

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 14. december 1995 *

1. Domstolen er endnu en gang blevet anmodet om at fortolke Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår ¹ (herefter »direktivet«).

Det er derimod første gang — og bestemt ikke er af ringe betydning — at en transseksuel gør gældende at være omfattet af direktivet. De spørgsmål, som Truro Industrial Tribunal har forelagt, retter følgelig Domstolens opmærksomhed mod transseksualitet set ud fra forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn: Kan en transseksuel støtte ret på direktivet, hvis han eller hun afskediges, fordi han eller hun er transseksuel, navnlig fordi og når han eller hun gennemgår en kønsskifteoperation?

Retlige bestemmelser, faktiske forhold og præjudicielle spørgsmål

2. I henhold til artikel 1, stk. 1, tilsigter direktivet »gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og

kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring. Dette princip betegnes i det følgende 'princippet om ligebehandling'«.

Dernæst bestemmer direktivets artikel 2, stk. 1, at »princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«. Anvendelsen af princippet vedrører navnlig »adgangsvilkår, herunder udvælgelseskriterier, til stillinger og funktioner inden for enhver sektor eller erhvervsgren« (artikel 3, stk. 1) og »arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår« (artikel 5, stk. 1).

3. Den relevante nationale lovgivning i denne sag er Sex Discrimination Act 1975, som definerer — og forbyder — direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, hvorved forstås, at en kvinde behandles mindre gunstigt end en mand på grund af sit køn (section 1(a)). Dertil fastsætter loven, at bestemmelserne om forskelsbehandling af kvinder på grundlag af køn også finder anvendelse

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 39, s. 40.

ved forskelsbehandling af mænd, med forbehold af den særbehandling, der gives kvinder i forbindelse med graviditet og barsel (section 2). Efter at have fastslået, at begrebet »mand« omfatter personer af hankøn uanset alder, og begrebet »kvinde« omfatter personer af hunkøn uanset alder, fastslås det endelig i Sex Discrimination Act, at en sammenligning af tilfælde omfattende personer af forskelligt køn eller forskellig ægteskabelig status »indebærer, at de relevante omstændigheder i det ene tilfælde skal være de samme som i det andet eller ikke materielt forskellige herfra« (section 5).

Der er imidlertid ikke nogen særlig bestemmelse om de transseksuelles status, end ikke efter at de har gennemgået en kønsskifteoperation². I modsætning til, hvad der er gældende i en række nationale retsordener, bibeholder enhver i Det Forenede Kongerige det mandlige eller kvindelige køn, som han eller hun havde ved fødslen; det er derfor umuligt at ændre det køn, som man oprindeligt fik

tillagt, i fødsels-, vielses- og dødsfaldsregistre.

4. Jeg vil herefter behandle selve sagen, som angår afskedigelsen af en transseksuel på grund af kønsskifte; nærmere bestemt oplyste den pågældende at have til hensigt at gennemgå en operation for at forandre sit biologiske køn (hankøn), således at det passede til hendes kønsmæssige identitet (hunkøn). Jeg henviser til denne person, som af åbenbare anonymitetshensyn betegnes P., i hunkøn; jeg understreger, at dette sker ikke blot uden hensyn til hendes oprindelige køn (hankøn), således som det fremgår på fødselsattesten, men også uden hensyntagen til det øjeblik, hvor hun som følge af den endelige operation rent faktisk skiftede fysisk køn.

5. P. blev i april 1991 ansat i en ledende stilling ved en uddannelsesinstitution, der på det for sagen relevante tidspunkt blev drevet af Cornwall County Council, som var den lokale forvaltningsmyndighed. Et år efter sin ansættelse meddelte P. institutionens rektor og administrative leder, S., at hun havde til hensigt at gennemgå en kønsskifteoperation. I begyndelsen så det ud til, at S. støttede idéen og viste tolerance, og han beroligede hende med hensyn til hendes stilling i institutionen, men skiftede senere holdning. Ifølge den nationale rets gengivelse af de faktiske forhold skyldtes ændringen i S.'s holdning i det væsentlige modstand i styrelsesrådet, som på et vist tidspunkt fremsatte den

² — Det bemærkes her, at der ikke i Det Forenede Kongerige kræves opfyldelse af retlige formalia ved en kirurgisk operation med henblik på kønsskifte, og at alle omkostninger bæres af National Health Service. Det tilføjes, at enhver i henhold til engelsk lov kan skifte navn og anvende sit nyt navn uden begrænsning eller krav om overholdelse af formalia, hvoraf følger, at den transseksuelle uden vanskelighed kan skifte navn og bruge sit nye navn på f.eks. sit kørekort, pas, registreringsbevis for motorkøretøjer og på dokumenter i forbindelse med sygesikring og skatter. I Bradley: »Transsexualisme — L'idéologie, les principes juridiques et la culture politique« i *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14.-16.4.1993, s. 63 ff., gives en fuldstændig fremstilling af de transseksuelles situation og rettigheder i Det Forenede Kongerige.

tanke, at P. kunne fortsætte med at arbejde for institutionen på konsulentvilkår.

