

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
D. Ruiz-Jarabo Colomer
της 10ης Ιουνίου 2003¹

Εισαγωγή

1. Η Κ. Β., βρετανίδα εργαζομένη, ζητεί να μπορεί ο σύντροφός της R., ο οποίος απέκτησε το ανδρικό φύλο κατόπιν εγχειρίσεως αλλαγής φύλου, να λάβει τη δεδομένη στιγμή τη σύνταξη χηρείας την οποία θα edικαιούτο ως επιζών σύζυγος. Η νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου όμως δεν επιτρέπει σε τρανσεξουαλικό άτομο να συνάψει γάμο σύμφωνα με το νέο φύλο του.

2. Η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη θεωρεί ότι είναι θύμα δυσμενούς διακρίσεως λόγω φύλου όσον αφορά την αμοιβή. Ο ισχυρισμός αυτός θα μπορούσε, κατά την προσφεύγουσα, να στηρίζεται στην οδηγία 75/117/ΕΟΚ², ενώ ο παράνομος χαρακτήρας της μεταχειρίσεως τον οποίο επικαλείται δεν απορρέει άμεσα από τη σεξουαλική της ταυτότητα ούτε από εκείνη του συντρόφου της, αλλά από την εθνική αστική νομοθεσία η οποία ρυθμίζει τον προσδιορισμό του φύλου ενός προσώπου: το Ηνωμένο Βασίλειο δεν επιτρέπει να επέλθουν μεταβολές στη

ληξιαρχική κατάσταση μετά από επέμβαση αλλαγής φύλου, οι οποίες θα επέτρεπαν τη σύναψη γάμου, κατ' ανάγκην μεταξύ ετεροφύλων. Δεν αμφισβητείται ότι, επί του θέματος, η Κοινότητα ουδεμία αρμοδιότητα διαθέτει. Ωστόσο, αν διαπιστωθεί ότι η βρετανική ρύθμιση προσβάλλει θεμελιώδες δικαίωμα, το στοιχείο αυτό δεν μπορεί να αγνοηθεί.

3. Η παρούσα υπόθεση παρουσιάζει ενδιαφέρον μεταβατικού χαρακτήρα, δεδομένου ότι, όπως προβλέπεται, κατά τους επόμενους μήνες, το Ηνωμένο Βασίλειο θα προβεί σε νομοθετικές τροποποιήσεις ικανές να επιλύσουν το ουσιαστικό πρόβλημα, ήτοι τη μη δυνατότητα των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάψουν γάμο.

Τα πραγματικά περιστατικά και η διαδικασία σε εθνικό επίπεδο

4. Η Κ. Β., προσφεύγουσα στην κύρια δίκη, εργάσθηκε στον National Health Service (στο εξής: NHS), βρετανικό οργανισμό επιφορτισμένο με την παροχή υπηρεσιών δημόσιας

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 10ης Φεβρουαρίου 1975, περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των κρατών μελών που αφορούν την εφαρμογή της αρχής της ισότητας των αμοιβών μεταξύ εργαζομένων ανδρών και γυναικών (ΕΕ ειδ. έκδ., 05/002, σ. 42, στο εξής: οδηγία).

υγείας, από το 1976 έως το 1996. Κατά τα 20 αυτά έτη, κατέβαλε εισφορές στο συνταξιοδοτικό σύστημα του NHS και απέκτησε, μεταξύ άλλων, το δικαίωμα επί ετησίας συντάξεως ύψους 5 375,86 αγγλικών λιρών.

Το συνταξιοδοτικό σύστημα του NHS προβλέπει τη χορήγηση συντάξεως χρεϊας υπέρ του επιζώντος συζύγου ενός ασφαλισμένου. Ως «σύζυγος» νοείται μόνον ένα πρόσωπο με το οποίο ο ασφαλισμένος είχε συνάψει γάμο.

5. Ο R, γεννηθείς ως θήλυ και εγγεγραμμένος ως θήλυ στα ληξιαρχικά μητρώα, έπασχε από δυσφορία γένους. Αφού υποβλήθηκε σε επέμβαση μεταβολής φύλου, απέκτησε το ανδρικό φύλο, τόσο στις σχέσεις του με την K. B. όσο και έναντι της κοινωνίας γενικότερα. Από πολλών ετών, ο R και η K. B. διατηρούσαν σχέση στοργής και συνουκίσεως. Αν ήταν δυνατό, θα είχαν συνάψει γάμο, αλλά έκριναν ορθά ότι ο νόμος τους το απαγόρευε.

6. Μη έχοντας το δικαίωμα να συνάψει γάμο, ο R δεν μπορεί να έχει αξίωση επί συντάξεως χρεϊας σε περίπτωση θανάτου της συντρόφου του.

7. Για τον λόγο αυτό, η K. B. άσκησε προσφυγή ενώπιον του Employment Tribunal, ισχυριζόμενη ότι η άρνηση του NHS να χορηγήσει στον R, τη δεδομένη στιγμή, συντάξη χρεϊας συνιστά διάκριση λόγω φύλου, αντίθετη προς τις διατάξεις του άρθρου 141

EK ερμηνευόμενες υπό το φως της νομολογίας του Δικαστηρίου, και ειδικότερα της αποφάσεως της 30ής Απριλίου 1996, C-13/94, P. κατά S. και Cornwall County Council³, καθώς και προς την οδηγία 75/117. Κατά την K. B., οι διατάξεις αυτές επιβάλλουν, σε τέτοια περίπτωση, να ερμηνεύεται ο όρος «χήρος» κατά τρόπον ώστε να περιλαμβάνει επίσης το επιζών μέλος ενός ζεύγους που θα είχε αποκτήσει την ιδιότητα αυτή αν η καταστασή του από άποψη φύλου δεν ήταν το αποτέλεσμα ιατρικής επεμβάσεως αλλαγής φύλου.

8. Οι καθών στην κύρια δίκη, ήτοι ο οργανισμός διαχειρίσεως του συνταξιοδοτικού συστήματος του NHS (NHS Pensions Agency) και ο Υπουργός Υγείας (Secretary of State for Health) υποστήριξαν ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας δεν λάμβανε υπόψη την απόφαση της 17ης Φεβρουαρίου 1998, C-249/96, Grant⁴, κατά την οποία ο σύντροφος του ιδίου φύλου ενός εργαζομένου δεν μπορεί να τύχει των πλεονεκτημάτων στον τομέα των μεταφορών τα οποία χορηγούνται στον σύντροφο του ετέρου φύλου. Κατά τους καθών, ο ισχυρισμός αυτός αγνοεί επιπλέον ότι, παρά το ότι το Δικαστήριο έκρινε, με την απόφαση P. κατά S., ότι η δυσμενής μεταχείριση ενός τρανσεξουαλικού ατόμου λόγω του φύλου το οποίο απέκτησε κατόπιν χειρουργικής επεμβάσεως προσβάλλει την αρχή της ισότητας, δεν αναγνώρισε ωστόσο υπέρ του προσώπου αυτού το σύνολο των δικαιωμάτων που συνδέονται με το νέο φύλο του.

9. Το Employment Tribunal και το Employment Appeal Tribunal, το οποίο επε-

3 — Συλλογή 1996, σ. I-2143 (στο εξής: P.S.).

4 — Συλλογή 1998, σ. I-621 (στο εξής: απόφαση Grant).

λήφθη κατόπιν εφέσεως, έκριναν βάσιμα τα επιχειρήματα των καθών. Η υπόθεση ήχθη επομένως ενώπιον του Court of Appeal, το οποίο ζήτησε από το Δικαστήριο την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

10. Η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 15 Μαρτίου 2001.

11. Μετά τις γραπτές παρατηρήσεις που κατέθεσαν η Κ. Β., η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου και η Επιτροπή, διενεργήθηκε επ' ακροατηρίου συζήτηση στις 23 Απριλίου 2002.

12. Στις 11 Ιουλίου 2002, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων εξέδωσε την απόφασή του στις υποθέσεις Goodwin κατά Ηνωμένου Βασιλείου και I. κατά Ηνωμένου Βασιλείου, με τις οποίες, αντίθετα προς την προγενέστερη νομολογία του, έκρινε ότι η αδυναμία των βρετανικής υπηκοότητας τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάπτουν γάμο σύμφωνα με το νέο φύλο τους είναι αντίθετη προς την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου. Λαμβανομένου υπόψη του στοιχείου αυτού, η Γραμματεία του Δικαστηρίου ερώτησε το αιτούν δικαστήριο αν θεωρούσε ακόμη χρήσιμη την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως.

13. Με έγγραφο της 4ης Οκτωβρίου 2002, το Court of Appeal ενημέρωσε το Δικαστήριο ότι, σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο, είχε την υποχρέωση να ζητήσει τη γνώμη των διαδίκων πριν αποφανθεί επί της σκοπιμότητας να εξακολουθήσει η διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως.

14. Στις 5 Μαρτίου 2003, το αιτούν δικαστήριο ενημέρωσε το Δικαστήριο ότι εξακολουθούσε να θεωρεί αναγκαία την απάντηση επί του υποβληθέντος ερωτήματος, δεδομένου ότι η απόφαση Goodwin είχε διαφορετικό αντικείμενο από εκείνο της διαδικασίας της κύριας δίκης. Το αιτούν δικαστήριο προσέθεσε ότι επέκειντο νομοθετικές τροποποιήσεις ή μεταβολές της νομολογίας οι οποίες θα μπορούσαν να δώσουν λύση στην υπόθεση της κύριας δίκης, οπότε δεν θα ήταν αναγκαίο να αποφανθεί το Δικαστήριο.

Η ασκούσα επιρροή εθνική νομοθεσία

15. Ο Sex Discrimination Act 1975 (νόμος του 1975 περί απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων λόγω φύλου) απαγορεύει σε εργοδότη να προβαίνει σε άμεση δυσμενή διάκριση εις βάρος των προσώπων ενός φύλου, ήτοι να τους μεταχειρίζεται κατά τρόπο λιγότερο ευνοϊκό από τη μεταχείριση που επιφυλλάσσει στο έτερο φύλο. Απαγορεύει επίσης τις έμμεσες διακρίσεις λόγω φύλου, ήτοι την εφαρμογή των ίδιων προϋποθέσεων ή απαιτήσεων, οι οποίες έχουν όμως ως αποτέλεσμα να φέρουν σε μειονεκτική θέση, κατά τρόπο δυσανάλογο και αδικαιολόγητο, τα πρόσωπα του ενός φύλου.

16. Κατόπιν της απόφασης P. κατά S.⁵, το Ηνωμένο Βασίλειο θέσπισε τον Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999 (κανονισμός του 1999 περί των διακρίσεων σε περίπτωση αλλαγής φύλου). Με τον κανονισμό αυτό τροποποιήθηκε ο Sex Discrimination Act 1975 ώστε να περιλαμβάνει στο πεδίο εφαρμογής του κάθε άμεση διάκριση στηριζόμενη στην αλλαγή φύλου ενός εργαζομένου κατόπιν χειρουργικής επεμβάσεως. Ωστόσο, η νομοθεσία σχετικά με την ισότητα μεταχειρίσεως στον τομέα των αμοιβών (Equal Pay Act 1970) και των συντάξεων (Pensions Act 1995) δεν τροποποιήθηκε.

Οι νέες αυτές διατάξεις ορίζουν την αλλαγή φύλου ως «επέμβαση πραγματοποιούμενη υπό ιατρική επίβλεψη για την αλλαγή του φύλου ενός προσώπου, με τη μεταβολή των φυσιολογικών και λοιπών χαρακτηριστικών του που συνδέονται με το φύλο».

Κατά τις αιτιολογικές σκέψεις του νέου κανονισμού, «στο Ηνωμένο Βασίλειο, η αλλαγή φύλου αφορά αριθμό προσώπων υπολογιζόμενο σε 5 000. Η ιατρική αγωγή που επιτρέπει στα τρανσεξουαλικά άτομα να μεταβάλουν το σώμα τους για να το προσαρμόσουν στη σεξουαλική τους ταυτότητα είναι πολύ αποτελεσματική. Στον ιατρικό τομέα, η διαδικασία αυτή αποκαλείται αλλαγή φύλου».

17. Το συνταξιοδοτικό σύστημα του NHS προβλέπει την καταβολή συντάξεως στη χήρα ή τον χήρο ενός των υπαλλήλων του. Η έννοια χήρα ή χήρος συνεπάγεται την ύπαρξη επιζώντος συζύγου.

18. Κατά το αγγλικό δίκαιο, ο γάμος ορίζεται ως η εκούσια ένωση ενός άνδρα και μιας γυναίκας. Συναφώς, σύμφωνα με την απόφαση του High Court του 1971 στην υπόθεση Corbett⁶, το φύλο πρέπει να καθορίζεται βάσει συγκρινόντων χρωμοσωματικών, γονιδιακών και γενετικών κριτηρίων· μια χειρουργική επέμβαση δεν μπορεί να λαμβάνεται υπόψη.

