

**Näkymätön transvanhemmuus: vanhemmuuden oikeudellisen
määrittelyn muutostarpeet transihmisten perus- ja ihmisoikeuksien
näkökulmasta**

Assi Uuskallio
OTM-tutkielma
Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Valtiosääntöoikeuden projekti
Ohjaaja: Tuomas Ojanen
13.8.2019

| | | | |
|--|--|--|---|
| Tiedekunta – Fakultet – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta | | Koulutusohjelma – Utbildningsprogram – Degree Programme Oikeustieteen maisterin koulutusohjelma | |
| Tekijä – Författare – Author Assi Uuskallio | | | |
| Työn nimi – Arbetets titel – Title Näkymätön transvanhemmuus: vanhemmuuden oikeudellisen määrittelyn muutostarpeet transihmisten perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta | | | |
| Oppiaine/Opintosuunta – Läroämne/Studieinriktning – Subject/Study track Valtiosääntöoikeus | | | |
| Työn laji – Arbetets art – Level OTM-tutkielma | | Aika – Datum – Month and year 13.8.2019 | Sivumäärä – Sidoantal – Number of pages 83 + lähteet ja lyhenteet 14 |
| Tiivistelmä – Referat – Abstract <p>Transvanhemmuus on huomioitu puutteellisesti nykyisessä vanhemmuuslainsäädännössä. Vaikka transihmisten mahdollisuus tulla vanhemmiksi on huomioitu joissakin tilanteissa, transvanhemmat on pitkälti unohdettu vanhemmuuden määrittelyä koskevassa lainsäädännössä. Tilanne voi aiheuttaa transvanhemmille ja heidän lapsilleen käytännön ongelmia, ja se on ongelmallinen perhe- ja yksityiselämän suojan sekä yhdenvertaisuuden kannalta. Tästä syystä vanhemmuuden määrittelyä olisi tarkoituksenmukaista muuttaa transvanhemmat paremmin huomioivaksi samalla, kun transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetusta laista (28.6.2002/563) poistetaan sterilisaatiovaatimus. Vaatimuksen on katsottu olevan perus- ja ihmisoikeuksien vastainen.</p> <p>Nykyisessä vanhemmuuslainsäädännössä vanhemmuus määritellään sukupuolittuneesti siten, että lapsen synnyttäjä on äiti ja (oletettu) siittäjä isä. Tämän määrittelytavan mukaan lapsen siittäneestä transnaisesta tulee lapsen isä ja synnyttäneestä transmiehestä äiti, mikä vaarantaa yksityiselämän suojan, kun oikeudellinen vanhemmuus on ristiriidassa sukupuoli-identiteetin kanssa. Kaikissa tilanteissa oikeudellisen vanhemmuuden vahvistamisen prosessi ei ole selvä, vaan etenkin transnaiset voivat kohdata vaikeuksia avioliitosta ja biologisesta siteestä huolimatta. Myös perhe-elämän suojan toteutuminen on siten ongelmallista. Koska nykyinen tapa määrittellä vanhemmuus johtaa epäjohtonmukaisiin, transvanhempien kannalta epäedullisiin lopputuloksiin, herää epäily myös lainsäädännön syrjivyydestä.</p> <p>Euroopan ihmisoikeussopimus suojaa lähtökohtaisesti transihmisten oikeutta perhe- ja yksityiselämän suojaan sekä syrjimättömyyteen. EIT:n oikeuskäytännössä nämä oikeudet eivät kuitenkaan ole olleet ehdottomia, vaan valtio on voinut joustaa niistä heppoisillakin perusteilla. EIT on ylipäätään arvioinut seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perheoikeudellisia asioita löyhemmin kuin mitä sen omat periaatteet mahdollistaisivat, ja sen metodologia on toisinaan ollut kyseenalainen. Euroopan neuvosto on kuitenkin lähivuosina kehottanut jäsenvaltioitaan huomioimaan näiden vähemmistöjen oikeudet entistä paremmin. EIT:n oikeuskäytännöstä ei ole löydettävissä yksiselitteistä oikeusohjetta transvanhemmuuden määrittelystä.</p> <p>Kotimaista perusoikeussuojaa ei ole tarkoituksenmukaista jättää EIT:n ratkaisusta luettavissa olevalle tasolle, vaan transoikeuksia on suojattava tätä paremmin. Mallia transvanhemmuuden oikeudelliselle tunnustamiselle voi hakea esimerkiksi Ruotsista, jossa sterilisaatiovaatimus on poistettu vuonna 2013. Sukupuoli-identiteetin kunnioituksen on oltava vanhemmuuden määrittelyn lähtökohtana, ja vanhemmuuden vahvistamisen esteet on poistettava perhe-elämän turvaamiseksi.</p> | | | |
| Avainsanat – Nyckelord – Keywords transsukupuolisuus – vanhemmuus – perusoikeudet – ihmisoikeudet – yhdenvertaisuus – yksityiselämä – perhe-elämä | | | |
| Ohjaaja tai ohjaajat – Handledare – Supervisor or supervisors Tuomas Ojanen | | | |
| Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited Valtiosääntöoikeuden oppiaine | | | |
| Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information | | | |

Sisällysluettelo

| | |
|--|------------|
| Lähdeluettelo | i |
| Lyhenteet | xiv |
| 1 Johdanto..... | 1 |
| 1.1 Tausta ja tutkimuskysymys..... | 1 |
| 1.2 Yleiskatsaus transvanhemmuuteen liittyviin ongelmiin: miksi vanhemmuuden oikeudellisella määrittelyllä on merkitystä? | 3 |
| 1.3 Aiempi tutkimus | 4 |
| 1.4 Metodi ja teoreettiset lähtökohdat | 5 |
| 1.5 Tutkielmassa käytettävät termit ja vanhemmuuden määrittelystä yleisesti..... | 7 |
| 1.6 Rakenne ja rajaukset | 8 |
| 2 Vanhemmuuden määrittely Suomen lainsäädännössä | 10 |
| 2.1 Vanhemmuuden määrittelyn historiallinen kehitys | 10 |
| 2.2 Äitiyden määrittely nykyllä lainsäädännössä..... | 12 |
| 2.3 Isyyden määrittely..... | 14 |
| 2.4 Vanhemmuuden oikeusvaikutukset..... | 15 |
| 2.5 Nykymäärittelyn soveltuminen transsukupuolisiin vanhempiin | 17 |
| 3 Teorioita yhdenvertaisuudesta ja syrjinnästä | 24 |
| 3.1 Muodollinen yhdenvertaisuus | 24 |
| 3.2 Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden teorioita | 26 |
| 3.2.1 Mahdollisuuksien ja lopputulosten yhdenvertaisuus | 26 |
| 3.2.2 Vaihtoehtoisia tosiasiallisen yhdenvertaisuuden malleja | 27 |
| 4 Vanhemmuuden määrittely Euroopan ihmisoikeussopimuksessa | 29 |
| 4.1 Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaperiaatteet | 29 |
| 4.2 Vanhemmuus ja perhe-elämän suoja EIT:n käytännössä..... | 30 |
| 4.3 Yksityiselämän suoja | 34 |
| 4.4 Syrjinnän kieltä Euroopan ihmisoikeussopimuksessa..... | 36 |
| 4.4.1 Syrjinnän kiellon epäitsenäinen luonne | 36 |
| 4.4.2 Kielletyt syrjintäperusteet ja syrjinnän muodot..... | 37 |
| 4.4.3 EIT:n lähestymistavan arviointia | 38 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.5 | EIT:n oikeuskäytäntöä transoikeuksista ja vanhemmuudesta | 39 |
| 4.5.1 | X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta | 39 |
| 4.5.2 | Mennesson v. Ranska ja Paradiso ja Campanelli v. Italia | 41 |
| 4.5.3 | Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta..... | 43 |
| 4.5.4 | Hämäläinen v. Suomi | 45 |
| 4.5.5 | Transoikeuksien kehitys Euroopan neuvoston muissa elimissä..... | 48 |
| 4.6 | Yhteenveto..... | 49 |
| 5 | Perusoikeudet..... | 52 |
| 5.1 | Perus- ja ihmisoikeuksien välinen suhde | 52 |
| 5.2 | Perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus, valvonta ja rajoitusedellytykset | 53 |
| 5.3 | Itsemääräämisoikeus sekä yksityis- ja perhe-elämän suoja | 56 |
| 5.4 | Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö | 58 |
| 6 | Nykytilanteen arviointia perus- ja ihmisoikeuksien valossa | 60 |
| 6.1 | Arvioinnista yleisesti..... | 60 |
| 6.2 | Mihin EIS velvoittaa? | 61 |
| 6.2.1 | Yksityiselämän suoja | 61 |
| 6.2.2 | Perhe-elämän suoja | 65 |
| 6.2.3 | Syrjinnän kieltö | 67 |
| 6.2.4 | Yhteenveto..... | 70 |
| 6.3 | Mihin perustuslaki velvoittaa?..... | 71 |
| 7 | Tapoja tunnustaa transvanhemmuus: Ruotsin malli..... | 74 |
| 7.1 | Ruotsi vertailukohtana | 74 |
| 7.2 | Äitiyden määrittely pääpiirteittäin | 75 |
| 7.3 | Isyyden määrittely pääpiirteittäin..... | 75 |
| 7.4 | Transvanhemmat Ruotsissa | 76 |
| 7.4.1 | Uuden määrittelyn tausta | 76 |
| 7.4.2 | Aiemman lainsäädännön ongelmat | 77 |
| 7.4.3 | Uusi vanhemmuuslainsäädäntö | 79 |
| 8 | Johtopäätöksiä ja tulevaisuuden näkymiä: ehdotuksia transvanhemmuuden tunnustamiseksi | 81 |

Lähdeluettelo

Lait ja sopimukset: Suomi

Isyyslaki 13.1.2015/11.

Laki hedelmöityshoidosta 22.12.2006/1237.

Laki lapsen elatuksesta 5.9.1975/704.

Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 8.4.1983/361.

Laki raskauden keskeyttämisestä 24.3.1970/239.

Laki rekisteröidystä parisuhteesta 29.5.2009/391.

Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta 28.6.2002/563.

Perintökaari 5.2.1965/40.

Suomen perustuslaki 11.6.1999/731.

Valtiosopimus oikeutta koskeva Wienin yleissopimus, 23.5.1969, SopS 33/1980.

Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus), Roomassa 4.11.1950, SopS 18-19/1990.

Äitiyslaki 20.4.2018/253.

Lait ja sopimukset: Ruotsi

Föräldrabalk (1949:381). Saatavilla Ruotsin kansanedustuslaitoksen sivuilla

https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381_sfs-1949-381, katsottu 3.4.2019 klo. 14:55.

Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall. Saatavilla Ruotsin

kansanedustuslaitoksen sivuilla https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1972119-om-faststallande-av_sfs-1972-119, katsottu 3.4.2019 klo. 14:25.

Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. Saatavilla Ruotsin kansanedustuslaitoksen

verkkosivuilla https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm_sfs-2006-351, katsottu 3.4.2019 klo 15:10.

Lait ja sopimukset.: Yhdistynyt kuningaskunta

Gender Recognition Act 2004. Saatavilla Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen lainsäädäntöarkiston verkkosivuilla <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/enacted>, katsottu 12.12.2017 klo 13.50

Muut virallislähteet.

EK 1/2018 vp.

EK 1/2018 vp Eduskunnan kirjelmä äitiyslaista.

Explanatory Report to the Protocol No. 12.

Explanatory Report to the Protocol No. 12 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Rooma 4.10.2000. European Treaty Series - No. 177.

CM/Rec(2015)5.

CM/Rec(2010)5 Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity.

HE 309/1993 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. HE 309/1993 vp.

HE 1/1998 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi. HE 1/1998 vp.

HE 56/2001 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta eräissä tapauksissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 56/2001 vp.

HE 3/2006 vp.

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi hedelmöityshoidosta ja isyyslain muuttamisesta. HE 3/2006 vp.

HE 91/2014 vp.

HE 91/2014 vp Hallituksen esitys eduskunnalle isyyslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Gunnarsson, 2018.

Gunnarsson, Jonas, 21.9.2018. Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation. Doc. 14620, Report of the Committee on Equality and Non-Discrimination.

LaVM 1/2018 vp.

Lakivaliokunnan mietintö äitiyslaista. LaVM 1/2018 vp.

LAVO 6/1995.

Perusoikeusuudistus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu, Helsinki. LAVO 6/1995.

PeVL 2/1990 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto n:o 2 ulkoasiainvaliokunnalle. PeVL 2/1990 vp.

PeVL 6/1988 vp.

Perustuslakivaltioikunnan lausunto n:o 6 lakivaliokunnalle. PeVL 6/1988 vp.

PeVL 9/2000 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto sivistysvaliokunnalle hallituksen esityksestä laeiksi eräiden opetustointia koskevien lakien muuttamisesta. PeVL 9/2000 vp.

PeVL 10/2000 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto lakivaliokunnalle hallituksen esityksestä rikollisjärjestön toimintaan osallistumisen säättämisestä rangaistavaksi. PeVL 10/2000 vp.

PeVL 59/2002 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto lakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laeiksi sukusolujen ja alkioiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta. PeVL 59/2002 vp.

PeVL 14/2006 vp.

Perustuslakivaliokunnan lausunto ympäristövaliokunnalle hallituksen esityksestä valtion tuella rahoitettujen vuokra- ja omistusasuntojen asukasvalinnan sekä omistusasuntolainojen tuen myöntämisen perusteita koskevaksi lainsäädännöksi. PeVL 14/2006 vp.

PeVM 25/1994 vp.

Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. PeVM 25/1994 vp.

PeVM 10/1998 vp.

Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 10 hallituksen esityksestä Suomen Hallitusmuodoksi. PeVM 10/1998 vp.

Prop. 2017/18:155.

Regeringens proposition 2017/18:155. Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap.

Pääministeri Antti Rinteen hallitusohjelma 2019.

Pääministeri Antti Rinteen hallitusohjelma 6.6.2019. Osallistava ja osaava Suomi — sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Valtioneuvoston julkaisuja 2019:23, Helsinki.

RES 1728 (2010).

Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity. Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

RES 2048 (2015).

Discrimination against transgender people in Europe. Resolution 2048 (2015) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

RES 2239 (2018).

Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation. Resolution 2239 (2018) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

Skatteverket 2016-05-31.

Skatteverkets ställningstagade Registrering vid ändrad könstillhörighet 2016-05-31.

STM/5023/2012.

Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisen muutostarpeista. Valtakunnallisen sosiaali- ja terveysalan eettisen neuvottelukunnan lausunto 17.4.2014. STM/5023/2012.

SOU 2016:11.

Olika vägar till föräldraskap. Slutbetänkande av Utredningen om utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet. Statens offentliga utredningar, Stockholm 2016. SOU 2016:11.

SOU 2017:92.

Transpersoner i Sverige - Förslag för stärkt ställning och bättre levnadsvillkor. Betänkande av utredningen om stärkt ställning och bättre levnadsvillkor för transpersoner. Statens offentliga utredningar, Stockholm 2017. SOU 2017:92.

TAS 297/2013.

Transsukupuolisten ihmisten oikeus hedelmöityshoitoihin. Tasa-arvovaltuutetun lausunto 22.8.2013. TAS 297/2013.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja -toimikunnan oikeuskäytäntö.

A v. Kroatia, nro. 55164/08, 14.10.2014.

A.H. ja muut v. Venäjä nrot. 6033/13, 8927/13, 10549/13, 12275/13, 23890/13, 26309/13, 27161/13, 29197/13, 32224/13, 32331/13, 32351/13, 32368/13, 37173/13, 38490/13, 42340/13 ja 42403/13, 17.1.2017.

A.-M.V. v. Suomi, nro. 53251/13, 23.3.2017.

A.P., Garçon ja Nicot v. Ranska, nrot. 79885/12, 52471/13 ja 52596/13, 6.4.2017.

Ahrens v. Saksa, nro. 45071/09, 22.3.2012.

Airey v. Irlanti, nro. 6289/73, 9.10.1979.

Belgian Linguistic -tapaus, "Relating to certain aspects of the laws on the use of language in education in Belgium" v. *Belgia*, nrot. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 ja 2126/64, 23.7.1968.

Berrehab v. Alankomaat, nro. 10720/84, 21.6.1988.

Bevecacqua ja S. v. Bulgaria, nro. 71127/01, 12.6.2008.

Brüggemann ja Scheuten v. Saksa, nro. 6959/75, 12.7.1977.

Burden v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 13378/05, 29.4.2008 [GC].

Chavdarov v. Bulgaria, nro. 3465/03, 21.12.2010.

Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 28957/95, 11.7.2002 [GC]

Ciliz v. Alankomaat, nro. 29192/95, 11.7.2000.

Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 10843/84, 27.9.1990.

D.H. ja muut v. Tsekin tasavalta, nro. 57325/00, 13.11.2007 [GC].

Dickson v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 44362/04, 4.12.2007 [GC].

E.B. v. Ranska, nro. 43546/02, 21.2.2008 [GC].

Engel ja muut. v. Alankomaat, nrot. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ja 5370/72, 8.6.1976.

Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 6339/05, 10.4.2007 [GC].

Fretté v. Ranska, nro. 36515/97, 26.2.2002.

Godelli v. Italia, nro. 33783/09, 25.9.2012.

Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 5493/72, 7.12.1976.

Horváth ja Kiss v. Unkari, nro. 11146/11, 29.1.2013.

Hämäläinen v. Suomi, nro. 37359/09, 16.7.2014 [GC].

Inze v. Itävalta, nro. 8695/79, 28.10.1987.

J.R.M. v. Alankomaat, nro. 16944/90, 8.2.1993.

Karner v. Itävalta, nro. 40016/98, 24.7.2003.

Kearns v. Ranska, nro. 35991/04, 10.1.2008.

Knecht v. Romania, nro. 10048/10, 2.10.2012.

Kroon ja muut v. Alankomaat, nro. 18535/91, 27.10.1994.

L. v. Liettua, nro. 27527/03, 11.9.2007.

Losonci Rose ja Rose v. Sveitsi, nro. 664/06, 9.11.2010.

Macready v. Tsekin tasavalta. nrot. 4824/06 ja 15512/08, 22.4.2010.

Marckx v. Belgia, 6833/74, 13.6.1979.

Menesson v. Ranska, nro. 65192/11, 26.6.2014 (otteita).

Mikulić v. Kroatia, nro. 53176/99, 7.2.2002.

Odièvre v. Ranska, nro. 42326/98, 13.2.2003 [GC].
Oliari ja muut v. Italia, nrot. 18766/11 ja 36030/11, 21.7.2015.
Opuz v. Turkki, nro. 33401/02, 9.6.2009.
Osman v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 23452/94, 28.10.1998.
Paradiso ja Campanelli v. Italia, nro. 25358/12, 24.1.2017 [GC].
Pla ja Pancernau v. Andorra
Petrov ja X v. Venäjä, nro. 23608/16, 23.10.2018.
Pretty v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 2346/02, 29.4.2002.
Rasmussen v. Tanska, nro. 8777/79, 28.11.1984.
Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 9532/81, 17.10.1986.
S.H. ja muut v. Itävalta, nro. 57813/00, 3.11.2011 [GC].
Sandra Janković v. Kroatia, nro. 38478/05, 5.3.2009.
Schalk ja Kopf v. Itävalta, nro. 30141/04, 24.6.2010.
Schlumpf v. Sveitsi, nro. 29002/06, 8.1.2009.
Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 14038/88, 7.7.1989.
Stafford v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 46295/99, 28.5.2002 [GC].
Söderman v. Ruotsi, nro. 5786/08, 12.11.2013 [GC].
Thlimmenos v. Kreikka, nro. 34369/97, 6.4.2000 [GC].
Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 5856/72, 25.4.1978.
Vallianatos ja muut v. Kreikka, nrot. 29381/09 ja 32684/09, 7.11.2013 [GC].
Van der Heijden v. Alankomaat, nro. 42857/05, 3.4.2012 [GC].
Van Kück v. Saksa, nro. 35968/97, 12.6.2003.
X. v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 7626/72, 11.7.1977.
X ja muut v. Itävalta, nro. 19010/07, 19.2.2013 [GC].
X ja Y v. Alankomaat, nro. 8978/80, 26.3.1985.
X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro. 21830/93, 22.4.1997 [GC].
Y.Y. v. Turkki, nro. 14793/08, 10.3.2015.

YK:n ihmisoikeuskomitean oikeuskäytäntö.

G v. Itävalta, CCPR/C/119/D/2172/2012, 17.3.2017.

Korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö.

KKO 2002:13

KKO 2010:16

Kirjallisuus.

Akandji-Kombe, 2007.

Akandji-Kombe, Jean-François, 2007. *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human rights handbooks, No. 7.* Strasbourg: Council of Europe Directorate General of Human Rights.

Arnardóttir 2002.

Arnardóttir, Oddný Mjöll, 2002. *Equality and non-discrimination in the European Convention of Human rights: Towards a substantive approach.*

Arnardóttir 2014.

Arnardóttir, Oddny Mjöll., 2014. The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 14(4), s. 647 - 670.

Beger 2000.

Beger, Nico, 2000. Queer Readings of Europe: Gender Identity, Sexual Orientation and the (Im)potency of Rights Politics in the European Court of Justice. *Social and Legal Studies* 9(2).

Butler 1990.

Butler, Judith, 1990. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity.* London and New York: Routledge.

CoE 2018.

Council of Europe Directorate of the Jurisconsult, 2018. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence.* 2 toim. Strasbourg: Council of Europe / European Court of Human Rights.

D'Amico & Nardocci 2016.

D'Amico, Marilisa & Nardocci, Constanza, 2016. LGBT rights and the way forward: the evolution of the case law of the ECtHR in relation to transgender individuals' identity. *ERA Forum*, 17(2), s. 191 - 202.

von Doussa et. al. 2015.

Doussa, Henry von; Power, Jennifer; Riggs, Damien, 2015. Imagining parenthood: the possibilities and experiences of parenthood among transgender people. *Culture, Health & Sexuality. An International Journal for Research, Intervention and Care*, 25 June, 17(9), s. 1119 - 1131.

Dworkin 1977.

Dworkin, Ronald, 1977. *Taking rights seriously. New impression to reply to critics*. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd.

FRA 2010.

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2010. *Handbook on European non-discrimination law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

FRA 2018.

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018. *Handbook on European non-discrimination law. 2018 edition*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Fredman 2011.

Fredman, Sandra, 2011. *Discrimination law*. New York: Oxford University Press.

Gomien et. al. 1996.

Gomien, Donna; Harris, David; Zwaak, Leo, 1996. *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Hacking 1999.

Hacking, Ian, 1999. *The Social Construction of What?*. Cambridge MA: Harvard University Press.

Hallberg 2011.

Hallberg, Pekka., 2011. Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa: Hallberg et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro oy. pp. 29 - 59.

Hart 2016.

Hart, L., 2016. *Relational Subjects: Family Relations, Law and Gender in the European Court of Human Rights*. Helsinki: Unigrafia.

Heikkilä 2013.

Heikkilä, Hanna Kaisa, 2013. *Biologisesta vanhemmuudesta sosiaaliseen vanhemmuuteen - Suomen vanhemmuuslainsäädäntö sateenkaariperheiden ja lapsen edun näkökulmasta*. OTM-tutkielma, Helsingin yliopisto.

Helin 2016.

Helin, Markku, 2016. *Isyyislaki*. [Helsinki]: Talentum Pro.

Heringa 1999.

Heringa, Aalt Willem, 1999. Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts. Teoksessa: Loenen, Titia & Rodriques, Peter, toim. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, s. 25.

Hines 2006.

Hines, Sally, 2006. Intimate Transitions: Transgender Practices of Partnering and Parenting. *Sociology*, 40(2), s. 353 - 371.

Hirvelä & Heikkilä 2017.

Hirvelä, Päivi & Heikkilä, Satu, 2017. *Ihmisoikeudet: Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön*. Toinen, uudistettu painos. Helsinki: Alma.

Hirviniemi 2017.

Hirviniemi, Henrik, 2017. *Vanhemmuuden muutoksia ja oikeudellistuva sateenkaarivanhemmuus*. OTM-tutkielma, Lapin yliopisto.

Husa et. al. 2008.

Husa, Jaakko; Mutanen, Anu; Pohjolainen, Teuvo, 2008. *Kirjoitetaan juridiikkaa*. Helsinki: Talentum.

Häyry 2012.

Häyry, Matti, 2012. *Ihminen 2.0. Geneettisen valikoinnin ja parantelun eettiset kysymykset*. Helsinki: Gaudeamus Oy.

Jyränki 1989.

Jyränki, Antero, 1989. *Lakien laki*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Jyränki 2005.

Jyränki, Juulia, 2005. Kummia naisia, outoja oikeuksia - Oikeustiedettä queer-teorian ja naisoikeuden leikkauspisteessä. *Oikeus* 2005(2), s. 157 - 177.

Kangas 2013.

Kangas, Urpo, 2013. *Perhe- ja jäämistöoikeuden perusteet*. [Helsinki]: Talentum Media.

Khaliq 1998.

Khaliq, Urfan. 1998. Transsexuals in the European court of Human Rights: X, Y and Z v. U.K.(United Kingdom). *Northern Ireland Legal Quarterly*, 49(4), s. 191- 201.

Kilkelly 2001.

Kilkelly, Ursula, 2001. *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe.

Kimber 1996.

- Kimber, Cliona., 1996. Equality and self-determination. Teoksessa: Grearty, Connor & Tomkins, Adam, toim. *Understanding human rights*. Lontoo: Mansell Publishig, p. 266.
- Lavapuro 2010.
- Lavapuro, Juha, 2010. *Uusi perustuslakikontrolli*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Lochack 1994.
- Lochak, Daniele, 1994. *The notion of discrimination and its place in the conventional international law and in case law*. Kehl am Rhein: N.P. Engel.
- MacKinnon 1987.
- MacKinnon, Catherine, 1987. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Melander 1939.
- Melander, Ilmari, 1939. *Lapsen huollosta: yksityisoikeudellinen tutkimus. I* Helsinki: Suomalainen lakimiesten yhdistys.
- Morawa 2001.
- Morawa, Alexander, 2001. The Evolving Human Right to Equality. *European Yearbook of Minority Issues*, Osa/vuosikerta 2, 157 - 164.
- Morawa 2002.
- Morawa, Alexander, 2002. Common European Approach, International Trends, and the Evolution of Human Rights Law - A Comment on Goodwin and I v. The United Kingdom. *German Law Journal*, 3(8).
- Neuvonen 2016.
- Neuvonen, Riku, 2016. *Yksityisyyden suoja Suomessa (2014)*. [Helsinki]: [Helsingin kamari Oy].
- Nieminen 2013.
- Nieminen, Liisa, 2013. *Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe*. 1 painos. [Helsinki]: Talentum Media.
- Nixon 2013.
- Nixon, Laura, 2013. The Right To (Trans)Parent: A Reproductive Justice Approach to Reproductive Rights, Fertility, and Family-Building Issues Facing Transgender People. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 20(1), s. 73 - 103.
- Nousiainen & Pylkkänen 2001.
- Nousiainen, Kevät & Pylkkänen, Anu, 2001. *Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus*. Helsinki: Forum Iuris.
- O'Connell 2009.

O'Connell, Rory, 2009. Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR. *Legal Studies*, 29(2), s. 211 - 229.

Ojanen 2011.

Ojanen, Tuomas, 2011. Perusoikeuspluralismi kotimaisessa tuomioistuimessa. *Defensor Legis* 2011(4) s. 442 - 455.

Ojanen & Scheinin 2010.

Ojanen, Tuomas & Scheinin, Martin, 2010. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §). Teoksessa: Hallberg et. al. 2005. *Perusoikeudet*. Jatkuva julkaisu. Helsinki: WSOYpro.

Ojanen & Scheinin 2011.

Ojanen, Tuomas & Scheinin, Martin, 2011. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §). Teoksessa: Hallberg, et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro.

Piha 2018.

Piha, Otava, 2018. *Perusoikeuksien Catch-22: Transsukupuolisten mahdoton valinta henkilökohtaisen koskemattomuuden ja yksityiselämän suojan välillä*. OTM-tutkielma, Helsingin yliopisto.

Pellonpää 2011.

Pellonpää, Matti, 2011. Henkilökohtainen koskemattomuus. Teoksessa: Hallberg et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro, s. 281 - 301.

Pellonpää et. al. 2018.

Pellonpää, Matti; Gullans, Monica; Pölönen, Pasi; Tapanila, Antti, 2018. *Euroopan ihmisoikeussopimus*. 6., uudistettu painos. [Helsinki]: Alma.

Riggs 2014.

Riggs, Damien, 2014. What Makes a Man? Thomas Beatie, Embodiment, and 'Mundane Transphobia'. *Feminism and Psychology*, 24(2), s. 157 - 171.

Rytkönen 2004.

Rytkönen, Katja, 2004. *Vanhemmuus lapsilainsäädännössä*. OTM-tutkielma, Lapin yliopisto.

Sadland 2003.

Sadland, Ralph, 2003. Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights Christine Goodwin v. United Kingdom (Application no. 28957/95) [2002] I.R.L.R. 664, [2002] 2 F.L.R. 487, [2002] 2 F.C.R. 577, (2002) 35 E.H.R.R. 18, 13 B.H.R.C. 120, (2002)67 B.M.L.R. 199, I v. United Kingdom (Application no. 25680/94) [2002] 2 F.L.R. 518, [2002] 2 F.C.R. 613 (ECHR). *Feminist Legal Studies*, 11(2), s. 191 - 209.

Saraviita 1998.

- Saraviita, Ilkka, 1998. *Suomen perusoikeusjärjestelmä*. 2. painos. Rovaniemi: Pandecta.
- Saraviita 2000.
- Saraviita, Ilkka, 2000. *Perustuslaki 2000. Kommentaariteos uudesta valtiosäännöstä Suomelle*. Helsinki: Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton kustannus.
- Saraviita 2016.
- Saraviita, Ilkka, 2016. *Perustuslaki*. 2., uudistettu painos. Helsinki: Talentum.
- Singer 2000.
- Singer, Anna, 2000. *Föräldraskap i rättsilg belysning*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Sulkunen 1987.
- Sulkunen, Irma, 1987. Naisen järjestäytyminen ja kaksijakoinen kansalaisuus. Teoksessa: Haapala, Pertti; Löytty, Olli; Kukku, Melkas; Tikka, Marko, toim. *Kansa liikkeessä*. Helsinki. s. 157 - 175.
- Sundberg 2001.
- Sundberg, Jacob W.F., 2001: Volte Face - Om Europakonventionens historia i Sverige. *Juridiska Föreningens Tidskrift* 2001(5) s. 377 - 408.
- Tuori & Hallberg 2011.
- Tuori, Kaarlo & Hallberg, Pekka, 2011. Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa: Hallberg et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro, s. 809-820.
- Viljanen 2005.
- Viljanen, Jukka, 2005. Euroopan ihmisoikeussopimus perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä. *Oikeustiede-Jurisprudentia* 2005:XXXVIII s. 461 - 520.
- Viljanen 1996.
- Viljanen, Veli-Pekka, 1996. Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. *Lakimies*, Osa/vuosikerta 5-6, s. 788-815.
- Viljanen 2011a.
- Viljanen, Veli-Pekka, 2011. Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa: Hallberg et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro, s. 139 - 170.
- Viljanen 2011b.
- Viljanen, Veli-Pekka, 2011. Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa: Hallberg et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro, s. 89 - 137.
- Viljanen 2011c.
- Viljanen, Veli-Pekka, 2011. Yksityiselämän suoja (PL 10 §). Teoksessa: Hallberg et. al. 2011. *Perusoikeudet*. Helsinki: WSOYpro, s. 389 - 411.

Whittle 2002.

Whittle, Stephen, 2002. *Respect and equality. Transsexual and transgender rights*. Lontoo: Cavendish Publishing Limited.

Internet-lähteet.

Council of Europe recognizes trans parents. Transgender Europe 30.10.2018.
<https://tgeu.org/council-of-europe-recognises-trans-parents/>, katsottu 6.8.2019 klo 17.07.

Käsitteitä. Trasek ry:n verkkosivu <http://trasek.fi/perustietoa/kasitteita/>, katsottu 11.10.2018 klo 17.20.

Ruotsin hallituksen lehdistötiedote 24.2.2016
(<http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2016/02/olika-vagar-till-foraldraskap/>), katsottu 12.12.17 klo 18.27

Scheinin 2014.

Martin Scheinin: Hämäläinen v. Suomi – Mitä intressiä EIT suojaasi? Perustuslakiblogi 17.7.2014.
<https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2014/07/17/martin-scheinin-hamalainen-v-suomi-mita-intressia-eit-suojasi/>, katsottu 14.3.2019 klo 11.21.

Sukupuolenkorjaus. Trasek ry:n verkkosivu <http://trasek.fi/perustietoa/sukupuolenkorjaus/>, katsottu 7.8.2019 klo 19.23.

Sukupuolen vahvistaminen. Trasek ry:n verkkosivu
<http://trasek.fi/perustietoa/sukupuolenkorjaus/sukupuolen-vahvistaminen/>, katsottu 7.8.2019 klo 19.25.

Trans Rights Europe Map & Index 2018. Transgender Europe. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>, katsottu 4.8.2019 klo 13.56.

Äitiyslaki voimaan – seuraavana tavoitteena vanhemmuuslaki. Seta 28.3.2019
<https://seta.fi/2019/03/28/aitiyslaki-voimaan-1-4-seuraavana-tavoitteena-vanhemmuuslaki/>, katsottu 14.3.2019 klo 15.20.

Muut.

Kaanaa-Jönkkäri 19.11.2018

Lounais-Suomen maistraatin henkikirjoittaja Laura Kaanaa-Jönkkärin sähköposti 19.11.2018.

Ronkainen 22.11.2017

Väestörekisterikeskuksen johtavan asiantuntijan Tytti Ronkaisen sähköposti 22.11.2017.

Tuisku 11.10. ja 13.10.2018

HYKS:n sukupuoli-identiteetin tutkimuspoliklinikan apulaisylilääkäri Katinka Tuiskun sähköpostit 11.10.2018 ja 13.10.2018.

Lyhenteet

| | |
|-----|----------------------------------|
| EIS | Euroopan ihmisoikeussopimus |
| EIT | Euroopan ihmisoikeustuomioistuin |
| PeV | Perustuslakivaliokunta |
| YK | Yhdistyneet kansakunnat |

1 Johdanto

”Transsubjekti on oikeuden kentässä häivähtävä, mutta katoava hahmo: se on läsnä hetken, jotta siitä päästäisiin eroon.”

Juulia Jyränki 2005.

1.1 Tausta ja tutkimuskysymys

Suomalaisessa lainsäädännössä transsukupuolisuus on Juulia Jyrängin sanoin olemassa vain hetken: transihmisten olemassaolo on ”uhka oikeusjärjestyksen rationaalisuudelle”, minkä vuoksi laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta (28.6.2002/563, jäljempänä translaki) tarjoaa mahdollisuuden korjata ”epämääräinen” sukupuoli oikeusjärjestelmän tunnistaman binäärisen sukupuolijärjestelmän mukaiseksi.¹ Transihmisten näkymättömyys ja siitä aiheutuvat perus- ja ihmisoikeusongelmat ilmenevät sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen lisäksi vanhemmuuslainsäädännössä. Tässä tutkielmassa käsittelen tätä näkymättömyyttä sekä sen vaikutuksia transvanhempien perhe- ja yksityiselämän suojaan sekä yhdenvertaisuuteen. Lainsäädäntömme tunnistaa transvanhemmuuden vajavaisesti, koska nykyinen translaki edellyttää sukupuolensa oikeudellista vahvistamista haluavalta lisääntymiskyvyttömyyttä - ”muussa tapauksessa saattaisi syntyä tilanteita, joissa henkilö, jonka sukupuoli on vahvistettu naiseksi, siittäisi lapsen tai henkilö, jonka sukupuoli on vahvistettu mieheksi, tulisi raskaaksi.”² Sterilisaatiovaatimusta siis perustellaan tarpeella välttää sellaista vanhemmuutta, joka ei sovi cis-heteronormatiiviseen muottiin. Toisaalta sterilisaatiovaatimus ei kuitenkaan estä normista poikkeavaa vanhemmuutta, sillä jos henkilö korjaa sukupuoltaan vanhemmaksi tulemisen jälkeen, oikeudellinen vanhemmuus säilyy edelleen samana.³ Näissä tilanteissa siis transsukupuolinen nainen on isä ja mies äiti. Lainsäädäntömme kuitenkin tunnistaa transvanhemmuuden joissain tilanteissa. Yhtäältä tasa-arvovaltuutettu on katsonut, että myös transsukupuolisilla henkilöillä on oltava oikeus hedelmöityshoidosta annetun lain (22.12.2006/1237, jäljempänä hedelmöityshoitolaki) mukaisiin hoitoihin.⁴ Äitiyslaissa (20.4.2018/253) puolestaan huomioidaan, että myös transsukupuoliset miehet voivat synnyttää lapsia.⁵ Mahdollista on myös esimerkiksi siittiöiden pakastaminen ennen

¹ Jyränki 2005, s. 171.

² HE 56/2001 vp, s. 13.

³ *Ibid.*, s. 3.

⁴ TAS 297/2013.

⁵ LaVM 1/2018 vp.

hormonihoitojen aloittamista.⁶ Toisaalta transvanhemmuus, etenkin isyys, on jätetty osin sääntelemättä, sillä kaikkia transsukupuolisen henkilön tosielämän mahdollisuuksia tulla isäksi ei ole olemassa oikeudellisessa mielikuvituksessa.⁷ Lainsäädäntömme lähtee siitä cis-heteronormatiivisesta olettamasta, että lapsen synnyttävä eli äiti on nainen, kun taas (oletettu) siittäjä tai sosiaalinen isä on mies. Transsukupuoliset vanhemmat eivät sovi tähän muottiin. Transvanhemmuus on puutteellisesti, epäjohdonmukaisesti ja epätarkoituksenmukaisesti säänneltyä, mikä aiheuttaa ongelmia perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseksi.

Translain sterilisaatiovaatimuksen on todettu olevan ristiriidassa perus- ja ihmisoikeuksien kanssa,⁸ ja pääministeri Antti Rinteen (I) hallitusohjelmaan *Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta* on otettu kirjaus translain muuttamisesta itsemääräämisoikeutta kunnioittavaksi, mikä tarkoittaa ainakin sterilisaatiovaatimuksen poistamista.⁹ Samassa yhteydessä mainitaan, että isyys- ja äitiyslaki on tarkoitus yhdistää vanhemmuuslaiksi.¹⁰ Kirjaus ei sinänsä ole ollut tämän tutkielman inspiraationa, sillä olen aloittanut tutkielman tekemisen ennen Rinteen hallitusohjelman valmistumista. Tutkimuskysymys kuitenkin kietoutuu kirjauksen ympärille, sillä tarkoituksenani on selvittää, miten myös vanhemmuutta koskevaa lainsäädäntöä tulisi muuttaa, kun translain on todettu olevan perus- ja ihmisoikeuksien kannalta kestävä. Tarkoituksenani on ensinnäkin selvittää, miten voimassa oleva vanhemmuuslainsäädäntö soveltuu transvanhempiin. Toiseksi tarkastelen, miten vanhemmuuslainsäädäntö toteuttaa transihmisten perus- ja ihmisoikeuksia. Esitän, että transvanhemmuuden sääntely nykyisellään loukkaa perhe- ja yksityiselämän suojaa sekä syrjinnän kieltoa ja oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Kolmanneksi pyrin selvittämään mahdollisia vaihtoehtoja uudesta, perus- ja ihmisoikeuksia paremmin toteuttavasta sääntelystä. Toisin sanoen tarkoituksenani on ehdottaa, miten suunnitteilla oleva vanhemmuuslain säätäminen pitäisi toteuttaa, jotta myös transvanhempien perus- ja ihmisoikeuksia kunnioitettaisiin.

⁶ Tuisku 11.10.2018 ja 13.10.2018.

⁷ HE 91/2014 vp, s. 31.

⁸ Mm. STM/5023/12; Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vastaavaa sääntelyä koskevat tapaukset *A. P., Garçon ja Nicot v. Ranska* ja *Y.Y. v. Turkki*.

⁹ Pääministeri Antti Rinteen hallitusohjelma 2019, s. 87.

¹⁰ *Ibid.*

1.2 Yleiskatsaus transvanhemmuuteen liittyviin ongelmiin: miksi vanhemmuuden oikeudellisella määrittelyllä on merkitystä?