Council påstod derimod, at P. var blevet afskediget, fordi der var for mange ansatte.

P. gennemgik dernæst i sommeren 1992 de indledende operationer med henblik på sit kønsskifte og var derfor sygemeldt. Under denne periode traf S. og styrelsesrådet afgørelse om at afskedige hende med tre måneders varsel til udløb den 31. december 1992. P. blev samtidig anmodet om på det tidspunkt at have afsluttet en række særlige opgaver, som var under forberedelse. Da P. meddelte dem, at hun ville vende tilbage til arbejdet klædt som kvinde, meddelte de hende, at hun kunne afslutte sine opgaver hjemmefra, således at hun ikke behøvede at komme i institutionen. P.'s ansættelseskontrakt med institutionen udløb endelig på den fastsatte dato, uden at hun var vendt tilbage til arbejdet.

6. P. gennemgik den endelige kønsskifteoperation den 23. december 1992, dvs. før afskedigelsen trådte i kraft, men efter at hun den 15. december havde modtaget meddelelse om, at hendes ansættelse ophørte. Den 13. marts 1993 anlagde P. sag ved Truro Industrial Tribunal med påstand om, at hun havde været udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn. Såvel S. som Cornwall County

Industrial Tribunal fandt, at selv om der rent faktisk var for mange ansatte, var den reelle årsag til afskedigelsen de sagsøgte modstand mod P.'s planer om at gennemgå en kønsskifteoperation.

Da Industrial Tribunal har lagt dette til grund, er Domstolens udgangspunkt derfor, at P. blev afskediget ene og alene på grund af sit kønsskifte, som hun for første gang gav meddelelse om, og som dernæst blev gennemført, før afskedigelsen af hende trådte i kraft.

7. Det er Industrial Tribunal's opfattelse, at engelsk ret under disse omstændigheder³ ikke yder nogen hjælp til besvarelsen af spørgsmålet, og navnlig, at der ikke på grundlag af Sex Discrimination Act er sket forskelsbehandling af P. Industrial Tribunal er imidlertid af den opfattelse, at fællesskabsdirektivet om ligebehandling af mænd og kvinder muliggør en videre fortolkning, som ligeledes ville kunne omfatte forskelsbehandling af transseksuelle, da direktivet henviser

3 — Industrial Tribunal bemærker navnlig, at ansættelsens ophør ikke kan vurderes ud fra synspunktet »uberettiget afskedigelse«, eftersom man i Det Forenede Kongerige i den forbindelse skal have været ansat i mindst to år. Da P. blev afskediget, havde hun kun arbejdet for den pågældende institution i 20 måneder.

til forskelsbehandling »på grundlag af køn«. Det er netop ud fra det synspunkt, at Industrial Tribunal anmoder Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

other psychological, together with such a profound conviction of belonging to the other sex that the transsexual person is prompted to ask for the corresponding bodily 'correction' to be made«⁴.

»1) Er afskedigelse af en transseksuel på grund af et kønsskifte i strid med direktiv 76/207/EØF, hvis formål ifølge artikel 1 er at gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse osv.?

2) Er direktivets artikel 3, som henviser til forskelsbehandling på grundlag af køn, til hinder for foranstaltninger på grundlag af arbejdstagerens transseksualitet?»

Sagsøgeren har fremlagt et stort antal videnskabelige artikler, som angiver, at årsagerne til transseksualitet skal søges i biologiske dysfunktioner, som derfor allerede foreligger ved fødslen, eller i psykologiske forstyrrelser i forbindelse med det omgivende miljø. Virkningen er imidlertid den samme: Det biologiske køn og den kønsmæssige identitet falder ikke sammen⁵. Her fremhæves blot, at undersøgelser af transseksualitet har ført til højst interessante resultater, som under alle omstændigheder fører til, at tidligere tabuforestillinger og fordomme må forkastes som fuldstændigt grundløse, idet undersøgelserne har ledt opmærksomheden væk fra spørgsmålets ganske forenklede og til tider misvisende moralske dimension og henimod den rent lægevidenskabelige.

Retsregler om transseksualitet

8. Hvad er for det første transseksualitet? Jeg skal ikke vove mig ind på et område, der kræver en ganske anden viden og uddannelse end min. Jeg foretrækker at henvise til den definition, som Europarådet har givet, hvorefter »transsexualism is a syndrome characterized by a dual personality, one physical, the

9. Jeg vil understrege, at fænomenet transseksualitet, skønt det statistisk set ikke har

4 — Recommendation 1117 af 29. september 1989 »on the condition of transsexuals«, hvor Ministerudvalget desuden blev anmodet om at opfordre Europarådets medlemsstater til at lovgive om emnet.

