ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ANTONIO SAGGIO

της 16ης Νοεμβρίου 1999 *

Το αντικείμενο της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως

1. Στην υπόθεση που θα εξετασθεί, το Överklagandenämnden för Högskolan (Σουηδία), η επιτροπή προσφυγών για τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα, ζητεί από το Δικαστήριο να αποφανθεί επί του αν συμβιβάζεται προς το κοινοτικό δίκαιο το εθνικό σύστημα που έχει ως σκοπό να ευνοήσει την πρόσληψη γυναικών στις ανώτατες σχολές και στα πανεπιστήμια. Το χαρακτηριστικό της εθνικής νομοθεσίας έγκειται στη δυνατότητα — και όχι στην υποχρέωση — της διοικήσεως να προσλαμβάνει τον υποψήφιο του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς, ακόμη και αν δεν προκύπτει ότι είναι ο καταλληλότερος υποψήφιος λαμβανομένων υπόψη των ουσιαστικών και τυπικών προσόντων του.

Η κοινοτική νομοθεσία

2. Υπενθυμίζω ότι η οδηγία 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας (στο εξής: οδηγία) [1], σκοπεί, κατά το άρθρο 1 αυτής, «στην εφαρμογή, εντός των κρατών μελών, της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, και την επαγγελματική εκπαίδευση, καθώς και τις συνθήκες εργασίας και (...) την κοινωνική ασφάλιση».

Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της ίδιας αυτής οδηγίας ορίζει ότι η αρχή αυτή «συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό, ιδίως, με την οικογενειακή κατάσταση».

Το άρθρο 2, παράγραφος 4, διευκρινίζει ότι η οδηγία δεν θίγει «τα μέτρα που αποσκοπούν στην προώθηση της ισότητος των ευκαιριών μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διά της άρσεως των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη και οι οποίες ανισότητες θίγουν τις ευκαιρίες των γυναικών στους τομείς που αναφέρονται στο άρθρο 1, παράγραφος 1».

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 70.

3. Μετά την υποβολή προς το Δικαστήριο της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, τέθηκε σε ισχύ η Συνθήκη του Άμστερνταμ, η οποία τροποποίησε τη Συνθήκη ΕΚ όσον αφορά — καθόσον έχει σημασία για την παρούσα ανάλυση — την υλοποίηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών. Ειδικότερα, τα άρθρα 2 και 3 της Συνθήκης ΕΚ προβλέπουν, όπως έχουν σήμερα, ότι «η Κοινότητα έχει ως αποστολή (...) να προάγει (...) ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών» και ότι «η Κοινότητα επιδιώκει να εξαλειφθούν οι ανισότητες και να προαχθεί η ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών». Εξάλλου, το άρθρο 6 Α, το οποίο επίσης προστέθηκε με τη νέα συνθήκη και κατέστη άρθρο 13 ΕΚ, ορίζει ότι «το Συμβούλιο, αποφασίζοντας ομόφωνα, μετά από πρόταση της Επιτροπής και διαβούλευση με το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, μπορεί να αναλάβει κατάλληλη δράση για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φύλου (...)».

4. Το άρθρο 119 της Συνθήκης ΕΚ (τα άρθρα 117 έως 120 της Συνθήκης ΕΚ αντικαταστάθηκαν από τα άρθρα 136 ΕΚ έως 143 ΕΚ), όπως έχει τροποποιηθεί, ορίζει ότι «κάθε κράτος μέλος εξασφαλίζει την εφαρμογή της αρχής της ισότητας της αμοιβής μεταξύ ανδρών και γυναικών για όμοια εργασία ή για εργασία της αυτής αξίας» (παράγραφος 1), ότι «το Συμβούλιο, αποφασίζοντας σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 251 [πρώην άρθρου 189 Β] και μετά από διαβούλευση με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, θεσπίζει μέτρα με τα οποία εξασφαλίζεται η εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης, συμπεριλαμβανομένης της αρχής της ισότητας αμοιβής για όμοια εργασία ή για εργασία της αυτής αξίας» (παράγραφος 3) και τέλος 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» (παράγραφος 4) [2]. Η *δήλωση σχετικά με το άρθρο 119, παράγραφος 4, της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας*, η οποία έχει επισυναφθεί στην τελική πράξη της Συνθήκης του Άμστερνταμ, ορίζει τα εξής: «Τα κράτη μέλη, όταν θεσπίζουν τα κατ' άρθρο 119, παράγραφος 4, της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας μέτρα, θα πρέπει να μεριμνούν κατά κύριο λόγο για τη βελτίωση της θέσης των γυναικών στην εργασία.»

5. Πριν ακόμη τροποποιηθεί η Συνθήκη, τα κοινοτικά όργανα είχαν θεσπίσει διάφορες πράξεις σχετικές με την ίση μεταχείριση μεταξύ ανδρών και γυναικών. Επισημαίνω την ιδιαίτερη σπουδαιότητα της συστάσεως 84/635/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 1984, σχετικά με την προώθηση θετικών δράσεων υπέρ των γυναικών [3], η οποία εκθέτει ότι «οι υφιστάμενες νομικές διατάξεις για την ίση μεταχείριση, που έχουν προβλεφθεί για την παροχή δικαιωμάτων στα άτομα, είναι ανεπαρκείς για την εξάλειψη όλων των ανισοτήτων που εκδηλώνονται στην πράξη, αν δεν αναληφθεί παράλληλη δράση από τις κυβερνήσεις, τους κοινωνικούς εταίρους και άλλους ενδιαφερόμενους φορείς, με σκοπό την εξουδετέρωση των επιζήμιων συνεπειών για τις γυναίκες που

2 — Το άρθρο 119, όπως ίσχυε πριν από τις τροποποιήσεις που εισήχθησαν με τη Συνθήκη του Άμστερνταμ, συνδόλως ανέφερε τις θετικές δράσεις υπέρ του λιγότερο εκπροσωπουμένου φύλου και θέσπιζε απλώς την απαγόρευση των διακρίσεων σε ζητήματα αμοιβών. Το άρθρο αυτό, στο πρώτο του εδάφιο, όριζε ότι «κάθε κράτος μέλος εξασφαλίζει κατά τη διάρκεια του πρώτου σταδίου και διατηρεί εν συνεχεία την εφαρμογή της αρχής της ισότητας των αμοιβών για όμοια εργασία μεταξύ εργαζομένων ανδρών και γυναικών».

3 — ΕΕ L 331, σ. 34.

εργάζονται, οι οποίες προκύπτουν από τη στάση, τη συμπεριφορά και τις δομές της κοινωνίας»· αναφερόμενη ρητώς στο άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας, η σύσταση αυτή καλεί τα κράτη μέλη να χαράξουν μια πολιτική θετικής δράσεως που θα αποβλέπει, μεταξύ άλλων, στην «ενθάρρυνση της υποβολής υποψηφιοτήτων, της πρόσληψης και της προώθησης των γυναικών στους τομείς, στα επαγγέλματα και στα επίπεδα όπου οι γυναίκες εκπροσωπούνται ελλιπώς, κυρίως στις υπεύθυνες θέσεις».

Η εθνική νομοθεσία

6. Σύμφωνα με το άρθρο 9 του κεφαλαίου 11 του Σουηδικού Συντάγματος, κατά την πρόσληψη σε δημόσια λειτουργήματα μπορούν να λαμβάνονται υπόψη μόνον αντικειμενικά κριτήρια αξιολογήσεως, όπως τα «προσόντα» και οι «ικανότητες» [4]. Ομοίως, ο νόμος περί της απασχολήσεως στον δημόσιο τομέα (1994:260) επιβάλλει την επιλογή των υποψηφίων βάσει της ικανότητάς τους, εκτός αν «ειδικοί λόγοι» δικαιολογούν τη χρησιμοποίηση άλλων κριτηρίων.

7. Ο σουηδικός νόμος περί ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών (1991:433) επιτρέπει τη λήψη μέτρων θετικής διακρίσεως. Το άρθρο 16, δεύτερο εδάφιο, σημείο 2, προβλέπει ειδικότερα ότι δεν υφίσταται δυσμενής διάκριση λόγω φύλου οσάκις «η απόφαση εντάσσεται στο πλαίσιο των προσπαθειών υπέρ της ισότητας μεταξύ ανδρών-γυναικών στον επαγγελματικό βίο».

8. Ο τομέας των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων, τον οποίο αφορά η υπό εξέταση αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, διέπεται από την κανονιστική απόφαση 1993:100 [5].

Το άρθρο 15 της αποφάσεως αυτής, όπως έχει από την 1η Ιανουαρίου 1999, ορίζει τα εξής:

«Λόγους για τον διορισμό σε θέση διδακτικού προσωπικού πρέπει να αποτελούν τα επιστημονικά, καλλιτεχνικά, παιδαγωγικά, διοικητικά ή άλλης φύσεως προσόντα που σχετίζονται με το γνωστικό αντικείμενο της θέσεως και την εν γένει φύση της. Πρέπει επίσης να λαμβάνεται υπόψη η ικανότητα του υποψηφίου να ενημερώνει επί της έρευνας και της εργασίας αναπτύξεως που πραγματοποιεί.

Κατά τον διορισμό πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη αντικειμενικοί λόγοι που συνάδουν προς τους γενικούς σκοπούς της πολιτικής της αγοράς εργασίας, της ισό-

4 — Σύμφωνα με τις προπαρασκευαστικές εργασίες της διατάξεως αυτής, ο όρος «προσόντα» αναφέρεται κυρίως στην κτηθείσα πείρα κατά τη διάρκεια της προϋπηρεσίας, ενώ οι «ικανότητες» αφορούν την καταλληλότητα για πρόσληψη, αποδεικνυόμενη από τη θεωρητική και πρακτική κατάρτιση και την προηγούμενη επαγγελματική πείρα.

5 — Τροποποιηθείσα για τελευταία φορά με την κανονιστική απόφαση της 1ης Ιανουαρίου 1999.

