, i enlighet med gemenskapsrätten, kan neka kvinnor anställning som beväpnade poliser genom att dela Hamlets bedömning att: "Frailty thy name is woman" (punkt 8 i förslaget till avgörande).

85 (4) i SDA — och jag framhåller detta — precis som bestämmelserna för polisstyrkorna på Nordirland är SDA tillämplig (inom försvarsmakten) utan åtskillnad på män och kvinnor. Jag anser mig således på det aktuella fallet kunna tillämpa, mutatis mutandis, den metod som domstolen använde sig av i domen Johnston, detta givet att SDA uttryckligen är tillämplig på anställningar inom försvarsmakten och att det därvidlag inte görs någon åtskillnad mellan män och kvinnor. Yrkesverksamhetens *art* inom försvarsmakten kan inte läggas till grund för att motivera den omtvistade diskrimineringen.⁵¹

33. Med detta sagt är det nödvändigt att undersöka om kön utgör, nu med hänsyn till de särskilda *förutsättningarna* för Royal Marines verksamhet, en laglig grund för åtskillnad i den aktuella frågan. Det följer av begäran om förhandsavgörande att den policy som utesluter kvinnor som antagits av Ministry of Defence för Royal Marines uteslutande bygger på en strävan att bibehålla stridsdugligheten hos detta förband, vilket enligt den brittiska regeringen verkligen är tränat och organiserat för detta ändamål utan några avsteg från regeln om interoperativitet.⁵² Handlingarna i målet

51 — Punkt 34 i domen.

52 — Se rapporten av den 10 juni 1994 kallad "Nya principer för anställning av kvinnor i försvaret — Konsekvenser för Royal Marines" (nämnd ovan, fotnot 6). Till detta kommer innehållet i rapporten från februari 1997, kallad "Principer för anställning av kvinnor inom Royal Marines", vilken nämns i punkt 24 i Förenade kungarikets yttrande: Integrering av kvinnor i små sammansvetsade enheter vars huvudsakliga uppgift är att uppsöka och döda fienden kan få en negativ inverkan på moralen och sammanhållningen inom dessa enheter, vilket skulle påverka stridsdugligheten och möjligen våra truppers liv och slutligen den nationella säkerheten" (fri översättning).

vid den nationella domstolen bekräftar att det finns bevis för att denna regel tillämpas utan undantag vid den för det aktuella fallet avgörande tidpunkten vid vilken soldaten värvas eller förflyttas till detta förband.⁵³ Royal Marines är tränade för att kunna operera inom en mycket kort tidsfrist oberoende av omständigheterna eller av omgivningen; enligt Förenade kungariket handlar det om försvarsmaktens spjutspets. Ministry of Defence menar att enbart möjligheten för kvinnor att införlivas i denna känsliga sektor av försvarssystemet kan minska stridsdugligheten. Det finns inga bevis för en sådan risk för försämring (vilket Angela Maria Sirdar har påtalat). Allt faktiskt experimenterande skulle vara extremt riskabelt eftersom det skulle behöva ske i samband med verkliga militära operationer.⁵⁴ Det finns dock en ren presumtion vilken enligt den brittiska regeringen är resultatet av en "militär utvärdering". Det är emellertid enligt min mening just en sådan utvärdering som är intressant för att besvara frågan. För bedömningen av vilka som, i direktivets mening, är villkoren för utförande av Royal Marines verksamhet finns det inget annat referensmateriel än de uppgifter, synpunkter och vittnesmål som framförts av de nationella myndigheter som är ansvariga för uppförandet och organisationen av detta förband. Jag har nämnt de olika omständigheter i målet såsom de framgår av de klara och precisa skälen i begäran om förhandsavgörande och av den brittiska regeringens synpunkter. Därav framkommer en övertygelse som kan formuleras på följande sätt: den oflexibla regeln om interoperativitet, vilken hindrar anställningen av en kock i det aktuella fallet, är

53 — Se punkt 7 ovan.

