



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Cecilia Itzigebl

Rätten att bilda familj oavsett sexuell läggning – En analys av Europadomstolens praxis

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Titti Mattsson

Termin för examen: HT12

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	2
Förord	3
Förkortningar	4
1. Inledning	5
1.1 Bakgrund.....	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar och disposition.....	8
2. Utgångspunkter och begrepp	10
2.1 HBT.....	10
2.2 Queer och queerteori.....	11
2.3 Heteronormativitet	11
2.4 Varför är HBT-rättigheter mänskliga rättigheter?	12
3. Rättslig reglering och tolkningsprinciper	14
3.1 Europakonventionen	14
3.2 Europadomstolen	15
3.3 Tolkningsprinciper	16
3.3.1 Generella principer.....	16
3.3.2 Living instrument och europeisk standard	17
3.3.3 Margin of appreciation	18
3.3.4 Proportionalitetsprincipen	19
3.4 Artikel 8.....	19
3.4.1 Generellt.....	19
3.4.2 Begränsningar.....	20
3.5 Artikel 12.....	21
3.6 Artikel 14.....	22

4. Individuella rättigheter	24
4.1 Transsexuellas rättigheter	24
4.1.1 Rättsligt erkännande av könsbyte	24
4.1.2 Andra rättigheter avhängigt könsbyte	29
4.1.3 Sammanfattning transsexuellas individuella rättigheter.....	31
4.2 Homosexuellas rättigheter	31
4.2.1 Kriminalisering av homosexuella handlingar.....	31
4.2.2 Avsked på grund av sexuell läggning.....	35
4.2.3 Sammanfattning homosexuellas individuella rättigheter.....	37
5. Parrättigheter	38
5.1 Transsexuellas rättigheter	38
5.1.1 Rätt att gifta sig	38
5.1.2 Rätt att förbli gift.....	40
5.1.3 Rätt att gifta sig i sitt biologiska kön.....	43
5.1.4 Sammanfattning transsexuellas parrättigheter.....	44
5.2 Homosexuellas rättigheter	45
5.2.1 Homosexuellt samboskap jämfört med heterosexuellt samboskap	45
5.2.2 Homosexuellt samboskap jämfört med heterosexuellt äktenskap	48
5.2.3 Homosexuellt partnerskap jämfört med heterosexuellt äktenskap	50
5.2.4 Homosexuellt äktenskap jämfört med heterosexuellt äktenskap.....	52
5.2.5 Rätt till äktenskap för homosexuella	52
5.2.6 Rätt till partnerskap för homosexuella	54
5.2.7 Sammanfattning homosexuellas parrättigheter	56
6. Föräldrarättigheter	58
6.1 Transsexuellas rättigheter	58
6.1.1 Steriliseringskrav.....	58
6.1.2 Vårdnad och umgänge.....	59
6.1.3 Faderskap	60
6.1.4 Sammanfattning transsexuellas föräldrarättigheter	61
6.2 Homosexuellas rättigheter	61
6.2.1 Vårdnad och umgänge.....	62
6.2.2 Adoption.....	63
6.2.2.1 Singeladoption.....	63
6.2.2.2 Partneradoption.....	65
6.2.2.3 Gemensam adoption	67
6.2.3 Insemination och surrogatmödraskap.....	68
6.2.4 Sammanfattning homosexuellas föräldrarättigheter	69

7. Aktuellt forskningsläge.....	71
7.1 Standardordningsföljd – ett mönster för erkännande av HBT-rättigheter	71
7.2 Ut ur garderoben – skillnaden mellan privat och offentligt i rättspraxis	73
7.3 Heteronormativitet i Europadomstolen.....	77
7.4 Living instrument doktrinen	81
7.5 Är en mer moralisk tolkning av Europakonventionen legitim?.....	83
7.6 Utmaningar och framtida utveckling för HBT-rättigheterna i Europa	85
8. Avslutande diskussion	88
8.1 Har alla enligt Europakonventionen rätt att bilda familj oavsett sexuell läggning?	88
8.1.1 Transsexuella.....	88
8.1.2 Homosexuella.....	89
8.2 Vad säger forskningen om rättighetsutvecklingen i Europadomstolens praxis?	90
8.3 Framtiden?	93
Käll- och litteraturförteckning.....	94
Rättsfallsförteckning.....	97

Summary

LGBT rights are, and have for the last thirty years been, a current political and legal issue in Europe. The purpose with this Thesis is to, based on the ECtHR's practice, discuss which family rights LGBT-persons' have today in Europe. Furthermore the paper will deal with what the current doctrine has to say about this development of rights in the ECtHR's practice. With these issues as a cornerstone, this Thesis will explore the current legal position of the ECtHR and doctrine, and also link the empirical material to the theories about legal development contained within the current doctrine.

The Thesis describes the subject matter's relevant articles within the ECHR namely articles 8, 12 and 14 and also the principles that the ECtHR applies when interpreting these provisions. Thereafter the empirical material is presented in the form of judgments and decisions from the ECtHR and the European Commission, and the current legal climate is clarified. Lastly the current research situation and theories about the legal development is described.

The conclusions are as follows when describing the ECtHR's decisions concerning LGBT-rights: focus has been shifted from what is called "sex rights" to "love rights" i.e. focus has gone from LGBT-persons' rights to express their sexuality and not to be discriminated against, towards their rights' to legal recognition and equal treatment of their relationships with one another. Nonetheless, the answer to the question whether everyone is entitled to start a family under the ECHR will still have to be answered in the negative. It is however important to point that there are gradations depending on what right is examined and depending on who or whom is affected i.e. couples or singles, homosexuals or transsexuals.

The result of the case study clearly shows that recognition of LGBT-persons rights is systematic, and that in the ECtHR it is easier for LGBT-persons to claim private rights rather than public ones. The obstacles are mainly the legislations heteronormative construction and its subsequent application. The foremost reason that the sphere of LGBT-rights has been able to evolve relatively swiftly during these last thirty years, is the ECtHR's use of the living instrument doctrine. Key factors for the continuing development of LGBT-persons' family rights would be a more moral interpretation of the ECHR, an increased tolerance towards homosexuality, an increased awareness of human rights, the dissolving of values that tie marriage to gender and reproduction and finally an increased secularization in Europe.

This Thesis shows that there are still obstacles to overcome before everyone, regardless of sexual orientation, has the right to start a family. However, the ECtHR's interpretations of the ECHR have in several cases led, and continues to lead, to the extension of LGBT-persons' rights in many European countries.

Sammanfattning

HBT-rättigheter är, och har under de senaste trettio åren varit, en aktuell politisk och juridisk fråga i Europa. Syftet med den här uppsatsen är att utifrån Europadomstolens praxis diskutera vilka familjerättigheter HBT-personer har idag i Europa, och även diskutera den aktuella forskningen kring rättighetsutvecklingen i Europadomstolens praxis när det gäller denna fråga. Med dessa frågeställningar som grund beskriver denna uppsats rätts- och forskningsläget, samt knyter det empiriska materialet till de teorier om rättighetsutvecklingen som finns i aktuell doktrin.

Uppsatsen beskriver först de för ämnet relevanta artiklarna 8, 12 och 14 i Europakonventionen, och de principer Europadomstolen använder för att tolka dessa. Sedan presenteras det empiriska materialet i form av domar och beslut från Europadomstolen och Europakommissionen, och det aktuella rättsläget klargörs. Därefter beskrivs det aktuella forskningsläget och de olika teorier kring rättighetsutvecklingen som finns.

Slutsatserna blir att när det gäller Europadomstolens avgöranden rörande HBT-rättigheter kan man säga att fokus idag har flyttats från så kallade ”sex rights” till ”love rights”. Från att ha behandlat domar som rör HBT-personers rätt att få utleva sin sexualitet och att inte bli diskriminerade på grund av denna, har frågan nu förflyttats till att gälla HBT-personers rätt till rättsligt erkännande och likabehandling av sina kärleksförhållanden. Svaret på frågan om alla idag har rätt att bilda familj oavsett sexuell läggning enligt Europakonventionen får tyvärr besvaras nekande. Det finns dock skillnader beroende på vilken rättighet det är frågan om och beroende på om det gäller transsexuella eller homosexuella, par eller individer.

Resultatet av den empiriska rättsfallsundersökningen visar tydligt att erkännandet av HBT-personers rättigheter sker i en viss ordning, och att det i Europadomstolen är lättare för HBT-personer att hävda privata rättigheter än offentliga rättigheter. Hinder för rättighetsutvecklingen är både lagstiftningens heteronormativa konstruktion och den heteronormativa tillämpningen av denna. Den främsta anledningen till att området HBT-rättigheter har kunnat utvecklas relativt snabbt de senaste trettio åren är Europadomstolens användning av living instrument doktrinen. Avgörande faktorer för den fortsatta utvecklingen av HBT-personers familjerättigheter är: en mer moralisk tolkning av Europakonventionen, en ökad tolerans av homosexualitet, en ökad medvetenhet om mänskliga rättigheter, upplösande av de värderingar som binder äktenskapet till könsordning och reproduktion, samt en ökad sekularisering i Europa.

Uppsatsen visar att det är en lång väg kvar till lika rättigheter för alla, att oavsett sexuell läggning, bilda familj. Europadomstolens tolkningar av Europakonventionen har dock i flera fall lett, och fortsätter att leda, till utveckling av HBT-personers rättigheter i många europeiska länder.

Förord

Historien bakom den här uppsatsen börjar egentligen långt innan jag påbörjade min sista termin på juristprogrammet här i Lund i höstas. Jag skulle säga att min väg mot en juristexamen inleddes redan då en fritidsfröken sa till mig, när jag bara var 7 år gammal, att jag i alla fall hade en stark känsla för rättvisa när jag klagade över att något inte var rättvist. Men inte fick jag gehör för mina klagomål för det, utan jag fick istället lära mig att livet inte är rättvist.

Även idag brinner jag för jämlikhet och jämställdhet. Men jag har också lärt mig att för att kunna förändra systemet så måste man först förstå det, och det var därför jag för 4,5 år sedan för första gången tog mig in genom svängdörrarna på juridicum. Det känns inte som om det var särskilt länge sedan, men mycket har hänt sedan dess. Det har varit 4,5 år av slit, kärlek, tentaångest, fest, sovande i läderfåtöljerna på juridicum, flyttande, mikroskåpiskt skrivande och minutiöst flikande och färgkodande i lagboken, jobb och vänner, men nu går de mot sitt slut.

Temat rättvisa går igen även i mitt val av uppsatsämne då titeln på mitt arbete är ”Rätten att bilda familj oavsett sexuell läggning – En analys av Europadomstolens praxis”. Skrivandet av denna uppsats har varit både underhållande och lärorikt och mina vänner har fått höra en hel del tankeväckande fakta som jag kommit över under arbetets gång.

Som att James Bond-bruden som föddes som man, år 1990 var kvinna nog att både vara modell och skådespelare, men inte för att få gifta sig med en man. Att Portugal har valt att tillåta samkönade äktenskap men beskurit detta från föräldrarättigheter (äktenskap utan tillgång till föräldraskap är för mig som medborgarskap utan rösträtt). Att homosexuella i Japan adopterar varandra för att på så sätt få liknande rättsligt skydd som om de haft rätt att gifta sig. Och att flest könsbytesoperationer ganska otippat utförs i Iran.

Sammanfattningsvis kan man kanske, om utvecklingen som sker i Europa för HBT familjer idag, säga som Sir Winston Churchill sa (i ett helt annat sammanhang) – *“Now this is not the end. It is not even the beginning of the end. But it is, perhaps, the end of the beginning.”*

Ett särskilt tack till min handledare Titti Mattsson för alla positiva kommentarer och all hjälp på vägen. Tack till mamma och pappa för att ni alltid har trott på mig, och visat mig att allt är möjligt bara man vill. Tack till FoF-gänget för att ni gjort min studietid till en fest. Och tack till nyblivna sambon, hoppas du står ut med mig!

Cecilia Itzige
Ondskans Högborg, Lund
Den 3 januari 2013

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska Unionens domstol
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakommissionen	Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HBTQ-personer	Homosexuella-, Bisexuella-, Trans-, och Queerpersoner
HUDOC	Human rights documents (Europadomstolens databas)
IVF	In vitro fertilization (provvrörsbefruktning)
LGBT	Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender
RFSL	Risikoförbundet för sexuellt likaberättigande

1 Inledning

1.1 Bakgrund

HBT-rättigheter är och har under i alla fall en trettioårsperiod varit en aktuell politisk och juridisk fråga i Europa. Under denna period har många steg mot sexuell likabehandling tagits, men utvecklingen har skett stegvis och har kommit olika långt i de europeiska länderna. I Sverige har de senaste frågorna varit samkönade pars rätt att få gifta sig och få skaffa barn (genom adoption eller insemination). I andra länder kretsar debatten fortfarande kring rätten att få prata om homosexualitet, och att öppet få kräva sexuell likabehandling. Det som dock förenar de europeiska länderna är att alla 47 har skrivit under *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (Europakonventionen), och därmed åtagit sig att följa Europadomstolens avgöranden i frågor som rör mänskliga rättigheter.

En analys av tre årtiondens rättspraxis rörande HBT-rättigheter från Europadomstolen visar att Europakonventionen används som ett levande instrument som efterhand omtolkas i ljuset av dagens samhällsförhållanden.¹ Samtidigt som konventionen tolkas i relation till dagens samhällsförhållanden, måste man dock också se att domstolens beslut faktiskt påverkar dessa. Eftersom Europakonventionen appliceras på så socialt och kulturellt olika samhällen och berör 47 länder och cirka 800 miljoner människor, kan den ses som en av de viktigaste faktorerna som påverkar samhällsförhållandena i Europas länder. Detta uttrycks också av domstolen själv som beskriver sig som ”Europas samvete”, vilket fångar dess mål att både fastslå och verkställa en gemensam standard för mänskliga rättigheter i Europa.²

Trots att Europadomstolen i ett tidigt avgörande sade sig vara ointresserad av att göra några värdeomdömen om homosexuella relationer, kan det idag hävdas att domstolen genom sina domar har gett ett av de viktigaste bidragen till att ändra moraluppfattningen kring homosexualitet och HBT-rättigheter i Europa, och även till hur denna moraluppfattning avspeglas i nationell rätt.³

När det gäller Europadomstolens avgöranden rörande HBT-rättigheter kan det sägas att fokus idag har flyttats från så kallade ”sex rights” till ”love rights”. Från att ha behandlat domar som rör HBT-personers rätt att få utleva sin sexualitet och att inte bli diskriminerade på grund av denna, har frågan nu förflyttats till att gälla HBT-personers rätt till rättsligt erkännande och likabehandling av sina kärleksförhållanden.⁴ Frågan som idag ställs till

¹ Johnson, P. 2010. s 68.

² Johnson, P. 2010. s 68f.

³ Johnson, P. 2010. s 69.

⁴ Wintemute s 187ff.

Europadomstolen är alltså om det finns en rätt att bilda familj oavsett sexuell läggning?

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med den här uppsatsen är att utifrån Europadomstolens praxis diskutera vilka familjerättigheter HBT-personer har idag i Europa. Den första frågeställningen är därför ”har alla enligt Europakonventionen rätt att bilda familj oavsett sexuell läggning?”

Uppsatsens andra frågeställning är ”vad säger forskningen om rättighetsutvecklingen i Europadomstolens praxis när det gäller denna fråga?” Med denna frågeställning avser jag att beskriva aktuellt forskningsläge och knyta de resonemang som framkommer där, till de slutsatser jag själv kan dra av mitt empiriska material i form av Europadomstolens domar och beslut.

Förutom att besvara ovanstående frågeställningar vill jag även spegla den utveckling som har skett i Europadomstolens praxis på området och också studera hur Europadomstolen resonerar i sina domar. Detta för att på så sätt se om det går att förutspå rättsutvecklingen i Europadomstolen inom området HBT-rättigheter.

Med begreppet ”rätt att bilda familj” menas i den här uppsatsen rätten att antingen skaffa en partner, skaffa barn, eller båda delar. Jag är medveten om att alla som vill ha en partner inte vill ha barn, och att alla som vill ha barn inte vill ha en partner. Därför undersöks också de olika rättigheterna var för sig. Begreppet ”bilda familj” kan säkert sägas inrymma mer än bara partner och barn, men i allmänt tal får dock anses att begreppet ”bilda familj” åtminstone innefattar att antingen skaffa en partner eller att skaffa barn, och detta är därför den definition som jag har utgått ifrån.

För att besvara den första frågeställningen kommer jag att använda mig av tre underfrågor. Den första är vilka individuella rättigheter HBT-personer har idag. Jag har valt att börja här eftersom frågor som rätten att utöva sin sexualitet utan att riskera straffrättsligt ansvar och rätten att öppet visa sin sexualitet utan att riskera att bli avskedad, får anses ligga till grund för rätten att bilda familj. Den andra underfrågan är vilka parrättigheter HBT-personer har idag. Med parrättigheter menar jag då dels möjligheten att få sitt förhållande rättsligt erkänt i någon form, dels rätten att som HBT-par bli rättsligt behandlat på samma sätt som heterosexuella par. Den tredje underfrågan är vilka föräldrarättigheter HBT-personer har idag. Begreppet föräldrarättigheter har i den här uppsatsen fått omfatta en rad rättigheter som har med barn och föräldraskap att göra, exempelvis fertilitet, faderskap, inseminering, surrogatmödraskap, adoption och vårdnad.

Valet att utgå just ifrån Europakonventionen och göra en rättsfallsstudie av Europadomstolens domar var relativt enkelt. Som beskrivits ovan så är Europakonventionen och därmed Europadomstolens beslut bindande för alla

47 medlemsstater i Europarådet och konventionen och domarna berör därför mer än 800 miljoner människor.⁵ Nämnas bör också att EU de senaste åren tagit flera steg mot att ansluta sig till Europakonventionen (inte minst genom Lissabonfördraget) och därmed som organisation (och inte enbart i form av att alla 27 medlemsländerna redan är anslutna) underkasta sig Europadomstolens tolkning av de mänskliga rättigheter som återfinns i konventionen.⁶ I litteraturen har också gjorts kommentarer om att den praxis som finns hittills inte har visat någon vilja från EU-domstolen att utöka HBT-personers rättigheter om inte Europadomstolen gått före och gjort det.⁷

1.3 Metod och material

I uppsatsen har använts en rättsdogmatisk metod, vilken har sin utgångspunkt i rättskällorna. Rättsdogmatisk forskning har i litteraturen beskrivits ha som syfte, att dels fastställa gällande rätt, dels ge förslag på hur rättsläget borde se ut och reglerna tillämpas. För att få förståelse för hur lagreglerna tillämpas i praktiken hämtar rättsdogmatikerna kunskap bland annat genom läsning av facklitteratur, genom att undersöka de bakomliggande värderingarna till reglerna, genom att undersöka rättshistorien och genom internationella jämförelser.⁸

Jag har valt att göra en empirisk analys av Europadomstolens praxis för att på så sätt försöka beskriva vilken rätt som idag finns i Europa att bilda familj oavsett sexuell läggning. De rättsfall som använts har jag funnit genom att söka i Europadomstolens databas HUDOC. Sökningen avgränsades till artikel 8, 12 och 14, och sökorden som användes var homosexual, transsexual och ”same-sex”. Vid en närmare genomläsning har sedan de rättsfall valts ut som jag ansåg var relevanta för mitt uppsatsämne. Dessutom har dessa kompletterats med ett fåtal fall som jag hittat genom läsning av doktrin. Detta är fall som mer indirekt berör ämnet och som därför inte hittades genom min ursprungliga sökning i HUDOC.

Sökningen har inte begränsats endast till domar utan jag har även sökt efter beslut, eftersom de under arbetets gång visade sig innehålla så pass utförliga motiveringar att de får anses säga en hel del om Europadomstolens inställning i frågor som domstolen ännu inte valt att ta upp. Jag har dock varit noga med att skriva ut när det är ett beslut som ligger till grund för min argumentation, genom att skriva det i texten och även genom att redovisa det i fotnoterna. I rättsfallsförteckningen återfinns också besluten under separata rubriker. Jag har även stött på problem under arbetets gång med domar som endast finns på franska. Detta har jag löst genom att använda mig av Europadomstolens egna sammanfattningar av fallen på engelska. Även detta är utmarkerat i fotnoterna och rättsfallsförteckningen.

⁵ Johnson, P. 2010. s 68.

⁶ Cameron, I. 2011. s 167ff. Samt Spencer, K. 2010. s 163.

⁷ Spencer, K. 2010. s 164.

⁸ Lehrberg, B. 2001. s 38.

Förutom rättsfallen har doktrin använts. Denna behandlar bland annat Europakonventionen, Europadomstolen, ämnet generellt och de rättsfall jag har använt mig av. Främst har dock artiklar använts, och i huvudsak europeiska och amerikanska sådana då de svenska källorna som gått att finna har varit få. Då rättsutvecklingen inom området på senare tid har varit stor, har jag också försökt hålla mig till de nyaste källorna.

Jag anser att Europadomstolens domar ofta innehåller långa och intressanta motiveringar som är viktiga för förståelsen av rättsutvecklingen, och har försökt hitta en form som gör att jag kan förmedla detta också till läsaren av den här uppsatsen. I min rättsfallsgenomgång har jag därför valt att genomgående använda mig av citat ur domarna, för att på så sätt låta läsaren ta del av de viktigaste styckena ur det material som jag bygger den här uppsatsen på. För att inte gå miste om viktiga språkliga nyanser i domstolens motivering har jag använt mig av engelska citat istället för att referera på svenska.

Efter den empiriska genomgången av Europadomstolens praxis har jag också valt att ta del av det aktuella forskningsläget och därmed göra en mer kritisk analys av Europadomstolens praxis på området. På så sätt har jag försökt beskriva vilka mönster som kan utläsas ur Europadomstolens domar, vad som kan tänkas ligga bakom den utveckling som har skett, och vad som kan vara anledningen till att den har sett ut som den har gjort. Valet att lägga kapitlet om det aktuella forskningsläget efter genomgången av Europadomstolens praxis är medvetet, då jag vill att läsaren liksom jag ska kunna dra egna slutsatser av domarna med så öppna ögon som möjligt.

1.4 Avgränsningar och disposition

Arbetet har avgränsats till att endast beröra de domar från Europadomstolen som behandlar artiklarna 8, 12 och 14 i Europakonventionen. Således kommer det endast att beröra HBT-personers privat- och familjerättsliga rättigheter. I en mer omfattande uppsats hade det dock varit intressant att också undersöka domar som rör artiklarna 10 och 11 i Europakonventionen och därmed även behandla hur HBT-personer berörs av bestämmelserna om yttrande-, mötes- och föreningsfrihet. Detta inte minst med tanke på hur situationen för homosexuella ser ut i de östeuropeiska länderna idag. Frågorna som tas upp begränsas också framförallt av vilka ämnen som Europadomstolen faktiskt har behandlat i sina domar och beslut.

En stor fråga som hade kunnat diskuteras inom ämnet för uppsatsen är HBT-pars migrationsrätt. Denna, för många samkönade par i Europa, mycket viktiga fråga har dock avgränsats bort för att begränsa uppsatsens omfång. Detta har gjorts framförallt för att Europadomstolen än så länge har hållit frågan ifrån sig, och att denna för en stor del av Europas länder också regleras av EU-rätten vilken inte heller i övrigt har beskrivits närmare i uppsatsen. Dessutom har migrationsfrågan av tradition oftast behandlats separat från de övriga familjerättsliga frågorna.

Arbetet har disponerats på så sätt att jag först beskriver några för uppsatsen centrala begrepp och utgångspunkter. Därefter inleds arbetet med ett generellt avsnitt om Europakonventionen och Europadomstolen. Där beskrivs även de tolkningsprinciper som domstolen använder sig av och som ofta på ett avgörande sätt tillämpas i domarna rörande HBT-rättigheter. I samma kapitel redogörs också för huvuddragen i artiklarna 8, 12 och 14 i Europakonventionen, vilka är de artiklar jag valt att begränsa mitt urval av domar och beslut till.

Därefter följer tre kapitel vilka redogör för Europadomstolens praxis i en ofta näst intill kronologisk ordning. Denna redogörelse behandlar de olika HBT-rättighetsområden som vuxit fram i praxis som jag har valt att dela in i ”individuella rättigheter”, ”parrättigheter” och ”föräldrarättigheter”. Kapitel 4 ”individuella rättigheter” har jag valt att ha med då det är en nödvändig förutsättning för att kunna förklara utvecklingen av den praxis som beskrivs i kapitel 5 ”parrättigheter” och kapitel 6 ”föräldrarättigheter” vilka behandlar Europadomstolens praxis rörande samboskap, äktenskap, partnerskap, vårdnad och adoption, det vill säga rätten att bilda familj. Jag har valt att dela upp kapitlet i olika delar för homosexuellas rättigheter och transsexuellas rättigheter eftersom rättsläget oftast skiljer sig åt för dessa grupper. Avslutningsvis i varje kapitel sammanfattas den utveckling som skett inom området och dagens rättsläge beskrivs. Jag diskuterar även vad jag tror kan vara av vikt inför kommande domar från Europadomstolen.

I kapitlet ”aktuellt forskningsläge” beskrivs slutligen de analyser och tolkningar som gjorts kring de rättsfall som jag beskrivit i föregående tre kapitel. Här undersöks om det, enligt doktrin, kan sägas finnas något mönster i utvecklingen av HBT-personers rättigheter. Därefter diskuteras vad som, efter läsning av Europadomstolens domar, kan ses som orsaker till att utvecklingen har sett ut som den har gjort. Jag beskriver också vilka åsikter som finns kring Europadomstolens sätt att utveckla HBT-personers rättigheter, och avslutar med att redogöra för de utmaningar för den framtida utvecklingen av HBT-rättigheter som finns i Europa.

I avslutningskapitlet besvarar jag frågeställningarna och gör ett försök att blicka framåt. Genom att se hur domstolen resonerar och vad andra författare anser kan få rättigheterna att utvecklas respektive vad som hindrar utvecklingen, försöker jag förutse vad som kan driva HBT-personers familjerättigheter framåt i Europadomstolen.

2 Utgångspunkter och begrepp

Nedan förklaras hur jag definierar några av de begrepp som används i uppsatsen och som kanske inte har en självklar betydelse. Jag motiverar även varför jag har valt att använda just dessa begrepp. Dessutom har jag valt att redan här redogöra argument för min utgångspunkt att HBT-personers parrättigheter är en fråga om mänskliga rättigheter.

2.1 HBT

HBT står för homosexuella, bisexuella och transpersoner och används ofta för att beskriva dessa personer som grupp. Engelskans motsvarighet är LGBT som står för lesbian, gay, bisexual och transgender.⁹

Enligt RFSL:s definition är 1) *Homosexuell* en person som kan bli kär, förälskad i och/eller sexuellt attraherad av någon av sitt eget kön. 2) *Bisexuell* en person som kan bli kär, förälskad i och/eller sexuellt attraherad av en person oavsett om denne är man eller kvinna. 3) *Transperson* en person vars utseende eller identitet uttrycker ett annat kön än det som registrerades vid födseln. Det är ett samlingsnamn på transvestiter, transsexuella och andra som överskrider normerna för hur man får uttrycka sitt kön. 4) *Transvestit* en person som mer eller mindre ofta, helt eller delvis, klär sig i det motsatta könets kläder för att må bra, personen vill inte byta kön. 5) *Transsexuell* en person som upplever sig vara av motsatt kön jämfört med sitt biologiska kön, personen vill eller har bytt kön. Det är inte en sexuell läggning och benämns som transsexualism och inte som transsexualitet.¹⁰

Viktigt att skilja på när det gäller de här begreppen är att *könsidentitet* eller *könsuttryck* handlar om vilket kön personen själv identifierar sig som och hur personen väljer att uttrycka det. Medan *sexuell läggning* handlar om vem personen blir attraherad av och vill ha sex med. Transpersoner kan därmed i likhet med alla andra också vara heterosexuella, bisexuella eller homosexuella.¹¹

I den här uppsatsen använder jag mig av HBT-begreppet utan Q (se diskussionen nedan) och T:et får anses stå för endast transsexuella. Detta eftersom det för den juridiska frågan om rätten att bilda familj oavsett sexuell läggning, endast verkar vara dessa begrepp som är relevanta.

⁹ <http://www.rfsl.se/?p=3852>, hämtad 2012-10-13.

¹⁰ http://www.rfsl.se/public/HBT-ordlista_med_forklaring.pdf, hämtad 2012-10-13. Och <http://www.rfsl.se/?p=3852>, hämtad 2012-10-13.

¹¹ <http://www.rfsl.se/?p=3852>, hämtad 2012-10-13.

2.2 Queer och queerteori

En del tycker att HBT-begreppet ska utökas med ett Q. Enligt RFSL är detta ett sätt att erkänna komplexiteten i människors sätt att leva och vara på utanför en heteronormativ värld. Q står för queer, vilket är ett begrepp som idag inte kan anses ha en klar definition utan används för att beteckna olika normkritiska företeelser.¹²

I det här sammanhanget används ibland queer i form av ett alternativt identitetsbegrepp som enligt användarna ”överbygger de mer fyrkantiga och missvisande termer som samhället använder för att beskriva människorna”. Att kalla sig queer innebär i detta sammanhang att identifiera sig utanför normen, gällande könsidentitet, sexualitet och/eller livsstil, och det innebär att man förkastar förutbestämda regler och roller i kärlek, sex och relationer.¹³

Begreppet queer används också för att beteckna en akademisk forskningsposition som studerar det normala istället för det som avviker. Queerteori vänder sig mot en normerande och normativt framställd heterosexualitet (heteronormativitet), och med ett queert synsätt finns inga normala och naturliga identiteter eftersom allt är konstruerat.¹⁴

2.3 Heteronormativitet

Heteronormativitet är enkelt uttryckt antagandet att alla är heterosexuella och att det naturliga sättet att leva är heterosexuellt. Trots att begreppet går att beskriva på detta enkla sätt är heteronormativitet ett komplext begrepp som för att kunna förstås närmre kräver en förklaring i flera steg.

Tiina Rosenberg skriver att med begreppet heteronormativitet menas de institutioner, strukturer, relationer och handlingar som vidmakthåller heterosexualitet som något enhetligt, naturligt och allomfattande.¹⁵ Ordet heteronormativitet är uppbyggt av flera ord som behöver förklaras. Första delen av ordet, ”hetero”, syftar på heterosexualitet vilket ovan beskrivits. Andra delen av ordet ”normativitet” behöver också förklaras.

