

Θετικά μέτρα και αρχή της ισότητας από τη σκοπιά του συγκριτικού δικαίου

Χριστίνας Δεληγιάννη-Δημητράκου Αν. Καθηγήτριας, Νομικής Σχολής ΑΠΘ

I. Εισαγωγή

Ο όρος «θετικά μέτρα» είναι γενικός. Εκφράζει συγκεκριμένα όλα εκείνα τα θεσμικά μέτρα που βασίζονται σε προστατευόμενα ταυτοτικά χαρακτηριστικά και τα οποία υιοθετούνται για να ευνοήσουν και όχι για να θέσουν σε δυσμενή θέση τα πρόσωπα και τις ομάδες που φέρουν αυτά τα χαρακτηριστικά¹. Σκοπός των θετικών μέτρων είναι να άρουν τα εμπόδια, τα οποία θέτουν σε μειονεκτική θέση τις διάφορες ομάδες, αποκλείοντας τα μέλη τους από τομείς της κοινωνικής, οικονομικής και πολιτικής ζωής. Τα θετικά μέτρα χρησιμοποιούνται επομένως για να δοθούν ίσες ευκαιρίες σε μειονεκτούσες ομάδες και για να αποκατασταθεί με τον τρόπο αυτό η πραγματική ισότητα. Για την υλοποίηση αυτού του στόχου επιφυλάσσεται μια προτιμησιακή μεταχείριση στις ίδιες τις ομάδες. Το γεγονός αυτό καθιστά τα θετικά μέτρα όχι μόνο ένα μέσο υλοποίησης της ουσιαστικής ισότητας, αλλά και ένα θεσμό που σηματοδοτεί τη μετάβαση από την ισότητα των ατόμων στην ισότητα των ομάδων².

Υπάρχει σήμερα μια ποικιλία θετικών μέτρων και μια πολλαπλότητα κριτηρίων που χρησιμοποιούνται για την ταξινόμησή τους³. Το κριτήριο πάντως που θεωρείται από θεωρητικής και από πρακτικής απόψεως το πιο χρήσιμο είναι εκείνο που εξετάζει τον τρόπο με τον οποίο επενεργούν αυτά τα μέτρα. Που διερευνά, με άλλα λόγια, αν επηρεάζουν άμεσα ή έμμεσα το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα⁴. Τα θετικά μέτρα διακρίνονται με βάση το κριτήριο αυτό σε μέτρα άμεσου και έμμεσου αποτελέσματος.

1.Θετικά μέτρα άμεσου και έμμεσου αποτελέσματος

Τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος επιδιώκουν να εγκαθιδρύσουν την ισότητα αποτελεσμάτων, με μηχανισμούς που έχουν ως σκοπό να εξασφαλίσουν σε πρόσωπα, που ανήκουν σε υποεκπροσωπούμενες ομάδες,

¹ Βλ., μεταξύ άλλων, O. De Schutter, «Chapter Seven, Postive Action», σε D. Schiek, L.Waddington, M. Bell, Non Discrimination Law, Hart Publishing, 2007, σ. 757 επ., M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, L'action positive au titre des directives 2000/43 et 2000/78., Fredman, Discrimination Law, Oxford University Press, Second Edition, 2011, σ. 232 επ. Γ. Γεραπετρίτη, Ισότητα και θετικά μέτρα, Εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2007, Commission Européenne, Perspectives internationales sur les mesures d'action positive, Etude comparative dans l'Union européenne, Au Canada, aux Etats-Unis et en Afrique du Sud, Maastricht 2009, G. Selene, L. Senden, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women including Company Boards. Commission européenne, European Network of legal experts in the field of gender Equality, 2011, C.McCruden, «Rethinking Positive Action», Industrial Law Journal, 1986, 219, Α. Παπαδοπούλου, Θετικές δράσεις του κράτους ως εργαλείο ουσιαστικής ισότητας, 2007, σε www.opek.gr/opek/index.php?option=com_letterman&task=view&Itemid=71&id=44 ID. Renault, Les discriminations positives, Rev.trim.dr.h., 1997, σ. 426 επ.

² Βλ. M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 11.

³ Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, Ισότητα και θετικά μέτρα, ό.π., σ. 9.

⁴ Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, Ισότητα και θετικά μέτρα, ό.π., σ. 9.

συγκεκριμένες θέσεις σε τομείς, όπως η εργασία, η εκπαίδευση, η επιχειρηματική δραστηριότητα ή η πολιτική.

Στην πράξη τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος ταυτίζονται με τις ποσοστώσεις (quotas), οι οποίες έχουν ένα διττό περιεχόμενο: θέτουν, από τη μια μεριά, αριθμητικούς στόχους που θα πρέπει να επιτευχθούν σ' ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Και προβλέπουν, από την άλλη μεριά, προτιμησιακά μέτρα για την υλοποίηση αυτών των στόχων. Τα προτιμησιακά αυτά μέτρα εμφανίζουν ένα διαφορετικό βαθμό ευελιξίας. Οι ποσοστώσεις διακρίνονται για το λόγο αυτό σε τέσσερις κατηγορίες⁵. Μία πρώτη κατηγορία είναι οι «αυστηρές ποσοστώσεις» (strict quotas) που υλοποιούνται με απόλυτα προτιμησιακά μέτρα, τα οποία χορηγούν ωφέληματα στα μέλη των μειονεκτουσών ομάδων ανεξάρτητα από τα προσόντα τους. Δεύτερη κατηγορία ποσοστώσεων είναι οι ισχυρές ποσοστώσεις (strong quotas) που συνδυάζουν αριθμητικούς στόχους με ευέλικτα προτιμησιακά μέτρα, τα οποία παρέχουν ωφέληματα σ' εκείνα μόνον από τα μέλη των μειονεκτουσών ομάδων που έχουν ίδια προσόντα ή πληρούν ορισμένα άλλα κριτήρια επιλεξιμότητας. Τρίτη κατηγορία ποσοστώσεων είναι οι ευέλικτες ποσοστώσεις (flexible quotas), οι οποίες, πέρα από το ότι απευθύνονται σε πρόσωπα με ίδια προσόντα, συνοδεύονται επιπλέον από ρήτρες διαφυγής που επιτρέπουν τη μη υλοποίησή τους όταν άλλοι σοβαροί λόγοι επιβάλλουν κάτι τέτοιο. Τέταρτη, τέλος, κατηγορία ποσοστώσεων είναι οι λεγόμενες «μαλακές ποσοστώσεις» (soft quotas) που υλοποιούνται με αδύναμα προτιμησιακά μέτρα, τα οποία εντάσσουν απλώς το ταυτοτικό χαρακτηριστικό της ωφελούμενης ομάδας στα κριτήρια αξιολόγησης, με βάση τα οποία θα πρέπει να κρίνονται οι υποψήφιοι στις διάφορες διαδικασίες επιλογής. Οι μαλακές ποσοστώσεις προβλέπουν επιθυμητούς στόχους. Αφήνουν εντούτοις σ' εκείνον που θα τις υλοποιήσει την ευχέρεια να αποφασίσει πότε θα το κάνει.

Σε αντίθεση με τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος, τα θετικά μέτρα έμμεσου αποτελέσματος επιδιώκουν να εξασφαλίσουν την ισότητα ευκαιριών χωρίς να επεμβαίνουν άμεσα στο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Η παροχή οικονομικών κινήτρων, η χορήγηση υποτροφιών ή χαμηλότοκων δανείων για σπουδές ή για επαγγελματική χρήση, η παροχή διευκολύνσεων, που επιτρέπουν σε άτομα τα οποία ανήκουν σε μειονεκτούσες ομάδες να συνδυάσουν την οικογενειακή με την επαγγελματική ζωή, όλες αυτές οι κατηγορίες μέτρων συνιστούν θετικά μέτρα έμμεσου αποτελέσματος, γιατί επιδιώκουν να ευνοήσουν με έμμεσο τρόπο τις μειονεκτούσες ομάδες⁶.

Χαρακτηριστικό των θετικών μέτρων έμμεσου αποτελέσματος είναι ότι επιδιώκουν να θεραπεύσουν τις αιτίες που έχουν προκαλέσει την υποεκπροσώπηση των προστατευόμενων ομάδων⁷. Αντίθετα, τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος αδυνατούν να αντιμετωπίσουν τα αίτια της υποεκπροσώπησης. Επιδιώκουν να εξασφαλίσουν μόνο την αναλογική συμμετοχή των υποεκπροσωπούμενων ομάδων σ' ένα συγκεκριμένο πεδίο δραστηριότητας.

Στις έννομες τάξεις των ΗΠΑ, του Ηνωμένου Βασιλείου και της Γαλλίας⁸, τα θετικά μέτρα άμεσου και έμμεσου αποτελέσματος αποκαλούνται αντίστοιχα θετικές διακρίσεις (positive discriminations) και θετικές δράσεις.

⁵ Βλ. G. Selenec, L. Senden, Positive Action Measures, ό.π., σ. 4-5.

⁶ Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, ό.π., σ. 9.

⁷ S. Freedman, Discrimination Law, ό.π., σ. 332.

⁸ Βλ. A. Levade, «Discrimination positive et principe d'égalité en droit français», Discrimination Positive, Pouvoirs, no 111, 2004, σ. 55 επ.

(positive ή affirmative actions). Με τον όρο «θετικές διακρίσεις» υπογραμμίζεται το γεγονός ότι τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος εισάγουν περιορισμούς στην αρχή της ισότητας, επειδή ευνοούν μια κατηγορία προσώπων και αποκλείουν μια άλλη.

2. Θετικά μέτρα και εύλογες προσαρμογές

Τα θετικά μέτρα άμεσου και έμμεσου αποτελέσματος ταυτίζονται εξάλλου με τα μέτρα των εύλογων προσαρμογών, τα οποία έχουν υποχρέωση να υιοθετούν οι εργοδότες ή άλλοι δημόσιοι φορείς, προκειμένου να προσφέρουν σε άτομα με αναπηρία ή σε πρόσωπα, που διαθέτουν άλλου είδους μειονεκτήματα, τη δυνατότητα να έχουν πρόσβαση στην εργασία ή σε άλλα κοινωνικά αγαθά⁹. Η Οδηγία πλαίσιο 78/2000 για την ισότητα στην απασχόληση¹⁰ προβλέπει στο άρθρο 5 ότι «οι εργοδότες οφείλουν να προβαίνουν σε εύλογες προσαρμογές ώστε να παρέχουν στα πρόσωπα με σωματικές ή διανοητικές αναπηρίες ίσες ευκαιρίες απασχόλησης».

Σε αντίθεση προς την αρχή της μη διάκρισης, που εκκινεί από την ιδέα της ομοιότητας και η οποία επιβάλλει στον εργοδότη την υποχρέωση να μη λαμβάνει υπόψη τα ταυτοτικά χαρακτηριστικά του εργαζόμενου, όταν αποφασίζει για την πρόσληψη, την προαγωγή ή την απόλυσή του, ο θεσμός των εύλογων προσαρμογών βασίζεται στην ιδέα της διαφοράς. Επιβάλλει για το λόγο αυτό στον εργοδότη την υποχρέωση να λαμβάνει υπόψη τα ταυτοτικά χαρακτηριστικά που συνιστούν απαγορευμένους λόγους διάκρισης¹¹. Ο εργοδότης δεν μπορεί κατά συνέπεια να αρνηθεί να προσλάβει ένα άτομο με αναπηρία, επικαλούμενος το μειονέκτημά του. Οφείλει αντίθετα να λάβει υπόψη το μειονέκτημα αυτό. Να προβεί, με άλλα λόγια, σε κατάλληλες προσαρμογές, προκειμένου να προσλάβει και να απασχολήσει το παραπάνω άτομο στην προσφερόμενη θέση εργασίας.

Οι εύλογες προσαρμογές διαφέρουν πάντως από τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος και για έναν ακόμη λόγο: γιατί δεν απευθύνονται στις μη ευνοημένες ομάδες, με πολιτικές ad hoc, εξασφαλίζοντας στα μέλη τους συγκεκριμένες θέσεις εργασίας ή επαγγελματικής εκπαίδευσης, αλλά υλοποιούνται αντίθετα με εξατομικευμένα μέτρα που έχουν ένα διαρκή χαρακτήρα. Ενώ, εξάλλου, τα μέτρα των εύλογων προσαρμογών προβλέπονται ρητά από τη νομοθεσία και είναι υποχρεωτικά για τον εργοδότη, τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος είναι κατά κανόνα προαιρετικά. Για το λόγο αυτό ο θεσμός των εύλογων προσαρμογών δεν θεωρείται ότι περιορίζει σοβαρά την αρχή της ισότητας. Αντίθετα, τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος την περιορίζουν. Για το λόγο ακριβώς αυτό η νομιμότητά τους έχει προκαλέσει έντονες αμφισβητήσεις.

⁹ Βλ. M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 33, L. Waddington, «Chapter Six: Reasonable Accommodation», εις D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, Non Discrimination Law, ό.π., σ. 629 επ., Morgan Sweeney, «Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination», Revue de droit du travail, 2012, σ. 87 επ.

¹⁰ Βλ. Morgan Sweeney, «Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination», ό.π., σ. 87 επ.

¹¹ Βλ. L. Waddington, ό.π., σ. 631-632.

3. Θετικά μέτρα και ίση μεταχείριση

Το ερώτημα ειδικότερα που έχει απασχολήσει τη θεωρία και τη νομολογία είναι πώς είναι δυνατό ανεπίτρεπτοι λόγοι διάκρισης, όπως η φυλή, το φύλο ή η εθνοτική καταγωγή, να χρησιμοποιούνται ανεξέλεγκτα για την υλοποίηση αποκαταστατικών σκοπών¹². Η απάντηση στο ερώτημα αυτό εξαρτάται από την οπτική γωνία από την οποία εξετάζει κανείς τα θετικά μέτρα. Αν δηλαδή τα προσεγγίζει από τη σκοπιά της τυπικής ή της ουσιαστικής ισότητας.

Αποτελεί γεγονός αναμφισβήτητο ότι τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος εισάγουν αποκλίσεις από την αρχή της τυπικής ισότητας όχι μόνο γιατί επιβάλλουν διακριτική μεταχείριση προς όφελος ορισμένων προσώπων, αλλά και γιατί επιφυλάσσουν στα άτομα αυτά μια μεταχείριση η οποία δεν προσδιορίζεται με βάση την αξία τους, αλλά με γνώμονα το γεγονός ότι ανήκουν σε μια συγκεκριμένη ταυτοτική ομάδα. Ωστόσο, τα εν λόγω μέτρα δεν συνιστούν απλές παραβιάσεις της τυπικής ισότητας ή δικαιολογημένες εξαιρέσεις από την παραπάνω αρχή. Συνιστούν επιπλέον εργαλεία υλοποίησης της ουσιαστικής ισότητας αφενός γιατί τείνουν να προσαρμόσουν την ιδέα της ισότητας στις ανάγκες της κοινωνικής πραγματικότητας. Και, αφετέρου, γιατί λαμβάνουν υπόψη τη διαιώνιση των μειονεκτημάτων, στα οποία μπορεί να καταλήξει η εφαρμογή της αξιοκρατίας όταν λειτουργεί ως μοναδικό κριτήριο για την επιλογή των ατόμων¹³.

Η υιοθέτηση πάντως θετικών μέτρων άμεσου αποτελέσματος δεν οδηγεί αυτόματα στην ουσιαστική ισότητα. Πράγματι, τα μέτρα αυτά μπορούν να αλλάξουν την έμφυλη ή τη φυλετική σύνθεση των οργάνων άσκησης της εξουσίας. Δεν μπορούν παρόλα αυτά να μεταβάλουν τις δομές της κοινωνίας και της οικονομίας¹⁴. Αυτό μάλιστα που μπορεί να προκαλέσει η υιοθέτησή τους είναι να στιγματίσει τα ωφελούμενα πρόσωπα. Να τα εμφανίσει, με άλλα λόγια, ανικανοποίητα και ανίκανα να ανταπεξέλθουν στις δυσκολίες¹⁵. Ο έλεγχος αυτών των μέτρων είναι για το λόγο αυτό απαραίτητος, προκειμένου να εξεταστεί η πραγματική συμβολή τους στην προώθηση της ουσιαστικής ισότητας¹⁶. Ο δικαστής οφείλει, επομένως, να εφαρμόζει την αρχή της αναλογικότητας όταν εξετάζει τη νομιμότητα αυτών των μέτρων. Να διερευνά, με άλλα λόγια, αφενός αν έχουν ένα αυθαίρετο περιεχόμενο. Αν θίγουν δηλαδή με υπερβολικό τρόπο το δικαίωμα των προσώπων που δεν ανήκουν στην ομάδα που αυτά ευνοούν. Και, αφετέρου, αν είναι δυσανάλογα σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δηλαδή με τις πραγματικές απαιτήσεις της ομάδας που εξυπηρετούν και οι οποίες αντανακλούν την κοινωνική πραγματικότητα που δικαιολογεί τη θέσπισή τους. Οι

¹² Βλ. παρακ. II.

¹³ Έχει υπογραμμιστεί από τη θεωρία ότι ακόμη και τα συστήματα επιλογής που βασίζονται φαινομενικά στην αντικειμενική αξία είναι πολιτισμικά προκαθορισμένα. Έχουν προσδιοριστεί δηλαδή με γνώμονα προϋπάρχοντα σχήματα πολιτισμικών ενδείξεων αξίας. Βλ., μεταξύ άλλων, I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990, σ. 200 επ. S. Fredman, «Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities», *South African Journal on Human Rights*, 2007, σ. 214 επ.

¹⁴ Βλ. I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, ό.π., σ. 198-200, όπως επίσης και N. Fraser, «From Redistribution to Recognition. Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age», 212 *New Left Review*, 1995, σ. 68 επ.

¹⁵ Βλ. N. Fraser, «From Redistribution to Recognition», ό.π., σ. 68 επ. (85), S. Fredman, *Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities*, ό.π., σ. 214 επ. (216).

¹⁶ S. Fredman, *Discrimination Law*, ό.π., σ. 232 επ.

σκοποί, εξάλλου, των θετικών μέτρων είναι ποικίλοι. Αυτά υιοθετούνται συνήθως για να επανορθώσουν διακρίσεις που έγιναν στο παρελθόν, για να εξασφαλίσουν την ισότιμη συμμετοχή των μειονεκτουσών ομάδων σε τομείς και σε κέντρα λήψης αποφάσεων ή για να προωθήσουν τη φυλετική, την πολιτισμική και την έμφυλη διαφοροποίηση, έτσι ώστε οι διάφοροι χώροι να είναι όσο το δυνατό περισσότερο αντιπροσωπευτικοί.

Εξίσου δύσκολο είναι όμως να καθοριστεί η σχέση ανάμεσα στους επιδιωκόμενους, από τα θετικά μέτρα, σκοπούς και τα μέσα που πρέπει να χρησιμοποιούνται για την υλοποίηση αυτών των σκοπών. Ο δικαστής οφείλει όταν αντιμετωπίζει αυτό το ζήτημα, να απαντήσει στα εξής ερωτήματα: πόσο στενή πρέπει να είναι η σχέση του θετικού μέτρου με τον επιδιωκόμενο σκοπό; αρκεί το θετικό μέτρο να συνιστά ένα εύλογο μέσο για την υλοποίηση του εν λόγω σκοπού ή μήπως θα πρέπει να είναι επιπλέον απαραίτητο να μην υπάρχει, με άλλα λόγια, ένα άλλο εναλλακτικό μέτρο για την επίτευξη αυτού του σκοπού; πως θα προσδιοριστεί, τέλος, η ομάδα των προσώπων που θα ωφεληθούν από το επίμαχο μέτρο; μπορεί η ομάδα αυτή να περιλάβει και άτομα που δεν έχουν υποστεί μειονεκτήματα ή διακρίσεις;

5. Σκοπός της μελέτης και σχεδιάγραμμα

Η παρούσα μελέτη εξετάζει τις απαντήσεις που έχουν δώσει στα ερωτήματα αυτά έννομες τάξεις που αντιλαμβάνονται με διαφορετικό τρόπο την αρχή της ισότητας. Αντικείμενο έρευνας θα αποτελέσει ειδικότερα ο θεσμός των θετικών μέτρων έτσι όπως έχει διαμορφωθεί σε τρεις κατηγορίες έννομων τάξεων: Στην αμερικανική έννομη τάξη, που δίνει το προβάδισμα στην τυπική ισότητα. Στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ), που τείνει να εξισορροπήσει την τυπική με την ουσιαστική ισότητα μέσω της αρχής της ισότητας ευκαιριών. Και, τέλος, στις έννομες τάξεις του Καναδά, της Νοτίου Αφρικής και της Ελλάδας, που έχουν υιοθετήσει μια πιο ουσιαστική αντίληψη για την ισότητα.

Στο πρώτο μέρος θα εξεταστεί πώς εξελίχθηκε ο υπό εξέταση θεσμός στις παραπάνω έννομες τάξεις, ενώ στο δεύτερο μέρος θα εντοπιστούν τα σημαντικότερα νομικά προβλήματα που γεννά η λειτουργία του, και θα παρουσιαστούν οι λύσεις που έχουν δώσει στα προβλήματα αυτά οι υπό σύγκριση έννομες τάξεις.

II. Η αναγνώριση των θετικών μέτρων από έννομες τάξεις με διαφορετική αντίληψη για την ισότητα

1. Θετικά μέτρα ως εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης: το παράδειγμα του δικαίου των ΗΠΑ

Τα θετικά μέτρα εφαρμόστηκαν μετά το δεύτερο παγκόσμιο πόλεμο σε πολυπολιτισμικές χώρες, όπως οι Ινδίες και η Ισλανδία, καθώς και σε χώρες, όπως οι σκανδιναβικές, που έχουν μακρά παράδοση στο κοινωνικό κράτος¹⁷. Στις ΗΠΑ, αντίθετα, αμφισβητήθηκαν έντονα, παρά την πολυμορφία που παρουσιάζει

¹⁷ Commission européenne, Perspectives internationales sur les mesures d'action positive, ό.π., σ. 38 επ.

αυτή η χώρα και παρά τη μακρά περίοδο φυλετικών διακρίσεων που έχει υποστεί ο έγχρωμος πληθυσμός της. Η αμφισβήτηση εντούτοις αυτή έδωσε στα αμερικανικά δικαστήρια την ευκαιρία να προβούν σε περαιτέρω επεξεργασία του θεσμού και να επηρεάσουν, με τη νομολογία τους, τη δικαστηριακή πρακτική άλλων έννομων τάξεων¹⁸. Το γεγονός αυτό καθιστά τη μελέτη του αμερικανικού δικαίου των θετικών μέτρων ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα.