54 — Man kanske skulle kunna efterfråga samarbete med eller vägledning från de länder vilka i likhet med Belgien, Danmark och Norge (samtliga medlemmar i NATO), inte föreskriver något hinder mot anställning av kvinnor inom försvarsmakten (se NATO-rapporten av år 1998 ovan, punkterna 7, 14 och 31).

bestämmande för såväl organisationen av som själva effektiviteten hos detta elitförband inom försvarsmakten. Om regeln skall anses vara motiverad — vilket är vad jag lutar åt — är det inte möjligt att utesluta att ett följande beslut att inte acceptera kvinnor inom Royal Marines i sin tur också kan anses vara motiverat. De vittnesmål som avgivits i målet vid den nationella domstolen av befälhavaren över förbandet uttrycker de negativa återverkningar som en eventuell kvinnlig närvaro skulle få för en sammanhållen insats av anfallsstyrkan, med hänsyn till infanteristernas förutsebara ansträngningar att beskydda kvinnor, med bortseende från de senares fysiska förmåga (vilken aldrig har prövats) till svåra krigshandlingar och till strid man mot man vilket förbandet är avsett för. Jag lämnar sådana bedömningar och andra av samma slag till nationella myndigheter som har gjort valet, i en demokrati alltid motiverat och ansvarsfullt, att bibehålla den traditionella manliga sammansättningen i en förtrupp inom försvarsmakten vilken, i Förenade kungariket, numera till stora delar är öppen för kvinnor: ”de behöriga myndigheterna [har] allt efter omständigheterna... ett visst handlingsutrymme när de vidtar åtgärder som de anser nödvändiga med hänsyn till en medlemsstats allmänna säkerhet”.⁵⁵ Jag upprepar att jag inte med säkerhet är i stånd att utesluta att närvaron av kvinnor i Royal Marines skulle kunna, i vart fall i vissa hänseenden och under vissa förhållanden, hindra den maximala effektivitet som användandet och insättandet av kommandosoldater kräver eller leda till att soldaterna utsätts för ökade risker och

därmed försvaga en viktig resurs i det nationella försvaret.

34. Den slutsats som jag kommer fram till stöds av domen som domstolen avgav i fallet Johnston. I det fallet gjorde domstolen bedömningen att det kunde vara motiverat, alltjämt i den mening som avses i undantaget i direktivet, med ett beslut att utesluta kvinnor från aktivt deltagande i enheter, det vill säga sådana enheter inom polisen som är beväpnade, för att upprätthålla allmän ordning i Nordirland i en situation av veritabelt *inbördeskrig*.⁵⁶ Domstolen godtog således den brittiska regeringens argument, vilka inte väsentligen skilde sig från dem som framförts i det aktuella fallet. I fallet Johnston menade Förenade kungariket att det för att utesluta kvinnor från enheter inom den Nordirländska polisen var nödvändigt att ta hänsyn till *förutsebara* risker som anställningen av beväpnade kvinnor skulle medföra. Domstolen godtog att uteslutandet av kvinnor i beväpnade enheter inom polisen skulle kunna vara motiverat genom att bokstavligen bekräfta att ”[d]et går i det avseendet inte att utesluta möjligheten att i en situation med allvarliga interna störningar kan det förhållandet att de kvinnliga poliserna bär vapen öka risken för attentat mot dessa och följaktligen stå i strid mot vad hänsynen till allmän säkerhet kräver”.⁵⁷ Det är samma skäl som gör sig gällande i det aktuella fallet: då det gäller förutsättningarna för utförandet av verksamheten i fråga kan en åtskillnad i behandling mellan män och kvinnor motiveras om man inte kan utesluta att könsfaktorn *skulle kunna* visa sig vara avgörande för antagandet av kriteriet för åtskil-

56 — Enligt domstolen ”allvarliga interna störningar”, punkt 36 i domen.

55 — Domen i det ovannämnda målet Leifer m.fl., punkt 35.

57 — Se punkt 36 i domen; min kursivering.

lnad i det aktuella fallet. Det är för övrigt nödvändigt att precisera att medan domstolens dom, vilken jag just har nämnt, inte var grundad på något faktiskt bevis, utan endast på vad som kunde kvalificeras som "antaganden" från de behöriga myndigheterna, grundas bevisningen i det aktuella fallet åtminstone på uppgifter från militära rapporter framtagna under en tid då det inte rädde några tveksamheter, det vill säga före den aktuella tvisten.⁵⁸