En norm definieras enligt Rosenberg som en regel. Hon beskriver normer som sociala regelsystem som ofta förblir ouppmärksammade tills någon bryter mot dem. Normativitet sägas vara det maktsystem som vidmakthåller och backar upp normerna. Rosenberg beskriver att även om det normala ofta presenteras som ett statistiskt genomsnitt, så är det helt beroende av moraliskt etablerade normer.¹⁶ Hon skriver:

¹² http://www.rfsl.se/public/rfsl_horahemma_digital_lagre.pdf, hämtad 2012-10-13.

¹³ http://www.rfsl.se/public/rfsl_horahemma_digital_lagre.pdf, hämtad 2012-10-13.

¹⁴ http://www.rfsl.se/public/HBT-ordlista_med_forklaring.pdf, hämtad 2012-10-13.

¹⁵ Rosenberg, T. 2002. s 100.

¹⁶ Rosenberg, T. 2002. s 101.

”Heterosexualitet må vara statistiskt sett den vanligaste formen av sexuell samvaro, men det är heteronormativiteten, inte heterosexualiteten i sig, som garanterar dess status som norm genom att definiera och utestänga det onormala.”¹⁷

Rosenberg menar därför att den viktigaste uppgiften för en queerteoretiker är att identifiera, beskriva och analysera de aktiva praktiker av normalisering som är verksamma i rådande normsystem.¹⁸

2.4 Varför är HBT-rättigheter mänskliga rättigheter?

Samkönade pars krav på ”love rights” eller parrättigheter är först och främst krav på formell likabehandling och frihet från direkt diskriminering. Från HBT-håll hävdas det inte att exempelvis rätten att ärva sin partner utan testamente, eller rätten att ta över lägenheten där man gemensamt bott efter partners död är fristående mänskliga rättigheter. Oftast hävdas det inte ens att rätten till äktenskap är en sådan fristående mänsklig rättighet. Istället pekas på det faktum att dessa rättigheter idag ges till heterosexuella par men att homosexuella par ofta utestängs från möjligheten att ta del av dessa rättigheter, inte minst därför att äktenskapet i många länder bara är öppet för heterosexuella par. Detta hävdar Robert Wintemute, professor i mänskliga rättigheter, är direkt diskriminering baserat på sexuell läggning som idag inte kan rättfärdigas på ett legitimt sätt.¹⁹

Rätten till likabehandling eller frihet från diskriminering är enligt Wintemute helt klart en universell, självständig, medborgerlig mänsklig rättighet, vilken både återfinns i många internationella konventioner och i nationella lagstiftningar. Det enda som kan ifrågasättas är om sexuell läggning är en lika stark diskrimineringsgrund som andra idag skyddade grunder, exempelvis kön, ras och religion.²⁰

Enligt Wintemute finns det flera olika vägar att gå för att hävda att så är fallet. Ett sätt är att göra gällande att sexuell läggning och könsidentitet borde skyddas som en grundläggande rätt att välja, såsom görs med religion och politisk åskådning. Ett annat är att skydda sexuell läggning och könsidentitet som oföränderliga tillstånd, på samma sätt som idag görs med kön, ras, ålder eller handikapp. Eller så kan det rent av hävdas att diskriminering mot HBT-personer faktiskt är en form av diskriminering på grund av kön. Eller att HBT-personer är en missgynnad grupp som har fått utstå fördomar och särbehandling under lång tid, och som därför i likhet med andra minoriteter behöver extra skydd.²¹

¹⁷ Rosenberg, T. 2002. s 101.

¹⁸ Rosenberg, T. 2002. s 101.

¹⁹ Wintemute, R. 2005. s 211.

²⁰ Wintemute, R. 2005. s 212.

²¹ Wintemute, R. 2005. s 212.

Vilken av dessa vägar som än väljs så krävs det bara, så fort det är fastslaget att det är en mänsklig rättighet att slippa bli diskriminerad på grund av sin sexuella läggning eller könsidentitet, att denna princip tillämpas i varje enskilt fall för att HBT-personer ska få tillgång till alla de rättigheter som heterosexuella par har idag.²²

En viktig poäng, underförstådd i vad som sagts om HBT-rättigheter, är att det handlar om tillgång till rättigheter som redan är tillgängliga för alla andra människor. I själva verket är vad som ger HBT-rättigheter dess namn, det faktum att de rättigheter som görs gällande av homosexuella redan finns för heterosexuella. Problemet är att HBT-rättigheter har tolkas på ett sådant sätt att de ger sken av att homosexuella för närvarande också har tillgång till dessa rättigheter, men att de har valt att inte utnyttja dem. Till exempel rätten att gifta sig med någon av det motsatta könet. Detta döljer det faktum att i etablerade institutioner är liknande heterosexuella intressen redan tillgodosedda eftersom vi lever i ett heteronormativt samhälle. De av HBT-personer hävdade rättigheterna är i denna mening inte krav på särskilda rättigheter, utan endast på tillgång till de rättigheter som redan finns för heterosexuella par.²³

²² Wintemute, R. 2005. s 213.

²³ Samar, V.J. 2001. s 990.

3 Rättslig reglering och tolkningsprinciper

Detta kapitel är tänkt som en introduktion för läsaren av den reglering och de tolkningsprinciper som längre fram i arbetet kommer att diskuteras i relation till Europadomstolens praxis. En närmare beskrivning och granskning av flera relevanta rättsfall både för regleringen och för tolkningsprinciperna finns därför i kap. 4, 5 och 6.

I det här kapitlet beskrivs Europakonventionen och Europadomstolen i generella ordalag. Därefter diskuteras de för ämnet viktigaste tolkningsprinciperna som Europadomstolen använder sig av. Avslutningsvis redogörs för den för arbetet relevanta regleringen i Europakonventionen som återfinns i artikel 8, 12 och 14.

3.1 Europakonventionen

I efterdyningarna av andra världskriget bildades år 1949 Europarådet. Syftet med den mellanstatliga organisationen var att förena rådets medlemstater i en gemensam strävan för att stärka skyddet för demokrati i allmänhet, och skyddet för de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna i synnerhet.²⁴ Då avsikten med Europarådets bildande var att undvika en upprepning av de spänningar som ledde till andra världskriget är dess mandat väldigt brett, och försvar är i stort sett det enda området utanför dess kompetens. Kalla kriget var också en viktig bidragande faktor till rådets bildande, eftersom rådets grundare ansåg att kommunismen i Sovjetunionen allvarligt hotade de västerländska demokratierna. Antalet medlemsstater har från år 1949 till idag ökat från 6 till 47.²⁵

För att bidra till organisationens syfte utarbetades den *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (Europakonventionen), vilken undertecknades redan år 1950. Som förebild stod den av Förenta Nationerna nyligen antagna *Allmänna deklARATIONEN om de mänskliga rättigheterna*. Denna är dock till skillnad från Europakonventionen inte rättsligt bindande och saknar ett system för internationell övervakning.²⁶

Europakonventionen har sedermera kompletterats, och består idag av en grundkonvention och ett flertal tilläggsprotokoll.²⁷ Enligt artikel 1 Europakonventionen har de fördragsslutande staterna en positiv skyldighet att garantera var och en som befinner sig under dess jurisdiktion de rättigheter som anges i konventionen.²⁸ Enligt artikel 53

²⁴ Danelius, H. 2007. s 17.

²⁵ Cameron, I. 2011. s 35f.

²⁶ Danelius, H. 2007. s 17.

²⁷ Danelius, H. 2007. s 17f.

²⁸ Se även Cameron, I. 2011. s 47ff.

Europakonventionen är dock de rättigheter som föreskrivs i konventionen en minimistandard. Andra generella uttalanden som kan göras när det gäller rättigheterna i konventionen är att de framförallt handlar om civila och politiska rättigheter, även om tilläggsprotokollen innehåller några rättigheter som kan karakteriseras som sociala rättigheter.²⁹ Rättigheterna är också av olika karaktär på så sätt att vissa är absoluta och andra relativa.³⁰

3.2 Europadomstolen

Det som skilde Europakonventionen från bland andra dess föregångare Förenta Nationernas *Allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna*, var att det upprättades kontrollsystem med organ som efter klagomål från enskilda individer eller en stat kunde fatta för medlemsstaterna bindande beslut. Därför skapades *Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna* (Europadomstolen) för att, enligt artikel 19 Europakonventionen, ”säkerställa att de förpliktelser fullgörs som de höga fördragsslutande parterna åtagit sig genom konventionen och protokollen till denna”.³¹ Av artikel 46 Europakonventionen framgår att Europadomstolens domar är rättsligt bindande för den berörda staten.

Europadomstolen består av domare från de 47 medlemsländerna. Domstolen är sedan ikraftträdandet av protokoll 14 i stort sett organiserad så att klart avvisbara eller avskrivningsbara ansökningar hanteras av en ensam domare, rutinärenden där det finns praxis att följa hanteras av kommittéer med tre domare, vanliga fall hanteras av kammarna som består av sju domare, och särskilt viktiga fall, eller fall där tidigare praxis kan komma att ändras, avgörs i stor sammansättning av 17 domare. Fall kan tas upp i stora kammaren antingen genom att någon av kammarna hänskjuter fallet dit, eller genom att något av kammarnas beslut överklagas, detta kräver dock att stora kammaren godkänner att fallet tas upp där.³²

Europadomstolen är enligt artikel 35 Europakonventionen subsidiär, på så sätt att det i första hand är medlemsstaternas uppgift att kontrollera att Europakonventionen följs. Eventuella överträdelse ska alltså primärt hanteras på det nationella planet, och först då alla inhemska rättsmedel har uttömts kan ett mål tas upp i Europadomstolen.³³

I takt med att fler stater har ratificerat Europakonventionen har domstolens målbilans kommit att öka dramatiskt. Vid årsskiftet 2011/2012 hade Europadomstolen drygt 150 000 oavgjorda mål, och de senaste åren har antalen inkommande mål legat på drygt 60 000 mål per år. Endast en mindre del av målen avgörs dock genom dom, siffran för år 2011 var endast 1500 mål. Resterande fall avgörs alltså genom avvisning eller beslut om avskrivning. Fem stater; Ryssland, Turkiet, Italien, Rumänien och Ukraina

²⁹ Marcusson, L. 2012. s 21.

³⁰ Cameron, I. 2011. s 78.

³¹ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 739.

³² Cameron, E. 2011. s 55ff.

³³ Danelius. H. 2007. s 427.

står för över 60 procent av målbalansen, och det är också dessa fem länder tillsammans med Polen som står för det flesta konstaterade konventionsbrotten. Den höga målbalansen har resulterat i långa handläggningstider.³⁴

3.3 Tolkningsprinciper

De flesta av Europakonventionens artiklar är generellt utformade, och för att verkligen kunna säga något om vilka mänskliga fri- och rättigheter som den skyddar måste man se på Europadomstolens praxis och de tolkningsmetoder som domstolen använder sig av.³⁵

Europadomstolen är inte formellt sett skyldig att följa sina tidigare avgöranden, men har ändå av hänsyn till rättssäkerhet och förutsägbarhet varit försiktig med att avvika från tidigare praxis utan att motivera detta väl.³⁶ Europadomstolens domar är vanligen uppbyggda på liknande sätt och utgår ofta ifrån grundläggande tolkningsprinciper och tidigare praxis som domstolen upprepar mer eller mindre ordagrant i domarna. Att ordalydelsen är den samma verkar vara viktigt för att undvika spekulationer om en förändrad syn.³⁷

3.3.1 Generella principer

Som utgångspunkt kan sägas att Europakonventionen ska tolkas i ljuset av *Wienkonventionen om traktaträttens* generella principer. I målet *Golder v. the United Kingdom*³⁸ slog domstolen fast att man i sin tolkning av Europakonventionen hämtade ledning från Wienkonventionens artiklar 31-33. Fallet har följts av flera andra där domstolen utgått ifrån den generella principen att en traktat ska tolkas "*in good faith, d.v.s. ärligt eller i god tro och överensstämmelse med den gängse meningen av texten, sedd i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte*".³⁹

Ännu ett uttalande som tyder på att Europadomstolen utgår från de generella principerna i Wienkonventionen återfinns i *Soering v. the United Kingdom*⁴⁰. Domstolen uttalar att Europakonventionens ändamål och syfte kräver att bestämmelserna tolkas och tillämpas så att skyddet blir praktiskt och effektivt. Dessutom måste en tolkning vara förenlig med den allmänna andan i konventionen, vilken tillkommit för att säkerställa bevarandet av det demokratiska samhällets värden.⁴¹

³⁴ Ehrenkrona, CH. SvJt 2012 s 360f.

³⁵ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 739f.

³⁶ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 740.

³⁷ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 740.

³⁸ *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975.

³⁹ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 741.

⁴⁰ *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989.

⁴¹ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 741f.

När det gäller Europakonventionen är det också viktigt att se den som en helhet. En tolkning av en bestämmelse i konventionen måste göras på ett sådant sätt att det inte uppstår en konflikt med någon annan bestämmelse i konventionen. Bestämmelserna bör tolkas så att konventionen som helhet får en rimlig innebörd.⁴²

3.3.2 Living instrument och europeisk standard

Som beskrivits ovan så betonas konventionens ändamål och syfte vilket innebär att domstolen tillämpar en dynamisk tolkningsmetod och inte en historisk eller statisk. Detta innebär att förarbetena till konventionen sällan används för att tolka denna. I målet *Tyrer v. the United Kingdom*⁴³ uttalar domstolen att Europakonventionen är ett ”living instrument” som ska tolkas i enlighet med dagens förhållanden.⁴⁴

Det är svårt att ange när en konventionsbestämmelse ska tolkas dynamiskt, dels kan det bero på vilken artikel det handlar om, dels på om det finns någon gemensam syn inom medlemsländerna på det område som ska bedömas, det vill säga om det finns en europeisk standard.⁴⁵ Exempelvis talas det i artikel 8 Europakonventionen om rätten till skydd för familjeliv. Vad som idag uppfattas som en familj i de olika medlemsländerna kanske skiljer sig från rådande uppfattning vid konventionens tillkomst. I artikel 8 Europakonventionen sägs också att ingrepp får ske i de uppräknade rättigheterna om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle för att uppnå det åsyftade målet. Vad som anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle är självklart också föränderligt.⁴⁶

Frågan om det finns en gemensam syn inom medlemsländerna på en konkret situation, eller en europeisk standard, blir självklart viktig när domstolen gör en dynamisk tolkning. En sådan samsyn kan kanske konstateras vid en jämförelse av de olika medlemsländernas nationella lagstiftning eller vid en jämförelse med andra internationella överenskommelser. Exempel på hur domstolen tagit hänsyn till en gradvis uppkommande gemensam samsyn finns i fallen *Rees*⁴⁷, *Cossey*⁴⁸ och *Christine Goodwin*⁴⁹ *alla v. the United Kingdom*, som rör behandlingen av transsexuella och som kommer att beskrivas närmare längre fram i arbetet.⁵⁰

En europeisk standard kräver inte fullständig enighet bland konventionsstaterna utan det räcker med att det råder någorlunda enighet, vilket också visas av domstolens uttalanden i bland annat det ovan nämnda fallet *Christine Goodwin*. Om en europeisk standard inte kan fastställas blir

⁴² Danelius, H. 2007. s 46f.

⁴³ *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978.

⁴⁴ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 742.

⁴⁵ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 742f. se även Letsas, G. 2012.

⁴⁶ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 742f.

⁴⁷ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986.

⁴⁸ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

⁴⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2003.

⁵⁰ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 743.

resultatet oftast att domstolen faller tillbaka på staternas ”margin of appreciation”.⁵¹

3.3.3 Margin of appreciation

Som ovan beskrivits så har frågan om fastställandet av en europeisk standard också kommit att behandlas av domstolen tillsammans med en annan tolkningsprincip, nämligen principen om medlemsstaternas ”margin of appreciation”.

”Margin of appreciation” kan sägas vara det utrymme som staterna ges för egen bedömning eller tolkning i enlighet med de traditioner och förutsättningar som finns i staten. Idén bygger på tanken att de nationella domstolarna och myndigheterna har bättre lokalkännedom, och därmed är i en bättre ställning än en internationell domstol att bedöma om ett visst handlande eller ingripande är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.⁵²

Kritikerna menar att domstolen vid användandet av ”margin of appreciation” lämnar ifrån sig ansvaret till medlemsländerna, där de lokala intressena riskerar att överskugga skyddet för de mänskliga rättigheterna i det konkreta fallet. Andra anser att det är en metod, som är nödvändig för att inom ramen för konventionsbestämmelserna kunna låta staterna ta vara på sina olika kulturella och ideologiska värderingar.⁵³

Första gången principen ”margin of appreciation” nämndes, var i målet *Handyside v. the United Kingdom*⁵⁴. I det målet framhölls att de nationella myndigheterna var bättre lämpade än den internationella domstolen att bedöma moraliska frågor, detta betyder dock inte att staterna har ett obegränsat tolkningsutrymme.⁵⁵

Det är inte helt enkelt att bestämma räckvidden av ländernas ”margin of appreciation” eftersom Europadomstolen aldrig har gett någon generell anvisning till hur principen ska användas. Av rättspraxis kan dock utläsas att det verkar lämnas ett större tolkningsutrymme till staten, om det inte finns en samsyn hos medlemsländerna inom det område som behandlas. Likaså lämnas ett större utrymme när det gäller moraliska och religiösa frågor, i samband med genomförandet av positiva skyldigheter, när det finns en förutsebar fara för den allmänna säkerheten, när brådskande åtgärder krävs samt när det handlar om nationell säkerhet.⁵⁶ Ett snävare utrymme verkar dock ges om frågan rör den privata sfären, eller om rättsläget i ett land avviker från vad som generellt gäller i andra länder.⁵⁷

⁵¹ Danelius, H. 2007. s 51f.

⁵² Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 746. Se även Åhman, K. 2012. s 33ff.

⁵³ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 746.

⁵⁴ *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976.

⁵⁵ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 746f.

⁵⁶ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 747. Samt Cameron, I. 2011. s 114.

⁵⁷ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 747.

3.3.4 Proportionalitetsprincipen

”Margin of appreciation” hänger nära ihop med proportionalitetsprincipen, inte minst när det gäller att avgöra vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle enligt artiklarna 8-11 i Europakonventionen. Proportionalitetsprincipen som finns i flertalet nationella och internationella system, innebär i stort sett att det måste göras en rimlig avvägning mellan enskilda och allmänna intressen. Detta innebär att staten ska välja den minst ingripande metoden vid en begränsning av en rättighet och ingreppet får inte vara större än vad som krävs för att nå det uppsatta målet.⁵⁸

Proportionalitetsprincipen kan sägas utgöra en motvikt till staternas ”margin of appreciation” på så sätt att ”margin of appreciation” utvidgar staternas handlingsutrymme, medan proportionalitetsprincipen verkar inskränkande. Principen kan anses vara fördelaktig för den enskilda individen eftersom staten öppet tvingas redovisa vilka intressen som beaktas och varför man anser att vissa tar överhand i ett aktuellt fall.⁵⁹

För att avgöra vad som är proportionerligt i ett aktuellt fall är följande faktorer viktiga: 1) Ingrepets natur, det vill säga dess bredd, dess negativa konsekvenser och möjligheterna till missbruk av åtgärden. 2) Om staten hade möjlighet att vidta andra eller mindre ingripande åtgärder. 3) Om den enskilde tillhör en grupp i samhället som kräver starkare skydd. 4) Om det finns något som kan kompensera för ingreppet.⁶⁰ Trots att samtliga rättigheter i konventionen är universella och av lika värde, framgår det också av rättspraxis att domstolen fäster större vikt vid vissa rättigheter så som exempelvis yttrandefriheten.⁶¹

3.4 Artikel 8

De första fallen från Europadomstolen som rör homosexualitet behandlar frågan ifall förbud mot homosexuella handlingar kan anses bryta mot artikel 8 Europakonventionen, som handlar om rätt till respekt för privat- och familjeliv.⁶²

3.4.1 Generellt

Artikel 8 är en av de mest öppna bestämmelserna i konventionen, och domstolen har flera gånger uttryckt att privatliv är ett vitt begrepp som inte är ämnat för en uttömmande definition.⁶³ Många av de rättigheter som behandlas i andra artiklar i konventionen kan också sägas beröra privatlivet, det är dock rimligt att anse att dessa bestämmelser (om exempelvis tortyr i

⁵⁸ Palm, E. JT Nr 3 2003/04. s 747.

⁵⁹ Åhman, K. 2012. s 38f.

⁶⁰ Åhman, K. 2012. s 38f samt Cameron, I. 2011. s 112f.

⁶¹ Åhman, K. 2012. s 39.

⁶² Se fallen *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981 och efterföljande *Norris v. Ireland*, 26 October 1988.

⁶³ Ovey, C och White, R. 2010. s 334.

artikel 3 och rätten att gifta sig i artikel 12) är exklusivt tillämpliga som *lex specialis* inom de områden de berör. Artikel 8 fångar med den definitionen endast upp de aspekter av privatlivet som faller utanför specialbestämmelserna i konventionen.⁶⁴

Artikel 8 garanterar också rätt till respekt för familjeliv. Vad som utgör en familj har under årens lopp fått utvecklas genom Europadomstolens praxis. Bland annat så har domstolen framhållit att ingen skillnad ska göras mellan den legitima och illegitima familjen, och att artikel 8 således även skyddar samlevnadsförhållanden som inte grundas på äktenskap. Utöver heterosexuella förhållanden och förhållanden mellan föräldrar och barn eller mellan syskon kan artikel 8 även i viss mån tillämpas på relationer där det uppstått de facto familjeband på grund av sammanboende, exempelvis mellan barn och deras far- och morföräldrar. Fram till helt nyligen har inte homosexuella samboförhållanden ansetts konstituera familjeliv i Europakonventionens mening.⁶⁵ I fallet *Schalk and Kopf v. Austria*⁶⁶ konstaterar domstolen dock att det i ljuset av dagens samhällsutveckling vore konstlat att homosexuella par i motsats till heterosexuella par i samma situation, inte skulle kunna anses ha ett familjeliv. Vad detta rent faktiskt kommer att innebära i fråga om homosexuellas rätt att bilda familj är dock, som beskrivs senare i detta arbete, inte helt klart.

Som ovan antyds är det främst genom studier av rättspraxis som rättigheterna enligt artikel 8 kan definieras. Men trots att det finns en ansevärd mängd praxis och trots att det har skett en omfattande utveckling av vad som ryms inom begreppet privatliv, kvarstår det en stor möjlighet till utveckling av rättigheterna skyddade under artikel 8. Detta gäller inte minst en utveckling av familjelivsbegreppet.⁶⁷ Generellt innebär dock artikel 8 primärt att staten ska avhålla sig från ingrepp i den skyddade rättigheten. Likväl gäller artikel 8 inte bara ingrepp utan ålägger också staten att i vissa fall vidta positiva åtgärder för att skydda den enskildes privata sfär. Sådana positiva åtgärder kan utgöras av lagstiftning, men också av skydd mot övergrepp i särskilda situationer.⁶⁸

3.4.2 Begränsningar

Artikel 8 innehåller också en undantagsbestämmelse som innebär att ingrepp i den skyddade rättigheten är möjligt om följande villkor är uppfyllda: 1) Ingreppet måste vara lagligt. 2) Ingreppet måste vara ägnat att tillgodose statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande, förebyggande av oordning eller brott, skydd för hälsa eller moral, skydd för andra personers fri- och rättigheter. 3) Ingreppet måste vara

⁶⁴ Danelius, H. 2007. s 301f.

⁶⁵ Danelius, H. 2007. s 319f.

⁶⁶ *Schalk and Kopf v. Austria*. 24 June, 2010.

⁶⁷ Ovey, C och White, R. 2006. s 241.

⁶⁸ Danelius, H. 2007. s 302. se även Ovey, C och White, R. 2010. s 337f.

nödvändigt i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose detta intresse.⁶⁹ Uppräkningen i undantagsbestämmelsen är uttömmande.⁷⁰

Med nödvändigt har Europadomstolen uttalat att man menar att det måste finnas ett ”angeläget samhällligt behov”. Inskränkningen måste vidare (som ovan beskrivits) stå i rimlig proportion till det syfte som ska tillgodoses genom inskränkningen. Varje konventionsstat har också en viss frihet, ”margin of appreciation”, att avgöra om en inskränkning är nödvändig, men Europadomstolen förbehåller sig rätten att övervaka om friheten utnyttjas på ett rimligt sätt.⁷¹

3.5 Artikel 12

I artikel 12 Europakonventionen anges rätten att ingå äktenskap och bilda familj, och eftersom dessa rättigheter anges i en särskild artikel får denna anses utgöra *lex specialis* till skillnad från de mer generella rättigheter som anges i artikel 8 om rätt till familjeliv.⁷²

Artikel 12 är formulerad så att ”Giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar och regler som reglerar utövandet av denna rättighet”. Detta innebär att Europakonventionen endast garanterar att det ska finnas en grundläggande rätt för män och kvinnor att gifta sig, under vilka förutsättningar detta ska få ske är i stort sett upp till medlemsländerna att bestämma. Självklart får medlemsländerna dock inte införa restriktioner som i praktiken gör rättigheten meningslös.⁷³

Även den närmare innebörden av artikel 12 har utvecklats genom Europadomstolens praxis. Domstolen har konstaterat att artikel 12 inte innebär någon rätt att skiljas, eller någon rätt att adoptera, eller till hjälp att skaffa barn. Hittills har domstolen också tolkat rätten att gifta sig under artikel 12 som endast gällande par av olika kön⁷⁴, transsexuellas rätt att gifta sig med någon av sitt tidigare tillhörda kön har dock erkänts.⁷⁵

Författarna Clare Ovey och Robin White skriver också att, trots att rätten att ingå äktenskap och rätten att bilda familj är två separata rättigheter, verkar det av ordalydelsen i artikel 12 som att endast gifta heterosexuella par kan göra anspråk på rätten att bilda familj. De menar att om artikeln hade formulerats ”envar har rätt att ingå äktenskap och bilda familj” skulle det ha varit lättare att dra slutsatsen att ogifta personer eller samkönade par också hade rätt att bilda familj. Av betydelse enligt författarna är också att artikeln

⁶⁹ Danelius, H. 2007. s 302.

⁷⁰ Cameron, I. 2011. s 109.

⁷¹ Danelius, H. 2007. s 304f.

⁷² Danelius, H. 2007. s 323.

⁷³ Cameron, I. 2011. s 137.

⁷⁴ Av intresse är dock domstolens uttalande i Schalk and Kopf v. Austria. 24 June, 2010.

p.61 som kommer att beröras närmare nedan.

⁷⁵ Cameron, I. 2011. s 138. Se också Christine Goodwin v. United Kingdom. 11 July, 2002.

avslutas i den engelska lydelsen avslutas med en hänvisning till ”this right” och inte till ”these rights”, vilket de anser förespeglar ett så nära samband mellan de två att de ska ses som en rättighet.⁷⁶

3.6 Artikel 14

Artikel 14 Europakonventionen innehåller inte ett generellt förbud mot diskriminering, utan omfattar endast diskriminering med avseende på de fri- och rättigheter som behandlas i konventionen och dess tilläggsprotokoll.⁷⁷ För att omfattas av förbudet mot diskriminering behöver en handling inte samtidigt innefatta en fristående kränkning av en annan artikel, men handlingen måste vara att hänföra till ett område som behandlas i någon annan artikel. Ibland kan det också vara det diskriminerande elementet i en viss handling som bidrar till att denna anses utgöra en kränkning av någon annan bestämmelse i konventionen, i sådana fall döms ibland endast för brott mot den artikeln.⁷⁸

En av artikel 14 viktigaste funktioner kan sägas ligga i att Europakonventionens regler är att se som minimistandarder. Detta betyder att Europadomstolen i ett fall kanske kommer fram till att man enligt Europakonventionen inte kan kräva en viss rätt enligt någon av artiklarna, men att om landet ändå väljer att ge denna rättighet till vissa så får det inte förekomma någon diskriminering enligt grunderna i artikel 14. Denna fråga har, vilket nedan kommer att beskrivas mer ingående, behandlats av domstolen bland annat när det gäller att ge olika rättigheter till heterosexuella och homosexuella sambor.⁷⁹ Alla fall av olikabehandling är dock inte diskriminering, men Europadomstolen har anslutit sig till definitionen att diskriminering inte endast är att behandla lika fall olika, utan också kan vara att behandla olika fall lika.⁸⁰

Frågorna som domstolen ställer sig när de ska avgöra ifall det har skett ett brott mot artikel 14 är 1) faller klagomålet inom tillämpningsområdet för en av de materiella bestämmelserna i konventionen? 2) befinner sig sökanden i en liknande eller motsvarande situation som den personkategori som blir mer fördelaktigt behandlade? 3) kan olikheten i behandling rättfärdigas? Här har domstolen gjort klart att artikel 14 bara gäller godtycklig diskriminering, och har i flera fall när det gäller bedömningen av om en olikartad behandling kan rättfärdigas uttryckt:⁸¹

According to the Court's established case-law, a difference in treatment is discriminatory for the purposes of Article 14 if it “has no objective and reasonable justification”, that is 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”. Moreover, the Contracting

⁷⁶ Ovey, C och White, R. 2006. s 251f.

⁷⁷ Danelius, H. 2007. s 337.

⁷⁸ Danelius, H. 2007. s 337f.

⁷⁹ Danelius, H. 2007. s 438, 450.

⁸⁰ Cameron, I. 2011. s 158f.

⁸¹ Ovey, C och White, R. 2006. s 413.

