JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
D. RUIZ-JARABO COLOMER
10 päivänä kesäkuuta 2003 [1]

Johdanto

1. K. B., joka on brittiläinen työntekijä, toivoo, että hänen kumppaninsa R., jolle on tehty sukupuolenvaihdosleikkaus, jossa hänet muutettiin naisesta mieheksi, voisi aikanaan nauttia hänelle eloonjääneenä puolisona kuuluvaa leskeneläkettä. Yhdistyneen kuningaskunnan säännöstössä kielletään kuitenkin transseksuaalilta avioliiton solmiminen hänen uuden sukupuolensa mukaisesti.

2. Pääasian valittaja katsoo, että häneen on kohdistettu palkkausasioissa sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Väite voi kuulua direktiivin 75/117/ETY [2] soveltamisalaan, vaikka väitetty eriarvoinen kohtelu ei perustu välittömästi hänen tai hänen kumppaninsa sukupuoleen, vaan kansalliseen siviililainsäädäntöön, jossa säädetään henkilön sukupuolen vahvistamisesta ja jonka mukaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa ei myönnetä oikeutta sellaiseen väestötietojärjestelmän oikaisemiseen sukupuolenvaihdosleikkauksen perusteella, joka oikeuttaisi nimenomaan heteroseksuaalisen avioliiton solmimisen. Yhteisöllä ei tässä asiassa ole minkäänlaista toimivaltaa, mutta jos katsotaan, että Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännössä rikotaan perusoikeutta, asiaa ei juuri voida jättää käsittelemättä.

3. Asia on merkitykseltään tilapäinen, sillä Yhdistynyt kuningaskunta hyväksynee lähikuukausina lainsäädäntöönsä muutoksia, joilla voidaan ratkaista pääasian yhteydessä esitetty ongelma eli transseksuaaleilta evätty oikeus avioliiton solmimiseen.

Tosiseikat ja asian käsittely kansallisessa tuomioistuimessa

4. Pääasian kantaja K. B. työskenteli vuodesta 1976 vuoteen 1996 National Health Servicessä (jäljempänä NHS), joka on terveydenhuoltopalveluista vastaava elin

1 — Alkuperäinen kieli: espanja.

2 — Miesten ja naisten samapalkkaisuuden periaatteen soveltamista koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 10 päivänä helmikuuta 1975 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 45, s. 19; jäljempänä direktiivi).

Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Hän maksoi noiden 20 vuoden ajan NHS:n Pension Schemen vakuutusmaksut, joiden perusteella hänellä on muun muassa oikeus 5 375,86 Englannin punnan suuruiseen vuotuiseen eläkkeeseen.

Kyseisen NHS:n Pension Schemen mukaan leskeneläkettä myönnetään vakuutetun eloonjääneelle puolisolle. "Puolisolla" tarkoitetaan ainoastaan henkilöä, jonka kanssa vakuutettu on ollut avioliitossa.

5. R., joka syntyi ja rekisteröitiin naispuoliseksi henkilöksi, ei sopeutunut omaan sukupuoleensa. Sukupuolenvaihdosleikkauksen jälkeen R:stä tuli mies sekä suhteessaan K. B:hen että ulkopuolisiin henkilöihin. K. B:n ja R:n välillä on ollut vuosikausia kestänyt tunneside ja he ovat asuneet yhdessä. He olisivat menneet naimisiin, jos se olisi ollut mahdollista, mutta he katsoivat perustellusti, ettei heillä ollut lakiin perustuvaa oikeutta mennä naimisiin.

6. Koska heillä ei ollut oikeutta mennä naimisiin, R:lle ei voida myöntää leskeneläkettä, jos hänen kumppaninsa kuolee ennen häntä.

7. Edellä esitetyn perusteella K. B. valitti Employment Tribunaliin todeten, että NHS:n kieltäytyminen myöntämästä R:lle aikanaan leskeneläkettä oli sukupuoleen perustuvaa syrjintää, joka on ristiriidassa EY 141 artiklan kanssa luettuna yhdessä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa ja erityisesti asiassa P vastaan S ja Cornwall County Council [3] 30.4.1996 annetun tuomion sekä direktiivin 75/117/ETY kanssa. K. B. katsoo, että kyseisissä säännöksissä ja määräyksissä edellytetään, että käsitettä leskeys tulkitaan nyt esillä olevassa yhteydessä siten, että se kattaa myös sellaisen parin eloonjääneen osapuolen, joka olisi ollut kyseisessä suhteessa, jollei hänen sukupuoltaan koskeva merkintä olisi johtunut lääketieteellisestä vaihdosleikkauksesta.

8. Pääasian vastaajat, NHS Pensions Agency ja Secretary of State for Health, väittävät, ettei valittajan väitteessä ollut otettu huomioon asiassa Grant [4] 17.2.1998 annettua tuomiota, jonka mukaan työntekijän homoseksuaalinen kumppani ei voi saada heteroseksuaalisille kumppaneille myönnettäviä matkaetuuksia. Vastaajien mukaan väitteessä ei myöskään ollut otettu huomioon sitä, että vaikka yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut asiassa P vastaan S, että menettely, jossa transseksuaalia kohdellaan eri tavalla siitä syystä, että hänelle on tehty sukupuolenvaihdos, on tasa-arvoisen kohtelun periaatteen vastaista, se ei ole myöntänyt tällaiselle henkilölle kaikkia hänen uuteen sukupuoleensa liittyviä oikeuksia.

9. Employment Tribunal ja Employment Appeal Tribunal, joille asiassa valitettiin,

3 — Asia C-13/94 (Kok. 1996, s. I-2143, jäljempänä asia P. v. S).

4 — Ks. asia C-249/96 (Kok. 1998, s. I-621, jäljempänä asia Grant).

katsoivat vastaajien väitteet perustelluiksi. Tämän jälkeen asia saatettiin Court of Appealin käsiteltäväksi ja viimeksi mainittu tuomioistuin teki asiasta yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön.

13. Court of Appeal ilmoitti 4.10.2002 päivätyllä kirjeellä yhteisöjen tuomioistuimelle olevansa kansallisen lainsäädännön mukaan velvoitettu kuulemaan asianosaisia, ennen kuin se voisi päättää ennakkoratkaisumenettelyn jatkamisen tarpeellisuudesta.

Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

10. Ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi yhteisöjen tuomioistuimeen 15.3.2001.

14. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ilmoitti 5.3.2003 tarvitsevansa edelleen vastauksen esitettyyn kysymykseen, koska asiassa Goodwin annettu tuomio poikkesi nyt esillä olevasta pääasiasta. Kyseinen tuomioistuin totesi myös, että lainsäädäntöön tai oikeuskäytäntöön mahdollisesti tehtävät muutokset saattaisivat ratkaista pääasiassa esitetyn ongelman ilman yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisua.

11. Asian suullinen käsittely pidettiin 23.4.2002 sen jälkeen, kun oli saatu K. B:n, Yhdistyneen kuningaskunnan ja komission kirjalliset huomautukset.

Asiaa koskeva kansallinen lainsäädäntö

12. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antoi 11.7.2002 tuomion asioissa Goodwin vastaan Yhdistynyt kuningaskunta ja I vastaan Yhdistynyt kuningaskunta. Kyseinen tuomioistuin muutti aiempaa oikeuskäytäntöään ja totesi, että brittiläisiltä transseksuaaleilta evätty oikeus solmia avioliitto uuden sukupuolensa mukaisesti on ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa. Edellä esitetyn perusteella yhteisöjen tuomioistuimen kirjaaja tiedusteli ennakkoratkaisupyynnön esittäneeltä tuomioistuimelta, katsoiko se edelleen, että sille olisi hyötyä yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisusta.

15. Vuoden 1975 Sex Discrimination Actissa (sukupuoleen perustuvaa syrjintää koskeva laki) kielletään työnantajaa suoraan syrjimästä henkilöä sukupuolen perusteella siten, että viimeksi mainittua kohdeltaisiin vastakkaista sukupuolta olevaa henkilöä epäedullisemmalla tavalla. Siinä kielletään myös välillinen sukupuoleen perustuva syrjintä, joka määritellään lähtökohtaisesti sellaiseksi yhdenmukaisten edellytysten tai vaatimusten soveltamiseksi, jolla on suhteettomia ja perusteettomia kielteisiä vaikutuksia toisen sukupuolen kannalta katsoen.

16. Yhdistynyt kuningaskunta antoi asiassa P vastaan S [5] annetun tuomion jälkeen vuonna 1999 Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulationsin (sukupuolenvaihdokseen perustuvaa syrjintää koskeva asetus). Sillä muutettiin vuoden 1975 Sex Discrimination Actia siten, että työntekijän sukupuolenvaihdokseen perustuva suora syrjintä sisällytettiin viimeksi mainitun soveltamisalaan. Samapalkkaisuutta koskevaa lainsäädäntöä (vuoden 1970 Equal Pay Act ja vuoden 1995 Pensions Act) ei sen sijaan muutettu.

Muutoksessa määritellään sukupuolenvaihdos "lääketieteellisessä valvonnassa suoritettaviksi toimenpiteiksi, joilla pyritään henkilön sukupuolen vaihtamiseen muuttamalla sukupuolelle ominaisia fyysisiä ja muita ominaisuuksia".

Uuden asetuksen Guidance Notesissa (soveltamisohjeet) todetaan seuraavaa: "Yhdistyneessä kuningaskunnassa on noin 5 000 transseksuaalista henkilöä. Lääketieteellisellä hoidolla, jolla pyritään siihen, että transseksuaalisten henkilöiden olisi mahdollista muuttaa vartaloaan siten, että se vastaa heidän sukupuoli-identiteettiään, on saavutettu erittäin hyviä tuloksia. Lääkärien keskuudessa tämä hoito tunnetaan sukupuolenvaihdoksen nimellä."

17. NHS:n Pension Schemessa säädetään, että eläke on maksettava toimihenkilön miespuoliselle tai naispuoliselle leskelle. Miespuolisella ja naispuolisella leskellä tarkoitetaan eloonjäänyttä puolisoa.