τητας, της κοινωνικής πολιτικής και της πολιτικής απασχολήσεως.»

Το άρθρο 15 α ορίζει, εξάλλου, τα εξής:

«Οι ακόλουθες διατάξεις έχουν εφαρμογή οσάκις ένα ανώτατο εκπαιδευτικό ίδρυμα αποφασίζει να εφαρμόσει θετική διάκριση κατά την πρόσληψη σε ορισμένη θέση, στο πλαίσιο του προγράμματος δράσεων που σκοπεί στην προώθηση της ισότητας των φύλων στον επαγγελματικό βίο.

Κατά την πρόσληψη, το άτομο του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς και το οποίο διαθέτει σε επαρκή βαθμό τα προσόντα του άρθρου 15, παράγραφος 1, μπορεί να προτιμηθεί έναντι υποψηφίου του ετέρου φύλου ο οποίος θα επιλεγόταν υπό διαφορετικές συνθήκες.

Ωστόσο, δεν συντρέχει λόγος εφαρμογής μέτρου θετικής διακρίσεως οσάκις η διαφορά μεταξύ των προσόντων των υποψηφίων είναι τόσο μεγάλη ώστε η εφαρμογή του κανόνα να αντιβαίνει στην επιταγή της αντικειμενικότητας κατά την πρόσληψη».

9. Βάσει του γενικού προγράμματος στο οποίο αναφέρεται το άρθρο 15 α, η κανονιστική απόφαση 1995:936, περί της δημιουργίας ορισμένων θέσεων καθηγητών και επιστημονικών συνεργατών για λόγους ισότητας, προβλέπει την ανάληψη ορισμένων θετικών δράσεων [6]. Τα τρία πρώτα άρθρα της αποφάσεως αυτής προβλέπουν τα εξής:

«Η παρούσα κανονιστική απόφαση αφορά τις θέσεις καθηγητή και επιστημονικού συνεργάτη που δημιουργούνται και πληρούνται με ειδικό διορισμό κατά το οικονομικό έτος 1995/96 σε ορισμένα πανεπιστήμια και ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα του κράτους στο πλαίσιο των προσπαθειών να ευνοηθεί η ισότητα στον επαγγελματικό βίο». (Άρθρο 1).

«Τα πανεπιστήμια και ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα στα οποία πραγματοποιούνται οι διορισμοί αυτοί πρέπει να δημιουργούν και να πληρούν τις εν λόγω θέσεις σύμφωνα με [την κανονιστική απόφαση 1993:100], λαμβανομένων υπόψη των παρεκκλίσεων που περιέχονται στα άρθρα 3 έως 5 της παρούσας κανονιστικής αποφάσεως. Οι παρεκκλίσεις αυτές, ωστόσο, έχουν εφαρμογή μόνον κατά την πρώτη φορά που πληρούνται οι ως άνω θέσεις». (Άρθρο 2).

«Κατά τον διορισμό, το άρθρο 15 α του κεφαλαίου 4 της [κανονιστικής αποφάσεως

6 — Βάσει της κανονιστικής αποφάσεως αυτής και με απόφαση της 14ης Μαρτίου 1996, dnr/91, η κυβέρνηση χορήγησε εξαιρετικές πιστώσεις αφορώσες τριάντα θέσεις καθηγητών.

1993:100] αντικαθίσταται από τις ακόλουθες διατάξεις.

Ο υποψήφιος το φύλο του οποίου εκπροσωπείται ανεπαρκώς και ο οποίος διαθέτει επαρκή προσόντα σύμφωνα με το άρθρο 15, πρώτο εδάφιο, του κεφαλαίου 4 της [κανονιστικής αποφάσεως 1993:100] πρέπει να προτιμάται έναντι ενός υποψηφίου του ετέρου φύλου ο οποίος θα επιλεγόταν υπό διαφορετικές συνθήκες ("θετική διάκριση"), στην περίπτωση που αυτό είναι αναγκαίο προκειμένου να διορισθεί υποψήφιος του ανεπαρκώς εκπροσωπουμένου φύλου.

Ωστόσο, η θετική διάκριση δεν πρέπει να εφαρμόζεται οσάκις η διαφορά μεταξύ των προσόντων των υποψηφίων είναι τόσο μεγάλη ώστε η διάκριση αυτή θα συνεπαγόταν παραβίαση της επιταγής της αντικειμενικότητας κατά την πρόσληψη» (Άρθρο 3).

Τα πραγματικά περιστατικά και τα προδικαστικά ερωτήματα

10. Στις 3 Ιουνίου 1996 το Πανεπιστήμιο του Göteborg δημοσίευσε ανακοίνωση κενής θέσεως καθηγητή για τη διδασκαλία του μαθήματος που έχει ως αντικείμενο την επιστημονική μελέτη της υδρόσφαιρας, ιδίως δε τις φυσικές και βιοχημικές διεργασίες στο φυσικό ύδωρ. Στην προκήρυξη του διαγωνισμού διευκρινιζόταν ότι η προς πλήρωση θέση εντασσόταν στο πρόγραμμα του πανεπιστημίου που σκοπούσε στην προώθηση της ισότητας των ευκαιριών δυνάμει της κανονιστικής αποφάσεως 1995:936.

11. Μεταξύ των υποψηφίων περιλαμβάνονταν η K. Abrahamsson, ο L. Anderson, η Γ. Δεστούνη και η E. Fogelqvist. Η εξεταστική επιτροπή αποφάσισε να προβεί στην επιλογή με δύο αυτοτελείς ψηφοφορίες. Κατά την πρώτη από τις ψηφοφορίες αυτές ελήφθησαν υπόψη αποκλειστικώς τα επιστημονικά προσόντα των υποψηφίων, σύμφωνα με το κεφάλαιο 4 της κανονιστικής αποφάσεως περί των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων. Κατά την ψηφοφορία βάσει του κριτηρίου αυτού, κατετάγη πρώτος μεταξύ των υποψηφίων ο L. Anderson, ο οποίος έλαβε πέντε ψήφους έναντι τριών της Γ. Δεστούνη. Αντιθέτως, κατά τη δεύτερη ψηφοφορία ελήφθησαν υπόψη τα κριτήρια που σκοπούσαν στην προώθηση δράσεων για τη διασφάλιση της ισότητας (σύμφωνα με την κανονιστική απόφαση του 1995). Κατά την ψηφοφορία αυτή η Γ. Δεστούνη κατετάγη πρώτη μεταξύ των υποψηφίων.

Ως εκ τούτου, η εξεταστική επιτροπή πρότεινε τον διορισμό της Γ. Δεστούνη. Εντούτοις, δεδομένου ότι η Γ. Δεστούνη ανακάλεσε την υποψηφιότητά της, ο πρύτανης αποφάσισε να ζητήσει επανεξέταση από την εξεταστική επιτροπή.

Κατόπιν αυτού, η εξεταστική επιτροπή δήλωσε ότι η πλειονότητα των μελών της θεωρούσε ότι η διαφορά προσόντων μεταξύ του L. Anderson και της E. Fogelqvist, που κατέλαβαν τη δεύτερη και την τρίτη θέση αντιστοίχως, ήταν σημαντική και στη συνέχεια εξέφρασε αμφιβολίες ως προς την υποχρέωση προτιμήσεως γυναίκας υποψηφίου, εν προκειμένω της E. Fogelqvist.

Ωστόσο, στις 18 Νοεμβρίου 1997 ο πρύτανης διόρισε την E. Fogelqvist, κρίνοντας ότι η διαφορά μεταξύ των προσόντων της υποψήφιας αυτής και του L. Anderson δεν είχε ως αποτέλεσμα να αντιβαίνει η θετική δράση

στην αρχή της αντικειμενικότητας κατά την επιλογή των υποψηφίων.

12. Η K. Abrahamsson και ο L. Anderson προσέβαλαν την απόφαση διορισμού ενώπιον της επιτροπής προσφυγών. Ο L. Anderson ισχυρίστηκε ειδικότερα ότι ο διορισμός της E. Fogelqvist αντέβαινε τόσο στο άρθρο 3 της κανονιστικής αποφάσεως 1995:936 όσο και στους κανόνες του κοινοτικού δικαίου, όπως τους ερμήνευσε το Δικαστήριο στην υπόθεση Kalanke [7].

13. Στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής, το Överklagandenämnden för Högskolan αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Απαγορεύει το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας (76/207/ΕΟΚ), εθνική διάταξη κατά την οποία, αφενός, ο υποψήφιος το φύλο του οποίου εκπροσωπείται ανεπαρκώς και ο οποίος διαθέτει επαρκή προσόντα για θέση εργασίας στο Δημόσιο προτιμάται έναντι του υποψηφίου του ετέρου φύλου ο οποίος θα διοριζόταν υπό διαφορετικές συνθήκες ("θετική διάκριση"), εφόσον τούτο είναι αναγκαίο προκειμένου να διορισθεί υποψήφιος του ανεπαρκώς εκπροσωπουμένου φύλου, και κατά την οποία, αφετέρου, η θετική διάκριση πρέπει να μην εφαρμόζεται μόνον οσάκις η διαφορά μεταξύ των προσόντων των υποψηφίων είναι τόσο σημαντική ώστε η εφαρμογή της θα συνεπαγόταν παραβίαση της επιταγής της αντικειμενικότητας κατά την πρόσληψη;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, απαγορεύεται η εφαρμογή της θετικής διακρίσεως ακόμη και οσάκις ο εθνικός κανόνας έχει αποκλειστικώς εφαρμογή *είτε* στις διαδικασίες πληρώσεως ενός εκ των προτέρων περιορισμένου αριθμού θέσεων (όπως ορίζει η κανονιστική απόφαση 1995:936) *είτε* στις θέσεις που δημιουργήθηκαν στο πλαίσιο ειδικού προγράμματος ενός συγκεκριμένου ανωτάτου εκπαιδευτικού ιδρύματος το οποίο επιτρέπει την εφαρμογή μέτρων θετικής διακρίσεως (όπως ορίζει το κεφάλαιο 4, άρθρο 15 a, της κανονιστικής αποφάσεως 1993:100);

3) Σε περίπτωση που η απάντηση στο δεύτερο ερώτημα συνεπάγεται κατά οποιονδήποτε τρόπο ότι τέτοια θετική διάκριση δεν επιτρέπεται, μπορεί τότε να θεωρηθεί επίσης ότι ο βασιζόμενος στη νομολογία των σουηδικών διοικητικών δικαστηρίων και στο κεφάλαιο 4, άρθρο 15, δεύτερο εδάφιο, της κανονιστικής αποφάσεως 1993:100 και εγκεκριμένος από το Överklagandenämnden κανόνας ότι ο υποψήφιος το φύλο του οποίου εκπροσωπείται ανεπαρκώς μπορεί να προτιμηθεί έναντι υποψηφίου του ετέρου φύλου, υπό την προϋπόθεση ότι

7 — Απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1995, C-450/93 (Συλλογή 1995, σ. I-3051).