α) Η γένεση του θεσμού των θετικών δράσεων (*affirmative actions*)

Ο όρος «*affirmative action*», που εκφράζει τα θετικά μέτρα στο αμερικανικό δίκαιο, χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά το 1961 αμέσως μετά την έναρξη της θητείας του προέδρου Kennedy¹⁹. Με το Εκτελεστικό Διάταγμα 10925, με το οποίο ιδρύθηκε τον Μάρτιο του 1961 στις ΗΠΑ το Συμβούλιο Ίσων Ευκαιριών στην Απασχόληση (Committee on Equal Employment Opportunity), δόθηκε εντολή στους εργολάβους δημοσίων έργων να αναλάβουν δράση για την εξάλειψη των φυλετικών προκαταλήψεων από τις πρακτικές πρόσληψης και απασχόλησης.

Λίγα χρόνια αργότερα ο νόμος για τα Ατομικά Δικαιώματα του 1964 (Civil Rights Act 1964)²⁰, που εισήγαγε την οριζόντια εφαρμογή της αρχής της ισότητας στις ιδιωτικές σχέσεις, αναγνώρισε στην ενότητα 706 (g) του Τίτλου VII, που απαγορεύει τις διακρίσεις στην απασχόληση, την εξουσία των δικαστηρίων να διατάζουν την υιοθέτηση θετικών δράσεων ως θεραπεία για την αποκατάσταση της ζημίας που έχει προκληθεί από συγκεκριμένη διακριτική μεταχείριση, η οποία έχει αποτελέσει αντικείμενο δικαστηριακής διένεξης²¹. Η διάταξη αυτή εφαρμόστηκε

¹⁸ Βλ. για τα θετικά μέτρα στο δίκαιο των ΗΠΑ, J. A. Barron, C. Thomas Dienes, *Constitutional Law*, West Publishing, 2005, σ. 327-350, N. Vieira, *Constitutional Civil Rights*, West Publishing, 1998, σ. 96-113, G. Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême de Etats-Unies, Le problème de la discrimination positive*, L.G.D.J., Paris, 1998, R. Herron, *Superficially Similar but Fundamental Different: A Analysis Comparative of US and UK Affirmative Action*, Durham University Human Rights Centre Workshop, Durham, England, 2010, I. Kristié, «Affirmative Action in the United States and the European Union», *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, vol. 1/7, 2003, σ. 825, L. Morgan-Foster, «From Hutchins Hall to Huderabad and Beyon: A comparative Look at Affirmative Action in three Jurisdictions», *Wsh. & Lee Race & Ethnic Anc. L.J.*, 2003, σ. 73 επ., Ch. D. Totten, «Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the European Union, Germany, Canada and United States: A Comparative Approach», *Berkley Journal of International Law*, 27 (2003), A.M. Konsta, «Affirmative Action in the United States and *Positive Action* in the European Union in the Context of Comparative Law», εις Ch. Akrivopoulou, N. Garipidis, *Digital Democracy and the Impact of Technology on Governance and Politics*, IGI Global, 2013, D.W. Jackson, «Affirmative Action in Comparative Perspective: India and the United States», εις Titia Loenen, Peter R. Rodrigues, *Non-Discrimination Law Comparative Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, σ. 249 επ., Φ. Κοζύρη, *Προνομιακή μεταχείριση για την πραγμάτωση της ισότητας. Κριτική θεώρηση της αμερικανικής πρακτικής της 'affirmative Action'*, ΕΕΕυρΔ, 1986, σ. 279 επ.

¹⁹ Βλ., μεταξύ άλλων, G Calvès, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême de Etats-Unies*, ό.π., σ. 21 επ.

²⁰ Η απόδοση του όρου «civil rights» με τον όρο «ατομικά δικαιώματα» αν και γενικώς αποδεκτή, δεν είναι επιτυχημένη, γιατί τα δικαιώματα στα οποία αναφέρεται ο παραπάνω όρος δεν είναι μόνον ατομικά, αλλά είναι και πολιτικά. Ο νόμος του 1964 εγγυάται δηλαδή την άσκηση του δικαιώματος ψήφου (Τίτλοι I και VIII), την ελεύθερη πρόσβαση στους δημόσιους χώρους (Τίτλοι II και III), την εξάλειψη του φυλετικού διαχωρισμού στα δημόσια σχολεία (Τίτλοι IV και VI) και, τέλος, την επαγγελματική ισότητα (Τίτλος VII).

²¹ «If the court finds that the respondent has intentionally engaged in or is intentionally engaging in an unlawful employment practice charged in the complaint, the court may enjoin the respondent from

χωρίς προβλήματα από τα αμερικανικά δικαστήρια. Η σχετική νομολογία μάλιστα οδήγησε σταδιακά στην υιοθέτηση προληπτικών μέτρων θετικής δράσης από δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς. Πρόκειται, συγκεκριμένα, για τα λεγόμενα «εθελούσια προγράμματα θετικής δράσης»²² που αφορούσαν τις φυλετικές μειονότητες, και τα οποία αναπτύχθηκαν σε τρεις κυρίως τομείς: στα δημόσια έργα, στην εκπαίδευση και στην πολιτική σφαίρα. Ενώ όμως τα εθελούσια προγράμματα του ιδιωτικού τομέα έπρεπε να πληρούν απλώς τις προϋποθέσεις του Νόμου για τα Ατομικά Δικαιώματα (Civil Rights Act 1964), τα αντίστοιχα προγράμματα του δημόσιου τομέα έπρεπε να είναι επιπλέον σύμφωνα με τη συνταγματική αρχή της νομικής ισότητας (equal protection clause) που κατοχυρώνεται από τις Προσθήκες (Amendments) 5 και 14 του Αμερικανικού Συντάγματος.

β) Η περιοριστική αντίληψη του Ανωτάτου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των ΗΠΑ (ΑΟΔ) για τα προγράμματα θετικής δράσης

Στην αρχή το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο (ΑΟΔ) τήρησε μια ευνοϊκή στάση απέναντι στα προγράμματα θετικής δράσης. Στην υπόθεση Fullilove v. Klutznick (1980)²³, για παράδειγμα, ενέκρινε ένα πρόγραμμα που προέβλεπε ότι το 10% των ομοσπονδιακών κεφαλαίων στον τομέα των δημοσίων έργων θα προορίζεται για την παροχή υπηρεσιών από επιχειρήσεις μειονοτικών ακόμη και αν η προτεινόμενη από αυτές προσφορά δεν θα είναι η χαμηλότερη. Το ΑΟΔ έκρινε ότι η επίμαχη ρύθμιση ήταν συμβατή με τη ρήτρα ισότητας που προβλέπει η 14η Προσθήκη του Αμερικανικού Συντάγματος. Αργότερα όμως η στάση του άλλαξε. Δύο ζητήματα απασχόλησαν περισσότερο το ΑΟΔ. Το πρώτο είχε να κάνει με το πώς θα πρέπει να αντιμετωπίζεται ο αθώος τρίτος, ο οποίος υφίσταται δυσμενή διάκριση από ένα πρόγραμμα θετικής δράσης, χωρίς να έχει προκαλέσει ο ίδιος με τη συμπεριφορά του την υιοθέτησή του. Το δεύτερο αφορούσε το βαθμό αυστηρότητας του δικαστικού ελέγχου που θα πρέπει να ασκείται σε αυτά τα προγράμματα.

engaging in such unlawful employment practice, and order such affirmative action as may be appropriate, which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay».

²² Το ΑΟΔ, που είχε αρχίσει να αποστασιοποιείται από την τυπική αντίληψη περί δικαιοσύνης, δέχθηκε ότι τα θετικά μέτρα, που επιβάλλει το δικαστήριο σε υποθέσεις άνισης μεταχείρισης, δεν είναι απαραίτητο να αφορούν αποκλειστικά το θύμα. Ωφελούμενοι αυτών των μέτρων θα μπορούσαν να είναι και πρόσωπα που δεν είχαν υποστεί διάκριση, εφόσον ανήκαν σε μειονεκτούσα ομάδα που είχε υποστεί διακρίσεις στο παρελθόν. Ο κανόνας εξάλλου ότι φορέας της ζημίας, που προκύπτει από την υιοθέτηση των θετικών μέτρων, πρέπει να είναι το πρόσωπο που προκάλεσε με τη συμπεριφορά του την υιοθέτησή τους, αντικαταστάθηκε από το νομολογιακό κανόνα που ορίζει φορέα αυτής της ζημίας το πρόσωπο εκείνο που μπορεί να συμβάλλει στην άρση της ανισότητας που έχει προκαλέσει η συστηματική διακριτική μεταχείριση σε βάρος μιας ομάδας προσώπων. Η νέα αυτή προσέγγιση επέτρεψε να αναπτυχθούν, παράλληλα με τα θετικά μέτρα που επιβάλλονται από τα δικαστήρια για καθαρά αποκαταστατικούς λόγους, και τα λεγόμενα «εθελούσια προγράμματα θετικής δράσης». Για να δεχτούν όμως τη νομιμότητα αυτών των προγραμμάτων τα αμερικανικά δικαστήρια άρχισαν να απαιτούν, αντί για την απόδειξη της υπαιτιότητας, την απόδειξη φαινομένων φυλετικού διαχωρισμού (segregation) ή άνισης αντιπροσώπευσης φυλετικών ή μειονεκτουσών ομάδων στην επιχείρηση, δεχόμενα έτσι την αντικειμενική ευθύνη του εργοδότη για τα φαινόμενα αυτά.

²³Βλ. Fullilove v. Klutznick, 448 US 448, 100 S Ct 2758 (1980).

Το ΑΟΔ υιοθέτησε μια συμβιβαστική λύση όσον αφορά το πρώτο ζήτημα. Δέχτηκε δηλαδή ότι η απόρριψη της αίτησης πρόσληψης ή προαγωγής ενός προσώπου για να προτιμηθεί κάποιος άλλος, το οποίο προστατεύεται από ένα πρόγραμμα θετικής δράσης, δεν συνιστά αδικαιολόγητη επιβάρυνση, γιατί το αμερικανικό δίκαιο δεν αναγνωρίζει ένα απόλυτο δικαίωμα στη θέση εργασίας, στην προαγωγή και στην επαγγελματική εκπαίδευση. Σοβαρή επιβάρυνση του ατομικού δικαιώματος ισότητας εισάγει αντίθετα η απόλυση ενός προσώπου που γένεται για να ωφεληθεί μια μειονοτική ομάδα. Στο συμπέρασμα αυτό κατέληξε το ΑΟΔ στην απόφαση *Wygant*, στην οποία έκρινε αντίθετη προς τη ρήτρα ισότητας της 14ης Προσθήκης του Αμερικανικού Συντάγματος τη ρύθμιση μιας συλλογικής σύμβασης εργασίας, η οποία προέβλεπε ότι, σε περίπτωση απόλυσης, οι εργαζόμενοι που ανήκαν σε φυλετικές μειονότητες θα είχαν προτιμιακή προστασία²⁴.

Ο βαθμός αυστηρότητας του δικαστικού ελέγχου, στον οποίο πρέπει να υποβάλλονται τα προγράμματα θετικής δράσης, δημιούργησε προβλήματα γιατί το ΑΟΔ είχε καθιερώσει δύο είδη δικαστικού ελέγχου στον τομέα των διακρίσεων: τον αυστηρό δικαστικό έλεγχο (*strict scrutiny*), από τη μια μεριά, που εφαρμόζεται μόνο στις φυλετικές διακρίσεις και ο οποίος εξαρτά την έγκρισή τους από το αν εξυπηρετούν ή όχι ένα επιτακτικό δημόσιο συμφέρον, και τον ενδιάμεσο έλεγχο, από την άλλη μεριά, που ασκείται σε όλες τις άλλες διακρίσεις και ο οποίος απαιτεί για την έγκρισή τους να εξυπηρετούν ένα αντικειμενικά σημαντικό δημόσιο σκοπό. Το ερώτημα που απασχόλησε το ΑΟΔ ήταν αν ο αυστηρός δικαστικός έλεγχος μπορούσε να εφαρμοστεί και στις λεγόμενες καλοπροαίρετες διακρίσεις που έχουν ως σκοπό να ωφελήσουν αντί να ζημιώσουν τα μέλη μιας φυλετικής ομάδας.

Στην απόφαση *Regents of the University of California v. Bakke* (1978)²⁵ το ΑΟΔ απάντησε θετικά στο παραπάνω ερώτημα. Η υπόθεση αφορούσε ένα λευκό υποψήφιο σε ιατρική σχολή του Πανεπιστημίου της Καλιφόρνιας, η αίτηση του οποίου είχε απορριφθεί εξαιτίας της πολιτικής θετικών δράσεων του Πανεπιστημίου, που επεφύλασσε 16 θέσεις υπέρ των μειονοτικών υποψηφίων για κάθε 100 περίπου θέσεις εισαγωγής. Με πλειοψηφία πέντε δικαστών, το ΑΟΔ δέχτηκε ότι το επίμαχο μέτρο εξυπηρετούσε ένα επιτακτικό δημόσιο συμφέρον, γιατί επεδίωκε να προωθήσει τη φυλετική διαφοροποίηση (*diversity*) στο χώρο του Πανεπιστημίου. Παρόλα αυτά το έκρινε ασυμβίβαστο με τη ρήτρα ισότητας της 14ης Προσθήκης του Αμερικανικού Συντάγματος, γιατί δεν ήταν αυστηρά σχεδιασμένο για να εξυπηρετήσει τον παραπάνω σκοπό. Όπως επισήμανε ο δικαστής *Powell*, που συνέταξε τη γνώμη της πλειοψηφίας, ο αυστηρός δικαστικός έλεγχος πρέπει να εφαρμόζεται όχι μόνον όταν πρόκειται να αντιμετωπιστούν διακρίσεις, που επιβάλλουν μειονεκτήματα σε βάρος

²⁴ Βλ. *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986). Η επίμαχη συλλογική σύμβαση προέβλεπε ότι «σε περίπτωση απολύσεων, οι εκπαιδευτικοί με τη μεγαλύτερη αρχαιότητα θα διατηρήσουν τη θέση τους, εκτός αν το ποσοστό των μειονοτικών εργαζομένων, που πρόκειται να απολυθεί, είναι μεγαλύτερο από το ποσοστό των μειονοτικών εργαζομένων που θα εξακολουθήσουν να εργάζονται κατά το χρόνο της απόλυσης». Η διάταξη αυτή είχε ως σκοπό να διατηρήσει τα αποτελέσματα μιας προγενέστερης πολιτικής προσλήψεων, η οποία ήθελε να αυξήσει το ποσοστό των μειονοτικών δασκάλων στο σχολικό σύστημα. Όταν χρειάστηκε να γίνουν απολύσεις, το διοικητικό συμβούλιο του Σχολείου εφαρμόσε την επίμαχη διάταξη, με αποτέλεσμα να απολυθούν εκπαιδευτικοί που δεν ανήκαν σε φυλετικές μειονότητες και να διατηρήσουν τη θέση τους μειονοτικοί εκπαιδευτικοί που είχαν μικρότερη αρχαιότητα.

²⁵ Βλ. *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978) 25.

μειονεκτουσών ομάδων, αλλά και όταν πρόκειται να κριθούν καλοπροαίρετες κατηγοριοποιήσεις που αναγνωρίζουν πλεονεκτήματα στις ομάδες αυτές.

Τα επόμενα χρόνια ο βαθμός αυστηρότητας του δικαστικού ελέγχου που πρέπει να ασκείται στα προγράμματα θετικής δράσης παρέμεινε ένα αμφισβητούμενο ζήτημα στις ΗΠΑ. Στα μέσα όμως της δεκαετίας του 1990 το ΑΟΔ έβαλε τέλος σ' αυτή τη συζήτηση, γιατί δέχτηκε στην απόφαση *Adarand v. Peña* (1995)²⁶ ότι όλα τα μέτρα, που εισάγουν ευεργετικές διακρίσεις με βάση το κριτήριο της φυλετικής καταγωγής, θα πρέπει να υπόκεινται σε αυστηρό δικαστικό έλεγχο. Το ΑΟΔ δεν διευκρίνισε στην απόφαση αυτή αν ο αυστηρός αυτός έλεγχος θα πρέπει να οδηγεί υποχρεωτικά στην ακυρότητα των επίμαχων μέτρων. Ωστόσο, η δικαστής Ο' Connor, που συνέταξε τη γνώμη της πλειοψηφίας, αναζήτησε μια συμβιβαστική λύση. Απέρριψε έτσι την άποψη των δικαστών της πλειοψηφίας, που θεωρούσαν τον αυστηρό έλεγχο μοιραίο, υποστηρίζοντας ότι η ομοσπονδιακή κυβέρνηση μπορεί να έχει επιτακτικό συμφέρον να εξαλείψει, με τη βοήθεια προγραμμάτων θετικής δράσης, τις δυσμενείς συνέπειες των φυλετικών διακρίσεων που έχουν υποστεί οι φυλετικές μειονότητες στις ΗΠΑ²⁷.

Οι επόμενες αποφάσεις του ΑΟΔ, που εξέτασαν τη συνταγματικότητα θετικών μέτρων, αφορούσαν κυρίως δύο τομείς: τον επανασχεδιασμό των εκλογικών περιφερειών και την εκπαίδευση. Στον τομέα της εκπαίδευσης το ΑΟΔ εξέδωσε στις αρχές της δεκαετίας του 2000 δύο σημαντικές αποφάσεις, στις οποίες εξέτασε τη συνταγματικότητα προγραμμάτων προνομιακής μεταχείρισης του Πανεπιστημίου του Μίτσιγκαν, τα οποία είχαν ως σκοπό να προωθήσουν την αποδοχή υποψηφιοτήτων από μειονοτικές φυλετικές ομάδες. Στην απόφαση *Gratz v. Bollinger*²⁸ το ΑΟΔ αναγνώρισε ότι η φυλή μπορεί να ληφθεί υπόψη μαζί με άλλα κριτήρια κατά την εκτίμηση των προσόντων των υποψηφίων φοιτητών. Απέρριψε εντούτοις το μηχανισμό της αυτόματης πριμοδότησης των υποψηφίων, που προέβλεπε το επίμαχο πρόγραμμα θετικής

²⁶ Βλ. *Adarand Constructors Inc v. Peña* 515 US 267,106 S Ct 2097. Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, το Τμήμα του Υπουργείου Μεταφορών, που ήταν επιφορτισμένο με την κατασκευή αυτοκινητοδρόμων, ανέθεσε το 1989, με σύμβαση, στην εταιρία *Mountain Gavel* την κατασκευή αυτοκινητοδρόμου στο Colorado. Η παραπάνω εταιρία αποφάσισε στη συνέχεια να αναθέσει σε υπεργολάβο την κατασκευή των κιγκλιδωμάτων ασφαλείας του αυτοκινητοδρόμου και αναζήτησε προσφορές. Οι ενάγοντες υπέβαλαν τη χαμηλότερη προσφορά, η οποία θα είχε κερδίσει. Η *Mountain Gavel* όμως έδωσε τη δουλειά στην εταιρία κατασκευής *Gonzales*, γιατί, δυνάμει της σύμβασης που είχε υπογράψει με το Υπουργείο Μεταφορών, θα είχε δικαίωμα πρόσθετης χρηματοδότησης αν προσλάμβανε ως υπεργολάβους μικρομεσαίες επιχειρήσεις, όπως η εταιρεία *Gonzales*, που ελέγχονταν από μειονεκτούντα οικονομικά και κοινωνικά άτομα.

²⁷ Όπως υπογράμμισε η δικαστής Ο' Connor, στο τέλος της άποψής της στην απόφαση *Adarand*, «Finally we wish to dispel the notion that strict scrutiny is 'strict in theory but fatal in fact'. The unhappy persistence of both the practice and the lingering effects of racial discrimination against minority groups in this country is an unfortunate reality, and the government is not disqualified from acting in response to it». Βλ. *Adarand Constructors Inc v. Peña* 515 US 267,106 S Ct 2097.

²⁸ Βλ. *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

δράσης²⁹, αναγνωρίζοντας ως μόνο αποδεκτό σύστημα εισαγωγής στο Πανεπιστήμιο εκείνο το οποίο βασίζεται στην ατομική αξιολόγηση των φακέλων των υποψηφίων. Βασιζόμενο στην παραπάνω αρχή, το ΑΟΔ αποδέχτηκε αμέσως μετά, στην απόφαση *Grutter v. Bollinger* (2003)³⁰, τη συνταγματικότητα ενός προγράμματος θετικής δράσης του ίδιου Πανεπιστημίου, το οποίο ήταν πιο ευέλικτο γιατί βασιζόταν στην εξατομικευμένη εξέταση των φακέλων των υποψηφίων. Εμμένοντας στην άποψη, που είχε διατυπώσει η δικαστής Ο'Connor στην απόφαση *Adarand v. Peña*, το ΑΟΔ υπογράμμισε ότι το γεγονός ότι κυβερνητικά μέτρα χρησιμοποιούν το φυλετικό κριτήριο, δεν οδηγεί υποχρεωτικά στην ακύρωσή τους. Ο αυστηρός δικαστικός έλεγχος, επομένως, που ασκείται στα μέτρα αυτά, λειτουργεί απλώς ως πλαίσιο που επιτρέπει να εξεταστεί προσεκτικά η ειλικρίνεια των λόγων που επικαλούνται τα δημόσια όργανα, προκειμένου να δικαιολογήσουν, γιατί χρησιμοποίησαν τη φυλετική καταγωγή ως κριτήριο για να εισάγουν κατηγοριοποιήσεις.

Η διαμάχη τέλος γύρω από τη συνταγματικότητα των προγραμμάτων θετικής δράσης αναζωπυρώθηκε τα τελευταία χρόνια με αφορμή την απόφαση του ΑΟΔ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no 1*³¹. Αντικείμενο της υπόθεσης αυτής ήταν ένα πρόγραμμα θετικής δράσης, το οποίο επεδίωκε να καταπολεμήσει το φυλετικό διαχωρισμό στα σχολεία μέσω μιας μεταβίβασης μαθητών από τη μια σχολική περιφέρεια στην άλλη, η οποία βασιζόταν στο κριτήριο της φυλετικής καταγωγής. Το ΑΟΔ ακύρωσε το εν λόγω πρόγραμμα με πλειοψηφία 5:4. Καθοριστική συμβολή στο αποτέλεσμα αυτό είχε η κυμαινόμενη άποψη του δικαστή Kennedy, ο οποίος, μολονότι συμφώνησε ως προς το αποτέλεσμα με την πλειοψηφία, δεν ενστερνίστηκε όλες τις απόψεις της.

