JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ANTONIO SAGGIO
16 päivänä marraskuuta 1999 *

Ennakkoratkaisupyynnön kohde

1. Tässä esillä olevassa asiassa Överklagandenämnden för högskolan (yliopistojen ja korkeakoulujen valituslautakunta) pyytää yhteisöjen tuomioistuinta tutkimaan, onko sellainen kansallinen lainsäädäntö, jolla pyritään ottamaan naiset paremmin huomioon korkeakoulujen ja yliopistojen virantäytössä, yhteisön oikeuden mukainen. Kansallisen lainsäädännön mukaan viranomaisella on mahdollisuus — ja joissain tapauksissa velvollisuus — nimittää virkaan aliedustettua sukupuolta oleva hakija myös siinä tapauksessa, ettei tämä ansioiltaan ja pätevyydeltään ole sopivin hakija.

Yhteisön lainsäädäntö

2. Huomautan, että miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY (jäljempänä direktiivi) [1] 1 artiklalla toteutetaan jäsenvaltioissa "miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa samoin kuin — — sosiaaliturvassa".

Saman direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa säädetään, että periaatteella tarkoitetaan, että "minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella".

Saman artiklan 4 kohdassa täsmennetään, että direktiivillä annetaan jäsenvaltioille oikeus pitää voimassa tai toteuttaa "miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuissa kysymyksissä".

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 39, s. 40.

3. Ennakkoratkaisupyynnön esittämisen jälkeen on tullut voimaan Amsterdamin sopimus, jolla EY:n perustamissopimusta on muutettu — sikäli kuin tässä asiassa on merkityksellistä — miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisen osalta. Erityisesti muutetun EY:n perustamissopimuksen 2 ja 3 artiklassa määrätään, että "yhteisön päämääränä on — — edistää — — miesten ja naisten välistä tasa-arvoa" ja että "yhteisö pyrkii poistamaan eriarvoisuutta miesten ja naisten välillä sekä edistämään miesten ja naisten välistä tasa-arvoa". Lisäksi 6 a artiklassa, joka on lisätty Amsterdamin sopimuksella ja josta on tullut EY 13 artikla, todetaan, että "neuvosto voi tässä sopimuksessa yhteisölle uskotun toimivallan rajoissa yksimielisesti komission ehdotuksesta ja Euroopan parlamenttia kuultuaan toteuttaa tarvittavat toimenpiteet sukupuoleen — — perustuvan syrjinnän torjumiseksi — — ".

4. EY:n perustamissopimuksen 119 artiklassa (EY:n perustamissopimuksen 117—120 artikla on korvattu EY 136—143 artiklalla), sellaisena kuin se on muutettuna, määrätään, että "jokainen jäsenvaltio huolehtii sen periaatteen noudattamisesta, jonka mukaan miehille ja naisille maksetaan samasta tai samanarvoisesta työstä sama palkka" (1 kohta), että "neuvosto toteuttaa 251 artiklassa [entinen 189 b artikla] määrättyä menettelyä noudattaen ja talous- ja sosiaalikomiteaa kuultuaan toimenpiteet, joilla varmistetaan miesten ja naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltaminen työtä ja ammattia koskevissa kysymyksissä, mukaan lukien samasta tai samanarvoisesta työstä maksettavan saman palkan periaate" (3 kohta), ja lopuksi, että "jotta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja" (4 kohta).[2] Amsterdamin sopimukseen liitetyssä *Julistuksessa Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 141 artiklan (ent. 119 artikla) 4 kohdasta* todetaan, että "toteuttaessaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä jäsenvaltioiden olisi ensisijaisesti pyrittävä parantamaan naisten asemaa työelämässä".

5. Jo ennen perustamissopimuksen muutosta yhteisön toimielimet olivat toteuttaneet lukuisia miesten ja naisten tasa-arvoista kohtelua koskevia toimia. Erityisen merkittävä on naisten mahdollisuuksia edistävistä toimenpiteistä 13 päivänä joulukuuta 1984 annettu neuvoston suositus 84/635/ETY,[3] jossa todetaan, että "tasa-arvoista kohtelua koskevat olemassa olevat oikeudelliset säännöt, joiden tarkoituksena on antaa oikeuksia yksilöille, eivät ole riittäviä poistaakseen kaiken eriarvoisuuden, jolleivät hallitukset, työmarkkina-osapuolet ja muut asiaan liittyvät osapuolet ryhdy samanaikaisesti toimenpiteisiin tasoittaakseen niitä yhteiskunnan asenteista, käytännöistä ja rakenteista johtuvia

2 — Amsterdamin sopimuksen voimaantulosta johtuneita muutoksia edeltävän perustamissopimuksen 119 artiklassa ei mitenkään viitattu aliedustetun sukupuolen positiiviseen erityiskohteluun, ja siinä ainoastaan kiellettiin palkkaukseen liittyvä syrjintä. Säännöksen 1 kohdassa todettiin, että "jokainen jäsenvaltio huolehtii ensimmäisen vaiheen aikana miesten ja naisten samapalkkaisuuden periaatteen soveltamisesta ja pitää sen voimassa sen jälkeen".

3 — EYVL L 331, s. 34.

haitallisia vaikutuksia, joita naisille aiheutuu työelämässä", ja jossa jäsenvaltioita kehotetaan nimenomaisesti direktiivin 2 artiklan 4 kohtaan viitaten säätämään positiivisista toimista, joiden tarkoituksena on muun muassa "rohkaista naisten ehdolle asettamista, nimittämistä ja ylennyksiä eri ammattialoilla ja tehtävissä, joissa he ovat aliedustettuja, erityisesti vastuullisissa tehtävissä".

Kansallinen lainsäädäntö

6. Ruotsin perustuslain 11 luvun 9 §:n mukaan valtion virantäyttömenettelyssä kiinnitetään huomiota ainoastaan asiallisiin perusteisiin, kuten "ansioihin" ja "pätevyyteen".[4] Samoin laissa julkisista viroista (1994:260) edellytetään, että viranhakijat valitaan pätevyyden perusteella, jos ei ole "erityisiä perusteita" menetellä muulla tavoin.

7. Ruotsin tasa-arvolain (1991:433) mukaan positiivinen erityiskohtelu on sallittua. Lain 16 §:n toisen momentin 2 kohdassa säädetään erityisesti, että menettelyä ei pidetä sukupuoleen perustuvana syrjintänä, jos "päätöksellä pyritään edistämään miesten ja naisten tasa-arvoa työelämässä".

8. Korkeakouluista, joita esillä olevat ennakkoratkaisukysymykset koskevat, säädetään asetuksessa 1993:100.[5]

Tämän asetuksen 15 §:ssä, sellaisena kuin kyseinen asetus on voimassa 1.1.1999 alkaen, säädetään seuraavaa:

"Opetusviran täyttämisperusteina on pidettävä sellaista tieteellistä, taiteellista, pedagogista, hallinnollista tai muuta pätevyyttä, joka liittyy opetustehtävän sisältöön ja asianomaisen viran hoitoon yleensä. Merkitystä on annettava myös hakijan kyvylle tiedottaa tutkimuksestaan ja kehittämistyöstä.

Virantäytössä on otettava huomioon myös sellaiset asialliset perusteet, jotka vastaavat

4 — Lainvalmistelutöistä ilmenee, että "ansioilla" tarkoitetaan pääasiassa aikaisemmissa palvelussuhteissa hankittua kokemusta ja "pätevyydellä" teoreettisella ja käytännön koulutuksella tai työkokemuksella osoitettua soveltuvuutta viranhoitoon.

