JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GIUSEPPE TESAURO
14 päivänä joulukuuta 1995 *

1. Jälleen kerran yhteisöjen tuomioistuinta pyydetään tulkitsemaan miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9 päivänä helmikuuta 1976 annettua neuvoston direktiiviä 76/207/ETY [1] (jäljempänä direktiivi).

Uutta eikä lainkaan vähämerkityksellistä on se, että direktiiviin vetoaa transseksuaali. Industrial Tribunalin, Truro, esittämien kysymysten johdosta yhteisöjen tuomioistuimen on siis pohdittava transseksuaalisuutta sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellon kannalta: voiko transseksuaali, joka on irtisanottu tämän ominaisuutensa vuoksi ja erityisesti sen vuoksi, että hän vaihtoi sukupuolta, menestyksellisesti vedota direktiiviin.

Asiaa koskeva lainsäädäntö, tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

2. Direktiivin tarkoituksena on sen 1 artiklan 1 kohdan mukaan "toteuttaa jäsenvaltioissa miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu mahdollisuuksissa työhön, uralla etenemiseen ja ammatilliseen koulutukseen sekä työoloissa samoin kuin 2 kohdassa tarkoitetulla tavalla sosiaaliturvassa. Tästä periaatteesta käytetään jäljempänä nimitystä 'tasa-arvoisen kohtelun periaate'".

Direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa todetaan sitten, että "tasa-arvoisen kohtelun periaatteella tarkoitetaan — —, että minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenkään siviilisäädyn tai perheaseman perusteella". Tätä periaatetta on noudatettava erityisesti "ehdoissa, valintaperusteet mukaan lukien, jotka koskevat mahdollisuuksia työhön tai tehtävään" (3 artiklan 1 kohta), sekä "työoloi[ssa], palvelussuhteen lakkauttamisen *perusteet mukaan lukien*" (5 artiklan 1 kohta).

3. Tässä asiassa merkityksellinen kansallinen laki on vuoden 1975 *Sex Discrimination Act* (sukupuolisyrjintää koskeva laki), jossa määritellään sukupuoleen perustuvaksi — ja siis kielletyksi — suoraksi syrjinnäksi se, että naista kohdellaan sukupuolen perusteella epäedullisemmin kuin miestä (1 §:n a kohta). Lisäksi tässä laissa on säädetty, että säännöksiä naisiin kohdistuvan sukupuolisyrjinnän kiellosta sovelletaan vastaavasti myös miesten kohteluun, lukuun ottamatta naisten erityiskohtelua raskauden ja synnytyksen

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 39, s. 40.

vuoksi (2 §). Sen jälkeen kun Sex Discrimination Actissa on määritelty, että miehellä tarkoitetaan kaikenikäisiä miessukupuoleen kuuluvia ihmisiä ja naisella kaikenikäisiä naissukupuoleen kuuluvia ihmisiä, siinä säädetään lopuksi, että eri sukupuoleen tai siviilisäätyyn kuuluvien ihmisten kohtelua verrattaessa "asiaan vaikuttavien seikkojen on oltava tapauksissa samat tai ne eivät saa olla ainakaan olennaisesti erilaiset" (5 §).

Sen sijaan transseksuaalien asemasta ei ole säädetty mitään erityissäännöstä myöskään sitä tilannetta varten, että heille on tehty sukupuolenvaihtoleikkaus. [2] Päinvastoin kuin joissakin kansallisissa oikeusjärjestyksissä, Yhdistyneessä kuningaskunnassa jokainen säilyttää miehen tai naisen sukupuolen, joka hänellä on syntyessään; tämän vuoksi ei ole mahdollista muuttaa alkuperäistä väestörekisterimerkintää sukupuolesta.

4. Alan nyt käsitellä esillä olevaa tapausta, jossa transseksuaali on irtisanottu sukupuolenvaihdoksen vuoksi — tarkemmin sanottuna siitä syystä, että hän ilmoitti menevänsä leikkaukseen vaihtaakseen biologisen sukupuolensa (mies) sukupuoli-identiteettinsä (nainen) mukaiseksi. Kun jatkossa viittaan tähän henkilöön, josta käytetään nimitystä P ymmärrettävistä anonyymisyyssyistä, käsittelen häntä naisena, ja haluan korostaa, että teen näin riippumatta hänen alkuperäisestä, syntymätodistukseen merkitystä sukupuolestaan (mies) ja riippumatta siitä hetkestä, jolloin hän on lopullisen leikkauksen tuloksena fyysisesti vaihtanut sukupuolta.

5. P palkattiin huhtikuussa 1991 johtaviin hallintotehtäviin erääseen oppilaitokseen, joka tämän asian tosiseikkojen tapahtumahetkellä kuului alueellisesti toimivaltaisena hallintoviranomaisena olleen Cornwall County Councilin alaisuuteen. Vuotta myöhemmin P ilmoitti kyseisen oppilaitoksen rehtorille S:lle, joka toimi myös sen hallintojohtajana, aikovansa mennä sukupuolenvaihtoleikkaukseen. S vaikutti aluksi ymmärtäväiseltä ja suvaitsevaiselta vakuuttaen P:lle, että tämä säilyttäisi asemansa oppilaitoksessa, mutta muutti sittemmin suhtautumistaan. Sen mukaan, mitä kansallinen tuomioistuin on tapahtumainkulusta kertonut, S:n muuttunut suhtautuminen johtui pääosin oppilaitoksen johtokunnan vastustuksesta; johto-