18. Avioliitto määritellään Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännössä miehen ja naisen väliseksi vapaaehtoiseksi liitoksi. Tätä tarkoitusta varten asiassa Corbett [6] annettuun tuomioon perustuvan vuoden 1971 High Courtin oikeuskäytännön mukaan sukupuoli on määriteltävä kromosomien, sukupuolen ja sitä vastaavien sukupuolielinten perusteella ottamatta huomioon kirurgista toimenpidettä.

19. Lisäksi vuoden 1973 Matrimonial Causes Actin (avioliittolaki) 11 §:n c momentissa säädetään suhteen mitättömyydestä siinä tapauksessa, että puolisot eivät ole mies ja nainen.

20. House of Lords hylkäsi asiassa Bellinger [7] 10.4.2003 annetussa tuomiossa hakemuksen transseksuaalin uuden sukupuolensa mukaisesti solmiman avioliiton pätevyyden tunnustamisesta. Korkein oikeus katsoi, ettei Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännössä anneta sukupuolenvaihdokselle riittävää oikeudellista pätevyyttä. Samassa yhteydessä korkein oikeus kuitenkin totesi vuoden 1998 Human Rights

5 — Ks. edellä 7 kohdassa mainittu tuomio.

6 — Probate Reports 1971, s. 83.

7 — [2003] UKHL 21.

Actin (laki jolla kyseinen ihmisoikeussopimus on saatettu osaksi Yhdistyneen kuningaskunnan kansallista lainsäädäntöä) 4 §:n 2 momentin mukaisesti Matrimonial Causes Actin 11 §:n c momentin olevan ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa. Tämän toteamuksen tarkoituksena on kehottaa hallitusta toteuttamaan pikaisesti tarvittavat toimenpiteet ristiriitaisuuden lopettamiseksi. [8]

Asiaa koskeva yhteisön lainsäädäntö

21. EY 141 artiklassa määrätään sen periaatteen noudattamisesta, jonka mukaan miehille ja naisille maksetaan samasta tai samanarvoisesta työstä sama palkka (1 kohta). Palkalla tarkoitetaan tavallista perus- tai vähimmäispalkkaa ja muuta korvausta, jonka työntekijä suoraan tai välillisesti saa työnantajaltaan työstä tai tehtävästä rahana tai luontoisetuna (2 kohta).

22. Direktiivin 75/117 [9] 1 artiklan ensimmäisessä kohdassa säädetään, että miesten ja naisten samapalkkaisuuden periaatteella tarkoitetaan sukupuoleen perustuvan syrjinnän poistamista kaikista samasta tai samanarvoisesta työstä maksettavaan korvaukseen vaikuttavista tekijöistä ja ehdoista. Saman direktiivin 3 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on poistettava kaikki laeista, asetuksista ja hallinnollisista määräyksistä johtuva samapalkkaisuusperiaatteen vastainen miesten ja naisten välinen syrjintä. Direktiivin 4 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että kollektiivisten sopimusten, palkka-asteikkojen, palkkasopimusten ja yksittäisten työsopimusten samapalkkaisuusperiaatteen vastaiset määräykset julistetaan tai voidaan julistaa mitättömiksi taikka että niitä voidaan muuttaa.

23. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan suoraan lakiin perustuvat sosiaaliturvajärjestelmät tai -etuudet, erityisesti eläkkeet, eivät kuulu palkan käsitteen piiriin, sellaisena kuin tämä käsite on rajattu EY 141 artiklassa. [10] Sitä vastoin etuudet sellaisesta eläkejärjestelmästä, josta myönnettävä eläke pääasiallisesti määräytyy asianomaisen henkilön tekemän työn perusteella, liittyvät kyseisen henkilön palkkaukseen. [11] Arvioitaessa sitä, kuuluuko eläke EY 141 artiklan soveltamisalaan,

8 — House of Lords katsoi, ettei riidanalaista säännöstä voitu Human Rights Actin 3 §:n 1 momentin nojalla katsoa ihmissoikeussopimuksen mukaiseksi.

9 — Ks. edellä 2 kohdassa mainittu direktiivi.

10 — Ks. asia C-262/88, Barber, tuomio 17.5.1990 (Kok. 1990, s. I-1889, Kok. Ep. X, s. 425, 22 kohta); asia C-7/93, Beune, tuomio 28.9.1994 (Kok. 1994, s. I-4471, 44 kohta) ja asia C-50/99, Podesta, tuomio 25.5.2000 (Kok. 2000, s. I-4039, 24 kohta).

11 — Ks. asia 170/84, Bilka, tuomio 13.5.1986 (Kok. 1986, s. 1607, Kok. Ep. VIII, s. 607, 22 kohta); em. asia Barber, tuomion 28 kohta; em. asia Beune, tuomion 46 kohta, ja yhdistetyt asiat C-234/96 ja C-235/96, Deutsche Telekom, tuomio 10.2.2000 (Kok. 2000, s. I-799, 32 kohta) sekä em. asia Podesta, tuomion 25 kohta.

ratkaisevana arviointiperusteena on käytetty työsuhteen ja eläke-etuuden välisen yhteyden olemassaoloa ilman, että eläke-etuusjärjestelmän rakenteiden olisi katsottu olevan ratkaisevia. [12]

24. Yhteisöjen tuomioistuin on myös todennut, että samoin edellytyksin määrätty eloonjääneen eläke kuuluu EY 141 artiklan soveltamisalaan. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on korostanut, ettei se seikka, ettei leskeneläkettä makseta työntekijälle, vaan työntekijän leskelle, kumoa tätä tulkintaa, sillä leskeneläke on tosiasiallisesti etu, joka seuraa hänen puolisonsa kuulumisesta kyseisen järjestelmän piiriin, joten lesken oikeus eläkkeeseen perustuu työnantajan ja kyseisen puolison väliseen työsuhteeseen, ja eläkettä maksetaan leskelle hänen puolisonsa tekemästä työstä. [13] Eloonjäänyt puoliso voi vedota EY 141 artiklaan, jotta tunnustettaisiin periaate hänen oikeutensa ulottumisesta koskemaan eloonjääneen eläkkeen maksamista. [14]

Transseksuaalien oikeus solmia avioliitto

25. Oikeuslääketieteessä transseksuaaliksi määritellään henkilö, jolla on tietyn sukupuolen sukupuoliset ja ilmiasua vastaavat ominaispiirteet, mutta joka kokee voimakkaasti kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen, jonka ulkomuodon ja käyttäytymisen hän on omaksunut ja johon kuuluvaksi hän haluaa tulla hyväksytyksi kaikkine siitä aiheutuvine seurauksineen ja mihin hintaan tahansa. Transseksuaalinen suuntautuminen määritellään ilmiöksi, jossa potilaan anatominen sukupuoli ja biologinen (kromosominen) sukupuoli eivät vastaa hänen psykologista sukupuoltaan. [15]

12 — Ks. asia C-351/00, Niemi, tuomio 12.9.2002 (Kok. 2002, s. I-7007, 45 kohta).

13 — Ks. asia C-109/91, Ten Oever, tuomio 6.10.1993 (Kok. 1993, s. I-4879, Kok. Ep. XIV, s. I-375, 12 ja 13 kohta) ja asia C-147/95, Evrenopoulos, tuomio 17.4.1997 (Kok. 1997, s. I-2057, 22 kohta).

14 — Ks. asia C-200/91, Coloroll Pension Trustees, tuomio 28.9.1994 (Kok. 1994, s. I-4389, Kok. Ep. XVI, s. I-91, 19 kohta).

15 — Kyseinen ilmiö on ollut aina olemassa ja se on ymmärretty paremmin alkukantaisissa kulttuureissa, joihin kristinusko ei ole vaikuttanut. Mario Vargas Llosa esimerkiksi viittaa teoksessaan *El paraíso en la otra esquina* (toim. Alfaguara, Madrid, 2003, s. 67 ja 68, 434 ja 436) tällaiseen maoreilla esiintyneeseen suuntaukseen kertoessaan taidemaalari Paul Gauguinin vaiheista Tahitilla. Koska lääketiede ja kokeellinen kirurgia eivät olleet vielä kehittyneet 1900-luvun puolivälissä, naisten, jotka tunsivat olevansa miehiä, oli tukeuduttava monimutkaisiin menetelmiin ja altistuttava vaaroille, ja heidän kohtalonsa oli yleensä surkea. Henri Estienne kertoo vuonna 1566 Fontainesissa sattuneesta tapauksesta, jossa nainen pukeutui mieheksi ja työskenteli tallirenkinä, meni naimisiin ja eli onnellisena kaksi vuotta toisen naisen kanssa, kunnes paljastui väline, jota hän käytti täyttääkseen aviolliset velvollisuutensa. Hänet vangittiin ja poltettiin elävänä. 1600-luvulla oli naisia, jotka elivät merirosvoina, kuten esim. Anne Bonney ja Mary Read. Ranskatar Geneviève Premoy puolestaan tekeytyi herra Balthazariksi ja Ludvig XIV luovutti hänelle Pyhän Ludvigin kunniamerkin. Monista naisista tuli sotilaita tai merimiehiä. Asiasta järjestetyistä oikeudenkäynneistä käy ilmi, että jotkut heistä ilmoittivat käyttäytymisensä olleen Jumalan säätämää ja että heidän syntyessään vanhemmat olivat odottaneet poikaa ja että vaikka he näyttivät naisilta, heillä oli tosiasiallisesti miesten luonto. Pelko paljastumisesta johti tällaisia naisia itsemurhaan. Näin kävi esim. vuonna 1765 Catherine Rosenbrockille, joka työskenneltyään 12 vuotta merimiehenä ja sotilaana Hollannissa palasi kotiinsa Hampuriin, jossa hänen äitinsä syytti häntä naissukupuolensa kieltämisestä. Hänet vangittiin huonon käytöksen vuoksi ja hän yritti tehdä itsemurhan. Neiti de Maupin oli 1600-luvun loppupuolen tunnetuimpia ranskalaisia näyttelijättäriä. Hänellä oli suuri menestys Pariisin Oopperassa, jossa hän lauloi miesosia. Eräällä kiertueella hän karkasi Marseilles'hin valloittaakseen erään nuoren naisen. Kun hänen syntyperänsä paljastui, hänet vangittiin ja tuomittiin kuolemaan. Hänen suosionsa ja yleisen mielipiteen painostuksen vuoksi tuomio kumottiin. Tämän jälkeen viranomaiset päättivät olla ottamatta huomioon hänen rakkausjuttujaan, vaikka hän edelleen pukeutui mieheksi. Teoksessa C. Spencer, *Histoire de l'homosexualité* (toim. Le Pré aux Clercs, Pariisi, 1998) viitataan muutamiin tällaisiin tapauksiin.