35. Det är nödvändigt att undersöka en slutlig aspekt av frågan som framhållits av kommissionen och den franska regeringen. För att kunna anse att undantaget är tillämpligt bör den yrkesverksamhet för vilken kön utgör en avgörande förutsättning, och som därigenom kan falla utanför tillämpningsområdet för direktivet, vara *specifiserad*. Det är tveklöst att direktivet ställer ett sådant krav. Domstolen har själv preciserat detta i domen kommissionen mot Frankrike: "Det följer [av artiklarna 2.2 och 9.2 i direktivet] att undantagen i artikel 2.2 inte kan avse annat än specificerade verksamheter."⁵⁹ Verksamheten inom Royal Marines är emellertid *specifiserad* såsom artikel 2.2 i direktivet kräver. För att vara mer exakt handlar det om den specifika *funktion* som Royal Marines har i förhållande till den funktion som resten av försvarsmakten har. Det gäller en specifik funktion med hänsyn till vilken det är nödvändigt att beakta att alla aktioner, i vilka träning och

krigsinsatser av den aktuella enheten konkretiseras, har en specifik karaktär. Dess uppdrag, organisation och karakteristiska funktionssätt gör Royal Marines till spjutspetsen inom den brittiska försvarsmakten och tillika en av de mest robusta delarna av en annan elitstyrka, det vill säga Natos snabba insatsstyrka.

36. Vidare anser jag att det "specifika" i fallet med Royal Marines inte motsägs av regeln som medför att *samtliga* soldater i detta förband omfattas av interoperativitet. Denna regel tillämpas nämligen konsekvent och utgör själva existensberättigandet för ett förband som är uppbyggt på det sättet, vidare utgör den en "realitet" och inte någon "fiktio". Det aktuella fallet skiljer sig från det som domstolen undersökte i fallet kommissionen mot Frankrike. I det fallet hade Frankrike infört ett rekryteringssystem för fem kårer inom den nationella polisen,⁶⁰ genom vilket möjligheterna för tillträde begränsades för kvinnor, då de ansågs föga lämpade för polisuppdrag som innebar användande av våld. Enligt de franska bestämmelserna skall alla polismän vara *sinsemellan utbytbara* i avsikt att kunna utföra de nämnda uppdragen.⁶¹ Domstolen godtog kommissionens argument, enligt vilket de franska bestämmelserna var alltför allmänt hållna och inte gjorde det möjligt att "verifiera om procentandelen av de olika rekryteringarna faktiskt motsvarade de specifika aktiviteter för vilka kön utgör en avgörande förutsätt-

58 — Se den ovan i fotnot 6 nämnda rapporten.

59 — Se punkt 25 i domen; generaladvokaten Sir Gordon Slynn uttalade sig i samma riktning (REG 1988, s. 3570 och 3571); se även dom av den 8 november 1983 i mål 165/82, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1983, s. 3431; svensk specialutgåva, volym 7, s. 341), punkt 16.

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

61 — Se generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande (REG 1988, s. 3571), vilket förutser domstolens beslut på denna punkt.

ning, enligt artikel 2.2 i direktivet".⁶² Enligt min åsikt kan principen om "utbytbarhet" som framfördes av Frankrike i det fallet likställas med principen om "interoperativitet" i det aktuella fallet. I fallet kommissionen mot Frankrike var det inte givet att regeln om utbytbarhet var nödvändig och faktiskt tillämpades inom alla de berörda delarna av polisen. I det aktuella fallet råder det däremot ingen tvekan om att principen om interoperativitet är nödvändig och faktiskt tillämpas. Eftersom alla tveksamheter har undanröjts förefaller det helt klart att principen om interoperativitet, såsom den tillämpas inom Royal Marines, ytterligare stärker min åsikt att det fall i vilket undantaget i direktivet kan tillämpas är tillräckligt specifikt och klart definierat.

37. Tolkningen av artikel 2.2 i direktivet såsom norm för motiverande av ett undantag från en viktig huvudprincip, ett tillvägagångssätt som domstolen använt i domarna kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Förenade kungariket⁶³, förefaller mig helt i enlighet med domstolens rättspraxis rörande tolkningen av artikel 48.4 i fördraget, vilken likaledes medger ett undantag (för anställning inom offentlig tjänst) från en annan viktig huvudprincip (fri rörlighet för arbetstagare). Genom denna rättspraxis har domstolen avsett att anta ett funktionellt kriterium för tillämpning av artikel 48.4, vilket begrän-

sar dess tillämpning till "viss verksamhet i offentlig tjänst".⁶⁴

38. Sammanfattningsvis talar de *förhållanden* under vilka Royal Marines är tvungna att operera för att kravet på manligt kön för att kunna tillhöra denna enhet skall betraktas som avgörande, enligt direktivet, för den verksamhet, det vill säga militära uppdrag, som utförs av sådana förband inom försvarsmakten.