5 — Jf. med henblik på en nærmere gennemgang heraf Reed: »Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme«, og Gooren: »Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine«, begge i det nævnte værk *Transsexualisme, médecine et droit*, hhv. på s. 25 ff. og s. 123 ff.

større betydning ⁶, i dag er en realitet, som er blevet diskuteret i forskellige fora, ikke blot videnskabeligt, men også lovgivningsmæssigt, navnlig ud fra de grundlæggende menneskerettigheder ⁷. Følgelig står lovgivningen over for denne realitet — og vil nødvendigvis i stigende grad stå heroverfor. Det er uundgåeligt. I det nuværende samfund, hvor skikke og moralske begreber forandres hurtigt, hvor borgerne er sikret en stadig videre og mere dybtgående beskyttelse af deres frihedsrettigheder, og hvor sociologiske og retlige undersøgelser ud fra et effektivitetsprincip i stigende grad tager udgangspunkt i nutidens — netop derfor reelle — værdier, vil det ikke kunne forsvares uden videre at afvise problemet transseksualitet — som klart kan underkastes en moralsk vurdering helt uafhængigt heraf — eller blot at fordomme fænomenet og anse det for retsstridigt.

Efter min opfattelse må lovgivningen ikke afskære sig fra det virkelige liv og skal så hurtigt som muligt tilpasse sig samfundet. I modsat fald er der fare for, at lovgivningen bliver udtryk for forældede synspunkter og kommer til at indtage en statisk rolle. For så vidt lovgivningen har til formål at regulere samfundsrelationerne, må den tværtimod være ajour med forandringerne i samfundet og derfor i stand til at regulere nye situationer, der kommer frem i lyset som følge af

samfundsmæssige forandringer og videnskabelige fremskridt. Set ud fra dette synspunkt er der ikke tvivl om, at i nærværende sammenhæng er princippet om, at den civile status ikke skulle kunne forandres, blevet overhalet af de faktiske omstændigheder. Dette gælder for så vidt og fra det tidspunkt, hvor det forhold, at man af administrativt bureaukratiske årsager ikke kan skifte køn, ikke længere svarer til realiteterne, om ikke andet så på grund af de videnskabelige fremskridt på kønsskifteområdet.

10. Et hurtigt blik på situationen i Fællesskabets forskellige medlemsstater afslører en klar tendens, navnlig fra begyndelsen af 1980'erne, til en stadig bredere anerkendelse af transseksualitet, så vel i lovgivningen som for domstolene. Denne anerkendelse giver sig for det første udslag i, at kønsskiftet accepteres, navnlig således, at kirurgiske indgreb med dette formål nu er tilladt, skønt de er underlagt forskellige reguleringer i næsten alle medlemsstaterne ⁸. For det andet går lovgivningen af kønsskifteoperationer sædvanligvis hånd i hånd med tilladelsen — igen underlagt forskellige reguleringer — til at berigtige det køn, som står anført i de civile registre, med de heraf følgende konsekvenser.

Nogle stater har vedtaget særlig lovgivning om transseksualitet. For så vidt angår

6 — Sagsøgeren har oplyst, at én ud af 30 000 mænd og én ud af 100 000 kvinder i Europa anmoder om kønsskifteoperation.

7 — Dette gælder f.eks. Europarådets Parlamentariske Forsamling, hvis drøftelser mundede ud i vedtagelsen af den nævnte Recommendation 1117 «on the condition of transsexuals».

8 — Det er i denne forbindelse bemærkelsesværdigt, at i Det Forenede Kongerige, hvor det stadig ikke er muligt at ændre det køn, som er opført i fødselsregistret, er «transseksuelle» kirurgiske indgreb tilladt uden nogen form for lovgivningsmæssige formaliteter og ydermere fuldstændig dækket af National Health Service.

Fællesskabets medlemsstater, drejer det sig om Sverige⁹, Tyskland¹⁰, Italien¹¹ og Nederlandene¹². De pågældende love giver de transseksuelle tilladelse til at få indført en rettelse i deres fødselsattest med henvisning til deres nye køn, således at de har ret til at gifte sig, adoptere og opnå pensionsrettigheder i overensstemmelse med deres nye køn.

fra sag til sag af domstolene¹⁴ eller endnu mere enkelt på administrativt niveau¹⁵.

11. Også Den Europæiske Menneskerettighedskommission og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har behandlet spørgsmålet om transseksualitet fra en dobbelt synsvinkel, nemlig tilsidesættelse af retten til respekt for privatlivet (artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK)) og tilsidesættelse af retten til at indgå ægteskab (EMRK, artikel 12).

