

Juridiska institutionen  
Examensarbete vårterminen 2013  
30 hp.

# Europarätten i transformation?

- En analys av Europadomstolens rättspraxis avseende transsexualism och transsexuella personers mänskliga rättigheter

Karin Larsson

Handledare: Thomas Erhag  
Examinator: Christina Olsen-Lundh



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

# 1. Sammanfattning

Genom att använda sig av en dynamisk tolkningsmetod av Europakonventionen har Europadomstolen möjlighet att, med hänsyn till hur rättsuppfattningar och värderingar förändras i konventionsstaterna, tolka konventionen utifrån vid varje tid aktuella samhällsliga förhållanden. För hur vissa typer av frågor, främst sådana som berör den allmänna moralen eller privatlivet, bör hanteras, råder dock långt från konsensus bland de 47 konventionsstaterna. Här måste domstolen, för att inte föregå de nationella lagstiftarna, vara särskilt lyhörd då den balanserar allmänna och enskilda intressen mot varandra. För dessa frågor åtnjuter också staterna en relativt vid *margin of appreciation*, fri bedömningsmarginal, avseende hur de skall uppfylla de åtaganden som följer av konventionen. Med hänsyn till att domstolen tolkar konventionen dynamiskt, blir också staternas åtagande dynamiskt; vad som krävs för att de skall anses garantera den enskilde individen de fri- och rättigheter som tillkommer denne enligt konventionen, förändras över tid. Mitt syfte med denna uppsats, har varit att undersöka hur Europadomstolen under årens lopp kommit att använda sig av den dynamiska tolkningsmetoden i ett, för konventionsstaterna, känsligt ämne; det om transsexualism och säkrandet av transsexuella personers mänskliga rättigheter.

Vad Europadomstolen har krävt av staterna för att dessa skall ha ansetts tillförsäkra också transsexuella personer den miniminivå av mänskliga rättigheter som enligt konventionen skall garanteras envar som befinner sig under en konventionsstats jurisdiktion, har varit föremål för en omfattande utveckling under de nu snart 30 år som gått sedan domstolen för första gången i sak behandlade ett mål av detta slag. Av de rättsfall jag undersökt framgår dock att domstolen hanterat detta ämne på varierande sätt, alltefter vilken typ av rättighet som berörts. Sammanfattningsvis kan sägas att det främst är transsexuella personers individuella rättigheter, sådana som är hänförliga till individen personligen och som sorterar under rätten till respekt för privatlivet (artikel 8 i Europakonventionen), som varit föremål för en dynamisk tolkning. Som exempel härpå kan nämnas att den enskilde idag har rätt att officiellt erkännas i sin postoperativa könstillhörighet. Längre krävde domstolen inte en sådan tolkning av nyss nämnda artikel. I enlighet med sin *margin of appreciation*, kan dock staterna uppställa villkor för när ett sådant erkännande kan erhållas.

Beträffande frågor av mer social karaktär, som rör transsexuellas par- och familjerättigheter, har domstolens dynamiska tolkningsmetod inte varit lika framträdande. Visserligen har domstolen fastslagit att orden ”man” respektive ”kvinna” avseende rätten till äktenskap (artikel 12 i Europakonventionen), avser transsexuella personers postoperativa könstillhörighet; förutsatt att ett officiellt erkännande därtill erhållits har transsexuella personer därmed, i enlighet med de nationella regler som i övrigt gäller för denna rättighet, rätt att ingå äktenskap med någon av, till den postoperativa könstillhörigheten, motsatt kön. Dock åtnjuter staterna också i avseende hur och när denna rättighet kan utkrävas en vid *margin of appreciation*. Avseende transsexuella personers par- och familjerättigheter, förhåller sig domstolen generellt också mer restriktiv när den uttolkar vilka rättigheter som kan göras gällande enligt de artiklar som därmed behandlas. Huruvida detta förhållande kommer att bestå också framöver, återstår att se.

## 2. Innehållsförteckning

3. Förkortningar.....	5
4. Inledning.....	6
4.1 Bakgrund.....	6
4.2 Syfte och frågeställningar.....	7
4.3 Metod och material.....	7
4.4 Avgränsningar och disposition.....	9
5. Vad är transsexualitet? .....	11
5.1 Definitioner .....	11
5.2 Mer om transsexualism .....	13
6. Europarättslig reglering.....	16
6.1 Europakonventionen.....	16
6.1.1 Bakgrund .....	16
6.1.2 Allmänt.....	17
6.2 Europadomstolen.....	18
6.2.1 Allmänt.....	18
6.2.2 Enskilda klagomål .....	18
6.3 Tolkningsmetoder och - principer .....	21
6.3.1 Allmänna principer.....	21
6.3.1.1 Dynamisk tolkningsmetod.....	22
6.3.2 Europadomstolens principer.....	24
6.3.2.1 Margin of appreciation .....	24
6.3.2.2 Europeisk standard .....	26
6.3.3.3 Proportionalitetsprincipen .....	26
6.3.3.4 Positiva skyldigheter .....	26
6.4 Särskilt om vissa artiklar .....	27
6.4.1 Artikel 8.....	27
6.4.2 Artikel 12.....	28
6.4.3 Artikel 14.....	28
7. Rättsfall från Europadomstolen.....	30
7.1 Individuella rättigheter .....	30
7.1.1 Byte av juridisk könstillhörighet .....	30
7.1.1.1 X. v. Germany .....	30
7.1.1.2 Van Oosterwijck v. Belgium .....	31
7.1.1.3 Rees v. the United Kingdom .....	31
7.1.1.4 James and W. v. the United Kingdom.....	34
7.1.1.5 Cossey v. the United Kingdom .....	35
7.1.1.6 B. v. France .....	37
7.1.1.7 D.N. c. France .....	39
7.1.1.8 Roetzheim v. Germany.....	39
7.1.1.9 Sheffield and Horsham v. the United Kingdom.....	41
7.1.1.10 Christine Goodwin and I. v. the United Kingdom .....	45
7.1.1.11 Nunez c. France.....	49
7.1.2 Officiellt erkännande av postoperativ könstillhörighet beträffande pensionsålder. 50	

7.1.2.1 Grant v. the United Kingdom .....	51
7.1.3 Tillträde till fullständig könskorrigering .....	52
7.1.3.1 L v. Lithuania .....	52
7.1.4 Ersättning av medicinska kostnader uppkomna i anledning av könskorrigering behandling .....	54
7.1.4.1 Van Kück v. Germany .....	54
7.1.4.2 Schlumpf c. Suisse .....	56
7.2 Parrättigheter .....	59
7.2.1 Rätt till äktenskap .....	59
7.2.1.1 Rees v. the United Kingdom .....	59
7.2.1.2 W. v. the United Kingdom .....	60
7.2.1.3 Eriksson and Goldschmidt v. Sweden .....	60
7.2.1.4 Cossey v. the United Kingdom .....	61
7.2.1.5 B. v. France .....	62
7.2.1.6 Sheffield and Horsham v. the United Kingdom .....	62
7.2.1.7 Christine Goodwin and I. v. the United Kingdom .....	63
7.2.2 Rätt att få låta redan ingånget äktenskap bestå .....	66
7.2.2.1 Parry v. the United Kingdom .....	66
7.2.2.2 H. v. Finland .....	68
7.3 Familjerättigheter .....	72
7.3.1 Möjlighet till faderskapsfastställelse .....	72
7.3.1.1 X, Y and Z v. the United Kingdom .....	72
7.3.2 Vårdnad och umgänge .....	74
7.3.2.1 L.F. v. Ireland .....	74
7.3.2.2 P.V. c. Espagne .....	74
7.4 Kommunicerade mål .....	76
7.4.1 Y.Y. c. Turquie .....	76
7.4.2 Cassar v. Malta .....	77
7.5 Slutsatser .....	78
7.5.1 Individuella rättigheter .....	78
7.5.2 Parrättigheter .....	82
7.5.3 Familjerättigheter .....	83
8. Avslutande reflektioner .....	85
9. Käll- och litteraturförteckning .....	88
10. Rättsfallsförteckning, kronologisk ordning .....	91

### 3. Förkortningar

EU	Europeiska unionen
Europadomstolen	Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakommissionen	Den europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta nationerna
GID	Gender Identity Disorder
HUDOC	Human Rights Documentation (Europadomstolens databas)
ICD-10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision
SOC	Standards of Care
WHO	World Health Organization (Världshälsoorganisationen)
WPATH	World Professional Association for Transgender Health

## 4. Inledning

### 4.1 Bakgrund

Den *europiska domstolen för de mänskliga rättigheterna*, *Europadomstolen*, axlar en viktig och betydande roll som garant för tryggheten av mänskliga fri- och rättigheter i Europa, såsom de kommit till uttryck i den *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, *Europakonventionen*, från 1950. Till denna är idag 47 stater, med ett sammanlagt invånarantal på omkring 800 miljoner människor, anslutna. Genom att tillträda konventionen har varje stat åtagit sig att tillförsäkra envar som befinner sig under dess jurisdiktion en viss miniminivå av mänskliga fri- och rättigheter. För att dessa fri- och rättigheter effektivt skall skyddas av staterna, har enskilda individer, under förutsättning att de uppfyller vissa villkor, givits möjlighet att klaga till Europadomstolen som kan utreda huruvida ett konventionsbrott är för handen.<sup>1</sup>

Sedan konventionen skapades, har samhället på många sätt förändrats; så även de rättsuppfattningar och värderingar som råder i och bland konventionsstaterna. Genom att använda sig av en dynamisk tolkningsmetod, som möjliggör för domstolen att tolka konventionen och dess artiklar utifrån vid varje given tidpunkt aktuella samhällsförhållanden, kan den ta hänsyn till denna ständigt pågående utveckling.<sup>2</sup> Undan för undan har också domstolen kommit att bryta ny mark genom att tillämpa konventionen på omständigheter och situationer som inte var påtänkta eller ansågs kunna omfattas av densamma vid dess tillkomst. Där domstolen behandlar frågor som staterna typiskt sett uppfattar som känsliga, som exempelvis rör dessas interna seder och bruk, värderingar eller moral, har den dock under åren intagit en mer försiktig och restriktiv roll. För denna typ av frågor åtnjuter staterna också en relativt vid *margin of appreciation*, fritt översatt fri bedömningsmarginal, för att just kunna ta tillvara på dessa värderingar och uppfattningar.

Ett för konventionsstaterna känsligt ämne som varit föremål för en omfattande utveckling i domstolen under nu snart 30 år och som tydligt illustrerar dess bruk av den dynamiska tolkningsmetoden, rör transsexualism och säkrandet av transsexuella personers mänskliga rättigheter. Successivt har dessa kommit att stärkas, men utvecklingen har inte varit spikrak. Hur domstolen har bedömt de frågor den i dessa avseenden haft att ta ställning till, har istället varit avhängigt vilken sorts rättighet det varit fråga om. Än idag har staterna möjlighet att, inom sin *margin of appreciation*, uppställa krav och villkor för när och hur de rättigheter domstolen väl fastslagit tillkommer transsexuella personer kan utkrävas.

De frågor som domstolen i detta sammanhang haft att ta ställning till, har spänt över ett stort antal rättighetsområden; vissa har varit hänförliga till individens privatliv och personliga förhållanden medan andra har varit av mer social och familjär karaktär. I samtliga fall har domstolen haft att avväga transsexuella personers intresse av att exempelvis erhålla ett visst

---

<sup>1</sup> Om den enskilda klagorätten, se nedan under avsnitt 6.2.2.

<sup>2</sup> Om domstolens dynamiska tolkningsmetod, se nedan under avsnitt 6.3.1.1.

erkännande eller en viss behandling mot staternas intresse av att bevara allmän ordning, sina värderingar eller av att skydda ”hälsa eller moral”<sup>3</sup>.

I denna uppsats ligger fokus på att, enligt vad som nedan beskrivs, granska hur Europadomstolen genom sin dynamiska tolkning av Europakonventionen under årens lopp gått till väga när den hanterat ämnet transsexualism; hur den balanserat statens och individens intressen mot varandra samt hur, och i vilka frågor, den ändrat uppfattning i vad den anser krävs av staterna för att dessa i sin tur skall anses garantera också transsexuella personer den miniminivå av mänskliga rättigheter som följer av konventionen.

## 4.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att genom en analys av Europadomstolens rättspraxis, undersöka hur domstolen över tid har använt en dynamisk tolkningsmetod av Europakonventionen avseende transsexualism och säkrandet av transsexuella personers mänskliga rättigheter samt vilka, om några, förändringar i domstolens sätt att hantera de frågor som uppkommit därmed kan konstateras. Som av inledningen framgått, har de frågor domstolen i detta avseende behandlat, rört förhållanden och rättigheter av olika slag; vissa hänförliga till den enskildes privata eller personliga förhållanden, andra till dennes sociala – eller familjeliv. Som närmare skall beskrivas under avsnitt 4.3 nedan, har jag av med anledning härav valt att sortera de rättsfall jag för min analys valt ut under tre huvudgrupper; transsexuella personers individuella rättigheter, parrättigheter samt familjerättigheter. De frågeställningar jag med uppsatsen ämnar besvara, är med hänsyn till dess syfte samt till denna strukturering de följande:

- Hur har Europadomstolen över tid använt sig av en dynamisk tolkningsmetod av Europakonventionen i de fall där den behandlat transsexualism och transsexuella personers mänskliga rättigheter?
- Kan några likheter eller skillnader beträffande hur domstolen hanterat och hanterat transsexuellas individuella rättigheter, parrättigheter respektive familjerättigheter konstateras?
- Hur ser dagens rättsläge avseende transsexuella personers individuella rättigheter, parrättigheter respektive familjerättigheter ut?

## 4.3 Metod och material

Med hänsyn till mitt ovan angivna syfte har jag valt att för uppsatsen främst använda mig av, och bygga min analys direkt på, material från domstolen i form av därifrån meddelande domar och beslut. För uppsatsens mer teoretiska avsnitt, avsnitt 5 om transsexualism samt avsnitt 6 om Europadomstolen och -konventionen, har jag dock använt mig av doktrin i form av böcker, artiklar och andra publikationer.

Rättsfallen jag analyserat har jag funnit genom att använda mig av Europadomstolens databas *HUDOC*. För att i möjligaste mån utesluta risken av att missa något relevant fall, har jag gjort

---

<sup>3</sup> art. 8 Europakonventionen.

fulla sökningar i samtligt för databasen tillgängligt material och genom att använda mig av följande, såväl engelska som franska sökord; ”*transsexual*”, ”*transsexuel*”, ”*gender reassignment*”, ”*conversion sexuelle*” samt ”*changement de sexe*”. Sökningarna resulterade i ett antal fall bland vilka jag, efter en närmare genomläsning av desamma, valt ut de för ämnet relevanta. Anledningen till varför jag inte endast tagit hänsyn till domar, utan också beslut, är att jag anser analysen bli mer tillförlitlig och verklighetstrogen om också beslut om exempelvis avvisning kommer upp till behandling. Härigenom får läsaren kännedom om omständigheter som enskilda framfört till domstolen men som inte tagits upp till behandling i sak, vilket jag hoppas ger en bättre helhetsbild av ämnet. I texten framgår tydligt huruvida det fall som behandlas är en dom eller ett beslut.

Vissa partier av nedanstående mål och beslut som jag funnit särskilt intressanta eller belysande för den fråga som behandlas, har jag valt att citera på originalspråk. Detta för att ge läsaren en känsla för domstolens språkbruk och för att återge vad som sagts på ett korrekt sätt, utan att förlora varken språkliga eller sakliga nyanser. Eftersom majoriteten av fall domstolen behandlat avseende transsexualitet och transsexuella personers mänskliga rättigheter, visat sig hänförliga till rätten till respekt för privat – och familjeliv, till äktenskap samt till principen om likabehandling eller icke-diskriminering, har jag vidare valt att grunda analysen i artikel 8, 12 och 14 i Europakonventionen.

Beträffande själva strukturen för analysen samt hur och varför jag valt att systematisera de rättsfall jag undersökt som jag gjort, bör följande framhållas. Samtlig doktrin om Europadomstolen och -konventionen jag konsulterat nämner att det faktum att domstolen under årens lopp, med hänsyn till den utveckling som ägt rum i konventionsstaterna, har ändrat uppfattning i många av de frågor den haft att ta ställning till i samband med att den behandlat ämnet transsexualism, tydligt visar och utgör ett bra exempel på att den använder sig av en dynamisk tolkningsmetod. I böckerna ges också exempel på mål där transsexuella personers rättigheter behandlats och där den dynamiska utvecklingen av konventionen framgår. Något verk som i en mer omfattande utsträckning och på ett ämnesövergripande sätt behandlar den utveckling som i domstolens praxis ägt rum avseende transsexualism och transsexuella personers rättigheter, har jag inte stött på. Istället har de böcker jag konsulterat behandlat ämnet i relation till en viss artikel; främst artikel 8 där den största utvecklingen i detta avseende ägt rum.

Efter att jag läst en sammanställning vid namn *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination*<sup>4</sup> författad av Robert Wintemute, professor i mänskliga rättigheter vid *King's College London*, i vilken han och schematiskt delar in de fall han kortfattat behandlar under rubrikerna ”*basic rights*”, ”*individual rights*” samt ”*couple rights*”, insåg jag att denna struktur på ett bra sätt möjliggjorde för en mer problemorienterad infallsvinkel till det ämne jag i uppsatsen vill behandla. En annan, mer problemorienterad, systematisering av de frågor som domstolen behandlat avseende transsexuella personers mänskliga rättigheter har jag också stött på in en matris av författarna Laurence R. Helfer och Erik Voeten, verksamma vid

---

<sup>4</sup> Wintemute, Robert, *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination: The Case Law of the European Court of Human Rights and the European Union Court of Justice*, 20 October 2006 [updated to 10 May 2011].



Duke respektive Georgetown University, ställt upp i sin artikel *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*.<sup>5</sup> Istället för att angripa ämnet med utgångspunkt i en viss artikel, har därför jag valt att sortera in samtliga fall jag undersökt under rubrikerna ”individuella rättigheter”, ”parrättigheter” samt ”familjerättigheter” utifrån de verkliga problem som individen i praktiken stött på och som domstolen, just genom att tillämpa en dynamisk tolkningsmetod, har kunnat ta sig an och behandla. Samtliga rättsfall har under respektive rubrik vidare delats in under ett antal underrubriker, alltefter den rättsliga fråga som behandlas. Utöver dessa tre rubriker, tillkommer en vid namn ”kommunicerade mål”, där jag behandlar för uppsatsen relevanta mål som i skrivande stund ligger inför domstolen.

Den systematisering jag valt medför att samma rättsfall i vissa fall återfinns och behandlas på flera ställen i uppsatsen, då de frågor som däri behandlas kan vara hänförliga till och beröra olika slag av rättigheter. Likväl tror jag att den valda strukturen är att föredra framför exempelvis en rent kronologisk sådan, eftersom samtliga mål och beslut härigenom sätts in i ett större sammanhang och läsaren lättare kan följa hur domstolen betraktat och hanterat de respektive typerna av rättigheter över tiden. Jag hoppas härmed att kunna ge läsaren en god och sammanhållen bild av det ämne som i uppsatsen skall behandlas.

Slutligen ett påpekande. Det övervakningssystem av staternas efterlevnad av konventionen som ursprungligen inrättades, skiljer sig från hur dagens system är organiserat. Från början var de uppgifter som i samband med denna övervakning aktualiserades, fördelade på tre institutioner; Europadomstolen, Europakommissionen samt Europarådets ministerkommitté. Genom antagandet av det elfte tilläggsprotokollet, som trädde ikraft den 1 november 1998, avslutades såväl den äldre domstolens som kommissionens verksamheter och de uppgifter som dittills åvilat dessa organ kom att övertas av en ny domstol, men med samma namn. Denna behandlar numera ensamt samtliga inkommande mål, från det att de initieras till dess att de avslutas. Med det elfte tilläggsprotokollet borttogs vidare ministerkommitténs dittillsvarande uppgift att fatta slutliga avgöranden i vissa mål. Detta organ är dock fortfarande ansvarigt för att övervaka att staterna efterlever domstolens utslag.<sup>6</sup> Med hänsyn till att det elfte tilläggsprotokollet bygger på ”*the institutional, procedural and jurisprudential heritage*”<sup>7</sup> av det ursprungliga systemet, har jag likväl i uppsatsen tagit i beaktande rättspraxis både från den nu avslutade kommissionen och den tidigare domstolen.

#### **4.4 Avgränsningar och disposition**

Som ovan angivits, har jag avgränsat mig till att endast ta hänsyn till artikel 8, 12 och 14 i Europakonventionen. Jag har vidare avgränsat mig till att undersöka hur domstolen behandlat transsexualitet och säkrandet av transsexuella personers rättigheter och inte transpersoners

---

<sup>5</sup> Helfer, Laurence R. and Voeten, Erik, *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*, 3 November 2012, International Organization, Vol. 67, 2013.

<sup>6</sup> Mowbray, A., *Cases, materials and commentary on the European Convention on Human Rights*, 2012, s. 10 ff.

Mer om Europadomstolen och – konventionen nedan under avsnitt 6.

<sup>7</sup> Mowbray, A., 2012, s. 10.

rättigheter generellt.<sup>8</sup> Jag har inte heller tagit hänsyn till EU-rättslig reglering och gör inga komparativa jämförelser mellan konventionsstaterna avseende hur dessa internt reglerar och hanterar transsexualism.

Beträffande disposition, följer nedan först ett generellt avsnitt om transsexualism (avsnitt 5). Detta för att reda ut för ämnet relevanta begrepp, släta ut eventuella frågetecken hos läsaren samt för att sätta de problem många transsexuella upplever i sin vardag på agendan. Därefter följer en översiktlig genomgång av den europarättsliga regleringen genom ett avsnitt om Europadomstolen och – konventionen (avsnitt 6). På detta följer uppsatsen mest omfattande avsnitt; rättsfall från Europadomstolen (avsnitt 7). Innan uppsatsens sista delar med formalia i form av käll- och litteratur- samt rättsfallsförteckning (avsnitt 9 och 10), följer slutligen ett avsnitt med ett par avslutande reflektioner i ämnet (avsnitt 8).

---

<sup>8</sup> Avseende dessa begrepp, se nedan under avsnitt 5.1.

## 5. Vad är transsexualitet?

En vanlig uppfattning beträffande innebörden av transsexualitet tycks vara att det skulle röra sig om en persons sexuella läggning, jämförbart med hetero-, homo- eller bisexualitet. Detta är fel. Transsexualitet har inte med sexuell läggning att göra. Orden ”trans” och ”sexualism” åsyftar latinets ”på andra sidan” respektive ”kön”. En transsexuell person kan alltså ha vilken sexuell läggning som helst.<sup>9</sup> För att klargöra innebörden av dessa och andra begrepp som har med könsidentitet eller – uttryck att göra, följer under detta kapitel först ett avsnitt med definitioner. Dessa har jag hämtat från *Transföreningen Full Personality Expression Swedens, FPES*, hemsida<sup>10</sup>.

På detta följer sedan en översikt av hur transsexualism medicinskt klassificeras och behandlas enligt de internationella behandlingslinjer som organisationen *World Professional Association for Transgender Health (WPATH)*, har tagit fram i sin *Standards of Care (SOC) for the Health of Transsexual, Transgender and Gender Nonconforming People*, i senaste upplagan från 2011. De råd och riktlinjer som i *SOC* fastslås är flexibla och måste anpassas till lokala förhållanden, varför lagstiftning kring den vård som transsexuella personer kan erhålla skiljer sig åt från land till land.<sup>11</sup> Med detta avsnitt vill jag ge en inblick i transsexuella personers vardag, sätta ämnet på agendan och ge en bakgrundsförståelse till de frågor och det klimat som Europadomstolen har att anpassa sig till och arbeta utifrån. Jag gör på inget sätt anspråk på att behandla ämnet fullständigt och uttömmande.

### 5.1 Definitioner

*”Transperson är ett samlingsbegrepp som vanligen avser individer vars könsidentitet och/eller könsuttryck tidvis eller alltid skiljer sig från normen för det kön som registrerades för dem vid födseln. Begreppet transperson motsvarar i stort sett engelskans transgender.*

*Trans som i transperson, transvestit, transsexuell, är latin för ”på andra sidan”, och motsatsen är cis, som betyder ”på den här sidan”. En cisperson överensstämmer med vår kulturs könsnormer.*

*Sexualism, som exempelvis i ordet transsexualism, betyder kön och handlar inte om sexualitet.*

*Kön är ett uttryck som i olika sammanhang kan avse antingen biologiskt, mentalt, socialt eller juridiskt kön. Kortfattat kan sägas att biologiskt kön är det kroppsliga, mentalt kön är det självupplevda, socialt kön (genus, på engelska gender) är det som relaterar till omgivningen och juridiskt kön det som är rättsligt registrerat.*

---

<sup>9</sup> <http://www.rfsl.se/?p=115>

<sup>10</sup> <http://fpes.se/transpersoner/>

<sup>11</sup> *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming people (SOC)*, The World Professional Association for Transgender Health, 7th Version, 2011, s. 3.

**Könskorrigering** är en procedur som många transsexuella genomgår. En transsexuell person byter inte kön utan korrigerar sitt biologiska och/eller juridiska kön så att det stämmer överens med personens mentala kön.

**HBT** betyder **H**omosexuella, **B**isexuella och **T**ranspersoner. **T** står för samlingsbegreppet transpersoner och inte för transsexuella, vilket är en vanlig missuppfattning.

**Transvestit** är en person som mer eller mindre ofta använder ett annat köns könsuttryck, som kläder, röstläge, kroppspråk och andra attribut. Transvestism kan sägas vara ett könsuttryck. Ordet transvestit är bildat av latinets *trans* "på/till andra sidan" och *vestitus* "klädd".

**Transsexuell** är en person som har ett annat mentalt kön än sitt biologiska och juridiska kön (om könskorrigering inte har genomförts). Transsexualism är en medicinsk diagnos<sup>12</sup> och kan sägas handla om könsidentitet. Se även könskorrigering.

**FTM** "Female to Male" = "kvinna till man" och **MTF** "Male to Female" = "man till kvinna". Ett vanligt sätt att klargöra både vilket kön personen har/hade biologiskt och vilket kön personen ger uttryck för, känner sig som eller anser sig ha.

**Intersexuell/Intersexualism**<sup>13</sup> Ett stort antal olika tillstånd och diagnoser samlas under detta begrepp. Kortfattat är det en person med ett medfött tillstånd i vilket könskromosomerna, könskörtlarna (testiklar eller äggstockar) eller könsorganens utveckling är otypisk. "Inter" betyder "mellan" på latin och "sexus" betyder "kön". Intersexuell betyder således "mellan könen". Intersexuella är en heterogen grupp och en del av dem kan räkna sig som transpersoner.

**Transgender** är ett begrepp som på engelska motsvarar det svenska begreppet transperson. Men på svenska har transgender/transgenderist kommit att beteckna personer som identifierar sig med ett kön som är motsatt deras biologiska, detta oavsett om eller hur mycket personen uttrycker det i sitt yttre.

**Intergender** är en person som definierar sig som att befinna sig mellan, i båda eller bortom de traditionella könen.

**Bigender** är en person som omväxlande definierar sig som man eller kvinna.

**Nongender** är en person som inte anser sig tillhöra något kön.

---

<sup>12</sup> Beträffande detta påstående, se vidare nedan under 5.2.

<sup>13</sup> Ett påpekande bör göras. Uppfattningen om huruvida intersexualism skall falla in under paraplybegreppet transpersonligheter går isär; jmf. <http://www.rfsl.se/?p=410>.

Givetvis kan en intersexuell person, liksom vem som helst, definiera sig med en identitet eller ett uttryck som kan sägas falla in under begreppet transperson. I vissa sammanhang, som ovan, omnämns också intersexualism i samband med att transfrågor diskuteras. Andra menar däremot att ett särhållande mellan begreppen är viktigt. Distinktionen dem emellan skulle exempelvis kunna komma att bli betydelsefull vid en diskrimineringsituation, då inter- och transsexualism skulle betraktas utifrån två olika diskrimineringsgrunder; (biologiskt) kön- respektive könsöverskridande identitet eller uttryck; jmf. s. 82, *Trans and intersex people*, European Commission, 2012. Eftersom jag i denna uppsats har valt att endast fokusera på rättighetskyddet för transsexuella personer, lämnar jag med denna kommentar problematiken därhän.

*Dragqueen och dragking är en person som klär sig som ett annat kön för att underhålla. Uppfattningarna är olika om huruvida dragpersoner ska räknas som transpersoner.”*

## 5.2 Mer om transsexualism

Orsaken till transsexualism är, liksom prevalens, okänd. De studier som gjorts i ämnet, har tagit olika faktorer i beaktande och kan därför inte jämföras rakt av.<sup>14</sup> Även om frågor kring transsexualitet och transidentiteter under senare tid alltmer kommit att uppmärksammas och fått ett allt större genomslag hos såväl medicinskt verksamma yrkesutövare som i samhället i stort, är transpersoner, runtom i världen fortsatt utsatta för fördomar och diskriminering på grund av att de inte lever på ett könskonformt (eng. *gender nonconformity*) sätt; de uttrycker eller identifierar sig annorlunda än de för i ett cisnormativt samhälle vedertagna rollerna och uttryckssätten för ett visst kön.<sup>15</sup>

Som ovan framkommit under definitioner, är det signifikanta för en transsexuell person att denne upplever en inkoherens mellan sitt mentala, självupplevda, kön och det biologiska kön som personen i fråga tilldelats vid födseln. Nedstämdhet, ångest, depression och annan typ av psykisk ohälsa som orsakas av denna inkoherens, kallas av *WPATH* för könsdysfori (eng. *gender dysphoria*).<sup>16</sup> *WPATH* betonar att endast vissa av de individer som inte lever på ett könskonformt sätt, vid något tillfälle i sitt liv upplever en sådan dysfori. Vidare betonas att behandlingen mot könsdysfori är högst individuell. Medan vissa personer med tiden lär sig att hantera inkoherensen, erfar andra på grund av könsdysforin en så stor psykisk påfrestning att tillståndet enligt *WPATH* kan klassificeras som en psykisk störning (eng. *mental disorder*).<sup>17</sup> Den mycket omtvistade diagnosen ”könsstörning” (eng. *gender identity disorder, GID*) återfinns också i den tionde och nuvarande versionen av Världshälsoorganisationens (WHO) upplaga av *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10*, som utgör ett internationellt etablerat klassificeringssystem av sjukdomar och hälsoproblem.<sup>18</sup> Det är alltså detta förhållande som påståendet ”transsexualism är en medicinsk diagnos” ovan under definitioner åsyftar.<sup>19</sup>

Alla de europeiska stater som erbjuder könskorrigering behandling, kräver att individen ifråga erhållit diagnosen *GID* eller liknande medicinsk/psykiatrisk diagnos.<sup>20</sup> I *ICD-10* beskrivs diagnosen transsexualism som ”[a] desire to live and be accepted as a member of the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort with, or inappropriateness of, one's anatomic sex, and a wish to have surgery and hormonal treatment to make one's body

---

<sup>14</sup> *SOC*, s. 6 f.

<sup>15</sup> *SOC*, s. 4 f.

<sup>16</sup> *SOC*, s. 5 f.

<sup>17</sup> *SOC*, s. 5.

<sup>18</sup> *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision, ICD-10*, Chapter V, Mental and behavioural disorders, Disorders of adult personality and behaviour, F64; Gender identity disorders, F64.0; Transsexualism.

<sup>19</sup> se avsnitt 5.1.

<sup>20</sup> *Trans and intersex people*, European Commission, 2012, s. 19.

The European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, ILGA-Europe, har sammanställt de europeiska staternas lagstiftning och administrativa förfaranden i en publikation vid namn *Rainbow Europe Index* (maj 2013), tillgänglig för nedladdning här:

[http://www.ilga-europe.org/home/publications/reports\\_and\\_other\\_materials/rainbow\\_europe](http://www.ilga-europe.org/home/publications/reports_and_other_materials/rainbow_europe)

*as congruent as possible with one's preferred sex*" (min kurs)<sup>21</sup>. Den i *SOC* rekommenderade behandlingen av transsexualism består av tre steg i kombination med psykoterapi.<sup>22</sup> Även om dessa kan kombineras och anpassas utefter individuella behov, rekommenderar *WPAHT* att de tre faserna följer på varandra. Dessa beskrivs i *SOC* som följer: "*Changes in gender expression and role (which may involve living part time or full time in another gender role, consistent with one's gender identity); Hormone therapy to feminize or masculinize the body; Surgery to change primary and/or secondary sex characteristics (e.g., breasts/chest, external and/or internal genitalia, facial features, body contouring)*" (min kurs)<sup>23</sup>.

Det första steget kallas ofta för "*the real-life experience*"<sup>24</sup>, där personen i fråga skall leva utifrån sitt mentala kön. Efter fas två, hormonbehandling, återstår könskorrigering kirurgi; fas tre. För att sådan behandling skall ges, krävs enligt *SOC* bland annat en väldokumenterad könsdysfori.<sup>25</sup> Själva kirurgin skiljer sig av naturliga skäl åt beroende på om denna gäller MtF eller FtM. Även kriterierna för de respektive sorternas kirurgiska ingrepp skiljer sig något åt, dels beroende av huruvida fråga är om MtF- eller FtM-kirurgi, dels om ingreppen avser könsorganen (eng. *sex/gender reassignment surgery/genital surgery*) eller annan typ av kirurgi.<sup>26</sup>

Beträffande vad som skall anses utgöra rent kosmetisk kirurgi respektive rekonstruktiv sådan, går uppfattningarna isär. Klassificeringen har bland annat betydelse för huruvida kirurgin skall anses vara medicinskt nödvändig, vilket i sin tur har betydelse för frågor om ersättning av kostnader för behandlingen, då individen som huvudregel själv får stå kostnaderna för kosmetisk kirurgi.<sup>27</sup> *WPATH* betonar här något tänkvärt; för den individ som lider av könsdysfori kanske ett visst typ av ingrepp, såsom bröstförstoring, vilket i ett annat fall skulle anses utgöra ett rent kosmetiskt sådant, kunna komma att lindra den könsdysfori personen lider av så pass mycket att ingreppet i just den specifika situationen borde klassificeras som rekonstruktiv kirurgi. *WPATH* lämnar saken öppen, men konstaterar att det i dagsläget saknas en tydlig distinktion i frågan.<sup>28</sup>

Beträffande klassifikationen av transsexualism som en psykisk störning, understryker *WPATH* att detta inte är till för att skapa eller vidmakthålla ett stigma kring transpersoner och transsexualitet. *WPATH* skriver: "*[a] disorder is a description of something with which a person might struggle, not a description of the person or the person's identity*" (min kurs)<sup>29</sup>. Istället menar man på att en tydlig diagnos underlättar möjligheten till adekvat behandling. Likväl är denna diagnosticering långt ifrån okontroversiell och har givit upphov till många och starka reaktioner. Liksom då homosexualitet avklassificerades som en mental störning 1990 i samband med att nuvarande upplaga av *ICD* antogs, har från många håll under den

---

<sup>21</sup> *Trans and intersex people*, 2012, s. 19.

