FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 14 december 1995 *

1. Än en gång ombeds domstolen att uttala sig om tolkningen av rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor [1] (nedan kallat direktivet).

Nyheten i målet, som alls inte är obetydlig, består i att den som åberopar direktivet är transsexuell. Frågan som ställs av Truro Industrial Tribunal fäster således domstolens uppmärksamhet på transsexualismen ur könsdiskrimineringssynpunkt: Kan en transsexuell som sagts upp på grund av sin läggning framgångsrikt åberopa direktivet, särskilt då uppsägningen beror på och i tiden sammanfaller med könsbytet?

De tillämpliga bestämmelserna, bakgrunden och frågorna i begäran om förhandsavgörande

2. Av artikel 1.1 i direktivet framgår att syftet med detta är att "i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, enligt de villkor som nämns i punkt 2, social trygghet. Denna princip kallas härefter 'likabehandlingsprincipen'".

I artikel 2.1 i direktivet fastslås vidare att "likabehandlingsprincipen innebär ... att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus". Principen skall särskilt tillämpas beträffande "villkoren, som t. ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar" (artikel 3.1), liksom "arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra" (artikel 5.1).

3. Den i målet relevanta nationella lagstiftningen utgörs av Sex Discrimination Act av år 1975, i vilken direkt diskriminering på grund av kön definieras (och förbjuds) som att behandla en kvinna mindre fördelaktigt än en man på grund av hennes kön (artikel 1. a). Dessutom föreskrivs att [vad som anses vara] könsdiskriminerande behandling av kvinnor skall gälla även avseende behandling av män, med undantag för den särskilda behandling som beviljas kvinnor i samband

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT nr L 39, s. 40.

med graviditet och förlossning (artikel 2). Slutligen bör påpekas att Sex Discrimination Act, efter att ha definierat män och kvinnor som personer av manligt respektive kvinnligt kön oavsett ålder, fastslår att en jämförelse mellan fall som rör personer av olika kön eller civilstånd "förutsätter att de relevanta omständigheterna i det ena fallet är likadana, eller [åtminstone] inte materiellt olika, i det andra" (artikel 5).

Det finns ingen särskild bestämmelse som reglerar de transsexuellas ställning, inte ens efter att de genomgått ett kirurgiskt ingrepp för att byta kön [2]. Till skillnad från vad som föreskrivs i vissa medlemsstaters rättsordningar behåller varje person i det Förenade kungariket det kön, manligt eller kvinnligt, som vederbörande hade vid födseln. Det är således inte möjligt att erhålla en ändring av det ursprungliga könet i folkbokföringsregistret.

4. Föreliggande fall rör uppsägningen av en transsexuell med anledning av ett könsbyte, eller rättare sagt med anledning av att vederbörande förklarade sig ämna undergå ett kirurgiskt ingrepp för att anpassa det biologiska könet (manligt) till den sexuella identiteten (kvinnlig). Jag kommer nedan att hänvisa till personen i fråga, av uppenbara anonymitetsskäl kallad P., som till en person av kvinnligt kön. Jag vill betona att jag gör det oavsett såväl det ursprungliga könet (manligt), vilket fortfarande framgår av födelseattesten, som den tidpunkt då, efter det avslutande kirurgiska ingreppet, vederbörande bytte kön i rent fysisk bemärkelse.

5. P. anställdes i april 1991 som förvaltare vid en skola som vid tidpunkten för händelserna löd under Cornwall City Council, den lokalt ansvariga myndigheten. Ett år senare underrättade P. skolans rektor och administrative chef S. om sin avsikt att undergå ett kirurgiskt ingrepp i syfte att byta kön. S. visade sig inledningsvis förstående och tolerant, och lämnade henne lugnande besked angående hennes tjänsteställning inom skolan, men ändrade senare attityd. Enligt den nationelle domarens återgivning av händelserna berodde den förändrade inställningen huvudsakligen på motståndet hos övriga

2 — Här bör påpekas att det i Förenade kungariket inte krävs någon juridisk formalitet för könsbytesoperationer, och att alla kostnader täcks av det nationella sociala trygghetssystemet. Därtill bör tilläggas att det enligt Förenade kungarikets lagstiftning är tillåtet för envar att byta namn och använda sig av detta utan några restriktioner eller formaliteter, vilket får till följd att en transsexuell inte har något problem att ändra sitt namn och använda det på handlingar som körkort, pass, bilregistreringsbevis samt handlingar som har att göra med socialförsäkringar och skatter. För en fullständig bild av de transsexuellas ställning och rättigheter i Förenade kungariket, se Bradley "Transsexualisme — L'idéologie, les principes juridiques et la culture politique", i *Transsexualisme, médicine et droit*, Actes du XXIII Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14—16 april 1993, 1995, s. 63 f.

styrelsemedlemmar vilka i ett visst skede föreslog att P. skulle fortsätta arbeta vid skolan som självständig uppdragstagare.