States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment [...].⁸²

Artikel 14 innehåller en uppräknning av diskrimineringsgrunder men denna är inte uttömmande. Värt att uppmärksamma här är att grunden sexuell läggning inte finns med i uppräknningen utan får anses inrymmas under övriga grunder.⁸³

För att kunna tillämpa artikel 14 krävs det, som ovan beskrivits, att fallet ryms inom någon av övriga konventionsartiklars tillämpningsområde. De flesta fall som rör diskriminering på grund av sexuell läggning eller könsidentitet borde kunna sägas hamna inom tillämpningsområdet för artikel 8, eftersom de rör den enskildes privatliv. Det finns dock exempel där Europakommissionen har beslutat annorlunda, exempelvis fallet *F. v. Switzerland 1988*. I fallet ansåg sig sökanden diskriminerad då Schweiz förbjöd homosexuell prostitution, men inte heterosexuell sådan. Domstolen ansåg dock att detta inte kunde tas upp som ett brott mot artikel 14 eftersom prostitution inte kunde anses beröra en persons privatliv i artikel 8 mening. Detta eftersom det handlade om en tjänst som utfördes mot betalning.⁸⁴ För att komma tillrätta med det här problemet utarbetades tilläggsprotokoll nr 12, vilket innehåller ett generellt förbud mot diskriminering. Sedan färdigställandet år 2000 år det dock bara 18 av 47 länder som har ratificerat protokollet (Sverige är inte ett av dem).⁸⁵

⁸² Här hämtat från *S.L. v. Austria*. 9 January 2003. p. 36.

⁸³ Ovey, C och White, R. 2006. s 413.

⁸⁴ *F. v. Switzerland*, 10 March 1988. Decision.

⁸⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=ENG>. Hämtad 2012-11-19.

4 Individuella rättigheter

I kommande tre kapitel (kap. 4, 5 och 6) beskrivs de rättsfall som finns från Europadomstolen som rör transsexuellas och homosexuellas individuella rättigheter, parrättigheter och föräldrarättigheter.

Flera tidigare författare har valt att skilja på ”individual rights/sex rights” (det här kallar individuella rättigheter) och ”couple rights/love rights” (det jag här kallar parrättigheter) när de pratar om HBT-personers rättigheter.⁸⁶ Jag har valt att även avskilja fallen i en tredje kategori som jag kallar för föräldrarättigheter. Detta har jag gjort eftersom Europadomstolen enligt mig har kommit olika långt i utvecklingen av sin bedömning av de olika rättigheterna.

I kapitel 4 beskrivs de fall som behandlar individuella rättigheter, det vill säga lika rättigheter för HBT-personer enligt Europakonventionen. Dessa fall kan sägas vara de som är mest ”väletablerade” i Europadomstolens praxis, eftersom utvecklingen mot sexuell likabehandling började här.⁸⁷

4.1 Transsexuellas rättigheter

Jag har valt att beskriva homosexuellas och transsexuellas rättigheter var för sig eftersom problematiken skiljer sig en hel del åt. Transsexuellas individuella rättigheter har delats in under rubrikerna ”rättsligt erkännande av könsbyte” och ”andra rättigheter avhängigt könsbyte”. Detta eftersom det verkar vara de viktigaste individuella frågorna för transsexuella, och det är i huvudsak dessa frågor som Europadomstolen på ett eller annat sätt har behandlat.

4.1.1 Rättsligt erkännande av könsbyte

Det första fallet om en transsexuell persons rättigheter som prövades av Europadomstolen var fallet *Rees v. the United Kingdom 1986*. Fallet handlade om en post-operativ, kvinna till man transsexuell person, som ville att Storbritannien skulle ändra hans personbevis så att det avspeglade hans nya könstillhörighet.⁸⁸

Domstolen började med att konstatera att artikel 8 primärt innebar att staten ska avhålla sig från ingrepp i den skyddade rättigheten, men att staten även kunde anses ha vissa positiva skyldigheter. Frågan i fallet var alltså om artikel 8 ålade staten en positiv skyldighet att ändra i personbevis för att på så sätt rättsligt erkänna könsbyten.⁸⁹

⁸⁶ Wintemute, R. 2011. s 4, 6.

⁸⁷ Wintemute, R. 2011. s 4.

⁸⁸ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 12, 34.

⁸⁹ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 35.

Både i fallet *Rees* och efterföljande fall *Cossey v. the United Kingdom 1990* kom domstolen dock fram till att det inte fanns någon gemensam europeisk standard, och att det enligt artikel 8 inte kunde krävas att Storbritannien ändrade hela sitt personregistreringssystem.⁹⁰

Däremot framhöll domstolen att det var ett stort problem för de enskilda individerna att Storbritannien inte fullt ut rättsligt erkände könsbyten, och att behovet av rättsliga åtgärder därför borde ses över.

That being so, 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 should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments.⁹¹

Tre av femton domare var skiljaktiga i fallet *Rees* från år 1986, och år 1990 i fallet *Cossey* hade antalet ökat till åtta av arton domare.⁹²

I *Rees* ansåg de skiljaktiga domarna att svårigheterna att ändra i det engelska personregistreringssystemet var överdrivna och att Europadomstolen därför borde kunna kräva av Storbritannien att de gjorde ett tillägg i personbeviset som visade klagandens nuvarande kön.⁹³

I *Cossey* framhöll de skiljaktiga domarna att det hade skett en samhällsutveckling inom området sedan fallet *Rees*, vilket gjorde att Storbritannien inte längre borde ges samma breda ”margin of appreciation”.

We consider that since 1986 there have been, in the law of many of the member States of the Council of Europe, not "certain developments" but clear developments. We are therefore of the opinion that, although the principle of the States' "wide margin of appreciation" was at a pinch acceptable in the *Rees* case, this is no longer true today.⁹⁴

De skiljaktiga domarna i *Cossey* framhöll också att det i fallet *Rees* antydde att beslutet skulle kunna komma att bli ett annat i framtiden, och att tiden nu var inne för det.

In paragraph 37 of its *Rees* judgment the European Court of Human Rights stated with regard to Article 8 (art. 8) that in this area "the law appears to be in a transitional stage". It continued, in paragraph 47, by saying that "(t)he

⁹⁰ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 37, 44.

⁹¹ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 47. upprepas sedan i *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. p. 42.

⁹² *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. och *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990.

⁹³ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Dissenting opinion of judges Bindschedler-Robert, Russo and Gersing. p. 3.

⁹⁴ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. Joint partly dissenting opinion of judges Macdonald and Spielmann. p. 2.

need for appropriate legal measures should be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments".⁹⁵

This is an unusual but important and relevant statement. It underlined the fact that the question of the status of transsexuals is one where legal solutions necessarily follow medical, social and moral developments in society. It also indicated to the Contracting States that the Rees judgment might not be the Court's last word on the subject and that it might be overruled.⁹⁶

Nästa gång frågan prövades var i fallet *B. v. France 1992* som handlade om en man till kvinna, post-operativ, transsexuell person. I det fallet poängterades att domstolen i avgörandet av om artikel 8 ålägger staten en positiv skyldighet att ändra i personbevis måste väga allmänna och individuella intressen.⁹⁷ Europadomstolen ansåg att det hade skett en viss samhällsutveckling sedan fallet *Cossey*, men att denna inte var tillräcklig för att ensamt minska Frankrikes "margin of appreciation".

The Court considers that it is undeniable that attitudes have changed, science has progressed and increasing importance is attached to the problem of transsexualism. [...] On [...] various points there is as yet no sufficiently broad consensus between the member States of the Council of Europe to persuade the Court to reach opposite conclusions to those in its Rees and Cossey judgments.⁹⁸

Däremot ansåg domstolen att det fanns så stora skillnader i Storbritanniens och Frankrikes personregistreringssystem, att detta sammantaget med det faktum att sökanden i Frankrike till skillnad från i Storbritannien inte kunde få byta namn eller ändrat kön i passet, ledde till att avvägningen mellan de allmänna och individuella intressena fick ett annat utfall än i de engelska fallen *Rees* och *Cossey*.⁹⁹

The Court thus reaches the conclusion, on the basis of the above-mentioned factors which distinguish the present case from the Rees and Cossey cases and without it being necessary to consider the applicant's other arguments, that she finds herself daily in a situation which, taken as a whole, is not compatible with the respect due to her private life. Consequently, even having regard to the State's margin of appreciation, the fair balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual [...] has not been attained, and there has thus been a violation of Article 8 (art. 8).¹⁰⁰

The respondent State has several means to choose from for remedying this state of affairs. It is not the Court's function to indicate which is the most appropriate [...].¹⁰¹

⁹⁵ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. Joint dissenting opinion of judges Palm, Foighel and Pekkanen. p. 2.

⁹⁶ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. Joint dissenting opinion of judges Palm, Foighel and Pekkanen. p. 2.

⁹⁷ *B. v. France*, 25 March 1992. p. 9, 44.

⁹⁸ *B. v. France*, 25 March 1992. p. 48.

⁹⁹ *B. v. France*, 25 March 1992. p. 51, 63.

¹⁰⁰ *B. v. France*, 25 March 1992. p. 63.

¹⁰¹ *B. v. France*, 25 March 1992. p. 63.

Efter fallet *B.* kom ytterligare ett engelskt fall som behandlade samma fråga. Fallet var *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom 1998* och de två sökanden var båda man till kvinna, post-operativa, transsexuella. De sökande hade i det fallet formulerat sina klagomål något bredare genom att utpeka statens misslyckande att i allmänhet rättsligt erkänna deras nya kön som det som stod i strid med artikel 8, detta var dock inte något domstolen ansåg skilde fallet ifrån tidigare fall.¹⁰²

I domen hänvisades till fallet *B.* endast när domstolen uttryckte att man, som det konstaterades i det fallet, fortfarande inte ansåg att det fanns någon gemensam europeisk standard som minskade Storbritanniens ”margin of appreciation”.¹⁰³

In particular, the survey does not indicate that there is as yet any common approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection, or the circumstances in which a transsexual may be compelled by law to reveal his or her pre-operative gender.¹⁰⁴

Domstolen ansåg alltså, trots domen i fallet *B.*, att det inte hade skett något brott mot artikel 8. Däremot tryckte de ännu hårdare på att Storbritannien borde arbeta på en lösning av problemet genom att uttala följande:

Having reached those conclusions, the Court cannot but note that despite its statements in the Rees and Cossey cases on the importance of keeping the need for appropriate legal measures in this area under review having regard in particular to scientific and societal developments [...], it would appear that the respondent State has not taken any steps to do so. The fact that a transsexual is able to record his or her new sexual identity on a driving licence or passport or to change a first name are not innovative facilities. They obtained even at the time of the Rees case. Even if there have been no significant scientific developments since the date of the Cossey judgment which make it possible to reach a firm conclusion on the aetiology of transsexualism, it is nevertheless the case that there is an increased social acceptance of transsexualism and an increased recognition of the problems which post-operative transsexuals encounter. Even if it finds no breach of Article 8 in this case, the Court reiterates that this area needs to be kept under review by Contracting States.¹⁰⁵

Åtta av tjugo domare var i det här fallet skiljaktiga till fördel för de klagande och ansåg att domstolen borde ha dömt som i fallet *B.*¹⁰⁶

Först i fallet *Christine Goodwin v. the United Kingdom 2002*¹⁰⁷ ändrade domstolen uppfattning i frågan om rättsligt erkännande av transsexuellas

¹⁰² *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998. p. 12, 21, 53.

¹⁰³ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998. p. 55, 56.

¹⁰⁴ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998. p. 59.

¹⁰⁵ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998. p. 60.

¹⁰⁶ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998. Joint partly dissenting opinion of judges Bernhard, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarczyk and Voicu. och Partly dissenting opinion of judge Casadevall.

¹⁰⁷ Samma uttalanden från domstolen finns i det samtidigt avgjorda fallet *I. v. the United Kingdom*, 11 July 2002.

post-operativa kön, och argumenterade för att Europakonventionen är och bör vara ett levande dokument.

While 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 [...].¹⁰⁸

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 [...].¹⁰⁹

Domstolen undersökte också om det kunde sägas finnas en europeisk standard i frågan, men tog tillslut fasta på att det fanns en internationell trend både för social acceptans av transsexuella, men också för rättsligt erkännande av deras post-operativa kön.

In the later case of Sheffield and Horsham, the Court's judgment laid emphasis on the lack of a common European approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection. While this would appear to remain the case, the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising.¹¹⁰

In accordance with the principle of subsidiarity, it is indeed primarily for the Contracting States to decide on the measures necessary to secure Convention rights within their jurisdiction and, in resolving within their domestic legal systems the practical problems created by the legal recognition of post-operative gender status, the Contracting States must enjoy a wide margin of appreciation.¹¹¹

The Court accordingly 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.¹¹²

Slutligen konstaterade Europadomstolen att de allmänna intressena inte längre ansågs väga tyngre än de enskilda intressena.

¹⁰⁸ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002. p. 74.

¹⁰⁹ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002. p. 74.

¹¹⁰ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002. p. 85.

¹¹¹ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002. p. 85.

¹¹² Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002. p. 85.

Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender reassignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention.¹¹³

Som en konsekvens av fallet *Christine Goodwin* dömde domstolen även till brott mot artikel 8 i fallet *Grant v. the United Kingdom 2006* där frågan var om en post-operativ, man till kvinna transsexuell, hade rätt att gå i pension vid landets kvinnliga pensionsålder. Domstolen ansåg att som en följd av att Storbritannien nu var tvungen att rättsligt erkänna transsexuellas post-operativa kön, detta måste gälla även pensionsåldern.

Consequently, 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 2002.¹¹⁴

4.1.2 Andra rättigheter avhängigt könsbyte

Inte bara det rättsliga erkännandet, utan även den medicinska nödvändigheten, av könsbyte har ifrågasatts. I det första fallet som kom, *Van Kück v. Germany 2003*, ansåg inte den sökandes försäkringsbolag att operationen kunde räknas som medicinskt nödvändig och vägrade därför betala kostnaderna. Domstolen i Tyskland gav försäkringsbolaget rätt eftersom sökanden inte ansågs ha visat att operationen var nödvändig. Denna bevisbörda ansågs dock av Europadomstolen vara alltför tung att lägga på den enskilde.¹¹⁵

[B]oth the Regional Court and the Court of Appeal, notwithstanding the expert's unequivocal recommendation, questioned the necessity of gender reassignment for medical reasons without obtaining supplementary information on this point.¹¹⁶

The Court of Appeal also reproached the applicant with having deliberately caused her transsexuality. In 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 orientated. 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

¹¹³ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p. 93.

¹¹⁴ *Grant v. the United Kingdom*, 23 May 2006. p. 43.

¹¹⁵ *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003. p. 22.

¹¹⁶ *Van Kück v. Germany*, 12 June 2003. p. 80.

‘genuine nature’ of her transsexuality although, [...] the essential nature and cause of transsexualism are uncertain.¹¹⁷

Europadomstolen kom på grund av detta fram till att Tyskland hade brutit mot artikel 8.

In the light of recent developments [...], the burden placed on a person to prove the medical necessity of treatment, including irreversible surgery, in one of the most intimate areas of private life, appears disproportionate¹¹⁸

Ett annat fall som handlade just om ovilja från ett försäkringsbolag att betala för en könsbytesoperation var *Schlumpf v. Switzerland 2009*. I det fallet hävdade försäkringsbolaget att de enligt praxis inte behövde betala en sådan operation förrän efter en två år lång observationsperiod före operationen hade förflutit. Detta för att det på så sätt skulle kunna fastställas att det rörde sig om ett fall av ”äkt transsexualism”. Den nationella domstolen gav försäkringsbolaget rätt.¹¹⁹

Europadomstolen konstaterade att den nationella domstolen inte hade tagit hjälp av medicinsk expertis för att avgöra om tvåårskravet var rimligt. Inte heller hade de tagit hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och Europadomstolen konstaterade därför att Schweiz hade brutit mot artikel 8.

In view of the applicant’s very particular situation – she had been over 67 years old when she requested the State to pay for the operation – and the respondent State’s limited margin of appreciation in relation to a question concerning one of the most intimate aspects of private life, the Court concluded that a fair balance had not been struck between the insurance company’s and the applicant’s interests.¹²⁰

I fallet *L. v. Lithuania 2007* var problemet inte att det saknades rättsligt erkännande av transsexuellas post-operativa kön, utan att det saknades lagstiftning som reglerade full könsbyteskirurgi. Därmed saknades det också vårdinrättningar som kunde utföra sådan kirurgi. Sökanden menade därför att Litauen bröt mot artikel 8, vilket Europadomstolen också konstaterade.¹²¹

The Court finds that 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 [...], the budgetary burden on the State would not be expected to be unduly heavy.

¹¹⁷ Van Kück v. Germany, 12 June 2003. p. 81.

¹¹⁸ Van Kück v. Germany, 12 June 2003. p. 82.

¹¹⁹ Schlumpf v. Switzerland, 8 January 2009.

Fallet finns endast på franska och jag har därför använt mig av *Schlumpf v. Switzerland-29002/06 Legal Summary*, som finns i *Information Note on the Court’s case-law No. 115*.

¹²⁰ Schlumpf v. Switzerland-29002/06 Legal Summary, Information Note on the Court’s case-law No. 115.

¹²¹ L. v. Lithuania, 11 September 2007. p. 57.

Consequently, the Court considers that a fair balance has not been struck between the public interest and the rights of the applicant.¹²²

4.1.3 Sammanfattning av transsexuellas individuella rättigheter

Den viktigaste frågan för transsexuellas individuella rättigheter har definitivt varit frågan om rättsligt erkännande av könsbyte. Utvecklingen av Europadomstolens praxis i just det fallet brukar också tas som exempel på att Europakonventionen är ett levande dokument som ska tolkas i ljuset av samhällsförhållandena.

Slutsatserna som kan dras av de fall som ovan beskrivits, är att medlemsstaterna rättsligt måste erkänna transsexuellas post-operativa kön och se till att det enligt lag är möjligt att byta kön. När personen har fått sitt nya kön erkänt följer att den personen fullt ut ska behandlas som en person av sitt nya kön, exempelvis för pension (och senare för äktenskap vilket kommer att belysas längre fram). Länderna får inte heller godkänna orimliga krav för könsbytesoperationer i sjukförsäkringar, och varje fall måste bedömas individuellt.

Den viktigaste kommentaren att ta med sig för att kunna säga något om Europadomstolens framtida praxis är att Europakonventionen ska tolkas dynamiskt. Viktigt är även uttalandet domstolen gör i fallet *Christine Goodwin*, där domarna säger att de fäster mindre vikt vid att det saknas bevis för en gemensam europeisk strategi för att lösa de rättsliga och praktiska problemen, än för de klara och obestridda bevisen på en fortsatt internationell trend till förmån, inte bara för ökad social acceptans av transsexuella, utan för juridiskt erkännande av den nya sexuella identiteten för postoperativa transsexuella.

4.2 Homosexuellas rättigheter

Homosexuellas individuella rättigheter har delats in under rubrikerna ”kriminalisering av homosexuella handlingar” och ”avsked på grund av sexuell läggning”. Detta eftersom det verkar vara de viktigaste frågorna för den fortsatta utvecklingen av homosexuellas rättigheter, och det är i huvudsak dessa frågor som Europadomstolen på ett eller annat sätt har behandlat.

4.2.1 Kriminalisering av homosexuella handlingar

Vid tidpunkten för konventionens tillkomst fanns det i många länder förbud mot homosexuella handlingar, och dessa ansågs inte då vara otillåtna

¹²² L. v. Lithuania, 11 September 2007. p. 59.

inskränkningar i rätten till respekt för privatlivet. Först genom fallen *Dudgeon v. the United Kingdom 1981* och efterföljande *Norris v. Ireland 1988* ändrade domstolen sin inställning, och kom fram till att sådana inskränkningar av rätten till privatliv inte var tillåtna enligt artikel 8.¹²³

Både *Dudgeon* och *Norris* var enligt egna uppgifter homosexuella, och trots att ingen av dem hade blivit föremål för åtal eller myndighetsingripanden ansågs de behöriga att klaga över brott mot artikel 8. Domstolen ansåg nämligen att den lag som förbjöd homosexuella handlingar redan genom sin existens kunde anses innebära ett pågående ingrepp i de två klagandens privatliv.¹²⁴

I domen började domstolen med att konstatera att straffrättslig lagstiftning som reglerar sexuella handlingar visserligen kan vara nödvändig.

There can be no denial that some degree of regulation of male homosexual conduct, as indeed of other forms of sexual conduct, by means of the criminal law can be justified as "necessary in a democratic society".¹²⁵

I ett tidigare fall *Handyside v. the United Kingdom* från 1976 hade domstolen uttalat att när det gällde moraliska frågor var den enskilda medlemsstaten i princip bättre lämpad att avgöra dessa.

The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.¹²⁶

Detta framhölls därför av Storbritannien i fallet *Dudgeon*, de menade att eftersom det rörde sig om en moralisk fråga så borde staten vara bäst lämpad att avgöra denna. Dock rörde fallet *Handyside* rätten att publicera en lärobok med vad den brittiska staten ansåg vara obscen material, och domstolen konstaterar i fallet *Dudgeon* att den inskränkta rättighetens natur också påverkar ländernas "margin of appreciation".

However, not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2).¹²⁷

¹²³ Danelius, H. 2007. s 310.

¹²⁴ Danelius, H. 2007. s 310.

¹²⁵ *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981. p. 49.

¹²⁶ *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976. p. 48.

¹²⁷ *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981. p. 52.

Därefter diskuterades om det fanns någon samsyn hos medlemsländerna eftersom detta bör påverka räckvidden av ländernas ”margin of appreciation”.

The Government right affected by the impugned legislation protects an essentially private manifestation of the human personality [...]. As compared with the era when that legislation was enacted, there is now a better understanding, and in consequence an increased tolerance, of homosexual behaviour to the extent that in the great majority of the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied [...].¹²⁸

I fråga om åtgärdens proportionalitet uttryckte domstolen att skälen för att behålla lagstiftningen måste vägas mot konsekvenserna för den enskilda personen.

On the issue of proportionality, the Court considers that such justifications as there are for retaining the law in force unamended are outweighed by the detrimental effects which the very existence of the legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation like the applicant. Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved.¹²⁹

Europadomstolen kom därefter till slutsatsen att det inte fanns tillräckliga skäl för att motivera en lagstiftning som förbjöd privata homosexuella handlingar mellan samtyckande vuxna. Domstolen uttryckte särskilt att de moraliska uppfattningarna om homosexualitet i Nordirland inte kunde rättfärdiga ett sådant ingrepp i den enskildes rätt till privatliv.

Accordingly, the reasons given by the Government, although relevant, are not sufficient to justify the maintenance in force of the impugned legislation in so far as it has the general effect of criminalising private homosexual relations between adult males capable of valid consent. In particular, the moral attitudes towards male homosexuality in Northern Ireland and the concern that any relaxation in the law would tend to erode existing moral standards cannot, without more, warrant interfering with the applicant's private life to such an extent. "Decriminalisation" does not imply approval, and a fear that some sectors of the population might draw misguided conclusions in this respect from reform of the legislation does not afford a good ground for maintaining it in force with all its unjustifiable features.¹³⁰

I fallet *Modinos v. Cyprus 1993* fastslogs att även Cyperns liknande lagstiftning stred mot artikel 8 och kränkte rätten till privatliv, trots att man från Cyperns sida hävdade att det utvecklats en praxis enligt vilken åtal inte längre väcktes för sådana handlingar.¹³¹

¹²⁸ Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981. p. 60.

¹²⁹ Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981. p. 60.

¹³⁰ Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981. p. 61.

¹³¹ Modinos v. Cyprus, 22 April 1993. p. 24.

En annan begränsning av homosexuella handlingar, som efter borttagandet av generella förbud fanns kvar i många länder, var en skillnad i samtyckesålder, vilket då inte ansågs stå i strid mot rätten till privatliv i artikel 8. I många länder kunde man under lång tid samtycka till heterosexuella handlingar flera år tidigare än man kunde till homosexuella handlingar. Men i en rad fall, varav det första *S.L. v. Austria 2003*, konstaterar Europadomstolen att en sådan lagstiftning bryter mot artikel 8 i förening med artikel 14.¹³²

Domstolen började med att konstatera att sexuell läggning fick anses vara en diskrimineringsgrund som täcks av artikel 14.

[T]he Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14 [...]. Just like differences [in treatment] based on sex, [...] differences [in treatment] based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification [...].¹³³

Domstolen fann att de argument Österrike haft för en åldersskillnad ("*that a dangerous strain [...] be placed by homosexual experiences upon the sexual development of young males*"¹³⁴) inte var välgrundade och tillräckliga skäl för särbehandling. Därmed konstaterade Europadomstolen att Österrike inte hade presenterat övertygande skäl för att rättfärdiga en högre samtyckesålder för homosexuella handlingar.¹³⁵

Förutom fall som rört generella förbud mot homosexuella handlingar, har även mer specifika sexuella handlingar blivit föremål för domstolens prövning.

År 2002 kom fallet *A.D.T. v. the United Kingdom* där en person hade dömts till straff för grov osedlighet, på grund av att han utfört homosexuella handlingar med fyra andra män. Detta då det i Storbritannien fanns en lag som förbjöd homosexuella handlingar som inte utfördes i det privata, vilket det *per se* inte ansågs göra om det var mer än två män inblandade.¹³⁶

Europadomstolen fann att situationen inte varit sådan att det funnits skäl för staten att ingripa med straffåtgärder och att det stred mot artikel 8 att, som Storbritannien i det fallet gjorde, döma någon för att han privat haft icke-våldsamt sex med flera män samtidigt.¹³⁷

[...] the applicant [...] had gone to some lengths not to reveal his sexual orientation, and [had] repeated his desire for anonymity before the Court [...].¹³⁸

¹³² *S.L. v. Austria*, 9 January 2003; *L. and V. v. Austria*, 9 January 2003; *B.B. v. the United Kingdom*, 10 February 2004; *Woditschka and Wilfling v. Austria* 21 October 2004; *Ladner v. Austria*, 3 February 2005; *Wolfmeyer v. Austria*, 26 May 2005; *H.G. and G.B. v. Austria*, 2 June 2005; och *R.H. v. Austria*, 19 January 2006.

¹³³ *S.L. v. Austria*, 9 January 2003. p.37.

¹³⁴ *S.L. v. Austria*, 9 January 2003. p. 43.

¹³⁵ *S.L. v. Austria*, 9 January 2003. p. 44.

¹³⁶ Danelius, H. 2007. s 311. samt *A.D.T. v. the United Kingdom*, 31 July 2000. p. 16.

¹³⁷ Danelius, H. 2007. s 311. samt *A.D.T. v. the United Kingdom*, 31 July 2000. p. 38.

¹³⁸ *A.D.T. v. the United Kingdom*, 31 July 2000. p. 25.

The applicant was involved in sexual activities with a restricted number of friends in circumstances in which it was most unlikely that others would become aware of what was going on. [...] The activities were therefore genuinely “private”, and the approach of the Court must be to adopt the same narrow margin of appreciation as it found applicable in other cases involving intimate aspects of private life [...].¹³⁹

Fallet *Laskey and others v. the United Kingdom* 1997 rörde homosexuella män som blivit dömda för att ha haft sadomasochistiskt gruppsex. I det fallet ansåg domstolen att Storbritanniens tillämpning av lagens inte stred mot artikel 8.

The Court considers that one of the roles which the State is unquestionably entitled to undertake is to seek to regulate, through the operation of the criminal law, activities which involve the infliction of physical harm. This is so whether the activities in question occur in the course of sexual conduct or otherwise.¹⁴⁰

Detta trots att den nationella domstolen, i ett annat fall som rörde en kvinna som samtyckt till att få inbränt sin mans initialer, inte ansett detta vara något brott och uttalat:

Consensual activity between husband and wife, in the privacy of the matrimonial home, is not, in our judgment, a proper matter for criminal investigation, let alone criminal prosecution.¹⁴¹

Europadomstolen ansåg inte att våldet i de båda fallen kunde jämföras. De underströk att den nationella domstolen i domen mot de homosexuella männen framhållit, att de skulle handlat likadant i ett fall som rörde heterosexuellt sadomasochistiskt sex som resulterade i mer än smärre fysiska skador.¹⁴²

4.2.2 Avsked på grund av sexuell läggning

År 1999 kom de första fallen som slog fast att arbetsrättslig diskriminering på grund av homosexualitet inte var tillåten. Fallen *Smith and Grady v. the United Kingdom* och *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom* rörde militärer som efter flera år i tjänst blivit avskedade från Royal Air Force och Royal Navy då deras homosexualitet upptäckts. Besluten hade föregåtts av förhör och utredningar om deras sexuella läggning.¹⁴³ Storbritannien hävdade att det skulle hota den nationella säkerheten om man tillät att homosexuella arbetade i försvaret.

The core argument of the Government in support of the policy is that the presence of open or suspected homosexuals in the armed forces would have a

¹³⁹ A.D.T. v. the United Kingdom, 31 July 2000. p. 37.

¹⁴⁰ *Laskey and others v. the United Kingdom*, 19 February 1997. p. 43.

¹⁴¹ *Laskey and others v. the United Kingdom*, 19 February 1997. p. 30.

¹⁴² *Laskey and others v. the United Kingdom*, 19 February 1997. p. 47.

¹⁴³ Se även *Perkins and R. v. the United Kingdom*, 22 October 2002; *Beck, Copp and Bazeley v. the United Kingdom*, 22 October 2002; *Brown v. the United Kingdom*, 29 July 2003.

substantial and negative effect on morale and, consequently, on the fighting power and operational effectiveness of the armed forces.¹⁴⁴

Europadomstolen godkände att staten hade rätt att inskränka individers rätt till privatliv i de fall detta hotade den nationella säkerheten, men de godkände inte Storbritanniens argument för varför homosexuella i armen skulle utgöra ett sådant hot.

The Court [...] considers that it is open to the State to impose restrictions on an individual's right to respect for his private life where there is a real threat to the armed forces' operational effectiveness, as the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent service personnel from undermining it.¹⁴⁵

The Court finds that the perceived problems which were identified [...] as a threat to the fighting power and operational effectiveness of the armed forces were founded solely upon the negative attitudes of heterosexual personnel towards those of homosexual orientation [...] The Court observes [...] that these attitudes, even if sincerely felt by those who expressed them, ranged from stereotypical expressions of hostility to those of homosexual orientation, to vague expressions of unease about the presence of homosexual colleagues. To the extent that they represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the interferences with the applicants' rights outlined above any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.¹⁴⁶

Domstolen gjorde också klart att fördomar mot homosexuella bland personalen i armen inte kunde rättfärdiga förbudet mot homosexuella, på samma sätt som liknande förbud mot kvinnor eller färgade människor inte kunde rättfärdigas av att det fanns fördomar mot dessa grupper. De pekar också på att dessa grupper numera tillåts inom militären, och att detta verkar ha skett utan större problem.