2 — Tässä kohtaa voidaan todeta, että Yhdistyneessä kuningaskunnassa ei kuitenkaan edellytetä minkään lakiin perustuvan muodollisuuden täyttämistä sukupuolenvaihtoleikkausta varten ja että kansallinen sosiaaliturvajärjestelmä maksaa kaikki kulut. Lisäksi Englannin lain mukaan jokainen ihminen voi vaihtaa nimeään ja käyttää uutta nimeään ilman mitään rajoituksia tai muodollisuuksia, mistä seuraa se, että transseksuaalilla ei ole mitään vaikeuksia muuttaa nimeään ja käyttää uutta nimeään esimerkiksi ajokortissa, passissa, auton rekisteriotteessa, sosiaaliturva-, vero- ja muissa vastaavissa asiakirjoissa. Täydellisen kuvan saamiseksi transseksuaalien asemasta ja oikeuksista Yhdistyneessä kuningaskunnassa ks. Bradley: Transsexualisme — L'idéologie, les principes juridiques et la culture politique, teoksessa Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14.— 16.4.1993, 1995, sivulta 63 eteenpäin.

kunta esitti eräässä vaiheessa, että P jatkaisi työskentelyä oppilaitoksen hyväksi itsenäisenä ammatinharjoittajana.

Tällä välin P:lle tehtiin kesällä 1992 ensimmäiset kirurgiset toimenpiteet sukupuolen vaihtamiseksi, minkä vuoksi hän oli poissa työstä sairaslomalla. Tällä aikaa S ja johtokunnan jäsenet päättivät irtisanoa P:n siten, että palvelussuhde päättyisi kolmen kuukauden irtisanomisajan jälkeen 31.12.1992; tämä päätös annettiin hänelle tiedoksi. Samaan aikaan P:tä pyydettiin tekemään tuohon päivään mennessä valmiiksi tietyt hänen hoidossaan olleet erityistehtävät. Kun P ilmoitti, että hän palaisi töihin naisen vaatteissa, hänelle sanottiin kuitenkin, että hän voisi hyvin tehdä hänelle uskotut tehtävät valmiiksi kotonaan, joten hänen ei ollut tarpeen tulla oppilaitoksen tiloihin, eikä hänen edellytetty käyvän siellä. P:n palvelussuhde oppilaitokseen päättyi lopulta irtisanomisajan *päättymispäivänä niin, ettei hän palannut* oppilaitokseen.

6. P kävi lopullisessa sukupuolenvaihtoleikkauksessa 23.12.1992, eli ennen kuin hänen palvelussuhteensa päättyi irtisanomisen vuoksi, mutta sen jälkeen kun hän oli saanut irtisanomisilmoituksen tiedoksi 15.9.1992. P nosti Industrial Tribunalissa, Truro, 13.3.1993 kanteen, jossa hän väitti, että häntä on syrjitty sukupuolen perusteella. Sekä S että Cornwall County Council väittivät sitä vastoin, että hänet oli irtisanottu henkilöstön liian suuren määrän vuoksi.

Industrial Tribunal katsoi kuitenkin, että vaikka henkilöstöä oli todellisuudessa liikaa, niin irtisanomisen todellisena syynä oli se, että S ja Cornwall County Council vastustivat P:n aikomusta mennä sukupuolenvaihtoleikkaukseen.

Loppujen lopuksi lähtökohta yhteisöjen tuomioistuimelle on se, mihin Industrial Tribunal on päätynyt, eli että P irtisanottiin vain ja ainoastaan sukupuolenvaihdoksensa vuoksi, josta hän oli ensin ilmoittanut ja joka sittemmin toteutettiin ennen irtisanomisajan päättymistä.

7. Industrial Tribunal katsoo, ettei Englannin oikeudesta ole löydettävissä vastausta asiaan [3], ja erityisesti se katsoo, että Sex Discrimination Actin mukaan P:tä ei ole syrjitty. Se on kuitenkin sitä mieltä, että yhteisön direktiivi miehen ja naisen tasaarvosta siltä osin, kuin siinä puhutaan "sukupuoleen perustuvasta" syrjinnästä, saattaa

3 — Industrial Tribunal toteaa erityisesti, että palvelussuhteen päättämistä ei tässä asiassa voida tutkia laittomana irtisanomisena, koska Yhdistyneessä kuningaskunnassa palvelussuhteen on täytynyt kestää kaksi vuotta, jotta tämä olisi mahdollista. P oli työskennellyt irtisanomisajankohtaan mennessä kyseisessä oppilaitoksessa ainoastaan 20 kuukautta.

puoltaa laajempaa tulkintaa, joka kattaisi myös transseksuaalien syrjinnän. Tästä näkökulmasta se kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta seuraavaa:

"1) Kun otetaan huomioon direktiivin 76/207/ETY tarkoitus, jonka on sen 1 artiklassa ilmoitettu olevan miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun toteuttaminen mahdollisuuksissa työhön jne., onko transseksuaalin irtisanominen sukupuolenvaihdoksesta johtuvasta syystä direktiivin vastaista?

2) Kielletäänkö direktiivin 3 artiklassa, joka koskee sukupuoleen perustuvaa syrjintää, syrjimästä työntekijää hänen transseksuaalisuutensa vuoksi?"

demander que son corps soit 'corrigé' en conséquence" ("transseksuaalisuus on oireyhtymä, joka ilmenee persoonallisuuden jakautumisena fyysiseen ja psyykkiseen persoonallisuuteen, ja transseksuaali tuntee syvästi kuuluvansa toiseen sukupuoleen, mikä saa hänet pyytämään, että hänen kehoaan 'korjataan' vastaavasti"). [4]

Kantaja on esittänyt useita asiantuntijoiden kirjoittamia artikkeleja, joissa todetaan, että tällaisen tilan syyt ovat löydettävissä synnynnäisistä biologisista toimintahäiriöistä tai ympäristöstä johtuvista psyykkisistä häiriöistä. Lopputulos on kuitenkin sama: biologinen sukupuoli ja sukupuoli-identiteetti eivät sovi yhteen. [5] Tässä kuitenkin riittää, kun todetaan, että transseksuaalisuuden tutkimuksessa on päästy erittäin mielenkiintoisiin tuloksiin, jotka ainakin osoittavat vääriksi vanhat tabut ja täysin perusteettomat ennakkoluulot kääntämällä huomion kysymyksen *moraalisesta* puolesta, joka on kovin rajoittava ja joskus harhaanjohtava näkökulma, sen puhtaasti lääke- ja luonnontieteelliseen puoleen.