Under tiden undergick P. sommaren 1992 de första ingreppen för könsbytet och var därför frånvarande från arbetsplatsen på grund av sjukskrivning. Det var under den här perioden som S. och styrelsemedlemmarna bestämde sig för att säga upp P. P. sades upp med tre månaders uppsägningstid till den 31 december 1992. Samtidigt ombads P. att till sagda datum färdigställa ett antal särskilt angivna program som hon höll på att organisera. Då P. meddelade att hon skulle återkomma till arbetet i kvinnokläder, fick hon emellertid till svar att hon kunde fullgöra de ålagda uppgifterna i hemmet, varför det varken krävdes eller förutsattes att hon vistades i skolan. Vid det fastslagna datumet upphörde slutligen P: s anställning vid skolan utan att P. återvänt till sin arbetsplats.

6. P. undergick det slutgiltiga ingreppet för könsbytet den 23 december 1992, således innan uppsägningen trätt i kraft men efter det att hon den 15 september meddelats att anställningsförhållandet skulle upphöra. Den 13 mars 1993 väckte P. talan angående beslutet vid Truro Industrial Tribunal och anförde att hon var offer för diskriminering på grund av kön. Såväl S. som Cornwall County Council hävdade däremot att hon sagts upp på grund av arbetsbrist.

Den nationella domstolen har, trots att det faktiskt förelegat arbetsbrist, likväl funnit att den faktiska orsaken till uppsägningen var att S. och Cornwall County Council motsatte sig P: s avsikt att genomgå en könsbytesoperation.

Den för domstolen relevanta utgångspunkten är slutligen, då detta fastslagits av den nationella domstolen, att P. sagts upp endast och uteslutande på grund av det meddelade könsbytet, vilket senare, innan uppsägningen trätt i kraft, genomfördes.

7. Industrial Tribunal hävdar att den engelska rätten inte ger någon vägledning i förevarande fall [3], och att det i synnerhet inte står att finna något stöd för att P. diskriminerats i Sex Discrimination Act. Samma domstol är emellertid av åsikten att gemenskapens direktiv om likabehandling av män och kvinnor kan ges en extensivare tolkning, då det hänvisar till diskriminering "på grund av

3 — Den nationella domstolen framhåller särskilt att det i föreliggande fall inte går att anse att uppsägningen av anställningsförhållandet skulle sakna saklig grund. För att så skall kunna vara fallet krävs i Förenade kungariket att anställningsförhållandet skall ha varat i minst två år. Vid tiden för uppsägningen hade P. arbetat vid skolan i fråga i endast 20 månader.

kön" och kan anses innefatta även diskriminering av transsexuella. Det är just ur det perspektivet som den har ställt domstolen följande frågor:

"1) Utgör uppsägningen av en transsexuell med anledning av dennes könsbyte ett brott mot rådets direktiv 76/207/EEG, med hänsyn till det i artikel 1 i direktivet angivna syftet med detta (att realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning etc.)?

2) Är det enligt artikel 3 i ovan nämnda direktiv om diskriminering på grund av kön förbjudet att diskriminera en anställd med anledning av att denne är transsexuell"?

Transsexualismen och juridiken

8. Först och främst, vad är transsexualism? Det vore mig fjärran att ge mig in på ett område som kräver helt andra och djupare kunskaper än mina. Jag föredrar att i stället erinra om den definition av begreppet som ges i en rekommendation från Europarådet, enligt vilken "transsexualism är ett syndrom som karaktäriseras av en dubbel personlighet, den ena fysisk, den andra psykisk, i förening med att den transsexuella personen är så djupt övertygad om att tillhöra det motsatta könet att denna begär att få sin kropp 'korrigerad' i överensstämmelse därmed" [4].

Sökanden har beträffande orsakerna till sitt tillstånd företett ett stort antal artiklar av experter på området, i vilka hävdas att dessa orsaker kan stå att finna i biologiska funktionsrubbningar som således förelegat redan vid födseln, eller i psykiska funktionsrubbningar till följd av miljön. Resultatet är hur som helst det-samma: det biologiska könet sammanfaller inte med den sexuella identiteten [5]. Det torde här vara tillräckligt att konstatera att forskningen om transsexualismen har uppnått synnerligen intressanta resultat, vilka åtminstone vederlagt gamla tabun och fullständigt omotiverade fördomar, varvid uppmärksamheten vänts från problemets *moraliska* dimension, som ofta är helt inskränkt och ibland vilseledande, till den strikt medicinska och vetenskapliga.