[T]he Court considers it reasonable to assume that some difficulties could be anticipated as a result of any change in what is now a long-standing policy. Indeed, it would appear that the presence of women and racial minorities in the armed forces led to relational difficulties of the kind which the Government suggest admission of homosexuals would entail [...].¹⁴⁷

Europadomstolen fann därför att såväl förhören som avskedandena utgjorde ingrepp i personernas privatliv, och att dessa ingrepp inte var förenliga med artikel 8, då de skäl som Storbritannien lade fram inte var välgrundade.¹⁴⁸

Smith and Grady gällde också frågan om de utredningar som den engelska militären företagit, för att fastställa sökandens sexuella läggning, också i sig inneburit en kränkning av artikel 8. På detta svarade domstolen jakande

¹⁴⁴ *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999. p. 78.

¹⁴⁵ *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999. p. 89.

¹⁴⁶ *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999. p. 96.

¹⁴⁷ *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999. p. 100.

¹⁴⁸ *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999. p. 105.

endast i de fall utredningarna fortsatt efter att sökanden bekräftat sin homosexualitet.

[T]he Court considers that the Government have not offered convincing and weighty reasons justifying the continued investigation of the applicants' sexual orientation once they had confirmed their homosexuality to the air force authorities.¹⁴⁹

4.2.3 Sammanfattning av homosexuellas individuella rättigheter

Europadomstolens praxis rörande homosexuellas individuella rättigheter inleds med fallet *Dudgeon* som slår fast att kriminalisering av homosexualitet inte är förenligt med Europakonventionen. Ytterligare ett steg i att fastslå att homosexuella relationer i det privata måste accepteras togs genom fallet *A.D.T.* där Europadomstolen slår fast att även homosexuella handlingar mellan flera män måste anses vara godtagbara om de förekom i det privata. Inte heller den semi-kriminalisering som fanns kvar i form av högre samtyckesålder för homosexuella sexuella relationer ansåg domstolen var förenlig med Europakonventionen.

Viktigt att lägga märke till är också att Europadomstolen slår fast att sexuell läggning är ett begrepp som omfattas av artikel 14, och att precis som särbehandling på grund av kön kräver också olikabehandling på grund av sexuell läggning särskilt allvarliga skäl för att kunna motiveras. Europadomstolen påpekar också, när det gäller avskedandet av homosexuella inom militären, att negativa attityder och fördomar hos en heterosexuell majoritet mot en homosexuell minoritet, inte i sig kan betraktas av domstolen som en tillräcklig motivering för att inskränka sökandenas rättigheter, inte mer än liknande negativa attityder mot de av en annan ras, ursprung eller färg skulle göra.

Viktigt för framtida utveckling av praxis är enligt mig att domstolen i fallen gör jämförelser av särbehandlingen av homosexuella, med den särbehandling som skett och sker av svarta människor och kvinnor.

¹⁴⁹ Smith and Grady v. the United Kingdom, 27 September 1999. p. 110.

5 Parrättigheter

I kapitel 5 beskrivs de fall som behandlar parrättigheter, det vill säga lika rättigheter för homosexuella och transsexuellas kärleksrelationer enligt Europakonventionen. Dessa fall får sägas vara mycket mindre ”väletablerade” i Europadomstolens praxis, och det är först på senare tid de har börjat få ordentlig genomslagskraft.¹⁵⁰

5.1 Transsexuellas rättigheter

Jag har valt att beskriva homosexuellas och transsexuellas rättigheter var för sig eftersom de skiljer sig en hel del åt. Rättsfallen som rör transsexuella presenteras först då dessa i de flesta fall kronologiskt befinner sig tidigare än homosexualitetsfallen. Dessutom hänvisar Europadomstolen i flera av homosexualitetsfallen gällande parrättigheter till domar som rör transsexuellas parrättigheter.

Transsexuellas parrättigheter har delats in under rubrikerna ”rätt att gifta sig”, ”rätt att förbli gift” och ”rätt att gifta sig i sitt biologiska kön”. Detta eftersom det verkar vara de viktigaste frågorna för transsexuella, och det är i huvudsak dessa frågor som Europadomstolen på ett eller annat sätt har behandlat.

5.1.1 Rätt att gifta sig

Det första fallet som rörde rättsligt erkännande av transsexuellas postoperativa kön (fallet *Rees*, beskrivet i kap. 4.1.1) gällde också frågan om det kunde anses vara ett brott mot artikel 12 att Storbritannien inte rättsligt erkände sökandens post-operativa kön, och därmed inte heller lät honom gifta sig med en kvinna.¹⁵¹ Europadomstolen konstaterar dock att äktenskapet är förbehållet personer av olika biologiskt kön, och att detta inte kan anses vara en kränkning av rätten att gifta sig enligt artikel 12.

In the Court’s opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 (art. 12) refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 (art. 12) is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family.¹⁵²

Furthermore, Article 12 (art. 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.¹⁵³

¹⁵⁰ Wintemute, R. 2011, s 6.

¹⁵¹ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 48.

¹⁵² *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 49.

¹⁵³ *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986. p. 50.

I fallet *Cossey v. the United Kingdom 1990*, som också handlade om en kvinna till man transsexuell person, berördes också frågan om artikel 12 kunde användas för att kräva en rätt att få gifta sig som tillhörande sitt nya kön. Även denna gång besvarade domstolen frågan nekande (dock inte enigt), och tryckte på det faktum att en könsbytesoperation inte ändrar det biologiska könet.

Although 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 (art. 12) on the point at issue. It finds, furthermore, that attachment to the traditional concept of 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.¹⁵⁴

Frågan om artikel 12 och transsexuellas rätt att gifta sig i sitt nya kön tas inte upp av majoriteten av domstolen i fallet *B*. Detta trots att de anser att Frankrike gjort sig skyldig till brott mot artikel 8, när de inte rättsligt erkänt sökandens post-operativa kön.¹⁵⁵ Detta kan tänkas bero på att domstolen inte anser att ett rättsligt erkännande nödvändigtvis måste få konsekvensen att transsexuella även får gifta sig i sitt nya kön. Detta exempelvis på grund av att man som i fallet *Cossey* väljer att tillämpa ett biologiskt kriterium på kön för giftermål. Många av de skiljaktiga domarna i målet uttryckte dock sin oro för att slutsatsen av domen skulle komma att bli att transsexuella har en rätt att gifta sig enligt artikel 12, vilket var något flera av dem starkt motsatte sig.¹⁵⁶

I fallet *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom 1998* håller domstolen fast vid sin tidigare bedömning från fallet *Cossey* (18 röster mot 2).

The 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 [...].¹⁵⁷

Vändningen i frågan kom i fallet *Christine Goodwin v. the United Kingdom 2002*. Europadomstolen börjar med att gå igenom argumentationen som förts i fallen *Rees*, *Cossey* och *Sheffield and Horsham* och uttalar att endast biologiska faktorer inte längre kan vara avgörande för vilket kön en person ska anses tillhöra.

¹⁵⁴ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. p. 46.

¹⁵⁵ *B. v. France*, 25 March 1992.

¹⁵⁶ *B. v. France*, 25 March 1992, se exempelvis Dissenting Opinion of Judge Pinheiro Farinha. p. 9.

¹⁵⁷ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998. p. 67.

Reviewing 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.¹⁵⁸

The Court has found [...] 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. The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women [...].¹⁵⁹

Utöver dessa argument förde domstolen också ett intressant resonemang om vad som i artikel 12:s mening innebar en begränsning som påverkar själva kärnan i rätten att gifta sig.

The Court has therefore considered whether the allocation of sex in national law to that registered at birth is a limitation impairing the very essence of the right to marry in this case. In that regard, it 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.¹⁶⁰

Avslutningsvis konstaterade Europadomstolen dock att de faktiska villkoren för att transsexuella ska få gifta sig är upp till de nationella domstolarna att besluta.

While it is for the Contracting State 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), the Court finds no justification for barring the transsexual from enjoying the right to marry under any circumstances.¹⁶¹

5.1.2 Rätt att förbli gift

Fallet *Christine Goodwin* gav slutligen transsexuella en rätt att gifta sig i sitt nya kön. Redan i avslutningen av den domen skymtar dock de problem som kan uppstå för transsexuella som före könsbytet redan är gifta. Detta

¹⁵⁸ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p.98.

¹⁵⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p.100.

¹⁶⁰ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p.101.

¹⁶¹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p.103.

eftersom Europadomstolen skriver att det är upp till medlemsländerna själva att bestämma under vilka villkor tidigare äktenskap upphör att gälla.¹⁶²

Problemet blir tydligt i fallet *Parry v. the United Kingdom 2006*, vilket är ett avvisningsbeslut från Europadomstolen. I fallet vill en man till kvinna post-operativ transsexuell förbli gift med sin fru som hon har varit gift med i över 40 år och har tre barn tillsammans med. Den engelska lagstiftningen ställer dock som krav för rättsligt erkännande av den nya könsidentiteten att det befintliga äktenskapet upplöses. Domstolen började med att uppmärksamma att man ser problemet lagstiftningen skapar för den enskilde personen, och konstaterade att frågan måste ses i ljuset av både artikel 8 och 12.¹⁶³

The 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. However, it must be taken into account, as the Government have asserted, that Article 12 is the *lex specialis* for the right to marry.¹⁶⁴

Europadomstolen konstaterade sedan att kravet på äktenskapets upplösande får anses vara proportionerligt. Som argument framfördes att sökanden kunde fortsätta sitt förhållande i dess nuvarande väsentligheter, och dessutom få det rättsligt erkänt i form av partnerskap.

In 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.¹⁶⁵

Europadomstolen gick sedan vidare och prövade fallet mot artikel 12 och konstaterade att Storbritannien hade infört de lagändringar som krävdes enligt fallet *Christine Goodwin*.

In seeking to comply with the Court’s judgment in *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [...] in which it had been found that the biological criteria governing the capacity to marry imposed an effective bar on transsexuals’ exercise of their right to marry, the legislature have now provided a mechanism whereby a transsexual can obtain recognition in law of the change and thus be able, for the future, to marry a person of the new opposite

¹⁶² *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p.103.

¹⁶³ *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Decision. se även *R. and F. v. the United Kingdom*, 28 November 2006.

¹⁶⁴ *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Decision.

¹⁶⁵ *Parry v. the United Kingdom*, 28 November 2006. Decision.

gender. The Court observes that the legislature was aware of the fact that there were a small number of transsexuals in subsisting marriages but deliberately made no provision for those marriages to continue in the event that one partner made use of the gender recognition procedure.¹⁶⁶

Domstolen konstaterade sedan att artikel 12 endast gäller äktenskap mellan personer av olika kön, och att någon rätt till äktenskap för de två sökanden därför inte kunde anses härledas därifrån.

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 1950.¹⁶⁷

The 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.¹⁶⁸

I en alldeles ny dom, *H. v. Finland 2012*, bekräftades ovanstående inställning till frågan om rätten för transsexuella att förbli gifta efter ett könsbyte. Fallet handlade om en man till kvinna transsexuell som ville förbli gift med sin fru, vilket enligt finsk lag inte var möjligt eftersom Finland inte tillåter samkönade äktenskap.

The 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.¹⁶⁹

Europadomstolen summerade vad man tidigare fastslagit och konstaterade: (1) att artikel 12 inte medför en skyldighet för konventionsstaterna att ge samkönade par tillgång till äktenskap (2) att inte heller artikel 8, som är en mer allmän bestämmelse, kan tolkas så att en sådan skyldighet uppstår. (3)

¹⁶⁶ Parry v. the United Kingdom, 28 November 2006. Decision.

¹⁶⁷ Parry v. the United Kingdom, 28 November 2006. Decision.

¹⁶⁸ Parry v. the United Kingdom, 28 November 2006. Decision.

¹⁶⁹ *H. v. Finland*, 13 November 2012. p. 48.

att domstolen fastslagit att frågan om reglering av effekterna av könsbyte i samband med äktenskapet faller inom medlemsstaternas ”margin of appreciation”. Domstolen avslutade sedan med att konstatera att det inte kan anses vara oproportionerligt att kräva att äktenskapet övergår till ett partnerskap.

While 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 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.¹⁷⁰

Sökanden hävdade även att Finlands lagstiftning stred mot artikel 14, men även här avslag Europadomstolen sökandens krav. Domstolen menade för det första att hon inte kunde anses vara i en jämförbar situation med icke transsexuella och ogifta transsexuella personer. Slutligen konstaterade domstolen dock att det inte hade gjort någon skillnad även om hon hade kunnat anses vara i en jämförbar situation.¹⁷¹

Moreover, the Court notes that in essence the problem in the present case is 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 marriage [...]. 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. Therefore, in the light of these findings, it cannot be said that the applicant has been discriminated against vis-à-vis other persons when not being able to obtain a female identity number, even assuming that she could be considered to be in a similar position to them.¹⁷²

Idag finns det alltså ingen rätt enligt Europakonventionen att förbli gift efter ett könsbyte. Detta eftersom det enligt Europadomstolen får anses falla inom ländernas ”margin of appreciation” att reglera effekterna av ett könsbyte för befintligt äktenskap.

5.1.3 Rätt att gifta sig i sitt biologiska kön

Ett oväntat problem belyses i ett avvisningsbeslut från Europakommissionen i fallet *Eriksson and Goldschmidt v. Sweden 1989*. Fallet handlade om en transsexuell person som var född man. Efter att ha fått ett intyg från en psykiatrisk klinik om att hon på grund av medicinska och mentala skäl behövde agera som en kvinna i vardagen, fick hon dock ändrat sitt namn och personnummer. Därmed fick hon rättsligt fastställt att hon var av kvinnligt

¹⁷⁰ H. v. Finland, 13 November 2012. p. 50.

¹⁷¹ H. v. Finland, 13 November 2012. p. 65.

¹⁷² H. v. Finland, 13 November 2012. p. 66.

kön år 1980. Sökanden hade dock inte genomgått någon kirurgisk behandling och var fysiskt sett fortfarande en man.¹⁷³

Problem uppstod när sökanden år 1984 ville gifta sig med sin kvinnliga partner, men blev nekad eftersom hon enligt svensk lagstiftning numera var av kvinnligt kön. Inför Europakommissionen framförde sökanden argumentet att hon, även innan det blev rättsligt fastställt, agerat som kvinna och då inte skulle ha varit förhindrad att gifta sig med sin kvinnliga partner.

The applicants allege a violation of Article 12 of the Convention as they have been refused the right to marry. They maintain that they should have the right to marry as they are of opposite biological sex. They point out that long before the first applicant had her registered sex changed she had acted as a woman in order to facilitate everyday life. She would then have been allowed to marry the second applicant. The applicants furthermore point out that the first applicant would, although she is physically a man, in principle be allowed to marry another man.¹⁷⁴

Europakommissionen menade att sökanden enligt svensk lag var av samma kön, och att de därför inte kunde hävda en rätt att gifta sig enligt artikel 12.

The Commission notes that the present applicants, although biologically of opposite sex, are under Swedish law both of female sex. This is so since the first applicant has, for medical and mental reasons, freely chosen to adopt the female sex and this change has been recognised in accordance with the Act on the Determination of Sex in Special Circumstances. Consequently, under Swedish law the applicants do not have the right to marry as they are legally of the same sex.¹⁷⁵

The Commission considers that the right to marry under Article 12 (Art. 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.¹⁷⁶

5.1.4 Sammanfattning transsexuellas parrättigheter

Transsexuellas parrättigheter har till stor del kretsat kring rätten till äktenskap. För transsexuellas del har problemet på samma sätt som för homosexuella varit att äktenskapet är reserverat för olikkönade par. Slutsatsen som kan dras av ovanstående fall är att transsexuella idag har rätt att gifta sig i sitt post-operativa kön, men att som en konsekvens av denna könsdefinition, transsexuella inte enligt Europakonventionen kan sägas ha någon rätt att förbli gifta eller gifta sig i sitt biologiska kön efter att det nya könet blivit rättsligt erkänt.

¹⁷³ Eriksson and Goldschmidt v. Sweden, 9 November 1989.

¹⁷⁴ Eriksson and Goldschmidt v. Sweden, 9 November 1989.

¹⁷⁵ Eriksson and Goldschmidt v. Sweden, 9 November 1989.

¹⁷⁶ Eriksson and Goldschmidt v. Sweden, 9 November 1989.

Uttalanden som kan vara viktiga för utvecklingen av framtida praxis är att domstolen konstaterar att ett pars oförmåga att bilda familj inte i sig kan anses påverka deras rätt att ingå äktenskap enligt artikel 12. Europadomstolen uttalar också att det inte längre måste vara biologiska kriterier som avgör vem som är man och kvinna i artikel 12 mening. Dessutom hänvisar domstolen till artikel 9 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som inte uttryckligen reserverar rätten till äktenskap för män och kvinnor.

5.2 Homosexuellas rättigheter

Homosexuellas parrättigheter har delats in under rubrikerna: ”homosexuellt samboskap jämfört med heterosexuellt samboskap”, ”homosexuellt samboskap jämfört med heterosexuellt äktenskap”, ”homosexuellt partnerskap jämfört med heterosexuellt äktenskap”, ”homosexuellt äktenskap jämfört med heterosexuellt äktenskap”, ”rätt till äktenskap för homosexuella” och ”rätt till partnerskap för homosexuella”. Denna komplexa uppdelning krävs eftersom Europadomstolen antingen har, eller kan tänkas komma att behandla dessa frågor olika.

5.2.1 Homosexuellt samboskap jämfört med heterosexuellt samboskap

Det första fallet där Europadomstolen jämställde ett homosexuellt samboskap med ett heterosexuellt var *Karner v. Austria 2003*. Fallet rörde en homosexuell man som ville ha samma rätt som i ett heterosexuellt par att överta sin sambos hyreskontrakt efter hans död. *Karner* undanröjde tidigare praxis där Europakommissionen förklarat liknande fall uppenbart ogrundade. I ett av de senare, *Rösli v. Germany 1996*, var omständigheterna mycket lika de i fallet *Karner*, men kommissionen kom då ändå fram till att den heterosexuella familjen förtjänade ett särskilt skydd.

The question remains, however, of whether it was justified to protect families but not to give similar protection to stable homosexual or lesbian relationships. The Commission recalls that the family, to which the relationship of heterosexual unmarried couples living together as husband and wife can be assimilated, merits special protection in society and that there is no reason why a High Contracting Party should not afford particular assistance to families. The Commission therefore accepted that the difference in treatment between the surviving partner of a homosexual or lesbian couple and somebody in the same position whose partner had been of the opposite sex can be objectively and reasonably justified. Furthermore, the Commission observed that the question of proportionality between the means employed and the aim pursued did not arise, as the complaint was that the legislation in question did not apply to the surviving partner of a homosexual couple, but gave a benefit to the claims of certain persons ("family") only [...].¹⁷⁷

¹⁷⁷ *Rösli v. Germany*, 15 May 1996. Decision.

Även i fallet *Karner* hävdade den österrikiska regeringen att syftet med regleringen var att skydda den traditionella familjeenheten, och frågan för Europadomstolen var om detta kunde anses vara tillräckliga skäl för att diskriminera gruppen homosexuella sambor.

“The Court can accept that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment. [...] It remains to be ascertained whether, in the circumstances of the case, the principle of proportionality has been respected.”¹⁷⁸

The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion.”¹⁷⁹

Domstolen konstaterade att i de fall länderna tillerkände heterosexuella sambor vissa rättigheter, var dessa också tvungna att ges till homosexuella sambor. Domstolen tog dock inte ställning till om det rörde sig om en kränkning av sökandens privat- eller familjeliv utan konstaterade istället att det gällde hans rätt till hem, som också skyddas av artikel 8.¹⁸⁰

Samma utgång fick det liknande fallet *Kozak v. Poland 2010*, där den polska lagstiftningen krävde att man hade levt under äktenskapsliknande förhållanden för att få överta hyreskontraktet vid sambons död, något som den nationella domstolen inte ansåg att ett homosexuellt par kunde göra eftersom äktenskapet var reserverat för en man och en kvinna. Även här hävdades att syftet var att skydda den traditionella familjen, vilket Europadomstolen på liknande grunder som i förra fallet underkände.¹⁸¹

The Court accepts that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment [...]. However, in pursuance of that aim a broad variety of measures might be implemented by the State [...]. Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions [...], the State, in its choice of means designed to protect the family and secure, as required by Article 8, respect for family life must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice in the sphere of leading and living one's family or private life.”¹⁸²

¹⁷⁸ *Karner v. Austria*, 24 July 2003. p. 40.

¹⁷⁹ *Karner v. Austria*, 24 July 2003. p. 41.

¹⁸⁰ *Karner v. Austria*, 24 July 2003. p. 33.

¹⁸¹ *Kozak v. Poland*, 2 March 2010. p. 96, 99.

¹⁸² *Kozak v. Poland*, 2 March 2010. p. 98.

Striking a balance between the protection of the traditional family and the Convention rights of sexual minorities is, by the nature of things, a difficult and delicate exercise, which may require the State to reconcile conflicting views and interests perceived by the parties concerned as being in fundamental opposition. Nevertheless, having regard to the State's narrow margin of appreciation in adopting measures that result in a difference based on sexual orientation [...], a blanket exclusion of persons living in a homosexual relationship from succession to a tenancy cannot be accepted by the Court as necessary for the protection of the family viewed in its traditional sense [...].¹⁸³

Den icke-diskrimineringsprincip för homosexuella sambor som fastslås i *Karner och Kozak* överförs i fallen *P.B. och J.S. v. Austria 2010* och *J.M. v. the United Kingdom 2010* även till andra områden än övertagande av hyreskontrakt.

I *P.B. och J.S.* handlade fallet om ett homosexuellt sambopar som ville att den enes utvidgade sjukförsäkring skulle täcka den andra på samma sätt som den gjorde för heterosexuella sambopar. Europadomstolen konstaterade för det första att ett utökat försäkringsskydd var en åtgärd som syftade till att förbättra den försäkrades privat- och familjesituation och därför föll under artikel 8. Domstolen uttalade sedan att det enligt artikel 14 är förbjudet att diskriminera, även när det handlar om något som landet inte är skyldigt att tillhandahålla enligt Europakonventionen.

”Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right [...] cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14 [...]”¹⁸⁴

De enda skälen Österrike gav till att homosexuella par inte inkluderades var att homosexuella partnerskap inte gick att registrera, och att det därför inte gick att kontrollera om personerna faktiskt hade en sådan relation som krävdes för att inkludera den andre i sjukförsäkringen. Detta var enligt domstolen inte ett tillräckligt skäl för diskriminering.¹⁸⁵

Det senaste fallet rörande samborättigheter var *J.M.* där en homosexuell kvinna krävde att få underhållsbidraget till sina barn beräknat på samma fördelaktiga grunder som om hon hade levt i en ny heterosexuell relation. Domstolen konstaterar att hon befinner sig i en jämförbar situation som en förälder som träffat en ny heterosexuell partner.

“The Court considers that the applicant can, for the purposes of Article 14, compare her situation to that of an absent parent who has formed a new relationship with a person of the opposite sex. The only point of difference between her and such persons is her sexual orientation; in all other relevant respects they are similar [...]. Her maintenance obligation towards her children was assessed differently on account of the nature of her new relationship. The difference in treatment at issue in the present

¹⁸³ *Kozak v. Poland*, 2 March 2010. p. 99.

¹⁸⁴ *P.B. and J.S. v. Austria*, 22 July 2010. p. 34.

¹⁸⁵ *P.B. and J.S. v. Austria*, 22 July 2010. p. 40, 42.

case derives from sexual orientation, a ground that falls within the scope of Article 14 [...].¹⁸⁶

Bearing in mind the purpose of the regulations, which is to avoid placing an excessive financial burden on the absent parent in their new circumstances, the Court perceives no reason for treating the applicant differently. It is not readily apparent why her housing costs should have been taken into account differently than would have been the case had she formed a relationship with a man [...].¹⁸⁷

I fallet *Schalk and Kopf v. Austria 2010* kommer Europadomstolen för första gången fram till att homosexuella sambor kan anses ha ett familjeliv i artikel 8:s mening. Därmed ändrar domstolen tidigare praxis på området, där man bland annat i fallet *Mata Estevez* (se nedan i kap. 5.1.2), sagt att homosexuella par endast kunde hävda rätten till privatliv och inte till familjeliv.¹⁸⁸

The Court notes that since 2001, when the decision in *Mata Estevez* was given, a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples [...]. Certain provisions of EU law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of “family” [...].¹⁸⁹

In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.¹⁹⁰

Vad detta kommer att få för faktiska konsekvenser återstår dock att se, frågan är om det kommer att innebära någon skillnad från de fall då domstolen istället använt sig av rätten till privatliv.

5.2.2 Homosexuellt samboskap jämfört med heterosexuellt äktenskap

Europadomstolen har generellt inte varit välvilligt inställd till krav från ogifta heterosexuella sambor, som valt att inte gifta sig, att likställas med gifta makar. Men eftersom homosexuella sambor inte har detta val i de flesta länder, skulle det kunna hävdas att de bör undantas från att behöva gifta sig för att kvalificera sig för en viss rättighet eller förmån. Denna argumentation har dock avvisats av Europadomstolen i flera fall genom att man har avvisat fallen som uppenbart ogrundade.¹⁹¹

¹⁸⁶ J.M. v. the United Kingdom, 28 September 2010. p. 55.

¹⁸⁷ J.M. v. the United Kingdom, 28 September 2010. p. 56.

¹⁸⁸ *Mata Estevez v. Spain*, 10 May 2001. Decision. och *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 94f.

¹⁸⁹ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 93.

¹⁹⁰ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 94.

¹⁹¹ Wintemute, R. 2011. s 8.

I fallet *Mata Estevez v. Spain 2001* försökte en homosexuell man få rätt till efterlevandepension då hans sambo sedan tio år tillbaka omkom i en bilolycka. Enligt den spanska lagstiftningen hade endast efterlevande gifta makar en sådan rätt, men sökanden i fallet argumenterade för att även han borde vara berättigad då det inte fanns någon möjlighet för homosexuella att gifta sig och därmed uppfylla kravet. Han grundade sin argumentation framförallt på att sammanboende heterosexuella par, som tidigare inte kunde gifta sig med varandra på grund av att Spanien inte tillät skilsmässa, ändå ansågs kunna ha rätt till efterlevandepension då den nya partnern avled.¹⁹²

Domstolen konstaterade att homosexuella förhållanden inte enligt praxis räknas som familjeliv i artikel 8, men att det faller under rätten till privatliv i samma artikel.

As regards establishing whether the decision in question concerns the sphere of “family life” within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention, the Court reiterates that, according to the established case-law of the Convention institutions, long-term homosexual relationships between two men do not fall within the scope of the right to respect for family life protected by Article 8 of the Convention [...].¹⁹³

Domstolen konstaterade sedan att Europakonventionen inte ger någon rätt till efterlevandepension men att det skulle kunna röra sig om diskriminering enligt artikel 8 tillsammans med artikel 14.

The Court accepts, firstly, that the applicant might have been treated differently if his partner had been of the opposite sex. Indeed, as the applicant pointed out, Spanish legislation has taken some account of the situation of unmarried couples with regard to their eligibility for a survivor’s pension since, under Spanish law, persons living together as man and wife who could not marry each other because divorce was not permissible before 1981 have been eligible for a survivor’s pension. That being said, the Court notes that marriage constituted an essential precondition for eligibility for a survivor’s pension and that even in the situation referred to by the applicant it was a notional condition for recognition of eligibility. It has to be noted that in no circumstances do the laws in force in Spain permit marriage between persons of the same sex.¹⁹⁴

In the instant case the Court notes that Spanish legislation relating to eligibility for survivors’ allowances does have a legitimate aim, which is the protection of the family based on marriage bonds [...]. The Court considers that the difference in treatment found can be considered to fall within the State’s margin of appreciation [...].¹⁹⁵

Europadomstolen kom fram till att de spanska reglerna om efterlevandepension hade ett legitimt syfte, vilket var att skydda den familj som är baserad på äktenskapets band. Det är alltså tillåtet att ge gifta par förmåner som homosexuella par därmed inte har någon möjlighet att få ta

¹⁹² Mata Estevez v. Spain, 10 May 2001. Decision.

¹⁹³ Mata Estevez v. Spain, 10 May 2001. Decision.

¹⁹⁴ Mata Estevez v. Spain, 10 May 2001. Decision.

¹⁹⁵ Mata Estevez v. Spain, 10 May 2001. Decision.

del av om landet inte tillåter homosexuella äktenskap. Ansökan avvisades som uppenbart ogrundad.¹⁹⁶

Två senare fall, som också rör frågan om jämställande av homosexuella sambor med heterosexuella makar, har avvisats som uppenbart ogrundade. Även om fallen, *Courten v. the United Kingdom 2008* och *M.W. v. the United Kingdom 2009*, liknar *Mata Estevez* så innehåller de en del argument från Europadomstolen som jag tycker är värda att presentera.

I fallet *Courten* ansågs en efterlevande homosexuell sambo inte ha rätt till undantag från arvsskatt så som en heterosexuell make hade haft.

The Court has had previous occasion to remark that, notwithstanding social changes, marriage remains an institution that is widely accepted as conferring a particular status on those who enter it and, indeed, it is singled out for special treatment under Article 12 of the Convention. It has held, for example, that the promotion of marriage, by way of limited benefits for surviving spouses, cannot be said to exceed the margin of appreciation afforded to the respondent Government [...].¹⁹⁷

The applicant has pointed out that he was unable at the relevant time, through no choice of his own, to enter into a legally-binding arrangement akin to marriage [...]. However, in the area of evolving social rights where there is no established consensus, States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes [...] and the Government cannot be criticised for not having introduced the 2004 legislation [rörande partnerskap. *min anm.*] at an earlier date and thereby enabled the applicant to obtain the benefit of the inheritance tax exemptions conferred on the survivor of a civil partnership. For the purposes of Article 14, the applicant cannot, therefore, claim that he was in an analogous situation to married couples. His complaints must be rejected as manifestly ill-founded [...].¹⁹⁸

Fallet *M.W.* gällde en efterlevande homosexuell sambos rätt till ”bereavement benefits” (ung. bidrag för sorg och saknad). Domstolen använde liknande argumentation som i fallet *Courten* och kom fram till att någon sådan rätt inte fanns då bidraget bara betalades ut till efterlevande makar.¹⁹⁹

5.2.3 Homosexuellt partnerskap jämfört med heterosexuellt äktenskap

Det finns än så länge ingen dom från Europadomstolen som behandlar frågan om hur homosexuellt partnerskap bör ställas i förhållande till heterosexuellt äktenskap.²⁰⁰

I fallet *Burden v. the United Kingdom 2008* gör domstolen dock en jämförelse mellan heterosexuellt äktenskap och homosexuellt partnerskap.