Transseksuaalisuus ja oikeus

8. Aluksi on selvitettävä, mitä on transseksuaalisuus. En todellakaan aio uskaltautua alueelle, joka vaatii täysin eri alan tietoja ja oppineisuutta kuin minulla on. Katson parhaaksi käyttää määritelmää, jonka Euroopan neuvosto on suosituksessaan tehnyt ja jonka mukaan "le transsexualisme est un syndrome caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transsexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui la pousse à

9. Haluan tässä korostaa sen sijaan, että vaikkei transseksuaalisuus ilmiönä olekaan

4 — Suositus 1117, 29.9.1989, "relative à la condition des transsexuels" (transseksuaalien asemasta), jossa lisäksi pyydettiin ministerikomiteaa kehottamaan jäsenvaltioita säätämään lailla asiasta.

5 — Ks. näistä tarkemmin Reed: Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme ja Gooren: Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine, molemmat em. teoksessa Transsexualisme, médecine et droit, em. sivulta 25 eteenpäin ja jälkimmäinen sivulta 123 eteenpäin.

tilastollisesti kovin merkityksellinen, [6] se on kuitenkin nykypäivän todellisuutta, josta keskustellaan monilla areenoilla, ei pelkästään luonnontieteissä vaan myös oikeustieteessä erityisesti ihmisen perusoikeuksien kannalta. [7] Tällainen todellisuus siis oikeusjärjestyksissä joudutaan kohtaamaan — ja yhä enenevässä määrin. Tämä on väistämätöntä. Nyky-yhteiskunnassa, jossa tavat ja moraalikäsitykset muuttuvat nopeasti, jossa kansalaisten vapauksia suojataan yhä laajemmin ja syvemmin ja jossa suoritettavissa yhteiskuntatieteellisissä ja oikeustieteellisissä tutkimuksissa kiinnitetään tehokkuussyistä huomiota yhä enenevästi nykyhetkisiin — ja siitä syystä todellisiin — arvoihin, ei olisi perusteltua torjua suoralta kädeltä transseksuaalisuusongelmaa — jota tietenkin voidaan aina arvioida täysin itsenäisesti moraalisin perustein — tai yksinkertaisesti tuomita transseksuaalisuutta ja pitää sitä lainvastaisena.

Mielestäni lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö eivät voi eristäytyä yhteiskunnan todellisuudesta, vaan niiden täytyy mukautua siihen mahdollisimman nopeasti. Muuten on olemassa vaara, että ne kannattavat vanhentuneita käsityksiä ja jähmettyvät. Siltä osin kuin lainsäädännöllä ja oikeuskäytännöllä pyritään säätelemään yhteiskuntaelämää, niiden täytyy päinvastoin pysyä yhteiskunnan kehityksen mukana ja niiden täytyy pystyä säätelemään uusia tilanteita, joita syntyy yhteiskunnan muuttuessa ja tieteiden kehittyessä. Tältä kannalta ei ole epäilystäkään siitä, etteikö sukupuolen muuttamattomuuden periaate olisi käynyt tapahtuneen kehityksen vuoksi vanhentuneeksi; tilanne on muuttunut siitä lähtien ja siltä osin kuin sukupuolen vaihtaminen todellisuudessa ei ole enää vaikkakaan ainoastaan sukupuolenvaihdossa tapahtuneen tieteellisen kehityksen vuoksi mahdotonta, mutta muuttamista ei voida tehdä virallisesti.

10. Nopea katsaus vallitsevaan tilanteeseen yhteisön jäsenvaltioissa paljastaa todellakin selvän suuntauksen varsinkin 1980-luvun alusta alkaen siihen suuntaan, että transseksuaalisuus tunnustetaan yhä laajemmin sekä lainsäädännössä että oikeuskäytännössä. Tämä näkyy ensinnäkin siinä, että sukupuolenvaihdos hyväksytään erityisesti siinä mielessä, että nykyisin siihen tähtäävät leikkaukset sallitaan, tosin erilaisten sääntöjen mukaan, melkein kaikissa jäsenvaltioissa. [8] Toiseksi tällaisen leikkauksen sallittavuuteen liittyy yleensä lupa, jälleen erilaisten sääntöjen mukaan, muuttaa väestörekisterimerkintää sukupuolesta kaikkine siitä aiheutuvine seurauksineen.

Muutamissa valtioissa transseksuaalisuuskysymys on oikeudellisesti ratkaistu säätämällä

6 — Kantajan toimittamien tietojen mukaan Euroopassa nykyisin 1 mies 30 000 miehestä ja 1 nainen 100 000 naisesta aikoo vaihtaa sukupuolta leikkauksella.

7 — Näin on tehnyt esim. Euroopan neuvoston parlamentaarinen yleiskokous, jonka työskentely tässä asiassa johti em. transseksuaalien asemaa koskevan suosituksen 1117 antamiseen.

8 — Tältä osin kannattaa toistaa, että Yhdistyneessä kuningaskunnassa, jossa ei vielä voi muuttaa sukupuolimerkintää väestörekisterissä, "transseksuaalinen" leikkaus hyväksytään ilman minkäänlaisten laissa edellytettyjen muodollisuuksien täyttymistä ja että lisäksi kansallinen sosiaaliturvajärjestelmä maksaa sen täysin.

erityislaki. Yhteisön jäsenvaltioista näin ovat tehneet Ruotsi, [9] Saksan liittotasavalta, [10] Italia [11] ja Alankomaat [12]. Näissä laeissa annetaan transseksuaaleille oikeus muuttaa syntymätodistustaan siten, että siinä mainitaan heidän uusi sukupuolensa, jolloin heillä on oikeus solmia avioliitto, adoptoida lapsia ja saada eläkettä *uuden* sukupuolensa mukaisesti.