Transseksuaalin järkkymätön halu saada myös oikeudellisesti tunnustetuksi kuulumisensa vastakkaiseen sukupuoleen näkyy osaltaan halussa saada hormonaalista hoitoa toissijaisten sukupuolisten ominaisuuksien muuttamiseksi ja käydä läpi kirurginen toimenpide, jossa elin poistetaan ja korvataan toisella ja jossa sukupuolielinten anatomia muutetaan. Kromosominen rakenne ei muutu, minkä vuoksi nk. biologinen sukupuoli säilyy ennallaan. [16]

Edellä kuvattu ilmiö poikkeaa selvästi seksuaaliseen (heteroseksuaaliseen, homoseksuaaliseen tai biseksuaaliseen) suuntautumiseen perustuvista tiloista, joissa henkilö hyväksyy muitta mutkitta sukupuolensa, mutta joissa ongelmat johtuvat pääasiallisesti kiintymyksen ilmaisuista, transvestiittisesta pukeutumisesta, joka koskee henkilöitä, jotka tuntevat sukupuolista mielihyvää käyttäessään vastakkaisen sukupuolen vaatetusta.

26. Haluaisin täsmentää, että vaikka avioliiton epääminen transseksuaaleilta perustuisi periaatteessa siihen, ettei väestötietojärjestelmän tietoja voida muuttaa sukupuolen vaihdoksen vuoksi, tosiasiallisesti tällä tavalla rajoitetaan heidän oikeuttaan solmia avioliitto, koska samaa sukupuolta olevien välistä suhdetta ei yleisesti hyväksytä. Tämän vuoksi analysoin tätä seikkaa jäljempänä lyhyesti ja täsmällisesti ainoastaan niiltä osin, jotka koskevat transseksuaalien oikeutta solmia avioliitto ja jätän käsittelemättä tähän liittyvät konkreettiset tekniset esteet.

27. Transseksuaalien pyrkimys solmia avioliitto uudelle sukupuolelleen vastakkaisen sukupuolen kanssa [17] on otettu oikeudellisesti huomioon jäsenvaltioiden lainsäädännössä ja hallinnollisessa käytännössä ja se näkyy myös oikeuskäytännössä, erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Nämä seikat ovat ensisijaisia asian käsittelylle yhteisöjen tuomioistuimessa, sillä yhteisön oikeudesta voidaan johtaa yleinen periaate, joka on Euroopan unionin jäsenvaltioille yhteisen valtiosääntöperinteen muodossa tai sisältyy kaikkien jäsenvaltioiden ratifioimaan kansainväliseen ihmisoikeuksien suojelua koskevaan sopimukseen.

28. Vertaileva tutkimus vallitsevasta oikeudellisesta tilanteesta osoittaa, että transseksuaalien uuden sukupuolen mukainen avioliitto hyväksytään yleisesti. Sukupuolenvaihdos aiheuttaa väestötietojärjestelmän

16 — Ks. Italian Corte constituzionalen tuomio 6.5.1985 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana, GURI*, nro 131 bis, 5.6.1985, 3 kohta). Samasta aiheesta, edellä 20 kohdassa mainittu asia Bellinger, House of Lordin tuomio, 10.4.2003, tuomion 7–9 kohta.

17 — Jäljempänä viittaan aina eri sukupuolta olevien henkilöiden väliseen avioliittoon ottaen huomioon toisen puolison sukupuolenvaihdoksen. Transseksuaaleilla ei itse asiassa ole Yhdistyneessä kuningaskunnassa esteitä solmia avioliittoa vastakkaista biologista sukupuolta olevien henkilöiden kanssa.

oikaisuja joko lainsäätäjän nimenomaisella toimenpiteellä (Saksassa,[18] Kreikassa,[19] Italiassa,[20] Alankomaissa,[21] Ruotsissa[22]), hallinnollisessa käytännössä (Itävallassa[23] ja Tanskassa[24]) tai tuomioistuinten tulkinnoissa (Belgiassa,[25] Espanjassa,[26] Suomessa,[27] Ranskassa,[28] Luxemburgissa[29] ja Portugalissa[30]) ja antaa transseksuaaleille mahdollisuuden avioliiton solmimiseen.

Ainoastaan Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan säännöksissä näytetään vastustettavan tätä yleistä suuntausta. Tästä huolimatta voidaan todeta, että oikeudellinen perinne on riittävän yhtenäinen, jotta siitä voidaan johtaa yhteisön oikeuden yleinen periaate.

18 — Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen — Transsexuellengesetz (transseksuaalisuutta koskeva laki), 10.9.1980, 8–12 §.

19 — Siviilisäätyä koskeva laki nro 2503/1977, ΦΕΚ 107 A-/1997, 14 §.

20 — Norme in materia di rettificazione di sesso (sukupuolenvaihdosta koskeva laki) nro 164, 14.4.1982, 1 §.

21 — Brugerlijk Wetboek (siviililaki), 28–28c §.

22 — Lag om fastställande av könstillhörhet (laki sukupuolen määrittämisestä), 1972:119.

23 — "Transsexuellen-Erlaß" des Bundesministeriums für Inneres (sisäministeriön kiertokirje) (36.250/66-IV/4/96), 27.11.1996.

24 — Cirkulæreskrivelse om ændring af fødselstilførsler som følge af kønsskifte (kiertokirje) nro 12003, 10.11.1976.

25 — Ks. mm. Tribunal de première instance, Verviers (Verviersin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin), tuomio 19.2.1996 ja Hof van Beroep, Amberes (Amberesin valitustuomioistuin), tuomio 27.1.1999.

26 — Ks. mm. Audiencia Provincial de Barcelona (Barcelonan provinssin tuomioistuin), tuomio 11.2.1994 ja Juzgado de primera instancia de Lérida (Léridan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin), tuomio 21.9.1999.

27 — Korkein hallinto-oikeus, tuomio 1998-A-46.

28 — Cour de cassation (kassaatiotuomioistuin), tuomio 11.12.1992.

29 — Tribunal administratif, 1ère section (hallinto-oikeuden ensimmäinen jaosto), tuomiot 28.1.1987 ja 31.5.1989.

30 — Ks. mm. Tribunal de Relação de Lisboa (Lissabonin valitustuomioistuin), tuomio 9.11.1993.

29. Selkeämpää on kuitenkin johtaa kyseinen periaate Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksesta.

30. Kyseisen ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 1 kohdassa määrätään, että "jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta". Tämän oikeuden käyttämiseen voidaan puuttua vain, jos laki sen sallii, siihen on oikeutettu tarkoitus ja se on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä (2 kohta).

Lisäksi ihmissoikeussopimuksen 12 artiklassa määrätään, että "avioliittoiässä olevilla miehillä ja naisilla on oikeus mennä avioliittoon ja perustaa perhe tämän oikeuden käyttöä säätelevien kansallisten lakien mukaisesti".

31. Saatuaan toistuvasti erityisesti Yhdistyneen kuningaskunnan kansalaisina olevien transseksuaalien pyyntöjä, joissa nämä henkilöt vaativat ihmisoikeussopimuksen 8 ja 12 artiklaan vedoten tunnustamaan heille oikeuden solmia avioliitto uuden sukupuolensa mukaisesti, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on vastannut asiassa Rees vastaan Yhdistynyt kuningaskunta 17 päivänä lokakuuta 1986 annetussa tuomiossa,[31] että *toistaiseksi* on annettava vastaajana olevan valtion päättää, miten

31 — Sarja A, nro 156.

transseksuaalien vaatimuksiin voidaan vastata. Samassa tuomiossa todetaan myös, että asianmukaisten oikeudellisten toimenpiteiden tarvetta on tarkasteltava jatkuvasti, jotta otettaisiin huomioon tieteiden ja yhteiskunnan kehitys. [32]

Asiassa Cossey vastaan Yhdistynyt kuningaskunta [33] 27 päivänä syyskuuta 1990 annetussa ihmisoikeustuomioistuimen tuomiossa sekä asiassa Sheffield ja Horsham vastaan Yhdistynyt kuningaskunta [34] 30 päivänä heinäkuuta 1998 annetussa ihmisoikeustuomioistuimen tuomiossa vahvistetaan Strasbourgin tuomioistuimen valtioille tunnustama laaja harkintavalta. Viimeksi mainitussa tuomiossa on todettu, että transseksuaalisuus aiheuttaa edelleen monimutkaisia tieteellisiä, oikeudellisia, moraalisia ja yhteiskunnallisia ongelmia, joihin ei ole sopimuspuolina olevien valtioiden yleisesti hyväksymää ratkaisua. [35]

32. Edellä kuvattu tilanne vallitsi silloin, kun pääasian oikeudenkäyntimenettely pantiin alulle, ja se pysyi muuttumattomana silloinkin, kun nyt käsiteltävänä oleva ennakkoratkaisupyyntö esitettiin ja senkin jälkeen, kun 23.4.2002 pidetty suullinen käsittely oli ohi.

33. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin teki 11.7.2002 täysistuntoon kokoontuneena päätöksen asiassa Goodwin vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, [36] jossa se muutti perusteellisesti oikeuskäytäntöään.

