CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO SAGGIO

apresentadas em 16 de Novembro de 1999 *

Objecto do recurso prejudicial

1. No processo que vou examinar, a Överklagandenämnden för Högskolan (Suécia), comissão de recurso dos institutos de ensino superior, pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a compatibilidade com o direito comunitário do sistema nacional destinado a favorecer o recrutamento das mulheres nas escolas superiores e nas universidades. A característica da legislação nacional reside na possibilidade — e nunca na obrigação — de a administração recrutar o candidato do sexo sub-representado mesmo que não se revele que é o candidato mais adequado tendo em conta os seus méritos e as suas qualificações.

A legislação comunitária

2. Recordo que a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais, e às condições de trabalho (a seguir «directiva») [1], visa, no seu artigo 1.°, «a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissionais assim como no que se refere às condições, de trabalho e... à segurança social».

O artigo 2.°, n.° 1, desta mesma directiva dispõe que o princípio «implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar».

O artigo 2.°, n.° 4, especifica que a directiva não constitui obstáculo às «medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.° 1 do artigo 1.°».

* Língua original: italiano.

1 — JO L 39, p. 40.

3. Depois do pedido de decisão prejudicial ter sido submetido ao Tribunal de Justiça, entrou em vigor o Tratado de Amsterdão, que alterou o Tratado CE no que diz respeito — àquilo que nos interessa para a presente análise — à realização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Em especial, os artigos 2.° e 3.° do Tratado CE prevêem, na sua nova versão, que «a Comunidade tem como missão... promover... a igualdade entre homens e mulheres» e que «a Comunidade terá por objectivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres». Além disso, o artigo 6.°-A, também inserido pelo novo Tratado e que passou a artigo 13.° CE, dispõe que «o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo...».

4. O artigo 119.° do Tratado CE (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE) prevê, na sua versão alterada, que «Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual ou de valor igual» (n.° 1), que «O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.° [ex-artigo 189.°-B] e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual» (n.° 3), e por último, «A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional» (n.° 4)[2]. *A declaração relativa ao artigo 119.°, n.° 4, do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia*, anexa ao Tratado de Amsterdão, enuncia o seguinte: «Ao adoptarem as medidas a que se refere o n.° 4 do artigo 141.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia, os Estados-Membros deverão ter antes de mais como objectivo melhorar a situação das mulheres na vida profissional».

5. Mesmo antes da alteração do Tratado, as instituições comunitárias tinham adoptado diversos actos relativos à igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Salienta-se a importância especial que tem a recomendação 84/635/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1984, relativa à promoção das acções positivas a favor das mulheres[3], na qual pode ler-se: «as normas jurídicas existentes sobre a igualdade de tratamento, que têm por objectivo conceder direitos aos indivíduos, são insuficientes para eliminar qualquer forma de desigualdade de facto se, simultaneamente, não forem empreendidas, por parte dos governos, dos parceiros sociais e de outros organismos competentes, acções com vista a compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres na vida activa, resultam

2 — Na versão anterior às alterações introduzidas pelo Tratado de Amsterdão, o artigo 119.° não fazia nenhuma referência a acções positivas a favor do sexo sub-representado e enunciava apenas a proibição das discriminações em matéria de remunerações. No seu primeiro parágrafo, esse artigo dispunha que «Cada Estado-Membro garantirá durante a primeira fase, e manterá em seguida, a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual».

3 — JO L 331, p. 34.

de atitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade». Referindo-se expressamente ao artigo 2.°, n.° 4, da directiva, esta recomendação convida os Estados-Membros a adoptar uma política de acções positivas destinadas, nomeadamente, ao «encorajamento das candidaturas, do recrutamento e da promoção das mulheres nos sectores, profissões e níveis em que se encontrem sub-representadas, nomeadamente nos postos de responsabilidade».

adopção de medidas de discriminação positiva. O artigo 16.°, parágrafo segundo, ponto 2, prevê, em especial, que não há discriminação em razão do sexo quando «a decisão se insere no âmbito dos esforços feitos a favor da igualdade entre homens e mulheres na vida profissional».

A legislação nacional

6. Nos termos do artigo 9.°, do capítulo 11 da Constituição sueca, no âmbito da contratação na função pública, só podem ser tomados em consideração critérios objectivos de apreciação tais como o «mérito» e a «competência» [4]. Do mesmo modo, a lei relativa à função pública (1994:260) impõe que se seleccionem os candidatos com fundamento na sua competência excepto se «motivos especiais» justificarem o recurso a outros critérios.

7. A lei sueca relativa à igualdade entre homens e mulheres (1991:433) autoriza a

8. O sector dos institutos de ensino superior, que é objecto do pedido prejudicial em apreciação, é regido pelo Regulamento 1993:100 [5].

O artigo 15.° deste regulamento, na sua versão em vigor desde 1 de Janeiro de 1999, dispõe:

«As razões para a nomeação para um lugar de ensino devem ser os méritos de natureza científica, artística, pedagógica, administrativa ou outra relacionado com o conteúdo disciplinar do lugar a prover e com a sua natureza em geral. Deve igualmente ser tida em conta a capacidade do candidato para informar sobre a sua investigação e o seu trabalho de desenvolvimento.

Devem igualmente ser tidas em conta, quando da nomeação, razões objectivas que concordem com os fins gerais da política do mercado de trabalho, da igual-

4 — Em conformidade com os trabalhos preparatórios da disposição, o termo «mérito» refere-se essencialmente à experiência adquirida durante as prestações anteriores, ao passo que o conceito de «competência» é relativo à aptidão para ser contratado demonstrada por uma formação teórica e prática, bem como por uma experiência de trabalho.

5 — Alterado a última vez pelo regulamento de 1 de Janeiro de 1999.

dade, da política social e da política de emprego.»

Além disso, o artigo 15.°-A dispõe:

«As disposições que se seguem são aplicáveis quando um instituto de ensino superior decide aplicar a discriminação positiva aquando da contratação para um determinado lugar, no âmbito do programa de acções destinado a favorecer a igualdade entre homens e mulheres na vida profissional.