οι υποψήφιοι είναι ισάξιοι ή σχεδόν ισάξιοι από πλευράς προσόντων, αντιβαίνει κατά οποιονδήποτε τρόπο στην προαναφερθείσα οδηγία;

4) Επηρεάζεται η απάντηση στα ανωτέρω ερωτήματα εφόσον η νομοθεσία αφορά τις χαμηλότερες θέσεις στον εισαγωγικό βαθμό προσλήψεως σε μια διοικητική αρχή ή τις ανώτατες θέσεις στην ιεραρχία;»

Επί του παραδεκτού της αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως

14. Το όργανο που υπέβαλε τα υπό εξέταση προδικαστικά ερωτήματα είναι η επιτροπή προσφυγών για τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα (το Överklagandenämnden för Högskolan). Συνεπώς, πρόκειται περί διοικητικού οργάνου ως προς το οποίο πρέπει να ελεγχθεί αν αποτελεί «δικαστήριο κράτους μέλους», υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 234 ΕΚ) και για την εφαρμογή του άρθρου αυτού.

15. Θα ήθελα να υπενθυμίσω ότι η έννοια του αιτούντος δικαστηρίου είναι αυτοτελής, διότι δεν αντιστοιχεί πάντοτε και σε όλες τις περιπτώσεις στον χαρακτηρισμό που δίδουν στο επίμαχο όργανο τα δίκαια των κρατών μελών. Πράγματι, η έννοια του «δικαστηρίου», όπως την ορίζει η νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία ουδόλως εξαρτάται από τον δια νόμου χαρακτηρισμό του αιτούντος οργάνου, απαιτεί την πλήρωση ορισμένων προϋποθέσεων στην οποία βασίζεται η αρμοδιότητα του οικείου οργάνου να υποβάλλει προδικαστικά ερωτήματα δυνάμει του άρθρου 177. Οι προϋποθέσεις αυτές είναι οι ακόλουθες: η ίδρυση του οργάνου αυτού με νόμο, η μονιμότητά του, ο δεσμευτικός χαρακτήρας της δικαιοδοσίας του, ο κατ' αντιμωλία χαρακτήρας της ενώπιόν του διαδικασίας, η εκ μέρους του οργάνου αυτού εφαρμογή των κανόνων δικαίου, καθώς και η αυτονομία του έναντι των διαδίκων και η ανεξαρτησία του [8].

16. Με την απόφασή της, η επιτροπή προσφυγών αναγνωρίζει ότι αποτελεί διοικητική αρχή, αλλά υποστηρίζει ωστόσο, εκφραζόμενη γενικώς, ακόμη δε και ασαφώς, ότι εν προκειμένω πληροί όλες τις προϋποθέσεις προκειμένου να θεωρηθεί δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης, δηλαδή την ίδρυσή της με νόμο, τη μονιμότητά της, τον δεσμευτικό χαρακτήρα της δικαιοδοσίας της, τον κατ' αντιμωλία χαρακτήρα της ενώπιόν της διαδικασίας και την εκ μέρους της εφαρμογή των κανόνων δικαίου.

Η Σουηδική Κυβέρνηση επιβεβαιώνει την ερμηνεία αυτή και παραπέμπει, εκφραζόμενη και αυτή γενικώς, στις εφαρμοστέες νομοθετικές διατάξεις. Πράγματι, η κυβέρνηση αυτή επισημαίνει ότι το Σουηδικό Σύνταγμα διακρίνει τα δικαστήρια από τις διοικητικές αρχές και ότι, κατά το σουηδικό δίκαιο, η επιτροπή προσφυγών εμπίπτει στη δεύτερη αυτή κατηγορία. Η επιτροπή προσφυγών ιδρύθηκε με τον νόμο περί των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων

8 — Βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της 30ής Ιουνίου 1966, 61/65, Vaassen-Göbbels (Συλλογή τόμος 1965-1968, σ. 337), της 14ης Δεκεμβρίου 1971, 43/71, Politi (Συλλογή τόμος 1969-1971, σ. 1077), της 11ης Ιουνίου 1987, 14/86, Pretore di Salò (Συλλογή 1987, σ. 2545, σκέψη 7), της 30ής Μαρτίου 1993, C-24/92, Corbiau (Συλλογή 1993, σ. I-1277, σκέψη 15), της 19ης Οκτωβρίου 1995, C-111/94, Job Centre (Συλλογή 1995, σ. I-3361, σκέψη 9), της 12ης Δεκεμβρίου 1996, C-74/95 και C-129/95, x (Συλλογή 1996, σ. I-6609, σκέψη 17), της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96, Dorsch Consult (Συλλογή 1997, σ. I-4961, σκέψη 23), της 12ης Νοεμβρίου 1998, C-134/97, Victoria Film (Συλλογή 1998, σ. I-7023, σκέψη 14), και της 2ας Μαρτίου 1999, C-416/96, Eddline El-Yassini (Συλλογή 1999, σ. I-1209, σκέψη 17).

(1992:1434) και διέπεται από την κανονιστική απόφαση περιέχουσα οδηγίες ισχύουσες ως προς την επιτροπή προσφυγών για τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα (1992:404). Η απόφαση αυτή προβλέπει ότι η επιτροπή προσφυγών αποτελείται από οκτώ μέλη τα οποία διορίζει η κυβέρνηση, ότι ο πρόεδρος και ο αντιπρόεδρος είναι δικαστές και ότι τρία από τα λοιπά μέλη πρέπει να είναι νομικοί. Η κυβέρνηση προσθέτει ότι ο νόμος περί της διοικητικής διαχειρίσεως (1993:223), ο οποίος διέπει τη διαδικασία ενώπιον της επιτροπής προσφυγών, επιτρέπει στους ενδιαφερομένους να υποβάλλουν γραπτές ή προφορικές παρατηρήσεις και να λαμβάνουν γνώση όλων των πληροφοριακών στοιχείων που παρέχονται στη διοίκηση. Δυνάμει του άρθρου 1, του κεφαλαίου 5, του νόμου περί των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων (1992:1434), οι αποφάσεις τις επιτροπής είναι υποχρεωτικές και δεν είναι επιδεκτικές προσφυγής. Τέλος, η επιτροπή απολαύει αυτονομίας σε σχέση με τις άλλες κρατικές αρχές, τούτο δε δυνάμει του άρθρου 7 του κεφαλαίου 11 του Συντάγματος, το οποίο απαγορεύει κάθε ανάμιξη στις δραστηριότητες των διοικητικών οργάνων εκ μέρους των άλλων αρχών που απαρτίζουν την εκτελεστική εξουσία, ακόμη δε και εκ μέρους του Κοινοβουλίου.

17. Από τα νομοθετήματα που αναφέρει η Σουηδική Κυβέρνηση προκύπτει σαφώς ότι η επιτροπή προσφυγών ιδρύθηκε με νόμο, ότι έχει μονιμότητα, ότι η δικαιοδοσία της είναι δεσμευτική (άρθρο 1, παράγραφοι 1 και 2, του κεφαλαίου 5 του νόμου 1992:1434) και ότι, τέλος, καμία διάταξη δεν της απονέμει την εξουσία να αποφαίνεται κατά δίκαιη κρίση και όχι κατ' εφαρμογή κανόνων δικαίου.

Ωστόσο, από την ανάγνωση των εθνικών διατάξεων γεννάται κάποια αμφιβολία όσον αφορά τις δύο από τις ανωτέρω αναφερθείσες προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται προκειμένου το οικείο διοικητικό όργανο να θεωρείται δικαστήριο υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης και προκειμένου, επομένως, να μπορεί να κριθεί παραδεκτή η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως: η πρώτη από τις προϋποθέσεις αυτές αφορά τον κατ' αντιμωλία χαρακτήρα της διαδικασίας και η δεύτερη την πραγματική ανεξαρτησία και το πραγματικό αμετάθετο των μελών της επιτροπής προσφυγών.