<sup>22</sup> *SOC*, s. 9 f. med vidare hänvisningar.

<sup>23</sup> *SOC*, s. 9 f.

<sup>24</sup> *Transrespect versus transphobia worldwide*, Transgender Europe, 2012, s. 98.

<sup>25</sup> *SOC*, s. 60.

<sup>26</sup> *SOC*, s. 57 f.

<sup>27</sup> *SOC*, s. 58.

<sup>28</sup> *SOC*, s. 58.

<sup>29</sup> *SOC*, s. 5.

senaste tiden röster höjts där WHO uppmanas att göra detsamma för transsexualism liksom andra transidentiteter, i samband med att *ICD* återigen är föremål för revidering.<sup>30</sup>

Den kritik som riktas mot att klassificera transsexualism som en psykisk störning, går till stor del ut på att detta bidrar till att tillståndet medikaliseras.<sup>31</sup> De behandlingsalternativ som erbjuds och de krav som uppställs för att få tillgång till adekvat vård, liksom tillkommande krav på exempelvis sterilitet eller en viss civilstatus för att få tillåtelse att ändra juridiskt kön i officiella register och dokument, bygger på rådande sociala och institutionella värderingar som ofta inte tar hänsyn till den transsexuelles bästa och välbefinnande. Situationen är problematisk då det juridiska erkännandet av en könskorrigering har sammanflätats med medicinska krav och andra samhällsliga, könsstereotypa, värderingar. Dessa skiljer sig åt mellan de europeiska länderna vars lagstiftning uppställer olika krav beträffande frågor om exempelvis tillgång till, kostnadsersättning för och erkännande av könskorrigering. Härutöver skiftar såväl behandlingens längd som inställning till denna bland sjukvårdspersonal bland staterna, vilket kan medföra ytterligare försvårande omständigheter att hantera.<sup>32</sup>

Med detta avsnitt hoppas jag ha tydliggjort vad transsexualism handlar om, hur vardagen kan se ut för den som är transsexuell, vilka frågor och prövningar som uppkommer i samband med att någon önskar korrigera sitt kön samt hur sammanlänkade juridiken i detta avseende är med samhällsliga normer och värderingar. Det sistnämnda anser jag är av särskilt stor vikt att ha i åtanke vid den fortsatta läsningen av uppsatsen då det är denna verklighet som Europadomstolen har haft, och fortfarande har, att förhålla sig till när den behandlat och behandlar mål som rör transsexualism. Värt att påpeka är dock att det också är med utgångspunkt i denna verklighet som domstolen kan göra skillnad och underlätta för transsexuella personer i deras vardag.

---

<sup>30</sup> *Trans and intersex people*, 2012, s. 16 med vidare hänvisningar.

<sup>31</sup> *Trans and intersex people*, 2012 s. 15 ff.

Se också *Transforming Health, International Rights-Based advocacy for Trans Health*, Open Society Foundations Public Health Program, 2013, s. 27 f.

<sup>32</sup> *Trans and intersex people*, 2012, s. 15 ff. med vidare hänvisningar.

## 6. Europarättslig reglering

Med detta kapitel önskar jag att ge läsaren kort och generell information om Europakonventionen och –domstolen samt översiktligt beskriva ett par av de tolkningsmetoder och –principer som domstolen använder sig av och som för uppsatsen är relevanta. Detta för att läsaren på ett bättre sätt skall kunna tillgodogöra sig avsnitt 7 och 8 nedan, där jag behandlar och analyserar domstolens praxis.

### 6.1 Europakonventionen

#### 6.1.1 Bakgrund

Europakonventionen, eller den *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, såg dagens ljus i andra världskrigets efterdyningar år 1950 på initiativ av Europarådet, som föregående år hade bildats av sex europeiska stater som ett gensvar på krigets hot mot politisk frihet och mänskliga rättigheter samt mot den totalitarism som på vissa ställen rådde i Europa.<sup>33</sup> Genom upprättandet av konventionen, ville man från Europarådets sida ge Europas invånare ett effektivt skydd för sina fri- och rättigheter och därigenom undvika att liknande kränkningar som de som följt med kriget skulle komma att upprepas på nytt. Vidare önskade man ”skydda staterna från kommunistisk subversion” (min översättning)<sup>34</sup>, vilket förklarar de många hänvisningar i konventionen som görs till ”värden och principer som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle” (min översättning)<sup>35</sup> utan att dessa begrepp närmare förklaras.

Inspiration till Europakonventionen och dess artiklar, hämtades inte minst från Förenta nationernas *Allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna* från 1948. Dock kom Europakonventionen att skilja sig från FN-deklarationen, då Europarådets avsikt redan från början var att göra konventionen till ett, för de suveräna staterna, juridiskt bindande dokument.<sup>36</sup> Genom att tillträda den, skulle respektive stat åta sig att garantera envar som befann sig under dess jurisdiktion vissa fri- och rättigheter.<sup>37</sup> Avsikten var dock inte att skapa några nya materiella rättigheter, utan snarare att i Europa etablera en minimistandard avseende de fri- och rättigheter som kom till uttryck i konventionen.<sup>38</sup>

För att staterna effektivt skulle upprätthålla vad de genom att tillträda konventionen åtagit sig, skapades en möjlighet för såväl enskilda som för andra konventionsstater att åtala en viss stat för konventionsbrott. Ansvar för att utreda dessa klagomål liksom för att i övrigt övervaka staternas efterlevnad av konventionen ankom, som ovan under avsnitt 4.1 nämnts, från början på tre institutioner; Europadomstolen, Europakommissionen samt Europarådets ministerkommitté. I detta ursprungliga system, ansvarade kommissionen bland annat för att

<sup>33</sup> White, R.C.A., Ovey, C. & Jacobs, F.G., *the European convention on human rights*, 2010, s. 5.

<sup>34</sup> White, R.C.A., Ovey, C. & Jacobs, F.G., 2010, s. 4.

<sup>35</sup> White, R.C.A., Ovey, C. & Jacobs, F.G., 2010, s. 4.

<sup>36</sup> Cameron, I., *An introduction to the European Convention on Human Rights*, 2006, s. 38.

<sup>37</sup> art. 1 Europakonventionen.

<sup>38</sup> Cameron, I., 2006 s. 38 samt Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 2012 s. 51.



pröva frågan om sakhinder; det vill säga undersöka huruvida ett klagomål skulle tas upp till prövning i sak. Slutliga avgöranden fattades av Europadomstolen samt, för vissa mål, av ministerkommittén.

Genom antagandet det elfte ändringsprotokollet, som trädde ikraft den 1 november 1998, slogs domstolen ihop med kommissionen, vars verksamhet avslutades året därpå. Vidare borttogs ministerkommitténs nyss nämnda behörighet. Den nuvarande domstolen, med samma namn som sin föregångare, kom därmed att ensamt behandla samtliga inkommande mål, från det att de initieras till dess att de avslutas. Ministerkommittén är dock fortfarande ansvarig för att övervaka staternas efterlevnad av domstolens utslag.<sup>39</sup> Genom antagandet av det elfte ändringsprotokollet gjordes också den enskilda klagorätten<sup>40</sup> till ett obligatoriskt element samtidigt som domstolens jurisdiktion blev bindande för alla konventionsstater.<sup>41</sup>

Ytterligare organisatoriska förändringar har senare genomförts i och med antagandet av det fjortonde ändringsprotokollet som trädde ikraft den 1 juni 2010. Genom detta protokoll möjliggjordes också för den Europeiska unionen att tillträda konventionen. Så har ännu inte skett, men arbetet kring en anslutning pågår.<sup>42</sup> Utöver ovan nämnda ändringsprotokoll, har konventionen sedan den trädde ikraft också kompletterats av ett antal tilläggsprotokoll.<sup>43</sup> Anslutningsgraden till dessa varierar. Här kan exempelvis nämnas att det tolfte tilläggsprotokollet, om ett allmänt diskrimineringsförbud, endast har ratificerats av 18 av de 47 konventionsstaterna (juni 2013).<sup>44</sup>

### 6.1.2 Allmänt

Ett medlemskap i Europarådet är en förutsättning för att en stat skall kunna bli part till konventionen. Som ovan nämnts, är idag 47 stater anslutna; så även Armenien, Azerbajdzjan, Georgien, Ryssland och Turkiet trots dessa länders geografiska placering.<sup>45</sup>

De fri- och rättigheter som garanteras i konventionen är främst medborgerliga och politiska sådana, hänförliga till den vad man brukar kalla för den första generationens rättigheter. Vissa av konventionens artiklar kan emellertid anses tillhöra, eller i alla fall angränsa till den andra generationens rättigheter; ekonomiska, sociala och kulturella sådana.<sup>46</sup> Till denna grupp kan även vissa bestämmelser som tillkommit genom tilläggsprotokoll sägas höra.<sup>47</sup> De fri- och rättigheter som återfinns i konventionen, kan vidare delas in i relativa och absoluta. Från de rättigheter som tillhör den sistnämnda gruppen, tillåts inga avvikelser annat än i enlighet med artikel 15.<sup>48</sup> Slutligen bör påpekas att det faktum att konventionens rättigheter är att betrakta som minimirättigheter, inte medför något hinder för en enskild stat att genom

<sup>39</sup> Mowbray, A., 2012, s. 10 ff.

<sup>40</sup> Mer om denna, se strax nedan under avsnitt 6.2.2.

<sup>41</sup> Danelius, H., 2012, s. 20 ff.

<sup>42</sup> Danelius, H., 2012, s. 21.

<sup>43</sup> Danelius, H., 2012, s. 18.

<sup>44</sup> För aktuell status, vänligen se: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=13/03/2013&CL=ENG>.

<sup>45</sup> Danelius, H., 2012, s. 20.

<sup>46</sup> Cameron, I., 2006, s. 23 f.

<sup>47</sup> Harris, D.J., O'Boyle, M. & Warbrick, C., *Law of the European convention on human rights*, 2009, s. 3.

<sup>48</sup> Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., *Jacobs & White, the European convention on human rights*, 2006, s. 6 f.

nationell lagstiftning garantera den enskilde ett mer generöst rättighetskydd än vad som följer av konventionstexten.<sup>49</sup>

## 6.2 Europadomstolen

### 6.2.1 Allmänt

Nuvarande skepnad av Europadomstolen som ett permanent organ såg, som nyss framkommit, dagens ljus den 1 november 1998 då det elfte tilläggsprotokollet trädde i kraft. Härmed kom alltså domstolen att ensamt ansvara för såväl själva sakprövningen av målen som för frågan om huruvida rättegångshinder (eng. *admissibility*) föreligger. Idag består domstolen av en domare från varje konventionsstat och dess sammansättning varierar; den kan sammanträda som enskild domare (eng. *single judge*), tremanskommitté (eng. *committee*), kammare med sju domare (eng. *chamber*) samt som stor sammansättning eller kammare med sjutton domare (eng. *grand chamber*).<sup>50</sup> Mål som avgörs av en stor kammare, anses ofta vara särskilt betydelsefulla ur prejudikatssynpunkt.<sup>51</sup>

Domstolen hanterar två olika måltyper; mellanstatliga mål och enskilda klagomål.<sup>52</sup> Den förstnämnda typen av mål avser situationen då en konventionsstat väcker talan mot en annan sådan stat på grund av ett påstått brott mot konventionen. Det krävs inte att staten i fråga har ett eget intresse i saken. Denna måltyp är ovanlig och domstolen har hittills behandlat endast ett fåtal sådana mål.<sup>53</sup> En avsevärt vanligare typ av mål är istället de enskilda klagomålen; måltillströmningen här är så kraftig att domstolens målbilans i slutet av 2012 överskred 130 000 mål.<sup>54</sup> Eftersom det i uppsatsen är denna typ av klagomål som aktualiseras, skall dessa kommenteras nedan.

### 6.2.2 Enskilda klagomål

Som ovan har framgått åtar sig varje stat som tillträder konventionen att ”garantera var och en”<sup>55</sup> som befinner sig under dess jurisdiktion, de fri- och rättigheter som av densamma följer. Detta åtagande innebär att staten skall tillse att inhemska lagar och sedvänjor uppfyller de krav som följer av konventionen. Hur staten däremot väljer att uppfylla dessa krav, är upp till den själv att avgöra. Dock är det Europadomstolen som, med ensam kompetens att tolka konventionen, har det slutliga ordet avseende huruvida staten uppfyller sina åtaganden enligt densamma. Eftersom domstolen brukar en dynamisk tolkningsmetod av konventionen, är

---

<sup>49</sup> jmf. art. 53 Europakonventionen.

<sup>50</sup> art. 26 Europakonventionen.

<sup>51</sup> Danelius, H., 2012, s. 22.

<sup>52</sup> art. 33 och 34 Europakonventionen.

<sup>53</sup> Danelius, H., 2012, s. 23.

<sup>54</sup> Sveriges delegation vid Europarådet, Strasbourg: <http://www.swedenabroad.com/sv-SE/Ambassader/COE/Sverige--Europaradet/Europakonventionen---Europadomstolen/>

<sup>55</sup> art. 1 Europakonventionen.

vidare staternas åtagande också dynamiskt; vad domstolen kräver av dem för att den enskilde skall anses garanterad en och samma rättighet, kan därför förändras över tid.<sup>56</sup>

Europadomstolen är ingen ordinär överprövningsdomstol. Istället är den prövning som domstolen gör med anledning av enskilda klagomål subsidiär till den prövning som utförs av de nationella domstolarna. Det är alltså dessa som har det primära ansvaret för att tillse att de fri- och rättigheter som följer av konventionen, kommer den enskilde tillgodo.<sup>57</sup> Denna subsidiaritetstanke kommer också till uttryck i de krav som uppställs för att Europadomstolen skall ta upp ett mål till prövning. För att domstolen skall ta upp ett enskilt klagomål till prövning, måste den enskilde först och främst ha uttömt alla, tillgängliga och effektiva, nationella rättsmedel.<sup>58</sup> Vidare måste denne vända sig till Europadomstolen inom sex månader från det att det nationellt slutliga beslutet meddelades i målet. Skulle klaganden inte uppfylla dessa villkor, avvisar domstolen målet utan prövning i sak.<sup>59</sup> Det är alltså konventionsstaterna som har det främsta ansvaret för att de förpliktelser de åtagit sig i enlighet med konventionen och dess tilläggsprotokoll respekteras.<sup>60</sup>

Klagorätt tillkommer enligt artikel 34 enskilda personer, icke-statliga organisationer samt grupper av enskilda. För att domstolen skall ta upp målet till prövning krävs vidare att klaganden påstår sig vara föremål för en kränkning som faller inom räckvidden för någon av de i konventionen eller protokollen stadgade fri- och rättigheterna. Vidare måste kränkningen ifråga kunna tillskrivas staten eller något subjekt den ansvarar för.<sup>61</sup> Den kan således inte avse någon fri- eller rättighet i ett tilläggsprotokoll som staten i fråga inte har ratificerat. Inte heller kan kränkningen avse en händelse som ägt rum innan konventionens ikraftträdande; i enlighet med allmänna folkrättsliga principer saknar konventionen en sådan retroaktiv verkan.<sup>62</sup> Vidare saknar konventionens artiklar horisontal direkt effekt; enskilda kan således inte klaga till domstolen i anledning av att de fått sina fri- eller rättigheter kränkta av någon annan enskild individ. Dock åvilar s.k. positiva skyldigheter staterna i vissa situationer, där de genom positivt handlande har tillse att enskilda kommer i åtnjutande av ett effektivt skydd för de fri- och rättigheter de genom konventionen skall garanteras.<sup>63</sup> Dessa skyldigheter varierar i omfattning och slag alltefter vilken artikel som är föremål för behandling, men kan exempelvis bestå i att adekvat lagstiftning för kriminalisering av vissa handlingar upprättas eller genom att de enskilda i sina stater har tillgång till en rättvis och oberoende domstolsprövning.<sup>64</sup> De positiva skyldigheterna, blir i förlängningen därför av betydelse också mellan enskilda subjekt.

---

<sup>56</sup> Cameron, I., 2006, s. 44.

Om denna tolkningsmetod, se vidare nedan under avsnitt 6.3.1.1.

<sup>57</sup> Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., 2006, s. 18.

<sup>58</sup> art. 35 p.1 Europakonventionen. Se också Cameron, I., 2006, s. 58 med vidare hänvisningar.

<sup>59</sup> art. 35 p. 4 Europakonventionen.

<sup>60</sup> Danelius, H., 2012, s. 36.

<sup>61</sup> Danelius, H., 2012, s. 31.

<sup>62</sup> jmf. art. 28 Wienkonventionen om traktaträtten, antagen i Wien den 23 maj 1969.

<sup>63</sup> se nedan avsnitt 6.3.3.4.

<sup>64</sup> Cameron, I., 2006, s. 45.

Eftersom domstolen bland annat skall pröva huruvida den påstådda kränkningen faktiskt har ägt rum, behöver denna inte vara fastställd när den enskilde vänder sig till domstolen. Dock måste klaganden visa på en rimlig grund för sitt påstående. Vanligen stödjer denne sin talan i att en viss dom eller beslut som meddelats mot denne personligen är konventionsstridig, men Europadomstolen har också tagit upp mål till prövning där klaganden varit mindre direkt berörd, exempelvis där dennes situation påverkats på ett så betydande sätt av en viss nationell lagstiftning att domstolen velat granska den aktuella lagens konformitet med konventionen eller fall där fråga varit om en framtida kränkning i form av risk för tortyr i samband med utvisning.<sup>65</sup>

Har Europadomstolen väl tagit upp ett mål till prövning, utreder den fakta i målet samt kontrollerar huruvida en förlikning parterna emellan är möjlig.<sup>66</sup> Lyckas en sådan avskrivs målet.<sup>67</sup> I annat fall fortsätter domstolens handläggning av detsamma, för att slutligen i sin dom konstatera huruvida en överträdelse av konventionen har ägt rum. Domstolens praxis är till sin struktur relativt stereotyp och såväl allmänna tolkningsprinciper som domstolens tidigare ståndpunkt i frågan, om en sådan finns, tas upp till behandling.<sup>68</sup> Formellt är domstolen inte bunden av sin tidigare praxis, men har ogärna avvikit från sina tidigare ställningstaganden i en viss fråga utan att särskilt ha motiverat varför den ansett så krävas.<sup>69</sup>

En slutlig dom från Europadomstolen är rättsligt bindande för den konventionsstat som är part i målet.<sup>70</sup> I samband med att dom meddelas, har domstolen också möjlighet att utdöma skadestånd, s.k. skälig gottgörelse, till klaganden.<sup>71</sup> Skadeståndet kan avse ersättning för såväl ekonomisk som ideell skada och ofta ersätts även klagandens processkostnader skäligt. Det är dock inga större summor det vid en skälig gottgörelse blir tal om och i många fall anser domstolen att själva fastställelsen av att en kränkning ägt rum innefattar en tillräcklig kompensation till klaganden, som då inte tillskrivs något skadestånd.<sup>72</sup> Vidare har domstolen i sitt domslut endast ett fåtal gånger tillerkänt klaganden någon annan typ av kompensation än en rent ekonomisk sådan. Detta förfarande är därför att anse som undantagsfall; med hänsyn till konventionsstaternas suveränitet avseende administrativa- eller lagstiftningsåtgärder, har domstolen tvärtom aktat sig för att på ett alltför detaljerat sätt uttala sig om vad den i dessa avseenden ansett krävas av staten.<sup>73</sup> På grund av Europadomstolens tunga arbetsbelastning och för att råda bot på måltillströmningar vilka alla avser kränkningar som orsakas av ett och samma systemfel i en viss stat, har den numera dock en möjlighet att meddela s.k. pilotdomar.<sup>74</sup> I dessa mål fastställer domstolen generella åtgärder för staten att vidta inom en viss tid för att korrigera de brister som leder till upprepade konventionsbrott.<sup>75</sup>

---

<sup>65</sup> Danelius, H., 2012, s. 24 ff.

<sup>66</sup> Danelius, H., 2012, s. 33.

<sup>67</sup> art. 39 p. 3 Europakonventionen.

<sup>68</sup> Palm, E., *Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna*, JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 740.

<sup>69</sup> Cameron, I., 2006, s. 61.

<sup>70</sup> art. 46 p. 1 Europakonventionen.

<sup>71</sup> art. 41 Europakonventionen.

<sup>72</sup> Danelius, H., 2012, s. 55 och Cameron, I., 2006, s. 64.

<sup>73</sup> Cameron, I., 2006, s. 64 f.

<sup>74</sup> art. 61 Europadomstolens procedurregler.

<sup>75</sup> Danelius, H., 2012, s. 28.

Som redan nämnts är Europarådets ministerkommitté ansvarig för att övervaka att staterna verkställer domstolens avgöranden på ett adekvat sätt.<sup>76</sup> Dock saknar kommittén möjlighet till att på ett särskilt ingående sätt följa upp hur den stat som förlorat ett mål, efterlever domstolens utslag.<sup>77</sup> Med det fjortonde ändringsprotokollet infördes visserligen en möjlighet för ministerkommittén att i de fall där den anser att en stat misslyckas med efterlevnaden av en meddelad dom, hänskjuta frågan därom till domstolen som prövar densamma. Skulle också domstolen komma fram till att staten i detta avseende misslyckats, överlämnar den ärendet till ministerkommittén som får överväga vilka åtgärder som skall vidtas.<sup>78</sup> Dock kan kommittén inte ålägga den trilskande staten någon form av ekonomisk sanktion, varför effektiviteten med förfarandet kan ifrågasättas.<sup>79</sup>

Beträffande efterlevnaden av domstolens utslag, kan av ovanstående konstateras att några egentliga verkställighetsåtgärder saknas och den blir istället, liksom i förlängningen den enskildes väl och ve, beroende av staternas "good faith"<sup>80</sup>. Liksom i många andra internationella sammanhang, kanske "name and shame"-principen i detta avseende utgör det mest effektiva påtryckningsmedlet för Europakonventionens genomslag; den stat som förlorar ett mål bör finna detta tillräckligt förödmjukande för att vidta nödvändiga åtgärder. Så sker ofta men inte alltid, vilket får anses utgöra en svaghet i konventionssystemet.<sup>81</sup>

### 6.3 Tolkningsmetoder och - principer

Även om Europadomstolen lämnar till de nationella statsorganen att reglera hur staterna skall garantera de enskilda den minimistandard av fri- och rättigheter som följer av konventionen, är det som ovan nämnts likväl domstolen som i det enskilda fallet slutligt avgör huruvida den stat mot vilken talan väckts har lyckats att uppfylla sitt åtagande.<sup>82</sup> Eftersom många av konventionens artiklar är vaga och relativt allmänt hållna och inte heller konventionen ger någon vägledning i hur oklara fall skall tolkas, har domstolen till sin hjälp härför i hög grad kommit att använda sig av ett antal tolkningsmetoder och -principer. Vilka dessa är och hur domstolen närmare använder sig av dem, har kommit att utkristalliserats i praxis.<sup>83</sup> De av relevans för uppsatsen, skall nedan översiktligt behandlas.

#### 6.3.1 Allmänna principer

Eftersom Europakonventionen, trots sina säregenheter, i botten utgör ett folkrättsligt avtal, tycks de flesta författare vara överens om att den skall tolkas i enlighet med allmänna folkrättsliga principer om tolkning av internationella traktat såsom de återfinns i artikel 31-33 i *Wienkonventionen om traktaträtten*<sup>84</sup> från 1969.<sup>85</sup> Också Europadomstolen tycks vara av

---

<sup>76</sup> art. 46 p. 2 Europakonventionen.

<sup>77</sup> Cameron, I., 2006, s. 65 f.

<sup>78</sup> art. 46.4-5 Europakonventionen.

<sup>79</sup> Cameron, I., 2006, s. 66.

<sup>80</sup> Cameron, I., 2006, s. 66.

<sup>81</sup> Cameron, I., 2006, s. 24 f.

<sup>82</sup> se ovan avsnitt 6.2.2.

<sup>83</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 739 f.

<sup>84</sup> Wienkonventionen om traktaträtten av den 23 maj 1969.

<sup>85</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 741.

denna uppfattning. I målet *Golder v. the United Kingdom* från 1975, hade Wienkonventionen ännu inte trätt i kraft, men domstolen ansåg likväl dess tolkningsbestämmelser utgöra internationell sedvanerätt: "[t]he submissions made to the Court were in the first place directed to the manner in which the Convention [...] should be interpreted. The Court is prepared to consider [...] that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties. That Convention has not yet entered into force and it specifies, at Article 4, that it will not be retroactive, but its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion. In this respect, for the interpretation of the European Convention account is to be taken of those Articles[...]" (min kurs.)<sup>86</sup>. I detta mål hänvisade domstolen bland annat till artikel 31, som bland annat anger att traktat skall tolkas ärligt eller i god tro (eng. *in good faith*) "i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte"<sup>87</sup>.<sup>88</sup> Hit har domstolen sedan detta avgörande, hänvisat till i många andra mål.<sup>89</sup>

Domstolen har vidare betonat vikten av att betrakta konventionen som en helhet.<sup>90</sup> För att skyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna skall bli effektivt måste det undvikas att de olika artiklarna kommer i konflikt med varandra. I målet *Soering v. the United Kingdom* från 1989 uttalade domstolen i anledning härpå: "[i]n interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms [...]. Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective [...]. In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with 'the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society' [...]" (min kurs.)<sup>91</sup>

Artikel 32 i Wienkonventionen fastslår den supplementära karaktären av vissa tolkningsmedel, såsom förarbeten. Även i detta avseende rimmar Wienkonventionen väl med hur Europadomstolen tolkar Europakonventionen. Det är också i detta sammanhang som domstolens dynamiska tolkningsmetod av konventionen aktualiseras.

### **6.3.1.1 Dynamisk tolkningsmetod**

Ett klassiskt exempel på att domstolen tolkar konventionen dynamiskt, i motsats till exempelvis statiskt eller historiskt, är målet *Tyler v. the United Kingdom*<sup>92</sup> från 1978.<sup>93</sup> I detta mål uttalade domstolen att "*the Convention is a living instrument which [...] must be*

---

<sup>86</sup> st. 29, *Golder v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.

<sup>87</sup> art. 31.1 Wienkonventionen om traktaträtten.

<sup>88</sup> se exv. st. 30, *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975.

<sup>89</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 741.

<sup>90</sup> Danelius, H., 2012, s. 50.

<sup>91</sup> st. 87, *Soering v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989.

<sup>92</sup> *Tyler v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978.

<sup>93</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s.742.

*interpreted in the light of present-day conditions* (min kurs.)”<sup>94</sup>. Att domstolen använder sig av en dynamisk tolkningsmetod, är något den därefter många gånger kommit att upprepa.<sup>95</sup> Genom ”living instrument”-doktrinen har domstolen, istället för att strikt tolka konventionen utifrån dess förarbeten eller den tidsanda som rådde vid dess tillkomst, skapat en möjlighet att ta hänsyn till över tid förändrande rättsuppfattningar och samhällsliga attityder i konventionsstaterna. Därmed kan den också anpassa konventionen och dess tillämpningsområde efter dagens verklighet.<sup>96</sup> Dock har domstolen använt sig av konventionens förarbeten då den avgjort vissa mål; såväl för att berättiga en extensiv som restriktiv tolkning av en viss bestämmelse. Alla artiklar har nämligen inte i lika hög grad varit föremål för en dynamisk tolkning.<sup>97</sup>

För att förstå anledningen härtill, är det viktigt att komma ihåg att konventionen endast skyddar vissa fri- och rättigheter. Den dynamiska tolkningsmetoden ger domstolen rätt att tolka dessa i ljuset av vid varje tid nuvarande förhållanden, men den ger inte domstolen någon rätt att skapa några nya fri- eller rättigheter.<sup>98</sup> Linjen häremellan må vara hårfin, men utgör inte desto mindre en gräns för hur långt domstolen i detta avseende kan gå.<sup>99</sup> I anledning härtill kan också påminnas om staternas ursprungliga avsikt med konventionen; genom denna skulle inte några nya materiella rättigheter tillkomma, istället skulle en viss minimistandard för redan befintliga fri- och rättigheter komma att garanteras.<sup>100</sup>

En artikel som domstolen genom åren tolkat restriktivt, är rätten till äktenskap enligt artikel 12. Just rätten till äktenskap, är en typiskt för konventionsstaterna känslig fråga som vidare i konventionen är relativt klar och tydligt definierad. Domstolen aktar sig här för att föregå de nationella lagstiftarna och läsa in en ny rättighet ur artikeln.<sup>101</sup> För att legitimera denna restriktiva tolkning har domstolen, trots att den många gånger betonar att konventionen skall tolkas dynamiskt, använt sig av dess förarbeten; i fallet *Johnston v. Ireland*<sup>102</sup> valde domstolen att hänvisa till dessa, som stöd för sin uppfattning att någon rätt till skilsmässa inte kunde härledas ur artikel 12.<sup>103</sup> Som nedan under avsnitt 7.2 skall visas, har domstolen också hänvisat till dessa i samband med att den fastslagit att rätten till äktenskap endast gäller olikkönade, och inte samkönade, par.

De begrepp och artiklar som främst varit föremål för den dynamiska tolkningsmetoden, är istället de som är relativt vaga eller öppna.<sup>104</sup> Som exempel härpå kan nämnas rätten till respekt för privat- och familjelivet, som återfinns i artikel 8 i Europakonventionen. Synen på vad som utgör ett familjeliv eller vad som bör innefattas i skyddet för privatlivet, har förändrats under årens lopp. Den dynamiska tolkningsmetoden framträder också tydligt i

<sup>94</sup> st. 31, *Tyrrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978.

<sup>95</sup> Cameron, I., 2006, s. 72.

<sup>96</sup> Danelius, H., 2012, s. 50.

<sup>97</sup> Cameron, I., 2006, s. 41 f. samt 71 f.

<sup>98</sup> Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., 2006, s. 46.

<sup>99</sup> Cameron, I., 2006, s. 70.

<sup>100</sup> se ovan avsnitt 6.1.1.

<sup>101</sup> Cameron, I., 2006, s. 130 f.

<sup>102</sup> *Johnston and others v. Ireland*, European Court of Human Rights, Application No. 9697/82, Judgment of 18 December 1986.

<sup>103</sup> st. 52-53, *Johnston and others v. Ireland*, 18 December 1986.

<sup>104</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 742.

samband med den proportionalitetsbedömning som domstolen gör enligt artikel 8-11 när den undersöker vad som kan anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.<sup>105</sup> Domstolens över tid förändrade syn på transsexualism och transsexuella personers rättigheter avseende rätten till respekt för privatlivet, varom mer nedan under avsnitt 7, är något som flera författare framhåller utgör ett förträffligt exempel på hur den brukat den dynamiska tolkningsmetoden.<sup>106</sup>

Slutligen bör påpekas att domstolens bruk av den dynamiska tolkningsmetoden både har hyllats och kritiserats. Genom denna tolkningsmetod, kom säkerligen domstolen att bli mer aktiv än vad de stater som ursprungligen upprättade konventionen kanske både förväntade och önskade sig.<sup>107</sup> Elisabeth Palm skriver att domstolen i samband härmed kritiserats för att ha tagit sig för stora friheter och närpå kommit att ägna sig åt lagstiftande verksamhet.<sup>108</sup> Hon själv menar däremot att domstolen för att effektivt kunna värna om de mänskliga fri- och rättigheter som följer av konventionen, måste kunna ”tänja gränserna”<sup>109</sup> för att dessa effektivt skall skyddas.

### 6.3.2 Europadomstolens principer

Förutom den vägledning som kan hämtas ur Wienkonventionen, har Europadomstolen också tagit hjälp av, och i sin praxis själv utvecklat, ett antal andra tolkningsprinciper. Nedan skall beskrivas ett par av dessa som är av särskild relevans för uppsatsen. Vårt att poängtera, är att många författare behandlar dessa principer integrerat. Jag har dock valt att ta avstamp i Hans Danelius uppställning av desamma, där han behandlar dem separat.<sup>110</sup>

#### 6.3.2.1 *Margin of appreciation*

Europadomstolen är ingen vanlig överprövningsdomstol dit enskilda individer kan vända sig för att erhålla ett materiellt ”riktigare” resultat i ett visst ärende.<sup>111</sup> Istället har domstolen endast att undersöka huruvida den nationella rättsordningen och - tillämpningen är förenlig med vad konventionen stadgar.<sup>112</sup> Det som Europadomstolen i det enskilda fallet kan pröva, är med andra ord huruvida konventionsstaten i fråga tillförsäkrar individen den miniminivå av fri- och rättigheter som följer av konventionen.<sup>113</sup> Det är i samband med denna bedömning, som principen om staternas *margin of appreciation*, fritt översatt fria tolkningsutrymme, aktualiseras.

---

<sup>105</sup> Cameron, I., 2006, s. 107 f.

<sup>106</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 743; Cameron, I., 2006, s. 11 samt Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., 2006, s. 47.

<sup>107</sup> Cameron, I., 2006, s. 69 f.

<sup>108</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 745.

<sup>109</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 745.

<sup>110</sup> Danelius, H., 2012, s. 50 ff.

<sup>111</sup> Får domstolen sådana klagomål tillställda sig, avvisas dessa i enlighet med den s.k. fjärdeinstansprincipen (eng. *fourth instance formula*). Se vidare Danelius, H., 2012, s. 51 f. samt Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 747 f.

<sup>112</sup> Cameron, I., 2006, s. 68.

<sup>113</sup> jmf. art. 1 Europakonventionen.



