



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHAŁA BOBEKA
przedstawiona w dniu 5 grudnia 2017 r.¹

Sprawa C-451/16

MB
przeciwko
Secretary of State for Work and Pensions

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supreme Court of the United Kingdom (Zjednoczone Królestwo)]

Odesłanie prejudycjalne – Równe traktowanie kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego – Dyrektywa 79/7/EWG – Odmowa przyznania emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego osobie transpłciowej w wieku 60 lat, która poddała się operacji zmiany płci z męskiej na żeńską – Warunki uznania zmiany płci – Warunki związane z obowiązkiem unieważnienia poprzedniego małżeństwa

I. Wprowadzenie

1. MB jest osobą transpłciową, która przeszła operację zmiany płci z męskiej na żeńską. Żyje ona w związku małżeńskim z kobietą od 1974 r. Jako kobieta żyje od 1991 r., a w 1995 r. przeszła operację zmiany płci. W 2008 r. ukończyła 60 lat, czyli osiągnęła ówczesny ustawowy wiek emerytalny dla kobiet w Zjednoczonym Królestwie. Powódka złożyła wniosek o przyznanie emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego. Wniosek powódki został odrzucony z uwagi na to, że nie przeszła ona procedury prawnej dotyczącej uznania zmiany płci. W związku z tym, zgodnie z prawem krajowym, MB nadal była mężczyzną.

2. MB zdecydowała się nie ubiegać o uznanie płci w ramach procedury przewidzianej w prawie krajowym w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy. Przyczyna tego była prosta: jednym z warunków takiego uznania prawnego było to, że musiała być stanu wolnego, ponieważ Zjednoczone Królestwo nie zezwalało wówczas na małżeństwa osób tej samej płci. Dla MB oznaczałoby to konieczność uzyskania unieważnienia małżeństwa, czemu ona i jej żona były przeciwne.

3. Pytanie skierowane przez Supreme Court of the United Kingdom w świetle opisanych okoliczności faktycznych jest proste: czy warunek pozostawania w stanie wolnym jest sprzeczny z zakazem dyskryminacji ze względu na płeć w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, o którym mowa w dyrektywie 79/7/EWG²?

¹ Język oryginału: angielski.

² Dyrektywa Rady z dnia 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego (Dz.U. 1979, L 6, s. 24).

4. Okoliczności faktyczne i żądanie w niniejszej sprawie przypominają te z wyroku Richards³. Jednakże sprawa Richards dotyczyła *niemożności* prawnego uznania zmiany płci powódki. Od czasu wejścia w życie Gender Recognition Act 2004 (ustawy o uznawaniu płci z 2004 r.) stan prawny zmienił się. Chociaż w następstwie przyjęcia ustawy z 2004 r. uznanie stało się możliwe, fakt ten wywołał jednak również szereg dodatkowych pytań. Czy dyrektywa 79/7 ma zastosowanie do określonych w prawie krajowym *warunków* uznawania zmiany płci? Od którego momentu osoba transpłciowa korzysta z ochrony przewidzianej w dyrektywie 79/7? Czy zakaz dyskryminacji ze względu na płć między osobami transpłciowymi a osobami cispłciowymi ma zastosowanie tylko wtedy, gdy zmiana płci została prawnie uznana w prawie krajowym?

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

5. Zgodnie z art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7:

„Zasada równego traktowania oznacza brak jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na płć, bądź bezpośrednio, bądź pośrednio, poprzez odwołanie, zwłaszcza do stanu cywilnego lub rodzinnego, w szczególności jeżeli chodzi o:

- zakres stosowania systemów i warunki objęcia systemami,
- obowiązek opłacania i obliczanie wysokości składek,
- obliczanie wysokości świadczeń, w tym podwyżek należnych z tytułu małżonka i na osobę będącą na utrzymaniu, oraz jeżeli chodzi o warunki dotyczące okresu wypłaty świadczeń i zachowanie prawa do świadczeń”.

6. Artykuł 7 ust. 1 dyrektywy 79/7 stanowi, że:

„Niniejsza dyrektywa nie narusza prawa państw członkowskich do wyłączenia z jej zakresu:

- a) ustalenia wieku emerytalnego dla celów przyznania rent i emerytur oraz skutków mogących z tego wynikać w odniesieniu do innych świadczeń;

[...]”.

B. Prawo Zjednoczonego Królestwa

1. Wiek emerytalny

7. Zjednoczone Królestwo zastosowało odstępstwo dopuszczone na gruncie art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 79/7.

³ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r. (C-423/04, EU:C:2006:256).

8. Jak wskazano w postanowieniu odsyłającym, łączny skutek (i) sekcji 44 Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (ustawy o składkach i świadczeniach z zabezpieczenia społecznego z 1992 r.) oraz definicji „wieku emerytalnego” z sekcji 122 tej ustawy oraz (ii) pkt 1 załącznika 4 do Pensions Act 1995 (ustawy o emeryturach z 1995 r.) jest taki, że kobiety urodzone przed dniem 6 kwietnia 1950 r. uzyskują prawo do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego w wieku 60 lat, a mężczyźni urodzeni przed dniem 6 grudnia 1953 r. uzyskują do niej prawo w wieku 65 lat.

2. Gender Recognition Act

9. Gender Recognition Act (ustawę o uznawaniu płci z 2004 r.) uchwalono w 2004 r. Ustawa ta weszła w życie w dniu 4 kwietnia 2005 r.

10. Sekcja 1 ustawy o uznaniu płci, w wersji obowiązującej w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, przewiduje, że osoba, która ukończyła 18 lat, może zwrócić się do Gender Recognition Panel (komitetu ds. uznawania płci) o pełne świadectwo uznania płci odnotowujące zmianę jej płci biologicznej „na podstawie [...] faktu życia w innej płci”.

11. Kryteria służące ustaleniu, czy doszło do zmiany płci, określono w sekcjach 2 i 3 ustawy o uznawaniu płci. Zgodnie z sekcją 2 komitet ds. uznawania płci jest zobowiązany do uwzględnienia wniosku, jeżeli u wnioskodawcy wystąpiła lub występuje dysforia płciowa, wnioskodawca żył z nabytą płcią przez co najmniej dwa lata przed datą złożenia wniosku, zamierza żyć z nabytą płcią do śmierci i spełnia wymogi dowodowe określone w sekcji 3. Wymogi dowodowe zawarte w sekcji 3 obejmują dostarczenie opinii dwóch lekarzy lub lekarza i psychologa.

12. Zgodnie z sekcją 9 ustawy o uznawaniu płci w przypadku wydania pełnego świadectwa uznania płci nabyta płeć staje się płcią danej osoby na potrzeby wszelkich celów. Punkt 7 załącznika 5 do ustawy o uznawaniu płci dotyczy w szczególności skutku, jaki pełne świadectwo uznania płci wywiera na prawo do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego: po wydaniu świadectwa wszelkie decyzje dotyczące uprawnień emerytalnych należy podejmować w taki sposób, jak gdyby płcią danej osoby była zawsze płeć nabyta.

13. Ustawa o uznawaniu płci zawierała przepis szczególny dotyczący wnioskodawców pozostających w związku małżeńskim, ponieważ w chwili przyjmowania ustawy ważny prawnie związek małżeński mógł zostać zawarty wyłącznie między mężczyzną a kobietą⁴. Zgodnie z sekcją 4 ust. 2 ustawy o uznawaniu płci niepozostający w związku małżeńskim wnioskodawca, który spełnia kryteria uznania płci z sekcji 2 i 3, jest uprawniony do uzyskania pełnego świadectwa uznania płci. Z kolei zgodnie z sekcją 4 ust. 3 ustawy o uznawaniu płci pozostający w związku małżeńskim wnioskodawca, który spełnia te same kryteria, jest uprawniony jedynie do uzyskania *tymczasowego* świadectwa uznania płci. Tymczasowe świadectwo uznania płci uprawnia jedynie pozostającego w związku małżeńskim wnioskodawcę do ubiegania się o unieważnienie małżeństwa przez sąd, zgodnie z sekcją 12 lit. g) Matrimonial Causes Act 1973 [ustawy o sprawach małżeńskich z 1973 r. (zmienionej ustawą o uznaniu płci)]. Wnioskodawca staje się uprawniony do uzyskania pełnego świadectwa uznania płci wyłącznie po wydaniu względem niego orzeczenia o unieważnieniu małżeństwa (w Anglii i Walii).

3. Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób tej samej płci

14. Civil Partnership Act (ustawa o zarejestrowanych związkach partnerskich osób tej samej płci) została przyjęta w 2004 r. i weszła w życie w dniu 5 grudnia 2005 r. Ustawa ta przewidywała prawne uznanie związków homoseksualnych z chwilą rejestracji.

4 Co potwierdzono w sekcji 11 lit. c) Matrimonial Causes Act 1973 (ustawy o sprawach małżeńskich z 1973 r.).

15. Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 [ustawa o małżeństwie (osób tej samej płci) z 2013 r.] weszła w życie w dniu 10 grudnia 2014 r. Zezwala ona osobom tej samej płci na zawieranie związków małżeńskich. Załącznik 5 do tej ustawy zmienił sekcję 4 ustawy o uznawaniu płci z 2004 r., stanowiąc, że komitet ds. uznawania płci musi wydać pełne świadectwo uznania płci wnioskodawcy pozostającemu w związku małżeńskim, jeżeli zgodzi się na to współmałżonek wnioskodawcy.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

16. MB urodziła się w 1948 r., po urodzeniu została zarejestrowana jako mężczyzna i w 1974 r. wstąpiła w związek małżeński. W 1991 r. MB zaczęła żyć jako kobieta. W 1995 r. przeszła operację zmiany płci.