At der ikke i de andre medlemsstater er særlig lovgivning på området, betyder ikke, at de transseksuelles situation er blevet overset. I en række lande hviler lovligheden af operationer af transseksuelle og af den heraf følgende ændrede civilretlige status på lovgivning, som i sig selv ikke har noget at gøre med spørgsmålet om transseksualitet¹³. I de fleste andre lande løses problemet derimod

Vejen blev åbnet med en afgørelse truffet af Den Europæiske Menneskerettighedskommission, som i 1979 enstemmigt vedtog, at den belgiske stats nægtelse af at træffe foranstaltninger, således at registreringen af civilretlig status afspejlede lovligt foretagne køns-skifte, udgjorde en tilsidesættelse af retten til respekt for privatlivet, som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i konventionen¹⁶.

9 — Lov af 21.4.1972 (SFS 1972, s. 119). Fransk oversættelse i *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, s. 295 ff.

10 — Lov af 10.9.1980 (BGBl. 1980 I, s. 1654 ff.). Det er interessant at bemærke, at denne lov giver mulighed for såvel den såkaldte »mindre løsning«, hvorved forstås tilladelse til at skifte navn, som den såkaldte »større løsning«, som indeholder bestemmelser om kønsskifteoperation.

11 — Lov nr. 164 af 14.4.1982 (GURI nr. 106 af 19.4.1982, s. 2879 ff.). Det bemærkes herved, at den italienske forfatningsdomstol ved dom nr. 161 af 24.5.1985 afviste, at bestemmelserne om kønsskifte var i strid med forfatningen (*Foro it.*, I, 1985, bind 2162 ff.).

12 — Lov af 21.4.1985 (*Staatsblad* 1985, s. 243 ff.).

13 — Dette er f.eks. tilfældet i Danmark, hvor lov af 11.5.1935 (sic!) om frivillig kastration anvendes analogt. Personer, som gennemgår operation med hjemmel i denne lov, har automatisk ret til at ændre civilretlig status.

14 — Dette er tilfældet i Frankrig, Belgien, Spanien, Portugal, Luxembourg og Grækenland (skønt kun hermafroditter indtil nu har fået tilladelse til at ændre civilretlig status i Grækenland).

15 — Dette er således tilfældet i Østrig, hvor det fra 1981 har været fast praksis, at man ved registrering af fødsler, ægteskaber og dødsfald kunne tilføje meddelelse om kønsskifte på fødselsattesten blot på betingelse af, at den pågældende er blevet opereret, hvilket skal godtgøres ved en ekspertudtalelse fra retsmedicinsk institut på universitetet i Wien.

16 — D. Van Oosterwijck mod Belgien (Application nr. 7654/76), Kommissionens beretning af 1.3.1979, offentliggjort i *Rapport européen sur les droits de l'homme*, 1981, s. 557 ff.

12. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol havde en anden indfaldsvinkel, da den skulle træffe afgørelse om Det Forenede Kongeriges påståede tilsidesættelse af artikel 8 og 12 i EMRK. I Rees-sagen blev det fastslået, at det må »be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals. However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting those persons and the distress they suffer. The convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances. (...) The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments«¹⁷. Man nåede senere frem til samme løsning i Cossey-sagen¹⁸.

var sket såvel et holdningsskift som videnskabelige fremskridt, og fordi problemet transseksualitet blev tillagt stigende betydning.

13. Heraf fremgår klart, at »transseksuel« kirurgi nu må anses for lovlig, selv i de lande, som stadig ikke tillader tilsvarende ændring i den civile retlige status. Dette betyder blot, at lovgivningen som følge af videnskabelige og sociale fremskridt på området tillægger transseksualitet stadig større opmærksomhed ved at regulere de aspekter, som kan have afgørende betydning for de sociale relationer. Som anført bekræftes dette af det forhold, at det i de fleste nationale retsordener er tilladt at ændre civilretlig status, enten med hjemmel i særlig lovgivning eller via domstolene sag for sag.

I den følgende sag, B. mod Frankrig, dømte Domstolen i Strasbourg derimod Frankrig, idet det blev fastslået, at det forhold, at klageren, som i 1972 havde gennemgået en operation for at blive kvinde også rent fysisk, ikke kunne antage et kvindenavn eller skifte civilretlig status, var en tilsidesættelse af artikel 8, stk. 1, i EMRK¹⁹. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol redegjorde for, at den — idet den sondrede mellem sagen B. mod Frankrig og Rees- og Cossey-sagerne²⁰ — var nået frem til dette resultat, fordi der

Tilbage står det spørgsmål, hvorvidt der er retsbeskyttelse for de personer, som har gennemgået et kønsskifte eller er i kønsskifteperioden, når de udsættes for forskelsbehandling navnlig og udelukkende af denne grund eller i hvert fald behandles mindre gunstigt med hensyn til ansættelse, hvilket — som i det foreliggende tilfælde — endogså kan betyde afskedigelse.