Se, ettei muissa jäsenvaltioissa ole säädetty tätä asiaa koskevia erityislakeja, ei tarkoita sitä, että transseksuaalien tilanne olisi jätetty huomiotta. Itse asiassa muutamassa jäsenvaltiossa transseksuaaleille tehtävän leikkauksen ja siitä johtuvan sukupuolenvaihdoksen sallittavuus perustuu lakeihin, jotka eivät sinänsä koske transseksuaalisuutta. [13] Suurimmassa osassa muita jäsenvaltioita kysymys on sitä vastoin ratkaistu yksittäistapauksittain oikeuskäytännössä [14] tai jopa paljon yksinkertaisemmin hallinnollisesti [15].

11. Transseksuaalisuutta ovat käsitelleet lisäksi Euroopan ihmisoikeustoimikunta ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin kahdesta näkökulmasta, jotka ovat yksityiselämän loukkaaminen (ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 8 artikla) ja avioliiton solmimisoikeuden loukkaaminen (em. yleissopimuksen 12 artikla).

Tietä näytti vuonna 1979 Euroopan ihmisoikeustoimikunnan yksimielinen päätös, jonka mukaan Belgian valtio on loukannut yleissopimuksen 8 artiklan 1 kappaleessa tarkoitettua yksityiselämän suojaa kieltäytyessään tekemästä mahdolliseksi muuttaa väestörekisterimerkintää laillisesti vaihdetun sukupuolen perusteella. [16]

9 — Laki 21.4.1972 (SFS 1972, s. 119). Ks. ranskannos siitä aikakausijulkaisussa Revue trimestrielle de droit civil, 1976, sivulta 295 eteenpäin.

10 — Laki 10.9.1980 (BGBl. 1980 I, sivulta 1654 eteenpäin). On mielenkiintoista huomata, että tässä laissa on säädetty sekä ns. pienestä ratkaisusta, jolla tarkoitetaan lupaa vaihtaa nimeä, ja ns. suuresta ratkaisusta, jolla tarkoitetaan sukupuolenvaihtoleikkausta.

11 — Laki 14.4.1982, nro 164 (GURI nro 106, 19.4.1982, sivulta 2879 eteenpäin). Tältä osin on selitettävä, että Corte costituzionale italiana (Italian perustuslakituomioistuin) hylkäsi 24.5.1985 tuomiollaan nro 161 väitteen siitä, että sukupuolenvaihtoleikkausta koskevat säännökset olisivat perustuslain vastaisia (Foro it., I, 1985, kohdasta 2162 eteenpäin).

12 — Laki 24.4.1985 (Staatsblad 1985, sivulta 243 eteenpäin).

13 — Näin on asianlaita esim. Tanskassa, jossa sovelletaan analogisesti vapaaehtoisesta kastroimisesta 11.5.1935 (sic!) annettua lakia. Henkilöt, joille annetaan tämän lain nojalla lupa teettää leikkaus, saavat automaattisesti oikeuden vaihtaa sukupuolimerkintää väestörekisterissä.

14 — Näin on asianlaita Ranskassa, Belgiassa, Espanjassa, Portugalissa, Luxemburgissa ja Kreikassa (vaikkakin Kreikassa ainoastaan hermafrodiiteilla on toistaiseksi oikeus vaihtaa sukupuolimerkintää väestörekisterissä).

15 — Näin on asianlaita Itävallassa, jossa on vuodesta 1981 ollut vakiintuneena käytäntönä, että väestörekisteriviranomainen lisää syntymätodistukseen tiedon sukupuolenvaihdoksesta pelkästään sillä edellytyksellä, että kyseinen henkilö on todella käynyt leikkauksessa, josta on esittää Wienin yliopiston oikeuslääketieteen laitoksen asiantuntijoiden laatima selvitys.

16 — Asia D. Van Oosterwijck v. Belgia (valitus nro 7654/76), toimikunnan kertomus 1.3.1979, julkaistu teoksessa Rapport européen sur les droits de l'homme, 1981, sivulta 557 eteenpäin.

12. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen näkemys oli täysin erilainen, kun siltä pyydettiin ratkaisua siitä, oliko Yhdistynyt kuningaskunta rikkonut yleissopimuksen 8 ja 12 artiklaa. Asiassa Rees ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että "vastaajana olevan valtion asiana on päättää, mihin asti se voi suostua transseksuaalien muihin vaatimuksiin. Ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin tietoinen näiden ihmisten ongelmien vakavuudesta ja heidän tuntemastaan ahdingosta. Yleissopimusta on aina tulkittava ja sovellettava kunkin tilanteen mukaan. — — Sopivien oikeudellisten toimenpiteiden toteuttamisen tarpeellisuuteen on tästä syystä kiinnitettävä jatkuvaa huomiota erityisesti tieteellisen ja yhteiskunnallisen kehityksen edetessä". [17] Samanlainen ratkaisu tehtiin sittemmin asiassa Cossey. [18]

Sittemmin tämä Strasbourgissa istuva ihmisoikeustuomioistuin sitä vastoin katsoi asiassa B vastaan Ranska, että Ranska rikkoi yleissopimuksen 8 artiklan 1 kappaletta, koska valittaja, joka oli vuonna 1972 käynyt leikkauksessa muuttuakseen (myös) sukupuoleltaan naiseksi, ei voinut ottaa itselleen naisen nimeä ja vaihtaa väestörekisterimerkintää sukupuolestaan. [19] Päätyessään tähän ratkaisuun — ja erottaakseen tämän asian asioista Rees ja Cossey [20] — Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi, että yleinen suhtautuminen asiaan oli muuttunut, että lääketiede oli kehittynyt ja että transseksuaalisuudesta johtuviin ongelmiin oli kiinnitetty enenevästi huomiota.