17. Chociaż ustawa o uznawaniu płci weszła w życie w 2005 r., MB nie ubiegała się o świadectwo uznania płci. Powodem takiego stanu rzeczy był fakt, iż ona i jej żona nadal żyją razem i chcą pozostać małżonkami. Ze względów religijnych nie chcą unieważnić swojego małżeństwa, nawet jeżeli może ono zostać zastąpione zarejestrowanym związkiem partnerskim osób tej samej płci.

18. W 2008 r. MB ukończyła 60 lat, osiągając wiek emerytalny dla kobiet urodzonych przed dniem 6 kwietnia 1950 r. Powódka złożyła wniosek o emeryturę z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego. Wniosek ten odrzucono na tej podstawie, że z powodu braku pełnego świadectwa uznania płci nie może ona być traktowana jako kobieta do celów określenia wieku emerytalnego.

19. MB (zwana dalej „powódką”) zaskarżyła tę decyzję do sądów krajowych. Podniosła ona, że warunek pozostawania w stanie wolnym stanowi dyskryminację stojącą w sprzeczności z dyrektywą 79/7: uniemożliwia on jej uzyskanie emerytury z chwilą osiągnięcia wieku emerytalnego, do którego jest uprawniona jako kobieta.

20. W tych okolicznościach Supreme Court of the United Kingdom zwrócił się do Trybunału z pytaniem, „[c]zy uregulowanie prawa krajowego uzależniające prawo osoby, która zmieniła płeć, do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego nie tylko od spełnienia fizycznych, społecznych i psychologicznych kryteriów uznania zmiany płci, ale też od pozostawania w stanie wolnym, jest zgodne z dyrektywą Rady 79/7/EWG [w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego]?”.

21. Powódka, rząd Zjednoczonego Królestwa i Komisja Europejska przedłożyli uwagi na piśmie. Wspomniane zainteresowane strony przedstawiły także swoje stanowiska ustnie na rozprawie w dniu 26 września 2017 r.

IV. Ocena

A. Uwaga wstępna: które pytanie?

22. „Dwa w jednym” to zwrot, który częściej pojawia się w reklamie niż we wstępie do opinii sądowych. Wyrażenie to jest jednak dość istotne w kontekście niniejszego odesłania. Za pozorną prostotą pytania skierowanego przez Supreme Court of the United Kingdom kryje się drugie, głębsze pytanie. Stąd niniejszą sprawę można rozpatrywać z dwóch zupełnie odmiennych punktów widzenia.

23. Po pierwsze, podejście wąskie koncentruje się na dostępie do świadczeń z zabezpieczenia społecznego: czy dyrektywa 79/7 stoi na przeszkodzie wymogowi prawa krajowego, który oprócz spełnienia fizycznych, społecznych i psychologicznych kryteriów uznania zmiany płci przewiduje również, że osoba, która zmieniła płeć, nie może pozostawać w związku małżeńskim, aby mogła kwalifikować się do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego?

24. Po drugie, mamy do czynienia z bardziej zawiłym podejściem, prowadzącym do powstania podstawowego pytania, które jest inne, ale nadal powiązane z podejściem węższym. Pytanie to dotyczy zgodności z podstawowymi prawami do prywatności, życia prywatnego i prawa do zawarcia małżeństwa, w przypadku gdy państwo członkowskie (i) odmawia zezwolenia na małżeństwa osób tej samej płci, a w związku z tym (ii) odmawia uznania zmiany płci, jeżeli miałyby to doprowadzić do sytuacji, w której dwie osoby tej samej płci pozostawałyby w ważnym związku małżeńskim (osób tej samej płci).

25. Trudność niniejszej sprawy nie leży jednak moim zdaniem w udzieleniu odpowiedzi na którekolwiek z tych dwóch pytań. Chodzi raczej o wybór pytania. Po dokonaniu tego wyboru może pojawić się dodatkowa trudność w pogodzeniu odpowiedzi na każde z nich.

26. Kwestia ta jest wyraźnie widoczna w uwagach przedstawionych Trybunałowi. W pewnym sensie każda ze stron przedstawiła argumenty z różnej perspektywy. Powódka i Komisja skupiły się na wąskim rozumieniu tej kwestii. Uznały one, że warunek niepozostawania w związku małżeńskim jest równoznaczny z dyskryminacją, która jest wykluczona na gruncie art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7. Podczas rozprawy powódka została poproszona o odniesienie się również do szerszych konsekwencji wynikających ze sprawy. W odpowiedzi jednak powódka w sposób zdecydowany stwierdziła, że wąskie podejście, jak pokazano w pytaniu Supreme Court of the United Kingdom, odzwierciedlało rzeczywistą sprawę przedłożoną Trybunałowi. Natomiast argumenty przedstawione przez rząd Zjednoczonego Królestwa opierają się na twierdzeniach, które dotyczą szerszego pytania o prawa podstawowe. Na poparcie swojego stanowiska rząd ten często powoływał się również na niedawne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC)⁵.

27. Pytanie zadane przez Supreme Court of the United Kingdom wyraźnie odzwierciedla wąskie podejście. Pomimo szerszych implikacji związanych z pytaniami postawionymi w niniejszej sprawie, do których sąd odsyłający również w pomocny sposób odwołuje się w swoim postanowieniu, sąd ten zdecydował się sformułować swoje pytanie, koncentrując się na zgodności wymogu niepozostawania w związku małżeńskim z dyrektywą 79/7.

28. Ponadto warto podkreślić, że w postanowieniu odsyłającym i w tekście samego pytania sąd odsyłający przeprowadził również szereg ocen stanu faktycznego. Po pierwsze, sąd ten wyraźnie wskazuje w pytaniu, że sporny wymóg nałożono na osobę, która *zmieniła* płeć. Po drugie, sąd odsyłający potwierdza również, że wymóg niepozostawania w związku małżeńskim nałożono *dodatkowo* w stosunku do wymogu spełnienia fizycznych, społecznych i psychologicznych kryteriów uznania zmiany płci.

29. W takich okolicznościach faktycznych i odpowiadając na wąskie pytanie skierowane do Trybunału przez sąd odsyłający, mogę jedynie stwierdzić, że wymóg niepozostawania w związku małżeńskim, mający w rzeczywistości zastosowanie jedynie do osób transpłciowych w celu uzyskania przez nie emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, jest sprzeczny z art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 (sekcja B poniżej). Niemniej jednak odpowiem również na argumenty przedstawione przez rząd Zjednoczonego Królestwa odnośnie do szerszego rozumienia tego pytania, nawet jeśli nie może ono zmienić odpowiedzi udzielonej na węższe określone pytanie (sekcja C). Podkreślę, dlaczego sprawa ta ma w rzeczywistości raczej wąski charakter, również pod względem jej skutków, i jest bardziej ograniczona niż sugerują szersze argumenty dotyczące praw podstawowych (sekcja D).

5 Kwestię tę omówiono szczegółowo w pkt 92–94 niniejszej opinii poniżej.

B. Wąski zakres pytania

30. Nie ulega wątpliwości, że świadczenie będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, a mianowicie emerytura z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 79/7. Dyrektywa ta zakazuje wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć w zakresie warunków dostępu do systemów zabezpieczenia społecznego zapewniających ochronę między innymi przed ryzykiem starości⁶.

31. Czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z zakazem dyskryminacji? Zgodnie ze standardową linią orzecznictwa Trybunału⁷ aby istniała dyskryminacja bezpośrednia, musi zachodzić nierówne traktowanie porównywalnej grupy osób ze szkodą dla grupy objętej ochroną. Musi się to odbywać na podstawie jednej z chronionych przyczyn, bez jakiegokolwiek możliwego obiektywnego uzasadnienia takiego odmiennego traktowania.

32. Do celów prezentacyjnych w niniejszej sekcji oceniam najpierw, czy istnieje chroniona przyczyna (1). Następnie przejdę do kwestii porównywalności osób transpłciowych⁸ i cispłciowych⁹ (2), jak również istnienia nierównego traktowania (3). W końcowej części niniejszej sekcji poddam analizie brak możliwości uzasadnienia dyskryminacji bezpośredniej w kontekście legislacyjnym dyrektywy 79/7 (4).

1. W przedmiocie chronionej przyczyny

33. Z utrwalonego już orzecznictwa wynika, że zakaz dyskryminacji ze względu na płeć przewidziany w prawie Unii obejmuje swym zakresem dyskryminację ze względu na zmianę płci¹⁰. Ponadto prawodawca Unii wyraźnie uwzględnił tę istotną zmianę, potwierdzając, że zasada równego traktowania kobiet i mężczyzn „ma [...] także zastosowanie do dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci danej osoby”¹¹.

⁶ Artykuł 3 ust. 1 lit. a) i art. 4 ust. 1 tiret pierwsze dyrektywy 79/7.

⁷ W ujęciu ogólnym i w odniesieniu do różnych aktów zob. na przykład wyroki: z dnia 21 lipca 2005 r., Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495); z dnia 18 listopada 2010 r., Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703); z dnia 12 września 2013 r., Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544); a także z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823).