Den sjätte frågan

39. För det fall att den föregående frågan besvaras jakande, efterfrågar Industrial Tribunal med sin sista fråga det kriterium som skall tillämpas då den undersöker om tillämpningen av en policy sådan som den beskrivs i begäran om förhandsavgörande faller inom tillämpningsområdet för undantaget i artikel 2.2 i direktivet eller inte.

40. Kommissionen och Angela Maria Sirdar anser att Industrial Tribunal särskilt skall undersöka (och, då det gäller tillämp-

64 — Dom av den 12 februari 1974 i mål 152/73, *Sotgiu mot Deutsche Bundespost* (REG 1974, s. 153; svensk specialutgåva, volym 2, s. 219), punkt 4; se även bland annat dom av den 17 december 1980 i mål 149/79, kommissionen mot Belgien (REG 1980, s. 3881; svensk specialutgåva, volym 5, s. 427), punkt 10 och följande punkter, av den 26 maj 1982 i mål 149/79, kommissionen mot Belgien (REG 1982, s. 1845; svensk specialutgåva, volym 6, s. 433), av den 16 juni 1987 i mål 225/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2625; svensk specialutgåva, volym 9, s. 121) och av den 27 november 1991 i mål C-4/91, *Bleis* (REG 1991, s. I-5627).

62 — Punkt 27 i domen (min kursivering).

63 — Se punkt 35 och ovan fotnot 59.

ningen av ett undantag, mycket restriktivt) om det fullständiga uteslutandet av kvinnor i Royal Marines är *proportionellt* i förhållande till målet att säkerställa maximal stridsduglighet inom detta stridande förband. Den brittiska regeringen godtar att Industrial Tribunal kan pröva beslutet att utesluta kvinnor från ett bestämt förband, men menar att den endast kan underkänna beslutet om det är uppenbart oskäligt med hänsyn till de skyddade intressenas beskaffenhet (det nationella försvaret).⁶⁵

41. I fallet Johnston besvarar domstolen en fråga liknande den som är aktuell i detta fall. Jag har vid ett flertal tillfällen berört likheterna mellan fallet Johnston och det aktuella fallet. Svaret på den fråga som ställdes i det fallet förefaller mig helt relevant i det aktuella fallet: "Det skall vidare erinras att varje gång det görs undantag från en rättighet för enskilda, såsom den om likabehandling av kvinnor och män i direktivet, måste hänsyn tas till *proportionalitetsprincipen* som är en av de allmänna principer som ligger till grund för gemenskapernas rättsordning. Enligt denna princip får undantagen *inte överskrida gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt* för att uppnå det eftersträvade målet samt skall likabehandlingsprincipen i vidast möjliga omfattning förenas med de krav på allmän säkerhet som bestämmer villkoren för utförandet av den ifrågavarande verksamheten. Inom ramen för kompetensfördelningen enligt artikel 177 i EEG-fördraget (nu artikel 234 EG) åligger

65 — Den brittiska regeringen vidhöll, med hänvisning till kravet på upprätthållandet av stridsdugligheten, vilket är skälet att utesluta kvinnor från Royal Marines, att en bedömning av det berättigade i detta skäl, och huruvida det faktiskt kan motivera den nämnda principen, skall vara "begränsad" och hänsyn tas till att de nationella myndigheterna "har ett visst handlingsutrymme", under förutsättning att det gäller "åtgärder som de anser nödvändiga med hänsyn till en medlemsstats allmänna säkerhet" (dom i det ovan i fotnot 35 nämnda målet Leifer m.fl.).

det den nationella domstolen... att se till att proportionalitetsprincipen iakttas och att *pröva om* beslutet att inte förlänga anställningsavtalet med Marguerite Johnston *hade kunnat undvikas* genom att kvinnorna tilldelades sådana arbetsuppgifter som kunde utföras utan vapen, utan att de eftersträvade målen äventyrades."⁶⁶ I fallet Johnston lät domstolen således inte den nationella domstolens rätt till prövning omfattas av den begränsning som framförts av den brittiska regeringen, och detta "i en tid av allvarliga inre störningar", kännetecknad av ett flertal terroristattacker och hundratals offer. Generaladvokaten M. Darmon gjorde för sin del, alltjämt i fallet Johnston, följande iakttagelse: "Låt mig säga det rent ut: ett undantag från en så grundläggande mänsklig rättighet som rätten till likabehandling skall bedömas restriktivt."⁶⁷