Idén till denna princip, som första gången nämndes i målet *Handyside v. the United Kingdom*<sup>114</sup> från 1976, har sin grund i att de nationella domstolarna bättre lämpade än Europadomstolen att göra vissa bedömningar och avvägningar.<sup>115</sup> Genom att tillträda konventionen har staterna visserligen åtagit sig att respektera ett antal fri- och rättigheter, men de har inte desto mindre kvar sin suveräna rätt att lagstifta efter de värderingar och uppfattningar som de finner lämpliga med hänsyn till nationella förhållanden. Av denna anledning, har staterna kommit att åtnjuta ett visst fritt utrymme, en *margin of appreciation*, när de tolkar och tillämpar konventionen. Håller de sig inom sitt tolkningsutrymme, godtar domstolen som regel den bedömning de nationella myndigheterna har gjort.<sup>116</sup>

Principen om staternas *margin of appreciation* aktualiseras i många artiklar och situationer, inte minst tillsammans med proportionalitetsprincipen i mål som rör artikel 8-11 i konventionen där domstolen har att avgöra huruvida en viss åtgärd är nödvändig i ett demokratiskt samhälle.<sup>117</sup> I dessa bedömningar, tillåts staterna att ta hänsyn till nationella förhållanden. Omfattningen av dessas fria tolkningsutrymme varierar dock alltefter den typ av fråga som behandlas. För frågor som konventionsstaterna uppfattar som känsliga, exempelvis sådana av religiös eller moralisk karaktär, åtnjuter de som regel en vid *margin of appreciation*.<sup>118</sup> Detsamma gäller för frågor där vitala statsintressen berörs.<sup>119</sup> För andra frågor, såsom räckvidden av journalisters yttrandefrihet, är det fria bedömningsutrymmet mer begränsat.<sup>120</sup>

Räckvidden av principen om staternas *margin of appreciation* är med andra ord relativt svår att ange och domstolen avgör gränserna för densamma i varje enskilt fall.<sup>121</sup> Domstolens sätt att tillämpa denna princip har såväl kritiserats som hyllats, liksom är fallet för den dynamiska tolkningsmetoden. Vissa menar att domstolen har överlämnat en alltför stor del av sitt ansvar till de enskilda konventionsstaterna.<sup>122</sup> Andra har främst vänt sig emot avsaknaden av en konsekvent eller enhetlig tillämpning av principen.<sup>123</sup> Ytterligare andra menar snarare att principen om staternas *margin of appreciation* är nödvändig för att staterna skall kunna ta tillvara på sina unika värden och rättsuppfattningar.<sup>124</sup>

När domstolen har att bestämma omfattningen av det fria tolkningsutrymmet i ett visst fall, undersöker den ofta hur den fråga som aktualiseras behandlas i andra konventionsstater och huruvida en europeisk standard, varom kort nedan, kan anses etablerad i frågan.

---

<sup>114</sup> se exv. st. 47-49, *Handyside v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 5493772, Judgment of 7 December 1976.

<sup>115</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 746.

<sup>116</sup> Cameron, I., 2006, s. 68 f.

<sup>117</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 747.

<sup>118</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 747.

<sup>119</sup> Danelius, H., 2012, s. 52.

<sup>120</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 747.

<sup>121</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 747.

<sup>122</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 746.

<sup>123</sup> Letsas, G., *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, Oxford J Legal Studies (Winter 2006) 26 (4), s. 705 med vidare hänvisningar.

<sup>124</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 746.

### **6.3.2.2 Europeisk standard**

Principen om europeisk standard, kan sägas utgöra en slags motpol till staternas *margin of appreciation*. I mål som framförallt rör en för staten känslig fråga och där konventionen inte ger domstolen någon vägledning, undersöker den ofta huruvida en enhetlig uppfattning, en europeisk standard, kan anses etablerad bland övriga konventionsstater avseende hur de reglerar den aktuella frågan. Kommer domstolen fram till att en sådan kan sägas existera, kan den med hänvisning därtill snäva in det fria tolkningsutrymmet för den stat som avviker från denna standard. Där någon sådan standard inte kunnat fastställas, har domstolen ofta istället fallit tillbaka på principen om staternas *margin of appreciation* och överlåtit på konventionsstaten att reglera frågan.<sup>125</sup>

I samband med att domstolen undersöker den europeiska standarden för en viss fråga, framträder också domstolens dynamiska tolkningsmetod tydligt. Allteftersom samhällliga värderingar och rättsuppfattningar förändras med tiden, är också den europeiska standarden i olika frågor föremål för utveckling. Domstolen kan därför, med hänsyn till huruvida en europeisk standard etablerats, vid varje given tidpunkt komma fram till att ett visst förhållande utgör en kränkning av den enskildes rättigheter även om den vid en tidigare bedömning av samma omständigheter inte funnit så varit fallet. Det nu sagda framgår tydligt i domstolens syn på transsexuellas rättigheter, där också, som nedan under avsnitt 7 skall visas, den europeiska standarden i många avseenden förändrats betydligt under framförallt de senaste 30 åren.

### **6.3.3.3 Proportionalitetsprincipen**

Proportionalitetsprincipen är inte för just tolkningen av Europakonventionen någon exklusiv princip; den förekommer bland många andra, såväl nationella som internationella, rättssystem. Inte desto mindre genomsyrar den hela konventionen och domstolens bedömningar vid tolkningen av densamma. Proportionalitetsprincipen, som är nära förbunden med staternas *margin of appreciation*, går ut på att en rimlig avvägning måste göras mellan allmänna och enskilda intressen; när en stat företar en åtgärd som inskränker en av de fri- eller rättigheter som följer av konventionen, måste om möjligt den minst ingripande metoden väljas. Vidare får inte ingreppet vara större än nödvändigt för att syftet med åtgärden kan tillgodoses.<sup>126</sup>

### **6.3.3.4 Positiva skyldigheter**

Ett antal av de artiklar som återfinns i Europakonventionen, är formulerade som förbud direkt mot staterna att otillbörligen ingripa i den enskildes fri- eller rättigheter. Som exempel härpå kan nämnas artikel 8-11. För att den enskilde effektivt skall garanteras vad som av dessa artiklar följer också i förhållande till andra privata subjekt, ankommer det som ovan nämnts på staterna att aktivt handla; att vidta positiva åtgärder.<sup>127</sup> Dessa skyldigheter är av varierande

---

<sup>125</sup> Danelius, H., 2012, s. 54.

<sup>126</sup> Palm, E., JT, Nr. 4, 2003-2004, s. 747.

<sup>127</sup> Danelius, H., 2012, s. 53 f.

slag och grad, alltefter den fråga och artikel som berörs.<sup>128</sup> Avseende artikel 8, hänvisas till avsnitt 6.4.1 nedan.

## 6.4 Särskilt om vissa artiklar

Eftersom jag valt att utgå från artikel 8, 12 och 14 i min rättsfallsanalys, följer nedan översikt av vad dessa artiklar innehåller.

### 6.4.1 Artikel 8

I artikel 8 återfinns rätten till respekt för privat- och familjeliv samt till hem och korrespondens. Tillämpningsområdet för denna artikel har varit, och är, föremål för en betydande utveckling i domstolens praxis och illustrerar väl hur domstolen använder sig av den ovan beskrivna dynamiska tolkningsmetoden.<sup>129</sup> Under artikel 8 faller många aspekter in och de intressen som skyddas går inte helt lätt att avskilja från varandra. Härutöver rör också andra artiklar i konventionen ämnen som är starkt förbundna med, eller kan anses utgöra en del av, privat- och familjelivet; exempelvis artikel 12 som reglerar rätten att ingå äktenskap. I detta avseende är det rimligt att betrakta dessa artiklar som specialbestämmelser, *lex specialis*, till artikel 8, som istället ger ett grundläggande skydd.<sup>130</sup>

I artikel 8 stadgas inte bara ett förbud för konventionsstaterna mot otillbörliga ingrepp i de enskildas privat- och familjeliv. Härutöver tillkommer också en plikt för dem att vidta rimliga positiva skyldigheter; att aktivt handla, exempelvis genom att anta adekvat lagstiftning, för att de enskildas rättigheter artikeln enligt artikeln effektivt skall skyddas; inte bara i förhållande till statliga aktörer utan också till privata subjekt. Underlåtenhet från statens sida av ett dylikt aktivt handlande, kan alltså medföra ansvar.<sup>131</sup> Beträffande implementeringen av de positiva skyldigheterna, åtnjuter staterna generellt en relativt vid *margin of appreciation*.<sup>132</sup>

Det bör betonas att inte alla ingrepp i de rättigheter som skyddas av artikel 8 medför ansvar för staten, men för detta krävs att ingreppet uppfyller tre villkor; det måste 1) ha stöd i lag; 2) vara ägnat att tillgodose ett av de allmänna eller enskilda intressen som uppräknas i artikeln samt 3) vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.<sup>133</sup> Beträffande punkt ett, måste stöd för inskränkningen i någon av de rättigheter artikeln stadgar följa av inhemsk lag. Denna lag måste vidare uppfylla allmänna krav på rättssäkerhet, såsom förutsebarhet, precision och allmän tillgänglighet.<sup>134</sup> Av andra punkten följer att hänsyn endast kan tas till något av de i artikeln uppräknade intressena vid bedömningen.<sup>135</sup> Vad punkt tre beträffar, har Europadomstolen framhållit att det avgörande är huruvida åtgärden svarar mot ett viktigt

---

<sup>128</sup> Cameron, I., 2006, s. 45 f.

<sup>129</sup> Cameron, I., 2006, s. 110.

<sup>130</sup> Danelius, H., 2012, s. 346 f.

<sup>131</sup> Danelius, H., 2012, s. 347.

<sup>132</sup> Cameron, I., 2006, s. 110.

<sup>133</sup> art 8.2 Europakonventionen.

<sup>134</sup> Danelius, H., 2012, s. 351.

<sup>135</sup> Danelius, H., 2012, s. 351.

samhälleligt behov.<sup>136</sup> I denna bedömning åtnjuter staterna en *margin of appreciation* i varierande grad, beroende av det intresse som staten genom den specifika åtgärden vill tillgodose.<sup>137</sup>

#### 6.4.2 Artikel 12

I artikel 12 återfinns rätten för ”[g]iftasvuxna män och kvinnor... att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet”<sup>138</sup>. Redan av artikelns ordalydelse framgår att denna rättighet är mycket begränsad, då staterna givits möjlighet att låta den bli föremål för ytterligare reglering. De inskränkningar som de väljer att göra måste dock vara proportionerliga och rättigheten får inte begränsas så långt så att dess kärna går omintet.<sup>139</sup>

Som ovan under avsnitt 6.3.1.1 nämnts, har domstolen tolkat denna artikel restriktivt; den har exempelvis inte låtit någon rätt till skilsmässa eller adoption kunna utläsas härur.<sup>140</sup> Vidare har den endast ansett rätten till äktenskap tillkomma olikkönade, och inte samkönade, par. I målet *Schalk and Kopf v. Austria* från 2010 tillstod visserligen domstolen att relationen mellan de två sökandena, ett homosexuellt par som levde i ett stadigt förhållande, utgjorde ett familjeliv enligt artikel 8, men tillerkände dem likväl inte rätten att ingå ett äktenskap med varandra. Istället hänvisade domstolen till att frågan kring hur staten reglerade samkönade äktenskap föll under dess *margin of appreciation*.<sup>141</sup>

#### 6.4.3 Artikel 14

I artikel 14 återfinns principen om att lika fall skall behandlas lika eller, alternativt, ett förbud mot diskriminering. Detta förbud är dock inte generellt; det gäller endast i förhållande till åtnjutandet av de fri- och rättigheter som stadgas i konventionen samt i dess tilläggsprotokoll, förutsatt att staten i fråga signerat dem.<sup>142</sup> För att artikel 14 skall aktualiseras, krävs för det första inte att någon separat kränkning av en materiell rättighet föreligger. Dock måste handlingen i fråga falla inom ramen för tillämpningsområdet av någon av de materiella artiklarna. Å andra sidan har domstolen många gånger beslutat att inte behandla frågan om huruvida en separat kränkning enligt artikel 14 föreligger där den funnit ett diskriminerande moment i kränkningen av den materiella artikeln i fråga, såvida inte några särskilda omständigheter talat härför.<sup>143</sup> För att artikel 14 skall kunna tillämpas, måste vidare den person som påstår sig vara utsatt för diskriminering befinna sig i en jämförbar situation med en person jämte vilken den anser sig vara diskriminerad.<sup>144</sup> Detta är ett utflöde av principen att lika fall skall behandlas lika och motsatt, att olika fall skall behandlas olika. Anser

<sup>136</sup> Cameron, I., 2006, s. 107, jmf. st. 48, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976.

<sup>137</sup> Cameron, I., 2006, s. 109 f. Se också ovan avsnitt 6.3.2.

<sup>138</sup> art. 12 Europakonventionen.

<sup>139</sup> Danelius, H., 2012, s. 503.

<sup>140</sup> Cameron, I., 2006, s. 131.

<sup>141</sup> st. 94 och 108, *Schalk and Kopf v. Austria*, European Court of Human Rights, Application No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010.

<sup>142</sup> Det finns nu möjlighet för konventionsstaterna att ansluta sig till ett generellt diskrimineringsförbud, som tillkommit genom upprättandet av det tolfte tilläggsprotokollet. Detta har dock inte uppnått någon större anslutning bland konventionsstaterna.

<sup>143</sup> Danelius, H., 2012, s. 517 f.

<sup>144</sup> Danelius, H., 2012, s. 519.

domstolen att personerna i fråga inte befinner sig i en sådan situation, kan det inte heller bli fråga om diskriminering. Även om domstolen skulle anse att personerna i fråga befinna sig i en jämförbar situation, kan den dock acceptera en särskiljande behandling om staten haft en ”objektiv och godtagbar grund” för sitt handlande. Redan 1968 uttalade domstolen i det s.k. belgiska språkmålet följande kring tolkningen och tillämpningen av artikel 14:

*”[i]n spite of the very general wording of the French version (‘sans distinction aucune’), Article 14 [... ] does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised. This version must be read in the light of the more restrictive text of the English version (‘without discrimination’). In addition, and in particular, one would reach absurd results were one to give Article 14 [... ] an interpretation as wide as that which the French version seems to imply. One would, in effect, be led to judge as contrary to the Convention every one of the many legal or administrative provisions which do not secure to everyone complete equality of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognised. The competent national authorities are frequently confronted with situations and problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions; moreover, certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities. The extensive interpretation mentioned above cannot consequently be accepted.*

*It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14 [... ]. On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 [... ] is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.”<sup>145</sup>*

Angående bedömningen av de åtgärder staten i fråga använt sig av, uttalade domstolen att *”[t]he national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention.”<sup>146</sup>* Om artikel 14 kan slutligen nämnas att de grunder som däri uppräknas inte är uttömmande, vilket framgår av ordet såsom (eng. *on any ground such as*), varför denna artikel också är relevant vid fall av diskriminerande behandling också på andra grunder än de som däri anges, exempelvis på grund av transsexualitet.

---

<sup>145</sup> II. B. st. 10, Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, European Court of Human Rights, Application No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968.

<sup>146</sup> II. B. st. 10, Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, Judgment of 23 July 1968.

## 7. Rättsfall från Europadomstolen

Som under avsnitt 4.3 nämnts, har jag med inspiration från en artikel författad av Robert Wintemute, professor i mänskliga rättigheter vid *King's College London*, valt att strukturera in de rättsfall jag undersökt i tre huvudgrupper; individuella rättigheter, parrättigheter samt familjerättigheter.<sup>147</sup> Dessa är vidare indelade i undergrupper, alltefter de rättsliga frågor som aktualiseras. Som jag under detta avsnitt också påpekade, medför denna struktur att samma rättsfall ibland behandlas på flera ställen och på så sätt upprepas. Likväl tror jag att den valda strukturen är att föredra framför exempelvis en rent kronologisk sådan, eftersom rättsfallen här sätts in i ett större sammanhang och man lättare kan se hur domstolens uppfattning i en viss fråga i vissa fall kommit att förändrats med tiden. Avslutningsvis följer en rubrik vid namn kommunicerade mål. Jag har tagit hänsyn till alla, för uppsatsen relevanta, fall fram till den 31 maj 2013.

### 7.1 Individuella rättigheter

Under denna rubrik återfinns de mål och fall där den fråga som domstolen eller f.d. kommissionen hanterat har varit hänförlig till den klagandes person, identitet eller privatliv.

#### 7.1.1 Byte av juridisk könstillhörighet

Rätten till, och villkoren för, att som transsexuell få ändra sin juridiska könstillhörighet, har varit uppe till prövning i ett antal fall i såväl f.d. kommissionen som domstolen. Sökandena har i de flesta antalet fall varit postoperativt transsexuella som klagat över det prekära mellanstadium de befunnit sig i då de, till följd av att de inte tillåtit ändra juridisk könstillhörighet i offentliga register eller födelseattester<sup>148</sup>, i tid och otid tvingats avslöja högst privat information om sig själva. I denna fråga framträder domstolens dynamiska tolkningsmetod tydligt, då dess syn på och resonemang kring frågan varit föremål för stor förändring under årens lopp.

##### 7.1.1.1 *X. v. Germany*

I *X. v. Germany*<sup>149</sup> från 1977 klagade sökanden X, en postoperativt MtF-transsexuell tysk medborgare född 1925, på att hennes rätt till respekt för privatlivet enligt art. 8 kränktes då de tyska myndigheterna varken tillät en officiell ändring av hennes namn från Günter till Gunde eller erkände hennes postoperativa könstillhörighet. Målet var det första i sitt slag och Europakommissionen meddelade prövningstillstånd. Europadomstolen kom dock aldrig att göra någon materiell prövning då det klarades upp i tysk förvaltningsdomstol 1979.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> Wintemute, R., 2006 [updated to May 2011].

<sup>148</sup> Eng. *birth certificate*.

<sup>149</sup> *X. v. Germany*. European Commission of Human Rights, Application No. 6699/74, Decision on admissibility of 15 December 1977.

<sup>150</sup> Helfer, L., Voeten, E., 2012., s. 45.

### 7.1.1.2 *Van Oosterwijck v. Belgium*

I målet *Van Oosterwijck v. Belgium*<sup>151</sup> hade klaganden, en postoperativt FtM-transsexuell medborgare född 1944, sökt rättelse av sin födelseattest hos den belgiska *Registrar of Births* efter att ha genomgått könskorrigering kirurgi, för att detta dokument skulle avspegla hans postoperativa könsidentitet. Då han inte kunde visa på att myndigheten hade begått något fel vid själva registreringstillfället, vilket krävdes enligt belgisk lag då krävdes för att en rättelse av ett faktiskt fel skulle kunna utföras, avslogs hans begäran. Varken under- eller överrätt ändrade på beslutet och Van Oosterwijck tog inte fallet till kassationsdomstolen då han fått höra att det inte fanns några utsikter till framgång med en sådan talan.<sup>152</sup>

I sin ansökan till kommissionen åberopade Van Oosterwijck art. 3, 8 och 12 i konventionen. Kommissionen prövade inte fallet utifrån art. 3 men fann en kränkning enligt art. 8 och 12 föreligga.<sup>153</sup> Europadomstolen kom dock inte heller i detta fall att pröva målet i sak, då majoriteten ansåg att Van Oosterwijck genom att inte ha vänt sig till kassationsdomstolen inte heller uttömt de nationella rättskällorna. De fann inte heller några ursäktliga omständigheter existera härför.<sup>154</sup> Med tretton röster mot fyra avvisades därför målet.

### 7.1.1.3 *Rees v. the United Kingdom*

*Rees v. the United Kingdom*<sup>155</sup> från 1986 är det första mål där Europadomstolen avkunnat en dom i frågan om byte av juridisk könstillhörighet. Sökanden var här Rees, en postoperativt FtM-transsexuell brittisk medborgare född 1942, som upptagits i födelseregistret som kvinna. Rees hade genomgått hormonbehandling och könskorrigering kirurgi, vilket *National Health Service* stått kostnaderna för, och därpå antagit ett manligt namn. Namnbytet hade gått igenom i officiella id-dokument såsom hans pass, där också könsmarkören ändrats till "Mr". När Rees ansökte hos *Registrar General* att få sin könstillhörighet ändrad också i sin födelseattest, besvarades denna ansökan negativt. Enligt då gällande lag kunde nämligen könstillhörighet enligt födelsebeviset endast ändras om ett skriv- eller faktiskt fel inträffat vid själva registreringen av födelsen, vilket *Registrar General* här inte menade varit fallet. Regler för hur könstillhörighet skulle definieras saknades i Storbritannien, men enligt inhemsk praxis togs hänsyn endast till den nyföddes biologiska kön. *Registrar General* påpekade att det faktum att Rees psykologiska kön inte framträtt förrän senare i livet och att han då genomgått behandling för att korrigera dissonansen mellan biologiskt och mentalt kön, inte medförde att den ursprungliga registreringen av könstillhörighet var felaktig, varför inget faktiskt fel vid registreringstillfället hade begåtts. Hans begäran om rättelse besvarades därför nekande.<sup>156</sup>

I sin ansökan till Europakommissionen anförde Rees att det faktum att han inte officiellt erkändes i sin postoperativa könstillhörighet kränkte hans rättigheter enligt art. 3, 8 och 12 i Europakonventionen. Kommissionen beviljade prövningstillstånd under art. 8 och 12 och fann

---

<sup>151</sup> *Van Oosterwijck v. Belgium*, European Court of Human Rights, Application No. 7654/76, Judgment of 6 November 1980.

<sup>152</sup> st. 14, *Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 November 1980.

<sup>153</sup> st. 22 f., *Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 November 1980.

<sup>154</sup> st. 36 ff., *Van Oosterwijck v. Belgium*, 6 November 1980.

<sup>155</sup> *Rees v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986.

<sup>156</sup> st. 16, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

en kränkning enligt art. 8 föreligga. Beträffande art. 8, prövade Europadomstolen huruvida icke-erkännandet av Rees postoperativa könstillhörighet, kränkte hans rätt till respekt för privatlivet. Rees menade att han hindrades en fullständig integrering i samhället; han betraktades som kvinna i alla situationer där kön var rättsligt relevant och varje gång ett framställande av födelsebeviset krävdes, avslöjades också den diskrepans som rådde mellan hans faktiska och juridiska kön, vilket förorsakade honom stor skam och förödmjukelse.<sup>157</sup> Regeringen motsatte sig Rees klagomål och framförde bland annat att födelseattesten enligt brittisk lagstiftning inte var tvungen att framställas för något särskilt syfte. För legitimation användes huvudsak pass eller körkort och i dessa hade också Rees namn och könsmarkör ändrats.<sup>158</sup> Vidare var syftet med födelseregistret att avspegla historiska fakta. Det var därför, med vissa undantag, inte menat att anpassas och uppdateras utefter förändringar som inträffade under individens liv.<sup>159</sup> Likväl var det ostridigt att födelseregistret var allmänt och uppvisade av födelseattest i praktiken aktualiserades i ett antal situationer, exempelvis vid tecknandet av vissa privata försäkringar, inskrivning vid ett universitet, när pass skulle utfärdas för första gången eller av arbetsgivare i vissa anställningssituationer.<sup>160</sup>

Domstolen inledde sin prövning med ett par generella uttalanden om art. 8. Först påpekade den att artikelns främsta syfte var att skydda individen från godtyckliga ingrepp av offentliga myndigheter. Endast det förhållandet att de brittiska myndigheterna nekade Rees till att få sin juridiska könsangivelse ändrad i födelseattesten, kunde enligt domstolen inte anses utgöra ett sådant otillbörligt ingrepp. Istället menade domstolen på att den hade att avgöra huruvida några positiva skyldigheter kunde sägas åligga staten i detta avseende och, om så var fallet, dessas omfattning.<sup>161</sup>

Domstolen hänvisade därefter till sin praxis beträffande innebörden av det i art. 8 förekommande ordet ”respekt”. Den betonade att någon enhetlig sådan saknades varför omfattningen av staternas positiva skyldigheter fick variera alltefter dessas olika seder och bruk och med hänsyn till balanseringen av aktuella allmänna och enskilda intressen. Vad gäller omfattningen av en eventuell positiv skyldighet för staterna att erkänna transsexuella i sin postoperativa könsidentitet uttalade domstolen: *”[s]everal States have, through legislation or by means of legal interpretation or by administrative practice, given transsexuals the option of changing their personal status to fit their newly-gained identity. They have, however, made this option subject to conditions of varying strictness and retained a number of express reservations [...]. In other States, such an option does not – or does not yet – exist. It would therefore be true to say that there is little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area where the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation (min kurs).<sup>162)</sup>”<sup>163</sup>.*

<sup>157</sup> st. 34, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>158</sup> st. 20, jmf. st. 13 och 17, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>159</sup> st. 21, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>160</sup> st. 24 f., *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>161</sup> st. 35, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>162</sup> Jag kommer fortsättningsvis återge samtliga domstolens citat i kursiverad stil.

<sup>163</sup> st. 37, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.



Vidare anförde domstolen att Storbritannien hade gått Rees krav tillmötes så långt som dåvarande lagstiftning tillät och, som svar på Rees invändning att andra konventionsstater tillät ändringar födelseregistren, att principen om positiva skyldigheter inte kunde utsträckas så långt som att kräva av en stat att anta en annan stats registreringsmodell. Domstolen framhöll att det dittills inte ansetts inte nödvändigt i Storbritannien att införa ett system där transsexuellas postoperativa könstillhörighet erkändes officiellt och att ett systembyte skulle komma att medföra betydande administrativa konsekvenser för staten. Staten var därför ”*fully entitled, in the exercise of [its] margin of appreciation, to take account of the requirements of the situation pertaining there in determining what measures to adopt [...]. [T]he requirement of striking a fair balance [...] cannot give rise to any direct obligation on the United Kingdom to alter the very basis [of the existing system]*”<sup>164</sup>. Med andra ord konstaterade alltså domstolen att eftersom den inte kunde fastställa någon europeisk standard i frågan om erkännandet av transsexuellas postoperativa könstillhörighet, Storbritannien själv kunde reglera detta ämne enligt principen om staternas *margin of appreciation*.

Domstolen kom också att diskutera huruvida möjligheten att göra en anteckning om könskorrigering i födelseregistret var ett tänkbart alternativ. Med hänsyn till att det av en sådan anteckning fortfarande skulle framgå att Rees korrigerat sitt kön, menade domstolen att detta alternativ inte kunde innebära att respekten för privatlivet garanterades. Vidare fann den inte heller varianten att sekretessbelägga denna uppgift vara ett reellt alternativ; domstolen framhöll att detta inte bara påtagligt skulle ha påverkat det dåvarande systemet, utan också medfört oönskade följder inom arvs- och familjerätten. Dessutom menade den att vissa tredje parter med ett legitimt intresse att få tillgång dylik information, såsom militärservice och livförsäkringsbolag, skulle ha gått miste om denna möjlighet. För att undvika dessa följder, hade enligt domstolen en detaljrik lagstiftning krävts. Med hänvisning till staternas vida *margin of appreciation* i frågan, fastslog domstolen att dessas positiva skyldigheter enligt art. 8 inte heller kunde utsträckas till att innefatta en sådan lösning.<sup>165</sup> Att Rees behandling hade bekostats av en statlig myndighet rubbade inte denna domstolens slutsats; tvärtom framhöll domstolen att ”*the fact that the medical services did not delay the giving of medical and surgical treatment until all legal aspects of persons in the applicant’s situation had been fully investigated and resolved, obviously benefited him and contributed to his freedom of choice*”<sup>166</sup>.

Domstolen fann så, med tolv röster mot tre, ingen kränkning enligt art. 8 var för handen. Dock avrundade den sitt resonemang med följande stycke, till vilket kom att hänvisas i många av de efterföljande mål där samma sak prövades: ”*it must for the time being be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals. However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances [...]. The need for appropriate legal measures*

---

<sup>164</sup> st. 42, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>165</sup> st. 42 ff., *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>166</sup> st. 45, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

*should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments*<sup>167</sup>.

Domstolens minoritet, som ansåg att Rees rätt till respekt för sitt privatliv var kränkt, framförde i en gemensam skiljaktig mening sin åsikt att ovan nämnda alternativ med att en tilläggsanteckning gjordes i födelseregistret kunde krävas av staten. Dock påpekade de att det med hänsyn till statens vida *margin of appreciation* i frågan om att välja metod för att lösa problemet, det var fullt möjligt för Storbritannien att också så göra. Så länge målet uppnåddes, kunde medel härtill väljas.<sup>168</sup>

#### **7.1.1.4 James and W. v. the United Kingdom**

Fallen *James v. the United Kingdom*<sup>169</sup> och *W. v. the United Kingdom*<sup>170</sup> avgjordes av kommissionen 1988 respektive -89. Sökandena var båda MtF-postoperativt transsexuella som liksom Rees klagade över att brittisk lagstiftning, på grund av att den grundade könstillhörighet på biologiskt kön vid födelsen, inte tillät dem att få sin juridiska könstillhörighet ändrad i sina födelseattester efter att ha avslutat könskorrigering behandling och den förödmjukelse och de menliga konsekvenser som drabbade dem på grund härav. James och W. underströk att officiella dokument som körkort och pass visserligen erkände deras postoperativa könstillhörighet genom att ett visst namn implicerade ett visst kön; inte desto mindre utgjorde de endast *”documents of description, not of legal identity”*<sup>171</sup>. James framhöll härvid att vilken man som helst skulle kunna anta ett kvinnligt namn och detta förfarande således inte hade något som helst med transsexualitet eller erkännandet av transsexuella i sitt postoperativa kön att göra. Vidare, skulle könstillhörighet efterfrågas, menade de båda på att personbeviset var den enda juridiskt giltiga handlingen. Det var alltså av stor betydelse att en ändring tilläts i just detta dokument.

James återopade konventionens art. 8, 10 och 14 medan W. grundade sin ansökan på art. 8 och 12. Utöver det ovan sagda, framförde James också att hon blivit nekad anställning på grund av att hon avslöjats med att ha genomgått könskorrigering behandling och att hon, på grund av att lagstiftning som tillät ändringar i födelseattesten saknas, ånyo riskerade att råka ut för ett liknande scenario.<sup>172</sup> W. klagade även över att hon, genom att inte erkännas i personbeviset som kvinna, var förhindrad att gifta sig med en man och tillsammans med honom adoptera barn. Kommissionen prövade fallen enligt art. 8 respektive art. 8 och 12<sup>173</sup>. Beträffande art. 8, hänvisade den, och slöt sig, till domstolens resonemang i målet *Rees*: *”[t]he Commission considers that the present application does not reveal a particular novel aspect of the situation of transsexuals in the United Kingdom, distinguishing it from the*

<sup>167</sup> st. 47, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>168</sup> st. 3, Dissenting Opinion of Judges Bindschedler-Robert, Russo and Gersing, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986,

<sup>169</sup> *James v. the United Kingdom*, European Commission of Human Rights, Application No. 10622/83, Report of the Commission adopted on 15 December 1988.

<sup>170</sup> *W. v. The United Kingdom*, European Commission of Human Rights, Application No. 11095/84, Report of the Commission adopted on 7 March 1989.

<sup>171</sup> st. 33, *James v. the United Kingdom*, 15 December 1988.

Se även st. 34, *W. v. The United Kingdom*, 7 March 1989.

<sup>172</sup> st. 30 ff., *James v. the United Kingdom*, 15 December 1988.

<sup>173</sup> v.g. art. 12, se nedan under avsnitt 7.2.1.2.

*situation in the Rees case. In fact, [...] at the present stage of the development in the United Kingdom law, a transsexual is not recognised in his/her new status, inter alia, as far as marriage, pension rights and certain employments are concerned. The Court consequently took into consideration all drawbacks for transsexuals of the existing legal system. Nevertheless, it considered that 'it must, for the time being, be left to the United Kingdom to determine the extent to which it can meet the remaining demands of transsexuals'*<sup>174</sup>.

Kommissionen fann alltså inte någon kränkning enligt art. 8 föreligga, varför inte heller Europadomstolen kom att pröva fallen i sak. Kommissionens uppfattning bekräftades också senare av Europarådets ministerkommitté.<sup>175</sup> I James där, i motsats till W, kommissionen inte var enhällig i sitt beslut, framförde Mr. Ermacora en skiljaktig mening och hänvisade bland annat till FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Mr. Ermacora menade på att domstolen i *Rees* tycktes honom ha ”*disregard[ed] the human rights’ substance of the case and of similar cases of this nature*”<sup>176</sup> och att kommissionen borde ha hållit fast vid sitt resonemang i *Rees*, där den funnit en kränkning art. 8 föreligga.

#### **7.1.1.5 Cossey v. the United Kingdom**

Också omständigheterna i målet *Cossey v. the United Kingdom*<sup>177</sup> var snarlika dem i *Rees*; sökanden Cossey var en postoperativt MtF-transsexuell brittisk medborgare, född 1954, som fått avslag på sin ansökan till *Registrar General* om att få erhålla en födelseattest där hon erkändes som kvinna; hon var enligt myndigheten av manligt biologiskt kön vid födelsen och kunde genom sin behandling inte anses ha förvärvat det kvinnliga könets alla biologiska egenskaper. I sin klagan till kommissionen menade Cossey att hennes rättigheter enligt art. 8 därmed var kränkta. Vid tiden för sin ansökan, var Cossey vidare i en relation med en man hon önskade gifta sig med. Då hon på grund av att födelseattesten angav henne som man inte tilläts att så göra, menade hon att även hennes rättigheter enligt art. 12 var kränkta.<sup>178</sup> Kommissionen fann, med tio röster mot sex, ingen kränkning enligt art. 8, men däremot av art. 12, föreligga. I domstolen åberopade Cossey också art. 14.

Beträffande art. 8, konstaterade domstolen att den, liksom i målet *Rees*, också här hade att undersöka huruvida det, enligt de positiva skyldigheter som ålägg staterna enligt art. 8, kunde krävas av Storbritannien att ändra sitt registreringsystem för att garantera Cosseys rätt till respekt för sitt privatliv.<sup>179</sup> Eftersom domstolen inte fann de två målen materiellt skilja sig åt i sak, undersökte den istället huruvida den borde frångå sin i *Rees* uttryckta ståndpunkt med hänsyn till eventuella förändringar i konventionsstaterna vad gäller synen på frågan om erkännandet av transsexuellas postoperativa könstillhörighet, i enlighet med sin dynamiska tolkningsmetod. Domstolen påminde om att den själv i *Rees* hade slagit fast att ett eventuellt reformbehov av födelseregistreringssystemet skulle hållas under uppsikt med hänsyn till

<sup>174</sup> st. 50, *James v. the United Kingdom*, 15 December 1988, resp. st. 37, *W. v. The United Kingdom*, 7 March 1989.

<sup>175</sup> Enligt dåv. art. 32 Europakonventionen.

<sup>176</sup> Dissenting Opinion of Mr. Ermacora, *James v. the United Kingdom*, 15 December 1988.

<sup>177</sup> *Cossey v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990.

<sup>178</sup> v.g. art. 12, se nedan under avsnitt 7.2.1.4.

<sup>179</sup> st. 36, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

vetenskaplig och samhällelig utveckling i frågan. Beträffande vetenskaplig utveckling i frågan, framhöll domstolen ingen tydlig sådan ha ägt rum sedan *Rees*-domen föll, tvärtom anförde domstolen att ”*it remain[ed] the case [...] that gender reassignment surgery does not result in the acquisition of all biological characteristics of the other sex*”<sup>180</sup>.