5 — Viimeksi muutettu 1.1.1999 annetulla asetuksella.

yleisiä työmarkkina-, tasa-arvo-, sosiaali- ja työllisyyspoliittisia päämääriä."

Lisäksi 15 a §:ssä säädetään seuraavaa:

"Seuraavia säännöksiä sovelletaan siinä tapauksessa, että korkeakoulu on päättänyt, että positiivista erityiskohtelua voidaan harjoittaa tietyn viran tai tietynlaisten virkojen täytössä tasa-arvon edistämiseksi työelämässä.

Virkaa täytettäessä aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle, jolla on 15 §:n 1 momentissa tarkoitettu virkaan riittävä pätevyys, voidaan antaa etusija sellaiseen vastakkaista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, joka olisi muuten valittu.

Positiivista erityiskohtelua ei kuitenkaan voida harjoittaa, jos näiden henkilöiden pätevyysero on niin suuri, että positiivinen erityiskohtelu olisi vastoin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusvaatimusta."

9. Asetuksen 15 a §:ssä säädettyjen yleisten periaatteiden nojalla professoriksi ja tutkimusassistentiksi nimittämisestä tasa-arvon edistämistarkoituksessa annetussa asetuksessa 1995:936 säädetään positiivisesta erityiskohtelusta.[6] Tämän asetuksen 1—3 §:ssä säädetään seuraavaa:

"Tämä asetus koskee professorien ja tutkimusassistenttien virkoja, jotka perustetaan ja täytetään myöntämällä talousarviovuonna 1995/1996 erityisiä varoja tietyille valtion yliopistoille ja korkeakouluille tasa-arvon edistämiseksi työelämässä." (1 §)

"Yliopistojen ja korkeakoulujen, joille on myönnetty näitä varoja, on perustettava ja täytettävä kyseiset virat [asetuksen 1993:100] mukaisesti tämän asetuksen 3—5 §:ssä säädetyin poikkeuksin. Näitä poikkeuksia sovelletaan kuitenkin ainoastaan täytettäessä virkoja ensimmäisen kerran." (2 §)

"Nimityksiin sovelletaan [asetuksen 1993:100] 4 luvun 15 §:n säännösten sijasta seuraavia säännöksiä:

6 — Tämän asetuksen perusteella hallitus myönsi 14.3.1996 tekemällään päätöksellä, dnro 96/91, erityisiä varoja, jotka koskivat 30:tä professorinvirkaa.

[Asetuksen 1993:100] 4 luvun 15 a §:n ensimmäisen momentin mukaisesti virkaan kelpoiselle aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle on annettava etusija sellaiseen toista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, joka muutoin olisi valittu (positiivinen erityiskohtelu), jos tämä on tarpeen aliedustettua sukupuolta olevan hakijan valitsemiseksi.

Positiivisen erityiskohtelun soveltamisesta on luovuttava, jos hakijoiden pätevyysero on niin suuri, että tällainen menettely olisi vastoin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusvaatimusta." (3 §)

Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

10. Göteborgin yliopistossa julistettiin 3.6.1996 haettavaksi vesistötieteen, erityisesti vesistöjen fysikaalisten ja biogeokemiallisten prosessien professorin virka. Viranhakuilmoituksessa todettiin, että haettava virka oli osa yliopiston ohjelmaa, jolla pyrittiin edistämään tasa-arvoa asetuksen 1995:936 mukaisesti.

11. Viranhakijoina olivat muiden ohessa Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni ja Elisabet Fogelqvist. Virkaesityslautakunta päätti asettaa hakijat ehdokassijoille kahdessa erillisessä äänestyksessä. Ensimmäisessä otettiin huomioon ainoastaan korkeakouluasetuksen 4 luvun mukaiset tieteelliset ansiot. Tässä äänestyksessä Anderson sai eniten ääniä eli viisi ääntä ja Destouni kolme ääntä. Toisessa äänestyksessä otettiin sitä vastoin huomioon myös tasa-arvon edistämiseksi toteutettavia toimenpiteitä koskevat edellytykset (edellä mainitun vuonna 1995 annetun asetuksen mukaan); tässä äänestyksessä ensimmäiselle sijalle asetettiin Destouni.

Lautakunta esitti näin ollen viimeksi mainitun nimittämistä virkaan. Koska Destouni oli kuitenkin peruuttanut hakemuksensa, rehtori päätti palauttaa asian virkaesityslautakunnalle.

Lautakunta totesi, että enemmistö sen jäsenistä arvioi toisella sijalla olevan Andersonin ja kolmannella sijalla olevan Fogelqvistin välisen pätevyyseron merkittäväksi ja epäili näin ollen, ettei sillä ollut velvollisuutta antaa etusijaa naispuoliselle hakijalle, toisin sanoen Fogelqvistille.

Rehtori päätti kuitenkin 18.11.1997 nimittää virkaan Fogelqvistin ja totesi, että asianomaisen viranhakijan ja Andersonin välinen pätevyysero ei ollut niin suuri, että positiivinen erityiskohtelu olisi ollut vas-

toin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusvaatimusta.

12. Abrahamsson ja Anderson valittivat valintamenettelystä valituslautakuntaan. Anderson väitti, että Fogelqvistin nimitys oli vastoin asetuksen 1995:936 3 §:ää sekä yhteisön oikeuden säännöksiä, siten kuin niitä on tulkittu asiassa Kalanke vuonna 1995 annetussa tuomiossa. [7]

13. Asian käsittelyn yhteydessä valituslautakunta päätti esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaisena pidettävä kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan valtion virkaan kelpoinen aliedustettua sukupuolta oleva hakija on nimitettävä virkaan sellaisen toista sukupuolta olevan hakijan sijasta, joka muutoin olisi valittu (positiivinen erityiskohtelu), jos tämä on tarpeen alidustettua sukupuolta olevan hakijan valitsemiseksi, ja jonka mukaan positiivisesta erityiskohtelusta on luovuttava ainoastaan, jos hakijoiden pätevyysero on niin suuri, että tällainen menettely olisi vastoin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusvaatimusta?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko positiivinen erityiskohtelu kiellettyä silloinkin, kun kansallisen lainsäädännön soveltamisala on rajoitettu *joko* etukäteen määritettyihin, lukumäärältään rajoitettuihin virkoihin (kuten asetuksessa 1995:936) *tai* jonkin tietyn korkeakoulun erityisesti hyväksymän, positiivisen erityiskohtelun soveltamista koskevan ohjelman osana perustettaviin virkoihin (kuten asetuksen 1993:100 4 luvun 15 a §:n mukaan)?

3) Jos toiseen kysymykseen annettava vastaus joiltakin osin merkitsee tällaisen positiivisen erityiskohtelun kieltämistä, onko tällöin myös Överklagandenämndenin hyväksymä, Ruotsin hallintokäytäntöön ja asetuksen 1993:100 4 luvun 15 §:n toiseen momenttiin perustuva sääntö siitä, että aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle saadaan antaa etusija vastakkaista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, jos näitä hakijoita voidaan ansioiltaan

7 — Asia C-450/93, tuomio 17.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3051).

pitää tasaveroisina tai lähes tasaveroisina, jossakin suhteessa ristiriidassa ensimmäisessä kysymyksessä mainitun direktiivin kanssa?