17 — Rees mod Det Forenede Kongerige (2/185/88/135), dom af 17.10.1986, præmis 47, Series A, No. 106.

18 — Cossey mod Det Forenede Kongerige (16/1989/176/232), dom af 27.9.1990, præmis 42, Series A, No. 184.

19 — B. mod Frankrig (57/1990/248/319), dom af 25.3.1992, præmis 63, Series A, No. 232-C.

20 — Navnlig fremgår det, at der i Frankrig uden vanskelighed kan ændres i den civile retlige status i modsætning til den ordning, som gælder i Det Forenede Kongerige, jf. note 2.

Besvarelse af de forelagte spørgsmål

14. Den nationale ret har anmodet Domstolen om at afgøre, hvorvidt afskedigelse af en transseksuel på grund af et kønsskifte set i lyset af direktivets formål som anført i artikel 1 er en forskelsbehandling i strid med direktivet, og mere generelt, hvorvidt artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at bestemmelsen med hensyn til arbejdsvilkår også omfatter forskelsbehandling af transseksuelle.

Den nationale ret går ud fra, at direktivet, navnlig artikel 3, stk. 1, hvorefter »der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn«²¹, ikke betyder — eller ikke nødvendigvis betyder — at forskelsbehandling udelukkende kan forekomme mellem en mand og en kvinde, men må fortolkes således, at det tillige dækker forskelsbehandling af transseksuelle.

15. Først og fremmest bemærkes, at de for denne sag relevante bestemmelser snarere er artikel 2, stk. 1, som indeholder et generelt forbud mod forskelsbehandling på grundlag

af køn, og direktivets artikel 5, stk. 1, som forbyder forskelsbehandling på grundlag af køn særligt i henseende til afskedigelsesvilkår. Det forelagte spørgsmål må derfor omformuleres i overensstemmelse hermed.

Når dette er sagt, er det under alle omstændigheder nødvendigt at fastslå, om afskedigelse af en transseksuel på grundlag af hendes kønsskifte falder inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde, nærmere bestemt anvendelsesområdet for direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder.

16. Selv om direktivet forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, er det ligeledes uomtvisteligt, at direktivets formulering af ligebehandlingsprincippet henviser til den traditionelle sondring mellem mænd og kvinder.

Med henblik på at undersøge, hvorvidt direktivet — som foreslået af Industrial Tribunal — kan fortolkes således, at det tillige omfatter forskelsbehandling af transseksuelle, må det under alle omstændigheder for det første fastlægges, om en mindre gunstig behandling af transseksuelle er forskelsbehandling på grundlag af køn. Dernæst må det afgøres, om det udelukkende er forskelsbehandling mellem mænd og kvinder, som er dækket af udtrykket »forskelsbehandling på grundlag af køn«, eller om — mere generelt — enhver mindre gunstig behandling i forbindelse med køn er omfattet.

²¹ — Denne almindelige vending anvendes ikke blot i artikel 3, stk. 1, men også i artikel 2, stk. 1.

17. Jeg minder indledningsvis om, at det i lægevidenskabelige kredse i stigende grad antages, at man må sætte sig ud over den traditionelle inddeling og anerkende, at der — i tillæg til sondringen mellem mænd og kvinder — forekommer en lang række karakteristika, adfærd og roller, som er fælles for mænd og kvinder, således at kønnet i sig selv snarere må anses for at være et sammenhængende hele. Set ud fra dette synspunkt er det klart, at det ikke vil være korrekt fortsat blot at anse forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med mænd og kvinder i disse ords traditionelle betydning for ulovlig, mens der ikke ydes beskyttelse af dem, som ligeledes behandles mindre gunstigt netop på grund af deres køn og/eller kønsmæssige identitet.

Det netop fremførte, hvor besnærende det end måtte lyde, kræver en fornyet definition af begrebet køn, som må underkastes nøjere overvejelser i mere hensigtsmæssige fora; det er derfor ikke denne vej, jeg foreslår Domstolen at følge. Jeg er ganske klar over, at en persons køn i umindelige tider blot er blevet konstateret, uden at der har været behov for lovgivning for at fastlægge kønnet. Juraen bryder sig ikke om det tvetydige, og det er selvfølgelig enklere at forholde sig til Adam og Eva-terminologien!

Når dette er sagt, anser jeg det for forældet, at lovgivning tager hensyn til og beskytter den kvinde, som er blevet udsat for forskelsbehandling i forhold til en mand eller vice versa, men ikke anerkender, at de personer, som også er udsat for forskelsbehandling ligeledes på grundlag af køn, blot fordi de

falder uden for den traditionelle opdeling mand/kvinde, har behov for beskyttelse.