13. Edellä esitetyn perusteella on selvää, että sukupuolenvaihtoleikkausta pidetään nykyisin laillisena myös niissä maissa, jotka eivät vielä salli vastaavan muutoksen tekemistä väestörekisteritietoihin. Jo tämä osoittaa, että asiassa tapahtuneen tieteellisen ja yhteiskunnallisen kehityksen seurauksena lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä kiinnitetään enenevästi huomiota transseksuaalisuuteen säätelemällä sitä sellaisilta osin, jotka voivat merkittävästi vaikuttaa ihmisten välisiin suhteisiin. Kuten on nähty, tämän todistaa se, että väestörekisteritietojen muuttaminen sallitaan useimmissa kansallisissa oikeusjärjestyksissä; tämä tapahtuu joko erityislakien nojalla tai tuomioistuimen yksittäistapauksessa tekemän päätöksen nojalla.

Jäljelle jää kysymys siitä, voidaanko lainsäädännössä suojata henkilöitä, jotka ovat vaihtaneet sukupuolta tai jotka parhaillaan ovat vaihtamassa sitä, silloin kun heitä nimenomaan ja ainoastaan tästä syystä syrjitään tai kohdellaan muita epäedullisemmin työelämässä ja kun tällainen kohtelu voi jopa johtaa irtisanomiseen, kuten tässä tapauksessa.

17 — Asia Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta (2/1985/88/135), tuomio 17.10.1986, A-sarja, nro 106, 47 kohta.

18 — Asia Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta (16/1989/176/232), tuomio 27.10.1990, A-sarja, nro 184, 42 kohta.

19 — Asia B v. Ranska (57/1990/248/319), tuomio 25.3.1992, A-sarja, nro 232-C, 63 kohta.

20 — Erityisesti kävi ilmi, että toisin kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa voimassa olevassa järjestelmässä Ranskassa väestörekisteritietoja voidaan vaikeuksitta muuttaa. Ks. tästä lisäksi edellä alaviite 2.

Vastaukset ennakkoratkaisukysymyksiin

14. Kansallinen tuomioistuin kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta, onko direktiivin 1 artiklassa ilmoitetun tarkoituksen perusteella transseksuaalin irtisanominen sukupuolenvaihdoksen vuoksi direktiivissä kiellettyä syrjintää ja yleisemmin, onko 3 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että se koskee myös transseksuaalien syrjintää työsuhteen ehdoissa.

Kansallinen tuomioistuin pitää lähtökohtana sitä, että direktiivissä ja erityisesti sen 3 artiklan 1 kohdassa siltä osin, kuin siinä säädetään, että "minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei esiinny" [21], ei tarkoiteta ainakaan välttämättä pelkästään miesten ja naisten välistä syrjintää, vaan että sitä voidaan hyvin tulkita niin, että siinä tarkoitetaan myös transseksuaalien syrjintää.

15. Aluksi huomautan, että tämän asian kannalta merkitykselliset säännökset ovat pikemminkin direktiivin 2 artiklan 1 kohta, jossa kielletään yleisesti sukupuoleen perustuva syrjintä, ja direktiivin 5 artiklan 1 kohta, jossa kielletään sukupuoleen perustuva syrjintä nimenomaan palvelussuhteen lakkauttamisen perusteiden osalta. Ennakkoratkaisukysymys on siis muotoiltava uudelleen tältä osin.

Näin ollen on joka tapauksessa selvitettävä, kuuluuko transseksuaalin irtisanominen sukupuolenvaihdoksen takia yhteisön oikeuden soveltamisalaan ja tarkemmin sanottuna miesten ja naisten tasa-arvoisesta kohtelusta annetun direktiivin soveltamisalaan.

16. Vaikka direktiivissä edellytetäänkin, ettei mitään sukupuoleen perustuvaa syrjintää esiinny, on myös riidatonta, että yhdenvertaisen kohtelun periaate sellaisena, kuin siitä on direktiivissä säädetty, viittaa sanamuodoltaan perinteiseen kahtiajakoon mies ja nainen.

Päätettäessä, voidaanko direktiiviä kansallisen tuomioistuimen ehdottamin tavoin tulkita siten, että se koskee myös transseksuaalien syrjintää, on aluksi kuitenkin selvitettävä, onko transseksuaalien epäedullinen kohtelu sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Sen jälkeen on ratkaistava, tarkoittaako ilmaisu "sukupuoleen perustuva syrjintä" ainoastaan miesten ja naisten välistä syrjintää vai yleisemmin kaikkea sukupuoleen liittyvää epäedullista kohtelua.

21 — Näin säädetään yleisesti direktiivin 3 artiklan 1 kohdan lisäksi myös 2 artiklan 1 kohdassa.

17. Aloitan muistuttamalla lääketieteen ja luonnontieteiden parissa yhä enenevästi kannatetusta käsityksestä, jonka mukaan olisi irtauduttava perinteisestä jaottelusta ja tunnustettava, että mies ja nainen -kahtiajaon lisäksi on olemassa joukko luonteenpiirteitä, käyttäytymistapoja ja rooleja, jotka kuuluvat sekä miehille että naisille, mistä syystä sukupuoli pitäisi pikemminkin käsittää jatkumoksi. Tältä kannalta on selvää, ettei olisi oikein pitää laittomana edelleen pelkästään mies- ja naissukupuoleen perustuvaa syrjintää sanojen perinteisessä merkityksessä ja jättää suojan ulkopuolelle ne, joita nimenomaan heidän sukupuolensa ja/tai sukupuoli-identiteettinsä perusteella kohdellaan yhtä lailla epäedullisesti.