34. Strasbourgin tuomioistuin totesi yksimielisesti ja erityisen vakuuttavasti aiempaa oikeuskäytäntöä sekä oikeudellista ja yhteiskunnallista kehitystä tutkittuaan, että vastaajana oleva valtio ei enää voinut vedota kyseisessä asiassa harkintavaltaansa ja ulottaa sitä laajemmalle kuin oli välttämätöntä ihmisoikeussopimuksella suojatun oikeuden kunnioittamisen takaamiseksi. Sellaista yleistä etua koskevaa tärkeää tekijää ei ole, joka olisi vastoin valittajan intressiä saada oikeudellinen tunnustus sukupuolenvaihdokselleen, minkä vuoksi ihmissoikeussopimuksessa edellytetty oikeasuhtainen tasapaino käänsi asian ehdottomasti valittajan hyväksi. Näin ollen asianosaisen oikeutta yksityiselämään ei ole kunnioitettu ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan mukaisesti. [37]

35. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi 12 artiklan perusteella, että oli keinotekoista väittää, ettei sellaisilta henkilöiltä, joille on tehty sukupuolenvaihdosleikkaus, ole evätty oikeutta avioliiton solmimiseen, kun lain mukaan heillä on lupa solmia avioliitto aiemmalle sukupuolelleen vastakkaisen sukupuolen kanssa. Tuomioistuin tunnusti, että valittajalla,

32 — Asiassa Rees annetun tuomion 47 kohta. Epävirallinen käännös.

33 — Sarja A, nro 256.

34 — Kokoelma 15/89.

35 — Ks. asia Sheffield ja Horsman, tuomion 58 kohta.

36 — Kokoelma 56/88. Ks. myös asiassa I vastaan Yhdistynyt kuningaskunta samana päivän annettu tuomio (Kokoelma 35/56), jonka sisältö on vastaavanlainen.

37 — Ks. asia Goodwin, tuomion 93 kohta.

joka eli naisena ja jolla oli suhde mieheen, jonka kanssa hän halusi solmia avioliiton, ei ollut tällaista mahdollisuutta. [38] Tuomioistuin lisäsi, että vaikka sopimuspuolena olevan valtion vastuulla oli määrittää muun muassa edellytykset, jotka transseksuaalin on täytettävä, jotta hänen uusi sukupuoli-identiteettinsä tunnustettaisiin, ja osoittaakseen sukupuolenvaihdoksensa todenperäisyyden sekä edellytykset aiemman avioliiton mitätöimiseksi tai jopa tulevaan avioliittoon sovellettavat vaatimukset (esimerkiksi tiedot, jotka avioliittoon aikovien on toimitettava), ei ole mitään perustetta sille, että transseksuaaleilta evättäisiin oikeus avioliiton solmimiseen. [39] Tuomioistuin totesi myös yksimielisesti, että ihmisoikeussopimuksen 12 artiklaa oli rikottu.

Ennakkoratkaisukysymys

36. Court of Appeal on 14.12.2000 tehdyllä päätöksellään pyytänyt yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisun seuraavaan kysymykseen: "Onko menettely, jossa on kieltäydytty myöntämästä eläkettä sellaisen naisen transseksuaaliselle kumppanille (alun perin naispuoliselle henkilölle), joka on ollut vakuutettu National Health Service Pension Schemen — jonka mukaan ainoastaan leskellä on oikeus saada vakuutetun kuoleman perusteella maksettavat etuudet — mukaisesti, EY 141 artiklan ja direktiivin 75/117/ETY vastaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää?"

37. Ennakkoratkaisupyynnöstä selviää, että Court of Appeal on epävarma seuraavista seikoista:

a) Sekä asiassa P vastaan S että asiassa Grant esitetyt ratkaisut ovat selviä, mutta niiden välinen periaatteellinen ero ei sitä ole. Mikäli lähdetään siitä, että etujen epääminen homoseksuaalisilta kumppaneilta ei ole syrjivää, jos tätä epäämistä sovelletaan samalla tavoin sekä miehiin että naisiin, tämä pätee myös nyt esillä olevassa asiassa kyseessä olevassa tilanteessa, jossa avoliitossa eläviltä kumppaneilta evätään etuuksia. Mikäli taas lähdetään siitä, että sukupuoli, jonka perusteella syrjitään, muodostuu sukupuoli-identiteetistä eikä sukupuolisesta suuntautumisesta, nyt esillä olevassa asiassa tarkoitettu epääminen perustuu suoraan sukupuoleen ja on näin ollen syrjintää.

b) Jos Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklaa ja mahdollisesti sen 8 artiklaa on rikottu, tämän rikkomisen merkitys on epäselvä tulkittaessa "les-

38 — Ks. asia Goodwin, tuomion 101 kohta.
39 — Ks. asia Goodwin, tuomion 103 kohta.

ken" käsitettä. Jos perhe-elämän suojalla tarkoitetaan sitä, että työntekijöistä riippuvaisia ja heidän jälkeensä jääviä henkilöitä suojataan lainsäädännöllä, ja jos yksityiselämän suojalla tarkoitetaan sitä, että henkilön biologista ominaislaatua ei pidä tarpeettomasti tutkia, voidaan väittää, että K. B. on perusteettomasti jäänyt vaille näitä molempia tai että hänen saamansa suoja on ollut vähäisempää, koska eloonjääneellä transseksuaalisella kumppanilla ei ole oikeutta eläke-etuuksiin. Jos nämä väitteet katsotaan perustelluiksi, niiden vaikutusta saattaa olla syytä tutkia EY 141 artiklan ja samapalkkaisuusdirektiivin kannalta katsoen.

38. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin katsoo, ettei kyseessä ole välillinen syrjintä, koska ei ole syytä uskoa, että avioliittoa koskeva vaatimus vaikuttaisi transseksuaalisessa suhteessa oleviin miehiin ja naisiin eri tavoin kuin muihin; jos katsottaisiin, että tämä vaatimus vaikuttaa eri tavoin kyseisiin henkilöihin, heitä pidettäisiin virheellisesti kolmantena sukupuolena.

39. Kansallinen tuomioistuin on kuitenkin epävarma samapalkkaisuusdirektiivin 2 artiklan 1 kohdan merkityksestä. Kyseisen kohdan mukaan "minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella". Tässä kohdassa katsotaan ilmeisesti avioliitto perusteeksi, jota voidaan käyttää ainoastaan osoittamaan, onko tapahtunut välillistä syrjintää. Lisäksi jos sitä sovelletaan samalla tavalla sekä miehiin että naisiin, on vaikea kuvitella, missä olosuhteissa sillä voisi olla eri sukupuolille toisistaan poikkeavat vaikutukset. Voidaan siis miettiä, katsotaanko direktiivissä avio- tai perhesuhteiden vastaavan sukupuolta välillisessä syrjinnässä vai katsotaanko ne perusteeksi määritettäessä sukupuolen kannalta, onko tietyn vaatimuksen vaikutus ei niinkään puolueeton, vaan eriarvoinen, jotta voitaisiin tunnistaa, onko kyseessä lainvastainen välillinen syrjintä.

Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

40. Kaikki näkemyksensä esittäneet asianosaiset ovat samaa mieltä siitä, että riidanalainen leskeneläke kuuluu EY 141 artiklassa tarkoitettua palkkausta koskeviin seikkoihin. Tähän näkemykseen on syytä yhtyä.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan etuudet sellaisesta eläkejärjestelmästä, josta myönnettävä eläke pääasiallisesti määräy-

tyy asianomaisen henkilön tekemän työn perusteella, liittyvät kyseisen henkilön palkkaukseen.[40] Sama pätee leskeneläkkeisiin, joilla on kyseiset ominaisuudet.[41]

Asiakirja-aineistosta käy ilmi, että NHS:n Pension Schemesta myönnettävä eläke lasketaan työntekijän ammatillisen tilanteen, erityisesti hänen palkkansa perusteella. Näin ollen voidaan olettaa, että eläke liittyy palkkaukseen.

41. Olen myös samaa mieltä siitä, että on perusteetonta arvioida syrjintää, joka perustuu direktiivissä 76/207/ETY[42] kiellettyyn eriarvoiseen kohteluun, eri tavoin kuin syrjintää, jossa on kyse palkkauksen eriarvoisuudesta, johon sovelletaan direktiiviä 75/117/ETY. On suositeltavaa tulkita näitä seikkoja yhdenmukaisesti, sillä EY 141 artiklassa ei määrätä eri suojajärjestelmistä ja toisaalta kyseiset direktiivit ovat suuresti samankaltaisia sanamuodoltaan ja tavoitteiltaan.

42. Pääasian valittaja ja ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ovat täysin eri mieltä ennakkoratkaisukysymyksen tavoitteen määrittelemisestä.

43. K. B. katsoo, ettei nyt esillä oleva asia liity transseksuaalien oikeuteen solmia avioliitto, mikä ei kuulu yhteisön toimivaltaan, eikä syrjintään, jonka kohteena ovat samaa sukupuolta olevat parit ja jonka perusteena on heidän sukupuolinen suuntautumisensa, vaan nyt esillä olevassa asiassa on kyse miehen ja naisen välisestä suhteesta sen kaikissa tarkoituksissa [ks. valituskirjelmä, s. 5]. Pääasian valittaja katsoo, että edellä esitetystä syystä yhteisöjen tuomioistuimen olisi sovellettava asiassa P vastaan S annettua ratkaisua, jonka mukaan yhteisön oikeus[43]" estää transseksuaalin irtisanomisen sukupuolenvaihdoksesta johtuvasta syystä".[44] Näin ollen riittäisi, että korvattaisiin ilmaus "transseksuaalin irtisanomisen" ilmauksella "eläkkeen epäämisen transseksuaalilta".

Kuten pääasian valittaja korosti asian suullisessa käsittelyssä, hän ei pyydä, että tunnustettaisiin transseksuaalien oikeus avioliiton solmimiseen, vaan ainoastaan näiden henkilöiden oikeus siihen, että heidän muodostamansa parisuhteet katsottaisiin avioliitoiksi taloudellisia etuuksia myönnettäessä.

