ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ GIUSEPPE TESAURO της 14ης Δεκεμβρίου 1995 *

1. Για άλλη μια φορά το Δικαστήριο καλείται να αποφανθεί επί της ερμηνείας της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας [1] (στο εξής: οδηγία).

Το νέο στοιχείο, το οποίο δεν θα μπορούσε βέβαια να θεωρηθεί ότι έχει μικρή σημασία, συνίσταται στο ότι εν προκειμένω την οδηγία επικαλείται ένα τρανσεξουαλικό άτομο. Τα ερωτήματα που υπέβαλε το Industrial Tribunal του Truro εφιστούν έτσι την προσοχή του Δικαστηρίου στο φαινόμενο της τρανσεξουαλικότητας από την άποψη της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω φύλου: μπορεί να στηριχτεί στην οδηγία ένα τρανσεξουαλικό άτομο που απολύθηκε λόγω της ιδιότητάς του αυτής, και συγκεκριμένα λόγω της αλλαγής φύλου;

Κανονιστικό πλαίσιο, πραγματικά περιστατικά και προδικαστικά ερωτήματα

2. Σκοπός της οδηγίας, όπως διακηρύσσεται στο άρθρο 1, παράγραφος 1, είναι η «εφαρμογή, εντός των κρατών μελών, της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, συμπεριλαμβανομένης και της επαγγελματικής προωθήσεως, και στην επαγγελματική εκπαίδευση, καθώς και τις συνθήκες εργασίας και, υπό τους όρους που προβλέπονται στην παράγραφο 2, την κοινωνική ασφάλιση. Η αρχή αυτή καλείται στο εξής "αρχή της ίσης μεταχειρίσεως"».

Στη συνέχεια το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας προβλέπει ότι «η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα, σε συσχετισμό ιδίως με την οικογενειακή κατάσταση». Η εφαρμογή της αρχής αυτής αφορά ειδικότερα «τους όρους, συμπεριλαμβανομένων και των κριτηρίων επιλογής, προσβάσεως σε απασχολήσεις ή θέσεις εργασίας» (άρθρο 3, παράγραφος 1), καθώς και τους «όρους εργασίας, συμπεριλαμβανομένων των όρων απολύσεως» (άρθρο 5, παράγραφος 1).

3. Όσον αφορά την κρίσιμη εθνική ρύθμιση, τίθεται εν προκειμένω θέμα εφαρμογής του Sex Discrimination Act (του βρετανικού νόμου περί απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω φύλου) του 1975, ο οποίος ορίζει ως άμεση διάκριση λόγω φύλου — την οποία συνεπώς απαγορεύει — το γεγονός ότι στη γυναίκα επιφυλάσσεται, λόγω του φύλου της, λιγότερο ευνοϊκή συμπεριφορά απ' ό,τι στον άνδρα (άρθρο 1, στοιχείο a). Προβλέπεται επίσης ότι οι διατάξεις σχετικά με τις

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 70.

διακρίσεις λόγω φύλου που υφίστανται οι γυναίκες ισχύουν εξίσου και για τη μεταχείριση των ανδρών, εκτός από την ειδική μεταχείριση της οποίας τυγχάνουν οι γυναίκες κατά την εγκυμοσύνη και τη λοχεία (άρθρο 2). Τέλος, υπενθυμίζεται ότι ο Sex Discrimination Act, ο οποίος ορίζει τον άνδρα και τη γυναίκα ως τα πρόσωπα αρσενικού και θηλυκού γένους αντιστοίχως, ανεξάρτητα από την ηλικία τους, ορίζει ότι η σύγκριση ατόμων διαφορετικού φύλου ή διαφορετικής οικογενειακής καταστάσεως «προϋποθέτει ότι τα κρίσιμα στοιχεία και στις δύο περιπτώσεις είναι τα ίδια ή, εν πάση περιπτώσει, δεν διαφέρουν ουσιαστικά» (άρθρο 5).

Εντούτοις, καμία ειδική διάταξη δεν προβλέπεται για τη ρύθμιση της περιπτώσεως των τρανσεξουαλικών ατόμων, ούτε καν όταν έχουν υποστεί χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου [2]. Αντίθετα προς ό,τι προβλέπεται σε ορισμένες άλλες έννομες τάξεις, στο Ηνωμένο Βασίλειο κάθε άτομο διατηρεί το φύλο, άρρεν ή θήλυ, το οποίο είχε κατά τη γέννησή του: κατά συνέπεια, δεν είναι δυνατή η μεταβολή της καταχωρίσεως του αρχικού φύλου στο ληξιαρχείο.

4. Ας έλθουμε τώρα στην προκειμένη υπόθεση, η οποία αφορά την απόλυση ενός τρανσεξουαλικού ατόμου, η οποία οφειλόταν στην αλλαγή φύλου· συγκεκριμένα, οφειλόταν στη δήλωση του ενδιαφερομένου ότι θα υποβαλλόταν σε χειρουργική επέμβαση για την προσαρμογή του (άρρενος) βιολογικού φύλου του προς τη (θήλεια) σεξουαλική του ταυτότητα. Στη συνέχεια, θα αναφέρομαι στο άτομο αυτό, το οποίο προσδιορίζεται, για προφανείς λόγους ανωνυμίας, ως P., σαν να επρόκειτο για άτομο θηλυκού γένους· και μάλιστα — θα ήθελα να τονίσω — ανεξάρτητα όχι μόνο από το αρχικό φύλο της (άρρεν), όπως προκύπτει μέχρι σήμερα από τη ληξιαρχική πράξη γεννήσεως, αλλά και από το χρονικό σημείο κατά το οποίο άλλαξε πράγματι τα εξωτερικά χαρακτηριστικά του φύλου, κατόπιν της τελικής χειρουργικής επεμβάσεως.

5. Η P. προσελήφθη τον Απρίλιο 1991 ως διαχειρίστρια σε ένα ινστιτούτο επαγγελματικής εκπαιδεύσεως, το οποίο υπαγόταν κατά τον κρίσιμο χρόνο στο Cornwall County Council (συμβούλιο της κομητείας της Κορνουάλης), το οποίο ήταν η κατά τόπο αρμόδια διοικητική αρχή. Ένα έτος αργότερα η P. γνωστοποίησε στον S., διευθυντή και υπεύθυνο των διοικητικών υπηρεσιών του εν λόγω ινστιτούτου, ότι σκόπευε να υποβληθεί σε χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου. Αρχικά ο S. έδειξε κατανόηση και εμφανίστηκε πολύ ανεκτικός, βεβαιώνοντάς την ότι δεν κινδύνευε η θέση της εντός του ινστιτούτου, στη συνέχεια όμως άλλαξε στάση. Σύμφωνα με τα εκτιθέμενα από το αιτούν δικαστήριο, η αλλαγή στάσης οφειλόταν κυρίως στην αντίθεση των μελών του διοικητικού συμβουλίου, τα οποία εξέτασαν

2 — Εν προκειμένω ενδείκνυται πάντως να διευκρινιστεί ότι για τη χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου δεν επιβάλλεται στο Ηνωμένο Βασίλειο η τήρηση κανενός νομικού τύπου και ότι όλες οι δαπάνες καλύπτονται από το εθνικό σύστημα υγείας. Επιπλέον, η νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου επιτρέπει σε όλα τα φυσικά πρόσωπα να αλλάζουν όνομα και να το χρησιμοποιούν χωρίς κανένα περιορισμό και χωρίς την τήρηση άλλου τύπου, πράγμα που σημαίνει ότι τα τρανσεξουαλικά άτομα δεν έχουν καμία δυσκολία να αλλάξουν το όνομά τους και να χρησιμοποιούν το νέο όνομα σε διάφορα έγγραφα, όπως είναι η άδεια οδηγήσεως, το διαβατήριο, η άδεια κυκλοφορίας του αυτοκινήτου, τα έγγραφα της κοινωνικής ασφαλίσεως και τα φορολογικά έγγραφα. Για την πλήρη περιγραφή της καταστάσεως και των δικαιωμάτων των τρανσεξουαλικών ατόμων στο Ηνωμένο Βασίλειο βλ. Bradley: «Transsexualisme — L'idéologie, les principes juridiques et la culture politique», στο *Transsexualisme, médicine et droit*, Actes du XXIII Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 Απριλίου 1993, 1995, σ. 63 επ.