19. Επιπλέον, το άρθρο 11, στοιχείο c, του Matrimonial Causes Act 1973 (νόμος του 1973 περί γαμικών σχέσεων) προβλέπει την ακυρότητα της γαμικής σχέσεως αν οι σύζυγοι δεν είναι ένας άνδρας και μια γυναίκα.

20. Με την απόφαση της 10ης Απριλίου 2003, Bellinger⁷, το House of Lords απέρριψε αίτηση για την αναγνώριση του κύρους γάμου ο οποίος συνήφθη από τρανσεξουαλικό άτομο σύμφωνα με το φύλο που απέκτησε εκ των υστέρων. Το εν λόγω ανώτατο δικαστήριο έκρινε ότι το αγγλικό δίκαιο δεν αναγνωρίζει επαρκή έννομα αποτελέσματα στην αλλαγή φύλου. Ωστόσο, όσον αφορά το

5 — Μνημονεύεται ανωτέρω στην παράγραφο 7.

6 — Probate Reports 1971, σ. 83.

7 — [2003] UKHL 21.

άρθρο 11, στοιχείο γ', του Matrimonial Causes Act, προέβη σε «δήλωση ασυμβίβαστου» με την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, του Human Rights Act 1998 (νόμος του 1998 περί μεταφοράς της συμβάσεως στην εσωτερική έννομη τάξη). Η δήλωση αυτή αποσκοπεί στο να ωθήσει την Κυβέρνηση να λάβει επειγόντως τα αναγκαία μέτρα ώστε να παύσει το ασυμβίβαστο⁸.

Το ισχύον κοινοτικό δίκαιο

21. Το άρθρο 141 ΕΚ προβλέπει την εφαρμογή της αρχής της ισότητας της αμοιβής μεταξύ ανδρών και γυναικών για όμοια εργασία ή για εργασία της αυτής αξίας (παράγραφος 1). Ως αμοιβή νοούνται όχι μόνον οι συνήθεις βασικοί ή κατώτατοι μισθοί ή αποδοχές, αλλά και όλα τα άλλα οφέλη, που παρέχονται άμεσα ή έμμεσα, σε χρήματα ή σε είδος, από τον εργοδότη στον εργαζόμενο, λόγω της σχέσεως εργασίας (παράγραφος 2).

22. Το άρθρο 1, πρώτη παράγραφος, της οδηγίας 75/117⁹ προβλέπει ότι η αρχή της ισότητας των αμοιβών μεταξύ εργαζομένων ανδρών και γυναικών συνεπάγεται, για την ίδια εργασία ή για εργασία στην οποία απο-

δίδεται ίση αξία, την κατάργηση, για το σύνολο των στοιχείων και όρων αμοιβής, κάθε διακρίσεως βασιζόμενης στο φύλο. Κατά το άρθρο 3 της εν λόγω οδηγίας, τα κράτη μέλη οφείλουν να καταργήσουν τις διακρίσεις μεταξύ ανδρών και γυναικών που απορρέουν από νομοθετικές, κανονιστικές ή διοικητικές διατάξεις και είναι αντίθετες στην αρχή της ισότητας των αμοιβών. Σύμφωνα με το άρθρο 4, τα κράτη μέλη οφείλουν να λάβουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι αντίθετες προς την αρχή της ισότητας των αμοιβών διατάξεις που περιλαμβάνονται σε συλλογικές συμβάσεις, μισθολόγια ή συμφωνίες περί μισθών ή σε ατομικές συμβάσεις εργασίας να είναι άκυρες, να δύνανται να κηρυχθούν άκυρες ή να δύνανται να τροποποιηθούν.

23. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η έννοια της αμοιβής, όπως ορίζεται στο άρθρο 141 ΕΚ, δεν περιλαμβάνει τα συστήματα ή τις παροχές κοινωνικής ασφάλισης, ιδίως τις συντάξεις λόγω συμπληρώσεως συντάξιμου χρόνου υπηρεσίας, που ρυθμίζονται απ' ευθείας από τον νόμο¹⁰. Απεναντίας, περιλαμβάνει τις παροχές που χορηγούνται δυνάμει συνταξιοδοτικού συστήματος ορισθέντος δια συμβάσεως, το οποίο είναι κυρίως συνάρτηση της θέσεως εργασίας που κατείχε ο ενδιαφερόμενος, διότι συνδέονται με την αμοιβή¹¹. Για να εκτιμηθεί αν μια σύνταξη λόγω συμπληρώσεως συντάξι-

10 — Απόφαση της 17ης Μαΐου 1990, C-262/88, Barber (Συλλογή 1990, σ. I-1889, σκέψη 22), της 28ης Σεπτεμβρίου 1994, C-7/93, Beune (Συλλογή 1994, σ. I-4471, σκέψη 44), και της 25ης Μαΐου 2000, C-50/99, Podesta (Συλλογή 2000, σ. I-4039, σκέψη 24).

11 — Απόφαση της 13ης Μαΐου 1986, 170/84, Bilka (Συλλογή 1986, σ. 1607, σκέψη 22), προηγουμένως αποφάσεις Barber, σκέψη 28, Beune, σκέψη 46, και Podesta, σκέψη 25, και απόφαση της 10ης Φεβρουαρίου 2000, C-234/96 και C-235/96, Deutsche Telekom (Συλλογή 2000, σ. I-799, σκέψη 32).

8 — Το House of Lords έκρινε ότι δεν είναι δυνατό να ερμηνευθεί η εν λόγω διάταξη κατά τρόπο σύμφωνο προς τη σύμβαση, όπως προβλέπεται το άρθρο 3, παράγραφος 1, του Human Rights Act.

9 — Νημονευθείσα ανωτέρω στην παράγραφο 2.

μου χρόνου υπηρεσίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 141 ΕΚ, το καθοριστικό κριτήριο είναι η ύπαρξη συνδέσεως μεταξύ της σχέσεως εργασίας και της παροχής, τα δε διαρθρωτικά στοιχεία του συστήματος δεν έχουν αποφασιστική σημασία¹².

24. Ομοίως, το Δικαστήριο έκρινε ότι η σύνταξη επιζώντος που προβλέπεται υπό τις προϋποθέσεις αυτές εμπίπτει στο άρθρο 141 ΕΚ. Συναφώς, διευκρίνισε ότι η ερμηνεία αυτή δεν αναιρείται από το γεγονός ότι η σύνταξη επιζώντος, εξ ορισμού, δεν καταβάλλεται στον εργαζόμενο, αλλά στον επιζώντα σύζυγο, καθόσον η παροχή αυτή συνιστά όφελος η γενεσιουργός αιτία του οποίου έγκνεται στην ασφάλιση του συζύγου του επιζώντος στο σύστημα. Επομένως, ο επιζών σύζυγος αποκτά δικαίωμα επί της συντάξεως στο πλαίσιο της σχέσεως εργασίας μεταξύ του εργοδότη και του αποθανόντος συζύγου, η σύνταξη δε του καταβάλλεται λόγω της εργασίας του αποθανόντος συζύγου¹³. Ο επιζών σύζυγος μπορεί να επικαλεστεί το άρθρο 141 ΕΚ για να του αναγνωρισθεί το δικαίωμα επί της καταβολής συντάξεως επιζώντος¹⁴.

Το δικαίωμα των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάπτουν γάμο

25. Κατά την ιατροδικαστική θεωρία, είναι τρανσεξουαλικό άτομο ένα πρόσωπο το

οποίο, αν και παρουσιάζει τα τυπικά γενετικά και εξωτερικά χαρακτηριστικά ενός φύλου, είναι βαθύτατα πεπεισμένο ότι ανήκει στο έτερο φύλο, του οποίου έχει υιοθετήσει την εξωτερική εμφάνιση και τη συμπεριφορά και εντός του οποίου επιθυμεί να γίνει δεκτό οπωσδήποτε και από κάθε άποψη. Ο τρανσεξουαλισμός ορίζεται επομένως ως σύνδρομο κατά το οποίο το ανατομικό (γονιδιακό) ή βιολογικό (χρωμοσωματικό) φύλο ενός ασθενούς δεν συμπίπτει με το ψυχολογικό φύλο του¹⁵.

15 — Το σύνδρομο αυτό υπήρχε πάντοτε και ήταν καλύτερα αναληπτό στους πρωτόγονους πολιτισμούς, που δεν υφίσταντο την επίδραση του χριστιανισμού. Π.χ., ο M. Vargas Llosa, στο έργο του «*El Paraíso en la otra Esquina*», εκδόσεις Alfaguara, Μαδρίτη, 2003, σ. 67/68 και 434/436, αναφέρει για τις τάσεις αυτές μεταξύ των Μαορί, εκθέτοντας τις περιπέτειες του ζωγράφου Paul Gauguin, στην Ταϊτή. Χωρίς την πρόοδο της ιατρικής και της χειρουργικής που συντέλεστρε κατά το δεύτερο ήμισυ του εικοστού αιώνα, οι γυναίκες που αισθάνονταν ότι κλόνιαν προς το ανδρικό φύλο έπρεπε να καταφεύγουν σε περίεργα στρατήγηματα και ριψοκίνδυνες περιπέτειες, που τις οδηγούσαν γενικά σε τραγικό τέλος. Το 1566, ο Henry Estienne αναφέρει ένα περιστατικό που συνέβη στη Fontaine, κατά το οποίο μια γυναίκα μεταμφέστρε και εργάστηκε ως υπηρέτης στάβλου. Κατάφερε να συνάψει γάμο με άλλη γυναίκα, με την οποία έζησε ευτυχισμένα επί δύο έτη, πριν ανακαλύψουν το όργανο το οποίο της χρησίμευε για να εκπληρώσει τις συζυγικές της υποχρεώσεις. Συνελήφθη και κάρτερ ζωντανή. Ο 17ος αιώνας γνώρισε γυναίκες που ήταν πειρατές όπως η Anne Bonney και η Mary Read, η ακόμη η γαλλίδα Geneviève Prempoy η οποία, υποδύομενη τον υπόπτη Balthazar, παρασημοφορήθηκε με το παράσημο του τάγματος του Saint Louis από τον Λουδοβίκο XIV. Πολλές γυναίκες κατάφεραν να γίνουν στρατιώτες ή ναύτες. Κατά τις δίκες οι οποίες επικολούθησαν, είναι γνωστό ότι ορισμένες από αυτές δήλωσαν ότι η συμπεριφορά τους υπογορευόταν από τον θεό, ότι, όταν γεννήθηκαν, οι γονείς τους περίμεναν αγόρι και ότι, ενώ είχαν τα εξωτερικά χαρακτηριστικά γυναικας, η φύση τους ήταν στην πραγματικότητα ανδρική. Ο φόβος μήπως αποκαλυφθούν ώθουσε τις γυναίκες αυτές στην αυτοκτονία, όπως συνέβη το 1765 με την Catherine Rosenbrock η οποία, αφού εργάστηκε επί 12 έτη ως ναυτικός και στρατιώτης στην Ολλανδία, επέστρεψε σπίτι της στο Αμβούργο, όπου η μητέρα της την κατηγορήσε ότι απαρηγόρησε το γυναικείο φύλο της. Συνελήφθη λόγω μη χρηστών θηών και προεπάθθη με αυτοκτονήσε.

Η δεσποινίς D. Maurin ήταν μια από τις περιφημότερες ηθοποιούς του γαλλικού θεάτρου του 17ου αιώνα. Θυμάμμενε στην Όπερα του Παρισιού σε ανδρικούς ρόλους. Κατά τη διάρκεια περιόδους, κατέφυγε στη Μασσαλία για να απαλλαγεί μια νεαρά της πόλης αυτής αλλά, όταν αποκαλύφθηκε πως ήταν, φυλακίστηκε και καταδικάστηκε σε θάνατο. Η ήτση της και η πίεση της κοινής γνώμης οδήγησαν στο να μη εκτελεστεί η ποινή. Έτσι, αν και συνέμμε να φέρει ανδρική ενδυμασία, οι αρχές αποφάσισαν να αγνοήσουν τις ιδιαιτερότητες της. Ο C. Spencer, στο έργο του «*Histoire de l'homosexualité*», εκδόσεις Le Pré aux Clercs, Παρίσι 1998, σ. 232 επ., αναφέρει ορισμένες από τις περιπτώσεις αυτές.

12 — Απόφαση της 12ης Σεπτεμβρίου 2002, C-351/00, Niemi (Συλλογή 2002, σ. I-7007, σκέψη 45).