Το πρώτο ζήτημα, στο οποίο υπήρξε διχογνωμία στην υπόθεση *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District*, ήταν το ακριβές περιεχόμενο της έννοιας του επιτακτικού κυβερνητικού συμφέροντος, το οποίο πρέπει να εξυπηρετούν τα εθελούσια προγράμματα θετικής δράσης, προκειμένου να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις του αυστηρού δικαστικού ελέγχου. Ο δικαστής Kennedy ενστερνίστηκε στο ζήτημα αυτό τη μειοψηφούσα άποψη, που υποστήριζε ότι η διάχυση της διαφορετικότητας συνιστά ένα στόχο που εξυπηρετεί ένα επιτακτικό κυβερνητικό συμφέρον. Το σύνολο των δικαστών δέχτηκε εξάλλου ότι το επιτακτικό κυβερνητικό συμφέρον εξυπηρετείται και από προγράμματα θετικής δράσης που επιδιώκουν να αποκαταστήσουν διακρίσεις που έχουν πραγματοποιηθεί στο παρελθόν. Ο δικαστής Kennedy όμως δεν συμφώνησε με τους δικαστές της μειοψηφίας, που υποστήριζαν ότι αντικείμενο των εν λόγω προγραμμάτων μπορεί να είναι και η αποκατάσταση των λεγόμενων «κοινωνικών διακρίσεων», δηλαδή των διακρίσεων εκείνων που δεν έχουν προκληθεί από πρόθεση, αλλά οφείλονται σε κοινωνικής και δομικής φύσεως λόγους. Κατά την άποψή του, τα προγράμματα θετικής δράσης μπορούν να

²⁹ Το σχετικό πρόγραμμα προέβλεπε ότι η επιλογή των φοιτητών θα έπρεπε να γίνεται με γνώμονα διάφορα κριτήρια, όπως λ.χ. η βαθμολογία του υποψηφίου στο γυμνάσιο, τα αποτελέσματα των τυποποιημένων δοκιμασιών αξιολόγησης, η ποιότητα του γυμνασίου αποφοίτησης κ.οκ. Το Πανεπιστήμιο όμως προσέθετε είκοσι επιπλέον βαθμούς στη βαθμολογία των υποψηφίων που ανήκαν σε φυλετικές μειονότητες. Επειδή για την είσοδο στο Πανεπιστήμιο χρειαζόταν να συγκεντρώσει κανείς το ελάχιστο 100 και το μέγιστο 150 βαθμούς, η παραπάνω πρακτική είχε ως αποτέλεσμα όλοι οι επαρκείς υποψήφιοι από μειονεκτούσες ομάδες να γίνονται τελικά αποδεκτοί.

³⁰ Βλ. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

³¹ Βλ. *Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

στοχεύουν μόνο στην αποκατάσταση των μειονεκτημάτων που έχουν προκύψει από διακρίσεις, οι οποίες έγιναν από πρόθεση από το συγκεκριμένο φορέα, ο οποίος έχει αναλάβει να υλοποιήσει το επίμαχο πρόγραμμα θετικής δράσης.

Το δεύτερο σημείο διχογνωμίας στην απόφαση *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no 1* ήταν η καταλληλότητα των προγραμμάτων θετικής δράσης. Δηλαδή, πότε τα εν λόγω προγράμματα πρέπει να θεωρούνται ότι έχουν σχεδιαστεί στενά, έτσι ώστε να είναι σε θέση να εξυπηρετήσουν τον επιδιωκόμενο από αυτά σκοπό. Ο δικαστής Kennedy υποστήριξε ότι το επίμαχο πρόγραμμα δεν είχε σχεδιαστεί στενά, γιατί οι επιδιωκόμενοι από αυτό σκοποί μπορούσαν να υλοποιηθούν και με άλλους τρόπους. Ταυτόχρονα όμως απέρριψε την άποψη της πλειοψηφίας που υποστήριξε ότι η φυλή δεν θα πρέπει να χρησιμοποιείται ποτέ ως κριτήριο για τη θεμελίωση κυβερνητικών αποφάσεων. Κατά την άποψή του, τα προγράμματα θετικής δράσης, που βασίζονται στο κριτήριο της φυλετικής καταγωγής, έχουν πιθανότητες να εγκριθούν, από τα αμερικανικά δικαστήρια, αν είναι διατυπωμένα με γενικό τρόπο και δεν εμπεριέχουν φυλετικές κατηγοριοποιήσεις, οι οποίες να θίγουν μεμονωμένα άτομα. Σοβαρές πιθανότητες να εγκριθούν στις ΗΠΑ έχουν επίσης δύο ακόμη κατηγορίες προγραμμάτων. Πρόκειται, συγκεκριμένα, αφενός για τα προγράμματα τα οποία, αν και προβλέπουν εξατομικευμένες κατηγοριοποιήσεις, είναι σχεδιασμένα στενά, για να εξυπηρετήσουν ένα επιτακτικό κυβερνητικό συμφέρον. Και, αφετέρου, για τα προγράμματα εκείνα που επιδιώκουν να αποκαταστήσουν τις δυσμενείς επιπτώσεις διακρίσεων, οι οποίες έγιναν από πρόθεση στο παρελθόν.

Σε αντίθεση πάντως με τα προγράμματα θετικής δράσης, που ευνοούν τις φυλετικές μειονότητες, τα προγράμματα θετικής δράσης προς όφελος των γυναικών δεν υπόκεινται σε αυστηρό έλεγχο συνταγματικότητας στις ΗΠΑ, γιατί τα αμερικανικά δικαστήρια δεν θεωρούν το φύλο ύποπτο κριτήριο κατηγοριοποίησης. Το ΑΟΔ υποβάλλει τα προγράμματα αυτά σ' ένα ενδιάμεσο δικαστικό έλεγχο, ο οποίος εξαρτά το κύρος τους από το αν εξυπηρετούν ή όχι έναν αντικειμενικό δημόσιο σκοπό³². Στην απόφαση *Johnson (1987)*³³, για παράδειγμα, έκρινε ότι ένα εθελούσιο πρόγραμμα θετικής δράσης, το οποίο είχε υιοθετηθεί από εργοδότη, για να ενισχυθεί η εκπροσώπηση των γυναικών σε επαγγελματικό τομέα ο οποίος ανδροκρατείτο, δεν ήταν αντίθετο προς τον Τίτλο VII του Νόμου για τα Αστικά Δικαιώματα του 1964, γιατί είχε ως σκοπό να θεραπεύσει τις ανισορροπίες που είχε δημιουργήσει η υποεκπροσώπηση των γυναικών σε μια κατά παράδοση κλειστή επαγγελματική κατηγορία. Σύμφωνα με τους κανόνες του ενδιάμεσου δικαστικού ελέγχου, που άσκησε στην εν λόγω υπόθεση το ΑΟΔ³⁴, ο εργοδότης δεν χρειάζεται να δικαιολογήσει τη νομιμότητα του αμφισβητούμενου προγράμματος θετικής δράσης, επικαλούμενος προγενέστερες πρακτικές του, με τις οποίες είχε εισάγει από πρόθεση διακρίσεις σε βάρος των γυναικών. Αυτό που οφείλει να αποδείξει ο εργοδότης είναι η ύπαρξη ανισορροπίας στην επιχείρησή του εξαιτίας της υποεκπροσώπησης των γυναικών σε μια συγκεκριμένη επαγγελματική κατηγορία.

Ο ενδιάμεσος έλεγχος συνταγματικότητας εφαρμόστηκε, από τα αμερικανικά δικαστήρια, και στα εθελούσια προγράμματα θετικής δράσης που υιοθετούνται από

³² Βλ. επίσης C.D.Totten, «Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the European Union, Germany, Canada and United States: A Comparative Approach», *Berkley J. Int'l Law*. 27 (2003), <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss1/2>.

³³ Βλ. *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County* 480 U.S. 616 (1987).

³⁴ Βλ. C.D.Totten, «Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the European Union», ό.π., .M. De Vos, *Au-delà de l'égalité formelle*, ό.π., σ. 65.

εργοδότες του ιδιωτικού τομέα. Στην υπόθεση Weber (1979)³⁵, για παράδειγμα, το ΑΟΔ έθεσε έναν κανόνα που εφαρμόστηκε στη συνέχεια και στην απόφαση Johnson³⁶. Δέχτηκε συγκεκριμένα ότι η απαγόρευση των φυλετικών διακρίσεων, που προβλέπει ο Τίτλος VII του Νόμου για τα Αστικά Δικαιώματα του 1964, δεν επιβάλλει την ακυρότητα όλων των προγραμμάτων θετικής δράσης του ιδιωτικού τομέα, τα οποία βασίζονται στο κριτήριο της φυλετικής καταγωγής. Τα εν λόγω προγράμματα μπορούν να επιβιώσουν αν πληρούν τις εξής τρεις προϋποθέσεις: Πρώτον, αντιμετωπίζουν την υποεκπροσώπηση μιας ομάδας σε συγκεκριμένο επαγγελματικό τομέα. Δεύτερο, δεν παραβιάζουν τα δικαιώματα ατόμων που δεν ανήκουν στην ομάδα αυτή. Και, τρίτο, είναι πρόσκαιρα. Λειτουργούν δηλαδή ως μηχανισμός εξισορρόπησης και όχι ως εργαλείο διαιώνισης της επιτευχθείσας ισορροπίας.

Θα πρέπει πάντως να υπογραμμιστεί ότι η μεταρρύθμιση του Τίτλου VII του Νόμου για τα Αστικά Δικαιώματα του 1964, που έλαβε χώρα το 1991, περιόρισε σημαντικά στις ΗΠΑ τα προγράμματα θετικών δράσεων του ιδιωτικού τομέα που επιδιώκουν να προωθήσουν την πρόσληψη και την προαγωγή των γυναικών και των ατόμων που ανήκουν σε φυλετικές ή θρησκευτικές μειονότητες. Σύμφωνα με το νέο κανόνα, που εισήγαγε η εν λόγω μεταρρύθμιση, κάθε πρακτική που επιδιώκει να προσαρμόσει τα προσόντα των υποψηφίων, να χρησιμοποιήσει προσόντα ως κατώτερα όρια ή να αλλοιώσει με οποιοδήποτε άλλο τρόπο τα αποτελέσματα των εξετάσεων κατά την πρόσληψη, είναι παράνομη εφόσον χρησιμοποιεί ως κριτήρια τη φυλή, το χρώμα, τη θρησκεία, το φύλο ή την εθνοτική καταγωγή³⁷. Ανεξάρτητα πάντως από τους περιορισμούς αυτούς, τα αμερικανικά δικαστήρια εξακολουθούν να αντιμετωπίζουν τα προγράμματα θετικής δράσης του ιδιωτικού τομέα με ευνοϊκότερο τρόπο απ' ό,τι τα αντίστοιχα προγράμματα του δημόσιου τομέα, παρόλο που η αμερικανική έννομη τάξη δεν διαθέτει ειδική νομοθετική διάταξη που να προωθεί τα προγράμματα αυτά.

2. Τα θετικά μέτρα ως έκφραση της ισότητας ευκαιριών: το παράδειγμα του δικαίου της ΕΕ

Σε αντίθεση με τις ΗΠΑ, που δεν έχουν αναγνωρίσει τα θετικά μέτρα μέσω του Συντάγματος ή της κοινής νομοθεσίας, η ΕΕ έχει αναγνωρίσει τα μέτρα αυτά τόσο μέσω του πρωτογενούς όσο και μέσω του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου³⁸. Στην αρχή όμως επειδή η κοινοτική έννομη τάξη απαγόρευε μόνο δύο

³⁵ Βλ. *United Steelworkers v. Weber*, 443 US 193 (1979).

³⁶ Βλ. για την απόφαση αυτή και για την εφαρμογή της στην απόφαση *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County* 480 U.S. 616 (1987), J. Morgan-Foster, «From Hutchins Hall to Huderabad and Beyon: A comparative Look at Affirmative Action in three Jurisdictions», ό.π., σ. 616.

³⁷ Βλ. Section 703 of the Civil Rights Act of 1964 (42 U.S.C. 2000e-2) (όπως τροποποιήθηκε μέσω της section 105) η οποία προβλέπει ότι «It shall be an unlawful employment practice for a respondent, in connection with the selection or referral of applicants or candidates for employment or promotion, to adjust the scores of, use different cut off scores for, or otherwise alter the results of, employment related tests on the basis of race, color, religion, sex or national origin».

³⁸ Βλ., μεταξύ άλλων, για την εξέλιξη του δικαίου των θετικών μέτρων στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, E. Ellis, *EU-Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2005, σ. 299 επ., S. G. Selanec, L. Senden, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards*, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2012, S. Freedman, *Discrimination Law*, 2011, 241 επ., 2002, σ. 132, A. Peters, «The Meny Meaning of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law-A Conceptual Analysis», *European Law*

λόγους διάκρισης, το φύλο και την ιθαγένεια, η παραπάνω αναγνώριση αφορούσε μόνο τα θετικά εκείνα που είχαν ως σκοπό να ευνοήσουν τις γυναίκες. Η κατάσταση βέβαια αυτή έχει αλλάξει τα τελευταία χρόνια. Πράγματι, με τη διεύρυνση των απαγορευμένων λόγων διάκρισης, που επέφεραν το άρθρο 13 ΣυνθΕΚ/ 19 ΣΛΕΕ και οι οδηγίες 2000/43 και 2000/78, έχει αναγνωριστεί πλέον ρητά από τον ενωσιακό νομοθέτη η δυνατότητα υιοθέτησης θετικών μέτρων που έχουν ως σκοπό να βοηθήσουν άλλες μειονεκτούσες ομάδες, όπως λ.χ. τις φυλετικές μειονότητες ή τα άτομα με αναπηρία. Επειδή όμως η νομοθετική αυτή εξέλιξη δεν έχει απασχολήσει μέχρι στιγμής το ΔΕΕ, το νομολογιακό δίκαιο της ΕΕ εξακολουθεί να εστιάζει στα θετικά εκείνα που επιδιώκουν να βελτιώσουν τη θέση των γυναικών.

α) Η αναγνώριση των θετικών μέτρων από τη νομοθεσία της ΕΕ

Η πρώτη δεσμευτική κοινοτική ρύθμιση, που αναγνώρισε ρητά τα θετικά μέτρα, ήταν το άρθρο 2(4) της Οδηγία 207/76³⁹. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, «η παρούσα Οδηγία δεν θίγει τα μέτρα που αποσκοπούν να προωθήσουν την ισότητα ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διά της άρσεως των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη και οι οποίες θίγουν τις ευκαιρίες των γυναικών». Η παραπάνω διάταξη ευνοούσε ένα ευρύ φάσμα θετικών μέτρων. Στην προστατευτική εμβέλειά της θα μπορούσε να ενταχθεί κάθε προτιμησιακό μέτρο που έχει ως σκοπό να εξασφαλίσει στις γυναίκες ίσες ευκαιρίες στην αγορά εργασίας⁴⁰. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ ωστόσο δεν ενστερνίστηκε αυτή την άποψη⁴¹. Ο νομοθέτης της ΕΕ έκρινε για το λόγο αυτό απαραίτητο να ενισχύσει το θεσμικό πλαίσιο των θετικών μέτρων, με μια νέα διάταξη, την οποία ενέταξε στο

Journal, 1996, σ. 177 επ., Dagmar Schiek, «Positive Action in Community Law», Industrial Law Journal, 1996, σ. 239, της ίδιας, «Positive Action before the European Court of Justice-New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck», International Journal for Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2000, 251-275, Sean Pager, «Strictness and Subsidiarity: An Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice», Boston College International and Comparative Law Review, 2003, 35 επ., Caruso, «Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives», 44 Harvard International Law Journal, 2003, σ. 331 επ., Μ. Γιαννακούρου, Ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών κατά το κοινοτικό δίκαιο, Εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2008.

³⁹ Οδηγία 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 9ης Φεβρουαρίου 1976 περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 039 της 14/02/1976, σ. 0040 – 0042.

⁴⁰ Βλ., μεταξύ άλλων, E. Ellis, EU-Anti-Discrimination Law, Oxford University Press, 2005, σ. 299 επ., G. Selanec, L. Senden, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, Including on Company Boards, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission, 2012, σ. 7. Βλ. επίσης και τη Σύσταση 84/635/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 13ης Δεκεμβρίου 1984, σχετικά με την προώθηση θετικών δράσεων υπέρ των γυναικών, η οποία στο άρθρο 1 συνιστά στα κράτη μέλη: να χαράξουν μια πολιτική θετικής δράσης που θα αποβλέπει στην εξάλειψη των ανισοτήτων, που εκδηλώνονται στην πράξη και θίγουν τις γυναίκες στην επαγγελματική τους ζωή, καθώς και στην προώθηση της κατάρτησης του διαχωρισμού των φύλων στην εργασία, και η οποία θα περιλαμβάνει κατάλληλα γενικά και ειδικά μέτρα, στα πλαίσια των πολιτικών και πρακτικών που ακολουθούνται σε εθνικό επίπεδο και χωρίς να θίγονται οι αρμοδιότητες των κοινωνικών εταίρων, ώστε: α) να εξουδετερωθούν ή να αντισταθμιστούν οι επιζήμιες συνέπειες που έχουν, για τις γυναίκες που εργάζονται ή αναζητούν εργασία, η στάση, η συμπεριφορά και οι δομές που βασίζονται στην αντίληψη ενός παραδοσιακού διαχωρισμού των ρόλων των ανδρών και των γυναικών στην κοινωνία· β) να ενθαρρυνθεί η συμμετοχή των γυναικών στις διάφορες δραστηριότητες στους τομείς της επαγγελματικής ζωής όπου σήμερα εκπροσωπούνται ελλιπώς, ιδίως στους τομείς που προβλέπεται ότι θα έχουν μεγάλη σημασία στο μέλλον, και στα ανώτερα επίπεδα ανάληψης ευθυνών, προκειμένου να επιτευχθεί καλύτερη χρησιμοποίηση όλου του ανθρώπινου δυναμικού.

⁴¹ Βλ. παρακ. Π2β.

πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Πρόκειται για το άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ, που προβλέπει ότι «Προκειμένου να εξασφαλιστεί εμπράκτως η πλήρης ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών στην εργασία, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να διατηρήσουν ή να θεσπίσουν μέτρα που προβλέπουν ειδικά πλεονεκτήματα, τα οποία διευκολύνουν το λιγότερο εκπροσωπούμενο φύλο να συνεχίσει μια επαγγελματική δραστηριότητα ή προλαμβάνουν ή αντισταθμίζουν τα μειονεκτήματα στην επαγγελματική σταδιοδρομία».

Αφορμή για να υιοθετηθεί αυτή η διάταξη ήταν οι εντάσεις που είχε προκαλέσει στους κόλπους της θεωρίας καθώς και στα όργανα της ΕΕ η περιοριστική αντίληψη για τα θετικά μέτρα που είχε υιοθετήσει το ΔΕΚ/ΔΕΕ στην απόφαση Kalanke⁴². Για να αμβλύνει την αναστάτωση, που είχε προκαλέσει η νομολογία αυτή, ο ενωσιακός νομοθέτης ενσωμάτωσε στο άρθρο 141 (4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ μια δυναμική διατύπωση για τα θετικά μέτρα, η οποία αναγνώρισε ως πρωταρχικό σκοπό τους την εξασφάλιση της πλήρους ισότητας ανδρών και γυναικών στην πράξη. Το ζήτημα, ωστόσο, που άφησε αδιευκρίνιστο η παραπάνω διάταξη, ήταν αν τα θετικά μέτρα συνιστούν εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης ή αν αποτελούν απαραίτητη προϋπόθεση για την υλοποίηση αυτής της αρχής.

Το γεγονός βέβαια ότι ο ενωσιακός νομοθέτης έχει υιοθετήσει μια αρνητική διατύπωση στο άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ επιτρέπει να υποστηριχθεί η πρώτη από τις δύο αυτές ερμηνείες⁴³. Τίποτε όμως δεν αποκλείει την αποδοχή της δεύτερης, αν λάβει μάλιστα κανείς υπόψη την έντονη επιρροή που έχει ασκήσει το μοντέλο της ουσιαστικής ισότητας στο περιεχόμενο αυτής της διάταξης. Πράγματι, αν διαβάσει κανείς προσεκτικά το άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ, θα διαπιστώσει ότι δεν εμπλουτίζει απλώς το περιεχόμενο των θετικών μέτρων, αποκαλώντας τα με τον όρο «ειδικά πλεονεκτήματα». Η διάταξη αυτή διευρύνει επιπλέον τις λειτουργίες των μέτρων αυτών γιατί αναγνωρίζει ως πρωταρχικό στόχο τους την πρόληψη και την αντιστάθμιση των πλεονεκτημάτων που ανακύπτουν στην επαγγελματική ζωή⁴⁴. Χάρη στη νέα αυτή διατύπωση, τα προστατευόμενα, από το δίκαιο της ΕΕ, θετικά μέτρα δεν επιδιώκουν μόνο την άρση των ανισοτήτων που εμφανίζονται στην πράξη, την οποία προέβλεπε ως νόμιμο σκοπό τους το άρθρο 2(4) της Οδηγίας 207/76. Πέρα από το στόχο αυτό, επιτελούν επιπλέον μια αντισταθμιστική και μια προληπτική λειτουργία, που τα καθιστά εργαλεία της ουσιαστικής ισότητας⁴⁵.

Το ΔΕΚ/ΔΕΕ ωστόσο δεν έλαβε υπόψη την ποιοτική διαφορά ανάμεσα στο άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ⁴⁶ και το άρθρο 2(4) της Οδηγίας 207/76. Για το λόγο αυτό όταν ο ενωσιακός νομοθέτης αντικατέστησε το κοινοτικό αυτό κείμενο με την αναδιατυπωμένη Οδηγία 2006/54⁴⁷, υπογράμμισε με έμφαση τη

⁴² Βλ. για τις αντιθέσεις αυτές τη σχετική ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο σχετικά με την ερμηνεία της απόφασης του δικαστηρίου της 17ης Οκτωβρίου 1995 στην υπόθεση C-450/93, Kalanke κατά Freie Hansestadt Bremen (COM(96) 88 τελικό.

⁴³ Βλ. μεταξύ άλλων, S. Fredman, Discrimination Law, ό.π., σ. 241 επ., M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 22 επ.

⁴⁴ Βλ. M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 22 επ.

⁴⁵ M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 22 επ.

⁴⁶ Βλ. παρακ.

⁴⁷ Βλ. Οδηγία 2006/54/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 5ης Ιουλίου 2006 για την εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης (αναδιατύπωση). Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 204 της 26/07/2006, σ. 0023 – 0036.

σχέση του πρωτογενούς και του δευτερογενούς ενωσιακού δικαίου στο ζήτημα των θετικών μέτρων. Προέβλεψε έτσι στο άρθρο 3 της νέας αυτής Οδηγίας ότι «τα κράτη μέλη μπορούν να διατηρούν ή να θεσπίζουν μέτρα κατά το άρθρο 141 (4) της ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ, για να εξασφαλίσουν εμπράκτως την πλήρη ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών στην επαγγελματική ζωή».

