

Verken mann eller kvinne i pass og identitetspapirer

En utredning av internasjonale og nasjonale krav til kjønnsmarkører i
identitetspapirer



Lars Arnesen

Kvinnerettslig skriftserie nr. 98

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett

(KVIBALD)

Universitetet i Oslo

2016

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING.....	1
1.1. Lov om endring av juridisk kjønn	2
1.2. Positiv og negativ anerkjennelse	4
1.3. Modeller for juridisk kjønn	4
1.3.1. Tokjønnsmodellen.....	5
1.3.2. Reservasjonsmodellen.....	5
1.3.3. Flerkjønnsmodellen.....	6
1.3.4. Kjønnsnøytral modell.....	6
1.4. Problemstilling	6
1.5. Tema og avgrensninger	8
1.6. Definisjoner og begrepsavklaringer	9
1.6.1. Juridisk kjønn og fødselskjønn	9
1.6.2. Sosialt kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	10
1.6.3. Transseksualisme og transpersoner.....	10
1.6.4. Transpersoner og cispersoner.....	11
1.6.5. Intersex/DSD.....	11
1.6.6. Kjønnsbegreper, kjønns kategorier og kjønnsmarkører	12
1.7. Oversikt over avhandlingen.....	12
2. KILDER OG METODE	13
2.1. Deskriptiv analyse	13
2.2. Normativ analyse: gjeldende rett.....	14
2.2.1. Grunnloven.....	15
2.2.2. Menneskerettsloven av 1999.....	17
2.2.3. Deklarasjoner	21
2.2.4. Øvrige folkerettslige forpliktelser	21
2.2.5. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	22
2.2.6. Forvaltningspraksis	22
2.2.7. Utenlandsk praksis	23
2.2.8. Samfunnsvitenskapelige kilder	24
2.3. Rettspolitisk analyse.....	24
3. HVA ER ET TREDJE JURIDISK KJØNNALTERNATIV?	25
3.1. Er kjønn fast eller flytende?	25

3.2.	Hva er juridisk kjønn?	27
3.2.1.	Kriterier for tildeling og endring av juridisk kjønn i tidligere tider	29
3.2.2.	Sosialt kjønn som del av det juridiske kjønnsbegrepet	33
3.2.3.	Fremvoksende trender for juridisk kjønn i norsk rett	37
3.2.4.	Alternativer til tokjønnsmodellen	41
3.3.	Oppsummering	48
4.	JURIDISK KJØNSSIDENTITET ETTER RETTEN TIL PRIVATLIV	50
4.1.	Retten til privatliv etter EMK artikkel 8	51
4.1.1.	Foreligger det et inngrep i retten til kjønnsidentitet?	52
4.1.2.	Foreligger det en positiv forpliktelse til å ivareta retten til kjønnsidentitet?	55
4.2.	Retten til privatliv etter Grunnloven § 102	68
4.3.	Konklusjon	69
5.	JURIDISK KJØNSSIDENTITET I ET DISKRIMINERINGSRETTSLIG PERSPEKTIV	71
5.1.	Diskrimineringsvernet etter KDK artikkel 5a og likestillingsloven.....	73
5.2.	Diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14 opp mot EMK artikkel 8	76
5.1.1.	Foreligger det negativ forskjellsbehandling?	77
5.1.2.	Er forskjellsbehandlingen saklig begrunnet?	82
5.3.	Grunnloven § 98 og diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	84
5.4.	Konklusjon	88
6.	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	90
7.	AKTUELLE LOVENDRINGER.....	94
7.1.	Passloven og ICAO-standarden	94
7.2.	ID-kortloven og andre identitetsdokumenter	95
7.3.	Lov om endring av juridisk kjønn	96
8.	LITTERATURLISTE.....	97
8.1.	Lover	105
8.2.	Opphevede lover	106
8.3.	Forskrifter.....	106
8.4.	Dommer.....	106
8.5.	Likestillings- og diskrimineringsombudet	107
8.6.	Rundskriv	107
8.7.	Proposisjoner til Stortinget.....	107

8.8. Norske offentlige utredninger	108
8.9. Stortingsdokumenter	108
8.10. Konvensjoner	108
8.11. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).....	109
8.12. Resolusjoner.....	112
8.13. Menneskerettighetskomiteen	113
8.14. ØSK-komiteen	113
8.15. Kvinnekomiteen	113
8.16. Barnekomiteen	114
8.17. Torturkomiteen.....	114
8.18. Utenlandske lover, forskrifter og retningslinjer	115
8.19. Utenlandske dommer og nemndsavgjørelser	116

1. Innledning

Alle som er født eller bosatt i Norge er registrert med et juridisk kjønn, enten mann eller kvinne. Det er obligatorisk å ha et juridisk kjønn, og inntil nylig var det svært få personer som fikk lov til å endre det. Kun personer som var diagnostisert og som gjennomgikk kirurgisk behandling fikk denne muligheten. For de aller fleste av oss var det dermed helt umulig å endre det juridiske kjønn som blir tildelt oss ved fødselen. Dette endret seg fundamentalt 1. juli 2016, da lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft. Loven gir alle som opplever å tilhøre det motsatte kjønn rett til å endre det, helt uten foregående psykologiske konsultasjoner eller medisinske inngrep.¹

Bakgrunnen for lov om endring av juridisk kjønn var en ekspertrapport fra Helsedirektoratet fra april 2015. Ekspertrapporten konkluderte med at tidligere praksis var i strid med sentrale menneskerettigheter, hovedsakelig fordi sterilisering var påkrevd for å endre juridisk kjønn. Ekspertgruppen anbefalte derfor å innføre en rett til å endre juridisk kjønn uavhengig av sterilisering eller andre medisinske inngrep.²

Ekspertgruppen mente imidlertid også at et tredje juridisk kjønnsalternativ burde utredes nærmere.³ I april 2016 foreslo Venstre å innføre et tredje juridisk kjønn.⁴ Forslaget ble nedstemt, og helseminister Bent Høie har uttalt at et tredje juridisk kjønnsalternativ foreløpig ikke er aktuell politikk for regjeringen.⁵ Lov om endring av juridisk kjønn gir dermed kun en rett til å velge mellom to alternativer, mann eller kvinne, og gjør det fortsatt obligatorisk å være registrert med ett av disse to alternativene.

Modellen med to alternativer for juridisk kjønn har lange tradisjoner i Norge. Vi har derfor også en mengde regler som forutsetter at befolkningen kan deles inn i disse to entydige kjønnskategoriene. Dette gjelder for eksempel kvoteringslovgivning, kjønnspoeng ved studier, etablering av foreldreskap og inndeling i sport, garderobe, toaletter og kroppsvisitering.⁶

Ved siden av en obligatorisk tokjønnsmodell har vi imidlertid også en økende anerkjennelse av kjønnsmangfold i samfunnet vårt, med blant annet et eget diskrimineringsvern på bakgrunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bygger på kjønn som et mangfoldig og variert konsept. I

¹ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 63-68

² Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 106

³ Ibid. s. 120-121

⁴ Stortinget (14. april 2016). Forslag nr. 60 fra Ketil Kjenseth på vegne av Venstre: «Stortinget ber regjeringen innføre en tredje kjønnskategori.»

⁵ Engesbak (10. mars 2016)

⁶ For eksempel likestillingsloven § 21, forskrift om opptak til høyere utdanning § 7-9, barneloven kapittel 2 og straffeprosessloven § 201

lovens forarbeider fremkommer det direkte at samfunnet ikke bare består av kvinner og menn.⁷ Dersom lovgiver anerkjenner at samfunnet består av mer enn kvinner og menn, hvorfor forutsettes det da samtidig at hele befolkningen kan kategoriseres kun etter disse to alternativene?

Formålet med denne avhandlingen er å undersøke hva et tredje juridisk kjønnsalternativ innebærer, og om det bør innføres i norske pass og identitetspapirer.

Det er flere land som har innført et tredje juridisk kjønnsalternativ, men disse landene har gjort dette på mange ulike måter.⁸ Et tredje juridisk kjønnsalternativ er derfor ikke et enkelt og entydig alternativ, men heller en samlebetegnelse på ulike alternativer til dagens praksis.

For å kunne ta stilling til hva et tredje juridisk kjønnsalternativ er, og om det bør innføres i norsk rett, er det nødvendig å vite noe om bakgrunnen for at det har blitt et tema i Norge. Jeg vil derfor starte med å gi et overblikk over lov om endring av juridisk kjønn. Jeg vil deretter gi en innføring i sentrale begreper jeg bruker i avhandlingen før jeg til slutt gir en nærmere presisering av avhandlingens problemstilling.

1.1. Lov om endring av juridisk kjønn

Før loven om endring av juridisk kjønn var det ikke mulig å endre juridisk kjønn uten medisinsk eller psykiatrisk diagnose. Transseksualisme er et eksempel på en diagnose som kan gi adgang til å endre juridisk kjønn.⁹ For å endre juridisk kjønn er det ikke nok å være diagnostisert, man må også gjennomgå kjønnsbekreftende behandling. Sterilisering inngår som en integrert del av behandlingen. Steriliseringsinngrepet ved kjønnsbekreftende behandling var en av hovedårsakene til at Helsedirektoratet satt ned en egen ekspertgruppe for å vurdere praksisen på området.¹⁰ Det er ingen lover eller forskrifter som regulerer endring av juridisk kjønn, kun ulovfestet forvaltningspraksis.¹¹

Ekspertgruppen anbefalte å bryte opp knytningen mellom medisinske inngrep og juridisk kjønn. På den måten vil det bli mulig å endre juridisk kjønn uten å sterilisere seg.¹² Ekspertgruppen sin anbefaling ble fulgt opp med et lovforslag i juni 2015 som resulterte i lov om endring av juridisk kjønn.¹³ Etter lov om endring av juridisk kjønn er det mulig å endre juridisk kjønn for alle som «opplever å tilhøre det andre kjønnnet».¹⁴ Loven tar altså utgangs-

⁷ Prop 88. L (2012-2013) s. 110

⁸ Se gjennomgang av praksis i andre land i punkt 3.2.5.

⁹ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 63-68

¹⁰ Ibid. s. 1

¹¹ Ibid. s. 63-68

¹² Ibid. s. 106

¹³ Helse- og omsorgsdepartementet (25. juni 2015) unummerert

¹⁴ Lov om endring av juridisk kjønn § 2

punkt i at det kun skal være mulig å endre til «mann» for personer som er registrert som kvinner og «kvinne» for personer som er registrert som menn. Det ligger ingen begrensninger i hvor mange ganger juridisk kjønn kan endres.¹⁵

Aldersgrensen for å endre juridisk kjønn uten samtykke fra foresatte er satt til 16 år.¹⁶ Barn mellom 6 år og 16 år kan endre juridisk kjønn med samtykke fra foresatte, mens barn under 6 år kun kan endre juridisk kjønn dersom de har en diagnose som faller inn under intersex/DSD-spekteret, se punkt 1.7.4 under.¹⁷ Etter navneloven kan kun personer over 18 år endre navn, jf. navneloven § 10. Aldersgrensen for å endre navn foreslås nedjustert til 16 år for å samsvare med nedre aldersgrense for å endre juridisk kjønn uten samtykke.¹⁸ Justisdepartementet har presisert reglene i navneloven § 10 i et rundskriv fra 2002. Her fremkommer det at det normalt ikke er tillatt med guttenavn for personer som er registrert som jenter eller jentenavn for personer som er registrert som gutter. Det gjøres imidlertid unntak for personer med «transgender identitet». Personer med «transgender identitet» har lov til å ta for eksempel et jentenavn selv om de er juridisk registrert som gutt uten å gjennomgå kjønnsbekreftende behandling.¹⁹

Juridisk kjønn skal legges til grunn alle steder der kjønn er relevant i lovgivningen med unntak av etablering av foreldreskap etter barneloven.²⁰ Dette innebærer blant annet at juridisk kjønn vil legges til grunn ved kvotering til offentlige utvalg etter likestillingsloven § 21, styrer i aksjeselskaper etter allmennaksjeloven § 6-11a og ved kjønnspoeng til enkelte studier etter forskrift om høyere utdanning § 7-9.

Ekspertgruppen anbefaler at spørsmålet om en tredje kjønnsalternativ bør utredes nærmere. Dett er blant annet begrunnet med at en rekke land åpner for en tredje kjønnskategori i pass og identitetsdokumenter. Norske myndigheter bør derfor ta stilling til hvordan statsborgere fra disse landene skal registreres dersom de kommer til Norge.²¹ I høringsrunden var det flere høringsinstanser som støttet ekspertutvalget sin anbefaling.²²

¹⁵ Prop. 74 L (2015-2016) s. 31

¹⁶ Lov om endring av juridisk kjønn § 4 (1)

¹⁷ Prop. 74 L (2015-2016) s. 39. Utkast til lov § 4 (2) og (3)

¹⁸ Ibid. s. 34

¹⁹ Rundskriv G-20/ 2002 pkt. 2.3.7.1

²⁰ Prop. 74 L (2015-2016) s. 5

²¹ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 120-121

²² Regjeringen.no (1. desember 2015)

1.2. Positiv og negativ anerkjennelse

Et sentralt spørsmål i avhandlingen er hva slags anerkjennelse som følger av juridisk kjønn. Et tredje juridisk kjønnsalternativ kan anerkjennes på to måter. Anerkjennelsen kan enten være positiv eller negativ.²³

Negativ anerkjennelse gir anerkjennelse fra noe, mens positiv anerkjennelse derimot gir anerkjennelse til noe. I relasjon til juridisk kjønn blir spørsmålet om det foreligger en rett *fra* å bli anerkjent som kvinne eller mann, eller en rett *til* å bli anerkjent som et tredje juridisk kjønnsalternativ.

En positiv anerkjennelse forutsetter at det tredje juridiske kjønnsalternativet består av noe spesifikt. Det kan for eksempel være et fysisk objekt eller en identitet. Det må med andre ord være gitte kriterier for hva et tredje juridisk kjønnsalternativ er, på samme måte som det finnes gitte kriterier for hva en kvinne eller mann er. Disse kriteriene kan for eksempel være basert på biologiske, psykologiske eller sosiale faktorer.²⁴ Dette reiser spørsmål ved hva kjønn er, og hvilke aspekter ved kjønn som bør fanges opp av retten.

1.3. Modeller for juridisk kjønn

I denne avhandlingen vil jeg bruke fire modeller som illustrerer ulike måter juridisk kjønn kan reguleres på.²⁵ Den første modellen tar utgangspunkt i tokjønnsmodellen, mens de tre andre modellene representerer alternative løsninger. I tabellen nedenfor har jeg listet opp de fire modellene og typiske kjennetegn ved dem. Modellene vil bli forklart nærmere med konkrete eksempler fra løsninger i andre land senere i avhandlingen.²⁶ Denne oversikten gir kun et overblikk.

²³ Berlin (2009) s. 297-307. Positiv og negativ anerkjennelse bygger på Berlins tiltredelsesforelesning «Two Concepts of Freedom» på Oxford i 1958.

²⁴ NOU 2009: 14 s. 121

²⁵ Modellene bygger på eget arbeid

²⁶ Se punkt 3.2.5.

<i>Type modell</i>	<i>Type anerkjennelse</i>	<i>Grad av valgfrihet</i>
Tokjønnsmodell	Positiv	Obligatorisk
Reservasjonsmodell	Positiv /negativ	Delvis valgfri
Flerkjønnsmodell	Positiv	Obligatorisk
Kjønnsnøytral modell	Ingen	-

1.3.1. Tokjønnsmodellen

Tokjønnsmodellen illustrerer dagens måte å regulere juridisk kjønn på. Modellen anerkjenner to positive kjønnskategorier, mann og kvinne. Mann og kvinne viser med andre ord til bestemte kjennetegn og kriterier, for eksempel ut fra biologiske eller psykologiske kriterier. Et annet viktig kjennetegn ved dagens regulering av juridisk kjønn er at den er obligatorisk. Juridisk kjønn blir tildelt ved fødselen og varer livet ut.²⁷ Det er altså ikke mulig å velge bort tokjønnsmodellen, og det er for eksempel obligatorisk å bli betegnet som enten mann eller kvinne i identitetspapirer.²⁸

1.3.2. Reservasjonsmodellen

I reservasjonsmodellen er det fortsatt to positivt anerkjente kjønnskategorier, mann og kvinne. Forskjellen er at det er mulig å velge bort disse to kjønnskategoriene i enkelte tilfeller. I tabellen over har jeg betegnet reservasjonsmodellen som delvis valgfri. Dette innebærer at det kun er mulig å reservere seg fra tokjønnsmodellen på enkelte områder. Vi kan for eksempel tenke oss at reservasjonsløsningen gjelder ved pass og identitetspapirer, men at de to kjønnskategoriene mann og kvinne er obligatorisk på andre områder der juridisk kjønn er relevant.

²⁷ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 63-68

²⁸ Lov om endring av juridisk kjønn åpner for å velge *mellom* å være mann og kvinne. Loven gir med det intern valgfrihet innenfor rammene av tokjønnsmodellen, men gir derimot ikke valgfrihet til å velge bort juridisk kjønn. Tokjønnsmodellen vil derfor være obligatorisk selv om regjeringens lovforslag blir innført.

Reservasjonsmodellen er en mellomløsning. Den tilbyr både negativ og positiv anerkjennelse og delvis valgfrihet på enkelte områder. Reservasjonsmodellen er positiv i den forstand at den bygger på tokjønnsmodellen. Reservasjonsmodellen er derimot negativ i den forstand at det er mulig å *ikke* bli anerkjent som mann eller kvinne i enkelte tilfeller.

1.3.3. Flerkjønnsmodellen

I flerkjønnsmodellen finnes det flere enn to juridiske kjønn. Det kan for eksempel være fem eller ti positivt anerkjente kjønnskategorier i tillegg til mann og kvinne.²⁹ Flerkjønnsmodellen er obligatorisk på samme måte som tokjønnsmodellen. Det er mulig å velge et annet juridisk kjønn, men det er derimot ikke mulig å velge juridisk kjønn fullstendig bort slik som i reservasjonsmodellen.

1.3.4. Kjønnsnøytral modell

I den kjønnsnøytrale modellen er ikke juridisk kjønn relevant. Kjønn forekommer ikke på pass og identitetsdokumenter, og det er ingen kjønnsspesifikke rettigheter. Den kjønnsnøytrale modellen kan innføres helt eller delvis. Juridisk kjønn kan for eksempel bli irrelevant på enkelte områder som for eksempel pass og identitetsdokumenter, samtidig som juridisk kjønn fortsatt har betydning i relasjon til for eksempel kvoteringsbestemmelser og øvrige likestillingstiltak.

Det finnes utallige variasjoner innenfor disse fire modellene. Modellene er en forenkling av virkeligheten, og kun ment som illustrasjon på ulike måter et tredje juridisk kjønnsalternativ kan komme til uttrykk på. Alle land som har åpnet for alternativer til tokjønnsmodellen har gjort dette på ulike måter. Enkelte land har åpnet for løsninger som ligner på flerkjønnsmodellen, mens andre har gått i retning av reservasjonsmodellen. Det er ingen land som har åpnet for en fullstendig kjønnsnøytral modell i pass og identitetspapirer, men det er stor variasjon med hensyn til hvilke typer identitetspapirer som inneholder informasjon om kjønn.

1.4. Problemstilling

Spørsmålet i denne avhandlingen er om et tredje juridisk kjønnsalternativ bør anerkjennes i pass og identitetspapirer. Jeg vil ta utgangspunkt i de tre modellene skissert overført som tre alternative løsninger til dagens obligatoriske tokjønnsmodell.

²⁹ Fausto-Sterling (2000) s. 92

I denne sammenhengen gir reservasjonsmodellen en mulighet til å reservere seg fra å være mann eller kvinne i pass og identitetsdokumenter. Reservasjonsmodellen gir negativ anerkjennelse for alle som ønsker det. Flerkjønnsmodellen gir derimot positiv anerkjennelse av et spesifisert tredje kjønnsalternativ, mens den kjønnsnøytrale modellen gir ingen anerkjennelse av kjønn i det hele tatt.

Spørsmålet er hvilken modell som følger av gjeldende rett. Den normative vurderingen av gjeldende rett kan gi fire mulige svar. Hvert spørsmål har et forslag til løsning i parentes:

1. Foreligger det en rett til å bli positivt anerkjent med et tredje juridisk kjønnsalternativ? (flerkjønnsmodellen)
2. Foreligger det en rett til å *ikke* bli anerkjent som kvinne eller mann? (reservasjonsmodellen)
3. Foreligger det *kun* en rett til å bli positivt anerkjent som kvinne eller mann? (tokjønnsmodellen)
4. Foreligger det ingen rett til anerkjennelse av kjønnsidentitet i det hele tatt? (kjønnsnøytral modell)

Problemstillingen tar utgangspunkt i retten til juridisk anerkjennelse av egen identitet. Formålet med juridisk kjønn er imidlertid ikke kun anerkjennelse. Det er en rekke andre formål med juridisk kjønn som må balanseres opp mot retten til anerkjennelse. Selv om det ikke gjelder en rett til anerkjennelse kan det være andre hensyn som taler for en bestemt modell for juridisk kjønn, for eksempel medisinske eller administrative hensyn.

Selv om en person er anerkjent som mann i pass og identitetspapirer er det ikke sikkert at han vil bli anerkjent som mann i alle sammenhenger. I 2015 innførte Danmark en rett til å endre juridisk kjønn som har store likhetstrekk med lov om endring av juridisk kjønn.³⁰ I mars 2016 tok Ligebehandlingsnævnet i Danmark, tilsvarende det norske Likestillings- og diskrimineringsombudet, stilling til om juridisk kjønn skulle legges til grunn ved bruk av garderobe i en svømmehall. Klageren hevdet at hun hadde rett til å bruke damegarderoben. Problemet var at personalet vurderte hun fysisk sett som en mann. Ligebehandlingsnævnet slo fast at klageren var å anse som en mann i forbindelse med garderobebruk, selv om klageren var juridisk anerkjent som kvinne.³¹ Saken viser at endring av juridisk kjønn ikke nødvendigvis gjør at det juridiske kjønn man selv har valgt vil bli anerkjent i alle

³⁰ Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister § 1 (25. juni 2014)

³¹ Ligebehandlingsnævnet (2. mars 2016) afgørelse nr. 35/2016 (publisert 25. mai 2016)

sammenhenger. Selv ved hverdagslige hendelser som garderobebesøk er det ikke sikkert at selvbestemt juridisk kjønn vil bli anerkjent. Det samme vil gjelde ved innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Et tredje juridisk kjønnsalternativ kan enten ha minimale eller svært omfattende rettsvirkninger. Anerkjennelse er derfor et relativt fenomen. Selv om man er anerkjent som for eksempel kvinne i passet er det ikke sikkert man vil bli anerkjent som kvinne i alle sammenhenger der kjønn kan være relevant.

Det vil ikke være mulig å vurdere retten til anerkjennelse i alle mulige tilfeller der kjønn kan være relevant. Det er derfor nødvendig å avgrense. I neste avsnitt går jeg nærmere inn på hvilke rammer og avgrensninger jeg har lagt for avhandlingen.

1.5. Tema og avgrensninger

Avhandlingen består av to hovedtemaer. Det første tema er hva et tredje juridisk kjønnsalternativ består av. Det andre temaet er hvilke føringer gjeldende rett gir for regulering av juridisk kjønn.

Ved behandlingen av det første temaet vil jeg ta frem eksempler fra land som har åpnet for alternativer til to juridiske kjønn. Jeg vil sammenligne disse eksemplene med hvordan juridisk kjønn blir tildelt i Norge. Juridisk kjønn er et område i stor endring. For å få en bedre forståelse av utviklingen og hvor vi står i dag, vil jeg starte med et historisk utgangspunkt. Det er umulig å gi en fullstendig redegjørelse for alle måter kjønn kommer til uttrykk på i retten. Målet med den første delen er derfor først og fremst å gi et overblikk med fokus på eksempler som er spesielt relevant for vurderingen av alternative modeller for juridisk kjønn.

I vurderingen av hvilke føringer gjeldende rett gir for regulering av juridisk kjønn ligger fokuset på retten til privatliv og diskrimineringsvernet basert på kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Det er flere menneskerettslige bestemmelser som kan være relevante ved vurderingen av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Grunnen til at jeg har valgt å fokusere på retten til privatliv og diskrimineringsvernet er fordi retten til kjønnsidentitet og retten til å endre juridisk kjønn tradisjonelt har vært subsumert under disse to grunnlagene. Det er derfor et større rettskildegrunnlag ved retten til privatliv sammenlignet med andre potensielt berørte menneskerettighetsforpliktelser.

Jeg har valgt å se på personidentifikasjon ved pass og identitetsdokumenter som et konkret eksempel. Bakgrunnen for at jeg velger å fokusere på pass og identitetsdokumenter er todelt. For det første oppleves identifikasjon som et problem for mange som blir tvunget til å leve med en kjønnsmarkør i identifikasjonsdokumentene sine som de ikke er enig i. Personer som har en kjønnsmarkør i pass og identitetsdokumenter som ikke passer overens med egen kjønnsidentitet vil stadig kunne bli konfrontert med hvilket kjønn de «egentlig er». Pass og identitetsdokumenter er et av de viktigste områdene der juridisk kjønn kommer til uttrykk i det daglige. Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderte i 2014 at det er

diskriminerende å ikke la transpersoner få endre juridisk kjønn, blant annet fordi de vil bli utsatt for daglige konfrontasjoner om hvilket kjønn de egentlig er.³² Det problematiske ved denne praksisen er også bakgrunnen for at lov om endring av juridisk kjønn kom på plass.³³ For det andre har menneskerettslige spørsmål rundt endring av juridisk kjønn særlig sentrert seg rundt identifikasjonsdokumenter. Rettskildetilfanget er derfor størst rundt dette spørsmålet.

Denne avhandlingen handler ikke om medisinsk behandling. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på retten til behandling og de særskilte problemstillingene som reiser seg rundt samtykke til kjønnsbekreftende operasjoner for intersexbarn.³⁴ Det er i tillegg en rekke andre områder som ikke er dekket i denne avhandlingen som vil være relevant for videre utredning ved en eventuell innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Dette gjelder blant annet innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ i konkurranseidrett, offentlige toaletter og garderober, kroppsvisitering på institusjoner og av politiet, kjønns spesifikke likestillingstiltak og etablering av foreldreskap.

1.6. Definisjoner og begrepsavklaringer

I denne avhandlingen gjør jeg bruk av flere begreper som kan være ukjent for leseren, blant annet fordi enkelte av dem er relativt nye. Noen av begrepene har blitt introdusert i forbindelse med lov om endring av juridisk kjønn.