4) Onko edellä esitettyjä kysymyksiä harkittaessa merkitystä sillä, koskeeko lainsäädäntö jonkin viranomaisen toiminta-alueella alempia virkaportaita vaiko alan ylimpiä virkoja?"

Ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottaminen

14. Tässä esillä olevat ennakkoratkaisukysymykset on esittänyt yliopistojen ja korkeakoulujen valituslautakunta (Överklagandenämnden för högskolan), toisin sanoen hallintoviranomainen, jonka osalta on tutkittava, onko sitä pidettävä EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa (josta on tullut EY 234 artikla) tarkoitettuna "kansallisena tuomioistuimena".

15. Tämän osalta huomautan, että ennakkoratkaisupyynnön esittävän tuomioistuimen käsite on siinä mielessä itsenäinen, ettei tämä käsite kaikissa tapauksissa perustu toimielimelle jäsenvaltioiden lainsäädännössä annettuun määritelmään. Käsite "tuomioistuin", sellaisena kuin se esiintyy yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, ei liity millään tavoin ennakkoratkaisupyynnön esittäneen toimielimen oikeudelliseen nimitykseen (nomen iuris), vaan se liittyy siihen, täyttyvätkö tietyt vaatimukset, jotka koskevat oikeutta esittää ennakkoratkaisukysymyksiä 177 artiklan nojalla. Näitä edellytyksiä ovat lainkäyttöelimen lakisääteisyys, pysyvyys, sen tuomiovallan pakottavuus, menettelyn kontradiktorisuus, toimiminen oikeussääntöjen soveltajana sekä puolueettomuus ja riippumattomuus. [8]

16. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä valituslautakunta ilmoittaa olevansa hallintoviranomainen, mutta toteaa kuitenkin yleisesti, tai sanoisin pikemminkin epämääräisesti, että kaikki edellytykset sille, että sitä voidaan pitää EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena, täyttyvät, toisin sanoen: lainkäyttöelimen lakisääteisyys, pysyvyys, tuomiovallan pakottavuus, menettelyn kontradiktorisuus ja viimeksi toimiminen oikeussääntöjen soveltajana.

Ruotsin hallitus vahvistaa tämän tulkinnan ja viittaa, sekin yleisesti, sovellettavaan lainsäädäntöön. On huomattava, että Ruotsin perustuslaissa erotetaan toisistaan tuomioistuimet ja viranomaiset ja että Ruotsin lain mukaan valituslautakunta

8 — Ks. kaikkien osalta asia 61/65, Vaassen-Goebbels, tuomio 30.6.1966 (Kok. 1966, s. 407; Kok. Ep. I, s. 263); asia 43/71, Politi, tuomio 14.12.1971 (Kok. 1971, s. 1039); asia 14/86, Pretore di Salò v. X, tuomio 11.6.1987 (Kok. 1987, s. 2545, 7 kohta; Kok. Ep. IX, s. 111); asia C-24/92, Corbiau, tuomio 30.3.1993 (Kok. 1993, s. I-1277, 15 kohta; Kok. Ep. XIV, s. I-117); asia C-111/94, Job Centre, tuomio 19.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3361, 9 kohta); yhdistetyt asiat C-74/95 ja C-129/95, rikosasiat, joissa vastaajana on X, tuomio 12.12.1996 (Kok. 1996, s. I-6609, 18 kohta); asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. 4961, 23 kohta); yhdistetyt asiat C-9/97 ja C-118/97, Jokela ja Pitkäranta, tuomio 22.10.1998 (Kok. 1998, s. I-6267); asia C-134/97, Victoria Film, tuomio 12.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7023, 14 kohta) ja asia C-416/96, El-Yassini, tuomio 2.3.1999 (Kok. 1999, s. I-1209, 17 kohta).

kuuluu viimeksi mainittuihin. Se on perustettu korkeakoululailla (1992:1434) ja sen toiminnasta säädetään asetuksessa korkeakoulujen valituslautakuntaan sovellettavista ohjeista (1992:404). Tässä asetuksessa säädetään, että valituslautakunnassa on kahdeksan jäsentä, jotka hallitus nimittää, ja että puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan on oltava tuomareita ja muista jäsenistä kolmen on oltava lakimiehiä. Hallitus toteaa lisäksi, että valituslautakunnassa noudatettavaa menettelyä koskevan hallintomenettelylain (1993:223) mukaan asianosaisilla on oikeus esittää kirjallisia tai suullisia huomautuksia ja tutustua kaikkiin hallintoviranomaiselle toimitettuihin tietoihin. Korkeakoululain (1992:1434) 5 luvun 1 §:n mukaan valituslautakunnan päätös on sitova eikä siihen voi hakea muutosta. Lopuksi, lautakunta on muista valtion elimistä riippumaton, mikä käy ilmi perustuslain 11 luvun 7 §:stä, jossa kielletään muita viranomaisia ja jopa kansanedustuslaitosta puuttumasta hallintoviranomaisten toimintaan.

17. Ruotsin hallituksen esittämistä oikeuslähteistä käy selkeästi ilmi, että ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin on lakisääteinen ja pysyvä ja että sen tuomiovalta on pakottavaa (ks. lain 1992:1434 5 luvun 1 §:n 1 ja 2 momentti) sekä lopuksi vielä, ettei sillä minkään säännöksen nojalla ole oikeutta ratkaista asioita kohtuullisuusperusteilla säännöksiä soveltamatta.

Kansallisten säännösten tarkastelu herättää kuitenkin joitakin epäilyksiä kahden edellä esitetyn edellytyksen osalta, jotka ovat välttämättömiä, jotta hallintoviranomaista voitaisiin pitää 177 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena ja jotta tämä ennakkoratkaisupyyntö voitaisiin ottaa tutkittavaksi: ensimmäinen kysymys koskee valituslautakunnan menettelyn kontradiktorisuutta ja toinen lautakunnan jäsenten tosiasiallista riippumattomuutta ja jäsenten erottamattomuutta.

18. a) Käsittelen ensin ensimmäistä edellytystä. On totta, että kuten totesin jo yhdistetyissä asioissa C-110/98—C-147/98, Gabalfrisa ym., 7.10.1999 antamassani ratkaisuehdotuksessa, yhteisöjen tuomioistuimen viimeaikaisen oikeuskäytännön perusteella näyttäisi siltä, ettei se, että menettely ei ole kontradiktorinen, ole itsessään ratkaiseva seikka, jonka perusteella ennakkoratkaisupyynnön esittäneeltä elimeltä voitaisiin evätä tuomioistuimen asema; kuitenkin silloin, kun yhteisöjen tuomioistuin on käsitellyt ennakkoratkaisupyyntöjä, joita on esitetty summaarisessa menettelyssä, jossa vastaaja ei ole tullut paikalle, tämä on tehty kiinnittäen huomiota mainitun puutteen korvaamiseen sillä, että asian ratkaiseva elin

on mitä suurimmassa määrin puolueeton ja riippumaton.[9] Näin ollen katson, että on kiistatonta, että ennakkoratkaisupyynnön esittäneen toimielimen menettelyn on välttämättä oltava kontradiktorista, jotta ennakkoratkaisukysymykset voidaan ottaa tutkittaviksi.