18. α) Θα ήθελα να εξετάσω την πρώτη από τις δύο αυτές προϋποθέσεις. Όπως έχω επισημάνει προηγουμένως στις προτάσεις που ανέπτυξα στις 7 Οκτωβρίου 1999 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-110/98 έως C-147/98, Gabalfrisa κ.λπ., που εκκρεμούν ενώπιον του Δικαστηρίου, υπό το φως ορισμένων προσφάτων αποφάσεων του Δικαστηρίου, ναι μεν η έλλειψη του κατ' αντιμωλία χαρακτήρα της διαδικασίας δεν είναι καθεαυτή καθοριστική για να μην χαρακτηριστεί ως δικαστήριο το αιτούν όργανο, είναι ωστόσο σαφές ότι, στις περιπτώσεις στις οποίες το Δικαστήριο δέχθηκε προδικαστικές παραπομπές πραγματοποιηθείσες στο πλαίσιο συνοπτικής διαδικασίας στην οποία δεν παρίσταται ο καθού, το έπραξε λαμβάνοντας την πρόνοια να αντισταθμίσει το κενό αυτό με έναν υψηλό βαθμό αμερο-

ληψίας και ανεξαρτησίας του δικάζοντος οργάνου [9]. Κατά τη γνώμη μου, δεν μπορεί να υπάρχει αμφιβολία ως προς την απόλυτη αναγκαιότητα του κατ' αντιμωλία χαρακτήρα της διαδικασίας ενώπιον του αιτούντος οργάνου, προκειμένου να μπορεί να γίνει δεκτή μια αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

Στην υπό κρίση υπόθεση, η Σουηδική Κυβέρνηση υποστηρίζει, χωρίς να αντιλέξει η αιτούσα αρχή, ότι η διαδικασία ενώπιον της επιτροπής προσφυγών δεν διέπεται από τον σουηδικό νόμο περί της διοικητικής δικονομίας (1971:291) — ο οποίος έχει εφαρμογή μόνον στις διαφορές ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων — αλλά από τον νόμο περί της της διοικητικής διαχειρίσεως (1986:223), ο οποίος διέπει ειδικώς την έκδοση διοικητικών πράξεων [10]. Ο νόμος αυτός δεν προβλέπει ρητώς ότι οι διάδικοι έχουν δικαίωμα κατ' αντιμωλία συζητήσεως της υποθέσεως. Ο εν λόγω νόμος προβλέπει μόνο, στο άρθρο του 17, ότι η διοίκηση υποχρεούται να γνωστοποιεί στους ενδιαφερομένους όλα τα έγγραφα που τους αφορούν και να τους παρέχει τη δυνατότητα να υποβάλλουν παρατηρήσεις.

Το άρθρο 14 του ίδιου αυτού νόμου προβλέπει εξάλλου τη δυνατότητα των διαδίκων να υποβάλλουν προφορικές παρατηρήσεις.

Συνεπώς, ο κατ' αντιμωλία χαρακτήρας της διαδικασίας αυτής, η οποία, θα ήθελα και πάλι να υπογραμμίσω, διέπεται από τη νομοθεσία περί εκδόσεως των διοικητικών πράξεων, εξαρτάται από τις διατάξεις που απονέμουν στους διοικουμένους το δικαίωμα να λαμβάνουν γνώση όλων των εγγράφων τα οποία λαμβάνει υπόψη της η διοίκηση. Είναι προφανές ότι αυτή η σειρά διατάξεων δεν έχει ως σκοπό την επιβολή κατ' αντιμωλία διαδικασίας, αλλά την επιβολή απόλυτης διαφάνειας του εν λόγω οργάνου και την αναγνώριση στους πολίτες του δικαιώματος να υποβάλλουν παρατηρήσεις ή να προσκομίζουν νέα στοιχεία. Θεωρώ ωστόσο ότι, λαμβανομένης υπόψη της ειδικής αρμοδιότητας του εν προκειμένω αιτούντος οργάνου — συνισταμένης στον έλεγχο της νομιμότητας των πράξεων της διοικήσεως των ανωτάτων σχολών και των πανεπιστημίων — δεν αποκλείεται να μπορούν το άρθρο 14 και, προπάντων, το άρθρο 17 του νόμου περί της διοικητικής διαχειρίσεως να διασφαλίσουν στους ενδιαφερομένους μια συνήθη κατ' αντιμωλία συζήτηση. Πράγματι, το άρθρο 17, ειδικότερα, επιτρέπει σε κάθε περίπτωση στους διοικουμένους που προσβάλλουν μια απόφαση της διοικήσεως ενώπιον της επιτροπής προσφυγών να υποβάλλουν τις παρατηρήσεις τους επί κάθε συμπληρωματικού στοιχείου το οποίο προέρχεται από τρίτους ενδιαφερομένους και, κατά τον ίδιο τρόπο, οι ενδιαφερόμενοι των οποίων προσβάλλεται ο διορισμός ή η προαγωγή πληροφορούνται την προσφυγή και έχουν επιπλέον δικαίωμα να υποβάλλουν τις παρατηρήσεις τους.

Συνεπώς, φρονώ ότι, παρά τον «ασυνήθη» χαρακτήρα αυτής της κατ' αντιμωλία συζη-

9 — Στις προτάσεις που ανέπτυξα στην υπόθεση Gabalfrisa κ.λπ. αναφέρομαι ειδικότερα στην προπαρατεθείσα απόφαση Dorsch Consult, στην οποία το Δικαστήριο, απορρίπτοντας τη θέση της Επιτροπής ότι ο αιτών οργανισμός «σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκόμισε [ο ίδιος], δεν αποφαίνεται κατόπιν κατ' αντιμωλία διαδικασίας», περιορίστηκε να πει ότι «η προϋπόθεση της κατ' αντιμωλία διαδικασίας δεν αποτελεί απόλυτο κριτήριο». Η κρίση αυτή, στερούμενη αιτιολογίας σε σχέση με τη συγκεκριμένη περίπτωση, προκαλεί αμηχανία αν θεωρηθεί ότι, προηγουμένως, το Δικαστήριο είχε δεχθεί προδικαστικές παραπομπές πραγματοποιηθείσες στο πλαίσιο διαδικασιών στις οποίες το κατ' αντιμωλία στοιχείο δεν ήταν ανύπαρκτο, αλλά απλώς είχε εναβληθεί για μια (ενίοτε ενδεχόμενη) μετέπειτα φάση (βλ. τις αποφάσεις Politi και Pretore di Salò, προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 8, και τις αποφάσεις της 28ης Ιουνίου 1978, 70/77, Simmenthal, Συλλογή τόμος 1978, σ. 455, και της 21ης Απριλίου 1988, 338/85, Pardini, Συλλογή 1988, σ. 2041).

10 — Την ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνει και η θεωρία: βλ. H. Ragnemalm, «Administrative justice», *Juristförlaget*, Στοκχόλμη, 1991, σ. 210, και H. Strömberg, «Allmän förvaltningsrätt», *Liber Ekonomi*, 19η έκδοση, Lund, 1998, ειδικότερα σ. 80.

τήσεως, μπορεί να γίνει δεκτό ότι η επιτροπή προσφυγών πληροί την προϋπόθεση που θέτει συναφώς το κοινοτικό δίκαιο προκειμένου να είναι παραδεκτή μια αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

19. β) Ως προς τη δεύτερη προϋπόθεση, η οποία επιβάλλει την ανεξαρτησία των μελών της επιτροπής προσφυγών, υπογραμμίζω, όπως είχα την ευκαιρία να το πράξω και σε άλλες περιπτώσεις, ότι η ανεξαρτησία των δικαστών αποτελεί ουσιώδες στοιχείο για να αναγνωρισθεί ότι μια διοικητική αρχή αποτελεί «δικαστήριο», υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης και για την εφαρμογή του άρθρου αυτού, και ότι πρέπει να εξετασθεί με απόλυτη αυστηρότητα το ζήτημα αν οι εθνικές διατάξεις πληρούν την επιταγή της ανεξαρτησίας ενός οργάνου το οποίο, έστω και εντός ειδικού πλαισίου και για σαφώς καθορισμένους σκοπούς, ενεργεί ως δικαστήριο.

Εν προκειμένω, προκύπτει ότι τα μέλη της επιτροπής διορίζονται από την κυβέρνηση για ορισμένο χρόνο (άρθρο 9 της κανονιστικής αποφάσεως περιέχουσας οδηγίες ισχύουσες ως προς την επιτροπή προσφυγών). Οι νόμοι και οι κανονιστικές αποφάσεις που διέπουν την επιτροπή αυτή δεν αναφέρουν τη διάρκεια της θητείας ούτε τις περιπτώσεις στις οποίες η διοίκηση μπορεί να ανακαλέσει τα μέλη της επιτροπής. Όσον αφορά τη διάρκεια της θητείας τους, μπορεί εν πάση περιπτώσει να υποτεθεί ότι γίνεται μνεία αυτής στην πράξη διορισμού και ότι τούτο μπορεί να αρκεί για τη διασφάλιση της μονιμότητας και της σταθερότητας του οργάνου.

Αντιθέτως, η έλλειψη ειδικών διατάξεων οι οποίες να καθορίζουν τις προϋποθέσεις και τη διαδικασία ανακλήσεως των μελών της επιτροπής δημιουργεί αμφιβολίες ως προς την ανεξαρτησία του οργάνου αυτού. Συγκεκριμένα, αμφιβάλλω αν είναι δυνατόν να συναχθεί η ύπαρξη της ανεξαρτησίας αυτής, όπως ισχυρίζεται η Σουηδική Κυβέρνηση, από τη συνταγματική διάταξη που θεσπίζει την αρχή της αυτονομίας όλων των εθνικών διοικητικών αρχών (κεφάλαιο 11, άρθρο 7). Πράγματι, επισημαίνω ότι το Σύνταγμα περιλαμβάνει μόνον ως προς τους δικαστές εξαντλητικό κατάλογο των περιπτώσεων ανακλήσεως και ότι η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή στα διοικητικά όργανα και, συνεπώς, στα μέλη της επιτροπής προσφυγών (άρθρο 5).

20. Εκτός από την προπαρατεθείσα διάταξη του Συντάγματος, η οποία θεσπίζει την αρχή της αυτονομίας των διοικητικών οργάνων κατά την έκδοση των πράξεών τους, ο νόμος περί της διοικητικής διαχειρίσεως περιλαμβάνει έναν επίσης εξαντλητικό κατάλογο των περιπτώσεων στις οποίες οι διοικητικές αρχές μπορούν να εξαιρούν μέλη των διοικητικών οργάνων ή στις οποίες αυτά τα ίδια τα μέλη υποχρεούνται να αναφέρουν τα περιστατικά που μπορούν να αποτελούν λόγους εξαιρέσεώς τους (άρθρα 11 και 12).