Myös transsukupuoliset henkilöt voivat siis tulla vanhemmiksi. Vanhempi voi korjata sukupuoltaan perheen perustamisen jälkeen ja joissain tilanteissa myös saada lapsia oikeudellisen sukupuolen vahvistamisen jälkeen. Transsukupuolisilta ei saa evätä pääsyä hedelmöityshoitoihin¹¹ ja mahdollisuuksista hankkia lapsia keskustellaan sukupuolenkorjaushoitojen yhteydessä.¹² Isyys ja äitiys ovat kuitenkin vahvasti sukupuolisidonnaisia rooleja, sillä sukupuoli itsessään on pitkään määritelty lisääntymiseen liittyvän roolin mukaan.¹³ Tämä ajatus on myös suomalaisen vanhemmuuslainsäädännön taustalla: äiti on nainen,¹⁴ joka synnyttää lapsen, ja isä puolestaan mies, joka on siittänyt tai jonka oletetaan siittäneen lapsen.

Cisnormatiivinen vanhemmuus aiheuttaa transsukupuolisille vanhemmille sekä identiteettiin liittyviä ristiriitoja että käytännön ongelmia. Nimenomaan transvanhemmaksi identifioituminen on verrattain uusi ilmiö.¹⁵ Vanhemmat, jotka käyvät läpi sukupuolenkorjausprosessia, eivät välttämättä koe olevansa lainkaan isä tai äiti, vaan lapset viittaavat heihin esimerkiksi lempinimellä.¹⁶ Transsukupuolisiin kohdistuu usein sukupuolittuneen käytöksen vaatimuksia, jotta heidän katsottaisiin sosiaalisesti kuuluvan ”oikeasti” tiettyyn sukupuoleen. Siten ”väärän” sukupuolen lisääntymistapaa pidetään herkästi mieheydessä tai naiseudessa ”epäonnistumisena”.¹⁷ Sukupuolen ja vanhemmuuden legitimeettiä saatetaan kyseenalaistaa ja henkilöä pitää epänormaalina.¹⁸ Transvanhemmuus tuo esiin sukupuolittuneen vanhemmuuden ja biologian välisen, itsestään selvänä pidetyn yhteyden ongelmallisuuden.¹⁹ Myös vanhemmalle itselleen voi olla vaikeaa sovittaa yhteen sukupuoli-identiteetti ja vanhemmuus.²⁰ Koska transsukupuolisuuteen liittyy edelleen stigmatisaatiota, transvanhempi joutuu harkitsemaan, onko vanhemmuudesta ja sukupuoli-identiteetistä kertominen turvallista hänelle ja hänen lapsilleen.²¹

Vanhemmaksi haluavilla saattaa olla myös epätietoisuutta ja vääriä käsityksiä lisääntymisterveydestään sekä syrjinnän pelosta johtuvaa haluttomuutta ottaa asia esille

¹¹ TAS 297/2013.

¹² Tuisku 11.10. ja 13.10.2018.

¹³ Whittle 2002 s. 3–11.

¹⁴ Miehen mahdollisuus synnyttää huomioitiin ensi kertaa vuonna 2019 voimaan tulleessa äitiyslaissa.

¹⁵ Hines 2006, s. 368.

¹⁶ *Ibid.*, s. 366–367.

¹⁷ Riggs 2014, s. 166–167.

¹⁸ *Ibid.*; Nixon 2013, s. 94.

¹⁹ Hines 2006, s. 368.

²⁰ von Doussa et. al. 2015, s. 1127–1129.

²¹ *Ibid.*, s. 1120.

terveydenhuollossa, mikä käytännössä vaikeuttaa lasten hankkimista.²² Lisääntymismahdollisuuksista keskustellaan Suomessa ennen lisääntymiskyvyttömyyteen mahdollisesti johtavan hormonihoidon aloittamista.²³ Vanhemmuuden oikeudellisesta määräytymisestä saattaa kuitenkin luvussa 2.5 esitettävän taulukon valossa olla perusteltua epätietoisuutta. Samoin vanhemmuuden ja oikeudellisen sekä sosiaalisen sukupuolen väliset ristiriidat saattavat aiheuttaa käytännön ongelmia esimerkiksi terveydenhuollossa²⁴ sekä lapsen kanssa matkustaessa,²⁵ kun oikeudellinen vanhemmuus ja vanhemman sukupuoli eivät täsmää. Ongelmat ovat samankaltaisia kuin ne, joita transsukupuoliset henkilöt kohtaavat, kun sukupuolta ei ole vielä oikeudellisesti tunnustettu; ne palautuvat siihen, ettei sukupuoli-identiteettiä tunnusteta täysimääräisesti.

1.3 Aiempi tutkimus

Kotimaisen vanhemmuuden määrittelyn soveltumista nimenomaan transvanhempiin ei ole aiemmin tutkittu. Vanhemmuuden määrittelyä, sen eri aspekteja sekä perheeseen liittyviä ihmisoikeuskysymyksiä ovat tutkineet muun muassa Liisa Nieminen ja Linda Hart. Hartin väitöskirja käsittelee perheen, oikeuden ja sukupuolen välistä suhdetta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa,²⁶ kun taas Nieminen on tutkinut perheeseen liittyviä perus- ja ihmisoikeuskysymyksiä sekä näiden oikeuksien kehitystä Suomessa.²⁷ Hän on kiinnittänyt huomiota myös transsukupuolisten oikeuteen tulla vanhemmiksi.²⁸ Yleisen perheoikeuden osalta tämä tutkielma nojaa etenkin Urpo Kankaan²⁹ ja Markku Helinin³⁰ tutkimuksiin. Perus- ja ihmisoikeuksia suomalaisessa valtiosäännössä on tutkittu paljon, ja niiden osalta tutkielmani nojaa Pekka Hallbergin, Ilkka Saraviidan, Martin Scheininin, Tuomas Ojasen, Veli-Pekka ja Jukka Viljasen sekä aiemmin mainitun Liisa Niemisen tutkimuksiin. Yksityisyyden suojaa Suomessa on tutkinut Riku Neuvonen.³¹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön osalta mainittakoon erikseen Oddný Mjöll Arnardóttirin vuonna 2002 julkaistu väitöskirja, jossa analysoidaan syrjinnän arviointia

²² Nixon 2013, s. 77–78, 95.

²³ Tuisku 11.10. ja 13.10.2018.

²⁴ Ks. luku 7.4.2.

²⁵ Council of Europe recognizes trans parents. Transgender Europe 30.10.2018. <https://tgeu.org/council-of-europe-recognises-trans-parents/>.

²⁶ Hart 2016.

²⁷ Nieminen 2013.

²⁸ *Ibid.*, s. 275–278.

²⁹ Kangas 2013.

³⁰ Helin 2016.

³¹ Neuvonen 2016.

tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Tässä tutkielmassa esiteltävät laajemmat teoriat syrjinnästä ja tasa-arvosta perustuvat edellä mainitun lisäksi Fredmanin³² ja Kimberin³³ tutkimuksiin.

Tätä tutkielmaa sivuavia OTM-tutkielmia on tehty viime vuosina vanhemmuuden määrittelystä lapsioikeudellisesta näkökulmasta,³⁴ sateenkaariperheiden vanhemmuudesta lääkintä- ja bio-oikeuden näkökulmasta³⁵ sekä sateenkaarivanhemmuuden lisääntyvästä oikeudellisesta tunnustamisesta.³⁶ Kyseiset tutkielmat käsittelevät läheisesti tähän tutkielmaan liittyvää aihepiiriä, mutta kohteena on ollut vanhemmuus ja sateenkaarivanhemmuus yleisemmin, kun taas tässä tutkielmassa käsitellän spesifisti transvanhempia. Lisäksi oikeustila on muuttunut näiden tutkielmien valmistumisen jälkeen äitiyslain voimaantulon myötä. Erikseen mainittakoon vielä Otava Pihan vuonna 2018 valmistunut valtiosääntöoikeuden OTM-tutkielma, joka koskee translain sterilisaatiovaatimuksen perustuslainvastaisuutta.³⁷ Oma tutkielmani lähtökohta pohjautuu muun muassa Pihan johtopäätöksiin translain sterilisaatiovaatimuksen perustuslainvastaisuudesta ja on sen suhteen ikään kuin liitännäinen kysymys.

1.4 Metodi ja teoreettiset lähtökohdat

Tutkielma sijoittuu paitsi valtiosääntöoikeudelliseen, myös perhe- ja henkilöoikeudelliseen kontekstiin. Koska tarkoitukseni on selvittää, miten olemassa oleva vanhemmuuslainsäädäntö soveltuu transsukupuolisiin, sekä miten se toteuttaa heidän perus- ja ihmisoikeuksiaan, metodini on pääasiassa oikeusdogmaattinen. Oikeusdogmatiikalla tarkoitetaan tiivistäen lainsäädännön tulkintaa ja systematisointia.³⁸ Tutkielman lopussa hyödynnän jonkin verran oikeusvertailevaa otetta selvittääkseni, millä tavalla transvanhemmuus olisi mahdollista tunnustaa oikeudellisesti Suomessa ottamalla mallia Ruotsista. Tarkoitukseni ei ole tehdä syvällistä vertailua perheoikeudellisten järjestelmien välillä. Esittelen Ruotsin lainsäädäntöä pikemminkin esimerkkinä siitä, millaisiin ongelmiin transvanhemmuuden eksplisiittisen tunnustamisen puuttuminen voi johtaa sekä miten niihin voidaan puuttua. Jonkinasteinen vertailu on kuitenkin välttämätöntä sen selvittämiseksi, toimisiko vastaava malli Suomessa.

³² Fredman 2011.

³³ Kimber 1996.

³⁴ Rytönen 2004.

³⁵ Heikkilä 2013.

³⁶ Hirviniemi 2017.

³⁷ Piha 2018.

³⁸ Husa et. al. 2008, s. 19–20.

Tutkielman taustaoletuksena on feministisestä ja queer-teoriasta lähtöisin oleva ajatus sukupuolesta oikeudellisena ja kulttuurisena konstruktiona.³⁹ Oikeus on osa heteronormatiivista sukupuolikäsitystä ylläpitävää rakennetta, jossa ei-heteroseksuaalisuus ja transsukupuolisuus hahmotetaan normista poikkeamisena.⁴⁰ Koska nimenomaan tämä normatiivisuus aiheuttaa transsukupuolisten stigmatisaatiota, pyrin tarkastelemaan kriittisesti tilanteita, jolla oikeus vahvistaa olettaa cis-heterovanhemmuuden luonnollisuudesta ja vastaavasti kohtelee transsukupuolisuutta ja transvanhemmuutta jonain sellaisena poikkeavuutena, jota yhteiskunnan tarvitsee sietää vain tiettyyn rajaan asti. Etenkin EIT:n ratkaisuihin kohdistamani kritiikki kumpuaa nimenomaan näistä lähtökohdista. Vaikka metodini on pääasiassa oikeusdogmaattinen pikemminkin kuin queer-teoreettinen, tarkoitukseni on myös queer-teorian tapaan tuoda esiin sekä kyseenalaistaa oikeuden heteronormatiivisuutta.⁴¹

Perus- ja ihmisoikeuksien osalta tutkielmani perustuu ajatukselle näiden oikeuksien fundamentaalisuudesta: jotta niiden luonne perustavanlaatuisina oikeuksina toteutuisi, niitä ei saa kohdella ainoastaan toisiaan vasten punnittavina painavina yhteiskunnallisina intresseinä, vaan dworkinilaiseen tapaan ne on ”otettava vakavasti”.⁴² Dworkinilaista oikeuskäsitystä on myös pidetty oikeuspositivismia parempana valtiosäännön näkökulmasta.⁴³ Yhdyn myös mm. Lavapuron kritiikkiin valtiosääntöisestä managerialismista ja perusoikeuksien kohtelemisesta ikään kuin optimointikäskyinä.⁴⁴ Valtiosääntöisellä managerialismilla tarkoitetaan tiukkaa tulkintaa perustuslain asettamista muodollisista kriteereistä samalla kun sisällöllisistä vaatimuksista joustetaan ja ne nähdään poliittisille päämäärille alisteisiksi.⁴⁵ Luonnollisesti eri perus- ja ihmisoikeuksien yhteensovittaminen vaatii tällaista lähestymistapaa, mutta suhtaudun kriittisesti vastaavaan metodiin muiden yhteiskunnallisten intressien kohdalla, etenkin, jos ne ovat laveita tai epämääräisiä. Valitettavan usein juuri haavoittuvassa asemassa olevien vähemmistöjen oikeuksia käsitellään ikään kuin ne olisivat alisteisia enemmistön moraaliselle hyväksynnälle.⁴⁶

³⁹ Esim. Butler 1990, s. 3–44.

⁴⁰ Jyränki 2005, s. 171.

⁴¹ Queer-teoria keskittyy queer-ihmisten oikeusaseman ja institutionalisoinnin sijaan pikemminkin heteronormatiivisuutta ylläpitävien rakenteiden dekonstruointiin, ks. esim. Jyränki 2005, Beger 2000.

⁴² Dworkin 1977 s. 184–205.

⁴³ Lavapuro 2010, s. 101–103.

⁴⁴ *Ibid.*, s. 243–267; kritiikki koskee PeV:n toimintaa tiukoissa ratkaisutilanteissa, mutta sen yleisidea on mielestäni sovellettavissa myös tähän kontekstiin.

⁴⁵ Lavapuro 2010, s. 243–245.

⁴⁶ Oikeudellisessa kontekstissa tästä ovat esimerkkinä muun muassa EIT:n ratkaisut, joita käsitellen luvussa 5.

1.5 Tutkielmassa käytettävät termit ja vanhemmuuden määrittelystä yleisesti

Tässä tutkielmassa käytetyt sukupuolen moninaisuuteen liittyvät termit perustuvat sukupuolivähemmistöjen etujärjestö Trasek ry:n käsitelmäritelmiin,⁴⁷ ellei muuta erikseen mainita. *Transsukupuolisella* tarkoitetaan henkilöä, jonka sukupuoli-identiteetti ei vastaa hänelle syntymässä määritettyä sukupuolta. Transsukupuolinen nainen tai *transnainen* on nainen, jonka sukupuoli on syntymässä määritetty mieheksi. Transsukupuolinen mies tai *transmies* taas on mies, jonka sukupuoli on syntymässä määritetty naiseksi. *Cissukupuolinen* puolestaan on henkilö, jonka sukupuoli-identiteetti vastaa syntymässä määritettyä sukupuolta. *Sukupuolenkorjauksella* tarkoitetaan kaikkia lääketieteellisiä ja juridisia toimenpiteitä, joiden avulla transihminen voi elää omassa sukupuolestaan.⁴⁸ *Sukupuolen oikeudellisella vahvistamisella* taas tarkoitetaan, että henkilön oikeudellinen sukupuoli vahvistetaan sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi.⁴⁹ Sen ehdoista säädetään translaissa. Vaikka monet transsukupuoliset käyvät läpi lääketieteellisiä korjaushoitoja ja hakevat oikeudellisen sukupuolensa vahvistamista sukupuoli-identiteetin mukaiseksi, tämä ei ole välttämätöntä. Koska tutkielman tarkoituksena on tuoda esille vanhemmuuden ja oikeudellisen sukupuolen välisen ristiriidan aiheuttamat oikeudelliset ongelmat ja esittää ratkaisuehdotuksia vanhemmuuden määrittelyyn ennakoiden steriiliysvaatimuksen poistamista translaista, tarkastelun kohteena ovat erityisesti ne transsukupuoliset, joiden oikeudellinen sukupuoli on vahvistettu. Tästä syystä viitataan transsukupuolinen-termillä suurimmaksi osaksi binääreihin transsukupuolisiin (transmiehiin tai transnaisiin), joiden oikeudellinen sukupuoli on vahvistettu.

Muun muassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käyttää ratkaisuisaan usein termiä *transseksuaali* transsukupuolisen sijaan. Termi on vanhentunut ja viittaa virheellisesti seksuaalisuuteen sukupuolen sijaan,⁵⁰ enkä käytä sitä tässä tutkielmassa. Olen kääntänyt EIT:n ratkaisuisa käytetyn termin *transsexual* tästä syystä transsukupuoliseksi. *Muunsukupuolisella* tarkoitetaan henkilöä, joka ei koe kuuluvansa kumpaankaan binäärijaottelun mukaiseen sukupuoleen eli hän ei koe olevansa nainen eikä mies. Sukupuolikokemus voi olla esimerkiksi jotain tältä väliltä tai jotain kokonaan binäärijaottelun ulkopuolelta. *Intersukupuolisella* tarkoitetaan henkilöä, jota ei voida fyysisten ominaisuuksien perusteella luokitella kumpaankaan binäärijaottelun mukaiseen sukupuoleen.

⁴⁷ Käsitteitä. Trasek ry:n verkkosivu <http://trasek.fi/perustietoa/kasitteita/>, katsottu 11.10.2018 klo 17.20.

⁴⁸ Sukupuolenkorjaus. Trasek ry:n verkkosivu <http://trasek.fi/perustietoa/sukupuolenkorjaus/>

⁴⁹ Sukupuolen vahvistaminen. Trasek ry:n verkkosivu <http://trasek.fi/perustietoa/sukupuolenkorjaus/sukupuolen-vahvistaminen/>.

⁵⁰ Käsitteitä. Trasek ry:n verkkosivu <http://trasek.fi/perustietoa/kasitteita/>.

Vanhemmuus ei ole yhtenevä vaan eriytynyt käsite, ja siihen liittyy useita eri aspekteja. *Biologisilla vanhemmillä* tarkoitetaan niitä vanhempia, joista lapsi on syntynyt. Biologinen vanhemmuus jakautuu edelleen *geneettiseen vanhemmuuteen* eli niihin, joiden sukusoluista lapsi on saanut alkunsa, sekä *fyysiseen vanhemmuuteen*, jolla tarkoitetaan lapsen synnyttänyttä henkilöä. Nykylääketiede mahdollistaa sen, että geneettinen ja fyysinen äiti ovat eri henkilöitä.⁵¹ *Sosiaalisilla vanhemmillä* tarkoitetaan vanhempia, jotka tosiasialisesti toimivat lapsen vanhempina. Lainsäädännössä määritellään, ketkä ovat lapsen *oikeudelliset vanhemmat*. Oikeudellinen vanhemmuus perustuu biologisen ja sosiaalisen vanhemmuuden yhdistelmille tai olettamille niistä. On merkillepantavaa, ettei oikeudellinen vanhemmuus seuraa itsestään selvästi tai vääjäämättömästi biologisesta tai sosiaalisesta todellisuudesta, vaan se on lainsäätäjän luoma oikeudellinen fiktio; lainsäätäjä valitsee, mitkä vanhemmuuden aspektit ovat oikeudellisen vanhemmuuden syntymisen kannalta merkityksellisiä.⁵² Siten esimerkiksi adoptiovanhemmuus perustuu yksinomaan sosiaaliseen vanhemmuuteen, kun taas isyysolettaman mukainen vanhemmuus perustuu yhtäältä oletettavaan biologisesta isyydestä ja toisaalta siitä, että äidin aviomies toimii myös lapsen sosiaalisena isänä.

1.6 Rakenne ja rajaukset

Tutkielman voi ajatella jakautuvan kolmeen osaan. Ensimmäisessä osassa selvitän, miten isyys ja äitiys määritellään voimassaolevan lainsäädännön mukaan, sekä miten määrittely soveltuu transsukupuolisiin vanhempiin. Tarkoitin vanhemmuuden määrittelyllä sitä, kenestä voi tulla lapsen juridinen vanhempi, sekä tuleeko vanhemmasta isä vai äiti. Tutkielma koskee nimenomaan transsukupuolisia vanhempia ja heidän perheitään, ei sateenkaariperheitä yleisesti, vaikka osa ongelmista on yhteisiä kaikille sateenkaarivanhemmille. En käsittele eksplisiittisesti myöskään inter- tai muunsukupuolisia vanhempia, sillä binääristä poikkeaviin sukupuoliin ja niiden oikeudelliseen tunnustamiseen liittyy oma problematiikkansa, jota ei ole tämänlaajuisessa tutkielmassa mahdollista käsitellä. Tiedostan kuitenkin, että monet ongelmista ovat yhteisiä. Keskityn tutkielmassa ”normaalitilanteisiin”, joissa pari saa yhdessä biologisen lapsen ja molemmista on tarkoitus tulla lapsen oikeudellisia vanhempia ja huoltajia. Näin siksi, että sterilisaatiovaatimuksen poistaminen vaikuttaa nimenomaan mahdollisuuteen saada biologisia lapsia. Siten en käsittele erikseen adoptiota tai esimerkiksi sellaisia vanhemmuuden vahvistamiseen liittyviä riitatilanteita, joissa lapselle on useampi isä- tai äitikandidaatti. En käsittele myöskään kansainvälisen perheoikeuden näkökulmaa. Vanhemmuuden määrittelyyn liittyy kaksi merkittävää sijaissyntytystä koskevaa

⁵¹ Ks. eriytyneestä äitiydestä tarkemmin Nieminen 2013, s. 197–211 ja Hart 2016, s. 143–157.

⁵² Ks. Hart 2016, luvut 5 ja 6.

ihmisoikeustapausta, joita käsittelen siltä osin kuin ne ilmentävät EIT:n linjauksia vanhemmuuden eri aspektien saamasta suojasta. Muuten sijaissynnytys on rajattu tutkielman ulkopuolelle, sillä siihen liittyy monimutkaisia yhteiskunnallisia kysymyksiä, joita ei ole mahdollista käsitellä tässä tutkielmassa.

Toisessa osassa selvitän, miten nykyinen vanhemmuuslainsäädäntö toteuttaa transsukupuolisten perus- ja ihmisoikeuksia, sekä mitä velvollisuuksia Suomella on tässä tilanteessa. Tutkielman keskiössä ovat yksityis- ja perhe-elämän suoja sekä yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö. Koska näitä perusoikeuksia koskevat pykälät on muotoiltu EIS:n vastaavien artiklojen pohjalta, perusoikeuksien sisältö on pitkälti yhteneväinen ihmisoikeuksien kanssa. Tästä syystä selvitän ensin, millaista suojaa EIS antaa transvanhemmuudelle. Eri ihmisoikeuksien suojajärjestelmät muodostavat toisiaan täydentävän kokonaisuuden,⁵³ ja Suomea velvoittavat toki muutkin kansainväliset ihmisoikeussopimukset, mutten tässä tutkielmassa tarkastele YK:n tai EU:n ihmisoikeusjärjestelmiä; niiden käsitteleminen vaatisi laajempaa tutkimusta. Olen valinnut tarkasteluun juuri EIS:n, koska se lienee merkittävin Suomea sitova ihmisoikeussopimus.⁵⁴ Pyrin EIT:n oikeuskäytännön kriittiseen tarkasteluun, sillä tuomioistuimen seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjä koskevat ratkaisut eivät ole ongelmattomia, eikä niistä tulisi siten suoraan päätellä perusoikeussuojan tasoa. Kiinnitän huomiota muun muassa siihen, että näiden vähemmistöjen kohtaamaa syrjintää ei aina osata tunnistaa etenkin perheoikeuden alalla. Jotta syrjinnän arvioinnin puutteellisuus tulisi kunnolla esille, esittelen ensin lyhyesti eri teorioita tasa-arvosta ja syrjinnästä. Käsittelen erikseen perusoikeuksia, sillä vaikka perusoikeuksia on tulkittava yhteneväisesti ihmisoikeuksien kanssa, kotimainen perusoikeusjärjestelmä voi suojata oikeuksia EIS:ta paremmin. Tämä on olennaista, sillä EIT yleensä sallii valtioille laajan harkintamarginaalin nimenomaan seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perhe- ja yksityiselämän suoja koskevissa tapauksissa.⁵⁵ Relevanttien perus- ja ihmisoikeuksien yleisen tarkastelun jälkeen arvioin voimassaolevaa vanhemmuuslainsäädäntöä niiden valossa.

Tutkielman viimeisessä osassa tarkastelen Ruotsin mallia transvanhemmuuden huomioimisesta lainsäädännössä. Ruotsi on yksi neljästä transvanhemmuuden tunnistavasta Euroopan neuvoston jäsenmaasta.⁵⁶ Olen valinnut Ruotsin vertailukohdaksi ja malliksi paitsi yhteisen Pohjoismaisen valtiosääntöperinteen vuoksi, myös puhtaan tutkimusekonomisista syistä; ruotsalaisen lainsäädännön selvittäminen tuntui helpommalta kuin muiden Euroopan neuvoston jäsenmaiden.

⁵³ Ojanen 2011, s. 443.

⁵⁴ Viljanen 2005, s. 502.

⁵⁵ Ks. luku 5.

⁵⁶ Trans Rights Europe Map & Index 2018. Transgender Europe. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>.

Esittelen Ruotsin transvanhemmuuden eksplisiittiseen oikeudelliseen tunnustamiseen johtanutta prosessia sekä uutta mallia vanhemmuuden määrittelystä. Lopuksi tarkoitukseni on ehdottaa osittain tämän mallin pohjalta, miten transvanhemmuutta voitaisiin säännellä Suomessa.

2 Vanhemmuuden määrittely Suomen lainsäädännössä

2.1 Vanhemmuuden määrittelyn historiallinen kehitys

Tässä luvussa tarkastelen lyhyesti vanhemmuuden määrittelyn kehitystä Suomessa. Tarkoituksena on pohjustaa paitsi nyky-lainsäädännön määritelmien historiallisia kytkentöjä sukupuolirooleihin, myös havainnollistaa, että vanhemmuus- ja perhekäsitykset muuttuvat. Siten nykyinen, kahden (cis)vanhemman normi ei ole historiallinen tai oikeudellinen välttämättömyys. Tämän vuoksi on syytä tarkastella myös lyhyesti perhekäsityksen kehitystä. Itse määrittelyyn – siis siihen, mihin vanhemmuus perustuu – ei pitkään otettu lainsäädännössä kantaa, vaan vanhemmuuden nähtiin seuraavan biologisista itsestäänselvyyksistä.

Perheen kuulumisen oikeudellisen sääntelyn piiriin on verrattain tuore ilmiö. Perheensisäisiä suhteita ei nähty niinkään oikeudellisina kuin ”eettillisinä”.⁵⁷ Patriarkaaliseen perhekäsitykseen kuului esimerkiksi, että naisen oikeudellinen identiteetti pitkälti lakkasi hänen avioituessaan. Vaimo ja lapset kuuluivat perheenpäänä toimivan aviomiehen holhouksen ja kurinpitovallan alle.⁵⁸ Laissa ei puhuttu sukupuolittuneesti äidistä ja isästä, vaan yleisesti huoltajista.⁵⁹ Tämä ei kuitenkaan tarkoittanut, ettei äidin ja isän käsitteitä olisi ollut oikeudellisesti olemassa tai etteikö niillä olisi ollut yhteiskunnallista merkitystä - esimerkiksi vuoden 1898 holhouslaissa oli säännös siitä, kumpi vanhempi edustaa lasta tuomioistuimessa.⁶⁰ Naisten kansalaisuus nähtiin pitkälti äitiyden kautta: naisen ensisijainen tehtävä oli olla äiti, ja hänen toimintaympäristönsä oli rajoitettu perhepiiriin. Vuoden 1906 yleisen ja yhtäläisen äänioikeuden tultua voimaan poliittisesti toimivat naiset nähtiin ”yhteiskunnan äiteinä”.⁶¹ Vanhemmuus oli siis lain näennäisestä sukupuolineutraaliudesta huolimatta vahvasti sukupuolittunutta, jopa niin pitkälle, että naiseutta ymmärrettiin ja hahmotettiin äitiyden kautta. Sotien jälkeen vanhemman sukupuolella oli aiempaa enemmän oikeudellista merkitystä perhepoliittisista syistä. Esimerkiksi lapsilisät maksettiin ydinperheen tukemiseksi äidille, jotta rahat

⁵⁷ Ilmari Melander 1939: Lapsen huollosta I; Nieminen 2013 s. 70.

⁵⁸ Nieminen 2013, s. 59–65.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 65.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, s. 62; Sulkunen 1987 s. 157–175.

menisivät lapsen hyväksi.⁶² Ydinperhe oli nyt isän vallan sijaan äidin perhe, ja lapset kuuluivat ensisijaisesti hänelle. Vanhemmuuskäsityksen kehitystä havainnollistaa esimerkiksi se, ettei juridista isyyttä tunnettu vuosikymmeniä, vaan isän sijaan vahvistettiin elatusvelvollinen mies.⁶³ Vahvistamisen tavoitteena oli vaikuttaa avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asemaan.⁶⁴ Naisen rooli oli edelleen lähes yksinomaan vaimo ja äiti.⁶⁵

1970-luvulla sukupuolirooleja, erityisesti naisen tiukasti perhesidonnaista roolia kyseenalaistettiin ja vanhemmuuteen liittyvät velvollisuudet nähtiin kuuluvan yhtä lailla isille ja äideille. Huomiota kiinnitettiin myös lapsen oikeuksiin, jolloin huomioitiin myös ydinperheen ulkopuoliset lapset eli avioerolapset ja avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset. Tätä seurasi ns. lapsipakettiin kuuluvan isyyslain (700/1976) säätäminen, jolla säädettiin ensi kertaa isyyden määrittelyä.⁶⁶ Naiseuden kytkemä äitiyteen heikkeni aborttilainsäädännön uudistuessa: uudessa laissa raskauden keskeyttämisestä (239/1970) lähtökohtana oli naisen itsemääräämisoikeus sen sijaan, että äitiys olisi nähty automaattisesti naisille kuuluvana ”ammattina”, eikä erilainen kohtelu sen perusteella ollut yhdenvertaisuusajattelun kanssa ristiriidassa.⁶⁷

Perusoikeusuudistuksen myötä oikeudet alettiin nähdä entistä vahvemmin yksilön, ”jokaisen” oikeuksina. Väestöryhmien asettamista eri asemaan esimerkiksi sukupuolen perusteella tarkasteltiin entistä ankarammin kriteerein. Sukupuoleen perustuvia eroja ei enää nykyään nähdä niin merkittävänä, että erilainen kohtelu olisi entiseen tapaan ikään kuin automaattista ja implisiittistä, vaan kohtelun on täytettävä mm. yhdenvertaisuussäännöksistä johtuvat vaatimukset.⁶⁸ Vanhempien välistä yhdenvertaisuutta ja tasapuolisia mahdollisuuksia osallistua työelämään on edistetty.⁶⁹ Yhdenvertaisuusajattelu ulottuu nykyään myös sateenkaariperheet, joissa voi aiemmasta mallista poiketen olla äidin ja isän sijaan kaksi isää tai kaksi äitiä. Vuodesta 2009 alkaen samaa sukupuolta olevilla pareilla on ollut mahdollisuus hankkia juridisesti yhteisiä lapsia, kun rekisteröidyssä parisuhteessa eläville annettiin oikeus adoptoida kumppaninsa lapsi.⁷⁰ Sateenkaariperheiden

⁶² Nieminen 2013 s. 69.

⁶³ *Ibid.*, s. 187.

⁶⁴ Helin 2016, s. 10–12.

⁶⁵ Nieminen 2013, s. 67–73.

⁶⁶ *Ibid.*, s. 75–76.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 79.

⁶⁸ *Ibid.*, s. 88–91.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ laki rekisteröidystä parisuhteesta 29.5.2009/391; Nieminen 2013, s. 101, ks. myös. Hirviniemi 2017, s. 63–81.

yhdenvertainen asema on kuitenkin verrattain tuore ilmiö, eikä kansainvälinen oikeuksien suoja ole laaja, vaan esimerkiksi avioliitto-oikeus kuuluu valtion harkintamarginaaliin.⁷¹

Nykyään on siis mahdollista, että lapsella on oikeudellisesti kaksi samaa sukupuolta olevaa vanhempaa. Sen sijaan uusi kysymys on, miten transsukupuolisten henkilöiden vanhemmuus määritellään ja oikeus vanhemmuuteen turvataan. Kun ymmärryksemme sukupuolen moninaisuudesta kasvaa, on perusteltua kyseenalaistaa vahvasti sukupuoleen ja sukupuolirooleihin perustuvat määritelmät vanhemmuudesta. Seuraavissa kappaleissa perehdyn nykylainsäädännön tapaan määritellä vanhemmuus sekä siitä aiheutuvat ongelma- ja ristiriitatilanteet transsukupuolisten osalta.

2.2 Äitiyden määrittely nykylainsäädännössä

Vaikka aiemman käsityksen mukainen naisen yksinomainen rooli äitinä onkin murentunut, äiti oli kuitenkin äitiyslain voimaantuloon saakka kiistatta nainen. Määrittely perustui *mater semper certa est* –periaatteelle, jonka mukaan nainen, joka synnyttää lapsen, on äiti.⁷² Äitiys on nähty ikään kuin synonyyminä synnyttäjälle siitä huolimatta, että nykylääketiede mahdollistaa tilanteet, joissa äitiys on eriytynyt, eli toisin sanoen lapsen synnyttävä biologinen (fyysinen) äiti on eri henkilö kuin munasolun luovuttanut geneettinen äiti. Siten myös niissä tilanteissa, joissa hedelmöityksessä on käytetty luovutettua munasolua, äiti on nainen, joka on synnyttänyt lapsen.⁷³ On huomattava, että tämä on oikeudellinen valinta eikä vääjäämätön biologinen tosiasia. Juridinen äitiys on oikeudellinen konstruktio, eikä se siten ole aina synnyttämisen automaattinen seuraus – edes niissä tapauksissa, joissa sama henkilö on sekä biologinen (fyysinen) että geneettinen äiti.⁷⁴ Juridinen äitiys perustuu pikemminkin pohjimmiltaan oletamaan sosiaalisesta äitiydestä, kuten Linda Hart on väitöskirjassaan osoittanut.⁷⁵

Äitiyslailla säädetään äitiyden vahvistamisesta ja kumoamisesta. Lailla on tarkoitus mahdollistaa oikeudellisen siteen tunnustaminen lapsen ja kahden äidin välillä ilman adoptioprosessia, ja sen tarkoituksena on helpottaa etenkin naisparien ja heidän lastensa asemaa.⁷⁶ Äitiyslakia sovelletaan lapsiin, jotka saavat alkunsa hedelmöityshoidosta, johon on annettu

⁷¹ *Schalk ja Kopf v. Itävalta*, § 62–63.

⁷² Mm. HE 3/2006 vp, s. 10.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Ks. tapaus *Marckx v. Belgia*, jossa yksin elävän naisen täytyi adoptoida synnyttämänsä lapsi tullakseen tämän oikeudelliseksi äidiksi.

⁷⁵ Hart 2016, s. 143–157.

⁷⁶ KAA 3/2016, s. 23.

suostumus lain voimaantulon jälkeen.⁷⁷ Siten jos lapsi syntyy äitiyslain voimaantulon jälkeen, mutta hedelmöityshoito on annettu sitä ennen, äitiyttä ei voida vahvistaa äitiyslain nojalla. Äitiyslain 2 §:n mukaan äitiys voidaan edelleen vahvistaa *mater est* -periaatteen mukaisesti, jolloin lapsen äiti on se, joka on synnyttänyt lapsen. Pykälä ei siis muuta voimassa olevaa oikeustilaa, mikä on erikseen todettu lain esitöissä.⁷⁸ Pykälää sovelletaan myös niihin tilanteisiin, jossa lapsen synnyttänyt henkilö on mies, mikä ei sinänsä myöskään muuta oikeustilaa.⁷⁹ Mielestäni voidaan kuitenkin pitää merkityksellisenä sitä, että lainsäätäjällä on huomioon otettu tällaisten tilanteiden mahdollisuuden steriiliysvaatimuksen olemassaolosta huolimatta ja ottanut erikseen kantaa vanhemmuuden määrittelyyn silloin, kun vanhempi on transsukupuolinen.

Lakiin hedelmöityshoidosta (22.12.2006/1237, jäljempänä hedelmöityshoitolaki), joka koskee nimenomaan myös eriytyneen äitiyden tilanteita, ei otettu erillistä säännöstä äitiyden määrittelyä; laissa ei säädetä vanhemmuudesta sinänsä, vaan hoidoista, jonka seurauksena henkilöstä voi tulla vanhempi. Lain 2 § 1 momentissa on määritelty hoidon saajiksi pari eli avioliitossa tai avioliitonomaisissa olosuhteissa elävä mies ja nainen, sekä nainen, joka ei elä kuvattulla tavalla miehen kanssa. Äitiyslain (20.4.2018/253) säätämisen yhteydessä hedelmöityshoitolakia muutettiin niin, että myös kahdella avioliitossa, avioliitonomaisissa olosuhteissa tai rekisteröidyssä parisuhteessa elävällä naisella on oikeus hoitoon (laki 20.4.2018/254) Tasa-arvovaltuutetun mukaan hedelmöityshoitoa on annettava myös transsukupuolisille.⁸⁰

Jos lapsi on saanut alkunsa hedelmöityshoidon tuloksena, nainen, joka on antanut suostumuksensa hoitoon yhteisymmärryksessä synnyttäjän kanssa, voidaan vahvistaa lapsen äidiksi synnyttäjän ohella lain 3 § 1 momentin mukaan. Äitiyttä ei kuitenkaan 3 momentin mukaan voida vahvistaa tällä perusteella, jos lapselle on isyyslain nojalla todettu tai vahvistettu isä tai jos isyyden toteaminen tai vahvistaminen on mahdollista. Lapsella voi siis toisin sanoen olla kaksi äitiä niissä tilanteissa, joissa hänellä ei missään tapauksessa olisi isää. Poikkeuksena on tilanne, jossa äitiys tunnustetaan, vaikka lapselle on isyyslain 2 §:n mukaisesti todettu isä, ja äitiyden tunnustamiselle on isyyslain 19 §:n tarkoittamien henkilöiden eli äidin ja aviomiehen suostumus. Tämä vastaa tilannetta, jossa lapselle on todettu isä isyysolettaman perusteella ja toinen mies haluaa tunnustaa isyytensä. Äitiys on mahdollista tunnustaa myös ennen lapsen syntymää äitiyslain 14 §:n mukaan.

Äitiyslaki mahdollistaa siis äitiyden vahvistamisen molemmille vanhemmille esimerkiksi tilanteissa, joissa naispari saa yhdessä hedelmöityshoitoa siten, että toinen heistä synnyttää lapsen ja

⁷⁷ KAA 3/2016, s. 48.

⁷⁸ LaVM 1/2018 vp, s. 4.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 5.

⁸⁰ TAS 297/2013.

hedelmöityksessä käytetään toisen munasolua. Tällöin molemmat ovat lapsen biologisia äitejä. Toisen heistä oikeudellinen äitiys ei kuitenkaan perustu biologiaan geneettisestä siteestä huolimatta, vaan sosiaaliseen suhteeseen eli suostumukseen tai tunnustamiseen.

2.3 Isyyden määrittely

Isyyden määrittelystä säädetään isyyslaissa (13.1.2015/11). Kun lapsi syntyy avioliitossa, isyyden määrittelyyn sovelletaan pääsääntöisesti isyysolettamaa. Isyyslain 2 § 1 momentin mukaan kun lapsi syntyy avioliiton aikana, aviomies on lapsen isä. Tällöin isyys seuraa suoraan laista.⁸¹ Aviomies on lapsen isä 2 momentin mukaan myös silloin, kun avioliitto on päättynyt aviomiehen kuoleman vuoksi ennen lapsen syntymää, mutta lapsi on kuitenkin syntynyt sellaisena aikana, että aviomies on voinut siittää lapsen ennen kuolemaansa. Jos äiti on kuitenkin mennyt uudelleen naimisiin ennen lapsen syntymää, uusi aviomies on 2 § 2 momentin mukaan lapsen isä. Momentissa ei mainita määräaikaa lapsen siittämiseksi näissä tilanteissa, joten isyys ei perustu samalla tavalla oletettavaan biologisesta vanhemmuussuhteesta kuin pääsääntöön mukaisissa tilanteissa. Isyys määräytyy isyysolettaman perusteella myös silloin, kun lapsi on saanut alkunsa hedelmöityshoidosta ja prosessissa on käytetty muun henkilön kuin aviomiehen sukusoluja, koska isyysolettama on ensisijainen vahvistamiseen nähden. Isyysolettaman tavoitteena on vähentää kalliita ja tarpeettomia tutkimuksia sekä vakiinnuttaa perhe silloin, kun lapsi on vielä pieni.⁸² Käytännössä isyysolettama vastaa lähes aina biologista isyyttä.⁸³

Isyyslain 2 §:n mukainen isyysolettama on niin kutsutusti vahva, eli sitä sovelletaan myös tilanteissa, joissa on epätodennäköistä tai jopa mahdotonta, että aviomies olisi lapsen biologinen isä.⁸⁴ Väittämä siitä, että isyyslainsäädännössä pyrittäisiin nimenomaan siihen, että oikeudellinen isyys vastaisi biologista isyyttä,⁸⁵ ei pidä täysin paikkaansa; edellä mainitulla tavalla isyyslailla on myös muita tavoitteita. Avioliitto saa aikaan oletettaman biologisesta isyydestä, mutta isyysolettamaa sovelletaan myös niissä tilanteissa, joissa on selvää tai todennäköistä, ettei aviomies ole lapsen biologinen isä. Avioliiton perusteella määräytyneen isyyden kumoaminen on lain 15 § 2 momentin mukaan mahdollista vain, jos äiti ja aviomies ja tietyissä tilanteissa lapsi suostuvat siihen. Näyttääkin siltä, että isyysolettamalla pyritään suojaamaan vahvasti sosiaalista vanhemmuutta ja olemassa olevia perhesuhteita; periaatteena on perheen suojaaminen ulkopuolisilta ”hyökkäyksiltä”, paitsi silloin, kun

⁸¹ Helin 2016, s. 30.