No momento da contratação, uma pessoa do sexo sub-representado que possua as qualificações suficientes previstas no artigo 15.°, n.° 1, pode ser prioritariamente designada em relação a um candidato do outro sexo que teria sido escolhido.

No entanto, não se devem aplicar medidas de discriminação positiva quando a diferença entre as qualificações dos candidatos for tão grande que a aplicação da regra seria contrária à exigência de objectividade no momento da contratação.»

9. Foi com fundamento no programa geral referido no artigo 15.°-A que o Regulamento 1995:936, relativo a certas contratações para lugares de professor e de assistente de investigação, criados com um objectivo de paridade, prevê a adopção de determinadas acções positivas[6]. Os três primeiros artigos deste regulamento dispõem:

«O presente regulamento aplica-se aos lugares de professores e assistentes de investigação criados em conformidade com medidas orçamentais especificamente previstas para o exercício orçamental de 1995/1996 em certas universidades e escolas superiores públicas no âmbito da acção destinada a favorecer a igualdade na vida profissional» (artigo 1.°).

«As universidades e as escolas superiores que beneficiam das medidas orçamentais específicas para este efeito são obrigadas a abrir vagas de lugares em conformidade com as disposições do regulamento relativo ao ensino superior (1993:100), tendo em conta as derrogações a seguir indicadas nos artigos 3.° a 5.° e seguintes. Todavia, estas derrogações apenas se aplicam aquando da primeira abertura das vagas de lugares em questão» (artigo 2.°).

«Para efeitos da designação dos candidatos, as disposições do artigo 15.°-A do capítulo

6 — Com fundamento neste regulamento e por decreto de 14 de Março de 1996, dnr/91, o governo previu dotações extraordinárias relativas a trinta lugares de professor.

4 [do Regulamento 1993:100] são substituídas pelas disposições seguintes:

Um candidato do sexo sub-representado que possua qualificações suficientes em conformidade com o artigo 15.°, n.° 1, do capítulo 4 do regulamento relativo ao ensino superior tem preferência em relação a um candidato do outro sexo que teria sido designado ('discriminação positiva'), se isso se revelar necessário para que seja designado um candidato do sexo sub-representado.

Não se deve adoptar uma medida de discriminação positiva quando a diferença entre as qualificações dos candidatos for tão grande que dela resulte o não cumprimento da exigência de objectividade no momento da contratação.»

Os factos e as questões prejudiciais

10. Em 3 de Junho de 1996, a Universidade de Gotemburgo publicou um aviso de concurso destinado a prover a vaga de professor catedrático de ciências da hidrosfera, em especial, dos processos físicos e bioquímicos das águas. O aviso de concurso precisava que o lugar a prover era abrangido pelo programa da universidade destinado a promover a igualdade de oportunidades, em conformidade com o Regulamento 1995:936.

11. Entre os candidatos, figuravam a Sr.ª Abrahamsson, o Sr. Anderson e as Sr.as Destouni e Fogelqvist. O júri decidiu proceder à selecção através de duas votações distintas. A primeira das votações tomava unicamente em consideração as competências científicas dos candidatos, em conformidade com o capítulo 4 do regulamento relativo ao ensino superior. A votação relativa a este critério conduziu à classificação, em primeiro lugar, do Sr. Anderson, que obteve cinco votos contra três votos a favor da Sr.ª Destouni. Em contrapartida, a segunda votação tinha em consideração os critérios que visavam promover acções destinadas a assegurar a paridade (em conformidade com o Regulamento 1995). Neste escrutínio, a Sr.ª Destouni ficou em primeiro lugar.

Assim, o júri propôs a nomeação da Sr.ª Destouni. Todavia, tendo a Sr.ª Destouni renunciado à sua candidatura, o reitor decidiu pedir uma reapreciação ao júri.

O júri declarou então que a maioria dos seus membros considerava que a diferença de qualificação entre o Sr. Anderson e a Sr.ª Fogelqvist, classificados respectivamente em segundo e terceiro lugares, era considerável, e em seguida teve dúvidas quanto à obrigação de dar a preferência a uma candidata, no caso concreto à Sr.ª Fogelqvist.

No entanto, em 18 de Novembro de 1997, o reitor nomeou a Sr.ª Fogelqvist, considerando que a diferença entre as qualificações desta candidata e as do Sr. Anderson não tinha por efeito tornar a acção positiva

contrária à exigência de objectividade na selecção dos candidatos.

12. A Sr.ª Abrahamsson e o Sr. Anderson impugnaram a decisão de nomeação na comissão de recurso. O Sr. Anderson alegou, em especial, que a nomeação da Sr.ª Fogelqvist era contrária ao artigo 3.º do Regulamento 1995:936 e às regras de direito comunitário, tais como tinham sido interpretadas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Kalanke [7].

13. Foi no âmbito deste processo que a Överklagandenämnden för Högskolan decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 2.º, n.ºs 1 e 4, da directiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (76/207/CEE), constitui obstáculo a uma legislação nacional segundo a qual um candidato de um sexo sub-representado com qualificações suficientes para um lugar na função pública seja nomeado com preferência sobre um candidato do sexo oposto que, se assim não fosse, seria nomeado (discriminação positiva'), se tal for necessário para a nomeação dum candidato do sexo sub-representado e em que, segundo a mesma legislação, a aplicação da discriminação positiva só deixará de ser feita se a diferença entre as qualificações dos candidatos for de tal forma ampla que tal aplicação seria contrária à exigência de objectividade no provimento do lugar?

2) Se a resposta à primeira questão for afirmativa, a aplicação da discriminação positiva em tal caso é proibida mesmo que a legislação nacional restrinja as possibilidades de nomeação, *quer* a um número limitado de lugares antecipadamente determinado (como segundo o regulamento 1995:936), *quer* a lugares que são criados no âmbito de um programa especificamente estabelecido numa escola superior segundo o qual é aplicável a discriminação positiva (como nos termos do capítulo 4, § 15-A, do regulamento 1993:100?