σε κάποια φάση ακόμη και το ενδεχόμενο να εξακολουθήσει η P. να εργάζεται στο ινστιτούτο ως ανεξάρτητος επαγγελματίας.

Εν τω μεταξύ η P. υπέστη το καλοκαίρι του 1992 τις πρώτες χειρουργικές επεμβάσεις αλλαγής φύλου, με συνέπεια να απουσιάζει από την εργασία της με αναρρωτική άδεια. Κατά την περίοδο αυτή ακριβώς έλαβαν ο S. και τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου την απόφαση να την απολύσουν στις 31 Δεκεμβρίου 1992, απόφαση που της κοινοποιήθηκε τρεις μήνες πριν από την ημερομηνία αυτή. Ταυτόχρονα ζητήθηκε από την P. να ολοκληρώσει μέχρι την ανωτέρω ημερομηνία μια σειρά ειδικών προγραμμάτων των οποίων είχε την ευθύνη. Όταν η P. δήλωσε ότι θα επέστρεφε στο γραφείο της ως γυναίκα, της δόθηκε η απάντηση ότι η εκτέλεση των καθηκόντων που της είχαν ανατεθεί μπορούσε κάλλιστα να γίνει στην οικία της, οπότε ούτε ήταν αναγκαίο ούτε προβλεπόταν να εμφανιστεί στους χώρους του ινστιτούτου. Τέλος, της ανακοινώθηκε ότι η σχέση εργασίας της προς το ινστιτούτο επρόκειτο να λυθεί κατά την προβλεπόμενη ημερομηνία, χωρίς να επιστρέψει πλέον στο γραφείο της.

6. Η P. υπέστη την τελική χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου στις 23 Δεκεμβρίου 1992, δηλαδή πριν λυθεί η σχέση εργασίας της, αλλά μετά την καταγγελία της συμβάσεως εργασίας της στις 15 Σεπτεμβρίου 1992. Στις 13 Μαρτίου 1993 η P. προσέφυγε ενώπιον του Industrial Tribunal του Truro, ισχυριζόμενη ότι είχε υποστεί διάκριση λόγω φύλου. Τόσο ο S. όσο και το Cornwall County Council υποστήριξαν αντίθετα ότι η απόλυση της P. οφειλόταν σε λόγους περικοπής πλεονάζοντος προσωπικού.

Το επιληφθέν εθνικό δικαστήριο διαπίστωσε πάντως ότι, μολονότι υπήρχε πράγματι υπεράριθμο προσωπικό, ο πραγματικός λόγος απολύσεως ήταν το γεγονός ότι ο S. και το Cornwall County Council αντετίθεντο στην πρόθεση της P. να υποβληθεί σε εγχείρηση αλλαγής φύλου.

Σε τελική ανάλυση, το κρίσιμο στοιχείο από το οποίο πρέπει να εκκινήσει το Δικαστήριο και το οποίο έχει διαπιστωθεί από το αιτούν δικαστήριο είναι ότι η απόλυση της P. οφειλόταν αποκλειστικά και μόνο στην αλλαγή φύλου, την οποία η P. προανήγγειλε και στη συνέχεια πραγματοποίησε, πριν όμως λυθεί η σχέση εργασίας της.

7. Το Industrial Tribunal θεωρεί ότι το αγγλικό δίκαιο δεν παρέχει καμία απάντηση στα ερωτήματα που τίθενται εν προκειμένω [3] και ότι ειδικότερα δεν μπορεί να διαπιστωθεί δυσμενής διάκριση σε βάρος της P. βάσει του Sex Discrimination Act. Το αιτούν δικαστήριο φρονεί πάντως ότι η κοινοτική οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, η οποία αναφέρεται στις διακρίσεις «που βασίζονται στο φύλο», ενδέχεται να επιτρέπει ευρύτερη ερμηνεία, ώστε να

3 — Συγκεκριμένα, το αιτούν δικαστήριο τονίζει ότι η καταγγελία της συμβάσεως εργασίας δεν μπορεί να εκτιμηθεί εν προκειμένω από την άποψη της καταγγελίας της συμβάσεως εργασίας χωρίς εύλογη αιτία, δεδομένου ότι στο Ηνωμένο Βασίλειο απαιτείται προς τούτο να έχει διαρκέσει η εργασιακή σχέση τουλάχιστον δύο έτη. Κατά τον χρόνο της απολύσεώς της η P. είχε εργασθεί στο εν λόγω ινστιτούτο 20 μόνο μήνες.

καλύπτονται και οι διακρίσεις σε βάρος των τρανσεξουαλικών ατόμων. Για τον λόγο αυτό ακριβώς υποβάλλει τα εξής ερωτήματα στο Δικαστήριο:

«1) Αποτελεί η καταγγελία της συμβάσεως εργασίας ενός τρανσεξουαλικού ατόμου λόγω του ότι άλλαξε φύλο παράβαση της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου, αν ληφθεί υπόψη ο σκοπός της, ο οποίος συνίσταται, όπως αναφέρεται στο άρθρο 1, στην εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση κ.λπ.;

2) Απαγορεύει το άρθρο 3 της εν λόγω οδηγίας, το οποίο αφορά τις διακρίσεις που βασίζονται στο φύλο, τη δυσμενή μεταχείριση ενός εργαζομένου λόγω του ότι είναι τρανσεξουαλικό άτομο;»

Τρανσεξουαλισμός και νομοθεσία

8. Καταρχάς, τι είναι ο τρανσεξουαλισμός; Δεν έχω βέβαια καμία πρόθεση να υπεισέλθω σε έναν τομέα που προϋποθέτει ειδικές γνώσεις τις οποίες οπωσδήποτε δεν έχω. Θεωρώ ότι, αντίθετα, είναι προτιμότερο να υπενθυμίσω τον ορισμό που περιέχεται σε μια σύσταση του Συμβουλίου της Ευρώπης: «ο τρανσεξουαλισμός είναι ένα σύνδρομο που χαρακτηρίζεται από διπλή προσωπικότητα, το ένα σκέλος της οποίας αφορά τα φυσικά και το άλλο τα ψυχικά χαρακτηριστικά, αφού το τρανσεξουαλικό άτομο έχει τη βαθιά πεποίθηση ότι ανήκει στο άλλο φύλο, πράγμα που το οδηγεί να επιδιώξει την ανάλογη "διόρθωση" του σώματός του» [4].

Όσον αφορά τις αιτίες της καταστάσεως αυτής, η προσφεύγουσα προσκόμισε πληθώρα ειδικών άρθρων, με τα οποία υποστηρίζεται ότι οι αιτίες αυτές ανάγονται σε βιολογικές δυσλειτουργίες, οι οποίες συνεπώς υφίστανται κατά τη γέννηση, ή σε ψυχολογικές δυσλειτουργίες που εξαρτώνται από το περιβάλλον. Το αποτέλεσμα είναι πάντως το ίδιο: το βιολογικό φύλο δεν συμπίπτει με τη σεξουαλική ταυτότητα [5]. Εξάλλου αρκεί εδώ να τονιστεί το γεγονός ότι οι μελέτες σχετικά με τον τρανσεξουαλισμό έχουν καταλήξει σε εξαιρετικά ενδιαφέροντα πορίσματα, τα οποία οπωσδήποτε ανατρέπουν παλαιά ταμπού και παλαιές προκαταλήψεις που ήταν τελείως αδικαιολόγητες, οπότε το κεντρικό ζήτημα δεν αποτελεί πλέον η *ηθική* διάσταση του προβλήματος, η οποία το περιορίζει πλήρως και είναι ενίοτε παραπλανητική, αλλά η αυστηρά ιατρική και επιστημονική διάστασή του.