1.6.1. Juridisk kjønn og fødselskjønn

Der kjønn brukes i lovgivning henviser det normalt til det kjønn vi har ut fra «biologiske, fysiske og genetiske perspektiver».³⁵ Etter lov om endring av juridisk viser «kjønn» derimot til kjønnsidentitet, som ikke nødvendigvis vil samsvare med biologisk kjønn. I lov om endring av juridisk kjønn brukes betegnelsen «fødselskjønn» for å skille biologisk kjønn og juridisk kjønn fra hverandre.³⁶

I forarbeidene til likestillingsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk vises det til «biologisk kjønn» og «kroppslig kjønn».³⁷ Biologisk kjønn og kroppslig kjønn er ment som synonym til fødselskjønn. I høringsnotatet til lov om endring av juridisk kjønn er følgende definisjon av fødselskjønn lagt til grunn:

³² Likestillings- og diskrimineringsombudet (23. september 2014) sak nr. 14/840

³³ Helse- og omsorgsdepartementet (25. juni 2015) unummerert

³⁴ Hughes (2006). I medisinske kretser har det siden 2006 blitt vanlig å betegne «intersex» som «disorders of sex development». Se nærmere om dette i punkt 1.6.5.

³⁵ NOU 2009:14 s. 121

³⁶ Prop. 74 L (2015-2016) s. 31

³⁷ Prop. 88 L (2012-2013) s. 119

[Fødselskjønn] er det kjønn en person fysisk synes å tilhøre eller stå nærmest sammenliknet med gjennomsnittet av befolkningen, inndelt etter de mest typiske varianter av kvinnelige og mannlige kjønnskarakteristika (ulik kroppsbygning, ulike genitalia mv.).³⁸

1.6.2. Sosialt kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

Juridisk kjønn viser ikke kun til biologi, men også sosiale aspekter ved kjønn. Sosialt kjønn er samfunnsskapt aspekt ved kjønn.³⁹ På engelsk har det blitt etablert et eget begrep for sosialt kjønn, kalt «gender», som fungerer i kontrast til det biologiske begrepet «sex».⁴⁰ På norsk har vi ikke en tilsvarende todeling. Kjønnsbegrepet vårt er sammensatt av både sosiale og biologiske aspekter.⁴¹

Kjønnsidentitet viser til vår egen opplevelse av kjønn. Denne opplevelsen har både biologiske (psykologiske) og sosiale komponenter.⁴² Kjønnsuttrykk er en del av begrepet kjønnsidentitet og viser til hvordan kjønnsidentiteten oppfattes av andre. Kjønnsuttrykk trenger ikke nødvendigvis å stemme overens med egen kjønnsidentitet. Med andre ord, det er ikke gitt at andre opplever kjønn ditt på samme måte som du selv opplever det. Kjønnsidentitet kan være i samsvar eller bryte med biologisk kjønn.⁴³

1.6.3. Transseksualisme og transpersoner

Transseksualisme er en diagnose. Diagnosen er beskrevet som å ha «en sterk og vedvarende identifisering på tvers av kjønn, og et vedvarende ubehag ved ens kroppslige kjønn, eller følelse av ikke å passe inn i kjønnsrollen som blir forventet av det kjønn som en har blitt tillagt, i en slik grad at det forårsaker klinisk signifikant ubehag, og/eller medfører begrensninger på sosiale, yrkesmessige eller andre viktige funksjonsområder.» Diagnosen gir adgang til kjønnsbekreftende behandling.⁴⁴

Transperson er en samlebetegnelse for alle som har en kjønnsidentitet som ikke stemmer overens med det kjønn de har fått tildelt ved fødselen. En transperson er ikke nødvendigvis diagnostisert som transseksuell. Transpersoner som ikke er diagnostisert kunne etter tidlige praksis ikke endre juridisk kjønn. De måtte dermed beholde sitt opprinnelige juridiske kjønn selv om de identifiserte seg som noe annet.⁴⁵

³⁸ Helse- og omsorgsdepartementet (25. juni 2015) unummerert

³⁹ NOU 2009:14 s. 121

⁴⁰ Se gjennomgangen av dette begrepet under punkt 3.2.2.

⁴¹ NOU 2009:14 s. 121

⁴² Benestad (2002) s. 77 og Serano (2008) s. 68-69

⁴³ Prop. 88 L (2012–2013) s. 110

⁴⁴ Ibid. s. 111

⁴⁵ Prop. 88 L (2012–2013) s. 110

Det er ikke nødvendigvis alle som passer inn i beskrivelsen av en transperson som identifiserer seg som en transperson. Transseksuelle kan for eksempel se på seg selv som kvinner eller menn, og ser kun på transseksualisme som en tilstand de må komme seg gjennom på lik linje med personer som har fått andre typer medisinske eller psykiatriske diagnoser. Begrepet transperson er et sensitivt begrep som ikke alle føler seg hjemme i.⁴⁶

1.6.4. Transpersoner og cispersoner

Cispersoner er personer som «identifiserer deg med det biologiske kjønn du er født med og oppdratt til.» Cispersoner brukes som en kontrast til transpersoner. Transpersoner har i motsetning til cispersoner en kjønnsidentitet som ikke samsvarer med biologisk kjønn.⁴⁷

1.6.5. Intersex/DSD

Mens transseksualisme er en psykiatrisk diagnose, er intersex/DSD en samlebetegnelse på en rekke ulike medisinske diagnoser. Intersex/DSD viser i følge forarbeidene til diskrimineringsloven om seksuell orientering til en person som er født med «uklar biologisk kjønns-tilhørighet».⁴⁸ I medisinske miljøer har betegnelsen disorders of sex development (DSD) blitt introdusert som et alternativ til intersex.⁴⁹ Argumentet for å bruke DSD er at intersex kan skape et feilaktig inntrykk av at det finnes biologiske kjønn mellom mann og kvinne.⁵⁰

Debatten har likhetstrekk med begrepsbruken rundt transseksualisme og transpersoner. Spørsmålet er om intersex/DSD kun skal ses på som en medisinsk tilstand eller også en identitet. For noen kan intersex være en viktig del av deres identitet, mens andre definerer seg utelukkende som kvinner eller menn.⁵¹ I denne avhandlingen benytter jeg begrepet intersex fremfor DSD. Årsaken til dette er blant annet at intersex er mer innarbeidet enn DSD i menneskerettslige kilder. Intersex brukes for eksempel av FNs barnekomité,⁵² EU og Europarådet.⁵³

⁴⁶ Prop. 88 L (2012–2013) s. 111

⁴⁷ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (12. mars 2015)

⁴⁸ Prop. 88 L (2012–2013) s. 111

⁴⁹ Hughes (2006)

⁵⁰ The Netherlands Institute for Social Research (2014) s. 24

⁵¹ Ibid s. 39

⁵² FNs barnekomite konkluderende observasjon Irland (29. januar 2016) pkt. 40 (CRC/C/IRL/CO/3-4), FNs barnekomite konkluderende observasjon Sveits (26. februar 2015) pkt. 42 (CRC/C/CHE/CO/2-4)

⁵³ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) og European Union Agency of Fundamental Rights (desember 2015)

1.6.6. Kjønnsbegreper, kjønnskategorier og kjønnsmarkører

Med kjønnsbegrep sikter jeg til hva som er meningsinnholdet i begrepet kjønn. Ord som for eksempel «kjønn», «kjønnsidentitet», «kjønnsuttrykk», «sosialt kjønn» og «fødselskjønn» viser til ulike aspekter ved kjønnsbegrepet i norsk rett.

Med kjønnskategorier sikter jeg til hvordan befolkningen kategoriseres ut fra kjønn. Etter gjeldende praksis blir noen kategorisert som mann og andre som kvinne. Hvilke kriterier som ligger til grunn for kategoriseringen av kjønn beror på hvilke aspekter ved kjønnsbegrepet som blir vektlagt. Dette kan for eksempel være utelukkende biologiske kriterier, utelukkende sosiale, eller en kombinasjon av begge to.

Kjønnsmarkører viser til hvordan kjønnskategoriene kommer til uttrykk i for eksempel pass og identitetspapirer. En kjønnsmarkør kan for eksempel være «M», «F» eller «X».

1.7. Oversikt over avhandlingen

Avhandlingen faller i fem deler. I den første og inneværende delen gjør jeg rede for tema, problemstilling, begrepsavklaringer og avgrensninger. I del to forklarer jeg min metodiske tilnærming i de ulike delene av avhandlingen. Jeg varierer mellom deskriptiv og normativ analyse. I del tre går jeg nærmere inn i hva juridisk kjønn er og hva et tredje juridisk kjønnsalternativ kan bestå i. Jeg viser til både historiske og utenlandske eksempler for å sammenligne med dagens praksis. I del fire og fem foretar jeg en normativ vurdering av den obligatoriske tokjønnsmodellen som praktiseres i dag med utgangspunkt i retten til privatliv og diskrimineringsvernet på bakgrunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Til slutt, i del 6, gir jeg en anbefaling for alternative måter å regulere juridisk kjønn på basert på både den deskriptive fremstillingen av juridisk kjønn i del 3 og den normative vurderingen av gjeldende rett i del 4 og 5.

2. Kilder og metode

Kildene er til dels sammenfallende i de ulike delene av avhandlingen, men de brukes på ulike måter. Jeg gjør i hovedsak bruk av tre ulike metodiske tilnæringer. I del 3 gir jeg en deskriptiv analyse av hvilke aspekter av kjønn som er fanget opp i retten for å avdekke hva et tredje juridisk kjønnsalternativ egentlig innebærer. I del 4 og 5 gir jeg en normativ analyse av rettskildene, mens jeg til slutt i del 6 foretar en kortfattet rettspolitisk vurdering basert på funnene i del 3-5. De tre ulike metodiske tilnærningene er beskrevet nærmere i det følgende.

2.1. Deskriptiv analyse

Inntil nylig har det vært lite oppmerksomhet rundt regulering av juridisk kjønn. Dette bærer kildetilfanget preg av. Det er få rettskilder som tar direkte stilling til det rettslige grunnlaget for juridisk kjønn. Dagens tokjønnsmodell blir som hovedregel lagt til grunn uten videre. For å kaste lys over det rettslige grunnlaget er det derfor nødvendig å sette rettskildene inn i en bredere sosial og kulturell ramme.⁵⁴ Formålet er å se nærmere på hvilke forståelser av kjønn som har blitt fanget opp av retten.⁵⁵

Jeg ser på både rettshistoriske og idéhistoriske kilder for å få et bedre bilde av utviklingen frem til i dag. Jeg vil se på konkrete eksempler på hvilke utslag regulering av kjønn har hatt for enkeltindividet gjennom tidene.⁵⁶ Jeg tar utgangspunkt i to teorier om hva kjønn er for å se nærmere på hvilke aspekter ved kjønn som kommer til uttrykk ved fastleggelsen av juridisk kjønn. De to teoriene fanger opp ulike aspekter ved kjønn. Kort fortalt har den ene teorien et biologisk fokus, men den andre teorien har et sosialkonstruktivistisk utgangspunkt. Ved gjennomgangen av disse teoriene tar jeg sikte på å fremstille forholdsvis kompliserte synspunkter på en enkel og lettfattelig måte. Dette kan gå på bekostning av presisjon. For å få frem et mer nyansert og presist bilde av teoriene lar jeg derfor enkelte av originalsitatene stå som fotnoter til teksten.

Etter å ha presentert og gjennomgått de to teoriene undersøker jeg hvordan de har blitt reflektert i retten. Internasjonale, nasjonale og utenlandske rettskilder er alle relevante for å kaste lys over utviklingen. Spesielt på 90-tallet foregikk det en stor debatt i FN om innholdet i kjønnsbegrepet,⁵⁷ og på 2000-tallet ble kjønns mangfold stadig oftere tatt opp som tema i ulike FN-organ.⁵⁸ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har også behandlet en rekke saker om endring av juridisk kjønn.⁵⁹ Rettskilder er viktig i alle deler av avhandlingen, men den

⁵⁴ Hellum (2014) s. 22-23

⁵⁵ Andenæs (2011) s. 177. Andenæs og Bjørge gjør bruk av en tilsvarende tilnærming i "Menneskerettene og oss" kap. 5 om EMK og seksuelle retter.

⁵⁶ Hellum (2014) s. 22-23

⁵⁷ Baden (1997)

⁵⁸ Se redegjørelsen med kildehenvisninger i punkt 3.2.2.

⁵⁹ Se gjennomgang med henvisninger i punkt 4.1.

metodiske tilnærmingen er ulik. Hensikten i del 3 er å analysere hvilke forståelser av kjønn som både implisitt og eksplisitt er lagt til grunn i retten. Dette danner grunnlag for den normative vurderingen av gjeldende rett i del 4 og 5.

Av nasjonale kilder er diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk den eneste loven som uttrykkelig anerkjenner at kjønn består av mer enn bare menn og kvinner.⁶⁰ Loven er en sentral kilde ved siden av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og Kvinnediskrimineringskonvensjonen. Mens diskrimineringsloven om seksuell orientering og likestillingsloven gir direkte uttrykk for en bestemt forståelse av kjønn, kommer alternative forståelser av kjønn mer indirekte til uttrykk i kilder som navneloven, allmennaksjeloven, regnskapsloven, forskrift om folkeregistrering og forskrift om melding av fødsler, erkjennelse av farskap og melding om valg av navn.

For å kartlegge målgruppen for et tredje juridisk kjønnsalternativ viser jeg til en rekke empiriske undersøkelser fra Norge og utlandet. Undersøkelsene bærer preg av at forskningsområdet er i en startfase. De fleste undersøkelsene har svært få respondenter og flere av undersøkelsene baserer seg på selvrapportering og selvrekruttering. Det er altså ikke nødvendigvis alltid hentet ut et representativt utvalg. I denne avhandlingen bruker jeg kun undersøkelsene til å illustrere en tendens. Det er behov for mer kartlegging på området. Det hadde vært spesielt nyttig med en representativ kvantitativ undersøkelse for den norske befolkningen. Regjeringens handlingsplan lanseres i løpet av 2016 og kan inneholde tiltak som bidrar til å belyse dette forholdet nærmere gjennom forskning og kunnskapsinnhenting.⁶¹

2.2. Normativ analyse: gjeldende rett

Et spesielt trekk ved denne avhandlingen er at jeg stiller spørsmålsteget ved et grunnleggende trekk ved norsk rett. Rent intuitivt kan det virke selvsagt at dagens ordning med to obligatoriske kjønnsmarkører må være i tråd med gjeldende rett. Det er imidlertid ikke alltid samsvar mellom gjeldende rett og hvordan retten faktisk praktiseres. Det er ikke gitt at de forståelser av kjønn som ligger til grunn i retten alltid faller sammen med grunnleggende rettsprinsipper. Manglende samsvar mellom praksis og gjeldende rett vil spesielt kunne oppstå på områder som i liten grad har vært problematisert. Den obligatoriske tokjønnsmodellen er i praksis et aksiom i retten, et faktum som forutsettes å være sann uten videre bevis. Formålet

⁶⁰ Prop. 88 L (2012–2013) s. 68 og 110. Før diskrimineringsloven om seksuell orientering var diskriminering basert på transseksualisme regnet som kjønnsdiskriminering. Transseksualisme er nå flyttet over til diskrimineringsloven om seksuell orientering. Ut fra likestillingslovens kjønnsbegrep er transseksuelle anerkjent som det kjønn de er registrert som (juridisk kjønn). En transseksuell person med kvinnelig fødselskjønn, men mannlig juridisk kjønn skal altså regnes som mann ut fra likestillingslovens kjønnsbegrep.

⁶¹ Jevne (18. mai 2016)

med denne avhandlingen er derfor å problematisere dagens modell for å avdekke om det finnes hensyn etter gjeldende rett som har blitt neglisjert i praksis.

Kildetilfanget er svært variert. Jeg gjør bruk av nasjonale, utenlandske, internasjonale rettskilder i tillegg til samfunnsvitenskapelig forskning. Det reiser seg derfor særskilte metodiske spørsmål til bruken av de ulike kildene. Jeg starter med å se på Grunnloven og menneskerettsloven, og går deretter over til andre internasjonale og utenlandske rettskilder. Til slutt ser jeg på bruken av samfunnsvitenskapelige kilder.

2.2.1. Grunnloven

I mai 2014 ble en rekke nye menneskerettslige bestemmelser tatt inn i Grunnloven. Bestemmelsene er bygd opp etter modell av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 1950 som Norge ratifiserte i 1952.⁶² Retten til endring av kjønn for transseksuelle har i saker for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) blitt subsumert under EMK artikkel 8. Ordlyden i Grunnloven § 102 er i stor grad sammenfallende med artikkel 8. Det følger av artikkel 8 første ledd at «enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Til sammenligning lyder Grunnlovens § 102:

Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller. Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.

Etter EMK artikkel 8 annet ledd kan det gjøres unntak fra rettighetene i første ledd dersom det er «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å beskytte helse og moral i tillegg til blant annet økonomisk velferd og offentlig trygghet. En tilsvarende begrensningshjemmel ble foreslått av Menneskerettighetsutvalget som leverte anbefalinger til endringer av Grunnloven i 2011,⁶³ men har hittil ikke blitt vedtatt.⁶⁴ Det følger derimot av Høyesteretts praksis at eventuelle unntak og begrensninger i rettighetene som følger av § 102 må ha hjemmel i lov, ha et legitimt formål og være forholdsmessig.⁶⁵ Høyesterett har altså innfortolket en begrensningshjemmel i Grunnloven etter modell av EMK artikkel 8.

I Rt. 2015 s. 93 (Maria-saken) legger Høyesterett til grunn at § 102 skal tolkes i lys av konvensjonsforpliktelsene, men at det samtidig er Høyesteretts oppgave å utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.⁶⁶ Det følger samtidig av Menneskerettighetsutvalgets utredning at det ikke har vært meningen å endre rettstilstanden ved innføringen av

⁶² Europarådet (22. mai 2016)

⁶³ Dokument 16 (2011-2012) s. 72-74

⁶⁴ Innst. 203 S (2013-2014)

⁶⁵ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60

⁶⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

Grunnlovens § 102.⁶⁷ Nasjonale lover, herunder Grunnloven, kan ikke brukes til å tolke EMK artikkel 8 innskrenkende. Motsatt kan heller ikke EMK artikkel 8 anvendes til å tolke Grunnloven innskrenkende. Det er videre et alminnelig akseptert prinsipp etter norsk metodelære at nasjonal rett presumeres å være i overenstemmelse med folkeretten, slik at konflikt sjelden oppstår i praksis.⁶⁸

Forarbeider har normalt vært mindre viktig ved tolkning av Grunnloven sammenlignet med øvrig lovtolkning. Dette kan blant annet henge sammen med at forarbeidene har vært gamle, samt hensynet til at bestemmelsene bør tolkes i lys av samfunnsutviklingen.⁶⁹ Høyesterett har imidlertid ikke vært helt fremmed for å vise til de gamle grunnlovsforarbeidene fra 1814,⁷⁰ og har flittig vist til de nye forarbeidene knyttet til grunnlovsendringene fra 2014.⁷¹ Grunnlovsforarbeidene og Menneskerettighetsutvalget sin rapport bør derfor tillegges en ikke ubetydelig vekt ved tolkningen av både §§ 98 og 102.⁷² Ettersom det foreløpig er lite rettspraksis om de nye grunnlovsbestemmelsene vil forarbeidene få en sentral plass i denne avhandlingen.

I en artikkel om grunnlovsreformen vurderer høyesterettsdommer Hilde Indreberg hvordan de nye grunnlovsbestemmelsene skal vurderes i lys av endrede samfunnsforhold. Spørsmålet er hvordan en eventuell dynamisk fortolkningsteknikk av Grunnloven vil skille seg fra tolkningen av EMK:

Der det er tale om å prøve en eldre lovbestemmelse eller en forvaltningspraksis som ikke har vært vurdert av Stortinget – og som utviklingen utvilsomt har gått i fra – er det mindre tvilsomt at domstolene kan anlegge en dynamisk tolkning av Grunnloven for å beskytte individer eller grupper.⁷³

Indreberg poengterer likevel at det i mange tilfeller vil være å foretrekke at endrede holdninger reflekteres gjennom politiske prosesser. I vårt tilfelle har Stortinget så langt ikke vurdert den obligatoriske tokjønnsmodellen eller alternativer til denne.⁷⁴ Det må derfor gjøres en avveining om Stortinget bør gis anledning til å endre lov eller praksis, fremfor at gjeldende praksis blir stadfestet som grunnlovsstridig av domstolene.⁷⁵

⁶⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 175

⁶⁸ Ibid. s. 87-88

⁶⁹ Ibid. s. 86-87

⁷⁰ Se for eksempel Rt. 2010 s. 535

⁷¹ Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 25, Rt. 2014 s. 1161 avsnitt 29 og Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 14

⁷² Indreberg (2015) s. 401-402

⁷³ Ibid. s. 404

⁷⁴ Forslag om «et tredje kjønn» har vært foreslått av stortingsrepresentant Kjenseth, se note 4, men verken Stortinget eller regjeringen har tatt stilling til hva innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ vil innebære.

⁷⁵ Indreberg (2015) s. 404

2.2.2. Menneskerettsloven av 1999

I 1999 ble Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og en rekke andre menneskerettslige traktater inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. I 2009 ble også Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) inkorporert. Dersom det oppstår motstrid mellom menneskerettskonvensjonene og andre norske lover, skal konvensjonene ha forrang, jf. lovens § 3. I det følgende vil jeg først se på EMK og deretter KDK.

2.2.2.1. Menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

Formålet i denne avhandlingen er å undersøke hvilke føringer EMK artikkel 8 og 14 legger for norske myndigheter. Utgangspunktet for vurderingen er hva en norsk domstol bør komme frem til. Det er i første rekke de nasjonale domstolene som skal kontrollere at nasjonal praksis er i tråd med EMK.⁷⁶ EMD kommer kun inn som et subsidiært kontrollorgan.⁷⁷

EMD gir medlemsstatene en viss skjønnsmargin til å avgjøre hvordan rettighetene som følger av EMK skal implementeres i nasjonal rett. Denne skjønnsmarginen er begrunnet med at statene selv kjenner best til de lokale forholdene i sin stat. Den nasjonale skjønnsmarginen innebærer at EMD på visse områder vil være tilbakeholden med å prøve nasjonale myndigheters vurdering fullt ut.⁷⁸

Den begrensede prøvingsretten som følger av doktrinen om nasjonal skjønnsmargin er særegen for EMD. Nasjonale domstoler er ikke tilsvarende bundet, men skal derimot foreta en fri og fullstendig prøving av forpliktelsene som følger av EMK.⁷⁹ Høyesterett har slått fast at norske domstoler skal ta utgangspunkt i EMDs metode, men at også norske verdiprioriteringer skal legges til grunn.⁸⁰

EMD har ved flere anledninger slått fast at de tolker EMK med utgangspunkt i Wien-konvensjonen om traktatretten fra 1969.⁸¹ Etter artikkel 31 i Wien-konvensjonen skal en traktat tolkes «in good faith» i henhold til «the ordinary meaning» i lys av traktatens «object and purpose».⁸² Utgangspunktet er med andre ord at traktater skal tolkes etter sin objektive ordlyd, supplert av formålsbetraktninger. EMD har samtidig lagt til grunn at konvensjonen er et levende instrument som utvikles med tiden.⁸³ For å unngå konvensjonsbrudd må nasjonale myndigheter ha et aktivt forhold til konvensjonen. Hensikten er ikke å gi nasjonale myndig-

⁷⁶ Andenæs (2012) s. 87 og Sørensen (2004) s. 172-173

⁷⁷ Det subsidiære trekket ved EMK kommer nå direkte til uttrykk i tilleggsprotokoll nr. 15, som ble ratifisert av Norge i 2014.

⁷⁸ Andenæs (2012) s. 84 og 88

⁷⁹ A mot Storbritannia (2009) avsnitt 154 og Andenæs (2012) s. 88

⁸⁰ Rt. 2002 s. 557 på s. 565, Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 og Rt. 2011 s. 800 avsnitt 53

⁸¹ Bankovic mot Belgia (2001) avsnitt 55-58

⁸² Wien-konvensjonen om traktatretten (1969) artikkel 31

⁸³ Tyrer mot Storbritannia (1978) avsnitt 31

heter mest mulig frihet eller forutsigbarhet,⁸⁴ men å gi borgerne et praktisk og effektivt vern for sine rettigheter.⁸⁵ Dette innebærer at nasjonale domstoler ikke alltid kan lene seg på tidligere avgjørelser fra EMD. Konvensjonen skal tolkes ut fra «present-day conditions».⁸⁶ Et resultat som EMD kom frem til for flere år siden gir ikke nødvendigvis uttrykk for dagens forståelse av konvensjonen.

I de første sakene om transseksuelles rettigheter fant EMD stor variasjon i myndighetenes praksis og konkluderte med at det ikke forelå noen rett til å endre juridisk kjønn.⁸⁷ Dette endret seg med Goodwin mot Storbritannia i 2002. Domstolen uttalte da at det var «hardly surprising» at praksis blant medlemsstatene varierte mye på feltet.⁸⁸ Før Goodwin-avgjørelsen i 2002 sendte EMD et signal om at konvensjonsstatene måtte holde sin praksis «under review».⁸⁹ Statene hadde derfor ingen garanti for at EMD ville komme frem til samme resultat ved neste avgjørelse.

Storbritannias praksis rundt endring av juridisk kjønn for transseksuelle ble prøvd fire ganger for EMD. Saksforholdet var i stor grad det samme i alle fire sakene, men det var først i den siste saken at Storbritannia ble felt for brudd på EMK artikkel 8. EMD hadde da i samtlige saker fra 1986 og frem til 1998 påpekt at praksis må holdes «under review». Storbritannia forholdt seg imidlertid passiv og gjorde ingen forandringer frem til EMD endelig avsa en fellende dom i 2002. Storbritannia viste i dette tilfellet en manglende vilje til å følge opp forpliktelsene som følger av EMK på en aktiv og lojal måte. EMD måtte derfor til slutt komme inn og korrigere gjennom en fellende dom.⁹⁰

Europeiske og internasjonale trender er sentrale kilder for å kartlegge dagens forståelse av EMK artikkel 8 og 14.⁹¹ Slike trender vil gi en pekepinn på om norsk praksis er i takt eller utakt med utviklingen. I tillegg til europeisk utvikling regner EMD også internasjonal praksis fra utenfor Europa som relevant.⁹² Rekommandasjoner og resolusjoner fra Europarådet er også kilder av betydning.⁹³ Parlamentarikerforsamlingen og ministerkomiteen er de to

⁸⁴ Wemhoff mot Tyskland (1968) avsnitt 8

⁸⁵ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 74

⁸⁶ Ibid. avsnitt 75

⁸⁷ Rees v. Storbritannia (1986), Cossey mot Storbritannia (1990) og Sheffield og Horsham mot Storbritannia (1998)

⁸⁸ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 85-86

⁸⁹ Rees mot Storbritannia (1986) avsnitt 47, Cossey mot Storbritannia (1990) avsnitt 42, Sheffield og Horsham mot Storbritannia (1998) avsnitt 60

⁹⁰ Elgesem (2003) s. 219-221. I en artikkel fra 2003 tolker Frode Elgesem EMDs avgjørelse fra 2002 som et uttrykk for rettspolitikk uten støtte i reelle endringer i rettsoppfatningen i Europa. Samtidig påpeker Elgesem som et «tilleggsmoment» at det kan ha spilt en rolle at Storbritannia ikke fulgte EMD sin oppfordring om å holde spørsmålet «under review». Etter mitt syn er denne oppfordringen imidlertid et sentralt moment.