Nyt esillä olevassa asiassa Ruotsin hallitus toteaa, että valituslautakunnan menettelystä ei säädetä Ruotsin hallintolainkäyttölaissa (1971:291) — jota sovelletaan vain hallintotuomioistuimissa käsiteltävissä asioissa — vaan hallintomenettelylaissa (1986:223), joka koskee erityisesti hallintoasian käsittelyä viranomaisessa, eikä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ole kiistänyt tätä.[10] Tässä laissa ei nimenomaisesti säädetä asianosaisten oikeudesta kontradiktoriseen menettelyyn. Lain 17 §:ssä säädetään vain, että hallintoviranomainen antaa asianosaisille tiedoksi kaikki heitä koskevat asiakirjat ja tarjoaa näille tilaisuuden esittää huomautuksia.

Lisäksi saman lain 14 §:ssä todetaan, että asianosaiset voivat esittää suullisia huomautuksia.

Korostan vielä, että tällaisen menettelyn kontradiktorisuudesta säädetään lainsäädännössä, joka koskee hallintoasian käsittelyä viranomaisessa ja näin ollen se perustuu säännöksiin, joilla yksityisille annetaan oikeus tutustua kaikkiin asiakirjoihin, jotka hallintoviranomainen on ottanut huomioon. On ilmeistä, ettei näiden säännösten päämääränä ole säätää kontradiktorisesta menettelystä, vaan päämääränä on elimen toiminnan täydellisen avoimuuden takaaminen ja se, että todetaan kansalaisten oikeus esittää huomautuksia tai tuoda esiin uusia seikkoja. Ottaen huomioon ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen erityinen toimivalta — toimivalta valvoa korkeakoulujen ja yliopistojen hallinnon toimien lainmukaisuutta — ei mielestäni kuitenkaan voida todeta, ettei hallintomenettelylain 14 §:llä ja ennen kaikkea 17 §:llä voida taata asianosaisille säännönmukainen kontradiktorinen menettely. Erityisesti mainitun 17 §:n perusteella henkilöillä, jotka valittavat hallintoviranomaisen päätöksestä valituslautakuntaan, on oikeus esittää huomautuksensa kaikista muiden asianosaisten toimittamista uusista seikoista, ja samoin ne, joiden nimitystä tai ylennystä koskevasta päätöksestä valitetaan, saavat tiedon valituksesta ja voivat puolestaan esittää omat huomautuksensa.

Näin ollen katson, että tällaisen kontradiktorisen menettelyn "epätyypillisyy-

9 — Asiassa Gabalfrisa antamassani ratkaisuehdotuksessa viittasin erityisesti edellä mainittuun tuomioon asiassa Dorsch Consult, jossa yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi komission väitteen, jonka mukaan ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin "ei sen omien toteamusten mukaan ole kontradiktorinen" ja totesi vain, että "kontradiktorista menettelyä koskeva edellytys ei ole ehdoton". Tämä toteamus, joka ei liity tässä esillä olevaan asiaan, aiheuttaa epätietoisuutta, kun ajatellaan, että yhteisöjen tuomioistuin on aiemmin ottanut tutkittavaksi ennakkoratkaisupyyntöjä, jotka liittyivät menettelyihin, joissa kontradiktorinen menettely oli vain lykätty myöhempään (mahdolliseen) käsittelyyn (ks. edellä mainitut asiat Politi ja Pretore di Salò v. x sekä asia 70/77, Simmenthal, tuomio 28.6.1978, Kok. 1978, s. 1453 ja asia 338/85, Pardini, tuomio 21.4.1988, Kok. 1988, s. 2041).

10 — Tämän tulkinnan vahvistaa myös asiaa koskeva oikeuskirjallisuus, ks. erityisesti Ragnemalm, H., "Administrative justice", *Juristförlaget*, Stockholm, 1991, s. 210 ja Strömberg, H., "Allmän förvaltningsrätt", 19. p., *Liber Ekonomi*, Lund, 1998, erityisesti s. 80.

destä" huolimatta voidaan katsoa, että valituslautakunta täyttää tämän edellytyksen, joka yhteisön oikeudessa asetetaan sille, että ennakkoratkaisupyyntö voidaan ottaa käsiteltäväksi.

19. b) Toisen, valituslautakunnan jäsenten riippumattomuutta koskevan edellytyksen osalta totean vielä seikan, jota olen jo korostanut muissa yhteyksissä, toisin sanoen, että tuomioistuinten jäsenten riippumattomuuden vaatimus on keskeinen, jotta hallintoelimellä voidaan katsoa olevan perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu "tuomioistuimen" asema, ja että sellaisen elimen, jolle — vaikka vain tietyissä puitteissa ja määrättyä päämäärää varten — tunnustetaan tuomioistuimen asema, riippumattomuuden edellytysten täyttymistä kansallisessa lainsäädännössä on arvioitava erittäin ankarasti.

Tässä esillä olevassa asiassa on todettu, että lautakunnan jäsenet nimittää hallitus määräajaksi (lautakuntaan sovellettavia sääntöjä koskevan asetuksen 9 §). Lautakuntaa koskevissa laeissa ja asetuksissa ei todeta, kuinka pitkä toimikausi on eikä myöskään sitä, missä tapauksissa hallintoviranomainen voi peruuttaa nimityksen. Keston osalta voidaan kuitenkin olettaa, että nimityskirjassa on ilmoitettu, mitä voidaan pitää riittävänä elimen pysyvyyden ja vakauden takaamiseksi.

Jäsenten nimityksen peruuttamisen edellytyksiä ja tapoja koskevan erityisen lainsäädännön puuttuminen sitä vastoin herättää epäilyksiä siitä, onko elin tosiasiallisesti riippumaton. Mielestäni ei näet ole varmaa, että tämä piirre voidaan todeta, kuten Ruotsin hallitus esittää, perustuslain säännöksestä, jossa vahvistetaan kaikkien kansallisten hallintoviranomaisten riippumattomuuden periaate (11 luvun 7 §). Huomautan, että perustuslaissa mainitaan vain tuomareiden osalta tyhjentävä luettelo tapauksista, joissa heidän nimityksensä voidaan peruuttaa, ja että tätä säännöstä ei voida soveltaa hallintoelimiin eikä näin ollen valituslautakunnan jäseniin (5 §).

20. Ruotsin lainsäädännössä, lukuun ottamatta edellä mainittua perustuslain säännöstä, jossa todetaan hallintoelinten riippumattomuuden periaate päätöksenteossa, hallintomenettelylaissa esitetään luettelo niistä tapauksista, joissa hallintoviranomaisen jäsen on esteellinen ja asetetaan tälle itselleen velvollisuus ilmoittaa olosuhteista, jotka saattaisivat muodostaa esteellisyysperusteen (11 ja 12 §).

Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Köllensperger [11] äskettäin antamassa tuomiossa, johon myös Ruotsin hallitus viittaa, kuitenkin todetaan, että tulkittaessa yhdessä jonkin elimen jäsenten esteelli-

11 — Asia C-103/97, Köllensperger ja Atzwanger, tuomio 4.2.1999 (Kok. 1999, s. I-551).

syyttä ja päätöksenteosta pidättymistä koskevia säännöksiä sekä säännöksiä, jotka koskevat sitä, että valtion elimet eivät saa puuttua hallintoelimen toimintaan, on mahdollista katsoa, että tässä täyttyy välttämätön edellytys sille, että hallintoelimellä voidaan todeta olevan perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu "tuomioistuimen" asema. Tässä tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että "yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä ei ole olettaa, että tällaista säännöstä sovellettaisiin [kansallisen] perustuslain ja oikeusvaltion periaatteiden vastaisesti".