¹⁹⁶ Mata Estevez v. Spain, 10 May 2001. Decision.

¹⁹⁷ Courten v. the United Kingdom, 4 November 2008. Decision.

¹⁹⁸ Courten v. the United Kingdom, 4 November 2008. Decision.

¹⁹⁹ M.W. v. the United Kingdom, 23 June 2009. Decision.

²⁰⁰ Wintemute, R. 2011. s 8.

Fallet handlade egentligen om två ogifta systrar, vilka hela sitt liv har bott tillsammans, och som därför i arvsskatterättsligt hänseende vill bli behandlade på samma sätt som homosexuella sambos vilka ingått partnerskap enligt den engelska lagstiftningen.²⁰¹ Europadomstolen konstaterade dock att det får anses vara två helt olika typer av förhållanden.

The Grand Chamber commences by remarking that the relationship between siblings is qualitatively of a different nature to that between married couples and homosexual civil partners under the United Kingdom's Civil Partnership Act. The very essence of the connection between siblings is consanguinity, whereas one of the defining characteristics of a marriage or Civil Partnership Act union is that it is forbidden to close family members [...]. The fact that the applicants have chosen to live together all their adult lives, as do many married and Civil Partnership Act couples, does not alter this essential difference between the two types of relationship.²⁰²

Domstolen avfärdade sedan påståendet att systrarnas förhållande skulle kunna jämföras med ett heterosexuellt äktenskap, och gör därefter en jämförelse mellan heterosexuellt äktenskap och homosexuellt partnerskap.

As with marriage, the Grand Chamber considers that the legal consequences of civil partnership under the 2004 Act, which couples expressly and deliberately decide to incur, set these types of relationship apart from other forms of co-habitation. Rather than the length or the supportive nature of the relationship, what is determinative is the existence of a public undertaking, carrying with it a body of rights and obligations of a contractual nature. Just as there can be no analogy between married and Civil Partnership Act couples, on one hand, and heterosexual or homosexual couples who choose to live together but not to become husband and wife or civil partners, on the other hand [...], the absence of such a legally binding agreement between the applicants renders their relationship of co-habitation, despite its long duration, fundamentally different to that of a married or civil partnership couple.²⁰³

Europadomstolen verkar här likställa homosexuellt partnerskap med heterosexuellt äktenskap då man ställer de båda på samma sida, som motsats till både hetero och homosexuella samboskap. Att domstolen själv också verkar tolka *Burden* domen på det sättet bekräftas i tidigare nämnda fallet *Courten*. Där skriver domstolen om *Burden* domen:

The Court would note that while the Grand Chamber equated civil partnerships between homosexual couples with marriage this was on the basis that in both situations the parties had undertaken public and binding obligations towards each other. The judgment therefore is of no assistance in that respect to the applicant who lived with his partner in a long term but informal relationship.²⁰⁴

Viktigt att uppmärksamma är dock att det är stor skillnad bland länderna på vad det innebär att ingå ett partnerskap. I vissa länder medför det bara vissa mindre juridiska förändringar, medan det i andra har samma rättsverkningar

²⁰¹ *Burden v. the United Kingdom*, 29 April 2008. p. 27.

²⁰² *Burden v. the United Kingdom*, 29 April 2008. p. 62.

²⁰³ *Burden v. the United Kingdom*, 29 April 2008. p. 65.

²⁰⁴ *Courten v. the United Kingdom*, 4 November 2008. Decision.

som äktenskap. Detta är en faktor som både försvårar bedömningen av hur Europadomstolen kommer att bedöma homosexuella partnerskap i förhållande till heterosexuella äktenskap och även hur dessa domar ska tolkas i andra länder än det i fallet aktuella. Det kan också tänkas att Europadomstolen i vissa hänseenden kan tänkas likställa dessa, medan man i andra hänseenden, så som exempelvis föräldrarättigheter, inte kommer att göra det (se fallet *Gas and Dubois* i kap. 6.2.2.2).

5.2.4 Homosexuellt äktenskap jämfört med heterosexuellt äktenskap

Inte heller här finns det några rättsfall från Europadomstolen. Baserat på hur domstolen resonerar i fallen *Karner* och *Kozak* som rör homosexuella sambors rätt att jämföras med heterosexuella sambor borde dock rimligen kunna antas att samma princip gäller här. Det vill säga i de fall där en stat frivilligt har valt att tillåta homosexuella äktenskap, borde dessa behöva likställas med heterosexuella sådana för att inte bryta mot artikel 14.²⁰⁵

5.2.5 Rätt till äktenskap för homosexuella

Europadomstolen har, som ovan beskrivits, nyligen i fallet *Schalk and Kopf* fastslagit att homosexuella par kan anses ha ett familjeliv. I fallet prövades också för första gången frågan om två personer av samma kön kan göra gällande en rätt att få gifta sig.²⁰⁶

Omständigheterna i fallet var att två österrikiska män ville ha rätt att gifta sig med varandra. De hävdade att Österrike bröt mot artikel 12 och även mot artikel 8 i förening med artikel 14. Detta då männen varken hade rätt att gifta sig, eller någon annan möjlighet att få sitt förhållande rättsligt erkänt (innan Österrikes partnerskapslagstiftning trädde ikraft 2010).²⁰⁷

Europadomstolen började med att konstatera att något liknande fall inte tidigare prövats, men att paralleller kunde dras från fall som rör postoperativa transsexuella personer.

“In *Christine Goodwin* [...] the Court departed from that case-law: It considered that the terms used by Article 12 which referred to the right of a man and woman to marry no longer had to be understood as determining gender by purely biological criteria. In that context, the Court noted that there had been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention. Furthermore, it referred to Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which departed from the wording of Article 12. Finally, the Court noted that there was widespread acceptance of the marriage of transsexuals in their assigned gender. In conclusion the Court found that the impossibility for a post-operative transsexual to marry in her assigned gender violated Article 12 of the Convention.”²⁰⁸

²⁰⁵ Wintemute, R. 2011. s 8.

²⁰⁶ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 50.

²⁰⁷ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 39, 65.

²⁰⁸ *Schalk and Kopf v. Austria*. 24 June 2010. p. 52.

Som tidigare beskrivits konstaterade Europadomstolen i fallet *Christine Goodwin* att ”man och kvinna” enligt artikel 12 inte längre enbart skulle bestämmas genom ett biologiskt kriterium. Det handlar dock fortfarande om ett skydd som endast gäller heterosexuella förhållanden vilket fallen *Parry* och *R. and F.* som ovan beskrivits visar.

Domstolen konstaterade sedan att det inte finns någon gemensam europeisk standard i frågan om homosexuella äktenskap, och att endast 6 av 47 konventionsstater (däribland Sverige) tillät det vid tidpunkten för avgörandet. Sedan gjorde domstolen en jämförelse mellan artikel 12 i Europakonventionen och artikel 9 i Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som också behandlar rätten till äktenskap, men som inte uttryckligen reserverar denna rätt för män och kvinnor.

Turning to the comparison between Article 12 of the Convention and Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter), the Court has already noted that the latter has deliberately dropped the reference to men and women [...]. The commentary to the Charter, which became legally binding in December 2009, confirms that Article 9 is meant to be broader in scope than the corresponding articles in other human rights instruments [...]. At the same time the reference to domestic law reflects the diversity of national regulations, which range from allowing same-sex marriage to explicitly forbidding it. By referring to national law, Article 9 of the Charter leaves the decision whether or not to allow same-sex marriage to the States. In the words of the commentary: “... it may be argued that there is no obstacle to recognize same-sex relationships in the context of marriage. There is however, no explicit requirement that domestic laws should facilitate such marriages.”²⁰⁹

Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State. In that connection the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society [...].²¹⁰

Europadomstolen prövade sedan också frågan om en rätt för homosexuella att gifta sig kunde hävdas enligt artikel 8 i förening med artikel 14. Som ovan (kap. 5.2.1) har beskrivits kom domstolen fram till att homosexuella sambor kunde sägas ha ett familjeliv i artikel 8 mening. Domstolen konstaterade också att samkönade par har samma behov av juridiskt erkännande och skydd som heterosexuella par och att de därför är i en jämförbar situation.

[T]he Court would start from the premise that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed

²⁰⁹ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 60.

²¹⁰ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 61f.

relationships. Consequently, they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship.²¹¹

Dock ansåg domstolen inte att detta kunde innebära att det var ett brott mot Europakonventionen att inte låta homosexuella par gifta sig. Detta eftersom konventionen måste förstås som en helhet, och artiklarna därför hänga ihop.

Insofar as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another [...]. Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.²¹²

Slutsatsen som får dras av fallet *Schalk and Kopf* är alltså att det idag inte kan sägas finnas någon rätt till äktenskap för homosexuella enligt Europakonventionen. Det finns dock skäl att misstänka att denna tolkning av artikel 8 och 14 kan komma att ändras. Det främsta är att tre av de sju domarna var skiljaktiga till fördel för sökanden och ansåg att domstolen skulle ha dragit andra slutsatser av att samkönade par numera får anses kunna ha ett familjeliv.

[B]y deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy.²¹³

5.2.6 Rätt till partnerskap för homosexuella

Europadomstolen konstaterar i fallet *Schalk and Kopf* att en rätt till äktenskap för homosexuella inte kan hävdas baserat på artikel 8 och 14, eftersom en sådan rätt inte finns enligt artikel 12 som får anses vara *lex specialis*. Efter att domstolen har konstaterat detta återstår dock frågan om en rätt att ingå partnerskap i så fall kan sägas finnas enligt artikel 8 och 14, eftersom innehållet i artikel 12 i det fallet inte kan sägas stå i vägen för en sådan tolkning.

I det aktuella fallet införde Österrike en sådan rätt innan fallet hann prövas, men domstolen gjorde ändå en del intressanta uttalanden i sin bedömning av om Österrike skulle ha kunnat anklagas för att inte ha infört partnerskapslagstiftningen tidigare.

The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has

²¹¹ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 99.

²¹² *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 101.

²¹³ *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. Joint dissenting opinion of Judges Rozakis, Spielmann and Jebens. p. 4.

developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes [...].²¹⁴

The Austrian Registered Partnership Act, which entered into force on 1 January 2010, reflects the evolution described above and is thus part of the emerging European consensus. Though not in the vanguard, the Austrian legislator cannot be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier [...].²¹⁵

Slutligen prövade Europadomstolen också om det, för de fall att medlemsländerna går längre och tillåter registrerat partnerskap, kunde ställas krav på att detta skulle innebära samma sak som ett äktenskap för att inte bryta mot diskrimineringsförbudet i artikel 14.²¹⁶

The Court [...] considers [...] that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition. The Court observes that the Registered Partnership Act gives the applicants a possibility to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects [...]. While there are only slight differences in respect of material consequences, some substantial differences remain in respect of parental rights. However, this corresponds on the whole to the trend in other member States [...]. Moreover, the Court is not called upon in the present case to examine each and every one of these differences in detail. For instance, as the applicants have not claimed that they are directly affected by the remaining restrictions concerning artificial insemination or adoption, it would go beyond the scope of the present application to examine whether these differences are justified. On the whole, the Court does not see any indication that the respondent State exceeded its margin of appreciation in its choice of rights and obligations conferred by registered partnership.²¹⁷

Som det ser ut idag finns det alltså inte heller någon rätt till ett alternativt rättsligt erkännande av samkönade förhållanden. Viktigt att lägga märke till inför framtiden är dock att domstolen framhåller att man inte prövar om avsaknaden av rättsligt erkännande för samkönade par skulle utgöra en kränkning av artikel 8 och 14 om det fortfarande kvarstod idag.

Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 if it still obtained today.²¹⁸

Framförallt bör det uppmärksammas att domstolen inte var enig. Majoriteten bestod av 4 domare och minoriteten, som ville fälla Österrike för att inte ha infört partnerskapslagstiftningen innan den 1 januari 2010, bestod av 3 domare. Minoriteten uttalade:

²¹⁴ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 105.

²¹⁵ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 106.

²¹⁶ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 107ff.

²¹⁷ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 108f.

²¹⁸ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. p. 103.

In this very important case, the Court, after a careful examination of previous case-law, has taken a major step forward in its jurisprudence by extending the notion of “family life” to same-sex couples.²¹⁹

The lack of any legal framework before the entry into force of the Registered Partnership Act (“the Act”) raises a serious problem. In this respect we note a contradiction in the Court’s reasoning. Having decided in paragraph 94 that “the relationship of the applicants falls within the notion of ‘family life’”, the Court should have drawn inferences from this finding. However, by deciding that there has been no violation, the Court at the same time endorses the legal vacuum at stake, without imposing on the respondent State any positive obligation to provide a satisfactory framework, offering the applicants, at least to a certain extent, the protection any family should enjoy.²²⁰

Today it is widely recognised and also accepted by society that same-sex couples enter into stable relationships. Any absence of a legal framework offering them, at least to a certain extent, the same rights or benefits attached to marriage [...] would need robust justification, especially taking into account the growing trend in Europe to offer some means of qualifying for such rights or benefits.²²¹

5.2.7 Sammanfattning homosexuellas parrättigheter

När det gäller homosexuellas parrättigheter har Europadomstolen haft en rad olika frågor att ta ställning till. Sammanfattningsvis kan sägas att Europadomstolen har konstaterat att homosexuella sambor kan anses ha ett familjeliv i artikel 8 mening. Dessutom kräver Europakonventionen idag att homosexuella sambor har samma rättigheter som heterosexuella sambor. Däremot kan inte homosexuellt samboskap, och förmodligen inte heller partnerskap jämföras med heterosexuellt äktenskap, detta trots att det i många länder inte finns någon möjlighet för homosexuella att ingå äktenskap och därmed få tillgång till de förmåner som är knutna till äktenskapet. Om medlemsländerna tillåter samkönade äktenskap borde det dock inte finnas någon anledning från statens sida, eller rätt enligt Europakonventionen att särbehandla dessa äktenskap.

Inte bara frågan om särbehandling av homosexuella parförhållanden har behandlats av Europadomstolen, utan även om det enligt Europakonventionen kan sägas finnas en rätt för homosexuella att gifta sig eller åtminstone få sitt förhållande rättsligt erkänt i form av partnerskap. Europadomstolen har dock konstaterat att varken artikel 12 eller 8 kan anses innehålla någon sådan rätt i dagsläget.

Studerars domstolens argumentering närmare kan man dock ana att det kanske inom en snar framtid kan tänkas ske en förändring. Ett exempel är

²¹⁹ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Spielmann and Jebens. p. 2.

²²⁰ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Spielmann and Jebens. p. 4.

²²¹ Schalk and Kopf v. Austria, 24 June 2010. Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Spielmann and Jebens. p. 9.

uttalandet domstolen gör i fallet *Christine Goodwin* (se fotnot) som visserligen endast är tänkt att gälla postoperativa transsexuella, men där resonemanget med lätthet även kan appliceras på homosexuella samkönade förhållanden. Detta då homosexuella också typiskt sett är i en relation med någon av samma kön, och kan endast tänka sig att gifta sig med någon av samma kön. Att inte tillåta detta är därför att, på samma sätt som domstolen resonerar i fallet *Christine Goodwin*, kränka "*the very essence of [her] right to marry*".²²²

För uttalanden om möjlig framtida praxis kan det också vara av vikt att uppmärksamma att inställningen till homosexuella äktenskap mycket väl kan komma att förändras och att domen *Schalk and Kopf* kan anses innehålla antydningar om att ändrade samhällsförhållanden kan leda till en annan bedömning.

Dock har även, enligt mig mer problematiska, uttalanden också gjorts i praxis gällande homosexuellas rättigheter till familjeliv. Bland annat har Europadomstolen accepterat att:

*[P]rotection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment.*²²³

Vad detta kan innebära rent praktiskt, vilka åtgärder som kan anses vara proportionella i förhållande till vilka skäl, återstår att se.

²²² Se *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002. p.101.

²²³ Se *Karner v. Austria*, 24 July 2003. p. 40.

6 Föräldrarättigheter

I kapitel 6 beskrivs de fall som behandlar föräldrarättigheter, det vill säga lika rättigheter för homosexuella och transsexuella att bli föräldrar, och deras rätt till redan befintliga barn enligt Europakonventionen. Detta är den rättighetsgren i Europadomstolens praxis rörande HBT-personers rättigheter som är minst utvecklad, och det är först på senare tid dessa fall överhuvudtaget har börjat tas upp av domstolen.

6.1 Transsexuellas rättigheter

Jag har valt att beskriva homosexuellas och transsexuellas föräldrarättigheter var för sig eftersom problematiken när det gäller att skaffa barn skiljer sig en hel del åt för de olika grupperna.

Transsexuellas föräldrarättigheter har delats in under rubrikerna ”steriliseringskrav”, ”vårdnad och umgänge” och ”faderskap”. Detta är viktiga frågor för transsexuella när det gäller att skaffa barn och rätten till de barn de redan har. Men då föräldrarättighetsområdet överlag är ganska nytt så beror kapitelindelningen framförallt på att det är i huvudsak dessa frågor som Europadomstolen på ett eller annat sätt har behandlat.

6.1.1 Steriliseringskrav

En av de viktigaste frågorna när det kommer till föräldrarättigheter för transsexuella, är att många länder idag ställer krav på sterilisering för att rättsligt erkänna deras nya könsidentitet. Europakommissionen har endast behandlat ett sådant fall och avvisat det som uppenbart ogrundat.

Fallet *Roetzheim v. Germany 1997* handlade om en man till kvinna transsexuell person, som inte hade genomgått en full könsbytesoperation och som inte var steril, vilket enligt tysk lag var vad som krävdes för att sökanden skulle bli rättsligt erkänd som kvinna. Kommissionen började med att konstatera att fallet skiljer sig från de tidigare fall som behandlats gällande rättsligt erkännande av transsexuella personers nya könsidentitet.

In the above-mentioned cases, the Convention organs were faced with complaints brought by post-operative transsexuals, while the present case relates to a transsexual refusing gender reassignment surgery.²²⁴

Kommissionen gick sedan igenom vilka krav den tyska lagstiftningen ställde, och konstaterade att man inte ansåg att de tyska reglerna bröt mot artikel 8.

The 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 [...]. The conditions are that the transsexual concerned has been living with these feelings for three years and

²²⁴ *Roetzheim v. Germany*, 23 October 1997. Decision.

that there is a 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.²²⁵

In the present case [...] The Federal Constitutional Court [...] considered in particular that the legislator was not required 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 psychological situation. In these circumstances the Commission finds that the German court decisions refusing the applicant's request for acknowledgment as being of female sex, and rejecting legal arguments drawn from his transsexualism, do not disclose any appearance of a breach of his rights under Article 8 (Art. 8) of the Convention.²²⁶

Kommissionen avvisade därför fallet som uppenbart ogrundat, och slutsatsen som kan dras blir att krav på sterilisering för rättsligt erkännande av transsexuellas nya könsidentitet inte strider mot Europakonventionen.

6.1.2 Vårdnad och umgänge

I Europadomstolens praxis finns idag ett fall som rör en transsexuell persons rätt till umgänge med sin biologiska son efter skilsmässa från sin fru. I fallet ansökte hustrun efter skilsmässan, om att fadern skulle fråntas föräldraansvaret och att kontaktarrangemanget som de kommit överens om skulle ställas in. Som grund hävdade hon att pappans transsexualism och pågående könsbyte inte var bra för sonen. De nationella domstolarna beslutade att minska umgängesrätten för fadern. Europadomstolen konstaterade dock att detta inte skett på grund av sökandens transsexualism, utan på grund av att sökanden varit så känslomässigt instabil vid tillfället att det fick anses vara för barnets bästa med en minskad kontakt.²²⁷

The domestic courts' reasoning suggested that the applicant's transsexualism had not been the decisive factor in the decision to amend the initial contact arrangements. The child's best interests had prevailed, leading the courts to choose a more restrictive arrangement that would allow the child to become gradually accustomed to his father's gender reassignment. That conclusion was supported by the fact that the contact arrangements had twice been extended in 2006, although there had been no change in the applicant's gender status during that period.²²⁸

²²⁵ Roetzheim v. Germany, 23 October 1997. Decision.

²²⁶ Roetzheim v. Germany, 23 October 1997. Decision.

²²⁷ P.V. v. Spain, 30 November 2010. (Fallet finns endast på franska och jag har därför använt mig av *P.V. v. Spain-35159/09 Legal Summary*, som finns i *Information Note on the Court's case-law No. 135 November 2010.*)

²²⁸ P.V. v. Spain, 30 November 2010. (Fallet finns endast på franska och jag har därför använt mig av *P.V. v. Spain-35159/09 Legal Summary*, som finns i *Information Note on the Court's case-law No. 135 November 2010.*)

Domstolens resonemang i fallet tyder på att det inte hade varit tillåtet att neka fadern umgänge med sonen endast på den grunden att han var transsexuell, och att det därför skulle anses negativt för sonen att vistas med honom. Detta stöds också av *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal 1999* som handlar om en homosexuell mans rätt till vårdnad av sin dotter, vilket beskrivs närmare under kap. 6.2.1.

6.1.3 Faderskap

En annan fråga, gällande transsexuellas föräldrarättigheter, som har tagits upp av Europadomstolen är frågan om kvinna till man transsexuella personers rätt att bli registrerade som fäder i de fall deras partner blir gravida tack vare donerad sperma. Frågan aktualiserades i fallet *X, Y and Z v. the United Kingdom 1997*. I domen konstaterade Europadomstolen först att X, Y och Z fick anses ha ett familjeliv i den mening som avses i artikel 8. Detta trots att Storbritannien framför det riktiga argumentet att X och Y båda var kvinnor, då X enligt engelsk lag (trots hans könsbyte) rättsligt fortfarande betraktades som en kvinna, eftersom könsbyte vid den här tiden i Storbritannien inte erkändes rättsligt fullt ut. Även relationen mellan X och Z ifrågasattes då Z inte var X biologiska eller adopterade barn.²²⁹

In 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 [...]. In these circumstances, the Court considers that de facto family ties link the three applicants.²³⁰

Det faktum att domstolen anser att det finns familjeband mellan X och Z gjorde dock inte att domstolen ansåg att det bröt mot artikel 8 att inte rättsligt godkänna X som far till Z.

It is true that the Court has held in the past that where the existence of a family tie with a child has been established, the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and legal safeguards must be established that render possible, from the moment of birth or as soon as practicable thereafter, the child's integration in his family [...]. However, hitherto in this context it has been called upon to consider only family ties existing between biological parents and their offspring. The present case raises different issues, since Z was conceived by AID and is not related, in the biological sense, to X, who is a transsexual.²³¹

Då ingen europeisk standard heller kunde konstateras på området, ansåg domstolen att Storbritannien hade en bred "margin of appreciation". Europadomstolen konstaterade därför att något brott mot artikel 8 inte kunde anses föreligga, trots att Storbritannien inte erbjöd någon rättslig

²²⁹ X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997. p. 34.

²³⁰ X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997. p. 37.

²³¹ X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997. p. 43.

möjlighet att erkänna X faderskap till Z.²³² Det viktigaste argumentet som framhålls är att det skulle vara inkonsekvent att erkänna X som far då han fortfarande rättsligt ses som en kvinna.

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.²³³

I dagsläget bör situationen dock vara en annan. Enligt resonemanget i domen borde möjligheten till erkännande av faderskap följa det rättsliga erkännandet av den nya könsidentiteten. Och eftersom Europadomstolen i fallet *Christine Goodwin* kommer fram till att det är ett brott mot artikel 8 att inte rättsligt erkänna en transsexuell persons nya könsidentitet, så borde problemet (i de fall personen uppfyller kraven för att få sin nya identitet rättsligt erkänd) inte längre kunna uppkomma.

6.1.4 Sammanfattning transsexuellas föräldrarättigheter

En av de viktigaste frågorna när transsexuellas föräldrarättigheter diskuteras är det krav på sterilisering som många länder (däribland Sverige, även om det finns ett lagförslag där man föreslår att detta ska tas bort) uppställer för rättsligt erkännande av deras nya könstillhörighet. Europakommissionen har i ett avvisningsbeslut signalerat att det inte strider mot Europakonventionen att, som krav för rättsligt erkännande av transsexuellas nya könsidentitet, kräva sterilisering. Detta får självklart ses som ett stort nederlag när det kommer till transsexuellas rätt att bli föräldrar. Samtidigt har det fastslagits i ett fall att sexuell läggning inte *per se* får vara en grund för nekad vårdnad eller umgänge med befintliga barn. Efter domarna som fastslog rätten till rättsligt erkännande av transsexuellas nya könsidentitet har också transsexuella fäder samma rätt som andra att få tillerkänt sig faderskapet, om deras partner får barn med hjälp av insemination.

Den främsta slutsatsen blir dock att området föräldrarättigheter överlag är ganska utforskat av Europadomstolen och att många frågor skulle behöva tas upp till prövning av domstolen för att det ska vara möjligt att närmare uttala sig om vilka rättigheter Europakonventionen ger.

6.2 Homosexuellas rättigheter

Det sista området som berörs är homosexuellas föräldrarättigheter. Rättsfallen har delats in under underrubrikerna "vårdnad och umgänge", "adoption" som i sin tur är indelad i "singeladoption", "partneradoption" och "gemensam adoption", och till sist "insemination och surrogatmodraskap". Detta är viktiga frågor för homosexuella när det gäller rätten att skaffa barn och rätten till de barn de redan har. Men på samma sätt

²³² X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997. p. 44, 52.

²³³ X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997. p. 47

som för de transsexuella, är det homosexuella föräldrarättighetsområdet överlag ganska nytt, och därför beror kapitelindelningen framförallt på att det är i huvudsak dessa frågor som Europadomstolen på ett eller annat sätt har behandlat.

6.2.1 Vårdnad och umgänge

Trots att föräldrarättigheter för homosexuella, i de flesta länders fall, kan sägas vara det sista steget mot sexuell likabehandling, finns det ändå ett relativt tidigt fall från Europadomstolen. Fallet *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal 1999* rör en homosexuell man som nekats vårdnaden om sitt barn från ett tidigare äktenskap. Europadomstolen menade i det fallet att det tydligt framgick av den nationella domen att det var faderns homosexualitet som var avgörande för att modern fick vårdnaden om barnet.

In the applicant's submission, the wording of the judgment clearly showed that the decision to award parental responsibility to the mother was based mainly on the father's sexual orientation, which inevitably gave rise to discrimination against him in relation to the other parent.²³⁴

Framförallt hänvisade Europadomstolen till stycken där den nationella domstolen skriver:

“The child should live in ... a traditional Portuguese family” and that “It is not our task here to determine whether homosexuality is or is not an illness or whether it is a sexual orientation towards persons of the same sex. In both cases it is an abnormality and children should not grow up in the shadow of abnormal situations”²³⁵

Europadomstolen skrev också att man anser att uttalandena visar att sökandens homosexualitet var det som avgjorde fallet till moderns fördel.

It is the Court's view that the above passages from the judgment in question, far from being merely clumsy or unfortunate as the Government maintained, or mere obiter dicta, suggest, quite to the contrary, that the applicant's homosexuality was a factor which was decisive in the final decision. That conclusion is supported by the fact that the Court of Appeal, when ruling on the applicant's right to contact, warned him not to adopt conduct which might make the child realise that her father was living with another man “in conditions resembling those of man and wife”²³⁶

Europadomstolen ansåg inte att den nationella domstolens mål, barnets bästa, i det här fallet stod i proportion till åtgärderna, det vill säga att beröva en far vårdnaden om sitt barn endast på grund av att han var homosexuell.²³⁷

Slutsatsen blir alltså att sexuell läggning inte *per se* kan användas som negativa faktorer när man avgör vilken förälder som bör ha vårdnaden om de gemensamma biologiska barnen efter en skilsmässa.

²³⁴ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 December 1999, p. 31.

²³⁵ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 December 1999, p. 34.

²³⁶ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 December 1999, p. 35

²³⁷ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 December 1999, p. 36.

The Court is therefore forced to find, in the light of the foregoing, that the Court of Appeal made a distinction based on considerations regarding the applicant's sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention [...].²³⁸

6.2.2 Adoption

När det gäller homosexuellas föräldrarättigheter till barn som inte är deras biologiska har inställningen från Europadomstolen varit mer avvaktande. Det finns enligt Europakonventionen ingen rätt att få adoptera, men däremot kan det enligt artikel 14 hävdas att om ett land väljer att ge en sådan rättighet så får det inte ske någon otillbörlig diskriminering.²³⁹

6.2.2.1 Singeladoption

Det första fallet som prövade ensamstående homosexuellas rätt till adoption var *Fretté v. France 2002*. Fallet gällde en homosexuell man som hade ansökt om att bli godkänd för att få adoptera som ensamstående. Europadomstolen konstaterade i det fallet att den nationella domstolens beslut att inte godkänna honom för adoption var grundat framförallt på hans homosexualitet även om de också lagt vikt vid andra faktorer. Trots detta kom Europadomstolen fram till att det inte förekommit något brott mot artikel 14.²⁴⁰

If account is taken of the broad margin of appreciation to be left to States in this area and the need to protect children's best interests to achieve the desired balance, the refusal to authorise adoption did not infringe the principle of proportionality.²⁴¹

Domstolen fäste i avgörandet mot *Fretté* stor vikt vid att det i Europa inte fanns någon gemensam syn på homooptioner, varken i ländernas regeringar eller inom den psykologiska professionen, vilket öppnade för att ett framtida beslut kanske skulle kunna komma att se annorlunda ut om dessa faktorer skulle komma att ändras.²⁴²

It must be observed that the scientific community – particularly experts on childhood, psychiatrists and psychologists – is divided over the possible consequences of a child being adopted by one or more homosexual parents, especially bearing in mind the limited number of scientific studies conducted on the subject to date. In addition, there are wide differences in national and international opinion, not to mention the fact that there are not enough children to adopt to satisfy demand. This being so, the national authorities, [...] were legitimately and reasonably entitled to consider that the right to be able to adopt on which the applicant relied under Article 343-1 of the Civil Code was limited by the interests of children eligible for adoption, notwithstanding the applicant's legitimate aspirations and without calling his personal choices into question. If account is taken of the broad margin of appreciation to be left to States in this area and the need to protect children's

²³⁸ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 December 1999. p. 36.