9. Αυτό που θα ήθελα να τονίσω εδώ είναι, αντίθετα, ότι το φαινόμενο του τρανσεξουαλισμού, όσο και αν δεν έχει μεγάλη έκταση

4 — Σύσταση υπ' αριθ. 1117, της 29ης Σεπτεμβρίου 1989, σχετικά με την κατάσταση των τρανσεξουαλικών ατόμων, με την οποία ζητείται επίσης από την επιτροπή των υπουργών να καλέσει τα κράτη μέλη να προβούν σε νομοθετική ρύθμιση του εν λόγω ζητήματος.

5 — Τα ζητήματα αυτά αναπτύσσονται διεξοδικά στα άρθρα του Reed: «Aspects psychiatriques et phychologiques du transsexualisme» και του Gooren: «Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine», τα οποία δημοσιεύθηκαν στο *Transsexualisme, médecine et droit*, όπ.π., σ. 25 και σ. 123 αντιστοίχως.

από στατιστική άποψη [6], αποτελεί σήμερα μια πραγματικότητα, η οποία αποτελεί αντικείμενο όχι μόνο επιστημονικών αλλά και νομικών συζητήσεων, ιδίως δε από την άποψη των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου [7]. Το δίκαιο συνεπώς είναι αντιμέτωπο — και στο μέλλον θα έρχεται όλο και περισσότερο αντιμέτωπο — με την πραγματικότητα αυτή. Τούτο είναι απόλυτα φυσικό. Στη σημερινή κοινωνία, η οποία χαρακτηρίζεται από την ταχεία μεταβολή των ηθών και της ηθικής, στην οποία η προστασία των ελευθεριών των πολιτών συνεχώς διευρύνεται και εμβαθύνεται και στην οποία οι κοινωνικές και νομικές μελέτες εμπλουτίζονται όλο και περισσότερο με σημερινές και συνεπώς υποστατές αξίες, άρα σε μια κοινωνία που διαπνέεται από την αρχή της αποτελεσματικότητας, δεν θα ήταν δικαιολογημένο να απορριφθεί εκ των προτέρων η εξέταση του φαινομένου του τρανσεξουαλισμού — το οποίο βέβαια εξακολουθεί να μπορεί να αποτελεί αντικείμενο αυτοτελούς ηθικής αξιολογήσεως — ή μάλιστα το φαινόμενο αυτό να καταδικάζεται και να θεωρείται ασυμβίβαστο προς το δίκαιο.

Κατά τη γνώμη μου, το δίκαιο δεν μπορεί να είναι ξεκομμένο από την κοινωνική πραγματικότητα και πρέπει οπωσδήποτε να προσαρμόζεται προς αυτή όσο το δυνατόν ταχύτερα. Σε αντίθετη περίπτωση, υπάρχει ο κίνδυνος επιβολής απηρχαιωμένων απόψεων και στατικών αντιμετωπίσεων. Το δίκαιο, αφού σκοπός του είναι η ρύθμιση των βιοτικών σχέσεων, πρέπει οπωσδήποτε να προσαρμόζεται προς την εξέλιξη της κοινωνίας, πρέπει συνεπώς να είναι σε θέση να ρυθμίζει νέες καταστάσεις, οι οποίες απορρέουν από την εξέλιξη αυτή και από την ίδια την πρόοδο της επιστήμης. Είναι συνεπώς αναμφισβήτητο, καθόσον ενδιαφέρει εν προκειμένω, ότι η αρχή ότι δεν επιτρέπεται η τροποποίηση των ληξιαρχικών καταχωρίσεων έχει ξεπεραστεί από τα πράγματα· και λέγω ότι έχει ξεπεραστεί, στο μέτρο που και από τη στιγμή που η μη ύπαρξη της δυνατότητας διοικητικής και γραφειοκρατικής αλλαγής του φύλου δεν αντανακλά πλέον, αν μη τι άλλο λόγω της προόδου που έχει σημειώσει η επιστήμη στον σχετικό τομέα, έλλειψη δυνατότητας αλλαγής φύλου.

10. Από μια γρήγορη ματιά στην κατάσταση που επικρατεί στον εν λόγω τομέα εντός των διαφόρων κρατών της Κοινότητας διαπιστώνεται πράγματι, κυρίως από την αρχή της δεκαετίας του '80, μια σαφής τάση ολοένα ευρύτερης αναγνωρίσεως, άλλοτε νομοθετικής και άλλοτε νομολογιακής, του εν λόγω φαινομένου. Η αναγνώριση αυτή εκδηλώνεται κυρίως με την αποδοχή της αλλαγής φύλου, καθόσον οι σχετικές χειρουργικές επεμβάσεις επιτρέπονται πλέον σε όλα σχεδόν τα κράτη, υπό διαφορετικές έστω προϋποθέσεις [8]. Δεύτερον, το γεγονός ότι επιτρέπονται αυτές οι επεμβάσεις συνεπάγεται κατά κανόνα, υπό διαφορετικές έστω και πάλι προϋποθέσεις, ότι επιτρέπεται η διόρθωση της καταχωρίσεως του φύλου στα ληξιαρχικά βιβλία, με όλες τις απορρέουσες από τη διόρθωση αυτή συνέπειες.

Σε ορισμένα κράτη το πρόβλημα του τρανσεξουαλισμού έχει αντιμετωπιστεί νομικά με

6 — Σύμφωνα με τα στοιχεία που παρέσχε η ίδια η προσφεύγουσα, σήμερα ένας στους 30 000 Ευρωπαίους και μία στις 100 000 Ευρωπαίες προτίθενται να αλλάξουν φύλο κατόπιν χειρουργικής επεμβάσεως.

7 — Βλ. π.χ. τις εργασίες της κοινοβουλευτικής επιτροπής του Συμβουλίου της Ευρώπης, οι οποίες οδήγησαν στην έκδοση της προαναφερθείσας συστάσεως 1117 σχετικά με τη θέση των τρανσεξουαλικών ατόμων.

8 — Συναφώς πρέπει να τονιστεί ότι στο ίδιο το Ηνωμένο Βασίλειο, όπου δεν είναι ακόμη δυνατή η διόρθωση της αναγραφής του φύλου στα ληξιαρχικά βιβλία, η χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου όχι μόνο επιτρέπεται χωρίς να χρειάζεται να τηρηθεί κανένας νομικός τύπος, αλλ' επιπλέον έχει προβλεφθεί ότι οι δαπάνες για τη χειρουργική αυτή επέμβαση βαρύνουν πλήρως το εθνικό σύστημα κοινωνικής ασφαλίσεως.

τη θέσπιση ειδικών ρυθμίσεων. Από τα κράτη μέλη της Κοινότητας τέτοιες ρυθμίσεις έχουν θεσπίσει η Σουηδία [9], η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας [10], η Ιταλία [11] και οι Κάτω Χώρες [12]. Οι εν λόγω νόμοι επιτρέπουν στα τρανσεξουαλικά άτομα να διορθώνουν τη ληξιαρχική πράξη γεννήσεώς τους και να καταχωρίζουν σ' αυτήν μνεία περί του νέου φύλου τους, με συνέπεια τα τρανσεξουαλικά άτομα να έχουν δικαίωμα να συνάπτουν γάμο, να υιοθετούν παιδιά και να αποκτούν συνταξιοδοτικά δικαιώματα σύμφωνα με το *νέο* φύλο τους.