⁸ Terminologia w złożonej dziedzinie tożsamości płciowej nie jest prosta. W literaturze „osoby transpłciowe” to w ujęciu ogólnym określenie osób, które przechodzą z jednej roli płciowej do drugiej, ale niekoniecznie zmieniają swoją płeć fizjologiczną (poprzez operacje chirurgiczne). Pojęcie „transseksualny” odnosi się do tych, którzy dostosowują swoją płeć do swojej tożsamości płciowej poprzez fizjologiczną transformację za pomocą praktyk medycznych polegających na zmianie płci. W celu wyjaśnienia terminologii zob. L. Zimman, *Transsexuality*, *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 2016, s. 2360–2362. W niniejszej opinii będę posługiwać się pojęciem „transpłciowość”. Niemniej, odnosząc się do konkretnych okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, będę trzymać się terminologii stosowanej przez sąd odsyłający, który posługuje się terminem osoby „transseksualne”. Ten ostatni termin będzie też przeze mnie używany w kontekście odesłań do orzecznictwa Trybunału, w którym był on użyty.

⁹ Pojęcia „cispłciowy” i „cisseksualny” stosuje się w opozycji do określeń „transpłciowy” i „transseksualny” i zasadniczo odnoszą się one do osób, których tożsamość płciowa odpowiada płci przypisanej w chwili narodzin. Aby zapoznać się z dyskusją poświęconą stosowaniu tych pojęć zob. P. Cava, *Cisgender and Cissexual*, *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*, 2016, s. 267–271.

¹⁰ Wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170); z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256).

¹¹ Motyw 3 dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana) (Dz.U. 2006, L 204, s. 23).

34. Pierwsza sprawa rozpatrywana była w 1996 r. W wyroku P./S. Trybunał odrzucił rozumienie dyskryminacji ze względu na płeć jako dwutorowej koncepcji opartej na przeciwstawności dwóch wzajemnie wykluczających się kategorii¹². Taki rezultat został podyktowany celem i charakterem praw zagwarantowanych w dyrektywach dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć oraz faktem, że prawo do tego, by nie być dyskryminowanym ze względu na płeć, stanowi podstawowe prawo człowieka¹³. Ponadto objęcie zmiany płci zakresem pojęcia dyskryminacji ze względu na płeć było związane z obowiązkiem poszanowania godności i wolności osób transseksualnych¹⁴.

35. Trybunał potwierdził zatem, że zakres zakazu dyskryminacji ze względu na płeć nie może ograniczać się „po prostu do dyskryminacji wynikającej z faktu, że dana osoba jest przedstawicielem tej czy innej płci”¹⁵. Dyskryminacja mająca swoje podłoże w zmianie płci stanowi dyskryminację, która „dotyczy zasadniczo, jeżeli nie wyłącznie, płci zainteresowanej osoby”¹⁶. W późniejszym orzecznictwie Trybunał konsekwentnie uwzględnia szczególny charakter dyskryminacji ze względu na zmianę płci jako wyraz dyskryminacji ze względu na płeć¹⁷.

2. W przedmiocie grup porównywalnych

36. Fakt, że zmiana płci została wyraźnie uwzględniona jako jedna z chronionych przyczyn (lub statusów), nie ułatwił rozpatrywania powiązanej kwestii porównywalności, a wręcz przeciwnie. Zmiana płci jest procesem charakteryzującym się znaczną dynamiką, podważającym bardziej tradycyjne i statyczne porównywanie kobiet i mężczyzn. Skutecznie prowadzi to do zmiany źródła porównania w ruchomy cel, a nawet uniemożliwia identyfikację jakiegokolwiek wyraźnie zdefiniowanej grupy porównywalnej¹⁸.

37. Trybunał rozwiązał już ten problem koncepcyjny. Uznając, że zmiana płci jest objęta zakresem dyskryminacji ze względu na płeć, Trybunał potwierdził, że szczególna sytuacja osób transpłciowych nie wyklucza objęcia ich ochroną, czyniąc z nich grupę nieporównywalną¹⁹. Uznanie zmiany płci jako podkategorii dyskryminacji ze względu na płeć za zakazaną przyczynę wymusza uelastycznienie ram porównywalności²⁰.

12 Tamta sprawa dotyczyła dyrektywy Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.U. 1976, L 39, s. 40). Jak ujął to rzecznik generalny G. Tesaro, twierdzenie, że „nie można mówić o dyskryminacji między dwiema płciami” w sprawie dotyczącej zmiany płci, jest „pokrętną, formalistyczną interpretacją”, opinia w sprawie P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, pkt 20). Tego rodzaju dwutorowe podejście prawne powszechnie uznaje się ponadto za nieprzystające do rzeczywistości naukowej. Zobacz J.A. Greenberg, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology*, *Arizona Law Review* 1999, Vol. 41, s. 265–328.

13 Wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996, P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 20); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 24).

14 Wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 22).

15 Wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 20); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 24).

16 Wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 21).

17 Wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 36) w odniesieniu do art. 157 TFUE (dawnego art. 141 WE); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 38) w odniesieniu do dyrektywy 79/7.

18 W doktrynie jako źródło tych trudności wskazuje się fakt, że sprawy dotyczące zmiany płci rozpatruje się w świetle przepisów odnoszących się do dyskryminacji ze względu na płeć, a nie z uwagi na szczególną przesłankę opierającą się na tożsamości płciowej. Zobacz np. C. Tobler, *Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, Vol. 74, s. 521–561, s. 543 i nast.

19 Wyroki: z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170); z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256). W odniesieniu do tej debaty zob. na przykład J. Mulder, *EU Non-Discrimination Law in the Courts. Approaches to Sex and Sexualities Discrimination in EU Law*, Hart Publishing, Oxford 2017, s. 49; lub S. Agius, C. Tobler, *Trans and Intersex People* (Luksemburg, Urząd Publikacji Unii Europejskiej), 2012, s. 35 i nast.

20 Skok pojęciowy przypomina tu ten powstały w wyniku włączenia dyskryminacji ze względu na ciążę do zakresu pojęcia dyskryminacji ze względu na płeć, np. wyrok z dnia 8 listopada 1990 r., Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, pkt 17). Jednakże zamiast pozbyć się elementu porównawczego, w przypadku osób transpłciowych porównanie jest raczej rozszerzone. Aby zapoznać się z tą dyskusją, zob. na przykład P. Skidmore, *Sex, gender and Comparators in Employment Discrimination*, *Industrial Law Journal*, 1997, Vol. 26, s. 51–61, s. 60; R. Wintemute, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, *Modern Law Review*, 1997, Vol. 60, s. 334–359, s. 340; M. Bell, *Shifting conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v. SWT*, *European Law Journal*, 1999, Vol. 5, s. 63–81.

38. Orzecznictwo Trybunału odzwierciedla złożoność tej dziedziny poprzez dostosowanie ram odniesienia w zależności od wskazywanej dyskryminacji i kontekstu prawnego. Dynamiczny charakter zmiany płci oznacza, że ochrona przyznana przez prawo Unii nie jest nierozzerwalnie związana z „punktem docelowym” – pełnym prawnym uznaniem przez prawo krajowe skutków prawnych tej zmiany płci²¹.

39. W związku z tym, w zależności od konkretnego kontekstu i charakteru przedmiotowych żądań, wybór źródeł porównania może być różny. Sytuację osoby transpłciowej można porównać z sytuacją osoby cispłciowej, której płeć odpowiada płci sprzed zmiany, np. w przypadku zwolnienia z pracy noszącego znamiona dyskryminacji²². Można ją jednak również porównać z sytuacją osoby cispłciowej, której płeć odpowiada „nowej” płci, na przykład w odniesieniu do dostępu do świadczeń na warunkach mających zastosowanie do płci nabytej²³.

40. Innymi słowy, w zależności od kontekstu sprawy i biorąc pod uwagę nieodłączną dynamikę zmiany płci, porównanie można przeprowadzić albo w odniesieniu do „punktu wyjścia”, albo w odniesieniu do „punktu docelowego”.

41. Niniejsza sprawa należy do tej ostatniej kategorii. Powódka domaga się prawa dostępu do emerytury w wieku emerytalnym obowiązującym dla kobiet. Podobnie jak w wyroku Richards, który również dotyczył dyrektywy 79/7 i dostępu do świadczeń emerytalnych²⁴, w tym przypadku osoby badane do celów porównania (źródła porównania) to z jednej strony osoby transpłciowe, które przeszły zmianę płci z męskiej na żeńską, a z drugiej kobiety cispłciowe. Celem porównania (tertium comparationis) jest dostęp do emerytury jako rodzaju systemu zabezpieczenia społecznego.

42. Rząd Zjednoczonego Królestwa zakwestionował jednak możliwość porównania kobiet transpłciowych z kobietami cispłciowymi. Rząd ten utrzymuje, że te pierwsze nie znajdują się w sytuacji porównywalnej z tymi drugimi. Dzieje się tak dlatego, że kobiety cispłciowe nie mogą pozostawać w związku małżeńskim z kobietami, ale kobiety transpłciowe mogą pozostawać we wcześniejszym związku małżeńskim z osobą tej samej obecnie płci po uznaniu zmiany płci. Dlatego też te dwie kategorie i związane z nimi warunki są zupełnie nieporównywalne.

43. Nie podzielam tego stanowiska. Argumentacja rządu Zjednoczonego Królestwa ma na celu wyodrębnienie jednej z dodatkowych, nieistotnych cech elementów porównania – kwestii stanu cywilnego – i uczynienie jej elementem decydującym o porównywalności. Inaczej mówiąc, rząd Zjednoczonego Królestwa skutecznie chce przededefiniować cel porównania z kwestii dostępu do świadczeń emerytalnych na kwestię stanu cywilnego. Stan cywilny sam w sobie nie ma jednak znaczenia dla dostępu do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego ani dla cispłciowych kobiet, ani dla cisseksualnych mężczyzn.