²³⁹ Fretté v. France, 26 February 2002. p. 32.

²⁴⁰ Fretté v. France, 26 February 2002. p. 37, 43.

²⁴¹ Fretté v. France, 26 February 2002. p. 42.

²⁴² Fretté v. France, 26 February 2002. p. 41, 42.

best interests to achieve the desired balance, the refusal to authorise adoption did not infringe the principle of proportionality.²⁴³

Viktigt att notera är också att tre av sju domare var skiljaktiga och ansåg att Frankrike bröt mot artikel 8 i förening med artikel 14.

In their general and abstract wording, the reasons given by the judicial authorities for their decision to refuse the applicant authorisation are based solely on the applicant's homosexuality and therefore on the view that to be brought up by homosexual parents would be harmful to the child at all events and under any circumstances. The Conseil d'Etat failed to explain in any way, by referring for example to the increasing range of scientific studies of homosexual parenthood in recent years, why and how the child's interests militated in the instant case against the applicant's application for authorisation.²⁴⁴

År 2008 kom så ett liknande fall upp igen. Fallet var *E.B. v. France* och frågan var den samma men rörde en kvinnlig homosexuell sökande. I det här fallet baserade den nationella domstolen dock aldrig öppet sitt beslut på sökandens sexuella läggning, utan hänvisade istället till att hon inte kunde erbjuda barnet en fadersfigur inom sin närmsta personkrets, samt att hennes sambo inte visade tillräckligt stort intresse för adoptionsprocessen.²⁴⁵

Europadomstolen menade att den första grunden, att sökanden inte kunde erbjuda en fadersfigur inom den närmsta personkretsen, inte var problematisk i sig. Dock ansåg domstolen att det verkade som om denna grund i det här fallet endast hade använts av den nationella domstolen som ett svepskäl för att avvisa hennes ansökan, framförallt eftersom de inte kunde visa hur ofta denna grund använts för att avvisa ansökningar i andra fall. Domstolen menade därför att det huvudsakliga skälet för avvisandet verkade ha varit hennes sexuella läggning.²⁴⁶

När det gäller den andra grunden, att hennes sambo inte var tillräckligt involverad i adoptionsprocessen, uttalade Europadomstolen:

In the Court's view, there is no evidence to establish that the ground in question was based on the applicant's sexual orientation. On the contrary, the Court considers that this ground, which has nothing to do with any consideration relating to the applicant's sexual orientation, is based on a simple analysis of the known, de facto situation and its consequences for the adoption of a child. The applicant cannot therefore be deemed to have been discriminated against on the ground of her sexual orientation in that regard.²⁴⁷

Domstolen konstaterade dock att dessa två huvudsakliga skäl trots allt ingick i en samlad bedömning av sökandens situation. Av denna anledning

²⁴³ Fretté v. France, 26 February 2002. p. 42.

²⁴⁴ Fretté v. France, 26 February 2002. Joint Partly Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza and Judges Fuhrmann and Tulkens. p. 2b.

²⁴⁵ E.B. v. France, 22 January 2008. p. 71.

²⁴⁶ E.B. v. France, 22 January 2008. p. 73.

²⁴⁷ E.B. v. France, 22 January 2008. p. 78f.

ansåg domstolen att de inte borde betraktas alternativt utan tillsammans, och följden blev att det ena skälets illegitimitet hade smittat hela beslutet.²⁴⁸

Europadomstolen kom slutligen fram till att sökandens homosexualitet var en avgörande faktor i beslutet att neka henne tillstånd att adoptera.

The Court considers that the reference to the applicant's homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant's avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt [...].²⁴⁹

Till skillnad från i fallet *Fretté* ansåg domstolen nu inte längre att det fanns några hållbara skäl att upprätthålla denna diskriminering. De har alltså ändrat uppfattning och ser nu Europakonventionen som ett levande instrument som förändras med samhället.²⁵⁰ Domstolen upprätthåller här principen som man slagit fast i fallet *Salgueiro da Silva Mouta*, som säger att sexuell läggning inte *per se* kan ses som en negativ faktor när det kommer till homosexuellas föräldrarättigheter.

6.2.2.2 Partneradoption

En vanligt förekommande form av adoption är att ena partnern adopterar den andra partners biologiska barn. Det första fallet som finns från Europakommissionen är beslutet *Kerkhoven and Hinke v. Netherlands 1992*. Fallet handlar om två homosexuella kvinnor som väljer att skaffa barn tillsammans genom att den ena kvinnan insemineras med donerad sperma. Enligt nederländsk lag kunde kvinnan som inte hade några biologiska familjeband med barnet inte heller få några legala sådana. Detta hade dock varit möjligt för en man, oavsett om han var biologisk far eller inte, genom rättsinstitutet ”erkänning” som finns i Nederländerna.²⁵¹

Kommissionen konstaterade att två homosexuella kvinnor vid den här tiden inte ansågs ha något familjeliv i artikel 8 mening och framhöll att lagstiftningen inte hindrade dem från att faktiskt leva som en familj och avvisar ansökan som uppenbart ogrundad.

The Commission further notes that the relevant legislation in itself does not prevent the three applicants from living together as a family. The only problem in the present case is the impossibility for the first applicant to establish legal ties with the third applicant which may become of practical importance should the natural mother die or should the relationship between the two adults end otherwise. However, the Commission is of the opinion that the above described positive obligations of a State under Article 8 (Art. 8) do not go so far as to require that a woman such as the first applicant, living together with the mother of a child and the child itself, should be entitled to get parental rights over the child. The Commission therefore considers that

²⁴⁸ E.B. v. France, 22 January 2008. p. 80.

²⁴⁹ E.B. v. France, 22 January 2008. p. 89.

²⁵⁰ E.B. v. France, 22 January 2008. p. 92f.

²⁵¹ Kerkhoven and Hinke v. Netherlands, 19 May 1992. Decision.

there has been no interference with the applicants' right to respect for their family life.²⁵²

Nyligen kom det också en dom som behandlade just frågan om partneradoption, nämligen *Gas and Dubois v. France* 2012. Fallet handlade om två homosexuella kvinnor som hade ingått partnerskap i enlighet med fransk lagstiftning, och där en av sökanden hade fött deras dotter med hjälp av donerad sperma. Den andra sökanden ville adoptera partners biologiska barn för att på så sätt skapa legala familjeband dem emellan.²⁵³

Enligt fransk lagstiftning kunde en sådan adoption endast genomföras om parterna var gifta, vilket enligt fransk lagstiftning inte var tillåtet för samkönade par.²⁵⁴ Sökanden menade därför att de var diskriminerade enligt artikel 8 och 14. Europadomstolen konstaterar dock att artikel 12 inte innebär någon rätt för homosexuella att gifta sig, och anser inte heller att sökandens situation när det gäller partneradoption är jämförbar med ett gift pars.

The Court observes at the outset that it has already ruled [...] that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the governments of the Contracting States to grant same-sex couples access to marriage [...]. Nor can a right to same-sex marriage be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8[...]. The Court has further held that, where a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it enjoys a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred [...].²⁵⁵

The Court [...] points out, as it has already held, that marriage confers a special status on those who enter into it. The exercise of the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences [...]. Accordingly, the Court considers that, for the purposes of second-parent adoption, the applicants' legal situation cannot be said to be comparable to that of a married couple.²⁵⁶

It is true that the applicants also alleged indirect discrimination based on the fact that it was impossible for them to marry, whereas heterosexual couples could circumvent Article 365 of the Civil Code by that means. However, in that connection the Court can only refer to its previous findings (see paragraphs 66 to 68 above).²⁵⁷

Sökanden hävdade också att de var diskriminerade på den grunden att ifall de utfört insemineringen i Frankrike (vilket de inte gjorde eftersom fransk lagstiftning endast tillåter insemination för heterosexuella par) så skulle partnern automatiskt blivit lagligt sett förälder till barnet. Men inte heller här ansåg Europadomstolen att något brott mot Europakonventionen skett.

With regard to anonymous donor insemination as provided for in French law, the Court notes that the applicants, without wishing to call into question the

²⁵² *Kerkhoven and Hinke v. Netherlands*, 19 May 1992. Decision.

²⁵³ *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012. p. 9ff.

²⁵⁴ *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012. p. 40.

²⁵⁵ *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012. p. 66.

²⁵⁶ *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012. p. 68.

²⁵⁷ *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012. p. 70f.

conditions in which this is made available, criticised the legal consequences and alleged an unjustified difference in treatment [...]. The Court observes at the outset that the applicants did not challenge the legislation in question before the national courts. Above all, it notes that while French law provides that anonymous donor insemination is available only to heterosexual couples, it also states that it is to be made available for therapeutic purposes only, with a view in particular to remedying clinically diagnosed infertility or preventing the transmission of a particularly serious disease [...]. Hence, broadly speaking, anonymous donor insemination in France is confined to infertile heterosexual couples, a situation which is not comparable to that of the applicants. In the Court's view, therefore, the applicants cannot be said to be the victims of a difference in treatment arising out of the French legislation in this regard. The Court further notes that the legislation in question does not allow the creation of the legal adoptive relationship sought by the applicants.²⁵⁸

I det här fallet verkar Europadomstolen fastslå att homosexuellt partnerskap inte behöver likställas med heterosexuellt äktenskap, i alla fall inte när det kommer till föräldrarättigheter. Domstolen upprepar också slutsatsen i *Schalk and Kopf* där domstolen kommer fram till att det inte finns någon rätt för homosexuella att få gifta sig.

Ännu har dock inget fall prövats där homosexuella sambos nekas partneradoption men heterosexuella par tillåts. I det fallet borde principerna i *Karner* (att homosexuella sambor ska behandlas lika med heterosexuella) och i *E.B.* (att homosexualitet inte *per se* är en grund att neka någon föräldrarättigheter) gälla. Detta borde i så fall upphäva beslutet i *Kerkhoven and Hinke*.

6.2.2.3 Gemensam adoption

Det fall de flesta först tankar på när de tänker på homosexuellas rätt att adoptera är självklart homosexuella pars rätt att adoptera tillsammans. Något sådant fall har dock ännu inte prövats av Europadomstolen, och därför kan jag här endast med hjälp av principerna i tidigare fall spekulera i hur domstolen skulle kunna tänkas resonera.

Enligt principen i *Karner* ska homosexuella sambor behandlas lika med heterosexuella om det inte finns starka skäl för olikabehandling. Detta, taget tillsammans med uttalandena i *E.B.*, om att homosexualitet inte *per se* är en grund att neka någon föräldrarättigheter, borde leda till slutsatsen att om heterosexuella par i allmänhet tillåts adoptera så måste även homosexuella par få göra det.

Om rätten att adoptera endast är förbehållen gifta par så finns det dock inte någon liknande rätt för homosexuella för de fall den nationella lagstiftningen inte tillåter dem att gifta sig. Inte heller partnerskap verkar i detta avseende anses likställt med äktenskap (se *Gas and Dubois* ovan i kap 6.2.2.2.).

²⁵⁸ *Gas and Dubois v. France*, 15 March 2012. p. 63.

6.2.3 Insemination och surrogatmödraskap

Ett vanligt sätt för homosexuella par att skaffa barn är genom insemination med sperma från en donator (för kvinnliga homosexuella par), eller genom surrogatmödraskap med äggdonator eller surrogatmoderns ägg (för manliga homosexuella par). En första viktig fråga gällande homosexuellas rätt att bli föräldrar är därför om Europakonventionen fastslår någon rätt att få använda sig av donerad sperma och donerade ägg, eller om det är upp till länderna själva att välja vilka fertilitetsmetoder som ska vara lagliga.

Fallet *S.H. and others v. Austria 2011* behandlade, rörande två olika par, både frågan om det var tillåtet att förbjuda IVF-behandling med donerad sperma och IVF-behandling med donerade ägg. Europadomstolen kom i fallet fram till att inget av de österrikiska förbuden i dagsläget bröt mot konventionen, och att det därför inte kan sägas finnas någon rätt enligt Europakonventionen att få använda sig av någon av de två fertilitetsmetoderna. Domstolen uppmärksammade dock, på samma sätt som i de engelska transsexualismfallen rörande äktenskap, att konventionen är ett levande dokument och ska tolkas i ljuset av rådande samhällsförhållanden. Detta verkar antyda att Europadomstolen i framtiden kan komma att göra en annan bedömning.

Nevertheless the Court observes that the Austrian parliament has not, until now, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society noted above. The Court also notes that the Austrian Constitutional Court, when finding that the legislature had complied with the principle of proportionality under Article 8 § 2 of the Convention, added that the principle adopted by the legislature to permit homologous methods of artificial procreation as a rule and insemination using donor sperm as an exception reflected the then current state of medical science and the consensus in society. This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future.²⁵⁹

The Government have given no indication that the Austrian authorities have actually followed up this aspect of the ruling of the Constitutional Court. In this connection the Court reiterates that the Convention has always been interpreted and applied in the light of current circumstances [...]. Even if it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States [...].²⁶⁰

Något fall rörande rätten till surrogatmödraskap har ännu inte behandlats av Europadomstolen. Mot bakgrund av vad som framkommer i ovanstående fall är det dock troligt att domstolen inte inom den närmsta framtiden kommer att anse att det finns någon sådan rätt.

²⁵⁹ S.H and others v. Austria, 3 November 2011. p. 117.

²⁶⁰ S.H and others v. Austria, 3 November 2011. p. 118.

I de länder som har valt att gå utanför vad Europakonventionen kräver och där det idag finns en rätt till insemination med donerad sperma eller surrogatmödraskap borde dock, baserat på Europadomstolens avgöranden, samma regler tillämpas för homosexuella som för heterosexuella. Det vill säga i de fall insemination tillhandahålls för ensamstående heterosexuella kvinnor, måste det också tillhandahållas för ensamstående homosexuella kvinnor baserat på principen som fastslås i fallet *E.B.* På samma sätt borde man, enligt den princip som fastslås i fallen *Karner* och *Kozak*, kunna kräva av länder som tillhandahåller insemination eller surrogatmödraskap för heterosexuella par att de även tillhandahåller detta för heterosexuella par.

Om denna rätt endast finns för gifta par och landet inte tillåter samkönade äktenskap verkar denna rätt dock inte kunna utsträckas till att gälla även homosexuella sambor. (se mitt resonemang i kap. 5.2.2).

6.2.4 Sammanfattning homosexuellas föräldrarättigheter

Som ovan beskrivits så finns det både vårdnadsfall och singeladoptionsfall som säger att sexuell läggning inte *per se* kan ses som en negativ faktor när det kommer till homosexuellas föräldrarättigheter, det kan dock inte sägas ha varit någon linjär utveckling på området. Genom fallet *E.B.* har Europadomstolen i viss mån lyckats skaka av sig den kritik som riktats mot domstolen efter fallet *Fretté*. Europadomstolen kritiserades nämligen för att vara inkonsekvent, då domstolen i det tidiga fallet *Salgueiro da Silva Mouta* inte ansåg att det fanns något stöd för att det skulle strida mot barnets bästa att växa upp med en homosexuell förälder, medan domstolen i fallet *Fretté* ansåg att detta var ett godtagbart skäl att neka en homosexuell man godkännande att adoptera.

Viktigt att uppmärksamma är också att i både *Fretté* och *E.B.* uttrycker Europadomstolen dock att rätten till skydd för familjeliv i artikel 8 förutsätter en existerande familj och därmed inte skyddar en önskan om att få bilda familj. Detta är något som strider mot tolkningen av liknande artiklar i flera andra internationella och nationella instrument.²⁶¹

Fallet *E.B.* är dock inte enbart intressant av den anledningen att domstolen ändrar sin tidigare inställning till homosexuella singeladoptioner, utan också på grund av domstolens sätt att resonera vilket kommer att beskrivas närmare i kapitel 7.

När det gäller partneradoptioner har ännu inget rent fall med diskriminering av homosexuella prövats av Europadomstolen. Det avvisningsbeslut som finns från kommissionen är mycket knapphändigt men negativt. I det fall som har prövats av domstolen gällde det en jämförelse med gifta heterosexuella par, vilka domstolen inte ansåg kunde sägas vara i en liknande situation i den mening som avses i artikel 14.

²⁶¹ Fellmeth, A. 2009. s 870.

Inte heller när det gäller rätt till gemensam adoption för homosexuella par finns det någon rättspraxis att gå på. Värt att upprepa är dock att enligt principen i Karner ska homosexuella sambor behandlas lika med heterosexuella om det inte finns starka skäl för olikabehandling. Detta, taget tillsammans med uttalandena i *E.B.* om att homosexualitet inte *per se* är en grund att neka någon föräldrarättigheter, borde leda till slutsatsen att om heterosexuella par i allmänhet tillåts adoptera så måste även homosexuella par få göra det. Kvar finns dock givetvis problemet att många ”givarländer” utanför Europa inte godkänner homosexuella som adoptivföräldrar.

Den främsta slutsatsen blir dock att området föräldrarättigheter överlag är ganska utforskat av Europadomstolen, och att många frågor skulle behöva tas upp till prövning av domstolen för att det ska vara möjligt att närmare uttala sig om vilka rättigheter Europakonventionen ger.

7 Aktuellt forskningsläge

Det finns många olika slutsatser att dra av den rättspraxis som ovan har presenterats. Nedan försöker jag beskriva det utvecklingsmönster som kan ses om man studerar alla domar om HBT-rättigheter från Europadomstolen sammantaget. Jag redogör också för några kritiska läsningar som kan göras av fallen, där författarna utgår från ett queerperspektiv och pekar på hur domarna och utvecklingsmönstret avspeglar, och kan förklaras med, den heteronormativitet som finns i samhället. Jag belyser också living dokument doktrinen betydelse för utvecklingen av HBT-rättigheterna i Europadomstolen, och den debatt som finns kring användandet av denna tolkningsprincip. Slutligen för jag en diskussion om HBT-rättigheternas framtida möjliga utmaningar och utveckling i Europa.

7.1 Standardordningsföljd – ett mönster för erkännande av HBT-rättigheter

Homosexuellas och transsexuellas mänskliga rättigheter har, som jag ovan beskrivit, först de senaste 30 åren blivit en del av den mänskliga rättighetsdiskursen. Genom Europadomstolens avgöranden har många segrar vunnits, men långt ifrån alla krav på sexuell likabehandling har hörsammats. Generellt kan sägas att krav som rör privatlivet har varit lättare att få igenom än krav baserat på rätt till familjeliv och likabehandling.²⁶²

Om den rättsliga utvecklingen av HBT-rättigheter som skett i olika länder studeras kan man ofta se att denna följer ett mönster, en slags standardordningsföljd för lagligt erkännande av mänskliga rättigheter till sexuell frihet.²⁶³ Kees Waaldijk, professor i komparativ rätt, beskriver ordningen så här:

“(1) Decriminalisation, followed or sometimes accompanied by the setting of an equal age of consent, after which (2) anti-discrimination legislation can be introduced, before the process is finished with (3) legislation recognising the same-sex partnership and parenting.”²⁶⁴

Waaldijk menar att varje steg i utvecklingsprocessen verkar bana väg för ett nästa steg, och att standardsekvensen av steg verkar stödjas av en inre logik. När homosexuella inte längre ses som brottslingar, utan som medborgare, kan de knappast förnekas sina medborgerliga rättigheter, inklusive rätten att inte behandlas annorlunda på grund av sin (straffrättsligt irrelevanta) sexuella läggning. På detta sätt inte bara följer regler om icke-diskriminering, utan de bygger på steget avkriminalisering. Likaså kräver själva idén om icke-diskriminering i fråga om sexuell läggning, helt enkelt att ingen skall missgynnas i lagen på grund av könet på den person han eller

²⁶² Walker, K. 2001. s 122f.

²⁶³ Waaldijk, K. 2000. s 62.

²⁶⁴ Waaldijk, K. 2001. s 439f. Se även Fellmeth, A. 2009. s 930.

hon älskar. På detta sätt, menar Waaldijk, är sambanden mellan stegen avkriminalisering, anti-diskriminering och partnerskapslagstiftning inte bara sekventiella (i de europeiska länder som har kommit så långt), utan de är också moraliskt och politiskt övertygande.²⁶⁵

En viktig faktor i standardsekvensen tycks enligt Waaldijk också vara, att när en jurisdiktion har förbjudit andra (t.ex. arbetsgivare) från diskriminera på grund av sexuell läggning, så kommer lagstiftarna och rättsväsendet också att behöva fråga sig själva om det är försvarbart att lagen själv fortsätter att diskriminera på samma, nu förbjudna grund.²⁶⁶

Waaldijks teorier om en standardordningsföljd stöds av juristen Macarena Sáez rapport från år 2011, där hon har sammanfattat rättsläget när det gäller samkönade äktenskap i olika länder²⁶⁷. Hon har också studerat i vilken ordning olika rättigheter har införts i länderna, och vilka argument emot samkönade äktenskap som har framförts i ländernas parlament.²⁶⁸

Rapporten börjar med att beskriva lagstiftningen i de länder som hittills har tillåtit samkönade äktenskap.²⁶⁹ Sáez inleder med att konstatera att homosexuella äktenskap inte är, eller åtminstone från början inte var, samma sak som heterosexuella äktenskap i alla länderna.²⁷⁰

De vanligaste rättigheterna som saknades för samkönade makar, jämfört med heterosexuella makar, var rätten till adoption och den äktenskapliga föräldraskapspresumtionen.²⁷¹ Många av länderna som var villiga att tillåta samkönade äktenskap var inte redo att erkänna samkönade par som en legitim föräldraenhet. Huvudargumentet mot att utvidga äktenskapet till samkönade par är ofta att de inte naturligt kan skaffa barn tillsammans. Den centrala idén är att heterosexuella äktenskap är värda ett särskilt skydd just på grund av den naturliga länk till fortplantning som samkönade par saknar. Att lättare kunna undanta föräldrarättigheterna är också en av de främsta anledningarna till att många länder har valt att införa registrerade partnerskap istället för att öppna äktenskapsinstitutionen för samkönade par.²⁷²

Flera av de nationella rapporterna Sáez tog del av hänvisar till situationen för samkönade par som "nästan lika" som för gifta heterosexuella par. I

²⁶⁵ Waaldijk, K. 2000. s 86. Se även Waaldijk, K. 2001 (B). s 636f.

²⁶⁶ Waaldijk, K. 2001 (B). s 641.

²⁶⁷ Nederländerna, Belgien, Spanien, Canada, Sydafrika, Norge, Portugal, Island, Argentina, Sverige, Mexico, USA, Storbritannien, Danmark, Australien, Nya Zeeland, Tyskland, Österrike, Ungern, Frankrike, Colombia, Uruguay, Kroatien, Tjeckien, Irland, Italien, Grekland, Rumänien, Turkiet och Japan.

²⁶⁸ Sáez, M. 2011. s 1.

²⁶⁹ Nederländerna, Belgien, Spanien, Kanada, Sydafrika, Norge, Sverige, Portugal, Island, Argentina samt delar av Mexico och USA (sedan 2012, efter rapportens publicering har även Danmark tillåtit samkönade äktenskap).

²⁷⁰ Sáez, M. 2011. s 2ff.

²⁷¹ Sáez, M. 2011. s 2ff.

²⁷² Sáez, M. 2011. s 4, 13.

många av dessa länder åtnjuter samkönade par rättigheter såsom social trygghet och rätt till arv. Men tillgången till adoption eller assisterad befruktning är vanligtvis begränsad till heterosexuella par, och beviljas inte samkönade par. Sáez skriver att med tanke på att adoption är det främsta alternativet för samkönade par att bli föräldrar, får det faktum att länderna ger dem alla rättigheter utom möjligheten att skaffa barn ordet "nästan" att förlora sin mening. Hon ställer också frågan om man skulle anse att ett land verkligen gav en grupp människor medborgarskap, om man samtidigt förvägrade den gruppen rösträtt? Sáez menar att äktenskap utan tillgång till föräldraskap är som medborgarskap utan rösträtt.²⁷³

Att, som Sáez konstaterar, föräldrarättigheter verkar vara det sista steget i utvecklingen av lika rättigheter för HBT-personer i de flesta länderna, stöder alltså Waaldijks teori om att det finns en standardordningsföljd eller ett mönster för erkännande av HBT-rättigheter.

Av betydelse för Europadomstolens utveckling av föräldrarättigheter är också den nationella utveckling som har skett. Där länder har gått från strikta regler där endast barn födda inom äktenskapet erkändes som legitima och hade tillgång till rättigheter, till lagar där ingen skillnad eller mycket liten skillnad görs mellan barn födda inom äktenskapet och utom äktenskapet. Länderna har också gått från strikta adoptionslagar där endast gifta par kunde adoptera barn, till system där enskilda individer också kan bli adoptivföräldrar. Sáez menar att när föräldraskap väl erkänns utanför äktenskapet, är det svårt att upprätthålla privilegier för endast en modell av föräldraskap.²⁷⁴

7.2 Ut ur garderoben – skillnaden mellan privat och offentligt i rättspraxis

Varför är det då svårare för HBT-personer att få tillgång till vissa rättigheter än andra? Förutom att rättighetsutvecklingen verkar följa ovan beskrivna mönster, finns det också andra förklaringar till att individuella rättigheter i stor utsträckning skyddats av Europadomstolen medan par- och föräldrarättigheter skyddats i mycket mindre utsträckning.

En sådan förklaring framläggs av sociologen Paul Johnson som i flera artiklar beskriver den skillnad som Europadomstolen verkar göra mellan privata och offentliga HBT-rättigheter. Johnson tar sin utgångspunkt i fallet *Dudgeon*, vilket var det första fallet i Europadomstolen som berörde homosexualitet. Han menar att den syn på sexuell integritet som beskrivs i *Dudgeon* betonar förståelsen av homosexuell sexualitet som "en i huvudsak privat manifestation".²⁷⁵ Denna "manifestation" har fortsatt att anses skyddad just på grund av att den är förknippad med den privata, och inte den

²⁷³ Sáez, M. 2011. s 17.

²⁷⁴ Sáez, M. 2011. s 48f.

²⁷⁵ Se *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981. p. 60, min översättning.

offentliga sfären. Johnson pekar också på stycket i fallet där domstolen uttalar:²⁷⁶

Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of *private* homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is *consenting adults alone* who are involved.²⁷⁷

Johnsson menar även att trots att viss utveckling har skett av begreppet ”privat”, så har domstolen konsekvent upprätthållit denna formella distinktion mellan privata och offentliga "manifestationer" av homosexualitet i sin rättspraxis. Som exempel tar han fallet *A.D.T.* från år 2000, där domstolen fastslog att:²⁷⁸

The applicant was involved in sexual activities with a *restricted number of friends* in circumstances in which it was *most unlikely that others would become aware of what was going on*. [...] The activities were therefore genuinely “private” [...].²⁷⁹

Anledningen till att domstolen skriver så här är att artikel 8 kräver att individuella rättigheter vägs mot skyddet av andras fri- och rättigheter. Johnson kritiserar detta tillvägagångssätt eftersom det innebär en institutionell reproduktion av en moralisk diskurs genom vilken homosexualitet har beskrivits som motsats till det allmännas bästa. Dessutom menar Johnson att det kan hävdas att denna diskurs har varit, och ofta fortsätter att vara, en grund för myndigheterna i medlemsstaterna att motivera mekanismer för social kontroll som syftar till att hindra homosexualitet från att synas i det offentliga rummet.²⁸⁰

Johnson medger dock att domstolen genom att anta detta synsätt också har utvecklat synen på homosexualitet inom den privata sfären till det bättre. Europadomstolen har exempelvis fastslagit att homosexualitet tillhör ”*a most intimate aspect of private life*”²⁸¹. Domstolen visar på så sätt enligt Johnson att man anser att homosexuellas sexuella handlingar är ett socialt värdefullt uttryck av mänsklig intimitet. På detta sätt kan tidiga domar ses utmana den sociala diskurs som betonat homosexuella handlingar som patologiska och potentiellt kriminella uttryck för en avvikande personlighet. Istället har domstolen bidragit till bilden av en homosexuell "personlighet" som både önskar, och är kapabel till att ha, intima kärleksfulla mänskliga relationer.²⁸²

Trots detta har domstolen genom sin fortsatta fokusering på det privata ådragit sig en hel del kritik som Johnson beskriver i sin artikel. Han hänvisar till en annan sociolog vid namn Michele Grigolo²⁸³, som kritiserar

²⁷⁶ Johnson, P. 2010. s 76f.

²⁷⁷ Se *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981. p. 60, mina kursiveringar.

²⁷⁸ Johnson, P. 2010. s 76f.

²⁷⁹ Se *A.D.T. v. the United Kingdom*, 31 July 2000. p. 37, mina kursiveringar.

²⁸⁰ Johnson, P. 2010. s.76f.

²⁸¹ Se *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981. p. 52.

²⁸² Johnson, P. 2010. s 77f.

²⁸³ Se Grigolo, M. 2003. s 1038.