Εξάλλου, πριν ακόμη υιοθετηθεί αυτή η διάταξη, ο ενωσιακός νομοθέτης είχε αναγνωρίσει ήδη το θεσμό των θετικών μέτρων σε άλλα κοινοτικά κείμενα. Στο άρθρο 6 της Οδηγίας 2004/113, ειδικότερα, με την οποία υλοποίησε την αρχή της ισότητας των φύλων στον τομέα των αγαθών και των υπηρεσιών, είχε προβλέψει ειδικότερα ότι «Προκειμένου να διασφαλίζεται στην πράξη η πλήρης ισότητα ανδρών και γυναικών, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να θεσπίζουν ή να διατηρούν ειδικά μέτρα για την πρόληψη και την αντιστάθμιση μειονεκτημάτων που συνδέονται με το φύλο». Μια παρόμοια ρύθμιση είχε ενσωματώσει επίσης ο ενωσιακός νομοθέτης στις δύο Οδηγίες του 2000, με τις οποίες ρύθμισε τους νέους απαγορευμένους λόγους διάκρισης που είχε εισάγει στην ενωσιακή έννομη τάξη το άρθρο 13 ΣυνθΕΚ/19 ΣυνθΛΕΕ. Έτσι, το άρθρο 7 της Οδηγίας 2000/78⁴⁸ για την ισότητα στην απασχόληση προβλέπει ότι «προκειμένου να πραγματοποιηθεί η πλήρης ισότητα στην επαγγελματική ζωή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να διατηρήσουν ή να θεσπίσουν ειδικά μέτρα με σκοπό την πρόληψη ή την αντιστάθμιση μειονεκτημάτων για έναν από τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 1 της Οδηγίας». Μια όμοια σε περιεχόμενο διάταξη εμπεριέχει και το άρθρο 5 της Οδηγίας 43/2000⁴⁹ για τη φυλετική ισότητα, με μόνη διαφορά ότι αναφέρει ως βάση των θετικών μέτρων τη φυλετική και την εθνοτική καταγωγή.

Συγκρινόμενα, με το άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ, τα άρθρα 6, 7 και 5 των Οδηγιών 2004/113, 2000/78 και 2000/43 υιοθετούν μια πιο περιοριστική αντίληψη για τα θετικά μέτρα, αφενός, γιατί τα αποκαλούν «ειδικά μέτρα» και όχι «ειδικά πλεονεκτήματα». Και, αφετέρου, γιατί δεν αναφέρουν ως στόχο τους τη διευκόλυνση της υποεκπροσωπούμενης ομάδας να συνεχίσει μια επαγγελματική δραστηριότητα, αλλά θεωρούν ως μοναδικούς σκοπούς τους την πρόληψη και την αντιστάθμιση των μειονεκτημάτων, που συνδέονται με τους απαγορευμένους λόγους διάκρισης. Ανοιχτό παραμένει ωστόσο το ερώτημα αν οι αποκλίσεις αυτές συνιστούν διαφορές ύφους ή διαφορές ουσίας που μπορεί να οδηγήσουν σε διαφορετικό επίπεδο προστασίας. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ δεν έχει απαντήσει στο ερώτημα αυτό. Έχει εξετάσει όμως σε αρκετές υποθέσεις τη

⁴⁸ Βλ. Οδηγία 2000/78/ΕΚ του Συμβουλίου, της 27ης Νοεμβρίου 2000, για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 303 της 02/12/2000 σ. 0016 – 0022.

⁴⁹ Βλ. Οδηγία 2000/43/ΕΚ του Συμβουλίου, της 29ης Ιουνίου 2000, περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 180 της 19/07/2000 σ. 0022 – 0026.

συμβατότητα των θετικών μέτρων προς όφελος των γυναικών με το ενωσιακό δίκαιο ισότητας των φύλων⁵⁰.

β) Τα θετικά μέτρα ενόπιον του ΔΕΚ/ΔΕΕ

Η πρώτη υπόθεση θετικών μέτρων, που απασχόλησε το ΔΕΚ/ΔΕΕ, ήταν εκείνη της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατά της Γαλλικής Δημοκρατίας⁵¹. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ έκρινε στην εν λόγω υπόθεση ότι το άρθρο 2(4) της Οδηγίας 207/76 δεν αποκλείει εκ των προτέρων αυτά τα μέτρα. Εισάγει εντούτοις μια εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης, η οποία έχει ως σκοπό να επιτρέψει εκείνα μόνο τα θετικά μέτρα τα οποία, μολοντί εισάγουν κατά τα φαινόμενα διακρίσεις, αποσκοπούν τελικά στο να καταργήσουν ή να μειώσουν τις ανισότητες που εκδηλώνονται στην πράξη και οι οποίες μπορεί να υφίστανται στην πραγματικότητα της κοινωνικής ζωής⁵². Σε μεταγενέστερη νομολογία του, το ΔΕΚ/ΔΕΕ αντιπαρέβαλε τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος με την τυπική ισότητα, χαρακτηρίζοντας περιορισμό της την υιοθέτησή τους. Όπως υπογράμμισε σε μια σειρά αποφάσεών του⁵³, το άρθρο 2(4) της Οδηγίας 207/76 επιδιώκει να υλοποιήσει την ουσιαστική ισότητα, μειώνοντας τις de facto ανισότητες που υπάρχουν στην κοινωνική ζωή. Από τη νομολογία αυτή προκύπτει ότι η τυπική ισότητα συνιστά θεμελιώδη αρχή του ενωσιακού δικαίου, ενώ τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος αποτελούν μια εξαίρεση από την παραπάνω αρχή που επιδιώκει να εξυπηρετήσει την ουσιαστική ισότητα. Το ζήτημα ωστόσο το οποίο δεν είχε διευκρινίσει, στην αρχή τουλάχιστον, η εν λόγω νομολογία ήταν τα όρια αυτής της εξαίρεσης.

Το ΔΕΚ/ΔΕΕ προσέγγισε για πρώτη φορά αυτό το ζήτημα στην υπόθεση Kalanke⁵⁴, που αφορούσε ένα μέτρο θετικής δράσης, το οποίο αναγνώριζε σε γυναίκες υποψηφίους προτεραιότητα σε σχέση με τους άνδρες συνυποψηφίους τους που είχαν τα ίδια προσόντα με αυτές, όσον αφορά την πρόσληψη και την προαγωγή σε μια θέση εργασίας, στην οποία οι γυναίκες υποεκπροσωπούντο. Το

⁵⁰ Βλ. Υπόθεση 312/86 Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, Συλλογή 1988, 06315, Υπόθεση C-450/93 Eckhard Kalanke κατά Freie Hansestadt Bremen Συλλογή 1995, I-03051, Υπόθεση C-409/95 Hellmut Marschall κατά Land Nordrhein-Westfalen Συλλογή, 1997, I-6363, Υπόθεση C-158/97 Georg Badeck και λοιποί, Συλλογή, 2000, I-01875, Υπόθεση C-79/99 Julia Schnorbus κατά Land Hessen, Συλλογή, 2000, I-10997, Υπόθεση, C-407/98 Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist, Συλλογή, 2000, I-05539, Υπόθεση C-366/99 Joseph Griesmar κατά Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, 2011, Συλλογή I-09383, Υπόθεση C-476/99 H. Lommers κατά Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Συλλογή 2002, I-02891, Υπόθεση C-319/03 Serge Briheche κατά Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice, Συλλογή, 2004, I-08807.

⁵¹ Βλ. Υπόθεση 312/86 Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, ό.π., υποσ. 49. Η εν λόγω απόφαση αφορούσε τη διαπίστωση ενδεχόμενης παραβάσεως της Γαλλίας λόγω μη έγκαιρης μεταφοράς της Οδηγίας 207/76 στην εσωτερική έννομη τάξη. Η γαλλική κυβέρνηση υποστήριξε στο υπόμνημά της ότι ο Γάλλος νομοθέτης είχε προβλέψει τη δυνατότητα να αναγνωριστούν ειδικά δικαιώματα σε γυναίκες μέσω ατομικών και συλλογικών συμβάσεων εργασίας. Το Δικαστήριο όμως απέρριψε ως αβάσιμα τα επιχειρήματα αυτά και έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι η γενική αναγνώριση ειδικών δικαιωμάτων δεν συνιστά θετική διάκριση κατά την έννοια του άρθρου 2 (4) της Οδηγίας.

⁵² Βλ. Υπόθεση 312/86 Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 15.

⁵³ Βλ. ΔΕΚ, Υπόθεση C-407/98, Abrahamsson, ό.π., υποσ. 49, σημείο 48, Υπόθεση Briheche, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 25. Βλ. επίσης και προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα P. Maduro της 29ης Ιουνίου 2004 στην Υπόθεση Briheche, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 29.

⁵⁴ Βλ. ΔΕΚ, Υπόθεση C-450/93 Kalanke, ό.π., υποσ. 49.

ΔΕΚ/ΔΕΕ έκρινε το επίμαχο θετικό μέτρο αντίθετο προς την απαγόρευση των έμφυλων διακρίσεων που προέβλεπε στο άρθρο 2(1) η Οδηγία 76/207, επειδή αναγνώριζε στις γυναίκες μια απόλυτη, αυτόματη και χωρίς προϋποθέσεις προτεραιότητα, υποκαθιστώντας την ισότητα ευκαιριών με το αποτέλεσμα της, δηλαδή με την ισότητα εκπροσωπήσεως⁵⁵. Όπως υπογράμμισε στην εν λόγω απόφαση, το άρθρο 2(4) της Οδηγίας 76/207 πρέπει να ερμηνεύεται στενά, γιατί δεν θέτει ένα κανόνα, αλλά εισάγει μια εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης⁵⁶.

Το ΔΕΚ/ΔΕΕ υιοθέτησε στην απόφαση Kalanke μια τυπική, ατομιστική αντίληψη περί ισότητας⁵⁷, σύμφωνα με την οποία, για να γίνει δεκτό ένα προτιμησιακό μέτρο προς όφελος των γυναικών, θα πρέπει να υπάρχει πραγματική ανισορροπία στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης επιχείρησης ή υπηρεσίας⁵⁸. Η προσέγγιση αυτή απορρίπτει επομένως κάθε μέτρο θετικής διάκρισης που έχει ως σημείο αναφοράς την ομάδα. Αμφισβητήθηκε για το λόγο αυτό έντονα από τη θεωρία καθώς και από ομάδες πίεσης που δρούσαν στους κόλπους της ΕΕ. Δεν είναι επομένως τυχαίο ότι εγκαταλείφθηκε από τη μεταγενέστερη νομολογία του ΔΕΚ/ΔΕΕ. Στις αποφάσεις Marschall⁵⁹ και Badeck⁶⁰ το τελευταίο ενέταξε στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου 2(1) της Οδηγίας 207/76 προγράμματα θετικών δράσεων, τα οποία έδιναν προτεραιότητα σε γυναίκες που είχαν τα ίδια προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους εφόσον επρόκειτο να προσληφθούν ή να προαχθούν σε κλάδους, όπου το γυναικείο φύλο υποεκπροσωπείτο. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ υποκατέστησε έτσι την αρχική ατομιστική αντίληψή του για την αρχή της ισότητας με μια πιο «συλλογική» αντίληψη, η οποία επιτρέπει να δικαιολογηθεί ένα θετικό μέτρο άμεσου αποτελέσματος, που εισάγει θετικές διακρίσεις σε ατομικό επίπεδο, με την επίκληση μιας ανισότητας η οποία υπάρχει σε ομαδικό επίπεδο⁶¹.

Είναι μάλιστα ενδιαφέρον να υπενθυμίσει κανείς ότι και το ΑΟΔ είχε υιοθετήσει μια παρόμοια αντίληψη. Στην υπόθεση Johnson⁶², είχε εγκρίνει προτιμησιακά μέτρα υπέρ των γυναικών, τα οποία είχαν υιοθετηθεί στο πλαίσιο μιας επιχείρησης και τα οποία αφορούσαν σε μια επαγγελματική κατηγορία στην οποία το γυναικείο φύλο υποεκπροσωπείτο. Η διαφορά όμως ανάμεσα στην παραπάνω απόφαση του ΑΟΔ και την αντίστοιχη νομολογία του ΔΕΚ/ΔΕΕ βρίσκεται στο γεγονός ότι η πρώτη εφάρμοσε αριθμητικά μόνο κριτήρια για να καταδείξει την υποεκπροσώπηση των γυναικών στη συγκεκριμένη επαγγελματική κατηγορία, ενώ οι δεύτερες έλαβαν υπόψη και ουσιαστικής φύσεως κριτήρια που σχετίζονται με τα δομικά αίτια της υποεκπροσώπησης. Στην υπόθεση Marschall το ΔΕΚ/ΔΕΕ υπογράμμισε δηλαδή ότι δεδομένου ότι οι γυναίκες συναντούν σημαντικές δυσκολίες κατά την πρόσληψη και την προαγωγή εξαιτίας δομικών παραγόντων και στερεοτυπικών αντιλήψεων, το γεγονός ότι οι δύο συνυποψήφιοι

⁵⁵ Βλ. ΔΕΚ, Υπόθεση C-450/93 Kalanke, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 23.

⁵⁶ Βλ. ΔΕΚ, Υπόθεση C-450/93 Kalanke, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 21.

⁵⁷ Βλ. M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 20.

⁵⁸ Βλ. ΔΕΚ, Υπόθεση C-450/93 Kalanke, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 5.

⁵⁹ Βλ. ΔΕΚ, Υπόθεση C-409/95 Hellmut Marschall κατά Land Nordrhein-Westfalen, ό.π., υποσ. 49.

⁶⁰ Βλ. ΔΕΚ Υπόθεση C-158/97 Georg Badeck και λοιποί, ό.π. υποσ. 49.

⁶¹ Βλ. M. De Vos, Au-delà de l'égalité formelle, ό.π., σ. 20.

⁶² Βλ. Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County 480 U.S. 616 (1987).

⁶³ Βλ. Υπόθεση C-409/ 95 Hellmut Marschall, ό.π., σκέψη 33, Υπόθεση C-158/97 Georg Badeck και λοιποί, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 23.

έχουν τα ίδια προσόντα δεν σημαίνει ότι βρίσκονται σε καθεστώς ισότητας ευκαιριών. Μια εθνική νομοθετική διάταξη, επομένως, που προβλέπει, όπως η επίμαχη, ότι σε περίπτωση προαγωγής οι γυναίκες, που έχουν ίσα προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους, απολαμβάνουν προτιμησιακής μεταχείρισης στους τομείς όπου υποεκπροσωπούνται, μπορεί να εμπίπτει στην εξαίρεση του άρθρου 2 (4) της Οδηγίας 207/76.

Ωστόσο, το ΔΕΚ/ΔΕΕ καινοτόμησε και σε ένα άλλο σημείο στις αποφάσεις Marschall και Badeck. Έθεσε, συγκεκριμένα, ως πρόσθετη προϋπόθεση, προκειμένου να ενταχθεί ένα προτιμησιακό μέτρο στην προστατευτική εμβέλεια του άρθρου 2 (4) Οδηγίας 207/76, αυτό να είναι ευέλικτο. Δηλαδή, να μην αναγνωρίζει, από τη μια μεριά, σε γυναίκες υποψηφίους, που ανταγωνίζονται σε κλάδους όπου το γυναικείο φύλο υποεκπροσωπείται, απόλυτη προτεραιότητα σε σχέση τους άνδρες συνυποψηφίους τους οι οποίοι έχουν τα ίδια προσόντα με αυτές. Και, να προβλέπει, από την άλλη μεριά, ότι οι υποψηφιότητες πρέπει να υποβάλλονται σε μια αντικειμενική αξιολόγηση η οποία να λαμβάνει υπόψη τις ιδιαίτερες καταστάσεις προσωπικού χαρακτήρα όλων των υποψηφίων⁶³.

Όπως διαπιστώθηκε παραπάνω, η ευελιξία θεωρείται και στις ΗΠΑ απαραίτητη προϋπόθεση για να εγκριθεί από τα δικαστήρια ένα θετικό μέτρο άμεσου αποτελέσματος. Το ΑΟΔ δηλαδή δεν θεωρεί συμβατά με το αμερικανικό Σύνταγμα τα προτιμησιακά εκείνα μέτρα τα οποία προβλέπουν, σε περίπτωση συνυποψηφίων με ίδια ακριβώς προσόντα, την προτεραιότητα των υποψηφίων θηλυκού γένους ή των υποψηφίων που ανήκουν σε φυλετικές ή άλλου είδους μειονότητες. Όπως υπογράμμισε τόσο στην απόφαση Johnson⁶⁴, όσο και σε άλλες αποφάσεις⁶⁵, το ταυτοτικό χαρακτηριστικό στο οποίο έχει βασιστεί το επίμαχο θετικό μέτρο, πρέπει να συνεκτιμάται μαζί με τα άλλα προσόντα των υποψηφίων. Τα θετικά μέτρα, επομένως, που βασίζονται στο ταυτοτικό αυτό χαρακτηριστικό, για δώσουν απόλυτη προτεραιότητα σε υποψηφίους, είναι αντίθετα προς το αμερικανικό Σύνταγμα⁶⁶. Η αντισυνταγματικότητα μάλιστα αυτή δεν μπορεί να θεραπευθεί, με ρήτρες διαφυγής, οι οποίες επιτρέπουν στον εργοδότη ή σε οποιονδήποτε άλλο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, που κρίνει υποψηφιότητες, να παρακάμψει την προτεραιότητα αυτή, επικαλούμενος άλλους λόγους κοινωνικής πολιτικής.

64 Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County 480 U.S. 616 (1987). Βλ. επίσης παραπάνω για τα κριτήρια του ενδιάμεσου ελέγχου συνταγματικότητας που καθιέρωσε πρώτη η απόφαση U.S. Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193 (1979) και αποδέχτηκε στη συνέχεια η απόφαση Johnson. Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County 480 U.S. 616 (1987), σ. 83-87.

65 Βλ. λ.χ. παραπ. την απόφαση Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

66 Βλ. για μια συγκριτική ανάλυση της απόφασης Johnson του ΑΟΔ και της απόφασης Marschall του ΔΕΚ/ΔΕΕΑ., G. Veldman, «Preferential Treatment in European Community Law: Current Legal Developments and Impact on National Practices», σε T. Loenen, P. R. Rodrigues, Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, σ. 279 επ., Morgan-Foster, «From Hutchins Hall to Huderabad and Beyond: A comparative Look at Affirmative Action in three Jurisdictions», ό.π., σ. 83-87.

Το ΔΕΚ αντίθετα έχει αναγνωρίσει αυτές τις ρήτρες. Στην απόφαση Marschall δέχτηκε, για παράδειγμα, ότι ένα μέτρο προτιμησιακής μεταχείρισης εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου 2(4), αν παρέχει στον εργοδότη την ευχέρεια να παρακάμπτει την προτεραιότητα των γυναικών κάθε φορά που κρίνει ότι λόγοι ειδικοί, αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου, τον καθιστούν προτιμητέο. Το ΔΕΚ ωστόσο άφησε αδιευκρίνιστα δύο ζητήματα στην απόφαση Marschall. Πρώτο, δεν καθόρισε με σαφήνεια τους λόγους που επιτρέπουν να παρακαμφθεί η προτεραιότητα των γυναικών ως μελών του υποεπροσωπούμενου φύλου. Και, δεύτερο, απέφυγε να διευκρινίσει το είδος και τη φύση των ωφελημάτων που μπορούν να παρέχονται μέσω των μέτρων προτιμησιακής μεταχείρισης. Θα πρέπει πάντως να επισημανθεί ότι το ΔΕΚ/ΔΕΕ διέκρινε τα μέτρα που προάγουν την ισότητα ευκαιριών από τα μέτρα που προωθούν την ισότητα αποτελεσμάτων, αφήνοντας να φανεί ότι ο έλεγχος που επρόκειτο να ασκήσει στα πρώτα δεν θα ήταν το ίδιο αυστηρός με τον έλεγχο που σκόπευε να ασκήσει στα δεύτερα.

Στις αποφάσεις Badeck⁶⁷, Abrahmson⁶⁸ και Lommers⁶⁹, το ΔΕΚ/ΔΕΕ διευκρίνισε εν μέρει αυτά τα ζητήματα. Στην πρώτη από αυτές τις υποθέσεις εξέτασε ένα σύνθετο σύστημα θετικών μέτρων του δημόσιου τομέα, το οποίο εμφάνιζε δύο χαρακτηριστικά: Αφενός, προέβλεπε ότι ο αριθμός των σχεδιαζόμενων θέσεων εργασίας θα προσδιορίζεται με γνώμονα τα πραγματικά χαρακτηριστικά και τις πραγματικές καταστάσεις κάθε επαγγελματικού κλάδου. Και, αφετέρου, αναγνώριζε ότι η προτιμησιακή μεταχείριση υπέρ των γυναικών μπορούσε να παρακαμφθεί σε περίπτωση που θα ανέκυπτε ένας υπέρτερος από νομικής απόψεως λόγος. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ έκρινε ότι το σύστημα αυτό ήταν σύμφωνο με την Οδηγία 207/76⁷⁰. Υπογράμμισε μάλιστα δύο λόγους που το καθιστούσαν ευέλικτο. Πρώτο, το γεγονός ότι παρείχε στις δημόσιες αρχές την ευχέρεια να προσδιορίζουν τον αριθμό των δεσμευόμενων θέσεων εργασίας, με γνώμονα τις πραγματικές ανάγκες του κάθε επαγγελματικού κλάδου. Και, δεύτερο, το ότι δεν ανήγαγε το φύλο των υποψηφίων σε αποφασιστικό παράγοντα στο πλαίσιο της διαδικασίας επιλογής⁷¹, άλλα άφηνε περιθώρια να αντικρουστεί το επιχείρημα ότι η κατάσταση δεν ήταν ευνοϊκή για τις γυναίκες, ακόμη και αν η υποεκπροσώπησή τους σε συγκεκριμένο κλάδο έδινε μια διαφορετική εικόνα. Η έμφαση του ΔΕΚ/ΔΕΕ στην ανάγκη συνεκτίμησης του κοινωνικοοικονομικού πλαισίου εντός του οποίου λειτουργεί η προτιμησιακή μεταχείριση υποδηλώνει την απόφασή του να αποστασιοποιηθεί από το κριτήριο της αριθμητικής υποεκπροσώπησης. Κατά την αντίληψη του Δικαστηρίου, η υποεκπροσώπηση έχει σημασία μόνον όταν υποδηλώνει την ύπαρξη προκαταλήψεων και στερεοτυπικών αντιλήψεων για τις γυναίκες⁷².

Η απόφαση Badeck απάντησε εν μέρει στα δύο ερωτήματα που είχε αφήσει αναπάντητα η απόφαση Marschall. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ δεν παρουσίασε βέβαια στην παραπάνω απόφαση ένα λεπτομερή κατάλογο των λόγων που θα μπορούσαν

⁶⁷ Βλ. Υπόθεση C-158/97 Georg Badeck και λοιποί, ό.π., υποσ. 49.