44. Dość wymowne jest, że interpretując porównywalność w ten sposób, rząd Zjednoczonego Królestwa opiera się przede wszystkim na niedawnym orzeczeniu ETPC²⁵. Orzeczenie to dotyczyło jednak konkretnie kwestii stanu cywilnego jako warunku uznania zmiany płci, a nie dostępu do systemów zabezpieczenia społecznego. W ten sposób elementy porównania i jego cel interpretowane

21 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256); w żadnym z przypadków powódki nie uzyskały prawnego uznania płci nabytej.

22 Taki przypadek rozpatrywano w wyroku z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 21). W tamtej sprawie dyskryminację ze względu na płeć stwierdzono podczas procesu zmiany płci. Trybunał orzekł, że „w przypadku rozwiązania umowy o pracę z daną osobą z tego powodu, że zamierza ona poddać się lub poddała się zabiegom prowadzącym do zmiany płci, osoba taka jest traktowana niekorzystnie w porównaniu z osobami tej płci, za której przedstawiciela była uważana przed poddaniem się zabiegom prowadzącym do zmiany płci”.

23 Taka sytuacja była przedmiotem rozważań w wyroku z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256).

24 Wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 29).

25 Wyrok ETPC z dnia 16 lipca 2014 r. w sprawie Hämäläinen przeciwko Finlandii (CE:ECHR:2014:0716JUD003735909, §§ 65–66).

były, co rozumiałe, w sposób odmienny. Natomiast w niniejszej sprawie, do celów dostępu do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, elementy, które decydują o znaczeniu różnic i podobieństw w odniesieniu do spornego świadczenia, to przede wszystkim wiek i wysokość składek wpłaconych do systemu²⁶.

45. W tej ostatniej kwestii rząd Zjednoczonego Królestwa argumentował podczas rozprawy, że obok wieku i składek, płeć danej osoby jest kolejnym istotnym elementem w kwestii dostępu do zabezpieczenia społecznego. Argument ten w szczególnym kontekście niniejszej sprawy sprowadza się do kolejnej trudności: odmienne traktowanie ze względu na płeć w odniesieniu do rent i emerytur jest dozwolone na gruncie dyrektywy 79/7 jedynie w drodze wyjątku, na podstawie odstępstwa wyraźnie dopuszczonego w jej art. 7 ust. 1 lit. a). Nie obejmuje to jednak, jak stwierdził już Trybunał w wyroku Richards, odmienne traktowania ze względu na zmianę płci²⁷. Poza wyjątkami przewidzianymi w dyrektywie stwierdzenie „braku porównywalności” nie może zatem opierać się na przyczynach chronionych (w tym przypadku zmianie płci).

46. Podsumowując: uważam, że do celów dostępu do systemów zabezpieczenia społecznego sytuacja kobiet cispłciowych i transpłciowych jest porównywalna w kontekście niniejszej sprawy.

47. Chciałbym przedstawić dwie bardziej ogólne uwagi końcowe w tej kwestii. Po pierwsze, przy ocenie porównywalności dwóch lub więcej elementów (osób, grup osób) w kontekście zakazu (bezpośredniej) dyskryminacji poziom abstrakcji nieodłącznie związany z tym ćwiczeniem umysłowym może być wyższy niż poziom przewidziany w ustawodawstwie krajowym. Ogólnie rzecz biorąc, w odniesieniu do celu porównania – czy elementy porównania wykazują więcej podobieństw niż różnic? W przeciwnym wypadku oraz w sytuacji, gdy kwestia porównywalności byłaby intelektualnie z góry określona przez kategorie ustanowione w ustawodawstwie krajowym, w większości przypadków, tak jak w obecnym²⁸, ustawodawstwo krajowe samo określi zbiór możliwych porównań poprzez zakres jego stosowania. Taka ocena będzie miała z pewnością charakter błędnego koła, bez rzeczywistej możliwości przeprowadzenia kontroli²⁹.

48. Po drugie, tak nieodłączny stopień abstrakcji jest dodatkowo podkreślany przez fakt, iż „transpłciowość” jest stanem wyjątkowym. Właśnie ten wyjątkowy charakter sprawił, że konieczne stało się przede wszystkim przyjęcie szczególnych przepisów prawnych, w których przewidziano by uznanie i jego warunki. Byłoby jednak dość osobliwe, gdyby fakt ten został uznany za równoznaczny z całkowitym wykluczeniem wszystkich elementów objętych tymi uregulowaniami z jakiegokolwiek oceny (nie)dyskryminacyjnej lub gdyby wykorzystano go do stworzenia dość jednostkowych lub dziwnych elementów porównania. Ponownie należy więc podkreślić, że z uwagi na to, iż stan ten jest uznawany, wyjątkowy i przejściowy, przy ocenie porównywalności konieczne jest zastosowanie znacznie wyższego poziomu abstrakcji.

26 Rzeczywiście, badanie porównywalności nie powinno być przeprowadzane całościowo lub abstrakcyjnie, lecz ze szczególnym i konkretnym odniesieniem do danego świadczenia oraz z należyтым uwzględnieniem celu i warunków przyznania takiego świadczenia. Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 10 maja 2011 r., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, pkt 42, 43); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 33).

27 Wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 35–37).

28 Ocena byłaby więc w pewnym sensie dość szybka: ponieważ ustawa o uznawaniu płci z 2004 r. ma zastosowanie *wyłącznie* do osób transpłciowych, to ich pozycja nie może być naturalnie porównywana z sytuacją osób cispłciowych, ponieważ dla celów wszystkich elementów związanych ze zmianą płci lub wynikających z niej, zgodnie z definicją zawartą w ustawodawstwie krajowym, te dwie grupy są wyraźnie nieporównywalne.

29 Problem ten nie ogranicza się do obszaru prawa dotyczącego dyskryminacji, lecz dotyczy również innych dziedzin prawa Unii, w których porównywalność stanowi element oceny, np. w ramach pojęcia selektywności w dziedzinie pomocy państwa. Aby zapoznać się z dyskusją poświęconą podobnym problemom, zob. na przykład moja opinia w sprawie Belgia/Komisja (C-270/15 P, EU:C:2016:289, pkt 40–46).

3. W przedmiocie nierównego traktowania

49. Rząd Zjednoczonego Królestwa zaprzecza, jakoby doszło do nierównego traktowania. Zarówno kobiety cispłciowe, jak i transpłciowe mogą korzystać z emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego w wieku 60 lat. Jednakże osoba należąca do którejkolwiek z tych kategorii nie może pozostawać w związku małżeńskim z kobietą.

50. Powyższy argument jest nieprzekonujący.

51. Po pierwsze, w pewnym stopniu argument ten stanowi powtórzenie lub przedłużenie kwestii porównywalności. Myli się w nim pojęcie nierównego traktowania w zakresie dostępu do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego i kwestię prawa do zawarcia małżeństwa. Po drugie, pomija on różnicę między zakazem zawierania związków małżeńskich osób tej samej płci z obowiązkiem unieważnienia małżeństwa, które zostało uprzednio w sposób ważny zawarte, co stanowi rzeczywistą treść warunku będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Po trzecie, okolicznością związaną z drugą kwestią jest to, że każdy z tych zakazów ma po prostu zastosowanie w różnych momentach czasu, do różnych osób i do różnych celów.

52. Na mocy rozpatrywanych przepisów krajowych pełne prawne uznanie zmiany płci jest uzależnione od stanu cywilnego. Rodzi to szczególne i konkretne konsekwencje, które w tym przypadku mają znaczenie: jedynie dla osób transpłciowych dostęp do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego wiąże się albo z byciem stanu wolnego, albo z zakończeniem małżeństwa. I odwrotnie, dostęp kobiet cispłciowych do emerytury nie jest w żaden sposób związany z ich stanem cywilnym. Dotyczy on jedynie składek i kwalifikowalności w zależności od wieku. Aby móc ubiegać się o emeryturę, nie muszą one oczywiście kończyć małżeństwa. Jak już wspomniano³⁰, stan cywilny nie jest zatem kryterium oceny nierównego traktowania, lecz stanem prowadzącym do nierównego traktowania w zakresie dostępu do świadczeń emerytalnych.

53. A zatem, patrząc na kwestię traktowania z punktu widzenia dostępu do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, różnicę w traktowaniu w tym przypadku można przedstawić w dość prosty sposób: w przypadku osób cispłciowych stan cywilny nie odgrywa żadnej roli w dostępie do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego. Natomiast osoby transpłciowe pozostające wcześniej w związku małżeńskim podlegają obowiązkowi unieważnienia małżeństwa.

4. Uzasadnienie

54. Wymóg niepozostawania w związku małżeńskim stwarza różnicę w traktowaniu *bezpośrednio* ze względu na płeć. Wymóg ten ma zastosowanie wyłącznie do osób, które przeszły zmianę płci. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału w sprawie P./S. odmienne traktowanie ze względu na zmianę płci opiera się „zasadniczo, jeżeli nie wyłącznie, na płci zainteresowanej osoby”³¹.

³⁰ Punkty 43, 44 niniejszej opinii powyżej.

³¹ Wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 21).

55. Bezpośrednia dyskryminacja ze względu na płeć jest dozwolona wyłącznie w konkretnych przypadkach wymienionych w art. 7 dyrektywy 79/7³². W szczególności art. 7 ust. 1 lit. a) zezwala państwom członkowskim na utrzymanie innego wieku emerytalnego dla kobiet i mężczyzn w celu uzyskania uprawnień do emerytury. Jednakże odmienne traktowanie w niniejszej sprawie nie może być ujęte ani w ramach tego wyjątku, ani w ramach innych możliwych podstaw odstępstwa od zasady równego traktowania przewidzianego w dyrektywie³³. W szczególności Trybunał odrzucił już zastosowanie odstępstwa zawartego w art. 7 ust. 1 lit. a) w celu uzasadnienia różnicy w traktowaniu osób transseksualnych i osób, których płeć nie wynika ze zmiany płci³⁴.