42. Policyn inom Royal Marines utesluter fullständigt kvinnor från alla uppgifter inom detta förband. Med hänsyn till att denna fråga rör en grundläggande mänsklig rättighet, skall Industrial Tribunal i detta konkreta fall undersöka om den "fullkomlighet" som förefaller känneteckna denna policy är strikt nödvändig eller om den tvärtom går utöver vad som är lämpligt för att i vart fall säkerställa Royal Marines stridsduglighet. Bland de faktorer som

66 — Se punkterna 38 och 39 i domen (min kursivering).

67 — Punkt 9 i förslaget till avgörande.

Industrial Tribunal kan ta hänsyn till vid bedömningen av den sjätte frågan⁶⁸ gör sig, enligt min mening, främst det "specifika" hos Royal Marines gällande och även den omständigheten att undantaget från huvudregeln berör ett förband som endast motsvarar 2 procent av försvarsmakten, inom vilken kvinnor för övrigt accepteras i så stor utsträckning att de utgör mer än 7 procent av det totala manskapet. För det andra framstår det, enligt min mening, som betydelsefullt att principen om interoperativitet, vilken inom Royal Marines kännetecknas av sin *fullkomlighet, faktiskt tillämpas konsekvent*.

43. Det finns vidare anledning att uppmärksamt undersöka omfattningen av undantaget från regeln om interoperativitet för medlemmarna i militärörkestern. Det är det enda undantaget. Man kan ställa sig frågan varför det inte finns något undantag vad beträffar "statiska" uppgifter vid huvudkvarteret, vid basen eller kårens träningscentrum. Det är lätt att förstå att en fråga av denna typ likväl är en fråga om organisatorisk självständighet för medlemsstaterna och deras militära organ. Om man bestämmer sig för att identifiera verksamheter som faller utanför tillämpningsområdet för interoperativiteten, måste man godta att det i en hel del fall går att finna nya uppdrag som i sin helhet kan överlätas till "icke-utbytbara" marininfanterister. I domen Johnston går domstolen inte så långt. Domstolen inskränker sig till att låta

förstå att man kanske skulle kunna tilldela kvinnorna arbetsuppgifter som är förenliga med de eftersträfvade målen och som utförs utan bärande av vapen.⁶⁹ I det fallet utförde de brittiska polismän som befann sig i Nordirland en hel del uppgifter som inte krävde bärande av vapen. De behöriga myndigheterna hade således bestämt ett sådant uppdrag genom att anställa Marguerite Johnston som växeltelefonist.⁷⁰ I det aktuella fallet däremot finns inom Royal Marines ingen annan uppgift än den som sinsemellan utbytbara kommandosoldater utför. Att inom denna truppenhet identifiera en kocks uppgifter som icke-interoperativa skulle leda till att man, i de behöriga nationella myndigheternas ställe, "skapade" en uppgift där den tidigare inte har existerat. En analys av skälen till att Royal Marines militärörkester inte omfattas av principen om interoperativitet skulle kanske leda till ett annat logiskt argument, varefter det skall undersökas om något av dessa skäl även är relevant för sådana uppgifter som till exempel de uppgifter som en kock vid huvudkvarteret eller vid träningscentrat utför. Dessutom har Angela Maria Sirdars advokat vid förhandlingen anfört att "*vissa kockar* inom den brittiska marinen inte omfattas av systemet med interoperativitet".

44. Slutligen fäster jag inte så mycket avseende vid ett visst uppslag från kommissionen, i vart fall så som det formuleras. För att värdera proportionaliteten i den berörda policyn menar kommissionen att det även är nödvändigt att ta hänsyn till resultatet av den periodiskt återkommande undersökning, vilken Förenade kungariket

68 — "Även om det är upp till den nationella domstolen, i samband med en begäran om förhandsavgörande, att fastställa [omständigheterna] i det konkreta fallet vilket hänskjutits till den, har domstolen, vars uppgift är att ge den nationella domstolen användbara svar, rätt att ge vägledning, utifrån handlingarna i målet vid den nationella domstolen (...)" (dom av den 30 mars 1993 i mål C-328/91, Thomas m.fl. (REG 1993, s. I-1247), punkt 13; min kursivering.