Το γεγονός ότι στα άλλα κράτη μέλη δεν υπάρχουν ειδικοί νόμοι σχετικά με τα τρανσεξουαλικά άτομα δεν σημαίνει ότι δεν λαμβάνεται υπόψη η περίπτωση των τρανσεξουαλικών ατόμων. Σε ορισμένα κράτη το νόμιμο έρεισμα για τις χειρουργικές επεμβάσεις επί των τρανσεξουαλικών ατόμων και για τη συνακόλουθη ληξιαρχική καταχώριση της αλλαγής φύλου παρέχουν νόμοι οι οποίοι είναι κατ' αρχήν άσχετοι προς το πρόβλημα του τρανσεξουαλισμού [13]. Στα περισσότερα δε από τα άλλα κράτη το πρόβλημα επιλύεται νομολογιακά κατά περίπτωση [14] ή μάλιστα, πολύ απλούστερα, με τη λήψη διοικητικών μέτρων [15].

11. Εξάλλου, με το φαινόμενο του τρανσεξουαλισμού ασχολήθηκαν επίσης η Επιτροπή και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, όσον αφορά τόσο τον σεβασμό της ιδιωτικής ζωής (άρθρο 8 της Συμβάσεως για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών) όσο και την προσβολή του δικαιώματος συνάψεως εγκύρου γάμου (άρθρο 12 της ίδιας συμβάσεως).

Το πρώτο μέτρο αποτέλεσε μια απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, η οποία αποφάνθηκε ομόφωνα το 1979 ότι η άρνηση του Βελγίου να θεσπίσει μέτρα για την καταχώριση στα βιβλία του ληξιαρχείου των αλλαγών φύλου που είχαν πραγματοποιηθεί νομίμως αποτελούσε προσβολή του δικαιώματος του ατόμου να προστατεύει την ιδιωτική ζωή του σύμφωνα με το άρθρο 8, παράγραφος 1, της Συμβάσεως [16].

9 — Νόμος της 21ης Απριλίου 1972 (SFS 1972, σ. 119). Γαλλική μετάφραση του νόμου αυτού έχει δημοσιευθεί στην *Revue trimestrelle de droit civil*, 1976, σ. 295 επ.

10 — Νόμος της 10ης Σεπτεμβρίου 1980 (BGBl. 1980 I, σ. 1654 επ.). Είναι αξιοσημείωτο ότι ο εν λόγω νόμος προβλέπει τόσο τη λεγόμενη «ελάσσονα λύση», κατά την οποία επιτρέπεται η αλλαγή του ονόματος, όσο και τη λεγόμενη «μείζονα λύση», η οποία αντίθετα επιτρέπει τη χειρουργική επέμβαση για την αλλαγή του φύλου.

11 — Νόμος 164, της 14ης Απριλίου 1982 (GURI n. 106 της 19ης Απριλίου 1982, σ. 2879 επ.). Συναφώς πρέπει να διευκρινιστεί ότι το ιταλικό Συνταγματικό Δικαστήριο απέρριψε, με την απόφαση υπ' αριθ. 161, της 24ης Μαΐου 1985, την ένσταση περί αντισυνταγματικότητας των διατάξεων που ρυθμίζουν τη διόρθωση του φύλου (*Foro it.*, I, 1985, στήλες 2162 επ.).

12 — Νόμος της 24ης Απριλίου 1985 (Staatsblad 1985, σ. 243 επ.).

13 — Τούτο συμβαίνει π.χ. στη Δανία, στην οποία εφαρμόζεται κατ' αναλογία ο νόμος της 11ης Μαΐου 1935 (όντως ο νόμος ανατρέχει στο έτος 1935!), ο οποίος αφορά τον εκούσιο ευνουχισμό. Σε όσους επιτρέπεται να υποβληθούν σε χειρουργική επέμβαση βάσει του νόμου αυτού αναγνωρίζεται στη συνέχεια αυτομάτως το δικαίωμα τροποποιήσεως της ληξιαρχικής πράξεως γεννήσεως.

14 — Τούτο συμβαίνει στη Γαλλία, στο Βέλγιο, στην Ισπανία, στην Πορτογαλία, στο Λουξεμβούργο και στην Ελλάδα (στο τελευταίο αυτό κράτος πάντως η αλλαγή της ληξιαρχικής καταχωρίσεως επιτρέπεται μέχρι σήμερα μόνο σε σχέση με τους ερμαφρόδιτους).

15 — Τούτο συμβαίνει στην Αυστρία, όπου από το 1981 αποτελεί πλέον πάγια πρακτική το να συμπληρώνει ο ληξίαρχος την πράξη γεννήσεως με τη μνεία της αλλαγής φύλου, υπό τον όρο μόνο ότι ο ενδιαφερόμενος έχει υποστεί πράγματι χειρουργική επέμβαση, πράγμα που πρέπει να προκύπτει από έκθεση εμπειρογνωμόνων του Ινστιτούτου Ιατροδικαστικής του Πανεπιστημίου της Βιέννης.

16 — D. Van Oosterwijck κατά Βελγίου (αίτηση 7654/76), έκθεση της Επιτροπής της 1ης Μαρτίου 1979, η οποία δημοσιεύθηκε στο *Rapport européen sur les droits de l'homme*, 1981, σ. 557 επ.

12. Διαφορετική όμως ήταν η απόφαση που εξέδωσε το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, όταν του ζητήθηκε να αποφανθεί επί παραβάσεως των άρθρων 8 και 12 της Συμβάσεως εκ μέρους του Ηνωμένου Βασιλείου. Στην υπόθεση Rees το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι «στο καθού κράτος εναπόκειται να καθορίσει μέχρι ποιο σημείο μπορεί να ικανοποιεί τα αιτήματα των τρανσεξουαλικών ατόμων στα οποία δεν έχει ακόμα δοθεί απάντηση. Το παρόν δικαστήριο έχει πάντως πλήρη επίγνωση των προβλημάτων και των δυσχερειών που αντιμετωπίζουν τα άτομα αυτά. Η σύμβαση πρέπει να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται πάντοτε ενόψει της γενικής καταστάσεως (...). Πρέπει συνεπώς να δοθεί ιδαίτερη προσοχή στην ανάγκη θεσπίσεως των ενδεδειγμένων νομικών μέτρων, ενόψει ιδίως της προόδου της επιστήμης και των κοινωνικών εξελίξεων» [17]. Η ίδια λύση δόθηκε στη συνέχεια και στην υπόθεση Cossey [18].

Αντίθετα, σε μια μεταγενέστερη υπόθεση, Β. κατά Γαλλίας, το δικαστήριο του Στρασβούργου καταδίκασε τη Γαλλία, αποφαινόμενο ότι το γεγονός ότι η προσφεύγουσα, η οποία είχε υποβληθεί το 1972 σε χειρουργική επέμβαση για να γίνει γυναίκα (και) όσον αφορά τα εξωτερικά χαρακτηριστικά του φύλου, δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει γυναικείο όνομα ούτε να καταχωρίσει στο ληξιαρχείο την αλλαγή φύλου της αποτελούσε παράβαση του άρθρου 8, παράγραφος 1, της Συμβάσεως [19]. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο, καταλήγοντας στο ανωτέρω συμπέρασμα — και τονίζοντας πάντως τις διαφορές της υποθέσεως Β. έναντι των υποθέσεων Rees και Cossey [20] —, δεν παρέλειψε να τονίσει ότι σχετικά με το θέμα αυτό έχουν αλλάξει οι νοοτροπίες, ότι η ιατρική επιστήμη έχει εξελιχθεί και ότι τα προβλήματα σχετικά με το φαινόμενο του τρανσεξουαλισμού αποκτούν ολοένα και μεγαλύτερη σημασία.