44. Court of Appeal pohtii ennakkoratkaisupyynnössään, mikä peruste erottaa asiassa P vastaa S annetun tuomion asiassa Grant annetusta tuomiosta: samanlainen

40 — Ks. edellä 23 kohta.

41 — Ks. edellä 24 kohta.

42 — Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annettu neuvoston direktiivi 76/207/ETY (EYVL L 39, s. 40).

43 — Tarkemmin sanoen direktiivi 76/207/ETY miesten ja naisten tasa-arvoisesta kohtelusta, ja kuten olen jo todennut on syytä soveltaa sitä myös samapalkkaisuusdirektiivin perusteella.

44 — Ks. asiassa P v. S annetun tuomion päätösosa.

soveltaminen miehiin ja naisiin; sukupuoli-identiteetin huomioon ottaminen ja sukupuolisen suuntautumisen huomiotta jättäminen kiellettyyn syrjintään johtaneissa perusteissa. Kansallinen tuomioistuin pohtii myös, mitä haittaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 ja 8 artiklasta johdetuille transseksuaalien oikeuksille voisi seurata eloonjääneen eläkkeen epäämisestä. Court of Appeal on epävarma myös siitä, onko tasa-arvoista kohtelua koskevan direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa käytetyn käsitteen "siviilisääty tai perheasema" katsottava vastaavan "sukupuolta" vai ainoastaan asianhaaraa, jonka perusteella tunnistetaan lainvastainen välillinen syrjintä.

Lisäksi Court of Appeal hylkää kaikki välillistä syrjintää koskevat perusteet, joiden hyväksyminen johtaisi päättelemään virheellisesti, että transseksuaalit muodostavat kolmannen sukupuolen.

45. Haluan ainoastaan korostaa, että ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen päättelyn perusteella voidaan todeta vähintään, ettei kyseinen tuomioistuin sulje pois sitä, että jos nyt esillä olevaa asiaa käsitellään asianmukaisesti, siinä on myös käsiteltävä sukupuoleen perustuvana suorana syrjintänä sitä, että transseksuaaleilta evätään mahdollisuus solmia avioliitto.

46. Tarkasti sanoen, kuten ennakkoratkaisukysymyksessä on todettu, se, onko asiassa kysymys EY 114 artiklan ja direktiivin 75/117/ETY vastaisesta syrjinnästä, riippuu siitä, voidaanko siihen soveltaa asiassa P vastaan S annettua tuomiota. Tämän lisäksi ei voida jättää huomiotta, kuten pääasian valittaja väittää, asian ratkaisun vaisäädännössä asetetaan avioliiton solmimiselle ja tarkemmin sanoen esteeseen, joka tässä yhteydessä perustuu siihen, ettei väestötietojärjestelmässä olevia merkintöjä voida oikaista sukupuolenvaihdosleikkauksen perusteella.

47. Ensiksi haluan kuitenkin tarkastella, voidaanko yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella päätellä, että leskeneläkkeen epääminen transseksuaalilta on EY 114 artiklan vastaista. Näin ollen jatkan pääasian valittajan suosimaa käsittelytapaa, jonka ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin myös hyväksyy pääosiltaan.

48. Asiassa P vastaan S selvitettiin, oliko työntekijän irtisanominen sillä perusteella, että hänelle oli tehty sukupuolenvaihdosleikkaus, miesten ja naisten tasa-arvoista kohtelua koskevassa direktiivissä kiellettyä syrjintää.

49. Yhteisöjen tuomioistuin palautti mieliin, että tasa-arvoisen kohtelun periaate

edellyttää, ettei minkäänlaista *sukupuoleen perustuvaa* syrjintää saa esiintyä, ja on näin ollen ilmaus yhdenvertaisuusperiaatteesta, joka on perusperiaatteita ja jonka kunnioittamisen yhteisöjen tuomioistuin varmistaa. [45]

Tuomiossa päätellään edellä esitetyn perusteella, ettei direktiivin soveltamisala voi rajoittua pelkästään syrjintään, joka perustuu jompaankumpaan sukupuoleen kuulumiseen, vaan direktiivin on katsottava koskevan myös syrjintää, joka perustuu asianomaisen sukupuolenvaihdokseen. *Tällainen syrjintä perustuu itse asiassa olennaisesti, ellei jopa yksinomaan, asianomaisen sukupuoleen.* Näin ollen jos henkilö irtisanotaan sillä perusteella, että hän aikoo vaihtaa sukupuoltaan tai on vaihtanut sitä, häntä kohdellaan epäedullisesti verrattuna muihin siihen sukupuoleen kuuluviin henkilöihin, johon hänen katsottiin kuuluvan ennen leikkausta. Hänen *arvoaan ja vapauttaan ei kunnioiteta*, vaikka hänellä on siihen oikeus ja vaikka yhteisöjen tuomioistuimen on varjeltava tätä kunnioittamista. [46]

50. K. B:n edustajan väite perustuu siihen, että oikeus, jota hän vaatii transseksuaaliselle kumppanilleen, johdetaan sanatarkan ilmauksen "jos henkilö irtisanotaan" korvaamisesta ilmauksella "jos henkilöltä evätään oikeus leskeneläkkeeseen", sillä molemmissa tapauksissa kyseessä ovat oikeudet, joiden tasa-arvoinen käyttäminen on taattu direktiiveillä 76/207/ETY ja 75/117/ETY.

51. Yhdyn edellä esitettyyn väitteeseen siltä osin, että asian käsittelyn kannalta yhteisöjen tuomioistuimessa ei ole lainkaan merkitystä sillä, perustuuko ilmoitettu eriarvoisuus irtisanomiseen vai leskeneläkkeen epäämiseen.

52. Muilta osin valittajan asian käsittelyn yhteydessä kansallisessa tuomioistuimessa esittämä tulkinta voidaan mielestäni oikeutetusti hylätä sillä perusteella, että riidanalainen eläkkeen epääminen ei perustu asianosaisen henkilön sukupuolenvaihdokseen, vaan siihen, ettei hän täytä kansallisessa lainsäädännössä pätevän avioliiton solmimiselle pääasiallisen eläkkeenhaltijan kanssa asetettua edellytystä eli tulevien puolisoiden sukupuolen vaihtamista. Samaa käsittelykaavaa seuraten voidaan katsoa, että riidanalainen palkkausmuodon epääminen ei perustu oikeuden kannalta sukupuolenvaihdokseen vaan nimenomaan transseksuaalisen henkilön *sukupuolenvaihdoksen puuttumiseen*, joka estää pätevän avioliiton solmimisen. Tällainen asian tarkastelu johtaa väistämättä miettimään, soveltuuko tällainen epääminen perusteeksi sille, että sukupuolenvaihdosleikkaus tunnustetaan oikeusjärjestyksen täysivaltaiseksi perusarvoksi, ja siihen liittyen, onko yhteisöjen tuomioistuin toimivaltainen tässä asiassa.

45 — Ks. edellä 7 kohdassa mainittu asia P v. S, tuomion 17–19 kohta.

46 — Ks. edellä 7 kohdassa mainittu asia P v. S, tuomion 20–22 kohta.

53. Ennen kuin jatkan aloittamallani linjalla, joka poikkeaa ennakkoratkaisukysymyksen alkuperäisesityksestä, on syytä tuoda esiin muita esimerkkejä oikeuskäytännöstä täsmentämään yhteisöjen tuomioistuimen noudattamaa käytäntöä tässä asiassa. Viittaan ensiksi asiassa Grant annettuun tuomioon sekä asiassa D ja Ruotsi vastaan neuvosto 31.5.2001 annettuun tuomioon. [47]

54. Asiassa Grant rautatieyhtiön työntekijä väitti, että matka-alennuksen myöntämisellä työntekijälle ja hänen puolisolleen tai vastakkaista sukupuolta olevalle henkilölle, jonka kanssa hänellä oli vakava ja vakituinen suhde, ja vastaavasti alennuksen epäämisellä vastaavassa asemassa mutta samaa sukupuolta olevilta pareilta rikottiin EY:n perustamissopimuksen 119 artiklaa (josta on tullut EY 141 artikla).

Yhteisöjen tuomioistuin ei hyväksynyt edellä esitettyä väitettä ja esitti päätökselleen omalaatuisen perustelun. Yhteisöjen tuomioistuin vastasi ensiksi kysymykseen, oliko pääasiassa esitetyn riidanalaisen määräyksen kaltainen määräys välittömästi työntekijän sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Sen jälkeen yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli, edellytetäänkö yhteisön oikeudessa, että kaikkien työnantajien on pidettävä kahden samaa sukupuolta olevan henkilön vakituisia parisuhteita naimisissa olevien henkilöiden parisuhteita tai kahden vastakkaista sukupuolta olevan henkilön vakituista avosuhdetta vastaavina. Lopuksi yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli, onko sukupuoliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä työntekijän sukupuoleen perustuvaa syrjintää. [48]

Ensimmäisen kysymyksen osalta yhteisöjen tuomioistuin rajoittui vahvistamaan, että koska yrityksen antamia määräyksiä sovellettiin samalla tavoin niin naispuolisiin kuin miespuolisiinkin työntekijöihin, sitä ei voitu pitää välittömästi sukupuoleen perustuvana syrjintänä. [49]

Toisen ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelussa yhteisöjen tuomioistuin tutki yhteisössä ja jäsenvaltioissa vallinnutta oikeudellista tilannetta sekä Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittyvästä oikeuskäytännöstä johtuvaa oikeudellista tilannetta ja vakuuttui siitä, että tällä hetkellä voimassa olevan yhteisön oikeuden mukaan kahden samaa sukupuolta olevan henkilön vakituista suhdetta ei pidetä naimisissa olevien henkilöiden suhteita tai vastakkaista sukupuolta olevien henkilöiden vakituisia avosuhteita vastaavana. Näin ollen työnantajalla ei ole yhteisön oikeuden perusteella velvollisuutta asettaa sellaista henkilöä, jolla on vakituinen suhde samaa sukupuolta olevaan kumppaniin,

47 — Ks. yhdistetyt asiat C-122/99 P ja C-125/99 P (Kok. 2001, s. I-4319).