Beträffande den samhällelige utvecklingen i frågan, konstaterade domstolen vidare att en viss sådan visserligen hade ägt rum bland konventionsstaterna; vissa hade sedan 1986 kommit att reglera frågan om juridiskt könsbyte i lag. Vidare hade såväl EU-parlamentet som Europarådet gett ut en resolution respektive en rekommendation som båda syftade till att harmonisera lagstiftningen i detta avseende bland de europeiska länderna. Dock framhöll domstolen att dessa dokument snarare bekräftade att frågan om juridiskt erkännande av postoperativ könstillhörighet, behandlades på skilda sätt i staterna och att någon europeisk standard därför inte heller denna gång kunde anses etablerad.<sup>181</sup> Med tio röster mot åtta ansåg domstolen Storbritannien fortfarande åtnjuta en vid *margin of appreciation* i detta avseende och på egen hand få reglera frågan: ”*a departure from the Court’s earlier decision is [not] warranted in order to ensure that the interpretation of Article 8 [...] remains in line with present-day conditions*”<sup>182</sup>. Storbritanniens intresse av att bevara systemet intakt, vägde alltså tyngre än Cosseys intresse att få sin postoperativa könstillhörighet rättligt erkänd. Likväl påminde domstolen att den var: ”*conscious of the seriousness of the problems facing transsexuals and the distress they suffer. Since the Convention always has to be interpreted and applied in the light of current circumstances, it is important that the need for appropriate legal measures in this area should be kept under review*”<sup>183</sup>.

De åtta skiljaktiga domarna uttryckte, med något skiftande formuleringar, att brittisk lag kränkte Cosseys rätt till respekt för sitt privatliv genom att inte officiellt erkänna hennes postoperativa könstillhörighet. Vissa framförde att den avvägning som gjorts mellan enskilda och allmänna intressen inte var rimlig och att Storbritannien inte alls ”[had] taken all the appropriate steps to ensure, as far as possible, that allowance [was] made for changes in certain persons’ sexual identity”<sup>184</sup>. Ett par domare framförde argumentet att det, sedan 1986, inte ägt rum ”’certain [...]’ but clear developments”<sup>185</sup> i konventionsstaterna, varför dessa inte längre skulle borde få besitta en lika stor *margin of appreciation* som nå målet *Rees* avgjordes. Vidare poängterade vissa domare att fallet utifrån en mänsklig rättighetsaspekt påkallade en annan bedömning av omständigheterna än den av domstolens majoritet gjorda.<sup>186</sup>

Beträffande vad Cossey hade anfört enligt art.14, ansåg domstolen att hon endast betraktat denna som artikel ”*as a means of introducing into her submissions the notion of*

---

<sup>180</sup> st. 40, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

<sup>181</sup> st. 40 med vidare hänvisningar, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

<sup>182</sup> st. 40, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

<sup>183</sup> st. 42, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

<sup>184</sup> Partly Dissenting Opinion of Judges Bindschedler-Robert and Russo, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990

<sup>185</sup> st. 2, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Macdonald and Spielman, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

<sup>186</sup> Se bl.a., Section 2, Dissenting Opinion of Judge Martens samt st. 5, Joint Dissenting Opinion of Judges Palm, Foighel and Pekkanen, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

*proportionality between a measure or a restriction and the aim which it seeks to achieve*<sup>187</sup>. Eftersom denna avvägning enligt domstolen redan genomförts vid prövningen under art. 8, där enskilda och allmänna intressen balanserats mot varandra, prövades hennes talan inte under denna artikel separat.

#### **7.1.1.6 B. v. France**

I *B v. France*<sup>188</sup> från 1992, fastställde domstolen för första gången en borte gräns för hur pass vid staternas *margin of appreciation* var avseende erkännandet av transsexuellas postoperativa könstillhörighet. Omständigheterna i fallet var som följer: sökanden B. var en postoperativt MtF-transsexuell fransk medborgare, född 1935, som genomgått hormonbehandling samt könskorrigering kirurgi. B., som önskade gifta sig med en man, hade ansökt i fransk domstol om att få sin könstillhörighet ändrad i födelsebeviset samt om att få anta ett kvinnligt förnamn. För detta krävdes nämligen enligt fransk lagstiftning ett legitimt intresse, "*intérêt légitime*"<sup>189</sup>, och det var inte tillåtet att bära ett annat namn än de som stod angivna i födelsebeviset. Enligt dåvarande lagstiftning framgick vidare könstillhörighet, förutom i födelseattesten, också av diverse administrativa dokument såsom en viss typ av pass och id-kort samt indirekt av det socialförsäkringsnummer som varje fransk medborgare tilldelades av *The National Institute for Statistics and Economic Studies*. I många privata sammanhang användes vidare könsmarkörer flitigt, som exempelvis hos posten och banker.<sup>190</sup> Såväl fransk under- som överrätt hade avslagit hennes begäran, då de inte ansåg B. varit kvinna vid födseln utan själv, på konstgjord väg genom behandlingen, förorsakat sitt tillstånd.<sup>191</sup> Kassationsdomstolen tog inte upp B:s ansökan till prövning.<sup>192</sup>

B. grundade sin talan till kommissionen på art. 3, 8 och 12. Kommissionen ansåg en kränkning enligt art. 8 vara för handen, men inte av art. 3. Beträffande art. 12, ansåg den inte att de inhemska rättsmedlen var uttömda varför hennes klagomål inte undersöktes utifrån denna artikel. Inför domstolen gjorde B. inte gällande att få omständigheterna prövade utifrån art. 3, varför domstolens prövning endast kom att koncentreras kring huruvida en kränkning enligt art. 8 var för handen. B. gjorde gällande att den franska statens vägran att erkänna hennes postoperativa könstillhörighet, kränkte hennes rättigheter enligt art. 8. Hon menade vidare på att omständigheterna i hennes fall skilde sig substantiellt från dem i Rees och Cossey; dels hade en vetenskaplig, rättslig och samhällslig utveckling ägt rum beträffande synen på och kunskap om transsexualism sedan dessa mål avgjordes, dels menade B. det franska och brittiska systemet fundamentalt skilja såg åt, då fransk lag "*did not even acknowledge the appearance lawfully assumed by a transsexual*"<sup>193</sup>. Enligt B. förelåg en kränkning enligt art. 8 när en konventionsstat "*in a general fashion [denies] the reality of the psycho-social sex of transsexuals*"<sup>194</sup>. Regeringen tillstod att en viss utveckling ägt rum, men

<sup>187</sup> st. 41, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1990.

<sup>188</sup> *B. v. France*, European Court of Human Rights, Application No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992.

<sup>189</sup> st. 22, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>190</sup> st. 25 ff., *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>191</sup> st. 13 ff., *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>192</sup> st. 17, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>193</sup> st. 45, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>194</sup> st. 45, *B. v. France*, 25 March 1992.

menade samtidigt på att transsexuella likväl fortfarande inte kunde påverka sitt kromosomiska kön; endast utseende kunde förändras och att landets lagar ”*should fasten on reality*”<sup>195</sup>.

Domstolen inledde, precis som i målen *Rees* och *Cossey*, med en notering kring begreppet ”respekt”; att detta ord saknade en entydig innebörd, särskilt beträffande omfattningen av staternas positiva skyldigheter, vilkas omfattning här var föremål för domstolens prövning. Den påminde vidare att vid bestämmandet av huruvida dylika skyldigheter förelåg, hänsyn skulle tas till ”*the fair balance that has to be struck between the general interest and the interests of the individual*”<sup>196</sup>. Domstolen noterade vidare att inte gick att förneka att transsexuellas situation alltmer kommit att uppmärksammas, att samhällsliga attityder förändrats samt att den medicinska vetenskapen kring transsexualism framskridit.<sup>197</sup> Dock menade domstolen att det medicinskt sett fortfarande rådde en viss osäkerhet kring själva beskaffenheten av transsexualism och att ”*the legitimacy of surgical intervention in such cases is sometimes questioned*”<sup>198</sup>. Domstolen fortsatte: ”*[t]he legal situations which result are moreover extremely complex: anatomical, biological, psychological and moral problems in connection with transsexualism and its definition; consent and other requirements to be complied with before any operation; the conditions under which a change of sexual identity can be authorised (validity, scientific presuppositions and legal effects of recourse to surgery, fitness for life with the new sexual identity); international aspects (place where the operation is performed); the legal consequences, retrospective or otherwise, of such a change (rectification of civil status documents); the opportunity to choose a different forename; the confidentiality of documents and information mentioning the change; effects of a family nature (right to marry, fate of an existing marriage, filiation), and so on*”<sup>199</sup>. Avseende dessa aspekter, fann domstolen fortfarande ingen europeisk standard existera vilket skulle ha givit en till målen *Rees* och *Cossey* motsatt utgång.

Dock bekräftade domstolen B:s uppfattning om att en skillnad rådde mellan det franska och brittiska systemet; i Storbritannien kunde transsexuella, liksom vem som helst, anta ett nytt namn eller ändra sin könsmarkör och få dessa förändringar officiellt erkända. I Frankrike hade, vid tiden för B:s ansökan, inga fall av namnbyte godkänts där inte heller den postoperativa könstillhörigheten erkänts. Vid tiden för domstolens prövning, förekom visserligen fall i underrätterna där namnbyte godtagits, men dessa byten gällde då endast till ett könsneutralt namn.<sup>200</sup> Domstolen påpekade vidare att ingenting egentligen hindrade att en ändring eller ett tillägg gjordes i födelseattesten för att uppdatera densamma; till skillnad från i Storbritannien, var det franska registreringsystemet avsett att hållas uppdaterat utefter de händelser som inträffade för individen under livets gång.<sup>201</sup> Med hänsyn härtill uttalade domstolen att B. ”*[found] herself daily in a situation which, taken as a whole, [was] not compatible with the respect due to her private life. Consequently, even having regard to the*

---

<sup>195</sup> st. 47, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>196</sup> st. 44, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>197</sup> st. 48, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>198</sup> st. 48, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>199</sup> st. 48, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>200</sup> st. 58, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>201</sup> st. 52, *B. v. France*, 25 March 1992.

*State's margin of appreciation, the fair balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual [...] [had] not been attained*<sup>202</sup>. Med hänsyn till B:s högst prekära situation, särskilt vad gäller det faktum att hon inte, till skillnad från situationen för Rees och Cossey, enligt fransk lag tillåtits anta ett nytt tilltalsnamn med resultatet att hon vardagligen tvingades att avslöja sin transsexualitet, fann domstolen med femton röster mot sex vågskålen med enskilda intressen tippa över och en kränkning enligt art. 8 föreligga.

#### **7.1.1.7 D.N. c. France**

Omständigheterna i *D.N. c. France*<sup>203</sup> från 1995 var mycket lika dem i *B. v. France*. Klaganden D.N., född 1948, var en postoperativt FtM-transsexuell fransk medborgare som klagade över att hans rätt till respekt för sitt privatliv enligt art. 8 kränkts då fransk domstol, med hänvisning till att den könskorrigering behandlingen D.N. genomgått inte ändrat det faktum att hans kromosomuppsättning fortfarande var kvinnlig, nekat honom ett officiellt erkännande i sin postoperativa könstillhörighet.<sup>204</sup> D.N. som menat att dessa domar var felaktiga hade därpå vänt sig till kassationsdomstolen, men till ingen nytta; denna uttryckte saken som att Europakonventionens art. 8 ”*qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien*”<sup>205</sup> och att födelseattesten skulle avspegla verkligt, enligt domstolen biologiskt, kön.

Kommissionen tog upp fallet till prövning och fann med åtta röster mot fem, med hänvisning till den prövning som Europadomstolen gjort i fallet *B. v. France* och särskilt med hänsyn till det faktum att könstillhörighet angavs i så pass många, såväl officiella som privata, dokument med följderna att diskrepansen mellan D.N:s juridiska och mentala och sociala kön avslöjades, att en kränkning enligt art. 8 förelåg; ”*il [D.N] se trouve quotidiennement placé dans une situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée et que 'même eu égard à la marge nationale d'appréciation, [il y a] rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu' au sens de l'article 8 [...] de la Convention*”<sup>206</sup>.

#### **7.1.1.8 Roetzheim v. Germany**

*Roetzheim v. Germany*<sup>207</sup> är ett avvisningsfall från kommissionen från 1997. Sökanden var här en preoperativt MtF-transsexuell tysk medborgare, född 1956, som menade att den tyska lagstiftning som reglerade möjligheten till att få könstillhörighet ändrad i officiella civilstatusregister, kränkte hennes rätt till respekt för privatlivet enligt art. 8. Som preoperativt transsexuell hade hon enligt denna lagstiftning, under förutsättning att hon uppfyllde vissa villkor, endast möjlighet att genomföra ett namnbyte. För att få ändra juridisk

<sup>202</sup> st. 63, *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>203</sup> D.N. c. France, le 11 janvier 1995.

<sup>204</sup> D.N. åberopade också art. 3, men kommissionen tog inte upp klagomålet i denna del till prövning.

<sup>205</sup> st. 23, D.N. c. France, le 11 janvier 1995.

<sup>206</sup> st. 67, D.N. c. France, le 11 janvier 1995.

<sup>207</sup> *Roetzheim v. Germany*, European Commission of Human Rights, Application No. 31177/96, Decision on admissibility of 23 October 1997.

könstillhörighet, uppställde lagstiftningen tre ytterligare villkor; krav på att personen var ogift, steril samt hade genomgått könskorrigering kirurgi. Klaganden uppfyllde endast det först nämnda villkoret; hon var fortfarande förmögen att skaffa barn som man och hade heller ingen önskan om att genomgå operation, varför tysk domstol avvisat hennes ansökan om att få upptas som av kvinnligt kön i officiella dokument. Klaganden, som sedan ett tidigare äktenskap hade ett barn tillsammans med en kvinna, fann det vidare orimligt att tysk domstol höll henne underhållsskyldig för detta barn utifrån en manlig tariff.

Kommissionen inledde med att konstatera att domstolens resonemang i målen i *Rees, Cossey* och *B.* kring vilka positiva skyldigheter som ålåg staterna i avseende att tillförsäkra transsexuella personer respekt för sitt privatliv, samtliga gällde postoperativt transsexuella. Här önskade sökanden inte genomgå någon könskorrigering behandling. Kommissionen undersökte därefter proportionaliteten i den tyska lagstiftningen med hänsyn till den balansering som skall göras mellan allmänna och enskilda intressen och anförde: ”[t]he Commission notes that German law offers two possibilities to meet the demands of transsexuals, namely the change of forenames [...] and the rectification of the sex recorded upon birth in accordance with [...] the Transsexuals Act. The conditions are that the transsexual concerned has been living with these feelings for three years and that there is high probability that the feeling of belonging to the other sex will not change, and, additionally in case of a request for rectification, that the transsexual concerned is unmarried, is permanently unable to procreate and has undergone gender reassignment surgery. [...] The Commission having regard to the remaining uncertainty as to the essential nature of transsexualism and the extremely complex legal situations which result therefrom, finds that the respondent State has in principle taken appropriate legal measures in this field”<sup>208</sup>.

Kommissionen konstaterade därefter att tysk domstols beslut i att neka sökanden rättelse av könstillhörighet i sin födelseattest, grundade sig i att hon inte genomgått könskorrigering kirurgi och fortfarande kunde skaffa barn som man. Vidare hade den tyska konstitutionsdomstolen inte ansett lagstiftaren vara tvungen ”to treat persons, who, according to physical factors, still belonged to the original sex and were still able to procreate as member of this sex, in every respect as members of the other sex, corresponding to their physiological situation”<sup>209</sup>. Detta uppenbarade enligt kommissionen inte någon kränkning av sökandens rättigheter enligt art. 8, varför den enhälligt avvisade målet som alltså inte heller kom att prövas av domstolen.

Följderna av detta avvisningsfall är större än vad de vid första anblick kanske kan tyckas vara. Domstolen har än idag inte kommit att pröva något mål där kravet på sterilitet närmare har granskats.<sup>210</sup> För att ett rättsligt erkännande av en annan könstillhörighet än den vid födelsen tilldelade skall ske, kan staterna därför också i nuläget uppställa krav på sterilitet inom ramen för sin *margin of appreciation*.

<sup>208</sup> *Roetzheim v. Germany*, 23 October 1997. Styckesindelning saknas.

<sup>209</sup> *Roetzheim v. Germany*, 23 October 1997. Styckesindelning saknas.

<sup>210</sup> se dock det kommunicerade målet *Y.Y. c. Turquie*, nedan under avsnitt 7.4.1.



### 7.1.1.9 *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*

Sökandena i målet *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*<sup>211</sup> från 1998 var två postoperativt MtF-transsexuella kvinnor födda 1946, båda brittiska medborgare. Miss Sheffield hade efter könskorrigering behandling antagit ett kvinnligt namn och fått detta erkänt i såväl sitt pass som körkort. Likväl uppstod inte sällan för henne beklämmande situationer då hon även fortsättningsvis definierades som man sin födelseattest; närhelst juridiskt kön efterfrågades var hon därför också tvungen att avslöja denna diskrepans. Detta hade bland annat inträffat då hon tecknat en fordonsförsäkring. Vidare inverkade situationen menligt på hennes möjligheter i arbetslivet, då Sheffield upplevde sig diskriminerad och socialt utsatt till följd av att hennes arbetsgivare fått kännedom om hennes transsexualitet. Hon uppgav vidare svårigheter att hitta nya jobb.<sup>212</sup> Sheffield hade tidigare varit gift med en kvinna och tillsammans med henne fått ett barn. Som förutsättning för att få genomgå könskorrigering kirurgi i Storbritannien, hade hon tvingats att ta ut skilsmässa. Därpå hade brittisk domstol, till följd av en ansökan från hennes f.d. maka, förbjudit henne från vidare kontakt med barnet, ett beslut Sheffield menade enbart vara grundat på hennes transsexualitet.<sup>213</sup>

I sin ansökan till kommissionen, klagade Sheffield över att den brittiska statens vägran att fullt ut erkänna henne som kvinna efter avslutad könskorrigering behandling, kränkte hennes rättigheter enligt art. 8, 12 och 14 i konventionen samt att hon saknat effektiva rättsmedel enligt art. 13. Hon klandrade även regleringen som tvingat henne till skilsmässa samt det beslut av brittisk domstol som hindrade henne till att ha kontakt med sitt barn. Kommissionen tog upp första delen av hennes klagomål till prövning; beträffande den andra ansågs denna otillåtlig med hänsyn till den i art. 35.1 stadgade sexmånadersregeln. I sin prövning fann kommissionen en kränkning enligt art. 8, men inte av 13, föreligga. Den tog här hänsyn till att könsdyfori var ett etablerat medicinskt tillstånd, att många av konventionsstaterna bekostade behandling därför samt till den svåra situation som transsexuella i detta avseende befann sig i. Sammantaget ansåg kommissionen att Sheffield's intressen vägde tyngre än det allmännas. Beträffande art. 12 och 14 ansåg kommissionen inte några separata frågor uppkomma härunder.<sup>214</sup>

Miss Horsham hade dubbelt medborgarskap och levde i Nederländerna med en man som hon i Storbritannien önskade att gifta sig och spendera sitt liv tillsammans med. Efter att ha genomgått könskorrigering kirurgi, erkändes postoperativ könstillhörighet i nederländsk födelseattest samt i brittiskt pass, men däremot inte i den brittiska födelseattesten när hon ansökte därom. I samband därmed, informerades hon vidare om att ett i och för sig i Nederländerna ingånget och giltigt äktenskap med en man, skulle komma att ogiltigförklaras i Storbritannien.<sup>215</sup> Horsham fann sig av dessa anledningar förhindrad att återvända och leva sitt liv i Storbritannien. Liksom Sheffield, anförde Horsham i sitt klagomål till kommissionen

<sup>211</sup> *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 31-32/1997/815-816/1018-1019, Judgment of 30 July 1998.

<sup>212</sup> st. 13 ff., *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>213</sup> st. 15, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>214</sup> st. 36, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>215</sup> st. 21 ff., *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

att den brittiska statens vägran att fullt ut erkänna henne som kvinna, kränkte hennes rättigheter enligt art. 3, 8, 12, 13 och 14 i konventionen. Horsham åberopade därutöver art. 3 i det fjärde tilläggsprotokollet då hon, på grund av att hennes postoperativa könsidentitet inte erkändes i Storbritannien, kände sig tvingad till att leva i exil i Nederländerna. Kommissionen tog upp hennes ansökan till prövning, förutom beträffande art. 3 och art. 3 i det fjärde tilläggsprotokollet. Liksom för Sheffield fann kommissionen vid sin bedömning en kränkning enligt art. 8, men inte av 13, föreligga. Inte heller ansåg kommissionen att Horshams klagomål gav upphov till några separata frågor under art. 12 och 14.<sup>216</sup>

Domstolen kom så att pröva huruvida de två sökandenas rättigheter enligt art. 8, 12 och 14, ensamt eller i förening med art. 8, var kränkta.<sup>217</sup> Såväl Sheffield som Horsham släppte sina klagomål under art. 13. Beträffande art. 8, inledde domstolen med att konstatera att den hade bestämma huruvida staten hade *”failed to comply with a positive obligation to ensure respect for their [the applicants’] rights to respect for their private lives”*<sup>218</sup> genom att endast låta vid födelsen biologiskt kön vara det avgörande kriteriet för vilken könstillhörighet som angavs i födelseattesterna; fråga var alltså inte huruvida detta förfarande utgjorde en otillåten inskränkning enligt art. 8.1. Liksom i målen *Rees* och *Cossey* förde domstolen därefter ett kort resonemang kring begreppet respekt; att någon entydig tolkning därav saknas. Domstolen smalnade sedan av sökandenas klagomål; *”[a]lthough the applicants in the instant case have formulated their complaints in terms which are wider than those invoked by Mr Rees and Miss Cossey since they contend that their rights under Article 8 of the Convention have been violated on account of the failure of the respondent State to recognise for legal purposes generally their post-operative gender, it is nonetheless the case that the essence of their complaints concerns the continuing insistence by the authorities on the determination of gender according to biological criteria alone and the immutability of the gender information once it is entered on the register of births”*<sup>219</sup>.

Trots en av Sheffield och Horsham åberopad undersökning av organet *Liberty*, som påvisade *”an unmistakably clear trend in the member States of the Council of Europe towards giving full legal recognition to gender reassignment”*<sup>220</sup> och enligt vilken endast fyra av de trettiosju studerade länderna inte tillät ändringar i födelseattesten avseende könstillhörighet efter könskorrigering behandling, konstaterade domstolen att de två sökandena inte hade kunnat påvisa, sedan fallet *Cossey* avgjordes 1990, *”any findings in the area of medical science which settle conclusively the doubts concerning the causes of the condition of transsexualism. [...] Accordingly, the non-acceptance by the authorities of the respondent State for the time being of the sex of the brain as a crucial determinant of gender cannot be criticised as being unreasonable”*.<sup>221</sup> Domstolen menade vidare att *”as at the time of adoption of the Cossey judgment, it still remains established that gender reassignment surgery does not result in the*

<sup>216</sup> st. 37, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>217</sup> betr. art. 12, vänligen se avsnitt 7.2.1.6. nedan.

<sup>218</sup> st. 51, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>219</sup> st. 53, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>220</sup> st. 35, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>221</sup> st. 56, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

*acquisition of all biological characteristics of the other sex*<sup>222</sup>. Domstolen godtog med andra ord regeringens hållning att bestämmandet av könstillhörighet enbart skulle på biologiska kriterier samt att bortse från att det inte var visat att en person inte kunde ha en annan, till sin fysiska kropp motsatt, mental könsidentitet redan vid födelsen.

Vad gällde de rättsliga följderna av en könskorrigering ansåg domstolen att det fortfarande inte fanns *”any common approach as to how address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law [...]or the circumstances in which a transsexual may be compelled by law to reveal his or her post-operative gender”*<sup>223</sup>. Liksom i tidigare mål, konstaterade domstolen att transsexualism också fortsättningsvis *”raise[d] complex scientific, legal, moral and social issues”*<sup>224</sup> och att den inte heller denna gång kunde finna en tillräcklig europeisk standard i frågan för att frångå sin position i målen *Rees* och *Cossey*. I jämförelse till målet *B v. France* menade domstolen här att *”the applicants’ case histories [did not] demonstrate that the failure of the authorities to recognise their new gender [gave] rise to detriment of sufficient seriousness as to override the respondent State’s margin of appreciation in this area”*<sup>225</sup>. Domstolen tillade att det i vissa situationer vidare fick anses berättigat att en postoperativt transsexuell person gav sin forna könsidentitet och medicinska historia till känna; exempelvis vid tecknandet av liv- eller fordonsförsäkring där biologiskt kön enligt domstolen var relevant för riskbedömningen.<sup>226</sup>

Trots att domstolen, med elva röster mot nio, inte fann någon kränkning enligt art. 8 föreligga, avslutade den likväl sitt resonemang under art. 8 med en liten brasklapp; trots sitt uttryckliga stadgande i *Rees* och *Cossey* *”on the importance of keeping the need for appropriate legal measures under review having regard in particular to scientific and societal developments”*<sup>227</sup>, menade domstolen att Storbritannien inte hade vidtagit några åtgärder för att underlätta vardagen för postoperativt transsexuella personer. Domstolen poängterade därefter att acceptansen av transsexualism ökade i samhället och att de problem som transsexuella erfor alltmer uppmärksammades, vilket kan uppfattas som något paradoxalt i och med att den just kommit fram till att ingen positiv skyldighet kunde sägas åligga staten i avseende att rättsligt erkänna transsexuella i sin postoperativa könstillhörighet och istället återupprepat att lagen i detta avseende behövdes *”be kept under review”*<sup>228</sup>.

Nio domare var skiljaktiga i målet och menade att Sheffield’s respektive Horshams rätt till respekt för sitt privatliv enligt art. 8 kränkts. Vissa av dem påpekade att ingen granskning av transsexuellas legala situation hade ägt rum i Storbritannien sedan domen i *Rees* kom 1986, trots att domstolen påpekat vikten av detta och att vid avvägning mellan enskilda och allmänna intressen, transsexuellas rätt till respekt för sitt privatliv nu vägde tyngst. De menade vidare att det inte kunde anses humant av en stat att erkänna det medicinska

---

<sup>222</sup> st. 56, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>223</sup> st. 57, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>224</sup> st. 58, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>225</sup> st. 59, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>226</sup> st. 59, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>227</sup> st. 60, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>228</sup> st. 60, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

tillståndet könsdysfori, stå kostnaderna för behandling därav och sedan inte löpa linan ut och också juridiskt erkänna det postoperativa könet.<sup>229</sup> En skiljaktig domare poängterade särskilt att den stora bevisbördan som lagts på individen att visa på att en viss vetenskaplig utveckling kring uppkomsten och orsaken av transsexualism var mycket tung och svår att bära och därför oskälig.<sup>230</sup> Ytterligare en annan påpekade att könsidentitet utgjorde en fundamental del av rätten till självbestämmande, vilken i sin tur utgjorde en del av rätten till respekt för privatlivet enligt art. 8.<sup>231</sup>

Avseende art. 14 i förening med art. 8, rådde enhällighet bland domstolens ledamöter att ingen kränkning ägt rum. Domstolen underströk att art. 14 visserligen skyddar individen mot diskriminering vid åtnjutande av de fri- och rättigheter som följer av konventionen, men att inte varje särskiljande behandling uppgår till en kränkning av artikeln; för detta krävs att ”*the other person is in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment, and that there is no reasonable or objective justification for this distinction*”<sup>232</sup>. Domstolen påminde vidare om att staterna ”*enjoy[ed] a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law*”<sup>233</sup>. Sheffield och Horsham hade gjort gällande att de, särskilt i relation till andra kvinnor men också till män som inte genomgått könskorrigering behandling, diskriminerades på grund av kön genom att endast transsexuella ofta och offentligt tvingades ange sig tillhöra ett kön som inte motsvarade deras yttre könstillhörighet. Detta menade de förorsakade dem en så stor skam och förödmjukelse, att förhållandet inte kunde anses legitimerat med hänsyn till Storbritanniens ovan nämnda *margin of appreciation* enligt art. 14.<sup>234</sup>

Regeringen menade på att sökandena behandlades på samma sätt som vem som helst annars som genomgått könskorrigering behandling och att all sorts särbehandling på grund härav gentemot individer som inte genomgått sådan behandling, redan förklarats tillåten med hänsyn till avvägningen mellan enskilda och allmänna intressen som gjorts enligt art. 8. Domstolen hade i denna inte funnit Storbritannien ha överträtt sin *margin of appreciation* genom att neka de respektive sökandena ett juridiskt erkännande av sin postoperativa könstillhörighet. Inte heller hade den funnit att de tillräckligt ofta tvingats avslöja preoperativt dito för att en oproportionerlig kränkning av deras rätt till respekt för privatlivet skulle kunna anses föreligga. Domstolen gick på regeringens linje och vidhöll med en referens till sin argumentation i målet *Cossey*, att nyss nämnda överväganden som gjorts enligt art. 8, där domstolen inte funnit någon kränkning vara för handen, föll in under ”*the notion of 'reasonable and objective justification' for the purposes of Article 14*”<sup>235</sup>, varför den ansåg den särbehandling sökandena uppleva, oavsett vilken diskrimineringsgrund som skulle ha åberopats, var legitim.

---

<sup>229</sup> Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk and Voicu, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>230</sup> Partly dissenting opinion of Judge Casadevall, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>231</sup> Dissenting opinion of judge van Dijk, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>232</sup> st. 75, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>233</sup> st. 75, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>234</sup> st. 72, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>235</sup> st. 76, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

### 7.1.1.10 *Christine Goodwin and I. v. the United Kingdom*

I de två målen *Christine Goodwin v. the United Kingdom*<sup>236</sup> och *I. v. the United Kingdom*<sup>237</sup> från 2002, slog en enhällig domstol för första gången fast att transsexuella har rätt att få sin postoperativa könstillhörighet rättsligt erkänd; Storbritanniens vägran därtill ansågs nu utgöra en kränkning av de två sökandenas rätt till respekt för sitt privatliv enligt art. 8.<sup>238</sup> År 2002 utgör därför en viktig milstolpe i fråga om säkrandet av också transsexuella personers mänskliga rättigheter. Sökandena i dessa mål var båda brittiska medborgare och MtF-postoperativt transsexuella, födda 1955 respektive -37. Bakgrunden i de två fallen var som följer: I. hade ansökt till en omvårdnadsutbildning men inte antagits på grund av att hon inte velat uppvisa sin födelseattest då detta skulle ha avslöjat hennes preoperativa könstillhörighet, något hon upplevde som oerhört kränkande. Hon påpekade att hon blivit ombedd att så göra också vid ett flertal andra tillfällen, bland annat då hon ansökt om studielån och i anställningsintervjusituationer.<sup>239</sup>

Christine Goodwin hade till följd av att hon blivit uppsagd från sin förra arbetsplats, vilket hon menade var hänförligt till att det framkommit att hon var transsexuell, sökt ett nytt jobb. Hon hade i samband därmed blivit ombedd att inkomma med sitt *national insurance number* till sin nya arbetsgivare. Goodwin menade att denne genom detta nummer hade kunnat söka upp hennes tidigare arbetsgivare och av dessa fått ut känslig information om henne och hennes transsexualitet. Detta hade återigen förorsakat henne sociala problem på arbetsplatsen och hon kände sig mycket utsatt. Vidare hade *the Department of Social Security* inte tillåtit Goodwin att gå i pension vid 60, utan först vid 65, års ålder, vilket var pensionsåldrarna för kvinnor respektive män i Storbritannien. När Christine Goodwin fyllde 60 år 1997, hade hon därför ingått ett särskilt avtal med ansvarig myndighet om att betala sina avgifter direkt till denna, istället för att dessa, som i andra fall, dragits via arbetsgivaren. Vidare betalade Goodwin sin *motor insurance* enligt en manlig premie. Till följd av att hon inte velat uppvisa sin födelseattest då preoperativ könstillhörighet skulle ha kommit att avslöjas, hade hon vid ett flertal tillfällen valt att inte ingå vissa avtal. Hon hade härutöver avstått från att anmäla en pengastöld hos polisen vid fruktan över för henne högst personlig information om hennes identitet skulle komma att avslöjas.<sup>240</sup>

I sina klagomål till kommissionen, anförde Christine Goodwin och I. att deras rättigheter enligt art. 8, 12 och 14 var kränkta då deras postoperativa könstillhörighet inte erkändes officiellt, på grund av att brittisk lag fortfarande inte godkände att ändringar gjordes i födelseattester avseende könstillhörighet till följd av genomförd könskorrigering behandling.<sup>241</sup> Kommissionen tog upp de respektive ansökningarna till sakprövning men

---

<sup>236</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 28957/95, Judgment of 11 July 2002.

<sup>237</sup> *I. v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 25680/94, Judgment of 11 July 2002.

<sup>238</sup> betr. art. 12, vänligen se avsnitt 7.2.1.6. nedan.

<sup>239</sup> st. 12 ff., *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>240</sup> st. 12 ff., *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>241</sup> Christine Goodwin åberopade också art. 13. Domstolen fann ingen kränkning föreligga. Se st. 109 ff., *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

överlämnade dem sedan, utan att ha fullföljt sin prövning, till domstolen till följd av ikraftträdandet av det elfte tilläggsprotokollet.<sup>242</sup>

Vid domstolens prövning av omständigheterna enligt art. 8, betonade sökandena särskilt att denna i tidigare mål uttryckt vikten av att hålla lagstiftningen ”*under review*”<sup>243</sup> avseende rättsliga åtgärder som skulle kunna komma att aktualiseras i samband med försäkrandet av transsexuellas rättigheter. Goodwin och I. hävdade att det brittiska registreringsystemet skulle kunna ändras utan större svårigheter, de uppmärksammade domstolen på de många situationer där ett uppvisande av födelseattesten krävdes och menade på att lagstiftningen inte innebar en rimlig avvägning mellan enskilda och allmänna intressen. Regeringen motsatte sig detta påstående och menade att lagstiftningen visst innefattade en rimlig balans intressena emellan; ”[t]o the extent that there were situations where a transsexual may face limited disclosure of their change of sex, these situations were unavoidable and necessary e.g. in the context of contracts of insurance where medical history and gender affected the calculation of premiums”<sup>244</sup>. Regeringen poängterade vidare att sökandenas ändring av namn och könsmarkör gått igenom i pass och körkort samt att de socialt accepterades i sin postoperativa könstillhörighet. Den anförde att någon europeisk standard avseende transsexuellas legala situation fortfarande saknades och, med hänvisning till domstolens tidigare praxis, att därför alla för denna fråga dit hänförliga spörsmål också fortsättningsvis föll under statens *margin of appreciation*, varför det inte heller stod i strid med några positiva skyldigheter enligt art. 8 att inte rättsligt erkänna transsexuella i sin postoperativa könstillhörighet.<sup>245</sup>

Domstolen inleder, liksom den gjort i föregående domar, med att förklara att målen handlar om att utreda huruvida Storbritannien, vars lagstiftning inte medgav transsexuella möjligheten till att erhålla ett rättsligt erkännande av sin postoperativa könstillhörighet, misslyckats med att tillförsäkra respektive sökande respekt för sitt privatliv enligt de positiva skyldigheter som åligger staterna enligt art. 8. Den påminner om att ordet respekt saknar en entydig tolkning och att dess innebörd därför varierar från fall till fall. Därefter går domstolen kort igenom hur den resonerat i frågan i tidigare mål; att den i dessa inte ansett icke-erkännandet av postoperativ könstillhörighet utgöra ”*an interference with the right to respect for private life*” samt att den där funnit ”*no positive obligation on the Government to alter their existing system for the registration of births by establishing a new system or type of documentation to provide proof of current civil status*”. Inte heller hade domstolen där funnit regeringen tvungen ”*to permit annotations to the existing register of births, or to keep any such annotation secret from third parties*”. I dessa mål hade domstolen vidare ansett Storbritannien vidtagit åtgärder för att minimera ”*intrusive enquiries*”<sup>246</sup>, bland annat genom att förse posttranssexuella med nytt pass och körkort, och inte i något av dessa mål hade domstolen funnit Storbritannien ha överskridit sin *margin of appreciation* genom att generellt neka transsexuella ett fullständigt erkännande i sitt postoperativa kön.