3) Se a resposta à segunda questão de qualquer forma implicar que tal discriminação positiva é proibida, pode então a regra, baseada na prática administrativa sueca e no capítulo 4, § 15, segundo parágrafo, do regulamento 1993:100, — admitida pela Överklagandenämnden — de que um candidato que pertença a um sexo sub-representado terá preferência sobre um candidato do sexo oposto, no pressuposto de que os candidatos podem ser

7 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 1995 (C-450/93, Colect., p. I-3051).

considerados iguais ou quase iguais no que se refere ao mérito, ser de qualquer forma considerada contrária à directiva referida na primeira questão?

4) Para apreciação das questões *supra* faz alguma diferença o facto de a legislação dizer respeito ao preenchimento de lugares inferiores no quadro de um órgão da administração ou dos lugares mais elevados na hierarquia desse órgão?»

Quanto à admissibilidade do pedido de decisão a título prejudicial

14. O órgão jurisdicional que submeteu as questões prejudiciais que estou a examinar é a comissão de recurso para os institutos de ensino superior (Överklagandenämnden för Högskolan). Trata-se, assim, de um órgão administrativo em relação ao qual há que verificar a natureza de «órgão jurisdicional nacional» na acepção do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE) e para efeitos da aplicação deste artigo.

15. Recordo que o conceito de órgão jurisdicional de reenvio constitui um conceito autónomo, no sentido de que não corresponde sempre e em todos os casos à qualificação conferida ao órgão em causa pelos direitos dos Estados-Membros. Com efeito, o conceito de «órgão jurisdicional», tal como é definido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que não depende de modo nenhum da denominação legal do órgão de reenvio, implica uma série de condições cuja reunião fundamenta a competência do órgão em causa para submeter questões prejudiciais nos termos do artigo 177.° Estas condições são as seguintes: a origem do órgão, o seu carácter permanente, o carácter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das regras de direito, bem como a sua autonomia em relação às partes e a sua independência [8].

16. Na decisão da comissão de recurso, esta reconhece a sua qualidade de autoridade administrativa, mas apesar disso afirma, em termos gerais, e mesmo vagos, que preenchia, no caso em apreço, todas as condições que lhe permitem ser considerada um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177 do Tratado, ou seja, a origem legal da sua criação, o seu carácter permanente, a natureza vinculativa das suas decisões, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das regras de direito.

O Governo sueco confirma esta interpretação, ao remeter, também em termos gerais, para as disposições legislativas aplicáveis. Com efeito, o Governo sueco salienta que a Constituição sueca distingue os órgãos jurisdicionais e as autoridades administrativas e que, segundo o direito sueco, a

8 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Colect.1965-1968, p. 401); de 14 de Dezembro de 1971, Politi (43/71, Recueil, p. 1039, Colect., p. 419); de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò (14/86, Colect., p. 2524, n.° 7); de 30 de Março de 1993, Corbiau (C-24/92, Colect., p. I-1277, n.° 15); de 19 de Outubro de 1995, Job Centre (C-111/94, Colect., p. I-3361, n.° 9); de 12 de Dezembro de 1996, x (C-74/95 e C-129/95, Colect., p. I-6609, n.° 17); de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Colect., p. I-4961, n.° 23); de 12 de Novembro de 1998, Victoria Film (C-134/97, Colect., p. I-7023, n.° 14), e de 2 de Março de 1999, Eddline El-Yassini (C-416/96, Colect., p. I-1209, n.° 17).

comissão de recurso é abrangida por esta última categoria. A comissão foi instituída pela lei relativa ao ensino superior (1992:1434) e é regida pelo regulamento que contém instruções aplicáveis à comissão de recurso para o ensino superior (1992:404). Este regulamento prevê que a comissão de recurso é constituída por oito membros nomeados pelo governo, que o presidente e vice-presidente são magistrados, e que três dos outros membros devem ser juristas. O governo acrescenta que a lei relativa à gestão administrativa (1993:223), que rege o processo na comissão de recurso, permite aos interessados apresentar observações escritas ou orais, e tomar conhecimento de todas as informações fornecidas à administração. Por força do artigo 1.° do capítulo 5.° da lei relativa ao ensino superior (1992:1434), a decisão da comissão é vinculativa e não é susceptível de recurso. Por último, a comissão goza de autonomia em relação às outras autoridades do Estado, e isto por força do artigo 7.° do capítulo 11 da Constituição, que proíbe qualquer espécie de ingerência nas actividades dos órgãos administrativos por parte das outras autoridades que compõem o poder executivo e mesmo do Parlamento.

17. Resulta claramente dos textos regulamentares mencionados pelo Governo sueco que a comissão de recurso tem origem legal, tem carácter permanente, e é uma jurisdição obrigatória (artigo 1.°, n.os 1 e 2, do capítulo 5 da lei 1992:1434) e, por último, nenhuma disposição lhe confere o direito de julgar em equidade em vez da aplicação de regras de direito.

Todavia, a leitura das disposições nacionais faz surgir certas dúvidas a propósito de duas condições, anteriormente mencionadas, que devem ser preenchidas para que o órgão administrativo em causa seja considerado um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° de Tratado, e que, assim, um pedido de decisão prejudicial possa ser declarado admissível: a primeira destas condições diz respeito à natureza contraditória do processo e a segunda à independência e à inamovibilidade efectivas dos membros da comissão de recurso.

18. a) Examinemos a primeira destas duas condições. Embora, como salientei nas conclusões que apresentei em 7 de Outubro de 1999 no processo Gabalfrisa e o. (C-110/98 a C-147/98), pendente no Tribunal de Justiça, à luz de certos acórdãos recentes do Tribunal de Justiça, a falta de carácter contraditório do processo não seja em si mesma determinante para negar a qualificação de órgão jurisdicional de órgão de reenvio, apesar disso é claro que, nos casos em que o Tribunal de Justiça admitiu reenvios prejudiciais efectuados no decurso de um processo sumário em que o demandado não comparecia, fê-lo tendo a precaução de compensar essa lacuna por um grau elevado de imparcialidade e de

independência do órgão competente para julgar[9]. Em minha opinião, não pode subsistir qualquer dúvida quanto à absoluta necessidade, para poder admitir um pedido, do carácter contraditório do órgão de reenvio.