13 — Απόφασεις της 6ης Οκτωβρίου 1993, C-109/91, Ten Oever (Συλλογή 1993, σ. I-4879, σκέψεις 12 και 13), και της 17ης Απριλίου 1997, C-147/95, Εβρενόπουλος (Συλλογή 1997, σ. I-2057, σκέψη 22).

14 — Απόφαση της 28ης Σεπτεμβρίου 1994, C-200/91, Coloroll Pension Trustees (Συλλογή 1994, σ. I-4389, σκέψη 19).

Η ακλόνητη επιθυμία του τρανσεξουαλικού ατόμου να επιτύχει την αναγνώριση, συμπεριλαμβανομένης και της νομικής, του ότι ανήκει στο έτερο φύλο εκδηλώνεται με τη βούλησή του να υποβληθεί σε ορμονική αγωγή για να μεταβάλει τα δευτερεύοντα σεξουαλικά χαρακτηριστικά του και σε χειρουργική επέμβαση συνεπαγόμενη την ανατομική μεταβολή των γεννητικών του οργάνων. Η χρωμοσωματική δομή παραμένει αμετάβλητη και επομένως το αποκαλούμενο βιολογικό φύλο παραμένει το ίδιο¹⁶.

Ο τρανσεξουαλισμός διακρίνεται σαφώς από τις καταστάσεις που συνδέονται με τον γενετήσιο προσανατολισμό (ετεροσεξουαλική, ομοσεξουαλική ή δισεξουαλική τάση), στις οποίες το άτομο δέχεται χωρίς αμφιβολία το φύλο του, τα δε προβλήματα τοποθετούνται ουσιαστικά στον τομέα της εκφράσεως της ευαισθητικότητας, καθώς και από την τάση ενός ατόμου να είναι τραβεστί, η οοπία χαρακτηρίζει τα πρόσωπα που επιδιώκουν τη σεξουαλική ικανοποίηση υιοθετώντας την εξωτερική εμφάνιση του ετέρου φύλου.

26. Θα ήθελα να διευκρινίσω ότι, παρά το ότι, κατ' αρχήν, η αδυναμία γάμου που αντιτάσσεται στα τρανσεξουαλικά άτομα οφείλεται στην αδυναμία μεταβολής της καταχωρισμένης στα ληξιαρχικά μητρώα προσωπικής καταστάσεώς τους ώστε να αντικατοπτρίζει την αλλαγή φύλου, πρέπει ωστόσο να αναγνωριστεί ότι, κατά τον τρόπο αυτό, περιορίζεται το δικαίωμά τους προς

σύναψη γάμου, καθώς δεν γίνεται γενικώς δεκτή η σχέση αυτή μεταξύ προσώπων του αυτού φύλου. Επομένως, χάριν συντομίας, θα προβώ στην ανάλυση του ζητήματος μόνον υπό το πρίσμα του δικαιώματος των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάπτουν γάμο, χωρίς να ασχοληθώ με τα συγκεκριμένα τεχνικά εμπόδια από τα οποία εξαρτάται.

27. Η επιθυμία των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάψουν γάμο σύμφωνα με τη νέα σεξουαλική τους ταυτότητα¹⁷ αντικατοπτρίζεται στο νομικό πεδίο τόσο στη νομοθεσία και τη διοικητική πρακτική των κρατών μελών όσο και στη νομολογία, ειδικότερα εκείνη του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Τα στοιχεία αυτά παρουσιάζουν εξαιρετικό ενδιαφέρον για την ανάλυση στην οποία πρέπει να προβεί το Δικαστήριο, στο μέτρο κατά το οποίο θα μπορούσε να συναχθεί μια γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου υπό τη μορφή κοινής συνταγματικής παραδόσεως στις χώρες της Ευρωπαϊκής Ενώσεως ή ενός στοιχείου που προκύπτει από διεθνή πράξη σχετικά με την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου, κυρωθείσα από όλα τα κράτη μέλη.

28. Η συγκριτική μελέτη της υπάρχουσας νομικής καταστάσεως καταδεικνύει τη γενική αποδοχή του γάμου των τρανσεξουαλικών ατόμων σύμφωνα με το νέο φύλο τους. Είτε με τη ρητή παρέμβαση του νομο-

16 — Βλ. την απόφαση του Corte Costituzionale (ιταλικού συνταγματικού δικαστηρίου) της 6ης Μαΐου 1985 (GURI αριθ. 131 bis της 5ης Ιουνίου 1985, σημείο 3) και, υπό την ίδια έννοια, τη μηνονευθείσα ανωτέρω στην παράγραφο 20 απόφαση του House of Lords of the 10ης Απριλίου 2003, Bellinger, σκέψεις 7 έως 9.

17 — Εφεξής, θα αναφέρομαι στην περίπτωση γάμου μεταξύ προσώπων διαφορετικού φύλου, λαμβανομένης υπόψη της αλλαγής φύλου του ενός των συζύγων. Συγκεκριμένα, τίποτε δεν εμποδίζει τα τρανσεξουαλικά άτομα του Ηνωμένου Βασιλείου να συνάψουν γάμο με πρόσωπα του αντίθετου βιολογικού φύλου.

θέτη (Γερμανία¹⁸, Ελλάδα¹⁹, Ιταλία²⁰, Κάτω Χώρες²¹, Σουηδία²²), είτε κατόπιν διοικητικής πρακτικής (Αυστρία²³, Δανία²⁴), ή ακόμη μέσω νομολογιακής ερμηνείας (Βέλγιο²⁵, Ισπανία²⁶, Φινλανδία²⁷, Γαλλία²⁸, Λουξεμβούργο²⁹, Πορτογαλία³⁰), η αλλαγή φύλου κατόπιν χειρουργικής επεμβάσεως οδηγεί στη μεταβολή της καταχωρισμένης στα ληξιαρχικά μητρώα προσωπικής καταστάσεως, η οποία παρέχει στα τρανσεξουαλικά άτομα τη δυνατότητα να συνάψουν γάμο.

Μόνον η ιρλανδική και η βρετανική έννομη τάξη φαίνεται να αντιτίθενται σε αυτή τη γενική τάση, πράγμα που δεν εμποδίζει τη διαπίστωσή ότι υφίσταται μια αρκούντως ομοιόμορφη νομική παράδοση, ικανή να αποτελέσει την πηγή μιας γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου.

29. Εν πάση περιπτώσει, λιγότερη αμφιβολία δημιουργούν τα στοιχεία που προκύπτουν από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (στο εξής: ΕΣΔΑ).

30. Το άρθρο 8, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ προβλέπει ότι «[π]αν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και της αλληλογραφίας του». Κάθε επέμβαση στο δικαίωμα αυτό, για να είναι νόμιμη, πρέπει να προβλέπεται από τον νόμο, να επιδιώκει θεμιτό σκοπό και να είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία (παράγραφος 2).

Επιπλέον, το άρθρο 12 της ΕΣΔΑ προβλέπει ότι «[α]μα τη συμπληρώσει ηλικίας γάμου, ο ανήρ και η γυνή έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται εις γάμον και ιδρύωσιν οικογένειαν, συμφώνως προς τους διέποντας το δικαίωμα τούτου εθνικούς νόμους».

31. Επιληφθέν επανειλημμένα προσφυγών τρανσεξουαλικών ατόμων, ιδίως βρετανικής υπηκοότητας, τα οποία επικαλούνταν τα άρθρα 8 και 12 της ΕΣΔΑ για να ζητήσουν την αναγνώριση του δικαίωμάτος τους να συνάψουν γάμο σύμφωνα με το φύλο το οποίο απέκτησαν εκ των υστέρων, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αποφάνθηκε, με την απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1986, *Rees κατά Ηνωμένου Βασιλείου*³¹, ότι «πρέπει επί του παρόντος να αφεθεί στο καθού κράτος η ευχέρεια να

18 — Άρθρο 8 έως 12 του νόμου της 10ης Σεπτεμβρίου 1980 περί τρανσεξουαλικών ατόμων (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen — Transsexuellengesetz).

19 — Άρθρο 14 του νόμου αριθ. 2503/1977 περί προσωπικής καταστάσεως (ΦΕΚ 107 Α./1997).

20 — Άρθρο 1 του νόμου αριθ. 164 της 14ης Απριλίου 1982 περί μεταβολής φύλου (Norme in materia di rettificazione di sesso).

21 — Άρθρα 28 έως 28c του Αστικού Κώδικα (Burgerlijk Wetboek).

22 — Νόμος 1972/119 περί προσδιορισμού του φύλου (Lag om fastställande av könstillhörighet).

23 — Εγκύκλιος του Υπουργού Εσωτερικών της 27ης Νοεμβρίου 1996 («Transsexuellen-Erlass» des Bundesministeriums für Inneres (36.250/66-IV/496)).

24 — Εγκύκλιος αριθ. 12003 της 10ης Νοεμβρίου 1976 (Cirkulæreskrivelse om ændring af fødselstillførseler som følge af kønsskifte).

25 — Βλ., π.χ., τις αποφάσεις του Tribunal de première instance (πρωτοδικείου) του Veniers της 19ης Φεβρουαρίου 1996 και την απόφαση του Hof van Beroep (Εφετείου) της Αμβέρσας της 27ης Ιανουαρίου 1999.

26 — Βλ., π.χ., την απόφαση της Audiencia Provincial de Barcelona της 11ης Φεβρουαρίου 1994 και την απόφαση του Juzgado de primera instancia de Lérida της 21ης Σεπτεμβρίου 1999.

27 — Απόφαση του Korkein Hallinto Oikeus (ανώτατου διοικητικού δικαστηρίου) 1988-A-46.

28 — Απόφαση της ολομέλειας του Cour de Cassation (Ακυρωτικού) της 11ης Δεκεμβρίου 1992.

29 — Αποφάσεις του Tribunal administratif, πρώτο τμήμα, της 28ης Ιανουαρίου 1987 και της 31ης Μαΐου 1989.

30 — Βλ., π.χ., την απόφαση του Tribunal da Relação (Εφετείου) της Λισαβώνας της 9ης Νοεμβρίου 1993.

31 — Σειρά Α, αριθ. 156.

καθορίσει μέχρι ποίου σημείου μπορεί να ανταποκριθεί στις λοιπές απαιτήσεις των τρανσεξουαλικών ατόμων. [...] [Η] ανάγκη λήψεως κατάλληλων νομικών μέτρων προϋποθέτει διαρκή έλεγχο, λαμβανομένης ιδίως υπόψη της εξελίξεως της επιστήμης και της κοινωνίας»³².

Η απόφαση της 27ης Σεπτεμβρίου 1990, *Cossey* κατά Ηνωμένου Βασιλείου³³, επιβεβαιώνει το σημαντικό περιθώριο εκτιμήσεως που οι δικαστές του Στρασβούργου αναγνωρίζουν συναφώς στα κράτη, όπως και η απόφαση της 30ής Ιουλίου 1998, *Sheffield* και *Horsham* κατά Ηνωμένου Βασιλείου³⁴. Με την τελευταία αυτή απόφαση, το Δικαστήριο υπέμνησε ότι «ο τρανσεξουαλισμός εξακολουθεί να εγείρει περίπλοκα ζητήματα επιστημονικής, νομικής, ηθικής και κοινωνικής φύσεως, τα οποία δεν αποτελούν αντικείμενο προσεγγίσεως γενικώς ακολουθούμενης στα συμβαλλόμενα κράτη»³⁵.

32. Αυτή ήταν η κατάσταση όταν κινήθηκε η διαδικασία της κύριας δίκης, κατάσταση η οποία εξακολουθούσε να υφίσταται κατά τον χρόνο υποβολής στο Δικαστήριο του παρόντος προδικαστικού ερωτήματος και η οποία παρέμεινε αμετάβλητη μέχρι και την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 23ης Απριλίου 2002.

32 — Σκέψη 47 της αποφάσεως *Rees* (η υπογράμμιση είναι του γράφοντος).

33 — Σειρά Α, αριθ. 256.

34 — Βλέπε Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-V.

35 — Σκέψη 58 της αποφάσεως *Sheffield* και *Horsham*.

33. Στις 11 Ιουλίου 2002, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, κρίνον με δεκαεπταμελή σύνθεση (τμήμα ευρείας συνθέσεως), εξέδωσε την απόφαση *Goodwin* κατά Ηνωμένου Βασιλείου³⁶, η οποία συνιστά ριζική μεταστροφή της νομολογίας.