Κατά την προσφάτως εκδοθείσα απόφαση του Δικαστηρίου Köllensperger και Atzwanger [11], την οποία υπενθύμισε η Σουηδική Κυβέρνηση, από τον συνδυασμό των κανόνων περί εξαιρέσεως και περί αποχής

11 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 4ης Φεβρουαρίου 1999, C-103/97 (Συλλογή 1999, σ. I-551).

των μελών ενός οργάνου και των κανόνων περί της απαγορεύσεως αναμίξεως άλλων κρατικών οργάνων μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι πληρούται η προαναφερθείσα επιταγή, αναγκαία προϋπόθεση για να θεωρηθεί το οικείο διοικητικό όργανο ως Δικαστήριο, σύμφωνα με το άρθρο 177 της Συνθήκης. Με την απόφαση εκείνη, το Δικαστήριο έκρινε ότι «δεν εναπόκειται στο Δικαστήριο να θεωρήσει ότι η διάταξη αυτή εφαρμόζεται κατά τρόπο που αντιβαίνει προς το [εθνικό] Σύνταγμα και τις αρχές του κράτους δικαίου».

Από τη νομολογία αυτή προκύπτει ότι η σχέση μεταξύ των δύο κανόνων αποκλείει τη μετατροπή της δυνατότητας ανακλήσεως των μελών των διοικητικών αρχών σε μια μορφή αναμίξεως αντιβαίνουσας στην ελευθερία και ανεξαρτησία της κρίσεως των μελών της επιτροπής. Με άλλα λόγια, η εν λόγω νομολογία συνεπάγεται ότι, στο πλαίσιο της νομοθεσίας αυτής, το δικαίωμα ανακλήσεως δεν μπορεί να αποτελεί μέσο για την αποδυνάμωση της ανεξαρτησίας της εν λόγω επιτροπής. Η ερμηνεία αυτή είναι ευρύτατη, καθόσον δεν επιβάλλει ως μοναδικό κριτήριο εκτιμήσεως, προκειμένου να κριθεί η ανεξαρτησία του οικείου οργάνου, την ύπαρξη των ίδιων ή παρομοίων λόγων ανακλήσεως προς αυτούς που μπορούν να δικαιολογούν την ανάκληση των δικαστών, αλλά την ύπαρξη ενός γενικού καθήκοντος μη αναμίξεως στις δραστηριότητες των διοικητικών οργάνων του κράτους, σε συνδυασμό με το δικαίωμα εξαιρέσεως των μελών των διαφόρων εν λόγω αρχών και με το καθήκον αποχής που υπέχουν τα μέλη αυτά. Φρονώ ότι το καθήκον αυτό δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να αρκέσει για τη διασφάλιση της απόλυτης ανεξαρτησίας της επιτροπής προσφυγών: πράγματι, μια ουσιώδης προϋπόθεση, όπως η προϋπόθεση της ανεξαρτησίας του εν λόγω οργάνου, πρέπει να διασφαλίζεται με σαφείς διατάξεις πρωτίστως προς το συμφέρον των διοικουμένων οι οποίοι, ενδεχομένως, πρέπει να είναι σε θέση να επικαλούνται τις διατάξεις αυτές χωρίς να πρέπει να καταφεύγουν σε περίπλοκες ερμηνευτικές διαδικασίες για να επισημάνουν και να αποδείξουν το δικαίωμά τους να κριθούν από ανεξάρτητα όργανα. Πράγματι, η ανεξαρτησία του δικαστηρίου διασφαλίζει την προστασία ενός γενικού συμφέροντος και αποτελεί ουσιώδη αξία στην οποία θεμελιώνεται η σχέση που συνδέει τον διοικούμενο με το δικαστήριο [12].

21. Για τους λόγους που εξέθεσα ανωτέρω, προτείνω στο Δικαστήριο να κηρύξει απαράδεκτη την αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

Επί της ουσίας

22. Κατά την εξέταση της ουσίας της υποθέσεως, θα ασχοληθώ με το πρώτο και το τρίτο ερώτημα από κοινού πριν να εξετάσω το δεύτερο και το τέταρτο ερώτημα. Πράγματι, τα δύο πρώτα ερωτήματα αφορούν το γενικό σύστημα των θετικών δράσεων στον τομέα των διορισμών στις ανώτατες σχολές και στα πανεπιστήμια, ενώ τα λοιπά ερωτήματα αφορούν τη δυνατότητα εφαρμογής

12 — Εξάλλου, αμφιβάλλω περί του αν το τεκμήριο νομιμότητας των πράξεων των κρατικών οργάνων, στο οποίο αναφέρεται η απόφαση Köllensperger και Atzwanger, μπορεί να αρκεί για να διασφαλίσει ότι μια διοικητική αρχή κρίνει με πλήρη και απόλυτη ανεξαρτησία. Πράγματι, κρίσιμη για την εκτίμηση της προϋποθέσεως της ανεξαρτησίας του «αιτούντος δικαστηρίου» δεν είναι η νομιμότητα των πράξεων των οργάνων αυτών, αλλά πολύ περισσότερο το περιεχόμενο των εθνικών κανόνων βάσει των οποίων ενεργούν οι αρχές αυτές.

του συστήματος αυτού σε σαφώς καθορισμένους τομείς της εθνικής παιδείας.

Επί του πρώτου και του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος

23. Με το πρώτο και το τρίτο ερώτημα, η επιτροπή προσφυγών ερωτά το Δικαστήριο αν οι θετικές δράσεις τις οποίες αφορά το άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας μπορούν να περιλαμβάνουν ένα εθνικό σύστημα όπως το σουηδικό σύστημα που προβλέπει τον διορισμό, μεταξύ των διδασκόντων στις ανώτατες σχολές και στα πανεπιστήμια, ενός υποψηφίου του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς, ακόμη και οσάκις προκύπτει ότι αυτός δεν είναι πρώτος στην καταρτισθείσα κατάταξη, εφόσον, λαμβανομένων υπόψη των ουσιαστικών και των τυπικών του προσόντων, ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς μπορεί να ασκεί τα καθήκοντα που αντιστοιχούν στην κενή θέση και εφόσον η διαφορά μεταξύ πρώτου και δευτέρου υποψηφίου δεν συνεπάγεται, σε περίπτωση επιλογής του δευτέρου υποψηφίου, παραβίαση του καθήκοντος αξιολογήσεως των υποψηφίων σύμφωνα με αντικειμενικά κριτήρια, το οποίο προβλέπει ο γενικός νόμος περί της απασχολήσεως στον δημόσιο τομέα (1994:260).

Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως, το αιτούν δικαστήριο ερωτά το Δικαστήριο αν το σύστημα αυτό μπορεί να θεωρηθεί νόμιμο, τουλάχιστον λαμβανομένης υπόψη της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων κατά την οποία ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς μπορεί να προτιμηθεί μόνον αν είναι ισάξιος (ή σχεδόν ισάξιος) από πλευράς ουσιαστικών και τυπικών προσόντων με τον υποψήφιο που κατέλαβε την πρώτη θέση.

24. Συνεπώς, τα ερωτήματα αυτά θέτουν εκ νέου την προβληματική την οποία εξέτασα με τις προτάσεις που ανέπτυξα στις 10 Ιουνίου 1999, στην εκκρεμή ενώπιον του Δικαστηρίου υπόθεση C-158/97, Badeck, στις οποίες παραπέμπω όσον αφορά τις γενικές παρατηρήσεις που ανέπτυξα ως προς το περιεχόμενο των εθνικών θετικών δράσεων και ως προς τα όρια που τους επιβάλλει το κοινοτικό δίκαιο. Θα ήθελα να υπενθυμίσω, εν προκειμένω, τις κατευθυντήριες γραμμές της νομολογίας του Δικαστηρίου, όπως απορρέουν από τις αποφάσεις Kalanke, προπαρατεθείσα, και Marschall [13].

25. Στην απόφαση Kalanke του 1995 — την οποία επικαλέστηκαν οι προσφεύγοντες της κύριας δίκης προς στήριξη των αιτημάτων τους και την οποία μνημόνευσε το αιτούν δικαστήριο στη διάταξη περί παραπομπής — η θετική δράση προβλεπόταν από νόμο του ομοσπόνδου κράτους της Βρέμης που προέβλεπε ότι, «κατά την πρόσληψη, περιλαμβανομένης της μονιμοποιήσεως δημοσίου υπαλλήλου ή δικαστή, που δεν γίνεται με σκοπό την επαγγελματική εκπαίδευση, οι γυναίκες που έχουν ίσα προσόντα με τις άνδρες συνυποψηφίους τους πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά προτεραιότητα στους τομείς όπου οι γυναίκες υποεκπροσωπούνται» και ότι «τα προσόντα πρέπει να αξιολογούνται λαμβανομένων αποκλειστικώς υπόψη των απαιτήσεων του επαγγέλματος, της προς κάλυψη θέσεως ή της σταδιοδρομίας». Το Δικαστήριο έκρινε ότι η ρύθμιση αυτή, *η οποία παρέχει αυτομάτως, εφόσον υφίστανται ίσα προσόντα των*

13 — Απόφαση του Δικαστηρίου της 11ης Νοεμβρίου 1997, C-409/95 (Συλλογή 1997, σ. I-6363).