No presente processo, o Governo sueco sustenta, sem ser contestado pela autoridade de reenvio, que o processo na comissão de recurso não é regido pela lei sueca relativa ao processo administrativo (a lei 971:291) — lei que só se aplica ao contencioso nos tribunais administrativos — mas pela lei relativa à gestão administrativa (1986:223), isto é, a lei que rege especialmente a adopção de actos administrativos[10]. Esta lei não prevê expressamente que as partes têm direito a um debate contraditório. Prevê apenas, no artigo 17.°, que a administração é obrigada a comunicar aos interessados todos os documentos que lhes dizem respeito e a dar-lhes a possibilidade de apresentar observações.

9 — Nas conclusões que apresentei no processo Gabalfrisa e o. referi, em especial, que o acórdão Dorsch Consult, já referido, no qual o Tribunal de Justiça, ao rejeitar a tese da Comissão segundo a qual o organismo de reenvio «não intervindo, segundo as próprias indicações desta última, num processo contraditório», limitou-se a afirmar que «a existência de um processo contraditório não é um critério absoluto» Esta afirmação, desprovida de fundamentação em relação ao caso em apreço, deixa-me, na realidade, perplexo, se se considerar que, anteriormente, o Tribunal de Justiça tinha admitido reenvios prejudiciais efectuados no decurso do processo nos quais o contraditório não era inexistente, mas apenas diferido para um momento (por vezes eventual) posterior (v. acórdãos Politi e Pretore di Salò, já referidos na nota 8, bem como os acórdãos de 28 de Junho de 1978, Simmenthal, 70/77, Recueil, p. 1453; Colect., p. 499, e de 21 de Abril de 1988, Pardini, 338/85, Colect. p. 2041).

10 — Esta interpretação é confirmada pela doutrina: v. Ragnemalm, H., «Administrative justice», *Juristförlaget*, Estocolmo, 1991, p. 210, e Strömberg, H., «Allmän förvaltningsrätt», *Liber Ekonomi*, 19.ª edição, Lund, 1998, em especial p. 80.

O artigo 14.° dessa mesma lei prevê, além disso, a possibilidade de as partes apresentarem observações orais.

O carácter contraditório deste processo que, sublinho de novo, é regido pela legislação relativa à adopção dos actos administrativos, depende, assim, das disposições que conferem aos administrados o direito de tomar conhecimento de todos os documentos que são tomados em consideração pela administração. Ora, é evidente que esta ordem de disposições não tem por objectivo impor um processo contraditório, mas efectivamente impor a absoluta transparência do órgão em questão e reconhecer aos cidadãos o direito de apresentar observações ou novos elementos. Apesar disso, penso que, tendo em conta a competência específica do órgão de reenvio no caso em apreço — competência que consiste no controlo da legalidade dos actos da administração das escolas superiores e das universidades —, não se pode excluir que o artigo 14.° e, sobretudo, o artigo 17.° da lei relativa à gestão administrativa possam garantir aos interessados um debate contraditório normal. Com efeito, o artigo 17.°, em especial, permite sempre aos administrados que impugnem uma decisão da administração na comissão de recurso apresentar as suas observações sobre qualquer elemento complementar que emane de terceiros interessados e, do mesmo modo, os interessados cuja nomeação ou promoção sejam impugnadas são informados do recurso e têm, além disso, o direito de apresentar as suas observações.

Assim, considero que, não obstante o carácter «atípico» desse debate contraditó-

rio, posso admitir que a comissão de recurso preenche a condição fixada na matéria pelo direito comunitário para que um pedido de decisão prejudicial seja admissível.

19. b) Quanto à segunda condição, que exige a independência dos membros da comissão de recurso, sublinho, como já tive oportunidade de o fazer noutras circunstâncias, que a independência dos juízes constitui um elemento essencial para efeitos do reconhecimento da natureza de «órgão jurisdicional» de um órgão administrativo na acepção do artigo 177.° do Tratado e para efeitos da sua aplicação e que há que examinar com extremo rigor a questão de saber se as disposições nacionais correspondem à exigência de independência de um órgão que, embora num âmbito específico e para fins efectivamente determinados, invoca a natureza de órgão de jurisdição.

Afigura-se, no caso em apreço, que os membros da comissão são nomeados pelo governo por um determinado período (artigo 9.° do regulamento que contêm instruções aplicáveis à comissão). As leis e os regulamentos que regem a comissão não mencionam o período da duração do mandato nem os casos em que a administração pode revogar os mandatos dos membros da comissão. Quanto à duração do seu mandato, é de qualquer modo possível presumir que esta é mencionada no acto de nomeação e isso pode ser suficiente para garantir o carácter permanente e estável do órgão.

Em contrapartida, a ausência de disposições específicas definindo as condições e as modalidades de revogação dos mandatos dos membros da comissão faz surgir dúvidas quanto à independência deste órgão. Com efeito, fico perplexo perante a possibilidade, evocada pelo Governo sueco, de deduzir esse carácter da disposição constitucional que consagra o princípio da autonomia de todas as administrações nacionais (capítulo 11, artigo 7.°). Saliento, com efeito, que a Constituição apenas enuncia para os juízes a lista exaustiva dos casos em que a revogação do mandato pode ser pronunciada, e que essa disposição não se aplica aos órgãos administrativos e, deste modo, aos membros da comissão de recurso (artigo 5.°).

20. Além da referida disposição constitucional, que consagra o princípio da autonomia dos órgãos administrativos para efeitos da adopção dos seus actos, a lei relativa à gestão administrativa contém uma lista, também exaustiva, dos casos em que pode haver recusa dos membros dos órgãos administrativos pelas autoridades administrativas ou em que esses mesmos membros têm a obrigação de mencionar circunstâncias que são susceptíveis de constituir motivos de recusa no que lhes diz respeito (artigos 11.° e 12.°).

Ora, segundo o acórdão Köllensperger e Atzwanger [11], proferido recentemente pelo Tribunal de Justiça e recordado pelo próprio Governo sueco, é a interpretação conjugada das regras relativas à recusa e à

11 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Fevereiro de 1999 (C-103/97, Colect., p. I-551).

abstenção dos membros de um órgão e daquelas que proíbem a ingerência dos outros órgãos do Estado que permitem concluir que foi preenchida a referida exigência, condição necessária do reconhecimento da natureza de «órgão jurisdicional» do órgão administrativo em causa, em conformidade com o artigo 177.° do Tratado. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça afirma que «não compete ao Tribunal de Justiça pressupor que esta disposição será aplicada de modo contrário à Constituição [nacional] e aos princípios de um Estado de direito».

Decorre desta jurisprudência que o vínculo entre duas regras exclui que o instrumento da revogação dos mandatos dos membros das autoridades administrativas possa transformar-se numa forma de ingerência que vai contra a liberdade e a independência de julgamento dos membros da comissão. Noutros termos, esta jurisprudência implica que, no âmbito de tal legislação, o direito de revogação do mandato não pode constituir um instrumento de enfraquecimento da independência da referida comissão. Esta interpretação é extremamente compreensiva, na medida em que não impõe como único critério de apreciação, para avaliar da independência do órgão jurisdicional em causa, a existência de fundamentos iguais ou análogos aos que podem justificar a revogação dos mandatos dos magistrados, mas a existência de um dever geral de não ingerência nas actividades dos órgãos administrativos do Estado, associado ao direito de recusar os membros das diferentes autoridades em causa e ao dever de abstenção que incumbe aos membros nas devidas circunstâncias. Penso que este dever não pode de qualquer modo ser suficiente para garantir a independência absoluta da comissão de recurso: com efeito, uma condição essencial, tal como a da independência do órgão em causa, deve ser garantida por disposições claras no interesse primordial dos cidadãos que, se for caso disso, devem poder fazer-lhes referência sem ter de recorrer a operações interpretativas complexas para identificar e demonstrar o direito de ser julgados por órgãos independentes. Com efeito, a independência do órgão jurisdicional assegura a protecção de um interesse de carácter geral e constitui um valor essencial que fundamenta a relação que liga o cidadão ao órgão jurisdicional [12].

21. Pelas razões que acabo de expor, proponho ao Tribunal de Justiça que declare inadmissível o pedido de decisão prejudicial.

Quanto ao mérito

22. Na minha apreciação do mérito do processo, tratarei conjuntamente as primeira e terceira questões antes de abordar as segunda e quarta questões. Com efeito, as duas primeiras questões são relativas ao sistema geral das acções positivas em matéria de nomeações nas escolas superiores e nas universidades, ao passo que as outras questões são respeitantes à aplicabi-

12 — Aliás, duvido que a presunção de legalidade dos actos dos órgãos do Estado, à qual se refere o acórdão Köllensperger e Atzwanger, possa ser suficiente para garantir que uma autoridade administrativa julgue em plena e absoluta independência. Com efeito, não é a regularidade dos actos desses órgãos que é importante para efeitos da apreciação da condição de independência do «juiz de reenvio», mas antes o conteúdo das regras nacionais que fundamentam a acção dessas autoridades.

lidade desse sistema a sectores bem definidos da educação nacional.

Quanto às primeira e terceira questões prejudiciais

23. Ao formular as primeira e terceira questões, a comissão de recurso pergunta ao Tribunal de Justiça se as acções positivas visadas no artigo 2.°, n.° 4, da directiva são susceptíveis de abranger um sistema nacional tal como o sistema sueco que prevê a nomeação, no seio do pessoal docente das escolas superiores e das universidades, de um candidato do sexo sub-representado, mesmo que se revele não ser o primeiro da classificação estabelecida, na medida em que, tendo em conta os seus méritos e as suas classificações, o candidato do sexo sub-representado seja apto para exercer as funções inerentes ao lugar vago e que a diferença entre os candidatos, classificados respectivamente em primeiro e segundo, não implique, em caso de selecção do segundo candidato, uma violação do dever de apreciar os candidatos segundo critérios objectivos, previstos pela lei geral relativa à função pública (1994:260).

Em caso de resposta negativa, o juiz de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se esse sistema poderia ser considerado legal, pelo menos tendo em conta a jurisprudência administrativa segundo a qual um candidato do sexo sub-representado só pode ser preferido se os seus méritos e as suas qualificações forem equivalentes (ou quase equivalentes) aos do candidato classificado em primeiro lugar.

24. Estas questões suscitam novamente o problema com o qual me confrontei nas conclusões que apresentei em 10 de Junho de 1999, no processo Badeck, pendente no Tribunal de Justiça (C-158/97), para as quais remeto no que diz respeito às observações gerais que desenvolvi a propósito do alcance das acções positivas nacionais e dos limites que lhes são impostos pelo direito comunitário. Recordo, no caso concreto, as orientações da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tais como resultam dos acórdãos Kalanke, já referido, e Marschall [13].

25. Em 1995, no acórdão Kalanke — invocado pelos demandantes em apoio dos seus pedidos no processo principal e recordado pelo órgão jurisdicional nacional no despacho de reenvio — a acção positiva era imposta por uma lei do *Land* de Brema, dispondo que «no recrutamento... incluindo a titularização de um funcionário ou de um juiz, as mulheres com qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos devem ser prioritariamente consideradas nos sectores em que estejam em minoria» e que «as qualificações devem ser apreciadas tendo em vista exclusivamente as exigências da profissão, do lugar a prover ou da carreira». O Tribunal de Justiça considerou que essa regulamenta-

13 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1997 (C-409/95, Colect., p. I-6363).

ção, *que concede automaticamente, a qualificações iguais entre candidatos de sexo diferente* escolhidos com vista a uma promoção, uma prioridade aos candidatos femininos nos sectores em que as mulheres estejam sub-representadas, não só era contrária ao artigo 2.°, n.° 1, da directiva, na medida em que «implica uma discriminação em razão do sexo» (n.° 16), mas também não pode ser abrangida pelas acções positivas referidas no n.° 4 do mesmo artigo, na medida em que «uma regulamentação nacional que garante prioridade absoluta e incondicional às mulheres numa nomeação ou promoção vai para além de uma promoção da igualdade de oportunidades e exorbita dos limites da excepção contida no artigo 2.°, n.° 4, da directiva» (n.° 22). O Tribunal de Justiça acrescenta que «tal sistema, ao pretender estabelecer uma igualdade de representação das mulheres relativamente aos homens em todos os graus e níveis de um serviço, substitui a promoção da igualdade de oportunidades, prevista no artigo 2.°, n.° 4, pelo resultado a que só a concretização dessa igualdade de oportunidades permitiria chegar» (n.° 23).

No acórdão Marschall, o Tribunal de Justiça tinha que se pronunciar sobre a compatibilidade com o artigo 4.°, n.os 1 e 4, da lei relativa ao estatuto do pessoal do *Land* alemão Nordrhein-Westfalen, que dispõe que, nos sectores de actividade do serviço público onde as mulheres são menos numerosas do que os homens ao nível do lugar em causa, as mulheres são promovidas prioritariamente, em caso de igualdade de aptidão, de competência e de prestações profissionais. Por outro lado, esta lei prevê uma excepção à aplicação deste princípio da prioridade, que permite à entidade patronal derrogar essas disposições quando «razões ligadas à pessoa de um candidato [do sexo masculino] fazem inclinar a balança em seu favor» [14]. Tendo em conta, a existência desta «cláusula de abertura», o Tribunal de Justiça considerou que o sistema era suficientemente flexível, no sentido de que não continha o automatismo que caracterizava a lei do *Land* de Brema em causa no acórdão Kalanke, e assim declarou que a directiva relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento não se opunha às medidas adoptadas pelo Land Nordrhein-Westfalen. A parte decisória desse acórdão dispõe que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva não se opõe a essa norma desde que ela «garanta, em cada caso individual, aos candidatos masculinos com qualificação igual à dos candidatos femininos que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta todos os critérios relativos à pessoa dos candidatos e afaste a prioridade concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses

14 — Chamado a precisar quais são, na prática, as «razões ligadas à pessoa de um candidato do sexo masculino», que permitiriam dar prioridade a um candidato do sexo masculino, o Governo do Land Nordrhein-Westfalen declarou que essas razões abrangiam critérios secundários de selecção tais como «a antiguidade de serviço e razões de ordem social», como o facto, para o candidato, de ter a família cargo. Deve-se deduzir desta resposta que os elementos aos quais a lei faz referência podem relevar tanto do domínio das «qualificações» e, assim, do perfil profissional dos candidatos — elementos que, tais como a antiguidade de serviço, foram já tomados em consideração aquando da fase preliminar do procedimento de classificação dos candidatos — como do domínio das situações que são estranhas à aptidão do candidato para exercer as funções inerentes à relação laboral e, deste modo, de situações que representam uma desvantagem e que, tal como as que estão na base da acção de correcção a favor das mulheres, impõem uma protecção especial.

critérios derem preferência ao candidato masculino», e que «estes critérios não sejam discriminatórios relativamente aos candidatos femininos».

26. Nas conclusões que apresentei no processo Badeck, salientei que essa jurisprudência me permitia concluir que uma acção de promoção das mulheres no mundo do trabalho que preveja uma obrigação de conceder a prioridade aos candidatos do sexo feminino e institua, deste modo, quotas de presença feminina na função pública e no sector privado é legal do ponto de vista da ordem jurídica comunitária, desde que permita à entidade patronal escolher o candidato que tenha o perfil profissional mais adaptado. Além disso, a acção positiva a favor das mulheres não deve modificar de modo algum o julgamento quanto aos méritos e às qualificações dos candidatos do sexo masculino. Para este efeito, por um lado, o sexo deve constituir um critério complementar para definir o perfil dos candidatos, critério que deve concorrer com aqueles em que se fundamenta regra geral a apreciação global destes e, por outro, a obrigação de conceder prioridade às mulheres não deve implicar que se deixe de tomar em consideração, na avaliação dos candidatos que não beneficiam da acção positiva, situações especiais de ordem pessoal que, embora sejam estranhas à avaliação do perfil profissional dos candidatos, podem ser o indício de situações sociais que têm a mesma importância que as que devem normalmente defrontar as mulheres [15].

27. O sistema sueco em causa no presente processo tem duas características: permite à administração — mas não lhe impõe de modo algum — dar prioridade ao candidato do sexo sub-representado, mesmo quando as suas qualificações e os seus méritos se revelem inferiores aos do candidato classificado em primeiro lugar [16]; além disso, segundo as fontes regulamentares mencionadas pela comissão de recurso, não prevê a possibilidade de a administração ter de qualquer modo em consideração, aquando da selecção, no que se refere aos candidatos que não beneficiam da acção positiva, circunstâncias e situações especiais de ordem pessoal.

Tendo em conta estas características, a incompatibilidade deste sistema com a

15 — Acrescentei que o julgamento quanto à legalidade da medida implica também, necessariamente, a tomada em consideração da situação global que tornou necessária a medida de reequilíbrio. A eventual desproporção entre a medida de reequilíbrio e o contexto social em que ela opera (penso, por exemplo, numa diferença não significativa nas quotas-partes de presença das mulheres e dos homens numa empresa ou num sector público) pode fazer desaparecer as condições que legitimam a acção positiva, condições que estão necessariamente ligadas a elementos de facto. Compete ao juiz nacional estabelecer que essas condições estão preenchidas quando lhe é submetido um litígio em que determinada contratação ou determinada promoção são impugnadas e em que é então contestada a existência da obrigação de preferência.

16 — O artigo 15.°-A do Regulamento 1993:100 relativo ao ensino nas escolas superiores prevê a possibilidade de a administração designar em vez e no lugar do candidato pré-seleccionado com base nos seus méritos e qualificações, o candidato do sexo sub-representado quando for um candidato adequado para o lugar a prover. O Regulamento 1995:936 relativo a certas contratações para lugares de professor e assistente de investigação, criados com o objectivo de paridade, como o que está em causa no litígio do processo principal, dispõe, no seu artigo 3.°, que a administração é obrigada a dar prioridade aos candidatos pertencentes ao sexo sub-representado quando estiverem reunidas as condições previstas no artigo 15.°-A do Regulamento 1993:100.

directiva parece-me indubitável, tal como me parece indubitável, mais especialmente, a impossibilidade de este sistema ser abrangido pelas acções positivas referidas no artigo 2.°, n.° 4, dessa mesma directiva.

28. Com efeito, como recordei anteriormente, em direito comunitário, uma acção positiva destinada a favorecer as mulheres no mundo do trabalho é considerada compatível com o princípio da não discriminação quando a obrigação de preferência apenas seja válida para os casos em que haja equivalência real das qualificações e méritos respectivos dos candidatos pré-seleccionados. Embora, como também salientei anteriormente, nas conclusões que apresentei no processo Badeck, essa equivalência constitua uma ficção tendo em conta a impossibilidade ou a dificuldade extrema de conduzir à colocação de dois ou mais candidatos *ex aequo*, representa, de qualquer modo, uma atenuação da obrigação de preferência. Com efeito, permitir ou impor a escolha do candidato pertencente ao sexo sub-representado mesmo que exista uma diferença de qualificações ou de méritos equivaleria, em minha opinião, à criação de um sistema de preferência absoluta e incondicional e, a esse titulo, à criação de uma reserva de lugares assegurados às mulheres. Além disso, uma tal atitude teria por efeito esvaziar de todo significado o próprio princípio de selecção dos candidatos, uma vez que o critério de decisão já não assentaria numa comparação feita entre diferentes candidatos, mas da aptidão dos candidatos «privilegiados» para assumir funções inerentes ao lugar a prover.

Considero que o carácter absoluto e incondicional do direito de preferência concedido aos candidatos pertencentes ao sexo sub-representado (concretamente, no caso em apreço, às mulheres) não desaparece quando a regulamentação preveja, como acontece na Suécia, que o candidato do sexo sub-representado apenas beneficie do direito de preferência para efeitos da nomeação, na medida em que a diferença entre o candidato privilegiado e o candidato excluído não seja importante: com efeito, de qualquer modo, a comparação entre os candidatos e deste modo a apreciação das qualidades destes apenas desempenha um papel secundário face ao privilégio conferido ao candidato do sexo sub-representado, desnaturando completamente, com toda a evidência, a função da selecção.

Esta conclusão não é contrariada pela observação formulada pela comissão de recurso a propósito do âmbito da «obrigação de objectividade» à qual a administração está de qualquer modo obrigada quando avalia os candidatos tendo em vista a sua contratação. Segundo a comissão de recurso, «a exigência de objectividade (prevista pela Constituição sueca e recordada no decurso dos trabalhos preparatórios do Regulamento 1995:936, relativo a certas contratações de professor e assistentes de investigação, criadas com um objectivo de igualdade) deve implicar que a discriminação positiva não será de aplicar quando implique o risco de uma manifesta perda de eficiência dentro das actividades em causa se o candidato mais qualificado não for nomeado» [17].

17 — P. 8 do despacho de reenvio.

Acrescento que a prioridade dada quando as qualificações são equivalentes dificilmente permite estabelecer se uma discriminação que foi efectuada em prejuízo de um candidato do sexo mais representado ultrapassa o que era necessário para que a discriminação positiva possa actuar. De qualquer modo, é evidente que estas dificuldades são tanto ou mais graves [18] quanto mais se admitir que havia uma diferença de nível entre os candidatos.

Assim, deve-se excluir que uma acção positiva deste tipo seja compatível com a directiva: segundo a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça, esta não admite qualquer forma de preferência absoluta dos candidatos pertencentes ao sexo sub-representado, na medida em que essa forma de discriminação activa é, de qualquer modo, desproporcionada em relação ao objectivo prosseguido.

29. Ao formular a terceira questão prejudicial, o órgão de reenvio recorda que, segundo a prática administrativa sueca relativa ao artigo 15.°-A do regulamento relativo ao ensino superior (regulamento 1993:100), a prioridade dada aos candidatos pertencentes a um sexo sub-representado apenas intervém na medida em que os candidatos possuam méritos equivalentes ou sensivelmente equivalentes. Deste ponto de vista, a comissão de recurso recorda que, «apesar de o esforço para promover a igualdade ser uma razão objectiva na acepção da Constituição, a previsão implica que seja estabelecido um limite à possibilidade de uma maior diferença nas qualificações conduzir a uma discriminação positiva» [19]. Evidentemente, a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais administrativos suecos liga esta legislação ao modelo clássico de acção positiva tal como é formado em direito comunitário. Todavia, não compete ao Tribunal de Justiça, mas ao órgão jurisdicional nacional, determinar a importância que reveste esta prática na ordem jurídica nacional e apreciar o seu âmbito em relação às disposições da legislação nacional.

30. De qualquer forma, como salientei anteriormente, para que uma acção positiva seja considerada compatível com o direito comunitário, a disposição em causa deve também prever a possibilidade de a administração tomar de qualquer modo em consideração, no momento da selecção, no que diz respeito aos candidatos que não beneficiam da discriminação positiva, circunstâncias e situações especiais de ordem pessoal que possam ser o indício de situações sociais que têm a mesma importância que as que devem normalmente defrontar as mulheres. Ora, segundo as considerações tecidas pela jurisdição de reenvio e pelo Governo sueco, não parece que a legislação que instaurou a acção positiva em causa ou a jurisprudência administrativa na matéria prevejam essa possibilidade de derrogação. Apesar disso, compete ao órgão jurisdicio-

18 — Na resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça a propósito da interpretação do artigo 15.°-A do capítulo 4 do regulamento 1993:100, o Governo sueco menciona que, entre os vinte e um contratados colocados nas escolas superiores, foram nomeadas cinco mulheres nos termos do programa de promoção das mulheres. Três dessas cinco nomeações foram impugnadas na comissão de recurso. Em dois casos, a comissão considerou que a nomeação era contrária à exigência de objectividade e anulou a decisão de nomeação.

19 — P. 10 do despacho de reenvio.

nal nacional apreciar se tal obrigação resulta de outras fontes regulamentares, que impõem à administração conceder um tratamento privilegiado a pessoas que têm situações pessoais que tornam difícil a sua inserção no mundo do trabalho.