34. Ομοφώνως και με ιδιαίτερα έντονη διατύπωση, οι δικαστές του Στρασβούργου έκριναν, κατόπιν αναλύσεως της προγενέστερης νομολογίας και της νομικής και κοινωνικής εξελίξεως, ότι «το καθού κράτος δεν μπορεί πλέον να επικαλείται συναφώς το περιθώριο εκτιμήσεώς του, εκτός αν πρόκειται για τα μέσα που πρέπει να θεθούν σε εφαρμογή για να διασφαλιστεί η αναγνώριση του προστατευόμενου από τη σύμβαση δικαιώματος. Δεδομένου ότι ουδείς σημαντικός παράγων δημοσίου συμφέροντος ανταγωνίζεται εν προκειμένω το συμφέρον της προσφεύγουσας να επιτύχει τη νομική αναγνώριση της μεταβολής του φύλου της, το Δικαστήριο εκτιμά ότι η συμφυής με τη σύμβαση έννοια της δικαίας ισοροπίας συντελεί εφεξής αποφασιστικά στο να κλίνει ο ζυγός υπέρ της προσφεύγουσας. Επομένως, υπήρξε προσβολή του δικαιώματος της ενδιαφερόμενης επί του σεβασμού της ιδιωτικής της ζωής, κατά παράβαση του άρθρου 8 της συμβάσεως»³⁷.

35. Όσον αφορά το άρθρο 12 της ΕΣΔΑ, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων έκρινε ότι είναι επίπλαστο να λεχθεί ότι τα πρόσωπα που υποβλήθηκαν σε χειρουργική επέμβαση για αλλαγή φύλου δεν στερούνταν του δικαιώματος να συνάψουν γάμο εφόσον, σύμφωνα με τον νόμο, εξακολουθούσαν να έχουν τη δυνατότητα να συνάψουν γάμο με πρόσωπο του αντιθέτου

36 — Συλλογή 56/88. Βλ. επίσης την απόφαση της ίδιας ημέρας στην υπόθεση I. κατά Ηνωμένου Βασιλείου (Συλλογή 35/56), με παρόμοιο περιεχόμενο.

37 — Σκέψη 93 της αποφάσεως *Goodwin*.

φύλου σε σχέση προς το προγενέστερο φύλο τους. Διαπίστωσε ότι η φθοσφεύγουσα, η οποία ζούσε ως γυναίκα και διατηρούσε σχέσεις με έναν άνδρα με τον οποίο επιθυμούσε να συνάψει γάμο, δεν είχε αυτή τη δυνατότητα³⁸. Το εν λόγω δικαστήριο προσέθεσε ότι «ναι μεν απόκειται στο συμβαλλόμενο κράτος να καθορίσει, μεταξύ άλλων, τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληροί ένα τρανσεξουαλικό άτομο που διεκδικεί τη νομική αναγνώριση της νέας σεξουαλικής του ταυτότητας για να αποδείξει ότι συντελέστηκε η αλλαγή φύλου και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες παύει να είναι ισχυρός ένας προγενέστερος γάμος, ή ακόμη τις διατυπώσεις που ισχύουν για μέλλοντα γάμο (π.χ., τις πληροφορίες που πρέπει να προσκομίσουν οι μελλόνυμφοι), το δικαστήριο όμως ουδέν λόγο διακρίνει που να δικαιολογεί το να στερούνται εν πάση περιπτώσει τα τρανσεξουαλικά άτομα του δικαιώματος να συνάψουν γάμο»³⁹. Το δικαστήριο κατέληξε συνεπώς ομόφωνα στο συμπέρασμα ότι συνέτρεχε παράβαση του άρθρου 12 της ΕΣΔΑ.

Το υποβληθέν στο Δικαστήριο προδικαστικό ερώτημα

36. Με διάταξη της 14ης Δεκεμβρίου 2000, το Court of Appeal ζήτησε από το Δικαστήριο να αποφανθεί επί του ακόλουθου ερωτήματος: «συνιστά δυσμενή διάκριση λόγω φύλου, απαγορευόμενη από το άρθρο 141 ΕΚ και την οδηγία 75/117, η άρνηση χορη-

γήσεως συντάξεως στον τρανσεξουαλικό (πρόσωπο γεννηθέν ως θήλυ) σύντροφο μιας ασφαλισμένης στο National Health Service Pension Scheme γυναίκας, δυνάμει του οποίου μόνον ο χήρος μπορεί να τύχει των παροχών για συντηρούμενα πρόσωπα;».

37. Όπως προκύπτει από την ανωτέρω διάταξη, το Court of Appeal έχει τις ακόλουθες αμφιβολίες:

- α) Τα αποτελέσματα στα οποία καταλήγει το Δικαστήριο στις αποφάσεις P. κατά S. και Grant είναι σαφή, αλλά αυτό δεν ισχύει όσον αφορά το κριτήριο της διακρίσεως στο οποίο στηρίζονται. Αν το κριτήριο αυτό είναι ότι η άρνηση χορηγήσεως ορισμένων πλεονεκτημάτων σε συντρόφους του αυτού φύλου δεν συνιστά δυσμενή διάκριση εφόσον μπορεί να επιβάλλεται σε άνδρες και γυναίκες κατά τον ίδιο τρόπο, η ίδια λύση ισχύει όσον αφορά την άρνηση χορηγήσεως παροχών, όπως στην προκειμένη περίπτωση, σε μη συνδεδεμένους με γάμο συντρόφους. Αν, αντιθέτως, το κριτήριο είναι ότι το φύλο, ως λόγος διακρίσεως, περιλαμβάνει τη σεξουαλική ταυτότητα αλλά όχι τον γενετήσιο προσανατολισμό, τότε η προβαλλόμενη στην παρούσα υπόθεση άρνηση στηρίζεται απευθείας στο φύλο και εισάγει ως εκ τούτου δυσμενείς διακρίσεις.
- β) Αν υποθεθεί ότι συντρέχει παράβαση του άρθρου 14, ή και του άρθρου 8, της ΕΣΔΑ, η επίδραση της παραβάσεως αυτής στην ερμηνεία της έννοιας «χή-

38 — Σκέψη 101 της αποφάσεως Goodwin.

39 — Σκέψη 103 της αποφάσεως Goodwin.

ρος» δεν είναι σαφής. Δεδομένου ότι η οικογενειακή ζωή συνεπάγεται ότι τα εργαζόμενα μέλη της οικογένειας καλύπτουν τις ανάγκες των συντηρούμενων επιζώντων προσώπων και ότι η ιδιωτική ζωή απαιτεί να αποφεύγεται η μη αναγκαία διερεύνηση των βιολογικών χαρακτηριστικών ενός προσώπου, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η Κ. Β., λόγω της αρνήσεως χορηγήσεως συντάξεως στον επιζώντα τρανσεξουαλικό σύντροφό της, υφίσταται αδικαιολόγητη προσβολή των δικαιωμάτων της σε αμφότερες τις ανωτέρω περιπτώσεις ή περιορισμό της απολαύσεως των δικαιωμάτων αυτών. Αν το επιχείρημα αυτό κριθεί βάσιμο, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά την ερμηνεία του άρθρου 141 ΕΚ και της οδηγίας 75/117.

περιορίζει τη χρήση του κριτηρίου της οικογενειακής καταστάσεως στην εκτίμηση μιας έμμεσης διακρίσεως. Αν όμως η προϋπόθεση της υπάρξεως γάμου επιβάλλεται αδιακρίτως στους άνδρες και στις γυναίκες, είναι δύσκολο να φανταστούμε υπό ποιές προϋποθέσεις θα μπορούσε να έχει οποιοδήποτε δυσμενές αποτέλεσμα για το ένα ή το άλλο φύλο. Τίθεται επομένως το ερώτημα αν η οδηγία θεωρεί τελικά την οικογενειακή κατάσταση ως ισοδυναμούσα προς την έννοια του φύλου στο πλαίσιο της εκτίμησης μιας άμεσης διακρίσεως ή ως κριτήριο το οποίο εφαρμόζεται κατά την εκτίμηση μιας έμμεσης παράνομης διακρίσεως και συνεπάγεται την εξέταση όχι μιας προϋποθέσεως, η οποία είναι άσχετη προς το φύλο, αλλά του άνισου χαρακτηρισμού των συνεπειών της προϋποθέσεως αυτής.

38. Κατά το αιτούν δικαστήριο, δεν είναι δυνατόν να γίνει λόγος για έμμεση διάκριση, διότι κανένα στοιχείο δεν επιτρέπει να γίνει δεκτό ότι οι άνδρες και οι γυναίκες που διατηρούν σχέσεις με τρανσεξουαλικό άτομο θίγονται κατά τρόπο άνισο από την προϋπόθεση της υπάρξεως γάμου. Επιπλέον, το επιχείρημα ότι οι επιπτώσεις της προϋποθέσεως αυτής στα ανθρώπινα αυτά όντα είναι άνισες οδηγεί στην πεπλανημένη αντιμετώπισή τους σαν να αποτελούσαν τρίτο φύλο.

Ανάλυση του προδικαστικού ερωτήματος

40. Όλοι οι μετέχοντες στη διαδικασία που έλαβαν θέση επί του σημείου αυτού συμφωνούν ότι η επίμαχη σύνταξη χρεώσεως αποτελεί στοιχείο της αμοιβής κατά την έννοια του άρθρου 141 ΕΚ. Δεν υπάρχει κανένας λόγος να μη γίνει δεκτή η άποψη αυτή.

39. Απεναντίας, κατά το αιτούν δικαστήριο, η ερμηνεία του άρθρου 2, παράγραφος 1, της οδηγίας, που απαγορεύει «κάθε διάκριση που βασίζεται στο φύλο είτε άμεσα είτε έμμεσα σε συσχέτισμό ιδίως με την οικογενειακή κατάσταση», μπορεί να παρουσιάζει δυσχέρειες. Η διάταξη αυτή φαίνεται να

Κατά πάγια νομολογία, οι παροχές που χορηγούνται βάσει συνταξιοδοτικού συστήματος που είναι συνάρτηση της θέσεως

απασχολήσεως την οποία κατείχε ο ενδιαφερόμενος εμπίπτουν στην έννοια της αμοιβής⁴⁰. Αυτό ισχύει επίσης για τις συντάξεις χηρείας οι οποίες παρουσιάζουν το χαρακτηριστικό αυτό⁴¹.

Από τη δικογραφία προκύπτει ότι η χορηγούμενη από το σύστημα του NHS σύνταξη υπολογίζεται βάσει της επαγγελματικής καταστάσεως της εργαζομένης και ειδικότερα βάσει του μισθού της. Πρέπει συνεπώς να γίνει δεκτό ότι συνδέεται με την αμοιβή της.

41. Συμφωνώ επίσης επί του ότι ουδέν στοιχείο δικαιολογεί τη διαφορετική εκτίμηση των διακρίσεων οι οποίες συνίστανται σε άνιση μεταχείριση και απαγορεύονται από την οδηγία 76/207/ΕΟΚ⁴² και των διακρίσεων που συνεπάγονται άνιση αμοιβή, επί των οποίων εφαρμόζεται η οδηγία 75/117. Η ομοιόμορφη αυτή ερμηνεία είναι ενδεδειγμένη καθόσον, αφενός, το άρθρο 141 ΕΚ δεν εγκαθιδρύει χωριστά αστερήματα προστασίας και, αφετέρου, οι δύο οδηγίες παρουσιάζουν μεγάλες ομοιότητες όσον αφορά τη διατύπωσή τους και τους στόχους τους οποίους επιδιώκουν.

42. Η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη και το αιτούν δικαστήριο δεν συμφωνούν πλήρως επί του προσδιορισμού του αντικειμένου του προδικαστικού ερωτήματος.

40 — Βλ. ανωτέρω την παράγραφο 23.

41 — Βλ. ανωτέρω την παράγραφο 24.

42 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 9ης Φεβρουαρίου 1976, περί της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών, όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας (ΕΕ L 39, σ. 40).

43. Κατά την άποψη της Κ. Β., η παρούσα υπόθεση δεν συνδέεται με το δικαίωμα των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάψουν γάμο, το οποίο δεν εμπίπτει στην κοινοτική αρμοδιότητα, ούτε με τη διάκριση της οποίας είναι θύματα τα ζεύγη του αυτού φύλου λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού τους, διότι στην παρούσα υπόθεση πρόκειται από κάθε άποψη για σχέση μεταξύ ενός άνδρα και μιας γυναίκας. Για τον λόγο αυτό, το Δικαστήριο πρέπει, κατά την άποψη της προσφεύγουσας στην κύρια δίκη, να εφαρμόσει τη νομολογία Ρ. κατά S., σύμφωνα με την οποία το κοινοτικό δίκαιο⁴³ «απαγορεύει την απόλυση τρανσεξουαλικού ατόμου για λόγους αναγόμενους στην αλλαγή του φύλου του»⁴⁴. Αρκεί συνεπώς να αντικατασταθεί η έκφραση «απόλυση τρανσεξουαλικού ατόμου» με τους όρους «άρνηση χορηγήσεως συντάξεως σε τρανσεξουαλικό άτομο».