69 — Se punkt 39 i domen.

70 — Se beskrivningen av omständigheterna i domen (REG 1986, s. 1666).

säger sig regelbundet genomföra i enlighet med artikel 9.2 i direktivet. Enligt denna bestämmelse skall medlemsstaterna periodiskt undersöka de verksamheter som faller utanför direktivets tillämpningsområde i syfte att bedöma om det är berättigat att bibehålla dessa undantag, med hänsyn till "den sociala utvecklingen". I det aktuella fallet har den brittiska regeringen inte grundat sig på den aktuella sociala utvecklingen i landet för att rättfärdiga sin policy, utan på rent militära bedömningar och antaganden. Man finner, i handlingarna, tecken på en periodiskt återkommande utvärdering av dessa bedömningar, men resultaten verkar inte tyda på några större förändringar vad avser det förband till vilket Angela Maria Sirdar önskar bli förflyttad.⁷¹

45. Kommissionens uppdrag ger oss dock tillfälle att ange, alltiämt i syftet att förse Industrial Tribunal med konkreta överväganden för tillämpningen av proportionalitetskriteriet, vad som skulle kunna vara en alternativ tolkning av artikel 9.2 i direktivet. Kommissionen och Förenade kungariket refererar till begreppet "social utveckling" för hela befolkningen i en medlemsstat. Med hänsyn till att "försvaret" som alla vet uppvisar flera särdrag, i sådan utsträckning att man kan säga att det har en egen kultur (för övrigt är det ofta underställt en särskild rättsordning, exempelvis den militära straffrätten) anser jag att det kan vara möjligt, med hänsyn tagen till de skyldigheter som framgår av direktivet och för att främja "likabehandling mellan män och kvinnor [i den mån det är möjligt för] harmoniseringen av levnads-

och arbetsvillkoren [inom försvarsmakten]"⁷², att göra en "modern" tolkning av den aktuella bestämmelsen, genom att vidta en periodisk undersökning av den sociala utvecklingen inom själva försvarsmakten. En sådan undersökning skulle, utifrån vissa aspekter och genom att i stort återspegla den allmänna utvecklingen inom ett land, kunna visa på att sådana förändringar har skett inom en viss yrkessektor att det motiverar att verksamheter som fortfarande är reserverade för män successivt öppnas för kvinnor. Detta tänkesätt föranleds av att i kärnan av den brittiska regeringens resonemang, vilket avser att motivera uteslutandet av kvinnor inom Royal Marines med hänsyn till den ovillkorliga stridsdugligheten, finns uppfattningen att kvinnors deltagande kan få negativa återverkningar "på moralen och sammanhållningen" i kommandoenheterna ("fire-teams").⁷³ Yttrandet från ombudet för den brittiska regeringen, vilket återfinns i ett dokument som ingivits till Industrial Tribunal i målet vid den nationella domstolen och är bifogat till Angela Maria Sirdars skriftliga yttrande⁷⁴, går i samma riktning, dock med en klart mer "social" inriktning. Jag frågar mig därför om det inte är möjligt att kontrollera, såsom faktiskt har skett (åtminstone som ett begränsat experiment) inom den kanadensiska försvarsmakten sedan början av 1980-talet, om stridsdugligheten kan tillförsäkras även då kvinnor har tillträde, med särskild hänsyn tagen till hur deras manliga kolleger faktiskt uppfattar deras närvaro. Dessa experiment utmynnade i positiva slutsatser. Förutom att stridsdugligheten inte äventy-

71 — Se punkt 2 b i rapporten "Nya principer för anställning av kvinnor i försvaret — Konsekvenser för Royal Marines", ovan fotnot 6; se även slutsatsen i en liknande rapport från år 1997, ovan fotnot 52.

72 — Se tredje övervägandet i direktivet (min kursivering).

73 — Se utdraget från den militära rapporten av år 1997 som nämns i Förenade kungarikets skriftliga yttrande (se ovan fotnot 52).