31. Tendo em conta os elementos precedentes, considero que o direito comunitário, e em especial o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva, não autoriza um Estado-Membro a instaurar um sistema de recrutamento em virtude do qual o candidato do sexo sub-representado que possui qualificações suficientes deve ser nomeado em vez e no lugar do candidato de outro sexo, que tinha sido escolhido em primeiro lugar com base nos méritos e na competência, e isto mesmo que a discriminação positiva não seja aplicável quando a diferença entre as qualificações for tão importante que a aplicação da norma seria contrária à exigência de objectividade no momento da contratação.

Ao invés, o direito comunitário não se opõe a uma prática administrativa segundo a qual o candidato pertencente ao sexo sub-representado pode ter prioridade em relação ao candidato do sexo oposto, na medida em que as suas qualificações sejam equivalentes ou quase equivalentes, e que a legislação nacional obrigue a administração a tomar em consideração, aquando da contratação, no que diz respeito aos candidatos que não beneficiam da acção positiva, circunstâncias e situações especiais de ordem pessoal que podem ser o indício de dificuldades sociais que têm a mesma importância que as que devem normalmente defrontar as mulheres.

Quanto às segunda e quarta questões prejudiciais

32. Ao formular as segunda e quarta questões, a comissão de recurso deseja saber se o sistema sueco, inserido na legislação que evoquei, é ilegal quando o programa de promoção da paridade diz respeito a uma «quantidade previamente limitada de lugares», como é o caso do regulamento 1995:936, relativo a certas contratações para lugares de professores e de assistentes de investigação, criados com o objectivo de paridade, ou se é aplicado aos lugares criados no âmbito de um programa específico de uma escola de ensino superior, permitindo a aplicação de medidas de discriminação positiva (como é o caso, nos termos do artigo 15.°-A do capítulo 4 do regulamento 1993:100) (segunda questão), ou se visa unicamente lugares de nível inferior ou lugares de nível elevado (quarta questão).

Em suma, a comissão de recurso pretende saber se uma acção positiva em si mesma ilegal deve ser considerada compatível com

o direito comunitário quando o seu âmbito de aplicação é bem circunscrito.

33. Em minha opinião, o âmbito de aplicação da acção positiva não tem qualquer importância quanto à questão da sua compatibilidade com o direito comunitário: com efeito, a apreciação desta compatibilidade assenta principalmente na interpretação das disposições que regulam o exercício da obrigação ou da faculdade de a administração conceder prioridade aos candidatos que pertencem ao sexo sub-representado e, se for caso disso, no carácter necessário dessa acção relativamente à condição social efectiva das pessoas que pretende favorecer. Essa apreciação não pode dizer respeito ao campo de aplicação do sistema e, a esse título, ao âmbito dos efeitos. Noutros termos, ela não é respeitante à importância das repercussões sociais do sistema. Julgar a legalidade de uma acção positiva fundamentando-se na avaliação do âmbito das consequências sociais equivaleria a colocar a acção positiva na mesma situação que qualquer outra forma de discriminação em razão do sexo.

Ao invés, como já salientei nas conclusões que apresentei no processo Badeck [20], se se revelar que a licitude deste tipo de medidas assenta na possibilidade de conciliar a acção positiva com o princípio da não discriminação, também é verdade que o princípio da não discriminação bem como o princípio da igualdade de oportunidades, fundamentos da acção positiva, não são totalmente contraditórios: com efeito, embora a igualdade essencial se realize por medidas que, pelo seu objecto, têm um carácter discriminatório, ela prossegue na realidade o mesmo objectivo que o primeiro princípio, todavia, com uma dimensão suplementar, no sentido de que o legislador se encarrega de corrigir uma situação de dificuldades reais de certas camadas da população, dificuldades a que estas não poderiam fazer face no respeito do princípio geral da não discriminação.

34. Assim, considero que a directiva não permite a um Estado-Membro adoptar um programa de acções positivas em si ilegal, ainda que a legislação nacional tenha restringido a aplicação dessa acção a um número de lugares previamente determinado e limitado, ou ainda aos lugares criados no âmbito de um programa especial, adoptado por um único estabelecimento de ensino. A incompatibilidade desse sistema com o direito comunitário não deixa de existir, mesmo que a legislação em causa seja aplicada aos lugares de nível inferior ou aos de nível superior.

20 — No n.º 26.

Conclusão

35. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça declare inadmissíveis as questões submetidas pela Överklagandenämnden för Högskolan, não sendo a referida comissão um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

A título subsidiário, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo:

«1) O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, não permite a um Estado-Membro que instaure normas de contratação nos termos das quais o candidato do sexo sub-representado que possui qualificações suficientes deve ser nomeado em vez e no lugar do candidato do outro sexo, que se revela ser o candidato mais adequado com base nos méritos e na competência, e mesmo que a obrigação de dar preferência ao candidato do sexo sub-representado não se aplique quando a diferença entre as qualificações dos candidatos for tão importante que a aplicação da norma seria contrária à exigência de objectividade que a administração é obrigada a respeitar no momento da contratação.

2) Em contrapartida, o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207 não se opõe a uma prática administrativa segundo a qual o candidato pertencente ao sexo sub-representado pode ter prioridade em relação ao candidato do sexo oposto na medida em que as qualificações do primeiro sejam equivalentes ou quase equivalentes às do segundo e que a legislação nacional obrigue a administração a tomar em consideração, aquando da contratação, no que diz respeito

aos candidatos que não beneficiam da acção positiva, circunstâncias e situações especiais de ordem pessoal que podem ser o indício de situações sociais que têm a mesma importância que as que devem normalmente defrontar as mulheres.

3) O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207 não permite a um Estado-Membro instaurar normas de contratação tais como as referidas no n.° 1, mesmo quando efectivamente a legislação nacional tenha limitado a aplicação da acção positiva a um número de lugares limitado e previamente determinado ou apenas aos lugares criados no âmbito de um programa especial adoptado por um único estabelecimento de ensino. Estas regras são incompatíveis com o direito comunitário mesmo que sejam apenas aplicáveis aos lugares de nível inferior ou aos de nível superior.»