Όπως υπογράμμισε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη δεν ζητεί συνεπώς την αναγνώριση του δικαιώματος των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάψουν γάμο, αλλά μόνον το δικαίωμα των προσώπων αυτών να έχουν μεταχείριση συζύγων τα ζεύγη στα οποία μετέχουν, ενόψει της λήψεως χρηματικών παροχών.

44. Το Court of Appeal διερωτάται, στη διάταξη περί παραπομπής, αναφορικά με το κριτήριο το οποίο ελήφθη υπόψη στις αποφάσεις Ρ. κατά S. και Grant, είτε αναφορικά

43 — Εν προκειμένω, η οδηγία 76/207 περί ίσης μεταχειρίσεως. Ωστόσο, όπως ανέφερα, δεν υπάρχει κανένας λόγος να μην εφαρμοστεί η νομολογία αυτή στο πλαίσιο της οδηγίας περί ίσης αμοιβής.

44 — Διατακτικό της αποφάσεως Ρ. κατά S.

με το ζήτημα της εφαρμογής αδιακρίτως στους άνδρες και στις γυναίκες, της λήψεως υπόψη της σεξουαλικής ταυτότητας και της μη συμπεριλήψεως του γενετήσιου προσανατολισμού ως συστατικών στοιχείων μιας μη αποδεκτής διακρίσεως. Διερωτάται επίσης σχετικά με την προσβολή των δικαιωμάτων των τρανσεξουαλικών ατόμων τα οποία απορρέουν από τα άρθρα 14 και 18 της ΕΣΔΑ, προσβολή που θα μπορούσε να προκύπτει από την άρνηση χορηγήσεως συντάξεως χηρείας. Τέλος, εκφράζει αμφιβολίες ως προς το αν η έννοια της «οικογενειακής καταστάσεως», στην οποία αναφέρεται το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας περί ίσης μεταχειρίσεως, πρέπει να θεωρηθεί ως ισοδύναμη προς την έννοια του «φύλου» ή μόνον ως στοιχείο που καθιστά δυνατή τη διατίτωση μιας παράνομης έμμεσης διακρίσεως.

Επιπλέον, το Court of Appeal απορρίπτει κάθε εκτίμηση σχετικά με έμμεση διάκριση, η οποία θα προϋπέθετε την παραδοχή της εσφαλμένης απόψεως ότι τα τρανσεξουαλικά άτομα αποτελούν τρίτο φύλο.

45. Θα ήθελα απλώς να επισημάνω ότι από τη συλλογιστική του αιτούντος δικαστηρίου μπορεί εν πάση περιπτώσει να συναχθεί ότι αυτό δεν αποκλείει τη δυνατότητα, η ορθή ανάλυση της παρούσας υποθέσεως να στραφεί προς την αδυναμία των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάψουν γάμο ως άμεση διάκριση στηριζόμενη στο φύλο.

46. Συγκεκριμένα, όπως διατυπώνεται στο προδικαστικό ερώτημα, το κατά πόσο συντρέχει στην παρούσα υπόθεση δυσμενής

διάκριση αντίθετη προς το άρθρο 141 ΕΚ και προς την οδηγία 75/117 εξαρτάται από το κατά πόσον μπορεί να εφαρμοστεί η απόφαση P. κατά S. Πέραν του ζητήματος αυτού, δεν είναι εύκολο, όπως προβάλλει η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη, να αγνοηθεί η επιρροή στην επίλυση της διαφοράς του προβλήματος σχετικά με τις προϋποθέσεις που επιβάλλει το εθνικό δίκαιο αναφορικά με τη σύναψη γάμου και, συγκεκριμένα, το εμπόδιο που συνίσταται στην αδυναμία διορθώσεως της καταχωρήσεως της προσωπικής καταστάσεως στα ληξιαρχικά μητρώα μετά την αλλαγή φύλου.

47. Θα ήθελα ωστόσο να εξετάσω κατ' αρχάς αν μπορεί να συναχθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου ότι η άρνηση χορηγήσεως συντάξεως χηρείας σε τρανσεξουαλικό άτομο είναι αντίθετη προς το άρθρο 141 ΕΚ. Τοποθετούμαι επομένως εντός του πλαισίου που καθόρισε η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη και έγινε κατ' ουσίαν δεκτό από το αιτούν δικαστήριο.

48. Στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση P. κατά S., το Δικαστήριο εξέτασε το ζήτημα αν η απόλυση ενός εργαζομένου λόγω του ότι υποβλήθηκε σε χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου συνιστούσε δυσμενή διάκριση, απαγορευόμενη από την οδηγία περί ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών.

49. Το Δικαστήριο υπέμνησε ότι η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως συνεπάγεται την απουσία

κάθε διακρίσεως που βασίζεται στο φύλο και αποτελεί επομένως έκφραση του θεμελιώδους δικαιώματος της ισότητας, την προστασία του οποίου οφείλει να εξασφαλίζει το Δικαστήριο⁴⁵.

Το Δικαστήριο συνάγει από τα ανωτέρω ότι το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας δεν περιορίζεται μόνον στις διακρίσεις που απορρέουν από το γεγονός ότι ο ενδιαφερόμενος ανήκει στο ένα ή στο άλλο φύλο, αλλά περιλαμβάνει επίσης τις διακρίσεις που οφείλονται στην αλλαγή φύλου του ενδιαφερομένου. Οι διακρίσεις αυτές οφείλονται κυρίως, αν όχι αποκλειστικά, στο φύλο του ενδιαφερόμενου. Κατά συνέπεια, σε περίπτωση απολύσεως για τον λόγο ότι ο ενδιαφερόμενος έχει την πρόθεση να υποβληθεί ή έχει ήδη υποβληθεί σε αλλαγή φύλου, συντρέχει δυσμενής μεταχείριση του ενδιαφερομένου έναντι των ατόμων που ανήκουν στο φύλο στο οποίο θεωρητικά ανήκει και ο ενδιαφερόμενος πριν από την αλλαγή αυτή. Τέτοια μεταχείριση προσκρούει στον σεβασμό της αξιοπρέπειας και της ελευθερίας, τον οποίο μπορεί να αξιώνει ο ενδιαφερόμενος και τον οποίο πρέπει να διασφαλίζει το Δικαστήριο⁴⁶.

50. Η άποψη της K. B. στηρίζεται στον ισχυρισμό κατά τον οποίο το δικαίωμα που διεκδικεί για τον τρανσεξουαλικό σύντροφό της απορρέει από την απλή αντικατάσταση της εκφράσεως «όταν ένα πρόσωπο απολύεται» από τους όρους «όταν σε ένα πρόσωπο δεν αναγνωρίζεται το δικαίωμα επί συντάξεως χηρείας», διότι, σε αμφότερες τις

περιπτώσεις, πρόκειται για δικαιώματα την απόλαυση των οποίων εγγυώνται αντιστοίχως οι οδηγίες 76/207 και 75/117.

51. Συμμερίζομαι την άποψη αυτή καθόσον, για την εκτίμηση του Δικαστηρίου, είναι εντελώς αδιάφορο αν η προβαλλόμενη ανισότητα συνίσταται σε απόλυση ή σε μη χορήγηση συντάξεως χηρείας.

52. Στην ερμηνεία που προβάλλει η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη μπορεί όμως να αντιταχθεί ευλόγως ότι η μη χορήγηση της επίμαχης συντάξεως δεν στηρίζεται στην αλλαγή φύλου του ενδιαφερομένου, αλλά στην αδυναμία πληρώσεως μιας των προϋποθέσεων που επιβάλλει το εθνικό δίκαιο για την έγκυρη σύναψη γάμου με τον δικαιούχο της κύριας συντάξεως, ήτοι της προϋποθέσεως διαφοράς φύλου μεταξύ των μελλονύμφων. Αν ακολουθήσουμε τη συλλογιστική αυτή, μπορούμε να θεωρήσουμε ότι η μη χορήγηση της επίμαχης συντάξεως, που αποτελεί στοιχείο της αμοιβής, εξηγείται όχι από την αλλαγή φύλου, αλλά ακριβώς από την απουσία αλλαγής φύλου, σύμφωνα με το ισχύον δίκαιο, του τρανσεξουαλικού ατόμου, πράγμα που εμποδίζει την έγκυρη σύναψη γάμου. Η επιχειρηματολογία αυτή μας οδηγεί αναπότρεπτα στο να διερωτηθούμε αν τέτοια άρνηση αναγνωρίσεως πλήρων αποτελεσμάτων σε χειρουργική επέμβαση αλλαγής φύλου συνάδει με τις θεμελιώδεις αξίες της έννομης τάξεως και, παράλληλα, αν ο κοινοτικός δικαστής είναι αρμόδιος να αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού.

45 — Μνημονευθείσα ανωτέρω στην παράγραφο 7 απόφαση P. κατά S., σκέψεις 17 έως 19.

46 — Ομοίως, σκέψεις 20 έως 22.

53. Πριν ακολουθήσω την οδό αυτή, η οποία απομακρύνεται από το αρχικό πλαίσιο του προδικαστικού ερωτήματος, πρέπει να αναφερθώ σε άλλα προηγούμενα ώστε να διευκρινιστεί το περιεχόμενο της συναφούς νομολογίας του Δικαστηρίου. Θα αναφερθώ κατ' αρχάς στην απόφαση Grant και στην απόφαση της 31ης Μαΐου 2001, C-122/99 P και C-125/99 P, D. και Σουηδία κατά Συμβουλίου⁴⁷.

εργοδότη προς τις σχέσεις μεταξύ συζύγων ή τις σταθερές σχέσεις εκτός γάμου μεταξύ δύο προσώπων αντιθέτου φύλου. Τέλος, εξέτασε το ζήτημα αν μια διάκριση λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού συνιστά διάκριση στηριζόμενη στο φύλο του εργαζομένου⁴⁸.

54. Στην υπόθεση Grant, η υπάλληλος μας επιχειρήσεως σιδηροδρόμων υποστήριξε ότι, με τη χορήγηση εκπτώσεων στις τιμές των εισιτηρίων υπέρ του εργαζομένου και του συντρόφου του ή του προσώπου αντιθέτου φύλου με το οποίο ο εργαζόμενος διατηρούσε «σημαντική» σταθερή σχέση, και με την άρνηση αναγνώρισεως του πλεονεκτήματος αυτού στα ευρισκόμενα στην ίδια κατάσταση ζεύγη, των οποίων όμως οι σύντροφοι είναι του αυτού φύλου, παραβιαζόταν η απαγόρευση των διακρίσεων που προέβλεπε το παλαιό άρθρο 119 της Συνθήκης ΕΚ.

Στο πρώτο από τα ζητήματα αυτά, το Δικαστήριο περιορίστηκε στη διαπίστωση ότι ο κανόνας του εθνικού δικαίου εφαρμόζοταν κατά τον ίδιο τρόπο στις γυναίκες και στους άνδρες εργαζομένους και, επομένως, δεν μπορούσε να συνιστά διάκριση στηριζόμενη άμεσα στο φύλο⁴⁹.

Το Δικαστήριο δεν δέχθηκε την άποψη αυτή και, προς τούτο, κατέφυγε σε μια ιδιαίτερη συλλογιστική. Απάντησε κατ' αρχάς στο ερώτημα αν ένας κανόνας όπως ο επίμαχος στη διαφορά της κύριας δίκης συνιστά διάκριση στηριζόμενη άμεσα στο φύλο του εργαζομένου. Στη συνέχεια, εξέτασε το ζήτημα αν το κοινοτικό δίκαιο επιβάλλει, οι σταθερές σχέσεις μεταξύ δύο προσώπων του αυτού φύλου να εξομοιώνονται από κάθε

Στο δεύτερο ζήτημα, αφού προέβη σε ανάλυση της υφιστάμενης νομικής καταστάσεως στο κοινοτικό επίπεδο και στο επίπεδο των κρατών μελών, καθώς και των αρχών που συνάγονται από τη νομολογία σχετικά με την ΕΣΔΑ, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, οι σταθερές σχέσεις μεταξύ δύο ατόμων του ίδιου φύλου δεν εξομοιώνονται με τις σχέσεις μεταξύ εγγάμων ατόμων ή με τις σταθερές εξωγαμικές σχέσεις μεταξύ ατόμων αντιθέτου φύλου. Κατά συνέπεια, ο εργοδότης δεν υποχρεούται από το κοινοτικό δίκαιο να εξομοιώνει την κατάσταση ατόμου που έχει σταθερή σχέση με σύντροφο του ίδιου φύλου

48 — Προσνημονευθείσα απόφαση Grant, σκέψη 24.

49 — Ομοίως, σκέψη 28.