18. Det er for forenklet at acceptere den indvending, som er blevet rejst flere gange under denne sag, at der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi »kvindelige transseksuelle« ikke behandles anderledes end »mandlige transseksuelle«, kort sagt, der overhovedet ikke foreligger forskelsbehandling, eftersom begge grupper behandles ugunstigt. En gennemgang af den relevante nationale retspraksis bekræfter dette synspunkt²², dog med visse undtagelser²³.

22 — Jeg henviser først til dommen i sagen White mod British Sugar Corporation (1977) IRLR 121, hvor en engelsk Industrial Tribunal fastslog, at Sex Discrimination Act ikke fandt anvendelse på afskedigelse af en kvindelig transseksuel, som ikke havde gennemgået nogen kønsskifteoperation, men som ved sin ansættelse havde angivet at være af hankøn. Der foreligger mange domme fra domstolene i De Forenede Stater om emnet. Hovedparten anser afskedigelsen af de transseksuelle for lovlig, fordi der ikke er blevet påvist forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. f.eks. Grossman mod Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975; Kirkpatrick mod Seligman and Latz, 636 F 2d 1047, 1981; Sommers mod Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982; Ulane mod Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). Sagen Holloway mod Arthur Anderson & Co., 566 F 2d 659, 1977, fortjener at nævnes særskilt; denne sag svarer nøjagtigt til den foreliggende; det blev fastslået, at det var lovligt at afskedige en transseksuel, fordi han påbegyndte en behandling med henblik på at opnå hunkøn.

23 — Jf. dom i første instans i Ulane mod Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1332, 1984, hvor domstolen fandt, at afskedigelse af en ansat på grundlag af hendes transseksualitet svarede til afskedigelse på grundlag af køn. En anden bemærkelsesværdig undtagelse ses måske i sagen Richards mod United States Tennis Association, 93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977, om en tennisspiller, som anmodede om at deltage i en kvindeturnering efter en operation med henblik på (også) fysisk at blive kvinde. Trods modstand fra tennisforbundet, som gjorde gældende, at Richards ville have en fordel på grund af sin mandlige muskulatur, tillod Supreme Court of the State of New York hende at deltage i 1977 US Women's Open (for fuldstændighedens skyld bemærkes, at Richards blev slået i første runde af Wade 6-1, 6-4).

Dette synspunkt overbeviser mig ikke. Det er ganske rigtigt, at selv om P. havde været i den modsatte situation, dvs. havde skiftet køn fra kvinde til mand, ville hun muligvis være blevet afskediget alligevel. Det er imidlertid ikke blot muligt, men sikkert, at P. ikke ville være blevet afskediget, hvis hun fortsat var forblevet mand.

Hvordan kan man påstå, at der ikke forelå forskelsbehandling på grundlag af køn? Hvordan kan det afvises, at grundlaget for forskelsbehandlingen netop — og udelukkende — var køn? For mig at se foreligger der forskelsbehandling på grund af kønnet eller på grundlag af kønnet, hvis den formulering foretrækkes, når en transseksuel i forbindelse med (eller snarere på grund af) et kønsskifte udsættes for en mindre gunstig behandling.

19. I denne forbindelse vil jeg ikke undlade at minde om, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn indgår i ligebehandlingsprincippet, et princip, hvorefter der ikke må tages hensyn til diskriminerende faktorer, navnlig køn, race, sprog og religion. Det afgørende er, at de enkelte personer i sammenlignelige situationer skal behandles ligeligt.

Følgelig er ligebehandlingsprincippet til hinder for ulige behandling af enkeltpersoner på grundlag af en række diskriminerende faktorer, herunder netop køn. Der kan og skal

således ikke tillægges kønnet i sig selv betydning således, at det på den ene eller anden måde får indflydelse på den behandling, som f.eks. gives arbejdstagere. Det er dette ræsonnement, som mit forslag til afgørelse i Kalanke-sagen²⁴ hviler på, hvor jeg som bekendt anførte, at jeg var modstander af ansættelses- og forfremmelseskvoter for kvinder, fordi jeg er af den overbevisning, at der kun kan gøres undtagelser fra princippet om forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt undtagelserne er retfærdiggjort af formål om at sikre faktisk lighed mellem forskellige personer, fordi de sigter mod at opnå materiel lighed.

I denne sag kræves i det mindste en rigoristisk anvendelse af lighedsprincippet, således at konnotationer forbundet med kønnet og/eller den kønsmæssige identitet ikke på nogen måde tillægges betydning. I forsøg på at retfærdiggøre betydningen af noget sådant ville det desuden være vanskeligt at hævde — og er under alle omstændigheder ikke blevet gjort gældende — at den pågældende persons evner og rolle på grund af kønsskiftet er blevet ændret i negativ retning.