48 — Ks. edellä mainittu asia Grant, tuomion 24 kohta.

49 — Ks. edellä alaviitteessä 48 mainittu asia, tuomion 28 kohta.

samaan asemaan sellaisen henkilön kanssa, joka on naimisissa tai jolla on vakituinen avosuhde vastakkaista sukupuolta olevaan kumppaniin.[50] Tämä päättely voi olla erittäin hyödyllinen nyt esillä olevassa asiassa esitetyn kysymyksen ratkaisemiseksi. Selvitän asiaa jäljempänä.

Kolmannesta ongelmasta yhteisöjen tuomioistuin on todennut, ettei erilainen kohtelu sukupuolisen suuntautumisen perusteella kuulu sukupuoleen perustuvaan syrjintään. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että asiassa P vastaan S sovelletussa oikeuskäytännössä rajoitutaan käsittelemään työntekijän sukupuolenvaihdosta.

55. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus tukeutuu asiassa Grant annettuun tuomioon perustellessaan kieltäytymistään vahvistamasta sitä, että kyseessä olisi kielletty syrjintä. Tässä tarkoituksessa se jakaa perustelunsa kolmeen edellä esitettyyn osaan.

Näistä osista ensimmäistä voidaan Yhdistyneen kuningaskunnan mukaan soveltaa täysimääräisesti nyt esillä olevaan asiaan: leskeneläkkeen ulkopuolelle jäävät kaikki henkilöt, jotka eivät ole naimisissa, olivatpa he miehiä tai naisia, eikä näin ollen voida vedota sukupuoleen perustuvaan syrjintään. Tässä yhteydessä sillä, perustuuko epääminen siihen, että parin toinen puoli on samaa sukupuolta, transseksuaali, tai muuhun syyhyn, ei ole merkitystä.

Toinen osa vahvistaa myös Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen mukaan sen näkemyksen, sillä siinä viitataan siihen, että ihmissoikeussopimuksen 12 artiklassa suojellaan yksinomaan biologisesti eri sukupuolta olevien kahden henkilön perinteistä avioliittoa. Kyseinen hallitus viittaa tässä yhteydessä Strasbourgissa asiassa Rees vastaan Yhdistynyt kuningaskunta 17 päivänä lokakuuta 1986 annettuun ihmisoikeustuomioistuimen tuomioon ja asiassa Cossey vastaan Yhdistynyt kuningaskunta 27 päivänä syyskuuta 1990 annettuun ihmisoikeustuomioistuimen tuomioon.[51] Näistä tuomioista käy Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen mukaan ilmi asiaa koskeva eurooppalainen oikeus.

Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus katsoo, ettei asiassa Grant annetun tuomion kolmatta osaa voida soveltaa K. B:hen.

56. Asiassa Grant annettu tuomio ei tue pääasian kantajan väitettä, sillä siinä kielletään täysin miesten ja naisten tasa-arvoi-

50 — Ks. edellä alaviitteessä 48 mainittu asia, tuomion 35 kohta.

51 — Ks. edellä 31 kohta.

sen kohtelun rikkominen. On kuitenkin syytä korostaa, että Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus näyttää ymmärtäneen, että esitetyn kysymyksen ratkaisu liittyy kiinteästi yhteisöjen tuomioistuimen arvioon, joka koskee sitä, onko lainmukaista evätä transseksuaalilta oikeus avioliiton solmimiseen uuden sukupuolensa mukaisesti.

Edellä esitetyn perusteella Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus katsottuaan, että kyseisen valtion lainsäädäntö soveltuu yhteen ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklan kanssa, huomauttaa, että yhteensoveltuvuuden oletetusta puuttumisesta ei voi seurata sitä, että riidanalainen laki olisi EY 141 artiklan vastainen.

Kyseinen hallitus viittaa asiassa Grant annetun tuomion 45–47 kohtaan, jossa todetaan, että vaikka näiden yleisten oikeusperiaatteiden oleellisen osan muodostavien perusoikeuksien kunnioittaminen onkin edellytys yhteisön säädösten lainmukaisuudelle, näillä perusoikeuksilla itsessään ei kuitenkaan voi olla perustamissopimuksen määräysten soveltamisalaa yhteisön toimivallan ulkopuolelle laajentavaa vaikutusta. Kaikkien yhteisön oikeuden säännösten tai määräysten soveltamisala voidaan määrittää vain ottaen huomioon paitsi niiden sanamuoto ja tavoite, myös niiden asema perustamissopimuksen järjestelmässä ja se oikeudellinen asiayhteys, johon tämä määräys liittyy.

57. Yhdistetyissä asioissa D vastaan neuvosto Euroopan yhteisöjen virkamiehenä toiminut, Ruotsin kansalainen D oli Ruotsin lainsäädännön mukaan rekisteröidyssä kumppanuussuhteessa samaa sukupuolta olevan henkilön kanssa. Hän oli hakenut kotitalouslisää, jota henkilöstösääntöjen mukaan myönnettiin naimisissa oleville henkilöille. D katsoi, että käsitteitä "naimisissa oleva virkamies" ja "puoliso" pitäisi tulkita jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin tukeutumalla eikä itsenäisesti ja että näin ollen kotitalouslisän epääminen oli sukupuoleen perustuvaa syrjintää.

58. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut kassaatiomuutoksenhakuun liittyvän asian yhteydessä, että avioliittokäsite, sellaisena kuin se on yleensä tunnustettu kaikissa jäsenvaltioissa, merkitsee kahden eri sukupuolta olevan henkilön välistä liittoa. Samalla yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että yhä useammat jäsenvaltiot ovat perustaneet avioliiton rinnalle oikeudellisia järjestelyjä, joissa eri tyyppiset, kahden samaa tai eri sukupuolta olevan henkilön väliset liitot tunnustetaan oikeudellisesti ja niillä katsotaan olevan samat tai vastaavat vaikutukset kuin avioliitolla niin suhteen osapuolten kuin kolmansienkin osalta. Yhteisöjen tuomioistuin on myös katsonut, että tällaiset järjestelyt on monimuotoisuudestaan riippumatta kyseisissä jäsenvaltioissa kaikki pidetty erillään avioliitosta. Edellä esitetyn perusteella yhteisöjen tuomioistuin ei voi tulkita Euroopan yhteisöjen henkilöstösääntöjä siten, että avioliittoon rinnastettaisiin sellainen lakiin perustuva asema, joka on pidetty erillään avioliitosta.[52]

52 — Ks. edellä mainittu asia D v. neuvosto, tuomion 35–37 kohta.

Väitetystä sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä yhteisöjen tuomioistuin on todennut ensiksi, ettei sellaista ole voitu todeta, koska sillä, onko kyseinen virkamies mies vai nainen, ei ole merkitystä. Toisaalta yhteisöjen tuomioistuin on myös todennut, että yhdenvertaisen kohtelun loukkausta sukupuolisen suuntautumisen vuoksi ei myöskään ole voitu todeta, koska parisuhteen toisen osapuolen sukupuoli ei suinkaan ole kotitalouslisän myöntämisen edellytyksenä, vaan kyse on siitä, minkälaiset oikeudelliset siteet häntä yhdistävät virkamieheen. [53] Edellä esitetyn perusteella näyttäisi siltä, ettei yhteisöjen tuomioistuin ole toimivaltainen arvioimaan kansallisessa lainsäädännössä avioliiton solmimiselle asetettujen edellytysten yhteensoveltuvuutta perusoikeuksien kanssa. Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin tarkastellut koko yhteisön alueella asiasta vallitsevia käsityksiä ja päätellyt, että tilanne on lainsäädännöllisesti erittäin vaihteleva ja ettei avioliittoa ole missään rinnastettu muihin parisuhteen lakiin perustuviin muotoihin. [54]

59. Myöskään asiassa D vastaan neuvosto annettu tuomio ei vahvista K. B:n väitteitä. Tässä asiassa samoin kuin asiassa Grant annetussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, ettei sukupuoleen perustuvaa syrjintää ole tapahtunut.

60. Nyt esillä olevan asian kannalta tietty merkitys — tosin vähäisempi — on asiassa Safet Eyüp [55] 22.6.2000 annetulla tuomiolla. Tässä asiassa pääasian valittaja katsoi yhteisöjen tuomioistuimen vahvistaneen avioliiton vastaavan kahden ei naimisissa olevan henkilön välistä vakituista suhdetta.

Kyseisessä asiassa oli ratkaistava, oliko laillisesti jäsenvaltioon sijoittautuneen turkkilaisen työntekijän kanssa avoliitossa asuvan ulkomaalaisen kumppanin katsottava olevan Euroopan talousyhteisön ja Turkin välisestä assosiaatiosta tehdyllä sopimuksella perustetun assosiaationeuvoston assosiaation kehittämisestä 19 päivänä syyskuuta 1980 tekemän päätöksen N:o 1/80 7 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi "perheenjäseneksi". Ennakkoratkaisukysymyksen perustana olevat tosiseikat ovat omalaatuiset: vuonna 1983 Eyüp solmi avioliiton sellaisen turkkilaisen työntekijän kanssa, joka oli vuodesta 1975 alkaen työskennellyt Itävallan laillisilla työmarkkinoilla. Aviopuolisot erosivat vuonna 1985, mutta menivät uudelleen naimisiin vuonna 1993. Avioliittoajanjaksojen välisenä aikana puolisot asuivat edelleen yhdessä Itävallassa. Kyseisenä aikana heille syntyi neljä heidän seitsemästä lapsestaan. Käsiteltävänä olleessa asiassa oli ratkaistava, oliko kyseinen ajanjakso otettava huomioon laskettaessa viiden vuoden säännönmukaista asumisajanjaksoa, jonka perusteella turkkilaisen työntekijän perheenjäsenet voivat päätöksen N:o 1/80 mukaisesti työskennellä vastaanottajavaltion työmarkkinoilla.

53 — Ks. edellä alaviitteessä 52 mainittu asia, tuomion 46 ja 47 kohta.