9. Vad jag är mån om att understryka är däremot att transsexualismen som företeelse,

4 — Rekommendation 1117 av den 29 september 1989 "om de transsexuellas situation", i vilken ministerrådet dessutom ombads uppmana medlemsstaterna att lagstifta i denna fråga.

5 — För en fördjupning av dessa aspekter se Reed: "Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme" samt Gooren: "Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine", båda i ovannämnda verk *Transsexualisme, médecine et droit*, sidorna 25 f respektive 123 f.

även om den inte är av större betydelse ur statistisk synvinkel [6], idag är en realitet som diskuteras i olika fora, inte bara medicinska utan även juridiska, särskilt med utgångspunkt i individens grundläggande rättigheter [7]. Juridiken har således — och kommer att bli så i ständigt större utsträckning — konfronterats med denna realitet. Det skulle heller inte kunna förhålla sig annorlunda. I dagens samhälle, där vi bevittnar en snabb förändring av seder och moral, där skyddet av medborgarens frihet ständigt utökas och fördjupas, där sociala och juridiska studier i allt större utsträckning berikas av nu gällande — och därför verkliga — värderingar i övertygelsen om att detta överensstämmer med effektivitetsprincipen, vore det inte berättigat att a priori förneka transsexualismen som företeelse — vilken dock förvisso alltjämt fritt kan bedömas ur moralisk synvinkel — eller att rentav fördöma den och anse den vara rättsstridig.

Enligt min uppfattning kan juridiken inte avskärma sig från den sociala verkligheten utan bör anpassa sig till denna på så kort tid som möjligt. Den riskerar annars att upprätthålla förlegade ståndpunkter och därigenom bli statisk. Juridiken, vars syfte är att reglera relationer i samhället, måste i stället anpassa sig till den sociala utvecklingen och måste således kunna vara i stånd att reglera nya situationer som uppstår mot bakgrund just av den sociala utvecklingen och av vetenskapens framsteg. I ett sådant perspektiv kan det inte råda något tvivel om att den faktiska utvecklingen har vederlagt tesen om att det inte är möjligt att byta könstillhörighet i och med att omöjligheten att byta kön från administrativ eller byråkratisk synpunkt rent faktiskt inte längre är med verkligheten överensstämmande, om inte annat så på grund av den vetenskapliga utvecklingen i ämnet.

10. Vid en hastig blick på hur frågan har reglerats i olika medlemsstater i gemenskapen framgår en klar tendens, som särskilt kan iakttas från början av 1980-talet, mot ett allt vidare erkännande av företeelsen i fråga, antingen i lagstiftning eller i praxis. Detta erkännande yttrar sig för det första i att könsbyten, eller närmare bestämt kirurgiska ingrepp i detta syfte, tillåts i nästan alla medlemsstater, om än på olika villkor [8]. För det andra åtföljs vanligtvis legaliseringen av sådana ingrepp av möjligheten att ändra, återigen enligt olika regler, uppgiften om kön i folkbokföringsregistren med de konsekvenser som detta medför.

Transsexualism har i vissa stater reglerats i särskilda lagar. Vad beträffar gemenskapens

6 — Enligt uppgift från sökanden själv skulle det i Europa för närvarande finnas en person av manligt kön på 30 000, och en person av kvinnligt kön på 100 000, som ämnar byta kön genom ett kirurgiskt ingrepp.

7 — Det är exempelvis fallet med Europarådets rådgivande församling, vars arbete på området utmynnat i att ovannämnda rekommendation 1117 om de transsexuellas situation antogs.

8 — I anslutning därtill bör upprepas att i Förenade kungariket, där det ännu inte är möjligt att ändra den i folkbokföringen angivna könstillhörigheten, är inte bara det "transsexuella" kirurgiska ingreppet tillåtet utan någon juridisk formalitet, utan detta bekostas även fullt ut av det nationella sociala trygghetssystemet.

medlemsstater är detta fallet i Sverige [9], Förbundsrepubliken Tyskland [10], Italien [11] och Nederländerna [12]. Genom dessa lagar tillåts de transsexuella att få sitt födelsebevis ändrat så att detta återger deras nya könstillhörighet, vilket får till följd att de har rätt att gifta sig, adoptera barn och erhålla pension enligt sin *nya* könsidentitet.

Frånvaron i övriga medlemsstater av särskilda lagar i ämnet innebär inte att de transsexuellas situation där ignoreras. Grunden för de kirurgiska ingrepp som utförs på transsexuella samt den därpå följande ändringen av uppgift om kön i folkbokföringsregistren utgörs av lagar som i sig inte berör transsexualism [13]. I flertalet stater regleras frågan från fall till fall i rättspraxis [14], eller av förvaltningsmyndigheter [15], vilket är mycket enklare.