<sup>242</sup> st. 4, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 4, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>243</sup> st. 60, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 43, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>244</sup> st. 70, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 50, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>245</sup> st. 64, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 46, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>246</sup> st. 73, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 53, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

Domstolen påpekade därefter att konventionen är ett levande instrument med uppgift att skydda mänskliga rättigheter och fann det därför lämpligt att undersöka den aktuella frågan utifrån samhällsförhållandena såsom de såg ut per år 2002: ”[w]hile the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases [...]. However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved [...]. It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement [...]. In the present context the Court has, on several occasions since 1986, signalled its consciousness of the serious problems facing transsexuals and stressed the importance of keeping the need for appropriate legal measures in this area under review [...]. The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess 'in the light of present-day conditions' what is now the appropriate interpretation and application of the Convention”<sup>247</sup>.

Domstolen gav sedan sin syn på sökandenas situation, vilken skiljer sig åt från hur den tidigare betraktat saken; de levde och verkade socialt i samhället som kvinnor men ansågs likväl som män i alla avseenden där kön var rättsligt relevant. Domstolen skriver härpå att ”serious interference with private life can arise where the state of domestic law conflicts with an important aspect of personal identity [...]. The stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender cannot, in the Court's view, be regarded as a minor inconvenience arising from a formality. A conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety”<sup>248</sup>.

Med hänsyn till att sökandenas könskorrigering behandlings utförts av *the National Health Service*, som erkände könsdyfori som ett medicinskt tillstånd och könskorrigering kirurgi om en behandlingsmetod härför, ansåg domstolen nu det märkligt att inte postoperativ könstillhörighet som ju var ett resultat av den i lag erkända behandlingen, ”the final and culmination step in the long and difficult process of transformation which the transsexual has undergone”<sup>249</sup>, också erkändes rättsligt. Med beaktande av sina tidigare avgöranden i samma fråga går domstolen därefter i tur och ordning igenom de element den i dessa domar tagit hänsyn till.

Vad beträffar vetenskapliga och medicinska överväganden, ansåg domstolen det fortfarande vara fallet att det med säkerhet inte kunnat visas på varför och hur transsexualism uppstod

---

<sup>247</sup> st. 74, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 54, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>248</sup> st. 77, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 57, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>249</sup> st. 78, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 58, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

samt att det ännu förblev fallet att den som genomgår könskorrigering, inte kunde erhålla detta köns alla biologiska egenskaper; närmare bestämt kromosomuppsättning. Dock var domstolen inte längre övertygad om att just sistnämnda förhållande också fortsättningsvis skulle få förhindra ett legalt erkännande i det postoperativa könet; transsexualism var en medicinsk och internationellt erkänd diagnos, bland annat upptagen i *ICD-10*, med könskorrigering som rekommenderad behandling. Denna stod dessutom i Storbritannien stod under statlig tillsyn. Vidare anförde domstolen att eftersom det också i andra fall, som vid intersexualitet, kunde existera en inkongruens mellan en individs juridiskt kön och kromosomuppsättning, var konstlat att enbart på denna grund förneka transsexuella ett legalt erkännande i postoperativt kön.<sup>250</sup>

Beträffande huruvida en europeisk standard kunde anses etablerad, menade domstolen att det, liksom vid tiden för avgörandet av målet *Sheffield and Horsham*, fortfarande saknades någon sådan men konstaterade likväl att den nu ”*attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals*”<sup>251</sup>. Hur staterna skulle reglera det förhållande att en person som tidigare tillhört ett visst juridiskt kön, kom att tillhöra ett annat föll dock in under dessas *margin of appreciation*. Härutöver granskade domstolen med nya ögon vilken inverkan det skulle ha på det brittiska födelseregistret att erkänna transsexuella i sitt postoperativa kön. Den anmärkte på att vissa undantag redan gjordes samt att regeringen framlagt ett förslag på att registret, istället för att bara visa på historiska fakta, skulle tillåtas uppdateras alltefter de förändringar som skedde i individens liv. Därmed fann domstolen att detta registrets tidigare funktion, att strängt endast återspegla historiska fakta, nu inte var av samma vikt och betydelse som vid avgörandet av tidigare mål.<sup>252</sup>

Vid en slutlig sammanvägning av situationen, fann domstolen nu enhälligt att en kränkning enligt art. 8 var för handen. Visserligen menade den på att varken I. eller Goodwins situation uppgick till ”*the daily interference suffered by the applicant in B. v. France [...]*”<sup>253</sup> men den ansåg likväl att ”*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. [...] Under article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings [...]. In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation*

---

<sup>250</sup> st. 81 ff., *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 61 ff., *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>251</sup> st. 85, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 65, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>252</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 68, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 88.

<sup>253</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 69, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 89.



*in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable*<sup>254</sup>.

Beträffande avvägningen mellan enskilda och allmänna intressen, uttalade domstolen att: *”[n]o concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonable be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost*<sup>255</sup>. Domstolen påminde om att den sedan 1986 hade betonat *”the importance of keeping the need for appropriate legal measures under review*<sup>256</sup> och att tiden nu var inne för att låta vågskålen med enskilda intressen tippa över; den brittiska regeringen inte längre kunde hävda att området föll under dess *margin of appreciation* *”save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention*<sup>257</sup>. Beträffande sökandenas klagomål enligt art. 14, ansåg domstolen att *”the lack of legal recognition of the change of gender of a post-operative transsexual lies at the heart of the [applicants’] complaints under Article 14 of the Convention*<sup>258</sup> men att vad de därunder åberopat, redan hade tagits hänsyn till vid prövningen enligt art. 8 där också en kränkning konstaterats. Domstolen gjorde därför inte någon separat prövning av huruvida en kränkning också enligt art. 14 var för handen.<sup>259</sup>

Särskilt intressant är att domstolen, när den i detta mål slog fast att I. och Goodwin hade rätt att erhålla ett rättsligt erkännande av sin postoperativa könstillhörighet, tog hänsyn till sökandenas rätt till personlig utveckling och den starka internationella trenden i frågan utan att den kunnat fastslå att en europeisk standard hade etablerats. Detta är ett tydligt brott med hur den tidigare resonerat; bara fyra år tidigare i målet *Sheffield and Horsham*, var det just avsaknaden av en sådan standard som höll tillbaka domstolen från att finna att en kränkning enligt art. 8 var för handen. Vad som härutöver är intressant, och för den enskilde av stor praktisk betydelse, är att domstolen i samma mål också gav staterna en fortsatt möjlighet att uppställa krav för när och hur det rättsliga erkännandet av ett annat juridiskt kön än det vid födelsen tilldelade kan ske; något som de också gör i praktiken med följderna att rättigheten i realiteten kan bli betydligt svagare än vad den i enlighet med utgången i dessa två mål kan tycks vara.

### **7.1.1.11 Nunez c. France**

*Nunez c. France*<sup>260</sup> från 2008, är ett avvisningsfall från Europadomstolen. Klaganden Stella Nunez var en MtF-transsexuell fransk medborgare, född 1980. Hon hade påbörjat

<sup>254</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 70, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 90.

<sup>255</sup> st. 91, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 71, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>256</sup> st. 92, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 72, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>257</sup> st. 93, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 73, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>258</sup> st. 108, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 88, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>259</sup> st. 108, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 88, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>260</sup> *Nunez c. France*, Cour Européenne des Droits de l’Homme, Requête N° 18367/06, Décision sur la recevabilité, le 27 mai 2008.

feminiserande hormonbehandling år 2002 samt genomgått partiell könskorrigering kirurgi, men väntade, vid tiden för sin ansökan till Europadomstolen, fortfarande på att få genomgå slutlig sådan kirurgi, vilket ansvarig läkare slutgiltigt rekommenderat henne år 2007. Nunez menade dock på att hon väntat på denna sedan hon först startade sin behandling, alltså år 2002. Nunez upplevde den situation hon befann sig i mycket besvärande och marginaliserande, då hon inte bara i kontakt med myndigheter och allmänna organ, utan även i sin vardag, behövde förklara varför hennes identitetshandlingar inte stämde överens med hennes fysiska utseende. I sin ansökan till Europadomstolen framhöll hon att Frankrike, med hänsyn till att behandlingen var så utdragen samt till att hennes tillstånd som transsexuell var väletablerat, enligt art. 8 hade att erkänna henne som kvinna i alla officiella dokument, inklusive födelseattesten, redan innan slutgiltig behandling genomförts.<sup>261</sup>

Domstolen hänvisade till att den i sin tidigare praxis slagit fast att det åligger staterna att erkänna transsexuellas könskorrigering, vilket också Frankrike gjorde, men att den ansåg denna rätt tillkomma endast postoperativt, och inte preoperativt, transsexuella: ”[o]r la Cour estime que l'on ne peut déduire de sa jurisprudence en la matière, et notamment de l'arrêt *Christine Goodwin* [...], l'obligation pour les Etats parties de reconnaître juridiquement les personnes transsexuelles qui n'ont pas achevé le processus hormono-chirurgical de réassignation. En outre, la Cour n'estime pas déraisonnable que, dans le cadre de sa marge d'appréciation, l'Etat subordonne sa pleine reconnaissance du nouveau statut à l'achèvement du processus hormono-chirurgical, c'est-à-dire l'intervention chirurgicale finale”<sup>262</sup>. Beträffande de praktiska svårigheter Nunez påtalat, menade domstolen att hon hade kunnat göra mer för att underlätta sin vardag; även om hon inte förrän fullständig kirurgi utförts kunnat få sin könstillhörighet i födelseattesten ändrad, hade hon kunnat anta ett annat namn och byta ut sitt fotografi i sina id-handlingar till att bättre stå i överensstämmelse med hennes utseende. Domstolen avvisade därefter enhälligt klagomålet enligt art. 35.1 och 4. Genom detta beslut, avgränsade domstolen med andra ord omfattningen av sina domar i *I.* och *Goodwin*, till att rätten enligt art. 8 till ett erkännande i annat juridiskt kön än det vid födseln angivna, endast kan göras gällande av postoperativt, och inte preoperativt, transsexuella.

### **7.1.2 Officiellt erkännande av postoperativ könstillhörighet beträffande pensionsålder**

Nedanstående avgörande från Europadomstolen är snarast att betrakta som en logisk följd av vad domstolen i målen *I.* och *Christine Goodwin* slog fast; att postoperativt transsexuella personer har rätt att officiellt erkännas i sin postoperativa könstillhörighet. I målet prövades ingenting nytt i sak men jag har ändå valt att ta med det i framställningen, dels för helhetens skull men också för att regeringen i målet gör en intressant invändning.

---

<sup>261</sup> Nunez åberopade också art. 3 i det första tilläggsprotokollet samt art. 1 i det tolfte tilläggsprotokollet. Även i dessa avseenden avvisade domstolen hennes klagomål enligt art. 35.

<sup>262</sup> *Nunez c. France*, le 27 mai 2008. Styckesindelning saknas.

### 7.1.2.1 *Grant v. the United Kingdom*

I *Grant v. the United Kingdom*<sup>263</sup> från 2006 hade klagande Grant, en MtF-postoperativt transsexuell brittisk medborgare, två gånger, 1997 respektive 2002 efter Europadomstolens avgörande i *I.* och *Goodwin*, ansökt hos *the Department of Social Security, DSS*, om att få gå i pension vid 60 och inte 65 års ålder, den brittiska pensionsåldern för kvinnor respektive män. Båda gångerna hade *DSS* besvarat hennes ansökningar nekande då myndigheten, oaktat nyss ovan nämnda avgöranden från 2002, inte ansett henne vara av kvinnligt kön. I sin ansökan till Europadomstolen anförde Grant att hennes rättigheter enligt konventionens art. 8 samt art. 1 i första tilläggsprotokollet, ensamma och i förening med art. 14, var kränkta. Domstolen prövade hennes ansökan endast utifrån art. 8, då den inte funnit några separata frågor uppkomma under de andra artiklarna. Regeringen, som bestred klagomålen, tillstod att brittisk lag där den inte officiellt erkände postoperativs könstillhörighet, var inkompatibel med vad domstolen målen *I.* och *Goodwin* slagit fast. Likväl ansåg den dessa avgöranden inte ha någon retroaktiv verkan och därmed saknade inverkan på *DSS*:s beslut från 1997. Vidare, beträffande beslutet från 2002, som ju fattats efter Europadomstolens avgörande domar detta år, framhöll den att det av dessa mål följde att *”it was for the Government to implement measures in due course and the relevant domestic legal authorities were to be afforded a reasonable period within which to change clear statutory provisions for the future [...]*”<sup>264</sup>. Därför menade regeringen ingen kränkning av Grants rättigheter enligt art. 8 föreligga heller i detta avseende.

Domstolen påminde om sitt resonemang målen i *I.* och *Goodwin*, där den fastslagit att transsexuella hade rätt till att få sin postoperativa könsidentitet rättligt erkänd: *”the Court found that the respondent Government could no longer claim that the matter fell within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. As there were no significant factors of public interest to weigh against the interest of these individual applicants in obtaining legal recognition of their gender reassignment, it reached the conclusion that the fair balance that was inherent in the Convention now tilted decisively in favour of the applicants[...]*”<sup>265</sup>.

Domstolen pekade sedan på att Grant befann sig i en med Christine Goodwin identisk situation och att det rättsliga erkännandet av postoperativ könstillhörighet utsträckte sig till att också avse pensionsålder, varför Grants rätt till respekt för sitt privatliv kunde sägas vara kränkt; inte från och med beslutet år 1997, men väl från det andra beslutet, som fattades efter domstolens avgörande i målet *Goodwin*, år 2002; *”[c]onsequently, in so far as the applicant complains specifically of the refusal to accord her the pension rights applicable to women of biological origin, she may claim to be a victim of this aspect of the lack of legal recognition from the moment, after the judgment in Christine Goodwin, when the authorities refused to give effect to her claim, namely, from 5 September 2002”*<sup>266</sup>. Beträffande regeringens invändning i detta avseende, skriver domstolen: *”[w]hile it is true that the Government had to*

<sup>263</sup> *Grant v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 32570/03, Judgment of 23 May 2006.

<sup>264</sup> st. 38, *Grant v. the United Kingdom*, 23 May 2006.

<sup>265</sup> st. 39, *Grant v. the United Kingdom*, 23 May 2006.

<sup>266</sup> st. 43, *Grant v. the United Kingdom*, 23 May 2006.

*take steps to comply with the judgment in Christine Goodwin, which involved drafting and passing in Parliament new legislation, which they achieved with laudable expedition, it is not the case that this process can be regarded as in any way suspending the applicant's victim status. The Court's judgment in Christine Goodwin found that from that moment there was no longer any justification for failing to recognise the change of gender of post-operative transsexuals*"<sup>267</sup>. Domstolen gav därmed denna invändning ingen betydelse och konstaterade att Grants rättigheter enligt art. 8 var kränkta avseende rätt till respekt för privatlivet.

### **7.1.3 Tillträde till fullständig könskorrigering behandling**

Nedan behandlas ett mål där klaganden påbörjat könskorrigering behandling men inte kunnat fullfölja denna till följd av att lagstiftning som reglerade möjlighet till fullständig könskorrigering kirurgi saknats. Sökanden befann sig alltså, vid tiden för sin ansökan till Europadomstolen i ett slags vakuum, mellan två biologiska kön.

#### **7.1.3.1 L v. Lithuania**

I målet *L. v. Lithuania*<sup>268</sup> från 2007 klagade L., en FtM-transsexuell litauisk medborgare född 1978, till Europadomstolen över att hans rättigheter enligt art. 3, 8, 12 och 14 var kränkta på grund av att det i Litauen saknades dels lagstiftning som reglerade tillgång till fullständig könskorrigering kirurgi, dels vårdinrättningar där sådan kirurgi utfördes. Lagstiftning i detta avseende hade upprättats men ännu kommit att antas. L. hade erhållit diagnosen *GID* och påbörjat hormonbehandling. Han hade därpå genomgått partiell könskorrigering kirurgi (avlägsnande av bröst) men eftersom vidare lagstiftning saknades, kunde behandlingen inte fullföljas. Inte heller kunde L. erhålla ett personnummer som indikerade manlig könstillhörighet eller i övrigt officiellt erkännas i manligt kön förrän han genomgått slutlig kirurgi; en situation som sammantaget gav upphov till stor ångest och frustration hos L.<sup>269</sup>

Regeringen bestred L:s klagomål, påpekade att officiellt erkännande kunde erhållas efter avslutad fullständig behandling och hänvisade till att den vid regleringen av könskorrigering behandling samt av villkoren för när ett officiellt erkännande av en sådan kunde ske, åtnjöt en *margin of appreciation*. Den poängterade vidare att "*the applicant had failed to provide evidence as to the necessity and feasibility of full gender reassignment surgery*"<sup>270</sup> samt att det allmännas intressen, med hänsyn inte minst till "*the cultural specificities and religious sensitivities of Lithuanian society regarding the gender reassignment debate*"<sup>271</sup>, övervägde enskilda intressen då det handlade om transsexualitet; inte minst när det, som i L:s fall, var fråga om en preoperativt transsexuell person. Något märkliga invändningar kanske kan tyckas med hänsyn till moment-22situationen; det var ju just avsaknaden av lagstiftning som förhindrade L. att genomgå slutgiltig behandling och därmed också erkännas också juridiskt

<sup>267</sup> st. 41, *Grant v. the United Kingdom*, 23 May 2006.

<sup>268</sup> *L. v. Lithuania*, European Court of Human Rights, Application No. 27527/03, Judgment of 11 September 2007.

<sup>269</sup> st. 20 ff., *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>270</sup> st. 55, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>271</sup> st. 52, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

som av manligt kön. Regeringen påpekade också att L. kunde uppsöka behandling för slutlig kirurgi utomlands och få kostanden för denna ersatt av staten.<sup>272</sup>

Europadomstolen tog upp L:s ansökan till prövning under art. 8 och 3.<sup>273</sup> Beträffande art. 8, påminde domstolen att den i ett antal mål under årens lopp undersökt staternas positiva skyldigheter beträffande transsexuellas rätt till respekt för privatlivet utifrån ”*present-day conditions*”<sup>274</sup> och betonade att detta begrepp också innefattade ”*respect for human dignity and the quality of life*”<sup>275</sup>. Domstolen påminde sedan att den, trots staternas *margin of appreciation*, hållit dem ansvariga att under dessa positiva skyldigheter rättsligt erkänna transsexuellas postoperativa könstillhörighet med de konsekvenser som därav följer.<sup>276</sup> Domstolen poängterade därefter att det i aktuellt fall inte handlade om det rättsliga erkännandet som sådant; transsexuella i Litauen hade, liksom regeringen påpekat, rätt både till att få genomgå könskorrigering och till att få sitt postoperativa kön officiellt erkänt. Dock existerade en lucka i den lagstiftning som reglerade könskorrigering genom att den lag som såväl formellt som reellt skulle möjliggöra och ange villkor för att fullständig könskorrigering kirurgi skulle kunna utföras i Litauen, hade vid tiden för L:s ansökan fortfarande, efter drygt fyra år, inte antagits. Domstolen uttalade härpå att ”[u]ntil such law is enacted, no suitable medical facilities appear to be reasonably accessible or available in Lithuania [...]. Consequently, the applicant finds himself in the intermediate position of a preoperative transsexual, having undergone partial surgery, with certain important civil-status documents having been changed. However, until he undergoes the full surgery, his personal code will not be amended and, therefore, in certain significant situations in his private life [...] he remains a woman”<sup>277</sup>.

Domstolen fortsatte: ”*the circumstances of the case reveal a limited legislative gap in gender reassignment surgery, which leaves the applicant in a situation of distressing uncertainty vis-à-vis his private life and the recognition of his true identity. Whilst budgetary restraints in the public health service might have justified some initial delays in implementing the rights of transsexuals under the Civil Code, over four years have elapsed since the relevant provisions came into force and the necessary legislation, although drafted, has yet to be enacted [...]. Given the few individuals involved (some fifty people, according to unofficial estimates [...]), the budgetary burden on the State would not be unduly heavy*”<sup>278</sup>. Domstolen fann med hänsyn härtill vid avvägningen mellan de allmänna och enskilda intressena att de sistnämnda vägrade tyngre och konstaterade enhälligt att en kränkning enligt art. 8 därför var för handen.

<sup>272</sup> st. 55, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>273</sup> Med hänsyn till min avgränsning ovan, nöjer jag mig med att beträffande domstolens bedömning av L:s klagomål enligt art. 3 hänvisa till domstolens följande uttalade (st. 47, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007): ”*an examination of the facts of the present case, whilst revealing the applicant’s understandable distress and frustration, does not indicate circumstances of such an intense degree, involving the exceptional, life-threatening conditions[...] as to fall within the scope of Article 3 of the Convention*”. Beträffande art. 12 och 14 ansåg domstolen inga separata frågor uppkomma, då vad L. under dessa artiklar anfört, domstolen istället prövat under art. 8. Vad gäller art. 12, anförde domstolen att L:s klagomål föll in under hans klagomål enligt art. 8; hade L. fått sin manliga könstillhörighet rättsligt erkänd, han också skulle ha kunnat gifta sig med en kvinna. Se st. 64, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>274</sup> st. 56, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>275</sup> st. 56, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>276</sup> st. 56, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>277</sup> st. 57, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

<sup>278</sup> st. 59, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.

Av detta avgörande följer alltså att staterna skall tillse att nationell lagstiftning ger individen möjlighet att genomgå fullständig könskorrigering kirurgisk behandling.

#### **7.1.4 Ersättning av medicinska kostnader uppkomna i anledning av könskorrigering behandling**

Domstolen har i två mål prövat nationella myndigheters tillämpning av inhemska villkor som reglerar individens möjlighet till att få utlagda kostnader för könskorrigering behandling ersatta. I det första målet nedan hade Europadomstolen att ta ställning till den tyska domstolens hantering av ett krav i ett försäkringsvillkor på medicinsk nödvändighet. I det andra målet gällde prövningen schweizisk domstols tillämpning av en i sin praxis etablerad regel om att återbetalning av sådana kostnader endast kunde ske om individen, innan dess att könskorrigering kirurgi utförs, genomgått terapi i två år.

##### **7.1.4.1 Van Kück v. Germany**

Sökanden i målet *Van Kück v. Germany*<sup>279</sup> från 2003 var en MtF-postoperativt transsexuell tysk medborgare, född 1948. Van Kücks privata försäkringsbolag hade vägrat att ersätta henne för kostnader som uppstått till följd av att hon genomgått könskorrigering behandling då bolaget inte ansett denna behandling vara medicinskt nödvändig, vilket var en förutsättning för att ersättning skulle utgå enligt försäkringsvillkoren. Van Kück hade därpå vänt sig till tysk domstol för att denna skulle hålla försäkringsbolaget ersättningsskyldigt, men såväl under- som överrätt hade gått på försäkringsgivarens linje och konstaterat Van Kück inte, trots expertuttalanden därom, visat att just hormonbehandling och könskorrigering kirurgi varit medicinskt nödvändigt i hennes fall.<sup>280</sup> *The Berlin Court of Appeal* ifrågasatte vidare äktheten av hennes transsexualism och uttryckte att Van Kück själv, avsiktligt, hade förorsakat sitt tillstånd varför ersättning enligt försäkringsavtalet inte kunde utgå.<sup>281</sup> Konstitutionsdomstolen tog inte upp hennes ansökan.<sup>282</sup> Till kommissionen framförde Van Kück att hennes rättigheter enligt art. 6.1, 8, 13 och 14 var föremål för kränkning. Till följd av ikraftträdandet av det elfte tilläggsprotokollet, överfördes målet till Europadomstolen den 1 november 1998.<sup>283</sup> Domstolen tog därpå upp målet till prövning enligt art. 6.1 och 8.<sup>284</sup> Beträffande art. 8, sammanfattade domstolen kärnan i Van Kücks klagomål till att gälla att de tyska domstolarna, särskilt *the Berlin Court of Appeal*, misslyckats att ge ”appropriate consideration to her transsexuality”<sup>285</sup> och domstolen fann sin uppgift vara att pröva huruvida

<sup>279</sup> *Van Kück v. Germany*, European Court of Human Rights, Application No. 35968/97, Judgment of 12 June 2003.

<sup>280</sup> st. 12 ff., *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>281</sup> st. 23, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>282</sup> st. 28, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>283</sup> st. 4, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>284</sup> Med hänvisning till min avgränsning ovan, kommer jag inte gå in på domstolens prövning enligt art. 6, närmare än att säga att den där med fyra röster mot tre fann en kränkning föreligga; såväl avseende hur de tyska domstolarna tolkat begreppet medicinsk nödvändighet och bevisbedömningen därav som beträffande att bevisbördan i detta avseende legat på Van Kück. Domstolen fann detta sammantaget oproportionellt och oskäligt, varför förfarandet som en helhet inte uppfyllde kraven på en rättvis rättegång enligt art. 6.1 (Se vidare st 46 ff., *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003). Då domstolen inte behandlar hennes klagomål enligt art. 13, får antas att Van Kück släppte klagomålet i detta avseende.

<sup>285</sup> st. 73, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

*”the German courts, in dealing with her claims for reimbursement of medical expenses, had failed to discharge the State’s positive obligations”<sup>286</sup>.*

Liksom i många av målen ovan, inledde domstolen med ett allmänt resonemang om tillämpningsområdet för och innebörden av art. 8. Domstolen framhöll att *”the very essence of the Convention being respect for human dignity and human freedom, protection is given to the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security”<sup>287</sup>*. Om de positiva skyldigheter som följer av artikeln, poängterade domstolen särskilt att dessa inte enbart gäller i förhållande mellan stat och individ; staten skall också garantera den effektiva respekten för privatlivet mellan privata subjekt.<sup>288</sup> Domstolen konstaterade sedan att förhandlingarna i tysk domstol *”touched upon the applicant’s freedom to define herself as a female person, one of the most basic essentials of self-determination”<sup>289</sup>* och att detta skulle tillmätas betydelse vid balanseringen av allmänna och enskilda intressen under statens *margin of appreciation*.<sup>290</sup> Domstolen poängterade att förhandlingarna i tysk domstol ägt rum mellan 1992 och 1995 då transsexualism var ett välkänt tillstånd, om än dess uppkomst och orsak ännu inte var klarlagd. Domstolen förtydligade därpå vad saken i målet handlade om; dels att kärnan i det aktuella fallet var *”the German courts’ application of the existing criteria on reimbursement of medical treatment to the applicant’s claim for reimbursement of the cost of gender reassignment surgery, not the legitimacy of such measures in general”<sup>291</sup>*, dels att vad som var för handen inte var *”the entitlement to reimbursement as such, but the impact of the court decisions on the applicant’s right to respect for her sexual self-determination as one of the aspects of her right to respect for her private life”<sup>292</sup>*.

Därefter noterade Europadomstolen att tysk domstol hade ifrågasatt expertuttalanden avseende nödvändigheten av att Van Kück genomgått könskorrigering och istället hänvisat henne till terapi.<sup>293</sup> Beträffande det faktum att *the Court of Appeal* anklagat Van Kück för att avsiktligt själv ha orsakat sin transsexualitet, skriver domstolen: *”[i]n evaluating her sexual identity and development, the Court of Appeal analysed her past prior to the taking of female hormones and found that she had only shown male behaviour and was thus genuinely male oriented. In doing so, the Court of Appeal, on the basis of general assumptions as to male and female behaviour, substituted its views on the most intimate feelings and experiences for those of the applicant, and this without any medical competence. It thereby required the applicant not only to prove that this orientation existed and amounted to a disease necessitating hormone treatment and gender reassignment surgery, but also to show the ‘genuine nature’ of her transsexuality, although [...]the essential nature and cause of transsexualism are uncertain”<sup>294</sup>*.

<sup>286</sup> st. 75, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>287</sup> st. 69, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>288</sup> st. 70, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>289</sup> st. 73, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>290</sup> st. 72, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>291</sup> st. 78, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>292</sup> st. 78, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>293</sup> st. 79 f., *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>294</sup> st. 81, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

Domstolen påminner därefter att den i sina avgöranden i målen *I.* och *Goodwin* ansett det oproportionellt att lägga bevisbördan för medicinsk nödvändbarhet av könskorrigering behandling på individen samt att den läkare Van Kück konsulterat rekommenderat henne behandlingen ifråga. Med fyra röster mot tre konstaterade domstolen därefter en kränkning enligt art. 8 vara för handen då den tyska myndigheten överträtt sin *margin of appreciation* genom att inte ha gjort någon rimlig avvägning mellan allmänna och enskilda intressen i frågan.<sup>295</sup> I en gemensam mening, framförde de tre skiljaktiga domarna att de inte kunde finna någonting oproportionellt i att de tyska domstolarna hade krävt av Van Kück att bevisa den medicinska nödvändigheten av sin könskorrigering behandling för att få kostnaderna för densamma ersatt. De menade att medicinsk nödvändbarhet annars skulle kunna komma att förutsättas i alla fall av transsexualitet, vilket de inte ansåg vara rimligt. De befarade även att många försäkringsbolag till följd därav skulle komma att utesluta möjligheten från sina villkor att utge ersättning för sådan könskorrigering behandling.<sup>296</sup> Vad gäller art. 14 i förening med art. 8, fann domstolen enhälligt ingen separat fråga uppkomma, då vad Van Kück härvid framfört, redan prövats under art. 8.<sup>297</sup>

Vad jag finner särskilt intressant i detta mål, är att domstolen var noga med att konstatera att målet handlade om de tyska domstolarnas tillämpning av de villkor som reglerade när kostnader för könskorrigering kirurgi kunde återbetalas och inte dessas generella tillåtenhet. Därav torde slutsatsen kunna dras att staterna har lov att uppställa sådana villkor inom ramen för sin *margin of appreciation*. Dock måste inhemska domstolar i sin roll som ett statligt organ och i enlighet med principen om positiva skyldigheter, göra en individuell prövning av omständigheterna i det enskilda fallet och tillse att villkor av detta slag tillämpas på ett sätt så att den enskildes rätt till respekt för sitt privatliv effektivt garanteras.

#### **7.1.4.2 Schlumpf c. Suisse**

Också i målet *Schlumpf c. Suisse*<sup>298</sup> från 2009, hade domstolen att avgöra de nationella domstolarnas tillämpning av de försäkringsvillkor som reglerade återbetalningen av kostnader i anledning av könskorrigering behandling. Sökanden var här Schlumpf, en postoperativt MtF-transsexuell schweizisk medborgare, född 1937. Schlumpf hade levt större delen av sitt vuxna liv i biologiskt manligt kön och sökte inte professionell hjälp förrän 2002. Påföljande år påbörjade hon behandling för sin transsexualism i form av psykoterapi och hormonbehandling. 2004 hörde Schlumpf av sig till sitt försäkringsbolag, SWICA, med en framställan om att bolaget skulle ersätta henne för de kostnader hon skulle komma att ådra sig vid den könskorrigering operation hon inom kort hade för avsikt att genomgå. En sådan hade nämligen rekommenderats av hennes läkare att utföras snarast, inte minst med hänsyn till Schlumpfs relativt höga ålder (då 67 år). Med sin ansökan till SWICA, bifogade hon ett intyg härom. SWICA besvarade hennes ansökan nekande. Bolaget hänvisade till etablerad praxis hos *le Tribunal fédéral des assurances* enligt vilken försäkringsbolaget endast var återbetalningsskyldigt för kostnader i samband med könskorrigering kirurgi då det handlade

<sup>295</sup> st. 83 ff., *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>296</sup> st. 12, Dissenting opinion of judges Cabral Barreto, Hedigan and Greve, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003.

<sup>297</sup> st. 92, *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003. Sak vare samma beträffande art. 14 i förening med art. 6.