⁹¹ Internasjonale og europeiske trender er et sentralt tema i en rekke EMD saker. I tilknytning til endring av juridisk kjønn er Goodwin mot Storbritannia (2002) og Y.Y. mot Tyrkia (2015) særlig sentrale.

⁹² For eksempel Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 56 og 84-85

⁹³ For eksempel Y.Y. mot Tyrkia (2015) avsnitt 29 og 110 (kun tilgjengelig på fransk)

demokratiske organene i Europarådet, etablert gjennom Europarådets statutter fra 1949.⁹⁴ Grégor Puppinc, leder av European Centre for Law and Justice, har utarbeidet en rapport over saker der domstolen gjør bruk av uttalelser fra ministerkomiteen i Europarådet. Puppinc sin konklusjon er at rekommandasjoner ofte blir fulgt av EMD selv om de ikke er bindende:

Although they are not binding on the Court, the Court may find it difficult to ignore the recommendations of the Committee of Ministers, but it can rely on them to justify a new development of the Convention. The Court may indeed legitimately feel authorised to do so, as a recommendation of the Committee of Ministers is adopted by a body which gathers all the States party to the Convention.⁹⁵

Anbefalinger og resolusjoner fra Europarådet kan med andre ord gir viktige signaler om hvordan EMK skal forstås. I relasjon til juridisk kjønn har det kommet en anbefaling fra ministerkomiteen og to resolusjoner fra parlamentarikerforsamlingen fra 2010 og 2015 som tar opp spørsmål rundt kjønnsidentitet og juridisk kjønn som hittil ikke har vært behandlet av EMD.⁹⁶

Lovgiver står fritt til å innføre rettigheter som går lenger enn EMK. Det er imidlertid ikke domstolens oppgave å overoppfylle folkerettslige forpliktelser.⁹⁷ Domstolene skal kun føre kontroll med at nasjonale myndigheter har et tilstrekkelig aktivt og lojalt forhold til konvensjonen.⁹⁸ Spørsmålet er da om den løsningen norske myndigheter har landet på – nemlig å videreføre den obligatoriske tokjønnsmodellen - i tilstrekkelig grad kan begrunnes ut fra de føringene som dagens forståelse av EMK artikkel 8 og 14 legger for norske myndigheter.

2.2.2.2. *Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK)*

Det finnes ingen særskilt domstol for de fire FN-konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven, slik det gjør for EMK. Det er derimot knyttet egne kontrollkomiteer til hver av konvensjonene som regelmessig fører kontroll med hvordan medlemsstatene følger opp konvensjonsforpliktelsene. Komiteene gir både landspesifikke uttalelser (konkluderende observasjoner) og generelle kommentarer om hvordan konvensjonsforpliktene skal forstås.⁹⁹

⁹⁴ Europarådets statutter (5. mai 1949). Ministerkomiteens og parlamentarikerforsamlingens mandater er regulert av kapittel IV og V i Europarådets statutter.

⁹⁵ Puppinc (2012) s. 2

⁹⁶ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (22. april 2010) resolusjon nr. 1728 pkt. 16.11.2

Ministerkomiteen i Europarådet (31. mars 2010) anbefaling CM/REC5 pkt. 21

Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

⁹⁷ Skoghøy (2011) s. 527

⁹⁸ Sørensen (2004) s. 146 og Andenæs (2015) s. 272

⁹⁹ Ot. prp. nr. 93 (2008-2009) s. 32

Kvinnekomiteen er Kvinnediskrimineringskonvensjonens kontroll- og håndhevingsorgan.¹⁰⁰ I forarbeidene til inkorporeringen av Kvinnediskrimineringskonvensjonen legges det til grunn at Kvinnekomiteens generelle anbefalinger «truleg [må] tilleggjast stor vekt på desse i en reint folkerettsleg samanhang».¹⁰¹ Justisdepartementet er likevel kritisk til at komiteuttalelser skal ha samme vekt som EMD:

Medlemmene er ikkje nødvendigvis juristar, og sjølv om dei skal fungere i «personlig eigenskap», er den uavhengige stillinga ikkje like godt sikra som for EMD-dommarane (...) Når komiteane viser vilje til å tolke konvensjonane dynamisk, inneber det også at norske rettsbrukarar ikkje ukritisk kan leggje til grunn den oppfatninga konvensjonsorgana har.¹⁰²

I etterkant av inkorporeringen av KDK uttalte Høyesterett at «det formelle grunnlaget for at uttalelsen er avgitt, har en viss betydning for den vekt den skal tillegges».¹⁰³ I Rt. 2015 s. 1142 la Høyesterett derimot til grunn at uttalelser fra FNs menneskerettskomité må ha «betydelig vekt» som rettskilde.¹⁰⁴ Høyesterett viser til en storkammeravgjørelse fra 2008 som ble avsagt før inkorporeringen av KDK i 2009, og dermed før Justisdepartementet uttalelse om vekten av komiteuttalser.¹⁰⁵ Uttalelsen fra Justisdepartementet ser altså ikke ut til å ha forandret Høyesteretts standpunkt til den formelle vekten av komiteuttalelser.

Det ser heller ikke ut til at det er grunn til å skille mellom vekten av Kvinnekomiteens uttalelser og uttalelser fra de øvrige konvensjonsorganene i FN. I Rt. 2009 s. 1261 brukes for eksempel forarbeidene til inkorporeringen av KDK som kilde til vekten av Barnekomiteens uttalelser,¹⁰⁶ og i et i et foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar 14.-15. mars 2016 bruker høyesterettsdommer Skoghøy forarbeidene til KDK som støtte for at Menneskerettighetskomiteens generelle uttalelser «truleg [må] tilleggjast stor vekt».¹⁰⁷

I denne avhandlingen gjør jeg ikke bare bruk av generelle anbefalinger, men også konkluderende landobservasjoner. I forarbeidene til menneskerettsloven fremkommer det at konkluderende observasjoner «må ses hen til hvilken sammenheng uttalelsen er kommet, hvor klar den er, og om uttalelsen er rettet mot Norge, mot et annet land eller om det er en generell uttalelse».¹⁰⁸ Det må altså gjøres en konkret vurdering av vekten i det enkelte tilfelle. I

¹⁰⁰ Etablert gjennom Kvinnediskrimineringskonvensjonen artikkel 17

¹⁰¹ Ot. prp. nr. 93 (2008-2009) s. 32

¹⁰² Ibid. s. 32

¹⁰³ Rt. 2009 s. 1261 premiss 44. Saken gjaldt vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer.

¹⁰⁴ Rt. 2015 s. 1142 avsnitt 31

¹⁰⁵ Rt. 2008 s.1764 avsnitt 81

¹⁰⁶ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 42

¹⁰⁷ Skoghøy (2016) side 5

¹⁰⁸ Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) s. 68

forarbeidene til inkorporeringen av KDK fremkommer det at «fråsegner som kjem i samband med rapporter frå andre statar, vil normalt ha meir avgrensa vekt».¹⁰⁹ Dette betyr derimot ikke at konkluderende observasjoner alltid har mindre vekt. Det må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Det er blant annet relevant å se på en det forholdet som tas opp i en konkluderende observasjon mot et annet land har overføringsverdi til en norsk kontekst. I denne avhandlingen ser jeg blant annet på konkluderende observasjoner fra Nederland og Finland, som er kritisert for den samme praksisen rundt endring av juridisk kjønn som Norge.

2.2.3. Deklarasjoner

Ikke-statlige organisasjoner gir også et bidrag til å avklare menneskerettighetene. Yogyakarta-prinsippene, utviklet av blant annet The International Commission of Jurists og The International Service for Human Rights er av særskilt betydning i avhandlingen. Formålet med prinsippene er ikke å foreslå nye rettigheter, men å beskrive hvordan eksisterende menneskerettigheter kommer til anvendelse på kjønns- og seksualitetsområdet.¹¹⁰ Resultatet ble lansert i 2006 som Yogyakarta-prinsippene.¹¹¹ Prinsippene har ingen formell tilknytning til FN eller andre overnasjonale organisasjoner. Innholdet i prinsippene har likevel fått fotfeste i både FN og Europarådet.¹¹² Norske myndigheter har videre uttalt at Norge støtter prinsippene.¹¹³ I den normative drøftelsen av gjeldende rett bruker jeg ikke Yogyakarta-prinsippene som en selvstendig kilde, men viser kun til prinsippene der de er lagt til grunn i norske lovforarbeider eller av Europarådets minister- og parlamentarikerforsamlingen.

2.2.4. Øvrige folkerettslige forpliktelser

Innholdet i norske pass er ikke regulert i passloven eller passforskriften, men følger internasjonale standarder satt av Den internasjonale organisasjonen for sivil luftfart (ICAO). ICAO ble etablert gjennom Konvensjonen for internasjonal sivil luftfart av 1944. Norge sluttet seg til konvensjonen i 1947.¹¹⁴ Harmonisering av standarder over landegrensene er et sentralt mål med konvensjonen. Etter artikkel 23 skal alle konvensjonsstatene så langt de finner det «practicable» følge internasjonale standarder for toll og immigrasjon. Dersom en stat ikke finner det «practicable» å følge internasjonale standarder skal vedkommende stat gi umiddelbart melding om dette til ICAO i henhold til artikkel 37.

¹⁰⁹ Ot. prp. nr. 93 (2008-2009) side 32

¹¹⁰ O'Flarethy (2015) s. 5 og O'Flarethy (2007). Professor Michal O'Flarethy har utarbeidet kommentarutgaven til prinsippene som henviser til allerede eksisterende menneskerettighetskonvensjoner (Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles).

¹¹¹ Yogyakartaprinciples.org (22. mai 2016)

¹¹² O'Flarethy (2015) s. 10-17

¹¹³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 117 og Barne- og likestillingsdepartementet (25. juni 2008) s. 45

¹¹⁴ International Civil Aviation Organization (22. mai 2016)

Europarådet har gjennom to resolusjoner fra 1982 og 1983 anbefalt at alle medlemsstater følger ICAO sin standard for pass. Norge er i tillegg medlem av European Civil Aviation Conference (ECAC). ECAC vedtok i 1985 at alle som vil utstede maskinlesbare pass må følge ICAO sin standard.¹¹⁵ I tillegg til ICAO-standarden gir ILO konvensjon nr. 185 føringer om sjømannspass. ILO-konvensjonen og ICAO-standarden er i stor grad sammenfallende, men skiller seg på noen punkter ved regulering av kjønn. Etter ICAO-standarden kan kjønnsmarkør stå som uspesifisert, det samme er ikke tilfellet for ILO-konvensjonen.¹¹⁶ Det er kun ICAO-konvensjonen som er ratifisert av Norge.¹¹⁷

ICAO-konvensjonen er ikke inkorporert i norsk rett. Det følger likevel av presumsjonsprinsippet at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med internasjonale forpliktelser. Det har med andre ord formodningen mot seg at lovgiver har ment å vedta lover som går i mot Norges folkerettslige forpliktelser.¹¹⁸ Dersom det likevel foreligger bevisst motstrid mellom en norsk regel og en folkerettslig forpliktelse vil den norske regelen som hovedregel gå foran.¹¹⁹

2.2.5. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk fra 2013 er en sentral rettskilde i avhandlingen. Forarbeidene til de fire diskrimineringslovene, samt Diskrimineringslovutvalgets utredning fra 2009 er av stor betydning for å kartlegge innholdet i de to diskrimineringsgrunnlagene kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Jeg bruker loven til å vurdere om forvaltningspraksis er i tråd med gjeldende rett. Formelle lover veier normalt tyngre enn forvaltningspraksis.¹²⁰

2.2.6. Forvaltningspraksis

¹¹⁵ Ot. prp. nr. 61 (1996-1997) s. 13-14

¹¹⁶ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14 og vedlegg I til ILO konvensjon nr. 185

¹¹⁷ International Labour Organization (22. mai 2016) og International Civil Aviation Organization (22. mai 2016)

¹¹⁸ Arnesen (2009) s. 60-63

¹¹⁹ Se for eksempel Rt. 1997 s. 580 (OFS) som gjaldt en ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten og ILO-konvensjon nr. 98 om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger.

¹²⁰ Andenæs (2009) s. 112

Norske pass bygger på ICAO-standarden. Det er likevel ikke alle trekk ved norsk forvaltningspraksis som er obligatorisk ut fra internasjonale forpliktelser. Etter ICAO-standarden kan kjønn registreres som mann, kvinne eller uspesifisert.¹²¹ Den uspesifiserte kjønnsmarkøren benyttes imidlertid ikke i norske pass.

Vekten av forvaltningspraksis beror blant annet på hvor utbredt, fast og varig praksisen er, samt hvilket organ som står bak praksisen.¹²² Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) har konkludert med at de snevre rammene som gjaldt for endring av juridisk kjønn før 1. juli 2016 som ulovlig forskjellsbehandling.¹²³ Den obligatoriske tokjønnsmodellen i pass og identitetsdokumenter er imidlertid foreløpig ikke vurdert. Selv om forvaltningspraksis rundt tildeling og endring av juridisk kjønn i utgangspunktet er utbredt, fast og langvarig, har det i løpet av de siste årene blitt stilt spørsmålstegn ved legitimiteten. Det er tydelige signaler om at en fast og langvarig praksis er i endring.

I følge Helgesen bør ikke domstolene «tvinge forvaltningen til å endre innarbeidet praksis med mindre temmelig gode grunner taler for det».¹²⁴ Slike «temmelig gode grunner» kan være menneskerettslige forpliktelser. Ved motstrid med forvaltningspraksis skal menneskerettighetene ha forrang, jf. menneskerettsloven § 3. Ved motstrid med annen formell lov, slik som diskrimineringsloven om seksuell orientering, har forvaltningsrett normalt mindre vekt. Dette gjelder spesielt dersom forvaltningspraksis berører rettighetene til private parter.¹²⁵

2.2.7. Utenlandsk praksis

Jeg sammenligner norsk forvaltningspraksis med utenlandsk praksis. Formålet er for det første å kartlegge om det finnes konsensus eller utviklingstrender i en bestemt retning i relasjon til regulering av juridisk kjønn. For det andre er hensikten å se om Norge er i takt eller utakt med en eventuell konsensus eller trend på området. Praksis fra et enkeltstående land har i seg selv mindre vekt. Det er det samlede bilde som er av interesse.

Enkeltstående land kan likevel være av interesse dersom forholdene i det aktuelle landet har likhetstrekk med Norge, se punkt 2.2.2.2. over, om landsspesifikke observasjoner fra konvensjonsorganer i FN.

¹²¹ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14

¹²² Eckhoff (2001) s. 233-234

¹²³ Likestillings- og diskrimineringsombudet (23. september 2014) sak nr. 14/840

¹²⁴ Eckhoff (2001) s. 239

¹²⁵ Ibid. s. 234

2.2.8. Samfunnsvitenskapelige kilder

Jeg gjør jeg bruk av samfunnsvitenskapelige undersøkelser i form av undersøkelser og rapporter om transpersoner og intersekspersoner. Formålet er å peke på hvilke behov transpersoner og intersekspersoner har for alternativer til dagens regulering av juridisk kjønn. Undersøkelsene har først og fremst en rolle som opplysningskilder for å belyse et behov, og har i seg selv begrenset som selvstendige rettskildefaktorer.¹²⁶ Samfunnsvitenskapelige kilder brukes også i den deskriptive analysen. Se punkt 2.1. over for en gjennomgang av særlige problemstillinger knyttet til undersøkelsene og rapportene jeg viser til.

2.3. Rettspolitisk analyse

I del 6 avslutter jeg avhandlingen med noen rettspolitiske betraktninger rundt de alternative modellene for juridisk kjønn. Christoffer Eriksen skiller mellom tre former for rettspolitikk; empirisk, objektiv og subjektiv. Den empiriske rettspolitikken er preget av undersøkelser om hvordan rettsregler fungerer i samfunnet. Den subjektive rettspolitikken gir uttrykk for egne standpunkter, mens den objektive rettspolitikken er preget av teoretisk kritikk.¹²⁷ De rettspolitiske betraktningene i denne avhandlingen er først og fremst av objektiv og teoretisk karakter. Jeg gjør bruk av ulike teorier om hva kjønn er for å komme frem til en modell for juridisk kjønn som på best mulig måte balanserer de ulike hensynene som gjør seg gjeldende på området.

¹²⁶ Boe (2012) s. 208

¹²⁷ Eriksen (2012) s. 150-155

3. Hva er et tredje juridisk kjønnsalternativ?

For å forstå kjønn må kjønn studeres i kontekst. Kjønn er ikke et enkelt og avgrenset konsept, men et samlebegrep som viser til en rekke ulike betydninger. Det er derfor ikke mulig å fastsette generelt og abstrakt hva kjønn er uten å sette det i sammenheng med en konkret kontekst. I denne avhandlingen er det derfor heller ikke mulig å svare enkelt, presist og generelt på hva et tredje juridisk kjønnsalternativ egentlig er. Et tredje juridisk kjønnsalternativ må som kjønn for øvrig analyseres i sammenheng med konkrete eksempler.

Målet med denne delen av avhandlingen er likevel å gi et overblikk. Jeg vil se på ulike grunner til at vi registrerer befolkningen ut fra kjønn. Jeg vil deretter presentere to alternativer til tildeling av kjønn og sammenligne disse modellene opp mot måten kjønn blir tildelt på i dag. Formålet er å gi en oversikt over ulike aspekter og hensyn ved juridisk kjønn for å gi et bakteppe for den menneskerettslige og diskrimineringsrettslig drøftelsen i punkt 4 og 5.

I denne delen bruker jeg både historiske eksempler og eksempler fra andre land for å gi ulike perspektiver på hvordan juridisk kjønn og et tredje juridisk kjønnsalternativ kan forstås. Jeg starter med å presentere to ulike teorier for kjønn (3.1) og går deretter over til hvilke aspekter ved kjønn som vektlegges ved tildeling av juridisk kjønn i et historisk og geografisk perspektiv (3.2.). Jeg starter med å se nærmere på to ulike utgangspunkt om hva kjønn er, det ene fast og objektivt, og det andre subjektivt og flytende. Spørsmålet er om kjønn kun er noe vi er, eller om kjønn også er en identitet som kan og bør anerkjennes av retten.

3.1. Er kjønn fast eller flytende?

Helt siden de tidligste lovene har retten skilt mellom menn og kvinner.¹²⁸ I følge historikeren Thomas Laqueur ble dette skillet enda tydeligere og mer gjennomgripende med fremveksten av naturvitenskapene på 1700-tallet. Vitenskapen ble brukt som begrunnelse for å behandle kvinner og menn forskjellig.¹²⁹ I boken *Emile* fra 1762 gir filosofen Jean-Jacques Rousseau anbefalinger om hvordan utdanningen bør være gutter og jenter. Rousseau innleder med å forklare hvorfor det er nødvendig med en helt egen utdanning for jenter:

When once it is proved that men and women are and ought to be unlike in constitution and in temperament, it follows that their education must be different”.¹³⁰

Allerede i 1869 utfordret John Stuart Mill den rådende tankegangen om at kvinner og menn måtte behandles ulikt på grunn av biologiske forskjeller. Mill hevdet at «the nature of

¹²⁸ Nemet-Nejat (1999) side 94-95, Finkelstein (1966) s. 369

¹²⁹ Laqueur (1990) s. 163: “And we must not take for granted the terms in which science defined the new sexes. It claimed that the body provided a solid foundation, a causal locus, of the meaning of male and female.”

¹³⁰ Rousseau (1921) s. 289

women» er et samfunnsskapt fenomen. I følge Mill kan vi ikke vite noe om kvinnens natur før hun frigjøres fra samfunnets krav til hvordan hun skal være.¹³¹ Debatten om hva som er forårsaket av biologi til forskjell fra sosiale normer og forventninger er fortsatt aktuell i dag. Det er få som benekter at det finnes biologiske forskjeller mellom kjønnene, men det er derimot stor uenighet om hvilken betydning disse biologiske forskjellene skal ha i retten og i samfunnet.¹³² Er kjønn kun et produkt av biologiske forskjeller eller finnes det andre aspekter ved kjønn uavhengig av det biologiske?

I 1990 hevdet filosofen Judith Butler i boken *Gender Trouble* at alle kjønnsforskjeller er samfunnsskapt - også de biologiske. Butler begrunnet dette med at biologien er menneskeskapt. Biologien forteller oss kun hvordan vi mennesker forstår naturen. Biologien som vitenskap er skapt i et samfunn med normer og verdier om hva kvinner og menn skal være. Selv ikke biologien er objektiv. I følge Butler er det derfor ikke mulig å skille mellom et biologisk og sosialt kjønn, fordi vår forståelse av det biologiske kjønn også er sosialt konstruert. Det er vi mennesker som deler oss selv inn i kjønnskategorier og gir kategoriene mening. Det er for eksempel ikke bestemt fra naturens side at personer som blir gravide må betegnes som kvinner.¹³³

Kategoriene bidrar i følge Butler til konformitet. For å bli anerkjent som kvinne av samfunnet må man oppfylle de forventningene som samfunnet har til hvordan kvinner skal se ut og oppføre seg.¹³⁴ Kvinnebegrepet bidrar med andre ord til å opprettholde sosiale forventninger om hva en kvinne eller mann skal være.¹³⁵ Kjønnskategoriene har blitt etablert for å behandle kvinner og menn ulikt. For å utfordre fastlåste kjønnsnormer bør kjønn derfor heller bli forstått som subjektivt, flytende og foranderlig.¹³⁶ Kjønn er ikke noe man er en gang for alle, kjønn er derimot noe som blir til i møte med andre.¹³⁷

¹³¹ Mill (1869) s. 12: "What is now called 'the nature of women' is an artificial thing—the result of forced repression in some directions, unnatural stimulation in others."

¹³² Lorentzen (2006) s. 23

¹³³ Butler (1999) s. 9-10. "As a result, gender is not to culture as sex is to nature; gender is also the discursive/cultural means by which "sexed nature" or "a natural sex" is produced and established as "prediscursive", prior to culture, a politically neutral surface on which culture acts."

¹³⁴ Ibid. s. 44: "The power relations that infuse the biological sciences are not easily reduced, and the medico-legal alliance emerging in nineteenth-century Europe has spawned categorical fictions that could not be anticipated in advance."

¹³⁵ Wittig (1992) på s. 55 sammenligner kvinnebegrepet med andre undertrykkende begreper som slave og neger: Can we redeem slave? Can we redeem nigger? How is woman different? Will we continue to write white, master, man?

¹³⁶ Butler (1999) s. 201-203: "If identities were no longer fixed as the premises of a political syllogism, and politics no longer understood as a set of practices derived from the alleged interest that belong to a set of ready-made subjects, a new configuration of politics would surely emerge from the ruin of the old."

¹³⁷ Ibid. s. 198: "The subject is not determined by the rules through which it is generated because signification is not a founding act, but rather a regulated process of repetition."

Litteraturviteren Toril Moi er kritisk til Butlers tilnærming. For Moi gir det ikke større frihet om vi anerkjenner flere enn to kjønn.¹³⁸ I følge Moi kommer vi ikke bort fra at kvinner og menn faktisk har forskjellige kroppar. Kvinner har noen særskilte egenskaper som menn mangler, for eksempel evnen til å bli gravid og føde barn. Det nytter derfor ikke å late som at disse forskjellene ikke finnes. Vi må ta utgangspunkt i de biologiske forskjellene og heller jobbe for at kvinner og menn blir behandlet likt i samfunnet til tross for deres biologiske ulikheter.¹³⁹ Et viktig formål for å fremme likestilling vil da være å sammenligne rettighetene og statusen til henholdsvis kvinner og menn i samfunnet. Dette forutsetter at det er forholdsvis objektivt og uforanderlig hvem som faktisk skal regnes som kvinner og menn i en juridisk sammenheng.

I den ene enden av skalaen er kjønn konstant. Et enkeltindivid er enten kvinne eller mann gjennom hele livet. I den andre enden er kjønn betinget av situasjon, der kjønnets betydning blir til i mellommenneskelige relasjoner. Disse to ulike måtene å forstå kjønn på har innvirkning for hvordan kjønn bør reguleres i retten. Skal retten kun anerkjenne konstante aspekter ved kjønn eller kun situasjonelle? Eller er det mulig at retten kan anerkjenne en kombinasjon av både konstante og situasjonelle aspekter? I neste avsnitt vil jeg se på hvilke kriterier som legges til grunn ved tildeling av juridisk kjønn. Hensikten er å avdekke hva som er formålet med dagens modell med to obligatoriske juridiske kjønn for deretter å sammenligne med alternative modeller i andre land.

3.2. Hva er juridisk kjønn?

Juridisk kjønn er ved siden av personalia som navn, alder og statsborgerskap en viktig del av vår juridiske identitet. Alle som er født eller bosatt i Norge må enten ha et person- eller D-nummer som er kjønnsspesifikt.¹⁴⁰ Kjønn er en obligatorisk del av vår juridiske identitet. Juridisk kjønnsidentitet fremkommer gjennom identifikasjonsdokumenter som pass,¹⁴¹ asylsøkerbevis¹⁴² og kanskje også identitetsbevis når dette blir innført. Lov om nasjonalt identitetskort ble vedtatt 5. juni 2015.¹⁴³ I følge forarbeidene skal det gjøres en nærmere vurdering om kjønn er nødvendig å ha med.¹⁴⁴ Det er ingen alminnelig identifikasjonsplikt i Norge.¹⁴⁵ Det er likevel en rekke ganger det er nødvendig å identifisere seg i møte med det

¹³⁸ Moi (1998) s. 64: "Hvorfor skulle vi egentlig tro at et system med tre, fire eller ti sosiale kjønn (helt uavhengig av hvor mange biologiske kjønn vi mener det finnes) vil være mer frigjørende enn to?"

¹³⁹ Ibid. s. 103: "Selv om menneskets biologi er grunnleggende for den måten vi lever i verden på, gir biologiske fakta ikke grunnlag for å konkludere noe som helst om betydningen og verdien de har for individet og samfunnet. Likevel kan ikke biologiske fakta plasseres utenfor betydningens felt"

¹⁴⁰ Forskrift om folkeregistrering §§ 2-2 og 2-5

¹⁴¹ International Civil Aviation Organization 2015 (2015) doc 9303: Kjønnsmarkør er ikke regulert av passloven eller forskrift, men fremkommer av internasjonale standarder.