56. W tych okolicznościach nierówne traktowanie, będące przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, stanowi bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć, która nie może być obiektywnie uzasadniona (gdyż takie uzasadnienie jest zarezerwowane dla przypadków dyskryminacji pośredniej)³⁵.

5. Wniosek częściowy

57. W związku z powyższym wydaje się, że art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie stosowaniu wymogu, zgodnie z którym oprócz spełnienia fizycznych, społecznych i psychologicznych kryteriów uznania zmiany płci osoba, która zmieniła płeć, w celu uzyskania emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego nie może pozostawać w związku małżeńskim.

C. Szerszy kontekst

58. Powyższa ocena, jakkolwiek może być jednoznaczna, nie odzwierciedla w pełni złożoności argumentów prawnych leżących u podstaw sporu w niniejszej sprawie.

59. Rzeczywiście można argumentować, że prawdziwym sednem niniejszej sprawy nie jest dostęp do świadczeń z zabezpieczenia społecznego, lecz raczej warunki uznawania zmiany płci, które istnieją w prawie krajowym. Warunek „niepozostawania w związku małżeńskim” nie jest warunkiem dostępu do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, lecz jednym z warunków uzyskania zaświadczenia o zmianie płci. Zaświadczenie to jest jednak rozstrzygnięciem w przedmiocie stanu cywilnego, jednym z etapów usuniętym i niezależnym od ewentualnego późniejszego wniosku o emeryturę. Innymi słowy, wskutek pominięcia tego etapu pośredniego powstaje fałszywa przyczynowość: nie jest to warunek, aby nie pozostawać w związku małżeńskim osób tej samej płci w celu uzyskania emerytury, lecz aby wydano zaświadczenie o zmianie płci.

32 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału na gruncie dyrektywy 79/7 dyskryminację bezpośrednio ze względu na płeć można uzasadnić jedynie na podstawie wyraźnych odstępstw w niej zawartych. Zobacz w tym względzie na przykład wyroki: z dnia 30 marca 1993 r., Thomas i in. (C-328/91, EU:C:1993:117, pkt 7); z dnia 1 lipca 1993, van Cant (C-154/92, EU:C:1993:282, pkt 12); z dnia 30 stycznia 1997 r., Balestra (C-139/95, EU:C:1997:45, pkt 32); z dnia 3 września 2014 r., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, pkt 34, 35); jak również opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie X (C-318/13, EU:C:2014:333, pkt 32–34). Zachodzi tu spójność z podejściem dotyczącym bezpośredniej dyskryminacji, przewidzianym w innych aktach (zob. orzecznictwo przytoczone w przypisie 7 do niniejszej opinii). Ponadto Trybunał wielokrotnie oświadczał, że z uwagi na podstawowe znaczenie zasady równego traktowania przewidziany w tym przepisie wyjątek od zakazu dyskryminacji ze względu na płeć powinien być interpretowany ściśle [wyrok z dnia 18 listopada 2010 r., Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo)].

33 Artykuł 4 ust. 2 odnosi się do przepisów dotyczących ochrony kobiet ze względu na macierzyństwo. Artykuł 7 ust. 1 umożliwia państwom członkowskim wyłączenie z jej zakresu określonej liczby przepisów, korzyści i świadczeń w zakresie zabezpieczenia społecznego.

34 Wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 34–37).

35 Dla pełności wyводу należy dodać, że powódka podnosi tytułem ewentualnym, opierając się na oficjalnych statystykach, że wymóg niepozostawania w związku małżeńskim stanowi również pośrednią dyskryminację między osobami transseksualnymi, które przeszły zmianę płci z męskiej na żeńską, a osobami transseksualnymi, które przeszły zmianę płci z żeńskiej na męską. Dzieje się tak dlatego, że ma on szerszy wpływ na pierwszą grupę niż na drugą. W świetle wniosku, że wymóg niepozostawania w związku małżeńskim prowadzi w niniejszej sprawie do bezpośredniej dyskryminacji, nie ma potrzeby badania tego argumentu.

60. Ta linia argumentacji, przedstawiona przez rząd Zjednoczonego Królestwa, opiera się na kilku elementach. Po pierwsze, ustanowienie warunków uznawania zmiany płci wchodzi w zakres kompetencji państw członkowskich (1). Po drugie, warunek niepozostawania w związku małżeńskim ma na celu zapobieganie istnieniu małżeństw osób tej samej płci. Jest to cel porządku publicznego, do którego realizacji państwa członkowskie są uprawnione zgodnie z prawem, ponieważ posiadają wyłączną kompetencję w zakresie stanu cywilnego (2). Po trzecie, wykluczenie warunku niepozostawania w związku małżeńskim jedynie do celów dyrektywy 79/7 podważy jasność i spójność przepisów krajowych dotyczących stanu cywilnego i zmiany płci (3). Po czwarte, warunek, aby nie pozostawać w związku małżeńskim, jest zgodny z Europejską Konwencją Praw Człowieka (zwaną dalej „konwencją”) w myśl wykładni ETPC (4).

61. Wspomniane argumenty zasługują na szczegółową analizę. Ujawniają one wyjątkową złożoność i delikatność kwestii podniesionych w niniejszej sprawie. Niemniej jednak, jakkolwiek istotne są one w ujęciu ogólnym, z powodów przedstawionych przeze mnie bardziej szczegółowo poniżej argumenty te napotykać na istotne trudności w konkretnym kontekście niniejszej sprawy. Mianowicie z punktu widzenia oceny wąskiego zakresu pytania dotyczącego zgodności spornego warunku z dyrektywą 79/7.

1. Argument 1: uprawnienia dyskrecjonalne państw członkowskich w zakresie ustanawiania warunków uznawania zmiany płci

62. Zainteresowane strony, które przedstawiły swoje uwagi, ogólnie uznają, że państwa członkowskie są zobowiązane do ustanowienia procedur na mocy prawa krajowego, które umożliwiają pełne prawne uznanie zmiany płci. Wymóg ten wynika nie tylko z obowiązków państw członkowskich jako stron konwencji³⁶, lecz także, w szczególności, z prawa Unii i dyrektywy 79/7³⁷.

63. Dlatego też określenie pewnych warunków jest nierozzerwalnie związane z ustanowieniem takiej procedury. Złożoność niniejszej sprawy wynika z faktu, że dotyczy ona jednego ze szczególnych warunków przewidzianych w procedurze wprowadzonej już przez państwo członkowskie. W kontekście niniejszej sprawy po raz pierwszy według mojej wiedzy zwrócono się do Trybunału o zbadanie zakazu dyskryminacji ze względu na płeć w odniesieniu do warunków wstępnych uznania zmiany płci. Wszystkie poprzednie przypadki dotyczące osób transpłciowych odnosiły się do sytuacji, w których nie istniały krajowe procedury uznawania lub nie miały one zastosowania do okoliczności sprawy³⁸.

64. Pod tym względem odpowiednim precedensem jest wyrok Richards. Trybunał stwierdził w nim, że miała miejsce dyskryminacja ze względu na płeć (zmianę płci) w zakresie dostępu do emerytury. Przyczyną takiego stanu rzeczy był fakt, iż S.M. Richards (osoba transseksualna po operacji zmiany płci z męskiej na żeńską) nie mogła uzyskać prawnego uznania jej zmiany płci w Zjednoczonym Królestwie. W związku z tym wyrok Richards dotyczył kwestii niemożności prawnego uznania płci nabytej przez osobę transseksualną. W następstwie wyroków Richards i Goodwin Zjednoczone Królestwo wprowadziło procedurę uznawania zmiany płci.

³⁶ Wyroki ETPC: z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, § 93); w sprawie I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR:2002:0711JUD002568094, § 73); z dnia 23 maja 2006 r. w sprawie Grant przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR:2006:0523JUD003257003, §§ 39–40).

³⁷ Wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 33–35) w odniesieniu do art. 157 TFUE (dawnego art. 141 WE); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 28–30).

³⁸ Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 35). Trybunał zgłosił ważne zastrzeżenie: „Mając na uwadze, że do państw członkowskich należy określenie przesłanek prawnego uznania zmiany płci osoby znajdującej się w sytuacji R., jak zresztą stwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka (ww. wyrok w sprawie Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 103), zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy w przypadku takim jak rozpatrywany przez sąd krajowy osoba w sytuacji K.B. może powoływać się na art. 141 WE w celu uznania jej prawa do wyznaczenia swojego partnera jako beneficjenta renty rodzinnej”.

65. Jak podnosi rząd Zjednoczonego Królestwa, w wyroku Richards Trybunał wyraźnie stwierdził, że „do państw członkowskich należy określenie warunków prawnego uznania zmiany płci danej osoby”³⁹.

66. Mając na uwadze te względy, można by argumentować, że w przeciwieństwie do *braku możliwości* w wyroku Richards, w sytuacji gdy istnieje procedura uznawania zmiany płci, państwa członkowskie dysponują swobodą w ustalaniu istotnych *warunków*. Swoboda decydowania w przedmiocie ustanowienia warunków prawnego uznania zmiany płci pociągałaby za sobą skutek tego rodzaju, że po ustanowieniu procedury osoby przechodzące zmianę płci byłyby objęte zakresem ochrony zakazu dyskryminacji ze względu na płeć jedynie w sytuacji, gdy ich płeć nabyta została prawnie uznana zgodnie z procedurą krajową.