11. Transsexualismen har dessutom berörts av kommissionen och europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, såväl i fall av kränkning av rätten till skydd för privatlivet (artikel 8 i konventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna) som i fall av kränkning av rätten att rättsenligt ingå äktenskap (artikel 12 i samma konvention).

Det började med ett beslut av Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna, som år 1979 gjorde ett uttalande av innebörden att den belgiska statens underlåtenhet att vidta åtgärder för att möjliggöra ändringar i folkbokföringsregistret efter lagenligt utförda könsbyten utgjorde ett brott mot rätten till skydd för privatlivet enligt artikel 8.1 i konventionen [16].

9 — Lag av den 21 april 1972 (SFS 1972: 119). För översättning till franska, se *Revue trimestrelle de droit civil*, 1976, s. 295 f.

10 — Lag av den 10 september 1980 (BGB1. 1980 I, s. 1654 f). Det är av intresse att understryka att lagen i fråga reglerar såväl den så kallade "lilla lösningen", som består i att bevilja namnbyte, som den så kallade "stora lösningen" som istället inbegriper ett könsbyte genom kirurgiskt ingrepp.

11 — Lag av den 14 april 1982, nr 164 (GURI nr 106 av den 19 april 1982, s. 2879 f). I sammanhanget kan nämnas att i en dom av den 24 maj 1985, nr 161, avvisade den italienska författningsdomstolen en invändning om att föreskrifterna rörande könsbyten skulle strida mot konstitutionen.

12 — Lag av den 24 april 1985 (Staatsblad 1985, s. 243 f).

13 — Det är fallet i exempelvis Danmark, där lagen av den 11 maj 1935 (sic!) om frivillig kastrering tillämpas analogt. Personer som tillåts att genomgå ett kirurgiskt ingrepp på grundval av den lagen får sedan automatiskt tillstånd att byta folkbokföringsuppgift.

14 — Detta är fallet i Frankrike, Belgien, Spanien, Portugal, Luxemburg och Grekland (i den sistnämnda staten har ändring av folkbokföringsuppgift hittills varit tillåten endast i fall av hermafroditism).

15 — Detta är fallet i Österrike, där det numera är fast praxis sedan 1981 att myndigheten som ansvarar för folkbokföringsregistret i födelseakten omnämner könsbytet, och som enda villkor ställer att personen i fråga skall ha genomgått ett kirurgiskt ingrepp, vilket skall framgå av ett intyg utfärdat av experter från Institutet för rättsmedicin i Wien.

16 — D. Van Oosterwijck mot Belgien, (mål nr 7654/76), Kommissionens rapport av den 1 mars 1979, tryckt i *Rapport européen sur les droits de l'homme*, 1981, s. 557 f.

12. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, som haft att uttala sig i ett fall om huruvida Förenade kungariket brutit mot artiklarna 8 och 12 i konventionen, intog en annan ståndpunkt. I fallet Rees ansåg den nämligen att man skulle "låta svarandestaten bedöma i vilken utsträckning den kan tillmötesgå de transsexuellas ännu icke uppfyllda krav. Denna domstol är emellertid medveten om allvaret i de problem som drabbar dessa personer och de besvär de utsätts för. Konventionen skall alltid tolkas och tillämpas i ljuset av den allmänna situationen. ... Behovet av adekvata rättsliga åtgärder borde därför ägnas särskild uppmärksamhet, i synnerhet med hänsyn till den vetenskapliga och sociala utvecklingen" [17]. Samma lösning antogs senare i fallet Cossey [18].

I det därpå följande fallet B. mot Frankrike fällde däremot domstolen i Strasbourg Frankrike och hävdade att det faktum att sökanden — som år 1972 genomgått kirurgisk behandling för att bli kvinna (även) i fysiskt hänseende — varken kunde anta ett kvinnonamn eller byta folkbokföringsuppgift utgjorde ett brott mot artikel 8.1 i konventionen [19]. För att kunna nå en sådan slutsats — och ändå skilja det fallet från fallen Rees och Cossey [20] — har Europadomstolen anfört att förhållningssättet till problematiken förändrats, att den medicinska vetenskapen utvecklats och att de problem som är förknippade med transsexualism fått en allt större betydelse.

13. Föregående analys visar att det "transsexuella" kirurgiska ingreppet för närvarande anses vara rättsenligt även i de stater som ännu inte tillåter en motsvarande ändring av folkbokföringsuppgift. Enbart detta faktum visar att juridiken, till följd av den vetenskapliga och sociala utvecklingen inom området, ägnar allt större uppmärksamhet åt transsexualismen och reglerar de aspekter av densamma som kan ha viktiga återverkningar på de sociala relationerna. Som vi sett bekräftas detta av omständigheten att det hur som helst är tillåtet att ändra folkbokföringsuppgift i de flesta nationella rättsordningar, antingen med stöd av specialförfattningar eller genom domstolsavgöranden i de enskilda fallen.