¹⁴² Forskrift om folkeregistrering §§ 2-6 og 2-7

¹⁴³ Lov om nasjonalt identitetskort (ID-kortloven) av 5. juni 2015

¹⁴⁴ Prop. 66 L. (2014-2015) s. 35

¹⁴⁵ Prop. 66 L. (2014-2015) s. 21

offentlige eller når man skal på reise. I tillegg brukes det kjønnsesifikke personnummeret vårt av en rekke ulike private og offentlige institusjoner.¹⁴⁶

Visuell identitetskontroll basert på kjønn er kun ett av flere eksempler der juridisk kjønn brukes som identitetsmarkør. Som arbeidstager blir man registrert som enten mann eller kvinne. Arbeidsgiver skal rapportere om likestillingen mellom kjønnene på arbeidsplassen.¹⁴⁷ Kvotering til offentlige utvalg og styrer i aksjeselskaper skjer også basert på kjønn.¹⁴⁸

Identitet peker på de trekkene ved en person som holder seg forholdsvis stabil over tid. En identitet er ikke nødvendigvis konstant gjennom hele livet, men en identitet er heller ikke fullstendig flytende og foranderlig. I identitetsteori er en av hovedoppgavene å skille konstante og situasjonelle trekk fra hverandre. Konstante trekk peker på de fundamentale aspektene ved en person som ikke kan endres uten at personen samtidig blir en annen.¹⁴⁹ Spørsmålet er hvor juridisk kjønn ligger i dette landskapet. Er juridisk kjønnsidentitet et konstant og fundamentalt trekk som ikke kan forandres? Er en kvinne som tidligere var mann fortsatt samme person som før? Svaret avhenger av hvilke aspekter ved kjønn som vektlegges ved tildeling av juridisk kjønnsidentitet. Det er mulig å endre personalia som statsborgerskap, navn og juridisk kjønn gjennom livet. De ulike typene personalia stiller ulike krav til endring. Statsborgerskap kan for eksempel være svært vanskelig å endre mens navn som oftest er langt enklere.¹⁵⁰

Regulering av juridisk kjønn er et område i stor endring med betydelige variasjoner fra land til land. I noen land er det ingen mulighet til å endre juridisk kjønn. Kjønn følger deg gjennom hele livet.¹⁵¹ I andre land er det mulig å endre juridisk kjønn på visse vilkår, for eksempel dersom man har gjennomført kjønnsbekreftende behandling. I enkelte land er det mulig å endre juridisk kjønn flere ganger, og i noen land er det også mulig å endre juridisk kjønn til noe annet enn mann eller kvinne.¹⁵²

¹⁴⁶ Datatilsynet (22. mai 2016)

¹⁴⁷ Regnskapsloven §§ 3-3 og 3-3a

¹⁴⁸ Likestillingsloven § 21 og allmennaksjeloven §6-11a

¹⁴⁹ Parfit (2008) s. 193-195: "If something is true of X when and because it is true if Y, that need not be because X is Y. X may own Y, or consist in Y, or be related to Y in some other way". I vårt tilfelle er X en person, og Y juridisk kjønn. Med andre ord: en person er ikke nødvendigvis sitt juridiske kjønn, selv om juridisk kjønn er en del av en person. Juridisk kjønn og personer kan ha forskjellige kriterier for identitet: «X cannot be the same as Y if they could have different histories».

¹⁵⁰ Etter navneloven § 10 (2) er det 18 års aldersgrense for å endre navn. Navn kan endres hvert tiende år, jf. navneloven § 10 (2). Norsk statsborgerskap kan etter statsborgerskapsloven §§ 4-7 erverves ved fødsel, adopsjon eller søknad. Det er til sammenligning ingen lovregulering av endring av juridisk kjønn. Juridisk kjønn kan etter ulovfestet praksis kun endres en gang i løpet av livet som en integrert del av irreversibel kjønnsbekreftende behandling.

¹⁵¹ Transgender Europe (22. april 2016)

¹⁵² European Union Agency for Fundamental Rights (desember 2015) s. 15-24

Jeg vil starte med å sammenligne hvordan juridisk kjønn blir tildelt i dag sammenlignet med tidligere tider (pkt. 3.2.1-3.2.4). Formålet er å se hvordan et tredje juridisk kjønnsalternativ passer med den norske måten å forstå juridisk kjønn på. Deretter vil jeg se på ulike eksempler på tildeling av juridisk kjønn i andre land for å sammenligne med vår praksis (pkt. 3.2.5).

3.2.1. Kriterier for tildeling og endring av juridisk kjønn i tidligere tider

Bestemmelser om hvordan kvinner skal skilles fra menn finner vi først og fremst ved regulering av grensetilfeller. Personer som ikke er regnet som kvinne eller mann har historisk gjerne blitt betegnet som hermafroditter.¹⁵³ I tidligere tider var det av stor betydning å kunne plassere hermafroditter som enten menn eller kvinner ettersom eiendoms-, arve- og borgerrettigheter var betinget av juridisk kjønnsidentitet. Tildeling av juridisk kjønn var derfor direkte regulert i retten.¹⁵⁴

Etter romersk rett tilhørte hermafroditter det juridiske kjønn de lignet mest på.¹⁵⁵ Lovene i ulike deler av det som i dag utgjør Tyskland ga hermafroditter forholdsvis stor grad av frihet til selv å bestemme hvilket kjønn de var. Etter germansk kirkelig rett kunne hermafroditter frem til 1918 selv bestemme sitt kjønn ved gifteklar alder. Før de ble gift var det faren som bestemte.¹⁵⁶ Etter den saksiske kodeks av 1865 skulle hermafroditter ganske enkelt regnes som å tilhøre det kjønn de lignet mest på.¹⁵⁷ Det samme utgangspunktet kommer til uttrykk i Lord Coke sin tekst om engelsk arverett fra 1600-tallet:

Every heire is either a male, female, or an hermaphrodite, that is both female and male. And an hermaphrodite shall be heire, either as male or female, according to that kind of the sexe which doth prevaile.¹⁵⁸

Ved tvil kunne det være gode grunner for å legge prinsippet *in dubio pro masculino* (ved tvil er det en mann) til grunn, særlig dersom det ikke var andre mannlige arvinger i familien.¹⁵⁹ Reguleringene gjennom tidene har variert med hensyn til hvem som skal ta valget og når det skal tas, men felles for dem alle har vært at alle til slutt skal kategoriseres som enten kvinne eller mann.

I Norge ble kjønn registrert i kirkebøkene og gjennom folketellingene. Den første loven om folkeregistre kom først i 1905 og inneholder ingen regler om hvilket kjønn hermafroditter skal

¹⁵³ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) s. 15

¹⁵⁴ Deutscher Ethikrat (2012) s. 108-112

¹⁵⁵ Ibid. s. 108

¹⁵⁶ Ibid. s. 116

¹⁵⁷ Deutscher Ethikrat (2012) s. 109

¹⁵⁸ Sir Edward Coke (1818) s. 191

¹⁵⁹ Deutscher Ethikrat (2012) s. 109

registreres med.¹⁶⁰ Selv om tildeling av juridisk kjønn ikke var direkte regulert har det likevel ikke vært valgfritt. Også i Norge finnes det eksempler på at myndighetene tidvis møtte på vanskelige grensetilfeller. To ulike tilfeller fra 1700-tallet kan gi en illustrasjon på hvilke kriterier som ble vektlagt. Det ene tilfellet endte med at Kongen ga bevilling til å endre juridisk kjønn, mens det andre tilfellet ble behandlet som bedrageri.

Anne Kristine Mortensdotter og Jens Andersson ble gift i 1781. Anne Kristine kom senere til presten og fortalte at Jens visstnok var en kvinne. Jens ble fengslet og forklarte i avhøret at «Hand troer at kunde tilhøre begge Deelee».¹⁶¹ Jens ble sittende flere år i arresten i påvente av myndighetenes straffereaksjon. I 1785 rømte Jens fra fangenskapet. Bortsett fra en observasjon av Jens i Vestfold har ingen siden hørt noe fra han. Straffen for «omgængelse imod naturen» var på den tiden dødsstraff ved bålbrekking, men det er lite sannsynlig at Jens ville fått en slik straff.¹⁶² Vi vil aldri få vite hva myndighetene faktisk hadde gjort med Jens dersom han hadde blitt funnet igjen.¹⁶³

Noen år senere, i 1797, fikk bondedatteren Karine Jensdatter barn med en tjenestejente. En medisinsk undersøkelse konkluderte med at Karine var en mann. Saken endte med at Karine fikk Kongens bevilling til å endre navn til Kasper og dermed også tillatelse til å gifte seg med tjenestejenten han hadde fått barn med.¹⁶⁴

Jens ble anmeldt av ektefellen for alvorlig bedrageri, mens Kasper sin sak endte med tillatelse fra Kongen til å gifte seg. En hovedforskjell mellom Jens og Kasper var at Kasper i motsetning til Jens kunne få barn med en kvinne. Jens var «ein vollkommenes Frauenzimmer» med alt det en kvinne skal ha,¹⁶⁵ mens Kasper derimot ikke var en riktig kvinne, men kun enn mann med underutviklede kjønnsorganer.¹⁶⁶ Disse to tilfellene peker på at biologi og reproduktive egenskaper stod sentralt ved tildeling av juridisk kjønn. Eksempelet med Kasper viser at medisinske undersøkelser spilte en avgjørende rolle allerede på 1700-tallet ved tildeling av juridisk kjønn. Reproduktive roller var av stor betydning.

I 1964 ble dagens ordning med fødselsnummer innført. I forskrift om folkeregistrering fremkommer det at kvinner skal ha like tall, mens menn skal ha ulike tall i fødselsnummeret.¹⁶⁷ Juridisk kjønn må registreres av lege eller jordmor senest en uke etter fødselen. Dersom kjønn er ukjent skal barnet registreres som jente, som «ikke kjent» eller

¹⁶⁰ Selmer (1992) s. 319

¹⁶¹ Stoa (2010) s. 33

¹⁶² Ibid. s. 36

¹⁶³ Ibid. s. 33

¹⁶⁴ Ibid. s. 35

¹⁶⁵ Ibid. s. 31

¹⁶⁶ Ibid. s. 35

¹⁶⁷ Forskrift om folkeregistrering §§ 2-2 og 2-5

«usikkert».¹⁶⁸ Dersom barnet blir født uten lege eller jordmor har mor selv ansvar for å melde inn barnets kjønn innen en måned.¹⁶⁹ Det er fortsatt ikke gitt noen nærmere regler om hvilke kriterier som ligger til grunn for tildeling av juridisk kjønn. En viktig årsak til manglende regulering på området kan blant annet forklares med at juridisk kjønn i stor grad har vært forstått som et medisinsk spørsmål.

På 1950-tallet utviklet psykologen John Money en teori om hvordan uklare grensetilfeller kunne plasseres i tydelige kjønns-kategorier. Moneys teori var at barn med tvetydige kjønns-karakteristika kunne bli lært opp til å være enten jenter eller gutter.¹⁷⁰ Gjennom behandling vil det altså være mulig å sikre at alle har en tydelig juridisk kjønnsidentitet som enten mann eller kvinne. For at kjønns-tildelingen skulle bli vellykket var det svært viktig at barnet selv aldri fikk vite hvilket kjønn det «egentlig» var. Med Moneys assistanse ble et barn på to år og to måneder oppdratt som jente. Barnet var egentlig født som gutt, men fikk ved et arbeidsuhell på sykehuset ødelagt kjønnsorganet sitt. Først som tenåring ble barnet fortalt om eksperimentet. Saken endte med at både han og broren tok selvmord.¹⁷¹ Selv om Moneys teorier viste seg å ha store negative konsekvenser har de likevel hatt stor påvirkning på dagens medisinske praksis.¹⁷² Barn født med uklare kjønns-karakteristikker blir ofte operert selv om det ikke er medisinsk nødvendig.¹⁷³

Et viktig element ved den medisinske behandlingen er at den kun går en vei. Det er ikke mulig å gå tilbake om man først har bestemt seg for å endre kjønn. Kjønnsbekreftende behandling består av flere irreversible inngrep, deriblant sterilisering. Overlege Per Anchersen var blant de første som gjennomførte kjønnsbekreftende behandling i Norge på 50- og 60-tallet.¹⁷⁴ For han var det en sentral forutsetning for behandlingens legitimitet at pasienten mistet sine reproduktive egenskaper:

Ved kun å gjennomføre en enkel sterilisering (som kan tenkes å slå feil) kan man i værste fall bli en mann som kan bli mor. En slik (nærmest tenkt) calamitet vilde skape uløselige legale komplikasjoner og bringe hele behandlingsprosedyren ved trans-seksualisme i miskredit»¹⁷⁵

¹⁶⁸ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 63, Helsedirektoratet (24. april 2014) s. 5 og Folkehelseinstituttet (1. november 2014). De tre kildene gir noe ulikt svar. I ekspertutvalgets utredning fra 2015 står det at kjønnnet blir registrert som jente. I Helsedirektoratets saksnotat til modernisering av folkeregistersystemet fra 24. april 2014 står det imidlertid at kjønnnet registreres som «ikke kjent». I «Veiledning for utfylling av melding til Medisinsk fødselsregister» står det derimot at kjønnnet skal registreres som «usikkert».

¹⁶⁹ Forskrift om melding av fødsler, erkjennelse av farskap og melding om valg av navn § 1

¹⁷⁰ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) side 19

¹⁷¹ Horizen (2004). Dokumentarfilmen «Dr Money and the Boy with No Penis» handler om hendelsen.

¹⁷² Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) s. 20

¹⁷³ Ibid s. 20

¹⁷⁴ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 65

¹⁷⁵ Ibid. s. 65

Endring av juridisk kjønn har frem til 1. juli 2016 i hovedtrekk fulgt tankegangen fra 50- og 60-tallet. Juridisk kjønnsidentitet var altså tett knyttet opp til reproduktive roller. Personer som er registrert som mann skulle ikke kunne bli gravid. For å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne var det derfor en forutsetning at man steriliserte seg for å sikre at de reproduktive rollene ikke krysser kjønnsdelingen mellom mann og kvinne. Dette kravet om sterilisering finnes fortsatt i 23 av Europarådets medlemsland, deriblant Frankrike.¹⁷⁶ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har tre saker til behandling om det franske steriliseringskravet. Sakene er ennå ikke avgjort, men sakens faktum og avgjørelsene i de nasjonale franske domstolene er derimot tilgjengelige.¹⁷⁷ Et av hovedargumentene til den franske stat er at endring av juridisk kjønn må være irreversibelt. Sterilisering er ikke et mål i seg selv, men derimot et sentralt middel for å sikre at en person som har endret kjønn ikke kan endre tilbake. Myndighetene peker på behovet for stabile rettssubjekter. I en rettstat må man vite hvem alle er for å holde oversikt over den enkeltes rettigheter og plikter.¹⁷⁸ Juridisk kjønnsidentitet er knyttet direkte opp til kjønnsbekreftende behandling, slik at det kun vil være mulig å endre juridisk kjønn en gang i løpet av livet.

I motsetning til tidligere tider kan de fleste nå bli operert inn i en av de to dominerende kjønnskategoriene. De fleste blir operert til å bli jenter heller enn gutter, ettersom operasjon er mye enklere å utføre med større sjans for et vellykket resultat. Det viktigste er ikke nødvendigvis at barnet får «riktig» kjønn, men at barnet får et tydelig kjønn.¹⁷⁹ Det gamle prinsippet *in dubio pro masculino* ser altså ut til å ha blitt byttet ut med *in dubio pro feminina* av rent praktiske årsaker. For retten består det derfor bare menn og kvinner, og det har vært unødvendig å legge til rette for fastsettelse av kjønn i uklare tilfeller ettersom medisinen tar seg av det.

EMD, som håndhever rettighetene som følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), holdt lenge fast ved at det ikke foreligger noen plikt for medlemsstatene å legge til rette for at kjønn kan endres. EMD har behandlet en rekke saker om endring av juridisk kjønn. Den første saken som ble realitetsbehandlet var Rees mot Storbritannia i 1986. Storbritannia ble klagt inn for EMD da de nektet å omregistrere kjønnet oppgitt på klagerens fødselsattest. Den britiske avgjørelsen Corbett v. Corbett var et viktig

¹⁷⁶ Transgender Europe (22. april 2016)

¹⁷⁷ A.P. mot Frankrike (App. no. 79885/12), Garçon mot Frankrike (App. no. 52471/13) og Nicot mot Frankrike (App. no. 52596/13)

¹⁷⁸ Nicot mot Frankrike (2013)

På fransk : « Laisser à chacun le soin de décider comment il se situe dans l'espace et le temps », conduirait à nier la fonction de l'état civil qui est, d'après le professeur Cornu, « non de refléter une image sociale fluctuante, mais de pré-constituer et de pérenniser la preuve authentique de faits historiques ».

På norsk: "Å la det være opp til hver enkelt å bestemme hvor man befinner seg i rom og tid", vil føre til en benektelse av selve formålet med sivil status som er, ifølge professor Cornu, "ikke å reflektere et flytende sosialt utseende, men å forutsette og opprettholde autentiske bevis på historiske fakta".

¹⁷⁹ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) s. 20

argument i saken Rees mot Storbritannia. I Corbett v. Corbett la engelsk rett en biologisk definisjon av kjønn til grunn, som innebærer at staten fortsatt definerer borgerne som det opprinnelige kjønn uavhengig av om man har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling.¹⁸⁰ EMD ble overbevist av Corbett-avgjørelsen og la vekt på at biologisk kjønn er et ubestridt faktum som ikke kan endres ved hjelp av en operasjon.

En interessant detalj i dommen er at klageren gjennomgående blir omtalt med det mannlige pronomenet «han», selv om sakens faktum nettopp gjelder at Storbritannia nekter å anerkjenne klageren som en mann. Dette kan virke noe inkonsistent. Klageren blir på den ene siden anerkjent som mann av domstolen gjennom bruk av pronomenet «han» samtidig som staten innrømmes full rett til å anerkjenne han som kvinne i offentlige registre. Hvilket kjønn som legges til grunn er med andre ord situasjonsbetinget. I offentlige registre er Rees regnet som en kvinne, mens han i andre tilfeller regnes som mann.

I Goodwin-avgjørelsen fra 2002 legger EMD til grunn at det ikke er mulig å fastsette det juridiske kjønn til transseksuelle utelukkende ut fra biologiske perspektiver. Domstolen legger betydelig vekt på at transseksuelle som har gjennomført kjønnsbekreftende behandling faktisk ligner mer på det motsatte kjønn.¹⁸¹ Myndighetene må derfor åpne for å endre juridisk kjønn for denne gruppen. Likestillingsloven bygger på det samme prinsippet. Som eksempel nevner forarbeidene at en person med en «mannskropp» som har fått et nytt utseende og personnummer vil kunne bli utsatt for den samme forskjellsbehandlingen som alle andre kvinner.¹⁸² Den transseksuelle i dette eksempelet skal altså ikke regnes som mann, men kvinne ut fra likestillingslovens kjønnsbegrep.¹⁸³

Tanken om kjønn som utelukkende biologisk betinget har etter hvert kritisert og utfordret. Det tok likevel lang tid før denne kritikken kom til syne i rettslige kilder. I neste avsnitt vil jeg se nærmere på hvordan sosiale aspekter ved kjønn etter hvert har fått en sentral plass i både internasjonale og norske rettskilder.

3.2.2. Sosialt kjønn som del av det juridiske kjønnsbegrepet

De tidligste internasjonale konvensjonene var som hovedregel kjønnsnøytrale. Mannen var synonym med «menneske» og kvinnen var kun indirekte nevnt. En illustrasjon på dette er Brusseldeklarasjonen av 1874 der okkuperende stater forpliktet seg til å respektere familiens ære og rettigheter. For å ivareta familiens ære skulle okkupantens soldater blant annet frastå fra å voldta kvinner på det okkuperte territoriet. I praksis beskyttet dermed konvensjonen

¹⁸⁰ Rees mot Storbriannia (1986) avsnitt 29

¹⁸¹ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 82-83

Begrepet «motsatt kjønn» forutsetter at man forstår kvinne som det «motsatte» av en mann. Jeg bruker dette begrepet her fordi det illustrerer EMD sin forståelse av kjønn i Goodwin.

¹⁸² Prop. 88 L (2012–2013) s. 121

¹⁸³ Ibid. s. 121

kvinner mot vold, men retten lå hos familiens mannlige medlemmer. Kvinnen var et objekt å beskytte, det rettslige subjektet var familiens mannlige medlemmer.¹⁸⁴

Et markert skifte kom i 1946 med en egen kommisjon etablert for å gi anbefalinger om kvinners rettigheter til Det økonomiske og sosiale råd i FN (Kvinnekommisjonen).¹⁸⁵ Under arbeidet med den universelle menneskerettighetserklæringen av 1948 ga Kvinnekommisjonen en rekke anbefalinger til redaksjonskomiteen. De anbefalte blant annet at kvinner og menn ble nevnt eksplisitt i deklarasjon for å fremheve at menneskerettighetene også gjaldt kvinner.¹⁸⁶ Redaksjonskomiteen til menneskerettighetserklæringen var imidlertid uenig. De ønsket en universelt utformet deklarasjon, og det var dette synet som til slutt vant frem. Artikkel 1 i Den universelle menneskerettighetserklæringen fastholder at alle mennesker er frie og har like rettigheter.¹⁸⁷

Kvinnekommisjonen fortsatte sitt arbeid og har siden 1946 jobbet aktivt med å få kvinner inkludert i rekommandasjoner, resolusjoner og konvensjoner. De to mest kjente konvensjonene er Konvensjonen om kvinners politiske status (1952) og Konvensjonen om nasjonaliteten til gifte kvinner (1957). Disse to konvensjonene ble til slutt samlet i en helhetlig konvensjon gjennom Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) i 1979.¹⁸⁸ Formålet med KDK er å adressere de spesifikke utfordringene som kvinner møter til forskjell fra menn, for eksempel i forbindelse med tradisjonelle kjønnsrollemønstre i familielivet og samfunnet for øvrig. Konvensjonen har et aktivt element ved seg, konvensjonsstatene har forpliktet seg til å eliminere fordommer og stereotype kjønnsroller.¹⁸⁹ Kvinnediskrimineringskonvensjonen anerkjenner med andre ord at kjønn ikke bare består av biologiske kjønnsforskjeller, men også samfunnsskaptet kjønnsnormer.

I løpet av 90-tallet ble det vanlig å skille ut sosialt konstruerte sider ved kjønn i et helt nytt begrep. På engelsk refererer «sex» til det biologiske, mens «gender» viser til sosialt konstruerte aspekter ved kjønn. Innføringen av «gender» var et stort og kontroversielt tema på Den fjerde verdenskongressen for kvinner i Beijing i september 1995.¹⁹⁰ Delegasjonen fra The Holy See¹⁹¹ fikk protokollert en særbemerkning der de legger til grunn at sosialt kjønn er direkte knyttet til det biologiske, og at kjønn aldri kan forstås som noe mer enn mann og

¹⁸⁴ Otto (2014) s. 319

¹⁸⁵ Det økonomiske og sosiale råd (21. juni 1946)

¹⁸⁶ Otto (2014) s. 330-331

¹⁸⁷ Ibid. s. 321

¹⁸⁸ UN Women (22. mai 2016)

¹⁸⁹ Se spesielt Kvinnediskrimineringskonvensjonens artikkel 5 og artikkel 2f. Innholdet i konvensjonen er nærmere redegjort for under punkt 5.1.

¹⁹⁰ Baden (1997) s. 4

¹⁹¹ Vatikanstaten er ikke medlem av FN, men har hatt observasjonsrettigheter siden 6. april 1946. Vatikanstatens representasjon går under navnet «The Holy See».

kvinne.¹⁹² Dette synet har blant annet vunnet frem i Romastatuttene¹⁹³ som definerer sosialt kjønn på følgende måte:

For the purpose of this Statute, it is understood that the term 'gender' refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term 'gender' does not indicate any meaning different from the above.¹⁹⁴

Begrepet «gender» er i Romastatuttene kun et navn på hvordan biologiske kjønnsforskjeller virker i samfunnet. Ettersom menn og kvinner er biologisk forskjellig vil det nødvendigvis også være samfunnsmessige forskjeller mellom kjønnene. Det nye kjønnsbegrepet er ut fra denne forståelsen lite egnet til å utfordre og endre gjeldende kjønnsroller i samfunnet.

Kvinnediskrimineringskonvensjonen av 1979 har en noe annerledes forståelse av kjønn. I fortalen til konvensjonen fremkommer det at «change in the traditional role of men as well as the role of women in society and in the family is needed to achieve full equality between men and women».¹⁹⁵ Kvinnekonvensjonen bruker ikke uttrykket «gender», men viser likevel til at sosiale kjønnsforskjeller må utfordres og endres. Kvinnekomiteen¹⁹⁶ definerer «gender» vesentlig annerledes enn Romastatuttene:

The term gender refers to socially constructed identities, attributes and roles for women and men and society's social and cultural meaning for these biological differences resulting in hierarchical relationships between women and men and in the distribution of power and rights favoring men and disadvantaging women.¹⁹⁷

I følge Kvinnekomiteen er det ikke biologiske forskjeller i seg selv som har skapt sosiale forskjeller mellom kjønnene. Det er derimot hvordan samfunnet har fortolket betydningen av biologiske kjønnsforskjeller som har hatt noe å si for hvorfor kvinner og menn blir behandlet forskjellig. Kvinnekomiteen anerkjenner at diskriminering mot kvinner kan skje basert på mange øvrige faktorer som for eksempel etnisitet, rase, alder, seksuell orientering eller

¹⁹² Beijing erklæringen (1995): "The term "gender" is understood by the Holy See as grounded in biological sexual identity, male or female. Furthermore, the Platform for Action itself clearly uses the term "Both genders". The Holy See thus excludes dubious interpretations based on worldviews which assert that sexual identity can be adapted indefinitely to suit new and different purposes. It also dissociates itself from the biological determinist notion that all the roles and relations of the two sexes are fixed in a single, static pattern.

¹⁹³ Romastatuttene er statuttene til den internasjonale straffedomstolen i Haag.

¹⁹⁴ Romastatuttene (1998) artikkel 7 avsnitt 3.

¹⁹⁵ Kvinnediskrimineringskonvensjonen (1979)

¹⁹⁶ Kontroll- og håndhevingsorganet til Kvinnediskrimineringskonvensjonen. Etablert gjennom Kvinnediskrimineringskonvensjonen artikkel 17.

¹⁹⁷ Kvinnekomiteen (2010) anbefaling nr. 28 avsnitt 5

kjønnsidentitet. De sosiale aspektene ved kjønn er derfor viktig for å forstå hvorfor kvinner utsettes for diskriminering.¹⁹⁸

Uttrykket «gender» har fått stor oppslutning de siste årene og er svært vanlig å finne i internasjonale rettskilder. Det er derimot ikke alltid like klart om uttrykkene er brukt bevisst for å referere til sosialt kjønn. Jusprofessor Matthew Waites mener at «gender» ofte brukes som et rent synonym på biologisk kjønn. Det er derfor ikke sikkert at det faktisk vises til sosialt konstruert kjønn når det vises til «gender».¹⁹⁹ I en rapport fra Europarådets kommisær for menneskerettigheter fra 2015 fremkommer det at «the terms «sex» and «gender» are used inconsistently in different contexts and do not have the same meaning across Europe».²⁰⁰

I 2009 leverte Diskrimineringslovutvalget en utredning som blant annet gjorde nærmere rede for hvordan kjønnsbegrepet i likestillingsloven skal forstås. Oppdelingen i biologiske og sosiale aspekter er klart tilstede i utvalgets definisjon av kjønn:

Likestillingsloven bygger på den tradisjonelle kjønnsdefinisjonen med todelingen i kvinne-/ mannsperspektivet ut fra biologiske, fysiske og genetiske perspektiver. Med kjønn menes imidlertid ikke bare biologisk kjønn, men også sosialt, psykologisk og kulturelt kjønn.²⁰¹

Den første setningen viser til det biologiske (engelsk: sex), mens den andre setningen viser til det sosiale kjønn (engelsk: gender). Kjønnsbegrepet i likestillingsloven er med andre ord sammensatt av både biologiske forskjeller som det ikke er mulig å endre, samt sosiale forskjeller som kan utfordres og endres for å fremme likestilling mellom kjønnene. Diskrimineringslovutvalget går ikke nærmere inn på hvilke aspekter ved menn og kvinner som kan regnes som biologiske eller sosiale. Forarbeidene til de nye diskrimineringslovene fra 2013 legger imidlertid vesentlig vekt på at menn og kvinner har ulike reproduktive egenskaper.²⁰² Diskriminering på bakgrunn av graviditet og fødselspermisjon er derfor anerkjent som kjønnsdiskriminering i likestillingsloven. Det samme er lagt til grunn i Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) som fremholder at «the role of women in procreation should not be a basis for discrimination».²⁰³

KDK skiller skarpt mellom de biologiske aspektene ved graviditet og fødsel og de tradisjonelle sosiale rollene som har vært knyttet til morskap og farskap. Det faktum at kvinner føder barn gir ikke grunn til å beskytte tradisjonelle normer om mors- og farsrollen.