⁸² *Ibid.*, s. 31.

⁸³ *Ibid.*, s. 21.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 36.

⁸⁵ KKO 2002:13.

se ei ole tarkoituksenmukaista.⁸⁶ Avoliitossa isyysolettamaa ei puolestaan sovelleta, vaikka puoliset myöhemmin solmisivat avioliiton.⁸⁷ Siten isyyden määrittely linkittyy kiinteästi avioliittoinstituutioon.

Jos isyys ei määrydy avioliiton perusteella, isä on lain 3 § 2 momentin mukaan se, joka on siittänyt lapsen tai jonka siittiötä on käytetty muulla tavalla äidin hedelmöittämiseen. Isänä itseään pitävä voi tunnustaa lapsen, jolloin maistraatti vahvistaa isyyden tunnustamisen perusteella, mikäli ei ole aihetta epäillä tunnustuksen oikeellisuutta.⁸⁸ Myös niin kutsuttu ennakkotunnustaminen on mahdollista tehdä äitiysneuvolassa ennen lapsen syntymää. Samalla on mahdollista sopia myös lapsen huoltajuudesta.⁸⁹ Tunnustamisella on lain 15 § 2 momentin mukaan myös mahdollista kumota isyysolettamaan perustuva isyys. Isyydestä sopiminen ei ole kuitenkaan mahdollista, vaan viranomaiset valvovat tunnustuksen oikeellisuutta.⁹⁰ Jos maistraattiin toimitetut tunnustamista koskevat asiakirjat ovat riittämättömät, maistraatti voi kehottaa lastenvalvojaa teettämään oikeusgeneettisen isyystutkimuksen. Mikäli tutkimuksessa ilmenee, että mies on lapsen biologinen isä, isyys voidaan vahvistaa maistraatissa.⁹¹ Oikeusgeneettistä isyystutkimusta ei kuitenkaan voida toimittaa, jos joku osapuolista ei suostu DNA-näytteen ottamiseen.⁹²

Jos isyyttä ei voida vahvistaa maistraatissa, on mahdollista nostaa isyyden vahvistamiskanne tuomioistuimessa. Tuomioistuin voi myös kumota aiemmin vahvistetun isyyden lain 41 §:n mukaisesti. Lapsella, äidillä ja miehellä on kanneoikeus kumoamista koskevassa asiassa. Miehen kanneoikeutta on kuitenkin rajoitettu ajallisesti ja asiallisesti, jotta lapsen ja äidin ei tarvitsisi elää epävarmuudessa sen suhteen, riitautetaanko isyys. Tarkoituksena on myös, että selvät tapaukset käsiteltäisiin maistraatissa.⁹³ Miehellä on 29 §:n mukaan oikeus nostaa isyyden vahvistamiskanne tietyin edellytyksin, jos lastenvalvoja on keskeyttänyt isyyden selvittämisen tai maistraatti ei ole vahvistanut isyyttä.

2.4 Vanhemmuuden oikeusvaikutukset

Tässä luvussa on tarkoitus tarkastella, millaista oikeudellista merkitystä on sillä, onko vanhempi lapsen isä vai äiti. Vanhemmuudesta seuraa ensinnäkin velvollisuus lapsen elatukseen lapsen

⁸⁶ Helin 2016, s. 27.

⁸⁷ Kangas 2013, s.31.

⁸⁸ Helin 2016, s. 138.

⁸⁹ *Ibid.*, s. 61.

⁹⁰ *Ibid.*, s. 58.

⁹¹ *Ibid.*, s. 138–139.

⁹² *Ibid.*, s. 139.

⁹³ *Ibid.*, s. 157.

elatukselta annetun lain (5.9.1975/704) mukaisesti. Elatusvelvollinen on 2 §:n mukaan vanhempi; huoltajuutta ei siis vaadita. Toiseksi lapsi on vanhempansa rintaperillinen perintökaaren (5.2.1965/40) mukaisesti. Perintöoikeus koskee sekä avioliitossa että avioliiton ulkopuolella syntyneitä lapsia sekä adoptiolapsia, kun lapsi on adoptoitu 1.1.1980 tai myöhemmin.⁹⁴ Elatuksen tai perintöoikeuden osalta ei ole merkityksellistä, onko vanhempi lapsen isä vai äiti.

Huoltajuudesta säädetään laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (8.4.1983/361, lapsenhuoltolaki). Toisin kuin elatus ja perintöoikeus, huoltajuus ei seuraa suoraan vanhemmuudesta kaikissa tilanteissa. Lapsenhuoltolain 3 §:n mukaan lapsen huoltajia ovat hänen vanhempansa tai henkilöt, joille lapsen huolto on uskottu. Tässä tutkielmassa ei ole tarkoituksenmukaista tarkastella niitä tilanteita, joissa huoltaja on joku muu kuin lapsen vanhempi. Vanhemmat, jotka ovat lapsen syntymän hetkellä avioliitossa keskenään, ovat kumpikin lapsensa huoltajia. Siten avioliiton kautta syntyvän isyysolettaman vuoksi äidin kanssa avioliitossa oleva isäksi oletettu henkilö on suoraan lain nojalla lapsen huoltaja.⁹⁵

Jos vanhemmat eivät ole naimisissa keskenään, huoltaja on 6 §:n mukaan äiti, joka on synnyttänyt lapsen (laki 20.4.2018/257). Aiemman lain mukaan tässä tilanteessa lapsen huoltajaksi mainittiin vain äiti. Muutoksella huomioidaan äitiyslain mahdollistamat tilanteet, joissa lapsella on kaksi äitiä. Huoltajuuden kannalta on siis merkitystä sillä, kuka on synnyttänyt lapsen. Jos toinen vanhempi on yksin lapsen huoltaja ja vanhemmat avioituvat keskenään, heistä molemmista tulee lapsen huoltajia. Kun isyys vahvistetaan tunnustamisen perusteella tai tuomioistuimessa, isästä ei tule suoraan lain nojalla lapsen huoltajaa.⁹⁶ Huoltajuudesta on kuitenkin mahdollista sopia näissä tilanteissa, myös ennen lapsen syntymää.⁹⁷ Sama koskee lapsen synnyttäneen äidin naispuolista kumppania. Sopimusta huoltajuudesta ei voida vahvistaa, ennen kuin vanhemmuus on vahvistettu isyyslain 16 §:n tai äitiyslain 14 §:n mukaisesti.⁹⁸ Jos lapsen vanhemmat ovat samaa sukupuolta eivätkä he ole naimisissa keskenään, ei-biologinen vanhempi voidaan tuomioistuimen määräyksellä vahvistaa oheishuoltajaksi.⁹⁹

Kun vanhemmilla on lapsen yhteishuoltajuus, he vastaavat 5 §:n mukaan yhdessä lapsen huoltoon kuuluvista tehtävistä ja tekevät yhdessä lasta koskevat päätökset, ellei toisin ole säädetty tai määrätty. Toisen huoltajan suostumusta ei tarvita, jos hän ei voi osallistua päätöksen tekemiseen

⁹⁴ Kangas 2013, s. 399–400; rintaperillisasema on myös 1.1.1980 tai sen jälkeen lapseksi otetulla ottolapsella. Ottolapsen asemaa ei ole tarpeen tarkastella tässä tutkielmassa.

⁹⁵ *Ibid.*, s. 99.

⁹⁶ *Ibid.*, s. 100.

⁹⁷ Ks. yllä luku 2.3, Helin 2016, s. 61.

⁹⁸ Ks. myös HE 91/2014 vp, s. 66.

⁹⁹ KKO 2010:16; Kangas 2013, s. 101.

esimerkiksi matkan tai sairauden vuoksi ja viivästyisestä aiheutuisi haittaa. Sellaisesta asiasta, jolla on huomattava merkitys lapsen tulevaisuuden kannalta, huoltajat voivat päättää vain yhdessä, ellei lapsen etu muuta vaadi. Lapsenhuoltolaissa ei siis aseteta merkitystä sille, onko huoltaja lapsen isä vai äiti, vaan oikeudet ja velvollisuudet ovat samat vanhemmuustermistä riippumatta. Sen sijaan vanhemmuuden määrittelyllä on merkitystä sen kannalta, kuka ylipäätään on lapsen huoltaja.

Sukupuoli on merkityksellinen myös vanhemmuuden perusteella myönnettävien sosiaalietuuksien kannalta. Tässä tutkielmassa ei ole kuitenkaan tarkoituksenmukaista perehtyä laajemmin sosiaalipoliittisiin ratkaisuihin, sillä perhe-elämän suojan osalta keskiössä on lapsen ja vanhemman välisen oikeudellisen suhteen vahvistaminen. Mainittakoon, että sairausvakuutuslain (21.12.2004/1224) mukaisen äitiys- ja isyysrahan myöntämisen perusteet ja maksukausi ovat erilaiset. Isyydellä ja äitiydellä on siis merkitystä sen suhteen, miten lapsen huoltajaksi tullaan, sekä mihin sosiaalietuuksiin vanhemmalla on oikeus. Sen sijaan huoltajan velvollisuuksiin lasta kohtaan ei laissa tehdä eroa isyyden ja äitiyden perusteella.¹⁰⁰

2.5 Nykymäärittelyn soveltuminen transsukupuolisiin vanhempiin

Isyys- ja äitiyslain esitöissä on huomioitu tilanteet, joissa transsukupuolinen mies synnyttää tai transsukupuolinen nainen siittää lapsen. Lain sanamuodon mukainen vanhemmuuden määrittely viittaa kuitenkin useimmissa tapauksissa eksplisiittisesti vanhemman sukupuoleen. Esitöiden mukaisen tulkintaohjeen ja Väestörekisterikeskuksen kirjaamiskäytännön mukaan kun vanhempi on transsukupuolinen, vanhemmuutta ei rekisteröidä vanhemman juridisen sukupuolen vaan biologisen vanhemmuuden (synnyttämisen ja siittämisen) mukaan.¹⁰¹ Vanhemmuuden määrittelyn taustalla on cisnormatiivinen oletus vanhemmuuteen johtavista rooleista – mies eli isä siittää ja nainen eli äiti synnyttää lapsen. Mies voi kuitenkin olla lapsen äiti ja nainen isä, mutta synnyttävä ei voi olla isä tai siittäjä äiti. Näin on todettu myös translain esitöissä; hallituksen esityksen mukaan sukupuolen korjaaminen ei muuta aiemmin vahvistettua vanhemmuutta.¹⁰² Isyyden määrittelyyn on otettu kantaa myös äitiyslain esitöissä: lakivaliokunnan mietinnössä todetaan, että äitiyden määrittelyn ulottaminen koskemaan myös synnyttäviä miehiä on tarpeellista, koska synnyttävää miestä ei voitaisi vahvistaa isäksi isyyslain nojalla.¹⁰³

¹⁰⁰ Tutkielma ei koske tältä osin *law in action* –näkökulmaa, joten en ota kantaa siihen, eroaako huoltajien kohtelu tosiasiaissa sukupuolen perusteella.

¹⁰¹ HE 91/2014 vp, s. 31; LaVM 1/2018 vp, s. 4–5; Ronkainen 22.11.2017.

¹⁰² HE 56/2001 vp, s. 3.

¹⁰³ LaVM 1/2018 vp, s. 5.

TAULUKKO 1: VANHEMMUUDEN MÄÄRÄYTYMINEN ERI PERHEMUODOISSA

| | Avioliitossa | Avioliiton ulkopuolella | Hedelmöityshoidon tuloksena |
|---------------------------------|---|--|--|
| 1. Cisnainen/cisnainen | Äiti: nainen, joka synnyttää Isä: isyysolettamaa ei sovelleta | Äiti: nainen, joka synnyttää | Äiti: nainen, joka synnyttää Äiti: voidaan vahvistaa äitiyslain 3 §:n mukaisesti |
| 2. Cisnainen/cismies | Äiti: nainen, joka synnyttää Isä: aviomies | Äiti: nainen, joka synnyttää Isä: mies voi tunnustaa lapsen | Äiti: nainen, joka synnyttää Isä: mies, joka saa hoitoa yhdessä äidin kanssa |
| 3. Cisnainen/transnainen | Äiti: cisnainen, joka synnyttää Isä: isyysolettama, jos syntymän hetkellä jur. mies** | Äiti: (cis)nainen, joka synnyttää Isä: tunnustaminen, jos siittämisen hetkellä jur. mies** | Äiti: cisnainen, joka synnyttää Äiti/isä: transnainen vahvistetaan äidiksi/isäksi riippuen jur. sukupuolesta* |
| 4. Cisnainen/transmies | Äiti: se, joka synnyttää* Isä: isyysolettama, jos syntymän hetkellä jur. mies** | Äiti: se, joka synnyttää* | Äiti: se, joka synnyttää* Isä/äiti: joko transmies vahvistetaan isäksi/äidiksi riippuen jur. sukupuolesta* tai cisnainen äidiksi |
| 5. Cismies/cismies | - | - | - |
| 6. Cismies/transnainen | - | - | - |

| | | | |
|-----------------------------------|---|--|---|
| 7. Cismies/transmies | Äiti: transmies synnyttämisen perusteella* Isä: isyysolettamaa sovelletaan cismieheen | Äiti: transmies synnyttämisen perusteella* Isä: cismies voi tunnustaa isyytensä | Äiti: transmies synnyttämisen perusteella* Isä: cismies, joka saa hoitoa yhdessä äidin kanssa |
| 8. Transnainen/transnainen | - | - | - |
| 9. Transnainen/transmies | Äiti: transmies synnyttämisen perusteella* Isä: isyysolettama, jos syntymän hetkellä jur. mies** | Äiti: transmies synnyttämisen perusteella* Isä: tunnustaminen, jos siittämisen hetkellä jur. mies** | Äiti: transmies synnyttämisen perusteella* Äiti: transnainen vahvistetaan äidiksi/isäksi riippuen jur. sukupuolesta* |
| 10. Transmies/transmies | Äiti: se, joka synnyttää* Isä: isyysolettama, jos syntymän hetkellä jur. mies** | Äiti: se, joka synnyttää* | Äiti: se, joka synnyttää* Isä: transmies vahvistetaan isäksi/äidiksi riippuen jur. sukupuolesta* |

Yllä oleva taulukko havainnollistaa yksinkertaistetusti vanhemmuuden määrittelyä äitiyslain voimaantulon jälkeen. Taulukon vasemmassa sarakkeessa on lueteltu kahden ihmisen väliset parisuhdetyypit vanhemman sukupuoli-identiteetin mukaan. Ylärivillä on lueteltu mahdolliset oikeudelliset tilanteet, joissa lapsi voi syntyä. Jokaisessa tilanteessa lapsi on aiottu parin yhteiseksi. Lapsi on vanhempien yhteinen biologinen lapsi joko luonnollisesti tai hedelmöityshoidon avulla, mikäli mahdollista. Jos molemmat voisivat synnyttää lapsen, lapsi on biologisesti yhteinen silloin, kun raskaaksi tulemiseen käytetään kumppanin luovuttamaa munasolua. Ruutu on jätetty tyhjäksi, mikäli yhteisen biologisen lapsen saaminen ei ole lainkaan mahdollista. Adoptiota ei ole erikseen mainittu taulukossa, vaan se on viimesijainen mahdollisuus oikeudellisen siteen luomiseksi, mikäli

isyys- ja äitiyslaki eivät sitä mahdollista. Tähdellä (*) merkityissä tilanteissa yksityiselämän suojan toteutuminen on kyseenalaista, mutta perhe-elämän suoja toteutuu. Kahdella tähdellä (**) merkityissä tilanteissa myös perhe-elämän suojan toteutuminen on epävarmaa.

Perhe-elämän toteutuminen on ongelmallista niissä tilanteissa, joissa transnainen on lapsen toinen vanhempi (taulukon rivit 3 ja 9). Isyysolettaman soveltaminen riippuu siitä, onko äiti lapsen syntymän hetkellä naimisissa oikeudelliselta sukupuoleltaan miehen vai naisen kanssa.¹⁰⁴ Oikeudellisen sukupuolensa vahvistaneeseen transnaiseen ei sovelleta isyysolettamaa, eikä toisaalta myöskään transmieheen, jonka oikeudellinen sukupuoli ei ole vielä lapsen syntymän hetkellä mies. Isyyslakia ei muutettu tältä osin translain säätämisen yhteydessä, eikä isyyslaki tunnista tilannetta, jossa äidin kanssa naimisissa ollut henkilö korjaa sukupuoltaan naiseksi ennen lapsen syntymää.¹⁰⁵

Vaikka isyyslain 3 § 2 momentin mukaan lapsen siittänyt transnainen olisi isä, isyyden vahvistamismenettely on epäselvä. Koska sopimusta lapsen huoltajuudesta ei voida vahvistaa ennen vanhemmuuden vahvistamista, tilanteella on vaikutusta vanhemman asemaan lapsen huoltajana.¹⁰⁶ Isyyslain esitöiden mukaan nainen voidaan vahvistaa lapsen isäksi. Edellytyksenä tällöin kuitenkin on, että hänen oikeudellinen sukupuolensa on siittämishetkellä tai hedelmöityshoitoon suostumisen hetkellä ollut vielä mies, vaikka hänen sukupuolensa olisi tämän jälkeen mutta ennen lapsen syntymää vahvistettu naiseksi.¹⁰⁷ Jos siis nainen on esimerkiksi keskeyttänyt hormonihoidot sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen jälkeen ja siittää sitten lapsen – tai, jos lisääntymiskyvyttömyys sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä poistetaan translaista – isyyden vahvistaminen tunnustamisen perusteella ei voimassa olevan lain mukaan olisi *e contrario* –tulkinnan mukaan mahdollista. Herää siis kysymys, missä menettelyssä transnaisten isyys on tarkoitettu vahvistaa. Isyyslain 3 § 2 momentin mukaan isä on ”se, joka on siittänyt lapsen”, eli lainkohdassa ei viitata erikseen mieheen. Hallituksen esityksessä ei kuitenkaan oteta lainkaan kantaa siihen, miten oikeudellinen isyys vahvistetaan silloin, kun oikeudellinen sukupuoli on ollut siittämisen tai suostumuksen antamisen hetkellä nainen. Äitiyslakia koskevassa lakivaliokunnan mietinnössä todetaan, että transsukupuolisia vanhempia koskevat erityiskysymykset on perustelua käsitellä, kun sosiaali- ja terveystieteiden ministeriössä arvioidaan translain muutostarpeita.¹⁰⁸ Tiedustelin isyysasioita hoitavalta Lounais-Suomen maistraatilta, miten maistraatti tulkitseisi isyyslakia tällaisessa tilanteessa. Henkikirjoittaja Laura Kaanaa-Jönkkärin mukaan kysymys on teoreettinen, eikä sitä ole otettu

¹⁰⁴ Helin 2016, s. 37–38.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Ks. yllä luku 2.4.

¹⁰⁷ HE 91/2014 vp, s. 31.

¹⁰⁸ LaVM 1/2018 vp.

huomioon lainsäädännössä tai –valmistelussa. Myös hänen mukaansa asiaan otetaan kantaa, mikäli tilanne aktualisoituu.¹⁰⁹ Maistraatilla ei siis vaikuta olevan ohjetta siitä, miten tällaisessa tilanteessa toimittaisiin.

Tilannetta koskevaa oikeusohjetta ei siis ole helposti löydettävissä, eikä maistraatilla ole vielä tulkintalinjaa isyyden vahvistamisesta tunnustuksen perusteella, jos isäehdokkaan oikeudellinen sukupuoli on ollut jo siittämishetkellä tai suostumushetkellä nainen. Oletan, että tilanne on jätetty sääntelemättä johdonmukaisuuden vuoksi: koska translaki tällä hetkellä edellyttää sukupuolensa vahvistamista haluavalta henkilöltä steriiliyttä, ei pitäisi esiintyä tilanteita, joissa oikeudelliselle sukupuolelleen vahvistuksen saanut transnainen kykenisi siittämään lapsen. Tasa-arvovaltuutettu on kuitenkin lausunut jo vuonna 2013, ennen uutta isyyslakia koskevan hallituksen esityksen antamista, että hedelmöityshoitoa ei voi jättää antamatta transsukupuolisuuden perusteella.¹¹⁰ Ei siten ole perusteltua väittää, että transvanhemmuus olisi sillä tavalla mahdoton tilanne, ettei sitä tarvitsisi huomioida lainsäädännössä. Tasa-arvovaltuutettu on myös samassa lausunnossa huomauttanut, ettei sterilisaatiovaatimusta voida sen perustuslainvastaisuuden vuoksi tulkita laajentavasti. Tietoista sääntelemättä jättämistä voi mielestäni kritisoida paitsi perusoikeus-, myös johdonmukaisuusnäkökulmasta: kun lainsäätäjät tiedostaa sen mahdollisuuden, että oikeudellisesti mieheksi vahvistettu transmies synnyttää lapsen, miksi oikeudellisesti naiseksi vahvistetun transnaisen lisääntymistä pidetään sillä tavoin teoreettisena kysymyksenä, että sitä ei tarvitse (vielä) huomioida lainsäädännössä?

Mikäli hallituksen esityksen sanamuotoa tulkittaisiin *e contrario*, ettei isyyden vahvistamista voida näissä tapauksissa kategorisesti tehdä, johtaisi tilanne yhdessä kannerajoitusten kanssa siihen, että transnaisen olisi ensin haettava maistraatista kielteinen päätös – vaikka hänellä ei ylipäätään olisi mahdollisuutta saada isyyttä vahvistetuksi maistraatissa – ennen kanteen nostamista tuomioistuimessa. Tuomioistuimessa isyys voitaisiin vahvistaa perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan tai viime kädessä PL 106 §:n nojalla.¹¹¹ Mahdollisuus vahvistaa isyys vain tuomioistuimessa olisi kuitenkin epätarkoituksenmukaista isyyslain periaatteiden näkökulmasta. Lapsen etu sekä pyrkimys vahvistaa isyys lapsen ollessa vielä pieni ja rajata vain riittävät tapaukset tuomioistuihin puoltaisivat tunnustamisen vahvistamisen mahdollisuutta maistraatissa niissä tapauksissa, joissa isyydestä ei ole epäselvyyttä huolimatta siitä, että nainen on ollut siittämishetkellä ”väärää” sukupuolta. Myös maistraatilla on velvollisuus perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen

¹⁰⁹ Kaanaa-Jönkkäri 19.10.2018.

¹¹⁰ TAS 297/2013.

¹¹¹ PeVM 25/1994 vp, s. 4; PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

laintulkintaan.¹¹² Oikeustila on kuitenkin huomattavan epäselvä, sillä tilanne on jätetty täysin huomiotta isyyslaissa ja sen esitöissä.

Yksityiselämän suojan toteutuminen on puolestaan kyseenalaista niissä tilanteissa, joissa oikeudellinen vanhemmuus ja sukupuoli ovat ristiriidassa keskenään. Näin on silloin, kun naisesta tulee lapsen isä tai miehestä äiti (taulukon rivit 3, 4, 7, 9 ja 10). Oikeus sukupuoli-identiteetin oikeudelliseen tunnustamiseen kuuluu yksityiselämän suojan piiriin, ja sukupuoli-identiteetti on EIS 14 artiklassa ja PL 6 §:ssa tarkoitettu kielletty syrjintäperuste.¹¹³ Kun vanhemmuus on määritelmällisesti sidottu olettaen sukupuolesta, vanhemmuuden rekisteröiminen biologisen vanhemmuuden perusteella ja siten vanhemman biologisen sukupuolen perusteella on *prima facie* ristiriidassa vanhemman sukupuoli-identiteetin ja juridisen sukupuolen kanssa. Sukupuoli-identiteetin kanssa ristiriidassa olevat rekisterimerkinnät vaarantavat yksityiselämän suojan, sillä henkilö saattaa rekisterimerkinnän vuoksi joutua paljastamaan identiteettiään koskevaa arkaluontoista tietoa vasten tahtoaan. Lisäksi vanhemmuuden vahvistaminen sukupuoli-identiteetin kanssa ristiriitaisella tavalla on osa rakenteita, jotka ovat omiaan ylläpitämään transihmisten ja –vanhempien stigmatisaatiota ja ”epänormaaliutta” yhteiskunnan silmissä.

Tunnustamisen perusteella vahvistettavan äidin oikeudellinen sukupuoli on kysymys, joka havainnollistaa hyvin, ettei cisheteronormatiivinen vanhemmuus ole aina täysin johdonmukaista, eikä vanhemmuuden sukupuolisidonnaisuutta tulisi nähdä vääjäämättömästi laista tai biologiasta seuraavana. Äitiyslain sanamuodon mukaan hedelmöityshoitoon annetun suostumuksen perusteella äidiksi voidaan vahvistaa lapsen synnyttäneen henkilön naispuolinen kumppani. Kansalaisaloitteen tarkoituksena on ollut helpottaa nimenomaan naisparien asemaa.¹¹⁴ Myös transnainen voi haluta tunnustaa äitiytensä kumppaninsa synnyttämään lapseen. Tällöin kysymys kuuluu, onko transnaisen oikeudellisella sukupuolella merkitystä äitiyden vahvistamisen kannalta. Kuten edellä on todettu, lapsen synnyttänyt mies on lapsen äiti. Miehen äitiydelle ei siis sinänsä ole estettä. Koska toisen äidin vahvistamistilanteet liittyvät hedelmöityshoitoon, äitiyden vahvistaminen muulle kuin lapsen synnyttäneelle henkilölle ei edellytä biologista sidettä. Hedelmöityshoitotilanteissa ylipäätään tunnustaminen perustuu hoitoon annettuun suostumukseen eikä biologiseen siteeseen, joten tilanteessa ei ole sellaista isyyslain esitöitä vastaavaa ristiriitaa translain steriiliysvaatimuksen kanssa, jonka vuoksi lainsäädännön johdonmukaisuus edellyttäisi tiettyä sukupuolta hetkellä, jolloin lapsi saa alkunsa. Siten ei näytä olevan mitään merkittävää periaatteellista estettä transnaisen vahvistamiselle lapsen äidiksi, vaikka hänen oikeudellinen sukupuolensa olisi vielä mies. Toisaalta isyyslain esitöissä

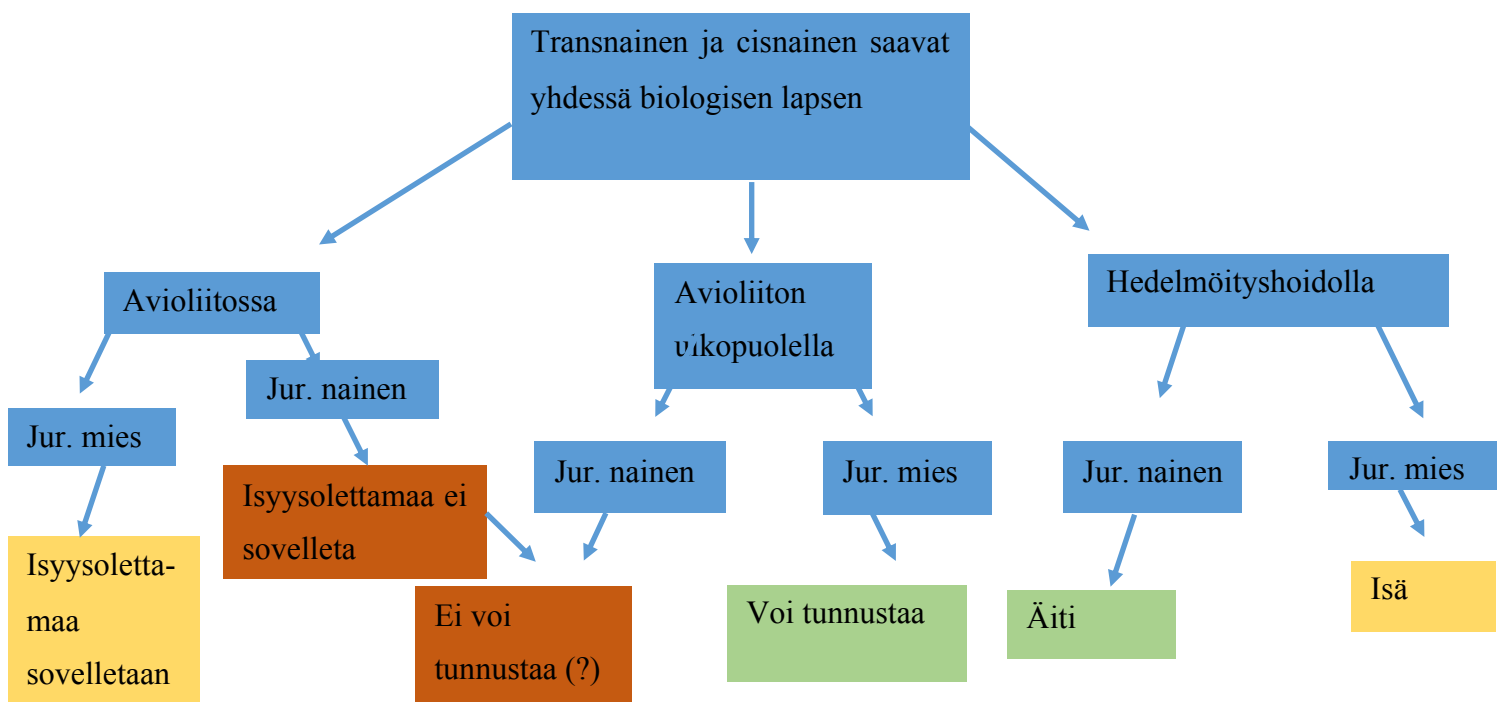
¹¹² PeVM 6/1988 vp, s. 3.

¹¹³ Ks. jäljempänä luvut 4.3, 4.4, 5.3 ja 5.4.

¹¹⁴ KAA 3/2016, s. 23.

otetaan yllä mainitulla tavalla kantaa isyyden vahvistamiseen hedelmöityshoidon perusteella silloin, kun transsukupuolisen oikeudellinen sukupuoli vahvistetaan naiseksi ennen lapsen syntymää. Mikäli äitiyden vahvistamiseen noudatettaisiin samaa logiikkaa, merkityksellistä olisi, onko tunnustajan oikeudellinen sukupuoli ollut hedelmöityshoitoa koskevan suostumuksen antamisen hetkellä nainen. Jos transnaisen äitiyttä ei voitaisi vahvistaa, koska hänen oikeudellinen sukupuolensa on ollut mies, hänet voitaisiin kuitenkin vahvistaa isyyslain mukaan isäksi. Perhe-elämän suojan kannalta tilanne ei ole ongelma, koska oikeudellinen vanhemmuus voitaisiin vahvistaa jommankumman lain nojalla, mutta vanhemmuus ei tällöin välttämättä olisi linjassa vanhemman sukupuoli-identiteetin kanssa

KUVIO 1: TRANSNAISEN VANHEMMUUS OMAAN BIOLOGISEEN LAPSEEN



Perhe-elämän suoja näyttääkin toteutuvan suurimmassa osassa taulukon 1 tapauksista, vaikka vanhempi olisi transsukupuolinen, sillä vanhemmuus voidaan vahvistaa sukupuoli-identiteetin ja oikeudellisen vanhemmuuden välisestä ristiriidasta huolimatta.¹¹⁵ *Prima facie* suojan taso on etenkin transnaisten kohdalla kuitenkin heikompi kuin cissukupuolisilla vanhemmilla, sillä vanhemmuuden vahvistamisen prosessi on tilanteiden verrannollisuudesta huolimatta monimutkaisempaa ja byrokraattisempaa. Tämä herättää epäilyn sukupuoli-identiteettiin perustuvasta syrjinnästä. Kuten yllä oleva kuvio 1 havainnollistaa, vanhemmuuden määräytymisen yhtäältä sukupuolisidonnaisuus ja toisaalta linkittyminen synnyttämiseen ja siirtämiseen johtaa lähes mielivallalta vaikuttavaan

¹¹⁵ Ks. luku 4.5.1; tilanne on päinvastainen kuin tapauksessa *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

epäjohdonmukaisuuteen. Avioliitossa elävä transmiehen, joka siis ei voi olla lapsen siittänyt henkilö, kohdalla sukupuoli-identiteetin ja perhe-elämän suoja voivat toteutua samanaikaisesti. Sen sijaan avioliitossa elävään lapsen siittäneeseen transnaiseen ei sovelleta isyysolettamaa, eikä hänen vanhemmuuttaan tässä tilanteessa ylipäättään vahvistettaisi tavalla, joka olisi linjassa sukupuoli-identiteetin kanssa.¹¹⁶ Lapsen siittäneen transnaisen käytettävissä oleva menettely oikeudellisen isyyden vahvistamiseksi on epäselvä, vaikka hän olisi äidin kanssa naimisissa ja hänellä olisi siten vahvin mahdollinen – sekä biologinen että avioliittoon perustuva sosiaalinen – side lapseen.

3 Teorioita yhdenvertaisuudesta ja syrjinnästä

3.1 Muodollinen yhdenvertaisuus

Ennen kuin käsittelen yhdenvertaisuutta perus- ja ihmisoikeutena, esittelen eri teorioita yhdenvertaisuudesta ja syrjinnästä. Yleisin ja yksinkertaisin tapa määritellä yhdenvertaisuus on aristoteelinen ”samanlaiset samalla tavalla, erilaiset eri tavalla” –periaate: samanlaisia tilanteita on kohdeltava samalla tavalla, erilaisia puolestaan eri tavalla.¹¹⁷ Teoria sisältää ajatuksen oikeudesta johdonmukaisuutena – siitä, että yksilöitä on kohdeltava heidän ansioidensa mukaisesti, ilman mielivaltaisia eroja.¹¹⁸ ”Erilaiset eri tavalla” taas tarkoittaa, että samanlainen kohtelu relevanteista erilaisuuksista huolimatta on syrjivää.¹¹⁹ Tällaiseen muodolliseen lähestymistapaan liittyy kuitenkin monia ongelmia. Ensinnäkin yhdenvertaisen kohtelun sisältö on normatiivisesti määrittämätöntä: vaikka on olemassa useita tilanteita, joissa erilaista kohtelua pidetään hyväksyttävänä, muodollisen yhdenvertaisuuden teoria ei kerro, milloin erottelu on sallittua.¹²⁰ Yhdenvertaiselle kohtelulle ei ole myöskään materiaalisia vaatimuksia, vaan yhtä epäedullinen kohtelu on muodollisen yhdenvertaisuuden näkökulmasta yhtä oikein kuin yhtä edullinen kohtelu. Tämä johtaa siihen, että syrjintätilanteet voidaan ratkaista myös huonontamalla verrokin asemaa (ns. *leveling down*), vaikka syrjintäväitteen esittäjän tarkoituksena on pikemminkin saada itselleen sama materiaallinen etu kuin verrokillä ja parantaa siten omaa asemaansa.¹²¹ Jyrkän muodollisen yhdenvertaisuuskäsityksen ongelmana on myös se, ettei erilaiselle kohtelulle ole standardeja, vaan keskiössä on samanlaisten

¹¹⁶ Kohtelu on tältä osin tietenkin yhdenvertaista transmiehen ja cismiehen välillä.

¹¹⁷ Fredman 2011, s. 8.

¹¹⁸ *Ibid.*, s. 8–9.

¹¹⁹ *Thlimmenos v. Kreikka*, § 44.

¹²⁰ Fredman 2011, s. 8–9.

¹²¹ *Ibid.*, s. 9-10; Arardóttir 2002, s. 18.

samanlainen kohtelu. Erilaisia tilanteita on kohdeltava eri tavalla, mutta teoria ei edellytä, että kohtelu suhteutettaisiin kantajan ja verrokin väliseen eroon tai kantajan ansioihin.¹²²

Vaikka sopivan verrokin vaatimus tuntuu luonnolliselta lähtökohdalta mahdollisen syrjinnän arvioinnissa, se saattaa kuitenkin myös aiheuttaa ongelmia, sillä aina soveltuvaa verrokkia ei ole. Esimerkiksi raskaussyrjinnän tunnistaminen sukupuolisyrynnäksi tuotti aikoinaan haasteita tästä syystä. Raskaana olevia cisnaisia ei voinut verrata cismiehiin, koska jälkimmäiset eivät voi tulla raskaaksi. Toisaalta raskaana olevien naisten vertaaminen muihin naisiin ei ollut hedelmällistä, sillä se vesitti väitteen, että erilaisen kohtelun syynä oli nimenomaan sukupuoli.¹²³ Myös luvussa 4.5.4 käsiteltävässä tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi* syrjintää ei katsottu tapahtuneen, koska sopivaa verrokkia ei ollut; tuomioistuimen mukaan transsukupuolinen valittaja ei ollut samassa tilanteessa kuin cissukupuoliset, sillä cissukupuoliset eivät edes halua korjata sukupuoltaan.¹²⁴ Tuomioistuin ei tunnistanut, että cissukupuolisten *ei tarvitse* korjata sukupuoltaan, sillä syntymässä määritetty sukupuoli vastaa heidän sukupuoli-identiteettiään ja siten sukupuoli-identiteetin oikeudellinen tunnustaminen on automaattista.

Etenkin feministisessä teoriassa on nostettu esiin myös verrokkivaatimuksen luoma illuusio niin sanotusta universaalista yksilöstä. Fredmanin mukaan tällä tarkoitetaan kuvitteellista yksilöä, johon kantajaa verrataan. Tausta-ajatuksena on, että kun tietyt erilaiset ominaisuudet eliminoidaan, ihmisiä voidaan verrata abstraktitasolla pelkästään ansioiden perusteella.¹²⁵ Feministisen kritiikin mukaan yksilöä – sekä kantajaa että verrokkia – on kuitenkin mahdotonta irrottaa hänen sosiaalisesta, taloudellisesta tai poliittisesta asemastaan, johon ominaisuudet, kuten sukupuoli tai alkuperä, vaikuttavat. Universaalinen yksilön ajatus on tästä syystä ongelmallinen: ei ole olemassa täysin taustastaan irrotettua, neutraalia yksilöä.¹²⁶ ”Universaalina” verrokkina pidetään ”normaalia”, dominoivaan ihmisryhmään kuuluvaa henkilöä, joka asettaa standardin muille. Siten tasa-arvon ja yhdenvertaisuuden edellytyksenä on herkästi huonommassa asemassa olevan assimiloituminen dominoivaan ryhmään. Ongelmana on siis ryhmien erityispiirteiden arvostuksen ja huomioimisen unohtuminen, kun kaiken mittana on dominoiva ryhmä.¹²⁷ Huonompiosaiseen ryhmään kuuluva voi myös vaatia vain ja korkeintaan samanlaista kohtelua kuin dominoiva ryhmä, vaikka sen tarpeet olisivat täysin erilaisia.¹²⁸ Myös teorian yksilökeskeisyyttä voidaan pitää ongelmallisena. Ryhmään

¹²² Fredman 2011, s. 13.

¹²³ Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 52.

¹²⁴ *Hämäläinen v. Suomi*, § 112.

¹²⁵ Fredman 2011, s. 11.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*, s. 10–13; ks. myös MacKinnon 1987, s. 34.