με την κατάσταση του εγγάμου ή του έχοντος σταθερή εξωγαμική σχέση με σύντροφο αντίθετου φύλου⁵⁰. Η προσέγγιση αυτή μπορεί να αποδειχθεί χρησιμότερη για την απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα, όπως θα εξηγήσω πιο κάτω.

Τέλος, όσον αφορά το τρίτο ανακύψαν ζήτημα, το Δικαστήριο έκρινε ότι η έννοια της διακρίσεως λόγω φύλου δεν καλύπτει τη διάκριση που στηρίζεται στον γενετήσιο προσανατολισμό. Έκρινε επιπλέον ότι η απόφαση P. κατά S. περιοριζόταν στην αλλαγή φύλου ενός εργαζομένου.

55. Την απόφαση Grant επικαλείται η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου για να στηρίξει την επιχειρηματολογία της ότι, στην παρούσα υπόθεση, δεν συντρέχει απαγορευόμενη διάκριση. Προς τούτο, η εν λόγω κυβέρνηση μεταφέρει στην προκειμένη περίπτωση την ανωτέρω εκτεθείσα συλλογιστική του Δικαστηρίου, η οποία ακολουθεί τρεις φάσεις.

Κατά την άποψη της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου, το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε το Δικαστήριο στην πρώτη φάση της συλλογιστικής του εφαρμόζεται πλήρως στην παρούσα υπόθεση: αποκλείονται της συντάξεως χηρείας όλα τα μη συνδεδεμένα με σχέση γάμου πρόσωπα, ανεξαρτήτως φύλου. Επομένως, δεν είναι δυνατό να γίνει επίκληση άμεσης διακρίσεως στηριζόμενης στο φύλο. Συναφώς, είναι άνευ σημασίας ότι το εμπόδιο συνίσταται στο

γεγονός ότι το έτερο μέλος του ζεύγους είναι του αυτού φύλου, στο γεγονός ότι είναι τρανσεξουαλικό άτομο ή σε οποιοδήποτε άλλο γεγονός.

Το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε το Δικαστήριο στη δεύτερη φάση της συλλογιστικής του επιβεβαιώνει επίσης την άποψη της Βρετανικής Κυβερνήσεως, καθόσον αναφέρεται στο γεγονός ότι το άρθρο 12 της ΕΣΔΑ προστατεύει μόνον τον παραδοσιακό γάμο μεταξύ δύο προσώπων αντιθέτου βιολογικού φύλου, όπως προκύπτει από τις αποφάσεις του Δικαστηρίου του Στρασβούργου της 17ης Οκτωβρίου 1986, Rees κατά Ηνωμένου Βασιλείου, και της 27ης Σεπτεμβρίου 1990, Cossey κατά Ηνωμένου Βασιλείου⁵¹. Οι αποφάσεις αυτές αντικατοπτρίζουν, κατά την άποψη της Βρετανικής Κυβερνήσεως, το περιεχόμενο του ευρωπαϊκού δικαίου στον εν λόγω τομέα.

Κατά τη Βρετανική Κυβέρνηση, το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε το Δικαστήριο στην τρίτη φάση της συλλογιστικής του στην απόφαση Grant δεν είναι λυσιτελές για την παρούσα υπόθεση.

56. Η απόφαση Grant δεν μπορεί να στηρίζει την άποψη της προσφεύγουσας στην κύρια δίκη, καθόσον με την απόφαση αυτή δεν

50 — Ομοίως, σκέψη 35.

51 — Βλ. ανωτέρω την παράγραφο 31.

αναγνωρίζεται προσβολή του δικαιώματος ίσης μεταχειρίσεως ανδρών και γυναικών. Ωστόσο, δεν είναι άσκοπο να υπογραμμιστεί ότι η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου φαίνεται να εκτιμά ότι, για να δοθεί απάντηση στο υποβληθέν ερώτημα είναι αναγκαίο να αποφανθεί το Δικαστήριο επί της νομιμότητας του ότι δεν παρέχεται η δυνατότητα σε τρανσεξουαλικό άτομο να συνάψει γάμο σύμφωνα με το νέο φύλο του.

Ως εκ τούτου, η Βρετανική Κυβέρνηση διατείνεται μεν ότι η βρετανική νομοθεσία είναι σύμφωνη με τα άρθρα 8 και 14 της ΕΣΔΑ, αλλά υποστηρίζει ότι και αν ακόμη θεωρητικά δεν ήταν σύμφωνη, αυτό δεν θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια ότι η επίμαχη διάταξη θα ήταν αντίθετη προς το άρθρο 141 ΕΚ.

Η Βρετανική Κυβέρνηση παραπέμπει στις σκέψεις 45 έως 47 της αποφάσεως Grant, στις οποίες το Δικαστήριο εκτιμά ότι, καιτοι ο σεβασμός των θεμελιωδών δικαιωμάτων που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα αυτών των γενικών αρχών συνιστά προϋπόθεση της νομιμότητας των κοινοτικών πράξεων, τα δικαιώματα αυτά δεν μπορούν καθεαυτά να έχουν ως αποτέλεσμα τη διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής των διατάξεων της συνθήκης πέραν των αρμοδιοτήτων της Κοινότητας. Το περιεχόμενο κάθε διατάξεως του κοινοτικού δικαίου δεν μπορεί να καθορίζεται παρά με συνεκτίμηση του γράμματός της και του σκοπού της, της θέσεως που καταλαμβάνει στο σύστημα της συνθήκης καθώς και του νομικού πλαισίου στο οποίο η διάταξη αυτή εντάσσεται.

57. Στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις D. κατά Συμβουλίου, ένας υπάλληλος των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σουηδικής υπηκοότητας, μέλος ζεύγους του ίδιου φύλου που είχε καταχωριστεί ληξιαρχικώς σύμφωνα με το σουηδικό δίκαιο, είχε ζητήσει να τύχει του επιδόματος στέγης το οποίο οι κανόνες του Κανονισμού Υπηρεσιακής Καταστάσεως των Υπαλλήλων προβλέπουν μόνον για τα συνδεδεμένα με γάμο πρόσωπα. Ο D. υποστήριξε ότι οι όροι όπως «σύζυγος» ή «έγγαμος υπάλληλος» έπρεπε να ερμηνεύονται σε συνάρτηση με το εθνικό δίκαιο και όχι κατά τρόπο αυτόνομο και ότι, επομένως, η άρνηση χορηγήσεως του επιδόματος συνιστούσε διάκριση στηριζόμενη στο φύλο.

58. Αποφαινόμενο επί της αιτήσεως αναιρέσεως, το Δικαστήριο έκρινε ότι ο όρος «γάμος», κατά τον κοινώς αποδεκτό από τα κράτη μέλη ορισμό, περιγράφει την ένωση μεταξύ δύο προσώπων διαφορετικού φύλου και ότι αν και αληθεύει επίσης ότι διαρκώς αυξανόμενος αριθμός κρατών μελών καθιέρωσαν νομοθετικώς, πέραν του γάμου, συστήματα που κατοχυρώνουν νομικά διάφορες μορφές σχέσεως μεταξύ συντρόφων του ίδιου ή διαφορετικού φύλου και αναγνωρίζουν στις σχέσεις αυτές αποτελέσματα όμοια ή παρεμφερή με αυτά του γάμου, τόσο μεταξύ των συντρόφων όσο και έναντι τρίτων, τα συστήματα αυτά εντούτοις διακρίνονται από τον γάμο στα οικεία κράτη μέλη. Υπό τις συνθήκες αυτές, ο κοινοτικός νομοθέτης δεν μπορεί να ερμηνεύσει τον Κανονισμό Υπηρεσιακής Καταστάσεως των Υπαλλήλων της Ευρωπαϊκής Κοινότητας κατά τρόπο που να εξομοιώνει τον γάμο με νομικά καθεστάτα που διακρίνονται από αυτόν⁵².

52 — Προημινομευθείσα απόφαση D. κατά Συμβουλίου, σκέψεις 34 έως 37.

Όσον αφορά την προβαλλόμενη διάκριση λόγω φύλου, το Δικαστήριο επισήμανε κατ' αρχάς ότι τέτοια διάκριση δεν συντρέχει εφόσον το γεγονός ότι ο ενδιαφερόμενος είναι άνδρας ή γυναίκα δεν ασκεί επιρροή όσον αφορά τη χορήγηση του επιδόματος στέγης. Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν συντρέχει επίσης άνιση μεταχείριση λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού, διότι δεν είναι το φύλο του συντρόφου που αποτελεί προϋπόθεση για τη χορήγηση του επιδόματος στέγης, αλλά η νομική φύση των δεσμών του με τον υπάλληλο⁵³. Η διαπίστωση αυτή φαίνεται να σημαίνει ότι ο κοινοτικός δικαστής δεν είναι αρμόδιος να εκτιμήσει το συμβατό με τα θεμελιώδη δικαιώματα των προβλεπομένων στο εσωτερικό δίκαιο προϋποθέσεων για τη σύναψη γάμου. Ωστόσο, το Δικαστήριο εξέτασε στη συνέχεια τις κρατούσες στο σύνολο της Κοινότητας αντιλήψεις, βάσει των οποίων συνήγαγε το συμπέρασμα ότι οι νομοθεσίες εμφανίζουν ετερογένεια και ότι, κατά τρόπο γενικό, δεν εξομοιώνουν τον γάμο με τις λοιπές μορφές νομίμων σχέσεων μεταξύ συντρόφων⁵⁴.

59. Η απόφαση D. κατά Συμβουλίου δεν μπορεί επίσης να στηρίξει την άποψη της K. B. Όπως και στην υπόθεση Grant, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν συντρέχει διάκριση λόγω φύλου.

60. Είμαι της γνώμης ότι η απόφαση της 22ας Ιουνίου 2000, C-65/98, Safet Eyüp⁵⁵, παρου-

σιάζει περιορισμένο ενδιαφέρον για την παρούσα υπόθεση. Η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη εκτιμά ότι η απόφαση αυτή περιλαμβάνει την εκ μέρους του κοινοτικού δικαστή αναγνώριση της εξομοίωσης προς τον γάμο ενός σταθερού δεσμού μεταξύ μη εγγάμων προσώπων.

Στην υπόθεση αυτή, επρόκειτο για το αν η αλλοδαπή σύντροφος ενός τούρκου εργαζομένου νομίμως εγκατεστημένου σε κράτος μέλος, η οποία συζούσε με αυτόν, έπρεπε να θεωρηθεί ως «μέλος της οικογένειας» κατά την έννοια του άρθρου 7, πρώτο εδάφιο, της αποφάσεως 1/80 του Συμβουλίου Συνδέσεως, της 19ης Σεπτεμβρίου 1980, σχετικά με την προώθηση της συνδέσεως μεταξύ της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας και της Τουρκίας. Τα πραγματικά περιστατικά που οδήγησαν στην υποβολή των προδικαστικών ερωτημάτων παρουσιάζουν ιδιαιτερότητα: το 1983, η Eyüp συνήψε γάμο με τούρκο εργαζόμενο ενταγμένο στη νόμιμη αγορά εργασίας της Αυστρίας από το 1975. Ο γάμος λύθηκε με διαζύγιο το 1985, αλλά οι δύο ενδιαφερόμενοι συνήψαν εκ νέου γάμο το 1993. Κατά το μεσοδιάστημα αυτό, οι δύο πρώην σύζυγοι εξακολούθησαν να συμβιώνουν στην Αυστρία, γεννήθηκαν δε τέσσερα από τα επτά συνολικώς τέκνα τους. Επρόκειτο να καθοριστεί αν η περίοδος αυτή έπρεπε να ληφθεί υπόψη για τον υπολογισμό των πέντε ετών νομίμου διαμονής από τα οποία η απόφαση 1/80 εξαρτά τη δυνατότητα για τα μέλη της οικογένειας τούρκου εργαζομένου να έχουν πρόσβαση στην αγορά εργασίας της χώρας υποδοχής.

53 — Ομοίως, σκέψεις 46 και 47.

54 — Ομοίως, σκέψεις 49 και 50.

55 — Συλλογή 2000, σ. I-4747 (στο εξής απόφαση Eyüp).

Το Δικαστήριο έλαβε υπόψη τον στόχο της πραγματικής οικογενειακής συνενώσεως στον οποίο αναφέρεται το άρθρο 7, πρώτο εδάφιο, της αποφάσεως 1/80 και έκρινε ότι «αν ληφθούν υπόψη τα ιδιαίτερα πραγματικά στοιχεία της υποθέσεως της κύριας δίκης, και ιδίως το γεγονός ότι η περίοδος της εκτός γάμου συγκατοικήσεως του ζεύγους Eyüp παρεμβάλλεται μεταξύ των δύο γάμων του», η περίοδος αυτή δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως διακοπή της κοινής οικογενειακής ζωής τους και επομένως έπρεπε να ληφθεί πλήρως υπόψη για τον υπολογισμό της διάρκειας της νόμιμης διαμονής⁵⁶.