Tästä oikeuskäytännöstä ilmenee, että kun näitä kahta säännöstä tulkitaan yhdessä, voidaan todeta, ettei mahdollisuus hallintoelimen jäsenten nimityksen peruuttamiseen voi merkitä puuttumista lautakunnan jäsenten päätöksenteon vapauteen ja riippumattomuuteen. Toisin sanoen voidaan todeta, että näissä oikeudellisissa puitteissa oikeus nimityksen peruuttamiseen ei voi olla mainitun lautakunnan riippumattomuutta heikentävä tekijä. Tällainen tulkinta on kuitenkin mielestäni aivan liian lempeä, koska ainoana ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen riippumattomuuden arvioinnin perusteena ei esitetä samanlaisia tai vastaavia syitä kuin ne, joilla voidaan perustella tuomarien nimityksen peruuttaminen, vaan yleisluonteinen velvollisuus olla puuttumatta valtion hallintoelinten toimintaan, yhdistettynä oikeuteen jäävätä yksittäisten hallintoelinten jäseniä ja jäsenten velvollisuus pidättäytyä päätöksenteosta. Mielestäni tällainen velvollisuus ei kuitenkaan ole riittävä takaamaan valituslautakunnan ehdotonta riippumattomuutta, koska riippumattomuuden kaltainen keskeinen edellytys on taattava selkein säännöksin yksityisen oikeussubjektin keskeisen edun turvaamiseksi, sillä heidän on tarpeen vaatiessa voitava vedota näihin säännöksiin tarvitsematta turvautua monimutkaiseen tulkintaan selvittääkseen ja osoittaakseen oikeutensa siihen, että heidän asiaansa käsittelee riippumaton tuomioistuin. Tuomioistuimen riippumattomuus suojaa yleistä etua, ja se on keskeinen arvo, johon yksityisen oikeussubjektin ja tuomioistuimen välinen suhde perustuu. [12]

21. Edellä esitetyistä syistä ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin jättää tämän ennakkoratkaisupyynnön tutkimatta.

Asiakysymys

22. Asiakysymyksen osalta käsittelen ensin ensimmäistä ja kolmatta ja sen jälkeen toista ja neljättä ennakkoratkaisukysymystä. Kaksi ensin mainittua ennakkoratkaisukysymystä koskee näet korkeakoulujen ja yliopistojen virantäytössä noudatettavaa positiivisen erityiskohtelun yleistä järjestelmää ja kaksi viimeksi mainittua puolestaan järjestelmän

12 — Epäilen, onko valtion elimiä koskeva oletus, johon asiassa Köllensperger viitataan, riittävä takuu sille, että hallintoviranomaisen toiminta olisi täysin ja ehdottoman riippumatonta. "Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen" riippumattomuutta ja itsenäisyyttä arvioitaessa sen säännöllinen toiminta ei näet ole merkittävää, vaan ne kansalliset säännökset, joihin sen toiminta perustuu.

sovellettavuutta rajatuilla korkeakouluopetuksen aloilla.

Ensimmäinen ja kolmas ennakkoratkaisukysymys

23. Ensimmäisessä ja kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessä valituslautakunta kysyy, onko direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa tarkoitettua positiivista erityiskohtelua sellainen Ruotsin järjestelmän kaltainen kansallinen menettely, jossa edellytetään aliedustettua sukupuolta olevan hakijan valitsemista korkeakoulun opetusvirkaan myös siinä tapauksessa, että hän ei ole ensimmäisellä ehdokassijalla edellyttäen, että ansioiltaan ja pätevyydeltään hakija on sopiva hoitamaan avoinna olevaa virkaa ja että ensimmäisellä ja toisella ehdokassijalla olevan viranhakijan ero ei ole niin merkittävä, että toisena olevan hakijan valitseminen olisi vastoin laissa julkisista viroista (1994:260) säädettyä velvollisuutta arvioida viranhakijat objektiivisesti.

Mikäli tähän kysymykseen vastataan kieltävästi, kansallinen tuomioistuin kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta, voidaanko tällaista järjestelmää kuitenkin pitää lainmukaisena, kun otetaan huomioon hallintokäytäntö, jonka mukaan aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle voidaan antaa etusija ainoastaan, jos häntä voidaan pitää ansioiltaan ja pätevyydeltään tasaveroisena (tai lähes tasaveroisena) ensimmäisellä ehdokassijalla olevan hakijan kanssa.

24. Kysymykset siis koskevat aiheita, joita olen käsitellyt asiassa C-158/97, Badeck, 10.6.1999 antamassani ratkaisuehdotuksessa, johon viittaan positiivisen erityiskohtelun kansallisten toimien laajuutta ja yhteisön oikeudessa niille asetettuja rajoituksia koskevien yleisten huomioiden osalta. Tässä yhteydessä viittaan suuntaviivoihin, jotka yhteisöjen tuomioistuin on määritellyt tuomioissa edellä mainitussa asiassa Kalanke ja asiassa Marschall. [13]

25. Asiassa Kalanke vuonna 1995 — johon nyt esillä olevan asian kantajat vetoavat omien näkemystensä tueksi ja johon kansallinen tuomioistuin viittaa ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä — Bremenin osavaltion lainsäädännön mukaisesta positiivisesta erityiskohtelusta oli säädetty lailla, jossa todettiin, että "virantäytössä, myös virkamiehen tai tuomarin viroissa, opetustehtäviä lukuun ottamatta, naispuolisille hakijoille on annettava etusija miespuolisiin hakijoihin nähden aloilla, joilla naiset ovat aliedustettuina, jos hakijat ovat yhtä

13 — Asia C-409/95, Marschall, tuomio 11.11.1997 (Kok. 1997, s. I-6363).

päteviä" ja että "pätevyyttä on arvioitava pelkästään täytettävään virkaan tai uratasoon liittyvien vaatimusten perusteella". Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tämä laki, jolla *asetettiin silloin, kun eri sukupuolta olevat viranhakijat olivat yhtä päteviä, automaattisesti* naiset etusijalle sellaisilla aloilla, joilla he ovat aliedustettuina, ei ole ainoastaan direktiivin 2 artiklan 1 kohdan vastainen, koska se on "sukupuoleen perustuvaa syrjintää" (16 kohta), vaan sitä ei myöskään voida pitää positiivisena erityiskohteluna, josta saman artiklan 4 kohdassa säädetään, että koska "kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan työpaikkaan nimitettäessä tai ylennettäessä taataan naisille täydellinen ja ehdoton etusija, on pidemmälle menevä toimenpide kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen ja se ylittää näin ollen direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa olevan poikkeuksen soveltamisen rajat" (22 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi, että "tällainen järjestelmä, jolla pyritään toteuttamaan naisten tasainen edustus miehiin verrattuna jokaisen työyksikön jokaisella tasolla, korvaa direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa olevan yhtälaisten mahdollisuuksien edistämisen; kyseinen lopputulos voitaisiin saavuttaa myös toteuttamalla yhtälaiset mahdollisuudet" (23 kohta).