67. Zgodnie z tą logiką wniosek w niniejszej sprawie jest taki, że warunek niepozostawania w związku małżeńskim nie stanowi *bezpośredniego* wymogu dostępu do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, lecz wymóg uznania zmiany płci. Nierówne traktowanie powstałoby w wyniku „jednego etapu za dużo” do dostępu do emerytury. Wynikałoby to z faktu, że powódka nie spełnia wymogów uznania zmiany płci.

68. Taki tok rozumowania wiąże się jednak z co najmniej trzema trudnościami.

69. Po pierwsze, Trybunał odrzucił już podobny argument dotyczący „odległego charakteru” w wyroku K.B.⁴⁰. Tamta sprawa dotyczyła osoby transseksualnej, która nie mogła uzyskać dostępu do renty rodzinnej, ponieważ (1) nie była zamężna, (2) osoba transseksualna nie mogła wstąpić w związek małżeński z osobą mającą płeć, do której należała przed operacją zmiany płci, a (3) zmiana płci nie była prawnie możliwa. W tamtym przypadku Trybunał stanął więc w obliczu sytuacji, w której nierówność traktowania nie odnosiła się do przyznania samej renty, lecz do koniecznego *warunku wstępnego* przyznania takiej renty: zdolności do zawarcia małżeństwa⁴¹. Fakt ten nie stał na przeszkodzie temu, aby Trybunał zbadał kwestię zgodności przepisów krajowych z art. 157 TFUE (dawnym art. 141 WE). Trybunał wysnuł więc wniosek, że „przepis krajowy stojący na przeszkodzie temu, by transseksualista – w przypadku nieuznania jego nowej płci – mógł spełnić warunek konieczny do przyznania mu prawa chronionego przez prawo [Unii], należy uznać za – co do zasady – niezgodny z wymogami prawa [Unii]”⁴².

70. Po drugie, na poziomie bardziej konceptualnym podejście takie całkowicie uzależniłoby zakres stosowania prawa Unii dotyczącego zakazu dyskryminacji ze względu na płeć od różnych warunków ustanowionych na szczeblu krajowym. Korzystanie z praw przyznanych na mocy prawa Unii byłoby uzależnione od nieograniczonych uprawnień dyskrecyjnych państw członkowskich. Warunki takie mogłyby nie tylko regulować kwestie techniczne natury fizjologiczno-medycznej i psychologiczno-społecznej, lecz także obejmować różne wymogi mające na celu ochronę moralności lub wartości. Nieograniczone uprawnienia dyskrecyjne w tym zakresie wiązałyby się z ryzykiem, iż dyskryminacja ze względu na zmianę płci, zakazana dyrektywą, mogłaby powrócić tylnymi drzwiami w formie warunków wstępnych lub warunków związanych z uznaniem stanu, niezależnie od ich treści⁴³.

39 Wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 35); z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, pkt 21).

40 Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7).

41 Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 30).

42 Wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 r., Richards, C-423/04 (EU:C:2006:256, pkt 31). To orzeczenie odnosi się do wyroku z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 30–34).

43 Dotyczy to również warunków związanych ze stanem *cywilnym*, które zostały wyraźnie określone w art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 jako przykładowy element, w odniesieniu do którego państwa członkowskie muszą zachować szczególną czujność, aby nie dopuścić się dyskryminacji pośredniej.

71. Prowadząc tę logikę do granic absurdu, prawny wymóg noszenia różowej sukienki co najmniej dwa dni w tygodniu, aby zostać uznaną (społecznie i kulturowo) za kobietę, byłby słuszny, gdyby był prawnym warunkiem wstępnym uznania zmiany płci. Jestem gotowy uznać, że warunek w niniejszej sprawie ma zupełnie inny charakter. Gdzie i w jaki sposób można by jednak rozróżnić warunki „akceptowalne” (niepodlegające jakiegokolwiek kontroli) od tych „nieakceptowalnych” (które mogą podlegać kontroli)? Ponadto warunki „akceptowalne” jako takie i w ujęciu abstrakcyjnym mogłyby nadal, w pewnych kontekstach faktycznych lub prawnych, prowadzić do nieakceptowalnych rezultatów.

72. Po trzecie, należy pamiętać, że logika, zgodnie z którą warunki zmiany płci byłyby wyłączone spod jakiegokolwiek kontroli, nie uwzględniałaby również dynamiki uznania płci jako procesu, o czym wspomniano już w pkt 36–38 niniejszej opinii. Innymi słowy, ze względu na nieodłączną dynamikę transpłciowości, ochrona jest potrzebna nie tylko w sytuacji, gdy osoba uzyska pełne uznanie płci, lecz także (a czasami raczej w szczególności) w odniesieniu do drogi, która do tego stanu rzeczy prowadzi.

73. Podkreślam, że stworzenie warunków dla prawnego uznania zmiany płci pozostaje zadaniem państw członkowskich⁴⁴. Nie oznacza to jednak, że przy przyjmowaniu takich procedur i opracowywaniu warunków państwa członkowskie działają całkowicie poza zakresem prawa Unii i w związku z tym nie poddają się żadnemu rodzajowi kontroli. Państwa członkowskie muszą przecież wykonywać swoje kompetencje w sposób zgodny z prawem Unii, w szczególności z przepisami dotyczącymi zasady niedyskryminacji⁴⁵.

74. Powyższe rozważania prowadzą mnie do ostatniej kwestii, związanej z wcześniejszą dyskusją: kwestii etapu lub momentu, w którym osoba transpłciowa staje się uprawniona do równego traktowania i zakazu dyskryminacji na mocy prawa Unii⁴⁶. Po raz kolejny należy podkreślić, że nie ma reguły ogólnej czy żelaznej zasady. Każdy przypadek musi być rozpatrywany indywidualnie w świetle konkretnej sytuacji i zadanego pytania.

75. Jeżeli chodzi o szczególną sytuację rozpatrywaną w niniejszej sprawie, sąd odsyłający wyraźnie wskazał w odesłaniu prejudycjalnym, że dotyczy ona osoby, która de facto zmieniła już płeć. Ponadto sąd krajowy orzekł również, że powódka *spełniła* wszystkie fizyczne, społeczne i psychologiczne kryteria uznania zmiany płci.

76. Z punktu widzenia konkretnego pytania w niniejszej sprawie należy podkreślić, że chodzi nie o wymóg niepozostawania w związku małżeńskim jako ogólny warunek uznania stanu, lecz o jego wpływ na dostęp do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego, o której mowa w dyrektywie 79/7. Jeżeli, jak stwierdzono powyżej w pkt 69–73 niniejszej opinii, uznaje się potrzebę poddania warunków zmiany płci kontroli w celu stwierdzenia ich zgodności z prawem Unii, możliwość powoływania się na ochronę przewidzianą w dyrektywie koniecznie obejmuje te osoby fizyczne, które twierdzą, że to właśnie te warunki utrudniają im dostęp do praw przyznanych im na gruncie prawa Unii.

77. W związku z tym w kontekście niniejszej sprawy ani uprawnienia państw członkowskich do określenia warunków zmiany płci, ani też odległy charakter takich warunków dostępu do renty z tytułu zabezpieczenia społecznego nie prowadzi do wniosków, które różniłyby się od tych zawartych w sekcji B niniejszej opinii.

44 Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., K.B. (C-117/01, EU:C:2004:7, pkt 35).

45 W odniesieniu do stanu cywilnego zob. w szczególności wyroki: z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 59); z dnia 10 maja 2011 r., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, pkt 38); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 26); z dnia 24 listopada 2016 r., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 58).

46 Zgodnie z opinią rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie Richards (C-423/04, EU:C:2005:787, pkt 57) kwestia ta była już omawiana podczas rozprawy w sprawie Richards. Rzecznik generalny nie ustosunkował się jednak do tej kwestii, ponieważ uznał, że w przypadku osób transseksualnych po operacji zmiany płci uprawnienie do emerytury było oczywiste.

2. Argument 2: stan cywilny jako kwestia regulowana przez przepisy prawa krajowego

78. Rząd Zjednoczonego Królestwa argumentował, że stwierdzenie niezgodności warunku niepozostawania w związku małżeńskim z dyrektywą 79/7 zmusiłoby państwa członkowskie do uznawania małżeństw osób tej samej płci, nawet jeśli takie małżeństwa nie były (w tym czasie) dozwolone na mocy prawa krajowego.

79. Nie podzielam tego stanowiska. Z praktycznego punktu widzenia – gdyby sporny warunek został uznany za niezgodny z dyrektywą 79/7, wymagałoby to jedynie zapewnienia dostępu do spornego świadczenia niezależnie od tego konkretnego warunku. Nie oznacza to oczywiście, że prawo krajowe nie może dłużej przewidywać takiego wymogu. Jest to oczywiste. Nie może on jednak być stosowany jako warunek wstępny dostępu do świadczeń objętych dyrektywą i niezwiązanych ze stanem cywilnym, takich jak emerytura.

80. Rozpatrywana sprawa dotyczy świadczenia (emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego), które w żaden sposób nie zależy od stanu cywilnego ani powiązań prawnych między partnerami. Jak już wyjaśniono powyżej⁴⁷, prawo do emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego jest ogólnie uzasadnione, w ramach systemów dla mężczyzn lub kobiet, wysokością składek i wiekiem wnioskodawców.