<sup>298</sup> *Schlumpf c. Suisse*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 29002/06, Arrêt du 8 janvier 2009.



om fall av äkta, ”*véritable*”<sup>299</sup>, transsexualism. En sådan diagnos kunde inte etableras förrän patienten genomgått två års terapi. Likväl genomgick Schlumpf operationen samma år, alltså innan tvåårsgränsen passerat. Hon bad därefter att få kostnaderna därför täckta, men besvarades ånyo nekande.<sup>300</sup>

Schlumpf överklagade SWICAs beslut till *le Tribunal cantonal des assurances* som höll försäkringsbolaget betalningsansvarigt. Detta beslut överklagade SWICA till *le Tribunal fédéral des assurances* som undanröjde detsamma. Som skäl härför framförde tribunalen att den uppställda tvåårsgränsen bland annat fanns till för att individen inte skulle förhastna sig i sitt beslut att genomgå en så stor och irreversibel operation som en könskorrigering operation faktiskt innebar och att det inte fanns tillräckliga skäl i Schlumpfs fall för att frångå en etablerad praxis. Schlumpf gavs inte heller möjlighet till att åberopa expertvittnen för att ifrågasätta bruket av denna tvåårsgräns.<sup>301</sup>

Schlumpf vände sig därpå till Europadomstolen där hon menade på att hennes rättigheter enligt art. 6, 8 och 14 blivit kränkta.<sup>302</sup> Beträffande art. 8, anförde Schlumpf att den ovan beskrivna tvåårsregeln var en medicinsk reglering och inte en juridisk sådan eftersom den handlade om diagnosticeringen av transsexualism. Schlumpf menade på att, med hänsyn till att hon diagnosticerats som transsexuell, schweizisk domstol borde ha tagit hänsyn till hennes ålder och tillåtit ett undantag i tillämpningen av denna tvåårsregel.<sup>303</sup> Regeringen bestred Schlumpfs klagomål och påpekade att tvåårsgränsen i fråga var både legitim och nödvändig med hänsyn till art. 8; inte bara för att försäkra att individens tillstånd blev tillräckligt utrett utan också med hänsyn till försäkringsbolagets ekonomi samt till vikten av att lagen som reglerade försäkringsbolagen och dessas verksamhet, tillämpades enhetligt. Den fann vidare inga omständigheter som konstituerade ett undantag föreligga i Schlumpfs fall, även med hänsyn till hennes ålder. Sammantaget konstaterade regeringen att de nationella domstolarna varken handlat oskäligt eller godtyckligt utan bedömt situationen inom den *margin of appreciation* de åtnjöt i frågan.<sup>304</sup>

Domstolen inledde med ett par allmänna konstateranden om tillämpningen av art. 8 och därur härrörande generella principer. Domstolen konstaterade därefter att den i fallet hade att ta ställning till huruvida det sätt *le Tribunal fédéral des assurances* hade hanterat den ovan beskrivna tvåårsregeln i relation till Schlumpfs krav på återbetalning, innebar en kränkning av de positiva skyldigheter som i detta avseende åvilade staten.<sup>305</sup> Domstolen poängterade att den aktuella tvåårsregeln var skapad ur tribunalens praxis och härrörde inte från någon lagstiftning. Syftet med densamma, att balansera de enskildas intressen att få genomgå en

<sup>299</sup> st. 11, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>300</sup> st. 10 ff., *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>301</sup> st. 22 ff., *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>302</sup> V.g. art 6 kommer jag inte gå in på domstolens bedömning närmare än att säga att den fann en kränkning föreligga i två avseenden. Bland annat menade domstolen att det ur en processrättslig aspekt var oskäligt av *le Tribunal fédéral des assurances* att ha vägrat höra de vittnen Schlumpf åberopat i samband med att hon ifrågasatte bruket av tvåårsvillkoret för att ersättning skulle utgå från försäkringsbolaget. (Om domstolens bedömning av art. 6, se st. 38 ff., *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009).

<sup>303</sup> st 80 ff., *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>304</sup> st. 90 ff., *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>305</sup> st. 108, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

könskorrigering operation å ena sidan mot det allmännas intresse i att undvika att berörda individer drog förhastade beslut om att genomgå en sådan, menade domstolen förvisso kunde vara berättigat. Likväl framhöll den att med tanke på den betydande inverkan en sådan operation hade för individen, ett sådant beslut knappast fattades hastigt eller obetänksamt.<sup>306</sup> Domstolen underströk därefter att det i första hand var upp till de nationella myndigheterna att tillämpa intern lag, men att den inte desto mindre var kompetent att undersöka huruvida, i detta fall, tillämpningen av tvåårsregeln varit alltför sträng i relation till den *margin of appreciation* myndigheterna åtnjöt och uttalade härpå: ”[e]n insistant sur le respect du délai de deux ans, le Tribunal fédéral a refusé de se livrer à une analyse des circonstances spécifiques du cas d’espèce et de peser les différents intérêts en jeu. La Cour estime que les autorités internes auraient dû prendre en compte les opinions des spécialistes afin d’examiner s’il y avait lieu d’admettre une exception à la règle des deux ans, notamment sur la base de l’âge relativement avancé de la requérante et de l’intérêt à ce qu’elle subisse une intervention chirurgicale dans un bref délai”<sup>307</sup>. Härutöver uttryckte domstolen att den förhöll sig tveksam till hur pass uppdaterad tvåårsregeln var, med hänsyn till den utveckling som ägt rum beträffande transsexualism sedan regeln etablerades i slutet av 1980-talet samt till tolkningen av konventionen ”à la lumière des conditions de vie d’aujourd’hui”<sup>308</sup>.

Domstolen konstaterade därefter att de nationella myndigheterna, genom en mekanisk tillämpning av tvåårsregeln, inte tagit hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet där särskilt sökandens ålder bort påkalla en särskild bedömning; ”[l]e respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l’avis des experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans. La Cour en conclut que, eu égard à la situation très particulière dans laquelle se trouvait la requérante – âgée de plus de 67 ans au moment de sa demande de prise en charge des frais liés à l’opération –, et compte tenu de la marge d’appréciation étroite dont l’Etat défendeur bénéficiait s’agissant d’une question touchant à l’un des aspects les plus intimes de la vie privée, un juste équilibre n’a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d’assurance, d’une part, et les intérêts de la requérante, d’autre part”<sup>309</sup>. Med fem röster mot två, fann domstolen därför en kränkning enligt art. 8 föreligga.

De två skiljaktiga domarna, ansåg dock balansen mellan enskilda och allmänna intressen i fallet vara upprätthållen och att kunde därför inte instämma i majoritetens slutsats.<sup>310</sup> Beträffande art. 14 i förening art. 8 fann domstolen enhälligt ingen separat fråga uppkomma, då vad Schlumpf därunder åberopat redan tagits hänsyn till vid prövningen under sistnämnda artikel.<sup>311</sup>

Liksom i målet *Van Kück* ovan, uttalade sig domstolen inte heller i detta mål kring tillåtligheten i sig av att inhemska myndigheter uppställer villkor för när återbetalning av

<sup>306</sup> st. 109 f., *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>307</sup> st. 112, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>308</sup> st. 113, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>309</sup> st. 115, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>310</sup> Opinion en partie dissidente commune aux juges Vajic´ et Jebens, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>311</sup> se st.118, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009. Domstolen gjorde samma bedömning beträffande art. 14 i förening med art. 6.

kostnaderna för en könskorrigering behandling kan ske, utan sättet på vikt dessa villkor tillämpas. Domstolen har i anledning härmed betonat att hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet och att villkoren inte kan tillämpas rakt av. Vidare underströk domstolen behovet av att hålla dessa villkor uppdaterade utefter nuvarande förhållanden, vilket hänger samman med att de rättigheter som skyddas av konventionen skall vara konkreta och effektiva i motsats till teoretiska och illusoriska.<sup>312</sup>

## 7.2 Parrättigheter

De fall som nedan följer, har jag valt att strukturera in under rubrikerna ”rätt till äktenskap” samt ”rätt att få låta redan ingånget äktenskap bestå”, då de frågor som domstolen eller kommissionen i detta avseende fått tillställda sig, varit hänförliga till endera av dessa rubriker. Flertalet fall som nedan diskuteras, har redan berörts ovan under 7.1, men där ur en annan synvinkel. För att undvika onödig upprepning, kommer jag när så är möjligt att hänvisa dit beträffande bakgrund för och generella omständigheter i fallet.

### 7.2.1 Rätt till äktenskap

Som ovan nämnts är rätten till äktenskap, som regleras i artikel 12 i Europakonvention, föremål för omfattande statlig reglering. Staterna har enligt konventionstexten tillåtelse att uppställa nationella krav och villkor för hur, när och av vem denna rättighet kan göras gällande. I sex av de sju fall som nedan behandlas har sökandena varit postoperativt transsexuella som klagat över att inhemsk lagstiftning, på grund av att denna inte tillerkänt dem rätten att officiellt erkännas i sin postoperativa könstillhörighet, inte heller givit dem möjlighet att kunna gifta sig med någon av, till den postoperativa könstillhörigheten, motsatt kön. Således har frågan om transsexuellas möjlighet till att ingå äktenskap varit starkt förknippad med frågan om just det rättsliga erkännandet av den postoperativa könstillhörigheten. Inte desto mindre har domstolen prövat också huruvida en självständig kränkning enligt art. 12, som ju utgör *lex specialis* i förhållande till art. 8, varit för handen. Det fall som avviker från övriga, redogörs för i samband med att det nedan behandlas.

#### 7.2.1.1 *Rees v. the United Kingdom*

Första gången domstolen prövade huruvida en kränkning enligt art. 12 var för handen i det att en postoperativt transsexuell person enligt inhemsk lag hindrades att ingå äktenskap med en person av, till den postoperativa könstillhörigheten, motsatt kön, var i *Rees v. the United Kingdom* från 1986.<sup>313</sup> Enligt brittisk lag kunde vid denna tid endast par av biologiskt motsatt kön ingå äktenskap. Biologiskt kön bestämdes enligt inhemsk praxis vidare ”by the chromosomal, gonadal and genital tests where these are congruent”<sup>314</sup>. Eftersom Rees som trots sin könskorrigering inte rättsligt erkändes som man, kunde han därför inte heller ingå äktenskap med en kvinna. Rees menade på att hans rätt till att ingå äktenskap enligt art. 12 med detta var kränkt. Varken kommissionen eller domstolen ansåg dock inte så vara fallet.

<sup>312</sup> jmf. st. 112, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>313</sup> *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986, se ovan avsett 7.1.1.3.

<sup>314</sup> st. 27, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

Domstolen uttryckte sig kortfattat: ”*the right to marry guaranteed by Article 12 [...] refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 [...] is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family*”<sup>315</sup> och fortsatte därpå: ”[f]urthermore, Article 12 [...] lays down that the exercise of this right shall be subject to the national laws of the Contracting States. The limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. However, the legal impediment in the United Kingdom on the marriage of persons who are not of the opposite biological sex cannot be said to have an effect of this kind”<sup>316</sup>. Med denna relativt knapphändiga motivering, konstaterade en enhällig domstol därpå att ingen kränkning enligt art. 12 var för handen. Hur staterna reglerade rätten till äktenskap, ansåg domstolen falla inom dessas *margin of appreciation*.

### **7.2.1.2 *W. v. the United Kingdom***

Också i fallet *W. v. the United Kingdom*<sup>317</sup> från 1989, var fråga om huruvida en kränkning enligt art. 12 var för handen och omständigheterna var i sak desamma som i målet *Rees*. *W.*, som var postoperativt MtF-transsexuell, önskade som få gifta sig och bilda familj med en man, vilket brittisk lagstiftning och praxis hindrade henne från att göra. I sin bedömning av huruvida en kränkning enligt art. 12 förelåg, hänvisade kommissionen till domstolens argumentation i *Rees* och konstaterade därpå, med tretton röster mot en, att den inte fann någon anledning att frångå domstolens slutsats.<sup>318</sup> Europadomstolen kom därför inte att pröva målet.

### **7.2.1.3 *Eriksson and Goldschmidt v. Sweden***

Fallet *Eriksson and Goldschmidt v. Sweden*<sup>319</sup>, som avvisades av kommissionen 1989, är det fall som avviker något från övriga mål och beslut som behandlas under denna rubrik. Klagandena var här två svenska medborgare, Anita Eriksson och Asta Goldschmidt, födda 1935 respektive -33. Av handlingarna kan utläsas att Anita var MtF-transsexuell men önskade inte genomgå någon könskorrigering. Dock levde hon som kvinna och hade såväl bytt namn som erhållit ett personnummer som indikerade kvinnlig könstillhörighet, varför hon i folkbokföringsregistret stod upptagen som av kvinnligt kön. I sin ansökan till kommissionen klagade paret över att svensk lag, som vid denna tid inte tillät samkönade äktenskap, hindrade dem från att gifta sig med varandra. De poängterade att de, trots Anitas transsexualitet, biologiskt sett var av motsatt kön, varför de ansåg sin rätt till äktenskap enligt art. 12 vara kränkt. De poängterade vidare att lagstiftningen i detta avseende inte var konsekvent då Anita, som trots sina fysiskt manliga egenskaper, enligt samma lagstiftning hade möjlighet att ingå äktenskap med en man.

<sup>315</sup> st. 49, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>316</sup> st. 50, *Rees v. The United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>317</sup> *W. v. The United Kingdom*, 7 March 1989, se ovan avsnitt 7.1.1.4.

<sup>318</sup> st. 39 ff., *W. v. The United Kingdom*, 7 March 1989.

<sup>319</sup> *Eriksson and Goldschmidt v. Sweden*, European Commission of Human Rights, Application No. 14573/89, Decision on admissibility of 9 November 1989.

Kommissionen hänvisade först till målet *Rees* där domstolen uttalat att rätten till äktenskap enligt art. 12 tillkom två personer av motsatt biologiskt kön samt att utövandet av denna rättighet var föremål för nationell reglering. Därefter påtalade den att de två sökandena, trots att de var av motsatt biologiskt kön, båda inte desto mindre ansågs vara av juridiskt kvinnligt kön samt att svensk rätt som inte godkände samkönade äktenskap. Kommissionen fann därför ingen kränkning enligt art. 12 vara för handen: ”[t]he Commission considers that the right to marry under Article 12 [...] of the Convention only covers the right to marry someone of the opposite sex. It accepts that this applies also where, as in the present case, the couple are not biologically of the same sex but where one of the partners has obtained the same sex status as the other partner through a voluntary act recognised under domestic law”<sup>320</sup>. Kommissionen avvisade parets ansökan som uppenbart ogrundad.

#### 7.2.1.4 *Cossey v. the United Kingdom*

Inte heller i *Cossey v. the United Kingdom*<sup>321</sup> från 1990, kom domstolen till någon annan slutsats än den som den ovan i *Rees* dragit. *Cossey* som var postoperativt MtF-transsexuell önskade gifta sig med sin, vid tiden för ansökan till kommissionen, manliga partner, vilket brittisk lagstiftning och praxis hindrade henne från att göra. Inför domstolen tillstod *Cossey* att hon genom sin könskorrigering inte erhållit alla biologiskt kvinnliga biologiska egenskaper, men motsatte sig inte desto mindre att könstillhörigheten för giftermålsändamål i Storbritannien uteslutande baserades på biologiska kriterier. *Cossey* anförde vidare på att hon, eftersom hon endast önskade att gifta sig med en man och inte med en kvinna, var förövad möjligheten att gifta sig över huvud taget; ”as a woman she could not realistically marry another woman and English law prevented her from marrying a man”<sup>322</sup>. *Cossey* menade därför att själva kärnan i art. 12 gått henne om intet.

Domstolen påminde om den slutsats den dragit i målet *Rees* och att den där tagit hänsyn till att rätten att ingå äktenskap enligt konventionen var förbehållet två personer av motsatt biologiskt kön samt att konventionsstaterna själva fick reglera utövandet av denna rättighet. Domstolen påpekade vidare att *Cossey* medgivit att hon inte erhållit alla kvinnligt biologiska egenskaper genom sin könskorrigering och framhöll att ett legalt hinder för två parter av icke motsatt biologiskt kön att ingå äktenskap inte kunde sägas inkräkta på kärnan i art. 12.<sup>323</sup> Att *Cossey* hindrades att ingå äktenskap med en man, stod enligt domstolen därför i överensstämmelse med ”the concept of marriage”<sup>324</sup> enligt art. 12 och den fann ingen anledning till att frångå denna tolkning; ”[a]lthough some Contracting States would now regard as valid a marriage between a person in Miss *Cossey*’s situation and a man, the developments which have occurred to date [...] cannot be said to evidence any general abandonment of the traditional concept of marriage. In these circumstances, the Court does not consider that it is open to it to take a new approach to the interpretation of Article 12 [...] on the point at issue. It finds, furthermore, that attachment to the traditional concept of

<sup>320</sup> *Eriksson and Goldschmidt v. Sweden*, 9 November 1989. Styckesindelning saknas.

<sup>321</sup> *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, se ovan avsnitt 7.1.1.5.

<sup>322</sup> st. 44, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

<sup>323</sup> st. 43 ff., *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

<sup>324</sup> st. 45, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

*marriage provides sufficient reason for the continued adoption of biological criteria for determining a person's sex for the purposes of marriage, this being a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry*<sup>325</sup>. Beträffande vad Cossey anfört om att hon inte heller kunde gifta sig med en kvinna, konstaterade domstolen endast att detta inte följde av något legalt hinder och lämnade sedan frågan därhän.<sup>326</sup> Att hon endast önskade ingå äktenskap med en man, bortsåg den från. Medan kommissionens majoritet funnit en kränkning enligt art. 12 föreligga, fann domstolen, med fjorton röster mot fyra, att ingen sådan var för handen.

Att Cossey också hade åberopat art. 14 i förening med art. 12, menade majoriteten inte gav upphov till någon annan bedömning än den redan gjorda, då vad hon under art. 14 framfört domstolen redan tagit hänsyn till vid bedömningen utifrån art. 12.<sup>327</sup> I de skiljaktiga meningarna, framförde en av minoritetens domare bland annat kritik mot majoritetens sätt att låta endast biologiska kriterier vara avgörande för hur könstillhörighet bestämdes utifrån art. 12 samt mot vad den anfört om att giftermålet skall skydda ”traditionell familjebildning”. Enligt denne domare var detta en oacceptabel ståndpunkt då också andra, icke-transsexuella olikkönade par, inte kunde eller önskade ha samlag och bilda familj.<sup>328</sup> Andra ur minoriteten poängterade att konventionen, och därmed också art. 12, skulle tolkas dynamiskt utifrån den samhällseliga utvecklingen och att en sådan tolkning också borde ha lett fram till en annan slutsats än den av majoriteten dragna.<sup>329</sup>

#### **7.2.1.5 B. v. France**

I *B. v. France*<sup>330</sup>, där domstolen med femton röster mot sex fann en kränkning enligt art. 8 föreligga, hade kommissionen avvisat B:s klagomål avseende art. 12 på grund av att den i detta avseende inte ansett henne ha uttömt de nationella rättsmedlen. Domstolen kom därmed aldrig att pröva hennes klagomål utifrån denna artikel. Likväl anser jag det, för att belysa det stora motståndet i frågan om transsexuellas möjlighet att ingå äktenskap i postoperativ könstillhörighet, vara värt att betona att flera av de domare som var skiljaktiga beträffande art. 8, var just skiljaktiga på grund av att de befarade att avgörandet indirekt skulle kunna tolkas som om att B:s klagomål också enligt art. 12 skulle vara tillmötesgått, vilket de fann oacceptabelt.<sup>331</sup>

#### **7.2.1.6 Sheffield and Horsham v. the United Kingdom**

Inte heller i målet *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*<sup>332</sup> från 1998 ansåg domstolen en kränkning enligt art. 12 vara för handen genom att klagandena enligt brittisk lag

<sup>325</sup> st. 46, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

<sup>326</sup> st. 45, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

<sup>327</sup> st. 47, jmf. st. 41, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

<sup>328</sup> Se bl.a. st. 4.5.1 f., Dissenting opinion of judge Martens, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

<sup>329</sup> Joint dissenting opinion of judges Palm, Foighel and Pekkanen, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. Styckesindelning saknas.

<sup>330</sup> *B. v. France*, 25 March 1992, se ovan avsnitt 7.1.1.6.

<sup>331</sup> Se bl.a. Dissenting opinion of judge Matscher, Dissenting opinion of judge Pinheiro Farinha, Dissenting opinion of judge Pettiti samt Concurring opinion of judge Walsh; samtliga i *B. v. France*, 25 March 1992.

<sup>332</sup> *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998, se avsnitt 7.1.1.9 ovan.

inte gavs möjlighet att gifta sig med någon av, till sin postoperativa könstillhörighet, motsatt kön. Medan kommissionen inte ansett sökandenas klagomål ge upphov till någon separat bedömning utifrån art. 12, tog domstolen upp denna aspekt till prövning, hänvisade till vad den beträffande art. 12 anfört i sin dom i målet *Rees* och fann inte heller nu någon anledning till att gå ifrån sin inslagna linje: ”[t]he Court recalls further that in its *Cossey* judgment it found that the attachment to the traditional concept of marriage which underpins Article 12 of the Convention provides sufficient reason for the continued adoption by the respondent State of biological criteria for determining a person’s sex for the purposes of marriage, this being a matter encompassed within the power of the Contracting States to regulate by national law the exercise of the right to marry”<sup>333</sup>.

Avseende vad Miss Horsham därutöver särskilt anfört, om att hon kände sig tvingad till att leva i exil i Nederländerna på grund av att brittisk lagstiftning inte skulle erkänna det äktenskap som hon där ämnade att ingå med sin manliga partner, var domstolen inte övertygad om att art. 12 över huvud taget var tillämplig. Den anförde att klagomålet i denna del snarare handlade om erkännandet av utländska äktenskap i Storbritannien, än huruvida en individ enligt brittisk lag hade rätt att ingå äktenskap såsom följde av art. 12. Dessutom ansåg domstolen det inte med säkerhet kunna sägas hur brittisk domstol skulle komma att bedöma giltigheten av äktenskapet i fråga, varför den sammantaget inte ansåg klagomålet i denna del ge upphov till någon annan bedömning än den redan gjorda. Med arton röster mot två, konstaterade domstolen även denna gång att någon kränkning enligt art. 12 alltså inte förelåg. Domstolen fann därmed frågan om postoperativt transsexuellas möjlighet att få ingå äktenskap, fortfarande falla inom statens *margin of appreciation*.

De två skiljaktiga domarna, menade däremot på motsatsen; då de ansett sökandena ha haft rätt till ett officiellt erkännande i sin postoperativa könstillhörighet enligt art. 8, framhöll de att detta erkännande, som en logisk följd, också skulle få verkan avseende art. 12. De ansåg att sökandenas rätt till giftermål enligt art. 12 nära på tillintetgjordes, trots uttryckligt förbud därom i konventionen, av den brittiska lagstiftningen. De påpekade vidare att statens *margin of appreciation* endast kunde utsträckas till att vissa särskilda krav eller formaliteter uppställdes för de äktenskap där en av makarna var transsexuell, men inte till att dessa äktenskap förbjöds rakt av.<sup>334</sup> Dessa tankar skulle komma att återfinnas fyra år senare i den dom som nu nedan följer.

#### **7.2.1.7 Christine Goodwin and I. v. the United Kingdom**

År 2002 fann slutligen en enhällig domstol i målen *Christine Goodwin* och *I. v. the United Kingdom*<sup>335</sup> en kränkning enligt art. 12 föreligga i det att brittisk lag inte tillät sökandena, båda postoperativt MtF-transsexuella, att gifta sig med någon av manligt kön. Medan regeringen vidhöll sin ståndpunkt att klagandena även efter sin könskorrigering inte,

<sup>333</sup> st. 67, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>334</sup> st. 8, Dissenting opinion of Judge Van Dijk samt Declaration of Judge Wildhaber, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>335</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, *I. v. the United Kingdom*, Judgment of 11 July 2002. Se ovan under avsnitt 7.1.1.10.

biologiskt sett, var fullt ut kvinnliga samt att hur äktenskap reglerades där endera parten var transsexuell föll inom statens *margin of appreciation*, gjorde domstolen nu en annan bedömning av situationen.

Domstolen inledde med att konstatera att den i målen *Rees*, *Cossey* samt *Sheffield and Horsham* inte funnit att hindret mot att som postoperativt transsexuell ingå äktenskap med någon av, till den postoperativa könstillhörigheten, motsatt kön, utgjorde en kränkning enligt art. 12. Den anförde vidare att den hittills ansett det falla inom statens *margin of appreciation* att uteslutande använda ett biologiskt kriterium för fastställandet av könstillhörighet för äktenskapsändamål och det faktum att postoperativt transsexuella därmed nekats rätten att ingå äktenskap inte ansetts kränka kärnan i denna rättighet. Domstolen påminde också att den i samband härmed hade godkänt hänvisningar till att konventionen endast skyddade äktenskapet mellan en biologisk kvinna respektive man som bas för familjebildning.<sup>336</sup> Beträffande det sistnämnda, såg domstolen på saken med nya ögon och anförde: ”[r]eviewing the situation in 2002, the Court observes that Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The second aspect is not however a condition of the first and the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing their right to enjoy the first limb of this provision”<sup>337</sup>; en tanke som framfördes redan 1990 av Judge Martens i dennes skiljaktiga mening i målet *Cossey*.<sup>338</sup>

Beträffande det faktum att art. 12 ordagrant hänvisar till ett äktenskap just mellan en man och en kvinna, anförde domstolen sedan att den inte längre ansåg detta kunna läggas till grund för att könstillhörighet för äktenskapsändamål skulle avgöras enbart utifrån ett biologiskt kriterium: ”[t]he Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria [...]. There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medicine and science in the field of transsexuality. The Court has found, under Article 8 of the Convention, that a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors – the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender”<sup>339</sup>. Härvid framhöll domstolen också om att art. 9 i den, då relativt nyantagna, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna från 2000, som stadgar rätten till äktenskap och familjebildning, är könsneutral.<sup>340</sup>

Domstolen påminde dock om att bara för att en kränkning av rätten till respekt för privatlivet enligt art. 8 konstaterats, detta inte rakt av för med sig att också rätten till äktenskap enligt art.

<sup>336</sup> st. 97 f., *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 77 f., *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002

<sup>337</sup> st. 98, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 78, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>338</sup> se ovan under avsnitt 7.1.1.5.

<sup>339</sup> st. 100, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 80, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>340</sup> st. 100, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 80, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.



12 är kränkt då det explicit av ordalydelsen i art. 12 följer att denna rättighet är föremål för nationell reglering. Till skillnad från tidigare mål, ansåg dock domstolen nu Storbritannien ha inskränkt denna rättighets kärna, vilket inte är tillåtet enligt konventionen, genom att de respektive sökandena inte erkändes i kvinnligt kön avseende giftermålsändamål och därmed inte heller tilläts gifta sig med en manlig partner: ”[t]he Court [...] finds that it is artificial to assert that post-operative transsexuals have not been deprived of the right to marry as, according to law, they remain able to marry a person of their former opposite sex. The applicant in this case lives as a woman, is in a relationship with a man and would only wish to marry a man. She has no possibility of doing so. In the Court's view, she may therefore claim that the very essence of her right to marry has been infringed”<sup>341</sup>.

Liksom domstolen konstaterat, men inte hindrats av, att den inte kunnat anse någon europeisk standard etablerad avseende det rättsliga erkännandet av transsexuellas postoperativa könstillhörighet när den funnit en kränkning enligt art. 8 föreligga i dessa mål, fann den inte heller det faktum att någon europeisk standard avseende transsexuellas möjlighet att gifta sig med någon av, i postoperativ könstillhörighet, motsatt kön inte kunnat etableras hindra den från att finna en kränkning enligt art. 12 vara för handen; ”leaving the matter entirely to the Contracting States as being within their margin of appreciation [...] would be tantamount to finding that the range of options open to a Contracting State included an effective bar on any exercise of the right to marry. The margin of appreciation cannot extend so far”<sup>342</sup>.

Även om domstolen i detta mål härmed slog fast att en kränkning av sökandenas rätt till äktenskap enligt art. 12 var för handen, avslutade den sitt resonemang med ett par konstateranden som är av stor praktisk betydelse för den enskilde. Regeringen, som ansett det falla inom statens *margin of appreciation* hur rätten till äktenskap reglerades, var, med hänsyn till att samkönade äktenskap inte var tillåtliga i Storbritannien, särskilt orolig och varnade för utfallets ”potential impact on already existing marriages in which a transsexual is a partner”<sup>343</sup>. Domstolen tycks ha hörsammat denna oro; trots att den funnit en kränkning enligt art. 12 föreligga i dessa mål, konstaterade den nämligen att staterna fortfarande hade möjlighet ”to determine inter alia the conditions under which a person claiming legal recognition as a transsexual establishes that gender re-assignment has been properly effected or under which past marriages cease to be valid and the formalities applicable to future marriages (including, for example, the information to be furnished to intended spouses)”<sup>344</sup>. Härav följer att även om domstolen slagit fast att man som transsexuell har rätt att ingå äktenskap med någon av, till postoperativ könstillhörighet, motsatt kön, denna rättighet i praktiken likväl kan bli, och också är, föremål för särskilda krav, villkor eller begränsningar. Exempel härpå följer redan under rubriken nedan.

---

<sup>341</sup> st. 101, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 81, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>342</sup> st. 103, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 83, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>343</sup> st. 102, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 82, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>344</sup> st. 103, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 83, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

### 7.2.2 Rätt att få låta redan ingånget äktenskap bestå

Liksom den brittiska regeringen i målen *I.* och *Christine Goodwin* anförde, skulle erkännandet av transsexuellas postoperativa könstillhörighet få konsekvenser för redan ingångna äktenskap genom att ett olikkönat äktenskap skulle kunna bli ett samkönat sådant om inte särskilda villkor i samband därmed fick införas, vilket som ovan framgått domstolen godkände. Tillåtligheten av samkönade äktenskap, är något som staterna än idag fortfarande själva kan reglera under sin *margin of appreciation* då domstolen hitintills inte ansett någon sådan rättighet kunnat hänföras ur art. 12.<sup>345</sup> Härigenom blir frågan om transsexualitet, könstillhörighet, sammanknippad med frågan om sexuell läggning och vilka rättigheter som staterna tillskriver människor med en annan sexuell läggning än heterosexuell sådan; ett område som de uppfattar som mycket känsligt och starkt förknippat med ”den allmänna moralen”. Domstolen har sedan sina avgöranden i *I.* och *Goodwin* behandlat tre fall, två från 2006 och ett från november 2012, där de respektive sökandena klagat över de villkor som staten uppställt avseende deras befintliga äktenskap i samband med de ansökt om ett officiellt erkännande av sin postoperativa könstillhörighet. Eftersom de två första fallen båda är avvisningsbeslut som båda rör samma sak och meddelades på samma dag, har jag valt att nedan endast redogöra för ett utav dem.

#### 7.2.2.1 *Parry v. the United Kingdom*<sup>346</sup>

Domstolens avvisningsbeslut i fallet *Wena and Anita Parry*<sup>347</sup> från 2006 illustrerar tydligt konsekvenserna av att den i målen *I.* och *Christine Goodwin* lämnade till staterna att inte bara själva få sätta upp villkor för när transsexuella kan ingå äktenskap, utan också reglera vad som skall ske med redan existerande sådana när endera parten korrigerat sitt kön och ansöker om att ett rättsligt erkännande därav. Wena, postoperativt MtF-transsexuell, och Anita vände sig till Europadomstolen och klagade över att den lagstiftning som i Storbritannien tillkommit efter domarna i *I.* och *Goodwin*, krävde att parets äktenskap sedan drygt fyrtio år tillbaka upplöstes för att Wena skulle kunna få sin postoperativa könstillhörighet rättsligt erkänd. Wena och Anita, som också hade tre barn tillsammans, menade att detta villkor kränkte deras rätt till respekt för privat- och familjeliv liksom rätt till äktenskap, vilket de menade också innefattade en rätt till att få låta äktenskapet bestå, enligt art. 8 och 12.<sup>348</sup> Den brittiska regeringen motsatte sig parets klagomål, hänvisade till att området föll inom statens *margin of appreciation* och framhöll att lagen inte tvingade Wena och Anita att skilja sig, de hade möjlighet att också fortsättningsvis leva som ett gift par. Skilsmässa var dock ett villkor för att Wena skulle kunna få sin postoperativa könstillhörighet rättsligt erkänd. Vid skilsmässa hade paret möjlighet att istället ingå ett registrerat partnerskap.

<sup>345</sup> Se *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010.

<sup>346</sup> Se också *R. and F. v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 35748/05, Decision on admissibility of 28 November 2006.

<sup>347</sup> *Parry v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 42971/05, Decision on admissibility of 28 November 2006.

<sup>348</sup> Härutöver åberopade de också art. 9, 13 och 14 i konventionen samt art. 1 i det första tilläggsprotokollet. I dessa avseenden förklarade domstolen inte åberopade artiklar vara tillämpliga på omständigheterna i fallet; se *IV. Remaining complaints, Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006.

Domstolen tillstod att följderna av lagstiftningen inverkarde menligt på sökandenas liv och leverne och att omständigheterna, liksom de hävdade, påkallade en bedömning utifrån art. 8 och 12. Beträffande art. 8 uttalade domstolen: *"[t]he legislation clearly puts the applicants in a quandary – the first applicant must, invidiously, sacrifice her gender or their marriage. In those terms, there is a direct and invasive effect on the applicants' enjoyment of their right to respect for their private and family life. It would be artificial, and unduly pedantic, to exclude the latter, when the process of annulment would in and of itself affect the status of family life which the applicants currently enjoy as a married couple"*<sup>349</sup>. Dock påminde domstolen om att hänsyn likväl måste tas till att *"Article 12 is the lex specialis for the right to marry"*<sup>350</sup>.

Domstolen fortsatte med att konstatera att den först enligt art. 8 hade att undersöka huruvida *"the respondent State has failed to comply with a positive obligation to ensure the rights of the applicants through the means chosen to give effect legal recognition to gender re-assignment"*<sup>351</sup>. I detta avseende kom den fram till att den brittiska lagstiftningens effekter inte var oproportionerliga och att en rimlig avvägning mellan allmänna och enskilda intressen hade gjorts, inte minst med hänsyn att paret kunde låta sitt äktenskap omvandlas till ett registrerat partnerskap: *"[i]n the present case, the Court notes that the requirement that the applicants annul their marriage flows from the position in English law that only persons of the opposite gender may marry; same-sex marriages are not permitted. Nonetheless it is apparent that the applicants may continue their relationship in all its current essentials and may also give it a legal status akin, if not identical to marriage, through a civil partnership which carries with it almost all the same legal rights and obligations. It is true that there will be costs attached to the various procedures. [...] However the Court is not persuaded that these are prohibitive or remove civil partnership as a viable option. The Court concludes, as regards the right to respect for private and family life, that the effects of the system have not been shown to be disproportionate and that a fair balance has been struck in the circumstances"*<sup>352</sup>.

Beträffande bedömningen av omständigheterna utifrån art. 12, inledde domstolen med att betona att rätten till äktenskap och familjebildning gav upphov till *"social, personal and legal consequences"*<sup>353</sup> och att artikeln uttryckligen gav staterna utrymme för att reglera den rättighet som däri stadgades. Även om domstolen bekräftade att kärnan i rättigheten inte fick gå om intet, betonade den också vikten av att den förhöll sig restriktiv vid sin bedömning av vilka rättigheter som kan anses falla in därunder och att staterna här åtnjöt en vid *margin of appreciation*: *"[g]iven the sensitive moral choices concerned and the importance to be attached in particular to the protection of children and the fostering of secure family environments, this Court must not rush to substitute its own judgment in place of the authorities who are best placed to assess and respond to the needs of society"*<sup>354</sup>.