⁶⁸ Βλ. Υπόθεση C-407/98 Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist, ό.π., υποσ. 49.

⁶⁹ Βλ. Υπόθεση, H. Lommers κατά Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, ό.π., υποσ. 49.

⁷⁰ Βλ. Υπόθεση C-158/97 Georg Badeck και λοιποί, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 38.

⁷¹ Βλ. Υπόθεση C-158/97 Georg Badeck και λοιποί, ό.π., υποσ. 49, σκέψεις 27-36.

⁷² Βλ. G. Selanec, L. Senden, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards, ό.π., σ. 11.

να δικαιολογήσουν την παράκαμψη των προτιμησιακών μέτρων προς όφελος των γυναικών, ούτε διατύπωσε κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με το περιεχόμενο και την ισχύ αυτών των μέτρων. Οικειοποιήθηκε εντούτοις σιωπηρά ορισμένους λόγους, όπως η μακρόχρονη ανεργία, η μερική απασχόληση, οι οικογενειακές υποχρεώσεις, η εθελούσια στρατιωτική θητεία, τους οποίους χρησιμοποιούν συνήθως οι τοπικές αρχές, για να παρακάμψουν τα προτιμησιακά μέτρα προς όφελος των γυναικών⁷³. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ έκανε επιπλέον σαφές στην απόφαση *Badeck* ότι η αυστηρότητα του ελέγχου, που σκόπευε να ασκήσει στα θετικά μέτρα, θα εξαρτάται από το είδος των ωφελημάτων που παρέχονται από αυτά. Ένα από τα θετικά μέτρα, που εξέτασε στην εν λόγω υπόθεση, προέβλεπε ότι οι αρχές τοπικής αυτοδιοίκησης όφειλαν, σε επαγγέλματα στα οποία το γυναικείο φύλο υποεκπροσωπείτο, να παρέχουν το ήμισυ των θέσεων επαγγελματικής εκπαίδευσης σε γυναίκες. Επειδή το μέτρο αυτό απέκλειε τους άνδρες υποψήφιους από τις προσφερόμενες θέσεις επαγγελματικής εκπαίδευσης σε ποσοστό 50%, έφερε τα χαρακτηριστικά μιας αυτόματης ισχυρής ποσόστωσης⁷⁴ που θα κρινόταν αντισυνταγματική στις ΗΠΑ⁷⁵. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ αντίθετα τη θεώρησε συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο, προβάλλοντας ως επιχείρημα ότι με αυτή δεν διανέμονταν θέσεις εργασίας σε γυναίκες, αλλά προσφέρονταν σ' αυτές θέσεις στον τομέα της επαγγελματικής εκπαίδευσης, προκειμένου να αποκτήσουν τα απαραίτητα προσόντα και να μπορέσουν να έχουν πρόσβαση σε ειδικευμένα επαγγέλματα της δημόσιας διοίκησης⁷⁶.

Με τον παραπάνω συλλογισμό το ΔΕΚ/ΔΕΕ άφησε να αναφανεί η θέλησή του να εφαρμόσει ένα λιγότερο αυστηρό έλεγχο στα μέτρα προτιμησιακής μεταχείρισης που διευκολύνουν την απόλαυση ωφελημάτων, τα οποία δεν σχετίζονται με τη διανομή θέσεων εργασίας. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ επιβεβαίωσε μάλιστα την επιλογή του αυτή στην υπόθεση *Lommers*⁷⁷, στην οποία εξέτασε αν ήταν συμβατό με το κοινοτικό δίκαιο ένα μέτρο προτιμησιακής μεταχείρισης, το οποίο αναγνώριζε σε γυναίκες δημοσίους υπαλλήλους προτεραιότητα σε επιδοτούμενες θέσεις βρεφονηπιακού σταθμού. Ακολουθώντας το συλλογισμό που είχε διατυπώσει στην απόφαση *Badeck*, ενέκρινε το θετικό αυτό μέτρο, υπογραμμίζοντας ότι δεν είχε σκοπό να διανείμει θέσεις εργασίας, αλλά επεδίωκε να εξαλείψει απλώς τις αιτίες που εμποδίζουν την πρόσβαση των γυναικών στην εργασία και στη σταδιοδρομία⁷⁸. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ επισήμανε μάλιστα στην υπόθεση *Lommers* ότι το επίμαχο θετικό μέτρο ήταν ελαστικό, γιατί δεν απέκλειε εντελώς τους άνδρες δημοσίους υπαλλήλους, αλλά επέτρεπε αντίθετα στον εργοδότη να δεχθεί τις αιτήσεις τους σε επείγουσες περιπτώσεις, ιδίως όταν επρόκειτο για άνδρες που ασκούσαν μόνοι τους την επιμέλεια των παιδιών τους⁷⁹. Παρατηρείται λοιπόν ότι το ΔΕΚ/ΔΕΕ επικαλέστηκε στην απόφαση *Lommers* τη ρήτρα διαφυγής όχι για να περιορίσει το πεδίο εφαρμογής του επίμαχου θετικού

⁷³ Βλ. Υπόθεση C-158/97 *Georg Badeck* και λοιποί, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 35.

⁷⁴ Βλ. για τα είδη των ποσοστώσεων παραπ. I 1.

⁷⁵ Βλ. παραπ. απόφαση *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁷⁶ Βλ.. Υπόθεση C-158/97 *Georg Badeck* και λοιποί, ό.π., σκέψη 52.

⁷⁷ Βλ. Υπόθεση C-476/99 *H. Lommers κατά Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ό.π., υποσ. 49.

⁷⁸ Βλ. Υπόθεση C-476/99 *H. Lommers κατά Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ό.π., υποσ. 4, σκέψη 38.

⁷⁹ Βλ. Υπόθεση C-476/99. *H. Lommers κατά Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ό.π., υποσ. 49 σκέψεις 45-47.

μέτρου, αλλά για να δικαιολογήσει καλύτερα το μέτρο αυτό⁸⁰. Αντίθετα, η απαίτηση του ΔΕΚ/ΔΕΕ οι υποψήφιοι για τις προσφερόμενες από θετικά μέτρα θέσεις εργασίας να έχουν ίσα προσόντα μεταξύ τους περιόρισε σοβαρά την εμπέδεια των θετικών μέτρων, γεγονός που φάνηκε στην υπόθεση *Abrahmsson*⁸¹.

Στην υπόθεση αυτή εξετάστηκε από τη σκοπιά του κοινοτικού δικαίου μια διάταξη της σουηδικής νομοθεσίας, η οποία καθιέρωνε την προτεραιότητα των γυναικών σε θέσεις του ακαδημαϊκού τομέα, στον οποίο το γυναικείο φύλο υποεκπροσωπείτο. Σύμφωνα με την επίμαχη διάταξη, η γυναικεία προτεραιότητα ίσχυε ακόμη και για υποψήφια που δεν διέθεταν ισάξια προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους, αλλά είχαν επαρκή προσόντα για την κατάληψη της συγκεκριμένης ακαδημαϊκής θέσης. Η μόνη προϋπόθεση, που προέβλεπε η επίμαχη διάταξη ήταν η διαφορά των προσόντων των υποψηφίων να μην είναι τόσο μεγάλη ώστε η εφαρμογή του θετικού μέτρου να έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές της αντικειμενικότητας και της διαφάνειας κατά την πρόσληψη. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ έκρινε ότι το επίμαχο μέτρο δεν ενέπιπε στην προστατευτική εμπέδεια του άρθρου 2(4) της Οδηγίας 207/76⁸². Δεν απέρριψε εντούτοις κάθε θετικό μέτρο που δίνει προτεραιότητα σε γυναίκες υποψηφίους, των οποίων τα προσόντα δεν είναι ισάξια με εκείνα των ανδρών συνυποψηφίων τους, ιδίως μάλιστα όταν τα προσόντα αυτά έχουν προσδιοριστεί με γνώμονα τα παραδοσιακά επαγγελματικά κριτήρια. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ έκρινε απλώς στην υπόθεση *Abrahmsson* ότι το επίμαχο θετικό μέτρο δεν ήταν συμβατό με το κοινοτικό δίκαιο, γιατί προέβλεπε μια αδιαφανή διαδικασία αξιολόγησης, η οποία δεν εμπειρείχε ρήτρα διαφυγής⁸³.

Το ΔΕΚ/ΔΕΕ βάσισε στην υπόθεση *Abrahmsson* τις σκέψεις του στο γεγονός ότι είχε αναγνωρίσει ήδη στην υπόθεση *Badeck* ότι η αξιολόγηση των υποψηφίων δεν πρέπει να γίνεται μόνο με γνήσια επαγγελματικά κριτήρια. Αντίθετα, από τη στιγμή που τα αντικειμενικά επαγγελματικά κριτήρια αξιολόγησης δημιουργούν μειονεκτήματα σε βάρος των γυναικών εξαιτίας των συστημικών παραγόντων, που εμποδίζουν την υλοποίηση της ισότητας, είναι θεμιτό να λαμβάνονται υπόψη και κριτήρια, τα οποία, αν και διατυπωμένα με ουδέτερους ως προς το φύλο όρους, ευνοούν τελικά τις γυναίκες⁸⁴. Με τον τρόπο αυτό οι εργοδότες μπορούν να κρίνουν ότι γυναίκες υποψήφιοι διαθέτουν ισάξια προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους, παρόλο που δεν είναι ισάξια με αυτούς, με γνώμονα τα παραδοσιακά κριτήρια αξιολόγησης, τα οποία βασίζονται σε επαγγελματικά προσόντα που αποκτώνται μέσω της επαγγελματικής εμπειρίας. Υπογράμμισε, ωστόσο, το ΔΕΚ/ΔΕΕ στην απόφαση *Abrahmsson* ότι ένα τέτοιο σύστημα αξιολόγησης θα πρέπει να βασίζεται σε αναμφισβήτητα κριτήρια και να είναι διαφανές⁸⁵. Οι απαιτήσεις μάλιστα αυτές δεν προστατεύουν μόνο τους υποψηφίους απέναντι σε αυθαίρετες και καταχρηστικές εφαρμογές,

⁸⁰ Βλ. G. Selanec, L. Senden, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards*, ό.π., σ. 12.

⁸¹ Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49.

⁸² Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49.

⁸³ Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49, σκέψεις 49-51.

⁸⁴ Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49, σκέψεις 47-48, Υπόθεση C-158/97 *Georg Badeck και λοιποί*, ό.π. σκέψεις 31-31.

⁸⁵ Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson και Leif Anderson κατά Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49, σκέψεις 49-51.

αλλά επιτρέπουν επιπλέον στον εφαρμοστή του δικαίου να κρίνει το επίμαχο θετικό μέτρο από τη σκοπιά της αρχής της αναλογικότητας⁸⁶. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ εξέφρασε έτσι τη διάθεσή του να εγκαταλείψει την περιπτωσιακή αντιμετώπιση των θετικών μέτρων και να υποβάλει τα τελευταία σ' έναν πιο ολοκληρωμένο έλεγχο, ο οποίος να βασίζεται στην αρχή της αναλογικότητας. Την απόφασή του μάλιστα αυτή την εφάρμοσε στη συνέχεια στην υπόθεση Lommers⁸⁷.

Η πλειονότητα των σχετικών με τα θετικά μέτρα αποφάσεων του ΔΕΚ/ΔΕΕ εφάρμοσε μόνο το άρθρο 2 (4) της Οδηγίας 207/76. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ είχε βέβαια την ευκαιρία να εφαρμόσει σε ορισμένες αποφάσεις και το άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ ως *obiter dictum*. Το γεγονός εντούτοις αυτό δεν το εμπόδισε να προβάλλει στην παραπάνω διάταξη τις περιοριστικές αντιλήψεις για τα θετικά μέτρα, που είχε διαμορφώσει ερμηνεύοντας το άρθρο 2(4). Οι γενικοί εισαγγελείς ενθάρρυναν βέβαια το ΔΕΚ/ΔΕΕ να χρησιμοποιήσει το άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ, για να διευρύνει τα επιτρεπόμενα από το ενωσιακό δίκαιο θετικά μέτρα. Συγκεκριμένα, τόσο ο Γενικός Εισαγγελέας Saggio στην υπόθεση *Badeck*⁸⁸, όσο και ο Γενικός Εισαγγελέας *Maduro* στην υπόθεση *Briheche*⁸⁹, υποστήριζαν ότι το άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157 (4) ΣΛΕΕ αναγνωρίζει μια μεγαλύτερη διακριτική ευχέρεια κατά την καθιέρωση αυτών των μέτρων είτε από μόνο του είτε σε συνδυασμό με το άρθρο 2(4) της Οδηγίας 207/76. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ ωστόσο δεν ενστερνίστηκε την ερμηνεία αυτή⁹⁰. Στην απόφαση *Lommers*⁹¹ εφάρμοσε την αρχή της αναλογικότητας. Δεν διέυρνε εντούτοις τις αντιλήψεις του σχετικά με τα αποδεκτά από το δίκαιο της Ένωσης θετικά μέτρα. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ εφάρμοσε στην απόφαση αυτή μια ενιαία ερμηνεία των δύο διατάξεων, που κατοχυρώνουν αυτά τα μέτρα. Την επιλογή του μάλιστα αυτή την επιβεβαίωσε στη συνέχεια στην υπόθεση *Briheche*, στην οποία απέφυγε να υιοθετήσει μια αυτόνομη ερμηνεία που να βασίζεται αποκλειστικά στο άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ. Υπογράμμισε έτσι ότι η παραπάνω διάταξη δεν μπορεί να επιτρέψει θετικά μέτρα, τα οποία είναι δυσανάλογα σε σχέση με τον επιδιωκόμενο από αυτά σκοπό⁹². Στην παραπάνω απόφαση το ΔΕΚ/ΔΕΕ επανέλαβε την παραδοσιακή αντίληψή του για τα θετικά μέτρα, χαρακτηρίζοντάς τα ως περιορισμένη εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Αρνήθηκε έτσι να υιοθετήσει την άποψη μιας σημαντικής μερίδας της θεωρίας, η οποία υποστήριζε ότι οι ουσιαστικές πτυχές της ισότητας, που αναδύονται από το άρθρο 141 (4) ΣυνθΕΚ/157(4) ΣΛΕΕ, επιτρέπουν τον χαρακτηρισμό αυτών των μέτρων ως εργαλείων υλοποίησης της ισότητας⁹³.

⁸⁶ Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson* και *Leif Anderson* κατά *Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 55.

⁸⁷ Βλ. Υπόθεση C-476/99 *H. Lommers* κατά *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ό.π., υποσ. 49, σκέψεις 39-41.

⁸⁸ Βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα *A. Saggio* της 10^{ης} Ιουνίου 1999, στην Υπόθεση C-158/97 *Georg Badeck* και λοιποί, ό.π., υποσ. 49, Συλλογή 2000, I-1877 σκέψη 26 (I-1887-I-1888).

⁸⁹ Βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα *Poires Maduro*, της 29ης Ιουνίου 2004, στην Υπόθεση C-319/03 *Serge Briheche*, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 48.

⁹⁰ Βλ. Υπόθεση C-407/98 *Katarina Abrahamsson* και *Leif Anderson* κατά *Elisabet Fogelqvist*, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 55.

⁹¹ Βλ. *παραπ.*

⁹² Βλ. Υπόθεση C-319/03 *Serge Briheche* κατά *Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice*, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 31.

⁹³ Όπως επισήμανε το Δικαστήριο στην Υπόθεση *Briheche*, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 31: «Ανεξάρτητα από το αν ορισμένες θετικές δράσεις που δεν μπορούν να δικαιολογηθούν βάσει του άρθρου 2, παράγραφος 4, της Οδηγίας θα μπορούσαν ενδεχομένως να δικαιολογηθούν βάσει του άρθρου 141, παράγραφος 4, ΕΚ, αρκεί να διαπιστωθεί ότι το άρθρο αυτό δεν μπορεί να επιτρέψει στα

γ) Η διαφοροποίηση της νομολογίας του ΔΕΚ/ΔΕΕ από τη νομολογία του ΑΟΔ στο ζήτημα των θετικών μέτρων

Το γεγονός πάντως ότι το ΔΕΚ/ΔΕΕ δεν έχει αποδεχθεί την ερμηνεία αυτή, δεν σημαίνει ότι δεν έχει ενσωματώσει στοιχεία ουσιαστικής και συλλογικής ισότητας στον τρόπο με τον οποίο αντιμετωπίζει τα θετικά μέτρα. Στο συμπέρασμα αυτό καταλήγει κανείς αν συγκρίνει τη σχετική με τα θετικά μέτρα νομολογία του με την αντίστοιχη νομολογία του ΑΟΔ. Πράγματι, το γεγονός ότι το ΔΕΚ/ΔΕΕ αντιλαμβάνεται τα θετικά μέτρα όχι μόνον ως εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αλλά και ως μέσο υλοποίησης της ισότητας ευκαιριών, έχει επιτρέψει στο τελευταίο να χαρακτηρίζει συμβατή με το κοινοτικό δίκαιο τη χρησιμοποίηση αυστηρών ποσοστώσεων, όταν αυτές δεν έχουν ως σκοπό να μοιράσουν θέσεις εργασίας, αλλά επιδιώκουν να διευκολύνουν την πρόσβαση των υποεκπροσωπούμενων ομάδων στην αγορά εργασίας, μέσω της χορήγησης ωφελημάτων στην επαγγελματική εκπαίδευση ή με την προσφορά θέσεων σε βρεφονηπιακούς σταθμούς. Το ΑΟΔ αντίθετα θεωρεί όλα τα απόλυτα προτιμησιακά μέτρα αντισυνταγματικά, ανεξάρτητα αν επιδιώκουν τη διανομή θέσεων εργασίας ή αν χρησιμοποιούνται στον τομέα της εκπαίδευσης και της επαγγελματικής επιμόρφωσης.

Το ΔΕΚ/ΔΕΕ βέβαια αντιμετωπίζει και αυτό αρνητικά τις αυστηρές ποσοστώσεις που επιδιώκουν να μοιράσουν θέσεις εργασίας κατά την πρόσληψη ή την προαγωγή. Αν μελετήσει όμως κανείς τη νομολογία του, θα διαπιστώσει μια διαφοροποίηση από την αντίστοιχη νομολογία του ΑΟΔ. Πιο συγκεκριμένα, το ΔΕΚ/ΔΕΕ έχει αποδεχτεί την εφαρμογή ενός συνδυασμού ισχυρών ποσοστώσεων και ευέλικτων προτιμησιακών μέτρων στις διαδικασίες πρόσληψης και προαγωγής. Σύμφωνα με το συνδυασμό αυτό, τα μέλη της προστατευόμενης ομάδας προσλαμβάνονται και προάγονται κατά προτεραιότητα εφόσον έχουν τα ίδια προσόντα με τους συνυποψηφίους τους και υπό την προϋπόθεση ότι δεν πληρούνται οι όροι μιας ενσωματωμένης στα θετικά μέτρα ρήτρας διαφυγής, η οποία να δίνει προτεραιότητα σε κάποιο άλλο πρόσωπο. Το ΑΟΔ αντίθετα θεωρεί ότι στις διαδικασίες πρόσληψης και προαγωγής πρέπει να χρησιμοποιούνται αδύναμα μόνο προτιμησιακά μέτρα που εντάσσουν απλώς το προστατευόμενο ταυτοτικό χαρακτηριστικό στα κριτήρια αξιολόγησης, προβλέποντας την εξατομικευμένη συνεκτίμησή του μαζί με τα άλλα προσόντα των υποψηφίων.

Ενώ εξάλλου το ΑΟΔ απαιτεί, για τη δικαιολόγηση των θετικών μέτρων, την ύπαρξη ανισοτήτων που οφείλονται σε υπαιτιότητα του εργοδότη, το ΔΕΚ/ΔΕΕ υιοθετεί μια πιο κοινωνιολογική θεώρηση των θετικών μέτρων. Λαμβάνει δηλαδή υπόψη, για τη δικαιολόγησή τους, τις ανισότητες εκείνες που δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα, αλλά έχουν γεννηθεί από προκαταλήψεις και στερεότυπα, τα οποία κυριαρχούν στο σύνολο της κοινωνίας. Τα θετικά μέτρα επομένως γίνονται αντιληπτά, από το ΔΕΚ/ΔΕΕ, και ως εργαλεία που μπορούν να αλλάξουν ενδεχομένως τις δομές της κοινωνίας. Το ΑΟΔ αντίθετα δεν φαίνεται να ενστερνίζεται κάτι τέτοιο. Αναπάντητο παραμένει εντούτοις το ερώτημα ποια θα είναι η στάση του ΔΕΚ/ΔΕΕ απέναντι στα θετικά μέτρα, αν αποφασίσει να λάβει υπόψη τις ουσιαστικές διαστάσεις της ισότητας των φύλων, που έχει

κράτη μέλη να θεσπίζουν προϋποθέσεις προσβάσεως στις δημόσιες θέσεις, όπως οι επίμαχες στο πλαίσιο της κύριας δίκης, οι οποίες αποδεικνύονται, εν πάση περιπτώσει, δυσανάλογες σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό».

εκφράσει ο ενωσιακός νομοθέτης στο άρθρο 141(4) ΣυνθΕΚ/άρθρο 157 ΣΛΕΕ; Την απάντηση στο ερώτημα αυτό τη δίνει και πάλι το συγκριτικό δίκαιο, γιατί μας φέρνει σε επαφή με έννομες τάξεις που δεν θεωρούν τα θετικά μέτρα ως εξαίρεση από την αρχή της ισότητας, αλλά τα αναγνωρίζουν ως εργαλείο υλοποίησης αυτής της αρχής.

3. Τα θετικά μέτρα ως εργαλείο υλοποίησης της αρχής της ισότητας

Μια ευρεία αναγνώριση του ρόλου των θετικών μέτρων ως εργαλείου υλοποίησης της αρχής της ισότητας συναντά κανείς σε διεθνή κείμενα του ΟΗΕ που απαγορεύουν τις διακρίσεις. Η Διεθνής Σύμβαση για την Εξάλειψη κάθε Μορφής Διάκρισης σε Βάρος των Γυναικών προβλέπει, στο άρθρο 4(1) ότι «Η εκ μέρους των κρατών μελών υιοθέτηση ειδικών πρόσκαιρων μέτρων που αποσκοπούν στην επίσπευση της εγκαθίδρυσεως μιας πραγματικής ισότητας μεταξύ των ανδρών και των γυναικών δεν θεωρείται πράξη διάκρισης, όπως καθορίζεται στην παρούσα Σύμβαση». Μια παρόμοια σε περιεχόμενο ρύθμιση συναντά κανείς και στη Διεθνή Σύμβαση του ΟΗΕ για την κατάργηση κάθε μορφής φυλετικής διάκρισης. Σύμφωνα με το άρθρο 2(2) του διεθνούς αυτού κειμένου, «τα κράτη μέλη πρέπει να προβούν, εφόσον οι περιστάσεις στον κοινωνικό, οικονομικό, μορφωτικό και σε οποιονδήποτε άλλο τομέα το απαιτούν, στη λήψη ειδικών και συγκεκριμένων μέτρων προκειμένου να εξασφαλίσουν την επαρκή ανάπτυξη και προστασία των ενιαίων κοινωνικών ομάδων ή των ατόμων που ανήκουν σ' αυτές με στόχο τη διασφάλιση υπέρ αυτών πλήρους και ίσης απόλαυσης των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των θεμελιωδών ελευθεριών». Η αντίληψη τέλος ότι τα θετικά μέτρα συνιστούν συστατικό στοιχείο της αρχής της ισότητας και όχι εξαίρεσή της αναγνωρίζεται και από ένα σημαντικό αριθμό εθνικών έννομων τάξεων.