54 — Ks. edellä alaviitteessä 52 mainittu asia, tuomion 49 ja 50 kohta.

55 — Ks. asia C-65/98 (Kok. 2000, s. I-4747, jäljempänä asia Eyüp).

Yhteisöjen tuomioistuin on kyseisessä asiassa ottanut huomioon tosiasiallisen perheen jälleenyhdistämisen, josta on määrätty päätöksen N:o 1/80 7 artiklan 1 kohdassa, ja todennut, että "kun otetaan huomioon pääasiasta ilmenevien tosiseikkojen ominaispiirteet ja erityisesti se, että kantaja ja kantajan puoliso asuivat avoliitossa kahden avioliittonsa välisen ajan, tämän ajanjakson ei voida katsoa keskeyttäneen heidän yhteistä perhe-elämäänsä", joten se on otettava kokonaisuudessaan huomioon säännönmukaisia asumisajanjaksoja laskettaessa. [56]

Yhteisöjen tuomioistuimen käyttämästä yksityiskohtaisesta sanamuodosta voidaan selvästi päätellä, ettei yhteisöjen tuomioistuin ole katsonut, että kahden henkilön välinen vakituinen suhde voitaisiin rinnastaa avioliittoon. Todettakoon lisäksi, että päätöksessä N:o 1/80 viitataan yleisesti turkkilaisen työntekijän "perheenjäseniin", joka on joustavampi käsite kuin Ison-Britannian eläkejärjestelmässä käytetty käsite "leski".

Asiassa Eyüp annettu tuomio voi kuitenkin valaista hieman nyt käsiteltävänä olevaa ennakkoratkaisukysymystä, tosin eri syistä kuin mitä pääasian valittaja on esittänyt. Tässä yhteydessä on korostettava määräystä, jonka perusteella yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut perheoikeuden käsitteitä ennakkoratkaisupyynnössä esitetyn säännön tarkoituksen ja päämäärän mukaisesti. Lisäksi on otettava huomioon kyseisen tapauksen ominaispiirteiden arviointi, jonka perusteella päädytään tasapuolisiin ratkaisuihin (ex aequo et bono). Edellä esitetyillä seikoilla ei kuitenkaan ole ratkaisevaa merkitystä Court of Appealin kysymykseen vastattaessa.

61. Edellä esitetyn oikeudellisen tarkastelun perusteella voidaan mielestäni katsoa, ettei samapalkkaisuusdirektiivistä eikä EY 141 artiklasta johdu, että työntekijän avopuolisolle olisi myönnettävä eläkkeen kaltainen etuus, joka on varattu eloonjääneelle aviopuolisolle. Kyseisen henkilön transseksuaalisuudella ei periaatteessa ole ratkaisevaa merkitystä, sillä ratkaisu tehdään toisistaan poikkeavien aviollisten esteiden perusteella. Tällaisia esteitä voivat olla se, että kumppanit ovat samaa sukupuolta, samoin kuin se, että he eivät ole naimaiässä, että he eivät ole työkelpoisia, että he ovat jo naimisissa tai että he ovat keskenään sukulaisia. Yhdessäkään edellä mainitussa tapauksessa ei voida aikanaan vaatia leskeneläkettä eikä yksikään mainituista esteistä ilmennä sukupuoleen perustuvaa syrjintää.

56 — Ks. asia Eyüp, tuomion 36 kohta.

62. Edellä esitetyn perusteella voidaan tarkastella, kuten jo olen todennut, aineellisen riita-asian peruskysymystä: transseksuaaleilta Yhdistyneessä kuningaskunnassa evättyä oikeutta avioliiton solmimiseen heidän kanssaan samaa biologista sukupuolta olevien henkilöiden kanssa heidän anatomialleen tehdystä elintenmuutosleikkauksesta riippumatta. K. B:n edustaja on korostanut, ettei hän ole vaatinut yhteisöjen tuomioistuimelta kyseisen oikeuden tunnustamista. Sen lisäksi, että tällaisessa päättelyssä on voitu noudattaa tiettyä oikeudenkäyntistrategiaa ottaen huomioon pääasian käsittelyn aloittamisen hetkellä vallinnut oikeudellinen tilanne, yhteisöjen tuomioistuimella on riittävästi mahdollisuuksia valita tulkinnassaan näkökulma, joka on mukautettu siihen hetkeen, jona ennakkoratkaisupyynnön esittäneelle tuomioistuimelle annetaan sitä hyödyttävä vastaus.

Voitaisiin tarkastella aviollisen suhteen valitsemisen järkevyyttä, kun suhteesta riippuu aikanaan leskeneläkkeen saaminen. Tällaisessa tarkastelussa olisi mietittävä kyseisen kaltaisen eläkkeen tavoitetta ja samalla puhtaasti muodollisen sopimuksen soveltuvuutta edustamaan yhteisvastuullista yhteisöä tai vähintään sellaista mahdollisuutta, että toisenlaisetkin suhteet ansaitsevat samanlaisen suojan. Tällainen analyysi on ominainen kypsälle yhteiskunnalle, jossa aineellisoikeudelliset seikat ovat tärkeämpiä kuin muotoseikat, ja käytännössä sitä on alettu käyttää yhä useammin. Näin ollen voidaan kyseenalaistaa avioliiton tosiasiallisuus esimerkiksi maahanmuuttosäännöstön perusteella, [57] ja samalla rinnastaa tasapuolisuussyistä avioliittoon tilanteet, joille on ominaista tosiasiallinen yhdessäasuminen, mutta joita ei ole virallisesti tunnustettu. [58]

Olen vakuuttunut siitä, että oikeus kehittyy edellä esitettyyn suuntaan, mutta on ehkä ennenaikaista soveltaa tällaista käytäntöä nyt esillä olevaan asiaan, ennen kaikkea, koska vähemmän rohkeitakin ratkaisuja löytyy.

63. Yhteisöjen tuomioistuimella on käytettävissään myös toinen tulkintatapa nyt esillä olevan ongelman ratkaisemiseksi. Tämä perustuu asianosaisten esittämiin väitteisiin.

64. Jos esitetty kysymys muotoillaan uudelleen, voidaan todeta, että siinä on kyse sellaisen kansallisen säännöstön yhteensoveltuvuudesta yhteisön oikeuden kanssa, jossa ei hyväksytä transseksuaalien avioliittoa, ja sen vuoksi heiltä evätään oikeus leskeneläkkeeseen.

57 — Ks. tässä yhteydessä toimenpiteistä lumeavioliittojen estämiseksi 4 päivänä joulukuuta 1997 tehty neuvoston päätöslauselma (EYVL C 382, s. 1).

58 — Ks. edellä mainittu asia Eyüp.

65. Jotta pääasiassa esitettyyn väitteeseen voitaisiin antaa myöntävä vastaus, on täytettävä seuraavat kaksi edellytystä:

a) kansallisen säännöstön on oltava yhteisön oikeuden vastainen ja

b) yhteisöjen tuomioistuimen on oltava toimivaltainen ratkaisemaan asia, toisin sanoen riita-asian on liityttävä perustamissopimukseen.

66. Edellä esitetyn perusteella on selvää, että yhteisön oikeuden yleisen periaatteen vastaista on se, että brittiläisiltä transseksuaaleilta evätään mahdollisuus solmia avioliitto uuden fyysisen sukupuolensa mukaisesti.

Yhteisöjen tuomioistuimen perusoikeuksia koskevan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisön yleisiä oikeusperiaatteita on tutkittava jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen perusteella,[59] ottaen huomioon ihmisoikeuksien suojelemisesta tehdyt kansainväliset sopimukset, jotka jäsenvaltiot ovat ratifioineet.[60] Lisäksi Euroopan ihmisoikeussopimuksella on tässä suhteessa erityinen merkitys.[61]

67. Edellä 28 ja 29 kohdasta voidaan päätellä ensiksi, että transseksuaalien oikeus solmia avioliitto samaan biologiseen sukupuoleen kuuluvien henkilöiden kanssa kuuluu jäsenvaltioiden suuren enemmistön oikeusjärjestykseen. Nykyään 13 unionin 15 jäsenvaltiosta tunnustaa tämän oikeuden joko nimenomaisella säännöksellä tai hallinnollisessa tahi oikeudellisessa käytännössä. Tämän tilanteen on sinänsä riitettävä osoittamaan, että kyseinen oikeus kuuluu yhteiseen oikeusperintöön, sillä jos katsotaan, että yleisten periaatteiden määrittämiseksi tilanteen on oltava täysin yhteneväinen kaikissa jäsenvaltioissa, kyseinen tutkimusmenetelmä on täysin hyödytön.

68. Toiseksi 11.7.2002 annettujen ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden[62] perusteella kyseinen oikeus kuuluu ihmisoikeussopimuksen 12 artiklaan. Strasbourgin tuomioistuin tunnustaa viranomaisille yksinomaan tietyn harkintavallan, joka koskee edellytyksiä, jotka on täytettävä, jotta

59 — Ks. asia 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, tuomio 17.12.1970 (Kok. 1970, s. 1125, Kok. Ep. I, s. 501, 4 kohta).

60 — Ks. asia 4/73, Nold, tuomio 14.5.1974 (Kok. 1974, s. 491, Kok. Ep. II, s. 293, 13 kohta).

61 — Ks. asia C-260/89, ERT, tuomio 18.6.1991 (Kok. 1991, s. I-2925, Kok. Ep. XI, s. I-221, 41 kohta).

62 — Ks. edellä 33 kohdassa mainittu asia.

sukupuolenvaihdos olisi tosiasiallinen, aiemmin solmittuihin avioliittoihin aiheutuvia vaikutuksia ja velvollisuutta ilmoittaa puolisolle kyseisestä sukupuolenvaihdoksesta. [63]

69. Näin ollen yhteisöjen tuomioistuimen menetelmät, joita se käyttää yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden sisältöä tulkitessaan, johtavat samaan tulokseen: transseksuaaleilla on perusoikeus avioliiton solmimiseen olosuhteissa, joissa otetaan huomioon heidän uusi sukupuolensa.