¹²⁸ Kimber 1996, s. 268.

kuuluminen pelkistetään herkästi vain negatiiviseksi, syrjintää tuottavaksi asiaksi, minkä vuoksi yksilöitä pitäisi kohdella irrallaan ryhmästä. Ryhmä saattaa kuitenkin olla tärkeä osa yksilön identiteettiä. Ongelma ei ole erilaisuus tai ryhmä itsessään, vaan siihen liitetty huonompi kohtelu.¹²⁹ Yksilökeskeisyys vaikeuttaa myös syrjinnän rakenteellisen luonteen hahmottamista, minkä vuoksi siihen on vaikeampaa puuttua.¹³⁰

3.2 Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden teorioita

3.2.1 Mahdollisuuksien ja lopputulosten yhdenvertaisuus

Muodollisen yhdenvertaisuuden ongelmien vuoksi on kehitetty monia tosiasiallista yhdenvertaisuutta painottavia teorioita. Näiden teorioiden mukaan yhdenvertaisuus nähdään muodollista mallia epäsymmetrisempänä. Symmetrisyydellä tarkoitetaan suojan yhtäläistä ulottumista sekä dominoivaan että huonompiosaiseen ryhmään.¹³¹ Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Suomen perustuslain syrjinnän kiellot on kirjoitettu symmetriseen muotoon, eli sanamuodossa mainitaan vain syrjintäperuste (esimerkiksi sukupuoli) tekemättä eroa dominoivan ja huonompiosaisen ryhmän välillä. Suojan epäsymmetrisyydellä tarkoitetaan, että koska syrjinnästä tosiasiasa kärsivät huonommassa asemassa olevat (naiset, homoseksuaalit ja transsukupuoliset jne.), sen poistamiseksi on puututtava nimenomaan huonompiosaisia haittaaviin rakenteisiin, minkä vuoksi esimerkiksi positiivinen erityiskohtelu voi olla sallittua.¹³² Aktiivisella syrjinnällä tarkoitetaan, että relevantisti samanlaisia tapauksia käsitellään eri tavalla kielletyn syrjintäperusteen vuoksi. Passiivisella syrjinnällä taas tarkoitetaan, että relevantisti erilaisia tilanteita kohdellaan samalla tavalla, eli toisin sanoen valtio laiminlyö velvollisuutensa mukauttaa kohtelua ryhmälle sopivaksi.¹³³ Siten kun muodollisen yhdenvertaisuuden vaatimuksella puututaan välittömään syrjintään eli samanlaisten tapausten (muodollisesti) erilaiseen kohteluun ei-hyväksyttävällä perusteella, tosiasiallisen yhdenvertaisuuden vaatimus puuttuu myös välilliseen syrjintään eli näennäisesti samanlaiseen kohteluun, joka kuitenkin tosiasiasa johtaa syrjivään lopputulokseen.¹³⁴

Mahdollisuuksien yhdenvertaisuudella tarkoitetaan, että jokaisella olisi ominaisuuksistaan ja ryhmään kuulumisestaan riippumatta samanlaiset mahdollisuudet esimerkiksi koulutukseen ja työpaikkaan. Teoria sijoittuu muodollisen yhdenvertaisuuden ja lopputulosten yhdenvertaisuuden

¹²⁹ Fredman 2011, s. 13.

¹³⁰ *Ibid.*, s. 14; Arnardóttir 2002, s. 38; Kimber 1996, s. 269–270.

¹³¹ Arnardóttir 2002, s. 8.

¹³² *Ibid.*, s. 38–47.

¹³³ *Ibid.*, s. 154–155.

¹³⁴ Välillisestä syrjinnästä ks. esim. Ojanen & Scheinin 2011, s. 245 ja FRA 2010, s. 29.

välimaastoon, ja se torjuu ajatuksen puuttumisesta historialliseen eriarvoisuuteen esimerkiksi kiintiöillä.¹³⁵ Lopputulosten yhdenvertaisuudessa puolestaan huomiota kiinnitetään ryhmän edustukseen ja materiaalsen hyvän reilumpaan jakoon, ei kohtelun johdonmukaisuuteen.¹³⁶ Tavoitteena on sananmukaisesti lopputulosten, ei vain alkupisteen tai mahdollisuuksien, yhdenvertaisuus. Teorian mukaan on itsessään osoitus syrjinnästä, jos ryhmä on aliedustettuna esimerkiksi poliittisessa elimessä tai työelämässä. Aliedustus luo oletuksen rakenteellisista esteistä, jotka hankaloittavat pääsyä kyseisiin asemiin.¹³⁷ Teorian vahvimmassa muodossa aliedustus itsessään on syrjivää, vaikka mitään syrjintää aiheuttavaa estettä ei olisi tiedossa.¹³⁸ Lopputuloksien yhdenvertaisuuden teoriaa on kritisoitu paitsi epämääräisyydestä, myös siitä, ettei se takaa syrjivien rakenteiden purkamista.¹³⁹

3.2.2 Vaihtoehtoisia tosiasiallisen yhdenvertaisuuden malleja

Yhdenvertaisuuden on ehdotettu perustuvan yksilön arvokkuuteen tai ihmisarvoon (*dignity*). Kun lähtökohtana on ihmisarvo, verrokkivaatimuksen ongelma poistuu ja kohtelulle on materiaallinen kiinnekohta, eli niin sanottu *leveling down* ei ole hyväksyttävä keino ratkaista syrjintäongelmia. Keskiössä on, loukkaako kohtelu kantajan ihmisarvoa.¹⁴⁰ Arvokkuuden voi nähdä oikeutena päättää omasta identiteetistään, mikä tarkoittaa myös erilaisuuden arvostamista. Ihmisarvonäkökulmaa on kuitenkin tarkoituksenmukaisempaa pitää osana yhdenvertaisuuden käsitettä kuin sen koko sisältönä. Teorian vaarana on, että ihmisarvo muodostaa kantajalle ylimääräisen näyttötaakan: ei riitä, että kantajaa kohdellaan huonommin kuin samassa asemassa olevaa verrokkia, vaan syrjinnän toteamiseksi hänen on myös osoitettava, että kohtelu loukkaa hänen ihmisarvoaan.¹⁴¹

Fredman on kehittänyt neliosaisen mallin yhdenvertaisuudesta, jonka tarkoituksena on puuttua aiemmin esitettyjen mallien ongelmiin ja edistää yhdenvertaisuutta kokonaisvaltaisesti. Mallin ensimmäisenä tavoitteena on katkaista statukseen perustuvan huono-osaisuuden kierre materiaalsen hyvien uudelleenjaolla. Toisena tavoitteena on stigman vähentäminen ja kunnioituksen ja arvokkuuden lisääminen. Kolmantena tavoitteena on erilaisuuden mahdollistaminen tasapäistämisen ja dominoivan ryhmän asettamaan standardiin mukautumisen sijaan. Neljäntenä

¹³⁵ Fredman 2011, s. 18–19.

¹³⁶ *Ibid.*, s. 14.

¹³⁷ *Ibid.*, s. 15.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, s. 14–16.

¹⁴⁰ *Ibid.*, s. 19–25.

¹⁴¹ *Ibid.*

tavoitteena on täysi mahdollisuus osallistua yhteiskunnalliseen toimintaan. Neliosaisen mallin etuna on kunkin yksittäisen osan rajoitteiden kattaminen muilla tavoitteilla.¹⁴²

Kimber puolestaan on kehittänyt kaksi materiaalisen yhdenvertaisuuden mallia. Ensimmäisen niistä, erilaisuuteen keskittyvän materiaalisen yhdenvertaisuuden (*substantive "difference" approach*) voi kiteyttää samanlaiseksi kohteluksi yhdistettynä erityiskohteluun. Malli lähestyy syrjintää epäsymmetrisesti.¹⁴³ Lähtökohtana on samanlainen kohtelu, mutta teoria huomioi, että tietyissä tilanteissa erityiskohtelu on tarpeen, jotta tosiasiallinen lopputulosten yhdenvertaisuus voitaisiin saavuttaa.¹⁴⁴ Verrokkivaatimus ei ole ehdoton, vaan malli huomioi tilanteet, joissa sopivan verrokin löytäminen ei ole mahdollista. Vahvuutena on normatiivisen sisällön antaminen erilaiselle kohtelulle: sen tulee olla sellaista, että se johtaa yhdenvertaiseen tilanteeseen.¹⁴⁵ Toisaalta mallissa ei määritellä sitä, millaiset erot oikeuttavat erilaisen kohtelun.¹⁴⁶ Lisäksi tällainen lähestymistapa suhtautuu kritiikittömästi olemassa oleviin yhteiskunnallisiin valtarakenteisiin.¹⁴⁷ Erityiskohtelu saattaa puolestaan johtaa siitä nauttivan ryhmän stigmatisaatioon ja ruokkia stereotyyppioita.¹⁴⁸

Toinen Kimberin malli on huonompiosaisuuteen keskittyvä materiaalinen yhdenvertaisuus (*substantive "disadvantage" approach*). Mallin lähtökohtana ovat epäsymmetriset yhteiskunnalliset valtarakenteet ja huonompiosaisuus. Tavoitteena on lopputulosten yhdenvertaisuus, johon pyritään muuttamalla valtarakenteita.¹⁴⁹ Keskeinen havainto liittyy sosiaaliseen konstruktivismiin: asioiden tila ei ole välttämätön, vaan sosiaalisen muutoksen tulosta. Erilaisiin ominaisuuksiin liittyvä huonompiosaisuus ei johdu esimerkiksi biologisista totuuksista, vaan yhteiskunnallisista asenteista.¹⁵⁰ Mallin vahvuutena on tarkempi normatiivinen vaatimus kohtelulle: sen tulee olla sellaista, että se parantaa huonommassa asemassa olevan tilannetta ja poistaa hierarkkisia valtasuhteita.¹⁵¹ Erilaisuuteen ja samanlaisuuteen ei kiinnitetä huomiota, joten verrokkivaatimus menettää merkityksensä.¹⁵² Toisaalta malli ei tarjoa apua sen määrittelyssä, mitkä ryhmät ovat huonommassa asemassa.¹⁵³ Lisäksi tuomioistuinten mahdollisuus arvioida tilanteeseen vaikuttavia

¹⁴² Fredman 2011, s. 25–33.

¹⁴³ Kimber 1996, s. 270.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, s. 271.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 272.

¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 273.

¹⁵⁰ Hacking 1999, s. 6-7.

¹⁵¹ Kimber 1996, s. 274.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, s. 275.

sosiaalisia rakenteita on kyseenalainen.¹⁵⁴ Mallin heikkoutena voi pitää myös sitä, että se on huomattavan kaukana perinteisestä muodollisesta tasa-arvosta.¹⁵⁵

4 Vanhemmuuden määrittely Euroopan ihmisoikeussopimuksessa

4.1 Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaperiaatteet

Euroopan ihmisoikeussopimusta koskevat yleiset kansainvälisten sopimusten tulkintaa koskevat periaatteet, jotka ilmenevät valtiosopimus-oikeutta koskevasta Wienin yleissopimuksesta.¹⁵⁶ Yleissopimuksen 31 artiklan mukaan valtiosopimusta on tulkittava vilpittömässä mielessä, ja siinä käytetyille sanonnoille on annettava niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavanomainen merkitys. Autonomisen tulkinnan periaatteen mukaan sopimuksessa käytetyillä termeillä on itsenäinen merkitys, joka ei välttämättä vastaa kansallisen lain termien määrittelyä.¹⁵⁷ Lisäksi tulkinnassa on otettava huomioon sopimuksen tarkoitus ja päämäärä. Lähtökohtana on siis sanamuodon mukainen tulkinta, mutta tulkinnassa on otettava huomioon myös EIS:n luonne yksilölle oikeuksia luovana sopimuksena.¹⁵⁸ EIT on todennut, että sopimusta on tulkittava siten, että sen tarjoamat suojakeinot ovat käytännöllisiä ja tehokkaita, ja tulkinnan tulee olla linjassa sopimuksen yleisen, demokraattisen yhteiskunnan ihanteita ylläpitävän hengen kanssa.¹⁵⁹ Ihmisoikeussopimuksen tarkoituksena on siis turvata oikeuksia, jotka ovat käytännöllisiä ja tehokkaita, eivätkä tehokkaita ja illusorisia (nk. tehokkuusperiaate).¹⁶⁰ Koska EIS:n tarkoituksena on edistää ihmisoikeuksia, tämä tarkoittaa, että sopimus on elävä asiakirja (*living instrument*), jota on tulkittava niissä yhteiskunnallisissa oloissa, joissa sitä sovelletaan.¹⁶¹ Tätä tulkintatapaa kutsutaan ns. evolutiivis-dynaamiseksi tulkinnaksi.¹⁶² Koska tulkinnan on kuitenkin oltava ennustettavaa, EIT perustaa oikeuksien suojan yleiseurooppalaiseen tasoon, jolloin se vertailee jäsenmaiden lainsäädäntöä.¹⁶³ Jos asiassa ei ole riittävää yksimielisyyttä jäsenvaltioiden välillä, valtioilla on yleensä laaja harkintamarginaali

¹⁵⁴ Kimber 1996, s. 275.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Pellonpää et. al. 2018, s. 330–331.

¹⁵⁷ *Engel ym. v. Alankomaat*, § 81; Pellonpää et. al. 2018, s. 333.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 87.

¹⁶⁰ *Airey v. Irlanti*, § 24; Pellonpää et. al. 2018, s. 332.

¹⁶¹ *Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 31; Pellonpää et. al. 2018, s. 335–336.

¹⁶² *Stafford v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 68.

¹⁶³ Pellonpää et. al. 2018, s. 339–341.

oikeuden toteuttamisessa.¹⁶⁴ Toisaalta jos valtio on jäänyt jälkeen yleiseurooppalaisesta kehityksestä, EIT voi herkemmin todeta, että ihmisoikeuksia on rikottu.¹⁶⁵ Konsensukseen nojaaminen tuo tulkintaan siis yhtäältä ennustettavuutta, mutta toisaalta sitä voi kritisoida siitä, että konservatiivisimmat valtiot pääsevät ”jarruttamaan” ihmisoikeuskehitystä.

EIT suo valtioille tietyn harkintamarginaalin oikeuksien toteuttamisessa. Sen laajuutta määritettäessä on merkityksellistä on yhtäältä se, onko kyseessä yksityiselämään liittyvä ydinkysymys tai yksilön kannalta perustavanlaatuinen asia sekä sosiaalisen todellisuuden ja lain yhteensopivuus, toisaalta valtionhallinnon ja oikeudellisten käytäntöjen johdonmukaisuus.¹⁶⁶ Tällä perusteella tuomioistuin päättää, onko valtion velvollisuus kyseessä olevassa tapauksessa kapea- vai laaja-alainen.¹⁶⁷ Yksilön olemassaoloon ja identiteettiin liittyvien perustavanlaatuisten kysymysten käsilläolo (*”fundamental values” or ”essential aspects” of private life*) puoltaa kapeaa harkintamarginaalia.¹⁶⁸ Toisaalta jos Euroopan neuvoston jäsenmaissa ei ole yksimielisyyttä asian olennaisuudesta tai parhaasta tavasta turvata oikeus, harkintamarginaali on laaja etenkin silloin, kun kyseessä ovat arkaluonteiset eettiset ja moraaliset kysymykset.¹⁶⁹ Valtiolla on samoin enemmän harkintavaltaa silloin, kun sen tehtävänä on tasapainottaa julkiset ja yksityiset intressit.¹⁷⁰ Harkintamarginaalidoktriinia on kritisoitu siitä, että kärjistäen se johtaa siihen, että kaksi identtistä tapausta voidaan ratkaista eri tavalla ilman, että kyseessä on EIS:n määräysten rikkominen.¹⁷¹

4.2 Vanhemmuus ja perhe-elämän suoja EIT:n käytännössä

Euroopan ihmisoikeussopimuksen turvaamista ihmisoikeuksista vanhemmuuteen liittyy erityisesti 8 artiklan perhe- ja yksityiselämän suoja. Perhe-elämän suojan määrittelyn kannalta ensisijaista on, millaisten ihmissuhteiden ylipäättään katsotaan olevan perhe-elämää. Pääasiallisesti suojan kohteena on ollut ydinperhe.¹⁷² Perhe-elämän on katsottu pohjimmiltaan tarkoittavan, että henkilöiden välillä on läheinen tunneside (*close personal ties*).¹⁷³ Se käsittää avioliittoon ja biologisiin perhesiteisiin

¹⁶⁴ Esim. *Hämäläinen v. Suomi*; *S.H. ja muut v. Itävalta*; *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

¹⁶⁵ *Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 31; Pellonpää et. al. 2018, s. 340–341.

¹⁶⁶ CoE 2018, s. 8.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *X ja Y v. Alankomaat*, §§ 24 ja 27; *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 90; *Pretty v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 71.

¹⁶⁹ *X, Y and Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 44; *Fretté v. Ranska*, § 41; *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 85.

¹⁷⁰ *Fretté v. Ranska*, § 42; *Odièvre v. Ranska*, §§ 44–49; *Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 77; *Dickson v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 78; *S.H. ja muut v. Itävalta*, § 94.

¹⁷¹ Neuvonen 2016, luku 3.3.

¹⁷² Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 747.

¹⁷³ Esim. *Paradiso ja Campanelli v. Italia*, § 151.

perustuvat perhesiteet, mutta myös muunlaisten ihmissuhteiden on katsottu olevan *de facto* perhe-elämää. Arvioinnissa on otettu huomioon yleensä esimerkiksi suhteen kesto ja sitoutuminen.¹⁷⁴ Käytännössä ihmissuhdetta on tällöin verrattu avioliittoon perustuvaan ”perinteiseen perheeseen”.¹⁷⁵ Perhe-elämän olemassaoloa on tarkasteltu jopa suoraan sen kautta, kuinka paljon suhde ulkoisesti muistuttaa heteroydinperhettä.¹⁷⁶ Vuodesta 2010 alkaen myös samaa sukupuolta olevien henkilöiden välisten parisuhteiden on katsottu kuuluvan perhe-elämän suojan piiriin.¹⁷⁷ Tapauksessa *X ja muut v. Itävalta* suojan piiri ulotettiin myös samaa sukupuolta olevien kumppanien ja toisen heistä lasten muodostamaan yhdessä elävään perheeseen.¹⁷⁸

Perhe-elämän suoja koskee jo olemassa olevaa perhettä. Siten artikla ei takaa oikeutta perustaa perhe.¹⁷⁹ Tietyissä tilanteissa myös suunniteltu perhe-elämä on saanut suojaa. Perhe-elämän suoja on sovellettu tapaukseen, jos esimerkiksi adoptioprosessi oli aloitettu, vaikka perhe ei ollut vielä ehtinyt asua yhdessä.¹⁸⁰ Avioliitossa syntyvän lapsen ja vanhempien välinen perhe-elämä kuuluu suojan piiriin heti lapsen syntymästä alkaen. Lapsen sidettä kumpaankin vanhempaan suojataan riippumatta siitä, asuuko perhe yhdessä.¹⁸¹ Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen ja äidin välillä on automaattisesti perheside.¹⁸² Isän osalta suoja riippuu siitä, asuvatko isä ja lapsi yhdessä ja kuinka kiinteä tosiasiallinen side on.¹⁸³ Oikeudellisen vanhempi-lapsi-suhteen tunnustaminen kuuluu perhe-elämän suojan piiriin, mutta EIS ei velvoita tunnustamaan sidettä kaikissa tapauksissa.¹⁸⁴ Sosiaalista vanhemmuutta on painotettu perhe-elämän alaa määritettäessä, joten perhe-elämää on ollut olemassa, vaikka lapsen ja vanhemman välillä ei olisi biologista sidettä.¹⁸⁵ EIT on muun muassa katsonut perhe-elämän olevan kyseessä tapauksissa, joissa vanhempi on transsukupuolinen eikä vanhemman ja lapsen välillä ole biologista sidettä, kun he ovat muuten viettäneet *de facto* perhe-elämää.¹⁸⁶ Toisaalta pelkän biologisen siteen olemassaolo ei kuulu suojan

¹⁷⁴ *Van der Heijden v. Alankomaat*, § 50.

¹⁷⁵ Esim. *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 35; *X ja muut v. Itävalta*, § 95.

¹⁷⁶ Khaliq 1998, s. 194–195.

¹⁷⁷ *Schalk ja Kopf v. Itävalta*, § 79; *Vallianatos ja muut v. Kreikka*, § 73; ja *Oliari ja muut v. Italia*, § 103.

¹⁷⁸ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 747; *X ja muut v. Itävalta*.

¹⁷⁹ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 748; *Marckx v. Belgia*, § 31.

¹⁸⁰ Esim. *Kearns v. Ranska*, § 72.

¹⁸¹ *Berrehab v. the Alankomaat*, § 21.

¹⁸² *Marckx v. Belgia*; Kilkelly 2001, s. 16.

¹⁸³ *Ciliz v. Alankomaat*, § 60; *Ahrens v. Saksa*, §§ 59–60.

¹⁸⁴ Esim. *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*; *Paradiso ja Campanelli v. Italia*.

¹⁸⁵ Kilkelly 2001, s. 17.

¹⁸⁶ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, §§ 36–37.

piiriin, ellei tosiasiallista perhe-elämää ole.¹⁸⁷ Tapauksessa *Kroon ja muut v. Alankomaat* EIT totesi, että sosiaalinen ja biologinen todellisuus ovat juridista olettaa tärkeämpiä:

”In the Court’s opinion, ”respect” for ”family life” requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone.”¹⁸⁸

Äitiyden osalta etenkin sosiaalinen vanhemmuus on ollut merkityksellinen, eikä *mater semper certa est* –periaate ole saanut erityistä painoarvoa. Muun muassa tapaukset *Marckx v. Belgia*, *Odièvre v. Ranska*, *Kearns v. Ranska*, *Godelli v. Italia* ja *X. v. Yhdistynyt kuningaskunta* osoittavat, ettei juridinen äitiys perustu pelkästään synnyttämiseen, vaan synnyttäjällä tulee olla tahto ryhtyä lapsen vanhemmaksi.¹⁸⁹ Etenkin jos lapsi on jo adoptoitu, biologisen äidin oikeus perhe-elämän suojaan väistyy.¹⁹⁰ Tapauksessa *Marckx v. Belgia* EIT katsoi, että artikloita 8 ja 14 oli loukattu, kun lapsen synnyttäneen yksinelävän naisen oli adoptoitava lapsensa. On merkillepantavaa, että syrjintä koski lapsen erilaista kohtelua alkuperän perusteella¹⁹¹ ja yksin 8 artiklan loukkaus koski nimenomaan lasta, ei äitiä.¹⁹² Ratkaisu havainnollistaa, ettei juridinen äitiys ole automaattinen seuraus synnyttämisestä edes silloin, kun biologinen äiti on tai haluaa olla myös sosiaalinen äiti. *Mater semper certa est* -periaate on siten tietoinen poliittinen ja oikeudellinen valinta, ei automaattinen seuraus biologiasta.¹⁹³

Valtiolla on sekä negatiivisia että positiivisia velvoitteita suojata perhe-elämää. Negatiivisia velvoitteita eli valtion velvollisuutta olla puuttumatta perhe-elämään koskee 8(2) artikla. Sen mukaan viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi silloin kun laki sen sallii ja se on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä kansallisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. Jotta perhe-elämän suojaan puuttuminen olisi sallittua, rajoituksen tulee siis perustua lakiin ja sen tulee tapahtua 8(2) artiklassa mainitusta hyväksyttävästä syystä.¹⁹⁴ EIT on kyseenalaistanut valtion esittämän intressin hyväksyttävyyden vain harvoin.¹⁹⁵ Lisäksi puuttumisen tulee olla välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Tällä tarkoitetaan, että puuttumisen takana on pakottava yhteiskunnallinen tarve, se

¹⁸⁷ *J.R.M. v. Alankomaat; Odièvre v. Ranska*, § 28.

¹⁸⁸ *Kroon ja muut v. Alankomaat*, § 40.

¹⁸⁹ Hart 2016, s. 149–157.

¹⁹⁰ *X. v. Yhdistynyt kuningaskunta; Kearns v. Ranska*.

¹⁹¹ *Marckx v. Belgia*, §§ 38–48.

¹⁹² *Ibid.*, tuomiolauselman kohta 11.

¹⁹³ Ks. tästä tarkemmin Hart 2016.

¹⁹⁴ Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 760–761.

¹⁹⁵ Viljanen 2005, s. 487.

on oikeassa suhteessa tavoiteltavaan intressiin, perusteltu olennaisin ja riittävin syin eivätkä seuraamukset ole suhteettomia tavoiteltuun intressiin nähden.¹⁹⁶

Vaikka 8 artiklan pääasiallinen tarkoitus on suojella ihmisiä valtion mielivaltaiselta puuttumiselta perhe-elämään,¹⁹⁷ valtiolla on siis myös positiivisia velvoitteita suojata perhe-elämää. Tällä tarkoitetaan valtion velvollisuutta ryhtyä lainsäädännöllisiin tai hallinnollisiin toimenpiteisiin, jos lainsäädäntö on puutteellista tai joku muu kuin valtio on puuttunut perhe-elämään.¹⁹⁸ Positiivisiin velvollisuuksiin kuuluu ensinnäkin se, että perhesuhteen oikeudellinen vahvistaminen mahdollistetaan lainsäädännössä.¹⁹⁹ Toiseksi lainsäädäntö on myös toimeenpantava tehokkaasti ja sitä on tulkittava EIS 8 artiklan mukaisesti kansallisissa tuomioistuimissa.²⁰⁰ Valtiolla on myös prosessuaalisia velvollisuuksia turvata perhe-elämää, ja rajoituksia koskevan päätöksentekomenettelyn on oltava oikeudenmukainen.²⁰¹ EIT kiinnittänyt huomiota siihen, ettei prosessi saa olla liian pitkä.²⁰² Prosessuaalisia oikeuksia turvaa myös 13 artiklan mukainen oikeus tehokkaaseen oikeussuojakeinoon. Toisinaan positiivisten ja negatiivisten velvoitteiden välille on vaikea vetää rajaa.²⁰³ Positiivisen velvollisuuden olemassaoloa arvioidaan eri kriteerein kuin negatiivisen velvoitteen rikkomista, ja käytännössä arviointi on usein löyhempää ja valtiolla on laajempi harkintamarginaali. Kun tapaus arvioidaan positiivisten velvoitteiden näkökulmasta, kyseessä ei ole oikeuteen puuttuminen, joka valtion täytyy oikeuttaa, vaan todistustaakka velvoitteen olemassaolosta on valittajalla.²⁰⁴ Arvioinnissa otetaan huomioon yksityisen ja julkisen intressin välinen tasapaino, jolloin 8(2) artiklassa mainituilla hyväksytyillä rajoitusperusteilla on merkitystä.²⁰⁵ Hyväksytyt intressit eivät kuitenkaan rajoitu vain artiklassa mainittuihin rajoitusperusteisiin, ja toisinaan hyväksyttävä intressi saattaa jäädä epämääräiseksi.²⁰⁶ Positiivisten velvoitteiden osalta ei tarvitse arvioida myöskään tilanteen välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa, vaan intressien tasapaino riittää.²⁰⁷

Samaa sukupuolta olevien parien ja transsukupuolisten oikeuksia on arvioitu usein juuri positiivisten velvoitteiden näkökulmasta, mikä on johtanut siihen, ettei 8 artiklaa ole

¹⁹⁶ Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 761.

¹⁹⁷ CoE 2018, s. 8.

¹⁹⁸ Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 812–813.

¹⁹⁹ Akandji-Kombe 2007, s. 41.

²⁰⁰ *Ibid.*, s. 41–42; *Pla ja Pancernau v. Andorra*.

²⁰¹ *Petrov ja X v. Venäjä*, § 101.

²⁰² *Macready v. Tsekin tasavalta*, § 48.

²⁰³ Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 812.

²⁰⁴ Khaliq 1998, s. 196.

²⁰⁵ CoE 2018, s. 8.

²⁰⁶ Esim. *Hämäläinen v. Suomi* ja Scheininin 2014.

²⁰⁷ CoE 2018, s. 8

harkintamarginaalin vuoksi loukattu, vaikka perhe-elämää onkin katsottu olevan olemassa.²⁰⁸ Esimerkiksi velvollisuus tunnustaa samaa sukupuolta olevien pariin välinen perhe-elämä ja suojata perhettä asianmukaisella parisuhteen tunnustamistavalla todettiin vasta vuonna 2015.²⁰⁹ EIT ei ole ottanut kantaa siihen, miten vanhemmuus tulisi määritellä, kun vanhempi on korjannut sukupuoltaan. Tapauksesta *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* ilmenevän oikeusohjeen mukaan jäsenvaltioilla ei ole velvollisuutta tunnustaa oikeudellista vanhemmuutta, jos vanhemman sukupuoli-identiteetti on ristiriidassa vanhemmuuden määrittelyn kanssa.²¹⁰ Käsittelen transoikeuksia ja perhettä koskevaa oikeuskäytäntöä tarkemmin jäljempänä luvussa 4.5.

4.3 Yksityiselämän suoja

Yksityiselämän suoja on monia oikeuksia sisältävä kokonaisuus, eikä sitä voi määritellä tyhjentävästi. Suojan osa-alueita ovat fyysinen, psyykinen ja moraalinen integriteetti, joihin kuuluvat muun muassa arvokkuus, yksityisyys, identiteetti, syntyperä ja itsemääräämisoikeus.²¹¹ Erityisesti identiteetin, mukaan lukien sukupuoli-identiteetin²¹² ja syntyperän, katsotaan kuuluvan suojan ydinalueeseen.²¹³ Yksityiselämän suoja koskee muita kuin perhe-elämän suojan piiriin kuuluvia ihmissuhteita, esimerkiksi seksuaalisuhteita.²¹⁴ Samaa sukupuolta olevien pariin suhteiden katsottiin pitkään kuuluvan yksityis- eikä perhe-elämän suojan piiriin.²¹⁵ Kun perhe-elämän suoja koskee olemassa olevia perhesuhteita, yksityiselämän suojan piiriin kuuluu oikeus luoda uusia ihmissuhteita.²¹⁶ Siten yksityiselämän suojan piiriin kuuluu muun muassa oikeus päättää ryhtyä tai olla ryhtymättä vanhemmaksi²¹⁷ sekä oikeus saada hedelmöityshoitoa.²¹⁸ Samoin lapsen oikeus tuntea alkuperänsä kuuluu yksityiselämän suojan piiriin.²¹⁹

Transsukupuolisen henkilön oikeus sukupuoli-identiteetin oikeudelliseen tunnustamiseen kuuluu yksityiselämän suojan piiriin sekä sukupuolenkorjausprosessin läpi käyneiden henkilöiden

²⁰⁸ Esim. *Hämäläinen v. Suomi, X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, Schalk ja Kopf v. Itävalta ja X ja muut v. Itävalta*.

²⁰⁹ *Oliari ja muut v. Italia*, §§ 184–187

²¹⁰ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

²¹¹ Esim. *X ja Y v. Alankomaat*, § 22; *A.-M.V. v. Suomi* § 76; *Brüggemann ja Scheuten v. Saksa*; Hirvelä & Heikkilä 2017, luku 8.2.1.3.

²¹² *Van Kück v. Saksa*, § 75.

²¹³ Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 642.

²¹⁴ *Ibid.*, s 646.

²¹⁵ Ks. yllä luku 3.2.

²¹⁶ *E.B. v. Ranska*, §§ 41, 43.

²¹⁷ *Paradiso ja Campanelli v. Italia*, § 159; *Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 71.

²¹⁸ *S.H. ja muut v. Itävalta*, § 82; *Knecht v. Romania*, § 54.

²¹⁹ *Menesson v. Ranska*, § 96; *Mikulić v. Kroatia*, §§ 54–55.

että sellaisten henkilöiden osalta, jotka eivät ole saaneet tai eivät halua korjaushoitoja.²²⁰ Samoin korjaushoitoihin pääsyn ehdot kuuluvat suojan piiriin.²²¹ Myös identiteetti vanhempana kuuluu yksityiselämän suojan piiriin, ja siten 8 artikla koskee esimerkiksi adoption hakemista, isän ja hänen oletetun lapsensa välistä suhdetta sekä isyyden kumoamista.²²²

Esimerkiksi sen, että viranomainen säilyttää henkilön yksityiselämää koskevaa tietoa, on katsottu puuttuvan yksityiselämän suojaan.²²³ Yksityiselämän suojan rajoitusedellytykset ovat samat kuin perhe-elämän suojan. Tällaisen tiedon säilyttämisellä on siis oltava 8(2) artiklassa tarkoitettu peruste, sen on perustuttava lakiin ja sen on oltava välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Valtiolla on myös positiivinen velvollisuus suojata yksityiselämää esimerkiksi tarjoamalla tehokkaat oikeuskeinot toisten yksityishenkilöiden tekemiä yksityiselämän loukkauksia vastaan.²²⁴ Samoin valtiolla on velvollisuus tarjota asianmukaiset menettelyt yksityiselämän suojaan kuuluvien oikeuksien toteuttamiseksi. Esimerkiksi isyyskanteiden osalta tuomioistuin on todennut, että isäehdokkailla ei ole pakko teettää DNA-testiä, mutta valtion on mahdollistettava isyysväitteiden nopea ja tehokas käsittely, jotta henkilö saisi tiedon alkuperästään.²²⁵

Myöskään positiiviset velvollisuudet eivät ole ehdottomia, vaan valtion on harkintamarginaalinsa rajoissa saavutettava oikeudenmukainen tasapaino kilpailevien intressien välillä. Siten transsukupuolisen henkilön oikeus sukupuoli-identiteetin oikeudelliseen tunnustamiseen tai korjaushoitoihin taikka lapsen oikeus tuntea geneettinen alkuperänsä eivät ole ehdottomia, vaan valtion on mahdollista asettaa niille ehtoja.²²⁶ Arvioitavaksi tulee, johtuvatko ehdot hyväksyttävästä julkisesta intressistä ja ovatko ne oikeudenmukaisessa tasapainossa yksilön intressiin nähden. Esimerkiksi tapauksessa *A.P., Garçon ja Nicot v. Ranska* EIT katsoi, että sterilisaatiovaatimus sukupuolen oikeudellisen tunnustamisen ehtona oli ristiriidassa valtion positiivisten velvollisuuksien kanssa,²²⁷ mutta lääketieteellisiä tutkimuksia saa kuitenkin edellyttää, vaikka ne puuttuisivat intiimillä tavalla henkilön yksityisyyteen.²²⁸

²²⁰ *Hämäläinen v. Suomi; A.P., Garçon ja Nicot v. Ranska* §§ 95–96.

²²¹ *Schlumpf v. Sveitsi; L. v. Liettua; Y.Y. v. Turkki*.

²²² *Rasmussen v. Tanska*, § 33; *Ahrens v. Saksa*, § 60; *A.H. ja muut v. Venäjä*, § 383.

²²³ Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 639 – 640.

²²⁴ *Osman v. Yhdistynyt kuningaskunta* §§ 128–130; *Bevacqua ja S. v. Bulgaria*, § 65; *Sandra Janković v. Kroatia*, § 45; *A v. Kroatia*, § 60; *Söderman v. Ruotsi*, § 80.

²²⁵ *Mikulić v. Kroatia*, §§ 52–55.

²²⁶ *Hämäläinen v. Suomi; Godelli v. Italia* §§ 57–58.

²²⁷ *A.P., Garçon ja Nicot v. Ranska*, § 135.

²²⁸ *Ibid.*, §§ 152–154.

4.4 Syrjinnän kieltö Euroopan ihmisoikeussopimuksessa

4.4.1 Syrjinnän kiellon epäitsenäinen luonne

EIS 14 artiklan mukaan sopimuksessa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää. Sopimuksessa ei siis tunnusteta niin sanotusti itsenäistä oikeutta yhdenvertaisuuteen, vaan 14 artiklan soveltamisen edellytyksenä on, että väitetty loukkaus kuuluu myös vähintään yhden muun sopimuksessa tunnustetun materiaalsen oikeuden soveltamisalan piiriin.²²⁹ Toisaalta artiklan soveltuminen ei edellytä myös materiaalsen oikeuden loukkausta, sillä tällainen tulkinta poistaisi käytännössä kokonaan 14 artiklan itsenäisen merkityksen.²³⁰ Riittää siis, että väitetty loukkaus kuuluu sinänsä myös toisen artiklan soveltamisalaan. Syrjinnän kiellolla ei toisin sanoen ole itsenäistä soveltamisalaa, mutta sillä on itsenäinen merkitys.²³¹

Syrjinnän kieltö ei siis koske sellaisista oikeuksista nauttimista, joita ei turvata ihmisoikeussopimuksessa. Merkillepantavia ovat ne tilanteet, joissa asia sinänsä kuuluu jonkin EIS:n artiklan soveltamisalaan, mutta artiklasta ei kuitenkaan voida johtaa tiettyä spesifiä oikeutta, esimerkiksi oikeutta adoptoida. Jos valtio näissä tilanteissa suojaa oikeuksia paremmin kuin mitä EIS edellyttää, oikeus pitää taata kaikille ilman syrjintää.²³² Tällainen tilanne on ollut kyseessä esimerkiksi samaa sukupuolta olevien parisuhdekumppanien oikeuksissa. Tapauksessa *Karner v. Itävalta* tuomioistuin katsoi, että kun naimattomia eri sukupuolta olevia pareja koski mahdollisuus jäädä vuokralle avopuolison asuntoon toisen heistä kuoltua, mutta naimattomilla samaa sukupuolta olevilla pareilla ei, 14 artiklaa oli loukattu yhdessä 8 artiklan kanssa.²³³ Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että EIS velvoittaisi valtioita ylipäätään turvaamaan avopuolisoiden oikeutta kuolleen kumppanin asuntoon.

14 artiklan merkitykseen suhteessa materiaalsia oikeuksia turvaaviin oikeuksiin on otettu kantaa tapauksessa *Airey v. Irlanti*. Jos tuomioistuin toteaa, ettei materiaalista oikeutta ole loukattu, sen tulee erikseen arvioida, onko syrjinnän kieltöä loukattu. Toisaalta tapausta ei ole välttämätöntä arvioida erikseen 14 artiklan osalta, jos tuomioistuin on jo todennut, että materiaalista artiklaa on loukattu. Jos väitetty syrjintä kuitenkin on olennainen osa tapausta, tuomioistuimen tulee arvioida

²²⁹ *Inze v. Itävalta*, § 36.

²³⁰ *Belgian Linguistic*, § 305.

²³¹ Morawa 2001, s. 160.

²³² *Losonci Rose ja Rose v. Sveitsi*, § 26.

²³³ *Karner v. Itävalta*, §§ 34–43.

asiaa sekä materiaalisen artiklan että 14 artiklan kannalta.²³⁴ Esimerkiksi tapauksessa *Opuz v. Turkki* EIT totesi valtion loukanneen sekä materiaalisia artikloja 2 ja 3 että 14 artiklaa niiden turvaamiin oikeuksiin liittyen.²³⁵ Toisaalta tapauksessa *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* tuomioistuin jätti arvioimatta asian 14 artiklan osalta vetoamalla siihen, että sama asia oli jo arvioitu 8 artiklan osalta.²³⁶ 8 artiklaa ei kuitenkaan todettu loukatun, joten *Airey*-standardin mukaisesti tapaus olisi tullut arvioida erikseen syrjinnän osalta.²³⁷ Arnardóttirin mukaan EIT:n metodologia ei ole tässä suhteessa johdonmukainen.²³⁸

4.4.2 Kielletyt syrjintäperusteet ja syrjinnän muodot

Kiellettyjen syrjintäperusteiden lista ei ole tyhjentävä. Artiklan avoin klausuuli ei rajoita syrjintäperusteiden määrää eikä toisaalta määritä, mikä on syrjintää.²³⁹ Tästä syystä syrjinnän määritelmä on kehittynyt ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kautta.²⁴⁰ Syrjintäperusteiden listan avoimuus tarkoittaa yhtäältä sitä, että mitä tahansa erilaista kohtelua on lähtökohtaisesti mahdollista pitää syrjintänä. Toisaalta se johtaa siihen, että eri syrjintäperusteita tarkastellaan eri tavalla, kun tuomioistuin arvioi, onko erilainen kohtelu oikeutettua. Erilainen kohtelu 14 artiklassa erikseen mainitun perusteen, kuten sukupuolen, alkuperän tai rodun, vuoksi on vaikeammin oikeutettavissa kuin erilainen kohtelu esimerkiksi eri omaisuusmuotojen välillä.²⁴¹ EIS:n 12 lisäpöytäkirjan 1 artiklan syrjinnän kieltoon ei otettu pidempää listaa esimerkkiperusteita kuin 14 artiklaan. Arnardóttirin mukaan tiettyjen uusien ominaisuuksien ottaminen mukaan kiellettyjen perusteiden listaan olisi indikoinut, että erilainen kohtelu niiden perusteella on erityisen tuomittavaa.²⁴²

EIT:n oikeuskäytännössä sukupuoli-identiteetin on katsottu olevan on artiklassa tarkoitettu muu kielletty syrjintäperuste.²⁴³ Sen on katsottu olevan yksilön persoonaan intiimisti kuuluva ominaisuus, ja asettaminen epäedullisempaan asemaan sen perusteella vaatii erityisen painavia perusteita.²⁴⁴ EIT on kuitenkin harvoin todennut 14 artiklaa loukatun transsukupuolisia koskevissa

²³⁴ *Airey v. Irlanti*, § 30.