---

<sup>349</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>350</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>351</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>352</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>353</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>354</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

Domstolen fortsatte därefter med att framhålla att den brittiska staten numera tillät transsexuella att gifta sig med någon av, till sin postoperativa könstillhörighet, motsatt kön, men någon rätt till samkönat äktenskap inte kunde härledas ur art. 12 och detta oaktat huruvida någon eventuell europeisk standard kunde anses etablerad: ”[i]n seeking to comply with the Court’s judgment in *Christine Goodwin* [...] the legislature have now provided a mechanism whereby a transsexual can obtain recognition in law of the change [of gender] and thus be able, for the future, to marry a person of the new opposite gender. [...] In domestic law marriage is only permitted between persons of opposite gender, whether such gender derives from attribution at birth or from a gender recognition procedure. Same-sex marriages are not permitted. Article 12 of the Convention similarly enshrines the traditional concept of marriage as being between a man and a woman [...]. While it is true that there are a number of Contracting States which have extended marriage to same-sex partners, this reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not, perhaps regrettably to many, flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950”<sup>355</sup>; ett uttalande som alltså går tvärt emot den dynamiska tolkningsmetod den annars brukar understryka vikten av.

Att paret Wena och Anita hade tre barn tillsammans, påverkade inte domstolens inställning och framhöll istället att den brittiska lagstiftaren, inom sin *margin of appreciation*, medvetet och avsiktligt omöjliggjort för redan ingångna äktenskap att i denna situation kunna bestå: ”[t]he Court cannot but conclude therefore that the matter falls within the appreciation of the Contracting State as how to regulate the effects of the change of gender in the context of marriage [...]. It cannot be required to make allowances for the small number of marriages where both partners wish to continue notwithstanding the change in gender of one of them. It is of no consolation to the applicants in this case but nonetheless of some relevance to the proportionality of the effects of the gender recognition regime that the civil partnership provisions allow such couples to achieve many of the protections and benefits of married status. The applicants have referred forcefully to the historical and social value of the institution of marriage which give it such emotional importance to them; it is however that value as currently recognised in national law which excludes them”<sup>356</sup>. Med dessa ord avvisade domstolen enhetligt sökandenas klagomål enligt såväl art. 8 som art. 12, som uppenbart ogrundat enligt art. 35.

#### **7.2.2.2 H. v. Finland**

Också i målet *H. v. Finland*<sup>357</sup>, som avgjordes i domstolen så sent som i november 2012, behandlades proportionerligheten i att nationell lagstiftning, för att den ena makans postoperativa könstillhörighet juridiskt skulle erkännas fullt ut, uppställde krav på hennes sedan tidigare ingångna äktenskap med en kvinna upplöstes. Den här gången prövade domstolen målet i sak istället för att, som i fallet *Parry*, avvisa det. Likväl bekräftade den sin

<sup>355</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>356</sup> *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Styckesindelning saknas.

<sup>357</sup> *H. v. Finland*, European Court of Human Rights, Application No. 37359/09, Judgment of 13 November 2012.

tidigare inställning i frågan och fann, enhälligt, ingen kränkning av H:s rättigheter vara för handen.

Klaganden H. var en postoperativt MtF-transsexuell finsk medborgare född 1963, som 1996 hade ingått ett äktenskap med en kvinna som hon senare också fått ett barn tillsammans med. Efter sin könskorrigering hade H. antagit ett annat förnamn samt förnyat pass och körkort så att namnbytet avspeglades i dessa handlingar. H. hade också ansökt vid registreringsmyndigheten samt senare i domstol om att också få sin postoperativa könstillhörighet erkänd, men fått avslag därom. Enligt finsk lag, som inte erkänner samkönade äktenskap, kunde H. inte få sitt personnummer, som fortfarande indikerade manligt kön, justerat förrän det att hennes äktenskap upplöstes. För detta stod två alternativ till buds; H. kunde begära skilsmässa eller, förutsatt hennes makas samtycke, låta äktenskapet omvandlas till ett registrerat partnerskap. Varken H. eller hennes maka önskade att lämna äktenskapet, varför inte heller något samtycke till detta erhöles från maken.<sup>358</sup>

Inför Europadomstolen framförde H. att hon ansåg förfarandet kränka hennes rättigheter enligt art. 8 och 14, då hon menade på att det inte kunde anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle att uppställa villkor på att hennes äktenskap upplöstes för att hon skulle komma i åtnjutande av skydd för sin personliga integritet och få sin postoperativa könstillhörighet rättsligt erkänd.<sup>359</sup> Hon menade också på att hon på grund av sin transsexualitet var utsatt för diskriminering.<sup>360</sup> Domstolen kommunicerade också hennes klagomål under art. 12.<sup>361</sup>

Regeringen bestred H:s klagomål i alla delar och hänvisade till att frågan om huruvida samkönade äktenskap skulle tillåtas, föll in under staternas *margin of appreciation*. Aktuell lagstiftning var till för att skydda "[h]ealth and morals' and the 'rights and freedoms' of others"<sup>362</sup>. Samkönade par hade, istället för äktenskap, alternativet att ingå ett registrerat partnerskap, som avseende mellan parterna inbördes rättigheter och skyldigheter var likställt med ett äktenskap. I vissa avseenden skiljde sig dock instituten åt; den lagstiftning som reglerade faderskap och adoption inte var tillämplig för registrerade partnerskap, förutsatt, som här var fallet, att föräldraskap inte tidigare var etablerat. Regeringen framhöll att det för H därför, inte heller i relation till makarnas gemensamma barn, inte skulle uppkomma några menliga konsekvenser om makarnas äktenskap kom att omvandlas till ett partnerskap.<sup>363</sup> Med andra ord fann regeringen ingenting oproportionerligt i att H. hade att välja mellan att med ett personnummer som indikerade manlig könstillhörighet förbli gift eller, vid hennes makas samtycke, ingå ett partnerskap och så erhålla ett personnummer som indikerade kvinnlig könstillhörighet och rättsligt erkännande av sin könskorrigering. Kunde ett sådant samtycke inte erhållas, var hennes alternativ för att få erhålla ett nytt personnummer att ta ut skilsmässa.

<sup>358</sup> st. 3 ff., *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>359</sup> st. 27 ff., *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>360</sup> st. 54, *H. v. Finland*, 13 November 2012. H. åberopade också art. 3 och 14 (ur en annan aspekt) samt art. 2 i det fjärde tilläggsprotokollet. I dessa avseenden avvisade domstolen hennes klagomål enligt art. 35. Se st. 68 f., *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>361</sup> st. 4, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>362</sup> st. 34, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>363</sup> st. 36, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

Domstolen inleder sin bedömning av omständigheterna med en liten rekapitulation av de positiva skyldigheter som följer av art. 8 beträffande transsexuellas rättigheter. Den konstaterar att dessa skyldigheter, med hänsyn till att domstolen tolkar konventionen utifrån ”*present-day conditions*”<sup>364</sup>, kommit att utökas med tiden samt att staterna idag, trots dessas *margin of appreciation*, är skyldiga att rättsligt erkänna transsexuellas postoperativa könstillhörighet; exempelvis genom att låta justeringar göras i de handlingar som berör dessa personers civilstatus.<sup>365</sup> Vad art. 12 beträffar, konstaterar domstolen därefter denna bestämmelse utgöra *lex specialis* i förhållande till art. 8. Till skillnad från hur domstolen uttrycker sig angående art. 8, där den just betonat sin dynamiska tolkningsmetod, slår den liksom i avvisningsfallet *Parry* därefter fast att rätten till äktenskap är föremål för nationell reglering, endast tillkommer en man och en kvinna samt att, liksom regeringen anfört, någon rätt att som samkönat par få ingå äktenskap inte kan utläsas därur: ”[w]hile it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, this reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950”<sup>366</sup>. Domstolen påpekade i samband härmed att någon sådan rätt inte heller kunde utläsas ur de positiva skyldigheter som härstammade ur art. 8.<sup>367</sup>

Huruvida det kan anses proportionerligt, i förhållande till rätten till respekt för privatlivet enligt art. 8, att kräva av H. att begära skilsmässa alternativt låta sitt äktenskap övergå till ett registrerat partnerskap för att kunna erhålla ett fullständigt rättsligt erkännande i sin postoperativa könstillhörighet, anför domstolen sedan: ”[t]he Court considers that in the present case there are two competing rights which need to be balanced against each other, namely the applicant’s right to respect for her private life by obtaining a new female identity number and the State’s interest to maintain the traditional institution of marriage intact. Obtaining the former while remaining still married would imply a same-sex marriage between the applicant and her spouse, which is not allowed by the current legislation in force in Finland”<sup>368</sup>. Den framhöll vidare att den i sin praxis konstaterat det falla inom staternas *margin of appreciation* att själva få reglera följderna för redan existerande äktenskap då endera parten korrigerade sitt kön.<sup>369</sup>

Med hänsyn till att H. hade möjlighet att antingen låta sitt äktenskap omvandlas till ett registrerat partnerskap alternativt, om makans samtycke inte gavs, ta ut skilsmässa, fann domstolen inte det finska systemet vara oproportionerligt. Istället ansåg den att den finska lagstiftaren rättvist balanserat de enskilda och allmänna som stod på spel: ”[w]hile it is true that the applicant faces daily situations in which the incorrect identity number creates inconvenience for her, the Court considers that the applicant has a real possibility to change that state of affairs: her marriage can be turned at any time, *ex lege*, into a civil partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the applicant has the possibility

---

<sup>364</sup> st. 37, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>365</sup> st. 37, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>366</sup> st. 38, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>367</sup> st. 49, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>368</sup> st. 48, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>369</sup> st. 49, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

*to divorce. For the Court it is not disproportionate to require that the spouse give consent to such a change as her rights are also at stake. Nor is it disproportionate that the applicant's marriage be turned into a civil partnership as the latter is a real option which provides legal protection for same-sex couples which is almost identical to that of marriage*<sup>370</sup>.

Att paret hade barn tillsammans ändrade inte domstolens uppfattning i frågan; liksom regeringen påpekade, anförde den att de rättigheter och skyldigheter som i detta avseende tillkom H., inte skulle komma att förändras utifall att hennes äktenskap övergick till ett registrerat partnerskap.<sup>371</sup> Sammantaget ansåg domstolen därav situationen inte ge upphov till någon kränkning enligt art. 8. Beträffande art. 12 konstaterade domstolen kort att målet *"does not as such involve any issue under Article 12 [...]. The issue at stake rather concerns the consequences of the applicant's change of gender for the existing marriage between her and her spouse"*<sup>372</sup>. Denna fråga ansåg domstolen sig redan ha tagit hänsyn till och valde därför att inte separat undersöka huruvida en kränkning enligt art. 12 var för handen.

Beträffande art. 14, anförde H. att staten diskriminerade henne på grund av hennes transsexualitet. Genom att inte låta henne erhålla ett personnummer som avspeglade den postoperativa könstillhörigheten var hon, varje gång personnumret erfordrades, tvungen till att förklara varför detta indikerade att hon var av manligt kön. H. menade vidare på att hon, i jämförelse med alla som var i hennes situation men som inte var gifta, särbehandlades och att denna behandling både saknade *"objective and reasonable justification"*<sup>373</sup> och var oproportionerlig.<sup>374</sup> Regeringen bestred H:s klagomål. Domstolen noterade inledningsvis att det, som förutsättning för att art. 14 skulle kunna vara applicerbar, krävdes att omständigheterna föll in under en av konventionens materiella bestämmelser. Eftersom domstolen undersökt omständigheterna enligt art. 8, fann den art. 14 vara applicerbar i förening med denna artikel; oaktat att den i detta avseende inte funnit någon kränkning föreligga.<sup>375</sup> Därefter framhöll domstolen att den i sin praxis slagit fast att *"in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"*.<sup>376</sup> I detta avseende framhöll domstolen vidare att staternas *margin of appreciation* var vid.

Applicerat på omständigheterna i fallet, kom domstolen för det första fram till att H. inte, tvärt emot vad hon anfört, kunde anses befinna sig i en jämförbar situation med *"any other person, including non-transgender persons and unmarried transgender persons"*<sup>377</sup> och fortsatte: *"[m]oreover, the Court notes that in essence the problem in the present case is*

<sup>370</sup> st. 50, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>371</sup> st. 51, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>372</sup> st. 53, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>373</sup> st. 58, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>374</sup> st. 54 ff., *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>375</sup> st. 61 f., *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>376</sup> st. 63, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>377</sup> st. 65, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

caused by the fact that Finnish law does not allow same-sex marriages. The Court has already noted above [...] that, according to its case-law, Articles 8 and 12 do not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriages [...]. Nor can Article 14 taken in conjunction with Article 8 be interpreted as imposing an obligation on Contracting States to grant same-sex couples a right to remain married<sup>378</sup>. Domstolen avslutade sitt resonemang med att H. därför, oavsett huruvida H hade kunnat anses vara i en jämförbar situation också med icke-transsexuella eller ogifta transsexuella par, inte skulle kunna anses vara utsatt för diskriminering enligt art.14 i förening med art. 8 genom att hon, så länge hon förblev gift, inte kunde erhålla ett personnummer som indikerade kvinnlig könstillhörighet.

### 7.3 Familjerättigheter

Under denna rubrik följer de mål där statlig reglering eller praxis kring transsexuella personers föräldraskap har behandlats av Europadomstolen eller – kommissionen. Sammantaget rör det sig om tre fall; ett avvisningsbeslut och två domar.

#### 7.3.1 Möjlighet till faderskapsfastställelse

##### 7.3.1.1 *X, Y and Z v. the United Kingdom*

Omständigheterna i målet *X, Y and Z v. the United Kingdom*<sup>379</sup>, som avgjordes av domstolen 1997, var som följer: X, född 1955, var postoperativt FtM-transsexuell och hade en relation med Y, född 1959. Paret hade ansökt om, och slutligen beviljats, assisterad provrörsbefruktning med sperma från okänd donator, vilken utfördes i januari 1992. Behandlingen lyckades och i oktober samma år föddes Z. X ombads av sjukhusets etiska råd att erkänna sig som fader till Z enligt *the Human Fertility and Embryology Act*. X:s ansökan därom avslogs dock av *Registrar General* avslog, då man från myndighetens sida ansåg endast en biologisk man kunna registreras som fader. Raden i födelseregistret där Z:s fader skulle anges, lämnades därför blank.<sup>380</sup> De tre sökandena vände sig till kommissionen och klagade över att deras rättigheter enligt art. 8, självständigt samt i förening med art. 14, var kränkta. Kommissionen fann en kränkning vara fallet beträffande art. 8.<sup>381</sup> Inför domstolen framhöll sökandena att avsaknaden av ett juridiskt erkännande av ett familjeband mellan X och Z, kränkte deras rätt till respekt för sitt familjeliv enligt art. 8. Regeringen bestred klagomålet och menade att art. 8, av två anledningar, inte var tillämplig på fallet; dels eftersom ett familjeliv endast kunde existera mellan ett olikkönat par och därför inte kunde erkännas föreligga mellan X och Y, då X. rättsligt fortfarande betraktades som kvinna; dels eftersom ett familjeliv inte heller kunde anses existera mellan X och Z då det emellan saknades släktskapsband ”by blood, marriage or adoption”<sup>382</sup>.

<sup>378</sup> st. 66, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>379</sup> *X, Y and Z v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 21830/93, Judgment of 22 April 1997.

<sup>380</sup> st. 12 ff., *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997.

<sup>381</sup> Kommissionen fann med tretton röster mot fem en kränkning enligt art. 8 föreligga. Avseende art. 14 i förening med art. 8 fann den, med sjutton röster mot en, det inte nödvändigt att undersöka denna del av ansökan separat. Sökandena åberopade också art. 12 och 13, men i denna del förklarades deras ansökan otillätlig av kommissionen.

<sup>382</sup> st. 34, *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997.



Domstolen inledde med att bedöma huruvida art. 8 var tillämpbar på fallet. Härvid hänvisade domstolen till att den i sin tidigare praxis slagit fast att *"the notion of 'family life' in Article 8 [...] is not confined solely to families based on marriage and may encompass other de facto relationships"*<sup>383</sup> samt att hänsyn kunde tas till faktorer såsom huruvida paret också levde, eller hade barn, tillsammans. Domstolen fortsatte: *"[i]n the present case, the Court notes that X is a transsexual who has undergone gender reassignment surgery. He has lived with Y, to all appearances as her male partner, since 1979. The couple applied jointly for, and were granted, treatment by AID to allow Y to have a child. X was involved throughout that process and has acted as Z's 'father' in every respect since the birth"*<sup>384</sup>. Domstolen som ansåg ett familjeband mellan sökandena förelåg i fallet, varför den ansåg sig kunna pröva detsamma enligt art. 8. Den fortsatte med att konstatera att den här hade att ta ställning till huruvida det kunde anses åligga en positiv skyldighet på staten i relation till klagandenas rätt till respekt för sitt familjeliv att erkänna X som rättslig fader till Z samt att hänsyn skulle tas till huruvida en *"fair balance"*<sup>385</sup> mellan allmänna och enskilda intressen uppnåtts. Av tidigare praxis framgick att där domstolen funnit ett släktskapsband till ett barn existera, den ansett staterna skyldiga att vidta åtgärder för att möjliggöra för barnet att integreras i sin familj. Dock hade det då endast varit fråga om *"family ties existing between biological parents and their offspring"*<sup>386</sup>. Aktuellt fall skilde sig åt då *"Z was conceived by AID and is not related, in the biological sense, to X, who is a transsexual"*<sup>387</sup>. Domstolen fortsatte därefter med att konstatera att ingen europeisk standard varken var etablerad beträffande *"granting of parental rights to transsexuals"* eller kring *"the social relationship between a child conceived by AID and the person who performs the role of father"*<sup>388</sup>, varför den ansåg staten åtnjuta en vid *margin of appreciation* i frågan.

I sin bedömning av huruvida de motstående intressena i fallet var rimligt balanserade mot varandra, fann domstolen därefter de allmänna intressena väga tyngre än de enskilda. Här poängterade den särskilt behovet av konsekvens i lagstiftningen och att ett erkännande av X som fader till Z *"might have implications in other areas of family law. For example the law might be open to criticism on the ground of inconsistency if a female-to-male transsexual were granted the possibility of becoming a 'father' in law while still being treated for other legal purposes as female and capable of contracting marriage to a man"*<sup>389</sup>. Med fjorton röster mot sex, slog domstolen slutligen fast att ingen kränkning av sökandenas rätt till respekt för familjeliv enligt art. 8 var för handen: *"the Court is of the opinion that Article 8 [...] cannot, in this context, be taken to imply an obligation for the respondent state formally to recognise as the father of a child of a person who is not the biological father"*<sup>390</sup>. Domstolen fann vidare, med sju röst mot tre, ingen anledning till att separat undersöka sökandenas klagomål under art. 14 i förening med art. 8, eftersom den ansåg sig redan ha tagit

<sup>383</sup> st. 36, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>384</sup> st. 37, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>385</sup> st. 41, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>386</sup> st. 43, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>387</sup> st. 43, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>388</sup> st. 44, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>389</sup> st. 47, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

<sup>390</sup> st. 52, X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997.

i beaktande vad klagandena härunder anförde vid sin bedömning av omständigheterna under art. 8.<sup>391</sup>

Poängteras bör att utgången i detta mål sannolikt hade blivit en annan idag, som en följd av att domstolen i målen *I.* och *Christine Goodwin* fastslagit att, förutsatt att individen uppfyller de villkor som uppställs därför, staterna är skyldiga att under art. 8 rättsligt erkänna transsexuellas postoperativa könstillhörighet. Därmed hade X också räknats som Y:s manlige parter, vilket krävdes för att han skulle kunna erkännas som fader till Z enligt *the Human Fertility and Embryology Act*.

### 7.3.2 Vårdnad och umgänge

#### 7.3.2.1 *L.F. v. Ireland*

*L.F. v. Ireland*<sup>392</sup> är ett avvisningsfall från kommissionen från 1997. Sökanden L.F, en postoperativt MtF-transsexuell brittisk medborgare född 1947, hade i samband med att hon påbörjat könskorrigering behandling separerat från sin tidigare fru. Vid parets skilsmässa upprättades dem emellan ett avtal som reglerade L.F:s fortsatta kontakt med parets två gemensamma barn, däri bland annat framgick att L.F. för dessa inte skulle avslöja sin transsexualism. Då exfrun likväl så hävdade blivit fallet samt att L.F. inte respekterade vad de i avtalet kommit överens om, kom brittisk domstol efter en tid helt att helt inskränka detta arrangemang och L.F. förlades med ett besöksförbud. I sin ansökan till kommissionen, klagade L.F. över ett antal omständigheter, varav en just detta besöksförbud, som hon menade var baserat på falska grunder, kränkte hennes rätt till respekt för familjelivet enligt art. 8; eventuellt i förening med art. 14. Kommissionen fann dock samtliga hennes påståenden sakna grund samt besöksförbudet vara utfärdat med hänsyn till det bästa för parets barn. Den konstaterade därför ingenting i detta förbud vara oproportionerligt och avvisade klagomålet, i denna såväl som i övriga delar, som uppenbart ogrundat.<sup>393</sup>

#### 7.3.2.2 *P.V. c. Espagne*

Omständigheterna i målet *P.V. c. Espagne*<sup>394</sup>, som avgjordes av domstolen år 2010, var de följande. I samband med att P.V., en postoperativt MtF-transsexuell spansk medborgare, och hennes tidigare fru separerade, upprättade parterna ett avtal om vårdnaden om, och umgänge med, parets gemensamma son. Två år därefter, då P.V. påbörjat sin könskorrigering behandling, ansökte exfrun i spansk domstol om att denna på grund härav skulle ta ifrån P.V. föräldraskapet samt helt utestänga henne från all kontakt med sonen, som då hade hunnit bli sex år. Domstolen gick inte så långt, men inskränkte kontaktarrangemanget sonen och P.V. emellan. I sitt beslut påminde den om att umgängesrätten är barnets, och inte föräldrarnas, rättighet och fann med hänvisning till ett psykologuttalande om P.V:s tillstånd, det rimligt att inskränka kontakten mellan denne och sonen ”*jusqu’à ce que [P.V.] se fasse opérer et*

<sup>391</sup> st. 56, *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997.

<sup>392</sup> *L.F. v. Ireland*, European Commission of Human Rights, Application No. 28154/95, Decision on admissibility of 2 July 1997.

<sup>393</sup> *L.F. v. Ireland*, 2 July 1997. Decision. Styckesindelning saknas.

<sup>394</sup> *P.V. c. Espagne*, Cour Européenne des Droits de l’Homme, Requête N° 35159/09, Arrêt du 30 novembre 2010.

*retrouve pleinement ses facultés physiques et psychologiques avec la disponibilité et la stabilité dont le mineur a besoin*<sup>395</sup>.

P.V. överklagade beslutet, men detta avslogs och inte heller nådde hon framgång med sin talan i konstitutionsdomstolen, där hon framförde att hon blivit utsatt för diskriminerande behandling på grund av sin transsexualitet. Konstitutionsdomstolen som inte fann någon sådan kränkning föreligga enligt den spanska konstitutionen uttalade härpå: *”[e]n définitive, la transsexualité [de P.V.] n'est pas le motif de la restriction du régime de visites accordé par les jugements attaqués, mais la situation d'instabilité émotionnelle qu'[elle] traverse, constatée par l'expertise psychologique assumée par les organes judiciaires, qui implique l'existence d'un risque important de perturbation effective de la santé émotionnelle et du développement de la personnalité du mineur, compte tenu de son âge (six ans à l'époque de la réalisation de l'expertise) et de l'étape évolutive dans laquelle il se trouve. [...] En somme, les raisonnements des décisions judiciaires attaquées permettent d'arriver à la conclusion que la décision de restreindre le régime de visites initialement accordé en faveur [de P.V.] a été adoptée par les organes judiciaires en prenant en considération l'intérêt supérieur du mineur, pondéré par celui de ses géniteurs, et non par la condition de transsexuelle du requérant, comme le prétendent celui-ci*<sup>396</sup>. Konstitutionsdomstolen framhöll också att underrätten i ett senare beslut kommit att tillåta att den tid som P.V. och sonen spenderade tillsammans, successivt utökades allteftersom tiden gick.<sup>397</sup>

Inför Europadomstolen anförde P.V. att hennes rättigheter enligt art. 8 i förening med art. 14 blivit kränkta då spansk domstol, enligt P.V., fattat beslutet om att inskränka hennes umgängestid med sonen på grund av att hon var transsexuell; att beslutet hade tagits mot bakgrund av principen om barnets bästa menade P.V. endast hade använts som ett svepskäl för att legitimera denna inskränkning.<sup>398</sup> Regeringen bestred hennes klagomål och underströk att beslutet inte fattats på grund av hennes transsexualitet utan med hänsyn till barnets välmående och utveckling. Vidare framhöll den att frågan om hur barnets bästa bäst tillvaratogs, föll under statens *margin of appreciation*. Spansk domstol hade här gjort en korrekt tolkning av denna princip, varför ingen kränkning av P.V:s rättigheter enligt vad hon gjort gällande var för handen.<sup>399</sup>

Europadomstolen konstaterar inledningsvis att de spanska domstolarna de facto ändrat på kontaktarrangemanget mellan P.V. och sonen sedan de fått kännedom om P.V:s transsexualism, vilken också var den ursprungliga anledningen till att exfrun ville få överenskommelsen ändrad. Den tillstår vidare att det nya upplägget var mindre gynnsamt för P.V. än det ursprungliga.<sup>400</sup> Domstolen hänvisar därefter till sin egen praxis beträffande vad som krävs för att en särbehandling skall kunna anses som diskriminerande enligt art. 14: *”une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective*

<sup>395</sup> st. 9, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>396</sup> st. 16, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>397</sup> st. 14, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>398</sup> st. 19 och 22, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>399</sup> st. 23 ff., *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>400</sup> st. 28, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

*et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'*<sup>401</sup>. Domstolen påminner vidare om att då det handlat om sexuell läggning, den i sin praxis krävt särskilt övertygande anledningar för att ha ansett särbehandling på denna grund, avseende åtnjutandet av de rättigheter som faller inom art. 8, rättfärdigad.<sup>402</sup> Domstolen noterar därefter att det i P.V:s fall inte är fråga om sexuell läggning, men väl om könsdysfori och framhåller att transsexualitet ”*est couverte, à n'en pas douter*”<sup>403</sup>, av art. 14 vars uppräkningsgrunder inte är uttömmande.

Beträffande de inhemska domstolarnas motiv till att inskränka den ursprungliga överenskommelsen kring umgänget mellan P.V. och sonen samt huruvida detta beslut skulle kunna implicera en diskriminerande behandling, kommer domstolen dock fram till att det inte varit P.V:s transsexualitet, utan emotionella instabilitet, som varit den avgörande faktorn då spansk domstol fattade ifrågavarande beslut. Domstolen tar här hänsyn till att inhemska domstol underbyggt sitt beslut på expertuttalanden om såväl P.V:s som sonens tillstånd samt att deras tid tillsammans kommit att utökas undan för undan: ”*[a]ux yeux de la Cour, le raisonnement des décisions judiciaires donne à penser que la transsexualité de la requérante n'a pas été le motif déterminant dans la décision de modifier le régime de visites initial. C'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui a primé dans la prise de la décision. [...] En l'espèce, eu égard à l'instabilité émotionnelle conjoncturelle détectée chez la requérante, les juridictions espagnoles ont privilégié l'intérêt de l'enfant en adoptant un régime de visites plus restrictif, lui permettant de s'habituer progressivement au changement de sexe de son géniteur. Cette conclusion est renforcée par le fait que le régime de visites a été élargi, alors que la condition sexuelle de la requérante reste la même*”<sup>404</sup>. En enhällig domstol fastslår därpå slutligen att den införda begränsningen i parternas ursprungliga avtal inte är ett resultat av en diskriminerande behandling, varför den heller inte anser någon kränkning enligt art. 8 i förening med art. 14 föreligga.

## **7.4 Kommunicerade mål**

I skrivande stund ligger två mål som rör transsexuella personers mänskliga rättigheter inför domstolen i avvaktan på vidare behandling; *Y.Y. c. Turquie*<sup>405</sup> och *Cassar v. Malta*<sup>406</sup>. Dessa mål, som kommunicerats 2010 respektive 2012, behandlas nedan.

### **7.4.1 Y.Y. c. Turquie**

Sökanden är här Y.Y; en preoperativt FtM-transsexuell turkisk medborgare, född 1981. Y.Y. vände sig 2005 till *le Tribunal de Grande Instance de Mersin* i syfte att erhålla ett godkännande om att få genomgå könskorrigering kirurgi samt för få till stånd en ändring i sin födelseattest avseende könstillhörighet. Som stöd för sin ansökan, inkom Y.Y. med intyg

<sup>401</sup> st. 29, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>402</sup> st. 29, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010. Domstolen hänvisar här bl.a. till fallet *E.B. c. France*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 43546/02, Arrêt du 22 January 2008.

<sup>403</sup> st. 30, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>404</sup> st. 36, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>405</sup> *Y.Y. c. Turquie*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 14793/08, introduite le 6 mars 2008.

<sup>406</sup> *Cassar v. Malta*, European Court of Human Rights, Application No. 36982/11, lodged on 1 June 2011.

från såväl psykologer som läkare, där hans transsexualism bekräftades och där könskorrigering framhölls som en lämplig behandling. Nationell avslag dock Y.Y:s ansökan om att få genomgå sådan kirurgi eftersom det som förutsättning härför enligt turkisk lagstiftning krävs att sökanden är steril, vilket Y.Y. inte är. Enligt samma lag kan inte heller könstillhörighet i födelseattesten justeras, förrän en medicinsk rapport som bekräftar att könskorrigering kirurgi har utförts inlämnas. Därav avslag nationell domstol även Y.Y:s ansökan i detta avseende. Besluten bekräftades senare av kassationsdomstolen.

Inför Europadomstolen gör Y.Y. gällande att turkisk lagstiftning, och inhemsk domstols tolkning av densamma, kränker hans rätt till respekt för privatlivet enligt art. 8, då han trots ett etablerat tillstånd av transsexualism, hindras kirurgisk behandling på grund av att han inte uppfyller det lagstadgade villkoret härför på sterilitet.<sup>407</sup> Domstolen har ställt följande frågor till parterna: ”[l]e refus des juridictions internes d’autoriser la requérante à subir une intervention chirurgicale de conversion sexuelle porte-t-il atteinte à son droit au respect de sa vie privée au sens de l’article 8 de la Convention? Dans l’affirmative, l’ingérence dans l’exercice de ce droit était-elle prévue par la loi et nécessaire au sens de l’article 8 § 2 ?”<sup>408</sup> samt ”[l]a législation interne et ses modalités de mise en oeuvre impliquent-elles que la requérante se soumette à des procédures médicales préalables de stérilisation ou de thérapie hormonale comme condition d’accès à la chirurgie de conversion sexuelle?”<sup>409</sup>. Domstolen har vidare bett den turkiska regeringen inkomma med preciseringar kring villkoren för att få tillgång till könskorrigering kirurgi samt att, vid jakande svar på fråga två, yttra sig kring tillgång, behövligheten och behovet av sådana behandlingar.

#### 7.4.2 *Cassar v. Malta*

Klaganden är här Joanne Cassar; maltesisk medborgare född 1981 och postoperativt MtF-transsexuell. Cassar ansökte om, och beviljades, ändring i sin födelseattest avseende könstillhörighet efter att ha genomgått könskorrigering behandling. När hon tillsammans med, vid tiden för ansökan, sin dåvarande pojkvän ansökte hos *the Director of Public Registry* att utfärda ”*the appropriate marriage bans*”<sup>410</sup>, nekades deras begäran därtill. Detta beslut blev sedan föremål för överklagan; det återkallades av underrätten men befästes av överrätten som inte ansåg parterna vara av motsatt kön; att könstillhörighet hade ändrats i födelseattesten hade enligt denna instans ingen inverkan för hur könstillhörighet beträffande giftermål skulle avgöras.

Cassar uppstartade också ett konstitutionellt förfarande; hon vände sig till kassationsdomstolen där hon påtalade att beslutet var oförenligt med hennes rättigheter enligt art. 8 och 12 i Europakonventionen.<sup>411</sup> Kassationsdomstolens förstainstans fann, med hänsyn till Europadomstolens praxis i detta avseende, en kränkning enligt nyss nämnda artiklar föreligga och påtalade att ett rättsligt erkännande av postoperativ könstillhörighet måste gälla

<sup>407</sup> Y.Y. gör även gällande en kränkning enligt art. 6 beträffande kassationsdomstolens handläggning av hans mål.

<sup>408</sup> *Y.Y. c. Turquie*, le 6 mars 2008. Styckesindelning saknas.

<sup>409</sup> *Y.Y. c. Turquie*, le 6 mars 2008. Styckesindelning saknas.

<sup>410</sup> *Cassar v. Malta*, 1 June 2011. Styckesindelning saknas.

<sup>411</sup> Cassar åberopade också en kränkning enligt art. 3, men kassationsdomstolen avvisade hennes klagomål i denna del.

generellt och således även beträffande giftermål. Regeringen överklagade beslutet till konstitutionsdomstolen som visserligen fann en kränkning enligt såväl art. 8 som 12 föreligga, men på andra grunder. Konstitutionsdomstolen tog hänsyn till regeringens invändning att eftersom Cassar fortfarande hade kvar sin prostatakörtel, hon inte kunde anses som av manligt kön i alla syften och särskilt inte enligt *the Marriage Act*.

Konstitutionsdomstolen ansåg vidare att den sociala utveckling, som Europadomstolen i sin dom i *Christine Goodwin* spelat en betydande roll för utslaget i målet, inte hade ägt rum i alla konventionsstater och inte på Malta. Därav var detta mål endast av liten juridisk relevans. Dock ansåg domstolen att ”*the lack of legislation providing for a registered life partnership for people in the applicant’s position [...] breached the applicant’s Article 8 rights, as the State had failed to fulfil its positive obligation*”<sup>412</sup>; ett sådant registrerat partnerskap var alltså enligt domstolen ett fullgott alternativ till äktenskap. Av samma anledning den fann en kränkning enligt art. 8 föreligga; avsaknad av möjlighet till att ingå ett registrerat partnerskap, fann domstolen också Cassars rättigheter enligt art. 12 vara kränkta. I sin klagan Europadomstolen har Cassar gjort gällande att hennes rättigheter enligt art. 8 och 12 likväl är kränkta.<sup>413</sup> Europadomstolen har ställt följande fråga till parterna: ”*[h]as there been a violation of the applicant’s right to marry contrary to Article 12 of the Convention? (see Christine Goodwin v. the United Kingdom [...])*”<sup>414</sup>.

## 7.5 Slutsatser

Under detta avsnitt avser jag att sammanfatta utvecklingen av synen på transsexualism och transsexuella personers mänskliga rättigheter som har ägt rum i Europadomstolen, framföra mina slutsatser kring denna samt besvara mina frågeställningar. För tydlighetens skull, kommer jag även här att använda mig av rubrikerna individuella-, par- respektive familjerättigheter. De fall som ovan togs upp under rubriken kommunicerade mål, behandlar jag nedan under den rubrik där de bäst passar in.