¹⁹⁸ Kvinnekomiteen (2010) anbefaling nr. 28 avsnitt 18

¹⁹⁹ Waites (2009) s. 141

²⁰⁰ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) s. 53

²⁰¹ NOU 2009:14 s. 121

²⁰² Prop. 88 L (2012–2013) s. 67-68

²⁰³ Kvinnediskrimineringskonvensjonens fortale (preamble)

Begrepet «mor» og «morskap» er derfor eksplisitt utelatt i konvensjon.²⁰⁴ KDK artikkel 5b forplikter konvensjonsstatene til å anerkjenne «the common responsibility of men and women in the upbringing and development». Det norske likestillingsarbeidet bygger på KDK som Norge har sluttet seg til.²⁰⁵ De tradisjonelle kjønnsrollene knyttet til det å være mor og far utfordres og endres gjennom tiltak som for eksempel diskrimineringsvern for graviditet,²⁰⁶ samt fødselspermisjon og foreldrepermisjon²⁰⁷ med en særskilt fedrekvote.²⁰⁸

Oppsummert har vi fått et komplekst juridisk kjønnsbegrep som viser til både biologiske og sosiale aspekter. Det er imidlertid ikke gitt at alle disse aspektene kommer til uttrykk ved tildeling av juridisk kjønn. Er vår juridiske kjønnsidentitet fortsatt biologisk bestemt? Eller har innføringen av sosiale aspekter ved kjønn også påvirket hvordan juridisk kjønn blir tildelt og endret? I neste avsnitt vil jeg se nærmere på om utviklingen av kjønnsbegrepet i retten også har påvirket hvordan vi tildeler juridisk kjønn.

3.2.3. Fremvoksende trender for juridisk kjønn i norsk rett

Yogyakartaprinsippene ble lansert i 2006.²⁰⁹ Formålet med prinsippene er ikke å foreslå nye rettigheter, men beskrive hvordan eksisterende menneskerettigheter kommer til anvendelse på et konkret område.²¹⁰ Definisjonene av kjønnsidentitet og seksuell orientering som følger av prinsippene har blitt tatt med av ØSK-komiteen i 2009²¹¹ og har siden blitt brukt av både Torturkomiteen²¹² og Kvinnekomiteen.²¹³

Det følger av Yogyakartaprinsippene at juridisk kjønn skal være basert på egen kjønnsidentitet.²¹⁴ Kjønnsidentitet peker på hva slags kjønn vi selv opplever oss som. Etter Yogyakartaprinsippene skal man ikke bli tvunget til å bli betegnet som for eksempel mann dersom man definerer seg som noe annet. Kjønnsidentitet er som kjønn for øvrig et komplekst begrep med både biologiske og sosiale komponenter. Vår opplevelse av kjønn er ikke kun et produkt av samfunnet, men også et produkt av vår egen mentale tilstand.²¹⁵ På europeisk plan

²⁰⁴ Holtmaat (2012) s. 152

²⁰⁵ Kvinnediskrimineringskonvensjonen ble også inkorporert i menneskerettsloven i 2009.

²⁰⁶ Likestillingsloven § 5

²⁰⁷ Arbeidsmiljøloven §§ 12-4 og 12-5

²⁰⁸ Folketrygdloven § 14-9 femte ledd

²⁰⁹ O'Flaherty (2015) s. 1-2

²¹⁰ O'Flaherty (2007) s. 1

²¹¹ ØSK-komiteen (2009) generell kommentar nr. 20 avsnitt 32 (E/C.12/GC/20)

²¹² FNs torturkomité (2011) konkluderende observasjon (Mongolia) avsnitt 25 (CAT/C/MNG/CO/1), FNs torturkomité (2011) konkluderende observasjon (Finland) avsnitt 24 (CAT/C/FIN/CO/5-6).

²¹³ Kvinnekomiteen (2010) konkluderende observasjon (Panama) avsnitt 22 (CEDAW/C/PAN/CO/7)

²¹⁴ Yogyakartaprinsippene (2006): Det følger av prinsipp nr. 3: States shall: Take all necessary legislative, administrative and other measures to fully respect and legally recognise each person's self-defined gender identity.

²¹⁵ Benestad (2002) s. 77 og Serano (2008) s. 68-69

er Yogyakarta-prinsippenes definisjoner kommet direkte til anvendelse i Europarådet.²¹⁶ I rapporter og anbefalinger publisert av Europarådet legges Yogyakarta-prinsippenes definisjon til grunn:

Gender identity refers to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modifications of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerism.²¹⁷

Matthew Waites har kritisert prinsippene for å legge for stor vekt på kjønnsidentitet som noe stabilt og uforanderlig. Waites sikter da spesielt til ordlyden «deeply felt internal» og peker på at kjønnsidentitet også kan være foranderlig og flytende.²¹⁸ O'Flaherty, som var med å utforme prinsippene, viser derimot til at definisjonen ikke har hindret land som India og Nepal å bruke prinsippene til støtte for alternative kjønnsbetegnelser.²¹⁹ O'Flaherty mener at Yogyakarta-prinsippene altså gir støtte for et tredje juridisk kjønnsalternativ. Norge har sluttet seg til Yogyakarta-prinsippene.²²⁰ Så langt har imidlertid ikke Yogyakarta-prinsippene ført til en innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ i Norge.

Kjønnsidentitet ble første gang innført som eget begrep gjennom diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk i 2013.²²¹ Diskrimineringsloven har til forskjell fra Yogyakarta-prinsippene ikke som kriterium at kjønnsidentiteten må være «deeply felt internal». Loven gir vern for «faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig» kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. lovens § 5. I følge forarbeidene er hensikten ikke bare å ramme faktisk og eksisterende kjønnsidentitet eller uttrykk, men også subjektive antagelser om tidligere, nåværende og fremtidig kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.²²² Presiseringen av hvordan kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk kan endre seg over tid peker på at identitet og uttrykk ikke er konstant. Norsk rett anerkjenner altså at kjønnsidentitet er foranderlig og flytende.

²¹⁶ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (2015) doc. 13742 s. 5 og Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2009) s. 5

²¹⁷ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (2015) doc. 13742 s. 5

²¹⁸ Waites (2009) s. 148

²¹⁹ O'Flaherty (2015) s. 23

²²⁰ Prop 88. L (2013) s. 117

²²¹ Ibid. 110-11. I Yogyakarta-prinsippene er kjønnsuttrykk regnet som en del av vår kjønnsidentitet. I forarbeidene til diskrimineringsloven fremkommer det at man ønsket å fremheve kjønnsuttrykk som et eget diskrimineringsgrunnlag ved siden av kjønnsidentitet for å understreke at måten vi uttrykker kjønnet vårt på ikke nødvendigvis henger sammen med måten vi selv opplever kjønnet vårt. Med andre ord, samfunnet kan oppleve måten vi uttrykker kjønnet vårt annerledes enn det vi selv gjør. Etter forarbeidene er kjønnsuttrykk derfor ment å dekke «hvordan kjønnsidentiteten bevisst eller ubevisst uttrykkes eller oppfattes av andre». Kjønnsuttrykk er altså kun et aspekt ved vår kjønnsidentitet.

²²² Ibid. s. 159

Diskriminering på bakgrunn av kjønn er regulert av likestillingsloven, mens diskriminering på bakgrunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er tatt inn i en særskilt lov. Gjennom de nye diskrimineringslovene i 2013 ble kjønnsbegrepet i norsk rett delt opp i tre deler: kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Kjønnsbegrepet i likestillingsloven dekker etter forarbeidene «biologiske, fysiske og genetiske perspektiver».²²³ Dette innebærer i praksis at det kjønn man fikk tildelt ved fødselen skal legges til grunn, med mindre man har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling. Det spiller ingen rolle hvilket kjønn man ser ut som eller opplever seg selv som. Det vesentlige er hva man har blitt tildelt ved fødselen.

Forarbeidende til likestillingsloven legger til grunn at loven er utformet med «utgangspunkt i problemer knyttet til kvinners stilling i samfunnet» som har sammenheng med både det biologiske og sosiale kjønn.²²⁴ Kjønnsbegrepet i likestillingsloven er et helhetlig begrep. Begrepet «kjønn» viser derfor ikke bare til biologiske kriterier, men også til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Likestillingsloven gjelder likevel særskilt for de tilfellene der kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk samsvarer med fødselskjønn. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk kommer kun inn i de tilfellene der kjønnsuttrykk bryter med fødselskjønn.²²⁵ Lovene bygger altså på at det er mulig å skille «kjønn» fra «kjønnsidentitet og «kjønnsuttrykk» gjennom å bruke fødselskjønn som sammenligningsgrunnlag.

Til eksempel: dersom du er utsatt for diskriminering fordi du har et kjønnsuttrykk som bryter med det kjønn du fikk tildelt ved fødselen er det diskrimineringsloven som kommer til anvendelse. Motsatt, dersom du utsettes for diskriminering fordi du har et kjønnsuttrykk som samsvarer med fødselskjønnet ditt, er det likestillingsloven du må finne frem til. Kjønn fastsatt ut fra biologiske kriterier vil derfor fortsatt spille en viktig rolle i lovverket.

Etter lov om endring av juridisk kjønn kan imidlertid en person med en kvinnelig kjønnsidentitet endre juridisk kjønn til kvinne selv om hun ut fra biologiske perspektiver er regnet som mann.²²⁶ Loven gir kjønnsidentitet en langt mer sentral plass i norsk rett enn tidligere. Juridisk kjønn blir ikke lenger sett på som en konstant del av vår juridiske identitet som må vare livet ut, men blir i tråd med kjønnsidentitetsbegrepet noe som kan endre seg over tid. For noen vil kjønnsidentiteten holdes konstant gjennom livet, mens andre vil ha behov for å forandre juridisk kjønn en eller flere ganger.

Etter lov om endring av juridisk kjønn vil derfor likestillingsloven tidvis referere til fødselskjønn og andre ganger til kjønnsidentitet. Likestillingslovens regler om kvotering til offentlige utvalg vil for eksempel basere seg på kjønnsidentitet, mens lovens regel om

²²³ NOU 2009:14 s. 121

²²⁴ Prop 88. L (2012-2013) s. 121

²²⁵ Ibid. s. 119-121

²²⁶ Prop. 74 L. (2015-2016)

kjønnsdiskriminering vil basere seg på fødselskjønn.²²⁷ Ved kvotering er det altså vår egen opplevelse av kjønn som står i sentrum, mens det ved diskriminering er fødselskjønn som skal legges til grunn.

Det er imidlertid et sentralt aspekt ved kjønnsidentitetsbegrepet som lov om endring av juridisk kjønn har utelatt. Selv om det vil bli mulig å endre frem og tilbake så mange ganger man ønsker, er det likevel fortsatt kun to valgmuligheter. Det vil kun være mulig å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne eller motsatt. Vår opplevelse av kjønn, vår kjønnsidentitet, er derimot ikke ordnet kategorisk etter to kjønn. Det følger av forarbeidene til diskrimineringsloven at:

Kjønn er mer sammensatt enn som så: Noen opplever at de har et annet kjønn enn det de er født med; de har en annen kjønnsidentitet. Andre føler at de er verken mann eller kvinne.²²⁸

På den ene siden anerkjenner lovgiver gjennom forarbeidene til diskrimineringsloven om seksuell orientering at det finnes mer enn kvinner og i samfunnet. Samtidig legger myndighetene til grunn at alle er enten menn eller kvinner. Jusprofessor Dianne Otto er kritisk til å bytte ut kriteriene for juridisk kjønn uten å gjøre endringer i modellen. I følge Otto hjelper det ikke å erstatte det biologiske innholdet i manss- og kvinnebegrepet med et sosialt innhold. De sosiale aspektene ved kjønn vil da kun bygge videre på de tidligere biologiske forskjellene. Ved å tvinge sosialt kjønn inn i de to tradisjonelle kjønnskategoriene vil vi opprettholde det samme kjønns hierarkiet som tidligere.²²⁹

Denne kritikken sammenfaller i stor grad med Judith Butler sitt syn på kjønn som situasjonelt. Toril Moi vil på sin side hevde at flere kjønnskategorier ikke nødvendigvis gir større frihet.²³⁰ Det spesielle ved lov om endring av juridisk kjønn er at juridisk kjønn bygger på vår egen opplevelse av kjønn, samtidig som retten kun vil anerkjenne opplevelser av kjønn som samsvarer med to kategorier som tradisjonelt har vært knyttet til biologiske forskjeller. Loven er med andre ord en slags hybrid, som delvis tar inn både Moi og Butler sitt syn på kjønn.

Videreføringen av den gamle tokjønnsmodellen gjør det enkelt å variere mellom kjønnsidentitet og biologiske kriterier. Lov om endring av juridisk kjønn innfører begrepet

²²⁷ Prop. 74 L (2015-2016) s. 31. Det fremkommer ikke direkte av lov om endring av juridisk kjønn at kjønnsdiskriminering etter likestillingsloven skal gjelde fødselskjønn. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene til likestillingsloven at kjønnsbegrepet bygger på biologiske perspektiver, og at diskriminering etter diskrimineringsloven om seksuell orientering kun kommer inn der kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk bryter med biologisk eller kroppslig kjønn. Forholdet mellom de to lovene forutsetter altså at likestillingslovens kjønnsdiskrimineringsbegrep kun dekker diskriminering der kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk samsvarer med fødselskjønn.

²²⁸ Prop. 88 L (2012–2013) s. 110

²²⁹ Otto (2015) s. 10-11

²³⁰ Se en nærmere forklaring av Butlers og Moiss teorier i punkt 3.1 over.

«fødselskjønn» for å beholde en knytning til det biologiske.²³¹ Selv om loven har gjort det mulig å endre juridisk kjønn uavhengig av fødselskjønn, vil fødselskjønnet fortsatt følge oss livet ut. Loven bygger på at juridisk kjønn tidvis vil basere seg på fødselskjønn, og tidvis på egen kjønnsidentitet.²³² Hvilket fødselskjønn man har vil blant annet være relevant for å kunne vite om likestillingsloven eller diskrimineringsloven kommer til anvendelse.

Denne obligatoriske todelingen mellom menn og kvinner ga mye mening i tidligere tider der kvinner og menn ble behandlet grunnleggende forskjellig. Det var for eksempel nødvendig å vite hvem som var menn for å vite hvem som hadde stemmerett ved valg. Spørsmålet er hva som er formålet med denne todelingen i dag. Kriterier rundt tildeling og endring av juridisk kjønn har lenge vært et spørsmål utenfor retten. De siste par årene har imidlertid stadig flere land begynt å rettighetsfeste endring av juridisk kjønn.²³³ Lov om endring av juridisk kjønn føyer seg inn i rekken av endringer som er gjort i blant annet Danmark, Irland og på Malta.²³⁴

I neste avsnitt vil jeg se nærmere på bakgrunnen for disse endringene og hvilke følger de kan ha for et tredje juridisk kjønnsalternativ. Jeg vil se på konkrete eksempler fra andre land som på ulike måter har erstattet den obligatoriske tokjønnsmodellen. Jeg har ordnet eksemplene i to hovedmodeller, reservasjonsmodellen og flerkjønnsmodellen. Det finnes ingen direkte eksempler fra andre land på fullt ut kjønnsnøytrale modeller.

3.2.4. Alternativer til tokjønnsmodellen

Den kategoriske tilnærmingen til kjønn som vi er vant med i Norge er svært vanlig i store deler av verden. Det er imidlertid flere eksempler på land som har alternative løsninger til vår tokjønnsmodell.

Antall kjønnsmarkører kan variere fra to til uendelig mange. Nepal åpner for tre kjønnsmarkører, mens Australia åpner for et ubegrenset antall.²³⁵ For det andre kan kjønn være fullstendig valgfritt, delvis eller fullt ut bestemt av andre. I Danmark er det mulig å velge juridisk kjønnsidentitet på egenhånd.²³⁶ I Australia må man derimot ha legeattest.²³⁷ For det tredje kan modellene har stor innvirkning i lovgivning og forvaltningspraksis, eller de kan

²³¹ Prop. 74 L (2015-2016) s. 31 og Helse- og omsorgsdepartementet (25. juni 2015) unummerert høringsnotat. . Fødselskjønn referer til det kjønn vi har fått tildelt ved fødselen, se nærmere under punkt 1.7.1

²³² Prop. 74 L (2015-2016) s. 39: lov om endring av juridisk kjønn § 6 regulerer at fødselskjønn skal legges til grunn ved etablering av foreldreskap etter barneloven.

²³³ European Union Agency for Fundamental Rights (desember 2015) s. 18-24

²³⁴ Irland: Republic of Ireland Act number 25 of 2015

Malta: Republic of Malta Act No. XI of 2015

Danmark: Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister § 1 (25. juni 2014)

²³⁵ Pant v. Nepal (2007) og Australian Government (november 2015) pkt. 20

²³⁶ Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister § 1 (25. juni 2014)

²³⁷ Australian Government (november 2015) pkt. 24

brukes kun på et mindre og avgrensede områder. For å trekke frem noen fellestrekk ved de alternative løsningene til tokjønnsmodellen har jeg delt inn praksis i to hovedmodeller:

- Reservasjonsmodellen (stikkord: negativ og uspesifisert)
- Flerkjønnsmodellen (stikkord: positiv og spesifisert)

I flerkjønnsmodellen kan det finnes for eksempel tre, fem eller ti spesifikke alternativer i tillegg til mann og kvinne. I 1995 foreslo for eksempel Fausto-Sterling fem juridisk kjønn bestemt ut fra biologiske kriterier. De fem kjønnene var kvinne, mann, merms, ferms og herms. Merms referer til mannlige pseudohermafroditter, ferms til kvinnelige og merms til «sanne» hermafroditter.²³⁸

En «X» i passet er et uttrykk for reservasjonsmodellen. En «X» i passet anerkjenner at man ikke er kvinne eller mann, men gir ingen anerkjennelse av et spesifikt tredje alternativ. I reservasjonsmodellen får man mulighet til å reservere seg fra tokjønnsmodellen ved å unngå å bli betegnet som mann eller kvinne. I flerkjønnsmodellen får man derimot positiv anerkjennelse for en nærmere spesifisert kjønnsidentitet.

Jeg vil starte med å se på eksempler på reservasjonsmodellen og deretter bevege meg over til flerkjønnsmodellen. Det finnes ingen idealeksempler på reservasjonsmodellen og flerkjønnsmodellen i praksis. Overgangen er uklar ettersom det finnes en mengde variasjoner med hensyn til hvor mange kjønn som anerkjennes, omfanget av rettsvirkninger og grad av valgfrihet. Modellene er derfor kun ment som illustrasjoner på hovedtrekk for to ulike alternativer til tokjønnsmodellen.

3.2.5.1. *Reservasjonsmodellen*

Noen land tar utgangspunkt i tokjønnsmodellen, men åpner for unntak fra denne modellen i enkelte tilfeller. I Europa er Danmark og Tyskland eksempler på dette. Danmark har åpnet for å få betegnelsen «X» i passet,²³⁹ mens Tyskland har åpnet for at kjønn kan stå uregistrert i fødselsattesten.²⁴⁰ Utenfor Europa gir New Zealand et eksempel på en lignende løsning som det Danmark har valgt.²⁴¹

I Danmark er det mulig å endre juridisk kjønnsidentitet dersom man selv ønsker det. Kravet er at man har fylt 18 år og reflektert over valget i minst seks måneder. I tillegg er det mulig å få

²³⁸ Fausto-Sterling (2000) s. 92

²³⁹ Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister § 1 (25. juni 2014)

²⁴⁰ Personenstandsgesetz § 22 abs. 3 (1. november 2013)

²⁴¹ Open Society (mai 2014) s. 20

betegnelsen «X» i passet.²⁴² Malta åpner opp for markøren «X» dersom markøren er godkjent av en utenlandsk domstol eller myndighet som Malta anerkjenner.²⁴³ New Zealand åpner for markøren «X» på samme måte som Danmark. New Zealand har helt siden 1990-tallet åpnet for at personer som er under kjønnsbekreftende behandling kan få utstedt kjønnsmarkøren «X» i sine pass. I 2012 ble ordningen endret slik at denne kjønnsmarkøren nå er åpen for alle som ønsker det.²⁴⁴

Da Danmark innførte kjønnsmarkøren «X» i 2013 var det et krav om at søkeren var diagnostisert som transseksuell av Rigshospitalets Sexologiske Klinik.²⁴⁵ Dette kravet ble fjernet 28. august 2014. Det eneste kravet i dag er at søkeren har fylt atten år, tenker på det i minst seks måneder og erklærer å tilhøre det motsatte kjønn.²⁴⁶ Det er verdt å merke seg at Danmark åpner for markøren «X» for personer som har en «oplevelse af at tilhøre det andet køn».²⁴⁷ Det ser altså ikke ut som danske lovgivere har tenkt særskilt på andre kjønnsidentiteter enn mann og kvinne da de gikk inn for markøren «X» i danske pass. Det ligger heller ingen vurdering av retten til å identifisere seg som noe annet enn mann og kvinne i rapporten til den danske arbeidsgruppen for endring av juridisk kjønn. I rapporten er betegnelsen «X» forklart med en kort henvisning til at ICAO åpner for dette alternativet, men standarden til ICAO sier derimot ingenting om hva markøren «X» skal brukes til.²⁴⁸

Pass inneholder obligatoriske felter som alle medlemsland av International Civil Aviation Organization (ICAO) har forpliktet seg til å ta med. Navn, fødselsdato, nasjonalitet og kjønn er eksempler på obligatoriske felter.²⁴⁹ De siste årene har ICAO gjort et omfattende arbeid med å revidere standarder for pass som følge av innføringen av maskinlesbare pass. ICAO sin arbeidsgruppe for maskinlesbare pass vurderte i 2012 om kjønn burde fjernes som et obligatorisk felt.²⁵⁰ Et av argumentene for å fjerne kjønn var at kjønn som identitetsmarkør er overflødig i en tid der alle pass er elektroniske, og alle reisende har en unik elektronisk identitet.²⁵¹ Det ble også trukket frem at kjønnsløse pass vil være fordelaktig for transpersoner,²⁵² men at kjønn likevel bør beholdes fordi det vil medføre betydelige kostnader å endre datasystemene til passkontroller rundt om i verden.²⁵³ Arbeidsgruppen konkluderte med å beholde kjønn som obligatorisk markør inntil videre.²⁵⁴

²⁴² Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. august 2014)

²⁴³ Act No. XI of 2015 nummer 9 (2)

²⁴⁴ Open Society (mai 2014) s. 20

²⁴⁵ Bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. november 2013)

²⁴⁶ Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. august 2014)

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Justisministeriet (27. februar 2014) s. 26

²⁴⁹ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14

²⁵⁰ International Civil Aviation Organization (2012) TAG/MRTD/21-IP/4

²⁵¹ Ibid. pkt. 2.2

²⁵² Ibid. pkt. 4.1

²⁵³ Ibid. pkt. 5.1

²⁵⁴ Ibid. pkt. 5.1.3

Syvende utgave av ICAOs standarder for pass kom i 2015.²⁵⁵ I disse standardene er kjønn fortsatt et obligatorisk kriterium. Kjønnets skal betegnes med en bokstav eller ett tegn ut fra det språket som er alminnelig brukt i det landet passer er utstedt. Dersom oversettelse til et engelsk, fransk eller spansk er nødvendig skal dette settes i parentes. Ved engelsk oversettelse åpner standarden for tre mulige markører, (F) for kvinne, (M) for mann og (X) for uspesifisert. ICAO sin standard åpner altså for et tredje kjønnsalternativ.²⁵⁶ Standarden med tilhørende rapporter gir ingen begrunnelse for kjønnsmarkøren X. Markøren er imidlertid ikke ny. ICAO har tilbudt dette alternativet helt siden 1945.²⁵⁷ Bakgrunnen for at ICAO har «X» som et alternativ bør ses i sammenheng med at standarden åpner for tilsvarende muligheter der andre obligatoriske felter er ukjente. Standarden har for eksempel egne retningslinjer for hvordan fødselsdato skal spesifiseres dersom datoen ikke er kjent eller hvordan nasjonaliteten til statsløse personer skal stadfestes.²⁵⁸

Tyskland besluttet å endre lovgivningen sin i 2013 slik at det ikke lenger er nødvendig å registrere kjønn ved fødselen dersom barnet faller inn under intersex/DSD-kategorien.²⁵⁹ Intersex eller DSD er en samlebetegnelse for alle personer med «variations in sex characteristics», og viser til en rekke ulike medisinske diagnoser.²⁶⁰ De siste årene har intersex/DSD fått stadig større oppmerksomhet utenfor de medisinske miljøene. Både Europarådet og EU har publisert rapporter om situasjonen for intersex i løpet av 2015,²⁶¹ og FNs barnekomité har reist spørsmål ved praksisen med operasjoner på små barn som ikke er medisinsk nødvendig.²⁶²

En rekke land åpner for at registrering av kjønn kan utsettes, men det er foreløpig kun Tyskland som har åpnet for kjønnsstatus kan stå permanent som udefinert.²⁶³ Tyskland skiller seg ut som det eneste landet i Europa der foreldre har muligheten til å reservere seg fra å registrere barna sine med et juridisk kjønn ved fødsel. Denne muligheten er imidlertid kun

²⁵⁵ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303

²⁵⁶ Ibid. s. 14

²⁵⁷ Kommisæren for menneskerettigheter i Europarådet (2015) s. 40

²⁵⁸ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14

²⁵⁹ Remus (2015) s. 72 (kilde kun tilgjengelig på tysk) og Personenstandsgesetz § 22 abs. 3 (1. november 2013)

Tysk: Kann ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.

Norsk: Dersom barnet verken kan innordnes i et mannlig eller kvinnelig kjønn skal sivil status registreres uten kjønnsmarkør i fødselsregisteret.

²⁶⁰ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) s. 15, se nærmere om dette i punkt 1.6.5 over.