Tämä edellä esitetty käsitys, olkoonkin, että se on houkutteleva, edellyttää sukupuolen määrittelemistä uudelleen, mitä on tarkasteltava syvällisemmin siihen paremmin soveltuvissa piireissä, joten en aio esittää, että yhteisöjen tuomioistuin lähtisi tälle tielle. Olen hyvin selvillä siitä, että ihmisen sukupuoli on aina vain todettu ilman, että se pitäisi määritellä laissa. Laissa kartetaan moniselitteisyyksiä, ja on varmasti yksinkertaisempaa pohtia asiaa Aatamin ja Eevan käsitteillä.

Näin ollen pidän vanhentuneena ajatusta, jonka mukaan laissa pitäisi suojata naista, jota on syrjitty mieheen verrattuna, tai päinvastoin, mutta jättää tätä suojaa vaille ne, joita myös *syrjitään* yhtä lailla sukupuolen perusteella, ainoastaan siitä syystä, että heitä ei voida luokitella perinteisen mies ja nainen -jaottelun mukaan.

18. Vastaväitteenä on esitetty, että sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä ei ole kyse, koska "transseksuaalista naista" ei kohdella eri tavoin kuin "transseksuaalista miestä"; tämän vastaväitteen hyväksymistä on pidetty liian varmana, ja se on esitetty useasti tämän oikeudenkäynnin aikana. Koska molempia kohdellaan epäedullisesti, kyse ei olisi syrjinnästä. Katsaus tässä asiassa merkitykselliseen kansalliseen oikeuskäytäntöön tukee tätä näkökantaa, [22] olkoonkin, että joitakin poikkeuksia on [23].

22 — Viittaan ensiksi tuomioon asiassa White v. British Sugar Corporation vuodelta 1977 (IRLR, s. 121), jossa englantilainen Industrial Tribunal katsoi, ettei Sex Discrimination Actia sovelleta transseksuaalisen naisen irtisanomiseen tapauksessa, jossa naiselle ei ollut tehty mitään sukupuolenvaihtoleikkausta, *vaan jossa hän oli saanut työpaikan teeskentelemällä* olevansa mies. Yhdysvaltojen tuomioistuimet ovat antaneet useita ratkaisuja tästä kysymyksestä. Lähes kaikki ovat katsoneet transseksuaalin irtisanomisen lailliseksi sillä perusteella, että näissä tapauksissa ei ole kyse sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä (ks. esim. asia Grossman v. Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975; asia Kirkpatrick v. Seligman ja Latz, 636 F 2d 1047, 1981; asia Sommers v. Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982; sekä asia Ulane v. Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). Asia Holloway v. Arthur Andersen & Co. (566 F 2d 659, 1977) on syytä mainita erikseen, koska se on täysin samanlainen nyt käsiteltävänä olevan asian kanssa siltä osin, kuin siinä katsottiin lailliseksi transseksuaalin irtisanominen sillä perusteella, että hän oli aloittanut hoidon tullakseen naiseksi.

23 — Ks. tältä osin ensimmäisenä oikeusasteena asian ratkaisseen tuomioistuimen tuomio asiassa Ulane v. Eastern Airlines (35 FEP Cases 1332, 1984), jossa tuomioistuin katsoi, että toimihenkilön irtisanominen sillä perusteella, että hän on transseksuaali, vastaa sukupuolen perusteella tapahtuvaa irtisanomista. Toinen huomattava poikkeus on asia Richards v. United States Tennis Association (93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977), joka koski tennispelaajaa, joka oli käynyt sukupuolenvaihtoleikkauksessa tullakseen (myös) fyysisesti naiseksi ja joka vaati päästä pelaamaan naisten kilpailuihin. New Yorkin osavaltion korkein oikeus antoi Richardsille oikeuden osallistua naisten US Openiin vuonna 1977, vaikka tennisliitto vastusti sitä sillä perusteella, että Richards saisi etua siitä, että hänelle jää kuitenkin miehen lihasrakenne (täyden kuvan antamiseksi tapauksesta todettakoon, että Wade voitti Richardsin ensimmäisellä kierroksella 6— 1, 6— 4).

Tällainen näkemys ei vakuuta minua. Pitää todella täysin paikkansa, että jos P olisi ollut päinvastaisessa tilanteessa eli muuttunut naisesta mieheksi, hänet olisi saatettu siitä huolimatta irtisanoa. Yksi seikka ei kuitenkaan ole ainoastaan mahdollinen, vaan varma: P:tä ei olisi irtisanottu, jos hän olisi pysynyt miehenä.

Miten siis voidaan väittää, ettei kyseessä ole sukupuoleen perustuva syrjintä? Miten voidaan kiistää se, että syrjinnän perusteena on nimenomaan ja ainoastaan sukupuoli? Käsittääkseni silloin, kun transseksuaalin epäedullinen kohtelu liittyy sukupuolenvaihdokseen (tai pikemminkin johtuu siitä), kyse on sukupuolen takia tapahtuvasta syrjinnästä tai sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä, jos tätä ilmaisua mieluummin halutaan käyttää.

19. Tältä osin en malta olla muistuttamatta, että sukupuoleen perustuvan syrjinnän kielto kuuluu osana yhdenvertaisuusperiaatteeseen, jonka mukaan ketään ei saa syrjiä sukupuolen, rodun, kielen, uskonnon yms. syiden perusteella. Tärkeää on se, että eri yksilöitä kohdellaan samanlaisissa tilanteissa samalla tavoin.

Yhdenvertaisuusperiaate kieltää siis kohtelemasta yksilöitä eriarvoisesti tiettyjen seikkojen perusteella, joihin juuri sukupuoli kuuluu. Tämä tarkoittaa sitä, ettei sukupuoli sinänsä voi eikä saa vaikuttaa millään tavalla esimerkiksi työntekijöiden kohteluun. Tämä on sama perustelu, johon ratkaisuehdotukseni asiassa Kalanke [24] perustuu; tässä ratkaisuehdotuksessani olin naisten hyväksi olevia palvelukseenotto- ja ylentämiskiintiöitä vastaan, koska katson, että sukupuoleen perustuvan syrjinnän kielto sallii ainoastaan sellaiset poikkeukset, jotka ovat perusteltuja henkilöiden todellisen tasa-arvon tavoitteen saavuttamiseksi, koska niillä pyritään saavuttamaan *aineellinen* tasa-arvo.