70. Edellä esitetty vahvistus ei kuitenkaan ole riittävä. Kuten Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus toteaa, kansallisen sääntöstön yhteensoveltumattomuus yhteisössä tunnustetun perusoikeuden kanssa ei sellaisenaan muuta kyseisen oikeuden soveltamisalaa niin, että se laajentaisi perustamissopimuksessa määrättyä toimivaltaa.

71. On syytä tutkia, liittyykö kyseinen yhteensoveltumattomuus yhteisön lainsäädännössä suojattuihin oikeuksiin, nyt esillä olevassa tapauksessa sukupuoleen perustuvan syrjinnän kieltämiseen työntekijöiden palkkauksessa.

72. On ilmeistä ja selvää, että oikeus leskeneläkkeeseen pääasiassa esiin tulleessa tilanteessa kuuluu EY 141 artiklan ja direktiivin 75/117/ETY soveltamisalaan siltä osin kuin se liittyy palkkaukseen. [64]

73. On myös selvää, että eriarvoinen kohtelu, jonka kohteena transseksuaalit ovat, on sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Tämä käy ilmi asiassa P vastaan S annetusta tuomiosta, jonka mukaan kyseinen käsite "ei voi rajoittua pelkästään syrjintään, joka johtuu kuulumisesta jompaankumpaan sukupuoleen[, vaan sen] — — on katsottava koskevan myös syrjintää, joka perustuu asianomaisen sukupuolenvaihdokseen". [65]

Edellä esitetty näkökanta ilmentää myös sitä, ettei transseksuaalisuuteen liittyviä ongelmia sekoiteta sukupuoliseen suuntautumiseen liittyviin ongelmiin. [66] Jos transseksuaaleihin kohdistuvaa syrjintää ei katsottaisi sukupuoleen perustuvaksi syr-

63 — Ks. edellä 33 kohdassa mainittu asia Goodwin, ihmisoikeustuomioistuimen tuomion 103 kohdan loppuosa.

64 — Ks. edellä 23, 24 ja 40 kohta.

65 — Ks. edellä 7 kohdassa mainittu asia P v. S, tuomion 20 ja 21 kohta.

66 — Ks. edellä 25 kohta.

jinnäksi, jouduttaisiin paradoksiseen tilanteeseen, jossa tähän ryhmään kuuluvilla, erityisen haavoittuvilla henkilöillä, ei olisi erityistä suojaa yhteisössä. Palautettakoon mieliin, ettei EY 13 artiklassa eikä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 21 artiklassa mainita erikseen transseksuaaleja. [67]

74. Nyt esillä olevassa asiassa esitetyssä alkuperäisessä ongelmassa, joka erottaa sen asiassa P vastaan S esillä olleesta ongelmasta, on kyse siitä, että *riidanalainen syrjintä ei vaikuta suoraan perustamissopimuksessa suojatun oikeuden käyttöön, vaan siihen liitettyihin edellytyksiin*. Eriarvoisessa kohtelussa ei tietenkään ole kyse leskeneläkkeen tunnustamisesta, vaan sille asetetusta ehdottomasta edellytyksestä: kyvystä solmia avioliitto.

75. Kyseinen ero ei voi ilman muuta johtaa tuolloin annetusta ratkaisusta poikkeavaan ratkaisuun. Yhteisöjen tuomioistuimen on valvottava, ettei perustamissopimuksessa suojattujen oikeuksien käytössä ilmene syrjintää ja ettei näihin oikeuksiin liitetä unionin yleisen järjestyksen vastaisia vaatimuksia.

67 — Ensin mainitussa asiakirjassa viitataan "sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen" perustuvaan syrjintään, kun taas viimeksi mainitussa asiakirjassa on käytetty seuraavaa sanamuotoa: "syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen".

76. Tässä yhteydessä ei olla säätämässä "eurooppalaista avioliittolakia", vaan takaamassa sukupuoleen perustuvaa syrjintää koskevan kiellon täysimääräistä tehokkuutta. Esimerkkinä voisi olla oletettu kansallinen säännöstö, jossa suljettaisiin naiset pois tietyn oikeustoimen toteuttamisesta tai tietyn sellaisen ammattitaidon hankkimisesta, joka olisi ehdottomana edellytyksenä tietyn palkan maksamiselle. Tällainen rajoitus olisi EY 141 artiklan vastaista syrjintää, sanotun kuitenkaan rajoittamatta suhteutettua objektiivisiin kriteereihin perustuvaa oikeutusta.

Edellä esitetty pätee nyt esillä olevaan asiaan: vaikka eriarvoinen kohtelu vaikuttaa epäsuorasti, syrjintä pysyy kuitenkin suorana. Epäsuorasta syrjinnästä voi olla kyse vain, jos se perustuu muihin syihin kuin sukupuoleen, mutta kyseinen avioliiton solmimisen epääminen perustuu asianomaisen sukupuolenvaihtoon, joka on myös sen ainoa selitys ja joka kuuluu, yhteisöjen tuomioistuimen aiemmin todetun tulkinnan mukaan, EY 141 artiklan soveltamisalaan.

77. Työelämässä toteutettavan tasa-arvon lisäksi kyseessä on — kuten asiassa P vastaan S annetussa tuomiossa on todettu — ihmisarvon ja vapauden kunnioittaminen, mihin transseksuaaleilla on oikeus. "Ihmisarvo ja perusoikeus persoonallisuuden vapaaseen kehittämiseen edellyttävät ihmisen persoonallisuuden mukauttamista sukupuoleen, johon hän kuuluu psykologisen ja fyysisen olemuksensa mukaisesti — —. Lainsäätäjän olisi oikeusvarmuuden

vuoksi säädettävä sukupuolenvaihdokseen liittyvästä siviilisäädystä ja sen vaikutuksista. Koska kyseistä lainsäädäntöä ei vielä ole annettu, tuomioistuinten tehtävänä on soveltaa miesten ja naisten välisen syrjintäkiellon periaatetta, kunnes säännöstö, jonka perusteella heitä kohdellaan tasaarvoisesti, tulee voimaan". [68]

78. Tiedän hyvin, että tällaiseen tulkintaan liittyy tiettyjä teknisiä soveltamisongelmia. Kunnes Yhdistyneessä kuningaskunnassa annetaan välttämätön säännöstö, jossa transseksuaaleille annetaan mahdollisuus solmia avioliitto, kansallisen tuomioistuimen — joka on myös yhteisön tuomioistuin — on taattava kansallisen oikeuden mukaisesti, ettei transseksuaaleihin kohdistuva syrjintä vaikuta heille perustamissopimuksesta johtuviin oikeuksiin. Mahdolliset ratkaisut voivat vaihdella käsitteiden "mies" ja "nainen" tulkinnasta, jonka perusteella transseksuaaleille myönnetään lupa solmia avioliitto, [69] aina täsmällisen avioliittokäsitteen luomiseen tai avioliitosta poikkeavan, sellaisen väljemmän yhteyden perustamiseen, jonka perusteella transseksuaalit voivat saada sellaisen henkilön kuoltua eläkkeen, joka olisi ollut heidän puolisonsa, ellei epäoikeudenmukaisessa säännöstössä olisi sitä kielletty.

79. Transseksuaalit joutuvat kärsimään pakkomielteisesti, kun he uskovat, että heidän kohdallaan on kyseessä luonnonoikku. Monet ovat tehneet itsemurhan. Heille voidaan tehdä pitkällinen ja vaikea toimenpidesarja, jossa hormonaalista hoitoa seuraavat tarkat kirurgiset toimenpiteet ja jolla lääketiede tarjoaa heille osittaisen helpotuksen lähentämällä mahdollisimman pitkälle heidän fyysisiä ulkoisia ominaisuuksiaan vastaamaan sukupuolta, johon he kokevat kuuluvansa. [70] Mielestäni on väärin, että lainsäädännössä kielletään pelkkien teknisten seikkojen perusteella niin tuskaisasti saavutetulta yhtäläistämiseltä täydet vaikutukset.

80. Päätän ratkaisuehdotukseni, kuten julkisasiamies Tesauro asiassa P vastaan S antamassaan ratkaisuehdotuksessa, jossa hän lainasi julkisasiamies Trabucchin jo 30 vuotta sitten antamaa ratkaisuehdotusta: jos haluamme, ettei yhteisön oikeus ole pelkästään mekaaninen taloudellinen järjestelmä, vaan sitä vastoin siihen yhteiskuntaan soveltuva oikeusjärjestys, jota sen on määrä ohjata — jos haluamme, että se on oikeusjärjestys, joka vastaa yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden käsitystä ja Euroopan yhdentymisen vaatimuksia ei pelkästään talouselämän vaan myös kansojen tahdon mukaisesti, emme voi pettää meihin kohdistettuja odotuksia. [71]

68 — Ks. Bundesverfassunsgerichtin (Saksan perustuslakituomioistuin) päätös, 11.10.1978 (BverfGE 49, s. 286).

69 — House of Lords on tosin kieltänyt tämän äskettäisessä edellä 20 kohdassa mainitussa asiassa annetussa tuomiossa ja katsonut konkreettista soveltamista koskevat vaikeudet tärkeämmiksi kuin perusoikeuden tehokkuus. Tällainen päättely on täysin päinvastainen kuin Saksan perustuslakituomioistuimen päättely.

70 — Ks. tuomari Martensin eriävä mielipide, joka on liitetty edellä mainitussa asiassa Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta annetun ihmisoikeustuomioistuimen tuomion asiakirjoihin.

71 — Asia 7/75, F:n puolisot v. Belgia, ratkaisuehdotus 10.6.1975 (Kok. 1975, s. 679, 6 kohta).

Ratkaisuehdotus

81. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Court of Appealin esittämään kysymykseen seuraavasti:

Kansallinen säännöstö, jossa transseksuaaleilta kielletään oikeus avioliiton solmimiseen uuden sukupuolensa mukaisesti ja siten evätään heiltä leskeneläkkeen saaminen, on EY 141 artiklan vastaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää.