

# VANHEMMUUDEN MÄÄRITTELY JA SIIHEN LIITTYVÄT IHMISOIKEUSONGELMAT SEKSUAALI- JA SUKUPUOLIVÄHEMMISTÖJEN NÄKÖKULMASTA

Assi Uuskallio<sup>1</sup>

## Asiasanat:

vanhemmuus, perhe-elämän suoja, seksuaalinen suuntautuminen, sukupuoli-identiteetti, syrjintä, ihmisoikeudet

## Keywords:

parenthood, protection of family life, sexual orientation, gender identity, discrimination, human rights

## ABSTRACT

The purpose of this article is to shed light to the structural discrimination of sexual and gender minorities in family that often goes unnoticed. The main argument is that the discrimination is essentially tied with the hetero- and cisnormative conceptions of family and parenthood that has excluded said minorities from the scope of family-related rights both under Finnish legislation and in the ECHR's case law. When it comes to sexual and gender minorities, parenthood and family ties are defined by emphasizing the biological aspects of parenthood in an inconsequent manner compared to hetero- and cis-people. As a result, the ECHR is failing to adhere to its own principles, thus excluding the minorities from the scope of Article 8. In Finnish legislation, parenthood is defined in a conspicuously incoherent manner to the disadvantage of sexual and gender minorities. By changing the legal understanding of family, or rather, by applying the defining principles in a consequent manner, equal rights for said minorities could be achieved.

Defining the Parenthood and Related Human Rights Issues from the Point of View of the Sexual and Gender Minorities

---

1 Assi Uuskallio is an undergraduate who currently studies in the bilingual Bachelor of Laws degree programme at the University of Helsinki. This article is based on her Bachelor's Thesis.

# SISÄLLYSLUETTELO

- 1 Johdanto
  - 2 Vanhemmuuden määrittelystä
    - 2.1 Vanhemmuuden määrittely yleisesti
    - 2.2 Isyyden määrittely
    - 2.3 Äitiyden määrittely
    - 2.4 Adoptiovanhemmuus
  - 3 Vanhemmuus, perhe ja ihmisoikeudet
    - 3.1 Syrjinnän kieltö ja vanhemmuuteen liittyvät oikeudet
    - 3.2 Perhe-elämän suoja EIT:n käytännössä
      - 3.2.1 Samaa sukupuolta olevat vanhemmat: vääränlainen perhe
      - 3.2.2 Transsukupuoliset vanhemmat: juridisen vanhemmuuden ja identiteetin ristiriita
    - 3.3 Epäjohdonmukaisen määrittelyn ongelmat Suomen lainsäädännössä
      - 3.3.1 Muutoksia parempaan samaa sukupuolta olevien vanhempien kohtelussa
      - 3.3.2 Transsukupuoliset vanhemmat ja sterilisaatiopakko
  - 4 Vanhemmuuden uudelleenmäärittely ja perinteinen perhe
    - 4.1 Kielletyn syrjinnän muodot
    - 4.2 Onko erilaiselle kohtelulle hyväksyttäviä syitä?
  - 5 Päätelmiä
- Lähteet

# I JOHDANTO

Tarkoitukseni on tässä artikkelissa selventää vanhemmuuden määrittelyn problematiikkaa Suomen lainsäädännössä ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytännössä. Vanhemmuus on pitkään määritelty tavalla, joka on johtanut seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen syrjintään. Suomen lainsäädännössä vanhemmuutta määritellään esimerkiksi isyys-, adoptio- ja hedelmöityshoitolaieissa. EIT:n käytännössä käsitys vanhemmuudesta ja perheestä näkyy puolestaan siten, keihin 8 artiklan mukainen perhe-elämän suoja ulotetaan. Vanhemmuuden määrittelyyn liittyviä näkökulmia on painotettu epäjohdonmukaisesti siten, että seksuaali- ja sukupuolivähemmistöt on asetettu muita huonompaan asemaan. Vanhemmuuden, avioliiton ja erilaisten perhemuotojen määrittely on jätetty valtioiden harkintamarginaaliin, eikä niiden syrjivyyteen ole puututtu.

Koska seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin liittyvän termistön käytössä on epäselvyyttä, ja virheellisiä tai harhaanjohtavia käsitteitä käytetään myös lainsäädännössä, katson aiheelliseksi selvittää, missä tarkoituksessa käytän eri termejä tässä kirjoituksessa. Seksuaalivähemmistöillä tarkoitetaan kaikkia, jotka eivät ole heteroseksuaalisia ja -romanttisia. Toisin sanoen heitä, jotka tuntevat vetoa vain toisen sukupuolen edustajiin. Koska nimenomaan kahden samaa sukupuolta olevan henkilön muodostamia pareja kohdellaan huonommin, käytän joissain kohdissa homoseksuaalisuutta yläkäsitteenä yksinkertaisuuden vuoksi, vaikka on selvää, että muutkin kuin homoseksuaalit voivat olla tällaisissa parisuhteissa.<sup>1</sup> Laissa käytetty termi ”transseksuaali” on virheellinen, koska kyse ei ole seksuaalisesta suuntautumisesta vaan sukupuoli-identiteetistä. Transsukupuolisella tarkoitetaan henkilöä, jonka sukupuoli-identiteetti ei vastaa hänelle syntymässä vahvistettua sukupuolta. Transmies on sukupuoli-identiteetiltään mies ja transnainen sukupuoli-identiteetiltään nainen. Cis-sukupuolisella puolestaan tarkoitetaan henkilöä, jonka sukupuoli vastaa hänelle syntymässä määriteltyä sukupuolta. Tähän ryhmään kuuluu suurin osa väestöstä, eli ns. cishet-ihmiset.<sup>2</sup> Muunsukupuolisten asemaa en pohdi erikseen tässä kirjoituksessa.

Käyn ensin läpi vanhemmuuden määrittelyyn liittyviä näkökohtia sekä sitä, miten isyys ja äitiys nykyään määritellään Suomen lainsäädännössä. Tämän jälkeen selvennän Euroopan ihmisoikeussopimuksessa (63/1999, EIS) ja Suomen perustuslaissa (11.6.1999/731) turvattujen vanhemmuuteen liittyvien oikeuksien sisältöä sekä sitä, miten nämä oikeudet toteutuvat seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kohdalla. Lopuksi tarkoitukseni on osoittaa, miten nykyinen tilanne on paitsi ristiriitainen myös näitä vähemmistöjä syrjivä, ja esitän muutosehdotuksia vallitseviin käytäntöihin.

---

1 Tällä tarkoitetaan esimerkiksi bi- ja panseksuaaleja. Seksuaalista ja romanttista suuntautumista ei ole tarpeen erottaa tässä artikkelissa, vaikka ne saattavat poiketa toisistaan. Esimerkiksi aseksuaali voi olla niin homo- kuin heteroromanttisessakin parisuhteessa. Seksuaaliseen suuntautumiseen liittyvistä määritteistä enemmän ks. Seta ry.

2 Lyhenne cis-sukupuolinen heteroseksuaalista henkilöstä. Lisää käsitteistä ks. Trasek ry:n kotisivut.

# 2 VANHEMMUUDEN MÄÄRITTELYSTÄ

## 2.1 Vanhemmuuden määrittely yleisesti

Monet tutkijat ovat yhtä mieltä siitä, ettei ole olemassa mitään ”perinteistä perhettä”<sup>3</sup>. Perhe on tarkoittanut sekä niin kutsuttua ydinperhettä että suurempaa joukkoa sukulaisia. Vanhemmuus määritellään kuitenkin edelleen eri tavalla perhemuodosta riippuen. Keskenään avioliitossa olevilla vanhemmilla on vahvin oikeudellinen suoja. Lainsäätäjät on kuitenkin ottanut huomioon, että on muitakin tapoja hankkia lapsia kuin olemalla sukupuoliyhteydessä. Adoptio on ollut instituutiona olemassa jo pitkään, ja myös keinohedelmöitys on mahdollista. Tästä syystä on tehty ero biologisen (fyysisen), geneettisen ja sosiaalisen vanhemmuuden käsitteiden välillä.<sup>4</sup> Biologisella vanhemmuudella viitataan lapsen biologiseen alkuperään. Geneettinen vanhemmuus eroaa biologisesta (fyysisestä) vanhemmuudesta äitiyden määrittelyn yhteydessä, koska synnyttäjät ei kaikissa tapauksissa ole geneettinen äiti. Vanhemmuuden eri osa-alueita painotetaan määrittelyssä epäjohdonmukaisella ja syrjivällä tavalla. Palaan tähän kappaleessa kolme.

## 2.2 Isyyden määrittely

Isyyslaissa (13.1.2015/11) määrittelyn lähtökohtana on sosiaalinen vanhemmuus. Isyysolettama tarkoittaa, että lainsäätäjät olettaa aviomiehen olevan lapsen biologinen isä. Isyyslain 2 § 2 momentin mukaan aviomies on isä, vaikka hän olisi kuollut ennen lapsen syntymää, mikäli on mahdollista, että hän on siittänyt lapsen ennen kuolemaansa. Täten juridinen isä on se mies, joka on luultavasti lapsen biologinen isä. Avioliitto luo oletettaman vanhempien välisestä sukupuoliyhteydestä. Isyyslain 2 § 2 momentin mukaan kuitenkin niissä tilanteissa, jossa isä on kuollut ja äiti menee uudelleen naimisiin raskaana ollessaan, äidin uusi aviomies on lapsen isä, vaikka olisi todennäköistä, että kuollut mies on lapsen biologinen isä. Biologialle ei siis anneta näissä tilanteissa merkitystä, vaan avioparin välinen tosiasiallinen perhesuhde on sitä tärkeämpi.

Avioliittoa suojataan myös isyyslain 19 §:ssä, jonka mukaan isäksi voidaan vahvistaa tunnustamisen perusteella muu kuin aviomies vain, jos äiti ja aviomies suostuvat siihen. Kanneoikeutta on rajoitettu lain 40 §:ssä siten, että toinen mies voi nostaa kanteen aviomiehen isyyden kumoamisesta vain, jos äiti ja aviomies ovat asuneet erillään lapsen syntyessä, kantaja on asunut tuolloin lapsen äidin kanssa ja osallistunut lapsen hoitoon tai kantajan ja lapsen välille on muuten muodostunut perhesidettä vastaava suhde. Lisäksi vaaditaan, että aviomiehen isyyden kumoaminen on tuomioistuimen arvion mukaan lapsen edun mukaista. Lainsäätäjät painottaa siis avioliiton merkitystä ja lapsen etua. Olisi tietenkin ongelmallista, jos juridinen isä olisi eri henkilö kuin se, joka on hoitanut lasta ja

---

3 Esim. Anderson 1995.

4 Nieminen 2013, s. 197–204.

jolla on perheside lapseen. Myös EIT on linjannut, ettei biologisen isyyden vahvistaminen ole itseisarvo, vaan lapsen etu on tätä tärkeämpää.<sup>5</sup>

Historiallisesti avioliiton ulkopuolella syntyneellä lapsella ei ollut isää juridisessa ja sosiaalisessa mielessä, vaikka olisi tiedetty, kuka biologinen isä oli. Mies saatettiin julistaa elatusvelvolliseksi, mutta isyyttä ei vahvistettu.<sup>6</sup> Nykyään epäedullisempi kohtelu alkuperän perusteella on kiellettyä. Kun lapsi syntyy avioliiton ulkopuolella, isyys on mahdollista vahvistaa jo ennen lapsen syntymää. Tällöin tarvitaan tunnustamisen lisäksi myös oikeusgeneettinen tutkimus. Kun lapsi syntyy keinohedelmöityksen seurauksena, isäksi voidaan vahvistaa mies, jonka siittiötä on käytetty. Tämä on kuitenkin isyyslain 3 § 3 momentin mukaan mahdollista vain, mikäli hän suostuu siihen. Näissä tilanteissa merkitystä annetaan siis paitsi biologialle, myös miehen tahdolle olla isä.

## 2.3 Äitiyden määrittely

Äitiyttä ei ole määritelty Suomen lainsäädännössä. Lähtökohtaisesti äiti on nainen, joka synnyttää lapsen. Lähestymistapa on siten vahvasti biologinen. Nykyään äitiyden käsite on kuitenkin eriytynyt. Jos lapsi syntyy keinohedelmöityksen seurauksena, on mahdollista, että geneettinen äiti on eri henkilö kuin synnyttävä. Näissäkin tilanteissa synnyttävä on lapsen äiti, vaikka keinohedelmöityksessä käytettäisiin toisen naisen munasoluja. Tästä ei ole kuitenkaan säädetty laissa.<sup>7</sup>

Merkityksen antaminen biologiselle (fyysiselle) äitiydelle geneettisen sijaan johtuu oletettavasti sosiaalisesta äitiydestä. Nainen, joka saa hedelmöityshoitoa, on aina se, joka on päättänyt hankkia ja pitää lapsen. Sijais synnytys ei enää hedelmöityshoidosta annetun lain (22.12.2006/1237, hedelmöityshoitolaki) säätämisen jälkeen ole ollut laillista Suomessa, joten sellaisia tilanteita, joissa nainen tulee raskaaksi hedelmöityshoidon avulla, mutta ei pidä lasta, ei käytännössä ilmene. Synnyttäminen indikoi siis, että synnyttävä myös hoitaa lasta. Se luo perhesiteen äidin ja lapsen välille, ja fyysisen sekä sosiaalisen äidin roolit yhtyvät lukuun ottamatta niitä tilanteita, joissa lapsi annetaan adoptiolapseksi. Vaikka äitiys näyttää perustuvan biologiaan, tosiasiaa se perustuu sosiaalisen siteen olemassaoloon.

EIT on myös antanut ratkaisuja tapauksissa, joissa juridinen äitiys ei ole perustunut pelkästään biologiaan. Linda Hart on osoittanut väitöskirjassaan, että äitiys on juridinen konstruktio, joka ei suinkaan seuraa suoraan biologisesta todellisuudesta.<sup>8</sup> Hart analysoi tapausta Marckx v. Belgia<sup>9</sup>, jossa yksin elävän naisen täytyi adoptoida synnyttämänsä lapsi tullakseen tämän

---

5 Nieminen 2013, s. 192–193.

6 Ibid., s. 187.

7 Nieminen 2013, s. 248–249.

8 Hart 2016.

9 Marckx v. Belgia, 13.9.1979.

juridiseksi äidiksi. Tämä johtui siitä, että Belgian lainsäädännössä katsottiin, että yksin elävillä naisilla ei ollut samoja valmiuksia äitiyteen kuin naimisissa olevilla, ja tämän vuoksi heidän tahtonsa ja kykynsä toimia äiteinä tuli arvioida erikseen adoptioprosessissa. Äitiys ei siis perustunut pelkästään biologiaan ja synnyttämiseen, vaan myös synnyttäjän tahtoon olla äiti.<sup>10</sup> Siten Hart osoitti vääräksi väitteen, että äitiys on synnyttämisen automaattinen seuraus (nk. mater semper certa est -periaate), koska juridinen äitiys tuli tapauksessa voimaan vasta syntymätodistuksessa olevan merkinnän kautta. Toisin kuin Belgiassa, jossa juridisen äitiyden vahvistaminen tuolloin vaati tietyissä tilanteissa adoptiota, Suomessa oletetaan, että synnyttäjä hoitaa lasta. Oletus pitää paikkansa niin kauan, kunnes äitiys vahvistetaan adoptiossa jollekin toiselle. Joka tapauksessa merkityksellistä on äidin tahto pitää lapsesta huolta. Ero Suomen ja Belgian lainsäädännöissä perustuu siihen, kuinka vahvaa näyttöä tältä tahdolta vaaditaan.

## 2.4 Adoptiovanhemmuus

Adoptiossa biologinen ja juridinen vanhemmuus erotetaan toisistaan, ja juridinen vanhemmuus perustuu ratkaisevasti sosiaaliseen todellisuuteen. Täten adoptiovanhemmuus eroaa lähtökohdiltaan muista vanhemmuuden määrittelytilanteista. Vaikka muidenkin vanhemmuuden muotojen kohdalla painotetaan sosiaalista todellisuutta, sosiaalinen vanhemmuus kuitenkin yleensä luo oletettaman biologisesta suhteesta, tai toisin päin. Adoptiossa puolestaan biologinen ja sosiaalinen vanhemmuus eivät useimmiten ole missään yhteydessä toisiinsa. Adoptiolain (20.1.2012/22) 1 §:n mukaan lain tarkoitus on edistää lapsen etua vahvistamalla vanhemman ja lapsen välinen suhde adoptoitavan ja adoptionhakijan välille. Lapsen etu sekä lapsen ja vanhemman välinen suhde muodostavat monissa tilanteissa perusteen poiketa adoptiolain pääsäännöistä. Esimerkiksi lain 11 §:n 2 momentin mukaan adoptio voidaan vahvistaa poikkeuksellisesti ilman vanhemman suostumusta, jos lapsen etu voimakkaasti puoltaa tätä.

EIT:n oikeuskäytännössä adoptioon perustuvat perhesuhteet nauttivat eräissä tilanteissa vahvempaa suojaa kuin biologiaan perustuvat. Vanhempi ei ole saanut suojaa lapsen ja itsensä väliselle perhesiteelle vain biologisen siteen perusteella, mikäli hän on antanut lapsen adoptioon ja lapsi on jo elänyt adoptiovanhempiensa kanssa. Tuomioistuimen mukaan ei olisi lapsen edun mukaista, jos hänet otettaisiin pois adoptiovanhemmiltaan.<sup>11</sup> Siten sosiaalinen todellisuus ja lapsen etu ovat biologiaa tärkeämpiä lapsen ja vanhemman välisen perhe-elämän suojan kannalta.

---

10 Hart 2016, s. 143–152.

11 Esim. Hart 2016, s. 149–156.

## 3. VANHEMMUUS, PERHE JA IHMISOIKEUDET

### 3.1 Syrjinnän kieltö ja vanhemmuuteen liittyvät oikeudet

Suomen perustuslain 6 § 1 momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Pykälän 2 momentissa säädetään kielletyistä syrjintäperusteista. Seksuaalista suuntautumista ja sukupuoli-identiteettiä ei erikseen mainita kiellettyinä syrjintäperusteina. Hallituksen esityksessä yhdenvertaisuuslaiksi kuitenkin todetaan, että sukupuolisyrjinnän kieltö kattaa myös syrjinnän sukupuolen ilmaisun ja sukupuoli-identiteetin perusteella.<sup>12</sup> Seksuaalinen suuntautuminen mainitaan kiellettyinä syrjintäperusteena yhdenvertaisuuslain (30.12.2014/1325) 8 §:n syrjintäkieltösäännöksessä. Siten on perusteltua katsoa, että seksuaalinen suuntautuminen ja sukupuoli-identiteetti ovat sellaisia muita henkilöön liittyviä syitä, joita tarkoitetaan perustuslain 6 §:n 2 momentissa.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklassa määrätään syrjinnän kiellosta, joka vastaa pitkälti perustuslain syrjinnän kieltöä. Koska syrjinnän kieltö koskee ihmisoikeussopimuksen turvaamia oikeuksia, sitä ei sovelleta koskaan yksin, vaan yhdessä jonkin muun artiklan kanssa. Artiklassa ei nimenomaisesti kielletä syrjintää seksuaalisen suuntautumisen tai sukupuoli-identiteetin perusteella, mutta lista on avoin. EIT on linjannut, että sekä seksuaalinen suuntautuminen että sukupuoli-identiteetti ovat artiklan tarkoittamia muita kiellettyjä syrjintäperusteita.<sup>13</sup> Näin ollen sekä homoseksuaaliset että transsukupuoliset ihmiset kuuluvat syrjinnän kiellon piiriin.

EIS:n 8 artiklan 1 kohdassa määrätään yksityis- ja perhe-elämän suojasta, jotka ovat vanhemmuuden määrittelyn kannalta olennaisimmat oikeudet. Perustuslain 10 §:n säädös yksityiselämän suojasta vastaa sisällöltään 8 artiklaa. EIT:n käsitys vanhemmuudesta näkyy lähinnä sitä kautta, miten lasten ja vanhempien välistä perhe-elämää suojataan. Yksityis- ja perhe-elämän suojaa voidaan rajoittaa 8 artiklan 2 kohdan mukaan, mikäli rajoitus on lain sallima ja välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, rikollisuuden tai epäjärjestyksen estämiseksi, terveyden tai moraalisen suojaamiseksi tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. EIT:n mukaan valtiolla on positiivinen velvollisuus varmistaa, että 8 artiklan suojaamia oikeuksia voi käyttää tehokkaalla tavalla.<sup>14</sup> Kun kyseessä on erityisen merkityksellinen osa yksilön identiteettiä, valtion harkintamarginaali on kapea.<sup>15</sup> EIT on katsonut, että homoseksuaalisuus on tällainen erityisen intiimi osa yksityiselämää, ja erilainen kohtelu pelkän seksuaalisen suuntautumisen perusteella ei ole hyväksyttävää.<sup>16</sup>

---

12 HE 19/2014 vp, s. 25–26, 35–36.

13 Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali, 21.12.1999, § 28; FRA 2012, s. 98; Identoba ja muut v. Georgia, 12.5.2015, § 96.

14 Esim. Hämäläinen v. Suomi, 16.7.2014, § 62.

15 Vallianatos ja muut v. Kreikka, 17.11.2013, § 77.

16 Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.10.1981, § 52; Schalk ja Kopf v. Itävalta, 19.2.2013, § 96–99; Hämäläinen v. Suomi, 16.7.2014, § 109; Vallianatos ja muut v. Kreikka, 7.11.2013, § 77.

## 3.2 Perhe-elämän suoja EIT:n käytännössä

### Samaa sukupuolta olevat vanhemmat: vääränlainen perhe

EIT on katsonut, että perhe-elämän suoja tarkoittaa olemassa olevien perhesuhteiden suojaa, mutta ei oikeutta perustaa perhe. Jälkimmäistä oikeutta suojataan kuitenkin osana yksityiselämää.<sup>17</sup> EIT on kuitenkin aiemmin poikennut tästä linjauksesta ja katsonut, ettei samaa sukupuolta olevan parin välillä ole perhe-elämää, koska he eivät he ole muodostaneet 8 artiklassa tarkoitettua perhettä. Näin on ollut, vaikka pari olisi asunut yhdessä ja hoitanut yhdessä toisen heistä biologista lasta. Tällöin lapsen ja ei-biologisen vanhemman välillä ei ole katsottu olevan perhesuhdetta.<sup>18</sup> Samassa tilanteessa olevan miehen ja naisen muodostaman avoparin sekä heidän lastensa perhe-elämä on saanut suojaa sillä perusteella, että muuten lapsi olisi huonommassa asemassa kuin avioparin lapsi.<sup>19</sup> Heterosuhteeseen perustuvia perhesuhteita on suojattu, vaikka henkilöt eivät asuisi yhdessä. Kyseessä ei tarvitse myöskään olla lapsen ja vanhemman välinen suhde, vaan myös muunlaiset lapsen ja aikuisen väliset perhesuhteet ovat saaneet suojaa. Tapauksessa Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta EIT katsoi, että lapsen ja hänen enonsa välillä oli perhesuhde, koska lapsi asui ajoittain enonsa luona ja eno oli hänelle ”hyvä isähahmo”.<sup>20</sup>

Näin ollen samaa sukupuolta olevat parit eivät ole EIT:n käytännössä saaneet perhe-elämän suojaa samoin perustein kuin eri sukupuolta olevat parit ja tällaisiin parisuhteisiin perustuvat muut perhesuhteet. Samaa sukupuolta olevien parien välistä suhdetta on suojattu vain yksityiselämänä oletettavasti siksi, että tällaisia suhteita on pidetty pelkästään seksuaalisina.<sup>21</sup> Ei ole ymmärretty, että samaa sukupuolta olevien välisessä suhteessa voi olla täysin samoja piirteitä kuin heterosuhteissa. On pikemminkin virheellisesti ajateltu, että tällaiset suhteet ovat huonompia tai puutteellisia. Vasta vuonna 2010 EIT linjasi, että samaa sukupuolta olevien parisuhteet kuuluvat perhe-elämän suojan piiriin.<sup>22</sup> Tämä kanta vahvistettiin tapauksissa X ja muut v. Itävalta<sup>23</sup> ja Pajić v. Kroatia<sup>24</sup>. Samaa sukupuolta olevat parit on siten pitkään jätetty perhe-elämän suojan ulkopuolelle, mutta eri sukupuolta olevat parit ovat nauttineet perhe-elämän suojaa melkein millä hyvänsä perusteella.

---

17 E.B. v. Ranska, 22.1.2008, § 41 ja 43.

18 Esim. Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat, 19.5.1992.

19 Mazurek v. Ranska, 1.2.2000, § 49.

20 Kilkelly 2003, s. 18; Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta, 28.2.1994.

21 Johnson 2013, s. 100–110.

22 Schalk ja Kopf v. Itävalta, 24.6.2010, § 95.

23 X ja muut v. Itävalta, 19.2.2013, § 95.

24 Pajić v. Kroatia, 23.5.2016.



### 3.3.2 Transsukupuoliset vanhemmat: juridisen vanhemmuuden ja identiteetin ristiriita

Transsukupuolisten oikeuksia on tarkasteltu 8 artiklan perhe-elämä suojan näkökulmasta kauemmin kuin homoseksuaalien. Tämä johtuu mitä ilmeisimmin siitä, että niissä tapauksissa, joissa EIT on arvioinut oikeuksien rajoittamisen sallittavuutta sukupuoli-identiteetin perusteella, transsukupuolinen henkilö on ollut parisuhteessa eri sukupuolta olevan henkilön kanssa. Esimerkiksi tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta kyse oli sukupuoltaan korjanneesta transmiehestä, joka oli parisuhteessa naisen kanssa ja joka hoiti lasta tämän kanssa. Hän oli juridiselta sukupuoleltaan kuitenkin nainen.<sup>25</sup> EIT:n mukaan valittajien välillä oli de facto perhesuhde, toisin kuin tapauksessa Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat, jossa oli kyse naisparista ja heidän lapsestaan.<sup>26</sup> Siten EIT ei muuttanut heteronormatiivista perhekäsitystään.

Niissäkin tapauksissa, joissa EIT on katsonut, että valittajien välillä on perheside, se ei ole suojannut perhe-elämää tehokkaasti. Syrjintänäkökulma on myös jäänyt käsittelemättä riittävän kattavasti. Lähestyn asiaa kahden EIT:n ratkaisun kautta. Tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta EIT ei soveltanut omia yllä mainittuja periaatteitaan ja tarkastellut erilaisen kohtelun perusteita riittävän tarkasti. Sen mukaan valtiolla oli oikeus olla vahvistamatta X:ää lapsen isäksi. EIT perusteli erilaisen kohtelun sallivaa päätöstään seuraavasti:

*“-- In this respect, the Court notes that, whilst it has not been suggested that the amendment to the law sought by the applicants would be harmful to the interests of [their child] or of children conceived by AID in general, it is not clear that it would necessarily be to the advantage of such children.*

*In these circumstances, the Court considers that the State may justifiably be cautious in changing the law, since it is possible that the amendment sought might have undesirable or unforeseen ramifications for children in Z's position. Furthermore, such an amendment might have implications in other areas of family law. For example, the law might be open to criticism on the ground of inconsistency if a female-to-male transsexual were granted the possibility of becoming a "father" in law while still being treated for other legal purposes as female and capable of contracting marriage to a man.”<sup>27</sup>*

Perustelu on vähintäänkin ongelmallinen. Yhtäkään 8 artiklan 2 kohdassa mainituista rajoittamisedellytyksistä ei käsitellä kunnolla. Perusteluissa puhutaan ainoastaan mahdollisista lainsäädännön epäjohdonmukaisuuteen liittyvistä ongelmista. Tapauksessa X ei vaatinut, että hänen juridinen sukupuolensa vahvistettaisiin miespuoliseksi, mikä ei tuolloin ollut mahdollista

---

25 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997.

26 Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat, 19.5.1992.

27 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 47.

Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Hän vaati ainoastaan, että hänet vahvistettaisiin Z:n isäksi. Tällöin juridinen nainen olisi vahvistettu isäksi. EIT:n mukaan valtiolla oli oikeus estää tällaisten epäjohdonmukaisuuksien syntyminen. Valtio kuitenkin toimi epäloogisesti, sillä se salli X:n ja Y:n saada keinohedelmöitystä yhdessä, mutta vain biologinen mies voitiin vahvistaa isäksi. EIT antaa ymmärtää, että juridisen sukupuolen ja vanhemmuuden välinen ristiriita on merkityksellisempi kuin sukupuoli-identiteetin ja juridisen sukupuolen välinen ristiriita. Asia jätettiin siis valtion harkintamarginaalin varaan, eikä tämän harkintamarginaalin ristiriitoja aiheuttavaan käyttöön puututtu.

Ratkaisu on lisäksi epätarkoituksenmukainen. Oikeuskäytännössään EIT on katsonut, että lapsen etu on tärkeä ja jopa johtava periaate perheoikeudellisissa kysymyksissä, ja tämä mainitaan myös tapauksen X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta perusteluissa.<sup>28</sup> EIT:n mukaan haettu muutos ei välttämättä edistäisi Z:n asemassa olevien lasten etua. On kuitenkin selvää, että se ei olisi transperheissä elävien lasten etua vastaan. Kyseisessä tapauksessa muutos olisi Z:n edun mukainen ja lisäksi poistaisi vanhempien erilaisen kohtelun sukupuoli-identiteetin perusteella. Kuinka muutos, joka nimenomaan puuttuisi keinohedelmöityksestä alkunsa saaneiden lasten ongelmiin, ei vaikuttaisi heidän edukseen? Joka tapauksessa valtion positiivinen velvoite suojella perheitä<sup>29</sup> sisältää mielestäni velvollisuuden selvittää, edistäisikö muutos lapsen etua vai ei. Se, että seurauksia ei tiedetä, ei ole peruste jättää asiaa sikseen.

Osaltaan ongelmana on myös se, että lähtökohtana ovat kansallisella tasolla turvatut oikeudet, joihin EIT ei puutu minimitason ylittyessä. Kyse on kansallisen järjestelmän koherenssista. Jos Yhdistyneessä kuningaskunnassa olisi ollut tapauksen X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta aikaan mahdollista vahvistaa juridinen sukupuoli sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi, koherenssiongelmaa kyseisessä tapauksessa ei olisi ollut. Siten niiden valtioiden osalta, joissa suojataan transihmisten oikeuksia paremmin, pyrkimys lainsäädännön sisäiseen koherenssiin ei olisi estänyt EIT:tä katsomasta, että kyseessä on 8 artiklan loukkaus. Sen sijaan niissä valtioissa, joissa transihmisten oikeuksien suoja on huonompi, parannusta asiaan ei pystytty saamaan ainakaan vetoamalla 8 artiklaan siten kuin tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta.<sup>30</sup> EIT:n olisi aika tunnistaa tekijät, jotka estävät sukupuoli- ja seksuaalivähemmistöjen oikeuksien toteutumisen. Tämä voi toteutua vain valtion esittämien argumenttien tarkalla analysoinnilla ja kyseenalaistamisella (strict scrutiny). Ilman tarkkaa analyysia syrjiviin rakenteisiin on hankala puuttua.

EIT tekee eron cis- ja transihmisten perhesuhteiden välillä epäloogisella tavalla. Tapauksessa X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta se toteaa ensinnäkin, ettei perhe-elämän suoja koske vain aviopareja, vaan sen piiriin voivat kuulua myös muunlaiset perheet. Tärkeimpiä tekijöitä

---

28 Ibid.

29 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 43.

30 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997.

arvioinnissa ovat yhdessä asuminen, parisuhteen kesto ja se, osoittaako pari sitoutumista muulla tavoin, esimerkiksi hankkimalla lapsia.<sup>31</sup> Biologisia suhteita ei mainita näissä kriteereissä. EIT kuitenkin katsoi edellä mainitussa tapauksessa, että 8 artiklan edellyttämä valtion positiivinen velvollisuus turvata perhe-elämän suoja on erilainen kuin tuomioistuimen aiemmin käsittelemissä tapauksissa, koska aiemmin kyse on ollut vanhempien ja biologisten lasten välisestä suhteesta.<sup>32</sup> Se, ettei EIT tarkastellut asiaa 14 artiklan kannalta, on ongelmallista. Jos tapausta olisi käsitelty 14 artiklan näkökulmasta, EIT:n olisi tullut arvioida valtion argumentointia tarkemmin syrjinnän kiellon osalta. Perustelujen mukaan 14 artiklaan vetoaminen ei muodosta erillistä kysymystä.<sup>33</sup> Tämä osoittaa, ettei EIT hahmottanut, miten olennaisesti erilainen kohtelu johtui nimenomaan valittajan transsukupuolisuudesta.

Tapauksessa *Hämäläinen v. Suomi*<sup>34</sup> EIT käsitteli 14 artiklaa yhdessä 8 ja 12 artiklojen kanssa. Tapauksessa kyse oli transnaisesta, jonka juridista sukupuolta ei vahvistettu naiseksi, ellei hän joko eronnut vaimostaan tai muuttanut avioliittoa rekisteröidyksi parisuhteeksi. Samaa sukupuolta olevien parien avioliitto sallittiin vasta myöhemmin säädetyllä lainmuutoksella (20.2.2015/156). Valittaja oli myös parin aviossa syntyneiden lasten isä. EIT:n mukaan hän ei ollut samanlaisessa tilanteessa kuin cis-sukupuoliset, ja täten kyse ei ollut syrjinnästä.<sup>35</sup> Tuomioistuin ei ottanut kantaa naisen väitteeseen siitä, että cis-sukupuolisten ei tarvitse muuttaa parisuhdestatustaan, koska heidän sukupuoli-identiteettinsä vastaa automaattisesti juridista sukupuolta.

Jotta tapausta voitaisiin arvioida syrjinnän näkökulmasta, tarvitaan valittajan kanssa riittävän samanlaisessa tilanteessa oleva verrokki, kuten tapauksesta *Hämäläinen*<sup>36</sup> ilmenee. Sen avulla voidaan tarkastella, onko kahta samassa tilanteessa olevaa kohdeltu eri tavalla kielletyn syrjintäperusteen perusteella. Kategorinen vertailukohdan vaatimus ei kuitenkaan sovi kaikkiin tilanteisiin. Esimerkiksi Sandra Fredman on konstruoinut useita eri tasa-arvon ja syrjinnän muotoja, eivätkä kaikki niistä noudata tiukasti ”samanlaiset samalla tavalla” -periaatetta.<sup>37</sup> On nimittäin huomattu, että periaatteen sokea noudattaminen saattaa jopa estää materiaalsen tasa-arvon toteutumisen. Tästä esimerkkinä on aiempi käytäntö, jonka mukaan raskaana olevien naisten epäedullisempi kohtelu ei ollut sukupuolisyryntää, koska heitä ei voinut verrata miehiin. Vertaaminen muihin kuin raskaana oleviin naisiin taas oli sukupuolisyryntään näkökulmasta hyödytöntä.<sup>38</sup> Nykyään raskauteen perustuva epäedullinen kohtelu katsotaan

---

31 Ibid., § 36.

32 Ibid., § 43.

33 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 55–56.

34 *Hämäläinen v. Suomi*, 16.7.2014.

35 Ibid., § 111–113.

36 *Hämäläinen v. Suomi*, 16.7.2014.

37 Fredman 2011, s. 4–37.

38 Ibid., s. 169–170.

suoraan sukupuolisyrynnäksi.<sup>39</sup> Raskaaksi voivat pääsääntöisesti tulla vain naiset, joten tässä tilanteessa ei ole mielekäästä vaatia vertailukohdaksi samassa tilanteessa olevia miehiä.

Katson, että sukupuoli-identiteettiin perustuvaa erilaista kohtelua arvioidessa transsukupuoliset ovat syrjinnän toteamisen kannalta raskaana olevien naisten kanssa analogisessa asemassa. Erilainen kohtelu johtuu nimenomaan siitä, että transihmisten täytyy käydä läpi juridinen ja lääketieteellinen prosessi, jotta heidän juridinen sukupuolensa voitaisiin vahvistaa sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi. EIT:n käsittelemissä tapauksissa on ollut kyse juuri siitä, että transihmistä ei ole vahvistettu lapsen isäksi tai äidiksi, koska hänen juridinen sukupuolensa ei ole vastannut sukupuoli-identiteettiä. Juridisen sukupuolen vahvistamisen tarve koskee yksinomaan transihmisiä samalla tavoin kuin raskaus koskee naisia.<sup>40</sup> Täten sukupuoli-identiteetin ja juridisen sukupuolen ristiriitaan perustuva epäedullinen kohtelu tulisi automaattisesti katsoa syrjinnäksi sukupuoli-identiteetin perusteella.

### 3.3 Epäjohdonmukaisen määrittelyn ongelmat Suomen lainsäädännössä

#### 3.3.1 Muutoksia parempaan samaa sukupuolta olevien vanhempien kohtelussa

Suomessa samaa sukupuolta olevat parit voivat saada lapsia kahdella eri tavalla. Maaliskuun 1. päivästä 2017 alkaen he voivat hakea yhteisadoptiota. Lisäksi tällä hetkellä on mahdollista, että toinen puolisoista adoptoi toisen (biologisen) lapsen. Miespareille nämä ovat ainoat tavat saada yhteinen lapsi, sillä sijaissynnytys ei enää ole laillista Suomessa. Tässä artikkelissa en perehdy asiaan liittyvään problematiikkaan. Naispareille ainoa mahdollisuus on miesparien tapaan tällä hetkellä adoptio. Asiaan saattaa kuitenkin tulla muutos, sillä äitiyslakia koskevan lakialoitteen mukaan keinohedelmöitystä saavan naisen puoliso voitaisiin vahvistaa lapsen äidiksi ilman adoptiota jo ennen kuin lapsi on syntynyt. Edellytyksenä olisi, että pari saa hedelmöityshoitoa yhdessä, toisin sanoen, että molemmat naiset ovat suostuneet siihen. Lisäksi edellytettäisiin, että isyyttä ei voida vahvistaa, eli että mies, jonka sukusoluja käytetään, ei ole antanut suostumustaan isyyden vahvistamiselle.<sup>41</sup>

Nykyisen lainsäädännön mukaan biologisen äidin naispuolisosta ei automaattisesti tule lapsen huoltajaa. Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain (8.4.1983/361) 6 §:n mukaan huoltajia ovat lapsen biologiset vanhemmat, jotka ovat naimisissa keskenään. Hedelmöityshoitolain lainmuutoksella (8.4.2016/254) määritelmää parista ei muuteta, vaikka avioliittolaki muuttuu.<sup>42</sup> Nykyisellään parilla tarkoitetaan lain 2 §:n 1 momentin 2) kohdan mukaan naista ja miestä, jotka elävät avioliitossa tai avioliitonomaisissa olosuhteissa.<sup>43</sup> Samaan aikaan

---

39 Fredman 2011 s. 169- 170; Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 60–61.

40 Yksinkertaisuuden vuoksi tässä huomioidaan vain cis-sukupuoliset naiset.

41 OM 187/52/2015 s. 13.

42 HE 65/2015 vp, s. 7.

43 Kääntäen: hoitoa saavalla tarkoitetaan paria tai naista, joka ei elä avioliitossa tai avioliitonomaisissa olosuhteissa miehen kanssa.

on kuitenkin mahdollista vahvistaa isäksi hedelmöityshoitoa saavan naisen miespuolinen kumppani, joka antaa suostumuksensa siihen. Hänen ei tarvitse olla lapsen biologinen isä eikä naisen aviomies. On selvää, että hedelmöityshoitoa saava naispari on huomommassa asemassa kuin samassa tilanteessa oleva heteropari.

### 3.3.2 Transsukupuoliset vanhemmat ja sterilisaatiopakko

Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain (28.6.2002/563, translaki) 1 § 1 momentin mukaan transihminen on joko steriloitava tai hänen on oltava muusta syystä lisääntymiskyvytön, jotta hänen juridinen sukupuolensa voitaisiin vahvistaa sukupuoli-identiteettiä vastaavaksi. Tämä on monella tavalla ongelmallista. Kun lakia valmisteltiin, sitä ei käsitelty perustuslakivaliokunnassa, eikä lain perustuslainmukaisuutta siten arvioitu kunnolla. Valtakunnallisen sosiaali- ja terveysalan eettisen neuvottelukunnan ETENEn lausunnon mukaan vaatimus on vähintäänkin arveluttava. Kun lausunto annettiin, EIT ei ollut ottanut vielä kantaa transihmisten pakkosterilointiin. Muissa tilanteissa pakkosterilisaation on kuitenkin katsottu olevan EIS:n 3 artiklan vastaista, ja siten sen voidaan analogisesti katsoa olevan Suomen perustuslain 7 §:n kidutuksen ja epäinhimillisen kohtelun kiellon vastaista.<sup>44</sup>

Lisäksi pakkosterilisaatio loukkaa EIS 8 artiklan ja perustuslain 10 §:n mukaista yksityiselämän suojaa. Yksityiselämän suojaan kuuluu psyykkisen ja fyysisen integriteetin ja identiteetin suoja sekä oikeus luoda ihmissuhteita. Pakkosterilisaatio ei siten loukkaa pelkästään epäinhimillisen kohtelun kieltoa, vaan myös transihmisen oikeutta päättää omasta kehostaan ja oikeutta perustaa perhe. Uudehossa tapauksessa Y.Y. v. Turkki EIT linjasi, että sterilisaatio juridisen sukupuolen muuttamisen edellytyksenä loukkaa 8 artiklan mukaista oikeutta yksityiselämään ("personal integrity").<sup>45</sup>

Translakia koskevassa hallituksen esityksessä sterilisaatiovaatimusta perusteltiin sillä, että muuten saattaisi ilmetä tilanteita, joissa juridiselta sukupuoleltaan naispuolinen henkilö siittää lapsen, tai vastaavasti miespuolinen synnyttää.<sup>46</sup> Perustelu liittyy siis olennaisesti isyyden ja äitiyden määrittelyyn. Hallituksen esityksestä ilmi tulevan käsityksen mukaan isä on siittäjä ja äiti on synnyttäjä. Lisääntymiseen kuuluvat roolit ovat yhteydessä vanhemmuuteen ja cisnormatiiviseen käsitykseen sukupuolesta. Käsitys vanhemmuudesta eroaa hallituksen esityksessä kuitenkin siitä, miten vanhemmuus muualla lainsäädännössä määritellään.

Hallituksen esitys on kuitenkin epäjohdonmukainen pyrkimyksessään estää sukupuoliroolin ja vanhemmuuden väliset ristiriidat. Esityksen mukaan isyyttä ei nimittäin kumottaisi sillä perusteella, että lapsen siittänyt henkilö myöhemmin vahvistetaan naiseksi. Samoin lapsen

---

44 STM/5023/2012, s. 1–2.

45 Y. Y. v. Turkki, 10.3.2015, § 122.

46 HE 56/2001 vp, s. 14.

synnyttänyt pysyy äitinä, vaikka hänet myöhemmin vahvistettaisiin mieheksi.<sup>47</sup> On siis täysin mahdollista, että lapsen äiti on mies ja isä nainen, vaikka perustelujen mukaan tällaisia tilanteita yritetään nimenomaan välttää. Merkitystä näyttää olevan vain sillä, mikä henkilön sukupuoli siirtämis- tai synnyttämishetkellä on. Tämä vahvasti biologinen käsitys vanhemmuudesta ei ole linjassa muun lainsäädännön kanssa. ETENEn lausunnon mukaan epätavanomainen isä-äiti -asetelma on toissijainen suhteessa henkilökohtaiseen koskemattomuuteen.<sup>48</sup>

Transihmisen on siis mahdotonta saada biologisia lapsia sukupuolenkorjausprosessin jälkeen. ETENEn lausunnon mukaan prosessi itsessään saattaa aiheuttaa lisääntymiskyvyttömyyden, sillä steriiliys on usein jo hormonihoidon seuraus.<sup>49</sup> Steriiliys ei kuitenkaan ole lääketieteellinen edellytys sukupuolenkorjaukselle. Sukupuoli on mahdollista vahvistaa, vaikkei henkilölle olisi tehty kirurgisia toimenpiteitä.<sup>50</sup> Katson, ettei sukupuolen vahvistamisen tulisi riippua henkilön kyvyttömyydestä hankkia biologisia lapsia. Jokaisen tulisi saada päättää perheen perustamisesta sukupuoli-identiteetistään riippumatta. Jos steriiliysvaatimusta ei olisi, transihminen voisi hankkia lapsia myös sen jälkeen, kun hänen juridinen sukupuolensa on vahvistettu, ennen kuin hän aloittaa lääketieteellisen sukupuolenkorjausprosessin. Nykyisen lainsäädännön vuoksi transihmiset ovat sekä perheen perustamisen että henkilökohtaisen koskemattomuuden osalta cishet-ihmisiä huonommassa asemassa.

## 4 VANHEMMUUDEN UUELLEENMÄÄRITTELY JA PERINTEINEN PERHE

### 4.1 Kielletyn syrjinnän muodot

Katson, että seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen erilainen kohtelu edellä selostetulla tavalla on välitöntä syrjintää. Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan, että henkilöä kohdellaan tai kohdeltaisiin nk. suojatun ominaisuuden eli kielletyn syrjintäperusteen vuoksi epäedullisemmin kuin toista vastaavassa tilanteessa olevaa henkilöä.<sup>51</sup> Väliillisellä syrjinnällä taas tarkoitetaan, että sinänsä neutraali sääntö johtaa eräiden väestöryhmien epäedullisempaan kohteluun. Osoituksena tästä voi olla esimerkiksi tilastollinen yliedustus epäedullisen asian suhteen.<sup>52</sup> Epäedullisempi kohtelu luo syrjintäolettan, mutta valtio voi osoittaa, ettei kyseessä ole kielletty syrjintä, jos kohtelulle on hyväksyttävä syy.<sup>53</sup> Keinon ja tavoiteltavan intressin on oltava tasapainossa suhteellisuusperiaatteen<sup>54</sup> mukaisesti, ja keinon on oltava välttämätön demokraattisessa

---

47 Ibid., s. 3.

48 STM/5023/2012, s. 2.

49 Ibid.

50 Ibid.

51 FRA 2010, s. 22; Fredman 2011, s. 166.

52 Tapaus D.H. ja muut v. Tšekki, 13.11.2007, valaisee hyvin väliillistä syrjintää.

53 FRA 2010, s. 42.

54 Esim. James ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta, 21.2.1986, § 50; Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta, 7.7.1989, § 89.

yhteiskunnassa. Välittömän syrjinnän oikeuttamisesta on käyty keskustelua, sillä suojattuun ominaisuuteen perustuvan epäedullisen kohtelun salliminen on nähty ongelmallisena.<sup>55</sup> EIT sen sijaan ei tee eroa välillisen ja välittömän syrjinnän oikeuttamisen suhteen.<sup>56</sup>

Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen syrjintää saattaa olla hankala huomata, sillä se on sisäänrakennettu lainsäädäntöön perheen ja vanhemmuuden määritelmien kautta. EIT soveltaa sinänsä neutraaleja säännöksiä hetero- ja cisnormatiivisesti vinoutuneella tavalla, mikä on välitöntä, joskin mahdollisesti tiedostamatonta syrjintää. Tapauksen Pajic v. Kroatia perusteluissa tuomioistuinin onkin itse todennut, että sen aiemmassa oikeuskäytännössä perhe-elämän suoja on eväty samaa sukupuolta olevilta pareilta valtion harkintamarginaalin perusteella.<sup>57</sup> Translaissa sekä adoptio- ja hedelmöityshoitolaissa syrjivä lähtökohta puolestaan sisältyy lakitekstiin. Tulisikin ymmärtää, etteivät laissa säädetyt määritelmät ole absoluuttisia tai annettuja, vaan ne ovat yhteiskunnallisen kehityksen tulosta ja heijastavat sen arvoja ja ennakkokäsityksiä. Seksuaalisuuden ja sukupuolen moninaisuus on yleisesti tunnettu asia, mikä tulisi huomioida myös lainsäädännössä; muunlainen lainsäädäntö on todellisuudesta vieraantunutta. Vanhemmuuden ja perheen määrittelyä lainsäädännössä tulisi muuttaa, koska seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kohdistuva syrjintä perheoikeudellisissa asioissa juontuu suureksi osaksi määritelmistä.

## 4.2 Onko erilaiselle kohtelulle hyväksyttäviä syitä?

On toki tahoja, joiden mukaan perheen ja vanhemmuuden tulisi pysyä hetero- ja cisnormatiivisina.<sup>58</sup> Myös EIT:n mukaan perinteisen perheen suoja on sellainen hyväksyttävä syy, jolla epäedullisemman kohtelun voi oikeuttaa.<sup>59</sup> Tämä päämäärä on katsottu hyväksyttäväksi, koska on katsottu, että lapsen ja etenkin biologisen isän oikeuksia on suojattava. Perustelu on kyseenalainen. Muunlaisten kuin ”perinteisten” perheiden oikeuksien turvaaminen tuskin on uhka ”perinteisille” perheille. Vaikka tällaisiin perheisiin kuuluvien oikeuksia laajennettaisiin nykyisestä, se ei kaventaisi ”perinteisten perheiden” oikeuksia ainakaan merkittävästi.

YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksen 7 artiklassa määrätään lapsen oikeudesta tuntea vanhempansa ja olla mahdollisuuksien mukaan heidän hoidettavanaan.<sup>60</sup> Oikeus ei kuitenkaan ole rajoittamaton.<sup>61</sup> Äitiyslakialoitteen ehdotus äitiyden vahvistamisesta hedelmöityshoitoa saavan naisen kumppanille ei loukkaa lapsen oikeutta tuntea vanhempansa sen enempää kuin mitä laki nykyiselläänkään; hedelmöityshoitolain 23 §:n mukaan lapsella on oikeus saada tietää

---

55 Fredman 2011, s. 196.

56 FRA 2010, s. 43.

57 Pajic v. Kroatia, 23.5.2016, § 62–63.

58 Esim. avioliittolain säilyttämistä nykyisellään kannattava Aito avioliitto ry.

59 X ja muut v. Itävalta, 19.2.2013, § 137.

60 LOS 20.11.1989.

61 Nieminen 2013, s. 329.

luovuttajan henkilöllisyys 18 vuotta täytettyään. Tiedon saaminen biologisesta isästä ja isyyden vahvistaminen ovat kaksi eri asiaa.<sup>62</sup> Äitiyslakiehdotuksen mukaan äitiyden vahvistamisen edellytyksenä nimenomaisesti säädettäisiin, ettei isyyttä voida vahvistaa.

Eräiden tahojen mukaan perheen ja vanhemmuuden määritelmien tulisi pysyä nykyisellään, koska lapsen kannalta on parempi, että hänellä on kaksi eri sukupuolta olevaa vanhempaa. Tälle kannalle ei kuitenkaan ole tieteellistä tukea. Tutkimuksissa on jopa havaittu, että samaa sukupuolta olevien vanhempien kasvattamilla lapsilla on etuja verrattuna ”perinteisessä perheessä” kasvaneisiin ikätovereihinsa. He ovat esimerkiksi keskimäärin henkisesti kypsempinä ja heillä on parempi itsetunto.<sup>63</sup> Joka tapauksessa on lapsia, joita hoitaa kaksi samaa sukupuolta olevaa vanhempaa. Se, ettei heidän perhesuhteitaan turvata lainsäädännössä, asettaa heidät muita lapsia huonompaan asemaan. ”Täytyy olla isä ja äiti” –argumentin käyttäminen on ainakin Suomessa epäjohdonmukaista, sillä lainsäädännössä mahdollistetaan yksin adoptoiminen ja yksin elävän naisen hedelmöityshoito. Kielitäytymällä vahvistamasta äitiys biologisen äidin kumppanille ei ainakaan turvaa lapsen ”oikeutta” isään ja äitiin.<sup>64</sup> Oikeuskäytännössään EIT on katsonut, ettei perhesiteen vahvistamatta jättäminen estä henkilöitä elämästä perheenä käytännössä.<sup>65</sup> Mielestäni kanta on epälooginen. Perinteisesti perhe-elämää on pidetty elämänalueena, johon valtion ei ole tullut puuttua.<sup>66</sup> Valtion tehtäväksi on jäänyt nimenomaan perhesuhteiden ja niistä seuraavien oikeuksien, kuten perimisen, turvaaminen. Täten EIT:n argumentti tekee tyhjäksi keskeisen perhe-elämän suojaamista koskevan velvollisuuden.

Biologisen isän asema ei myöskään heikkenisi nykyisestä. Kuten olen edellä selostanut, äitiyslakiehdotuksen mukaan synnyttäjän naispuolisen kumppanin äitiyttä ei voitaisi vahvistaa, jos isyys voidaan vahvistaa. Luovuttaja taas voidaan vahvistaa isäksi vain hänen omalla suostumuksellaan. Äitiyden vahvistaminen siis edellyttää, että luovuttaja vapaaehtoisesti luopuu isyydestä. Lisäksi EIT on katsonut, ettei biologisen isän oikeus itsensä ja lapsen väliseen perhe-elämään ole absoluuttinen, ja painottanut ristiriitatilanteissa sosiaalista vanhemmuutta.<sup>67</sup> Ei ole kysymys myöskään ”isättömyyden lisäämisestä”.<sup>68</sup> Yksin tai yhdessä toisen naisen kanssa keinohedelmöitystä saavan naisen lapsella ei yleensä sukusolujen luovuttajan tahdosta riippuen muutenkaan ole isää. Äitiyden vahvistaminen synnyttäjän kumppanille ei siten vie lapselta pois mahdollisuutta isään, vaan helpottaa äidin saamista.

---

62 Nieminen 2013, s. 327.

63 Tästä ks. esim. Rosenthal (2013), s. 247.

64 Esimerkiksi YK:n lapsen oikeuksien sopimuksessa ei puhuta oikeudesta nimenomaan isään ja äitiin. Tähän oikeuteen vedotaan usein, mutta sillä ei ole lainsäädännöllistä pohjaa.

65 X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta, 22.4.1997, § 50.

66 Esim. Nousiainen – Pylkkänen 2001, s. 69.

67 Kilkelly 2003, s. 49.

68 Tällaisesta kannasta ks. esim. Tanus, Sari: Esitetty äitiyslaki ei olisi kenenkään etu. Helsingin Sanomat, B 11, Mielpide. 14.10.2016.



Transsukupuolisten vanhempien osalta lainsäätäjät on korostuneen kiinnostunut lisääntymisprosessista ja siihen liittyvistä rooleista. Kuten olen edellä selventänyt, cishet-parin hankkiessa lapsia biologia sivuutetaan herkästi niin isyys-, adoptio- kuin hedelmöityshoitolaissakin ja painoa annetaan sosiaaliselle vanhemmuudelle. Kun kyseessä ovat transsukupuoliset henkilöt, vanhemmuuden biologista puolta painotetaan kohtuuttomasti, ja sillä perustellaan sterilisointia sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä. Tämä aiheuttaa turhia ongelmia transsukupuolisille ja heidän perheilleen. Biologian merkityksen korostamista vanhemmuuden määrittelyssä tulisi välttää silloin, kun se ei ole kenenkään oikeuksien turvaamiseksi tarpeellista. Sen sijaan vanhemmuus tulisi olla mahdollista määrittää vanhemman sukupuoli-identiteetin mukaan: mieheksi itsensä kokeva tulisi voida vahvistaa isäksi, ja naiseksi itsensä kokeva äidiksi. Näin sukupuoli-identiteetin ja vanhemmuuden välisiltä ristiriidoilta vältyttäisiin. Voi myös kysyä, tarvitaanko isään ja äitiin jakautunutta vanhemmuutta ollenkaan. Tilanteessa, jossa biologinen vanhemmuus muutenkin väistyy sosiaalisen tieltä, ei olisi tavatonta, että puhuttaisiin vain "vanhemmista" tai "huoltajista". Olennaista tulisi olla perhe-elämän turvaaminen ja elatusvelvollisuuden vahvistaminen, ja tämä tulisi tehdä yhdenmukaisilla kriteereillä perheenjäsenten seksuaalisesta suuntautumisesta ja sukupuoli-identiteetistä riippumatta.

Edellä mainituilla perusteilla katson, että "perinteisen perheen" suojaa käytetään itseisarvona, koska ainakaan muunlaiset perheet eivät näytä muodostavan mitään merkittävää uhkaa "perinteiseen perheeseen" kuuluvien oikeuksille. Väittäisin, että kyse on tosiasiaassa perinteisten perhearvojen suojasta. Koska välitön syrjintä voidaan oikeuttaa vain erittäin painavilla perusteilla,<sup>69</sup> katson, ettei pelkästään arvojen suojaaminen voi oikeuttaa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen epäedullisempaa kohtelua. Tällainen ei voi olla välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Tiettyjen arvojen, kuten demokratian, oikeusvaltiollisuuden ja tasa-arvon toteutumisen turvaaminen on epäilemättä perusteltua. Arvojen hyväksyttävyyden ja tarpeellisuuden arvioinnin tulisi kuitenkin lähteä siitä, mitä ne antavat kansalaisille. Tässä tapauksessa näyttäisi siltä, että perinteisten perhearvojen sisältö on lähinnä hetero- ja cisnormatiivisuuden painottaminen, mikä johtaa oikeuksien turvaamisen sijaan seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen järjestelmälliseen syrjintään. Pahimmillaan tämä näkyy näiden vähemmistöjen stigmatisaationa ja ahdistuksena, joka johtaa yliedustukseen itsemurhatilastoissa.<sup>70</sup> Katson siksi, ettei perinteisten perhearvojen suoja voi muodostaa hyväksyttävää syytä erilaiselle kohtelulle.

## 5 PÄÄTELMIÄ

Sosiaalista todellisuutta ja biologiaa painotetaan vanhemmuuden määrittelyssä epä johdonmukaisella tavalla, mikä johtaa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kuuluvien

---

69 Fredman 2011, s. 196–202.

70 The Trevor Project; Centers for Disease Control and Prevention.

oikeuksien loukkaamiseen ja syrjintään. Yleensä sosiaalinen näkökulma saa eniten painoarvoa, mutta seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kohdalla biologista vanhemmuutta korostetaan siinä määrin, etteivät heidän tosiasialliset perhesuhteensa saa suojaa. Tätä tapahtuu sekä Suomen lainsäädännössä, että EIT:n oikeuskäytännössä. Suomessa erilainen kohtelu näkyy räikeällä tavalla hedelmöityshoitolaissa ja translaissa, ja niissä käsitykset vanhemmuudesta poikkeavat siitä, miten se muualla lainsäädännössä määritellään. EIT puolestaan ei vuosikymmeniä ole suojannut seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perhe-elämää tehokkaalla tavalla. Kyseessä ei ole keinojen tai periaatteiden pula, päinvastoin: EIT on painottanut perhe-elämän suojan soveltamisessa vanhemmuuden sosiaalista puolta ja todennut yksiselitteisesti, ettei erilainen kohtelu vain seksuaalisen suuntautumisen tai sukupuoli-identiteetin perusteella ole sallittua. Mikäli se soveltaisi itse luomiaan linjauksia yhdenmukaisesti, nykyistä useammassa tapauksessa 8 artiklaa yksin tai yhdessä 14 artiklan kanssa olisi katsottu loukatun. Näiden linjauksien noudattamatta jättäminen on johtunut nimenomaan tuomioistuimen hetero- ja cisnormatiivisesta perhekäsityksestä. Vaikuttaa myös siltä, että EIT on ollut haluton puuttumaan ongelmiin ja välttynyt ottamasta kantaa niihin vetoamalla valtion harkintamarginaaliin. Vaikka syrjintä seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin perusteella on yksiselitteisesti kiellettyä, laajan harkintamarginaalin turvin valtiot ovat voineet määritellä perheen kansallisessa lainsäädännössä syrjivällä tavalla. EIT ei ole puuttunut näiden määritelmien syrjivyyteen, saati arvioinut oikeuttamisperusteita – useimmiten ”perinteisen perheen” suojaamista – kyllin tarkasti. Olisi korkea aika tunnistaa vallalla olevien käsitysten sisäänrakennettu hetero- ja cisnormatiivisuus ja puuttua tästä aiheutuvaan syrjintään.

# LÄHTEET

## Kirjallisuus

Anderson, Michael, Approaches to the history of the western family, 1500 – 1914. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. (Anderson 1995)

European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European non-discrimination law. Luxembourg: Council of Europe, 2010. (FRA 2010)

European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European non-discrimination law: Case-law update July 2010 - December 2011. Luxembourg: Council of Europe, 2012. (FRA 2012)

Fredman, Sandra, Discrimination Law. Second edition. New York: Oxford University Press, 2011. (Fredman 2011)

Hart, Linda, Relational subjects. Family Relations, Law and Gender in the European Court of Human Rights. Academic dissertation. Helsinki: University of Helsinki, Department of Social Research, 2016. (Hart 2016)

Johnson, Paul R. Homosexuality and the European Court of Human Rights. Abingdon, Oxon: Routledge, 2013. (Johnson 2013)

Kilkelly, Ursula, The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. Human Rights handbooks, No. 1. Strasbourg: Council of Europe, 2003. (Kilkelly 2003)

Nieminen, Liisa, Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe. Helsinki: Talentum, 2013. (Nieminen 2013)

Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu, Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Helsinki: Forum Iuris, 2001. (Nousiainen – Pylkkänen 2001)

Rosenthal, Martha, Human Sexuality: From Cells to Society. Florida: Florida Gulf Coast University, 2013. (Rosenthal 2013)

## Virallislähteet

HE 19/2014 vp Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

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

HE 65/2015 vp Hallituksen esitys eduskunnalle eräiksi avioliittolain muutoksen edellyttämiksi lainmuutoksiksi.

LOS 20.11.1989 Yhdistyneiden kansakuntien yleissopimus lapsen oikeuksista

OM 187/52/2015 Kansalaisaloite äitiyslainsiksi.

STM/5023/2012 Valtakunnallisen sosiaali- ja terveysalan eettisen neuvottelukunnan ETENEn lausunto transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muutostarpeista, 17.4.2013.

## Oikeustapaukset

Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta. 16580/90 (EIT, 28.2.1994).

D.H. ja muut v. Tšekki. 57325/00. (EIT, 13.11.2007).

Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta. 7525/76 (EIT, 22.10.1981).

E.B. V. Ranska. 43546/02 (EIT, 22.1.2008).

Hämäläinen v. Suomi. 37359/09 (EIT, 16.7.2014).

Identoba ja muut v. Georgia. 73235/12 (EIT, 12.5.2015).

James ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta. 8793/79 (EIT, 21.2.1986).

Kerkhoven, Hinke & Hinke v. Alankomaat. 15666/89 (EIT, 19.5.1992).

Marockx v. Belgia. 6833/74 (EIT, 13.6.1979).

Mazurek v. Ranska. 34406/97 (EIT, 1.2.2000).

Pajic v. Kroatia. 68453/13 (EIT, 23.5.2016).

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali. 33290/96 (EIT, 21. 12 1999).

Schalk ja Kopf v. Itävalta. 30141/04 (EIT, 24. 6 2010).

Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta.14038/88 (EIT, 7.7.1989).

Vallianatos ja muut v. Kreikka. 29381/09 ja 32684/09 (EIT, 17.11.2013)

X ja muut v. Itävalta. 19010/07 (EIT, 19.2.2013).

X, Y ja Z v. Yhdistynyt kuningaskunta. 21830/90 (EIT, 22.4.1997).

Y.Y. v. Turkki. 14793/08 (EIT, 3.10.2015).

## Elektroniset lähteet

Centers for Disease Control and Prevention. <http://www.cdc.gov/lgbthealth/youth.htm> (Viittauspäivä 3.5.2016).

Seta: Hlbtiq-sanasto. <http://seta.fi/hlbtiq/> (Viittauspäivä 11.6.2016).

The Trevor Project: Facts about suicide. <http://www.thetrevorproject.org/pages/facts-about-suicide> (Viittauspäivä 3.5.2016).

Trasek: Käsitteitä. <http://trasek.fi/perustietoa/kasitteita/> (Viittauspäivä 11.6.2016).

Aito avioliitto ry. <http://aitoavioliitto.fi/pa-svenska/> (Viittauspäivä 12.6.2016).