74 — Se bilaga 4 till nämnda yttrande: "Further and better particulars of the amended grounds of resistance", punkt 1 ii.

rades, så stärkte förekomsten av kvinnor gemenskapen, utan att på något sätt minska soldaternas sammanhållning.⁷⁵

den mån det är möjligt, öka mottagligheten och acceptansen av kvinnliga soldater. Enligt min mening var det just sådana initiativ som togs under 1980-talet inom den kanadensiska försvarsmakten och särskilt inom flygvapnet.⁷⁷ På samma sätt blev ansträngningarna inom USA:s försvarsmakt att uppmuntra sammanhållningen mellan "svarta" och "vita" soldater framgångsrika, men detta endast tack vare "omsorgsfull ledning och planering" (careful leadership and planning).⁷⁸

46. Det finns vidare ett övervägande som anger motsatsen, vilket eventuellt kan hjälpa den nationella domstolen att bedöma huruvida en diskriminerande åtgärd, såsom den i det aktuella fallet omtvistade åtgärden ändå kan vara proportionerlig. Från denna medlemsstats inställning kan man dra slutsatsen att den begränsar sig till att "konstatera" den sociala utvecklingen inom dess militära förband utan att, i direktivets anda, vidta åtgärder som avser att "levnads- och arbetsvillkoren skall främjas"⁷⁶, för att, i

75 — Se dom av den kanadensiska domstolen för mänskliga rättigheter (nedan kallad KDMR) av den 20 februari 1989, TD 3/89, Gauthier m.fl. mot Canadian Armed Forces, bilaga 5 till Angela Maria Sirdars skriftliga yttrande, punkt 6 i domen, särskilt s. 26. Undersökningarna som utförs av den kanadensiska försvarsmakten är kända under namnet "SWINTER" (Service Women in Non-Traditional Environments and Roles).

76 — Se tredje övervägandet i direktivet. Domstolen har också uttalar sig i denna riktning: "[artikel 119 (artiklarna 117—120 i fördraget har ersatts av artiklarna 136—143 EG) om lika lön för kvinnor och män utgör en del av gemenskapens sociala mål, vilka inte enbart inskränker sig till en ekonomisk union utan samtidigt strävar efter att säkerställa sociala framsteg genom gemensamma åtgärder och att *fortgående förbättra* levnads- och arbetsvillkoren för de europeiska folken, vilket framhävs i ingressen till fördraget" (dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne mot Sabena (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkterna 7-11; min kursivering).

47. Sammanfattningsvis har jag angivit de faktorer som Industrial Tribunal söker ledning i för att, vid sin prövning som den skall göra enligt proportionalitetskriteriet, kontrollera om uteslutningen av kvinnor från Royal Marines, vilken såsom jag har konstaterat ovan kan vara motiverad på ett principiellt plan, är motiverad under de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet.

77 — Se KDMR, domen Gauthier m.fl. mot CAF, punkt 8.

78 — Se KDMR, domen Gauthier m.fl. mot CAF, punkt 10 d.

Förslag till avgörande

48. Således skall enligt min mening frågorna från Industrial Tribunal, Bury St Edmunds besvaras på följande sätt:

- 1) Beslut som en medlemsstat fattar med hänsyn till stridsduglighet, i fredstid eller vid förberedelse för krig, vad avser förutsättningarna för anställning i försvarsmakten eller i ett elitförband som det som beskrivs i begäran om förhandsavgörande, faller inte utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde.
- 2) Artikel 224 i EG-fördraget (nu artikel 297 EG) medger inte undantag från tillämpningsområdet för rådets direktiv 76/207/EEG för könsdiskriminering vad avser förutsättningarna för anställning inom försvarsmakten eller i ett elitförband som det som beskrivs i begäran om förhandsavgörande, i fredstid eller vid förberedelse för krig, för att säkerställa stridsduglighet.
- 3) En policy som antas av en medlemsstat för att utesluta kvinnor, i fredstid eller vid förberedelse för krig, från tjänstgöring i ett förband som det som beskrivs i begäran om förhandsavgörande faller inom tillämpningsområdet för undantaget i artikel 2.2 i rådets direktiv 76/207/EEG.

- 4) För att kontrollera om de skäl på vilka medlemsstaten grundar sig för att tillämpa den nämnda policyn motiverar tillämpning av artikel 2.2 i rådets direktiv 76/207/EEG skall den nationella domstolen bedöma om den aktuella åtgärden är förenlig med proportionalitetsprincipen.