Asiassa Marschall se Saksan laki, jonka väitettiin olevan direktiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastainen, oli Nordrhein-Westfalenin osavaltion virkamieslaki, jossa säädetään, että naispuolisille viranhakijoille, jotka ovat yhtä soveltuvia ja kyvykkäitä ja joilla on sama ammattikokemus, on ylennyksestä päätettäessä annettava etusija, jos naisia on tietyn ura-alueen viroissa miehiä vähemmän. Lakiin sisältyy myös varaus ylennyksen soveltamisesta siten, että työnantaja voi olla noudattamatta tätä säännöstä, jos "toiselle hakijalle [on] annettava etusija hänen henkilöönsä liittyvistä syistä". [14] Koska laissa oli tällainen "avoin lauseke", yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että järjestelmä oli riittävän joustava, toisin sanoen siitä puuttui Bremenin laille ominainen asiassa Kalanke tutkittu automaattisuus, ja totesi näin ollen, että tasaarvoa koskeva direktiivi 76/207/ETY ei estä Nordhein-Westfalenin osavaltiossa hyväksyttyjä toimia. Tuomion perusteluosassa todetaan, että tällainen järjestelmä ei ole direktiivin 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastainen, jos "kussakin yksittäistapauksessa naispuolisten hakijoiden kanssa yhtä päteville miespuolisille hakijoille taataan, että hakemuksia käsitellään objektiivisesti siten, että kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät perusteet otetaan huomioon ja naisille annettava etusija sivuutetaan, jos yhden tai

14 — Nordrhein-Westfalenin hallitusta pyydettiin asian käsittelyn aikana määrittämään, millaisia olivat käytännössä "toisen hakijan henkilöön liittyvät syyt", joiden vuoksi miespuoliselle hakijalle oli mahdollista antaa etusija, ja hallitus totesi, että näitä syitä ovat toissijaiset valintaperusteet, kuten "palvelusaika ja sosiaaliset syyt", kuten esimerkiksi se, että viranhakija on yksin kotitalouden toimeentulosta vastaava perheenpää. Tästä vastauksesta ilmenee, että seikat, joihin laissa viitataan, voivat liittyä sekä "pätevyyteen", toisin sanoen hakijoiden ammatillisiin ominaisuuksiin — nämä seikat tulevat palvelusajan tavoin esiin jo valmisteluvaiheessa, hakijoiden ehdokassijoista päätettäessä — että seikkoihin, jotka eivät liity hakijan sopivuuteen hoitaa työsuhteeseen liittyviä tehtäviä, toisin sanoen eriarvoisiin tilanteisiin, jotka samoin kuin sellaiset tilanteet, joiden korjaamiseksi on hyväksytty naisten asemaa edistäviä toimia, edellyttävät erityistä suojelua.

usean tällaisen perusteen vuoksi miespuoliselle hakijalle on annettava etusija" ja jos siinä edellytetään, että "tällaiset perusteet eivät ole naispuolisia hakijoita syrjiviä".

26. Asiassa Badeck antamassani ratkaisuehdotuksessa totesin, että tämän oikeuskäytännön perusteella voidaan tehdä se johtopäätös, että sellainen naisten asemaa työelämässä edistävä toimi, jossa säädetään velvollisuudesta antaa naisille etusija ja siten luodaan kiintiöitä naisille julkisella ja yksityisellä sektorilla, voidaan pitää yhteisön lainsäädännön mukaisena, jos se antaa työnantajalle mahdollisuuden valita ammatillisesti sopivin hakija. Lisäksi se ei missään tapauksessa saa vääristää miespuolisten hakijoiden ansioita ja pätevyyttä koskevaa arviointia. Näin ollen toisaalta sukupuolen on oltava täydentävä valintaperuste hakijoiden ammatillisten ominaisuuksien määrittämisessä, eli sellainen valintaperuste, jonka on täydennettävä hakijoiden kokonaisarvioinnissa yleensä käytettäviä perusteita, ja toisaalta velvollisuus antaa etusija naisille ei saa merkitä sitä, että arvioitaessa niitä hakijoita, jotka eivät hyödy positiivisesta erityiskohtelusta jätetään ottamatta huomioon henkilöön liittyviä erityisiä seikkoja, jotka saattavat olla osoituksena sosiaalisista vaikeuksista, jotka ovat yhtä huomattavia kuin ne, joita tavallisesti naiset joutuvat kohtaamaan, vaikka ne eivät mitenkään liittyisi hakijoiden ammatillisten ominaisuuksien arviointiin. [15]

27. Tässä esillä olevassa Ruotsin lainsäädännössä on kaksi sille ominaista piirrettä: se antaa viranomaisille mahdollisuuden — ja joissain tapauksissa velvollisuuden — antaa etusija aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle myös siinä tapauksessa, että hakijan pätevyys ja ansiot ovat vähäisemmät kuin ensimmäisellä ehdokassijalla olevan hakijan, [16] ja lisäksi siinä ei — ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen esittämien oikeuslähteiden mukaan — säädetä hallintoviranomaisen mahdollisuudesta ottaa huomioon henkilöön liittyviä erityisiä olosuhteita ja seikkoja valintatilanteessa ja niiden hakijoiden osalta, jotka eivät hyödy positiivisesta erityiskohtelusta.

Nämä järjestelmän piirteet huomioon ottaen ei mielestäni ole epäilystäkään siitä,

15 — Tähän lisäsin, että toimen lainmukaisuuden arviointi merkitsee myös välttämättä sitä, että kiinnitetään huomiota kokonaistilanteeseen, jonka vuoksi tasapainottava toimi on tarpeen. Tasapainottavan toimen ja sen sosiaalisen asiayhteyden, jossa tointa sovelletaan, välinen mahdollinen epäsuhta (esimerkiksi yrityksessä tai julkisella sektorilla työskentelevien naisten ja miesten lukumäärän merkityksetön prosentuaalinen ero) saattaa johtaa siihen, että positiivisen erityiskohtelun lainmukaisuuden perusteet poistuvat, sillä nämä perusteet liittyvät välttämättä tosiseikkoihin. On kansallisen tuomioistuimen asia todeta, toteutuvatko tällaiset olosuhteet jossakin tietyssä asiassa, jossa valitetaan yhdestä tietystä virantäytöstä tai ylennyksestä ja vastustetaan näin ollen velvollisuutta etusijan antamiseen.

16 — Korkeakouluasetuksen (1993:100) 15 a §:n mukaan hallintoviranomainen voi nimittää ansioiden ja pätevyyden perusteella ensimmäiselle ehdokassijalle valitun hakijan sijasta aliedustettua sukupuolta olevan hakijan, jos tämä on sopiva avoinna olevaan virkaan. Asetuksella 1995:936 säädetään sellaisten professorin ja tutkimusassistentin virkojen täyttämisestä, joita tässä esillä oleva pääasia koskee, ja sen 3 §:ssä säädetään, että hallintoviranomaisen on annettava etusija aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle, jos asetuksen 1993:100 edellä mainitussa 15 a §:ssä esitetyt edellytykset täyttyvät.

että se on direktiivin vastainen, ja erityisesti siitä, että on mahdotonta katsoa sen olevan direktiivin 2 artiklan 4 kohdassa tarkoitettua positiivista erityiskohtelua.