²³⁵ *Opuz v. Turkki*, § 202.

²³⁶ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 56.

²³⁷ Näin katsoivat mm. tuomarit Vilhjálmsón, Foighel ja Gotchev tapausta *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* koskevissa eriävissä mielipiteissään.

²³⁸ Arnardóttir 2002, s. 250–256.

²³⁹ Heringa 1999, s. 28.

²⁴⁰ Explanatory Report to Protocol 12, §§ 18–20.

²⁴¹ Arnardóttir 2002, s. 53–54.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Esim. *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*; *Y.Y. v. Turkki*; FRA 2018, s. 171–173.

²⁴⁴ Esim. *Hämäläinen v. Suomi*, § 109.

tapauksissa. Syrjintää ei aina ole käsitelty erikseen, kun tuomioistuin on todennut, ettei sen arviointi ole tarpeen materiaalisen artiklan loukkauksen tutkimisen lisäksi.²⁴⁵ Siten EIT:n tarkoittamista erittäin painavista, nimenomaan erilaista kohtelua koskevista oikeuttamisperusteista ei ole kovinkaan paljon oikeuskäytäntöä, koska tapaus on ratkennut ilman syrjinnän arviointia.²⁴⁶ Kun 8 (ja 12) artiklan piiriin kuuluvien oikeuksien rajoittamiseksi on riittänyt toisinaan varsin epämääräinen perheoikeudellinen tavoite,²⁴⁷ eikä oikeuksien loukkausta ole todettu näissä tapauksissa myöskään 14 artiklan nojalla, on jokseenkin kyseenalaista, kuinka tosissaan EIT ottaa syrjintää koskevat periaatteensa.

Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan, että henkilö asetetaan epäedullisempaan asemaan ja syy tähän on kielletty syrjintäperuste. Välillisellä syrjinnällä puolestaan tarkoitetaan, että sinänsä neutraalilla säännöllä on epäedullisia vaikutuksia, jotka kohdistuvat suhteettomasti tiettyyn ryhmään.²⁴⁸ Yhdenvertainen kohtelu ei siis tarkoita pelkästään sitä, että samanlaisia tilanteita tulee kohdella samalla tavalla, vaan että valtion tulee myös huomioida relevantit eroavuudet ja kohdella ihmisiä eri tavalla siten kuin eroavuudet edellyttävät.²⁴⁹ Molemmissa tilanteissa edellytetään, että löydettävissä on olennaisilta osin samassa tilanteessa oleva verrokki.²⁵⁰ Epäedullisempi kohtelu on sallittua, jos valtio osoittaa, että se perustuu hyväksyttävään syyhyn, ja keinot ovat oikeasuhtaisia.²⁵¹ Syrjinnän arvioinnin voi siis katsoa palautuvan suhteellisuusharkintaan.

4.4.3 EIT:n lähestymistavan arviointia

EIT:n lähtökohtana syrjinnän arvioinnissa on usein ollut muodollinen yhdenvertaisuus.²⁵² Verrokin vaatimus on olennainen osa arviointia.²⁵³ Yhdenvertaisuuskäsitys on kuitenkin liukunut materiaalisempaan ja epäsymmetrisempään suuntaan.²⁵⁴ tuomioistuin esimerkiksi tunnistaa välillisen

²⁴⁵ Esim. *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 108; *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 56.

²⁴⁶ Esimerkiksi tapauksissa *Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* ja *A.P., Garçon ja Nicot v. Ranska* asiaa ei käsitelty erikseen 14 artiklan osalta, vaikka valittajat olivat siihen vedonneet. Tapauksissa *Hämäläinen v. Suomi* valittajan ei todettu olevan cissukupuolisiin verrattavassa asemassa.

²⁴⁷ Tästä ks. etenkin eriävät mielipiteet tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi* ja Scheinin 2014.

²⁴⁸ FRA 2018, s. 53; *D.H. ja muut v. Tsekin tasavalta*, § 184.

²⁴⁹ FRA 2010, s. 29.

²⁵⁰ FRA 2018, s. 43; edellytyksen täyttymättä jäämisestä ks. *Hämäläinen v. Suomi*, § 111.

²⁵¹ FRA 2018, s. 93; *Burden v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 60.

²⁵² O'Connell 2009, s. 228–229.

²⁵³ Arnardóttir 2014, s. 659.

²⁵⁴ *Ibid.*, s. 657; O'Connell 2009, s. 228–229..

syrjinnän²⁵⁵ ja hyväksyy positiivisen erityiskohtelun²⁵⁶. Uudemmassa oikeuskäytännössä on myös huomioitu stigman vaikutus, mikä mahdollistaa sitä ylläpitävien rakenteiden eliminoimisen.²⁵⁷ Arnardóttirin mukaan EIT:n lähestymistapa vastaa parhaiten Kimberin mallia erilaisuuteen keskittyvästä materiaalisesta yhdenvertaisuudesta (*substantive "difference" approach*): pääpaino on valtion negatiivisissa velvoitteissa ja relevantisti samanlaisten tilanteiden samanlaisesta kohtelussa, mutta positiivisten toimien tarve esimerkiksi erilaisuuden mahdollistamiseksi soveltuvina mukautuksina huomioidaan poikkeuksena tästä säännöstä.²⁵⁸ Vuodesta 2000 alkaen EIT on todennut myös passiivisen syrjinnän olevan kiellettyä.²⁵⁹

EIT:n syrjinnän arviointia on pidetty epäselvänä ja ristiriitaisena.²⁶⁰ Erityisesti arviota objektiivisesta hyväksyttävästä perusteesta erilaiselle kohtelulle on pidetty pikemminkin subjektiivisena.²⁶¹ Syrjintätestin eri osien väliset suhteet vaikuttavat oikeuskäytännön valossa epäselviltä: hyväksyttävän syyn vaatimus on lähes turha, kun taas suhteellisuusvaatimus epäselvä ja heikko. Objektiivisen ja hyväksyttävän perusteen suhde sen arviointiin, mitä ovat relevantteja eroja muuten samanlaisissa tilanteissa, on epäselvä.²⁶² Arnardóttirin mukaan syrjinnän arvioinnissa erilaisen kohtelun oikeutettavuus on yhteydessä valtion harkintamarginaalin laajuuteen.²⁶³ Passiivisen syrjinnän tilanteissa lähtökohtana on väljä arviointi, koska passiivinen syrjintä implikoi positiivista velvollisuutta.²⁶⁴

4.5 EIT:n oikeuskäytäntöä transoikeuksista ja vanhemmuudesta

4.5.1 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta

Vanhemman ja lapsen välinen suhde kuuluu edellä selostetulla tavalla 8 artiklan perhe-elämän suojan piiriin, myös niissä tilanteissa, joissa heidän välillään ei ole biologista sidettä. Biologisen siteen olemassaololla – tai puuttumisella – on kuitenkin merkitystä, kuten jäljempänä käy ilmi. Sukupuoli-identiteetti puolestaan on 14 artiklassa tarkoitettu kielletty syrjintäperuste.²⁶⁵ EIT:n käytännössä ei kuitenkaan ole katsottu, että valtiolla olisi velvollisuus vahvistaa transsukupuolisen vanhemman

²⁵⁵ Esim. *D.H. ja muut v. Tsekin tasavalta*, § 184.

²⁵⁶ FRA 2018, s. 70, 77; *Horváth ja Kiss v. Unkari*, § 101.

²⁵⁷ Arnardóttir 2014, s. 664.

²⁵⁸ Arnardóttir 2002, s. 272.

²⁵⁹ *Thlimmenos v. Kreikka*, § 44.

²⁶⁰ Gomien et. al. 1996, s. 346.

²⁶¹ Lochak 1994, s. 133.

²⁶² Arnardóttir 2002, s. 85.

²⁶³ *Ibid.*, s. 61, 78.

²⁶⁴ *Ibid.*, s. 174.

²⁶⁵ Ks. yllä luvut 4.3 ja 4.4.

vanhemmuus, kun biologinen side puuttui.²⁶⁶ Tässä luvussa tarkastelen EIT:n linjauksia nimenomaan eriytyntä vanhemmuutta ja transoikeuksia koskevissa tapauksissa.

Tapauksessa *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* (1997) oli kyse transsukupuolisen miehen, X:n, merkitsemistä hedelmöityshoidon kautta alkunsa saaneen lapsen isäksi syntymätodistukseen. X ja hänen naispuolinen kumppaninsa Y olivat saaneet yhdessä hedelmöityshoitoa, jonka tuloksena Y synnytti lapsen Z. X oli käynyt läpi lääketieteellisen sukupuolenkorjausprosessin, mutta hänen oikeudellista sukupuoltaan ei ollut vahvistettu mieheksi, eikä hän sitä tapauksessa vaatinutkaan.²⁶⁷ Kyse oli siitä, muodostiko perhe-elämän suoja valtiolle positiivisen velvollisuuden merkitä ei-biologinen transsukupuolinen vanhempi syntymätodistukseen lapsen isäksi.²⁶⁸ Tapaus on tähän mennessä ainoa, joka koskee nimenomaan transsukupuolisen vanhemman oikeudellisen vanhemmuuden vahvistamista, kun se on ristiriidassa hänen oikeudellisen sukupuolensa kanssa. Tuomioistuin totesi, että tapaus kuului 8 artiklan perhe-elämän suojan piiriin, sillä X ja Y olivat saaneet hedelmöityshoitoa yhdessä, kaikki kolme olivat eläneet yhdessä perheenä ja X oli toiminut Z:n sosiaalisena isänä tämän syntymästä lähtien.²⁶⁹ Khaliq kuitenkin huomauttaa, ettei EIT varsinaisesti todennut kyseen olevan 8 artiklan mukaisesta perhe-elämästä, vaan sellaisista *de facto perhesiteistä*, jotka kuuluvat 8 artiklan soveltamisalaan.²⁷⁰ Tuomioistuimen mukaan tapausta tuli lähestyä eri tavalla kuin sen aiemmin käsittelemiä vastaavia tilanteita, koska nyt kyseessä oli ei-biologinen perheside.²⁷¹

Intressipunninnassa ratkaisevaa oli valtion oikeus ylläpitää koherenttia perheoikeudellista järjestelmää, eikä siltä voitu siten edellyttää, että vanhemmuus rekisteröitäisiin tavalla, joka on ristiriidassa vanhemman juridisen sukupuolen kanssa.²⁷² Näin ollen 8 artiklaa ei katsottu loukatun. Koherenssin kannalta ei ollut merkitystä esimerkiksi sillä, että valtio ylläpiti järjestelmää, joka mahdollisti sen, että kaksi juridisesti naispuolista henkilöä saivat hedelmöityshoitoa yhdessä, mutta toista ei myöhemmin voitu merkitä lapsen vanhemmaksi syntymätodistukseen. Tapaus oli äänestysratkaisu, ja eri mieltä oleva tuomarit arvioivat tapausta eri tavalla kuin enemmistö muun

²⁶⁶ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

²⁶⁷ Sukupuoli-identiteetin oikeudellinen vahvistaminen mahdollistettiin Yhdistyneessä kuningaskunnassa vuonna 2004. Ks. Gender Recognition Act 2004. Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen lainsäädäntöarkiston verkkosivut (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/enacted>).

²⁶⁸ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 41.

²⁶⁹ *Ibid.*, § 37.

²⁷⁰ Khaliq 1998, s. 194.

²⁷¹ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* § 43.

²⁷² *Ibid.*, §§ 45–52.

muassa sosiaalisten ja biologisten perhesiteiden merkityksellisyyden,²⁷³ oikeusvarmuuden ja johdonmukaisuuden,²⁷⁴ lapsen edun²⁷⁵ ja syrjinnän osalta.²⁷⁶

X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta on yksi harvoista tapauksista, jossa syrjintä on jätetty tutkimatta, vaikka materiaalista artiklaa ei ole itsessään katsottu loukatun.²⁷⁷ Käsittely myös 14 artiklan osalta olisi kuitenkin ollut aiheellista sekä asian luonteen että tuomioistuimen omaksuman metodologian vuoksi. Yhdistyneessä kuningaskunnissa oli tuolloin mahdollista merkitä isäksi äidin kanssa yhdessä hedelmöityshoitoa saava cissukupuolinen mies, joka ei kuitenkaan ollut lapsen biologinen isä, minkä vuoksi arviointi syrjinnän kannalta olisi ollut perusteltua.²⁷⁸ Edellä kuvattu *Airey* –standardi olisi myös edellyttänyt asian tutkimista 14 artiklan osalta.

Tapauksen *X, Y ja Z* perusteella valtiolla ei näyttäisi olevan velvollisuutta vahvistaa esimerkiksi transsukupuolista naista isäksi. Suomen kannalta oikeusohje ei ole tältä osin relevantti, sillä tällä hetkellä vanhemmuus määritellään lainsäädännössämme nimenomaan niin, että se voi olla ristiriidassa vanhemman oikeudellisen sukupuolen kanssa. Merkityksellistä on, että valtiolla on katsottu olevan laaja harkintamarginaali vanhemmuuden määrittelyssä, kun transsukupuolisten oikeuksista eikä hedelmöityshoidosta ole riittävän laajaa eurooppalaista konsensusta.²⁷⁹ Valtion intressi ylläpitää koherenttia oikeusjärjestelmää voi siis ajaa transsukupuolisten vanhempien oikeuksien edelle.

4.5.2 Mennesson v. Ranska ja Paradiso ja Campanelli v. Italia

Tapauksissa *Mennesson v. Ranska* (2014) ja *Paradiso ja Campanelli v. Italia* (2017) oli molemmissa kyse vanhemmuuden vahvistamisesta, kun lapsi oli hankittu sijaissynnytyksen avulla ulkomailla siksi, että se oli kiellettyä valittajien kotimaassa. Vain tapauksessa *Mennesson* lapset olivat myös toisen vanhemman biologisia lapsia, ja erilaisia lopputuloksia voidaan osittain perustella sillä. Vaikka molemmissa tapauksissa käsitellään myös sijaissynnytykseen liittyviä ongelmia, niiden analysointi ei ole tarkoituksenmukaista tässä tutkielmassa. Sen sijaan kiinnitän huomiota siihen, mitä tekijöitä tuomioistuimien on painottanut tilanteissa, joissa sosiaalinen ja biologinen vanhemmuus ovat eriytyneet.

Tapauksessa *Mennesson v. Ranska* aviopari hankki kaksi lasta sijaissynnytyksen avulla Yhdysvaltojen Kaliforniassa. Herra Mennesson oli lasten biologinen isä, ja valittajat olivat

²⁷³ Tuomari Vilhjälmssonin eriävä mielipide.

²⁷⁴ Tuomari Casadevallin eriävä mielipide, johon yhtyivät tuomarit Russo ja Makarczyk, § 6.

²⁷⁵ Tuomari Foighelin eriävä mielipide, § 4; tuomari Gotchevin eriävä mielipide.

²⁷⁶ Tuomarien Vilhjälmsson, Foighel ja Gotchev eriävät mielipiteet.

²⁷⁷ Arnardottir 2002, s. 285.

²⁷⁸ Tällä kannalla olivat myös Vilhjälmsson, Foighel ja Gotchev eriävissä mielipiteissään.

²⁷⁹ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 44.

kalifornialaisen tuomioistuimen päätöksen mukaan lasten vanhemmat. Sijaissynnytyksestä ei maksettu palkkiota. Ranska ei kuitenkaan merkinnyt valittajia lasten vanhemmiksi ranskalaiseen rekisteriin. Vaikka lapsia ei otettu pois valittahien huostasta, he eivät ranskalaisen lain mukaan siis olleet näiden lapsia, eikä heillä ollut siten Ranskan kansalaisuutta.²⁸⁰

Tapaus käsiteltiin sekä perhe- että yksityiselämän suojan osalta negatiivisten velvoitteiden näkökulmasta.²⁸¹ Tämä osoittaa, kuinka häilyvä negatiivisten ja positiivisten velvoitteiden välinen raja toisinaan on: sekä tapauksessa *Menesson* että *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* oli kyse (myös) ei-biologisen vanhemman oikeudellisesta vanhemmuudesta, jota valtio ei tunnustanut, mutta tuomioistuimen mukaan vain toisessa oli kyse negatiivisista velvoitteista. EIT:n mukaan rajoitus oli lain mukainen ja se perustui 8(2) artiklan mukaiseen hyväksyttävään syyhyn, koska tarkoituksena oli estää Ranskassa laittomien tilanteiden syntyminen ja suojella lasten ja sijaissynnyttäjien oikeuksia.²⁸² Harkintamarginaalin osalta tuomioistuin totesi, että vaikka valtiolla oli lähtökohtaisesti laaja harkintamarginaali hedelmöityshoitoja ja sijaissynnytyksestä koskevissa asioissa, sitä tuli kuitenkin tässä tapauksessa rajoittaa, koska kyseessä oli lapsen ja vanhemman välinen oikeudellinen suhde, mikä oli lapsen identiteettiin merkittävästi vaikuttava tekijä.²⁸³ Tällä seikalla ei ollut merkitystä tapauksessa *X, Y ja Z*.

Perhe-elämän osalta tuomioistuin katsoi, että vaikka tilanne aiheutti valittajille käytännön ongelmia, he olivat kuitenkin pystyneet asumaan ja elämään Ranskassa vastaavanlaisissa oloissa kuin muutkin perheet. Ranskan ylin tuomioistuin (*cour de cassation*) oli ottanut intressipunninnassa asianmukaisesti huomioon valittajien tilanteen, eikä harkintamarginaalia siten ollut ylitetty.²⁸⁴ Lasten yksityiselämän suojan osalta 8 artiklaa oli kuitenkin loukattu. Oikeudellisen suhteen puuttuminen vaikutti negatiivisesti lasten ranskalaisen lain mukaiseen perimyoikeuteen ja verokohteluun. Biologisen vanhempi-lapsi-suhteen vahvistamatta jättäminen ei ollut lasten edun mukaista, sillä biologinen alkuperä ja kansalaisuus vaikuttivat olennaisesti lasten identiteettiin.²⁸⁵ Oikeus tuntea alkuperänsä ei kuitenkaan ole ehdoton.²⁸⁶

Tapauksessa *Paradiso ja Campanelli v. Italia* pariskunnan tarkoituksena oli hankkia lapsi sijaissynnytyksen avulla Venäjällä siten, että siinä oltaisiin käytetty herra Campanellin sukusoluja. Sijaissynnytyksestä maksettiin palkkio. Sijaissynnyttäjä antoi kirjallisen suostumuksensa siihen, että

²⁸⁰ *Menesson v. Ranska*, §§ 1–22.

²⁸¹ *Ibid.*, §§ 43, 48.

²⁸² *Ibid.*, §§ 57, 62.

²⁸³ *Ibid.*, §§ 79–80.

²⁸⁴ *Ibid.*, §§ 92–94.

²⁸⁵ *Ibid.*, §§ 99–100.

²⁸⁶ Tästä ks. *Odièvre v. Ranska*.

valittajat olisivat lapsen oikeudelliset vanhemmat, ja heidät merkittiin vanhemmiksi venäläiseen syntymätodistukseen. Klinikalla oli kuitenkin käynyt virhe, eikä lapsi ollutkaan Campanellin biologinen lapsi. Italian viranomaiset ottivat lapsen huostaan, koska sikäläisen lain mukaan se oli jätetty heitteille, kun se ei ollut (biologisten) vanhempiensa hoivassa, ja pariskuntaa estettiin tapaamasta lasta. Lapsen valituksen osalta tapaus jätettiin tutkimatta, eli arvioitavaksi tulivat vain vanhempien oikeudet.²⁸⁷

Valittajien ja lapsen välillä ei katsottu olevan *de facto* perhe-elämää, koska yhdessä vietetty aika jäi lyhyeksi, eikä biologista sidettä ollut.²⁸⁸ Merkitystä ei tuomioistuimen mukaan ollut sillä, että yhteiselo oli katkennut nimenomaan valtion viranomaisten väliintulon vuoksi, koska valittajat olivat itse aiheuttaneet tilanteen epävarmuuden, eikä valittajien oletus biologisen siteen olemassaolosta voinut kompensoida yhteiselön lyhyyttä.²⁸⁹ Tapaus koski kuitenkin myös valittajien yksityiselämän suojaa, koska se sisältää oikeuden kehittää itseään ja perustaa ihmissuhteita.²⁹⁰

Intressipunninnassa kuitenkin todettiin, ettei yksityiselämän suojaa ollut loukattu. Harkintamarginaalin katsottiin olevan laaja, koska tilanteeseen liittyi arkaluonteisia eettisiä kysymyksiä, eikä käsillä ollut toisaalta lapsen identiteettiä ja geneettiseen alkuperään liittyviä kysymyksiä, toisin kuin tapauksessa *Menesson*.²⁹¹ Valtiolla oli lähtökohtaisesti painavia syitä rajoittaa perhesiteiden oikeudellista vahvistamista, koska sillä oli hyväksyttävä intressi estää epäjärjestyksiä ja suojella sijaissynnyttäjien ja lasten oikeuksia. Kaiken kaikkiaan valtion toimet olivat olleet perusteltuja eikä lapsen ottaminen pois vanhemmilta ollut ylimitoitettua.²⁹² Tuomio oli äänestysratkaisu, ja eriävän mielipiteen jättäneet tuomarit kritisoivat enemmistön kantaa lapsen edun arvioimisen, perheiden eriarvoisen aseman ja kansallisten tuomioistuinten perustelujen huomiointia koskevan metodologian osalta.²⁹³

4.5.3 Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta

Tapauksessa *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* voidaan perustellusti pitää transoikeuksien kannalta merkkipaaluna. Tapauksessa transsukupuolinen nainen, Christine Goodwin, ei sukupuolenkorjausprosessista ja nimen vaihdosta huolimatta saanut oikeudellista tunnustusta sukupuoli-identiteetilleen eikä voinut mennä miehen kanssa naimisiin, koska hänen oikeudellinen

²⁸⁷ *Paradiso ja Campanelli v. Italia*, §§ 8–32.

²⁸⁸ *Ibid.*, § 153.

²⁸⁹ *Ibid.*, §§ 155–156.

²⁹⁰ *Ibid.*, §§ 159, 163–164.

²⁹¹ *Ibid.*, §§ 194–195.

²⁹² *Ibid.*, §§ 196–199.

²⁹³ Tuomarien Lazarova, Trakovskaja, Bianku, Laffranque, Lemmens ja Grozev eriävä mielipide.

sukupuolensa oli mies eikä Yhdistynyt kuningaskunta sallinut samaa sukupuolta olevien avioliittoa.²⁹⁴ Tapauksessa vahvistettiin ensi kertaa, että sukupuoli-identiteetin oikeudellisen tunnustamisen puuttuminen oli ihmisoikeusloukkaus: 8 artiklassa tarkoitettu yksityiselämän suoja sisältää myös oikeuden päättää identiteetistään. Koska mikään merkittävä julkinen intressi ei ollut tätä vastaan, valtio ei voinut enää harkintamarginaalinsa puitteissa olla tunnustamatta valittajan sukupuoli-identiteettiä.²⁹⁵ Lisäksi EIT otti kantaa oikeudellisen sukupuolen määrittelyyn käsitellessään 12 artiklan mukaista oikeutta avioliittoon. Tuomioistuin torjui valtion argumentin, että oikeudellinen sukupuoli määräytyisi pelkästään biologisten kriteerien perusteella, ja totesi, että myös sukupuolenkorjausprosessilla ja sukupuolen ilmaisulla on merkitystä.²⁹⁶

Nimenomaan evolutiivis-dynaamisen tulkinnan merkitystä voidaan pitää ratkaisevana. *Christine Goodwin* -tapaus ei asiasisällöltään eroa tapauksista *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta* (1986) ja *Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta* (1990), joissa oli myös kyse transsukupuolisista henkilöistä, joiden sukupuoli-identiteettiä ei tunnustettu oikeudellisesti. Tapauksessa *Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* EIT perusteli uutta linjausta sillä, että vanhan linjan noudattaminen yhteiskunnallisesta muutoksesta huolimatta estäisi oikeudellisen kehityksen; ihmisoikeussopimuksen mukaisten oikeuksien on oltava käytännöllisiä ja tehokkaita, ei teoreettisia.²⁹⁷ Eurooppalaisen konsensuksen puuttuminen sai vähemmän merkitystä, ja tuomioistuin nojasi sen sijaan enemmän kehittyvään kansainväliseen trendiin suojata transoikeuksia.²⁹⁸

Myös *Christine Goodwin* käsiteltiin positiivisten velvollisuuksien näkökulmasta. Valtion hyväksyttävästä intressistä linjattiin kuitenkin eri tavalla kuin vain viisi vuotta aiemmassa *X, Y ja Z* -ratkaisussa. Koherentin kansallisen järjestelmän osalta todettiin päinvastaisesti: tuomioistuimen mielestä oli epäloogista, että julkisesta terveydenhuollosta vastaava National Health Service järjesti ja kustansi sukupuolenkorjausleikkauksen, mutta sen ”tulosta” ei tunnustettu oikeudellisesti.²⁹⁹ Tapauksessa *X, Y ja Z* ei kiinnitetty huomiota vastaavaan epäloogisuuteen hedelmöityshoitojen mahdollistamisessa ja vanhemmuuden vahvistamatta jättämisessä. Valtion velvollisuudesta ”sietää” tilannetta linjattiin myös eri tavalla: kun otettiin huomioon valittajalle sukupuoli-identiteetin ja oikeudellisen sukupuolen ristiriidasta aiheutuva haitta,

²⁹⁴ *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, §§ 12–19.

²⁹⁵ *Ibid.*, §§ 92–93.

²⁹⁶ *Ibid.*, § 100.

²⁹⁷ *Ibid.*, § 74.

²⁹⁸ *Ibid.*, §§ 84–85.

²⁹⁹ *Ibid.*, § 78.

”--society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost.”³⁰⁰

4.5.4 Hämäläinen v. Suomi

Tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi* (2014) oli kyse transnaisesta, jonka oikeudellista sukupuolta ei vahvistettu, koska hän oli naimisissa naisen kanssa.³⁰¹ Hän katsoi, että hänen 8 ja 12 artiklojen mukaisia oikeuksiaan oli loukattu, koska sukupuoli-identiteetin oikeudellinen tunnustaminen olisi edellyttänyt avioeroa tai avioliiton muuttamista rekisteröidyksi parisuhteeksi.³⁰² Pari oli syvästi uskonnollinen, ja heille oli tärkeää pysyä avioliitossa. Tuolloin samaa sukupuolta olevien avioliitto ei vielä ollut mahdollinen Suomessa. Tutkielmassa ei ole tarkoituksenmukaista käsitellä enemmälti avioliitto-oikeutta; tapaus *Hämäläinen* on olennainen siksi, että se osoittaa, ettei 8 artiklan mukainen oikeus sukupuoli-identiteetin oikeudelliseen tunnustamiseen ole ehdoton.

Valittajan mukaan ongelma oli, että hänen oli silloisen suomalaisen lainsäädännön vuoksi tehtävä mahdoton valinta: hänen oli valittava yhtäältä avioliiton ja toisaalta sukupuoli-identiteetin tunnustamisen välillä.³⁰³ Jokseenkin nurinkurisesti EIT päätyi lopputulokseen, ettei valittajan oikeuksia ollut loukattu, koska hänen tilanteensa ei ollut sietämätön, vaan Suomi oli ottanut hänen oikeutensa riittävästi huomioon ja mahdollistanut hänelle vaihtoehtoja: jos hän halusi edelleen olla avioliitossa vaimonsa kanssa, hän saattoi luopua vaatimasta sukupuoli-identiteettinsä oikeudellista tunnustamista. Toisaalta jos hän halusi sukupuolensa vahvistettavan oikeudellisesti naiseksi, hän saattoi erota vaimostaan tai muuttaa avioliiton rekisteröidyksi parisuhteeksi.³⁰⁴ Valittajan esittämä ongelma oli siis EIT:n mukaan sen ratkaisu.

Tapaus käsiteltiin positiivisten velvollisuuksien näkökulmasta ja valtiolla oli asiassa laaja harkintamarginaali, koska samaa sukupuolta olevien avioliitosta ei ollut riittävän laajaa eurooppalaista konsensusta ja lisäksi asiaan liittyi arkaluonteisia moraalisia ja eettisiä kysymyksiä.³⁰⁵ Kysymyksenasettelu oli, loiko 8 artikla valtiolle velvollisuuden mahdollistaa sukupuoli-identiteetin oikeudellinen tunnustaminen myös silloin, kun se johtaisi sen lakien kanssa ristiriitaiseen tilanteeseen.³⁰⁶ Valtiolla oli hyväksyttävä intressi rajata avioliitto-oikeus vain heteropareille,³⁰⁷ ja

³⁰⁰ *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 91.

³⁰¹ *Hämäläinen v. Suomi*, §§ 9–22.

³⁰² *Ibid.*, §§ 41–42.

³⁰³ *Ibid.*, § 41.

³⁰⁴ *Ibid.*, §§ 76–78, 87.

³⁰⁵ *Ibid.*, § 75.

³⁰⁶ *Ibid.*, § 64.

³⁰⁷ *Ibid.*, § 81.

intressipunninnassa katsottiin, että valtio oli huomionnut valittajan oikeudet harkintamarginaalinsa puitteissa riittävällä tavalla.³⁰⁸

Myöskään syrjintää ei todettu tapahtuneen, koska valittaja ei ollut kyennyt osoittamaan olevansa samassa tilanteessa kuin cissukupuoliset henkilöt.³⁰⁹ Valtion mukaan tilanne ei ollut vertailukelpoinen, koska cissukupuoliset eivät edes halua muuttaa oikeudellista sukupuoltaan.³¹⁰ Perusteluja voi mielestäni verrata väittämään, että samaa sukupuolta olevien avioliiton kieltäminen ei syrji homoseksuaaleja, koska heteroseksuaalit eivät edes haluaisi mennä samaa sukupuolta olevan henkilön kanssa naimisiin, tai että raskaussyrjintä ei ole sukupuolisyryntää, koska (cis)miehet eivät voi tulla raskaaksi eikä verrokkia siten ole. Tuomioistuin ohitti sen olennaisen seikan, että identiteetin ja oikeudellisen sukupuolen välinen ristiriita kuuluu määritelmällisesti transsukupuolisuuteen, mutta ei cissukupuolisuuteen. Tällainen tiukan muodollinen verrokkivaatimuksesta kiinni pitäminen estää mielestäni tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen. Transsukupuolisuuden asema syrjintätestin osana vääristyi: kun tarve vahvistaa oikeudellinen sukupuoli liittyy intiimisti transsukupuolisuuteen, sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen kohteleva ”erilaisena tilanteena” eikä osana transsukupuolisuutta aiheutti sen, että transsukupuolisuutta arvioitiin käytännössä kielletyn syrjintäperusteen sijaan pikemminkin sellaisena eroavuutena, jonka perusteella on sallittua erotella.³¹¹ EIT:n omaksuma lähestymistapa ei tunnista transsukupuolisten olennaisesti cissukupuolisista erilaisia tarpeita, vaan pakottaa heidät mukautumaan mahdottomaan cis-standardiin. Tarkempi analyysi olisi huomionnut, että syrjimättömyys edellyttää myös erilaisuuden huomioonottamista.

Tapauksen ongelmana ei ollut varsinaisesti transsukupuolisten oikeus identiteettinsä tunnustamiselle vaan se, voitiinko valtiolta vaatia samaa sukupuolta olevien parien avioliiton hyväksymistä. Lopputuloksena oli, ettei valtiolla ollut velvollisuutta tunnustaa identiteettiä, koska avioliiton pitäminen ”perinteisenä”, vain miesten ja naisten välisenä liittona, oli hyväksyttävää, eli toisin sanoen samaa sukupuolta olevien avioliitto-oikeuden sallimista ei voinut vaatia. EIT:n diskurssissa transoikeudet onkin hahmotettu heteronormatiivisuuden kautta: myös tapauksessa *Christine Goodwin* huomionarvoista oli se, ettei parin avioliitto eronnut merkittävästi heteroparin avioliitosta. Ralph Sadland kiteyttää ongelman *Christine Goodwin* -ratkaisua koskevassa kritiikissään:

³⁰⁸ *Hämäläinen v. Suomi*, §§ 87–89.

³⁰⁹ *Ibid.*, § 112.

³¹⁰ *Ibid.*, §106.

³¹¹ Vrt. aiempi suhtautuminen naiseuteen sellaisena fundamentaalisenä erona, jonka perusteella erilaiset oikeudet ja velvollisuudet miehiin verrattuna olivat oikeutettuja; naiseus itsessään oli ”erilainen tilanne”. Ks. Nousiainen & Pylkkänen, 2001.

*”The fundamental dynamic in the discourse around transsexualism is sexuality rather than gender, in essence a logic of heterosexuality, with the consequent practical and strategic problem, that gains for post-operative transsexuals are at the expense of further shoring up the construction of homosexuality as the fundamental deviation.”*³¹²

Seksuaalisuus ja sukupuoli-identiteetti ovat itsenäisiä identiteetin osia, ja transsukupuolisen henkilön seksuaalinen orientaatio voi olla mikä tahansa. On merkille pantava ongelma, että sekä seksuaali- että sukupuolivähemmistöihin kuuluvat henkilöt ovat paitsi muutenkin marginalisoidussa asemassa, myös hankalassa tilanteessa 8 ja 12 artiklojen mukaisten oikeuksien suhteen, koska transsukupuolisen oikeus sukupuoli-identiteettinsä oikeudelliseen tunnustamiseen riippuu siitä, miten valtio suhtautuu samaa sukupuolta olevien henkilöiden parisuhteisiin.

Tapausta on kritisoitu muun muassa suojattavan intressin epämääräisyydestä ja konsensusargumentin painavuudesta. Martin Scheinin huomauttaa tuomareiden Sajó, Keller ja Lemmens eriävään mielipiteeseen viitaten, että EIT viittaa käsillä olevaan valtion intressiin varsin epämääräisesti, ja se vaikuttaa olevan ainoastaan halu säilyttää avioliiton ”pitäminen puhtaana samaa sukupuolta olevista pareista.”³¹³ Tapaus *Hämäläinen* osoittaa kärjistetyksi, kuinka keinotekoisista perhesuhteiden ja etenkin avioliiton cisheteronormatiivinen sääntely on: valittaja on tosiasiasa elänyt jo naisena avioliitossa naisen kanssa, mutta jos hän olisi myös oikeudellisesti nainen, suhde muuttuisi vähemmän suojelun arvoiseksi. Scheininin mukaan tapausta olisi myös ollut perusteltua arvioida pikemminkin yksityiselämään puuttumisena kuin positiivisten velvoitteiden kautta.³¹⁴ D’Amico ja Nardocci puolestaan kritisoivat EIT:ta siitä, että se on antanut konsensuksen puuttumiselle suhteettoman suuren painoarvon harkintamarginaalin laajuutta määritettäessä.³¹⁵ Käsillä oli selvästi myös harkintamarginaalin kapeutta puoltavia seikkoja,³¹⁶ mutta niiden vaikutus harkintamarginaaliin jää epäselväksi. He huomauttavat, että aiemmissa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeuksia koskevilla tapauksilla tuomioistuimien on kiinnittänyt eurooppalaisen konsensuksen sijaan huomiota kansainväliseen trendiin suojata näiden vähemmistöjen oikeuksia yhä laajemmin.³¹⁷

³¹² Sadland 2003, s. 204.

³¹³ Scheinin 2014; *Hämäläinen v. Suomi*, tuomarien Sajó, Keller ja Lemmens eriävä mielipide § 12.

³¹⁴ Scheinin 2014.

³¹⁵ D’Amico & Nardocci 2016 s. 197–198.

³¹⁶ *Hämäläinen v. Suomi* § 67: ”Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted”

³¹⁷ D’Amico & Nardocci 2016, s. 196–197.

4.5.5 Transoikeuksien kehitys Euroopan neuvoston muissa elimissä

Transsukupuolisten oikeudet ovat murrostilassa, ja Euroopan neuvoston päättävät elimet ovat kiinnittäneet niihin entistä enemmän huomiota 2010-luvulla. Ministerikomitean seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kokemaa syrjintää koskevan, vuonna 2010 annetun suosituksen mukaan kyseisten vähemmistöjen kokemaa syrjintää koskevaa lainsäädäntöä ja sekä syrjinnän kitkemistä koskevia keinoja on seurattava ja päivitettävä suosituksen liitteeseen kirjattujen periaatteiden mukaisella tavalla.³¹⁸ Näihin periaatteisiin kuuluu muun muassa kielto kerätä ja säilyttää seksuaalista suuntautumista ja sukupuoli-identiteettiä koskevia tietoja, paitsi silloin, kun se on tarpeen tiettyjen laillisten ja oikeutettujen syiden vuoksi,³¹⁹ ja sukupuolenkorjauksen täysi oikeudellinen tunnustus kaikilla elämänoilla.³²⁰ Samana vuonna neuvoston parlamentaarinen yleiskokous antoi päätöslauselman, jossa kiinnitettiin huomiota sateenkaariperheiden asemaan ja jossa kehoitettiin jäsenvaltioita muun muassa mahdollistamaan samaa sukupuolta oleville pareille molempien kumppanien lasten yhteishuoltajuus. Lisäksi jäsenvaltioita kehoitettiin huomioimaan transsukupuolisten sukupuoli-identiteetti virallisissa asiakirjoissa ja mahdollistaa parisuhteiden oikeudellinen tunnustus.³²¹ Edelleen vuonna 2015 annetussa transsukupuolisten syrjintää koskevassa päätöslauselmassa parlamentaarinen yleiskokous kehotti jäsenvaltioita muun muassa lisäämään sukupuoli-identiteetin lailla kielletyksi syrjintäperusteeksi, helpottamaan sukupuoli-identiteetin oikeudellisen tunnustamisen prosessia, mahdollistamaan avioliiton voimassa pysymisen ja harkitsemaan kolmannen oikeudellisen sukupuolen tunnustamista.³²² Etenkin avioliittoa koskeva kannanotto on merkittävä, sillä EIT:n avioliiton voimassa pysymistä koskeva tuomio tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi* annettiin vasta vuotta aiemmin. Päätöslauselma osoittaa, että neuvosto seuraa oikeudellista kehitystä, vaikka EIT olisikin katsonut, että asia kuuluu vielä valtioiden harkintamarginaalin piiriin.

Lokakuussa 2018 Euroopan neuvoston parlamentaarinen yleiskokous antoi päätöslauselman, joka koskee sateenkaariperheiden, mukaan lukien transvanhempien, oikeuksia yksityis- ja perhe-elämän suojaan sekä syrjimättömyyteen.³²³ Päätöslauselmassa huomioidaan yhtäältä vuonna 2010 annetun päätöslauselman jälkeen tapahtunut kehitys³²⁴ ja toisaalta siinä tunnustetaan

³¹⁸ CM/Rec (2010) 5.

³¹⁹ *Ibid.*, liite, kohta 19.

³²⁰ *Ibid.*, kohta 21.

³²¹ RES 1728 (2010), kohdat 10, 16.10, 16.11.2 ja 16.11.5.

³²² RES 2048 (2015), kohdat 6.1, 6.2.1, 6.2.3 ja 6.2.4.

³²³ RES 2239 (2018).