Kvarstår frågan om man kan tänka sig ett rättsligt skydd för de personer som bytt kön eller som befinner sig i en övergångsfas, då de uteslutande av denna anledning diskrimineras, eller i vart fall behandlas ogynnsamt i arbetslivet, vilket som i förevarande fall rentav kan yttra sig i uppsägning.

17 — Rees mot Förenade konungariket (2/1985/88/135), dom av den 17 oktober 1986, paragraf 47, serie A, volym 106.

18 — Cossey mot Förenade kungariket (16/1989/176/232), dom av den 27 september 1990, paragraf 42, serie A, volym 184.

19 — B. mot Frankrike (57/1990/248/319), dom av den 25 mars 1992, paragraf 63, serie A, volym 232-C.

20 — Särskilt har framkommit att, till skillnad från rådande system i det Förenade kungariket, folkbokföringsregistret kan ändras utan svårighet. Se även förtydligande i not nr 2.

Svar på frågorna

samma direktiv, i vilken mer specifikt stadgas ett förbud mot diskriminering på grund av kön i samband med villkoren för uppsägning. Den nationella domstolens fråga skall således omformuleras i enlighet därmed.

14. Den nationella domstolen ber domstolen avgöra om uppsägningen av en transsexuell på grund av könsbyte — i beaktande av direktivets syfte såsom det uttrycks i artikel 1 — kan anses utgöra ett fall av otillåten diskriminering som är förbjuden enligt direktivet, samt — mer allmänt — om artikel 3.1 skall tolkas så att den i fråga om arbetsvillkor omfattar även diskriminering av transsexuella.

Då detta sagts måste likväl fastställas om uppsägningen av en transsexuell med anledning av könsbytet faller in under tillämpningsområdet för gemenskapsrätten och närmare bestämt likabehandlingsdirektivet.

Den nationella domstolens utgångspunkt är att direktivet, och särskilt artikel 3.1 i vilken föreskrivs att det "inte skall förekomma någon diskriminering på grund av kön" [21], inte omfattar — åtminstone inte nödvändigtvis — endast diskriminering av en person av manligt respektive kvinnligt kön utan även skulle kunna tolkas så att det även omfattar diskriminering av transsexuella.

16. Det är visserligen sant att direktivet innebär att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön. Det är emellertid likaledes oomstritt att principen om likabehandling som sanktioneras i direktivet hänför sig till den traditionella distinktionen man—kvinna.

15. Först och främst vill jag påpeka att de relevanta bestämmelserna i frågan snarare är artikel 2.1 i direktivet, i vilken i allmänna ordalag stadgas ett förbud mot diskriminering på grund av kön, liksom artikel 5.1 i

För att pröva om direktivet skulle kunna tolkas så att det, som den nationella domstolen föreslår, även omfattar diskriminering av transsexuella, måste likväl i första hand fastslås om den ogynnsamma behandlingen av transsexuella utgör diskriminering på grund av kön. Därefter kan bedömas om uttrycket "diskriminering på grund av kön" omfattar endast diskriminering mellan män och kvinnor eller, mer allmänt, all ogynnsam behandling som beror på könet.

21 — Bestämmelser av den innebörden uttrycks i allmänna ordalag även i artikel 2.1, förutom i artikel 3.1.

17. Jag börjar med att påminna om den teori som framförs med allt större kraft i medicinska och vetenskapliga sammanhang, enligt vilken det vore nödvändigt att gå utanför distinktionen man—kvinna och erkänna förekomsten av ett helt spektrum egenskaper, beteenden och roller som är en del av såväl män som kvinnor, varför *könet* snarare borde anses vara ett *continuum*. Ur den synvinkeln är det uppenbart att det inte vore berättigat att fortsätta att sanktionera uteslutande sådan könsdiskriminering som kan hänföras till män och kvinnor i begreppens traditionella betydelse och därmed avstå från att skydda dem som just på grund av sitt kön och/eller sexuella identitet likaledes behandlas ogynnsamt.

Den nyssnämnda, förvisso suggestiva, teorin förutsätter en omdefinition av könet som kräver fördjupade studier i mer lämpade kretsar; det är således inte den väg jag föreslår att domstolen skall slå in på. Jag är väl medveten om att man sedan mycket länge har inskränkt sig till att fastställa kön, utan att juridiken har behövt ingripa för att ge en definition. Juridiken uppskattar inte tvetydigheter och det är förvisso enklare att resonera i termer som Adam och Eva.