20. Dertil kommer, at køn i forbindelse med denne sag har betydning som »konvention«,

24 — Dom af 17.10.1995, sag C-450/93, Sml. I, s. 3051.

som socialt parameter. Den forskelsbehandling, som kvinder så ofte er ofre for, skyldes ikke deres fysiske karakteristika, men snarere deres rolle, det billede, som samfundet har af kvinder. Årsagen til den mindre gunstige behandling er derfor den sociale rolle, som kvinder formodes at indtage, og bestemt ikke deres fysiske karakteristika. Det må ligeledes indrømmes, at den dårligere behandling, som gives transseksuelle, oftest står i forbindelse med et negativt image, en moralsk fordømmelse, som intet har at gøre med deres evner inden for ansættelsesområdet.

En sådan situation er endnu mindre acceptabel, når de sociale forandringer og videnskabelige fremskridt på området inden for de seneste år tages i betragtning. Skønt transseksuelle, som allerede nævnt, rent faktisk ikke udgør nogen statistisk signifikant gruppe, er det netop af denne grund afgørende, at de får et mindstemål af beskyttelse. I denne henseende ville det være ordkløverisk og formalistisk fortolkning og forræderi mod det sande indhold i de fundamentale og umistelige lighedsværdier at hævde, at den dårlige behandling, som P. blev udsat for, ikke fandt sted på grundlag af køn, fordi den skyldtes hendes kønsskifte, eller fordi det i et sådant tilfælde ikke er muligt at tale om forskelsbehandling mellem to køn.

udelukkelse af forskelsbehandling mellem mænd og kvinder, også kan omfatte mindre gunstig behandling af transseksuelle. Med andre ord, hvorvidt man må nå til, at transseksuelle — i mangel af særlig lovgivning, som udtrykkeligt tager deres forhold i betragtning — ikke nyder nogen som helst retsbeskyttelse, når de er udsat for forskelsbehandling?

I denne forbindelse er en dom afsagt af den tyske Bundesverfassungsgericht af en vis interesse; denne domstol anerkendte — i mangel af relevant lovgivning — de transsek-suelles ret til at skifte civilretlig status. Dommen fastslog: »Der er en klar retssikkerhedsmæssig interesse i, at lovgivningen regulerer spørgsmål om personlig retlig status i forbindelse med kønsskifte og følgerne heraf. Men indtil sådan lovgivning er vedtaget, er domstolens opgave ikke anderledes end i de situationer, som har udgangspunkt i lighedsprincippet mellem mænd og kvinder, før der blev lovgivet om deres ligestilling«²⁵.

22. For det første udgør de transseksuelle bestemt ikke et tredje køn, således at de principielt er omfattet af direktivet, når ligeledes

21. Tilbage står at afgøre, hvorvidt et direktiv, hvis formål i følge ordlyden er at sikre

25 — Bundesverfassungsgericht, 11.10.1978, NJW 1979, s. 595 ff.

henses til den nævnte anerkendelse af deres ret til kønsmæssig identitet ²⁶.

er uden betydning for behandlingen af denne person, må direktivet imidlertid skulle læses i et bredere perspektiv, således at det derfor omfatter alle situationer, i hvilke køn indgår som en diskriminerende faktor.

For det andet bemærkes, at direktivet blot er udtryk for et almindeligt princip og en grundlæggende rettighed. I denne forbindelse fremhæves, at overholdelsen af de grundlæggende rettigheder er et af fællesskabsrettens almindelige principper, som Domstolen har pligt til at sikre overholdt; »det kan ikke betvivles, at fjernelsen af forskelsbehandling på grundlag af køn hører til disse grundlæggende rettigheder« ²⁷.

23. Når problemet udtrykkes således, forekommer det mig kun alt for klart, at direktivet, som er fra 1976, tog de forhold i betragtning, som indgik i den »normale« virkelighed, da det blev vedtaget. Det er ganske naturligt, at det ikke udtrykkeligt tog et spørgsmål og en realitet, som netop først var ved »at dukke op til overfladen« på det tidspunkt, i betragtning. Som udtryk for et mere almindeligt princip, hvorefter en persons køn

Jeg erindrer desuden om, at det udtrykkeligt fremgår af direktivets betragtninger, at »ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere er et af Fællesskabets mål, for så vidt det navnlig drejer sig om at fremme en udjævning af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår på et stadigt stigende niveau« ²⁸. Direktivet har således i det væsentlige til formål — med henblik på at opnå de i traktaten foreskrevne økonomiske mål, samtidig med at der sikres social retfærdighed — at sikre ligebehandling af arbejdstagerne. Det forekommer mig derfor ganske klart, at alle arbejdstagere, herunder de personer, som har gennemgået en kønsskifteoperation, kan påberåbe sig den beskyttelse, som direktivet yder; og jeg gentager, at det forholder sig sådan i alle tilfælde, hvor køn er en diskriminerende faktor.