³²⁴ *Ibid.*, kohta 3.

sateenkaariperheiden oikeuksien yhdenvertaisuuskehityksen verrattainen hitaus.³²⁵ Päätöslauselman mukaan sateenkaariparien vanhemmuus on tunnustettava samalla tavalla kuin heteroparien, ja esimerkiksi synnyttävän vanhemman samaa sukupuolta olevan kumppanin vanhemmuus on tunnustettava automaattisesti niissä tilanteissa, joissa eri sukupuolta olevasta kumppanista tulee suoraan lain nojalla vanhempi.³²⁶ Vanhemman oikeudellisen sukupuolen muuttumisen tulee ilmetä lapsen syntymätodistuksesta, ja myös oikeudellisesti muunsukupuolisten vanhempien ja heidän lapsiensa välinen suhde on tunnustettava oikeudellisesti.³²⁷ Lisäksi päätöslauselmaa koskevassa selonteossa todetaan, että YK:n ihmisoikeuskomitea on tapauksen *Hämäläinen v. Suomi* jälkeen katsonut, että avioero syntymätodistuksessa olevan sukupuolimerkinnän muuttamisen edellytyksenä on syrjivä ja rikkoo kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevaa yleissopimusta.³²⁸

4.6 Yhteenveto

Sukupuoli-identiteetin ja perhe-elämän oikeudellinen tunnustaminen kuuluvat perhe- ja yksityiselämän suojan piiriin, mutta nämä oikeudet eivät ole ehdottomia. Vuosikymmenten ajan tuomioistuimelle on riittänyt, että valtio ei osoita piittaamattomuutta vähemmistöjen oikeuksista. 2000-luvun alusta lähtien vähemmistöjen oikeuksien rajoituksia on kuitenkin tarkasteltu korkeamman, ”*special consideration*” –standardin mukaisesti.³²⁹ Oikeutta sukupuoli-identiteetin tunnustamiseen ja perhe-elämään on silti edelleen mahdollista rajoittaa, jos se esimerkiksi johtaisi ristiriitaan muun kansallisen järjestelmän kanssa. Tapauksesta *Christine Goodwin* ei siis voida lukea ehdotonta oikeutta täyteen sukupuoli-identiteetin tunnustamiseen, vaan sen ehdot kuuluvat tiettyyn rajaan asti valtion harkintamarginaaliin.³³⁰ Keholliseen itsemääräämisoikeuteen liittyvät ehdot on tuomittu herkemmin kuin perhesuhteisiin liittyvät.³³¹

Luvussa esitettyjen tapausten valossa voidaan katsoa, että tosiasiallisen perhe-elämän viettäminen eli yhdessä eläminen ja asuminen kuuluvat perhe-elämän ydinalueeseen,³³² mutta oikeudellisen vanhempi-lapsi-suhteen vahvistaminen ei; EIT tuo perusteluissaan esille loukkauksen olemassaoloa vastaan puhuvana seikkana, että vaikka oikeudellista vanhemmuutta ei ole vahvistettu,

³²⁵ RES 2239(2018), kohta 1.

³²⁶ *Ibid.*, kohta 4.5.

³²⁷ *Ibid.*, § 4.6; päätöslauselman sanamuoto on ”-- ensure that persons who use legal gender markers other than male or female”, joten tulkitsemme sen koskevan muunsukupulisia vanhempia niissä jäsenvaltioissa, joissa kolmas juridinen sukupuoli on mahdollinen.

³²⁸ G v. Itävalta, 17.3.2017, CCPR/C/119/D/2172/2012; Gunnarsson 2018, kohta 54.

³²⁹ Morawa 2002, s. 6, § 33.

³³⁰ Sadland 2003, s. 200; *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 103.

³³¹ *Y.Y. v. Turkki ja A.-P., Garçon ja Nicot v. Ranska vrt. Hämäläinen v. Suomi*.

³³² *Marckx v. Belgia*, § 31.

perhettä ei ole kuitenkaan estetty elämästä yhdessä.³³³ Vaikka perhe-elämällä ei tarkoiteta pelkästään biologiseen siteeseen perustuvia perheitä vaan myös sosiaalisia *de facto* perheitä, biologisella siteellä on kuitenkin merkitystä. Valtiolla on laajempi harkintamarginaali ei-biologisten perhesuhteiden sääntelyssä, eikä 8 artikla velvoita vanhemmuuden tunnustamiseen, jos biologista sidettä ei ole. Biologisen siteen olemassaolo on vahva indikaatio perhe-elämän olemassaolosta, kun taas muissa tapauksissa tulee arvioida, kuinka ”aitoa” perhe-elämä on. Biologinen side on merkityksellinen myös lapsen identiteetin kannalta.

Sosiaalisen vanhemmuuden vahvistamista ja myös seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeuksia on käsitelty lähinnä positiivisten velvoitteiden näkökulmasta.³³⁴ Tätä on mahdollista kritisoida, sillä kuten edellä olen todennut, raja on häilyvä ja tuomioistuin käsittelee verrannollisia tilanteita toisinaan eri tavalla. Positiivisen velvollisuuden näkökulma on valittajan kannalta negatiivisia velvoitteita epäedullisempi, koska todistustaakka on hänellä. Lisäksi hyväksyttäviksi intresseiksi on katsottu 8(2) artiklan mukaisten rajoitusperusteiden lisäksi esimerkiksi kansallisen järjestelmän johdonmukaisuus sekä perinteisen perheen suoja. Mielestäni perinteisen perheen suoja ei tässä kontekstissa voida automaattisesti lukea 8(2) artiklan mukaiseksi muiden oikeuksien suojaksi, sillä on kyseenalaista, millä tavalla mikään olemassa oleva perhe saattaisi kärsiä konkreettisia oikeudenloukkauksia, jos oikeudellista perhekäsitystä laajennettaisiin.

Kun kyseessä ovat olleet seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kuuluvien oikeudet, EIT on usein katsonut, että valtiolla on laaja harkintamarginaali, koska asiaan liittyy eettisesti ja moraalisesti arkaluonteisia kysymyksiä.³³⁵ Tähän tukeutuminen olisi tänä päivänä varsin kyseenalaista: vähemmistöjen yhdenvertaista kohtelua ei nähdäkseni voi enää 2020-lukua lähestyttäessä pitää sillä tavalla ”moraalisesti hankalana” kysymyksenä, että valiolle sen vuoksi kuuluisi laaja harkintamarginaali. Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen yhdenvertaiset oikeudet ovat mielestäni moraaliselta ja eettiseltä sensitiivisyydeltään täysin eri kategoriassa kuin esimerkiksi eutanasian, sijaissyntytyksen, alkuiden valikoionnin tai geeniterapian kaltaiset kysymykset, joiden kohdalla on hyvin mahdollista päätyä jokseenkin eettisesti pätevästi perusteltuihin erilaisiin ratkaisuihin.³³⁶ Sen sijaan yhtäläisten oikeuksien jättämistä valtion laajan harkintamarginaalin varaan on vaikea perustella etenkin, jos yleisesti käytettyä rajoittamisen oikeuttamisperustetta, ”perinteisen perheen”

³³³ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 46; ks. myös *Chavdarov v. Bulgaria*, §§ 49, 56.

³³⁴ Esim. *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Hämäläinen v. Suomi*, *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

³³⁵ Esim. *Hämäläinen v. Suomi*, *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta*, *Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

³³⁶ Vastaavien kysymysten eettisestä arvioinnista ks. esim. Häyry, 2012.

tai ”perinteisten arvojen” suojelua, analysoidaan tarkemmin.³³⁷ Ratkaisusta ei ilmene, mitä ”perinteisellä perheellä” tarkoitetaan, saati miltä sitä on tarkoitus suojata. Tämä on ongelmallista, koska katsaus historiaan osoittaa, että nykyään ”perinteiseksi” ja ideaaliseksi mielletty miehen ja naisen tasavertaiseen avioliittoon perustuva ydinperhe on varsin tuore ilmiö; historiallisessa mielessä aidompaan perinteiseen perheeseen kuuluu paljon sellaisia piirteitä, joita emme – syystä – romantisoi perinteikkäänä.³³⁸

Suojeltava ”perinteinen perhe” vaikuttaa pikemminkin myyttiseltä kuin todelliselta, ja on epäselvää, miten erilaisten perheiden hyväksyminen ja oikeuksien laajentaminen olisi uhka millekään muulle kuin heteroperheen statukselle. Perustelu, että heteroperheen statuksen suojelu olisi tarpeen moraalien suojelemiseksi, implikoi, että sukupuoli- ja seksuaalivähemmistöjen perheissä on jotain epämoraalista tai huonompaa. Tätä ei mielestäni voida pitää nyky-yhteiskunnassa hyväksyttävänä. Pikemminkin yhdenvertaisten oikeuksien henkilön identiteetistä riippumatta pitäisi olla vahva lähtökohta, josta poikkeamiseksi tarvittaisiin erittäin painavia perusteita. EIT:n ratkaisukäytännössä on luotu tällaisia periaatteita, mutta seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjä koskevissa tapauksissa niiden painoarvo jää toisinaan vähäiseksi.³³⁹ Tällaista tendenssiä voidaan kritisoida dworkinilaisen oikeuksien vakavasti ottamisen teesin näkökulmasta. Jos vähemmistön kohdalla oikeutta rajoitetaan muuten kuin erityisen painavin perustein, Dworkinin sanoin

”—the -- failure to extend the right will show that [the government’s] recognition of the right in the original case is a sham, a promise that it intends to keep only until it becomes inconvenient.”³⁴⁰

Kun positiivisten velvollisuuksien tilanteissa hyväksyttäväksi intressiksi kelpaa muukin peruste kuin 8(2) artiklassa listatut yhteiskunnalliset intressit, eikä oikeasuhtaisuudelta edellytetä välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa vaan intressien tasapainoa, on vaarana, että etenkin vähemmistöjen ihmisoikeuksista on managerialistisessa hengessä lupa tinkiä lähes missä tilanteessa tahansa. Tällaisessa metodologiassa ihmisoikeudet ikään kuin liudentuvat vahvoista oikeuksista ”tavallisen” yhteiskunnallisen intressin tasolle.³⁴¹

³³⁷ Perinteisen perheen ja perinteisen avioliiton suojelu on pitkälti katsottu hyväksyttäväksi intresseiksi EIT:n oikeuskäytännössä, esimerkiksi tapauksissa *Schalk ja Kopf v. Itävalta*, §§ 61–62, *Karner v. Itävalta*, § 40 ja *Hämäläinen v. Suomi*.

³³⁸ Ks. tästä teemasta esim. Nousiainen & Pylkkänen 2001, s. 69–92; historiallisesti perhe on pikemminkin ollut naisen itsenäisyyden loppu, ja perinteiseksi mielletty ydinperhe on ollut vain harvojen mahdollisuus.

³³⁹ Esimerkiksi yksilön identiteettiin olennaisesti liittyvät asiat harkintamarginaalin kavennusperusteina, ks. esim. *Hämäläinen v. Suomi* § 66. Tapauksessa *Hämäläinen* harkintamarginaali oli laaja näistä seikoista huolimatta.

³⁴⁰ Dworkin 1977, s. 200.

³⁴¹ Valtiosääntöisen managerialismin kritiikistä ks. Lavapuro 2010, s. 247–267.

Yhteenvetona voidaan todeta, että vaikka perhe-elämän suoja koskee siis myös seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perhesiteitä, valtiolla on velvollisuus kunnioittaa sukupuoli-identiteettiä ja syrjintä sen perusteella on kielletty, näitä vähemmistöjä koskevissa tapauksissa arviointi on usein ollut löyhempää ja valtiolle on sallittu laaja harkintamarginaali. EIT:n enemmistön metodologia on toisinaan ollut kyseenalainen, ja tapaukset ovat olleet äänestysratkaisuja. Transsukupuolisten oikeuksissa on kuitenkin tapahtunut merkittävää kehitystä viimeisen 20 vuoden aikana, ja Euroopan neuvoston ministerikomitea sekä parlamentaarinen yleiskokous ovat viime vuosina kehottaneet jäsenvaltioita ryhtymään toimiin seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeuksien turvaamiseksi myös perhe- ja yksityiselämän alalla. Siten vaikka tapaus *X, Y ja Z* on asiasisältönsä puolesta merkittävä, sitä voidaan mielestäni kuitenkin pitää paitsi metodologisesti kyseenalaisena, myös vanhentuneena. Myös tapausta *Hämäläinen* vastaavan tilanteen todettiin rikkovan kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevaa yleissopimusta. Näiden tapausten oikeusohjeisiin ei tule mielestäni varauksetta nojata, vaan valtion on pidettävä silmällä transoikeuksien kehitystä. Tulevaisuudessa valtion harkintamarginaali transihmisten sukupuoli-identiteetin ja perhesuhteiden oikeudellisen tunnustamisessa tulee todennäköisesti kaventumaan, ja EIT saattaa eurooppalaisen konsensuksen etsimisen sijasta perustaa ratkaisunsa evolutiivis-dynaamiseen tulkintaan.

5 Perusoikeudet

5.1 Perus- ja ihmisoikeuksien välinen suhde

Suomen liittyttyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuoropuhelu perus- ja ihmisoikeuksien välillä on ollut välttämätöntä. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta korosti perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallisen harmonisoinnin tärkeyttä.³⁴² Euroopan ihmisoikeussopimus on saatettu voimaan lailla (438/1990, SopS 18-19/1990), ja sillä on oikeuslähdehierarkiassa tavallisen lain asema, joten yleisillä tulkintasäännöillä, esimerkiksi myöhemmän lain etusijalla, on merkitystä myös ihmisoikeuksien kannalta.³⁴³ Toisaalta ihmisoikeuksilla on tavalliseen lakiin verrattuna korotettu asema, sillä ne ovat perusoikeuksiin nähden minimitaso, mikä tarkoittaa, että ihmisoikeusloukkaus on aina myös perusoikeusloukkaus.³⁴⁴ Perustuslain viittaukset ihmisoikeuksiin antavat ihmisoikeuksille ”perustuslaintasoisuutta”.³⁴⁵ Velvollisuuden ihmisoikeusmyönteiseen

³⁴² PeVM 25/1994 vp, s. 5.

³⁴³ PeVL 2/1990 vp; Viljanen 2005, s. 471–474.

³⁴⁴ Viljanen 1996 s. 798.

³⁴⁵ Ojanen 2011, s. 445.

laintulkintaan on myös katsottu tarkoittavan, ettei lainsäätäjän voida olettaa tarkoittaneen säätää ihmisoikeuksia rikkovaa lakia, jolloin myös *lex posterior* –periaate voi joutua väistymään.³⁴⁶

Ihmisoikeudet ovat perusoikeuksiin nähden toissijainen suojakeino, joten kansalliset perusoikeudet voivat tarjota ihmisoikeuksia laajempaa suojaa. Esimerkiksi seuraavassa luvussa käsiteltäviin perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin kuuluu ehto, jonka mukaan perusoikeuksien rajoittamisen hyväksyttävyyttä on tarkasteltava yhdenmukaisesti EIS:n kanssa.³⁴⁷ EIS:n mukaisten oikeuksien ei ole sopimuksen 60 artiklan mukaan tarkoitettu heikentää kansallisen perusoikeusjärjestelmän mukaisia oikeuksia, eli perus- ja ihmisoikeuksien ”*leveling down*” – tyyppinen harmonisointi ei ole perusteltua.³⁴⁸ Myöskään kotimaisten tuomioistuinten minimalistinen taipumus perusoikeuksien sisällön määrittäminen suoraan EIS:n kautta siten, että ihmisoikeudet ovat paitsi perusoikeuksien minimitaso, myös niiden maksimitaso, ei ole tarkoituksenmukaista perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuuden kannalta.³⁴⁹ EIS:n valtioille jättämän harkintamarginaalin vuoksi sopimusvaltioiden välinen suojan taso voi toisinaan vaihdella merkittävästikin, joten perusoikeussuojan tasoa ei tule perustaa suoraan siihen, ettei jonkun toisen valtion kohdalla ole todettu ihmisoikeusloukkausta.³⁵⁰

5.2 Perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus, valvonta ja rajoitusedellytykset

Perusoikeudet velvoittavat valtiota monella tasolla. PL 22 §:ssä säädetyn yleisen turvaamisvelvollisuuden mukaan julkisella vallalla on velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Pykälä on siinä mielessä epäitsenäinen, että sitä sovelletaan vain yhdessä toisen nimenomaisen perusoikeussäännöksen tai ihmisoikeusmääräyksen kanssa.³⁵¹ Julkisella vallalla tarkoitetaan ensisijaisesti valtiota, siis sekä viranomaisia, tuomioistuimia että lainsäätäjää.³⁵² Lainsäätäjällä ei ole vain velvollisuutta olla puuttumatta perus- ja ihmisoikeuksiin, vaan sillä on myös velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin niiden turvaamiseksi. Turvaamisvelvollisuuden tarkoituksena on mahdollistaa oikeuksien tosiasiallinen toteutuminen.³⁵³ Siten toimintavelvollisuus ei tarkoita

³⁴⁶ Viljanen 2005, s. 474–475.

³⁴⁷ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

³⁴⁸ Viljanen 1996, s. 798.

³⁴⁹ Tuori & Lavapuro 2011, s. 817; Ojanen 2011 s. 447.

³⁵⁰ Viljanen 1996, s. 799.

³⁵¹ Tuori & Lavapuro 2011, s. 809.

³⁵² *Ibid.*, s. 818; Hallberg 2011, s. 56.

³⁵³ Tuori & Lavapuro 2011, s. 810.

pelkästään menettelyllistä, vaan myös sisällöllistä velvoitetta turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen.³⁵⁴

Perusoikeuksien toteutumisen valvonta tapahtuu ensisijaisesti ennakkovalvontana perustuslakivaliokunnassa.³⁵⁵ Valiokunnan on arvioitava sekä muodollista toteuttamisjärjestystä että lakiehdotuksen aineellista sisältöä. Perusoikeuksia on mahdollista rajoittaa poikkeuslailla siten, että lailla säädetään rajattu poikkeus perusoikeuden sisältöön ilman, että perustuslain tekstiin puututaan. Tällöin on käytettävä perustuslainsäätämisyjärjestystä. Lainsäätäjällä on kuitenkin velvollisuus välttää poikkeuslakeja. Tämä on perusteltua muun muassa siksi, että poikkeuslaki ei poista ristiriitaa Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kanssa.³⁵⁶ Siten ristiriita on ensisijaisesti poistettava muuttamalla lakiehdotusta. Jos tämä ei onnistu, poikkeus on rajattava siten, että se rajoittaa perusoikeutta vain siltä osin kuin on välttämätöntä.³⁵⁷

Perusoikeuksien jälkivalvonta tapahtuu tuomioistuimissa ja viranomaisissa. Molemmilla on velvollisuus perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan, joka on ensisijainen tapa ratkaista tavallisen lain ja perustuslain välinen ristiriita yksittäistapauksissa.³⁵⁸ Tällä tarkoitetaan, että tulkintavaihtoehtoista on valittava sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja ehkäisee ristiriitaa perustuslain kanssa.³⁵⁹ Tuomioistuimella on PL 106 §:n mukaan velvollisuus antaa perustuslaille etusija silloin, kun tavallinen laki on ilmeisessä ristiriidassa sen kanssa. Ilmeisellä ristiriidalla on katsottu tarkoitettavan sellaista ristiriitaa, joka ei ole ratkaistavissa perusoikeusmyönteisen tulkinnan avulla.³⁶⁰ PL 106 § koskee kuitenkin ensisijaisesti vain tuomioistuimia, ei sen sijaan muita viranomaisia.³⁶¹ PL 107 § kieltää lakia alemman asteisen säädöksen säännöksen soveltamisen sekä tuomioistuimessa että muussa viranomaisessa, jos se on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa. Näissä tilanteissa ristiriidalta ei edellytetä ilmeisyyttä. Perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan ja lain soveltamatta jättämisen ero ei aina ole selvä.³⁶²

Vaikka perusoikeudet velvoittavatkin julkista valtaa monin tavoin, muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta niitä voidaan rajoittaa. Näihin ehdottomiin perusoikeuksiin kuuluu muun muassa PL 6.2 §:n syrjintäkielto. Koska syrjinnällä tarkoitetaan eri asemaan asettamista ilman hyväksyttävää

³⁵⁴ Tuori & Lavapuro 2011, s. 810; Hallberg 2011, s. 56.

³⁵⁵ Hallberg 2011, s. 57.

³⁵⁶ Tuori & Lavapuro 2011 s. 811.

³⁵⁷ *Ibid.*; HE 1/1998 vp, s. 125.

³⁵⁸ PeVL 6/1988 vp, Hallberg 2011 s. 56.

³⁵⁹ HE 1/1998 vp, s. 164; PeVM 10/1998, vp s. 30–31; PeVL 2/1990 vp; PeVM 25/1994 vp, s. 4; Tuori & Lavapuro 2011, s. 813, 816; Viljanen 2011b s. 128–129.

³⁶⁰ Tuori & Lavapuro 2011, s. 813; Lavapuro 2010, s. 188–189, 192–194, ns. tasapainomalli.

³⁶¹ Viljanen 2011b, s. 129.

³⁶² Scheinin 1991, s. 219–220.

perustetta, erilainen kohtelu on kuitenkin sallittua, jos siihen on hyväksyttävä syy. Erilaisen kohtelun sallittavuutta arvioidaan käytännössä samalla tavoin kuin muiden perusoikeuksien rajoituksia.³⁶³ Perusoikeuksista voidaan poiketa joko edellä kuvatulla tavalla poikkeuslailla, poikkeusoloissa kuten Suomea uhkaavan aseellisen hyökkäyksen aikana tavallisella lailla tai valtioneuvoston asetuksella, tai perusoikeussäännöksiin otettujen lakivarausten kautta. Perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä on käsitelty perustuslakivaliokunnan mietinnössä PeVM 25/1994 vp.³⁶⁴ Tähän niin sanottuun perusoikeuksien rajoitustestiin kuuluu seitsemän vaatimusta. Kaikkien vaatimusten on täyttyvä samanaikaisesti. Ensinnäkin rajoituksen on perustuttava eduskunnan säätämään lakiin. Toiseksi rajoitusten on oltava täsmällisesti määriteltyjä ja riittävän tarkkarajaisia. Kolmanneksi rajoitusten tulee perustua perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävään syyhyn ja painavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen. Tällaisia hyväksyttäviä syitä ovat esimerkiksi tarve suojata muita perusoikeuksia. Kun kaksi tai useampi perusoikeus on arvioinnissa vastakkain, tilanne ratkaistaan punninnalla, jossa jokaista perusoikeutta pyritään toteuttamaan ikään kuin optimointikäskyn tavoin mahdollisimman laajasti.³⁶⁵ Muina painavina yhteiskunnallisina intresseinä on mainittu esimerkiksi vakavan rikollisuuden estäminen.³⁶⁶ Sellaisilta intresseiltä, jotka eivät palaudu perustuslain säännöksiin, edellytetään erityistä painavuutta.³⁶⁷ Neljänneksi tavallisella lailla ei voida säätää rajoitusta, joka ulottuu perusoikeuden ydinalueeseen. Viidenneksi rajoitusten tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia, eli niiden on oltava tavoitteen saavuttamiseksi välttämättömiä sekä oikeasuhtaisia perusoikeuden turvaamaan oikeushyvään ja sen yhteiskunnallisen intressin painoarvoon nähden, joka on rajoituksen taustalla. Keinon on oltava tarkoitukseensa soveltuva, sen on oltava lievin mahdollinen, eli toisin sanoen ei saa olla olemassa toista yhtä tehokasta keinoa, joka puuttuisi perusoikeuteen vähemmän, eikä rajoitus saa olla epäsuhdassa päämääräänsä ja perusoikeuteen nähden.³⁶⁸ Kuudenneksi on huolehdittava riittävästä oikeusturvajärjestelyistä, ja seitsemänneksi rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.

Rajoitustestiä ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi, vaan myös muilla seikoilla voi olla merkitystä rajoitusten hyväksyttävyyttä arvioitaessa.³⁶⁹ Jos perusoikeussäännökseen on sisällytetty lakivaraus eli lauseke, joka oikeuttaa perusoikeuden nimenomaisen rajoittamisen ja asettaa sille ehtoja, näiden

³⁶³ Viljanen 2011a, s. 140.

³⁶⁴ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

³⁶⁵ Viljanen 2011a, s. 144.

³⁶⁶ PeVL 10/2000 vp, s. 3.

³⁶⁷ Viljanen 2011a, s. 155.

³⁶⁸ *Ibid.*, s. 157.

³⁶⁹ *Ibid.*, s. 146.

ehtojen on täytyttävä yleisten rajoitusedellytysten lisäksi. Lakivarauksilla voi olla erilaisia merkityksiä. Ensinnäkin lakivaraus pidättää perusoikeuden rajoittamisen lain alaan siten, ettei sitä voida rajoittaa alemman asteisella säädöksellä.³⁷⁰ Toiseksi varaus voi olla kirjoitettu sellaiseen muotoon, esimerkiksi ”lailla voidaan säätää”, että se sisältää lainsäätäjälle osoitetun valtuutuksen rajoittaa perusoikeutta tavallisella lailla.³⁷¹ Kolmanneksi varaus voi rajoittaa lainsäätäjän toimivaltaa puuttua perusoikeuteen tavallisella lailla.³⁷² Neljänneksi lakivaraus voi sisältää toimeksiannon säätää jostakin perusoikeudesta tarkemmin lailla. Tällöin säännös on kirjoitettu esimerkiksi muotoon ”lailla säädetään”.³⁷³

Perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyttä on arvioitava yhdenmukaisesti EIS:n kanssa.³⁷⁴ Rajoituksen hyväksyttävyys on arvioitava jokaisen perusoikeuden osalta erikseen.³⁷⁵ Euroopan ihmisoikeussopimuksen artikloihin sisällytettyjen rajoitusperusteiden täytyminen on välttämätön, mutta ei riittävä ehto perusoikeuden rajoituksen hyväksyttävyydelle.³⁷⁶ Veli-Pekka Viljanen on katsonut, että hyväksyttävän perusteen vaatimuksia on tulkittava perusoikeuksien osalta tiukemmin kuin kansallisissa ihmisoikeussopimuksissa.³⁷⁷ Tämä on mielestäni perusteltua, kun huomioidaan, että EIT toisinaan arvioi rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä varsin ylimalkaisesti, kuten olen luvussa 4 esittänyt.

5.3 Itsemääräämisoikeus sekä yksityis- ja perhe-elämän suoja

Itsemääräämisoikeus ei ole itsenäinen perusoikeus, vaan se muodostuu useammasta eri perusoikeudesta.³⁷⁸ PL 7 §:n säännös elämästä, henkilökohtaisesta vapaudesta ja koskemattomuudesta on yleissäännös henkilökohtaisesta vapaudesta.³⁷⁹ Itsemääräämisoikeutta on pidetty ikään kuin PL 7 §:n mukaisten oikeuksien yläkäsitteenä.³⁸⁰ Säännöksellä suojataan fyysistä koskemattomuutta sekä tahdonvapautta.³⁸¹ Valtiolla on sekä negatiivinen että positiivinen

³⁷⁰ Viljanen 2011a, s. 164.

³⁷¹ *Ibid.*, s. 165.

³⁷² Viljanen 2011a, s. 165.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ PeVM 25/1994 vp s. 5.

³⁷⁵ Viljanen 2011a, s. 156.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Viljanen 1996, s. 804–805.

³⁷⁸ Saraviita 2016, s. 155.

³⁷⁹ Pellonpää 2011, s. 280.

³⁸⁰ Saraviita 2016, s. 155.

³⁸¹ HE 309/1993 vp s. 46; Pellonpää 2011, s. 280.

velvollisuus suojella henkilökohtaista vapautta.³⁸² Velvollisuus on siten laajempi kuin vain vapaudenriiston kieltö.

Myös perustuslain 10 § suojaa asiallisesti itsemääräämisoikeutta. 10 § 1 momentin mukaan jokaisen yksityiselämä, kunnia ja kotirauha on turvattu. Momentti on muotoiltu siten, että se luo valtiolle positiivisia toimintavelvoitteita turvata mainitut oikeudet.³⁸³ Yksityiselämän suoja on yläkäsite pykälässä turvatuille oikeuksille, ja sen sisältöä on vaikea määritellä tarkasti.³⁸⁴ Ydinsisällöksi katsotaan yksilön oikeus elää omaa elämäänsä ilman viranomaisten tai muiden ulkopuolisten mielivaltaista ja aiheetonta puuttumista.³⁸⁵ Suojan piiriin katsotaan kuuluvan muun muassa oikeus solmia ja ylläpitää ihmissuhteita sekä määrätä itsestään ja ruumiistaan.³⁸⁶

Perhe-elämän suoja ei ole erikseen mainittu 10 §:ssä mutta sen katsotaan kuuluvan yksityiselämän suojan piiriin. Perhe-elämän suojan erillinen maininta jätettiin pois, koska sen sisältö katsottiin vaikeasti määriteltäväksi.³⁸⁷ Oikeuden sisältöä on tarkennettu EIT:n oikeuskäytännössä yllä kerrotulla tavalla. Ihmisoikeuksien minimistandardiluonteesta johtuu, että perhe-elämän suojan sisällön perusoikeutena tulee vastata vähintään EIS:ssa tarkoitettua perhe-elämän suojaa. Koska yksityis- ja perhe-elämän suoja koskeva perusoikeus omaksuttiin perustuslakiin pitkälti EIS 8 artiklan pohjalta, sitä on tarkoituksenmukaista tulkita yhdenmukaisesti ihmisoikeussopimuksessa turvatun yksityis- ja perhe-elämän suojan kanssa.³⁸⁸

PL 10 § 3 ja 4 momenteissa on säädetty kvalifioidut lakivaraukset kotirauhan ja luottamuksellisen viestin suojaan. Muista yksityiselämän suojan osa-alueista ei ole erillisiä lakivarauksia, joten niiden rajoitusten on oltava perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten mukaisia.³⁸⁹ Hyväksyttävien rajoitusperusteiden määrää rajoittaa EIS 8 (2) artikla, jonka mukaan perhe- ja yksityiselämän suoja saa rajoittaa kansallisen ja yleisen turvallisuuden, maan taloudellisen hyvinvoinnin, epäjärjestyksen ja rikollisuuden estämisen, terveyden ja moraalin suojaamisen sekä muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien suojaamisen vuoksi, jos se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Toisaalta kotimainen oikeusjärjestys asettaa myös ihmisoikeussopimusta tiukempia vaatimuksia rajoituksen hyväksyttävyydelle. Esimerkiksi maan

³⁸² Pellonpää 2011, s. 281–282.

³⁸³ Esim. PeVM 25/1994 vp s. 6; HE 309/1993 vp, s. 28.

³⁸⁴ Neuvonen 2016, luku 2.4; Viljanen 2011c, s. 390–392, HE 309/1993 vp s. 53.

³⁸⁵ LAVO 6/1995 s. 74.

³⁸⁶ HE 309/1993 vp, s. 53.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Viljanen 1996, s. 791, 801–802.

³⁸⁹ Saraviita 2000, s. 106–107.

taloudellisen hyvinvoinnin turvaamista on pidetty niin epämääräisenä, että sitä tulee olennaisesti täsmentää, jotta yksityiselämän suojan rajoittaminen olisi hyväksyttyä.³⁹⁰

5.4 Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö

Perustuslain 6 §:ssä säädetään yhdenvertaisuudesta ja syrjinnän kiellosta. Ensimmäisen momentin yleisen yhdenvertaisuuslausekkeen mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Säännös sisältää mielivallan kiellon ja vaatimuksen kohdella samanlaisia tapauksia samalla tavalla.³⁹¹ Yhdenvertaisuuslauseke kohdistuu erityisesti lainsoveltajaan.³⁹² Toisessa momentissa säädetään syrjinnän kiellosta: ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Syrjinnän kieltö on kirjoitettu yhdenmukaisesti EIS 14 artiklan kanssa, joskin kiellettyjä syrjintäperusteita muotoillessa on kiinnitetty huomiota etenkin suomalaisessa yhteiskunnassa merkityksellisiin yhdenvertaisuusongelmiin.³⁹³ Transsukupuolisuutta tai sukupuoli-identiteettiä ei ole erikseen mainittu listassa tarkoitettuna henkilöön liittyvänä muuna syynä.³⁹⁴ Ne ovat kuitenkin sillä tavoin henkilön identiteettiin olennaisesti liittyviä, että on kutakuinkin itsestään selvää, että ne kuuluvat syrjinnän kiellon tarkoitamiin kiellettyihin erotteluperusteisiin. Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä transsukupuolisuuden on katsottu olevan kielletty syrjintäperuste.³⁹⁵

Vuoden 1919 hallitusmuodossa syrjinnän kieltö oli kohdistettu lähinnä lainsoveltajalle, mutta vähittäisen kehityksen tuloksena sen katsotaan nykyään ulottuvan myös lainsäätäjään.³⁹⁶ Vaikka 6.2 §:n tarkoituksena on osaltaan estää syrjivä lainsäädäntö, se ei sisällä lainsäätäjään kohdistuvaa velvollisuutta poistaa olemassa olevia, asiallisesti syrjiviä säännöksiä.³⁹⁷ Saraviidan mukaan tällaisen velvoitteen olemassaolo olisi mahdollista kuitenkin johtaa PL 1.2 §:ään kirjatusta valtiosäännön tehtävästä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa.³⁹⁸ Lisäksi perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan sääntelyn tarkoituksena ei ole turvata pelkästään oikeudellista yhdenvertaisuutta, vaan myös tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumista.³⁹⁹

³⁹⁰ Viljanen 1996, s. 804–805.

³⁹¹ Ojanen & Scheinin 2011, s. 230.

³⁹² *Ibid.*, s. 233.

³⁹³ *Ibid.*, s. 228, 247–248; Viljanen 1996, s. 790–791; HE 309/1993 vp s. 43–44.

³⁹⁴ Ks. kiellettyjen perusteiden lista, HE 309/1993 vp s. 44.

³⁹⁵ Esim. *Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

³⁹⁶ Saraviita 1998, s. 44; Ojanen & Scheinin 2011, s. 232.

³⁹⁷ Saraviita 2016, s. 148.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ HE 309/1993 vp, s. 65.

Syrjintä tarkoittaa siis ei-hyväksyttävää erilaista kohtelua kielletyn erotteluperusteen vuoksi.⁴⁰⁰ Erilaisuutta itsessään ei ole tarkoitus poistaa vaan päinvastoin mahdollistaa. Siten tasapäästäminen eli samanlainen kohtelu olennaisista eroista huolimatta on syrjintää.⁴⁰¹ Toisaalta erilainen kohtelu hyväksyttävänkin perusteen vuoksi on syrjintää, jos erottelu on niin voimakasta, ettei sitä voida pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena.⁴⁰² Hallituksen esityksen mukaan myös pelkkä erilliskohtelu eli segregatio on syrjintää, ellei sille ole olemassa hyväksyttävää perustetta.⁴⁰³

Pykälän 4 momentin mukaan sukupuolten tasa-arvoa edistetään yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehtoista määrättäessä, sen mukaan kuin lailla säädetään. Perusoikeuden tarkempi sisältö määräytyy siten tavallisessa lainsäädännössä.⁴⁰⁴ Yhdenvertaisuuden sisältöä onkin konkretisoitu merkittävästi lakitasolla.⁴⁰⁵ Naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetulla lailla (8.8.1986/609, jäljempänä tasa-arvolaki) säädetään tarkemmin sukupuolten välisen tasa-arvon toteuttamisesta yhteiskunnassa. Vuoden 2014 lakiuudistuksen yhteydessä sukupuolten välinen tasa-arvo ulotettiin koskemaan myös sukupuolivähemmistöjä: uuden 1§:n (30.12.2014/1329) mukaan lain tarkoituksena on estää myös sukupuoli-identiteettiin ja sukupuolen ilmaisuun liittyvä syrjintä. Tasa-arvolaki koskee kaikkea yhteiskunnallista toimintaa.

PL 6 §:n yhdenvertaisuuslauseke ja syrjinnän kieltö ovat siten ehdottomia, ettei niistä voida poiketa edes kriisioloissa.⁴⁰⁶ Toisaalta syrjinnän kieltö ei kuitenkaan tarkoita, että kaikkia ihmisiä olisi aina kohdeltava samalla tavalla. Tarkoituksena on estää samanlaisten tapausten erilainen kohtelu mielivaltaisista perusteista, mikä rajoittaa lainsoveltajan harkintavaltaa.⁴⁰⁷ Myös esimerkiksi positiivinen erityiskohtelu tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi on mahdollista.⁴⁰⁸ Olennaista on, voidaanko erilainen kohtelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla.⁴⁰⁹

Perustuslaissa turvatus yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon lähtökohtana on siis ollut muodollinen tasa-arvo, mutta valtiolle asetetaan myös velvollisuus edistää tosiasiallista yhdenvertaisuutta, jota toteutetaan muun muassa erityislaeilla. Suomalainen malli muistuttaa

⁴⁰⁰ Ojanen & Scheinin 2011, s. 239.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*, s 239–240.

⁴⁰³ HE 309/1993 vp s. 44.

⁴⁰⁴ PeVL 25/1994 vp s. 6.

⁴⁰⁵ Saraviita 2016, s. 152.

⁴⁰⁶ Saraviita 2000, s. 123.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, s. 121.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ Ojanen & Scheinin 2011, s. 249; Saraviita s. 153; HE 309/1993 vp s. 44; PeVL 9/2000 vp s. 2; PeVL 14/2006 vp s. 2.

Kimberin erilaisuuden ja heikompiosaisuuden huomioivia materiaalsen tasa-arvon malleja, jotka mahdollistavat positiivisen erityiskohtelun. Erilaisen kohtelun perusteena mainitaan erilaisuuden sijaan huonompi asema, mutta tosiasiallista tasa-arvoa toteutetaan ”erityisjärjestelyillä”, kuten kiintiöillä, rakenteisiin puuttumisen sijaan.⁴¹⁰ Erilaisuuteen ja huonompiosaisuuteen keskittyvien mallien välillä on toisaalta vaikea tehdä käytännössä jyrkkää eroa. Olennaista suomalaisessa järjestelmässä on tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen pyrkiminen muodollisen yhdenvertaisuuden lisäksi ja mahdollisuus erilaisuuden huomioimiseen.

6 Nykytilanteen arviointia perus- ja ihmisoikeuksien valossa

6.1 Arvioinnista yleisesti

Tässä luvussa tarkoitukseni on vastata toiseen tutkimuskysymykseen, eli miten nykyinen vanhemmuuslainsäädäntö toteuttaa perus- ja ihmisoikeuksia, ja millaisia velvoitteita valtiolla on korjata tilanne. Ihmisoikeudet ovat perusoikeuksiin nähden vähimmäissuojan taso. Etenkin perhe- ja yksityiselämän suojaa ja syrjinnän kieltoa koskevia perusoikeuksia on tulkittava yhdenmukaisesti EIS:n kanssa, koska niitä koskevat perusoikeudet on muotoiltu EIS:n vastaavien artiklojen pohjalta.⁴¹¹ Vaikka perusoikeuksien sisältöä ei voi lukea suoraan ihmisoikeussopimuksesta, tässä tapauksessa ne kuitenkin pitkälti vastaavat toisiaan. Perus- ja ihmisoikeudet eivät ole toisistaan erilliset vaan toisiaan täydentävät suojajärjestelmät.⁴¹² Siten perus- ja ihmisoikeussuojan arvioiminen yhdessä olisi mahdollista. Luvussa 4 esitetyn valossa transihmisten perhe- ja yksityiselämää ja syrjinnän kieltoa koskeva ihmisoikeussuoja vaikuttaa kuitenkin olevan murrotilassa, eikä EIT:n oikeuskäytännöstä ole luettavissa selvää vastausta valtion ihmisoikeusvelvoitteista tässä tapauksessa. EIS:sta johtuvien velvollisuuksien selvittämiseksi nykyllä lainsäädäntöä on nähdäkseni tarkasteltava kohta kohdalta EIT:n luomien doktriinien valossa sen sijaan, että vastaus löytyisi suoraan jostain tietystä ratkaisusta. Tästä syystä käsittelen selkeyden vuoksi ensin ihmisoikeussuojaa, jonka jälkeen arvioin, onko tämä minimisuojan taso riittävä perusoikeuksien turvaamiseksi, sekä mitä velvollisuuksia perus- ja ihmisoikeudet asettavat valtiolle tässä tilanteessa.

Nykyisen isyys- ja äitiyslain säännökset soveltuvat luvussa 2.5 esittämälläni tavalla huonosti transvanhempiin. Perus- ja ihmisoikeusloukkausten kannalta erityisen suspekteja tilanteita ovat ensinnäkin ne tilanteet, joissa oikeudellinen vanhemmuus on ristiriidassa sukupuoli-identiteetin ja

⁴¹⁰ Ojanen & Scheinin 2011, s. 232.