81. Powyższy wniosek w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z twierdzeniem, że kwestie stanu cywilnego leżą w zakresie kompetencji państw członkowskich. W wyroku Parris Trybunał orzekł, że „stan cywilny i wynikające z tego świadczenia to kwestie, które należą do kompetencji państw członkowskich, i że prawo [Unii] tej kompetencji nie narusza”⁴⁸. Państwa członkowskie mają zatem swobodę w zakresie wprowadzenia małżeństwa dla osób tej samej płci lub alternatywnej formy prawnego uznania ich relacji⁴⁹. Jednakże należy raz jeszcze przypomnieć, że wykonując kompetencje związane ze stanem cywilnym, państwa członkowskie muszą postępować zgodnie z prawem Unii⁵⁰.

82. W związku z tym w zakresie, w jakim odpowiedź na ten argument nie została jeszcze udzielona w ramach odpowiedzi na poprzedni argument, z którym częściowo się pokrywa, uważam, że odpowiedź, której ma udzielić Trybunał, zgodnie ze stanowiskiem powódki i Komisji, nie przesądza kwestii związanych ze stanem cywilnym zainteresowanych osób.

3. Argument 3: jasność i spójność

83. Rząd Zjednoczonego Królestwa podniósł, że w przypadku uwzględnienia argumentów powódki zainteresowane państwo członkowskie musiałyby prawnie uznać jej nabytą płć, nawet jeśli powódka pozostawałaby w związku małżeńskim, do wszystkich celów objętych dyrektywą 79/7. Uprawnienie państw członkowskich do nakładania i egzekwowania tych warunków stałoby się wówczas faktycznie uzależnione od danej dziedziny: byłoby ograniczone w dziedzinach objętych prawem Unii, w szczególności dyrektywą 79/7, ale wówczas pozostałoby takie samo w innych dziedzinach, takich jak te nieobjęte zakresem prawa Unii. Wyraźnie osłabiłoby to zdolność państw członkowskich do zapewniania jasności i spójności ustawodawstwa krajowego oraz posiadania jednego (powszechnie obowiązującego) systemu w ramach swojego ustawodawstwa dotyczącego uznawania zmiany płci i stanu cywilnego.

47 Punkty 44 i 52 niniejszej opinii.

48 Wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 59). Zobacz także wyroki: z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 59); z dnia 10 maja 2011 r., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, pkt 38); z dnia 12 grudnia 2013 r., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 26).

49 Wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 59).

50 Zobacz pkt 73 i przypis 45 powyżej.

84. W pełni zgadzam się z wolą państw członkowskich, aby mogły wypełniać swoje obowiązki regulacyjne w sposób jak najbardziej jasny i spójny. Jednakże w tym konkretnym przypadku rozpatrywanym przez Trybunał nie dostrzegam, w jaki sposób wniosek, że warunek w niniejszej sprawie jest wykluczony przez dyrektywę 79/7, mógłby utrudnić takie starania.

85. Wydaje się, że sytuację prawną osób transpłciowych w Zjednoczonym Królestwie charakteryzuje szczególnie elastyczne podejście do przejawów płci w różnych dziedzinach prawa i administracji.

86. Jak wskazała powódka, czego nie zakwestionował rząd Zjednoczonego Królestwa, jest ona określona jako kobieta w paszporcie i prawie jazdy, które zostały wydane przez władze Zjednoczonego Królestwa, od 1991 r. Na rozprawie rząd ten utrzymywał jednak, że wydawanie tych dokumentów jest zwykłą wewnętrzną „praktyką administracyjną”, pozbawioną jakiegokolwiek znaczenia prawnego. Nie chcąc być postrzegany jako formalista będący entuzjastą dowodów osobistych, muszę przyznać, iż mam pewne intelektualne trudności z zaakceptowaniem twierdzenia, że oficjalne dokumenty wydawane przez państwo członkowskie miałyby nie mieć żadnego znaczenia prawnego.

87. Ponadto, jak twierdzi powódka, zgodnie z prawem przeszła ona operację zmiany płci w ramach państwowej służby zdrowia w Anglii⁵¹.

88. Oczywiście jest również, że ustawa o uznawaniu płci reguluje odrębnie, w różnych załącznikach, system prawny i konkretne konsekwencje zmiany płci w zależności od przedmiotu rozważań⁵². Ponadto z wyjaśnień przedstawionych Trybunałowi wynika, że procedura uznawania płci stosowana w odniesieniu do osób pozostających w związku małżeńskim jest podzielona na dwie części. Pierwsza faza prowadzi do uzyskania tymczasowego świadectwa uznania, w którym oceniane są wszystkie wymagania medyczne, psychologiczne i społeczne. Oznaczałoby to już pełne uznanie dla osób niepozostających w związku małżeńskim. Drugi krok prowadzi do unieważnienia małżeństwa (w Anglii i Walii). Tym samym elementy techniczne/naukowe dotyczące uznania zmiany płci są oceniane niezależnie od dodatkowego wymogu dotyczącego stanu cywilnego. To zdysocjowanie na dwa wyraźnie zróżnicowane etapy administracyjne procedury wskazuje na to, że możliwe jest przeprowadzenie odrębnych etapów administracyjnych oceny różnych warunków bez uszczerbku dla jasności i spójności.

89. Wszystkie te uwagi mają na celu podkreślenia faktu, iż trudno jest utrzymywać, że istnieje jeden uniwersalny system, od którego zależą wszystkie pozostałe skutki w prawie krajowym. Wydaje się raczej, iż w rzeczywistości istnieje szereg równoległych i niejako niezależnych systemów prawnych. Również w tym przypadku wyłącznie do państw członkowskich należy decyzja, w jaki sposób zamierzają one uregulować wewnętrznie kwestie stanu cywilnego. Jeżeli jednak regułą jest (normalnie całkiem chwalebna i rozumiała) elastyczność uzależniona od dziedziny, to trudno jest jednocześnie zachować nadrzędne znaczenie i imperatyw wyjątkowego systemu oraz jego ogólną spójność.

90. Wreszcie, na zakończenie i dodatkowo, pojawia się kwestia elementu czasowego. Wymóg rozważany w niniejszej sprawie nie został wykuty w kamieniu. Zmieniał się on kilkakrotnie. Dowodzi tego fakt, że powódka, mimo zawarcia związku małżeńskiego, kwalifikowałaby się do emerytury w wieku 60 lat przed wejściem w życie ustawy o uznawaniu płci w 2005 r. (w wyniku zastosowania wyroku Richards). Taka sytuacja miałaby jednak miejsce również po wejściu w życie ustawy

⁵¹ Podobny brak spójności został wyraźnie podkreślony w wyroku ETPC z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR: 2002:0711JUD002895795, § 78). „W tej sprawie, podobnie jak w wielu innych, zmiany płci skarżącego dokonano w ramach państwowej służby zdrowia, która uznaje zaburzenie, jakim jest dysforia płciowa, i przewiduje między innymi zmianę płci poprzez operację w celu osiągnięcia, jako jednego z głównych celów, możliwie jak najbardziej zbliżonego upodobnienia do płci, do której osoba transseksualna postrzega swoją właściwą przynależność. Trybunał jest zaskoczony faktem, że mimo to zmiana płci, która jest zapewniana zgodnie z prawem, nie spotyka się z pełnym uznaniem prawnym, które można uznać za ostatni i kulminacyjny krok w długim i trudnym procesie transformacji, jaki przeszła osoba transseksualna. Spójność praktyk administracyjnych i prawnych w ramach systemu krajowego należy uznać za istotny czynnik oceny przeprowadzanej na mocy art. 8 konwencji”.

⁵² Zobacz na przykład sekcje 10–21 i załączniki 1–6. W szczególności załącznik 5 reguluje szczególne aspekty świadczeń i emerytur.

o małżeństwie z 2013 r. W związku z tym tylko jeden (zależny od wieku) zestaw osób transpłciowych w pewnym sensie wpada w szczylinę między dwoma różnymi systemami regulacyjnymi. To również nie umacnia twierdzenia o zasadniczej ogólnej spójności systemu, tym razem w odniesieniu do jego wymiaru czasowego.

91. Podsumowując: obawy dotyczące jasności i spójności sformułowane przez rząd Zjednoczonego Królestwa, niezależnie od tego, jak słuszne wydają się na poziomie zasad, nie przekonują w kontekście tej konkretnej sprawy.

4. Argument 4: wymóg nie stoi w sprzeczności z prawami podstawowymi

92. W swoich uwagach rząd Zjednoczonego Królestwa w szerokim zakresie oparł się na względach praw człowieka oraz na orzecznictwie ETPC. Czyni to po to, aby poprzeć tezę, że warunek niepozostawania w związku małżeńskim nie jest sprzeczny z prawem Unii. W szczególności rząd ten powołał się na wyroki ETPC w sprawach Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, R. i F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu⁵³ oraz Hämäläinen przeciwko Finlandii⁵⁴. W tamtych sprawach warunek związany z małżeństwem został uznany za zgodny z art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 12 (prawo do zawarcia małżeństwa) konwencji.

93. W sprawach Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu oraz R. i F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu ETPC zbadał w szczególności wymóg niepozostawania w związku małżeńskim przewidziany w ustawie o uznawaniu płci. Skargi zostały uznane za oczywiście bezzasadne. W swojej wykładni art. 8 konwencji w kontekście tych spraw ETPC przywiązywał wielką wagę do faktu, że skarżący mogą kontynuować swój związek poprzez zarejestrowany związek partnerski osób tej samej płci, z zachowaniem niemalże tych samych praw i obowiązków. W rezultacie osiągnięto właściwą równowagę między spornymi interesami. Nie uznano za nieproporcjonalne skutków ustanowionego w ustawie o uznaniu zmiany płci wymogu niepozostawania w związku małżeńskim. W odniesieniu do podniesionego naruszenia art. 12 konwencji Europejski Trybunał Praw Człowieka przypomniał, że postanowienie to zawiera tradycyjne pojęcie małżeństwa jako związku między kobietą a mężczyzną. Stwierdził on, że kwestia małżeństw osób tej samej płci wchodzi w zakres uznania układających się stron.