²⁶¹ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) og European Union Agency of Fundamental Rights (desember 2015)

²⁶² FNs barnekomite konkluderende observasjon Irland (29. januar 2016) pkt. 40 (CRC/C/IRL/CO/3-4), FNs barnekomite konkluderende observasjon Sveits (26. februar 2015) pkt. 42 (CRC/C/CHE/CO/2-4)

²⁶³ European Union Agency of Fundamental Rights (desember 2015) s. 72-74

åpen for intersex-barn.²⁶⁴ Det er ingen frist for når kjønn må registreres. I prinsippet kan man da gå gjennom hele livet uten å ha et juridisk kjønn. En person som ikke er registrert med et juridisk kjønn vil imidlertid kunne møte på problemer ved inngåelse av ekteskap og etablering av foreldreskap. Ekteskap i Tyskland er kun åpent for personer av ulike kjønn, og i likhet med i Norge er det kun kvinner som kan bli mødre.²⁶⁵ Disse problemstillingene er ikke løst i tysk rett og har blitt problematisert i tysk juridisk litteratur.²⁶⁶

3.2.5.2. Flerkjønnsmodellen

I Australia er det mulig å få en nærmere spesifisering av hvilket kjønn man er.²⁶⁷ Myndighetene åpner med andre ord for et uavgrenset antall juridiske kjønnsidentiteter. Myndighetene forbeholder seg derimot retten til å føre opp «unspecified» eller «indeterminate» dersom den individuelle kjønnsbetegnelsen er for lang til å kunne fylles inn i skjemaer og offentlige registre.²⁶⁸ Australia skiller seg derimot også ut ved at den alternative kjønnsbetegnelsen må bekreftes gjennom legeattest.²⁶⁹ Danmark og New Zealand baserer seg på selvbestemmelse. De alternative kjønnsbetegnelsene i Australia har imidlertid ikke noen spesifikke rettsvirkninger i møte med kjønns spesifikk lovgivning. Australia åpner for eksempel ikke for likekjønnet eller kjønnsnøytrale ekteskap. For å gifte seg er det altså nødvendig å ta utgangspunkt i de to tradisjonelle kjønnsmarkørene mann eller kvinne.

Bangladesh, Pakistan, Nepal og India har alle åpnet for anerkjennelse av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Tredje kjønn er ikke noe nytt fenomen i sørasiatiske land, men juridisk anerkjennelse har først kommet på plass i nyere tid gjennom høyesterettsdommer i tidsperioden 2007 til 2013. Først ut var Nepal.²⁷⁰ I 2007 la nepalsk høyesterett til grunn at også «third gender individuals»²⁷¹ er borgere av Nepal med rett til anerkjennelse på lik linje som menn og kvinner. I en engelsk oversettelse av dommen publisert i New Jersey Law Journal følger det at:

It cannot be construed that only «men and «women» can enjoy such rights and other people cannot enjoy it only because they have a different gender identity and sexual orientation.²⁷²

²⁶⁴ Personenstandsgesetz § 22 abs. 3 (1. november 2013)

²⁶⁵ Remus (2015) s. 73 (kilde kun tilgjengelig på tysk)

²⁶⁶ Ibid. s. 72-73

²⁶⁷ Australian Government (november 2015) pkt. 20

²⁶⁸ Ibid. pkt. 21

²⁶⁹ Australian Government (november 2015) pkt. 24

²⁷⁰ Pant v. Nepal (2007)

²⁷¹ Ibid. s. 277

²⁷² Pant v. Nepal (2007) s. 284

Høyesterett blander mellom seksualitet og kjønn.²⁷³ Ut fra domstolens resonnement kan for eksempel en homofil mann inngå i betegnelsen «third types of people» på lik linje med en transperson. Domstolen forholder seg til mange av de samme kildene som EMD, men tolker de litt annerledes. Domstolen siterer blant annet Goodwin-avgjørelsen fra 2002 og kommer frem til at EMD “explicitly recognized the rights of the third gender individuals”.²⁷⁴ EMD på sin side er nok ikke enig i at de noen gang har behandlet tredje kjønn som tema i sine avgjørelser, men derimot transseksuelle og homofile som to helt separate og adskilte tema.

Domstolen går ikke nærmere inn på hva nepalske myndigheter må gjøre for å sikre rettighetene til “third gender individuals», men viser til at myndighetene må foreta «necessary arrangements» for å sikre at ingen blir diskriminert.²⁷⁵ Som følge av dommen ble det fra 2011 mulig å registrere seg med en alternativ kjønnsmarkør i folkeregisteret.²⁷⁶ Det er imidlertid kun personer som ikke allerede har et identitetskort fra før som har mulighet til å få utstedt et nytt kort med markøren «other».²⁷⁷

I sørasiatiske land er spesielt *hijra* kjent som en betegnelse for personer av et «tredje kjønn». Gayatri Reddy har gjort feltstudier av et hijra-samfunn i Hydarab. Idealet til en hijra er å være mest mulig lik en kvinne.²⁷⁸ Reddy spør blant annet en hijra-person om hvordan hun kan vite at hun er en hijra. Reddy får til svar at hun alltid har oppført seg som en jente og likt det jenter gjør. Det som skiller henne som hijra opp mot andre kvinner er at hun er født som gutt. Ut fra et tradisjonelt vestlig perspektiv ville hijraer ganske enkelt bare være menn med avvikende oppførsel. Enkelte ville også blitt diagnostisert og gjennomgått kjønnsbekreftende behandling for å få muligheten til å leve fullt ut som det motsatte kjønn.

Professor Lynn Morgan er kritisk til bruken av begrepet «tredje kjønn» fordi det kan virke både forenkende og forvirrende. Begrepet leder til en tanke om at det kun finnes ett bestemt alternativ til å være mann eller kvinne.²⁷⁹ Fordi vi ut fra en vestlig tankegang ofte forbinder kjønn med biologiske egenskaper, kan det være lett å tro at tredje kjønn referer til biologiske forskjeller. Begrepet «tredje kjønn» fungerer derimot som en samlebetegnelse og viser ikke nødvendigvis til bestemte biologiske trekk.²⁸⁰

Reddy viser i sin studie av hijraer i India til en rekke ulike identiteter, herunder kandra hijra, badhai hijra, zenana, kada-catli koti, jogin, siva-sati og berupia som betegner ulike variasjoner

²⁷³ Jain (2013) s. 10 høyre spalte

²⁷⁴ Pant v. Nepal (2007) s. 277

²⁷⁵ Pant v. Nepal (2007) s. 285

²⁷⁶ Young (12. februar 2016)

²⁷⁷ Open Society (mai 2014) s. 20-21

²⁷⁸ Ibid. s. 121

²⁷⁹ Morgan (2002) s. 484

²⁸⁰ Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015) s. 15

av blant annet religiøse praksiser, yrker og sosial status.²⁸¹ Badhai hijra er sett på med høyere status enn de øvrige kategoriene. En badhai hijra er aseksuell, operert og spiller en viktig rolle i rituelle seremonier.

Hijra har et mangefasettert meningsinnhold som blant annet kan vise til klasse, kaste, etnisitet og religion. I et juridisk perspektiv reiser dette blant annet spørsmål ved hva som faktisk anerkjennes når hijra blir anerkjent av indiske myndigheter. Er det anerkjent som et alternativt kjønn? Eller kanskje heller som en kulturell eller religiøs minoritet?

De siste årene har personer som regnes som «tredje kjønn» i sørasiatiske land fått stadig flere rettigheter. I 2009 kom pakistansk høyesterett frem til at «evnukker» er «respectable citizens», som blant annet har arverett på lik linje med andre borgere.²⁸² I 2011 slo høyesterett fast at «evnukker» også har stemmerett.²⁸³ I 2009 kom også Høyesterett i Bangladesh frem til at hijraer har rett til å stemme.²⁸⁴ Disse sakene illustrerer at anerkjennelsen av tredje kjønn har en ganske annen betydning i sørasiatiske land. Før disse sakene kom opp for høyesterett i Nepal, Bangladesh og Pakistan var statusen til kjønnsvarierte personer svært uklar. Enkelte rettigheter er fortsatt uavklarte. Rapporten «License To Be Yourself» av Open Society Foundation peker på at det er betydelig risiko for at hijrar vil miste rettigheter og rettsvern dersom ikke samtlige kjønns spesifikke lover blir endret, slik at et tredje kjønn blir anerkjent på alle områder der kjønn er relevant.²⁸⁵

Anerkjennelsen av et tredje kjønnsalternativ i sørasiatiske land må ses i lys av en svakere tokjønnsmodell der det ikke er selvsagt at alle mennesker er anerkjent som menn og kvinner i alle tilfeller. I 2003 kom indisk høyesterett frem til at en hijra-person ikke hadde rett til å stille til valg fordi plassen var reservert for en kvinne. Det var heller ikke mulig å stille som mann. Ved vurderingen av hvilket kjønn hijra-personen hadde var det avgjørende for retten at hijra-personen ikke hadde mulighet til å få barn, verken som kvinne eller som mann.²⁸⁶ Hijrar velger ofte å kastre seg slik at de mister sine mannlige reproduktive egenskaper.²⁸⁷ Anerkjennelse som hijra har altså ikke kun handlet om anerkjennelse av egen kjønnsidentitet, men også tilgang til fundamentale borgerrettigheter. I 2014 kom løsningen da indisk høyesterett kom frem til at hijraer kan velge mellom å være registrert som mann, kvinne eller et tredje kjønnsalternativ.²⁸⁸

²⁸¹ Reddy (2005) s. 53

²⁸² Dr. Muhammad Aslam Khaki vs. Rawalpindi (2009)

²⁸³ Jain (2013) s. 11 venstre spalte

²⁸⁴ Ibid. s. 11 venstre spalte

²⁸⁵ Open Society (mai 2014) s. 21

²⁸⁶ Kamala Alias Kamala Jaan Alias Hijrah v. Sadiq Ali & Others (2003)

²⁸⁷ Reddy (2005) s. 56-57

²⁸⁸ National Legal Services Authority v. Union of India & Others (2014)

3.3. Oppsummering

Hvilke kriterier som skal legges til grunn for juridisk kjønn legger føringer for hva et tredje juridisk kjønnsalternativ faktisk består i. Et tredje juridisk kjønnsalternativ kan enten være et nærmere spesifisert alternativ til de to tradisjonelle kjønnsmarkørene eller en uspesifisert samlekategori for alle som ønsker å betegne seg som noe annet enn mann eller kvinne. Disse to alternativene har jeg beskrevet i denne delen som henholdsvis flerkjønns- og reservasjonsmodellen.

Innenfor flerkjønnsmodellen og reservasjonsmodellen finnes det mange variasjoner. To hovedskiller går ved graden av valgfriheten og graden av rettsvirkninger. Juridisk kjønn kan enten være noe som tildeles og endres av andre, eller det kan være noe hver enkelt skal få bestemme selv.

I tidligere tider var juridisk kjønnsidentitet avgjørende ved fordeling av arv-, eiendoms- og borgerrettigheter.²⁸⁹ I dag er omfanget av kjønnsespesifikke rettigheter mindre, men vi har fortsatt en del eksempler på tilfeller der det er av betydning om man er anerkjent som mann eller kvinne. Dette gjelder for eksempel kvoteringsreglene til offentlige utvalg og aksjeselskapsstyrer.²⁹⁰ Rettsvirkningene av et tredje juridisk kjønnsalternativ kan variere fra å være fullstendig likestilt med de to tradisjonelle kjønnsmarkørene, til kun å gjelde i enkelte tilfeller. I Danmark er et tredje juridisk kjønnsalternativ kun relevant for pass. I sørasiatiske land er derimot omfanget større.

Det juridiske kjønnsbegrepet har med tiden blitt stadig mer komplekst og sammensatt. Kjønn består ikke bare av biologiske aspekter, men også sosiale. Kjønn består heller ikke bare av konstante og objektive kriterier, men også subjektive og foranderlige. Spørsmålet er hvilke aspekter ved kjønn som bør legges til grunn ved tildeling og endring av juridisk kjønn. Med lov om endring av juridisk kjønn har langt flere fått mulighet til å endre juridisk kjønn. Men loven åpner likevel kun for to kategorier.

Ettersom et tredje juridisk kjønnsalternativ ikke har blitt vurdert er det foreløpig uklart om et eventuelt tredje juridisk kjønnsalternativ vil få tilsvarende omfang. I den norske debatten synes de fleste å fokusere på et tredje kjønnsalternativ i form av et uspesifisert kjønn.²⁹¹ Denne tilnærmingen stemmer overens med det jeg har beskrevet som reservasjonsmodellen. Tokjønnsmodellen vil ligge som utgangspunkt, men det vil bli mulig å reservere seg fra å bli betegnet som mann eller kvinne i enkelte tilfeller. Reservasjonsretten kan for eksempel forbeholdes pass, slik løsningen er i Danmark.

²⁸⁹ Deutscher Ethikrat (2012) s. 116-120

²⁹⁰ Likestillingsloven § 21 og allmennaksjeloven § 6-11a

²⁹¹ For eksempel: Nordseth (5. april 2016) og Kulturutvalget (18. mars 2016)

Et tredje juridisk kjønnsalternativ er som kjønnsbegrepet for øvrig et komplisert og mange-fasettert fenomen. Et tredje juridisk kjønnsalternativ kan være nærmere spesifisert eller uspesifisert, være valgfritt eller bestemt av andre og ha et stort eller lite omfang. Den historiske og geografiske gjennomgangen i denne delen har kun gitt noen eksempler på det mangfoldet av perspektiver og rettslige reguleringer av juridisk kjønn som finnes i verden. I løpet av perioden jeg har jobbet med avhandlingen har de fleste innlegg i debatten om innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ fokusert på identifikasjonspapirer som pass og andre identifikasjonspapirer.²⁹² Det er også dette som er tema i neste del av avhandlingen, der jeg vil vurdere innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ i et menneskerettslig og diskrimineringsrettslig perspektiv.

²⁹² For eksempel: Vikøyr (14. april 2016), Lindvik (12. april 2016), Frydenlund (26. februar 2016) og Kvam (26. februar 2016)

4. Juridisk kjønnsidentitet etter retten til privatliv

Juridisk kjønnsidentitet er obligatorisk for alle som er født eller bosatt i Norge, og det er kun mulig å være registrert som enten kvinne eller mann i pass og øvrige identitetsdokumenter.²⁹³ Spørsmålet er om dette systemet i tilstrekkelig grad ivaretar retten til privatliv og ikke-diskriminering for personer som ikke ønsker å bli betegnet som kvinne eller mann.

Det er ingen særskilt konvensjon for kjønns- og seksualitetsmangfold. Rettighetene til kjønnsminoriteter er derimot allerede ivaretatt gjennom flere andre menneskerettighetskonvensjoner.²⁹⁴ Den universelle menneskerettighetserklæringen av 1948 fastholder at alle mennesker er født like og alle skal ha like rettigheter uavhengig av kjønn.²⁹⁵ Det samme utgangspunktet er lagt til grunn i de øvrige menneskerettighetskonvensjonene i FN og Europarådet.²⁹⁶

I løpet av de siste 15 årene har fokuset på kjønnsminoriteter økt betraktelig i FN. Menneskerettighetsrådet har behandlet en rekke rapporter fra spesialrapportører som har tatt opp menneskerettighetsbrudd mot seksuelle minoriteter og kjønnsminoriteter. I 2011 leverte FNs høykommissær for menneskerettigheter en egen rapport om diskriminering basert på seksuell orientering og kjønnsidentitet.²⁹⁷ Rapporten ble fulgt opp med en oppdatering i mai 2015 som tar opp sterilisering og medisinske krav for å endre juridisk kjønn som en særskilt problemstilling. Høykommissæren anbefaler alle medlemsstatene å utstede identitetspapirer med det kjønn den enkelte selv ønsker uten krav til sterilisering, skilsmisse eller andre medisinske krav.²⁹⁸ Særskilte problemstillinger på grunnlag av seksuell orientering og kjønnsidentitet har også blitt adressert av flere andre spesialrapportører og komiteer i FN de siste årene.²⁹⁹

²⁹³ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 63-68. Den obligatoriske tokjønnsmodellen kommer til uttrykk gjennom plikten til å være registrert i folkeregisteret dersom man er født eller bostatt i Norge, jf. folkeregisterloven § 1. Alle har en plikt til å ha et personnummer, jf. lovens § 4. Det er gitt nærmere regler om personnummer i forskrift om folkeregistrering § 2-2, der det følger at personnummeret er kjønns spesifikt.

²⁹⁴ O'Flarethy (2007). Yogyakartaprinssippene (redegjort for i punkt 3.2.4 over) beskriver hvilke utslag gjeldende menneskerettighetskonvensjoner har på kjønns- og seksualitetsmangfold.

²⁹⁵ FNs menneskerettighetserklæringen av 1948 artikkel 1 og 2

²⁹⁶ SP-konvensjonen (1966) artikkel 1, ØSK-konvensjon (1966) artikkel 1, Konvensjonen mot tortur og umenneskelig behandling (1984) artikkel, barnekonvensjonen (1989) artikkel 2 og EMK (1950) artikkel 14

²⁹⁷ FNs menneskerettighetskomité (17. november 2011) (A/HRC/19/41)

²⁹⁸ FNs menneskerettighetskomité (4. mai 2015) s. 21 (A/HRC/29/23): "States should address discrimination by: Issuing legal identity documents, upon request, that reflect preferred gender, eliminating abusive preconditions, such as sterilization, forced treatment and divorce."

²⁹⁹ FNs generalforsamling (18. desember 2014) pkt. 6 (A/RES/69/182), FNs økonomiske og sosiale råd (2. juli 2009) generell kommentar nr. 20 pkt. 32 (E/C.12/GC/20), FNs komité mot tortur (23. november 2007) generelle kommentar nr. 2 pkt. 21 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)

EMD har behandlet en rekke saker om å endre juridisk kjønnsidentitet de siste 30 årene. Sakene har så langt kun handlet om hvilke krav konvensjonsstatene kan stille for å endre juridisk kjønnsidentitet fra kvinne til mann eller motsatt. Samtlige av sakene som EMD har behandlet om retten til å endre juridisk kjønn har blitt vurdert under retten til privatliv etter EMK artikkel 8. I tillegg har særlig retten til å gifte seg etter EMK artikkel 12 og diskrimineringsvernet etter artikkel 14 vært oppe til vurdering.³⁰⁰

EMD har flere ganger slått fast at vi har en rett til kjønnsidentitet etter EMK artikkel 8.³⁰¹ Retten til privatliv gir ikke bare en rett til å være alene og i fred, men også en rett til å være i fred sammen med andre. Privatliv dekker med andre ord ikke kun hjemmet, men også den offentlige sfæren. Retten til «respekt» for privatlivet gir dermed også en rett til personlig integritet og personlig utvikling.³⁰² EMD har slått fast at personlig autonomi er et viktig underliggende prinsipp for retten til privatliv. Praksiser som begrenser den personlige autonomien kan berøre retten til privatliv, men retten til privatliv gir ingen ubetinget rett til selvbestemmelse i seg selv.³⁰³ Retten til selvbestemmelse må med andre ord tolkes innenfor rammen av retten til privatliv.

Avhandlingen ser særskilt på kjønnsmarkører i pass og identifikasjonspapirer. Jeg vil derfor ikke vurdere retten til et tredje juridisk kjønnsalternativ opp mot for eksempel kvoteringsregler eller kjønnspoeng. Normalt ville det vært naturlig å starte i Grunnloven. Innholdet i EMK artikkel 8 er imidlertid av stor betydning ved fortolkningen av Grunnloven § 102. Etersom jeg vil bygge på drøftelsen av EMK ved vurderingen av Grunnloven § 102 har jeg derfor valgt å behandle EMK først av pedagogiske hensyn.

4.1. Retten til privatliv etter EMK artikkel 8

Retten til privatliv består av både en negativ og positiv komponent. Ut fra den negative komponenten skal konvensjonsstatene frastå fra å gjøre inngrep i retten til privatliv. Selv om det ikke foreligger et negativt inngrep kan det likevel foreligge brudd på statens positive forpliktelser. Ut fra den positive komponenten skal staten legge til rette for at privatlivet er respektert.³⁰⁴ I Goodwin-dommen fra 2002 forelå det ikke et inngrep, men et brudd på Storbritannias positive forpliktelser.³⁰⁵ Saken gjaldt om Storbritannia kunne nekte å endre

³⁰⁰ 18 saker om transseksuelles rettigheter fra 1979 til 2015: Van Oosterwijck mot Belgia (1980), Rees mot Storbritannia (1986), Cossey mot Storbritannia (1990), B. mot Frankrike (1992), X, Y og Z mot Storbritannia (1997), Sheffield og Horsham mot Storbritannia (1998), Goodwin mot Storbritannia (2002), I mot Storbritannia (2002), van Kück mot Tyskland (2003), Parry mot Storbritannia (2006), Grant mot Storbritannia (2006), L mot Litauen (2007), Schlumpf mot Sveits (2009), P.V. mot Spania (2010), P mot Porutgal (2011), Cassar mot Malta (2013), Hämaläinen mot Finland (2014), Y.Y. mot Tyrkia (2015).

³⁰¹ Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 56, 69, 73 og 75, Y.Y. mot Tyrkia (2015) avsnitt 58 og 102

³⁰² Marshall (2009) s. 56

³⁰³ Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 69, Goodwin (2002) avsnitt 90, Y.Y. mot Tyrkia (2015) avsnitt 57

³⁰⁴ Marshall (2009) s. 52-54

³⁰⁵ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 71

juridisk kjønn på en person som hadde gjennomført fullstendig kjønnsbekreftende operasjon. EMD konkluderte med at Storbritannia hadde en positiv plikt til å legge til rette for at opererte transseksuelle kan endre juridisk kjønn.³⁰⁶

I relasjon til juridisk kjønnsidentitet er det første spørsmålet om dagens måte å fastsette juridisk kjønn på i seg selv utgjør et negativt inngrep i retten til privatliv. Avhengig av om det foreligger et inngrep er neste spørsmål om retten til privatliv likevel er ivaretatt. Ved inngrep kan retten til privatliv likevel være ivaretatt dersom inngrepet er begrunnet med et legitimt formål.³⁰⁷

I det neste avsnittet går jeg forholdsvis detaljert til verks i spørsmålet om det foreligger et inngrep etter EMK artikkel 8 annet ledd. I utgangspunktet er inngrep et spørsmål om faktum. Et negativt inngrep er en praksis som må opphøre, mens en positiv forpliktelse er en praksis som må settes i gang.³⁰⁸ Dette kan virke enkelt å skille i prinsippet, men er derimot vanskelig å skille i praksis. EMD har slått fast at det ikke foreligger noen presis definisjon hva et inngrep er.³⁰⁹ Valget mellom inngrep og positive forpliktelser er heller ikke trivielt, og kan ha avgjørende betydning for resultatet i saken.

4.1.1. Foreligger det et inngrep i retten til kjønnsidentitet?

H mot Finland fra 2012 er den første saken om endring av juridisk kjønnsidentitet som konkluderer med at det foreligger et inngrep i retten til privatliv.³¹⁰ Saken gjaldt om Finland kunne kreve at en transseksuell person som ønsket å endre juridisk kjønnsidentitet enten måtte konvertere ekteskapet sitt til et registrert partnerskap eller skille seg ettersom Finland på dette tidspunktet ikke åpnet for likekjønnet ekteskap.³¹¹ Avgjørelsen ble derimot ikke stående. EMD konkluderte to år senere i storkammerdommen Hämäläinen mot Finland at det ikke forelå et inngrep.³¹² Flertallet gir ingen begrunnelse for hvorfor saken heller bør vurderes som en positiv forpliktelse.

Som negativt inngrep ble saksforholdet i H mot Finland vurdert som et spørsmål om Finland måtte slutte å tvinge transseksuelle til å skille seg for å endre kjønn.³¹³ I storkammer ble spørsmålet derimot om Finland hadde en positiv plikt til å legge til rette for at transseksuelle kan fortsette å være gift etter at de har endret kjønn.³¹⁴ Resultatet ble det samme i begge

³⁰⁶ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 93

³⁰⁷ EMK artikkel 8 andre ledd

³⁰⁸ Marshall (2009) s. 16-17

³⁰⁹ Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 66

³¹⁰ H mot Finland (2012) avsnitt 44

³¹¹ Ibid. avsnitt 26

³¹² Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 64

³¹³ H mot Finland (2012) avsnitt 44

³¹⁴ Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 64

omganger, klageren hadde ikke rett til å forbli gift med sin kone etter at hun endret juridisk kjønn. Dette reiser to spørsmål. For det første, hva er egentlig forskjellen på et inngrep og en positiv forpliktelse? For det andre, har det betydning for resultatet om saken løses som et negativt inngrep eller en positiv forpliktelse? Jeg begynner med å se på hvordan EMD har skilt mellom negative og positive forpliktelser, og går deretter over til å se på betydningen av dette skillet.

I *Hämäläinen*-saken stemte et mindretall på tre dommere for å løse saken som et inngrep i tråd med den løsningen som domstolen hadde valgt i avdeling. Mindretallet mente det var kunstig å konstruere saksforholdet som en positiv forpliktelse fordi det i realiteten var snakk om hvorvidt Finland kunne opprettholde en praksis som nekter endring av juridisk kjønn uten skilsmisse. Det er etter mindretallets syn da snakk om en praksis man skal slutte med, og ikke et spørsmål om nasjonale myndigheter bør gjøre noe mer for å legge til rette for enkeltpersoner.³¹⁵

Mindretallet i *Hämäläinen* peker på at vurderingen av hva som utgjør et inngrep virker tilfeldig fra sak til sak.³¹⁶ Det foreligger ingen klare retningslinjer, og storkammer har flere ganger vært uenig med avdelingsavgjørelsen. I *Fernández Martínez mot Spania* fra samme år som *Hämäläinen*-saken ble avdelingsavgjørelsen omgjort fra positiv forpliktelse til negativt inngrep.³¹⁷ I mangel på klare retningslinjer er det nødvendig å se nærmere på domstolens forståelse av sakskomplekset i hver enkelt sak.

En årsak til at EMD velger bort inngrepsvinklingen i saker om endring av juridisk kjønn kan være EMD sin forståelse av kjønn og transseksualisme. Sakene mellom 1986 og 2002 har betydelig fokus på hvorvidt transseksualisme kan forklares vitenskapelig.³¹⁸ Så lenge domstolen stilte spørsmålsteget ved om det faktisk foreligger et reelt behov for å endre juridisk kjønnsidentitet var det lite grunn til å se på det gjeldende systemet som et negativt inngrep i retten til privatliv. Domstolen har gjennom en rekke avgjørelser vist at spørsmål om å endre juridisk kjønn er et spørsmål om en positiv forpliktelse og ikke et inngrep. I *Goodwin* var ikke spørsmålet om systemet i seg selv var et inngrep, men om staten gjorde nok for å legge til rette for transseksuelle som hadde gjennomført kjønnsbekreftende behandling.