### 7.5.1 Individuella rättigheter

Sättet på vilket domstolen över tid har behandlat transsexuella personers individuella rättigheter, illustrerar inte bara hur den använt och tillämpat den dynamiska tolkningsmetoden; detsamma gäller för hur domstolen i praktiken omsätter principen om staternas positiva skyldigheter såsom de följer av artikel 8.<sup>415</sup> Med hänsyn till att staternas åtagande att respektera de fri- och rättigheter som kommer till uttryck i konventionen, som en följd av hur domstolen tolkar densamma, är dynamiskt, har också omfattningen av dessa skyldigheter kommit att blir föremål för utveckling allteftersom samhället har förändrats och domstolen ansett skyddet för transsexuella personer behövt utökas.<sup>416</sup>

---

<sup>412</sup> *Cassar v. Malta*, 1 June 2011. Styckesindelning saknas.

<sup>413</sup> Cassar stöder också sin talan på art. 13, då hon saknat effektiva rättsmedel beträffande kränkningen av art. 8 och 12.

<sup>414</sup> *Cassar v. Malta*, 1 June 2011. Styckesindelning saknas.

<sup>415</sup> se ovan avsnitt 6.4.1.

<sup>416</sup> jmf. Cameron, I., 2006, s. 44 samt Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., 2006, s. 274.

Den fråga som varit föremål för flest antal prövningar i domstolen när det gäller transsexuella personers individuella rättigheter, har varit den om huruvida rätten till respekt för privatlivet innefattar en rätt för den enskilde att, i enlighet med de positiva skyldigheter som åligger staterna enligt artikel 8, erhålla ett officiellt erkännande av sin postoperativa könstillhörighet. Längre ansåg domstolen inte en rätt därtill kunna utläsas ur nyss nämnda artikel. I såväl målen *Rees*<sup>417</sup> från 1986 och *Cossey*<sup>418</sup> från 1990 som *Sheffield and Horsham*<sup>419</sup> från 1998, samtliga mot Storbritannien, poängterade domstolen visserligen att den var medveten om de problem som transsexuella personer många gånger upplevde på grund av att de enligt inhemsk lagstiftning inte kunde erhålla ett sådant erkännande. Vidare betonade den, allt hårdare, i samtliga dessa mål, vikten av att hålla behovet av lagstiftningsåtgärder under uppsikt.<sup>420</sup> Domstolen, som dock inte funnit någon europeisk standard etablerad i frågan, kom likväl fram till att de positiva skyldigheter som följde av artikel 8, inte kunde anses innebära ett krav på konventionsstaterna att erkänna transsexuella personer i sin postoperativa könstillhörighet varför de själva fick reglera den under sin *margin of appreciation*.<sup>421</sup>

I målet *B. v. France*<sup>422</sup> från 1992 fann domstolen visserligen en kränkning av sökandens rätt till respekt för privatlivet föreligga, men detta inte för att den ändrat uppfattning i frågan om ett officiellt erkännande av transsexuellas postoperativa könstillhörighet. Istället tog den fasta på de väsentliga skillnader som existerade mellan det engelska och franska födelseregistersystemet; i Frankrike var detta avsett att hållas uppdaterat utefter individens liv, medan syftet med det engelska systemet endast var att avspegla historiska fakta såsom de sett ut vid födelsen. Domstolen poängterade för övrigt redan i målet *Rees* att de positiva skyldigheter som följde av artikel 8, inte kunde utsträckas så långt till att kräva av en stat att anta en annan stats registermodell.<sup>423</sup> Domstolen lade också vikt vid det faktum att B. inte haft någon möjlighet att anta ett annat tilltalsnamn vilket de brittiska sökandena, som tidigare klagat till Europadomstolen i samma fråga, hade haft. Sammantaget fann därför domstolen B. befinna sig i en situation där hennes respekt för privatlivet var kränkt.<sup>424</sup> Även om frågan här egentligen inte gällde huruvida det krävdes av staterna att under de positiva skyldigheter som följer av artikel 8 erkänna transsexuella personers postoperativa könstillhörighet, kan avgörandet likväl betraktas som det mål där domstolen för första gången satte ner en yttre gräns för hur vid staternas *margin of appreciation* i detta avseende var.

Vändpunkten kom år 2002 i domarna mot Storbritannien i målen *I.* och *Christine Goodwin*.<sup>425</sup> I dessa fastslog en enhällig domstol för första gången att det med hänsyn till de då rådande samhällsförhållandena krävdes att Storbritannien, för att de två sökandenas rätt till respekt för privatlivet effektivt skulle garanteras samt till de positiva skyldigheter som följde av artikel 8,

<sup>417</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.3.

<sup>418</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.5.

<sup>419</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.9.

<sup>420</sup> st. 47, *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, st. 42, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, st. 60, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>421</sup> st. 42, 44, 47, *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, st. 40, 42, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, st. 53, 58, 61, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>422</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.6.

<sup>423</sup> st. 42, *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986.

<sup>424</sup> st. 51 ff., 63, *B v. France*, 25 March 1992.

<sup>425</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.10.

rättsligt erkände de två sökandena i sina respektive postoperativa könstillhörigheter. Domstolen tog här på ett helt annat sätt än i tidigare mål hänsyn till sökandenas situation som transsexuella och poängterade att transsexualism var en medicinsk diagnos för vilken behandling kunde erhållas.<sup>426</sup> Anmärkningsvärt är att domstolen i dessa mål bortsåg från det faktum att den inte kunde konstatera att någon europeisk standard hade etablerats i frågan.<sup>427</sup> Istället gav den tyngd åt den internationella trend som ägt rum avseende utvecklingen av transsexuella personers rättigheter och framförallt framhöll den själva kärnan i Europakonventionen; ”*respect for human dignity and freedom*”<sup>428</sup>. Den påpekade vidare att den alltsedan målet *Rees* påpekat vikten av att hålla lagstiftningen under uppsikt avseende ”*the need for appropriate legal measures*”<sup>429</sup> och att Storbritannien fick tåla ”*a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost*”<sup>430</sup>. För första gången ansåg domstolen att vågskålen med enskilda intressen vägde tyngre än den med allmänna sådana och att en kränkning av sökandenas rätt till respekt för sitt privatliv var kränkt.

Frågan om erkännandet av transsexuella personers postoperativa könstillhörighet, utgör ett tydligt, och kanske det bästa, exemplet på hur domstolen avseende transsexualism över tid har tillämpat sin dynamiska tolkningsmetod. Undan för undan har den kommit att ta hänsyn till den samhälleliga utvecklingen och förändrade attityder gentemot transsexuella personer samt till vad som krävs för att dessa personers mänskliga rättigheter skall anses respekterade, för att slutligen slå fast att tiden var mogen för att ge frågan en annan behandling än vad den först gav den. Från att från början ha verkat relativt oförstående kring vad transsexualism innebär och medför för den enskilde individen, diskuterar domstolen i målen *I.* och *Christine Goodwin* relativt ingående transsexuellas situation och vad som krävs för att denna skall förbättras. Av dessa avgöranden framgår alltså att staterna idag är skyldiga att i enlighet med sina åtaganden enligt Europakonventionen, erkänna transsexuella personers postoperativa könstillhörighet.

Beträffande de positiva skyldigheter som följer av artikel 8, har staterna vidare att tillse att relevant lagstiftning, som möjliggör för enskilda individer att genomgå en fullständig könskorrigering, står att finna. Detta framgår av målet *L. v. Lithuania*<sup>431</sup>, där domstolen fann L:s rätt till respekt för sitt privatliv vara kränkt då han på grund av att relevant lagstiftning saknades varken kunde genomgå det slutliga steget av sin könskorrigering eller erhålla ett personnummer som indikerade manlig könstillhörighet. Domstolen uttalade visserligen att ett initialt dröjsmål från statens sida beträffande antagandet av lagstiftningen i fråga kanske kunde ha varit acceptabelt, men av domen framgår att ett fyraårigt sådant dröjsmål inte är försvarbart.<sup>432</sup> Denna dom illustrerar ytterligare hur

---

<sup>426</sup> st. 76 ff., *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 56 ff., *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>427</sup> st. 85, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 65, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>428</sup> st. 90, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 70, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>429</sup> st. 92, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 72, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>430</sup> st. 91, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 71, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>431</sup> se ovan avsnitt 7.1.3.1.

<sup>432</sup> st. 59, *L. v. Lithuania*, 11 September 2007.



domstolen kommit att flytta fram rättsskyddet för transsexuella personer och anpassat konventionens tillämpningsområde efter dagens verklighet.

Värt att poängtera, är att domstolen i målen *I.* och *Christine Goodwin* uttalade att staterna fortfarande, inom ramen för sin *margin of appreciation*, har att reglera ”*the appropriate means of achieving recognition*”<sup>433</sup>; de får alltså uppställa villkor för när en officiell ändring av juridisk könstillhörighet kan ske. Detta indikerar att frågan i grund och botten är en typiskt, för konventionsstaterna, känslig sådan och att domstolen, för att inte föregå de nationella lagstiftarna, av denna anledning lade till denna ”säkerhetsventil”. Möjligheten att uppställa villkor i samband med att den enskilde önskar att få sin juridiska könstillhörighet ändrad, är också något staterna har kommit att utnyttja. Här kan nämnas att denna rättighet hittills endast har kunnat göras gällande av postoperativt transsexuella personer. En av anledningarna till varför domstolen avvisade, istället för att i sak pröva, målet *Nunez c. France*<sup>434</sup>, var just för att den inte ansåg de positiva skyldigheter som följer av artikel 8 kunna utsträckas till att ålägga staterna att också erkänna preoperativt transsexuella personer rätten att få sin rättsliga könstillhörighet ändrad. Preoperativt transsexuella personers rättsställning är alltså betydligt svagare än den som gäller för postoperativt transsexuella personer.

I målen *Van Kück v. Germany*<sup>435</sup> och *Schlumpf c. Suisse*<sup>436</sup> underströk domstolen att det inte var tillåtligheten av att staterna uppställde villkor för när kostnaderna för en könskorrigering kunde återbetalas utan hur de nationella myndigheterna tillämpat dessa som var föremål för prövning. Härav kan dras slutsatsen att staterna också i detta avseende har möjlighet att uppställa villkor i enlighet med sin *margin of appreciation*. Dock får dessa inte, vilket domstolen var noga med att betona, tolkas slentrianmässigt. Istället måste de ges en rimlig innebörd och de nationella myndigheterna måste ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>437</sup>

Beträffande krav som uppställs på att individen skall ha genomgått en viss medicinsk behandling eller ett visst medicinskt ingrepp för att denne skall få lov att ändra sin rättsliga könstillhörighet, har domstolen ännu inte haft tillfälle att ta ställning till tillåtligheten därav. I avvisningsmålet *Roetzheim v. Germany*<sup>438</sup> ansåg inte kommissionen att ett krav på sterilisering påkallade domstolens bedömning av situationen och valde istället att avvisa detsamma. Det bör dock nämnas att domstolen, om det kommunicerade målet *Y.Y. c. Turquie*<sup>439</sup> skulle komma att tas upp till behandling, kan få anledning att uttala sig angående dylika villkor eftersom sökanden där hindrats tillgång till könskorrigering behandling, och i förlängningen också till möjligheten av att få till stånd en ändring av sin juridiska könstillhörighet, på grund av att han inte är steril.

---

<sup>433</sup> st. 93, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 73, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>434</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.11.

<sup>435</sup> se ovan avsnitt 7.1.4.1.

<sup>436</sup> se ovan avsnitt 7.1.4.2.

<sup>437</sup> st. 78, 83 ff., *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003, st. 112, 115, *Schlumpf c. Suisse*, le 8 janvier 2009.

<sup>438</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.8.

<sup>439</sup> se ovan avsnitt 7.4.1.

## 7.5.2 Parrättigheter

Rätten till äktenskap är än idag förbehållen två parter av motsatt juridiskt kön. Med hänsyn härtill, samt till att det av ordalydelsen av artikel 12 framgår att denna rättighet är föremål för den ytterligare reglering staterna väljer, godtog domstolen under ett flertal år att staterna under den vida *margin of appreciation* som därmed tillkom dem, tillämpade ett biologiskt kriterium för att bestämma könstillhörighet.<sup>440</sup> Eftersom den transsexuelles kromosomuppsättning inte förändrades i och med att en könskorrigering behandling genomfördes, ansågs den enskilde även efter en avslutad sådan behandling att tillhöra samma kön som registrerats för denne vid födseln.

Det dröjde fram till år 2002, och avgörandena i målen *I.* och *Christine Goodwin*, till dess att transsexuella personer också avseende rätten till äktenskap skulle komma att erkännas i sin postoperativa könstillhörighet och därmed ges möjlighet att få ingå äktenskap med någon av, till denna könstillhörighet, motsatt kön.<sup>441</sup> Domstolen, som i dessa avgöranden betraktade saken utifrån förhållandena såsom de såg ut år 2002, fann det inte längre försvarligt att staterna endast använde sig av det biologiska kriteriet för bestämmandet av könstillhörighet och menade vidare på att dessas *margin of appreciation* inte kunde utsträckas så långt till att omintetgöra själva kärnan i rätten till att ingå äktenskap.<sup>442</sup> Med hänsyn till dessa avgöranden, samt till domstolens avgörande i målet *Grant*<sup>443</sup>, kan slutsatsen dras till att erkännandet av den postoperativa könstillhörigheten gäller generellt och för alla områden där könstillhörighet är av rättslig relevans. Med hänsyn härtill är också troligt att Cassar, i det i skrivande stund kommunicerade målet *Cassar v. Malta*<sup>444</sup>, kommer att vinna framgång med sin talan, om Europadomstolen skulle komma att pröva målet.

Denna utveckling till trots, kvarstår för många postoperativt transsexuella likväl ett betydande besvär avseende en fråga nära besläktad med rätten till att ingå äktenskap; nämligen den om att få förbli gift. Denna har sitt ursprung i målen *I.* och *Goodwin*, där domstolen anförde att staterna också fortsättningsvis hade möjlighet ”to determine inter alia the conditions under which a person claiming legal recognition as a transsexual establishes that gender re-assignment has been properly effected or under which past marriages cease to be valid and the formalities applicable to future marriages (including, for example, the information to be furnished to intended spouses)”<sup>445</sup>. Med andra ord; liksom är fallet för de individuella rättigheter som ovan behandlats, kan staterna också beträffande transsexuellas parrättigheter i enlighet med sin *margin of appreciation*, uppställa krav och villkor för hur och när dessa rättigheter kan göras gällande. Av nyss citerade stycke framgår att staterna inte bara kan uppställa regler för när och hur ett äktenskap kan ingås, utan också för vad som skall hända med ett redan existerande sådant, där endera make är transsexuell och önskar att erhålla ett juridiskt erkännande av sin postoperativa könstillhörighet.

<sup>440</sup> st. 50, *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, st. 46, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990; st. 67, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998.

<sup>441</sup> Avseende parrättigheter, behandlas dessa mål ovan under avsnitt 7.2.1.7.

<sup>442</sup> st. 100 ff., *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 80ff., *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

<sup>443</sup> se ovan avsnitt 7.1.2.1.

<sup>444</sup> se ovan avsnitt 7.4.2.

<sup>445</sup> st. 103, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, st. 83, *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

Så sent som år 2012 bekräftade domstolen denna ovan beskrivna hållning i målet *H. v. Finland*<sup>446</sup>, då den uttryckte att det både var legitimt och proportionerligt att staten, som villkor för att den transsexuelle makans postoperativa könstillhörighet skulle kunna erkännas, rättsligt uppställde krav på att det redan ingångna äktenskapet upplöses.<sup>447</sup> Detta eftersom annars rätten att ingå äktenskap också hade kommit att gälla samkönade par, vilket domstolen inte har ansetts kunna uttolkas av konventionstexten. Tvärtom anförde domstolen härpå: ”[w]hile it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, this reflects their own vision of the role of marriage in their societies and does not flow from an interpretation of the fundamental right as laid down by the Contracting States in the Convention in 1950”<sup>448</sup>. Någon rätt till att rättsligt få erkännas i sin postoperativa könstillhörighet och samtidigt förbli gift, har domstolen alltså inte ansetts kunna härledas ur konventionen, vilket får betraktas som en betydande svaghet såväl vad gäller den transsexuelles, som dennes makas, parrättigheter.

### 7.5.3 Familjerättigheter

Vad slutligen avser transsexuellas familjerättigheter finner jag, med hänsyn till att domstolen för dessa i sak endast har behandlat två mål, det svårt att dra några generella slutsatser. Beträffande frågan om faderskapsfastställelse torde, med hänsyn till vad domstolen i målen *I.* och *Christine Goodwin* slagit fast, utgången i målet *X., Y., and Z.*<sup>449</sup> om detsamma prövats idag, utgången bli en annan; en FtM-transsexuell man skulle med största sannolikhet ha rätt att rättsligt erkännas som far till ett barn som tillkommit med hjälp av assisterad befruktning med spermier från en donator (eng. *artificial insemination by donor*) förutsatt att han, liksom också annars är fallet för de postoperativt transsexuella personer som söker ett rättsligt erkännande i sin postoperativa könstillhörighet, uppfyller de krav och villkor som staterna härför kan uppställa inom ramen för sin *margin of appreciation*.<sup>450</sup>

Huruvida någon egentlig slutsats kan dras av målet *P.V. c. Espagne*<sup>451</sup>, där domstolen behandlade frågor om vårdnad och umgänge av ett barn vars ena förälder var transsexuell, ställer jag mig något tveksam till. I detta mål hade Europadomstolen att bedöma huruvida de nationella domstolarna gjort en proportionerlig avvägning mellan den transsexuelle förälderns rätt till respekt för sitt familjeliv mot principen om barnets bästa och fann att så var fallet. Inte heller fann den någon diskriminerande behandling på grund av de sökandenas transsexualitet föreligga, men konstaterade att transsexualitet ”*est couverte, à n’en pas douter*”<sup>452</sup>, av artikel 14. Liksom framgår av avsnitt 6 ovan, åtnjuter staterna för avvägningar och frågor av detta slag en vid *margin of appreciation* och domstolen avhåller sig från att lägga sig i de nationella myndigheternas bedömning om denna inte framstår som oproportionerlig.<sup>453</sup> Den enda

<sup>446</sup> se ovan avsnitt 7.2.2.2.

<sup>447</sup> st. 50, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>448</sup> st. 38, *H. v. Finland*, 13 November 2012.

<sup>449</sup> se ovan avsnitt 7.3.1.1.

<sup>450</sup> se också Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., 2006, s. 278.

<sup>451</sup> se ovan avsnitt 7.3.2.2.

<sup>452</sup> st. 30, *P.V. c. Espagne*, le 30 novembre 2010.

<sup>453</sup> se också Ovey, C., White, R. & Jacobs, F.G., 2006, s. 237 samt Danelius, H., 2012, s. 51f.

slutsats jag av detta mål kan dra är att sättet på vilket transsexuella personer behandlas avseende frågor som rör vårdad och umgänge, blir starkt avhängig vad konventionsstaten i fråga anser vara normalt, naturligt, skadligt, bra etc. för barnet i fråga. Förutsatt att de nationella domstolarna håller sig inom ramen för *margin of appreciation*, kommer här Europadomstolen troligtvis inte att intervensera i dessas bedömning. Avseende transsexuella personers familjerättigheter, vill jag slutligen ännu en gång påminna om avvisningsmålet *Roetzheim*, eftersom att krav som uppställs på sterilitet av naturliga skäl kan komma att bli av oerhörd betydelse för den transsexuelle personens möjlighet till att kunna bilda familj.

## 8. Avslutande reflektioner

Den utveckling som genom åren har ägt rum i Europadomstolen beträffande hur den hanterar frågor om transsexualism, anser jag visar på en stor kraft och förmåga men på samma gång också vissa svagheter i arbetet för att säkra transsexuella personers mänskliga rättigheter. Domstolens dynamiska tolkningsmetod har främst framträtt avseende transsexuella personers individuella rättigheter och de positiva skyldigheter som åligger staterna enligt artikel 8 har utvecklats betydligt. Särskilt domarna mot Storbritannien i målen *I.* och *Christine Goodwin* utgör bra exempel på styrkan i *living instrument*-doktrinen; domstolen har här kunnat anpassa konventionen till en aktuell och viktig fråga vilket gjort skillnad för enskilda individer i deras vardag.<sup>454</sup> Med hänsyn till den relativt breda formuleringen av artikel 8, kommer sannolikt denna artikel också fortsättningsvis att vara föremål för utveckling.

Avseende transsexuellas, vad jag ovan kallat, par- och familjerättigheter, har den dynamiska tolkningsmetoden inte varit lika framträdande och domstolen har istället gått mer försiktigt fram. Vidare åtnjuter staterna när det gäller dessa rättigheter en vid *margin of appreciation*. Domstolen har visserligen fastslagit att ordalydelsen i artikel 12 åsyftar den postoperativa könstillhörigheten, men erkännandet av denna kan som ovan framkommit villkoras av staterna. Dessutom kvarstår det faktum att domstolen inte anser någon rätt att som samkönat par få ingå äktenskap kunna härledas ur konventionen. Detta utgör en försvårande omständighet för ett par som redan ingått äktenskap och där den ena av makarna vill erkännas i sin postoperativa könstillhörighet; för att kunna erhålla ett sådant erkännande kan denne helt enkelt tvingas till att begära skilsmässa. I samband härmed är det dock återigen viktigt att påpeka att konventionen i grund och botten främst skyddar civila och politiska fri- och rättigheter. Det är vidare av vikt att komma ihåg att domstolen endast har att tolka redan existerande fri- och rättigheter; inte att tolka in nya sådana i konventionen. Härav följer att den helt enkelt har andra förutsättningar att utvidga och stärka skyddet för transsexuella personers individuella rättigheter än vad som är fallet för dessa individers par- och familjerättigheter.

Avseende den framtida utvecklingen av transsexuella personers rättigheter, skulle jag vilja återknyta till avsnitt 5.2 ovan och den högst kontroversiella diagnosticeringen i *ICD-10* av transsexualism som en psykisk störning (eng. *GID*), vilket *WPATH* menar underlättar möjligheten för individen att adekvat behandling. Som under samma avsnitt nämndes, kräver idag samtliga europeiska stater just att individen erhållit en sådan eller liknande diagnos för att denne skall erbjudas en könskorrigering.<sup>455</sup> Att staterna tillåts uppställa ett sådant, liksom andra, krav, följer av att detta faller inom ramen för den *margin of appreciation* domstolen fastslagit tillkomma dem i frågor som rör transsexualism. Det är också detta förhållande jag åsyftade, när jag i inledningen till detta avsnitt framförde att rättsfallsanalysen påvisat en svaghet hos domstolen i dess roll som garant för tryggheten av transsexuella personers rättigheter.

---

<sup>454</sup> se ovan avsnitt 7.1.1.10.

<sup>455</sup> se ovan avsnitt 5.2 med vidare hänvisningar.

Att bruket av denna diagnosticering förekommer, framkommer också i ett antal av de mål som ovan behandlats. I *L. v. Lithuania*<sup>456</sup>, där domstolen slog fast att staterna har att anta adekvat lagstiftning som möjliggör för enskilda att genomgå en fullständigt könskorrigering kirurgi och i förlängningen därmed också tvingade fram vissa prioriteringar i vården, framgår att sökanden hade erhållit den medicinska diagnosen *GID*. Av målen *Van Kück v. Germany*<sup>457</sup> och *Schlumpf c. Suisse*<sup>458</sup>, där Europadomstolen behandlade de nationella domstolarnas tillämpning av de villkor i nationell lagstiftning som reglerade möjligheten till återbetalning av de kostnader de respektive sökandena ådragit sig i anledning av sin könskorrigering behandling, framgår att denna diagnosticering av den enskilde blir av stor praktisk betydelse, då endast de kostnader som var att anse som medicinskt nödvändiga var ersättningsgilla. Att också Europadomstolen tagit hänsyn till *ICD-10* och diagnosticeringen av transsexualism som en psykisk störning, framgår inte minst av målen *I.* och *Goodwin*. I dessa tog domstolen uttryckligen fasta på det förhållande att transsexualism är en medicinsk, internationellt erkänd, diagnos med könskorrigering som rekommenderad behandling, i sitt resonemang kring varför den ansåg tiden vara inne för transsexuella personer att erhålla ett officiellt erkännande i sin postoperativa könstillhörighet.

Det nyss beskrivna illustrerar tydligt det förrättsligande som skett av transsexualism och att tillståndet, vilket också de publikationer jag tagit del av rapporterar om, har medikaliserats; juridiken har blandats samman med medicinska bedömningar och i konventionsstaterna rådande sociala och institutionella värderingar och uppfattningar som inte sätter den transsexuelles bästa och välbefinnande i centrum.<sup>459</sup> Som exempel härpå kan nämnas de krav på exempelvis sterilitet som inte sällan uppställs för att den enskilde skall få tillåtelse att ändra juridisk könstillhörighet; ett villkor som egentligen inte har någon annan grund än en rent "moralisk" sådan, grundad på familjerättsliga överväganden eller föreställningar i konventionsstaten om vad som konstituerar ett visst kön. Vilka eventuella följder det skulle få för den juridiska bedömningen av nyss nämnda frågor om transsexualism togs bort från *ICD-10*, är svårt att uttala sig om. Tills den dag då banden mellan moral, politik och juridik upphör att existera, lär dock staterna också fortsättningsvis, i enlighet med sin *margin of appreciation*, uppställa villkor och krav som hindrar att också transsexuella personers mänskliga rättigheter säkras i praktiken.

Sättet på vilket domstolen över tid har hanterat frågor om transsexuella personers rättigheter, har fått mig att reflektera över hur pass självständig den egentligen kan, men också bör, vara i relation till konventionsstaterna och de normer som dessa präglas av. En stor utveckling har ägt rum, men med tanke på hur domstolen brukat principerna om staternas *margin of appreciation* och etablerandet av en europeisk standard, blir det till syvende och sist också staterna, och inte domstolen, som både avgör om och när tiden är mogen för att utöka transsexuella personers rättighetsskydd och kan ange förutsättningarna för hur och när detta kan ske.

---

<sup>456</sup> se ovan avsnitt 7.1.3.1.

<sup>457</sup> se ovan avsnitt 7.1.4.1.

<sup>458</sup> se ovan avsnitt 7.1.4.2.

<sup>459</sup> se ovan avsnitt 5.2 med vidare hänvisningar.

Detta faktum behöver dock inte nödvändigtvis enbart vara till nackdel för den enskilde. Det är lätt att kritisera, hitta fel och brister i det rådande systemet, men samtidigt omöjligt att uttala sig om hur dagens verklighet hade sett ut om inte Europakonventionen tillkommit för drygt femtio år sedan. Med hänsyn till att någon egentlig sanktionsmekanism saknas avseende staternas verkställighet av domstolens utslag, skulle annars den stat som anser att domstolen tar sig för stora friheter vid sin dynamiska tolkning av konventionen helt enkelt kunna välja att inte ens till någon del efterleva utslaget i fråga. Detta skulle i förlängningen kunna komma att äventyra legitimiteten av det europarättsliga systemet som helhet, som ju i grund och botten är avhängigt stateras "good faith". Med detta sagt är det av vikt att betrakta Europadomstolen och konventionsstaterna snarare som en enhet än två motparter och betydelsefullt att också det fortsatta, dynamiska, arbetet för ett ge transsexuella personer ett utökat skydd för sina mänskliga rättigheter, sker genom "[a] *co-operative rather than confrontational approach*",<sup>460</sup>.

---

<sup>460</sup> Cameron, I., 2006, s. 67.

## 9. Käll- och litteraturförteckning

### Böcker

Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, 5., [rev.] ed., Iustus, Uppsala, 2006.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.

Harris, David J., Harris, David J., O'Boyle, M. & Warbrick, C., *Law of the European convention on human rights*, 2.ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

Mowbray, Alastair, *Cases, materials and commentary on the European Convention on Human Rights*, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

White, Robin C. A., Ovey, Clare & Jacobs, Francis Geoffrey, *Jacobs, White and Ovey the European convention on human rights*, 5th ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2010.

Ovey, Clare, White, Robin & Jacobs, Francis Geoffrey, *Jacobs & White, the European convention on human rights*, 4. ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2006.

### Artiklar och andra publikationer

Helfer, Laurence R. and Voeten, Erik, *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe* (November 3, 2012). International Organization, Vol. 67, 2013.

Finns tillgänglig för nedladdning här:

<http://ssrn.com/abstract=1850526>

(hämtad den 16 juli 2013)

Letsas, George, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, Oxford J Legal Studies (Winter 2006) 26 (4), s. 705-732.

Palm, Elisabeth, *Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, Nr. 4, 2003-2004, s. 739-749.

Wintemute, Robert, *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination: The Case Law of the European Court of Human Rights and the European Union Court of Justice*, London, 20 October 2006 [updated to 10 May 2011]; Summery prepared by Robert Wintemute for ILGA-Europe to submit to Mr. Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights, Council of Europe.



Finns tillgänglig för nedladdning här:

[http://www.ilga-europe.org/home/how\\_we\\_work/litigation/ecthr\\_litigation](http://www.ilga-europe.org/home/how_we_work/litigation/ecthr_litigation)

(hämtad den 16 juli 2013)

*Rainbow Europe Index*, The European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, ILGA-Europe, maj 2013.

Finns tillgänglig för nedladdning här:

[http://www.ilga-europe.org/home/publications/reports\\_and\\_other\\_materials/rainbow\\_europe](http://www.ilga-europe.org/home/publications/reports_and_other_materials/rainbow_europe)

(hämtad den 16 juli 2013)

*Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming people*, The World Professional Association for Transgender Health, 7th Version, 2011.

Finns tillgänglig för nedladdning här:

<http://www.wpath.org/documents/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH.pdf>

(hämtad den 16 juli 2013)

*Trans and intersex people, Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, European Commission, Directorate-General for Justice, Office for Official Publications of the European Union, 2012.

Finns tillgänglig för nedladdning här:

[http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/trans\\_and\\_intersex\\_people\\_web3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/trans_and_intersex_people_web3_en.pdf)

(hämtad den 16 juli 2013)

*Transforming Health, International Rights-Based advocacy for Trans Health*, Open Society Foundations Public Health Program, 2013.

Finns tillgänglig för nedladdning här:

<http://www.opensocietyfoundations.org/reports/transforming-health>

(hämtad den 16 juli 2013)

*Transrespect versus transphobia worldwide: A Comparative Review of the Human-rights Situation of Gender-variant/Trans People*, TvT Publication Series Vol. 6, Transgender Europe, 2012.

Finns tillgänglig för nedladdning här:

<http://www.opensocietyfoundations.org/reports/transforming-health>

(hämtad den 16 juli 2013)

## **Internet**

Council of Europe, Treaty Office:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=13/03/2013&CL=ENG>

(hämtad den 16 juli 2013)

*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision, ICD-10*, World Health Organisation (WHO), 1990.

<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>

(hämtad den 16 juli 2013)

Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas och transpersoners rättigheter, RFSL:

<http://www.rfsl.se/?p=115>

(hämtad den 16 juli 2013)

Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas och transpersoners rättigheter, RFSL:

<http://www.rfsl.se/?p=410>

(hämtad den 16 juli 2013)

Sveriges delegation vid Europarådet, Strasbourg:

<http://www.swedenabroad.com/sv-SE/Ambassader/COE/Sverige--Europaradet/Europakonventionen---Europadomstolen/>

(hämtad den 16 juli 2013)

Transföreningen Full Personality Expression Sweden, FPES:

<http://fpes.se/transpersoner/>

(hämtad den 16 juli 2013)

## 10. Rättsfallsförteckning, kronologisk ordning

### Transsexualitet

#### Domar:

*Van Oosterwijck v. Belgium*, European Court of Human Rights, Application No. 7654/76, Judgment of 6 November 1980.

*Rees v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 9532/81, Judgment of 17 October 1986.

*Cossey v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990.

*B. v. France*, European Court of Human Rights, Application No. 13343/87, Judgment of 25 March 1992.

*X, Y and Z v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 21830/93, Judgment of 22 April 1997.

*Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 31-32/1997/815-816/1018-1019, Judgment of 30 July 1998.

*Christine Goodwin v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 28957/95, Judgment of 11 July 2002.

*I. v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 25680/94, Judgment of 11 July 2002.

*Van Kück v. Germany*, European Court of Human Rights, Application No. 35968/97, Judgment of 12 June 2003.

*Grant v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 32570/03, Judgment of 23 May 2006.

*L. v. Lithuania*, European Court of Human Rights, Application No. 27527/03, Judgment of 11 September 2007.

*Schlumpf c. Suisse*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 29002/06, Arrêt du 8 janvier 2009.

*P.V. c. Espagne*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 35159/09, Arrêt du 30 novembre 2010.

*H. v. Finland*, European Court of Human Rights, Application No. 37359/09, Judgment of 13 November 2012.

**Beslut:**

*X. v. Germany*. European Commission of Human Rights, Application No. 6699/74, Decision on admissibility of 15 December 1977.

*James v. the United Kingdom*, European Commission of Human Rights, Application No. 10622/83, Report of the Commission adopted on 15 December 1988.

*W. v. The United Kingdom*, European Commission of Human Rights, Application No. 11095/84, Report of the Commission adopted on 7 March 1989.

*Eriksson and Goldschmidt v. Sweden*, European Commission of Human Rights, Application No. 14573/89, Decision on admissibility of 9 November 1989.

*D.N. c. France*, Commission Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 17557/90, Rapport de la Commission adopté le 11 janvier 1995.

*L.F. v. Ireland*, European Commission of Human Rights, Application No. 28154/95, Decision on admissibility of 2 July 1997.

*Roetzheim v. Germany*, European Commission of Human Rights, Application No. 31177/96, Decision on admissibility of 23 October 1997.

*R. and F. v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 35748/05, Decision on admissibility of 28 November 2006.

*Parry v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 42971/05, Decision on admissibility of 28 November 2006.

*Nunez c. France*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 18367/06, Décision sur la recevabilité, le 27 mai 2008.

**Kommunicerade mål:**

*Y.Y. c. Turquie*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 14793/08, introduite le 6 mars 2008.

*Cassar v. Malta*, European Court of Human Rights, Application No. 36982/11, lodged on 1 June 2011.

## **Övrigt**

### **Domar:**

*Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, European Court of Human Rights, Application No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968.

*Golder v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.

*Handyside v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976.

*Tyrer v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978.

*Johnston and others v. Ireland*, European Court of Human Rights, Application No. 9697/82, Judgment of 18 December 1986.

*Soering v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, Application No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989.

*E.B. c. France*, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Requête N° 43546/02, Arrêt du 22 January 2008.

*Schalk and Kopf v. Austria*, European Court of Human Rights, Application No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010.

Första registreringstillfälle på kursen: VT-13.  
Har ännu inte deltagit i något examinationstillfälle.