Nyt käsiteltävänä oleva asia vaatii vähintäänkin yhdenvertaisuusperiaatteen tunnontarkkaa noudattamista, joten mitkään sukupuoleen ja/tai sukupuoli-identiteettiin liittyvät vivahteet eivät voi olla merkityksellisiä. Niiden merkityksellisyyden perustelemiseksi olisikin erittäin vaikeaa väittää, että sukupuolenvaihdos olisi vaikuttanut kielteisesti kyseessä olevan ihmisen kykyihin ja rooliin, eikä näin olekaan väitetty.

20. Tähän on lisättävä, että tämän asian kannalta sukupuoli on merkityksellinen

24 — Asia C-450/93, Kalanke, tuomio 17.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3069).

sovinnaisena asiana, yhteiskunnallisena muuttujana. Naisiin usein kohdistuva syrjintä ei varmasti johdu heidän fyysisistä ominaisuuksistaan, vaan heidän roolistaan, siitä kuvasta, joka yhteiskunnassa vallitsee naisista. Epäedullisen kohtelun syynä on siis naisten rooli yhteiskunnassa eivätkä varmastikaan heidän fyysiset ominaisuutensa. Vastaavasti on todettava, että transseksuaalien epäedullinen kohtelu johtuu useimmissa tapauksissa heistä olevasta kielteisestä kuvasta, moraalikäsityksistä, joilla ei ole mitään tekemistä heidän kykyjensä kanssa työelämässä.

Tällainen tilanne on sitäkin vähemmän hyväksyttävissä, kun otetaan huomioon yhteiskunnan muuttuminen ja tieteiden kehittyminen tässä asiassa viime vuosina. Vaikka onkin totta, kuten olen jo todennut, että transseksuaalit eivät tilastollisesti ole merkittävä ryhmä, on myös totta, että juuri tästä syystä on tärkeää, että he saavat ainakin vähimmäissuojan osakseen. Näin ollen väite siitä, että P:n epäedullinen kohtelu ei perustu sukupuoleen, koska tämä kohtelu johtui hänen sukupuolenvaihdoksestaan, tai ettei tällaisessa tapauksessa voida puhua kahden sukupuolen välisestä syrjinnästä, olisi hiuksiahalkovan muodollista tulkintaa, jossa kiellettäisiin tämän perustavaa laatua olevan ja luovuttamattoman arvon todellinen sisältö eli yhdenvertaisuus.

21. Vielä on selvitettävä, voidaanko direktiivin, joka sanamuotonsa mukaan koskee miesten ja naisten välisen syrjinnän poistamisen varmistamista, katsoa kattavan myös transseksuaalien epäedullisen kohtelun. Toisin sanoen, onko sellaisen erityislainsäädännön puuttumisesta, jossa olisi nimenomaan otettu huomioon transseksuaalit, pääteltävä, että transseksuaalit jäävät kaikkea lain suojaa vaille, jos heitä syrjitään?

Tältä kannalta Saksan perustuslakituomioistuimen eräs tuomio on mielenkiintoinen siltä osin, kuin siinä tunnustetaan transseksuaaleilla olevan oikeus muuttaa väestörekisteritietojaan, vaikkei asiasta ole laissa säädetty. Tässä tuomiossa todetaan seuraavaa: "Oikeusvarmuuden kannalta on varmasti toivottavaa, että lainsäätäjä antaa säännökset sukupuolta vaihtaneiden ihmisten henkilöoikeudellisesta asemasta ja sukupuolenvaihdoksen seurauksista. Mutta kunnes tällaiset säännökset on annettu, tuomioistuimilla on samanlainen tehtävä, kuin mikä niillä oli miesten ja naisten välisen tasa-arvon periaatteen vuoksi, ennen kuin tämän tasa-arvon tunnustava laki tuli voimaan." [25]

22. Ensinnäkään transseksuaalit eivät varmasti ole kolmas sukupuoli, joten heidän täytyisi jo periaatteen vuoksi katsoa kuuluvan direktiivin soveltamisalaan, kun otetaan

25 — Bundesverfassungsgericht, 11.10.1978, NJW 1979, sivulta 595 eteenpäin.

huomioon heidän edellä tunnustettu oikeutensa sukupuoli-identiteettiin. [26]

Toiseksi huomautan, että direktiivi on ainoastaan yksi tietyn yleisperiaatteen ja tietyn perusoikeuden ilmaisuista. Totean tässä, että perusoikeuksien kunnioittaminen kuuluu yhteisön oikeusjärjestyksen perusperiaatteisiin, joiden noudattamisen varmistaminen on yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä, ja että "*sukupuoleen perustuvan syrjinnän poistaminen* kuuluu epäilyksettä näihin perusoikeuksiin" [27].

23. Näin ilmaistuna ongelma on käsittääkseni selvästi siinä, että direktiivissä, joka on peräisin vuodelta 1976, on otettu huomioon todellisuus, joka voidaan määritellä "normaaliksi" direktiivin säätämisajankohtana. On täysin luonnollista, ettei direktiivissä ole otettu nimenomaan huomioon ongelmaa ja todellisuutta, jotka tuolloin vasta alettiin "huomata". Ilmauksena yleisemmästä periaatteesta, jonka mukaan sukupuoli ei saa vaikuttaa kenenkään kohteluun, direktiiviä on kuitenkin tulkittava laajasti siten, että se kattaa kaikki tilanteet, joissa syrjintä perustuu sukupuoleen.