Forståelsen av kjønn har derimot utviklet seg mye siden *Goodwin*-dommen ble avsagt i 2002. Europarådets parlamentarikerforsamling og ministerkomité anbefalte i 2010 å skille endring av juridisk kjønnsidentitet fra medisinske vurderinger, slik at det vil bli mulig for alle som

³¹⁵ *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 4 i mindretallets votum (dommer Sajó, Keller og Lemmens)

³¹⁶ *Ibid.* avsnitt 1 i dommer Ziemeles særvotum

³¹⁷ *Fernández Martínez v. Spain* (2014) avsnitt 115

³¹⁸ *Rees mot Storbritannia* (1986) avsnitt 47, *Cossey mot Storbritannia* (1990) avsnitt 40, *B mot Frankrike* (1992) avsnitt 48, *Sheffield og Horsham mot Storbritannia* (1998) avsnitt 60 og *Goodwin mot Storbritannia* (2002) avsnitt 81-83

ønsker det å endre juridisk kjønn uten diagnose og uten kjønnsbekreftende behandling.³¹⁹ I 2015 anbefaler komiteen i tillegg at «a third gender option» bør gjøres tilgjengelig i identifikasjonspapirer for de som ønsker det.³²⁰ Tilsvarende signaler kommer også fra en rekke FN organ.³²¹ Det har i tillegg skjedd en betydelig utvikling i medlemslandene der stadig flere land har åpnet for å gjøre endring av juridisk kjønn med mindre inngripende medisinske krav. Noen få land har også åpnet for å endre juridisk kjønn uten medisinske krav i det hele tatt.³²² Denne utviklingen står i kontrast til EMD sin forståelse av kjønn i Goodwin-dommen. EMD la der betydelig vekt på at endring av juridisk kjønnsidentitet kun gjaldt opererte transseksuelle, og at endring av juridisk kjønn inngikk som en integrert del av deres medisinske behandling.³²³

Hämäläinen-saken fra 2014 er av nyere dato og gir et signal om at endring av juridisk kjønn ikke skal forstås som et inngrep. Hämäläinen gjelder imidlertid et spesielt og vanskelig tilfelle i skjæringspunktet mellom retten til ekteskap og retten til kjønnsidentitet. Domstolen har ved flere anledninger slått fast at statene ikke er forpliktet til å innføre kjønnsnøytrale ekteskap.³²⁴ Retten til ekteskap følger av EMK artikkel 12. EMK artikkel 12 gir i følge EMD kun rett til ekteskap mellom personer av ulikt kjønn. For å unngå at Hämäläinen sitt ekteskap ble anerkjent som et likekjønnet ekteskap måtte Hämäläinen enten skille seg eller la være å endre juridisk kjønn. Så lenge hun forble gift med en kvinne ville ikke Finlands myndigheter la henne endre juridisk kjønn fra mann til kvinne. Spørsmålet var da om Finlands ekteskapslovgivning var et inngrep i Hämäläinen sin rett til privatliv og familieliv.

Hämäläinen er en nyere sak, men samtidig også en sak med en svært vanskelig problemstilling. Det er dermed ikke entydig og klart hva rekkevidden av Hämäläinen er for spørsmålet om endring av juridisk kjønn generelt. Spørsmålet i vårt tilfelle er kun om det foreligger et inngrep i retten til privatliv når staten nekter å la personer registrere seg som noe annet enn mann eller kvinne. Spørsmålet berører ikke retten til ekteskap eller andre kjønns spesifikke rettigheter som er beskyttet av EMK. Problemstillingen i vårt tilfelle berører imidlertid systemet med to juridiske kjønn, som de fleste europeiske land fortsatt baserer seg på. Selv om problemstillingen i vårt tilfelle begrenser seg til identifikasjonspapirer, og ikke andre kjønns spesifikke rettigheter, berører sakskomplekset likevel den grunnleggende inndelingen mellom mann og kvinne. Spørsmålet er om EMD vil anse et system som er alminnelig praksis i de fleste medlemslandene som et inngrep i seg selv. Europarådets parlamentarikerforsamling ber medlemsstatene «consider» å innføre et tredje kjønnsalternativ.³²⁵ Ordlyden peker på et

³¹⁹Parlamentarikerforsamling i Europarådet (22. april 2010) resolusjon nr. 1728 pkt. 16.11.2 og Ministerkomiteen i Europarådet (31. mars 2010) anbefaling CM/REC5 pkt. 21

³²⁰Parlamentarikerforsamling i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

³²¹Se note 325-327

³²²Se punkt 3.2.5

³²³Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 78

³²⁴Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 96, Vallianatos og andre mot Hellas (2013) avsnitt 70 og Schalk og Kopf mot Østerrike (2010) avsnitt 51-53

³²⁵Parlamentarikerforsamling i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

tredje juridisk kjønnsalternativ som et positivt tiltak som statene bør vurdere å innføre. Resolusjonen gir derimot ikke inntrykk av at den obligatoriske tokjønnsmodellen har preg av et negativt inngrep i retten til privatliv. I mangel på andre faste holdepunkter vil jeg la EMD sin løsning i tidligere saker om endring av juridisk kjønnsidentitet være førende. Jeg legger da til grunn at det ikke foreligger et inngrep i vårt tilfelle.

Det neste spørsmålet er hvilken betydning det har for resultatet at det ikke foreligger et inngrep. Selv om det ikke foreligger et inngrep er det fortsatt nødvendig å vurdere om staten har gjort nok for å legge til rette for at privatlivet er respektert. Statens positive forpliktelse til å ivareta retten til privatliv er tema for følgende avsnitt.

4.1.2. Foreligger det en positiv forpliktelse til å ivareta retten til kjønnsidentitet?

EMD har flere ganger selv slått fast at vurderingen av en positiv forpliktelse og et negativt inngrep har lignende trekk.³²⁶ Ved inngrep i retten til privatliv må inngrepet i følge EMK artikkel 8 andre ledd ha hjemmel i lov, være begrunnet med et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn. I motsetning til vilkårene som må være oppfylt ved negative inngrep gjelder det ingen faste kriterier ved vurderingen av om privatlivet er respektert. Det skal på samme måte som ved inngrep gjøres en forholdsmessighetsvurdering, men vurderingen vil variere betydelig fra sak til sak. I *Hämäläinen* legger EMD likevel til grunn at det finnes noen generelle retningslinjer for vurderingen. EMD trekker frem to forhold som må tas i betraktning:³²⁷

- 1) Hvor viktig er saken for individet og er det snakk om «fundamental values» eller «essential aspects» av retten til privatliv?
- 2) Hvor byrdefull er den positive forpliktelsen for staten?

Det skal foretas en «fair balance» mellom interessene til individet og samfunnet. I vurderingen av «fair balance» vil domstolen se på hvor byrdefull gjeldende praksis er for individet og om det berører «fundamental values» eller «essential aspects» av privatlivet. Ved vurderingen av hvor viktig spørsmålet er for individet vil det blant annet være relevant å se på om det foreligger disharmoni mellom praktisert rett og sosiale realiteter. Dette kan for eksempel forekomme der samfunnet har utviklet seg uten at loven har hengt med. Ved spørsmålet om hvor byrdefull forpliktelsen er for staten er det sentralt å se på omfanget av den aktuelle positive forpliktelsen. Dersom det nødvendige tiltaket er av presis og avgrenset karakter kan det være lettere å implementere for staten enn et tiltak som er mer omfattende og ubestemmelig.³²⁸

³²⁶ *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 65 (med henvisninger til tidligere avgjørelser)

³²⁷ *Ibid.* avsnitt 66

³²⁸ *Ibid.* avsnitt 66

Jeg vil begynne med å se på interessene for individet. Hva er formålet med en tredje alternativ kjønnsalternativ? Vil et tredje juridisk kjønnsalternativ være nødvendig for å ivareta «fundamental values» eller «essential aspects»? Jeg vil deretter se på hvor byrdefullt det vil være for staten å legge til rette for et tredje kjønnsalternativ. Til slutt vil jeg se på internasjonale og europeiske utviklingstrender på området.

4.1.2.1. Individets interesse i et tredje juridisk kjønnsalternativ

For å kartlegge individets interesser vil jeg først se på hvem som er målgruppen for et tredje juridisk alternativ og deretter hvilke behov målgruppen har. Jeg vil fokusere på transpersoner og intersexpersoner som to hovedmålgrupper. Det kan imidlertid også finnes personer utenfor denne målgruppen som har ønsker eller behov om et tredje juridisk kjønnsalternativ.

I 2015 anbefalte parlamentarikerforsamling i Europarådet medlemsstatene å vurdere «a third gender option» i identifikasjonsdokumenter til de som ønsker det.³²⁹ Målgruppen for et tredje kjønnsalternativ er med andre ord alle, men resolusjonen retter seg særskilt mot transpersoner.³³⁰ Transpersoner er ingen ensartet gruppe, men en samlebetegnelse på personer med en kjønnsidentitet som ikke korresponderer med det kjønn de har blitt tildelt ved fødselen. Den vesentlige forskjellen mellom transseksuelle og en transperson er at transseksuelle er diagnostisert.³³¹ Transpersoner er med andre ord en status som bestemmes på egenhånd. Det er ikke gitt at alle som har en kjønnsidentitet som bryter med biologisk kjønn definerer seg som en transperson. Et tredje kjønnsalternativ retter seg med andre ord til en sammensatt og uavgrenset målgruppe som er vanskelig å kartlegge helhetlig.

En annen potensielt viktig målgruppe for et tredje juridisk kjønnsalternativ er intersexpersoner. Intersex refererer til personer som er født med uklare kjønns karakteristika.³³² Intersex er som transpersoner også en sammensatt og mangfoldig målgruppe. Som med transpersoner er det ikke gitt at en intersexperson definerer seg som intersex.³³³

Det foreligger lite forskning på området og undersøkelsene som er gjennomført består stort sett av svært få respondenter. Det foreligger ingen norske undersøkelser om intersexpersoner. Situasjonen for intersexpersoner er derimot kartlagt i Tyskland, Sveits og Nederland.³³⁴ Forskningen bærer preg av å være på et tidlig stadium, men det foreligger likevel noen interessante funn om transpersoner og intersexpersoner sine behov. I det følgende ser jeg først

³²⁹ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

³³⁰ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (2. april 2015) doc. 13742 s. 5

³³¹ Prop. 88 L (2012–2013) s. 110

³³² Ibid. s. 111

³³³ The Netherlands Institute for Social Research (2014) s. 39

³³⁴ Deutscher Ethikrat (2012), Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics (2012) og The Netherlands Institute for Social Research (2014)

på undersøkelser om transpersoner, og deretter på de tre rapportene fra Tyskland, Sveits og Nederland om intersekspersoner.

I 2013 kom en egen levekårsundersøkelse for transpersoner. Av totalt 19 informanter identifiserte 12 seg som mann-til-kvinne, 5 personer som kvinne-til mann og 2 personer identifiserte seg verken som mann eller kvinne.³³⁵ Kun 5 personer av de 19 er diagnostisert som transseksuelle. Resten har enten ikke fått eller ønsker ikke diagnosen.³³⁶ I en oppfølgingsartikkel fra 2014 med det samme datamaterialet er informantene beskrevet over tre dimensjoner: binær identifikasjon (enten mann eller kvinne), flytende identifikasjon (både mann og kvinne), og nøytral identifikasjon (verken mann eller kvinne).³³⁷ Et flertall på 14 personer har en binær identifikasjon, tre personer ligger i det flytende spekteret mens to personer ligger innenfor det kjønnsavvisende (verken kvinne eller mann).³³⁸

I 2013 foretok Anniken Sørli en undersøkelse av Rikshospitalets tilbud for personer som ønsker kjønnsbekreftende behandling. I et utvalg på 45 personer definerte 6 personer seg som noe annet enn mann eller kvinne.³³⁹ I masteroppgaven ”*Ulike kulturelle forståelser av kjønn*” fra 2014 definerer 5 personer seg som noe annet enn mann eller kvinne av et utvalg på totalt 13 personer.³⁴⁰

I 2008 ble det foretatt en amerikansk undersøkelse med et betydelig større utvalg. Av 6 450 personer svarte 20 % at de hadde en flytende kjønnsidentitet, mens 12 % oppga et valgfritt kjønn annet enn mann eller kvinne. Flertallet av de som førte opp et selvvalgt kjønn beskrev seg selv som ”genderqueer”.³⁴¹ Målgruppen for undersøkelsen var personer som på en eller annen måte har en kjønnsidentitet eller et kjønnsuttrykk som avviker fra det kjønn de fikk tildelt ved fødsel.³⁴²

Levekårsundersøkelsen fra 2013 viser at ikke alle ønsker diagnose og behandling, og at ikke alle opplever kjønn som enten mann eller kvinne.³⁴³ Undersøkelsen sier imidlertid ingenting direkte om tredje juridisk kjønnsalternativ vil være viktig for denne målgruppen. I april 2015 behandlet Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet en rapport om situasjonen til transpersoner i Europa.³⁴⁴ Rapporten resulterte i den tidligere nevnte resolusjonen der komiteen anbefaler innføringen av et tredje kjønnsalternativ.³⁴⁵ Rapporten legger til grunn en

³³⁵ van der Ros (2013) s. 34-37

³³⁶ Ibid. s. 36

³³⁷ van der Ros (2014) s. 67

³³⁸ Ibid. s. 65

³³⁹ Sørli (2013) i vedlegg nr. 1

³⁴⁰ Bue (2014) s. 31-32

³⁴¹ Harrison (2011) s. 14

³⁴² Ibid. s. 17

³⁴³ van der Ros (2013) s. 34-37

³⁴⁴ Parlamentarikerforsamling i Europarådet (2. april 2015) doc. 13742

³⁴⁵ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

undersøkelse der 73 % av respondentene definerer seg som noe annet enn mann eller kvinne.³⁴⁶ Rapporten sier imidlertid ingenting om hvilket behov respondentene har for å få kjønnsidentiteten sin reflektert i pass og øvrige identifikasjonspapirer.

Etter en ekspertutredning i 2013 besluttet Tyskland å endre lovgivningen sin slik at det ikke lenger er nødvendig å registrere kjønn ved fødselen dersom barnet faller inn under intersex/DSD-kategorien.³⁴⁷ I ekspertutredningen mener et flertall av ekspertene at tokjønnsmodellen går i mot den tyske grunnloven. Et tredje juridisk kjønnsalternativ er nødvendig for å sikre retten til selvbestemmelse for intersexpersoner. Utredningen legger til grunn at EMK også kan tolkes til støtte for et tredje juridisk kjønnsalternativ, men går ikke nærmere inn i grunnlaget for dette.³⁴⁸ Utredningen viser til en undersøkelse som ble gjennomført i 2011 med 199 respondenter. 43 % av respondentene ønsker å beholde tokjønnsmodellen. 22 % støtter et tredje kjønnsalternativ, mens 35 % foretrekker en alternativ løsning. Blant alternative løsninger nevnes blant annet ingen kjønnsmarkør i det hele tatt eller mer enn tre kategorier.³⁴⁹

I 2014 kom en nederlandsk kartleggingsstudie av levekårssituasjonen for intersexpersoner. Studien er langt mindre omfattende enn den tyske utredningen og inneholder kun data fra syv dybdeintervjuer med intersexpersoner og åtte dybdeintervjuer med eksperter.³⁵⁰ Et hovedfunn i undersøkelsen er at respondentene ikke identifiserer seg som et tredje kjønn, men som menn og kvinner.³⁵¹ De ser på intersex som en medisinsk tilstand de har. Intersex er imidlertid ikke noe de er.³⁵² Rapporten nevner at oppmerksomheten rundt menneskerettighetssituasjonen for intersexpersoner har økt de siste årene. Rapporten går derimot ikke noe nærmere inn på behovet for et tredje juridisk kjønnsalternativ.³⁵³

Den sveitsiske rapporten inneholder ingen undersøkelser om transpersoner eller intersexpersoner, men gir en anbefaling om at biologiske kriterier bør spille en underordnet rolle ved tildeling av juridisk kjønn til personer med DSD.³⁵⁴

Oppsummert er levekårssituasjonen for transpersoner og intersexpersoner så langt lite kartlagt i både Norge og resten av verden. Samtidig viser en rekke rapporter at ikke alle definerer seg som menn og kvinner. Den tyske utredningen fra 2013 er den grundigste undersøkelsen blant de refererte om intersexpersoner sitt behov for juridisk alternativ juridisk anerkjennelse. Et knapt flertall av 199 respondenter (57 %) ønsker et alternativ til dagens tokjønnsystem.³⁵⁵

³⁴⁶ Parlamentarikerforsamling i Europarådet (2. april 2015) doc. 13742 s. 14

³⁴⁷ European Union Agency of Fundamental Rights (desember 2015) s. 72-74

³⁴⁸ Deutscher Ethikrat (2012) s. 130-131

³⁴⁹ Ibid. s. 58 og 83

³⁵⁰ The Netherlands Institute for Social Research (2014) s. 9

³⁵¹ Ibid. s. 15

³⁵² Ibid s. 39

³⁵³ Ibid. s. 87-89

³⁵⁴ Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics (2012) s. 19

³⁵⁵ Deutscher Ethikrat (2012) s. 58 og 83

Undersøkelsene som er gjort om transpersoner viser at flere definerer seg som noe annet enn mann eller kvinne. Det mest markante resultatet er undersøkelsen referert av Europarådet, der 73 % av respondentene definerer seg som noe annet. Denne undersøkelsen går derimot ikke nærmere inn på behovet for et tredje juridisk kjønnsalternativ eller annen form for juridisk anerkjennelse.³⁵⁶

Spørsmålet er om et ønske om å bli registrert som et tredje juridisk kjønn er anerkjent som en del av retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Undersøkelsene gir ikke direkte svar på om respondentene ønsker flere spesifiserte kjønnskategorier (flerkjønnsmodellen) eller kun et uspesifisert alternativ til de to tradisjonelle kjønnskategoriene (reservasjonsmodellen). I det følgende vil jeg derfor vurdere konsekvensene av disse to modellene samlet.

4.1.2.2. Er «fundamental values» eller «essential aspects» berørt?

I van Kück-avgjørelsen fra 2003 slår EMD fast at kjønnsidentitet er «one of the most intimate areas of a person's private life»³⁵⁷ og at retten til egen kjønnsidentitet er et «fundamental aspect of her right to respect for private life».³⁵⁸ Retten til kjønnsidentitet er altså i seg selv en fundamental del av retten til privatliv. Spørsmålet er da om retten til kjønnsidentitet er berørt i vårt tilfelle. Med andre ord, har retten til å bli anerkjent som et tredje kjønnsalternativ noe å gjøre med retten til kjønnsidentitet?

I Goodwin-dommen la EMD stor vekt på at Goodwin ble utsatt for «feelings of vulnerability, humiliation and anxiety» som følge av å gå rundt med identitetsdokumenter som indikerte et annet kjønn enn det kjønnsuttrykket hennes skulle tilsi.³⁵⁹ Det avgjørende i Goodwin er altså hvorvidt utseende stemmer overens med registrert kjønn. En rett til å reservere seg fra å være registrert som mann eller kvinne kan bidra til det samme. Det er ikke alle som har et entydig mannlig eller kvinnelig utseende. Selv om man har et noe ubestemmelig kjønnsuttrykk er det heller ikke gitt at man ønsker feminiserende eller maskuliniserende behandling. Enkelte er fornøyd med utseendet sitt, men føler seg likevel ukomfortabel med daglige konfrontasjoner om hvilket kjønn de er. En person som stadig blir konfrontert med hvilket kjønn de er kan i likhet med Goodwin også oppleve «feelings of vulnerability, humiliation and anxiety». En mulighet til å reservere seg eller velge et eget kjønn kan være et tiltak for å hjelpe denne gruppen. Enkelte kan også føle behov for å reservere seg fra å være mann eller kvinne fordi de ikke føler at disse kategoriene er relevant for hvem de er.

Et tredje juridisk kjønnsalternativ gir i likhet med endring av juridisk kjønn innenfor tokjønnsmodellen ingen garanti for at man slipper konfrontasjoner om hvilket kjønn man «egentlig» er. Det er ikke alle opererte transseksuelle som lett «passerer» som det motsatte kjønn.

³⁵⁶ Parlamentarikerforsamling i Europarådet (2. april 2015) doc. 13742 s. 14

³⁵⁷ Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 56

³⁵⁸ Ibid. avsnitt 75

³⁵⁹ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 77

Enkelte vil fortsatt ha et kjønnsuttrykk som utfordrer kjønnsnormene og som kan lede til ubehagelige konfrontasjoner i hverdagen. Uavhengig av hvilket kjønn man er registrert som vil fortsatt venner, kollegaer og forbipasserende på gaten gjøre seg opp sin egen mening om hvilket kjønn man «faktisk» er. Juridisk kjønn kan likevel være av betydning. Valgfritt kjønn innebærer en offisiell anerkjennelse av at man kan definere seg som noe annet enn mann eller kvinne. Dette bidrar til at det «sanne» og «faktiske» kjønn kan samsvare med eget valg. Det blir ikke lenger mulig å bli konfrontert med at man «egentlig» er det kjønn som står i passet, selv om man påstår å være et annet kjønn. En offisiell anerkjennelse kan bidra til en legitimitet, som igjen kan gi de det gjelder bedre kontroll over egen hverdag. Formålet med et tredje juridisk kjønnsalternativ er derfor i stor grad sammenfallende med formålet med endring av juridisk kjønn innenfor tokjønnsmodellen.

Hensikten med kjønnsbekreftende behandling er i følge EMD å «assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong».³⁶⁰ I Goodwin la domstolen til grunn at en praksis som tvang personer i en mellomposisjon uten fullt ut å være det ene eller andre kjønn er uholdbar.³⁶¹ Staten må legge til rette for at kjønns-korrigerte transseksuelle kan endre juridisk kjønn fordi dette utgjør «the final and culminating step in the long and difficult process of transformation which the transsexual has undergone.»³⁶² Endring av juridisk kjønn blir med andre ord sett på som en del av den medisinske behandlingen. Det følger av Goodwin at staten ikke skal hindre helsevesenet i sin behandling av diagnostiserte transseksuelle, men derimot bidra til en fullstendig behandling for å sikre at transseksuelle kan passere fullt ut som det motsatte kjønn.³⁶³

Etter Goodwin følger en rekke dommer som stadfester transseksuelle sin rett til medisinsk behandling. I den siste av disse dommene, Y.Y. mot Tyrkia fra 2015, legger domstolen til grunn at den transseksuelle har en rett til «å definere sitt [sosiale] kjønn».³⁶⁴ Dette må leses i sammenheng med at tyrkisk lovgivning aktivt utstengte klageren fra medisinsk behandling.³⁶⁵ Ingen av sakene som har blitt behandlet av EMD har vurdert retten til å definere sitt kjønn uavhengig av medisinsk behandling. I van Kück mot Tyskland fra 2003 slo EMD klart fast at en person sin status som transseksuell ikke er et spørsmål som domstolene kan prøve. Domstolen slo fast at “the burden placed on a person to prove the medical necessity of

³⁶⁰ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 100

³⁶¹ Ibid. avsnitt 90

³⁶² Ibid. avsnitt 78

³⁶³ Begrepet «motsatt kjønn» forutsetter at man forstår kvinne som det «motsatte» av en mann. Jeg bruker dette begrepet her fordi det illustrerer EMD sin forståelse av kjønn i Goodwin.

³⁶⁴ Y.Y. mot Tyrkia (2015) avsnitt 102 (dommen foreligger kun på fransk)

På fransk: la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination.

På norsk : Søkerens frihet til å definere sin egen kjønnsidentitet, er en frihet som må vurderes som en av de mest essensielle elementene under retten til selvbestemmelse.

³⁶⁵ Ibid. avsnitt 112

treatment, including irreversible surgery, in one of the most intimate areas of private life”.³⁶⁶ Å pålegge den transseksuelle å bevise sin medisinske diagnose for en domstol var derfor ikke forholdsmessig og i strid med EMK artikkel 8. Det er altså det sensitive rundt den medisinske diagnosen som står sentralt i saken. Det avgjørende poenget til EMD er domstolene ikke skal legge seg opp i hvorvidt en person faktisk er transseksuell eller ikke. Den medisinske vurderingen skal legges til grunn uten videre rettslig prøving. Domstolen er altså helt tydelig på at endring av juridisk kjønn er en del av en medisinsk behandling for transseksuelle, og ikke aktuelt i noen andre tilfeller.

EMD har hittil kun hatt muligheten til å vurdere endring av juridisk kjønn som en integrert del av kjønnsbekreftende behandling. Spørsmålet er hvor avgjørende knytningen til det medisinske er. Vil EMD for eksempel differensiere mellom personer med og uten diagnose? Har personer med en diagnose et mer legitimt behov for å bli anerkjent som et tredje kjønnsalternativ? Intersexpersoner og transseksuelle kan vise til en diagnose, men det følger ikke nødvendigvis av denne diagnosen at man bør bli anerkjent med et tredje juridisk kjønnsalternativ. I medisinske miljøer er det derimot vanlig å foreta operasjoner for å få intersexpersoner og transseksuelle til å passe best mulig inn i en av de to tradisjonelle kjønnskategoriene.³⁶⁷ Dette formålet anerkjennes også av EMD i Goodwin, der det legges vekt på behovet Goodwin har for å passere fullt ut som kvinne.³⁶⁸

Forståelsen av kjønn som et mangfoldig konsept har utviklet seg betydelig i internasjonale menneskerettighetsorganer siden Goodwin-avgjørelsen ble avsagt i 2002. Kjønn blir ikke i like stor grad som tidligere knyttet strengt opp til biologiske og medisinske kriterier. Yogyakarta-prinsippene sin definisjon av kjønnsidentitet er lagt til grunn i parlamentarikerforsamlingen i Europarådet sin anbefaling om å innføre et tredje kjønnsalternativ.³⁶⁹ Yogyakarta-prinsippene slår fast at kjønnsidentitet er “each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth”.³⁷⁰ Definisjonen peker på den individuelle opplevelsen av kjønn, men refererer ikke direkte til at opplevelsen av kjønn kan være noe annet enn mann eller kvinne. Prinsippene peker imidlertid på seksuell orientering og kjønnsidentitet som mangfoldig. Fra det tredje Yogyakarta-prinsippet følger det at: “persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life”.³⁷¹ Yogyakarta-prinsippene er vist til en rekke ganger av både FN og Europarådet.³⁷² Prinsippene er til støtte for at et tredje juridisk kjønnsalternativ berører retten til kjønnsidentitet, og dermed «fundamental values» eller «essential aspects» av retten til privatliv etter EMK artikkel 8

³⁶⁶ Van Kück (2003) avsnitt 82

³⁶⁷ Europarådets kommissær for menneskerettigheter (2015) s. 20

³⁶⁸ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 90

³⁶⁹ Parlamentarikerforsamling i Europarådet (2015) doc. 13742 s. 5

³⁷⁰ Yogyakarta-prinsippene (2006) definisjonen ligger i fotnote nr. 2 til prinsippene

³⁷¹ Ibid. prinsipp nr. 3

³⁷² O’Flarehty (2015) s. 12-17

4.1.2.3. Samfunnets interesser

Byrden med å innføre et tredje juridisk kjønnsalternativ må sammenlignes med individets interesser i at tiltaket blir gjennomført. For å avgjøre omfanget av den positive forpliktelsen er det blant annet relevant å se på om det aktuelle tiltaket er presist definert eller vidt og ubestemmelig.³⁷³

EMD har lagt til grunn at opererte transseksuelle er en «fairly well-defined and identifiable group».³⁷⁴ I Goodwin kom EMD frem til at endring av juridisk kjønn var både «manageable and acceptable» dersom det er avgrenset til kjønnskorrigerede som målgruppe.³⁷⁵ I vårt tilfelle er derimot målgruppen mer uavgrenset. Transpersoner og intersexpersoner er kun to samlebetegnelser på en mangfoldig og sammensatt gruppe der enkelte kan være interessert i å bli anerkjent med et tredje kjønnsalternativ. Det er vanskelig å gi eksakte tall på hvor mange som vil ønske å benytte seg av muligheten til å registrere seg som noe annet enn mann eller kvinne.³⁷⁶ Omfanget av tiltaket i seg selv er imidlertid svært begrenset. Tiltaket består kun i et tredje kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter.