Europa-Parlamentet udtrykte sig i samme retning i en beslutning om diskriminering af transseksuelle af 10. oktober 1989, i hvilken Parlamentet bl.a. »opfordrer Kommissionen og Rådet til at drage omsorg for, at

26 — Jf. navnlig punkt 10-13.

27 — Dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne II, Sml. s. 1365, præmis 27 (min fremhævelse). Jf. tillige en nyere sag, dom af 28.1.1992, sag T-45/90, Speybrouck mod Europa-Parlamentet, Sml. II, s. 33, hvor Retten i Første Instans netop atter fastslog, at »princippet om ligebehandling af kvindelige og mandlige arbejdstagere og dermed udelukkelse af enhver kønsbetiget forskelsbehandling, den være sig direkte eller indirekte, indgår som en integrerende del af de grundlæggende rettigheder, som Domstolen og Retten skal værne om i medfør af EØF-traktatens artikel 164« (præmis 47).

28 — Direktivets tredje betragtning (min fremhævelse).

EF-direktiverne om ligestilling af mænd og kvinder på arbejdspladsen også forbyder diskriminering af transseksuelle»²⁹. Det faktum, at Parlamentet blot opfordrede til, at det blev præciseret, at EF-direktiverne også omfatter transseksuelle, betyder tillige, at de transseksuelle for denne institution allerede kunne påberåbe sig den beskyttelse, som gives af de omhandlede direktiver.

24. Endelig bemærkes, at jeg er fuldstændig klar over, at jeg opfordrer Domstolen til at træffe en »modig« afgørelse. Det gør jeg imidlertid i dyb overbevisning om, at det er en universel og grundlæggende værdi, uudslætteligt indprentet i moderne retstraditioner og forfatninger i mere fremskredne lande, som står på spil: *Kønnet er uden enhver relevans i retlige bestemmelser på et hvilket som helst livsområde*. Den, som tror herpå, kan ikke acceptere, at det skulle være lovligt at afskedige en person, fordi hun er kvinde, eller fordi han er mand, eller fordi han eller hun skifter køn (hvilket det nu måtte være) gennem en operation, som — på lægevidenskabens nuværende stadium — er den eneste måde, hvorved krop og sjæl kan bringes i overensstemmelse. En hvilken som helst anden løsning ville indebære en moralsk fordømmelse — en fordømmelse, som desuden er ude af trit med nutiden — af transsexualitet, netop som videnskabelige fremskridt og sociale ændringer på området begynder at behandle problemet på en måde, som bestemt går ud over det moralske.

Jeg gentager, at jeg er fuldstændig klar over, at der ikke er nogen præcis bestemmelse i fællesskabsretten, der navnlig og udtrykkelig har til formål at regulere problemet, men en sådan bestemmelse kan nemt og klart udledes af principperne i og formålene med Fællesskabets socialret, idet det i direktivets betragtning fremhæves, at »det navnlig drejer sig om at fremme en udjævning af arbejdstagerens leve- og arbejdsvilkår på et stadigt stigende niveau«, og af praksis fra Domstolen, som altid har haft opmærksomheden rettet imod og gået forrest i beskyttelsen af mindre gunstigt stillede. Følgelig finder jeg, at det ville være en skam ikke at gribe denne chance for at fastslå en uomtvistelig borgerret ved at træffe en afgørelse, som nok er modig, men tillige rimelig og juridisk korrekt, fordi den ubestrideligt bygger på og er i overensstemmelse med det ubrydelige lighedsprincip.

Endelig vil jeg med generaladvokat Trabucchi's udtryk i et forslag til afgørelse, som nu er 20 år gammelt, fastslå, at »hvis vi vil, at fællesskabsretten ikke kun skal være et mekanisk, økonomisk system, men derimod en retsorden, der passer til det samfund, den skal regulere, og hvis vi vil, at der skal eksistere en ret, der modsvarer tanken om social retfærdighed og kravene til den europæiske integration ikke blot på økonomisk, men også på folkeligt plan, kan vi ikke skuffe den [nationale] dommers forventninger, der er mere end berettigede«³⁰.

29 — EFT C 256, s. 33 (min fremhævelse). (O.a.: italiensk: »precisare«, engelsk: »make it clear«.)

30 — Generaladvokat Trabucchi's forslag til afgørelse i sag 7/75, ægtefællerne F. mod den belgiske stat, dom af 17.7.1975, Sml. s. 679, på s. 697.

25. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de spørgsmål, som er forelagt af Truro Industrial Tribunal, således:

»Artikel 2, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 76/207/EØF skal fortolkes således, at de er til hinder for afskedigelse af en transseksuel på grundlag af køns-skifte.«