On lisäksi muistettava, että direktiivin perusteluissa on nimenomaan todettu, että "miesten ja naisten tasa-arvoinen kohtelu työntekijöinä on yksi yhteisön tavoitteista *siltä osin kuin pyrkimyksenä on edistää etenkin elin- ja työolojen yhdenmukaistamista pysyttäen toteutetut parannukset*". [28] Direktiivillä pyritään siis pääasiassa varmistamaan työntekijöiden yhdenvertainen kohtelu, kun perustamissopimuksessa vahvistettuja taloudellisia tavoitteita pyritään saavuttamaan yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta noudattaen. Tältä kannalta katsottuna on mielestäni aivan selvää, että kaikilla työntekijöillä — siis myös niillä, jotka ovat vaihtaneet sukupuolta leikkauksella — on oikeus nauttia direktiivin suojasta; toistan, että näin on silloin, kun syrjintä perustuu sukupuoleen.

Myös Euroopan parlamentti on ollut tätä mieltä antaessaan 9.10.1989 transseksuaalien syrjinnästä päätöslauselman, jossa se muun muassa "kehottaa komissiota ja neuvostoa *tekemään selväksi*, että miesten ja naisten

26 — Ks. erityisesti 10— 13 kohta.

27 — Asia 149/77, Defrenne II, tuomio 15.6.1978 (Kok. 1978, s. 1365, 27 kohta; kursivointi kirjoittajan). Ks. lisäksi tuoreempi tapaus asia T-45/90, Speybrouck v. parlamentti, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. II-33), jossa yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi nimenomaan, että "miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate työelämässä ja vastaavasti kaiken sukupuoleen perustuvan suoran ja välillisen syrjinnän kielto kuuluvat perusoikeuksiin, joiden noudattamisen yhteisöjen tuomioistuin ja yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin varmistavat ETY:n perustamissopimuksen 164 artiklan nojalla" (47 kohta).

28 — Kolmas perustelukappale; kursivointi kirjoittajan.

tasa-arvoisuutta työpaikalla koskevissa yhteisön direktiiveissä kielletään myös transseksuaalien syrjintä". [29] Se, että parlamentti kehottaa pelkästään tekemään selväksi, että yhteisön direktiivit koskevat myös transseksuaaleja, osoittaa, että parlamentin käsityksen mukaan transseksuaalien täytyi jo voida nauttia kyseisten direktiivien suojasta.

24. Lopuksi totean, että tiedän hyvin pyytäväni yhteisöjen tuomioistuinta tekemään "rohkean" ratkaisun. Pyydän siltä tällaista ratkaisua kuitenkin täysin vakuuttuneena siitä, että nyt on uhattuna yleismaailmallinen perusarvo, joka on iskostunut lähtemättömästi nykyaikaisen oikeusjärjestyksen perinteisiin ja kehittyneiden maiden perustuslakeihin: *ihmisen sukupuoli ei saa vaikuttaa ihmisten välisiä suhteita sääteleviin säädöksiin.* Kukaan, joka uskoo tähän arvoon, ei voi hyväksyä sitä, että laissa sallittaisiin ihmisen irtisanominen sillä perusteella, että hän on nainen tai että hän on mies tai että hän muuttuu (kummasta tahansa) toiseksi leikkauksella, joka nykylääketieteellisen tietämyksen mukaan on ainoa keino saattaa ruumis ja mieli tasapainoon. Muunlainen ratkaisu kuulostaisi transseksuaalisuuden moraaliselta tuomiolta, joka ei kuitenkaan olisi ajan hengen mukaista, juuri kun tieteiden kehitys ja yhteiskunnan muutos tällä alalla tarjoavat tähän ongelmaan lähestymistavan, joka varmasti on hedelmällisempi kuin moraalinen lähestymistapa.

Toistan, että olen hyvin selvillä siitä, että yhteisön oikeudessa ei ole täsmällistä *erityis*säännöstä, joka sanamuodoltaan olisi tarkoitettu ratkaisemaan tämän ongelman, mutta tällainen säännös voidaan helposti ja selvästi johtaa yhteisön sosiaalioikeuden periaatteista ja tavoitteista, direktiivin perusteluista, joissa korostetaan "elin- ja työolojen yhdenmukaistamista pysyttäen toteutetut parannukset", sekä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jossa yhteisöjen tuomioistuin on aina valpas varmistamaan edelläkävijänä epäedullisessa asemassa olevien ihmisten suojan. Näin ollen katson myös, että olisi sääli jättää käyttämättä tämä tilaisuus tehdä yhteiskunnallisesti merkityksellinen ratkaisu antamalla rohkea mutta oikeudenmukainen ja lain mukaan oikea päätös, joka kiistämättä perustuu merkittävänä arvona pidettävään yhdenvertaisuuteen ja on yhdenvertaisuusperiaatteen mukainen.

Muistutan lopuksi julkisasiamies Trabucchin sanoin, joita hän käytti yli 20 vuotta sitten antamassaan ratkaisuehdotuksessa ja joiden mukaan "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 [kansallisen] tuomioistuimen erittäin perusteltuja odotuksia" [30].

29 — EYVL C 256, s. 33; kursivointi kirjoittajan (suomennettu yhteisöjen tuomioistuimessa virallisen suomennoksen puuttuessa).

30 — Julkisasiamies Trabucchin ratkaisuehdotus asiassa 7/75, F:n puolisot v. Belgia, tuomio 17.6.1975 (Kok. 1975, s. 679, sivulta 691 eteenpäin, erityisesti s. 697).

25. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi seuraavasti Truro Industrial Tribunalin esittämiin kysymyksiin:

"Neuvoston direktiivin 76/207/ETY 2 artiklan 1 kohtaa ja 5 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että ne estävät transseksuaalin irtisanomisen sukupuolenvaihdoksen vuoksi."