13. Η ανωτέρω ανάλυση αποδεικνύει ότι η χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου θεωρείται σήμερα νόμιμη, ακόμη και στις χώρες εκείνες στις οποίες δεν επιτρέπεται επί του παρόντος η καταχώριση της αλλαγής αυτής στα ληξιαρχικά βιβλία. Το γεγονός αυτό και μόνο σημαίνει ότι το φαινόμενο του τρανσεξουαλισμού αποκτά ολοένα και μεγαλύτερη σημασία για το δίκαιο, το οποίο, ενόψει των επιστημονικών και κοινωνικών εξελίξεων που έχουν σημειωθεί στον οικείο τομέα, ρυθμίζει τις πτυχές εκείνες του φαινομένου αυτού που ενδέχεται να έχουν σημαντικές επιπτώσεις στις βιοτικές σχέσεις. Τούτο επιβεβαιώνεται, όπως αναφέρθηκε ήδη, από το γεγονός ότι οι περισσότερες εθνικές νομοθεσίες επιτρέπουν, είτε με ειδικούς νόμους είχε χάρη στην κατά περίπτωση παρέμβαση του δικαστή, την καταχώριση της αλλαγής φύλου στα ληξιαρχικά βιβλία.

Απομένει πλέον να εξεταστεί το ζήτημα αν επιβάλλεται η έννομη προστασία των ατόμων που έχουν αλλάξει φύλο ή διέρχονται τη φάση αλλαγής φύλου, όταν τα άτομα αυτά υφίστανται, για τον λόγο ακριβώς και μόνο της καταστάσεώς τους αυτής, δυσμενείς διακρίσεις ή, εν πάση περιπτώσει, δυσμενή μεταχείριση στον εργασιακό χώρο, η οποία μπορεί μάλιστα να συνίσταται, όπως εν προκειμένω, σε απόλυση.

17 — Rees κατά Ηνωμένου Βασιλείου (2/1985/88/135), απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1986, σκέψη 47, σειρά Α, τόμος 106.

18 — Cossey κατά Ηνωμένου Βασιλείου (16/1989/176/232), απόφαση της 27ης Σεπτεμβρίου 1990, σκέψη 42, σειρά Α, τόμος 184.

19 — Β. κατά Γαλλίας (57/1990/248/319), απόφαση της 25ης Μαρτίου 1992, σκέψη 63, σειρά Α, τόμος 232-C.

20 — Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο τόνισε ιδίως ότι, αντίθετα από ό,τι συμβαίνει με το ισχύον στο Ηνωμένο Βασίλειο σύστημα, στη Γαλλία η μεταβολή των καταχωρίσεων στα ληξιαρχικά βιβλία είναι δυνατή χωρίς καμιά δυσκολία. Συναφώς βλ. επιπλέον όσα εκτίθενται ανωτέρω στην υποσημείωση 2.

Απαντήσεις στα προδικαστικά ερωτήματα

14. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά δηλαδή το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων αν, ενόψει του σκοπού της οδηγίας, ο οποίος διακηρύσσεται στο άρθρο 1 αυτής, η απόλυση ενός τρανσεξουαλικού ατόμου λόγω της αλλαγής φύλου αποτελεί δυσμενή διάκριση απαγορευόμενη από την οδηγία, καθώς και αν, γενικότερα, το άρθρο 3, παράγραφος 1, έχει την έννοια ότι καλύπτει και τις δυσμενείς διακρίσεις που υφίστανται τα τρανσεξουαλικά άτομα ως προς τις συνθήκες εργασίας.

Το αιτούν δικαστήριο λαμβάνει ως αφετηρία το γεγονός ότι η οδηγία, και συγκεκριμένα το άρθρο 3, παράγραφος 1, κατά το οποίο η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως «συνεπάγεται την απουσία κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο» [21], δεν καλύπτει, ή τουλάχιστον δεν καλύπτει κατ' ανάγκη, μόνο τις διακρίσεις μεταξύ αρρένων και θηλέων, αλλά μπορεί κάλλιστα να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι καλύπτει και τις δυσμενείς διακρίσεις που υφίστανται τα τρανσεξουαλικά άτομα.

15. Θα ήθελα κατ' αρχάς να παρατηρήσω ότι οι κρίσιμες εν προκειμένω διατάξεις περιέχονται στο άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας, το οποίο επιβάλλει, χρησιμοποιώντας γενική διατύπωση, την απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φύλου, καθώς και στο άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας, το οποίο απαγορεύει ειδικότερα τις διακρίσεις λόγω φύλου, όσον αφορά τους όρους απολύσεως. Η διατύπωση του ερωτήματος του αιτούντος δικαστηρίου πρέπει συνεπώς να προσαρμοστεί προς τα ανωτέρω.

Κατόπιν αυτών, πρέπει, εν πάση περιπτώσει, να εξεταστεί αν η απόλυση ενός τρανσεξουαλικού ατόμου λόγω της αλλαγής του φύλου του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, και συγκεκριμένα της οδηγίας περί της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών.

16. Μολονότι η οδηγία απαιτεί την απουσία οποιασδήποτε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο, δεν αμφισβητείται πάντως ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, η οποία διακηρύσσεται στην οδηγία αυτή, βασίζεται, αν ληφθεί υπόψη το γράμμα της, στην παραδοσιακή διάζευξη άνδρας-γυναίκα.

Προκειμένου να εξακριβωθεί αν η οδηγία μπορεί να ερμηνευθεί, όπως δέχεται έμμεσα το αιτούν δικαστήριο, υπό την έννοια ότι καλύπτει επίσης τις δυσμενείς διακρίσεις που υφίστανται τα τρανσεξουαλικά άτομα, πρέπει οπωσδήποτε να εξεταστεί κατ' αρχάς αν η δυσμενής μεταχείριση των τρανσεξουαλικών ατόμων συνιστά διάκριση λόγω φύλου. Στη συνέχεια θα πρέπει να εξεταστεί αν η έκφραση «διάκριση που βασίζεται στο φύλο» καλύπτει μόνο τις διακρίσεις μεταξύ ανδρών και γυναικών ή γενικότερα όλες τις μορφές δυσμενούς μεταχειρίσεως που οφείλονται στον παράγοντα φύλο.

21 — Η ίδια αυτή γενική διατύπωση απαντά όχι μόνο στο άρθρο 3, παράγραφος 1, αλλά και στο άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής.

17. Θα ήθελα κατ' αρχάς να υπενθυμίσω την άποψη που υποστηρίζεται με ολοένα μεγαλύτερη ζέση στους επιστημονικούς και ιατρικούς κύκλους, ότι δηλαδή η παραδοσιακή διάκριση των φύλων είναι ξεπερασμένη και ότι πρέπει να αναγνωριστεί ότι, πέραν της διαζεύξεως άνδρας-γυναίκα, υπάρχει ένα φάσμα χαρακτηριστικών, συμπεριφορών και ρόλων που μπορούν να αναχθούν τόσο στον άνδρα όσο και στη γυναίκα, πράγμα που σημαίνει ότι δεν υπάρχουν σαφή όρια για *το* φύλο. Είναι συνεπώς προφανές ότι δεν θα ήταν θεμιτό να εξακολουθήσουν να απαγορεύονται μόνο οι διακρίσεις λόγω φύλου που αφορούν τους άνδρες και τις γυναίκες, υπό την παραδοσιακή έννοια των όρων αυτών, και να μην προστατεύονται όσοι τυγχάνουν επίσης δυσμενούς μεταχειρίσεως λόγω ακριβώς του φύλου τους και/ή της ταυτίσεώς τους με ορισμένο φύλο.

Η ανωτέρω εκτεθείσα άποψη, η οποία είναι πράγματι πολύ ελκυστική, προϋποθέτει ένα νέο ορισμό του φύλου, αλλά τούτο είναι ένα ζήτημα που πρέπει να εξεταστεί ενδελεχέστερα από άλλα όργανα· δεν είναι συνεπώς αυτή η συλλογιστική που σας προτείνω να ακολουθήσετε. Έχω πλήρη επίγνωση του γεγονότος ότι ανέκαθεν αρκούσε η διαπίστωση του φύλου, χωρίς το δίκαιο να χρειάζεται να δώσει κανέναν ορισμό. Το δίκαιο διάκειται εχθρικά προς τους επαμφοτερισμούς και είναι βέβαια πολύ απλούστερο το να στηρίζονται οι κανόνες δικαίου στη διάκριση μεταξύ Αδάμ και Εύας.