⁴¹¹ Viljanen 1996, s. 791, 801–802.

⁴¹² Ojanen 2011 s. 448.

oikeudellisen sukupuolen kanssa. Näin on silloin, kun transmiehestä tulee lapsen äiti joko äitiyslain 2 §:n mukaisesti synnyttämisen perusteella tai 3 §:n mukaan suostumuksen perusteella, kun oikeudellista sukupuolta ei ole vielä vahvistettu mieheksi. Vastaavasti ongelmallista on, kun transnaisesta tulee lapsen isä joko isyysolettaman tai isyyden vahvistamisen perusteella. Toiseksi epäilyn perus- ja ihmisoikeusloukkauksesta herättää tilanne, jossa vanhempi-lapsi-suhteen oikeudellinen vahvistaminen on epäselvää. Tilanne on käsillä, kun transnainen on siittänyt lapsen ”luonnollisesti”, siis ilman hedelmöityshoitoa.⁴¹³ Lisäksi sääntelyn epäjohtonmukaisuus ja erilaiset säännöt – ja niiden puuttuminen – vanhemman oikeudellisen sukupuolen perusteella herättävät epäilyn kielletystä syrjinnästä. Tässä tutkielmassa ei ole mahdollista tai tarkoituksenmukaista arvioida jokaista mahdollista isyys- tai äitiyslain luomaa ongelmatilannetta, jotka liittyvät esimerkiksi biologisen siteen puuttumisen tai avioeroon. Keskityn yllä selostettuihin tilanteisiin, koska niissä yksilöä ja perhettä kohdellaan eri tavalla sukupuoli-identiteetin perusteella.

6.2 Mihin EIS velvoittaa?

6.2.1 Yksityiselämän suoja

Edellä esitetyllä tavalla sukupuoli-identiteetti kuuluu yksityiselämän suojan piiriin. Tapauksessa *Christine Goodwin* katsottiin, että valtio rikkoi ihmisoikeusvelvoitteitaan, kun se ei vahvistanut valittajan oikeudellista sukupuolta sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi. Velvollisuus sukupuolen oikeudelliseen vahvistamiseen ole ehdoton, vaan valtio saa asettaa sukupuolen oikeudelliselle vahvistamiselle ehdot.⁴¹⁴ Valtiolla on laaja harkintamarginaali yksityis- ja perhe-elämän suojan toteuttamisessa, kun vaaditut toimet johtaisivat oikeusjärjestelmän sisäiseen ristiriitaan.⁴¹⁵ Tämäkään kanta ei ole riidaton, sillä YK:n ihmisoikeuskomitea katsoi myöhemmin tapausta *Hämäläinen* vastaavassa tapauksessa, että valittajan ihmisoikeuksia oli loukattu. Kysymys kuuluu siis, millainen velvollisuus valtiolla on kunnioittaa transvanhempien yksityiselämää.

Tilannetta on mahdollista tarkastella sekä positiivisten että negatiivisten velvollisuuksien näkökulmasta, eikä erottelu niiden välillä ei ole itsestään selvää tässäkään tapauksessa. Transvanhempien tilanteessa yksityiselämän suojaan puuttuminen tarkoittaa käytännössä sitä, että vanhemmuus on määritelty tavalla, joka on ristiriidassa sukupuoli-identiteetin kanssa, eli sukupuoli-

⁴¹³ Ks. ongelmatilanteista luvussa 2.5 esitetty taulukko 1 ja kuvio 1.

⁴¹⁴ *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 103; *Hämäläinen v. Suomi*.

⁴¹⁵ Ks. esim. yllä käsitellyt *Hämäläinen v. Suomi* ja *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, joissa molemmissa valittajan vaatimuksen hyväksyminen olisi aiheuttanut ristiriitoja perheoikeudellisessa järjestelmässä, vaikkei EIT artikuloinut nimenomaan tätä harkintamarginaalin kannalta ratkaisevana seikkana.

identiteettiä ei tunnusteta täysimääräisesti. Viranomaisilla on sukupuoli-identiteettiä koskevaa arkaluonteista tietoa, ja tieto saattaa päätyä transihmisen tahdon vastaisesti kolmansille osapuolille. Tällaista arkaluonteisen tiedon säilyttämistä ja mahdollista vuotamista on mahdollista tarkastella negatiivisten velvoitteiden loukkauksena. Toisaalta EIT on perinteisesti tarkastellut velvollisuutta sukupuoli-identiteetin kunnioitukseen positiivisten velvollisuuksien kautta.⁴¹⁶ Näkökulmaa voidaan perustella esimerkiksi sillä, että tilanteen korjaaminen vaatisi potentiaalisesti varsin kattavaa vanhemmuuslainsäädännön uudistamista ja nykyisten periaatteiden perusteellista uudelleenarviointia etenkin, jos lainsäädännössä huomioitaisiin myös muunsukupuolisten oikeudet.

Lailta säätämisen vaatimuksen täytyminen on yksityiselämän suojan osalta selvää, sillä isyys- ja äitiyslaisissa on asiasta säännökset. Näkökulman valinnasta riippuen seuraavaksi on arvioitava joko EIS 8(2) artiklassa mainitun hyväksyttävän rajoitusperusteen tai muun hyväksyttävän intressin olemassaoloa. Tässä tapauksessa kyseeseen voisi tulla terveyden ja muiden oikeuksien tai vapauksien suojeleminen niissä tilanteissa, joissa on relevanttia tietää, kuka on lapsen biologinen vanhempi. Tällainen tilanne voi tulla kyseeseen esimerkiksi, kun on kyse lapsen oikeudesta tuntea alkuperänsä, tai kun epäillään esimerkiksi periytyvää sairautta. Todettakoon, että tätä perusteista ei mainita sterilisaatiovaatimusta koskevan hallituksen esityksen perusteissa, johon tilanne lopulta palautuu.⁴¹⁷ EIT:n oikeuskäytännön valossa mahdollinen hyväksyttävä peruste voisi olla myös epäjärjestyksen estäminen tai johdonmukaisen perheoikeudellisen järjestelmän ylläpitäminen. EIT ei perinteisesti ole arvioinut hyväksyttävän perusteen olemassaoloa kovin tiukasti, vaan on yleensä kelpuuttanut valtion esittämän perusteen.⁴¹⁸

Seuraavaksi on arvioitava keinon oikeasuhtaisuutta suojeltavaan intressiin nähden. Arvioinnin tiukkuuteen vaikuttaa valtion harkintamarginaali. Tässä tapauksessa on yhtäältä käsillä yksilön identiteettiin tiiviisti liittyvä kysymys, joka puoltaa kapeaa harkintamarginaalia.⁴¹⁹ Transsukupuolisuuden liittyviä kysymyksiä on toisaalta pidetty eettisesti hankalina, millä on puollettu laajaa harkintamarginaalia.⁴²⁰ Toisaalta eurooppalaisen konsensuksen puute puoltaisi laajaa harkintamarginaalia. Tällä hetkellä suurin osa Euroopan neuvoston jäsenmaista ei vaadi lisääntymiskyvyttömyyttä sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen edellytyksenä, mutta vain neljä

⁴¹⁶ Ks. esim. *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 35 ja *Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 36.

⁴¹⁷ Ks. HE 56/2001 vp, jossa vaatimusta perustellaan edellä mainitulla tavalla ei-normatiivisen vanhemmuuden estämisellä.

⁴¹⁸ Viljanen 2005, s. 486–487.

⁴¹⁹ Vrt. *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 90 ja *Hämäläinen v. Suomi*, § 66.

⁴²⁰ Esim. *Hämäläinen v. Suomi*, § 75; ks. tästä myös luvussa 4.6 esittämäni kritiikki.

jäsenvaltiota tunnistaa oikeudellisesti transvanhemmuuden.⁴²¹ EIT tosin vetosi tapauksessa *Christine Goodwin* kansainväliseen trendiin transoikeuksien suojelussa ja päätyi kapeaan harkintamarginaaliin eurooppalaisen konsensuksen puutteesta huolimatta.⁴²² Nyt käsillä olevassa tilanteessa eurooppalaista konsensusta ei siis ole jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön tasolla, mutta Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen lokakuussa 2018 antama päätöslauselma viittaa siihen, että neuvosto kiinnittää entistä enemmän huomiota transoikeuksiin myös perheoikeuden saralla. Vaikka harkintamarginaalista on vaikea ottaa ehdotonta kantaa suuntaan tai toiseen,⁴²³ evolutiivis-dynaaminen tulkintalinja olisi epäilemättä perusteltavissa.

Negatiivisten velvoitteiden osalta edellytetään, että ne ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa suojeltavan intressin saavuttamiseksi. Tämän kriteerin täyttymiseksi ei riitä, että keino on ainoastaan kohtuullinen, hyödyllinen tai toivottava, vaan sen taustalla on oltava painava yhteiskunnallinen tarve.⁴²⁴ Kuten luvussa 2 on esitetty, etenkin isyyttä ei vahvisteta nykyllä lainsäädännön mukaan puhtaan biologisin perustein. Etenkin hedelmöityshoitotilanteissa on eksplisiittisesti mahdollistettu vanhemmuus muullekin henkilölle kuin biologiselle vanhemmalle. Siten biologisen ja oikeudellisen vanhemmuuden välinen ristiriita ei ole ennennäkemätön tai ainutkertainen tilanne. Myöskään EIT ei ole pitänyt biologista vanhemmuutta niin ehdottomana, että oikeudellinen vanhemmuus olisi aina vahvistettava sen mukaisesti. Koska transvanhemmuus koskettaa varsin pientä osaa väestöstä, kyseessä ei ole laajamittainen uhka lasten oikeuksille. Lapsen oikeus tuntea alkuperänsä siis mahdollista riittävästi turvata muillakin keinoilla kuin puhtaan biologisella vanhemmuuden määrittelyllä. Näin ollen nykyisenkaltainen isyyden ja äitiyden määrittely synnyttämisen ja (oletetun) siirtämisen perusteella ei ole välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa lapsen oikeuksien suojelemiseksi.⁴²⁵ Epäjärjestyksen estämisen osalta keino ei ole tarkoitukseensa sopiva, sillä nykyinen sääntely ei estä perinteisestä poikkeavia vanhemmuusasetelmia, vaan pikemminkin aiheuttaa epäjohtonmukaisuutta. Siten rajoitusta ei tästä näkökulmasta tarkasteltuna ole perusteltua pitää välttämättömänä demokraattisessa yhteiskunnassa.

Positiivisten velvoitteiden näkökulmasta arvio on samankaltaista, mutta valtiolla on enemmän liikkumavaraa. Tästä näkökulmasta kysymys kuuluisi, onko valtiolla velvollisuus muuttaa

⁴²¹ Trans Rights Europe Map & Index 2018. Transgender Europe. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>.

⁴²² *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 85.

⁴²³ Ylipäättään transoikeudet ovat usein jakaneet tuomioistuinta, ja monet merkittävät tapaukset ovat olleet äänestysratkaisuja.

⁴²⁴ *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 48; Hirvelä & Heikkilä 2017, s. 656.

⁴²⁵ Lapsen oikeutta alkuperäänsä on punnittu muita intressejä vasten hedelmöityshoitolain esitöissä, ks. HE 3/2006 vp, s. 19–20 ja PeVL 59/2002 vp.

perheoikeudellista järjestelmäänsä siten, että joissakin tilanteissa synnyttäjä olisi mahdollista vahvistaa isäksi tai siittäjä äidiksi. Hyväksyttäväksi intressiksi kelpaa muukin kuin 8(2) artiklassa mainittu peruste. Esimerkiksi lainsäädännön sisäistä koherenssia on pidetty hyväksyttävänä intressinä.⁴²⁶ Tämän lisäksi edellytetään, että julkinen ja yksityinen intressi ovat oikeudenmukaisessa tasapainossa. Välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa ei siis edellytetä. Kun valtiolla on laaja harkintamarginaali, EIT ei ole arvioinut tavoitteiden ja keinojen välistä suhdetta kovinkaan tarkasti. Esimerkiksi tapauksessa *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta* vanhemmuuden vahvistamatta jättäminen oli sallittua muun muassa lainsäädännön sisäisen koherenssin vuoksi, vaikka se myös aiheutti sisäisiä ristiriitoja, kun transmiehen oli mahdollista saada hedelmöityshoitoa kumppaninsa kanssa, mutta siitä seurannutta vanhemmuutta ei tunnustettu oikeudellisesti. Lopputulokseen vaikuttaa tässäkin tapauksessa yhtäältä valinta positiivisten ja negatiivisten velvoitteiden välillä, ja toisaalta harkintamarginaalin laajuus. Kuten todettua, EIT ei ole yleensä arvioinut seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perhe- ja yksityiselämän suojan loukkauksia *strict scrutiny* –standardin mukaisesti. Toisaalta Euroopan neuvoston ministerikomitean ja parlamentaarisen yleiskokouksen 2010-luvulla julkaisemat kannanotot viittaavat siihen, että asiaa arvioidaan tulevaisuudessa entistä tiukemmin.

Nykyllä lainsäädännöllä mukainen määrittely paitsi vahvistaa transsukupuolisten vanhempien ”epänormaaliutta” yhteiskunnan silmissä ja aiheuttaa heille potentiaalisia identiteettikonflikteja, myös mahdollistaa sen, että arkaluonteista tietoa päätyy väärin käsiin. Suomessa ei tiettävästi ole ennakkotapauksia, joissa aiemmin isäksi vahvistettu henkilö vahvistettaisiin tuomioistuimessa äidiksi tai päinvastoin. Siten mahdollisuus korjata vanhemmuusmerkintää sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi on epävarma. Translain esitöiden mukaan oikeudellisen sukupuolen vahvistaminen lapsen saamisen jälkeen ei vaikuta vanhemmuuden vahvistamiseen.⁴²⁷ Todettakoon, että tältä osin tilanne vaikuttaisi kyseenalaiselta myös 13 artiklassa tarkoitettujen tehokkaiden oikeussuojakeinojen näkökulmasta. Periaatteessa vanhemmuus voitaisiin viime kädessä vahvistaa PL 106 §:n nojalla sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi. Ilmeisen ristiriidan toteaminen lain ja perustuslain välillä on kuitenkin erittäin harvinaista.⁴²⁸ Kunnioittaakseen yksityiselämän suojaa Suomen tulisi mahdollistaa tilanteet, joissa lapsen siittänyt henkilö voi olla äiti ja synnyttänyt isä. Koska vanhemmuuden määrittely johtaa nykyisellään epä johdonmukaisuuksiin yhtäältä biologisen ja oikeudellisen vanhemmuuden ja toisaalta vanhemman sukupuoli-identiteetin ja oikeudellisen sukupuolen kanssa, katson, ettei tällainen muutos millään fundamentaalisella tavalla lisäisi ristiriitoja – paitsi cis-

⁴²⁶ Esim. *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 47.

⁴²⁷ HE 56/2001 vp, s. 3.

⁴²⁸ Lavapuro 2010, s. 185–187.

heteronormatiivisen määrittelyn kanssa – vaan pikemminkin poistaisi niitä. Cis-heteronormatiivisen vanhemmuuden määrittelyn ongelmat olen jo aiemmin todennut. Siten tässä tapauksessa olisi mielestäni perusteltua katsoa, etteivät julkinen ja yksityinen intressi ole tasapainossa, vaan nykymäärittely loukkaa transvanhempien yksityiselämän suojaa.

6.2.2 Perhe-elämän suoja

Perhe-elämän suoja koskee vanhemman ja lapsen välisen suhteen oikeudellista vahvistamista, ja etenkin biologisen suhteen oikeudellinen vahvistaminen on olennainen osa perhe-elämän suojaa.⁴²⁹ Edellä luvussa 2.5 on tarkasteltu tilanteita, joissa vanhemmuuden oikeudellinen vahvistaminen on epävarmaa tai hankalaa. Ongelma koskee lapsen siittäneitä transnaisia muten kuin hedelmöityshoitotilanteissa sekä transmiehiä silloin, kun mies ei ole lapsen biologinen vanhempi eikä oikeudellista sukupuolta ole vielä vahvistettu mieheksi. Tilanteet eroavat toisistaan siten, että transnaisen kohdalla ongelmia syntyy, vaikka hän olisi lapsen biologinen vanhempi. Perhe-elämän suojan toteutuminen on hankalampaa, jos vanhempi on jo saanut sukupuolensa oikeudellisesti vahvistettua. Sen sijaan transmiesten kohdalla vastaavaa ongelmaa ei ole, sillä mahdollisuus vanhemmuuden vahvistamiseen ylipäätään ei jää riippumaan pelkästään vanhemman oikeudellisesta sukupuolesta.⁴³⁰ Transmiesten ongelmat liittyvät pikemminkin edellä kuvatulla tavalla sukupuoli-identiteetin kunnioitukseen. Tästä syystä keskityn perhe-elämän osalta transnaisten tilanteeseen.

Isyyslain 3 § 2 mom. 1) kohdan mukaan lapsen siittänyt henkilö on lapsen isä. Transnaisen kohdalla menettely isyyden vahvistamiseksi on kuitenkin epäselvä. Tilannetta on perusteltua arvioida positiivisten ja etenkin prosessuaalisten velvollisuuksien kannalta: valtion positiivisiin velvollisuuksiin kuuluu paitsi mahdollistaa oikeudellisen vanhemmuuden vahvistaminen lainsäädännössä, myös panna se tehokkaasti täytäntöön.⁴³¹ Tässä tapauksessa vanhemmuuden vahvistamiselle ei ole olemassa selvää menettelyä. Sovellettavaksi tulee pikemminkin 8 artikla kuin 13 artiklan mukainen oikeus tehokkaaseen oikeussuojakeinoon. 13 artikla on siinä mielessä epäitsenäinen, että se tulee kyseeseen, kun EIS:n mukaisia oikeuksia on väitetty loukatun.⁴³² Nyt käsillä olevassa tilanteessa potentiaalinen materiaallinen loukkaus itsessään aktualisoituu juuri siinä, ettei selkeää menettelyä ole olemassa. Tapauksessa *Menesson* EIT käsitteli biologisen vanhemmuuden vahvistamatta jättämisen negatiivisten velvoitteiden kautta.⁴³³ Tapauksen faktat⁴³⁴

⁴²⁹ *Marckx v. Belgia*, § 31.

⁴³⁰ Ks. taulukko 1.

⁴³¹ Akandji-Kombe 2007, s. 41.

⁴³² Pellonpää et. al. 2018, s. 967–969.

⁴³³ *Menesson v. Ranska*, §§ 48–50.

⁴³⁴ Ks. luku 4.5.2; *Menesson v. Ranska*, §§ 1–22.

eroavat kuitenkin nyt käsillä olevasta ongelmasta siten, että sitä oli perusteltua käsitellä pikemminkin ”puuttumisena” kuin ”velvollisuutena kunnioittaa”. Yleisesti biologisen vanhemmuuden tunnustamista lainsäädännössä on pidetty pikemminkin positiivisena velvollisuutena.⁴³⁵

Harkintamarginaalin osalta viitataan luvussa 6.2.1 esitettyyn. Vaikka valtion intressin hyväksyttävyyden ei varsinaisesti ole saanut itsenäistä asemaa EIT:n arvioinnissa,⁴³⁶ isyyden vahvistamismenettelyn osalta hyväksyttävän intressin epämääräisyys on kuitenkin käsillä olevassa tilanteessa merkityksellistä. Oikeudellisen sukupuolensa vahvistaneet transnaiset on mitä ilmeisimmin rajattu isyyden vahvistamismenettelyn ulkopuolelle hallituksen esityksessä 91/2014 vp, koska translain sterilisaatiovaatimuksen vuoksi lapsen siittämään kykeneviä oikeudelliselta sukupuoleltaan naispuolisia henkilöitä ei pitäisi olla olemassa. Siten valtion intressinä on oletettavasti ollut säilyttää lainsäädännön sisäinen johdonmukaisuus, jota EIT on pitänyt hyväksyttävänä intressinä.⁴³⁷ Kun tässä tapauksessa sterilisaatiovaatimuksen tiedetään loukkaavan ihmisoikeuksia, pyrkimystä koherenssiin sen kanssa voidaan tuskin pitää hyväksyttävänä. Lisäksi kuten aiemmin olen todennut, tasa-arvovaltuutettu oli jo tuolloin ottanut kantaa transsukupuolisten oikeuteen hedelmöityshoitoihin. Transsukupuolisten vanhempien olemassaolo ei siten ole voinut olla seikka, josta valtio ei ole ollut tietoinen. Lapsen siittänyt transnainen puolestaan joutuu käymään läpi hankalan ja potentiaalisesti nöyryyttävän byrokraattisen prosessin tullakseen biologisen lapsensa juridiseksi isäksi, kun edes toimivaltaisella viranomaisella ei näytä olevan käsitystä siitä, miten asiassa menetellään. Samalla huoltajuuden saaminen viivästyy, mikä on omiaan aiheuttamaan perheelle oikeudellista epävarmuutta. Katson, etteivät julkinen ja yksityinen intressi mitä ilmeisimmin ole tasapainossa, vaan valtio loukkaa velvollisuuttaan kunnioittaa transnaisten ja heidän lastensa välistä perhe-elämää. Lisäksi biologisen vanhemmuuden vahvistamatta jättämisen voi katsoa loukkaavan lapsen oikeutta tuntea alkuperänsä, kuten tapauksessa *Menesson v. Ranska*.⁴³⁸

Kysymys kuuluu myös, onko valtiolla velvollisuus ulottaa suoraan laista seuraava vanhemmuus koskemaan myös äidin kanssa samaa sukupuolta olevaan kumppaniin. Kuten todettua, etenkin transnaisilla voi olla hankaluuksia oikeudellisen vanhemmuuden vahvistamisessa avioliitosta ja biologisesta siteestä huolimatta. Hyväksyttävä intressi voisi sinänsä olla pyrkimys suojata lapsen oikeutta tuntea alkuperänsä, sillä jos isyysolettaman ohelle säädettäisiin äitiys- tai vanhemmuusolettama, se ei perustuisi oletettavaan biologisesta siteestä vastaavalla tavalla kuin isyysolettama. Lainsäädännössä kuitenkin tunnustetaan jo, että lapsen oikeudellinen vanhempi voi

⁴³⁵ Ks. esim. *Marckx v. Belgia*, § 31.

⁴³⁶ Viljanen 2005, s. 486.

⁴³⁷ *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*, § 47.

⁴³⁸ *Menesson v. Ranska*, §§ 100–101.

olla muu henkilö kuin biologinen vanhempi, ja on katsottu, että lapsen oikeus tuntea alkuperänsä on mahdollista toteuttaa riittävästi.⁴³⁹ Lisäksi Euroopan neuvoston parlamentaarinen yleiskokous on nimenomaisesti suositellut synnyttävän vanhemman kanssa samaa sukupuolta olevan kumppanin vanhemmuuden tunnustamista automaattisesti.⁴⁴⁰ EIT:n käsittelemissä tapauksissa toisinaan esitetty intressi suojata nimenomaan miehen ja naisen väliseen avioliittoon perustuvaa perhettä ei ole relevantti tässä tapauksessa, koska myös samaa sukupuolta olevien pariin on mahdollista avioitua Suomessa. Toisaalta intressipunninnassa on otettu huomioon myös väitetyn loukkauksen uhrin muulla tavoin saama suoja.⁴⁴¹ Jos vanhemmuus on mahdollista vahvistaa yksinkertaisella menettelyllä, vaikka suoraan lain nojalla syntyvää vanhemmuutta ei sovelleta, suojan on mahdollista katsoa toteutuvan riittävästi. Näin ei kuitenkaan ole ainakaan niiden transnaisten kohdalla, joiden oikeudellinen sukupuoli on jo siittämishetkellä ollut nainen. Vaikka EIS:sta ei vielä voitaisi johtaa tiukkaa velvollisuutta äidin kanssa samaa sukupuolta olevia kumppaneita koskevaan vanhemmuusolettamaan, äidin kanssa avioliitossa olevilla transnaisilla tulisi olla nykyistä helpompi tapa vahvistaa oikeudellinen vanhemmuutensa.

6.2.3 Syrjinnän kieltö

Vaikka yllä esitetystä poikkeavasti katsottaisiin, että Suomen lainsäädäntö ei olisi ristiriidassa EIS 8 artiklan velvoitteiden kanssa, tilannetta on arvioitava myös syrjinnän kiellon kannalta. Arvioin yhdessä 14 artiklan kanssa myös niitä tilanteita, joissa olen todennut 8 artiklan mukaisen oikeuden todennäköisen loukkauksen, koska syrjintä ja epäjohdonmukainen kohtelu ovat mielestäni loukkausten ytimessä. EIT:n omaksuman syrjinnän mallin mukaan on ensin arvioitava, onko löydettävissä samassa tilanteessa oleva verrokki.

Tuomioistuini ei ole aina katsonut, että trans- ja cissukupuoliset olisivat relevantisti samassa asemassa. Tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi* tuomioistuini katsoi, etteivät tilanteet ole verrannollisia, koska cissukupuoliset eivät edes haluaisi muuttaa oikeudellista sukupuoltaan.⁴⁴² Ratkaisu on kuitenkin mielestäni ilmeisen altis kritiikille, kuten olen luvussa 4.5.4 esittänyt. Koska tämän tutkielman aiheena on nimenomaan sukupuoli-identiteettiin perustuva syrjintä, haen verrokkia ensisijaisesti samassa tilanteessa olevista cissukupuolisista vanhemmista. Huomioitakoon, että verrokki voi olla myös toinen transsukupuolinen vanhempi, jonka tilanne jonkin yksityiskohdan osalta eroaa käsiteltävästä tilanteesta. Tällainen ero voisi olla esimerkiksi, missä vaiheessa

⁴³⁹ Ks. HE 3/2006 vp, s. 19–20 ja HE 91/2014 vp, s. 11–16 isyyden selvittämisestä ja kumoamisesta.

⁴⁴⁰ RES 2239 (2018), kohta 4.5.3.

⁴⁴¹ Ks. *Hämäläinen v. Suomi*, § 87.

⁴⁴² *Ibid.*, §§ 106, 112.

oikeudellinen sukupuoli on vahvistettu. Käsittelen näitä kuitenkin toissijaisina verrokkeina siitä syystä, että kaikkien mahdollisten eri perhetilanteiden läpikäyminen vaatisi kohtuuttoman laajan tilan tutkielmasta. Arviointi ei siten varsinaisesti eroa edellä esitetystä yksityiselämän suojaa koskevasta oikeasuhtaisuus- ja välttämättömyysharpinnasta.

Yksityiselämän suojan osalta pidän verrokkina ensinnäkin yleisesti samassa tilanteessa olevia cissukupuolisia vanhempia. Kun transvanhempi saa oman biologisen lapsen, hänen vanhemmuutensa vahvistetaan – jos vahvistetaan – tavalla, joka on ristiriidassa hänen sukupuoli-identiteettinsä kanssa, paitsi kun lapsi on saatu hedelmöityshoidon avulla ja vanhempi on ollut suostumuksen antamisen hetkellä ”oikeaa sukupuolta”. Cissukupuolisen henkilön vanhemmuus on puolestaan aina linjassa sukupuoli-identiteetin kanssa, kuten myös luvussa 2.5 esitetty taulukko osoittaa, koska vanhemmuuden määrittely perustuu oletamaan cis-heteronormatiivisesta suhteesta. Transvanhemmat ovat siis näissä tilanteissa huonommassa asemassa kuin cissukupuoliset vanhemmat.

Perhe-elämän suojan osalta on arvioitava useampia tilanteita. Ensinnäkin isyysolettaman osalta verrannollisia ovat kaikki lapsen synnyttäneen henkilön kanssa naimisissa olevat henkilöt – cismies, transmies, transnainen ja cisnainen. Näistä cismiehestä ja transmiehestä tulee suoraan lain nojalla lapsen isä. Koska isyysolettama on oletama biologisesta isyydestä, on mielekästä arvioida olettaman mahdollista todenmukaisuutta. Cismiehen ja transnaisen on mahdollista olla lapsen biologinen isä, mutta vain cismieheen sovelletaan isyysolettamaa. Transmies ei voi olla lapsen biologinen isä, mutta häneen sovelletaan oikeudellisen sukupuolen perusteella isyysolettamaa. Transnainen on siten huonommassa asemassa sekä cismieheen että transmieheen nähden. Cisnainen puolestaan ei voi olla lapsen biologinen isä, mutta hän on lapsen sosiaalinen vanhempi samalla tavalla kuin muut lapsen äidin kanssa naimisissa olevat ei-biologiset vanhemmat. Tilanne paljastaa sukupuoleen sidotun isyysolettaman cis-heteronormatiivisen mielivaltaisuuden.

Isyyden vahvistamisen osalta transnainen on jälleen huonommassa asemassa. Lapsen siittäneen cismiehen on mahdollista saada isyytensä vahvistettua tunnustamisen perusteella. Lapsen siittäneen transnaisen vastaava mahdollisuus riippuu siitä, mikä hänen oikeudellinen sukupuolensa oli siittämishetkellä. Mikäli hänet oli jo oikeudellisesti vahvistettu naiseksi, isyyden vahvistamisprosessi on epäselvä, kuten luvusta 2.5 ilmenee. Huomionarvoista on, että lapsen äidin kanssa naimisissa olevalla transnaisella, joka on siittänyt lapsen, on lapseen sekä biologinen side että avioliiton luoma sosiaalinen side. Vastaavassa tilanteessa oleva cismies on automaattisesti lapsen isä, kun taas transnainen voi joutua viemään asiansa tuomioistuimeen asti. Vaikka hänellä on oikeudellisesta näkökulmasta vahvin mahdollinen side lapseen, hänen mahdollisuutensa saada vanhemmuus vahvistettua on kaikista epävarmin. Hankaluus koskee myös transmiestä, johon ei

sovelleta isyysolettamaa ”väärän” oikeudellisen sukupuolen perusteella. Transnainen ei kuitenkaan ole näissä tilanteissa lapsen biologinen vanhempi – ja jos on, lapsi on saatu hedelmöityshoidon avulla,⁴⁴³ jolloin vanhemmuus vahvistetaan suostumuksen perusteella ja perhe-elämän suoja toteutuu. Kun transmies saa oman biologisen lapsen ilman hedelmöityshoitoa, hän on synnyttämisen perusteella lapsen äiti. Siten perhe-elämän suoja toteutuu eri tavalla transnaisen ja –miehen välillä, kun kyseessä on ilman hedelmöityshoitoa saatu oma biologinen lapsi.

Koska kyseessä on tilanne, jossa isyys- ja äitiyslain säännökset koskevat yhtä lailla niin transkuin cissukupuolisiakin vanhempia, mutta se johtaa *de facto* epäedullisempaan kohteluun, herää oletama niin sanotusta passiivisesta tai välillisestä syrjinnästä. Erilainen kohtelu on mahdollista oikeuttaa, jos sille on olemassa hyväksyttävä peruste. Arnardóttirin mukaan hyväksyttävän perusteen arvio on yhteydessä valtion harkintamarginaaliin.⁴⁴⁴ Passiivinen syrjintä puolestaan implikoi, että valtiolla on velvollisuus ryhtyä aktiivisiin toimiin erilaisuuden mahdollistamiseksi. Siten näissä tilanteissa arviointi ei ole yhtä tiukkaa kuin välittömän, aktiivisen syrjinnän tapauksissa.⁴⁴⁵ Vanhemmuuslainsäädännön kokonaisvaltaista uudistamista voidaan myös pitää sellaisena suurena muutoksena, jota todennäköisesti pidettäisiin myös syrjinnän näkökulmasta positiivisena velvoitteena ja siten lievemmin arvioitavana.⁴⁴⁶ Toisaalta hyväksyttävän perusteen tulee myös erilaisen kohtelun osalta olla oikeasuhtainen,⁴⁴⁷ mikä on yllä kuvatulla tavalla kyseenalaista tässä tilanteessa. Samoin Euroopan neuvosto itse on suositellut transvanhempien oikeudellisen sukupuolen tunnustamista myös vanhemmuutta koskevissa asiakirjoissa,⁴⁴⁸ mikä implikoi, että ainakin jonkinlaista lainsäädäntöuudistusta voidaan edellyttää.

Kun syrjinnän arviointi palautuu pitkälti vastaavaan oikeasuhtaisuusharkintaan kuin materiaalistien oikeuksien loukkauksien arvioinnissa, en toista tässä edellä esitettyä pohdintaa hyväksyttävän perusteen olemassaolosta ja oikeasuhtaisuudesta. Sen sijaan tarkastelen tilannetta eri tasa-arvoteorioiden näkökulmasta. Muodolliseen tasa-arvoon liittyvän *equality as consistency* – ajattelun kannalta vaikka laki on kaikille sama, sen taustalla olevat periaatteet yhtäältä biologisen vanhempi-lapsi-suhteen suojelusta ja toisaalta avioliittoon perustuvan sosiaalisen vanhemmuuden vahvasta asemasta ja olettamasta sukupuolen liittymisestä tiettyyn rooliin lisääntymisessä ja vanhemmuudessa johtaa epäjohdonmukaisiin lopputuloksiin etenkin transnaisten kohdalla. Myös

⁴⁴³ Transnaisen luovuttamaa munasolua käytetään hedelmöityksessä, ja lapsen synnyttää hänen kumppaninsa, ks. taulukko 1.

⁴⁴⁴ Arnardóttir 2002, s. 61.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, s. 174–175.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, s. 175–176.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, s. 88–89.

⁴⁴⁸ RES 2239 (2018), kohta 4.6.

tasapäästäminen eli samanlainen kohtelu relevanteista eroista huolimatta on syrjintää, koska se johtaa tosiasiallisesti erilaisiin lopputuloksiin.⁴⁴⁹ Transsukupuolisilla on muuten samanlaisessa tilanteessa sukupuoli-identiteettiin liittyviä erityisiä tarpeita (*differences in otherwise relevantly similar situations*), jotka tulisi ”samanlaiset samalla tavalla, erilaiset eri tavalla”-periaatteen mukaisesti ottaa huomioon.

Tilanteeseen liittyy muitakin kuin vain muodolliseen tasa-arvoon liittyviä ongelmia, sillä lainvalmistelumateriaali kertoo syrjivistä asenteista. Se, ettei tilanteeseen ole lainkaan otettu kantaa edes lainvalmistelussa ja isyysasioista vastaavan viranomaisen mukaan kysymys on teoreettinen, osoittaa, ettei transvanhempien mahdollisuuksia saada biologisia lapsia ole lainkaan selvitetty, vaan heidän olemassaolonsa on ikään kuin unohdettu tai sivuutettu lainsäädännössä. Vähemmistön näkymättömäksi tekeminen tällä tavalla ei pelkästään aiheuta oikeudellista epävarmuutta, vaan kertoo myös arvostuksen ja tunnustuksen puutteesta: transihmiset eivät ole samalla tavalla arvokkaita ja merkityksellisiä kuin valtaväestö, eikä heidän tarpeitaan tarvitse siksi huomioida lainsäädännössä.⁴⁵⁰ Siten tilanne on ongelmallinen myös esimerkiksi Fredmanin *equality as recognition* –teorian näkökulmasta. Epäedullisempi kohtelu, oikeasuhtaisuusvaatimuksen heikko toteutuminen ja se, että transvanhempien olemassaolo on käytännössä sivuutettu eli heidän intressejään ei ole edes yritetty ottaa asianmukaisella tavalla huomioon, puoltavat kantaa, että kyseessä on kielletty syrjintä.

6.2.4 Yhteenveto

Kuten luvussa 4 on esitetty, EIT:n transoikeuksia koskevaa oikeuskäytäntöä voidaan pitää kiistanalaisena. Ratkaisut ovat usein olleet äänestysratkaisuja, ja eri mieltä olevat tuomarit ovat kritisoineet tuomioistuimen metodologiaa, muun muassa *Airey* –standardin noudattamatta jättämistä. Samoin syrjintää koskeva oikeuskäytäntö on epäjohdonmukaista.⁴⁵¹ Kun valtiolle on yleensä suotu laaja harkintamarginaali ja transperheitä on arvioitu osin eri kriteerein kuin ns. perinteisiä perheitä,⁴⁵² tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa olisi periaatteessa mahdollista päätyä myös vastakkaisiin lopputuloksiin kuin mitä olen tässä luvussa esittänyt. Lopputulos riippuu siitä, kuinka tiukasti valtion velvollisuuksia arvioidaan. Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen lokakuussa 2018 antaman sateenkaariperheitä koskevan päätöslauselman valossa on kuitenkin perusteita katsoa, että transoikeuksia koskeva harkintamarginaali on entistä kapeampi, ja puoltaa *living instrument* –opin mukaista tulkintaa. Vaikka perhe- ja yksityiselämän suoja itsessään ei olisi loukattu vaan molempien

⁴⁴⁹ esim. *Thlimmenos v. Kreikka*, § 44.

⁴⁵⁰ Ks. tästä esim. Fredmanin neliosainen tasa-arvon malli ja *equality as recognition*, yllä 3.2.2.

⁴⁵¹ Gomien et. al. 1996, s. 346.

⁴⁵² Ks. *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

sinänsä katsottaisiin toteutuvan riittävällä tavalla, on kuitenkin selvää, että transvanhemmat ovat cisvanhempia huonommassa asemassa monessa eri vanhemmuuden vahvistamisen tilanteessa, ja erottelu perustuu mielivaltaisiin kriteereihin, kuten vanhemman oikeudelliseen sukupuoleen tietyllä hetkellä. Lainsäädäntö on sinänsä neutraalia, että samoja sääntöjä sovelletaan sekä cis- että transsukupuolisiin vanhempiin. Ongelma on kuitenkin nimenomaan tasapäistäminen: laki ei tunnista transvanhempien erilaisia tarpeita, mikä johtaa tosiasiallisesti huonompaan asemaan vanhemmuuden vahvistamisen suhteen. Siten katson, että nykyinen vanhemmuuslainsäädäntömme rikkoo vähintään EIS 8 artiklaa yhdessä 14 artiklan kanssa.

6.3 Mihin perustuslaki velvoittaa?

Käsillä olevassa tilanteessa on perusteita katsoa, että transihmisten 8 ja 14 artiklan mukaisia ihmisoikeuksia loukataan. Periaatteessa olisi mahdollista puoltaa myös vastakkaista kantaa vetoamalla EIT:n tyypillisesti suomaan laajaan harkintamarginaaliin. Näin ei kuitenkaan voida välttää perusoikeuksista seuraavia velvollisuuksia. Kun ihmisoikeuksia on kohdeltavaperusoikeuksiin nähden minimi- muttei maksimisuojana ja ihmisoikeusloukkauksen olemassaololle on varteenotettavia perusteluja, kun vastakkainen kanta nojaa lähinnä valtion harkintamarginaaliin oikeasuhtaisuuden toteuttamisessa, on perusteita katsoa, että nykylainsäädäntö loukkaa perusoikeuksia. EIT:n vapauttavia tuomioita on mahdollista perustellusti kritisoida muun muassa metodologian ja oikeuksien vakavasti ottamisen näkökulmasta, joten olisi ongelmallista, jos perusoikeussuojaa ei ulotettaisi tässä tapauksessa ihmisoikeussuojaa korkeammalle tasolle, vaikka katsottaisiin, ettei ihmisoikeuksia ole loukattu. Valtio ei voi vedota EIS:n suomaan harkintamarginaaliin kansallisessa perusoikeuksien valvonnassa.⁴⁵³

Kysymys kuuluu, millaisia velvollisuuksia valtiolla on tällaisessa tilanteessa. Kun kyseessä on ihmisoikeusloukkaus, lainsäätäjällä on velvollinen ryhtymään toimiin, koska ihmisoikeussopimus velvoittaa myötävaikuttamaan kansainvälisten velvoitteiden toteuttamiseen.⁴⁵⁴ Perustuslain 22 § velvoittaa valtion turvaamaan perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumisen aktiivisin toimin.⁴⁵⁵ Mikäli katsottaisiin edellä esitetystä poikkeavasti, että nykylainsäädäntö ei loukkaa ihmisoikeussopimusta, valtiolla voi olla toimintavelvollisuus myös perusoikeuksien perusteella. Perusoikeuksia ei tule lähestyä minimalistisesti,⁴⁵⁶ vaan perustuslaki itsessään velvoittaa myös toimiin.

⁴⁵³ Viljanen 2005, s. 499, 514.

⁴⁵⁴ Scheinin 1991 s. 296–298.