Europadomstolens tendens att upprätthålla en klar splittring mellan det legitima, privata, avkriminaliserade homosexuella subjektet och hans/hennes oacceptabla offentliga krav. En kritik av Europadomstolens rättspraxis är därför att dess fokus på skydd av privat sexuell aktivitet har begränsat möjligheten att se de sociala, strukturella och institutionella processer genom vilka social utslagning och diskriminering upprätthålls på grund av sexuell läggning.²⁸⁴

Ett resultat av detta är, enligt professor Robert Wintemute, att det uppstår en "lucka" mellan det skydd som ges för HBT-personers "sex rights" och det som ges för deras "love rights". Även Wintemute menar att de "sex rights", eller individuella rättigheter som följer av artikel 8 utgör ett tidigare stadium i en progressiv rörelse för sociala rättigheter i samband med det rättsliga erkännandet av homosexuellas partnerskap, hem och familjer. Wintemute menar (enligt Johnson) att upprepandet i domstolens domar av en formell åtskillnad mellan rättigheter som är förknippade med privata sexuella handlingar och de rättigheter som är förknippade med socialt, offentligt och institutionellt deltagande, har legitimerat ett ramverk som ofta används för att fortsätta motivera diskriminering på grund av sexuell läggning i Europa.²⁸⁵

Johnson noterar också hur denna fokusering på det privata har förvärrats av domstolens användning av en inre/ytte uppdelning i förhållande till sexuell identitet, vilken inte tar upp hur social delaktighet och erkännande i det offentliga livet är avgörande för skapandet av privatlivet. Och hur domstolen som en följd därför återger de diskursiva och materiella relationer som utgör den så kallade "garderoben".²⁸⁶

Garderoben är enligt queerteoretikern Eve Sedgwick "[...] *the defining structure for gay oppression*" eftersom det är den mekanism genom vilken homosexuellas liv osynliggörs i den sociala världen och raderas från det offentliga livet. Sedgwick hävdar också att för många homosexuella är garderoben ännu det grundläggande draget i det sociala livet, och att det finns få homosexuella i vars liv garderoben inte fortfarande idag är av formande närvaro.²⁸⁷

Johnson menar att domstolens underlåtenhet att åtgärda skillnaden mellan rätten att bestämma omfattningen av sin sexuella integritet och socialt påtvingat hemlighållande av ens sexuella läggning, har utvecklat ett diskursivt landskap där garderoben i rättspraxis fungerar på kontrasterande och konkurrerande sätt. Å ena sidan har idén att homosexuella kan (och bör) hålla sin sexuella läggning som en dold del av deras "personlighet" (instängd i garderoben) använts av domstolen som den viktigaste faktorn för att upprätthålla klagomål enligt artikel 8. I fallet *A.D.T.* dömde domstolen till förmån för sökandens rätt att idka gruppsex, eftersom:

²⁸⁴ Johnson, P. 2010. s 78f.

²⁸⁵ Johnson, P. 2010. s 78f. Se även Wintemute, R. 2005.

²⁸⁶ Johnson, P. 2010. s 82.

²⁸⁷ Johnson, P. 2010. s 82. Se även Sedgwick, E. 1990. s 71.

[...] the applicant [...] had gone to some lengths not to reveal his sexual orientation, and [had] repeated his desire for anonymity before the Court [...].²⁸⁸

Johnson menar att för denna sökande fungerade alltså ”att vara i garderoben” som bevis på att hans privata handlingar verkligen var ”genuinely private”.²⁸⁹

Å andra sidan finns det också, enligt Johnson, exempel på fall där det varit det faktum att sökanden ”kommit ut ur garderoben” som avgjort fallet till sökandens fördel. Exemplet han tar är fallet *Smith and Grady* där domstolen konstaterar:

[...] the Court considers that the Government have not offered convincing and weighty reasons justifying the continued investigation of the applicants' sexual orientation *once they had confirmed their homosexuality* to the air force authorities.²⁹⁰

Domstolen uttrycker sig alltså inte som att utredningar av personers sexuella läggning i sig är ett brott mot artikel 8, utan uttalar att det var ett oproportionerligt ingripande först när de sökande hade ”erkänt” sin homosexualitet. Av detta följer, enligt Johnson, att när en offentlig myndighet kräver kunskap om sexuell läggning, och där individer inte ”erkänner” sin homosexuella identitet, kan undersökningar komma att anses som både legitima och proportionerliga.²⁹¹

Johnson avslutar med att konstatera att den fortsatta diskursiva konstruktionen som domstolen gör av homosexualitet (som endast en privat del av någons personlighet) begränsar förståelsen av hur den privata sfären till stor del beror på den offentliga, och dessutom hur den offentliga sfären skapas i relation till idéer om den privata.²⁹²

Hur någon upplever den privata sfären beror enligt Johnson på hur de upplever till exempel risken för förnedrande behandling i den offentliga sfären, eventuella begränsningar som finns för yttrande- och mötesfrihet, samt eventuell exkludering från sociala och offentliga institutioner. Dessa aspekter av fientlighet mot homosexualitet i det sociala livet är former av diskriminering, och mekanismer för social kontroll, som är beroende av samma begreppsmässiga grunder som domstolen använder sig av: nämligen att homosexualitet är en aspekt av människans personlighet som är i huvudsak privat.²⁹³

²⁸⁸ Se A.D.T. v. the United Kingdom, 31 July 2000. p. 25.

²⁸⁹ Johnson, P. 2010. s 85f.

²⁹⁰ Se *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 September 1999. p. 110.

²⁹¹ Johnson, P. 2010. s 86f.

²⁹² Johnson, P. 2010. s 96.

²⁹³ Johnson, P. 2010. s 96.

7.3 Heteronormativitet i Europadomstolen

En bredare förklaring till svårigheterna för HBT-personer att få samma rättigheter som heterosexuella när det gäller par- och föräldrarättigheter är samhällets och lagens heteronormativa konstruktion. Johnson skriver att som ett ökande antal forskare numera erkänner, är lagen central för skapande, underhåll och reproduktion av heteronormativitet i samtida samhällen. Med heteronormativitet menar Johnson "*the institutions, structures of understanding, and practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent but also privileged*".²⁹⁴

Johnson menar att heteronormativ lagstiftning snedvrider vår syn på samhället, eftersom den hjälper till att upprätthålla en tystnad kring heterosexualitet. Detta innebär att i stället för att tala om heterosexualitet som en social och politisk konstruktion och en form av social organisation, så tas heterosexualiteten för given som en naturlig aspekt av mänskligt liv. En sådan tystnad är enligt Johnson baserad på ett sätt att tänka som döljer hur heteronormativitet verkar, och hindrar all kritisk analys av heterosexualitet som en konstruerad institution.²⁹⁵

Johnson menar dock att det inte endast är den heteronormativa lagstiftningen som är ett problem, utan också den heteronormativa tillämpningen av lagstiftningen. Flera av de i tidigare kapitel beskrivna domarna, är enligt Johnson exempel på hur rättsliga sätt att tänka är inblandade i både reproduktion och avbrott i heteronormativa sociala relationer. En konsekvens av detta synsätt är att till exempel frågan om samkönade äktenskap inte bara handlar om ifall icke-heterosexuella ska få tillgång till civiltäktenskap, utan också i vilken utsträckning det rättsliga skyddet för traditionellt äktenskap bygger på en diskriminering av icke-heterosexuella för att behålla sin sociala och kulturella status.²⁹⁶

Just frågan om samkönade äktenskap prövades som ovan beskrivits i fallet *Schalk and Kopf*. Johnson beskriver hur Europadomstolen i domen inte intar en kritisk ståndpunkt i fråga om heteronormativitet, och att den inte heller innehåller någon kritisk tolkning av äktenskapet. Detta syns tydligast i domstolens avslag på sökandenas påstående att eftersom konventionen är ett levande instrument bör artikel 12 läsas i ljuset av dagens förekomst av samkönade relationer. Europadomstolen konstaterade, mot bakgrund av ändringar i artikel 9 i stadgan om de grundläggande rättigheterna i Europeiska unionen, att domstolen inte längre anser att rätten att gifta sig enligt artikel 12 under alla omständigheter måste vara förbehållen personer av olika kön.²⁹⁷ Ändå väljer domstolen tillslut att lägga större vikt vid det faktum att man anser att äktenskapet har djupa sociala och kulturella rötter, och att Europadomstolen därför inte bör gå för långt, utan lämna

²⁹⁴ Johnson, P. 2011. s 350f. Jämför också definitionen i kap. 2.3.

²⁹⁵ Johnson, P. 2011. s 350f.

²⁹⁶ Johnson, P. 2011. s 350f.

²⁹⁷ Se *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 61f.

beslutanderätten till de nationella myndigheterna som bäst kan bedöma samhällets behov.²⁹⁸

Johnson menar att domarna i det här fallet lät sin heteronormativa förståelse av äktenskapet ligga till grund för granskningen av ordalydelsen i artikel 12. Domstolen konstaterade att, i motsats till alla andra materiella artiklar i konventionen som beviljar rättigheter till "alla", så specificerar artikel 12 att rättigheten ges till "män och kvinnor" vilket domstolen menar måste betraktas som en avsiktlig skillnad. Domstolen tolkade vidare införandet av denna avsiktliga formulering, som bevis för att de ursprungliga upphovsmännen till konventionen därför avsåg att äktenskapet i traditionell mening skulle vara en union mellan två personer av olika kön.²⁹⁹

Johnson anklagar Europadomstolen för att inte göra någon kritisk bedömning, av att upphovsmännen till konventionen kanske helt enkelt valde ordalydelsen därför att den speglade verkligheten så som den såg ut vid tiden för konventionens uppkomst. Istället antog domstolen ståndpunkten att äktenskap i traditionell mening avser unionen mellan en kvinna och en man, och hävdade att ordalydelsen i artikel 12 stödjer denna tolkning. Trots att domstolen också konstaterade att äktenskapet som institution har genomgått stora sociala förändringar sedan antagandet av konventionen, ansåg man inte att traditionen förändrats tillräckligt för att låta det medföra ändrade rättsliga villkor.³⁰⁰

Denna heteronormativa tolkning av äktenskapet påverkades av domstolens befintliga rättspraxis om transsexuella äktenskap. I *Cossey*, fann domstolen att den traditionella förståelsen av äktenskapet gav tillräckliga skäl för att hålla fast vid biologiska kriterier för bestämmandet av en persons kön vid äktenskap.³⁰¹

I *Christine Goodwin* avvek dock domstolen från den uppfattningen och uppgav att begreppen man och kvinna i artikel 12 inte längre uppfattas som bestämt av rent biologiska kriterier. Domen har varit grunden för lagändringar i Europa vilka har gett transsexuella rättsligt erkännande och rättigheter i förhållande till deras nya kön, och ansågs enligt Johnson ursprungligen ge en stabil grund för att främja krav på samkönade äktenskap i enlighet med artikel 12. Men i *Schalk and Kopf* för domstolen fram två skäl till varför man inte anser att de principer som fastställs i *Christine Goodwin* innebär någon skyldighet för konventionsstaterna att ge samkönade par tillgång till äktenskap. För det första, till skillnad från i *Christine Goodwin*, fanns inga tecken på en gemensam europeisk standard avseende samkönade äktenskap i Europa. För det andra gällde *Christine Goodwin* äktenskap med en partner som var av motsatt könsidentitet, även om könsidentitet inte definieras av rent biologiska kriterier.³⁰²

²⁹⁸ Se *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 June 2010. p. 61f.

²⁹⁹ Johnson, P. 2011. s 360ff.

³⁰⁰ Johnson, P. 2011. s 360ff.

³⁰¹ *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990. p. 46.

³⁰² Johnson, P. 2011. s 360ff.

Johnson menar att domstolens slutsats var långt ifrån oundviklig. Det hade varit möjligt för domstolen att, inom ramen för sin rättspraxis och sina tolkningsmetoder, tolka artikel 12 i ljuset av dagens samhällsförhållanden för att nå en alternativ slutsats. Exempelvis skulle domstolen enligt Johnson ha kunnat åberopa den nyligen i *E.B.* etablerade principen att diskriminering på grund av offentliga myndigheters systematiska och överdrivna betoning på heteronormativa konstruktioner, är olaglig och oproportionerligt enligt artikel 14 i konventionen (se nedan för utförligare beskrivning av Johnsons resonemang).³⁰³

Istället antog domstolen enligt Johnson en heteronormativ syn på äktenskapet i fallet *Schalk and Kopf*. I motsats till andra jämförbara fall i Kalifornien och i Sydafrika där domarna åberopat bredare uppfattningar om social och politisk rättvisa, har Europadomstolen i *Schalk and Kopf* hänvisat till befintliga djupt rotade heteronormativa normer för att motivera sin uppfattning att medlemsstaterna bör beviljas ”margin of appreciation” i frågan om samkönade äktenskap. Domarna i Kalifornien och Sydafrika drog istället paralleller till att det tidigare varit förbjudet både i USA och i Sydafrika med rasblandade äktenskap, för att på så sätt säkerställa offentligt erkännande för sina kritiska rättighetsutvecklande ställningstaganden.³⁰⁴

Det finns dock också andra fall som visar på en begynnande medvetenhet om de heteronormativa normer som finns i samhället. Johnson visar i sin analys av domen *E.B.* hur Europadomstolen för första gången, istället för att bara fokusera på den sortens diskriminering som uppkommer när olikabehandling sker direkt på grund av homosexualitet, uppmärksammar den sortens diskriminering som uppkommer på grund av samhällets och lagens heteronormativa konstruktion. Domstolen kommer fram till att de franska myndigheterna diskriminerade sökanden på grund av hennes sexuella läggning genom att reproducera befintliga sociala relationer som kännetecknas av heteronormativitet.³⁰⁵

Johnson menar att de två skäl som de franska myndigheterna ger för att avslå sökandens ansökan, avsaknaden av en fadersfigur och att kvinnan bor med en annan kvinna i ett okonventionellt parförhållande, båda kan ses som uttryck för en heteronormativ syn på vad som utgör en familj. De är heteronormativa i den meningen att de fastlår att en "familjeram", för att anses tillräckligt strukturerad för att säkerställa ett barns bästa, i huvudsak bör bestå av både en mamma och en pappa. Av bevisen som lades fram i Europadomstolen, framgår att under hela beslutsprocessen hos de nationella myndigheterna var det denna heteronormativa föreställning av familjen, som ett heterosexuellt sammanboende par i ett långvarigt förhållande, som låg till grund för bedömningen.³⁰⁶

³⁰³ Johnson, P. 2011. s 360ff.

³⁰⁴ Johnson, P. 2011. s 363.

³⁰⁵ Johnson, P. 2012. s 45f.

³⁰⁶ Johnson, P. 2012. s 49.

I sin strävan att bevisa att de inte avslag sökandens adoptionsansökan på grund av hennes sexualitet, hävdade de nationella myndigheterna att även en heterosexuell sökande vars omedelbara krets av familj och vänner inte inkluderade en medlem av det motsatta könet också skulle ha fått sin ansökan avslagen. Johnson pekar i sin artikel på att det faktum att en heterosexuell sökande också kan nekas tillstånd att adoptera för att han eller hon inte uppfyller de heteronormativa föräldraskapsideal som uppställts, inte i sig visar på obefintlig heteronormativitet, utan tvärtom kan hävdas bevisa förekomsten och styrkan av dessa normer. Det som är viktigt att uppmärksamma enligt Johnson är dock att myndigheternas försvar visar hur det på grund av heteronormativiteten är möjligt att hävda att säkerställandet av "normala" familjeförhållanden, inte har någon egentlig relation med sökandens sexualitet att göra, och därför inte utgör en form av direkt eller indirekt diskriminering på dessa grunder.³⁰⁷

Domstolens slutsats är att de nationella myndigheternas upprätthållande av heteronormativa värden kan anses indirekt göra att avslaget på adoptionsansökan grundar sig på den sökandes homosexualitet. Detta överensstämmer enligt Johnson i mångt och mycket med vad som framförts av många queerteoretiker, nämligen att heteronormativitet alltid beror på, och fungerar i relation till, homosexualitet.³⁰⁸

Genom att erkänna processer som stöder teorin att heteronormativitet underförstått rör homosexualitet, erbjuder domstolen ett sätt att förstå diskriminering av homosexuella som en form av upprepning av heterosexuella normer. Detta är enligt Johnson viktigt eftersom det innebär att domstolen nu erkänner att diskriminering i förhållande till sexuell läggning förekommer inte bara när en uttrycklig hänvisning görs till homosexualitet, utan i de fall individer är på förhand dömda att "misslyckas" när de mäts i relation till heteronormativa ideal. Situationer där systematisk och överdriven vikt läggs vid sådana ideal, och resulterar i diskriminering av homosexuella, kan nu (om domstolens argumentering följs) enligt Johnson identifieras som illegitima och oproportionerliga enligt artikel 14 i konventionen.³⁰⁹

Europadomstolens slutsats att sökandens homosexualitet var avgörande för de nationella myndigheternas resonemang visar enligt Johnson en ny vilja att erkänna det symbiotiska förhållandet mellan reproduktion av heteronormativitet och diskriminering av homosexuella.³¹⁰

Johnson konstaterar att *E.B.* trots allt än så länge får ses som ett atypiskt fall i Europadomstolens rättspraxis, men menar att detta inte förminskar dess betydelse. De principer som fastställs ger enligt Johnson HBT-personer en viktig plattform för att överklaga när myndigheter i medlemsstaterna

³⁰⁷ Johnson, P. 2012. s 51.

³⁰⁸ Johnson, P. 2012. s 56f.

³⁰⁹ Johnson, P. 2012. s 58.

³¹⁰ Johnson, P. 2012. s 58.

använder heteronormativa skäl för att fortsätta använda metoder som diskriminerar icke-heterosexuella. Detta ger en ny rättslig grund inte bara för att kräva lika rättigheter för HBT-personer i dagens Europa, men också för att bryta upprepningen av heteronormativa påståenden som sker i samhället, den ”expertkunskap” som ligger till grund för denna, och de ”sanningar” som de försöker etablera (se exempelvis Frankrikes argumentation i fallet *Fretté*). Johnson går så långt som att anse att domen erbjuder ett sätt att utmana den överlägsna position som heterosexualitet idag har i samhället.³¹¹

Johnson menar alltså att även om principerna i domen inte har fått genomslagskraft i Europadomstolens fortsatta rättspraxis, bör detta inte betraktas som en statisk situation. En viktig aspekt av domstolens ”living instrument” doktrin är att den uppmuntrar en dynamisk och utvecklande tolkning av konventionen. Johnson menar att detta, framförallt för utvecklandet av praxis kring HBT-personers rättigheter, är långt ifrån en linjär process. Tvärtom menar han att domstolen ofta har fastställt principer i ett fall som sedan blivit ignorerade eller förkastas i senare mål för att sedan återupptas igen. Johnson anser att Europadomstolen visserligen kan sägas sakna ett ändamålsenligt synsätt, men att dess ”kreativitet” nästan säkert kommer att se till att domstolen i framtiden kommer att använda, och erkänna, principerna i *E.B.*³¹²

7.4 Living instrument doktrinen

Som antytts ovan är Europadomstolens användning av ”living instrument” doktrinen den främsta anledningen till att området HBT-rättigheter har kunnat utvecklas relativt snabbt de senaste 30 åren. Men frågan om hur Europadomstolen bör tolka Europakonventionen är ständigt aktuell. Hur långt bör, eller ska domstolen gå ifrån konventionens ursprungliga lydelse? Å ena sidan är undertecknandet av konventionen en förbindelse från de undertecknande staternas sida att följa en uppsättning fundamentala principer, å andra sidan förändras samhället ständigt vilket kräver nya tolkningar av konventionen på sätt som omöjligt kunde förutspås när den undertecknades.³¹³

Samtidigt som många motsätter sig tanken att Europakonventionen idag ska tolkas enligt vad som ansågs vara rätt vid dess tillkomst för över 60 år sedan, krävs det goda argument för att rättfärdiga varför domstolen och inte lagstiftarna ska ha makten att utveckla konventionens innebörd.

Europadomstolen har själv uttryckt:

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

³¹¹ Johnson, P. 2012. s 63f.

³¹² Johnson, P. 2012. s 63f.

³¹³ Letsas, G. 2012. s 1.

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 [...].³¹⁴

Motståndarna till Europadomstolens dynamiska tolkning av Europakonventionen menar att metoden skapar rättslig osäkerhet, eftersom den innebär att förutsebarheten minskar. Medan förespråkarna menar att detta är oundvikligt, då samhället ständigt utvecklas och förändras.³¹⁵

Ida Elisabeth Koch, professor i mänskliga rättigheter, och professor Jens Vedsted-Hansen menar att det är viktigt att poängtera att den dynamiska tolkningen av mänskliga rättigheter, inte saknar samband med rättskällor som är under påverkan av demokratiskt legitimerade organ såsom nationella lagstiftande församlingar. Tolkningsmetoden syftar till att förankra den utvecklade tolkningen i rättsliga normer som finns utanför själva konventionen. Som en primär källa undersöker domstolen vanligtvis om en gemensam standard eller konsensus har utvecklats bland staterna som är parter till konventionen. Utöver detta beaktas även andra internationella konventioner.³¹⁶

Det är framförallt i de fall där Europakonventionens ordalydelse ger väldigt lite vägledning som det öppnas för möjligheten att tolka konventionen dynamiskt. I dessa fall används dock ofta ländernas ”margin of appreciation” som ett sätt att först låta de lagstiftande församlingarna själva försöka lösa problemet. Men som bland annat fallen om rättsligt erkännande av transsexuellas post-operativa kön visar, så innebär detta också att de nationella lagstiftarna har ett ansvar att försöka lösa problemet. Om så inte sker kan Europadomstolen i senare fall anse att ländernas ”margin of appreciation” har upphört att gälla.³¹⁷ Som George Letsas, docent i juridik, skriver kan även domstolsuttalanden om principen om europeisk standard användas som en förvarning till medlemsstaterna om att en ny praxis kommer att utvecklas.

Consensus [...] operates as a warning light that a new standard is evolving and allows States time to reform their policies gradually, in line with present-day conditions.³¹⁸

Argument har dock framförts för att Europadomstolen nu är på väg att lämna sin tradition av att tillmäta avsaknaden av konsensus en tungt vägande betydelse, och av den tidigare behandlingen av konsensus som den yttersta gränsen för hur långt domstolen kan utveckla tolkningen av konventionen. Letsas skriver:

³¹⁴ Christine Goodwin v. the United Kingdom, 11 July 2002. p. 74.

³¹⁵ Koch, I.E. and Vedsted-Hansen, J. 2006. s 11f.

³¹⁶ Koch, I.E. and Vedsted-Hansen, J. 2006. s 12.

³¹⁷ Koch, I.E. and Vedsted-Hansen, J. 2006. s 12f.

³¹⁸ Letsas, G. 2006. s 730.

The new Court treats the ECHR as a living instrument by looking for *common values* and *emerging* consensus in international law. In doing so it often raises the human rights standard above what most contracting states currently offer. It reasons mainly by focusing on the substance of the case and by placing the burden on the respondent states to provide weighty reasons for interfering with core aspects of Convention rights. If no weighty reasons are provided, the new Court will not normally grant the respondent state a margin of appreciation, even in the absence of consensus amongst contracting states on the question. [...] Whether the Court will maintain this approach in the face of vocal criticism by several contracting states remains to be seen.³¹⁹

Baserat på den rättsfallsgenombgång som jag presenterat ovan, anser jag att det är att gå lite långt att säga att detta är den metod som Europadomstolen numera tillämpar (se exempelvis fallet *Schalk and Kopf*). Fall som stödjer Letsas slutsats finns dock också inom det område jag har undersökt (se exempelvis *Christine Goodwin*). Men även om detta inte ännu fullt ut kan sägas vara den metod som domstolen tillämpar, så är det en metod som med största sannolikhet skulle flytta fram positionerna vad det gäller HBT-rättigheter ytterligare. Jag tänker därför lite närmare beskriva vad det finns för argument för att använda sig av en sådan mer moralisk tolkning av Europakonventionen, och om en sådan kan anses vara legitim.

7.5 Är en mer moralisk tolkning av Europakonventionen legitim?

Docent George Letsas argumenterar i sin artikel för att en mer moralstyrd och ändamålsenlig tolkningsmetod bör användas av Europadomstolen. Letsas anser att domstolens användning av en sådan tolkning kan rättfärdigas eftersom det krävs av de moraliska grunderna för mänskliga rättigheter. Han menar att om mänskliga rättigheters funktion är att motverka majoritetssystem och på så sätt skydda vissa rättigheter som alla människor anses ha rätt till, förlorar de sin mening om mänskliga rättighetskonventioners omfattning och betydelse ska styras av vad majoriteten själv anser vara rätt.³²⁰

Letsas tar som exempel tolkningen som domstolen hittills gjort av rättigheter för grupper så som barn födda utom äktenskapet, homosexuella, transsexuella, fångar, utlänningar och religiösa minoriteter. Om dessa gruppers rättigheter gjorts beroende av majoritetssystemens preferenser, skulle de flesta av dem nekas konventionsskydd överhuvudtaget. Detta beror enligt Letsas på att majoritetssystemens preferenser normalt är fördomsfulla mot dessa grupper, som är färre i antal och som därmed inte kan få till stånd en förändring i den nationella rätten genom lagstiftningsprocessen.³²¹

³¹⁹ Letsas, G. 2012. s 12.

³²⁰ Letsas, G. 2012. s 13.

³²¹ Letsas, G. 2012. s 13.

Letsas menar alltså att med den definition vi idag har av mänskliga rättigheter, som något som är till för att skydda allas, och framförallt minoritetens, grundläggande rättigheter, bör dessa gruppers rättigheter inte göras beroende av majoritetens uppfattningar. Letsas menar att det därför inte heller bör göras någon skillnad mellan de majoritetspreferenser som råder i den svarande staten, och de majoritetspreferenser som råder i hela Europa. Alltså bör till exempel brist på enighet bland medlemsstaterna om huruvida samkönade partnerskap rättsligt bör erkännas vara lika irrelevant, som ett fördomsfullt moralisk klimat gentemot homosexuella hos majoriteten i den svarande staten.³²²

Letsas försvarar den moraliska tolkningen av Europakonventionen mot anklagelser om rättslig aktivism, eftersom han anser att tolkningen håller sig inom Europadomstolens rättsliga ansvarsområde och funktion. Nämligen att medlemsstaterna har gett domstolen behörighet att skydda de mänskliga rättigheterna människor faktiskt har, och inte de mänskliga rättigheter nationella myndigheter eller den allmänna opinionen anser att vissa människor bör ha. Medlemsstaterna har skapat en överstatlig institution för att skydda folks verkliga mänskliga rättigheter och då kan de inte enligt Letsas förvänta sig att domstolen ska överse överträdelse när det passar dem. Avslutningsvis konstaterar Letsas att den moraliska tolkningen inte bara borde anses vara inom de rättsliga gränserna för domstolens behörighet, utan också en förutsättning för att domstolen ska kunna utföra sin juridiska funktion, att skydda individuella mänskliga rättigheter i Europa.³²³

Ytterst härrör Europadomstolens legitimitet från Europakonventionens 46:e artikel: "*The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.*"³²⁴ Enligt Letsas råder det alltså ingen tvekan om att Europakonventionens avtalsslutande stater ville skapa inte bara juridiskt bindande skyldigheter, utan också juridiskt bindande bedömningar av när dessa skyldigheter har överträtts. Större politisk enighet och att gemensamt säkerställa grundläggande mänskliga rättigheter var syftet med den ursprungliga utformningen av Europakonventionen, och det fortsätter det att vara tills medlemsstaterna reformerar Europakonventionen eller frånträder den. De avtalsslutande staterna kunde ha gjort Europadomstolens domar till enbart rekommendationer eller icke bindande beslut, men valde att inte göra så.³²⁵

Självklart finns det gränser för hur långt domstolen kan gå i tolkningen av vilka rättigheter konventionen ger. Men dessa gränser har enligt Letsas ingenting att göra med medlemsstaternas konsensus om vad som är, och vad som inte är, en kränkning av mänskliga rättigheter. Letsas menar istället att den viktigaste begränsningen gäller karaktären av domstolens resonemang, och att domstolen har två grundläggande skyldigheter i detta avseende. För

³²² Letsas, G. 2012. s 13.

³²³ Letsas, G. 2012. s 13.

³²⁴ Letsas, G. 2012. s 22.

³²⁵ Letsas, G. 2012. s 23.

det första att resonera i god tro och försöka upptäcka de principer som ligger till grund för och motiverar de mänskliga rättigheterna, och sedan tillämpa dem på det aktuella fallet. För det andra har domstolen en skyldighet, liksom alla domstolar, att sträva efter att motivera sina beslut i enlighet med ett system av principer som utgör en begriplig och enhetlig syn på rättvisa.³²⁶

Domstolen bör enligt Letsas sträva efter att skapa en sammanhängande uppsättning principer i sin rättspraxis genom att ständigt justera, modifiera och omforma omfattningen och innebörden av konventionens rättigheter i ljuset av de principer som den använder. Den dynamiska tolkningsmetoden kan sägas fylla detta behov av enhetlighet - allt annat lika, så kan domstolen inte vägra skydd i en nyligen utvecklad skyddssituation, om domstolens befintliga principer är tillämpbara på detta problem. Genom att utveckla omfattningen av konventionens rättigheter använder domstolen då helt enkelt den befintliga lagstiftningen. Varje så kallad expansiv tolkning av en konventionsrättighet är då legitim så länge som det är en godtrogen tillämpning av en princip som domstolen konsekvent har tillämpat och redovisat i sin rättspraxis.³²⁷

7.6 Utmaningar och framtida utveckling för HBT-rättigheterna i Europa

Ovan har jag beskrivit vilka rättigheter HBT-personer idag kan anses ha enligt Europakonventionen. Jag har även diskuterat vilka mönster som kan ses i denna utveckling, och vad som kan tänkas bidra till upprätthållandet av detta mönster. Frågan som återstår att diskutera är nu endast om, och hur, denna utveckling kommer att fortsätta?

Enligt det mönster som verkar finnas för rättsligt erkännande av HBT-personers rättigheter kommer den sista gränsen i denna utveckling att vara erkännande av fullständiga rättigheter till samkönade äktenskap och lika föräldrarättigheter. Enligt Aron Xavier Fellmeth, professor i juridik, kommer motståndet mot samkönade äktenskap och HBT-personers föräldraskap att lösas upp tillsammans med de värderingar som binder äktenskapet till könsordning och reproduktion, vilka redan idag är starkt ifrågasatta i många länder. Han menar att begreppet äktenskap är föränderligt nog för denna utveckling då äktenskap är ett socialt konstruerat koncept som återspeglar skiftande politiska och kulturella förståelser.³²⁸

Fellmeth beskriver gruppen sexuella minoriteter som en grupp som internationellt varken har särskilt mycket ekonomisk eller politisk makt. Det finns också en skillnad mellan sexuella rättigheter och många andra

³²⁶ Letsas, G. 2012. s 23f.

³²⁷ Letsas, G. 2012. s 23f.