Trots detta anser jag att den uppfattning är förlegad som hävdar att rätten skulle ta hänsyn till och skydda en kvinna som diskriminerats i förhållande till en man, liksom det motsatta fallet, men att samma skydd skulle nekas den som, likaledes på grund av kön, *diskrimineras* på motsvarande sätt, och detta endast på grund av att vederbörande inte faller in under den traditionella klassificeringen man—kvinna.

18. Invändningen häremot är nästan alltför förutsägbar och har i föreliggande mål framförts vid upprepade tillfällen: inslaget av diskriminering mellan könen saknas, då den "transsexuella kvinnan" inte behandlas annorlunda än den "transsexuelle mannen". I slutänden behandlas båda ogynnsamt, och således föreligger inte någon diskriminering alls. En översikt av nationell praxis i ämnet bekräftar en sådan ståndpunkt [22], om det än finns några undantag [23].

22 — Jag vill först och främst hänvisa till domen White mot British Sugar Corporation av år 1977 (IRLR, s. 121) i vilken en engelsk Industrial Tribunal fann att Sex Discrimination Act inte kunde tillämpas på uppsägningen av en transsexuell kvinna som inte genomgått något ingrepp för att byta kön men som presenterat sig som man då hon erhållit tjänsten. Det finns ett stort antal domar från amerikanska domstolar i liknande fall. I nästan samtliga fall har domstolarna funnit att uppsägningen av transsexuella varit berättigad och motiverat detta med att diskriminering på grund av kön inte kan konstateras i sådana fall (se exempelvis Grossman mot Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975; Kirkpatrick mot Seligman och Latz, 636 F 2d 1047, 1981; Sommers mot Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982; liksom Ulane mot Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). Noteras bör särskilt fallet Holloway mot Arthur Andersen & Co. (566 F 2d 659, 1977), ett fall som i allt överensstämmer med här föreliggande fall och där man funnit att uppsägningen av en transsexuell på grund av att denne påbörjat behandling för att bli kvinna var rättsenlig.

23 — Se i det sammanhanget domen i första instans i fallet Ulane mot Eastern Airlines (35 FEP Cases 132, 1984), i vilket domstolen fann att uppsägningen av en kvinnlig anställd med anledning av dennas transsexualism är att jämställa med en uppsägning på grund av kön. Ett annat anmärkningsvärt undantag utgörs av fallet Richards mot United States Tennis Association (93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977), angående en tennisspelare som efter att ha genomgått ett ingrepp för att bli kvinna (även) fysiskt, anhöll om att få delta i kvinnliga turneringar. Staten New Yorks högsta domstol medgav — trots motstånd från tennisförbundet som hävdade att Richards skulle dra fördel av att hon fortfarande hade en manlig muskulatur — att Richards fick delta i US Open för kvinnor år 1977 (för fullständighetens skull vill jag påpeka att Richards slogs ut i första omgången av Wade med 6— 1, 6— 4).

Ett sådant synsätt övertygar mig inte. Det är förvisso möjligt att P. blivit uppsagd även om hon befunnit sig i motsatt situation, det vill säga om hon hade bytt från kvinnligt till manligt kön. En sak är emellertid inte bara möjlig, utan säker: P. hade inte blivit uppsagd om hon förblivit man.

Hur kan man då hävda att det inte rör sig om diskriminering på grund av kön? Hur kan man förneka att den diskriminerande faktorn består just i, och uteslutande i, könet? Då den ogynnsamma behandlingen av den transsexuelle kan hänföras till (eller, rättare sagt, beror på) könsbytet, föreligger enligt min uppfattning diskriminering med anledning av kön eller, om man så föredrar, baserad på kön.

19. Det måste i detta sammanhang påminnas om att förbudet mot diskriminering på grund av kön utgör en aspekt av jämlikhetsprincipen, enligt vilken diskriminerande faktorer inte får beaktas: först och främst kön, ras, språk och religion. Det som har betydelse är att personer i likartade situationer skall behandlas lika.

Jämlikhetsprincipen tillåter således inte att individer behandlas olika på grundval av vissa särskiljande faktorer, bland dessa könet. Detta innebär att könet i sig inte kan, och inte skall, på något sätt påverka exempelvis hur arbetstagare behandlas. Detta är samma resonemang som ligger till grund för mitt förslag i målet Kalanke [24], där jag vill minnas att jag uttalade mig mot kvotering till förmån för kvinnor i samband med anställning och befordran. Jag anser nämligen att principen om förbud mot diskriminering på grund av kön endast tillåter avvikelser som, eftersom de syftar till att uppnå en *betydande* jämlikhet, rättfärdigas av målet att garantera en faktisk jämbördighet mellan individer.