28. Kuten olen jo huomauttanut, yhteisön oikeudessa positiivista erityiskohtelua, jolla pyritään edistämään naisten asemaa työelämässä, pidetään syrjintäkiellon periaatteen mukaisena, jos velvollisuus etusijan antamiseen syntyy vain siinä tapauksessa, että valitut hakijat ovat pätevyydeltään ja ansioiltaan tasaveroisia. Tasaveroisuus on kuitenkin — kuten olen aiemmin todennut ratkaisuehdotuksessa asiassa Badeck — kuvitteellista, koska on mahdotonta tai äärimmäisen vaikeaa todeta kahden tai useamman hakijan tasaveroisuus, ja tämä puolestaan lieventää etusijan antamisen velvoitetta. Aliedustettua sukupuolta olevan hakijan valitsemisen salliminen tai edellyttäminen myös siinä tapauksessa, etteivät pätevyys ja ansiot ole tasaveroisia, merkitsisi mielestäni, että luotaisiin täydellinen ja ehdoton etuoikeusjärjestelmä ja toisin sanoen varattaisiin virkoja naisille. Tämä puolestaan johtaisi siihen, että hakijoiden valinta menettäisi kokonaan merkityksensä, koska arvosteluperusteena ei olisi hakijoiden vertailu vaan "etuoikeutettujen" hakijoiden sopivuus täytettävän viran hoitamiseen.

Katson, että aliedustettua sukupuolta oleville hakijoille annettava täydellinen ja ehdoton oikeus etusijaan (toisin sanoen, tässä tapauksessa, naisten) ei poistu siinä tapauksessa, että on säädetty — kuten Ruotsin lainsäädännössä —, että oikeus tulla valituksi syntyy vain, jos etusijan saaneen ja valitsematta jäävän hakijan ero ei ole merkittävä, koska hakijoiden vertailu ja siten heitä koskeva arviointi on kuitenkin toissijainen seikka aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle annettuun etusijaan nähden ja on ilmeistä, että siitä puolestaan seuraa valinnan täydellinen vääristyminen.

Se, mitä valituslautakunta toteaa merkityksestä, joka on annettava "asiallisuusvaatimukselle", jota hallintoviranomaisen on kuitenkin noudatettava arvioidessaan hakijoita virantäytössä, ei tee tyhjäksi tätä väitettä. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen elimen mukaan "asiallisuusvaatimus [josta säädetään Ruotsin perustuslaissa ja johon viitataan professoriksi ja tutkimusassistentiksi nimittämisestä tasa-arvon edistämistarkoituksessa annetun asetuksen (1995:936) valmistelutöissä] merkitsee sitä, että positiivista erityiskohtelua ei sovelleta, jos seurauksena siitä olisi ilmeinen tehokkuustappio asianomaisilla aloilla silloin, kun pätevin hakija jätetään nimittämättä virkaan". [17]

17 — Ks. ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskeva päätös, s. 8.

Lisäisin vielä, että jopa silloin, kun etusijalle asettamista sovelletaan tapauksessa, jossa hakijat ovat pätevyydeltään tasaveroisia, on vaikea todeta, onko enemmistönä olevaa sukupuolta edustavaa hakijaa tarpeettomasti syrjitty positiivisen erityiskohtelun toteuttamiseksi. Sen vuoksi on ilmeistä, että tämä vaikeus muuttuu vakavammaksi,[18] jos sallitaan vaikkapa vain vähäinen hakijoiden välinen ero.

Näin ollen on todettava, ettei tällainen positiivinen erityiskohtelu ole direktiivin mukainen, sillä direktiivissä ei yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan mukaan sallita aliedustettua sukupuolta olevien hakijoiden ehdotonta etusijalle asettamista, koska tällainen aktiivinen syrjintä on joka tapauksessa suhteetonta tavoiteltuun päämäärään nähden.

29. Kolmannessa ennakkoratkaisukysymyksessä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin huomauttaa, että korkeakouluasetuksen (1993:100) 15 a §:ään liittyvän Ruotsin hallintokäytännön mukaan aliedustettua sukupuolta oleville hakijoille voidaan antaa etusija vain siinä tapauksessa, että hakijoita voidaan pitää pätevyydeltään tasaveroisina tai lähes tasaveroisina. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt elin huomauttaa tämän osalta, että asetuksessa 1995:936 todetaan, että "vaikka tasa-arvon edistämispyrkimys onkin perustuslaissa tarkoitettu asiallinen peruste, kyseisestä säännöksestä ilmenee, että harjoitettaessa positiivista erityiskohtelua on olemassa raja sille, kuinka suuri pätevyysero saa olla".[19] On aivan ilmeistä, että Ruotsin hallintokäytännössä säännös perustuu yhteisön oikeudessa kehitettyyn klassiseen positiivisen erityiskohtelun malliin. Ei kuitenkaan ole yhteisöjen tuomioistuimen vaan kansallisen tuomioistuimen asia todeta, millainen ulottuvuus tällaisella käytännöllä on kansallisessa lainsäädännössä, ja arvioida sen merkitystä kansallisen lainsäädännön sisällön kannalta.

30. Kuten olen jo todennut, jotta positiivisen erityiskohtelun soveltamista voidaan pitää yhteisön oikeuden mukaisena, on joka tapauksessa lisäksi välttämätöntä, että järjestelmässä on säädetty hallintoviranomaisen mahdollisuudesta valintatilanteessa ja niiden hakijoiden osalta, jotka eivät hyödy positiivisesta erityiskohtelusta, ottaa kuitenkin huomioon erityiset henkilöön liittyvät olosuhteet ja tilanteet, jotka saattavat olla osoituksena sosiaalisista vaikeuksista, jotka ovat yhtä huomattavia kuin ne, joita tavallisesti naiset joutuvat kohtaamaan. Sen mukaan, mitä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ja Ruotsin hallitus ovat esittäneet, ei vaikuta siltä, että lainsäädännössä, jolla tässä esillä olevasta positiivisesta erityiskohtelusta säädetään, tai siihen liittyvässä hallintokäytännössä olisi säädetty tällaisesta poikkeuksesta. On kuitenkin kansallisen tuomioistuimen asia arvioida, johtuuko täl-

18 — Vastauksessaan yhteisöjen tuomioistuimen esittämään asetuksen 1993:100 4 luvun 15 a §:n tulkintaa koskevaan kysymykseen Ruotsin hallitus ilmoitti, että korkeakouluihin perustettiin 21 virkaa ja viisi naista nimitettiin virkaan naisten aseman edistämistä koskevaa ohjelmaa soveltaen. Näistä viidestä virantäytöstä kolmesta valitettiin valituslautakuntaan. Kahdessa tapauksessa lautakunta katsoi, että naispuolisen hakijan valinta oli asiallisuusvaatimuksen vastainen ja peruutti sen vuoksi nimityspäätökset.

19 — Ks. ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskeva päätös, s. 10.

lainen velvollisuus muista oikeudellisesti merkityksellisistä lähteistä, joissa hallintoviranomaisten edellytetään soveltavan etuoikeutettua kohtelua sellaisissa tapauksissa, joissa voidaan todeta henkilökohtaisista syistä johtuvia vaikeuksia työelämässä.

31. Edellä esitettyjen seikkojen perusteella katson, että yhteisön oikeuden, erityisesti direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan perusteella jäsenvaltio ei voi hyväksyä sellaista virantäytön järjestelmää, jonka mukaan aliedustettua sukupuolta oleva hakija, jolla on riittävä pätevyys virkaan, pitäisi nimittää sellaisen toista sukupuolta olevan hakijan sijasta, joka ansioidensa ja pätevyytensä puolesta olisi valittu siinä tapauksessa, että positiivista erityiskohtelua ei sovelleta, jos hakijoiden pätevyysero on niin merkittävä, että erityiskohtelu olisi vastoin asiallisuusvaatimusta, jota hallintoviranomaisen on noudatettava virantäytössä.