³²⁸ Fellmeth, A. 2009. s 933ff.

mänskliga rättigheter, i det att få sådana andra rättigheter stöter på särskilt stor religiös opposition.³²⁹

Fellmeth jämför de homosexuellas kamp för lika rättigheter med den som vi idag ser kvinnor vinna världen över. Båda grupperna har mött starkt motstånd baserat på kulturella och religiösa ideologier i sin kamp för lika rättigheter. Men till skillnad från kvinnorna utgör sexuella minoriteter endast en liten del av befolkningen, och de är också en grupp som förblir osynliga eller tar stora risker om de är öppna med sin sexuella läggning i stora delar av världen. Detta gör att sexuella minoriteters förmåga att förespråka sina egna rättigheter internationellt är allvarligt beskuren på grund av deras sociala, juridiska och politiska situation. Sammantaget är de faktorer som har främjat kampen för kvinnors mänskliga rättigheter, inte lika gynnsamma i kampen för sexuella mänskliga rättigheter.³³⁰

Trots detta tror Fellmeth att homosexuella kommer att fortsätta vinna gehör för sina krav på lika rättigheter. Dels på grund av att krav på sexuell frihet överlag vinner mark i världen, men framförallt därför att kravet kan formuleras som en minoritetsgruppsrättighet likt de som framförts av etniska och religiösa minoriteter.³³¹ Kraven på lika rättigheter stämmer också överens med den syn på mänskliga rättigheter och alla människors lika värde som uttrycks i de flesta internationella konventioner och som lett till att kvinnor vunnit gehör för sina krav på lika rättigheter.³³²

När det inte längre finns några moraliskt godtagbara argument för att inte ge HBT-personer samma mänskliga rättigheter som andra, kommer detta alltså enligt Fellmeths resonemang att ändras. På samma sätt som kvinnor har fått samma mänskliga rättigheter som män, och svarta samma mänskliga rättigheter som vita, kommer icke-heterosexuella att få samma mänskliga rättigheter som heterosexuella. Fellmeth menar att ideologisk konsekvens kommer att forma utvecklingen av nya normer i den internationella lagstiftningen.³³³

Juristen Kate Spencer bekräftar det jag ovan skrivit, om att ett eventuellt införande av samkönade äktenskap inte enbart kan ses som en fråga om beviljande av rättigheter. Inte heller kan det helt förklaras med förändrade attityder och ökad acceptans av homosexualitet. Samkönade äktenskap är, också enligt Spencer, kulmen på en process mot jämlikhet som rör sig från avkriminalisering av homosexuella handlingar till full acceptans av homosexuella relationer. Den föränderliga ideologin om äktenskap, familj och den ökande åtskillnaden av reproduktion och sexualitet har enligt Spencer varit pådrivande faktorer, framförallt i samband med den ökande

³²⁹ Fellmeth, A. 2009. s 933ff.

³³⁰ Fellmeth, A. 2009. s 933ff.

³³¹ Se också Johnson, P. 2011. som visar hur domstolar i USA och Sydafrika, genom att jämföra med de rasdiskriminerande regler som funnits för äktenskap men som idag skulle vara otänkbara, tolkat in en rätt till äktenskap också för samkönade par.

³³² Fellmeth, A. 2009. s 935f.

³³³ Fellmeth, A. 2008-2009. s 933ff.

sekulariseringen i Europa. Spencer beskriver hur det västerländska samhället sedan sextioalet har sett en dramatisk förändring i kulturella och sociala normer, särskilt när det gäller de värderingar som finns kring familjer och kärleksrelationer. I många länder minskar skillnaden mellan homosexuella och heterosexuella relationer, och äktenskap är inte längre den enda socialt och juridiskt accepterade formen av relation, vilket bidrar till acceptansen och legitimiteten av homosexuella förhållanden.³³⁴

För transsexuellas del är det redan möjligt att i enlighet med artikel 12 gifta sig i sitt nya kön, något som för två decennier sedan skulle ha varit otänkbart i de flesta europeiska länder. Spencer menar att Europa i stort sett går mot samma mål (om än i olika takt) inom många områden av familjerätten, och att denna utveckling drivs på av europeiska initiativ för att främja harmonisering.³³⁵

Så länge Europadomstolen vägrar att gå bortom den lägsta gemensamma europeiska standarden i sin väg till rättsligt erkännande av samkönade pars rättigheter, är det dock inte troligt att utveckling inom området HBT-rättigheter kommer att komma från europeiska institutioner. I så fall menar Spencer att det är troligare att en ökad tolerans av homosexualitet, och en ökad medvetenhet om mänskliga rättigheter kommer att resultera i att medlemsstaterna på egen hand kommer att införa samkönade äktenskap och föräldrarättigheter för HBT-personer. Ju mer konsensus som skapas på området mellan medlemsländerna, desto troligare blir det att Europadomstolen till slut kommer att begränsa de kvarstående ländernas ”margin of appreciation”.³³⁶

Spencer poängterar också att sekulariseringen i medlemsstaterna spelar en stor roll för att undanröja religiösa invändningar mot samkönade relationer. Detta går hand i hand med en ökad acceptans av icke-konventionella familjeformer, vilken är hjälpt av den förändrade definitionen av äktenskapet och familjen som feministisk teori har lyckats sprida. Spencer belyser betydelsen av en harmonisering av europeisk familjerätt. Hon menar att på vägen mot ett europeiskt erkännande av samkönade relationer kommer de europeiska institutionernas vägran att främja en människorättsbaserad syn på rättsligt erkännande av samkönade relationer, att fortsätta betyda skillnader i rättigheter för homosexuella i hela Europa. Med tanke på den juridiska, kulturella och politiska mångfald som finns i Europa, menar Spencer att det tillslut kommer att krävas ett människorättsbaserat rättsligt erkännande av samkönade äktenskap på europeisk nivå, för att slutligen ge möjlighet till rättsligt erkännande av alla samkönade parförhållanden i alla europeiska länder.³³⁷

³³⁴ Spencer, K. 2010. s 174f.

³³⁵ Spencer, K. 2010. s 174f.

³³⁶ Spencer, K. 2010. s 175f.

³³⁷ Spencer, K. 2010. s 175f.

8 Avslutande diskussion

8.1 Har alla enligt Europakonventionen rätt att bilda familj oavsett sexuell läggning?

Syftet med den här uppsatsen var, för det första, att utifrån Europadomstolens praxis diskutera vilka familjerättsliga rättigheter HBT-personer har idag i Europa. Min första frågeställning var därför ”har alla – enligt Europakonventionen – rätt att bilda familj oavsett sexuell läggning?” Den frågan får spontant, efter den empiriska rättsfallsgenomgången, besvaras nekande. Det finns som jag ovan beskrivit dock en del skillnader för transsexuella respektive homosexuella par och individer.

8.1.1 Transsexuella

För transsexuellas del kan sammanfattningsvis sägas att utvecklingen har gått från att medlemsstaterna rättsligt måste erkänna transsexuellas post-operativa kön till att transsexuella idag har rätt att gifta sig i sitt post-operativa kön. Men att, som en konsekvens av denna könsdefinition kan transsexuella inte enligt Europakonventionen sägas ha någon rätt att förbli gifta, eller gifta sig i sitt biologiska kön, efter att det nya könet blivit rättsligt erkänt.

I viss mån kan det konstateras att rättighetsutvecklingen har kommit längre för transsexuella eftersom de numera får lov att gifta sig med någon som ursprungligen var av samma biologiska kön. Men för transsexuellas del, såsom för homosexuella, ställer det i flera fall till problem att äktenskapet fortfarande är reserverat för olikkönade par.

Trots likheter i fråga om vårdnad och umgängesrättigheter för homosexuella och transsexuella, kan det konstateras att transsexuellas föräldrarättigheter är sämre tillgodosedda än homosexuellas. Detta på grund av det krav på sterilisering som många länder, däribland Sverige, uppställer för rättsligt erkännande av deras nya könstillhörighet. Ett krav som Europakommissionen i form ett avvisningsbeslut har signalerat inte strider mot Europakonventionen.

Samtidigt har det fastslagits att sexuell läggning inte *per se* får vara en grund för nekad vårdnad eller umgänge med befintliga barn. Efter domarna som fastslog rätten till rättsligt erkännande av transsexuellas nya könsidentitet har också transsexuella fäder samma rätt som andra att få tillerkänt sig faderskapet om deras partner får barn med hjälp av insemination.

Viktiga uttalanden som görs av Europadomstolen i fall som rör transsexuella, är att domstolen fäster mindre vikt vid att det saknas bevis för

en gemensam europeisk strategi för att lösa de rättsliga och praktiska problemen, än för de klara och obestridda bevis på en fortsatt internationell trend till förmån, inte bara för ökad social acceptans av transsexuella, utan även för juridiskt erkännande av den nya sexuella identiteten för postoperativa transsexuella. Domstolen konstaterar också att pars oförmåga att bilda familj inte i sig kan anses påverka deras rätt att ingå äktenskap enligt artikel 12. Europadomstolen uttalar också att det inte längre tvunget är biologiska kriterier som avgör vem som är man och kvinna i artikel 12:s mening. Dessutom hänvisas till artikel 9 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som inte uttryckligen reserverar rätten till äktenskap för just män och kvinnor.

När det gäller transsexuellas rättigheter blir slutsatsen dock att framförallt området föräldrarättigheter överlag är ganska utforskat av Europadomstolen. Många frågor skulle behöva tas upp till prövning av domstolen för att det ska vara möjligt att närmare uttala sig om vilka rättigheter Europakonventionen ger på detta område.

8.1.2 Homosexuella

För homosexuellas del började utvecklingen med att Europadomstolen slog fast att varken kriminalisering av homosexualitet eller högre samtyckesålder för homosexuella sexuella relationer är förenligt med Europakonventionen. Senare har domstolen fastslagit att sexuell läggning är ett begrepp som omfattas av artikel 14, och att precis som särbehandling på grund av kön kräver också olikabehandling på grund av sexuell läggning särskilt allvarliga skäl för att kunna motiveras.

Om homosexuellas parrättigheter kan sägas att de är än mindre tillfredsställda än transsexuellas. Europadomstolen har konstaterat att homosexuella sambor kan anses ha ett familjeliv i artikel 8 mening. Dessutom kräver Europakonventionen idag att homosexuella sambor har samma rättigheter som heterosexuella sambor. Däremot kan inte homosexuellt samboskap, och förmodligen inte heller partnerskap jämföras med heterosexuellt äktenskap. Detta trots att det i många länder inte finns någon möjlighet för homosexuella att ingå äktenskap och därmed få tillgång till de förmåner som är knutna till äktenskapet. Europadomstolen har också konstaterat att varken artikel 12 eller 8 kan anses innehålla någon rätt för homosexuella att gifta sig, eller ens få sitt förhållande rättsligt erkänt i form av partnerskap i dagsläget.

När det kommer till homosexuellas föräldrarättigheter finns det både vårdnadsfall och singeladoptionsfall som säger att sexuell läggning inte *per se* kan ses som en negativ faktor, det kan dock inte sägas ha varit någon linjär utveckling på området. Europadomstolen uttrycker dock också att rätten till skydd för familjeliv i artikel 8 förutsätter en existerande familj och därmed inte skyddar en önskan om att få bilda familj.

När det gäller partneradoptioner har ännu inget rent fall med diskriminering av homosexuella prövats av Europadomstolen. Det avvisningsbeslut som finns från kommissionen är mycket knapphändigt men negativt. I det fall som har prövats av domstolen gällde det en jämförelse mellan ett homosexuellt sambopar och gifta heterosexuella par, vilka domstolen inte ansåg kunde sägas vara i en liknande situation i artikel 14 mening. Inte heller när det gäller rätt till gemensam adoption för homosexuella par finns det någon rättspraxis att gå på.

Den främsta slutsatsen blir alltså att även när det gäller homosexuella så är området föräldrarättigheter överlag utforskat av Europadomstolen. För homosexuellas del gäller också att många frågor när det gäller parrättigheter skulle behöva tas upp till prövning av domstolen för att det ska vara möjligt att närmare uttala sig om vilka rättigheter Europakonventionen ger.

Intressant att lägga märke till ur fallen som rör homosexuella är att domstolen uttalar att negativa attityder och fördomar hos en heterosexuell majoritet mot en homosexuell minoritet, inte i sig kan betraktas av domstolen som en tillräcklig motivering för att inskränka homosexuellas rättigheter, inte mer än liknande negativa attityder mot de av en annan ras, ursprung eller färg skulle göra. Tänkvärt är också att domstolen gör jämförelser av särbehandlingen av homosexuella, med den särbehandling som skett och sker av svarta personer och kvinnor.

8.2 Vad säger forskningen om rättighetsutvecklingen i Europadomstolens praxis?

Min andra frågeställning var ”vad säger forskningen om rättighetsutvecklingen i Europadomstolens praxis när det gäller denna fråga?” Svaret har jag beskrivit i kapitel 7 som behandlar aktuellt forskningsläge. Det jag vill göra här är därför endast att knyta de resonemang som framkommer där till mitt empiriska material, och tydligare lyfta fram vilka delar jag själv anser vara viktigast.

Resultatet av min empiriska rättsfallsundersökning visar tydligt att erkännandet av HBT-personers rättigheter sker i en viss ordning. Den standardordningsföljd, som Waaldijk menar kan utläsas i de nationella processerna för rättsligt erkännande av HBT-rättigheter, gäller alltså enligt mig även utvecklingen i Europadomstolens praxis. Och trots att jag inte kan säga att domstolen kommit hela vägen till att garantera HBT-personer fullständiga par- och föräldrarättigheter, tror jag att Europadomstolen har påskyndat utvecklingen nationellt i Europa, och i vissa länder bidragit till att nästan hela utvecklingskedjan har kunnat genomföras på bara några få årtionden.

Det är framförallt Waaldijks logik bakom ordningsföljden som enligt mig är värd att uppmärksamma. Sambandet mellan avkriminalisering,

antidiskrimineringslagstiftning och partnerskapslagstiftning är enligt mig moraliskt och politiskt övertygande. Likaså borde införandet av antidiskrimineringslagstiftning (som gäller exempelvis arbetsgivare) leda till att man också omprövar den diskriminerande lagstiftning som idag finns.

Om man idag ser till Europadomstolens praxis så är det par- och föräldrarättigheterna som är minst utvecklade. Detta står helt i överensstämmelse med Waaldijks rättighetsföljd som beskriver att det sista steget i utvecklingen av HBT-rättigheter kommer att vara lika rätt till äktenskap och föräldraskap. Trots detta anser jag ändå att det kan sägas att arbetet med att ge HBT-personer tillgång till dessa rättigheter har påbörjats av Europadomstolen, framförallt i och med erkännandet av homosexuella som vårdnadshavare och singeladoptivföräldrar, och uttalanden om att även samkönade par kan ha ett familjeliv i den mening som avses i artikel 8.

I likhet med vad författaren Sáez menar, tror jag att när vi nu erkänner föräldraskap utanför äktenskapet, kommer det bli svårt att upprätthålla privilegier för endast en modell av föräldraskap. Europadomstolen har i andra sammanhang än rörande HBT-rättigheter, framhållit att ingen skillnad ska göras mellan den legitima och illegitima familjen, och att artikel 8 således även skyddar samlevnadsförhållanden som inte grundas på äktenskap (se kap 3.4.1). Därför är det enligt mig också troligt att Europadomstolen i framtiden kommer att erkänna samkönade par som en legitim föräldraenhet.

Intressant att uppmärksamma är enligt mig att det är föräldrarättigheterna som verkar sätta stopp för ett ökat erkännande av samkönade förhållanden i form av homosexuellt äktenskap. Sáez uppmärksammar att vissa länder till och med har gått så långt att de gjort samkönade äktenskap möjliga, men beskurit dem på just föräldrarättigheterna. Samma sak syns också i många nationella partnerskapslagstiftningar.

Om man studerar den rättighetsutveckling som jag ovan har beskrivit, så är det också tydligt att Europadomstolen hittills har gjort olika bedömningar av HBT-personers privata rättigheter, det vill säga i det här fallet deras individuella rättigheter, och deras offentliga rättigheter, alltså deras par- och föräldrarättigheter. Det är faktiskt först kring år 2000 som Europadomstolen börjar erkänna någon form av par- och föräldrarättigheter för transsexuella och homosexuella. Som jag beskrivit ovan är det enligt Wintemute detta upprepar i domstolens domar, av en formell åtskillnad mellan rättigheter som är förknippade med privata sexuella handlingar och de rättigheter som är förknippade med socialt, offentligt och institutionellt deltagande, som har legitimerat ett ramverk som ofta används för att fortsätta motivera diskriminering på grund av sexuell läggning i Europa.

Enligt mig är också denna uppdelning mellan privata och offentliga rättigheter en av de bidragande orsakerna till att det har varit lättare för HBT-personer att få igenom individuella rättigheter, eftersom de kan anses

vara privata, men svårare att få igenom par- och föräldrarättigheter ,eftersom de är av mer offentlig karaktär.

En bredare förklaring till svårigheterna för HBT-personer att få samma rättigheter som heterosexuella, när det gäller par- och föräldrarättigheter, är samhällets och lagens heteronormativa konstruktion. Det är enligt mig lätt att se att lagen är skapad utifrån förutsättningen att det normala sättet att leva på är heterosexuellt. Svårare är att som Johnson se att det inte endast är den heteronormativa lagstiftningen som är ett problem, utan också den heteronormativa tillämpningen av lagstiftningen. Efter att ha läst hans analys (som beskrivits i kapitel 7.3) av de domar som jag också har studerat, blir det dock tydligt att rättsliga sätt att tänka är inblandade i både reproduktion och avbrott i heteronormativa sociala relationer.

Som antytts tidigare är Europadomstolens användning av living instrument doktrinen den främsta anledningen till att området HBT-rättigheter har kunnat utvecklas relativt snabbt de senaste 30 åren. Själv anser jag att det är denna utveckling och förändring av rättspraxis som har kunnat ses inom många av områdena som rör HBT-personers rättigheter, som är det som främst talar för att Europadomstolen så småningom kommer att exempelvis återuppta den queerteoretiska argumentation som används i *E.B.* Dekriminaliseringen av homosexuella handlingar gjordes av Europadomstolen eftersom de moraliska invändningar som tidigare använts inte längre ansågs giltiga. När det gäller samkönade äktenskap skulle domstolen egentligen på samma sätt kunna göra en bedömning av om skälen för diskriminering håller, men istället har man valt att göra en ren bokstavstrogen tolkning av vad som står i artikel 12 och på så sätt komma fram till att rätten att ingå äktenskap inte omfattar samkönade par. Denna inställning är dock inte något som domstolen måste hålla fast vid i framtiden.

Under kapitel 7.4 har argument framförts för att Europadomstolen nu är på väg att lämna sin tradition av att tillmäta avsaknaden av konsensus en tungt vägande betydelse, och av den tidigare behandlingen av konsensus som den yttersta gränsen för hur långt domstolen kan utveckla tolkningen av konventionen. Även om jag anser att det inte ännu kan sägas vara en metod som domstolen fullt ut tillämpar, så är det en metod som med största sannolikhet skulle flytta fram positionerna vad det gäller HBT-rättigheter ytterligare.

George Letsas argumenterar, som ovan beskrivits i kapitel 7.5, i sin artikel för att en mer moralstyrd och ändamålsenlig tolkningsmetod bör användas av Europadomstolen. Enligt mig finns det självklart goda argument för att lagstiftande demokratiska församlingar, och inte domstolar, bör vara de som i första hand utvecklar lagarna. Det är också därför Europadomstolen, bland annat på grund av sin tolkning av HBT-personers rättigheter, har fått mycket kritik för den dynamiska tolkningen av konventionen. Men som Letsas framhåller är tanken på demokratiskt beslutade lagar, vilket egentligen betyder majoritets beslutade lagar, problematisk när det kommer till

upprätthållandet av mänskliga rättigheter, vilka allra mest behövs för att skydda just minoritetsgruppers rättigheter. Jag anser därför att Letsas har viktiga poänger med sitt resonemang för en mer moralisk och ändamålsenlig tolkning av Europakonventionen.

8.3 Framtiden?

Frågan är då vad som kommer att vara avgörande faktorer för den fortsatta utvecklingen av HBT-personers familjerättigheter. Några av de viktigaste faktorerna som beskrivits under kapitel 7 är enligt mig:

- En mer moralisk tolkning av Europakonventionen. Om inte Europadomstolen vågar gå bortom den lägsta gemensamma europeiska standarden, är det inte troligt att utveckling inom området HBT-rättigheter kommer att komma från europeiska institutioner.
- En ökad tolerans av homosexualitet, och en ökad medvetenhet om mänskliga rättigheter i medlemsstaterna. Ju mer konsensus som skapas på området mellan medlemsländerna, desto troligare blir det att Europadomstolen till slut kommer att begränsa de kvarstående ländernas ”margin of appreciation”.
- Upplösande av de värderingar som binder äktenskapet till könsordning och reproduktion. Dessa är redan idag starkt ifrågasatta i många länder, och äktenskap är inte längre den enda socialt och juridiskt accepterade formen av relation, vilket bidrar till acceptansen och legitimiteten av homosexuella förhållanden.
- Fortsatt förändring av ideologin om äktenskap och familj och ökad åtskillnad av reproduktion och sexualitet. Det västerländska samhället har sedan sextiotalet sett en dramatisk förändring av kulturella och sociala normer, särskilt när det gäller de värderingar som finns kring familjer och kärleksrelationer.
- Ökande sekulariseringen i Europa. Detta krävs för att undanröja religiösa invändningar mot samkönade relationer.

Det är en bra bit kvar tills vi i Europa har lika rättigheter för alla att, oavsett sexuell läggning, få lov att bilda familj. Men enligt mig står det i alla fall klart att Europadomstolens tolkningar av Europakonventionen i flera fall har lett, och fortsätter att leda, till utveckling av HBT-personers rättigheter i många europeiska länder. Uppfyllande av de krav som Europakonventionen ställer är också avgörande för att länder ska få medlemskap i EU och Europarådet, vilket gör att allt fler länder tvingas att förbättra rättigheterna för HBT-personer.

Utvecklingen som sker i Europa för HBT familjer idag skulle kunna beskrivas som Sir Winston Churchill (i ett helt annat sammanhang) en gång sa *“Now this is not the end. It is not even the beginning of the end. But it is, perhaps, the end of the beginning.”*

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Cameron, Ian. *An Introduction to the European Convention on Human Rights*. Iustus förlag AB: Uppsala. 2011.

Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Nordstedts Juridik: Stockholm. 2007.

Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*. Iustus förlag AB: Uppsala. 2001.

Ovey, Clare & White, Robin. *Jacobs & White: the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press: Oxford. 2006.

Ovey, Clare & White, Robin. *Jacobs & White: the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press: Oxford. 2010.

Sedgwick, E. *Epistemology of the Closet*. Penguin: Harmondsworth. 1990.

Waldijk, Kees. *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*. i Wintemute & Andenæs (ed.) *Legal Recognition of Same-sex Partnerships – a Study of National, European and International Law*. Hart Publishing: Oxford. 2001. (A)

Waldijk, Kees. *Towards the Recognition of Same-sex Partners in European Union Law: Expectations Based on Trends in National Law*. i Wintemute & Andenæs (ed.) *Legal Recognition of Same-sex Partnerships – a Study of National, European and International Law*. Hart Publishing: Oxford. 2001. (B)

Wintemute, Robert. *From 'Sex Rights' to 'Love Rights': Partnership Rights as Human Rights*, i Bamforth (ed.) *Sex Rights: The Oxford Amnesty Lectures 2002*. Oxford University Press: Oxford. 2005.

Artiklar

Fellmeth, Aaron Xavier. *State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory*. William and Mary Law Review, Vol. 50, 2009.

Grigolo, M. *Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*. 2003 (14). European Journal of International Law, 1023.

Johnson, Paul. *An Essentially Private Manifestation of Human Personality: Construction of homosexuality in the European Court of Human Rights*. Human Rights Law Review, 10:1, 2010.

Johnson, Paul. *Challenging the Heteronormativity of Marriage: The Role of Judicial Interpretation and Authority*. Social & Legal Studies, 20(3), 2011.

Johnson, Paul. *Heteronormativity and the European Court of Human Rights*. *Law Critique*, 23:43-66, 2012, s. 349-367.

Koch, Ida Elisabeth & Vedsted-Hansen, Jens. *International Human Rights and National Legislatures – Conflict or Balance*. *Nordic Journal of International Law*, 75: 3-28, 2006.

Letsas, George. *Two concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.26, No. 4, 2006, s. 705-732.

Palm, Elisabeth. *Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna*. *Juridisk Tidskrift*, Nr 3, 2003/04, s. 739.

Sáez, Macarena. *General Report - Same-sex Marriage, Same-sex Cohabitation, and Same-sex Families around the World: Why “same” is so different*. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 19:1, 2011.

Samar, Vincent J. *Gay Rights as a Particular Instantiation of Human Rights*. *Albany Law Review*, Vol. 64, 2001.

Spencer, Kate. *Same-sex Couples and the Right to Marry – European Perspectives*. *Cambridge Student Law Review*, 2010, s. 155.

Waldijk, Kees. *Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-sex Partners in Europe*. *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 17, 2000.

Walker, Kristen. *Moving Gaily Forward? Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe*. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, 2001.

Fellmeth, Aaron Xavier. *State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory*. *William and Mary Law Review*, Vol. 50, 2009.

Internet

Letsas, George. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. 2012. Hämtad 2012-10-08. <http://ssrn.com/abstract=2021836>

Wintemute, Robert. *Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination: the Case Law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*. Summary prepared for ILGA-Europe to submit to Mr. Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights, Council of Europe. 20 October 2006 (updated to 10 May 2011). Hämtad 2012-12-05 http://www.google.se/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ilga-europe.org%2Fhome%2Fhow_we_work%2Flitigation%2Fresources%2Flgbt_human_rights_case_law_european_court_of_human_rights_and_court_of_justice_of_the_eu&ei=4CW_UI2nIo6k4ATsvYFw&usg=AFQjCNHrchUfNGqEQ5uD1UsEVd0Io0qMcA

http://www.rfsl.se/public/HBT-ordlista_med_forklaring.pdf
hämtad 2012-10-13

http://www.rfsl.se/public/rfsl_horahemma_digital_lagre.pdf
hämtad 2012-10-13

<http://www.rfsl.se/?p=3852>
hämtad 2012-10-13

*[http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=
&DF=&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=&DF=&CL=ENG)*
Hämtad 2012-11-19

Rättsfallsförteckning

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

Fall som rör homosexuellas rättigheter

Domar

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.

Dudgeon v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981.

Rees v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 9532/81, Judgment of 7 17 October 1986.

Norris v. Ireland. European Court of Human Rights, application No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988.

Soering v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989.

Cossey v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990.

Modinos v. Cyprus. European Court of Human Rights, application No. 15070/89, Judgment of 22 April 1993.

Laskey and others v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 21627/93, 21628/93, 21974/93, Judgment of 19 February 1997.

Smith and Grady v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 33985/96, 33986/96, Judgment of 27 September 1999.

Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 31417/96, 32377/96, Judgment of 27 September 1999.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal. European Court of Human Rights, application No. 33290/96, Judgment of 21 December 1999.

A.D.T. v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 35765/97, Judgment of 31 July 2000.

Fretté v. France. European Court of Human Rights, application No. 36515/97, Judgment of 26 February 2002.

Perkins and R. v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 43208/98, 44875/98, Judgment of 22 October 2002.

Beck, Copp and Bazeley v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 48535/99, 48536/99, 48537/99, Judgment of 22 October 2002.

S.L. v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 45330/99, Judgment of 9 January 2003.

L. and V. v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 39392/98, 39829/98, Judgment of 9 January 2003.

Karner v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 40016/98, Judgment of 24 July 2003.

Brown v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 52770/99, Judgment of 29 July 2003.

B.B. v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 53760/00, Judgment of 10 February 2004.

Woditschka and Wilfling v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 69756/01, 6306/02, Judgment of 21 October 2004.

Ladner v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 18297/03, Judgment of 3 February 2005.

Wolfmeyer v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 5263/03, Judgment of 26 May 2005.

H.G. and G.B. v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 11084/02, 15306/02, Judgment of 2 June 2005.

R.H. v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 7336/03, Judgment of 19 January 2006.

E.B. v. France, European Court of Human Rights, application No. 43546/02, Judgment of 22 January 2008.

Burden v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 13378/05, Judgment of 29 April 2008.

Kozak v. Poland. European Court of Human Rights, application No. 13102/02, Judgment of 2 March 2010.

Schalk and Kopf v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 30141/04, Judgment of 24 June 2010.

P.B. and J.S. v. Austria. European Court of Human Rights, application No. 18984/02, Judgment of 22 July 2010.

J.M. v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 37060/06, Judgment of 28 September 2010.

Gas and Dubois v. France. European Court of Human Rights, application No. 25951/07, Judgment of 15 March 2012.

Beslut

F. v. Switzerland. European Commission of Human Rights, application No. 11680/85, Decision of 10 March 1988.

Kerkhoven and Hinke v. the Netherlands. European Commission of Human Rights, application No. 15666/89, Decision of 19 May 1992.

Rössli v. Germany. European Commission of Human Rights, application No. 28318/95, Decision of 15 May 1996.

Mata Estevez v. Spain. European Court of Human Rights, application No. 56501/00, Decision of 10 May 2001.

Courten v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 4479/06, Decision of 4 November 2008.

M.W. v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 11313/02, Decision of 23 June 2009.

Fall som rör transsexuellas rättigheter

Domar

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.

Sheffield and Horsham v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 22985/93 & 23390/94, 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.

Schlumpf v. Switzerland. European Court of Human Rights, application No. 29002/06, Judgment of 8 January 2009. (Fallet finns endast på franska och jag har därför använt mig av *Schlumpf v. Switzerland-29002/06 Legal Summary*, som finns i *Information Note on the Court's case-law No. 115 January 2009.*)

P.V. v. Spain. European Court of Human Rights, application No. 35159/09, Judgment of 30 November 2010. (Fallet finns endast på franska och jag har därför använt mig av *P.V. v. Spain-35159/09 Legal Summary*, som finns i *Information Note on the Court's case-law No. 135 November 2010.*)

H. v. Finland. European Court of Human Rights, application No. 37359/09, Judgment of 13 November 2012.

Beslut

Eriksson and Goldschmidt v. Sweden. European Commission of Human Rights, application No. 14573/89, Decision of 9 November 1989.

Roetzheim v. Germany. European Commission of Human Rights, application No. 40016/98, Decision of 23 October 1997.

Parry v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 42971/05, Decision of 28 November 2006.

R. and F. v. the United Kingdom. European Court of Human Rights, application No. 35748/05, Decision of 28 November 2006.