Εν πάση περιπτώσει, νομίζω ότι, παρά τα ανωτέρω, έχει ξεπεραστεί πια η άποψη ότι το δίκαιο πρέπει να λαμβάνει υπόψη και να προστατεύει μια γυναίκα που υφίσταται δυσμενή διάκριση έναντι ενός άνδρα, καθώς και την αντίθετη περίπτωση, αλλά να μην παρέχει την ίδια αυτή προστασία σε όποιον υφίσταται επίσης *δυσμενή διάκριση*, για οποιοδήποτε λόγο ανάγεται στο φύλο: και μάλιστα όταν η άρνηση παροχής της προστασίας αυτής συνίσταται στο ότι ο ενδιαφερόμενος δεν εντάσσεται στο πλαίσιο της παραδοσιακής διακρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών.

18. Κατά την παρούσα διαδικασία προβλήθηκε επανειλημμένα η εξής προφανέστατη αντίρρηση: δεν υφίσταται το στοιχείο της διακρίσεως μεταξύ των φύλων, αφού η «τρανσεξουαλική γυναίκα» δεν αντιμετωπίζεται διαφορετικά απ' ό,τι ο «τρανσεξουαλικός άνδρας». Σε τελική ανάλυση, αμφότεροι τυγχάνουν δυσμενούς μεταχειρίσεως και συνεπώς δεν υφίσταται καμία διάκριση. Από μια επιφανειακή εξέταση της σχετικής νομολογίας των εθνικών δικαστηρίων προκύπτει ότι στη νομολογία γίνεται δεκτή η άποψη αυτή [22], έστω και με ορισμένες εξαιρέσεις [23].

22 — Θα ήθελα κατ' αρχάς να υπενθυμίσω την απόφαση White κατά British Sugar Corporation του 1977 (IRLR, σ. 121), με την οποία ένα αγγλικό Industrial Tribunal αποφάνθηκε ότι ο Sex Discrimination Act δεν είχε εφαρμογή στην περίπτωση απολύσεως μιας τρανσεξουαλικής γυναίκας, η οποία δεν είχε υποστεί καμία χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου, αλλ' είχε προσληφθεί στην επίμαχη θέση εργασίας εμφανιζόμενη ως άνδρας. Υπάρχει δε πληθώρα σχετικών αποφάσεων δικαστηρίων των Ηνωμένων Πολιτειών. Με όλες σχεδόν τις αποφάσεις αυτές έγινε δεκτό ότι η απόλυση των τρανσεξουαλικών ατόμων είναι νόμιμη, με το σκεπτικό ότι στις περιπτώσεις αυτές δεν υφίσταται καμία διάκριση λόγω φύλου (βλ. π.χ. Grossman κατά Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975, Kirkpatrick κατά Seligman και Latz, 636 F 2d 1047, 1981, Sommers κατά Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982, και Ulane κατά Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). Ιδιαίτερη μνεία πρέπει να γίνει της υποθέσεως Holloway κατά Arthur Andersen & Co. (566 F 2d 659, 1977), η οποία ήταν καθ' όλα όμοια με την προκειμένη υπόθεση και στην οποία θεωρήθηκε νόμιμη η απόλυση ενός τρανσεξουαλικού ατόμου για τον λόγο ότι είχε αρχίσει ορισμένη αγωγή για να γίνει γυναίκα.

23 — Συναφώς παραπέμπω στην πρωτόδικη απόφαση στην υπόθεση Ulane κατά Eastern Airlines (35 FEP Cases 1332, 1984), με την οποία το πρωτοβάθμιο δικαστήριο έκρινε ότι η απόλυση μιας υπαλλήλου λόγω του ότι ήταν τρανσεξουαλικό άτομο ισοδυναμούσε με απόλυση λόγω φύλου. Μια άλλη αξιοσημείωση εξαίρεση αποτελεί η απόφαση στην υπόθεση Richards κατά United States Tennis Association (93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977), η οποία αφορούσε έναν αντισφαιριστή ο οποίος, κατόπιν της χειρουργικής επεμβάσεως στην οποία υποβλήθηκε για να γίνει γυναίκα (και) όσον αφορά τα εξωτερικά χαρακτηριστικά του, ζητούσε να μετέχει σε τουρνουά γυναικών. Το ανώτατο δικαστήριο της πολιτείας της Νέας Υόρκης επέτρεψε στη Richards — παρά τις αντιρρήσεις της ενώσεως αντισφαιρίσεως, η οποία υποστήριζε ότι η Richards θα πλεονεκτούσε λόγω του ότι εξακολουθούσε να έχει τον μυικό ιστό ανδρός — να μετάσχει στους αγώνες γυναικών του τουρνουά US Open του 1977 (χάριν πληροφοριακής πληρότητας, θα ήθελα να αναφέρω ότι η Richards ηττήθηκε στον πρώτο γύρο από τη Wade με 6-1, 6-4).

Η ανωτέρω άποψη δεν με πείθει. Πράγματι, ακόμη και αν η P. είχε βρεθεί στην αντίστροφη κατάσταση, δηλαδή η αλλαγή φύλου της ήταν από το θηλυκό στο αρσενικό, δεν αποκλείεται ότι θα είχε ούτως ή άλλως απολυθεί. Ένα στοιχείο πάντως δεν μπορεί να αλλάξει, αλλά είναι βέβαιο: η P. δεν θα είχε απολυθεί, αν είχε παραμείνει άνδρας.

Πώς είναι λοιπόν δυνατόν να υποστηρίζεται ότι δεν πρόκειται για διάκριση λόγω φύλου; Πώς είναι δυνατόν να μη γίνει δεκτό ότι ο λόγος της διακρίσεως έγκειται ακριβώς στο φύλο και μόνο; Κατά την άποψή μου, εφόσον η δυσμενής μεταχείριση του τρανσεξουαλικού ατόμου έχει σχέση με την (ή μάλλον οφείλεται στην) αλλαγή φύλου, υφίσταται διάκριση λόγω φύλου ή, αν προτιμάτε διαφορετική διατύπωση, διάκριση που βασίζεται στο φύλο.

19. Συναφώς, δεν μπορώ να μην υπενθυμίσω ότι η απαγόρευση διακρίσεων λόγω φύλου αποτελεί μια πλευρά της αρχής της ισότητας, κατά την οποία πρέπει να λαμβάνονται υπόψη ορισμένοι παράγοντες που οδηγούν σε διακρίσεις: κυρίως το φύλο, η φυλή, η γλώσσα, η θρησκεία. Το κριτήριο για το αν υφίσταται διάκριση είναι κατά πόσον τα άτομα τυγχάνουν της ίδιας μεταχειρίσεως, όταν οι καταστάσεις είναι ίδιες.

Η αρχή της ισότητας απαγορεύει συνεπώς τη διαφορετική μεταχείριση των ατόμων λόγω ορισμένων παραγόντων που τα διαφοροποιούν· και μεταξύ των παραγόντων αυτών είναι ακριβώς το φύλο. Αυτό σημαίνει ότι το φύλο καθαυτό δεν μπορεί και δεν πρέπει να επηρεάζει καθ' οιονδήποτε τρόπο τη μεταχείριση π.χ. των εργαζομένων. Στην ίδια αυτή λογική στηρίζονταν οι προτάσεις που ανέπτυξα στην υπόθεση Kalanke [24], με τις οποίες θα ήθελα να υπενθυμίσω ότι τάχθηκα κατά των ποσοστώσεων που προβλέπονται υπέρ των γυναικών σχετικά με τις προσλήψεις και τις προαγωγές: ο λόγος είναι ότι φρονώ ότι η αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω φύλου επιτρέπει μόνο τις αποκλίσεις εκείνες οι οποίες, καθόσον προβλέπονται για την επίτευξη *ουσιαστικής* ισότητας, δικαιολογούνται βάσει του σκοπού της εξασφαλίσεως πραγματικής ισότητας μεταξύ των ατόμων.