α) Η περίπτωση της Νοτίου Αφρικής

Μια τέτοια αναγνώριση συναντά κανείς σε μια χώρα όπως η Νότια Αφρική, που διατηρεί νωπή την ανάμνηση του καθεστώτος του apartheid Το Νοτιοαφρικανικό Σύνταγμα συγκεκριμένα, που τέθηκε σε ισχύ μετά το τέλος αυτού του καθεστώτος, προβλέπει στο άρθρο 9(2) ότι «για να προωθηθεί η επίτευξη της ισότητας, μπορούν να υιοθετηθούν νομοθετικά ή άλλου είδους μέτρα τα οποία έχουν ως σκοπό να προστατεύσουν και να προάγουν πρόσωπα ή κατηγορίες προσώπων που έχουν υποστεί μειονεκτήματα από άδικες διακρίσεις».

Το νόημα αυτής της διάταξης προσδιορίστηκε για πρώτη φορά από το Συνταγματικό Δικαστήριο της Νοτίου Αφρικής στην υπόθεση *Minister of Finances v. Van Heerden*⁹⁴, που αφορούσε ένα θετικό μέτρο, το οποίο επιδίωκε να αυξήσει τις συντάξεις των βουλευτών που είχαν εκλεγεί για πρώτη φορά στο Κοινοβούλιο μετά το τέλος του καθεστώτος του apartheid. Επειδή όσο ίσχυε αυτό το καθεστώς ο έγχρωμος πληθυσμός της χώρας δεν εκπροσωπείτο στο Κοινοβούλιο, η ομάδα που αποκλείστηκε, με το επίμαχο μέτρο, ήταν οι λευκοί βουλευτές. Αυτοί όμως βρίσκονταν σε ευνοϊκότερη οικονομική θέση σε σχέση με τους μαύρους βουλευτές, γιατί είχαν την ευκαιρία να αυξήσουν τις συντάξεις τους κατά την προηγούμενη βουλευτική περίοδο. Το επίμαχο θετικό μέτρο είχε

⁹⁴ Βλ. *Minister of Finance v. F.J. Van Heerden* (CCT 63/03) [2004] ZACC 3; 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC) South Africa Constitutional Court). Marié McGregor, «Judicial notice: Discrimination and disadvantage in the context of affirmative action in South African workplaces», *De Jure*, 2011, σ. 111 επ.

επομένως ως σκοπό να διορθώσει αυτή την αδικία. Παρόλα αυτά, ένας λευκός βουλευτής προσέφυγε στα δικαστήρια, επικαλούμενος δυσμενή διάκριση σε βάρος του. Το Ανώτατο Δικαστήριο της Νοτίου Αφρικής τον δικαίωσε και ακύρωσε το μέτρο. Αντίθετα, το Συνταγματικό Δικαστήριο ανέτρεψε την παραπάνω απόφαση, υπογραμμίζοντας ότι τα θετικά μέτρα δεν συνιστούν εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αλλά αποτελούν συστατικό στοιχείο της αρχής της ισότητας⁹⁵. Σύμφωνα με το εν λόγω Δικαστήριο, το άρθρο 9 (2) του Νοτιοαφρικανικού Συντάγματος κατοχυρώνει μια ουσιαστική αντίληψη περί ισότητας, η οποία περιλαμβάνει στο περιεχόμενό της και τα μέτρα που έχουν ως σκοπό να θεραπεύσουν μια υπάρχουσα ανισότητα.

β) Η περίπτωση του Καναδά

Ο Καναδικός Χάρτης Δικαιωμάτων και Ελευθεριών προβλέπει επίσης ότι τα μέτρα που έχουν ως σκοπό να βελτιώσουν τη θέση ομάδων ή ατόμων, που βρίσκονται σε μειονεκτική θέση, δεν συνιστούν παραβίαση της συνταγματικής ρήτηρας ισότητας. Σύμφωνα με το άρθρο 15(2) του Χάρτη, «η πρώτη παράγραφος του ίδιου άρθρου δεν αποκλείει κανένα νόμο, πρόγραμμα ή δράση που έχει ως σκοπό να βελτιώσει τις συνθήκες των ατόμων ή ομάδων που βρίσκονται σε μειονεκτική θέση εξαιτίας της φυλής, της εθνικής ή εθνοτικής καταγωγής, του χρώματος, της θρησκείας, του φύλου, της ηλικίας, της φυσικής ή πνευματικής αναπηρίας ή κάποιων άλλων ανάλογων ταυτοτικών χαρακτηριστικών».

Ερμηνεύοντας αυτή τη διάταξη, ορισμένα καναδικά δικαστήρια είχαν υποστηρίξει παλαιότερα ότι εισάγει εξαίρεση από τη ρήτρα ισότητας που κατοχυρώνει η πρώτη παράγραφος του άρθρου 15 του Χάρτη. Το 2008 όμως το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο του Καναδά εξέδωσε την απόφαση Kapp, η οποία ανέτρεψε αυτή την ερμηνεία⁹⁶. Αντικείμενο της υπόθεσης αυτής ήταν ένα μέτρο της ομοσπονδιακής κυβέρνησης που επιδίωκε να ενισχύσει τη συμμετοχή των αυτόχθονων πληθυσμών στην εμπορική αλιεία, παρέχοντας σε τρεις από τις ομάδες τους μια ειδική άδεια εικοσιτετράωρου ψαρέματος σολομού στο στόμιο του ποταμού Fraser. Οι εμπορικοί αλιείς, που δεν ήταν στην πλειονότητά τους αυτόχθονες, ισχυρίστηκαν ότι το μέτρο αυτό είχε εισάγει δυσμενή διάκριση σε βάρος τους, η οποία βασιζόταν στη φυλετική καταγωγή. Το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο του Καναδά απέρριψε τον ισχυρισμό αυτό, υπογραμμίζοντας ότι «οι παράγραφοι 1 και 2 του άρθρου 15 του Καναδικού Χάρτη Δικαιωμάτων και Ελευθεριών λειτουργούν σε συνδυασμό μεταξύ τους για να προάγουν την αρχή της ουσιαστικής ισότητας που διέπει τη διάταξη αυτή στο σύνολό της».

γ) Η περίπτωση της Ελλάδας

Στην Ελλάδα, τέλος, τα θετικά μέτρα δεν επιτρέπονται απλώς από το Σύνταγμα, αλλά επιβάλλονται επιπλέον από αυτό ως μέσον υλοποίησης της

⁹⁵ Βλ. Minister of Finance v. F.J. Van Heerden, Justice Moseneke, σκέψεις 30-32.

⁹⁶ Βλ. R. v. Kapp, [2008] 2. S.C.R. 483, L. B. Tremblay, «Promoting Equality through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm», American Journal of Comparative Law, 2012, σ. 181 επ. Βλ. επίσης γενικότερα για το δίκαιο των θετικών δράσεων στον Καναδά, Hucker, «Affirmative Action Canadian Style: Reflections on Canada's Employment Equality Law», εις Titia Loenen, Peter R. Rodrigues, Non-Discrimination Law Comparative Perspectives, σ. 265 επ.

ουσιαστικής ισότητας⁹⁷. Η συνταγματική αναγνώρισή τους ξεκινά με τη συνταγματική κατοχύρωση της ισότητας των φύλων που πραγματοποιήθηκε για πρώτη φορά με το άρθρο 4 παρ. 2 Σ 1975⁹⁸. Επειδή η παραπάνω διάταξη μπορούσε να δημιουργήσει σοβαρά προβλήματα, γιατί καθιστούσε αντισυνταγματικές όλες τις έμφυλες διακρίσεις που υπήρχαν στην ελληνική έννομη τάξη κατά τη στιγμή της θέσπισής της, κρίθηκε σκόπιμο να συνοδευτεί από τη μεταβατική διάταξη, του άρθρου 116 παρ. 1 και 2 Σ 1975, που περιείχε δύο σημαντικές ρυθμίσεις. Στην πρώτη παράγραφο προέβλεπε ότι όλες οι διατάξεις που εισήγαγαν ανισότητες, έπρεπε να μεταρρυθμιστούν το αργότερο έως το τέλος Δεκεμβρίου 1982. Και στη δεύτερη παράγραφο καθιστούσε ανεκτές ορισμένες αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των φύλων, εφόσον προβλέπονταν με τυπικό νόμο και επιβάλλονταν για αποχρώντες λόγους.

Βασικό μέτρο στη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 116 Σ 1975, ο Έλληνας νομοθέτης υιοθέτησε μέτρα, τα οποία δεν προέβλεπαν μόνο προνόμια υπέρ των γυναικών, αλλά καθιέρωναν επίσης σε βάρος τους αντίστροφες ποσοτώσεις, που περιόριζαν την πρόσληψή τους στις ένοπλες δυνάμεις και στα σώματα ασφαλείας. Ακόμη πιο συντηρητικά φάνηκαν τα ελληνικά δικαστήρια⁹⁹ όχι μόνο γιατί έκριναν συνταγματικές τις αντίστροφες ποσοτώσεις που απέβαιναν σε βάρος των γυναικών, αλλά και γιατί κήρυτταν αντισυνταγματικές τις ποσοτώσεις που τις ευνοούσαν. Ωστόσο, όταν το Στ' Τμήμα του ΣτΕ έκρινε στην 6275/1995 απόφαση αντισυνταγματική την επιταγή του άρθρου 29 του Ν. 2085/1992 να μετέχει μία τουλάχιστον γυναίκα, που έχει τα τυπικά και τα ουσιαστικά προσόντα, στα υπηρεσιακά συμβούλια κρίσης των δημοσίων υπαλλήλων¹⁰⁰, δημιουργήθηκαν έντονες αντιδράσεις που προκάλεσαν τελικά μια εντυπωσιακή στροφή της ελληνικής νομολογίας προς την αρχή της ουσιαστικής ισότητας.

Πιο συγκεκριμένα, η Ολομέλεια του ΣτΕ, στην οποία παραπέμφθηκε η υπ' αριθ. 6275/95 απόφαση του Στ' Τμήματος, έκρινε με την υπ' αριθ. 1933/1998¹⁰¹ απόφαση συνταγματικό το θετικό μέτρο της υποχρεωτικής συμμετοχής μίας τουλάχιστον γυναίκας στα υπηρεσιακά συμβούλια κρίσης των δημοσίων υπαλλήλων, βασιζόμενη τόσο σε μια συνδυασμένη ερμηνεία των παραγράφων (1) και (2) του άρθρου 4 Σ, που κατοχυρώνουν αντίστοιχα την αρχή της ισότητας και την αρχή της ισότητας των φύλων, όσο και σε ρητές αναφορές στην Οδηγία 76/207 ΕΟΚ και στη Σύμβαση του ΟΗΕ για την Εξάλειψη Όλων των Μορφών Διακρίσεων σε Βάρος των Γυναικών. Οι καινοτομίες που εισήγαγε η απόφαση 1933/1998 Ολ.ΣτΕ είναι πολλές και σημαντικές. Η κυριότερη όμως συμβολή της

⁹⁷ Βλ. Sophia Spiliotopoulou-Koukoulis, «Greek Report», σε G. Selenec, L. Senden, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women including Company Boards, ό.π., σ. 96.

⁹⁸ Βλ. για την αναγνώριση του θεσμού των θετικών δράσεων στην Ελλάδα, Α. Yotopoulos-Marangopoulos, Le mesures positives. Pour une égalité effective des sexes, Σάκκουλας/Bruylant, 1998, σ. 87 επ., Γ. Γεραπετρίτη, Ισότητα και θετικά μέτρα, ό.π. σ. 186 επ.

⁹⁹ Βλ. για μια λεπτομερή παρουσίαση της νομολογίας στο ζήτημα αυτό, Γ. Γεραπετρίτη, ό.π., σ. 187.

¹⁰⁰ Βλ. Α. Yotopoulos-Marangopoulos, Le mesures positives. Pour une égalité effective des sexes, ό.π., σ. 116, σ. 189-190, Γ. Γεραπετρίτη, ό.π., 189-190.

¹⁰¹ Βλ. ΣτΕ 1933/1998, ΝΟΜΟΣ http://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia.php. Θ. Αντωνίου, Ποσοτώσεις υπέρ και κατά των γυναικών στη δημόσια διοίκηση. Η νέα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ Ολομ. 1917/1998, 1933/1998), εις Π.Μ. Ευστρατίου (επιμ.), Το άτομο και το κράτος, Liber Amicorum Π.Δ. Δαγτόγλου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2002, σ. 5, Κ. Καφτάνη, «Οι θετικές δράσεις. Ορισμένες σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 6275/1995, 1933/1998, 1917/1998, Ολ. του ΣτΕ», Κριτ. Επιθ., 1999, σ. 247.

είναι ότι πυροδότησε έντονες συζητήσεις που οδήγησαν στη μεταρρύθμιση του άρθρου 116 παρ. 2 Σ και στη ρητή συνταγματική κατοχύρωση των θετικών μέτρων υπέρ των γυναικών που πραγματοποιήθηκε με τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001¹⁰². Σύμφωνα με τη νέα διατύπωση του παραπάνω άρθρου, «δεν αποτελεί διάκριση λόγω φύλου η λήψη θετικών μέτρων για την προώθηση της ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών. Το κράτος μεριμνά για την άρση των ανισοτήτων που υφίστανται στην πράξη, ιδίως σε βάρος των γυναικών».

Η νέα αυτή συνταγματική διάταξη δεν κατοχυρώνει απλώς τα θετικά μέτρα υπέρ των γυναικών, αλλά προβλέπει επιπλέον την υποχρέωση του κράτους να τα θεσπίζει¹⁰³. Ακολουθεί επομένως τη γενικότερη τάση ενός σημαντικού αριθμού ευρωπαϊκών Συνταγμάτων, όπως λ.χ. του γερμανικού¹⁰⁴, του αυστριακού¹⁰⁵, του πορτογαλικού¹⁰⁶ και του ιταλικού¹⁰⁷, τα οποία κατοχύρωσαν, κατά τη διάρκεια της δεκαετίας του 1990, την ουσιαστική ισότητα ως συμπληρωματική προς την τυπική μορφή ισότητας μεταξύ φύλων. Μέχρι στιγμής πάντως η μόνη περίπτωση θετικού μέτρου, που κρίθηκε στην ελληνική έννομη τάξη από τη σκοπιά του επαναδιατυπωμένου άρθρου 116 Σ, είναι εκείνη της υποχρεωτικής εκλογικής ποσόστωσης υπέρ των γυναικών στις δημοτικές και τις νομαρχιακές εκλογές, που καθιέρωσε ο Ν.2910/2001. Ο παραπάνω νόμος αποτελεί ειδικότερη έκφραση μιας γενικότερης τάσης των ευρωπαϊκών έννομων τάξεων να υλοποιήσουν, μέσω του μηχανισμού των ποσοστώσεων, το αίτημα για ισότιμη αντιπροσώπευση των γυναικών στα όργανα λήψης πολιτικών αποφάσεων¹⁰⁸. Το ερώτημα όμως που τέθηκε ήταν αν το επίμαχο αυτό μέτρο

¹⁰² Βλ. για τη μεταρρύθμιση αυτή, Θ. Αντωνίου, «Η αναθεώρηση του άρθρου 116 παρ. 2 του Συντάγματος του 1975», ΔτΑ, 10/2001, σ. 473 επ., Σ. Σπλιωτοπούλου-Κουκούλη, «Η τροποποίηση του άρθρου 116 § 2 του Συντάγματος. Από την τυπική στην ουσιαστική ισότητα των φύλων», ΔτΑ, 10/2001, 509 επ., Γ. Γεραπερτίτη, Ισότητα και θετικά μέτρα, ό.π., σ. 190-199.

¹⁰³ Βλ. Sophia Spiliotopoulou Koukoulis, ό.π., σ. 96 επ.

¹⁰⁴ Βλ. το άρθρο 3 (3) του Θεμελιώδους Νόμου της Γερμανίας του 1949, που απαγορεύει τις διακρίσεις λόγω φύλου, το οποίο συμπληρώθηκε το 1994 με το εδ. β' της παρ. 2 του ίδιου άρθρου, σύμφωνα με την οποίο, «Άνδρες και γυναίκες είναι ίσοι μεταξύ τους. Το κράτος στηρίζει την αποτελεσματική πραγμάτωση της ισότητας ανδρών και γυναικών και ενεργεί προς κατάργηση των υφισταμένων ανισοτήτων».

¹⁰⁵ Βλ. άρθρο 7-2 αυστριακού Συντάγματος που προσετέθη με τη συνταγματική αναθεώρηση του 1998 και το οποίο ενθαρρύνει την Ομοσπονδία, τα Κρατίδια και τις Κοινότητες να λαμβάνουν μέτρα επίτευξης της πραγματικής ισότητας μεταξύ των φύλων.

¹⁰⁶ Βλ. παράγραφο 9h πορτογαλικού Συντάγματος το οποίο προσετέθη, με τη συνταγματική αναθεώρηση του 1997, στο άρθρο περί απαγόρευσης των έμφυλων διακρίσεων και η οποία προβλέπει την ευθύνη του κράτους να προωθήσει την ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών, επιτρέποντας την ανάληψη θετικών δράσεων. Εξάλλου στο άρθρο 112 πορτογαλικού Συντάγματος επιβάλλεται η νομοθετική προαγωγή της ισότητας στην άσκηση των ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων, που επιτρέπει τη λήψη θετικών μέτρων στην πολιτική ζωή.

¹⁰⁷ Βλ. νέο εδάφιο που προστέθηκε το 2004 στο άρθρο 51 παρ 1 ιταλικού Συντάγματος, που κατοχυρώνει ισότητα των φύλων στα πολιτικά δικαιώματα η οποία προβλέπει ότι «η Δημοκρατία προωθεί την ισότητα ευκαιριών γυναικών και ανδρών μέσω ειδικών μέτρων», καθώς και άρθρ. 117 παρ. 7 ιταλ. Συντάγματος που προβλέπει ότι «Νόμοι των περιφερειών πρέπει να καταργούν όλα τα εμπόδια που αποτρέπουν την πλήρη ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών στην κοινωνική, πολιτιστική και οικονομική ζωή και να προωθούν την ίση πρόσβαση των ανδρών και γυναικών στα δημόσια αξιώματα».

¹⁰⁸ Σε χώρες, όπως η Γαλλία, το Βέλγιο, η Ισπανία και η Πορτογαλία, η νομοθεσία προβλέπει ένα είδος εκλογικής ποσόστωσης υπέρ των γυναικών ενώ σε χώρες, όπως η Νορβηγία, η Σουηδία, η Γερμανία τα πολιτικά κόμματα υιοθέτησαν αυτοβούλως προγράμματα ποσοστώσεων υπέρ των γυναικών. Βλ. R. Rubio-Martin, «A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and why it won't Fly in the United States», American Journal of Comparative Law, 2012, σ. 99 επ. Στη Γαλλία, ειδικότερα, το μέτρο αυτό καθιερώθηκε μέσω της έννοιας της ισότιμης

ενέπιπτε στην προστατευτική εμβέλεια του άρθρου 116 παρ. 2 Σ. ή μήπως συνιστούσε έναν ανεπίτρεπτο περιορισμό των πολιτικών δικαιωμάτων του εκλέγειν και εκλέγεσθαι αντίθετο προς το άρθρο 5 παρ. 1 Σ.¹⁰⁹. Η τελευταία αυτή διάταξη, που υπερισχύει ως μη αναθεωρητέος συνταγματικός κανόνας του άρθρου 116 παρ. 2 Σ, εγγυάται την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας καθώς και τη συμμετοχή στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή, αποκλείοντας κάθε περιορισμό που βασίζεται σε κριτήρια, όπως το φύλο, η φυλή, το χρώμα, η καταγωγή, η θρησκεία ή η κοινωνικοοικονομική κατάσταση. Ορισμένα διοικητικά πρωτοδικεία, καθώς και η μειοψηφούσα γνώμη στους κόλπους του Στ'. Τμήματος του ΣτΕ, τάχθηκαν με τη δεύτερη από τις δύο αυτές ερμηνείες. Υποστήριξαν δηλαδή ότι το μέτρο της εκλογικής ποσόστωσης υπέρ των γυναικών προσέκρουε στο άρθρο 5 παρ.1.Σ. Αντίθετα, η πλειοψηφία των δικαστών του ΣτΕ υιοθέτησε την πρώτη ερμηνεία, δεχόμενη, με άλλα λόγια, στην απόφαση 2831/2003¹¹⁰, ότι η έμφυλη ποσόστωση αποτελεί ένα θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος του εκλέγειν και εκλέγεσθαι, ο οποίος δεν αναιρεί το δικαίωμα στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας, που κατοχυρώνει το άρθρο 5 παρ.1 Σ, αλλά εισάγει απλώς ένα θετικό μέτρο που προστατεύεται από το άρθρο 116 παρ. 2 Σ, το οποίο εφαρμόζεται, επομένως, και στα πολιτικά δικαιώματα, καθιερώνοντας στον τομέα αυτό την πραγματική ισότητα των φύλων.

III. Τα βασικά νομικά ζητήματα που εγείρουν τα θετικά μέτρα και η αντιμετώπισή τους από τις υπό σύγκριση έννομες τάξεις

Από τη συγκριτική ανάλυση που προηγήθηκε προκύπτει με σαφήνεια ότι υπάρχουν αρκετές έννομες τάξεις που αντιλαμβάνονται τα θετικά μέτρα ως εργαλείο υλοποίησης της αρχής της ισότητας και όχι ως εξαίρεση από την παραπάνω αρχή. Ανοικτό παραμένει ωστόσο το ερώτημα, πότε ένα θετικό μέτρο προάγει πράγματι την αρχή της ισότητας; Για να δοθεί απάντηση στο ερώτημα αυτό, θα πρέπει να καθοριστούν ποιοι από τους σκοπούς, που εξυπηρετούν τα θετικά μέτρα, είναι θεμιτοί και αν το συγκεκριμένο υπό εξέταση θετικό μέτρο εξυπηρετεί έναν ή περισσότερους από αυτούς τους σκοπούς. Αν πληροί, με άλλα λόγια, τις προϋποθέσεις της αναλογικότητας.