⁴⁵⁵ Saraviita 2016, s. 293.

⁴⁵⁶ Ojanen 2011 s. 447.

Kuten todettua, velvollisuuden voi perustaa ensinnäkin PL 22 §:n mukaiseen julkisen vallan velvollisuuteen turvata perus- ja ihmisoikeudet. Tästä voidaan johtaa myös velvollisuus ryhtyä lainsäädäntötoimenpiteisiin. Tämä velvollisuus on siinä mielessä heikko, ettei sen toteuttamatta jättämisestä seuraa (valtionsisäisiä) sanktioita.⁴⁵⁷ Kun Rinteen (I) hallitusohjelmaan on otettu kirjaus vanhemmuuslain säätämisestä, PL 22 §:n yleisluontoinen turvaamisvelvollisuus ei ole ainoa lainsäätäjään kohdistuva velvollisuus, vaan suunniteltu vanhemmuuslaki on säädettävä perusoikeuksien rajoittamisedellytyksiä noudattaen. Yksityiselämää koskevat perusoikeuksien rajoitusedellytykset ovat pitkälti linjassa EIT:n oikeuskäytännössä muotoutuneen rajoitustestin kanssa. Kuten edellä on esitetty, perusoikeuksien rajoitusedellytykset ovat kuitenkin tiukempia kuin EIS:n mukaisten oikeuksien. Viljasen mukaan se, että hyväksyttävyyssriteeri mainitaan EIS:n artiklassa, on välttämätön, muttei riittävä ehto rajoittaa perusoikeutta, ja perusoikeuksien rajoittamisessa korostuu välttämättömyysvaatimus.⁴⁵⁸ Siten perusoikeuksien toteutumisen näkökulmasta on suhtauduttava kriittisesti ihmisoikeuden rajoittamisiin laajoilla tai epämääräisillä perusteilla. Katson, ettei yksityiselämää perusoikeutena olisi sallittua rajoittaa ainoastaan lainsäädännön johdonmukaisuuden vuoksi. Perinteisen perheen suoja on EIT:n käytännössä katsottu hyväksyttäväksi intressiksi, tosin positiivisten velvollisuuksien osalta eikä siten varsinaisena 8(2) artiklan mukaisena rajoitusperusteena. Käsitteenä se on esittämälläni tavalla epämääräinen, joten katson, ettei perusoikeuksien rajoitus olisi sallittua tällaisella lavealla ja vaikeasti määriteltävällä perusteella. Perustuslain kannalta hyväksyttäväksi rajoitusperusteeksi olisi tässä tapauksessa ajateltavissa lapsen (perus)oikeuksien suojeleminen. Tällöinkin olisi nähdäkseni oltava täsmällinen sen suhteen, mikä oikeus on kyseessä.⁴⁵⁹

Yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltoa koskeva PL 6 § kattaa sekä muodollisen että tosiasiallisen yhdenvertaisuuden.⁴⁶⁰ Pykälän 2 momentin tarkoituksena on estää syrjivä lainsäädäntö, mutta se ei sisällä toimeksiantoa poistaa olemassa olevaa, asiallisesti syrjivää lainsäädäntöä.⁴⁶¹ Kun suunnitteilla on vanhemmuuslain säätäminen, laki on säädettävä PL 6.2 §:n mukaisesti. Perustuslakivaliokunnan käytännössä pykälän ei ole katsottu asettavan tiukkoja rajoja lainsäätäjälle.⁴⁶² Lainsäätäjään ei kohdistu ehdotonta kieltoa asettaa ihmisiä eri asemaan juuri

⁴⁵⁷ Saraviita 2016, s. 293.

⁴⁵⁸ Viljanen 1996, s. 804–805.

⁴⁵⁹ Vrt. EIT:n varsin epämääräiset lapsen etua koskevat perustelut tapauksessa *X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

⁴⁶⁰ Saraviita 2016, s. 147–148; HE 309/1993 vp, s. 42.

⁴⁶¹ Saraviita 2016, s. 148.

⁴⁶² PeVL 25/2006 vp, s. 2.

syrjintäkiellossa mainitun erotteluperusteen vuoksi, mutta kynnys on korkealla.⁴⁶³ Keskeistä on, voidaanko erottelu perustella perustuslain kannalta hyväksyttävällä tavalla.⁴⁶⁴ Arviointiin vaikuttavat sekä erilaisen kohtelun syyt että sen vaikutukset. Lainsäädännön on tunnistettava ihmisten väliset erot ja erilaiset tarpeet, jotta tosiasiallinen yhdenvertaisuus toteutuisi. Edellä esitetyn perusteella katson, ettei tosiasiallisesti erilaiselle kohtelulle ole riittävän painavia, perusoikeusjärjestelmän kannalta kestäviä perusteita, ja se johtaa transvanhemmille kohtuuttomaan lopputulokseen. Siten tulevassa vanhemmuuslaissa olisi määriteltävä isyys ja äitiys nykyisestä poikkeavalla tavalla ja ottaa huomioon transsukupuolisten oikeus sukupuoli-identiteetin kunnioitukseen ja perhe-elämän suojaan. Tarkastelen mahdollisia vaihtoehtoja seuraavassa luvussa.

Perustuslaista seuraa tuomioistuimille ja muille viranomaisille velvollisuuksia jo ennen mahdollisen lakiuudistuksen voimaantuloa. Lainsäätäjään ja –soveltajaan kohdistuvat velvollisuudet ovat erilaisia, ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta lainsoveltajan on oltava niin sanotusti ”sokea” ja soveltaa muodollista yhdenvertaisuutta, mikä tarkoittaa, ettei ihmisten välille saa tehdä muita kuin laissa mainittuja erotteluja.⁴⁶⁵ Toisaalta tuomioistuimella voi PL 106 §:n nojalla olla velvollisuus todeta, että lainmukainen erottelu on ilmeisesti perustuslain vastainen. Perustuslain etusija tai perus- ja ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta eivät kuitenkaan ratkaise kaikkia epäkohtia. PL 106 §:n on katsottu koskevan vain tuomioistuinta, kun taas myös muita viranomaisia koskeva PL 107 § mahdollistaa ainoastaan lakia alemman asteisten säännösten soveltamatta jättämisen perustuslain etusijan perusteella. Isyyden vahvistamisen soveltumattomuus transnaisiin on pääteltävissä *e contrario* isyyslakia koskevan hallituksen esityksen sanamuodosta.⁴⁶⁶ Kun kuitenkin isyyslain sanamuodon mukaan isä on se, joka on siittänyt lapsen, jonka siittiötä on käytetty äidin hedelmöittämiseen muulla tavalla, tai se [mies], joka on antanut suostumuksensa hedelmöityshoitoon, olisi myös perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan perusteella päädyttävä lain sanamuodon mukaiseen tulkintaan ja vahvistaa transnainen isäksi. Ristiriita näyttäisi olevan poistettavissa tulkinnalla, eikä PL 106 § siten soveltuisi tilanteeseen. Tulkinnan ja tavallisen lain soveltamatta jättämisen välinen raja on epäselvä.⁴⁶⁷ Joka tapauksessa PL 106 § ei ratkaisisi koko ongelmaa, sillä maistraatilla ei ole toimivaltaa jättää lakia soveltamatta sen nojalla.⁴⁶⁸ Ongelman ydin on, että vaikka isyys vahvistettaisiin tuomioistuimessa perusteella tai toisella, pelkästään se, että transnainen joutuisi nostamaan kanteen tuomioistuimessa, asettaisi hänet epäedullisempaan asemaan cismiehiin nähden,

⁴⁶³ HE 309/1993 vp, s. 44.

⁴⁶⁴ PeVL 25/2006 vp, s. 2.

⁴⁶⁵ Ojanen & Scheinin 2010, osa III luku 2.

⁴⁶⁶ HE 91/2014 vp, s. 31.

⁴⁶⁷ Scheinin 1991, s. 219–220.

⁴⁶⁸ Saraviita 2016, s. 907–921.

kun isyyden vahvistamisprosessi olisi hankalampi kuin cissukupuolisilla isillä, jotka voivat tunnustaa lapsen jo neuvolassa. Maistraatilla on sinänsä velvollisuus perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan,⁴⁶⁹ mikä tässä tapauksessa viittaisi siihen, että transnainen olisi vahvistettava lapsen isäksi. Kun maistraatille on kuitenkin ilmeisesti tällä hetkellä epäselvää, miten transnaisten tilanteessa pitäisi toimia,⁴⁷⁰ on mahdollista, että asia etenisi tuomioistuimeen. Lainsäädännön epäselvyys vaarantaa siten transnaisten yhdenvertaisuuden, ja sitä olisi selkiytettävä.

7 Tapoja tunnustaa transvanhemmuus: Ruotsin malli

7.1 Ruotsi vertailukohtana

Suomi on ainoa Pohjoismaa, joka edelleen pitää lisääntymiskyvyttömyyttä oikeudellisen sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä. Euroopan neuvoston jäsenmaista Ruotsi, Belgia, Slovenia ja Malta mahdollistavat transvanhemman sukupuoli-identiteetin huomioimisen vanhemmuuden vahvistamisessa.⁴⁷¹ Tarkastelen tässä luvussa, miten transvanhemmuudesta on säädetty Ruotsissa. Pidän Ruotsia parhaana vertailukohtana vanhemmuuslainsäädännön samankaltaisuuden vuoksi, sillä tarkoitukseni on selvittää, millaiset uudistukset voisivat olla mahdollisia Suomessa. Lisäksi valintaani ovat vaikuttaneet puhtaan tutkimusekonomiset syyt; Ruotsin lainsäädännön sisällön selvittäminen on yksinkertaisesti ollut helpointa. Tässä tutkielmassa ei ole mahdollista tarkastella kaikkien transvanhemmuuden tunnistavien valtioiden lainsäädäntöratkaisuja, vaan se vaatii laajempaa tutkimusta.

Ruotsi on ratifoinut Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja saattanut sen voimaan dualistisen järjestelmän mukaisesti 1950-luvulla.⁴⁷² Ruotsalainen vanhemmuutta koskeva lainsäädäntö on monin tavoin samanlaista kuin suomalainen, ja EIS:n jäsenvaltiona Ruotsilla on pitkälti samat velvollisuudet kuin Suomella.⁴⁷³ Joitakin eroja kuitenkin on. Ruotsi on ollut ihmisoikeussopimuksen osapuoli huomattavasti Suomea pidempään. Alkujaan sillä oli vaikea suhde EIS:een, sillä yksilönvapauksien korostamista ei tunnettu sopivaksi sosiaalidemokratiassa; yksilön parhaana pidettiin nimenomaan yhteisöä.⁴⁷⁴ Oikeuspositivistinen perinne oli ristiriidassa ihmisoikeuksien kanssa, sillä

⁴⁶⁹ PeVL 6/1988 vp ja 2/1990 vp.

⁴⁷⁰ Kaanaa-Jönkkäri 19.11.2018.

⁴⁷¹ Trans Rights Europe Map & Index 2018. Transgender Europe. <https://tgeu.org/trans-rights-map-2018/>.

⁴⁷² Scheinin 1991 s.87–90.

⁴⁷³ Erilaiset velvollisuudet johtuvat edellä kuvatusta harkintamarginaaliopista.

⁴⁷⁴ Sundberg 2001, s. 389.

ihmisoikeuksille ominaisella luonnonoikeusajattelulla ei ollut tukea Ruotsissa.⁴⁷⁵ Suhtautuminen muuttui suopeammaksi 1990-luvulla Euroopan unioniin liittymisen vuoksi, ja EIS:ta alettiin pitää osana ruotsalaista lainsäädäntöä.⁴⁷⁶ Suomeen verrattuna EIS:n ottaminen osaksi oikeusjärjestelmää on siis ollut pidempi ja hankalampi prosessi; Suomi ratifioi sopimuksen verrattain myöhään, mutta se otettiin osaksi oikeusjärjestystä perustuslakiuudistuksen yhteydessä. Nämä erot eivät kuitenkaan ole sillä tavoin merkittäviä, että ne estäisivät vanhemmuuslainsäädännön ja sen ihmisoikeuksien mukaisuuden mielekkään vertailun.

7.2 Äitiyden määrittely pääpiirteittäin

Ruotsissa vanhemmuus määritellään pitkälti samojen periaatteiden mukaisesti kuin Suomessa. Vanhemmuutta koskevat *föräldrabalk* (1949:381, suom. vanhempainlaki) ja *lag om genetisk integritet m.m.* (2006:351, suom. perinnöllisestä koskemattomuudesta annettu laki), jonka 6. ja 7. luvuissa säädetään hedelmöityshoidosta. Äitiys määritellään pääsääntöisesti *mater est* -periaatteen mukaisesti ja siten nainen, joka synnyttää lapsen, on äiti. Myös silloin, kun lapsi syntyy hedelmöityshoidon seurauksena ja prosessissa käytetään muun henkilön kuin synnyttävän naisen munasoluja, synnyttäjä on lapsen äiti (*föräldrabalk* 2002:251, 7 §). Sekä nykyisen että kumottujen hedelmöityshoitoa koskevien lakien soveltamisalan määrittelyssä puhutaan myös *naisen* hedelmöittämisestä (*lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.* 6:1, 7:1; *lag (2002:252) om befruktning utanför kroppen* 1 §, *lag (1984:1140) om insemination* 1 §). Ruotsissa naisparin on ollut mahdollista saada hedelmöityshoitoa yhdessä siten, että molemmista tulee lapsen vanhempia, jo aiemmin kuin Suomessa. Jos lapsi on syntynyt hedelmöityshoidon seurauksena, äidin naispuolinen aviopuoliso, rekisteröity parisuhdekumppani tai avopuoliso voidaan rekisteröidä lapsen vanhemmaksi suostumuksen perusteella (*föräldrabalk* 2009:254, 9 §). Tällöin lapsen synnyttänyt nainen on äiti, mutta kumppani on vanhempi (*förälder*), ei äiti. Tämä koskee niitä tilanteita, joissa hedelmöityshoitoa on annettu Ruotsin lain (*lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.*) mukaisesti. Jos hedelmöitys on tehty ulkomailla tai siinä ei ole muuten noudatettu kyseisen lain säännöksiä, sukusolujaan luovuttanut mies vahvistetaan isäksi.

7.3 Isyyden määrittely pääpiirteittäin

Isyyden määrittely perustuu avioliitossa isyysolettamaan. Jos lapsen äiti on avioliitossa tai hänestä on vastikään tullut leski, lapsen isä on aviomies tai vastaavasti menehtynyt aviomies (*föräldrabalk* 1

⁴⁷⁵ Sundberg 2001, s. 391; ks. myös Jyränki 1989, s. 268–282.

⁴⁷⁶ Sundberg 2001, s. 395.

§). Lain 2 §:n mukaan muun kuin aviomiehen vahvistaminen isäksi on mahdollista kolmessa tilanteessa. 2 § 1 momentin 1) kohdan mukaan se on mahdollista, jos on selvitetty, että äiti on ollut sukupuoliyhteydessä toisen miehen kanssa sellaisena aikana, jolloin lapsi on voitu siittää, ja on todennäköistä, että toinen mies on siittänyt lapsen. 2) kohdassa puolestaan edellytetään, että lapsen perintötekijät tai muut erityiset olosuhteet osoittavat varmuudella, ettei aviomies ole lapsen isä. 3) kohdan mukaan isyys voidaan vahvistaa muulle kuin aviomiehelle, jos lapsi on siitetty ennen avioliittoa tai aikana, jolloin puoliset asuivat erillään, ja on todennäköistä, että he eivät ole olleet tuolloin sukupuoliyhteydessä. Isyys voidaan 2 § 2 momentin mukaan kumota myös, jos aviomies hyväksyy kirjallisesti toisen miehen tunnustaman isyyden.

Avioliiton ulkopuolella isyys perustuu tunnustukseen tai tuomioon. 5 §:n mukaan tunnustuksen on oltava kirjallinen ja kahden henkilön todistama. Tuomioistuimessa vahvistamisen edellytykset vastaavat isyyden kumoamisen edellytyksiä. Jos lapsi on saanut alkunsa hedelmöityshoidon seurauksena, isä on 8 §:n mukaan äidin kanssa avio- tai avoliitossa elävä mies, joka on antanut suostumuksensa hoitoihin. Siten isyyden määrittely on pitkälti samankaltaista kuin Suomen isyyslaissa. Suomen tavoin myös Ruotsissa isyysolettaman tarkoituksena on ollut suojata avioliittoon perustuvaa perhettä ulkopuolisilta. Lisäksi tarkoituksena on ollut suojata myös lapsia: koska avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen asema oli huonompi kuin avoliitossa syntyneen, katsottiin tarpeelliseksi ulottaa isyysolettama koskemaan myös sellaisia lapsia, jotka saattoivat olla toisen miehen siittämiä.⁴⁷⁷

7.4 Transvanhemmat Ruotsissa

7.4.1 Uuden määrittelyn tausta

Transsukupuolisen henkilön sukupuoli-identiteetin oikeudellinen vahvistaminen edellyttää Ruotsin translain (*lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall*) 1 §:n mukaan, että henkilö on täyttänyt 18 vuotta, on kokenut pitkään kuuluvansa eri sukupuoleen kuin mihin hänet on väestötietojärjestelmässä merkitty, on elänyt sosiaalisesti identiteettinsä mukaisesti ja hänen voidaan olettaa tekevän niin myös tulevaisuudessa. Mitään lääketieteellistä sukupuolenkorjaustoimenpidettä ei edellytetä. Kun sterilisaatiovaatimus poistettiin Ruotsissa, hallitus katsoi, että niissä tapauksissa, joissa sukupuolella on vanhemmuuden kannalta merkitystä, määrittely perustuu sukupuoli-identiteettiin. Tällöin myös katsottiin, että vanhemmuuslainsäädännön lähtökohtana on, että äiti on nainen ja isä mies. Käsitettä ”vanhempi” taas käytettiin äidin kanssa parisuhteessa olevasta

⁴⁷⁷ Singer 2000, s. 131–132.

naisesta.⁴⁷⁸ Tällöin huomioitiin, etteivät säännökset sovellu suoraan transvanhempiin. Hallitus linjasi kuitenkin, että niitä voitaisiin soveltaa analogisesti myös transvanhempiin ilman, että lapsen tilanteen oikeusvarmuus vaarantuu.⁴⁷⁹ Hallitus asetti vuonna 2013 toimikunnan selvittämään lainsäädännön uudistustarpeita tahattoman lapsettomuuden osalta. Loppumietintö *Olika vägar till föräldraskap* (SOU 2016:11) annettiin oikeus- ja maahanmuuttoministerille helmikuussa 2016. Mietinnössä on käsitelty myös transvanhemmuuteen liittyviä kysymyksiä. Ehdotettujen lainmuutosten oli tarkoitus tulla voimaan 1.1.2018.⁴⁸⁰ Näin ei kuitenkaan tapahtunut, vaan laadittiin vielä toinen mietintö transihmisten asemasta yhteiskunnassa, *Transpersoner i Sverige* (SOU 2017:92). Hallitus jätti 8.2.2018 lakineuvoston lausuntokierrokselle vanhemmuuslainsäädännön uusimista koskevan ehdotuksen *Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap* (2017/18:155). Ehdotus hyväksyttiin ja lakimuutos (*föräldrabalk* 2018:1279) tuli voimaan 1.1.2019.

7.4.2 Aiemman lainsäädännön ongelmat

Vuoden 2016 mietinnöistä ilmenee, ettei analoginen soveltaminen ollut ongelmatonta. Ensinnäkin vanhemmuus on toisinaan rekisteröity vanhemman sukupuoli-identiteetin kanssa ristiriidassa olevalla tavalla. Verovirasto (*Skatteverket*) on esimerkiksi rekisteröinyt lapsen synnyttäneen transmiehen lapsen äidiksi *mater est* -periaatteen nojalla, mistä mies valitti hallintotuomioistuimeen. Tuomioistuin hyväksyi kanteen ja mies rekisteröitiin lapsen isäksi. Kamarioikeus hylkäsi verohallinnon valituksen.⁴⁸¹ Vuonna 2016 oli tiedossa kaksi lainvoimaista tuomiota, joissa transmies on valituksen johdosta vahvistettu lapsen isäksi äidin sijaan.⁴⁸² Tiedossa ei tuolloin ollut transnaisia koskevia tapauksia.⁴⁸³ Uuden linjauksen mukaan kuitenkin myös transnaisilla on mahdollisuus saada vanhemmuutensa rekisteröityä sukupuoli-identiteettiä vastaavalla tavalla.⁴⁸⁴ Verovirasto on ilmoittanut, että kamarioikeuden tuomioiden lainvoimaisiksi tuleminen jälkeen kymmenkunta ihmistä on ollut yhteydessä viranomaisiin saadakseen vanhemmuuden ja huoltajuuden rekisteröintiä muutettua.⁴⁸⁵

Vanhemman ja lapsen välisen oikeudellisen suhteen pysyvyydessä on ollut teknisiä ongelmia. Kun vanhemman oikeudellinen sukupuoli muuttui, oikeudellinen side katkesi hetkellisesti, kun huoltajuus

⁴⁷⁸ SOU 2016:11, s. 588.

⁴⁷⁹ Prop. 12/13:107, s. 19–20.

⁴⁸⁰ Ruotsin hallituksen lehdistötiedote 24.2.2016

(<http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2016/02/olika-vagar-till-foraldraskap/>).

⁴⁸¹ SOU 2016:11, s. 598.

⁴⁸² *Ibid.*, s. 599.

⁴⁸³ *Ibid.*, s. 599.

⁴⁸⁴ SOU 2017:92, s. 250.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

oli sidoksissa vanhaan, kumottuun sosiaaliturvatunnukseen.⁴⁸⁶ Näin oli myös silloin, kun lapsen oikeudellinen sukupuoli muuttui. Oikean henkilötunnuksen ilmoittaminen veroviraston huoltajuutta koskevaan rekisteriin oli asianomaisen henkilön itsensä vastuulla.⁴⁸⁷ Verovirasto on ilmoittanut aloittaneensa sittemmin käytännön, jonka mukaan uusissa tapauksissa vanhemman muuttunut oikeudellinen sukupuoli ja henkilötunnus huomioidaan lapsen tiedoissa huoltajuusrekisterissä.⁴⁸⁸

Lisäksi analoginen soveltaminen aiheutti ongelmia terveydenhuollossa. Sukupuoltaan korjannet henkilöt eivät aina saaneet hedelmöityshoitoa eivätkä raskaana olevat miehet voineet tehdä aborttia, sillä hoitolaitosten henkilökunta ei ollut tietoinen mahdollisuudesta soveltaa sukupuolittuneita määritelmiä sisältäviä säännöksiä analogisesti.⁴⁸⁹ Myös terveydenhuollon sähköiset järjestelmät aiheuttivat ongelmia, eikä raskaana olevia transmiehiä esimerkiksi pystytty kirjaamaan sähköiseen potilastietojärjestelmään eivätkä he saaneet toivomaansa kivunlievitystä, sillä sähköisessä järjestelmässä kyseistä kivunlievitystä saattoi määrätä vain naisille.⁴⁹⁰ Sen sijaan tiedossa ei ole tapauksia, joissa transvanhempi ei olisi saanut vanhemmuuden perusteella myönnettävää sosiaalietuutta.⁴⁹¹

Verovirasto huomautti myös, että rekisterimerkintöjen muuttaminen vastaamaan vanhemman sukupuoli-identiteettiä saattaa aiheuttaa ongelmia väestökirjanpidossa. Koska silloisen lain mukaan lapsella ei voinut olla oikeudellisesti kahta äitiä tai isää ja vanhempaa, koska termi ”vanhempi” tarkoitti vain yhdessä lapsen synnyttäneen äidin kanssa hedelmöityshoitoa saanutta naista, esimerkiksi tällaiset muutetut rekisterimerkinnät saatettaisiin tulkita virheiksi. Siksi veroviraston kannan mukaan lainsäätäjän tuli muuttaa vanhemmuuden määrittelyä esimerkiksi ottamalla käyttöön sukupuolineutraalit vanhemmuustermit, jotta kuvatus laisia ongelmia ei esiintyisi. Samoin verovirasto huomioi, että esimerkiksi ulkomailla oikeudellista sukupuoltaan muuttaneiden ja sittemmin Ruotsissa lapsia saaneiden henkilöiden lasten kansalaisuusksymyksissä saattaisi ilmetä ongelmia.⁴⁹²

Yksityiselämän suojan osalta mietinnössä SOU 2016:11 todetaan, ettei EIT:lla ole selkeää transsukupuolisten vanhempien oikeuksia koskevaa linjausta. Toimikunta tulkitsee *Christine Goodwin* -tapauksen osoittaman linjan olevan, että yksilön oikeudet ja velvollisuudet määräytyvät ”uuden”

⁴⁸⁶ SOU 2017:92 s. 247.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, s. 250.

⁴⁸⁸ *Ibid.*; Skatteverket 2016-05-31.

⁴⁸⁹ SOU 2016:11 s. 599.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Ibid.*, s. 600.

⁴⁹² SOU 2017:92 s. 250–251.

sukupuoli-identiteetin mukaan,⁴⁹³ joskin tapaus *Hämäläinen v. Suomi* osoittaa, että poikkeukset ovat mahdollisia.⁴⁹⁴ 8 artiklan vanhemmuuden rekisteröimiselle asettamat vaatimukset ovat tässä valossa epäselvät. Mietinnössä lähdetään siitä, että oikeus sukupuoli-identiteetin oikeudelliseen tunnustamiseen kattaa muun muassa sen, että virallisten asiakirjojen merkinnät vastaavat sukupuoli-identiteettiä. Samoin se kattaa oikeuden olla paljastamatta tietoa sukupuolenkorjauksesta vasten tahtoaan.⁴⁹⁵ Vanhemmuuden rekisteröimisen sukupuoli-identiteetin kanssa ristiriitaisella tavalla todetaan yksiselitteisesti vaarantavan tämän oikeuden. Lisäksi mietinnössä todetaan, että yksityisyyden loukkauksen lisäksi tiedon vuotaminen saattaa johtaa myös muihin kielteisiin seurauksiin, jotka johtuvat transsukupuolisiin kohdistuvista ennakkoluuloista.⁴⁹⁶

Ei ole myöskään lapsen edun mukaista, jos ulkopuoliset saavat vanhemman sukupuoli-identiteetistä arkaluontoisia tietoja. Lapsi saattaa joutua epämukaviin tilanteisiin, jos hän joutuu selittämään, miksi vanhempi on ”väärää” sukupuolta. Lisäksi mietinnössä todetaan, että koska miespuolisia vanhempia pidetään yleensä isinä ja naispuolisia äiteinä, olisi lapsen edun mukaista, että vanhemmuuden rekisteröinti vastaa näin koettua todellisuutta.⁴⁹⁷ Lapsen oikeus tuntea alkuperänsä saattaa muodostaa ongelman, jos synnyttäjä rekisteröidään isäksi tai siittäjä äidiksi. Mietinnön mukaan tilanne ei kuitenkaan ole sen ongelmallisempi kuin keinohedelmöitystilanteissa. Joka tapauksessa lapsen oikeus voidaan turvata muilla keinoin kuin tiukasti biologiseen sukupuoleen sidotulla rekisteröintitavalla.⁴⁹⁸

7.4.3 Uusi vanhemmuuslainsäädäntö

Mietinnössä SOU 2016:11 esitettiin, että kun kyseessä on transvanhempi, vanhemmuus tulee rekisteröidä vanhempien oikeudellisen sukupuolen mukaisesti. Samoin vanhemmilla tulisi lähtökohtaisesti olla samat oikeudet ja velvollisuudet kuin mitä heillä olisi ollut, jos he olisivat saaneet lapsia ennen sukupuolenkorjausta. Tämä siis tarkoittaa, että synnyttävään vanhempaan tulee soveltaa äitiyttä koskevia sääntöjä ja siittäneeseen vanhempaan isää koskevia sääntöjä huolimatta siitä, millä nimikkeellä oikeudellinen vanhemmuus on rekisteröity.⁴⁹⁹

Lausuntokierroksella Göteborgin yliopiston kauppakorkeakoulun oikeustieteen laitos (*Juridiska institutionen vid Handelshögskolan vid Göteborgs universitet*), ruotsalainen hbtqi-järjestö RFSL

⁴⁹³ SOU 2016:11 s. 602.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ibid.*, s. 602

⁴⁹⁷ *Ibid.*, s. 603

⁴⁹⁸ *Ibid.*, s. 603-604

⁴⁹⁹ *Ibid.*, s. 601

sekä tasa-arvoasiamies kritisoivat ehdotusta. Nämä tahot huomauttivat, että transvanhempia koskevat erityissäännökset yleisten, sukupuolineutraalien vanhemmuustermien sijaan voivat aiheuttaa ongelmia. Koska vanhemmuus määriteltäisiin edelleen joissain tapauksissa eri tavalla sen perusteella, ovatko vanhemmat cis- vai transsukupuolisia (ks. yllä 7.4.2), transvanhemmat saattaisivat joutua paljastamaan arkaluonteisia tietoja sukupuoli-identiteetistään viranomaisille.⁵⁰⁰ Koska oikeudellisesti kahden äidin ja kahden isän perheet olisivat mahdollisia vain silloin, kun joku vanhemmista on transsukupuolinen, ehdotus johtaisi siihen, että henkilön transtausta paljastuisi.⁵⁰¹ Ehdotusta voisi olla vaikea soveltaa intersukupuolisiin vanhempiin.⁵⁰² Lisäksi olisi ongelmallista, jos isyysolettamaa ei voitaisi soveltaa sukupuoltaan korjanneisiin henkilöihin.⁵⁰³

Hallituksen esityksessä 2017/18:155 todetaan, että on kuitenkin tarkoituksenmukaisinta muuttaa vanhemmuuslainsäädäntöä mietinnössä SOU 2016:11 ehdotetun mukaisesti. Ensinnäkin cissukupuolisilla kahden isän ja kahden äidin perheet ovat mahdollisia myös adoptiotilanteissa, joten vanhemman transtausta ei välttämättä paljastu. Toiseksi erottelu äidin ja vanhemman välillä on perusteltua edelleen sisällyttää, koska sen tarkoituksena on estää epäselvyyksiä tiettyjen säännösten soveltamisessa.⁵⁰⁴ Väärän rekisterimerkinnän riski on puolestaan pieni.⁵⁰⁵ Koska transsukupuolisella vanhemmalla tulee olla samat oikeudet ja velvollisuudet kuin jos hän ei olisi korjannut sukupuoltaan, on perusteltua, että viranomaiset voivat tietyissä tilanteissa saada henkilön transtaustan tietoonsa esimerkiksi sosiaalietuuksien myöntämistä varten.⁵⁰⁶ Isyysolettamasta puolestaan todetaan, että sen takana on ajatus, että useimmissa tapauksissa aviomies on lapsen geneettinen isä. Ruotsissa ei myöskään ole äitiysolettamaa, joka koskisi toisen cissukupuolisen naisen kanssa naimisissa olevaa naista. Siksi isyysolettamaa tai sitä vastaavaa äitiysolettamaa ei ehdoteta sovellettavaksi transvanhempiin.

Hallituksen esitys hyväksyttiin, ja muutokset ovat olleet voimassa 1.1.2019 alkaen. Uuden *föräldrabalk* 1:11 §:n mukaan jos mies synnyttää lapsen, hän on lapsen isä. Häntä koskevat kuitenkin lain 2. luvussa ja muualla lainsäädännössä olevat äitiä koskevat säännökset. Samoin 1:14 §:n mukaan nainen on lapsen äiti, jos on luvun 5 §:ssä tai 8 §:ssä säädetyllä tavalla todennäköistä, että hän on lapsen geneettinen isä. Siten sääntely vastaa tilanteita, joissa isä on cismies, joka ei ole äidin kanssa

⁵⁰⁰ SOU 2017:92 s. 252; prop. 2017/18:155 s. 55.

⁵⁰¹ Prop. 2017/18:155 s. 56.

⁵⁰² SOU 2017:92 s. 252.

⁵⁰³ *Ibid.*, s. 253.

⁵⁰⁴ Prop. 2017/18:155 s. 58.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*, s. 59.

avioliitossa. 1:13 §:n mukaan 5 §:n ja 8 §:n mukainen isyys ja äitiys määräytyvät vahvistuksen tai tuomion perusteella. Transvanhempiin ei siis sovelleta isyys- tai äitiysolettamaa.

8 Johtopäätöksiä ja tulevaisuuden näkymiä: ehdotuksia transvanhemmuuden tunnustamiseksi

Oikeudellinen vanhemmuus muuttuu yhteiskunnallisen vanhemmuuskäsityksen mukana. Nykylainsäädännössä juridinen isyys ja äitiys perustuvat oletamaan kummankin sukupuolen tietyistä biologisesta roolista lisääntymisessä, mikä ei kuitenkaan aina vastaa todellisuutta. Vanhemmuus ei ole puhtaasti biologiaan sidottua edes niissä tilanteissa, joissa molemmat vanhemmat ovat cissukupuolisia heteroseksuaaleja, vaan sosiaalista vanhemmuutta suojataan etenkin avioliittoinstituution kautta. Jotta transihmisten perhe- ja yksityiselämää sekä yhdenvertaisuutta koskeva perus- ja ihmisoikeussuoja toteutuisi, uutta vanhemmuuslakia ei voi säätää vain mekaanisesti yhdistämällä isyys- ja äitiyslaki yhdeksi laiksi, vaan vanhemman sukupuoli-identiteettiin täytyy kiinnittää erityistä huomiota. Vaikka EIS:ta ei todettaisi loukatun, valtion olisi perusteltua ryhtyä Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen suosittelemiin toimiin perusoikeuksien turvaamiseksi.

Uuden vanhemmuuslain tulisi ensinnäkin mahdollistaa vanhemmuuden vahvistaminen oikeudellisen sukupuolen mukaisesti siten, että transmies olisi lapsen oikeudellinen isä ja transnainen äiti. Sukupuoli-identiteetin kunnioittamiseksi olisi tarpeellista, että vanhemmuusmerkintää voitaisiin muuttaa sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen jälkeen. Näin transvanhemman yksityiselämän suojan toteutuminen ei jäisi riippumaan siitä, onko hän korjannut sukupuoltaan lapsen saamista ennen vai sen jälkeen. Merkinnän muuttaminen olisi prosessiekonomiselta kannalta järkevää tehdä maistraatissa oikeudellisen sukupuolen vahvistamisen yhteydessä. Ruotsin mallin mukaisesti vanhempaa voisivat koskea, siltä osin kuin ne eroavat vanhemmuuden perusteella, samat oikeudet ja velvollisuudet kuin jos hän olisi saanut lapsen ilman sukupuolenkorjausta.

Toiseksi transnaisia koskeva aukko lainsäädännöstä pitäisi poistaa ja transnaisen biologisen vanhemmuuden vahvistaminen mahdollistaa eksplisiittisesti. Selvä erillinen kirjaus paitsi edistäisi paitsi oikeusvarmuutta, myös tosiasiallista tasa-arvoa, kun transvanhempien olemassaolo tunnustettaisiin lainsäädännössä, eivätkä he jäisi näkymättömiksi oikeuden kentällä. Koska cismies voi tunnustaa isyytensä ilman kategorista vaatimusta biologisen siteen todistamisesta, oikeusgeneettisen tutkimuksen tarvetta olisi punnittava tarkkaan transnaisen kohdalla. Kolmanneksi

tulisi harkita suoraan laista seuraavaa vanhemmuutta lapsen synnyttäneen henkilön kanssa samaa sukupuolta olevalle aviopuolisolle Euroopan neuvoston päätöslauselman RES 2239 (2018) suosituksen mukaisesti. Mikäli suoraan lakiin perustuvaa vanhemmuutta ei otettaisi käyttöön, näissä tilanteissa tulisi mahdollistaa muu yksinkertainen tapa saada vanhemmuus vahvistettua.

Rinteen (I) hallitusohjelman mukaan henkilötunnusten sukupuolisidonnaisuudesta on tarkoitus luopua.⁵⁰⁷ Suomi alkaa siis ottaa askelia myös muunsukupuolisten henkilöiden sukupuoli-identiteetin kunnioittamiseksi. Jotta muunsukupuolisten vanhempien oikeus yksityiselämään turvataisiin, tulisi tässä yhteydessä harkita myös Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen päätöslauselman RES 2239 (2018) suosittama mahdollisuus sukupuolineutraaliin vanhemmuusnimikkeeseen. Vaikka tässä tutkielmassa ei ole erikseen käsitelty muunsukupuolisia vanhempia, heitä koskevat kuitenkin ainakin yksityiselämän suojan osalta pitkälti samat ongelmat kuin binäärisiä transsukupuolisia vanhempia: sukupuolittunut vanhemmuus on ristiriidassa sukupuoli-identiteetin kanssa, kun vanhemman sukupuoli-identiteetti ei ole mies eikä nainen. Ruotsissa on käytössä sukupuolineutraali termi ”vanhempi”, joka ei tosiasiasa viittaa aidosti sukupuolineutraaliin vanhemmuuteen, vaan on varattu lapsen äidin naispuolisille kumppaneille. Vastaavan termin käyttömahdollisuuksia tulisi selvittää myös Suomessa.

Koska Suomen lainsäädännössä ei ole parhaillaan vain tietyssä tilanteessa käytettävää ”vanhempi”-termiä, meillä ei synny Ruotsissa esiin nousutta ongelmaa siitä, että myös oikeudellista sukupuolta vastaava isyys tai äitiys voi paljastaa arkaluonteista tietoa vanhemman sukupuoli-identiteetistä. Siten transsukupuolisten vanhempien osalta meillä ei aktualisoidu vastaavaa tarvetta luopua sukupuolittuneesta vanhemmuuden määrittelystä kokonaan. Toisaalta, jos sukupuolineutraali termi varattaisiin vain muunsukupuolisille vanhemmille, vastaava ongelma ilmenisi myös meillä. En näe merkittäviä esteitä sukupuolittuneesta oikeudellisesta vanhemmuudesta luopumiselle ja sukupuolineutraalin vanhemmuuden käyttöönotolle. Sosiaalietuuksia lukuunottamatta on pitkälti yhdentekevää, onko lapsen oikeudellinen vanhempi isä vai äiti. Kun transvanhemmuuden mahdollistaminen hämärtää totuttua sukupuolen ja biologisen vanhemmuuden välistä yhteyttä entisestään, sukupuolitetusta oikeudellisesta vanhemmuudesta luopuminen kokonaan tai sen mahdollistaminen isyyden ja äitiyden rinnalla yhtäläisenä vaihtoehtona voisi olla seuraava askel. Kokonaan luopuminen vaatisi kuitenkin nykyisten vanhemmuutta koskevien periaatteiden perustavanlaatuista uudelleenarviointia.

Tämän tutkielman perusteella cis-heteronormatiivinen, nykyisellä tavalla sukupuolittunut vanhemmuus sopii huonosti oikeudellisen vanhemmuuden määrittelyn perustaksi, jos myös

⁵⁰⁷ Pääministeri Antti Rinteen hallitusohjelma 2019, s. 87.

vähemmistöjen oikeudet halutaan turvata. Kun on mahdollista, että lapsella on kolme biologista vanhempaa ja esimerkiksi uusperheissä lapsella voi olla käytännössä useampi sosiaalinen vanhempi, olisi myös mahdollista ajatella, että lapsella olisi useampi kuin kaksi juridista vanhempaa. Esimerkiksi Seta ajaa tällaista useamman kuin kahden oikeudellisen vanhemman tunnistavaa vanhemmuuslakia.⁵⁰⁸ Tällainen lainsäädäntöuudistus vaatisi kuitenkin merkittäviä muutoksia nykyiseen vanhemmuuslainsäädäntöön ja tapaan nähdä vanhemmuus, joten se edellyttää tarkempaa tutkimusta. Mikäli Suomi haluaa säilyttää maineensa ihmisoikeuksien edelläkävijänä, vähemmistöjen tarpeita pitäisi kuunnella herkällä korvalla ja perheen monimuotoisuutta tukevien lainsäädäntöuudistuksien mahdollisuuden selvittäminen pitäisi aloittaa jo ennen kuin jokin ylikansallinen valvontaelin toteaa sen välttämättömäksi.

⁵⁰⁸ Äitiyslaki voimaan – seuraavana tavoitteena vanhemmuuslaki. Seta 28.3.2019
<https://seta.fi/2019/03/28/aitiyslaki-voimaan-1-4-seuraavana-tavoitteena-vanhemmuuslaki/>.