94. Temat wymogu podobnego do tego rozpatrywanego był przedmiotem rozważań wielkiej izby ETPC w sprawie w Hämäläinen przeciwko Finlandii. Sprawa ta dotyczyła osoby transpłciowej po operacji zmiany płci z męskiej na żeńską, pozostającej w związku małżeńskim z kobietą. Zgodnie z prawem fińskim osoba ta była zobowiązana do przekształcenia swojego małżeństwa w zarejestrowany związek partnerski osób tej samej płci, aby jej zmiana płci była prawnie uznawana. Europejski Trybunał Praw Człowieka odnotował brak konsensusu europejskiego oraz obecność delikatnych kwestii moralnych i etycznych. Przyznał on państwu szeroki margines uznania⁵⁵ i uważnie rozważył możliwości przekształcenia małżeństwa skarżącej w zarejestrowany związek partnerski osób tej samej płci. Europejski Trybunał Praw Człowieka doszedł jednak do wniosku, że fiński system nie jest nieproporcjonalny i że osiągnięto właściwą równowagę między konkurencyjnymi interesami. Europejski Trybunał Praw Człowieka doszedł do takiego samego wniosku w odniesieniu do art. 12 konwencji. Skarga skarżącej dotycząca art. 14 konwencji (niedyskryminacja) w związku z art. 8 i 12 konwencji również została oddalona, ponieważ uznano, że w tym kontekście sytuacja osób cisseksualnych i transseksualnych nie jest wystarczająco podobna do celów porównania.

53 W przedmiocie dopuszczalności zob. orzeczenia ETPC z dnia 28 listopada 2006 r.: w sprawie Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR:2006:1128DEC004297105); w sprawie R. i F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (CE:ECHR:2006:1128DEC003574805).

54 Wyrok z dnia 16 lipca 2014 r. w sprawie Hämäläinen przeciwko Finlandii (CE:ECHR:2014:0716JUD003735909).

55 Wyrok z dnia 16 lipca 2014 r. w sprawie Hämäläinen przeciwko Finlandii (CE:ECHR:2014:0716JUD003735909, §§ 74, 75).

95. Nie można zakwestionować znaczenia powyższego orzecznictwa ETPC z ogólnego punktu widzenia. Zgodnie z artykułem 52 ust. 3 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, w zakresie, w jakim karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w konwencji, ich znaczenie i zakres są takie same.

96. Jednakże, jak wyraźnie podkreślono w sekcji B powyżej, kwestia rozpatrywana w niniejszej sprawie *nie* dotyczy prawa do życia rodzinnego (art. 7 karty) ani prawa do zawarcia małżeństwa (art. 9 karty), które są prawami równorzędnymi z tymi zapisanymi w art. 8 i 12 konwencji.

97. W związku z tym nie jest konieczne rozpoczynanie debaty na temat tego, czy norma prawa Unii ma charakter bardziej ochronny niż norma konwencji, czy też szeroki margines uznania pozostawiony przez ETPC w obliczu „braku konsensusu europejskiego” w szerszej Europie w odniesieniu do małżeństw osób tej samej płci można w pełni transponować w kontekście Unii Europejskiej. Pytanie o to, czy warunek niepozostawiania w związku małżeńskim jest zgodny z tymi prawami podstawowymi, zwyczajnie nie stanowi kwestii podniesionej w niniejszej sprawie.

98. Niniejsza sprawa dotyczy zakazu dyskryminacji ze względu na płeć w dziedzinie zabezpieczenia społecznego przewidzianego w dyrektywie 79/7. Prawo do niedyskryminacji ze względu na płeć jest w istocie jednym z praw podstawowych przewidzianych zarówno w karcie, jak i w szerszym systemie prawa Unii⁵⁶. Znalazło to swój konkretny wyraz w wielu aktach prawa wtórnego, w szczególności, do celów niniejszej sprawy, w dyrektywie 79/7. Takie są ramy prawne analizy tej sprawy, którą przeprowadzono w poprzednich sekcjach.

99. Argumenty przedstawione przez rząd Zjednoczonego Królestwa opierały się na różnych prawach podstawowych: prawie do życia prywatnego i rodzinnego oraz prawie do zawarcia małżeństwa. Debata na temat przestrzegania tych praw podstawowych ma bez wątpienia znaczenie dla potencjalnej oceny ustawodawstwa krajowego w zakresie małżeństwa i stanu cywilnego. Nie ma ona jednak znaczenia dla wąskiego pytania postawionego w niniejszej sprawie, które dotyczy kwestii dostępu do emerytur z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego na gruncie dyrektywy 79/7.

100. Podsumowując – okoliczność, że przepis jest zgodny z niektórymi prawami podstawowymi (w tym przypadku bezsprzecznie prawem do życia rodzinnego i prawem zawarcia do małżeństwa), ma ograniczone znaczenie dla oceny zgodności tych przepisów z aktami wtórnymi prawa Unii, które regulują szczególne prawa i uprawnienia jednostek (w tym przypadku prawo do niedyskryminacji ze względu na płeć w dziedzinie zabezpieczenia społecznego).

D. Podsumowanie

101. Pragnę dodać pięć uwag końcowych.

102. Po pierwsze, z dyskusji w poprzednich sekcjach niniejszej opinii jasno (mam nadzieję) wynikało, że nie chodzi tu o małżeństwo osób tej samej płci. Jak przypomniano powyżej, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, państwa członkowskie zachowują swobodę co do tego, czy chcą uznać małżeństwa tej samej płci. Problem w tym konkretnym przypadku polega po prostu na tym, że szereg różnych warunków, jeżeli zostaną ze sobą połączone, doprowadzi do stworzenia dość specyficznej (i z punktu widzenia prawa Unii problematycznej) konfiguracji.

103. Po drugie, moja odpowiedź dotyczy jedynie świadczeń objętych zakresem dyrektywy 79/7. Ma ona zastosowanie wyłącznie do świadczeń niezwiązanych ze stanem cywilnym.

⁵⁶ Jak stwierdził także Trybunał w okresie przed wydaniem karty; zob. wyroki: z dnia 15 czerwca 1978 r., Defrenne (C-149/77, EU:C:1978:130, pkt 26, 27); z dnia 30 kwietnia 1996 r., P./S., (C-13/94, EU:C:1996:170, pkt 19).

104. Po trzecie, niniejsza sprawa dotyczy wyjątkowej i jedynej w swoim rodzaju rzeczywistości, która z trudem mieści się w tradycyjnie rozłącznych podziałach, na których opiera się zakaz dyskryminacji ze względu na płeć. Okoliczności sprawy muszą być przedstawione w tej perspektywie. Dotyczy to raczej ograniczonej liczby osób stojących przed poważnymi wyzwaniem, często w sytuacjach podatności na zagrożenia. Ma to związek ze złożoną ludzką rzeczywistością, z którą poszczególne porządki prawne walczyły o nadrobienie zaległości w czasie i w której jednostki często widzą, że na ich sytuację osobistą ogromny wpływ mają ciągłe zmiany legislacyjne.

105. Po czwarte, na styku punktów pierwszego i trzeciego znajduje się również charakter spornego wymogu. W niniejszej opinii wiele zostało powiedziane na temat porównywalności. Oprócz tego, na niektórych etapach, raczej technicznych, dyskusja nie powinna przesłaniać ogromnego wpływu, jaki na prywatność i osobowość danej osoby, naruszone już zapewne w wyniku tych zmian, miałyby konieczność unieważnienia małżeństwa w celu uznania tej osoby w nowej sytuacji, którą trudno uznać za zaistniałą na skutek wolnej woli czy wyboru.

106. Wreszcie po piąte, co jest być może najważniejszą sprawą do rozpatrzenia na przyszłość, trudne kwestie niniejszej sprawy wynikają właśnie z faktu, że w tej konkretnej dziedzinie, a mianowicie w odniesieniu do emerytur, utrzymuje się odstępstwo od zasady równego traktowania zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. a) dyrektywy 79/7. Jest to nie tylko wyjątkowe, ponieważ pociąga za sobą odstępstwo od jednej z najbardziej podstawowych zasad prawa Unii, dopuszczającej bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć, lecz także dlatego, że już 38 lat temu spodziewano się stopniowego zaniku rzeczony dyskryminacji dzięki zbliżeniu wieku emerytalnego mężczyzn i kobiet.

107. Jak stwierdził sąd odsyłający, w Zjednoczonym Królestwie wiek emerytalny mężczyzn i kobiet będzie stopniowo zbliżał się i aż do jednakowego poziomu. W związku z tym zarówno tam, jak i w innych państwach członkowskich, źródło problemu z pewnością również zniknie.

V. Wnioski

108. W związku z powyższym proponuję, aby na pytanie skierowane do niego przez Supreme Court of the United Kingdom Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Wykładni art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 79/7/EWG z dnia 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego należy dokonywać w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie stosowaniu wymogu, zgodnie z którym oprócz spełnienia fizycznych, społecznych i psychologicznych kryteriów uznania zmiany płci osoba, która zmieniła płeć, musi pozostawać w stanie wolnym w celu kwalifikowania się do uzyskania emerytury z publicznego systemu zabezpieczenia społecznego.