I föreliggande fall krävs åtminstone att jämlikhetsprincipen tillämpas strikt, så att inga faktorer förknippade med kön och/eller sexuell identitet således kan få någon betydelse. Det vore dessutom för att motivera dessa faktorers betydelse svårt att påstå — och detta har i varje fall inte visats — att den berördes förmåga och funktion har påverkats negativt av könsbytet.

20. Till detta bör tilläggas att könet, såvitt är relevant för detta mål, är viktigt som

24 — Dom av den 17 oktober 1995, mål C-450/93, REG s. I-3051.

konvention, som social bedömningsgrund. Den diskriminering som ofta drabbar kvinnor beror förvisso inte på deras fysiska egenskaper, utan på deras roll, på den bild samhället har av kvinnan. Orsakerna till den mindre gynnsamma behandlingen står således att finna i den sociala roll som tilldelats kvinnan och alls inte i hennes fysiska drag. På samma sätt måste erkännas att den ogynnsamma behandling som transsexuella drabbas av oftast är förknippad med en negativ bild av dessa, av en moralisk värdering, som inte har något att göra med deras förmåga i arbetslivet.

En sådan situation framstår som än mindre godtagbar då man beaktar den sociala och vetenskapliga utveckling i ämnet som ägt rum under de senaste åren. Om det alltså är sant att de transsexuella, som ovan anförts, ur statistisk synvinkel utgör en obetydlig företeelse, är det likaledes sant att de behöver ett minimum av skydd av just den anledningen. Mot den bakgrunden framstår påståendet att den ogynnsamma behandlingen av P. inte är grundad på kön utan på könsbytet — och att man av den anledningen inte kan tala om diskriminering mellan könen — som en pedantisk och formalistisk texttolkning som sviker det sanna innehållet i det grundläggande och omistliga värde som jämlikheten utgör.

21. Slutligen måste klargöras om ett direktiv, som enligt sin lydelse syftar till att säkerställa att diskrimineringen mellan män och kvinnor upphör, även kan omfatta ogynnsam behandling av transsexuella. Skall man med andra ord, av frånvaron av särskild lagstiftning som uttryckligen tar hänsyn till dem, dra slutsatsen att de transsexuella är helt berövade varje form av rättsligt skydd då de diskrimineras?

En dom av den tyska författningsdomstolen är i sammanhanget inte utan intresse, då de transsexuella genom den — i brist på lagstiftning i ämnet — fått rätt att byta folkbokföringsuppgift. I domen fastslås: "Förvisso står det i den rättsliga förutsägbarhetens intresse att lagstiftaren ingriper för att reglera de frågor som rör individens rättsliga ställning och som är förknippade med könsbyte och dess verkningar. Så länge som en sådan reglering saknas, har domstolarna emellertid ingen annan vägledning än vad som kan härledas ur principen om jämlikhet mellan män och kvinnor, vilken gällde även innan den lag som jämställde dessa trädde i kraft" [25].

22. För det första utgör transsexuella förvisso inte ett tredje kön, varför det — i beaktande av det ovannämnda erkännandet av deras rätt till en sexuell identitet [26] — redan

25 — Bundesverfassungsgericht, 11 oktober 1978 i NJW, 1979, s. 595 f.

26 — Se särskilt punkterna 10— 13.

på det principiella planet borde gå att erkänna att de omfattas av direktivet.

För det andra vill jag påpeka att direktivet inte utgör något annat än ett uttryck för en generell princip och en grundläggande rättighet. Här vill jag påminna om att respekten för de grundläggande rättigheterna utgör en del av de allmänna principerna i gemenskapens rättsordning, vars efterlevnad domstolen måste säkerställa, och att "*undanröjandet av diskriminering på grund av kön* utan tvivel utgör en del av de grundläggande rättigheterna" [27].

23. Då frågeställningen uttrycks i sådana ordalag är det enligt min uppfattning mer än uppenbart att det i direktivet, som är från år 1976, har tagits hänsyn till de som vi kan kalla "normala" faktiska förhållandena vid den tiden det antogs. Det är helt naturligt att det inte uttryckligen tagits hänsyn till en frågeställning och faktiska förhållanden som vid den tiden endast höll på att "upptäckas". Som uttryck för en generell princip om att könet inte skall ha någon som helst betydelse för hur en person skall behandlas, borde direktivet likväl läsas i ett vidare perspektiv och således inbegripa alla de situationer då könet kan ha betydelse som diskriminerande faktor.

Det bör dessutom påminnas om att det i direktivets ingress uttryckligen anges att "likabehandling av kvinnliga och manliga arbetstagare utgör ett av gemenskapens mål, när *bl. a. harmoniseringen av levnads-och arbetsvillkoren skall främjas*" [28]. Direktivet syftar således huvudsakligen till att uppnå likabehandling av arbetstagare mot bakgrund av att de ekonomiska målsättningarna i fördraget skall uppnås i enlighet med sociala rättvisekriterier. Ur en sådan synvinkel förefaller det mig nog så uppenbart att alla arbetstagare, således även sådana som har bytt kön genom ett kirurgiskt ingrepp, har rätt att åtnjuta det skydd som ges i enlighet med direktivet, och detta, det förtjänar att upprepas, varje gång som könet kommer att utgöra en diskriminerande faktor.

Även Europaparlamentet har uttryckt sig på liknande sätt i en resolution av den 9 oktober 1989 om diskriminering av transsexuella, i vilken bland annat "kommissionen och rådet uppmanas att *förtydliga* att gemenskapens direktiv om jämställdhet mellan könen på

27 — Dom av den 15 juni 1978, Defrenne II (149/77, Rec. s. 1365, punkt 27, min kursivering). Se även senast domen av den 28 januari 1992, Speybrouck (T-45/90, Rec. s. II-33), i vilken förstainstansrätten åter fastslagit just att "principen om likabehandling av män och kvinnor i arbetet och i motsvarande mån frånvaron av varje form av diskriminering som direkt eller indirekt grundas på kön, utgör en självklar del av de grundläggande rättigheter vars efterlevnad domstolen och förstainstansrätten har att säkerställa i enlighet med artikel 164 i EEG-fördraget" (punkt 47).

28 — Tredje övervägandet, min kursivering.

arbetsplatserna även förbjuder diskriminering av transsexuella" [29]. Blotta omständigheten att parlamentet endast begär att gemenskapens direktiv skall förtydligas, innebär att de transsexuella enligt denna institution redan borde kunna åtnjuta det skydd som garanteras i direktiven i fråga.

24. Slutligen är jag väl medveten om att det är ett "modigt" val som jag ber domstolen att göra. Jag ber emellertid om det eftersom jag är djupt övertygad om att vad som här står på spel är ett allmänt, grundläggande värde, som är outplånligen inskrivet i de moderna rättstraditionerna och i konstitutionerna i de mer utvecklade länderna, nämligen *att könet är en ovidkommande faktor för de normer som reglerar relationer i samhället.* Den som tror på detta värde kan inte acceptera tanken att det skulle vara tillåtet i lag att säga upp en person för att denna är kvinna, man eller övergår från det ena till det andra könet (vilket detta än må vara) genom ett ingrepp som — enligt nuvarande medicinsk kunskap — utgör det enda botemedlet för att återställa balansen mellan personens fysiska och psykiska egenskaper. En annan lösning skulle framstå som ett moraliskt förkastande, dessutom otidsenligt, av transsexualism och detta i en tid då de vetenskapliga framstegen och den sociala utvecklingen ger frågan en dimension som förvisso går utöver den moraliska.

Jag upprepar att jag är väl medveten om att det i gemenskapsrätten inte finns någon särskild bestämmelse som *specifikt* och uttryckligen syftar till att reglera frågan. En sådan bestämmelse kan dock klart och lätt härledas ur gemenskapens socialrättsliga principer och målsättningar, ur direktivets ingress som framhäver att "harmoniseringen av [arbetstagarnas] levnads-och arbetsvillkor ... skall främjas och förbättringen därvidlag bibehållas", liksom ur domstolens egen praxis, genom vilken den alltid vaksamt gått i spetsen för att skydda personer i utsatt ställning. Således anser jag att det vore synd att gå miste om detta tillfälle att lämna ett bidrag av betydande samhälleligt värde, genom ett modigt men rättvist och juridiskt korrekt val, som onekligen grundas på och styrs av det stora värde som jämlikheten utgör.

Jag vill slutligen, med generaladvokat Trabucchis ord i ett redan 20 år gammalt förslag, påminna om att "om vi vill att gemenskapsrätten inte blott och bart skall vara ett mekaniskt ekonomiskt regelverk, utan även utgöra en rättsordning som motsvarar det samhälle som den skall styra, om vi vill att den skall utgöra en rättsordning som lever upp till föreställningarna om social rättvisa och kraven på europeisk integration, inte bara av ekonomierna utan även av folken, kan vi inte svika [den nationella] domstolens mer än berättigade förväntningar". [30]

29 — EGT nr C 256, s. 33, min kursivering.

30 — Förslag till avgörande av generaladvokat Trabucchi i mål 7/75 Makarna F., i vilket dom avkunnades den 15 juni 1975 (Rec. 1975, s. 691 f, särskilt s. 696).

25. Mot bakgrund av det ovan sagda föreslår jag följaktligen att domstolen besvarar de frågor som Truro Industrial Tribunal ställt på följande sätt:

Artiklarna 2.1 och 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG skall tolkas så, att det strider mot dessa artiklar att säga upp en transsexuell på grund av könsbyte.