ερώτημα, αν και για λόγους διαφορετικούς από εκείνους στους οποίους αναφέρεται η προσφεύγουσα στην κύρια δίκη. Πρέπει να επισημανθεί, αφενός, η ευρύτητα πνεύματος την οποία επέδειξε το Δικαστήριο κατά την ερμηνεία εννοιών του οικογενειακού δικαίου σύμφωνα με το πνεύμα και τον σκοπό του κανόνα δικαίου που αναφέρεται σε αυτές και, αφετέρου, η λήψη υπόψη των ιδιαίτεροτήτων της συγκεκριμένης περιπτώσεως που οδήγησαν στην υιοθέτηση επεικειούς λύσεως (ex aequo et bono). Ωστόσο, τα στοιχεία αυτά δεν μπορούν να έχουν αποφασιστική σημασία για την απάντηση που πρέπει να δοθεί στο Court of Appeal.

Από τους ακριβείς όρους που χρησιμοποιεί το Δικαστήριο προκύπτει σαφέστατα ότι αυτό δεν έκρινε ότι, στο κοινοτικό δίκαιο, ένας σταθερός δεσμός μεταξύ δύο προσώπων εξομοιώνεται προς γάμο. Πρέπει εξάλλου να προστεθεί ότι η απόφαση 1/80 αναφέρεται, κατά τρόπο γενικό, στα «μέλη της οικογένειας» του τούρκου εργαζομένου, έννοια έχονχα λιγότερο αυστηρά όρια από τις έννοιες «χήρος» ή «χήρα» που χρησιμοποιούνται το βρετανικό συνταξιοδοτικό σύστημα.

Η απόφαση Eyüp δεν μπορεί ωστόσο να μας διαφωτίσει κατά κάποιον τρόπο ενόψει της απαντήσεως στο υπό εξέταση προδικαστικό

61. Από την προηγούμενη ανάλυση της νομολογίας προκύπτει κατά την άποψή μου ότι δεν είναι δυνατό να συναχθεί από την οδηγία περί ίσης αμοιβής ή από το άρθρο 141 ΕΚ ότι πρέπει να χορηγηθεί στον μη συνδεόμενο με σχέση γάμου σύντροφο μιας εργαζομένης ένα πλεονέκτημα, όπως η σύνταξη, το οποίο προορίζεται αποκλειστικά για τον επιζώντα σύζυγο. Το γεγονός ότι ο εν προκειμένω ενδιαφερόμενος είναι τρανσεξουαλικό άτομο δεν είναι, κατ' αρχήν, καθοριστικό, διότι η ίδια λύση θα επιβαλόταν αν υπήρχαν άλλα εμπόδια για τη σύναψη γάμου. Το ίδιο θα ίσχυε, φυσικά, έναντι συντρόφων του αυτού φύλου, αλλά επίσης έναντι προσώπων που δεν έχουν συμπληρώσει την ηλικία γάμου, στερούνται νομικής ικανότητας, είναι ήδη έγγαμα ή έχουν με τον εργαζόμενο δεσμούς αίματος. Σε καμία από τις περιπτώσεις αυτές δεν μπορεί να απαιτηθεί, τη δεδομένη στιγμή, η καταβολή συντάξεως χηρείας, αυτά δε τα εμπόδια ουδόλως συνιστούν έκφραση άνισης μεταχειρίσεως λόγω φύλου.

⁵⁶ — Απόφαση Eyüp, σκέψη 36.

62. Η ίδια αυτή ανάλυση μας οδηγεί να διερωτηθούμε, όπως ανέφερα ήδη, αναφορικά με το κεντρικό στοιχείο της προκειμένης διαφοράς: την αδυναμία, για τα τρανσεξουαλικά άτομα στο Ηνωμένο Βασίλειο, να συνάψουν γάμο με πρόσωπα του ίδιου βιολογικού φύλου, παρά την ανατομική μεταβολή την οποία υπέστησαν. Οι εκπρόσωποι της Κ. Β. επέμειναν επί του γεγονότος ότι δεν ζητούσαν από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει το δικαίωμα αυτό. Ωστόσο, πέραν του ότι η επιχειρηματολογία αυτή εντασσόταν ενδεχομένως σε κάποια διαδικαστική τακτική, λαμβανομένης υπόψη της νομικής καταστάσεως κατά τον χρόνο κινήσεως της διαδικασίας στην κύρια δίκη, το Δικαστήριο διαθέτει επαρκές περιθώριο εκτιμήσεως για να επιλέξει την κατάλληλη ερμηνευτική οπτική ώστε να δώσει χρήσιμη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο.

63. Το Δικαστήριο διαθέτει ένα άλλο ερμηνευτικό μέσον για να προσεγγίσει το παρόν πρόβλημα, το οποίο μπορούμε να διακρίνουμε σε ορισμένα από τα επιχειρήματα που προέβαλαν οι μετέχοντες στη διαδικασία.

Θα μπορούσε να εξεταστεί ο εύλογος χαρακτήρας της επιλογής της γαμικής σχέσεως ως συνδυακτικού στοιχείου από το οποίο εξαρτάται η χορήγηση, τη δεδομένη στιγμή, συντάξεως χηρείας. Η εξέταση αυτή επιβάλλει να διερωτηθούμε αναφορικά με τον στόχο που επιδιώκει μια σύνταξη αυτού του είδους και, παράλληλα, να διερευνήσουμε αν μια απλή τυπική σύμβαση μπορεί να αντιπροσωπεύει μια σταθερή ένωση ή, τουλάχιστον, αν σχέσεις άλλης φύσεως είναι άξιες παρόμοιας προστασίας. Αυτό το είδος αναλύσεως, που

χαρακτηρίζει μια ώριμη κοινωνία, εντός της οποίας η ουσία υπερισχύει έναντι των τύπων, αρχίζει με το πέρασμα του χρόνου να επιβάλλεται στην πράξη. Συγκεκριμένα, αφενός, επιτρέπεται να τίθεται υπό αμφισβήτηση ο πραγματικός χαρακτήρας του γάμου στον τομέα, π.χ., του δικαίωματος μεταναστεύσεως⁵⁷, ενώ αφετέρου, για λόγους ειλικρίκειας, εξομοιώνονται προς τον δεσμό του γάμου καταστάσεις στερούμενες επίσημης αναγνώρισεως, αλλά χαρακτηριζόμενες από πραγματική συνοίκηση⁵⁸.

Είμαι πεπεισμένος ότι το δίκαιο πρέπει να ακολουθεί, κατά την εξέλιξή του, τέτοιες κατευθύνσεις, αλλά είναι ίσως πρόωρο να τις εφαρμόσουμε στην παρούσα υπόθεση, ιδίως διότι υφίστανται άλλες λύσεις λιγότερο τολμηρές.

64. Μετά την αναδιατύπωσή του, το προδικαστικό ερώτημα αναφέρεται επομένως στο συμβατό με το κοινοτικό δίκαιο μιας εθνικής νομοθεσίας η οποία, μη δεχόμενη τον γάμο μεταξύ τρανσεξουαλικών ατόμων, τους αρνείται τη χορήγηση σύντάξεως χηρείας.

57 — Βλ. συναφώς το ψήφισμα του Συμβουλίου της 4ης Δεκεμβρίου 1997 σχετικά με τα μέτρα που πρέπει να θεσπισθούν όσον αφορά την καταπολέμηση των εικονικών γάμων (ΕΕ C 382, σ. 1).

58 — Βλ. την προσημειωθεύσα απόφαση Eynir.

65. Για να είναι δυνατό να γίνει δεκτή επί της ουσίας η προβαλλόμενη αξίωση, πρέπει να πληρούται μια διπλή προϋπόθεση, ήτοι:

- α) η εθνική νομοθεσία να είναι αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο·
- β) το δικαστήριο να είναι αρμόδιο να αποφανθεί, ήτοι η διαφορά να εμπίπτει σε έναν από τους τομείς που καλύπτει η Συνθήκη.

66. Ουδεμία όμως αμφιβολία υφίσταται επί του ότι η αδυναμία των τρανσεξουαλικών ατόμων στο Ηνωμένο Βασίλειο να συνάψουν γάμο σύμφωνα με το νέο, από άποψη φυσικής καταστάσεως, φύλο τους αντίκειται προς μια γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου.

Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου όσον αφορά τα θεμελιώδη δικαιώματα, το περιεχόμενο των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου πρέπει να συνάγεται από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις στα κράτη μέλη⁵⁹, υπό το φως των στοιχείων που

παρέχουν οι κυρωθείσες από τα κράτη μέλη διεθνείς πράξεις σχετικά με την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου⁶⁰. Επιπλέον, η ΕΣΔΑ έχει συναφώς ιδιαίτερη σημασία⁶¹.

67. Από τα εκτεθέντα ανωτέρω στις παραγράφους 28 και 29 προκύπτει κατ' αρχάς ότι το δικαίωμα των τρανσεξουαλικών ατόμων να συνάψουν γάμο με πρόσωπα του ίδιου βιολογικού φύλου προβλέπεται στις έννομες τάξεις της μεγάλης πλειοψηφίας των κρατών μελών. Σήμερα, δεκατρείς από τις δεκαπέντε χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης το αναγνωρίζουν, είτε με ρητή νομοθετική διάταξη είτε δια της διοικητικής ή δικαστικής πρακτικής. Βάσει του στοιχείου αυτού και μόνον πρέπει να γίνει δεκτό ότι το εν λόγω δικαίωμα εντάσσεται στην κοινή νομική κληρονομιά, διότι αν ο προσδιορισμός των γενικών αρχών εξηρτάτο από την απόλυτη σύμπτωση εντός του συνόλου των κρατών μελών, αυτό θα στερούσε την παρούσα μέθοδο εξετάσεως από κάθε χρησιμότητα.

68. Επιπλέον, μετά τις αποφάσεις του Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων της 11ης Ιουλίου 2002⁶², το δικαίωμα αυτό εντάσσεται στο περιεχόμενο του άρθρου 12 της ΕΣΔΑ. Οι δικαστές του Στρασβούργου αναγνωρίζουν στη δημόσια αρχή ένα ορισμένο

60 — Βλ. την απόφαση της 14ης Μαΐου 1974, 4/73, Nold (Συλλογή τόμος 1974, σ. 277, σκέψη 13).

61 — Βλ. την απόφαση της 18ης Ιουνίου 1991, C-260/89, EPT (Συλλογή 1991, σ. I-2925, σκέψη 41).

62 — Βλ. ανωτέρω την παράγραφο 33.

59 — Βλ. την απόφαση της 17ης Δεκεμβρίου 1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (Συλλογή τόμος 1969-1971, σ. 581, σκέψη 4).

περιθώριο εκτιμήσεως μόνον όσον αφορά τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληροί η αλλαγή φύλου για να είναι πραγματική, τις συνέπειες που απορρέουν από την αλλαγή για τους προγενέστερους γάμους και την υποχρέωση ενημερώσεως του ετέρου μελλονύμφου σχετικά με την αλλαγή αυτή⁶³.

69. Κατά συνέπεια, οι δύο μέθοδοι που χρησιμοποιεί το Δικαστήριο για να δοθεί ορισμένο περιεχόμενο στις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου καταλήγουν στο ίδιο αποτέλεσμα: τα τρανσεξουαλικά άτομα απολαύουν θεμελιώδους δικαιώματος να συνάψουν γάμο υπό συνθήκες λαμβάνουσες υπόψη το νέο φύλο τους.

70. Η διαπίστωση αυτή ωστόσο δεν είναι επαρκής. Όπως επισημαίνει η Βρετανική Κυβέρνηση, το γεγονός και μόνον ότι μια εθνική νομοθεσία δεν είναι συμβατή με θεμελιώδες δικαίωμα αναγνωρισμένο στο κοινοτικό δίκαιο δεν μπορεί να διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του δικαίου αυτού πέραν από τις αρμοδιότητες που παρέχει η Συνθήκη.

71. Είναι συνεπώς αναγκαίο να εξεταστεί αν το ασύμβατο αυτό θίγει ένα από τα δικαιώματα που απορρέουν από πράξεις της Κοινοτήτας, εν προκειμένω την απαγόρευση

κάθε δυσμενούς διακρίσεως λόγω φύλου όσον αφορά την αμοιβή των εργαζομένων.

72. Είναι προφανές και κοινώς δεκτό ότι το δικαίωμα λήψεως συντάξεως χηρείας, υπό τις συνθήκες της υποθέσεως της κύριας δίκης, καλύπτεται από το άρθρο 141 ΕΚ και από την οδηγία 75/117, δεδομένου ότι πρόκειται για παροχή συνδεόμενη με την αμοιβή⁶⁴.

73. Ομοίως, είναι αναμφίβολο ότι πρέπει να χαρακτηριστεί δυσμενής διάκριση λόγω φύλου η άνιση μεταχείριση την οποία υφίστανται τα τρανσεξουαλικά άτομα. Αυτό προκύπτει από την απόφαση Ρ. κατά S., κατά την οποία η έννοια τη δυσμενούς διακρίσεως δεν μπορεί να περιοριστεί «μόνον [στις] διακρίσεις που οφείλονται στο γεγονός ότι ο υφιστάμενος τη διάκριση ανήκει στο ένα από τα δύο φύλα», αλλά περιλαμβάνει επίσης εκείνες «που οφείλονται [...] στην αλλαγή φύλου του ενδιαφερομένου [...]. [Ο]ι διακρίσεις αυτές οφείλονται κυρίως, αν όχι αποκλειστικά, στο φύλο του ενδιαφερομένου»⁶⁵.

Η προσέγγιση αυτή αντικατοπτρίζει επιπλέον το γεγονός ότι τα προβλήματα σχετικά με τον τρανσεξουαλισμό δεν συγχέονται με τα προβλήματα που συνδέονται με τον γενετήσιο προσανατολισμό⁶⁶. Αν η δυσμενής διάκριση την οποία υφίστανται τα τρανσεξουαλικά άτομα δεν θεωρείτο ως στηριζόμενη στο φύλο, θα καταλήγαμε στην παράδοξη κατάσταση κατά την οποία αυτή η κατηγορία ιδιαίτερα ευαίσθητων προσώπων

63 — Σκέψη 103, στο τέλος, της προηγουμενθείας ανωτέρω στην παράγραφο 33 αποφάσεως Goodwin.

64 — Βλ. ανωτέρω τις παραγράφους 23 έως 24 και 40.

65 — Μνημονευθείσα ανωτέρω στην παράγραφο 7 απόφαση Ρ. κατά S., σκέψεις 20 και 21.

66 — Βλ. ανωτέρω την παράγραφο 25.

θα εσπερείτο ειδικής προστασίας στο κοινοτικό πλαίσιο. Υπενθυμίζω ότι ούτε το άρθρο 13 ΕΚ ούτε το άρθρο 21 της Χάρτας Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης περιλαμβάνουν ρητή μνεία των τρανσεξουαλικών ατόμων⁶⁷.

74. Ο ιδιαίτερος χαρακτήρας του προβλήματος που εγείρει η παρούσα υπόθεση, η οποία διακρίνεται εκείνης επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση P. κατά S. είναι ότι η *επίμαχη δυσμενής διάκριση δεν επηρεάζει άμεσα την απόλαυση ενός δικαιώματος προστατευόμενου από τη Συνθήκη, αλλά μια από τις προϋποθέσεις για την παροχή του δικαιώματος αυτού*. Δεν αμφισβητείται ότι η επίμαχη άνιση μεταχείριση δεν αναφέρεται στην αναγνώριση του δικαιώματος επί συντάξεως χηρείας, αλλά μόνον σε μια απαραίτητη προϋπόθεση: την ικανότητα προς σύναψη γάμου.

75. Η διαφορά αυτή δεν μπορεί, αφεαυτής, να οδηγήσει σε λύση διαφορετική από αυτή που υιοθετήθηκε μέχρι τώρα. Το Δικαστήριο πρέπει να επαγρυπνεί όχι μόνον ώστε η άσκηση των προστατευόμενων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων να είναι απαλλαγμένη κάθε απαγορευόμενης διακρίσεως, αλλά επίσης ώστε τα δικαιώματα αυτά να μην υπόκεινται σε προϋποθέσεις αντίθετες προς την ευρωπαϊκή δημόσια τάξη.

67 — Ενώ η πρώτη διάταξη αναφέρεται στις διακρίσεις «λόγω φύλου, φυλετικής ή εθνικής καταγωγής, θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετικού προσανατολισμού», η δεύτερη αναφέρεται στις περιπτώσεις διακρίσεων «λόγω φύλου, φυλετικής καταγωγής, χρώματος, εθνικής ή κοινωνικής καταγωγής, γενετικών χαρακτηριστικών, γλώσσας, θρησκείας ή πεποιθήσεων, πολιτικών ή άλλων απόψεων, εντάξεως σε εθνική μειονότητα, μειουσίας, γεννησεως, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετικού προσανατολισμού».

76. Δεν πρόκειται για τη θέσπιση ενός «ευρωπαϊκού οικογενειακού δικαίου» αλλά για τη διασφάλιση της πλήρους αποτελεσματικότητας της αρχής της απαγορεύσεως κάθε διακρίσεως λόγω φύλου. Ας λάβουμε την υποθετική περίπτωση μιας εθνικής νομοθεσίας που εμποδίζει τις γυναίκες να προβαίνουν σε ορισμένη δικαιοπραξία ή να αποκτήν προσόν από το οποίο εξαρτάται υποχρεωτικά η λήψη αμοιβής. Τέτοιος περιορισμός, υπό την επιφύλαξη αιτιολογήσεως που τηρεί την αρχή της αναλογικότητας και στηρίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια, θα αποτελούσε άμεση διάκριση αντίθετη προς το άρθρο 141 ΕΚ.

Το ίδιο ισχύει για την παρούσα υπόθεση: παρά το ότι η ανισότητα μεταχειρίσεως επενεργεί κατά τρόπο έμμεσο, η δυσμενής διάκριση διατηρεί τον έμμεσο χαρακτήρα της. Είναι δυνατό να γίνει λόγος για έμμεση διάκριση μόνον σε περίπτωση εφαρμογής κριτηρίων διαφορετικών από το κριτήριο του φύλου. Το επίμαχο εμπόδιο οικογενειακού χαρακτήρα έχει όμως ως απαρχή και ως μόνη εξήγηση την αλλαγή φύλου του ενδιαφερομένου, ήτοι ένα στοιχείο στο οποίο αναφέρεται το άρθρο 141 ΕΚ σύμφωνα με την ανωτέρω εκτεθείσα ερμηνεία του Δικαστηρίου.

77. Πέραν της ισότητας στον τομέα της εργασίας, πρόκειται — όπως γίνεται δεκτό με την απόφαση P. κατά S. — για τον σεβασμό της αξιοπρέπειας και της ελευθερίας του οποίου δικαιούνται τα τρανσεξουαλικά άτομα. «Η ανθρωπίνη αξιοπρέπεια και το θεμελιώδες δικαίωμα της αναπτύξεως της προσωπικότητας καθιστούν απαραίτητη την προσταγή του προσωπικού καθεστώτος του ατόμου στο φύλο στο οποίο ανήκει σύμφωνα με τη φυσιολογική και φυσική του κατάσταση

[...]. Για λόγους ασφάλειας δικαίου, ο νομοθέτης θα όφειλε να ρυθμίσει τα ζητήματα σχετικά με την προσωπική κατάσταση που συνδέονται με την αλλαγή φύλου, καθώς και τα αποτελέσματά τους. Ωστόσο, εν αναμονή της θεσπίσεως τέτοιας νομοθεσίας, απόκειται στα δικαστήρια να εφαρμόζουν την αρχή της μη διακρίσεως μεταξύ ανδρών και γυναικών μέχρι την έναρξη της ισχύος μιας ρυθμίσεως που τους μεταχειρίζεται ισότιμα»⁶⁸.

78. Έχω συνείδηση του ότι η ερμηνεία αυτή συνεπάγεται ορισμένα τεχνικά προβλήματα εφαρμογής. Μέχρι να θεσπίσει το Ηνωμένο Βασίλειο τις αναγκαίες διατάξεις ώστε να επιτρέπεται ο γάμος των τρανσεξουαλικών ατόμων, ο εθνικός δικαστής — που είναι επίσης κοινοτικός δικαστής — πρέπει να εξασφαλίζει, σύμφωνα με το εσωτερικό δίκαιο, ότι η δυσμενής διάκριση που υφίστανται τα άτομα αυτά δεν έχει συνέπειες επί των δικαιωμάτων που απορρέουν από τη Συνθήκη. Οι δυνατές λύσεις εξικινούνται από την ερμηνεία των όρων «άνδρας» και «γυναίκα» κατά τρόπο που να επιτρέπει τον γάμο των τρανσεξουαλικών ατόμων⁶⁹ μέχρι τη δημιουργία, για τη συγκεκριμένη περίπτωση, ενός πλασματικού γάμου ή την εγκαθίδρυση ενός χωριστού δεσμού, λιγότερο αυστηρού, που να επιτρέπει στα τρανσεξουαλικά άτομα να λαμβάνουν σύνταξη μετά τον θάνατο του προσώπου το οποίο θα ήταν ο σύζυγός τους αν ένας άδικος κανόνας δεν το είχε απαγορεύσει.

79. Τα τρανσεξουαλικά άτομα υποφέρουν κατά τρόπο βαθύτατο και διαρκή, διότι είναι πεποισμένα ότι είναι θύματα μιας πλάνης της φύσεως. Πολλά από αυτά επέλεξαν την αυτοκτονία. Κατά το πέρασ μακράς και επίπονης διαδικασίας, κατά την οποία η ορμονική αγωγή ακολουθεί τις λεπτές χειρουργικές επεμβάσεις, η ιατρική τους προσφέρει μια μερική ανακούφιση, με την προσέγγιση κατά το μέτρο του δυνατού των εξωτερικών φυσικών χαρακτηριστικών τους προς τα χαρακτηριστικά του φύλου στο οποίο αισθάνονται ότι ανήκουν⁷⁰. Θα θεωρούσα παράλογο, το δίκαιο να μπορεί να περιχαρακώνεται πίσω από απλές τεχνικές εκτιμήσεις για να εμποδίσει να παράγει πλήρη αποτελέσματα μια εξομοίωση που αποκτήθηκε κατά τρόπο τόσο επίπονο.

80. Θα περατώσω τις προτάσεις μου, όπως και ο γενικός εισαγγελέας Tesaurο στην υπόθεση P. κατά S., επαναλαμβάνοντας τους λόγους του γενικού εισαγγελέα Trabucchi που περιλαμβάνονται σε προτάσεις του διατυπωθείσες πριν από τριάντα περίπου έτη: αν θέλουμε το κοινοτικό δίκαιο να μην αποτελεί μόνο μια μηχανική ρύθμιση της οικονομίας, αλλά αντίθετα να συνιστά μια έννομη τάξη που να προσδιάζει στην κοινωνία την οποία πρέπει να διέπει, αν θέλουμε να υπάρχει ένα δίκαιο που να ανταποκρίνεται στην ιδέα της κοινωνικής δικαιοσύνης και στις επιταγές της ευρωπαϊκής ολοκληρώσεως όχι μόνο στο επίπεδο της οικονομίας, αλλά και στο επίπεδο των λαών, δεν μπορούμε να διαψεύσουμε τις προσδοκίες που στηρίζονται σε εμάς⁷¹.

68 — Απόφαση του Bundesverfassungsgericht της 11ης Οκτωβρίου 1978 (BVerfGE 49, p. 286).

69 — Παρά το ότι το House of Lords αρνήθηκε να το πράξει, με την πρόσφατη απόφαση που μνημονεύεται ανωτέρω στην παράγραφο 20, προβαλλοντας κατά κύριο λόγο τις συγκεκριμένες δυσχέρειες εφαρμογής και όχι την αποτελεσματικότητα του θεμελιώδους δικαιώματος, λογική η οποία είναι εκ διαμέτρου αντίθετη προς εκείνη του γερμανικού συνταγματικού δικαστηρίου.

70 — Βλ. τη χωριστή γνώμη του δικαστή Martens, η οποία συνοδεύει την προμνημονευθείσα απόφαση Cossey κατά Ηνωμένου Βασιλείου του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρώπινων Δικαιωμάτων.

71 — Προτάσεις της 10ης Ιουνίου 1975, παράγραφος 6, στην υπόθεση 7/75, απόφαση της 17ης Ιουνίου 1975, κύριος και κυρία F. κατά Βελγικού Δημοσίου (Σύλλογος τόμος 1975, σ. 195).

Πρόταση

81. Στο ερώτημα του Court of Appeal προσήκει επομένως η ακόλουθη απάντηση:

«Η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φύλου, η οποία διατυπώνεται στο άρθρο 141 ΕΚ, αντιτίθεται σε εθνική νομοθεσία η οποία, αρνούμενη στα τρανσεξουαλικά άτομα το δικαίωμα να συνάψουν γάμο σύμφωνα με το φύλο που απέκτησαν εκ των υστέρων, τα εμποδίζει να λάβουν σύνταξη χηρείας.»