Εν προκειμένω είναι αναγκαία τουλάχιστον η αυστηρή εφαρμογή της αρχής της ισότητας και συνεπώς δεν επιτρέπεται να προσδίδεται οποιαδήποτε σημασία σε χαρακτηριστικά που αφορούν το φύλο και/ή την ταύτιση του προσώπου με συγκεκριμένο φύλο. Εξάλλου, θα ήταν δύσκολο να υποστηριχθεί (και, εν πάση περιπτώσει, δεν υποστηρίχθηκε), ως δικαιολογητικός λόγος για το ότι προσδόθηκε τέτοια σημασία, ότι οι ικανότητες και ο ρόλος του ενδιαφερομένου επηρεάστηκαν αρνητικά από την αλλαγή του φύλου του.

20. Στα ανωτέρω θα πρέπει να προστεθεί ότι η σημασία του φύλου, καθόσον ενδιαφέρει εν προκειμένω, είναι συμβατική, έχει

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

δηλαδή σημασία ως κοινωνική παράμετρος. Οι διακρίσεις που υφίστανται συχνά οι γυναίκες δεν οφείλονται βέβαια στα εξωτερικά χαρακτηριστικά τους, αλλά στον ρόλο τους, στην εικόνα που έχει η κοινωνία για τις γυναίκες. Ο λόγος υπάρξεως της λιγότερο ευνοϊκής μεταχειρίσεως έγκειται συνεπώς στον κοινωνικό ρόλο που αποδίδεται στη γυναίκα και όχι βέβαια στα σωματικά χαρακτηριστικά της. Ομοίως, πρέπει να αναγνωριστεί ότι η δυσμενής μεταχείριση την οποία υφίστανται τα τρανσεξουαλικά άτομα οφείλεται, τις περισσότερες φορές, σε μια αρνητική εικόνα, σε μια ηθική αξιολόγηση που δεν έχει καμιά σχέση με τις ικανότητές τους στον εργασιακό χώρο.

Η κατάσταση αυτή είναι απαράδεκτη, αν ληφθούν μάλιστα υπόψη η εξέλιξη της κοινωνίας και η πρόοδος της επιστήμης στον σχετικό τομέα κατά τα τελευταία έτη. Το γεγονός δηλαδή ότι, όπως αναφέρθηκε ήδη, ο τρανσεξουαλισμός δεν αποτελεί σημαντικό φαινόμενο από στατιστική άποψη αποτελεί τον λόγο ακριβώς για τον οποίο πρέπει να προβλεφθεί χωρίς καθυστέρηση τουλάχιστον ένα κατώτατο επίπεδο προστασίας των τρανσεξουαλικών. Με την ίδια λογική, το να γίνει δεκτό ότι η δυσμενής μεταχείριση της P. δεν βασίζεται στο φύλο, επειδή οφείλεται στην αλλαγή φύλου ή επειδή δεν μπορεί να γίνει λόγος στην περίπτωση αυτή για διάκριση μεταξύ των δύο φύλων, θα ήταν ένα σόφισμα που θα στήριζε μια τυπολατρική ερμηνεία, αντίθετη προς το ουσιαστικό περιεχόμενο της ισότητας, η οποία αποτελεί θεμελιώδη και αναπαλλοτρίωτη αξία.

21. Απομένει να εξακριβωθεί αν μια οδηγία, η οποία αποβλέπει, σύμφωνα με το γράμμα της, στην εξάλειψη των διακρίσεων μεταξύ ανδρών και γυναικών, μπορεί να καλύπτει και τη δυσμενή μεταχείριση που υφίστανται οι τρανσεξουαλικοί. Με άλλα λόγια, εφόσον δεν υφίσταται ειδική νομοθεσία που να ρυθμίζει ρητά την περίπτωση των τρανσεξουαλικών ατόμων, πρέπει το συμπέρασμα να είναι ότι δεν είναι δυνατή η παροχή καμιάς έννομης προστασίας στα τρανσεξουαλικά άτομα, όταν υφίστανται δυσμενείς διακρίσεις;

Ενδιαφέρον παρουσιάζει συναφώς μια απόφαση του γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου, με την οποία αναγνωρίστηκε — μολονότι δεν υπήρχε καμία ειδική ρύθμιση — το δικαίωμα των τρανσεξουαλικών ατόμων να ζητούν την καταχώριση της αλλαγής φύλου στα ληξιαρχικά βιβλία. Στην εν λόγω απόφαση εκτίθενται τα εξής: «Είναι βέβαιο ότι η νομοθετική ρύθμιση των ζητημάτων της προσωπικής καταστάσεως, τα οποία έχουν σχέση με την αλλαγή του φύλου και τα αποτελέσματά της, προάγει οπωσδήποτε την ασφάλεια δικαίου. Εντούτοις, μέχρις ότου θεσπιστεί τέτοια ρύθμιση, το καθήκον των δικαστηρίων δεν μπορεί παρά να είναι αυτό που απορρέει από την αρχή της ισότητας ανδρών και γυναικών, η οποία είναι προγενέστερη της ενάρξεως της ισχύος του νόμου περί εξισώσεως των δύο φύλων» [25].

22. Θα ήθελα πάντως να επισημάνω, πρώτον, ότι τα τρανσεξουαλικά άτομα δεν αποτελούν βέβαια τρίτο φύλο, οπότε θα έπρεπε να γίνει κατ' αρχήν δεκτό ότι καλύπτονται

25 — Bundesverfassungsgericht, 11 Οκτωβρίου 1978, NJW, 1979, σ. 595 επ.

από την οδηγία, αν ληφθεί μάλιστα υπόψη και η προαναφερθείσα αναγνώριση του δικαιώματός τους να έχουν τη δική τους σεξουαλική ταυτότητα [26].

Δεύτερον, θα ήθελα να παρατηρήσω ότι η οδηγία εκφράζει απλώς μια γενική αρχή και ένα θεμελιώδες δικαίωμα. Θα ήθελα επίσης να υπενθυμίσω ότι η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων αποτελεί μέρος των γενικών αρχών της κοινοτικής έννομης τάξης, της οποίας την τήρηση οφείλει να εξασφαλίζει το Δικαστήριο, και ότι «δεν υπάρχει αμφιβολία ότι *η κατάργηση των διακρίσεων που στηρίζονται στο φύλο* αποτελεί μέρος των θεμελιωδών αυτών δικαιωμάτων» [27].

23. Κατόπιν της ανωτέρω οροθετήσεως του προβλήματος, νομίζω ότι είναι προφανέστατο ότι η οδηγία, η οποία χρονολογείται από το 1976, έλαβε υπόψη την κοινωνική πραγματικότητα που θα μπορούσε να θεωρηθεί ως η «συνήθης» κατά τον χρόνο της εκδόσεώς της. Είναι απόλυτα φυσικό ότι με την οδηγία αυτή δεν ελήφθη ρητά υπόψη ένα πρόβλημα και μια πραγματικότητα που τότε μόνο άρχιζε κανείς να «ανακαλύπτει». Εντούτοις η οδηγία, επειδή αποτελεί έκφραση της γενικότερης αρχής ότι για κανενός τη μεταχείριση δεν πρέπει να λαμβάνεται καθόλου υπόψη το φύλο, πρέπει να ερμηνεύεται με ευρύτερο πνεύμα, ώστε να καλύπτονται όλες οι καταστάσεις στις οποίες το φύλο αναδεικνύεται σε παράγοντα που δημιουργεί διακρίσεις.