υποψηφίων διαφορετικού φύλου, προτεραιότητα στις γυναίκες υποψηφίους στους τομείς όπου αυτές υποεκπροσωπούνται, όχι μόνον αντιβαίνει στο άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας στο μέτρο που «συνεπάγεται διάκριση που βασίζεται στο φύλο» (σκέψη 16), αλλά ούτε καν εμπίπτει στις θετικές δράσεις που προβλέπει το άρθρο 4 του ίδιου άρθρου στο μέτρο που «η εθνική ρύθμιση, η οποία εξασφαλίζει στις γυναίκες απόλυτη και από ουδεμία προϋπόθεση εξαρτωμένη προτεραιότητα επί διορισμού ή προαγωγής, βαίνει πέραν της προωθήσεως της ισότητας των ευκαιριών και υπερβαίνει τα όρια της εξαιρέσεως που προβλέπεται στο άρθρο 2, παράγραφος 4, της οδηγίας» (σκέψη 22). Το Δικαστήριο προσέθεσε εξάλλου ότι «ένα τέτοιο σύστημα, κατά το μέτρο που σκοπεί να εγκαθιδρύσει ισότητα εκπροσωπήσεως των γυναικών σε σχέση με τους άνδρες σε όλες τις βαθμίδες και επίπεδα μιας υπηρεσίας, υποκαθιστά, στην προώθηση της κατ' άρθρο 2, παράγραφος 4, ισότητας ευκαιριών, το αποτέλεσμα στο οποίο μόνον η εφαρμογή αυτής της ισότητας ευκαιριών θα μπορούσε να απολήξει» (σκέψη 23).

Στην υπόθεση Marschall, ο γερμανικός νόμος, για τον οποίο υπήρξε αμφισβήτηση αν είναι σύμφωνος με το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας, ήταν ο δημοσιοϋπαλληλικός κώδικας του ομοσπόνδου κρά-

τους της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, που προβλέπει ότι οι γυναίκες υποψήφιοι προάγονται κατά προτεραιότητα, εφόσον έχουν ίση καταλληλότητα, ικανότητα και επαγγελματική απόδοση με τους άνδρες, αν, στο οικείο επίπεδο θέσεως, είναι λιγότερες από τους άνδρες. Ο νόμος προβλέπει εξάλλου μια εξαίρεση στην εφαρμογή της δράσεως προώθησης υπό την έννοια ότι ο εργοδότης έχει το δικαίωμα να μην εφαρμόσει τη διάταξη αυτή αν «προέχουν λόγοι αναγόμενοι στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου» [14]. Λόγω της προβλέψεως της εξαιρέσεως αυτής στην εν λόγω διάταξη, το Δικαστήριο έκρινε ότι το σύστημα ήταν επαρκώς ελαστικό, ήτοι δεν είχε τον αυτοματισμό που χαρακτήριζε τον νόμο της Βρέμης που κρίθηκε στην περίπτωση της αποφάσεως Kalanke και έκρινε συνεπώς ότι η οδηγία 76/270 για την ισότητα των ευκαιριών δεν απαγόρευε τα μέτρα που θέσπισε το ομόσπονδο κράτος της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας. Το διατακτικό της αποφάσεως αυτής ορίζει ότι το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας δεν απαγορεύει τον κανόνα αυτό, υπό την προϋπόθεση ότι «εγγυάται, σε κάθε ατομική περίπτωση, στους άνδρες υποψηφίους που έχουν ίσα προσόντα με τις γυναίκες υποψήφιες την αντικειμενική αξιολόγηση των υποψηφιοτήτων, λαμβανομένων υπόψη όλων των κριτηρίων που αφορούν το πρόσωπο των υποψηφίων, και αποκλείει την προτεραιότητα των γυναικών υποψηφίων, οσάκις ένα ή περισσότερα από τα κριτήρια αυτά έχουν ως αποτέλεσμα να κλίνει ο ζυγός υπέρ

14 — Η Κυβέρνηση της Βόρειας Ρηνανίας-Βεστφαλίας, κληθείσα να διευκρινίσει κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, συγκεκριμένα, τους «λόγους που ανάγονται στο πρόσωπο ενός άνδρα υποψηφίου», βάσει των οποίων ένας άνδρας υποψήφιος προτιμάται ενδεχομένως, δήλωσε ότι οι λόγοι αυτοί περιλαμβάνουν δευτερεύοντα κριτήρια επιλογής, όπως «η προϋπηρεσία και οι κοινωνικοί λόγοι», όπως το γεγονός ότι ο υποψήφιος έχει οικογενειακά βάρη. Από την απάντηση αυτή προκύπτει ότι τα στοιχεία στα οποία ο νόμος παραπέμπει μπορούν να αφορούν τόσο τα «προσόντα», ήτοι τα επαγγελματικά εφόδια των υποψηφίων — στοιχεία τα οποία, όπως η προϋπηρεσία, έχουν ήδη ληφθεί υπόψη κατά την προκαταρκτική φάση της διαδικασίας κατατάξεως των υποψηφίων —, όσο και τις καταστάσεις που δεν έχουν σχέση με την ικανότητα του υποψηφίου να εκτελεί τα καθήκοντά του στο πλαίσιο της εργασιακής σχέσεως. Είναι δυνατόν να πρόκειται για αρνητικές καταστάσεις οι οποίες, όπως αυτές για τις οποίες αναλαμβάνεται διορθωτική δράση υπέρ των γυναικών, απαιτούν την παροχή μιας ιδιαίτερης προστασίας.

του άνδρα υποψηφίου», και ότι «τα κριτήρια αυτά δεν επάγονται δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος των γυναικών υποψηφίων».

26. Στις προτάσεις που ανέπτυξα στην υπόθεση Badeck, επισήμανα ότι από τη νομολογία αυτή συνάγεται το συμπέρασμα ότι μια δράση για την προώθηση των γυναικών στον κόσμο της εργασίας, η οποία προβλέπει την υποχρέωση να παρέχεται η προτεραιότητα στις γυναίκες υποψηφίους και η οποία ως εκ τούτου θεσπίζει ποσοστώσεις εκπροσώπησης των γυναικών στον δημόσιο όπως και στον ιδιωτικό τομέα, κρίνεται νόμιμη από την άποψη της κοινοτικής έννομης τάξης εφόσον παρέχει τη δυνατότητα στον εργοδότη να επιλέγει τον υποψήφιο με τα πλέον κατάλληλα επαγγελματικά προσόντα. Επιπλέον, η θετική δράση υπέρ των γυναικών δεν πρέπει να μεταβάλει σε καμία περίπτωση την κρίση επί της αξίας και των προσόντων των ανδρών υποψηφίων. Προς τούτο, αφενός, το φύλο πρέπει να αποτελεί ένα συμπληρωματικό κριτήριο για τον καθορισμό των προσόντων των υποψηφίων, κριτήριο που πρέπει να συντρέχει με αυτά στα οποία στηρίζεται κατά κανόνα η συνολική αξιολόγησή τους και, αφετέρου, η υποχρέωση να παρέχεται προτεραιότητα στις γυναίκες δεν πρέπει να συνεπάγεται ότι κατά την εκτίμηση των υποψηφίων που δεν ευνοούνται από τη θετική δράση δεν θα λαμβάνονται υπόψη ιδιαίτερες καταστάσεις προσωπικού χαρακτήρα οι οποίες, μολονότι είναι άσχετες με την αξιολόγηση των επαγγελματικών προσόντων των υποψηφίων, είναι δυνατόν να σηματοδοτούν κοινωνικές καταστάσεις που έχουν την ίδια σημασία με αυτές που πρέπει να αντιμετωπίζουν συνήθως οι γυναίκες [15].

27. Το σουηδικό σύστημα το οποίο αφορά η υπό κρίση υπόθεση εμφανίζει δύο χαρακτηριστικά: επιτρέπει στη διοικητική αρχή — αλλά ουδόλως το επιβάλλει — να προτιμήσει τον υποψήφιο του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς, ακόμη και οσάκις τα τυπικά και τα ουσιαστικά του προσόντα είναι κατώτερα από αυτά του υποψηφίου που κατετάγη στην πρώτη θέση [16]· εξάλλου, κατά τις κανονιστικές διατάξεις που ανέφερε η επιτροπή προσφυγών, το σύστημα αυτό δεν προβλέπει τη δυνατότητα της διοικητικής αρχής να λαμβάνει εν πάση περιπτώσει υπόψη, κατά την επιλογή, όσον αφορά τους υποψηφίους που δεν ευνοούνται από τη θετική δράση, ιδιάζουσες περιστάσεις και καταστάσεις προσωπικού χαρακτήρα.

Λαμβανομένων υπόψη των χαρακτηριστικών αυτών, θεωρώ αναμφίβολο το ασυμ-

15 — Προσέθεσα ότι η κρίση σχετικά με τη νομιμότητα του μέτρου συνεπάγεται επίσης κατ' ανάγκη ότι θα ληφθεί υπόψη η συνολική κατάσταση που κατέστησε αναγκαία τη λήψη του εξισορροπητικού μέτρου. Λόγω της ενδεχόμενης δυσαναλογίας μεταξύ του εξισορροπητικού μέτρου και του κοινωνικού περιβάλλοντος στο οποίο το μέτρο αυτό ενεργεί (έχω κατά νου επί παραδείγματι μια αμελητέα διαφορά στις ποσοστώσεις εκπροσώπησης γυναικών και ανδρών σε μια επιχείρηση ή στο δημόσιο τομέα), είναι δυνατόν να λείψουν οι προϋποθέσεις που νομιμοποιούν τη θετική δράση, προϋποθέσεις που κατ' ανάγκη συνδέονται με πραγματικά δεδομένα. Στον εθνικό δικαστή εναπόκειται να διαπιστώσει ότα οι προϋποθέσεις αυτές πληρούνται οσάκις επιλαμβάνεται διαφοράς όπου μόνον η πρόσληψη ή η προαγωγή βάλλονται και όπου, κατά συνέπεια, αμφισβητείται η ύπαρξη υποχρεώσεως προτιμησιακής μεταχειρίσεως.

16 — Το άρθρο 15 α της κανονιστικής αποφάσεως 1993:100, περί των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων, προβλέπει τη δυνατότητα της διοικητικής αρχής να διορίζει, αντί του επιλεγέντος βάσει των τυπικών και των ουσιαστικών προσόντων υποψηφίου, τον υποψήφιο του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς εφόσον ο υποψήφιος αυτός είναι κατάλληλος για την προς πλήρωση θέση. Η κανονιστική απόφαση 1995:936, περί της δημιουργίας ορισμένων θέσεων καθηγητών και επιστημονικών συνεργατών για λόγους ισότητας, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη θέση εργασίας, ορίζει στο άρθρο της 3, ότι η διοίκηση υποχρεούται να προτιμά τους υποψηφίους των οποίων το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 15 α της κανονιστικής αποφάσεως 1993:100.

βίβαστο του συστήματος αυτού με την οδηγία, όπως θεωρώ αναμφίβολο, ειδικότερα, ότι είναι αδύνατο να εμπίπτει το σύστημα αυτό στις θετικές δράσεις του άρθρου 2, παράγραφος 4, της ίδιας αυτής οδηγίας.

28. Πράγματι, όπως υπενθύμισα προηγουμένως, στο κοινοτικό δίκαιο, μια θετική δράση με σκοπό να ευνοήσει τις γυναίκες στον εργασιακό βίο θεωρείται ότι συμβιβάζεται με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως εφόσον η υποχρέωση προτιμήσεως ισχύει μόνον καθόσον οι επιλεγέντες υποψήφιοι είναι πράγματι ισάξιοι από πλευράς τυπικών και ουσιαστικών προσόντων. Μολονότι, όπως επισήμανα προηγουμένως με τις προτάσεις που ανέπτυξα στην υπόθεση Badeck, η ισοδυναμία αυτή είναι πλασματική, λαμβανομένου υπόψη του ότι είναι αδύνατον ή εξαιρετικά δυσχερές να είναι ακριβώς ισάξιοι δύο ή περισσότεροι υποψήφιοι, μετριάζει εν πάση περιπτώσει την υποχρέωση προτιμήσεως. Πράγματι, αν επιτρεπόταν ή επιβαλλόταν η επιλογή του υποψηφίου του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς ακόμη και οσάκις υφίσταται διαφορά τυπικών ή ουσιαστικών προσόντων, τούτο θα ισοδυναμούσε, κατά την άποψή μου, με την καθιέρωση συστήματος απόλυτης και ανεπιφύλακτης προτιμήσεως και, κατά τον τρόπο αυτόν, τη δημιουργία αποθέματος θέσεων επιφυλασσομένων για τις γυναίκες. Εξάλλου, η στάση αυτή θα είχε ως αποτέλεσμα να στερήσει κάθε νοήματος την αρχή καθαυτή της επιλογής των υποψηφίων, δεδομένου ότι το κριτήριο αποφάσεως δεν βασίζεται στη σύγκριση μεταξύ των διαφόρων υποψηφίων, αλλά στην ικανότητα των «προνομούχων» υποψηφίων να αναλάβουν τα καθήκοντα που συνεπάγεται η προς πλήρωση θέση.

Θεωρώ ότι ο απόλυτος και ανεπιφύλακτος χαρακτήρας του δικαιώματος προτιμήσεως που παρέχεται στους υποψηφίους των οποίων το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς (ήτοι, εν προκειμένω, στις γυναίκες) δεν εξαλείφεται οσάκις η ρύθμιση προβλέπει, όπως στη Σουηδία, ότι ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς τυγχάνει του δικαιώματος προτιμήσεως ως προς την πρόσληψη μόνον εφόσον η διαφορά μεταξύ του προτιμωμένου και του αποκλειομένου υποψηφίου δεν είναι σημαντική: πράγματι, εν πάση περιπτώσει, η σύγκριση μεταξύ των υποψηφίων και, επομένως η εκτίμηση των προσόντων τους έχουν μόνο δευτερεύουσα λειτουργία έναντι του προνομίου που παρέχεται στον υποψήφιο του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς, αλλοιώνοντας πλήρως, προφανέστατα, τη λειτουργία της επιλογής.

Το συμπέρασμα αυτό δεν αντικρούεται από την παρατήρηση της επιτροπής προσφυγών όσον αφορά το περιεχόμενο της «υποχρεώσεως αντικειμενικότητας» την οποία υπέχει εν πάση περιπτώσει η διοικητική αρχή οσάκις αξιολογεί τους υποψηφίους με σκοπό την πρόσληψη. Κατά την επιτροπή προσφυγών «η επιταγή της αντικειμενικότητας [την οποία προβλέπει το Σουηδικό Σύνταγμα και η οποία υπομνήσθηκε κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες της κανονιστικής αποφάσεως 1995:936, περί της δημιουργίας ορισμένων θέσεων καθηγητών και επιστημονικών συνεργατών για λόγους ισότητας] πρέπει να σημαίνει ότι το μέτρο θετικής διακρίσεως δεν μπορεί να εφαρμόζεται οσάκις τούτο συνεπάγεται τον κίνδυνο να υπάρχει εντονότερη απώλεια αποτελεσματικότητας στις προαναφερθείσες δραστηριότητες, εφόσον δεν διορίζονται οι υποψήφιοι με τα περισσότερα προσόντα» [17].

17 — Σελίδα 11 της μεταφράσεως της διατάξεως περί παραπομπής στα ελληνικά.

Θα ήθελα να προσθέσω ότι, οσάκις προτιμάται ένας υποψήφιος μεταξύ ισάξιων από πλευράς προσόντων υποψηφίων, είναι δύσκολο να εξακριβωθεί αν η διάκριση εις βάρος του υποψηφίου του οποίου το φύλο εκπροσωπείται επαρκώς υπερέβη το αναγκαίο μέτρο προκειμένου να λειτουργήσει η θετική δράση. Είναι προφανές, εν πάση περιπτώσει, ότι οι δυσκολίες αυτές είναι ακόμη εντονότερες [18] οσάκις γίνεται δεκτό ότι υπάρχει διαφορά επιπέδου μεταξύ των υποψηφίων.

Συνεπώς, αποκλείεται μια θετική δράση τέτοιου είδους να συμβιβάζεται με την οδηγία: κατά την ερμηνεία του Δικαστηρίου, η οδηγία δεν δέχεται καμία μορφή απόλυτης προτιμήσεως των υποψηφίων των οποίων το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς, καθόσον αυτή η μορφή ενεργητικής διακρίσεως είναι εν πάση περιπτώσει δυσανάλογη σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό.

29. Με το τρίτο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο υπενθυμίζει ότι, κατά τη σουηδική διοικητική πρακτική όσον αφορά το άρθρο 15 a της κανονιστικής αποφάσεως περί των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων (κανονιστική απόφαση 1993:100), οι υποψήφιοι των οποίων το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς προτιμώνται μόνον καθόσον οι υποψήφιοι είναι ισάξιοι ή σχεδόν ισάξιοι από πλευράς προσόντων. Συναφώς, η επιτροπή προσφυγών υπενθυμίζει ότι, «παρά το ότι η προσπάθεια προωθήσεως της ισότητας αποτελεί αντικειμενικό λόγο υπό την έννοια του Συντάγματος, η διάταξη συνεπάγεται ότι υπάρχει όριο ως προς το πόσο σημαντική μπορεί να είναι η διαφορά προσόντων προκειμένου να χωρεί θετική διάκριση» [19]. Προφανέστατα, η νομολογία των σουηδικών διοικητικών δικαστηρίων υπάγει τη νομοθεσία αυτή στην κλασσική μορφή θετικής δράσεως, όπως έχει διαμορφωθεί στο κοινοτικό δίκαιο. Ωστόσο, δεν απόκειται στο Δικαστήριο, αλλά στο εθνικό δικαστήριο, να προσδιορίσει τη σπουδαιότητα της πρακτικής αυτής στην εθνική έννομη τάξη και να εκτιμήσει την επιρροή της όσον αφορά την εθνική νομοθεσία.

30. Οπωσδήποτε, όπως επισήμανα προηγουμένως, προκειμένου να μπορεί να θεωρηθεί ότι μια θετική δράση συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο, πρέπει επίσης η οικεία διάταξη να προβλέπει τη δυνατότητα της διοικητικής αρχής να λαμβάνει υπόψη εν πάση περιπτώσει κατά τον χρόνο της επιλογής, όσον αφορά τους υποψηφίους που δεν ευνοούνται από τη θετική δράση, τις ιδιαίτερες περιστάσεις και καταστάσεις προσωπικού χαρακτήρα που μπορούν να σηματοδοτούν κοινωνικές δυσχέρειες το ίδιο σπουδαίες με αυτές που πρέπει συνήθως να αντιμετωπίζουν οι γυναίκες. Σύμφωνα με τις σκέψεις που διατύπωσαν το αιτούν δικαστήριο και η Σουηδική Κυβέρνηση, η νομοθεσία που καθιέρωσε την επίμαχη θετική δράση ή η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων στον τομέα αυτόν προφανώς δεν προβλέπουν τέτοια δυνατότητα παρεκ-

18 — Η Σουηδική Κυβέρνηση, στην απάντησή της σε ερώτηση του Δικαστηρίου ως προς την ερμηνεία του άρθρου 15 a του κεφαλαίου 4 της κανονιστικής αποφάσεως 1993:100, αναφέρει ότι, από τις 21 θέσεις που απονεμήθηκαν στις ανώτατες σχολές, τις πέντε κατέλαβαν γυναίκες κατ' εφαρμογήν του προγράμματος για την προώθηση των γυναικών. Τρεις από τους πέντε διορισμούς προσεβλήθησαν ενώπιον της επιτροπής προσφυγών. Σε δύο περιπτώσεις, η επιτροπή έκρινε ότι ο διορισμός αντέβαινε στην επιταγή της αντικειμενικότητας και, ως εκ τούτου, ακύρωσε την απόφαση περί διορισμού.

19 — Σελίδα 10 της μεταφράσεως της διατάξεως περί παραπομπής στα ελληνικά.

κλίσεως. Ωστόσο, στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εκτιμήσει αν η υποχρέωση αυτή απορρέει από άλλα νομοθετήματα που επιβάλλουν στη διοίκηση να παρέχει προνομιακή μεταχείριση σε πρόσωπα των οποίων οι προσωπικές καταστάσεις καθιστούν δυσχερή την ένταξή τους στον εργασιακό βίο.

Επί του δευτέρου και του τετάρτου προδικαστικού ερωτήματος

31. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω στοιχείων, φρονώ ότι το κοινοτικό δίκαιο και, ειδικότερα, το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας δεν επιτρέπει σε κράτος μέλος να καθιερώσει σύστημα προσλήψεων, κατά το οποίο ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς και ο οποίος διαθέτει επαρκή προσόντα πρέπει να διορίζεται αντί του υποψηφίου του ετέρου φύλου ο οποίος επελέγη αρχικώς βάσει των προσόντων και των ικανοτήτων του, τούτο δε ακόμη και αν η θετική δράση δεν έχει εφαρμογή οσάκις η διαφορά μεταξύ των προσόντων των υποψηφίων είναι τόσο σημαντική ώστε το μέτρο θα αντέβαινε στην επιταγή της αντικειμενικότητας κατά την πρόσληψη.

32. Με το δεύτερο και το τέταρτο προδικαστικό ερώτημα, η επιτροπή προσφυγών ζητεί να μάθει αν το σουηδικό σύστημα, το οποίο απορρέει από την παρατεθείσα νομοθεσία, εξακολουθεί να είναι παράνομο, οσάκις το πρόγραμμα προωθήσεως της ισότητας αφορά «εκ των προτέρων περιορισμένο αριθμό θέσεων», όπως συμβαίνει με την κανονιστική απόφαση 1995:936, περί της δημιουργίας ορισμένων θέσεων καθηγητών και επιστημονικών συνεργατών για λόγους ισότητας, ή έχει εφαρμογή στις θέσεις που δημιουργήθηκαν στο πλαίσιο ειδικού προγράμματος ενός συγκεκριμένου ανωτάτου εκπαιδευτικού ιδρύματος το οποίο επιτρέπει την εφαρμογή μέτρων θετικής διακρίσεως (όπως ορίζει το κεφάλαιο 14, άρθρο 15 a, της κανονιστικής αποφάσεως 1993:100) (δεύτερο ερώτημα), ή αφορά αποκλειστικά τις χαμηλότερες ή τις υψηλές θέσεις εργασίας (τέταρτο ερώτημα).

Αντιθέτως, το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει τη διοικητική πρακτική κατά την οποία ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς μπορεί να προτιμάται έναντι του υποψηφίου του ετέρου φύλου, καθόσον οι υποψήφιοι αυτοί είναι ισάξιοι ή σχεδόν ισάξιοι από πλευράς προσόντων και η εθνική νομοθεσία υποχρεώνει τη διοικητική αρχή να λαμβάνει υπόψη, κατά την πρόσληψη, όσον αφορά τους υποψηφίους που δεν ευνοούνται από τη θετική δράση, τις ιδιαίτερες περιστάσεις και καταστάσεις προσωπικού χαρακτήρα που μπορούν να σηματοδοτούν κοινωνικές δυσχέρειες το ίδιο σπουδαίες με αυτές που συνήθως αντιμετωπίζουν οι γυναίκες.

Η επιτροπή προσφυγών ερωτά κατ' ουσίαν αν ένα καθαυτό παράνομο μέτρο μπορεί να θεωρηθεί ότι συμβιβάζεται με το κοινοτικό

δίκαιο εφόσον έχει σαφώς καθορισμένο πεδίο εφαρμογής.

33. Κατά τη γνώμη μου, η έκταση του πεδίου εφαρμογής της θετικής δράσεως δεν έχει καμία σημασία όσον αφορά το αν η δράση αυτή συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο: συγκεκριμένα, η εκτίμηση του συμβιβαστού αυτού βασίζεται κυρίως στην ερμηνεία των διατάξεων που διέπουν την άσκηση της υποχρεώσεως ή της ευχέρειας της διοικητικής αρχής να προτιμά τους υποψηφίους των οποίων το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς και, ενδεχομένως, στην αναγκαιότητα της δράσεως αυτής από πλευράς της πραγματικής κοινωνικής καταστάσεως των προσώπων τα οποία επιδιώκει να ευνοήσει. Η εκτίμηση αυτή δεν μπορεί να αφορά το πεδίο εφαρμογής του συστήματος και, επομένως, την έκταση των αποτελεσμάτων του. Με άλλα λόγια, δεν αφορά τη σπουδαιότητα των κοινωνικών συνεπειών του συστήματος. Η εκτίμηση της νομιμότητας μιας θετικής δράσεως βάσει της εκτάσεως των κοινωνικών συνεπειών της θα ισοδυναμούσε με εξίσωση της θετικής δράσεως προς κάθε άλλη μορφή διακρίσεως μεταξύ των φύλων.

Αντιθέτως, όπως επισήμανα προηγουμένως με τις προτάσεις που ανέπτυξα στην υπόθεση Badeck [20], μολονότι είναι αληθές ότι η νομιμότητα αυτού του είδους των μέτρων στηρίζεται στο γεγονός ότι η θετική δράση είναι δυνατόν να εναρμονιστεί με την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, είναι επίσης ορθό ότι η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων και η αρχή της ισότητας των ευκαιριών, θεμέλιο της θετικής δράσεως, δεν είναι τελείως αντίθετες μεταξύ τους: συγκεκριμένα, μολονότι η ουσιαστική ισότητα επιτυγχάνεται με μέτρα που λόγω του αντικειμένου τους εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις, στην πραγματικότητα επιδιώκει τον ίδιο σκοπό με την πρώτη αρχή, έχει όμως μια πρόσθετη σημασία, υπό την έννοια ότι ο νομοθέτης αναλαμβάνει να διορθώσει μια αντικειμενικά δυσχερή κατάσταση ορισμένων στρωμάτων του πληθυσμού, στην οποία δεν θα μπορούσαν να αντεπεξέλθουν μέσω της τηρήσεως της γενικής αρχής της απαγορεύσεως των διακρίσεων.

34. Συνεπώς, φρονώ ότι η οδηγία δεν επιτρέπει σε κράτος μέλος να καθιερώνει ένα καθεαυτό παράνομο πρόγραμμα θετικών δράσεων, ακόμη και οσάκις η εθνική νομοθεσία έχει περιορίσει την εφαρμογή του μέτρου αυτού σε έναν προηγουμένως καθορισμένο και περιορισμένο αριθμό θέσεων ή και μόνο στις θέσεις που δημιουργούνται στο πλαίσιο ενός ειδικού προγράμματος, το οποίο καθιέρωσε ένα μόνον εκπαιδευτικό ίδρυμα. Συντρέχει ασυμβίβαστο του συστήματος αυτού με το κοινοτικό δίκαιο, είτε η εν λόγω νομοθεσία έχει εφαρμογή σε κατώτερες είτε σε ανώτερες θέσεις εργασίας.

20 — Σημείο 26.

Πρόταση

35. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να κηρύξει απαράδεκτα τα υποβληθέντα από το Överklagandenämnden för Högskolan ερωτήματα, δεδομένου ότι η εν λόγω επιτροπή δεν αποτελεί δικαστήριο, υπό την έννοια του άρθρου 177 της Συνθήκης.

Επικουρικώς, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής:

«1) Το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας, δεν επιτρέπει σε κράτος μέλος να καθιερώσει σύστημα προσλήψεων, κατά το οποίο ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς και ο οποίος διαθέτει επαρκή προσόντα πρέπει να διορίζεται αντί του υποψηφίου του ετέρου φύλου, ο οποίος είναι ο καταλληλότερος βάσει των προσόντων και των ικανοτήτων του, τούτο δε ακόμη και αν η υποχρέωση προτιμήσεως του υποψηφίου του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς δεν ισχύει οσάκις η διαφορά μεταξύ των προσόντων των υποψηφίων είναι τόσο σημαντική ώστε το μέτρο θα αντέβαινε στην επιταγή της αντικειμενικότητας κατά την πρόσληψη.

2) Αντιθέτως, το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ δεν απαγορεύει τη διοικητική πρακτική κατά την οποία ο υποψήφιος του οποίου το φύλο εκπροσωπείται ανεπαρκώς μπορεί να προτιμάται έναντι του υποψηφίου του ετέρου φύλου, καθόσον οι υποψήφιοι αυτοί είναι ισάξιοι ή σχεδόν ισάξιοι από πλευράς προσόντων και η εθνική νομοθεσία υποχρεώνει τη διοικητική αρχή

να λαμβάνει υπόψη, κατά την πρόσληψη, όσον αφορά τους υποψηφίους που δεν ευνοούνται από τη θετική δράση, τις ιδιαίτερες περιστάσεις και καταστάσεις προσωπικού χαρακτήρα που μπορούν να σηματοδοτούν κοινωνικές δυσχέρειες το ίδιο σπουδαίες με αυτές που συνήθως αντιμετωπίζουν οι γυναίκες.

3) Το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ δεν επιτρέπει σε κράτος μέλος να θεσπίζει κανόνες προσλήψεως όπως οι περιγραφόμενοι στην παράγραφο 1, ακόμη και οσάκις η εθνική νομοθεσία έχει περιορίσει την εφαρμογή της θετικής δράσεως σε έναν περιορισμένο και προηγουμένως καθορισμένο αριθμό θέσεων ή και μόνο στις θέσεις που δημιουργούνται στο πλαίσιο ενός ειδικού προγράμματος, το οποίο καθιέρωσε ένα μόνον εκπαιδευτικό ίδρυμα. Συντρέχει ασυμβίβαστο των κανόνων αυτών με το κοινοτικό δίκαιο, είτε η εν λόγω νομοθεσία έχει εφαρμογή σε κατώτερες είτε σε ανώτερες θέσεις εργασίας».