αντιπροσώπευσης (parité) που συνιστά ένα ριζικό μέτρο προώθησης της πολιτικής ισότητας το οποίο προβάλλει ως αίτημα την κατά το ήμισυ εκπροσώπηση καθενός από τα φύλα σε όλα τα εκλεγμένα όργανα ή πάντως στις εκλόγιμες θέσεις των ψηφοδελτίων. Το γαλλικό Σύνταγμα επιτρέπει τις εκλογικές ποσοστώσεις υπέρ των γυναικών από το 1998 ενώ από τον Ιούλιο του 2008 επιτρέπει και τις ποσοστώσεις στον τομέα των εργασιακών σχέσεων. Σύμφωνα με το Άρθρο 1 γαλλ Συντ «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. ». Βλ. για την εξέλιξη αυτή στη Γαλλία, S. Laulom, French Repport σε G. Selenec, L. Senden, Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women including Company Boards, ό.π. σ. 96.

¹⁰⁹ Βλ. Α. Παπαδοπούλου, «Γυναικεία συμμετοχή και δημοκρατία: Οι ποσοστώσεις υπό το φως της πολιτικής και συνταγματικής θεωρίας», ΔτΑ, 32/2006, σ. 1243-1298, Γ. Γεραπετρίτη, Ισότητα και θετικά μέτρα, ό.π., σ. 232-239.

¹¹⁰ ΣτΕ 2831/2003, ΝΟΜΟΣ http://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/3_nomologia.php

1. Θεμιτοί σκοποί των θετικών μέτρων

α) Άρση των εμποδίων και ιστορική αποκατάσταση μειονεκτημάτων

Ο πιο συνηθισμένος λόγος για τον οποίο εγκρίνονται τα θετικά μέτρα είναι το γεγονός ότι συμβάλλουν στην άρση των εμποδίων και στην αποκατάσταση μειονεκτημάτων που έχουν γεννηθεί από διακρίσεις οι οποίες έγιναν στο παρελθόν. Το σημείο πάντως στο οποίο εξακολουθούν να διαφοροποιούνται οι έννομες τάξεις είναι η απάντηση που δίνουν στο ερώτημα αν οι προγενέστερες αυτές διακρίσεις θα πρέπει να έχουν προκληθεί από πρόθεση ή να είναι αποτέλεσμα στερεοτυπικών αντιλήψεων και δομικών χαρακτηριστικών της κοινωνίας. Στις ΗΠΑ, για παράδειγμα, το ΑΟΔ αρνείται, όπως προαναφέραμε, να εγκρίνει τα προγράμματα θετικής δράσης που επιδιώκουν να θεραπεύσουν ανισότητες, οι οποίες δεν έγιναν σκοπίμως, αλλά είναι αποτέλεσμα προκαταλήψεων ή στερεοτυπικών συμπεριφορών¹¹¹. Αντίθετα, στις έννομες τάξεις που δίνουν έμφαση στην ουσιαστική ισότητα η υιοθέτηση θετικών μέτρων θεωρείται απαραίτητη σε δύο κυρίως περιπτώσεις. Πρώτον, όταν η δυσμενής διακριτική μεταχείριση έχει προκληθεί από πρόθεση, η οποία όμως είναι δύσκολο να αποδειχθεί. Και, δεύτερον, όταν τα δομικά εμπόδια, που περιθωριοποιούν τις γυναίκες και τις διάφορες μειονοτικές ομάδες, είναι αδύνατον να ξεπεραστούν μέσω του μηχανισμού της έμμεσης διάκρισης. Η περιθωριοποίηση επομένως των γυναικών και των διαφόρων μειονοτικών ομάδων από τα πολιτικά όργανα ή από την αγορά εργασίας αποδεικνύει έμμεσα στις παραπάνω έννομες τάξεις την ύπαρξη αθέατων εμποδίων καθώς και τη συστηματική άσκηση δυσμενών διακρίσεων¹¹².

Τα πραγματικά περιστατικά των υποθέσεων του ΔΕΚ/ΔΕΕ Kalanke και Marschall¹¹³ επιβεβαιώνουν αυτό το φαινόμενο. Επειδή το τυπικό σύστημα αξιολόγησης, που επικρατούσε στις δημόσιες υπηρεσίες στη Γερμανία, καθιστούσε επιλέξιμο ένα μεγάλο αριθμό υπαλλήλων με ίδια λίγο πολύ προσόντα, άρχισαν να χρησιμοποιούνται άτυπα κριτήρια επιλογής, όπως ο χρόνος υπηρεσίας ή η ηλικία, τα οποία, αν και εφαρμόζονταν εξίσου σε άνδρες και γυναίκες, οδηγούσαν στην πραγματικότητα στον αποκλεισμό ενός μεγαλύτερου αριθμού γυναικών παρά ανδρών. Το ΔΕΚ/ΔΕΕ συνειδητοποίησε τις δυσμενείς επιπτώσεις αυτής της πρακτικής. Υπογράμμισε έτσι στην υπόθεση Marschall ότι το γεγονός ότι μια γυναίκα και ένας άνδρας έχουν τα ίδια προσόντα για την κατάληψη μιας θέσης εργασίας δεν σημαίνει ότι έχουν τις ίδιες ευκαιρίες να επιλεγούν¹¹⁴. Η ανάγκη να αρθούν τα κρυφά αυτά εμπόδια ανάγκασε το κρατίδιο της Βρέμης να καθιερώσει μια πολιτική προσλήψεων και προαγωγών που έδινε προτεραιότητα στις γυναίκες υποψηφίους, σε περίπτωση που είχαν τα ίδια προσόντα με τους άνδρες συνυποψηφίους τους.

¹¹¹ Βλ. στην απόφαση, *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978)25, όπου ο δικαστής Powell αρνήθηκε να εγκρίνει τις πολιτικές εκείνες που βασίζονται συνειδητά στο στοιχείο της φυλετικής καταγωγής, προκειμένου να θεραπεύσουν τις λεγόμενες «κοινωνικές διακρίσεις», δηλαδή τις διακρίσεις εκείνες που γεννιούνται όχι από πρόθεση, αλλά από τις δομές της κοινωνίας. Την ίδια άποψη υιοθέτησε και ο δικαστής Kennedy στην *Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

¹¹² Βλ. S. Fredman, *Discrimination Law*, ό.π., 2011, σ. 260.

¹¹³ Βλ. Υπόθεση Kalanke, ό.π., υποσ. 49, Υπόθεση Marschall, ό.π., υποσ. 49.

¹¹⁴ Βλ. Υπόθεση Marschall, ό.π., υποσ. 49, σκέψη 30.

Ωστόσο, μολονότι τα προτιμησιακά αυτά μέτρα μπορεί να αλλάξουν την έμφυλη ή τη φυλετική σύνθεση ορισμένων υψηλά αμειβόμενων θέσεων εργασίας, δεν είναι παρόλα αυτά σε θέση να άρουν τους θεσμικούς και τους δομικούς παράγοντες που γεννούν τις έμφυλες και τις φυλετικές διακρίσεις. Για να επέλθει μια θεμελιώδης αλλαγή στον τομέα αυτό, είναι απαραίτητο να αλλάξει ο καταμερισμός εργασίας στο σπίτι, όπως επίσης και η αλληλεπίδραση ανάμεσα στην οικογενειακή εργασία, την αμειβόμενη εργασία και την εργασία κατά το στάδιο της εκπαίδευσης¹¹⁵.

β) Ισότιμη εκπροσώπηση στους μηχανισμούς λήψης αποφάσεων

Ένα άλλο επιχείρημα, που προβάλλεται συχνά, για να δικαιολογηθεί η υιοθέτηση θετικών μέτρων, είναι ο ισχυρισμός ότι η παρουσία γυναικών ή μειονοτικών ομάδων σε υψηλά ιστάμενες θέσεις μπορεί να αλλάξει τις δομές της κοινωνίας. Σύμφωνα με το επιχείρημα αυτό, όταν γυναίκες ή μέλη μειονοτικών ομάδων βρίσκονται σε ανώτερες θέσεις, μπορούν να εκπροσωπήσουν καλύτερα τις ανάγκες και τα συμφέροντα της ομάδας από την οποία προέρχονται και να συμβάλλουν έτσι στην υιοθέτηση μέτρων που να διευκολύνουν την πρόσβαση των μελών αυτής της ομάδας στην αγορά εργασίας ή σε άλλους τομείς της πολιτικής, οικονομικής και κοινωνικής ζωής¹¹⁶.

Η εκπροσώπηση επομένως των γυναικών και των μειονοτικών ομάδων στους μηχανισμούς λήψης αποφάσεων είναι απαραίτητη προκειμένου να εξασφαλιστεί η ομαλή λειτουργία των μηχανισμών αυτών. Όταν, για παράδειγμα, διευθυντικά στελέχη επιχειρήσεων, δημόσιοι λειτουργοί, δικαστές και ανώτατοι διοικητικοί υπάλληλοι είναι γυναίκες ή μέλη μειονοτικών ομάδων, είναι πολύ πιθανό οι αποφάσεις τους να ανταποκρίνονται στα συμφέροντα, στις προσδοκίες και στις ανάγκες της ομάδας στην οποία ανήκουν. Ωστόσο, δεν είναι λίγοι εκείνοι που αμφισβήτησαν το επιχείρημα αυτό. Υποστήριξαν δηλαδή ότι στο πλαίσιο της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας μεγαλύτερη σημασία έχει το τι αντιπροσωπεύεται, δηλαδή οι πολιτικές και οι ιδέες που αντιπροσωπεύονται παρά το ποιος προβαίνει στην αντιπροσώπευσή τους¹¹⁷. Μια σημαντική μερίδα της φεμινιστικής θεωρίας εξάλλου υποστήριξε ότι το συλλογικό υποκείμενο

¹¹⁵ Βλ. S. Fredman, *ό.π.*, υποσ. 49, σ. 263. Με αυτό το πνεύμα εξάλλου εκφράστηκε και ο Γενικός Εισαγγελέας Tesauro, στις προτάσεις του στην Υπόθεση Kalanke, *ό.π.*, υποσ. 49, όπου υπογράμμισε, μεταξύ άλλων, ότι «η τυπική, αριθμητική, ισότητα είναι ένας στόχος που μπορεί μεν να εφησυχάζει ορισμένες συνειδήσεις, πλην όμως μένει απατηλός και κενός περιεχομένου αν δεν συνοδεύεται από μέτρα που έχουν πραγματικά σχεδιαστεί για την υλοποίηση της ισότητας, μέτρα τα οποία εν προκειμένω δεν έχουν θεσπιστεί ή, εν πάση περιπτώσει, δεν έχει προβληθεί η σημασία τους. Τελικά, αυτό που είναι αναγκαίο είναι, προ παντός, η εκ βάθρων μεταβολή του οικονομικού, κοινωνικού και μορφωτικού μοντέλου που αποτελεί την πηγή της ανισότητας, μεταβολή που ασφαλώς δεν πραγματοποιείται με αριθμούς ούτε με ξεπερασμένες πλέον με μάχες σε επίπεδο διαλεκτικής».

¹¹⁶ Βλ. I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, *ό.π.*, σ. 183-191, η οποία υποστήριξε από τους πρώτους την κατά ομάδες αντιπροσώπευση. Βλ. επίσης για τους λόγους που επιβάλλουν την κατά φύλο αντιπροσώπευση, B. Rodriguez-Ruiz, R. Rubio-Marin, «Constitutional Justification of Parity Democracy», *Alabama Law Review*, 2009, 1171 επ., R. Rubio-Martin, «A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and why it won't Fly in the United States», *American Journal of Comparative Law*, 2012, σ. 99 επ., Μ. Παντελίδου-Μαλούτα, Το φύλο της δημοκρατίας. Ιδιότητα του πολίτη και έμφυλα υποκείμενα, Σαβάλλας, σ. 33 επ.

¹¹⁷ Βλ. για τις αμφισβητήσεις αυτές, A. Philips, *Dealing with difference: A politics of ideas or a politics of presence?*, *Constellations* 1, 1. σ. 74-91, η οποία ασκεί κριτική στις απόψεις αυτές, καθώς και Μ. Παντελίδου-Μαλούτα, Το φύλο της δημοκρατίας, *ό.π.*, σ. 91-101.

«γυναίκα» δεν συνιστά μια ουσιαστικοποιημένη κατηγορία, αλλά ότι εκπροσωπεί άτομα με διαφορετικά οικονομικά και πολιτικά συμφέροντα, που φέρουν, πέρα από το φύλο, ποικίλα άλλα ταυτοτικά χαρακτηριστικά¹¹⁸. Το ίδιο ισχύει και για τις άλλες μειονεκτούσες ομάδες.

Έχει υποστηριχθεί πάντως στην Ευρώπη¹¹⁹ ότι η καθιέρωση της υποχρεωτικής εκλογικής ποσόστωσης υπέρ των γυναικών δεν επιδιώκει να εξασφαλίσει την εκπροσώπηση των γυναικείων συμφερόντων στις διαδικασίες λήψης πολιτικών αποφάσεων. Με το μέτρο αυτό οι γυναίκες δεν αντιπροσωπεύονται επειδή είναι γυναίκες, αλλά επειδή ένα μεγάλο ποσοστό πολιτών είναι γυναίκες και θα πρέπει για λόγους ισότητας και δικαιοσύνης να αντιπροσωπεύονται στο Κοινοβούλιο. Στόχος επομένως αυτού του μέτρου είναι να διασφαλίσει την αντιπροσωπευτικότητα των αιρετών οργάνων καθώς και να δώσει στους ψηφοφόρους τη δυνατότητα να αντιπροσωπεύονται από εκπροσώπους και των δύο φύλων, χωρίς όμως να επιβάλλεται ένα συγκεκριμένο εκλογικό αποτέλεσμα¹²⁰. Η υποχρεωτική εκλογική ποσόστωση υπέρ των γυναικών θεωρήθηκε για το λόγο αυτό ότι συνιστά ένα δικαιολογημένο περιορισμό του δικαιώματος του εκλέγεσθαι, ο οποίος μοιάζει με τον αντίστοιχο περιορισμό που εισάγει η διαίρεση της χώρας σε εκλογικές περιφέρειες, γιατί εξασφαλίζει, όπως και εκείνος, τόσο την εκπροσώπηση ιδιαίτερων συμφερόντων, όσο και την αντιπροσωπευτικότητα του πολιτικού συστήματος¹²¹. Εξάλλου, όπως στην περίπτωση της τοπικής αντιπροσωπευτικότητας, έτσι και στην περίπτωση της έμφυλης ή της φυλετικής αντιπροσωπευτικότητας, οι εκλεγμένοι αντιπρόσωποι δεν έχουν καμία δέσμευση να προάγουν τα συμφέροντα της ομάδας από την οποία προέρχονται ούτε υπάρχει ένας μηχανισμός που να τους επιβάλλει να λογοδοτούν για τις αποφάσεις και τις επιλογές τους¹²².

γ) Η διάχυση της διαφορετικότητας

Ένας τρίτος στόχος, τέλος, που μπορεί να δικαιολογήσει την υιοθέτηση θετικών μέτρων, είναι η προώθηση της διαφορετικότητας στην εκπαίδευση και στο χώρο εργασίας¹²³. Στις ΗΠΑ, η διάχυση της διαφορετικότητας αποτελεί, όπως διαπιστώθηκε παραπάνω, έναν από τα δύο στόχους που πρέπει να

¹¹⁸ Βλ., μεταξύ άλλων, γι' αυτό το ευρύτατα συζητημένο από τη φεμινιστική θεωρία ζήτημα, Valery Bryson, Φεμινιστική Πολιτική Θεωρία, Μετ. Ελ. Πανάγου, Μεταίχμιο, 2004, σ. 347 επ., Παντελίδου-Μαλούτα, Το φύλο της δημοκρατίας, ό.π. σ. 205, Α. Παπαδοπούλου, Γυναικεία συμμετοχή και δημοκρατία, ό.π. σ. 1243 επ., Ch. Deliyanni-Dimitrakou, «Egalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit comparé», Revue internationale de droit comparé, 2013, σ. 681 επ., της ίδιας, Πολλαπλές διακρίσεις: συγκριτική προσέγγιση, ΕΕΔ, 2012, σ. 961 επ.

¹¹⁹ Βλ. Α. Philips, «Democracy and representation: Or, why should it matter who our representatives are?», σε της ίδιας, Feminism and Politics, Oxford University Press, 1998, σ. 224-241, Παντελίδου-Μαλούτα, Το φύλο της δημοκρατίας, ό.π. 91-92, 143-190, Α. Παπαδοπούλου, «Γυναικεία συμμετοχή και δημοκρατία», ό.π., σ. 1243 επ.

¹²⁰ Βλ. Α. Philips, «Democracy and representation: Or, why should it matter who our representatives are?», σε της ίδιας, Feminism and Politics, Oxford University Press, 1998, σ. 224-241.

¹²¹ Βλ. Α. Παπαδοπούλου, «Γυναικεία συμμετοχή και δημοκρατία», ό.π., σ. 1243 επ.

¹²² Βλ. Α. Παπαδοπούλου, «Γυναικεία συμμετοχή και δημοκρατία», ό.π., σ. 1243 επ.

¹²³ Βλ. S. Fredman, Discrimination Law, ό.π., σ. 266-269.

εξυπηρετούν τα θετικά μέτρα, προκειμένου να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις του αυστηρού ελέγχου συνταγματικότητας¹²⁴. Όπως υπογράμμισε η δικαστής Ο Connor στην απόφαση Grutter, η διαφορετικότητα στο χώρο του Πανεπιστημίου προάγει τη διαφυλετική επικοινωνία, συμβάλλει στην άρση των στερεοτύπων και επιτρέπει στους φοιτητές να κατανοήσουν καλύτερα τα άτομα που έχουν διαφορετική από τη δική τους φυλετική, εθνοτική και πολιτισμική ταυτότητα και να προετοιμαστούν επαγγελματικά, προκειμένου να αντιμετωπίσουν την πολυμορφία στην εργασία και την κοινωνία¹²⁵.

Ωστόσο, η υλοποίηση αυτού του στόχου δεν μεταβάλλει μόνο τις αντιλήψεις των προσώπων που ανήκουν στην κυρίαρχη ομάδα. Επηρεάζει επιπλέον θετικά και τις ωφελούμενες από το θετικό μέτρο μειονοτικές ομάδες, γιατί διαλύει τις στερεοτυπικές αντιλήψεις για το ρόλο τους στην κοινωνία και επιτρέπει στα μέλη τους να εκφράσουν με μεγαλύτερη αυτοπεποίθηση τη διαφορετικότητά τους¹²⁶. Το ΑΟΔ ωστόσο δεν φαίνεται να αναγνωρίζει τη δεύτερη αυτή λειτουργία της διαφορετικότητας¹²⁷. Αντίθετα, το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά την έχει αναγνωρίσει. Στην απόφαση Action Travail de Femmes v. Canadian National Railway¹²⁸, για παράδειγμα, ενέκρινε ένα πρόγραμμα θετικής δράσης που είχε επιβάλλει στην Καναδική Εταιρία Εθνικών Σιδηροδρόμων το Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του Καναδά και το οποίο υποχρέωνε την τελευταία να προσλαμβάνει μία γυναίκα σε κάθε τέσσερις νέες προσλήψεις, μέχρις ότου η εκπροσώπηση των γυναικών σε χειρωνακτικές θέσεις εργασίας φθάσει το ποσοστό του 13%. Όπως υπογράμμισε στην εν λόγω απόφαση το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά, το επίμαχο πρόγραμμα είχε ως σκοπό να αποτρέψει τις καταστάσεις εκείνες που θα έφερναν τις μελλοντικές υποψήφιες μπροστά στα εμπόδια και τις δυσμενείς καταστάσεις που είχαν αντιμετωπίσει οι προγενέστερες προς αυτές γυναίκες, οι οποίες απασχολούντο από την παραπάνω εταιρία.

2. Ο δικαστικός έλεγχος των θετικών μέτρων

Το γεγονός όμως ότι ένα θετικό μέτρο επιδιώκει ένα θεμιτό σκοπό δεν αρκεί για να εξασφαλίσει το κύρος του. Όπως διαπιστώσαμε στη μελέτη αυτή, για να θεωρηθεί έγκυρο ένα θετικό μέτρο, θα πρέπει να πληροί τις απαιτήσεις που απορρέουν από την αρχή της αναλογικότητας. Να είναι, με άλλα λόγια, κατάλληλο και αναγκαίο και να υπάρχει εύλογη σχέση ανάμεσα στο περιεχόμενο του και τον επιδιωκόμενο από αυτό σκοπό. Επειδή στις υπό σύγκριση έννομες τάξεις ισχύει ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, τα δικαστήρια εξετάζουν αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές, όταν διερευνούν τη

¹²⁴ Βλ. S. Fredman, *Discrimination Law*, ό.π., σ. 266-269, Γ. Γεραπετρίτη, *Ισότητα και θετικά μέτρα*, ό.π., σ. 92-101.

¹²⁵ Βλ. Grutter v. Bollinger (2003) (02-241) 539 U.S. 306 (200.3) 288 F.3d 732.

¹²⁶ Βλ. S. Fredman, *Discrimination Law*, ό.π., σ. 266-269.

¹²⁷ Βλ. για παράδειγμα, την Υπόθεση Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986), ό.π. υποσ. 24 όπου το ΑΟΔ απέρριψε τον ισχυρισμό του εναγόμενου Σχολικού Συμβουλίου, το οποίο είχε υποστηρίξει ότι η απόφασή του να εμποδίσει, μέσω του μηχανισμού της affirmative action, τις απολύσεις των νεοπροσληφθέντων καθηγητών που ανήκαν σε μειονοτικές ομάδες, είχε ως δικαιολογητική βάση τη γενικότερη υποχρέωση του κράτους να περιορίζει τις φυλετικές διακρίσεις μέσω της προώθησης μειονοτικών πολιτισμικών προτύπων στα σχολεία.

¹²⁸ Βλ. Action Travail de Femmes v. Canadian National Railway Co [1987] 1 SCR 1114, <http://www.larryhubich.ca/LabourLaw2011/Cases/CNR%20v%20Canada%20Human%20Rights.html>.

συνταγματικότητα των νομοθετικών, διοικητικών ή άλλης φύσεως πράξεων, με τις οποίες καθιερώνονται τα θετικά μέτρα. Η ένταση όμως και η ποιότητα αυτού του ελέγχου διαφέρει ανάλογα με τις αντιλήψεις που έχουν υιοθετήσει τα εν λόγω δικαστήρια σχετικά με την αρχή της ισότητας και το ρόλο που μπορούν να παίξουν τα θετικά μέτρα στην υλοποίησή της.