Yhteisön oikeus ei sen sijaan estä sellaista hallinnollista menettelyä, jossa aliedustettua sukupuolta oleva henkilö asetetaan etusijalle vastakkaista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, jos heidän pätevyytensä on tasaveroinen tai lähes tasaveroinen, mikäli kansallisessa lainsäädännössä edellytetään, että hallintoviranomainen ottaa valintatilanteessa ja niiden hakijoiden osalta, jotka eivät hyödy positiivisesta erityiskohtelusta, huomioon sellaiset henkilöön liittyvät erityiset olosuhteet ja tilanteet, jotka saattavat olla osoituksena sosiaalisista vaikeuksista, jotka ovat yhtä huomattavia kuin ne, joita tavallisesti naiset joutuvat kohtaamaan.

Toinen ja neljäs ennakkoratkaisukysymys

32. Toisessa ja neljännessä ennakkoratkaisukysymyksessä valituslautakunta kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta, onko edellä esitettyyn lainsäädäntöön sisältyvä Ruotsin järjestelmä lainvastainen myös siinä tapauksessa, että tasa-arvon edistämisohjelma koskee "määritettyjä, lukumäärältään rajoitettuja virkoja", kuten edellä mainitussa asetuksessa professoriksi ja tutkimusassistentiksi nimittämisestä tasa-arvon edistämistarkoituksessa (1995:936), tai jos sitä sovelletaan asetuksen 1993:100 4 luvun 15 a §:n mukaan jonkin tietyn korkeakoulun tai yliopiston erityisesti hyväksymän ohjelman osana perustettaviin virkoihin (toinen ennakkoratkaisukysymys) tai jos järjestelmää sovelletaan vain alempiin virkaportaisiin tai alan ylimpiin virkoihin (neljäs kysymys).

Kysymys voidaan pääosin tiivistää seuraavaan: onko itsessään lainvastaista positiivista erityiskohtelua pidettävä yhteisön

oikeuden mukaisena, jos sen soveltamisala on suppeampi?

33. Mielestäni positiivisen erityiskohtelun laajemmalla tai suppeammalla sovellettavuudella ei ole merkitystä arvioitaessa, onko se yhteisön oikeuden mukainen, koska arviointi perustuu pääasiassa niiden säännösten tulkintaan, jotka koskevat hallintoviranomaisen velvollisuutta tai mahdollisuutta antaa etusija aliedustettua sukupuolta oleville hakijoille ja mahdollisesti tällaisen toimen tarpeellisuutta suhteessa suosittavien henkilöiden tosiasialliseen sosiaaliseen asemaan. Arvioinnin kohteena ei ole järjestelmän soveltamisala eikä siten sen vaikutusten laajuus. Toisin sanoen arviointi ei koske järjestelmän aiheuttamien sosiaalisten vaikutusten laajuutta. Positiivisen erityiskohtelun lainmukaisuuden arviointi sen sosiaalisten vaikutusten perusteella merkitsisi positiivisen erityiskohtelun rinnastamista kaikkiin muihin sukupuoleen perustuvan syrjinnän muotoihin.

Sitä vastoin, kuten olen jo todennut asiassa Badeck, mikäli voidaan katsoa, että tällaisten toimenpiteiden lainmukaisuus perustuu mahdollisuuteen yhdistää positiivinen erityiskohtelu yleiseen syrjintäkiellon periaatteeseen, on todettava, etteivät syrjintäkiellon periaate ja tasa-arvoisen kohtelun periaate — johon positiivinen erityiskohtelu perustuu — ole täysin vastakkaisia: jos näet tosiasiallinen tasa-arvo voidaan toteuttaa sellaisin toimenpitein, jotka päämääränsä vuoksi ovat luonteeltaan syrjiviä, sen tosiasiallinen tavoite on sama kuin ensiksi mainitulla, mutta lisäksi sen avulla lainsäätäjä pyrkii korjaamaan joidenkin kansalaisten vaikean tilanteen, jos kyseessä olevaa vaikeutta ei voida korjata pelkästään siten, että yleisen syrjintäkiellon periaatteen noudattaminen taataan. [20]

34. Näiden syiden vuoksi katson, ettei direktiivin 76/207/ETY perusteella jäsenvaltio voi hyväksyä itsessään lainvastaista positiivisen erityiskohtelun ohjelmaa siinäkään tapauksessa, että toimen soveltaminen on kansallisessa lainsäädännössä rajoitettu määritettyihin, lukumäärältään rajoitettuihin virkoihin tai ainoastaan yhden korkeakoulun erityisesti hyväksymän ohjelman osana perustettaviin virkoihin. Järjestelmä ei ole yhteisön lainsäädännön mukainen siinäkään tapauksessa, että sitä sovelletaan vain alempiin virkaportaisiin tai vain alan ylimpiin virkoihin.

20 — Ks. 26 kohta.

Ratkaisuehdotus

35. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin jättää tutkimatta Överklagandenämnden för högskolanin esittämät ennakkoratkaisukysymykset, koska mainittu lautakunta ei ole EY:n perustamissopimuksen 177 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin.

Toissijaisesti ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa kysymyksiin seuraavasti:

1) On miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastaista, että jäsenvaltio hyväksyy sellaisen virantäyttöä koskevan järjestelmän, jossa aliedustettua sukupuolta oleva hakija, jolla on riittävä pätevyys virkaan, on asetettava etusijalle sellaiseen vastakkaista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, joka ansioiltaan ja pätevyydeltään on virkaan sopivampi, vaikka etusijalle asettamisen velvollisuutta ei ole, jos hakijoiden pätevyysero on niin merkittävä, että toimi olisi vastoin virantäytössä noudatettavaa asiallisuusvaatimusta.

2) Sellainen hallintokäytäntö ei sen sijaan ole direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan vastainen, jossa aliedustettua sukupuolta olevalle hakijalle voidaan antaa etusija vastakkaista sukupuolta olevaan hakijaan nähden, mikäli hakijat ovat ansioiltaan tasaveroisia tai lähes tasaveroisia, jos kansallisessa lainsäädännössä edellytetään, että hallintoviranomainen ottaa

valintatilanteessa ja niiden hakijoiden osalta, jotka eivät hyödy positiivisesta erityiskohtelusta, huomioon sellaiset henkilöön liittyvät erityiset olosuhteet ja seikat, jotka saattavat olla osoituksena sosiaalisista vaikeuksista, jotka ovat yhtä huomattavia kuin ne, joita tavallisesti naiset joutuvat kohtaamaan.

3) Direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 ja 4 kohdan perusteella jäsenvaltio ei voi hyväksyä 1) kohdassa esitettyä järjestelmää siinäkään tapauksessa, että positiivisen erityiskohtelun soveltaminen on kansallisessa lainsäädännössä rajoitettu etukäteen määritettyihin, lukumäärältään rajoitettuihin virkoihin tai vain jonkin tietyn korkeakoulun erityisesti hyväksymän ohjelman osana perustettaviin virkoihin. Järjestelmä ei ole yhteisön lainsäädännön mukainen siinäkään tapauksessa, että sitä sovelletaan vain alempiin virkaportaisiin tai vain alan ylimpiin virkoihin.