Επιβάλλεται εξάλλου να υπομνηστεί ότι στις αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας αναφέρεται ρητά ότι «η ισότητα μεταχειρίσεως μεταξύ εργαζομένων ανδρών και γυναικών αποτελεί έναν από τους στόχους της Κοινότητας, *εφόσον πρόκειται ιδίως να προωθηθεί η εναρμόνιση με στόχο την πρόοδο των συνθηκών διαβιώσεως και εργασίας του εργατικού δυναμικού*» [28]. Σκοπός της οδηγίας είναι συνεπώς να εξασφαλιστεί κυρίως η ίση μεταχείριση των εργαζομένων, ώστε οι οικονομικής φύσεως στόχοι της Συνθήκης να επιτευχθούν σύμφωνα με κριτήρια κοινωνικής δικαιοσύνης. Με τη λογική αυτή, νομίζω ότι είναι προφανέστατο ότι όλοι οι εργαζόμενοι, άρα και όσοι έχουν αλλάξει φύλο κατόπιν χειρουργικής επεμβάσεως, έχουν δικαίωμα επί της προστασίας που παρέχει η οδηγία: το δικαίωμα αυτό γεννάται, ας το επαναλάβουμε, κάθε φορά που το φύλο αναδεικνύεται σε παράγοντα δημιουργούντα διακρίσεις.

Με το ίδιο πνεύμα εκφράστηκε και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, εκδίδοντας ένα ψήφισμα για τις διακρίσεις εις βάρος των τρανσεξουαλικών ατόμων στις 9 Οκτωβρίου 1989, με το οποίο, μεταξύ άλλων, κάλεσε «την Επιτροπή και το Συμβούλιο να *καταστήσουν σαφές* ότι οι κοινοτικές οδηγίες

26 — Βλ. ειδικότερα τα σημεία 10 έως 13 ανωτέρω.

27 — Απόφαση της 15ης Ιουνίου 1978 στην υπόθεση 149/77, Defrenne II (Συλλογή τόμος 1978, σ. 419, σκέψη 27· η υπογράμμιση δική μου). Βλ. επίσης την πρόσφατη απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 1992 στην υπόθεση T-45/90, Speybrouck (Συλλογή 1992, σ. II-33), *με την οποία το Πρωτοδικείο επανέλαβε ακριβώς ότι «η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας, αντίστοιχα δε η έλλειψη κάθε διακρίσεως, άμεσης ή έμμεσης, η οποία στηρίζεται στο φύλο, αποτελεί αναπόσπαστο μέρος των θεμελιωδών δικαιωμάτων, την τήρηση των οποίων διασφαλίζουν το Δικαστήριο και το Πρωτοδικείο δυνάμει του άρθρου 164 της Συνθήκης ΕΟΚ»* (σκέψη 47).

28 — Τρίτη αιτιολογική σκέψη (η υπογράμμιση δική μου).

περί ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών στους χώρους εργασίας απαγορεύουν και τις διακρίσεις εις βάρος των τρανσεξουαλικών ατόμων» [29]. Το γεγονός και μόνο ότι το Κοινοβούλιο ζητεί απλώς να καταστεί σαφές ότι οι κοινοτικές οδηγίες καλύπτουν και τα τρανσεξουαλικά άτομα σημαίνει ότι το κοινοτικό αυτό όργανο θεωρεί ότι η προστασία που παρέχεται με τις εν λόγω οδηγίες θα έπρεπε ήδη να ισχύει και για τα τρανσεξουαλικά άτομα.

24. Έχω πάντως πλήρη επίγνωση του ότι ζητώ από το Δικαστήριο να προβεί σε μια «θαρραλέα επιλογή». Η πρότασή μου αυτή όμως βασίζεται στη βαθιά πεποίθησή μου ότι εδώ διακυβεύεται μια πανανθρώπινη και θεμελιώδης αξία, η οποία έχει αποτυπωθεί ανεξίτηλα στις σύγχρονες νομικές παραδόσεις και στα Συντάγματα των περισσότερο εξελιγμένων χωρών: *η έλλειψη σημασίας του παράγοντα «φύλο» για τη ρύθμιση των βιοτικών σχέσεων*. Όποιος πιστεύει στην αξία αυτή δεν μπορεί να δεχθεί ότι μια ρύθμιση επιτρέπει την απόλυση ενός ατόμου, επειδή είναι γυναίκα, επειδή είναι άνδρας ή επειδή αλλάζει το αρχικό φύλο του (όποιο και αν είναι αυτό) με χειρουργική επέμβαση, η οποία αποτελεί — σύμφωνα με τα μέχρι τούδε πορίσματα της ιατρικής — το μόνο μέσο αποκαταστάσεως της ισορροπίας μεταξύ σωματικών και ψυχικών χαρακτηριστικών. Οποιαδήποτε διαφορετική λύση θα φαινόταν ως ηθική καταδίκη του τρανσεξουαλισμού, η οποία εξάλλου θα ήταν εκτός χρόνου, δεδομένου μάλιστα ότι η διάσταση που δίδουν στο πρόβλημα αυτό η πρόοδος της επιστήμης και η εξέλιξη της κοινωνίας στον σχετικό τομέα υπερβαίνει οπωσδήποτε την ηθική διάστασή του.

29 — ΕΕ C 256, σ. 33 (η υπογράμμιση δική μου).

Θα ήθελα να επαναλάβω ότι γνωρίζω καλώς ότι στο κοινοτικό δίκαιο δεν απαντά καμιά επακριβής διάκριση που να ρυθμίζει *ειδικά* και ρητά το πρόβλημα αυτό: η διάταξη όμως αυτή συνάγεται ευχερώς και σαφώς από τις γενικές αρχές και τους σκοπούς του κοινοτικού κοινωνικού δικαίου, από τις αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας, στις οποίες τονίζεται «η εναρμόνιση με στόχο την πρόοδο των συνθηκών διαβιώσεως και εργασίας του εργατικού δυναμικού», καθώς και από την ίδια τη νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία μεριμνά πάντοτε να εξασφαλίζει, ως πρωτοπόρος, την προστασία των υφισταμένων διακρίσεις ατόμων. Έτσι, θεωρώ επίσης ότι θα ήταν κρίμα να χάσει το Δικαστήριο αυτή την ευκαιρία να διατυπώσει, με μια θαρραλέα, αλλά δίκαιη και νομικά ορθή επιλογή, η οποία αναμφισβήτητα βασίζεται στην ανεκτίμητη αξία της ισότητας και εξυπηρετεί την αξία αυτή, μια γενική αρχή που οπωσδήποτε προάγει την ανθρώπινη αξιοπρέπεια.

Θα ήθελα τέλος να υπενθυμίσω, χρησιμοποιώντας τα λόγια που χρησιμοποίησε ο γενικός εισαγγελέας Trabucchi σε προτάσεις που ανέπτυξε πριν από είκοσι και πλέον έτη, ότι, «αν θέλουμε το κοινοτικό δίκαιο να μην αποτελεί μόνο μια μηχανική ρύθμιση της οικονομίας, αλλ' αντίθετα να συνιστά μια έννομη τάξη που να προσιδιάζει στην κοινωνία που διέπει, αν θέλουμε να συνιστά ένα δίκαιο που να ανταποκρίνεται στην ιδέα της κοινωνικής δικαιοσύνης και στις επιταγές της ευρωπαϊκής ολοκληρώσεως όχι μόνο στο επίπεδο της οικονομίας, αλλά και στο επίπεδο των λαών, δεν μπορούμε να διαψεύσουμε αυτή την απολύτως θεμιτή προσδοκία του [εθνικού] δικαστηρίου» [30].

30 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Trabucchi στην υπόθεση 7/75, F., επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 15ης Ιουνίου 1975 (Συλλογή τόμος 1975, σ. 195, και συγκεκριμένα σ. 210).

25. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω συνεπώς στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα ερωτήματα του Industrial Tribunal του Truro:

«Το άρθρο 2, παράγραφος 1, και το άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ του Συμβουλίου έχουν την έννοια ότι απαγορεύουν την απόλυση ενός τρανσεξουαλικού ατόμου λόγω του ότι άλλαξε φύλο.»