Στις ΗΠΑ, για παράδειγμα, όπου η τυπική ισότητα έχει το προβάδισμα, για να εγκριθεί, από τα δικαστήρια, ένα θετικό μέτρο, που βασίζεται στο κριτήριο της φυλετικής καταγωγής, θα πρέπει αφενός να υπάρχει επιτακτική κοινωνική ανάγκη που να επιβάλλει την υιοθέτησή του. Και, αφετέρου, να αποδειχθεί ότι αυτό είναι αυστηρά σχεδιασμένο για την εξυπηρέτηση της ανάγκης αυτής. Ωστόσο, ο αυστηρός δικαστικός έλεγχος των θετικών μέτρων δεν οδηγεί πάντοτε στην απόρριψή τους. Όπως διαπιστώθηκε παραπάνω, ένα θετικό μέτρο μπορεί να επιβιώσει του αυστηρού δικαστικού ελέγχου στις ΗΠΑ, αν είναι ευέλικτο. Αν δεν εισάγει δηλαδή αυστηρές ποσοτώσεις, αλλά παρέχει σε κάθε υποψήφιο τη δυνατότητα να κριθεί ως άτομο και όχι ως μέλος μιας ομάδας¹²⁹. Μια παρόμοια λύση έχει υιοθετήσει και το ΔΕΚ/ΔΕΕ¹³⁰, με τη διαφορά όμως ότι την εφαρμόζει μόνο στα θετικά εκείνα μέτρα που έχουν ως σκοπό να μοιράσουν συγκεκριμένες θέσεις εργασίας και όχι στα θετικά εκείνα μέτρα που επιδιώκουν να παράσχουν ίσες ευκαιρίες πρόσβασης στην αγορά εργασίας¹³¹. Ανεξάρτητα πάντως από τις παραπάνω διαφορές, δικαιολογητική βάση της περιοριστικής στάσης του ΑΟΔ και του ΔΕΚ/ΔΕΕ απέναντι στα θετικά μέτρα είναι η κοινή αντίληψή τους ότι αυτά συνιστούν μια εξαίρεση από την αρχή της ισότητας, η οποία θα πρέπει να ερμηνεύεται στενά.

Στις έννομες τάξεις, αντίθετα, που αντιλαμβάνονται τα θετικά μέτρα ως μέσο υλοποίησης της αρχής της ισότητας, η υποβολή τους σε δικαστικό έλεγχο φαίνεται εκ πρώτης όψεως αδιανόητη. Στην πράξη όμως τα πράγματα είναι διαφορετικά. Όπως διαπιστώθηκε παραπάνω, τα θετικά μέτρα υπόκεινται και στις εν λόγω έννομες τάξεις σε δικαστικό έλεγχο. Η αυστηρότητα όμως και οι στόχοι αυτού του ελέγχου διαφέρουν από εκείνους του αντίστοιχου ελέγχου που ασκούν στα θετικά μέτρα το ΑΟΔ και το ΔΕΚ/ΔΕΕ. Το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά, για παράδειγμα, ελέγχει αν τα θετικά μέτρα έχουν τον προβλεπόμενο από το άρθρο 15 παρ. 2 του Καναδικού Χάρτη Δικαιωμάτων και Ελευθεριών βελτιωτικό σκοπό¹³². Όπως υπογράμμισε στην υπόθεση R v. Kapp, ο παραπάνω έλεγχος πρέπει να εστιάζει μόνο στη διαπίστωση της ύπαρξης βελτιωτικού σκοπού. Το ζήτημα αντίθετα αν το υπό εξέταση θετικό μέτρο μπορεί να υλοποιήσει πράγματι αυτόν το σκοπό εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου¹³³. Επειδή πάντως υπάρχει φόβος η διοίκηση να ονομάσει ένα πρόγραμμα θετικής δράσης «βελτιωτικό» ενώ στην πραγματικότητα αυτό να μην έχει ένα τέτοιο αποτέλεσμα, είναι απαραίτητο να υπάρχει μια σχέση ανάμεσα στο επίμαχο μέτρο και τον επιδιωκόμενο από αυτό βελτιωτικό σκοπό. Σύμφωνα πάντως με το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά αν εξετάσει κανείς τους σκοπούς των προγραμμάτων

¹²⁹ Βλ. την άποψη της πλειοψηφίας στην απόφαση Grutter v. Bollinger (2003) (02-241) 539.U.S. 306 (2003) 288 F.3d 732, έτσι όπως εκφράστηκε από τη δικαστή Ο' Connor.

¹³⁰ Βλ. αποφάσεις Marschall και Badeck, ό.π., υποσ. 49.

¹³¹ Βλ. παραπ. II 2, β, γ.

¹³² Το άρθρο 15 παρ. 2 Καναδικού Χάρτη Δικαιωμάτων και Ελευθεριών προβλέπει συγκεκριμένα ότι τα θετικά μέτρα είναι συμβατά με την αρχή της μη διάκρισης που προβλέπει η παρ. 1 του ίδιου άρθρου μόνον όταν έχουν ως σκοπό να βελτιώσουν τη θέση μη ευνοημένων ομάδων ή ατόμων.

¹³³ Βλ. R. v. Kapp, [2008] 2. S.C.R. 483 L. σκέψεις 47-48.

θετικής δράσης μπορεί να εκτιμήσει τα αποτελέσματά τους. Ο δικαστικός έλεγχος των εν λόγω προγραμμάτων θα πρέπει για το λόγο αυτό να εξετάζει αν τα κρατικά όργανα μπορούσαν να προβλέψουν ότι τα μέσα που χρησιμοποίησαν για την υλοποίηση του επιδιωκόμενου βελτιωτικού σκοπού ήταν πράγματι σε θέση να τον επιτύχουν¹³⁴

Τα δικαστήρια, εξάλλου, που θεωρούν τα θετικά μέτρα ως εξαίρεση από την αρχή της ισότητας, απαιτούν, για να προβούν στην έγκρισή τους, να μην υπήρχαν άλλα λιγότερα επαχθή μέτρα, τα οποία θα μπορούσαν να υιοθετηθούν στη θέση τους¹³⁵. Αντίθετα, τα δικαστήρια που θεωρούν τα θετικά μέτρα ως μέσο υλοποίησης της ουσιαστικής ισότητας δεν απαιτούν να αποδειχτεί κάτι τέτοιο. Όλα τέλος τα υπό σύγκριση δικαστήρια απαιτούν τη μεταβατικότητα των θετικών μέτρων. Θέτουν, με άλλα λόγια, ως προϋπόθεση για την έγκρισή τους, να έχουν ένα μεταβατικό χαρακτήρα. Το αίτημα της προσκαιρότητας απορρέει από τον αποκαταστατικό χαρακτήρα των θετικών μέτρων, ο οποίος επιβάλλει η εφαρμογή τους να μην εκτείνεται πέρα από το χρονικό σημείο στο οποίο εξαντλείται η αποζημιωτική λογική τους και το οποίο συμπίπτει συνήθως χρονικά με την υλοποίηση της πραγματικής ισότητας¹³⁶. Σε ορισμένες περιπτώσεις μάλιστα η προσωρινότητα των θετικών μέτρων προβλέπεται από τον ίδιο το νομοθετικό κανόνα που επιτρέπει την υιοθέτησή τους. Χαρακτηριστικό παράδειγμα μιας τέτοιας ρύθμισης είναι το άρθρο 4 παρ. 1 της Διεθνούς Συμβάσεως του ΟΗΕ για την Εξάλειψη Όλων των Μορφών Διάκρισης σε Βάρος των Γυναικών, το οποίο προβλέπει τη δυνατότητα των κρατών να υιοθετούν ειδικά μέτρα που αποσκοπούν στην εγκαθίδρυση της πραγματικής ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών, υπό την προϋπόθεση όμως ότι θα είναι «πρόσκαιρα» και ότι «θα πρέπει να καταργηθούν μόλις επιτευχθούν οι αντικειμενικοί σκοποί στο θέμα της ισότητας ευκαιριών και μεταχειρίσεως».

3. Ο προσδιορισμός των ωφελούμενων από τα θετικά μέτρα ομάδων και ατόμων

Ένα άλλο σοβαρό ζήτημα, που έχει απασχολήσει τη θεωρία καθώς και τα δικαστήρια σε ορισμένες από τις υπό σύγκριση έννομες τάξεις, είναι τα κριτήρια με βάση τα οποία θα πρέπει να προσδιορίζονται τα ωφελούμενα από τα θετικά μέτρα πρόσωπα και οι ομάδες τους. Έχει υποστηριχθεί συγκεκριμένα, από τη θεωρία¹³⁷, ότι επειδή τα θετικά μέτρα επιτελούν μια διττή λειτουργία. Λειτουργούν δηλαδή τόσο ως μέσο αναγνώρισης, όσο και ως μηχανισμός αναδιανομής, οι προστατευόμενες από αυτά ομάδες θα πρέπει να φέρουν δύο χαρακτηριστικά : να βρίσκονται, από τη μια μεριά, σε δεινή κοινωνικοοικονομική θέση. Και να έχουν υποστεί, από την άλλη μεριά, βλάβη εξαιτίας της παραγνώρισης και της περιφρόνησης των ταυτοτικών χαρακτηριστικών τους. Οι ομάδες, αντίθετα, που συγκεντρώνουν ένα μόνο από τα δύο αυτά χαρακτηριστικά, δεν μπορούν να προστατευτούν μέσω του μηχανισμού των

¹³⁴ Βλ. R. v. Karp, [2008] 2. S.C.R. 483 L. σκέψη 48.

¹³⁵ Βλ. Wygant v. Jackson Board of Education, 476 US 267, 280 υποσ. 6 (1986), Grutter v. Bollinger, 539 US 306, 340 (2003). Βλ. επίσης για το σχολιασμό των δύο αυτών αποφάσεων στο ζήτημα αυτό Γ. Γεραπετρίτη, ό.π., σ. 281-283.

¹³⁶ Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, ό.π., σ. 291-292.

¹³⁷ Βλ. N. Fraser, «From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age», ό.π., σ. 68 επ., της ίδιας, «Rethinking Recognition», New Left Rev., 2000, σ. 107, J. M. Hevia, J. Colon-Rios, «Contemporary Theories of Equality: A Critical Review», 74 Revista Juridica Universidad de Puerto Rico, 2005, σ. 131 επ.

θετικών μέτρων. Τα μειονεκτήματά τους θα πρέπει επίσης να αντιμετωπιστούν με άλλους τρόπους. Να αποτελέσουν αντικείμενο είτε της προστατευτικής κοινωνικής νομοθεσίας είτε των πολιτικών αναγνώρισης, ανάλογα αν η φύση και ο χαρακτήρας τους είναι κοινωνικοοικονομικός ή πολιτισμικός.

Στον Καναδά και τη Νότιο Αφρική τα δικαστήρια έχουν υιοθετήσει λίγο πολύ αυτές τις θέσεις. Στην υπόθεση Kapp¹³⁸, για παράδειγμα, το ερώτημα που τέθηκε ενώπιον του Ανώτατου Δικαστηρίου του Καναδά ήταν αν οι τρεις ομάδες Ινδιάνων στις οποίες είχε χορηγηθεί τριήμερη αποκλειστική άδεια ψαρέματος συνιστούσαν μειονεκτούσες ομάδες κατά την έννοια του άρθρου 15 παρ. 2 του καναδικού Συντάγματος. Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, η τελευταία αυτή διάταξη επιτρέπει την υιοθέτηση θετικών μέτρων προκειμένου να βελτιωθεί η θέση των μειονεκτούντων ατόμων και των ομάδων τους, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που έχουν υποστεί μειονεκτήματα εξαιτίας της φυλής, της εθνικής και εθνοτικής καταγωγής, του χρώματος, της θρησκείας, του φύλου, της ηλικίας, της φυσικής ή πνευματικής αναπηρίας ή εξαιτίας κάποιου άλλου ανάλογου λόγου. Ερμηνεύοντας στη συγκεκριμένη υπόθεση αυτή τη διάταξη, το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά υπογράμμισε ότι ο όρος «μειονεκτούσες ομάδες» υποδηλώνει τις ευάλωτες εκείνες ομάδες που έχουν γίνει αντικείμενο προκαταλήψεων και αρνητικών χαρακτηρισμών¹³⁹. Διέκρινε έτσι με σαφήνεια τα προγράμματα θετικής δράσης που επιδιώκουν να βελτιώσουν τη θέση συγκεκριμένων αναγνωρίσιμων ταυτοτικών ομάδων οι οποίες προστατεύονται δυνάμει του άρθρου 15 παρ. 2 του Καναδικού Συντάγματος, από τη μια μεριά και την ευρύτερη κοινωνική νομοθεσία, από την άλλη μεριά που προστατεύει τις οικονομικά αδύναμες ομάδες. Καλούμενο έτσι να απαντήσει στο ερώτημα αν το επίμαχο θετικό μέτρο στόχευε να προστατεύσει ομάδες που βρίσκονταν σε μειονεκτική θέση εξαιτίας της φυλετικής τους καταγωγής, το εν λόγω Δικαστήριο απάντησε καταφατικά, επικαλούμενο δύο στοιχεία. Πρώτο, τις χρόνιες προκαταλήψεις και την παραδοσιακή στερεοτυπική συμπεριφορά που είχαν υποστεί οι συγκεκριμένες ομάδες αυτοχθόνων στους κόλπους της καναδικής κοινωνίας και, δεύτερο, τη μειονεκτική από κοινωνικοοικονομικής απόψεως θέση τους. Το γεγονός δηλαδή ότι τα εισοδήματά τους και το επίπεδο εκπαίδευσής τους ήταν χαμηλά¹⁴⁰. Το Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά δεν απάντησε πάντως στο ερώτημα αν η συνδρομή των δύο αυτών στοιχείων θα έπρεπε να συντρέχει και στο πρόσωπο των συγκεκριμένων ατόμων τα οποία επρόκειτο να ωφεληθούν από το επίμαχο θετικό μέτρο. Όπως υπογράμμισε, στην παραπάνω απόφαση το γεγονός ότι ορισμένα από τα μέλη της ωφελούμενης ομάδας δεν βρίσκονταν σε μειονεκτική θέση δεν μπορούσε να οδηγήσει στον αποκλεισμό της τελευταίας, από την προστατευτική εμβέλεια του επίμαχου θετικού μέτρου¹⁴¹.

Αντίθετα, σε μια χώρα με μακρά παράδοση στα θετικά μέτρα, όπως οι Ινδίες τα δικαστήρια αποφάσισαν διαφορετικά. Μολονότι το Σύνταγμα των Ινδιών¹⁴² προβλέπει την υιοθέτηση θετικών μέτρων προκειμένου να βελτιωθεί η θέση τόσο των προδιαγεγραμμένων καστών και φυλών¹⁴³ όσο και των

¹³⁸ Βλ. παραπ. υποσ. 94.

¹³⁹ Βλ. R. v. Kapp, [2008] 2. S.C.R. 483, σκέψη. 55.

¹⁴⁰ Βλ. R. v. Kapp, [2008] 2. S.C.R. 483, σκέψη. 59.

¹⁴¹ Βλ. R. v. Kapp, [2008] 2. S.C.R. 483, σκέψη. 59.

¹⁴² Βλ. Σύνταγμα των Ινδιών <http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf>

¹⁴³ Βλ. άρθρ. 15(4) Συντάγματος των Ινδιών, ό.π..

καθυστερημένων κοινωνικά και μορφωτικά τάξεων¹⁴⁴, τέθηκε τα τελευταία χρόνια το ερώτημα αν θα μπορούσαν να επωφεληθούν από αυτά τα μέτρα και τα μέλη των προστατευόμενων ομάδων που είχαν βελτιώσει τη θέση τους. που ανήκαν, με άλλα λόγια, στην «αφρόκρεμα» (creamy layer) της ινδικής κοινωνίας¹⁴⁵. Το Ανώτατο Δικαστήριο των Ινδιών απάντησε αρνητικά στο παραπάνω ερώτημα. Υποστήριξε συγκεκριμένα ότι η «αφρόκρεμα» της ινδικής κοινωνίας θα πρέπει να αποκλείεται από το προστατευτικό πεδίο των θετικών μέτρων¹⁴⁶.

Στις ΗΠΑ αντίθετα τα δικαστήρια και η θεωρία απέρριψαν τη λύση αυτή όταν κλήθηκαν να κρίνουν προγράμματα θετικής δράσης που είχαν ως σκοπό να προωθήσουν τη διάχυση της διαφορετικότητας στον τομέα της εκπαίδευσης¹⁴⁷. Αντίθετα, ο ομοσπονδιακός νομοθέτης υιοθέτησε αυτή τη λύση όταν ρύθμισε τις προϋποθέσεις που επιτρέπουν την πρόσβαση των επιχειρήσεων στα προγράμματα θετικής δράσης που αφορούν στην ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Σύμφωνα με την σχετική με το ζήτημα αυτό ομοσπονδιακή νομοθεσία¹⁴⁸, για να συμμετάσχει μια επιχείρηση σ' ένα τέτοιο πρόγραμμα, θα πρέπει να ανήκει κατά ποσοστό 51% σε μειονεκτούντα κοινωνικά και οικονομικά άτομα. Κοινωνικά μειονεκτούντες ορίζονται, από την εν λόγω νομοθεσία, τα άτομα που έχουν υποστεί προκαταλήψεις και στερεοτυπική συμπεριφορά εξαιτίας της ταυτότητάς τους ενώ οικονομικά μειονεκτούντες χαρακτηρίζονται εκείνοι που έχουν περιορισμένη ικανότητα να ανταγωνίζονται τους άλλους σε καθεστώς τα ελεύθερης αγοράς.

Σε επίπεδο ΕΕ, τέλος, ο σχετικός προβληματισμός δεν έχει απασχολήσει μέχρι στιγμής το ΔΕΚ/ΔΕΕ. Έχει υποστηριχθεί ωστόσο η άποψη ότι η ρήτρα διαφυγής, που το εν λόγω Δικαστήριο απαιτεί να εμπεριέχουν τα θετικά μέτρα άμεσου αποτελέσματος προκειμένου να θεωρηθούν συμβατά με το ενωσιακό δίκαιο, επιτρέπει να αντιμετωπιστούν με δικαιότερο τρόπο οι βιοτικές εκείνες καταστάσεις που ανακύπτουν όταν τα προστατευόμενα από παραπάνω μέτρα πρόσωπα βρίσκονται σε καλύτερη οικονομική κατάσταση από κείνη στην οποία βρίσκονται τα πρόσωπα που αποκλείονται από αυτά¹⁴⁹.

IV Τελικό συμπέρασμα

Στη συγκριτική αυτή μελέτη προσπαθήσαμε να παρουσιάσουμε με ελλειπτικό ίσως τρόπο τη σημαντική ακτινοβολία που γνωρίζει ο θεσμός των

¹⁴⁴ Βλ. άρθρο 16 (4) Συντάγματος των Ινδιών, ό.π.

¹⁴⁵ Βλ. για τη συζήτηση αυτή Κ. Nagaraja, «Compensatory Discrimination in India Sixty Years After Independence: A Vehicle of Progress or a Tool of Partisan Politics», Washington and Lee *Journal of Civil Rights and Social Justice*, vol. 15, 2009, σ. 483 επ., Clark D. Cunningham, «Affirmative Action: India's. Example», 4 *Civil Rights Journal* 22, 1999, S. Freedman, «Comparative study of antidiscrimination and equality laws of the US, Canada and South Africa and India», European Commission Directorate General for Justice, 2012, σ. 67.

¹⁴⁶ Βλ. *Indra Sawhney v. Union of India*, AIR, 1993 SC 447 (724), *Ashoka Kumar Thakur v. Union of India*, Writ petition (civil) 265 og 2006 (Date of Judgment 10/04/2008), par. 149.

¹⁴⁷ Βλ. *Grutter v. Bollinger*, 288 F 3d (6th Cir. 2002) (Boggs J. dissenting), J. L. Morgan-Foster, «From Hutchins Hall to Huderabad and Beyond: A comparative Look at Affirmative Action in three Jurisdictions», ό.π., σ. 73 επ.

¹⁴⁸ Βλ. Small Business Act (SDA) 15 USC §§ 631 et seq, sec 8(a.).

¹⁴⁹) Βλ. J. L. Morgan-Foster, «From Hutchins Hall to Huderabad and Beyond: A comparative Look at Affirmative Action in three Jurisdictions», ό.π., σ. 73 επ. (98).

θετικών μέτρων στις σύγχρονες έννομες τάξεις. Η ακτινοβολία αυτή οφείλεται σε μεγάλο βαθμό στην ευελιξία που έχει προσδώσει στο θεσμό ο δικαστικός έλεγχος του ο οποίος βασίζεται στην αρχή της αναλογικότητας. Χάρη στον έλεγχο αυτό τα θετικά μέτρα μπόρεσαν να λειτουργήσουν σε εντελώς διαφορετικούς νομικούς πολιτισμούς και να γίνουν αποδεκτά άλλοτε ως εξαίρεση από την αρχή της ίσης μεταχείρισης και άλλοτε ως εργαλείο υλοποίησης της αρχής της ισότητας. Ανεξάρτητα πάντως από την εκδοχή που θα υιοθετήσει κανείς για τα μέτρα αυτά είναι απαραίτητο να αναγνωρίσει τα όρια της αποτελεσματικότητάς τους. Πράγματι, όπως διαπιστώθηκε στη μελέτη αυτή, τα θετικά μέτρα ακόμη και στην πιο προωθημένη εκδοχή τους που τα αντιλαμβάνεται ως εργαλείο υλοποίησης της αρχής της ισότητας, δεν είναι σε θέση να ανταποκριθούν από μόνα τους στις απαιτήσεις της φιλόδοξης αποστολής τους. Δεν μπορούν, με άλλα λόγια, να εξαλείψουν τις δομικές ανισότητες που κυριαρχούν στις σύγχρονες κοινωνίες. Αντίθετα, με τον εν λόγω θεσμό οι μειονεκτούσες ομάδες αναγκάζονται συνήθως να ευθυγραμμιστούν με τους κανόνες και τις πολιτισμικές αξίες της πλειονότητας γεγονός που καθιστά την ενσωμάτωσή τους πρόσκαιρη και ασταθή. Για να μπορέσουν επομένως να αποδώσουν πραγματικά τα θετικά μέτρα, θα πρέπει να συνδυαστούν με πολιτικές που δεν αναδιανέμουν απλώς θέσεις και προνόμια, αλλά έχουν ως σκοπό να μεταβάλλουν ριζικά τους θεσμούς και τις δομές των σύγχρονων κοινωνιών που διαιωνίζουν την περιθωριοποίηση και τον κοινωνικό αποκλεισμό.