Ved identifikasjonskontroll skal personopplysninger passe overens med utseende. Spørsmålet er da om det vil oppstå problemer dersom en person er oppført med et tredje kjønnsalternativ i for eksempel passkontrollen. I høringsnotatet til regjeringens forslag om endring av juridisk kjønn fremkommer det at en praksis som krever samsvar mellom fotografi og kjønnsmarkør i passet «under enhver omstendighet» må vurderes opp mot diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.³⁷⁷ Kjønnsmarkør i passet gir ingen garanti for et gitt utseende. En person som er oppført som mann i passet kan for eksempel ha et kvinnelig utseende. Etter gjeldende praksis er det ikke mulig å endre kjønn i passet uten å gjennomføre fullstendig kjønnsbekreftende behandling. Dette har ledet til at en rekke personer som kun har gjennomført delvis kjønnsbekreftende behandling ikke får endret kjønnsmarkør i passet.³⁷⁸ Etter gjeldende praksis, der alle må ha fødselskjønnet sitt oppført i passet, kan det oppstå en rekke situasjoner der kjønnsmarkør ut fra passkontrollørens skjønn ikke passer overens med utseende.³⁷⁹ Uavhengig av om tredje kjønnsmarkør innføres eller ikke vil det derfor være behov for opplæring av passkontrollører for å unngå at personer som ikke møter de stereotype forventningene til kjønnsuttrykk blir diskriminert.

³⁷³ Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 66

³⁷⁴ Rees mot Storbritannia (1986) avsnitt 38

³⁷⁵ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 91

³⁷⁶ Se punkt 4.1.2.1 for gjennomgang av noen undersøkelser på området

³⁷⁷ Helse- og omsorgsdepartementet (25. juni 2015) unummerert

³⁷⁸ Se for eksempel: Sørnes (18. november 2015)

³⁷⁹ Etter gjeldende praksis er det riktignok mulig for transseksuelle som har gjennomført kjønnsbekreftende behandling å endre juridisk kjønn, se punkt 1.1.

Ordningen med tredje kjønnsmarkør ble innført i Danmark i 2013 og var før det innført i en rekke andre land. Et tredje kjønnsalternativ ble innført med en enkel forskriftsendring i Danmark.³⁸⁰ Den internasjonale organisasjonen for sivil luftfart har siden 1945 godkjent at kjønnsmarkør kan betegnes med «X» for uspesifisert. Internasjonale regler er derfor ikke til hinder for å innføre et tredje juridisk alternativ.³⁸¹ Med forbehold om økonomiske og administrative kostnader med innføring av tiltaket virker et tredje juridisk kjønnsalternativ å være både presist og avgrenset.

En relevant samfunnsinteresse utover visuelle identitetskontroll basert på kjønn kan være moralske hensyn. Hva som utgjør sensitive og moralske eller etiske spørsmål er et relativt spørsmål som kan variere betydelig fra stat til stat. I en sak om den irske abortlovgivningen fra 1992 legger EMD til grunn at statene er best egnet til å avgjøre hva som utgjør moralske spørsmål.³⁸² Et tredje juridisk kjønnsalternativ kan virke fremmed for mange, men reiser ikke nødvendigvis moralske spørsmål av den grunn. Etter min vurdering er det ingen særskilte moralske spørsmål som skiller innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ fra lov om endring av juridisk kjønn. Moralske spørsmål var ikke et tema i ekspertutvalgets utredning som ledet til lov om endring av juridisk kjønn.³⁸³

I høringsrunden og debatten rundt lov om endring av juridisk kjønn har imidlertid enkelte tatt til ordet for å beholde den biologiske knytningen til juridisk kjønn som et verdivalg.³⁸⁴ Flertallet av høringsinstansene ser imidlertid ikke ut til å identifisere noen særskilte moralske spørsmål ved lov om endring av juridisk kjønn.³⁸⁵ Selv for det tilfelle at et moralsk hensyn skulle gjøre seg gjeldende må det ha en tilstrekkelig tungtveiende begrunnelse. I Vallianatos mot Hellas anførte Hellas at registrerte partnerskap kun burde være åpne for par av ulike kjønn for å beskytte «the family in the traditional sense». EMD aksepterte dette som et legitimt formål, men slo samtidig fast at “the aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it”. EMD mente med andre ord at Hellas hadde en rekke andre virkemidler de kunne bruke for å oppnå formålet uten å diskriminere mot likekjønnede par.³⁸⁶

4.1.2.4. Internasjonale og europeiske utviklingstrender

EMK utvikler seg i et europeisk felleskap. Det er derfor av betydning å se nærmere på hvordan Norge regulerer juridisk kjønn sammenlignet med andre land. EMD har i flere saker om transseksuelle vært opptatt av om det foreligger konsensus mellom medlemsstatene om

³⁸⁰ Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. august 2014)

³⁸¹ Kommisæren for menneskerettigheter i Europarådet (2015) s. 40

³⁸² Open Door og Dublin Well Woman mot Irland avsnitt 68-69

³⁸³ Helsedirektoratet (10. april 2015)

³⁸⁴ Verdialliansen (18. november 2015)

³⁸⁵ Regjeringen.no (1. desember 2015)

³⁸⁶ Vallianatos mot Hellas (2013) avsnitt 83-84

hvordan juridisk kjønn skal reguleres. I Goodwin-avgjørelsen fra 2002 støttet EMD seg i tillegg på internasjonale trender.

Utviklingstrender kan vurderes ut fra en rekke ulike perspektiver. For det første kan praksis mellom landene sammenlignes. Dette reiser spørsmål ved hvor detaljert sammenligningsgrunnlaget skal være. I Sheffield-saken fra 1998 var EMD ikke overbevist om at det forelå tilstrekkelig konsensus mellom medlemsstatene fordi praksis mellom landene varierte betydelig. Et stort flertall av medlemsstatene åpnet for å endre juridisk kjønn, men EMD mente at de ulike løsningene varierte mye.³⁸⁷

De 47 medlemslandene i Europarådet er svært mangfoldige med ulik historie, kultur og juridiske tradisjoner. Det kan derfor ikke forventes at statene har regulert samme problemstilling på nøyaktig samme måte. I Goodwin anerkjenner EMD dette og peker på at det er «hardly surprising» at praksis blant medlemsstatene varierer mye på feltet.³⁸⁸ EMD legger derfor mindre vekt på at endring av juridisk kjønn blir regulert på ulike måter, og tilsvarende mer vekt på en trend i retning av økt anerkjennelse. Praksis i Europa var lite forandret på de fire årene mellom Sheffield og Goodwin. EMD støtter seg imidlertid ikke kun på Europa, men legger også vekt på praksis fra USA, Canada, Sør-Afrika, Israel, Australia og New Zealand som tegn på en internasjonal trend i retning av å endre juridisk kjønn for opererte transseksuelle.³⁸⁹ Etter Goodwin gjelder det en rett til å endre kjønn for opererte transseksuelle, men medlemsstatene er likevel gitt stor frihet med hensyn til hvordan de velger å regulere juridisk kjønnsendring.³⁹⁰

En rekke land i verden har åpnet for ulike alternativer til tokjønnsmodellen. Praksis mellom de ulike landene er imidlertid svært varierende. Noen åpner for et tredje kjønnsalternativ som er fullstendig likestilt de to tradisjonelle kjønnskategoriene, mens for eksempel Danmark kun åpner for en «X» i passet for personer som for øvrig er anerkjent som enten menn eller kvinner.³⁹¹ Etter Goodwin-saken er det klart at det ikke trenger å foreligge fullstendig konsensus mellom medlemsstatene, og at det er tilstrekkelig med en trend som indikerer at medlemsstatene beveger seg i en viss retning. Mindretallet i Hämäläinen legger til grunn at EMD har en viss skjønnsmargin med hensyn til hva som utgjør en trend.³⁹² De peker på Vallianatos-avgjørelsen fra 2013 der EMD la til grunn at det ikke forelå konsensus, men en «emerging trend» i retning av juridisk anerkjennelse av likekjønnet samliv. I Vallianatos-

³⁸⁷ Sheffield og Horsham mot Storbritannia (1998) avsnitt 55 og Liberty (1998)

³⁸⁸ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 85

³⁸⁹ Ibid. avsnitt 56 og Liberty (2002)

I Goodwin referer EMD kun til «post-operative transsexuals» og det fremkommer ikke direkte at det er et krav om at man må være sterilisert for å endre juridisk kjønn. Det forutsettes imidlertid i Goodwin at den transseksuelle har gjennomført [fullstendig] kjønnsbekreftende behandling, som vanligvis vil inkludere sterilisering. Se nærmere om dette i punkt 1.6.3.

³⁹⁰ Ibid. avsnitt 85

³⁹¹ Se gjennomgangen av de ulike alternative modellene i punkt 1.3

³⁹² Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 5 i mindretallets votum (dommer Sajó, Keller og Lemmens)

saken viser EMD til at statene velger å regulere dette på forskjellige måter. Noen har valgt kjønnsnøytral ekteskapslovgivning, mens andre har valgt registrerte partnerskapsordninger som et alternativ til ekteskapet.³⁹³ Spørsmålet er da om det foreligger en «emerging trend» i retning av et tredje kjønnsalternativ.

Noen land åpner kun for endring juridisk kjønn for personer som har gjennomført fullstendig kjønnsbekreftende behandling, mens andre har andre former for medisinske krav. Noen stiller krav til diagnose, medisinske vurderinger og psykologiske observasjoner. Andre stiller kun prosessuelle krav. Tyskland, Østerrike, Spania, Kroatia har ikke krav om sterilisering, men likevel krav om diagnose. Nederland, Østerrike, Sverige, Storbritannia og fire øvrige land stiller krav om medisinsk vurdering, men ikke diagnose.³⁹⁴ Selv om du ikke trenger å være diagnostisert som transseksuell må du likevel gjennomgå en «real life test» i Sverige og Storbritannia.³⁹⁵ En «real life test» innebærer at man må leve som det motsatte kjønn i en gitt tidsperiode før man får endre juridisk kjønn.³⁹⁶ I Storbritannia er det i tillegg straffbart å ikke opplyse om kjønnsidentiteten sin til seksualpartnere.³⁹⁷ Det er fortsatt et flertall på 23 stater i Europa som krever både sterilisering og diagnose.³⁹⁸

I Danmark, Irland og på Malta er endring av juridisk kjønn fullstendig adskilt medisinske vurderinger. I Danmark stilles det krav om at man «oplever seg som tilhørende det andet køn». I tillegg må man være fylt 18 år og gjennomgå en refleksjonsperiode på seks måneder.³⁹⁹ På Malta står det ingenting om at man må oppleve seg som det motsatte kjønn, men derimot at man har rett på en kjønnsmarkør som stemmer overens med egen kjønnsidentitet.⁴⁰⁰

I Irland la den opprinnelige lov om endring av juridisk kjønn opp til at man måtte skille seg dersom man ønsket å endre juridisk kjønn. Årsaken var å unngå et smutthull som ville åpnet for likekjønnet ekteskap. Man måtte også erkjenne at man ønsket å leve med sin fortrukne kjønnsmarkør resten av livet.⁴⁰¹ Etter folkeavstemningen i mai 2015, der Irland ble det første landet i verden til å åpne for likekjønnet ekteskap gjennom folkeavstemning, ble dette kravet fjernet.⁴⁰² Loven trådte i kraft 22. juli 2015.⁴⁰³

³⁹³ Vallianatos mot Hellas (2013) avsnitt 91

³⁹⁴ European Union Agency for Fundamental Rights (desember 2015) s. 23-24

³⁹⁵ Storbritannia: Gender Recognition Act (2004) artikkel 2 (1) bokstav b

Sverige: Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall § 1 (2)

³⁹⁶ Meyer (2002). The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (februar 2001) s. 17.

Syvende utgave av The World Professional Association for Transgender Health Standards of Care (2012) inneholder ikke «real-life test» eller «real-life experience».

³⁹⁷ Sharpe (2015)

³⁹⁸ European Union Agency for Fundamental Rights (desember 2015) s. 23-24

³⁹⁹ Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister § 1 (25. juni 2014)

⁴⁰⁰ Republic of Malta Act No. XI of 2015 article 4

⁴⁰¹ Republic of Ireland Act number 25 of 2015 article 10 (f). Se lov om endring av juridisk kjønn her: <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>

⁴⁰² Minihan (3. juni 2015)

Alle landene som åpner for endring av juridisk kjønn, med unntak av Malta, Danmark og Irland, stiller krav til medisinske eller materielle vurderinger. Det er hittil kun Danmark som har åpnet for «X» i passet for personer som opplever seg som det motsatte kjønn,⁴⁰⁴ mens Malta åpner for å anerkjenne «X» i identitetspapirer for personer som har fått utstedt denne kjønnsmarkøren av utenlandske myndigheter som Malta anerkjenner.⁴⁰⁵

Praksis rundt fastsettelse av juridisk kjønn for intersexpersoner er mer variert. En undersøkelse gjennomført av European Union Agency for Fundamental Rights viser at samtlige EU-land registrerer kjønn ved fødsel. I 18 land er det mulig å utsette registrering dersom det er tvil om hvilket kjønn barnet har. Hvor lenge man kan vente varierer fra opp til tre arbeidsdager i Slovakia til tre måneder i Irland. Tyskland skiller seg ut som det eneste landet som åpner for at registrering av kjønn i fødselsattesten ikke er nødvendig. Dette gjelder derimot kun dersom det er uklart hvilket kjønn barnet har.⁴⁰⁶ I Norge vil barnet bli registrert som jente, «ukjent» eller «usikkert» dersom det er uklart hvilket kjønn barnet har ved fødsel. Det er ingen regler om når dette eventuelt må korrigeres.⁴⁰⁷

Flere land åpner for å gjøre vilkårene for endring av kjønn mindre strenge. Det er likevel fortsatt et betydelig mindretall som åpner for alternativer til tokjønnsmodellen. Danmark står som det eneste landet som tilbyr en «X» i passet for sine borgere, mens Tyskland er det eneste landet som åpner for å registrere en «X» i fødselsattesten til intersexbarn. Til sammenligning var det kun to land i Europarådet, inkludert Storbritannia, som ikke åpnet for å endre juridisk kjønn for opererte transseksuelle da Goodwin ble avsagt i 2002.⁴⁰⁸ I Vallianatos-saken var trenden imidlertid ikke like klar. EMD mente der det forelå en «emerging trend» da 17 av 19 land åpnet for likekjønnet partnerskap. Da Vallianatos ble avsagt var det altså 19 av 47 stater som har åpnet for registrert partnerskap som et alternativ til ekteskap, og blant disse 19 var det kun to stater som reserverte partnerskapsordningen for heterofile par.⁴⁰⁹

I Goodwin viste EMD til praksis fra seks stater utenfor Europa.⁴¹⁰ I tilfelle med et tredje juridisk kjønnsalternativ kan det vises til Australia, New Zealand, Pakistan, Bangladesh,

⁴⁰³ Irish Statute Book (22. juli 2015): Se den endelige loven her:
<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/25/enacted/en/pdf>

⁴⁰⁴ Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. august 2014)

⁴⁰⁵ Republic of Malta Act No. XI of 2015 article 9

⁴⁰⁶ European Union Agency for Fundamental Rights (dember 2015) s. 72-78

⁴⁰⁷ Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 63 og Helsedirektoratet (24. april 2014) s. 5 og Folkehelseinstituttet (1. november 2014). Se note 208 for ytterligere forklaring.

⁴⁰⁸ Liberty (2002) avsnitt 9. Dette er undersøkelsen som ble lagt frem for domstolen i Goodwin-saken. Den viser at kun Irland og Storbritannia nektet endring av juridisk kjønn blant land som tilbyr kjønnskorrigerende behandling som en del av sitt helsetilbud. Det var imidlertid en rekke land som overhode ikke har et helsetilbud for transseksuelle.

⁴⁰⁹ Vallianatos mot Hellas (2013) avsnitt 91

⁴¹⁰ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 56

Nepal og India.⁴¹¹ Det er altså akkurat like mange stater utenfor Europa som åpner for et alternativ til tokjønnsmodellen. I folketall har 20 % av verdens befolkning tilgang på et tredje juridisk kjønnsalternativ.⁴¹² Den internasjonale trenden i retning av et tredje juridisk kjønnsalternativ har derimot ikke like stor støtte i Europa. Kun to stater åpner for alternativer til tokjønnsmodellen, mens Malta anerkjenner pass med «X» utstedt av utenlandske myndigheter.

I Vallianatos understreker EMD at det ikke bare foreligger en «emerging trend», men at den også er «clear».⁴¹³ Selv om det er en viss trend å spore i retning av et tredje juridisk alternativ er det høyst usikkert om trenden på dette tidspunktet er tydelig nok for EMD. EMD brukte mange år og flere avgjørelser på å anerkjenne retten til å anerkjenne juridisk kjønn for opererte transseksuelle. Selv om det finnes en begynnende trend i retning av flere alternativer til tokjønnsmodellen, er det foreløpig tvilsomt om trenden er klar og tydelig nok til at EMD vil bygge på den som et avgjørende moment.

4.1.2.5. *Rettferdig balanse*

Yogyakartaprinsippene gir støtte for at et tredje juridisk kjønnsalternativ berører «fundamental values» eller «essential aspects» av retten til privatliv. Det er gode holdepunkter for at et tredje juridisk kjønnsalternativ kan bidra til å styrke respekten for privatlivet på samme måte som endring av juridisk kjønn for opererte transseksuelle.⁴¹⁴ Et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetspapirer utgjør i tillegg et lite, presist og avgrenset tiltak. Disse momentene taler isolert sett for at et tredje juridisk kjønnsalternativ bør innføres med støtte i EMK artikkel 8.

Målgruppen for et tredje juridisk kjønnsalternativ er imidlertid sparsommelig kartlagt. Det foreligger flere undersøkelser som peker på en tendens i retning av at ikke alle definerer seg utelukkende som mann eller kvinne. Undersøkelsene har imidlertid ikke kartlagt om denne målgruppen har interesse av et tredje juridisk kjønnsalternativ, og i tilfelle hvordan et slikt alternativ bør se ut. Skal for eksempel et tredje juridisk kjønnsalternativ gi en rett til å bli positivt anerkjent med en spesifikk kjønnsidentitet som i Australia, eller er det mer ønskelig med en uspesifisert alternativ kjønnsmarkør som i Danmark? Europarådets parlamentarikerforsamling inviterer medlemsstatene til å «consider» et tredje kjønnsalternativ. Ordet «consider» peker på at medlemsstatene bør utrede og kartlegge behovet for et tredje juridisk kjønnsalternativ, for deretter å finne ut om det bør innføres i pass og identitetsdokumenter.⁴¹⁵

⁴¹¹ Se gjennomgangen av praksis i disse landene i punkt 3.2.5 over

⁴¹² Kvam (26. februar 2016)

⁴¹³ Vallianatos mot Hellas (2013) avsnitt 91

⁴¹⁴ Goodwin mot Storbritannia (2002)

⁴¹⁵ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

Praksis i andre land er svært variert og peker foreløpig ikke entydig i en bestemt retning. Det er i imidlertid en begynnende internasjonal trend i retning av anerkjennelse av et større kjønns mangfold. Et tredje juridisk kjønn i pass og identitetspapirer har støtte i norske verdi-prioriteringer som slutter seg til Yogyakarta-prinsippene. Norske domstoler skal ha et aktivt forhold til EMK og forholde seg til «present-day conditions».⁴¹⁶ Domstolene skal imidlertid ikke forplikte norske myndigheter i større grad enn det EMDs metode og praksis tilsier. Det har startet en trend, men det er på det nåværende tidspunkt ikke klart hvilke føringer trenden vil legge for innholdet i et tredje juridisk kjønnsalternativ.

Ettersom innholdet av et tredje juridisk kjønnsalternativ fortsatt er forholdsvis uklart, og praksis er svært variert, foreligger det etter min vurdering foreløpig ingen plikt til å innføre et tredje juridisk kjønnsalternativ. Det foreligger imidlertid en klar oppfordring til å utrede og kartlegge behovet for alternativer til den obligatoriske kjønnsmodellen. Rettighetsfesting av juridisk kjønn er et område i betydelig endring. Det er derfor ikke usannsynlig at det vil oppstå en plikt etter EMK artikkel 8 til å innføre et alternativ til dagens obligatoriske tokjønnsmodell om få år. Norske myndigheter bør derfor ha et aktivt forhold til spørsmålet.

4.2. Retten til privatliv etter Grunnloven § 102

I 2014 ble Grunnloven supplert med en egen menneskerettighetskatalog. Etter Grunnloven § 102 har «enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv». Bestemmelsen bygger på modell av EMK artikkel 8⁴¹⁷ og Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17.⁴¹⁸ Det følger av forarbeidene til de nye bestemmelsene i Grunnloven at det ikke har vært meningen å endre det materielle innholdet i dagens rettstilstand. Hensikten er derimot å løfte «kjernen eller essensen» av menneskerettighetene inn i Grunnloven.⁴¹⁹

Forarbeidene legger til grunn at retten til privatlivet skal omfatte personvernet i «vid forstand». Dette innebærer at personvernet inkluderer personlig integritet, selvbestemmelse og selvutfoldelse.⁴²⁰ Spørsmålet er om Grunnloven § 102 vil lede til et annet rettslig resultat enn retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Sakene som Høyesterett så langt har avsagt om Grunnloven § 102 legger stor vekt på internasjonale forpliktelser, og særlig vekt på EMK artikkel 8.⁴²¹ Ut fra min vurdering i punkt 4.1 over følger det ingen rett etter EMK til å reservere seg fra tokjønnsmodellen eller å få et tredje juridisk kjønnsalternativ anerkjent etter retten til privatliv.

⁴¹⁶ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 75

⁴¹⁷ EMK artikkel 8 lyder: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.»

⁴¹⁸ Artikkel 17 i SP-konvensjonen lyder: «Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse, eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme.»

⁴¹⁹ Dokument 16 (2011-2012) s. 48

⁴²⁰ Ibid. s. 177

⁴²¹ For eksempel: Rt. 2015 s. 155 avsnitt 67 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 38

På det nåværende tidspunkt er et tredje juridisk kjønn fortsatt en forholdvis ny problemstilling. Det er først de siste par årene at andre land har begynt å innføre alternativer til tokjønnsmodellen. Høyesterett er tilbakeholden med å slå faste og langvarige praksiser til side som grunnlovsstridig før Stortinget har fått mulighet til å ta stilling til det. Selv om en minoritetsgruppe er negativt berørt av dagens obligatoriske tokjønnsmodell er det sannsynlig at Høyesterett vil foretrekke å gi Stortinget noe mer tid til å debattere spørsmålene som reiser seg rundt innføringen av et tredje juridisk kjønn.⁴²² Dagens obligatoriske tokjønnsmodell er derfor neppe grunnlovsstridig på nåværende tidspunkt. Den internasjonale rettsutviklingen på området er betydelig, og det er ikke utenkelig at dagens regulering av juridisk kjønn kan være grunnlovsstridig en gang i fremtiden dersom Stortinget ikke foretar noen justeringer underveis.

Ett av formålene med grunnlovfesting av privatlivet er i følge forarbeidene at Grunnloven skal fungere som «rettesnor» for lovgivningsarbeidet. Menneskerettighetsutvalget uttaler at «slik vil grunnlovfesting av denne rettigheten først og fremst ha politisk betydning».⁴²³ Retten til privatliv kan med andre ord veilede lovgiver til å endre og vedta nye lover som kan bidra til å ivareta privatlivet på en bedre måte enn i dag. Dette er tema i punkt 6 under.

4.3. Konklusjon

I denne delen har jeg sett på om det bør åpnes for et tredje juridisk kjønnsalternativ etter retten til privatliv. På det nåværende tidspunktet følger det ut fra min vurdering ennå ingen plikt til å innføre et tredje juridisk kjønnsalternativ etter retten til privatliv etter EMK artikkel 8 eller Grunnloven § 102. Juridisk kjønn er imidlertid et område i stor endring. EMK må til enhver tid tolkes ut fra «present-day conditions».⁴²⁴ Det er ikke utenkelig at det vil følge en rett til et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter i løpet av forholdsvist kort tid. Et aktivt og lojalt forhold til konvensjonsforpliktelsene tilsier at Norge følger med på utviklingen.

Min gjennomgang av retten til privatliv peker på flere gode grunner til å innføre et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identifikasjonspapirer. Dagens obligatoriske tokjønnsmodell i pass og identitetspapirer fører til at enkelte vil bli konfrontert med hvilket kjønn de «egentlig er». I Goodwin-avgjørelsen la EMD vekt på at staten bør bidra til å “assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong”.⁴²⁵ Saken gjaldt endring av juridisk kjønn innenfor tokjønnsmodellen. Formålet EMD legger vekt på i Goodwin har imidlertid også overføringsverdi til anerkjennelse av kjønnsidentiteter som ligger utenfor den obligatoriske tokjønnsmodellen. På bakgrunn av at en del

⁴²² Indreberg (2015) s. s. 401-402

⁴²³ Dokument 16 (2011-2012) s. 176

⁴²⁴ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 75

⁴²⁵ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 100

transpersoner ikke ønsker å bli identifisert som mann eller kvinne anbefalte Europarådets parlamentarikerforsamlingen å vurdere å innføre «a third gender option» i pass og identitetsdokumenter for de som ønsker det.⁴²⁶

Siden Goodwin ble avsagt i 2002 har vår individuelle opplevelse av kjønn – vår kjønnsidentitet – fått stadig mer oppmerksomhet. Yogyakarta-prinsippene sin definisjon av kjønnsidentitet går utenfor den tradisjonelle tokjønnsmodellen og peker på at statene bør anerkjenne den enkeltes individuelle og selvdefinerte kjønnsidentitet. Det foreligger en internasjonal trend i retning av å regulere juridisk kjønn basert på kjønnsidentitet, heller enn biologiske og medisinske kriterier. Lov om endring av juridisk kjønn er en tydelig illustrasjon på denne trenden. Denne trenden peker også på behovet for å anerkjenne et større kjønnsmangfold enn menn og kvinner. Det er imidlertid fortsatt uklart hva et tredje juridisk kjønnsalternativ bør bestå av, samt hvilket formål og funksjon et slikt alternativ skal ha. Utviklingen på området gir likevel norske myndigheter en klar oppfordring til å utrede alternativer til den obligatoriske tokjønnsmodellen vi opererer med i dag.

⁴²⁶ Parlamentarikerforsamling i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

5. Juridisk kjønnsidentitet i et diskrimineringsrettslig perspektiv

De fem konvensjonene i menneskerettsloven sikrer ikke bare en rett til fundamentale rettigheter. Konvensjonene sikrer også at rettighetene ikke blir urettmessig fordelt. Etter SP-konvensjonen artikkel 2 og EMK artikkel 14 følger det at alle har rett til de samme rettighetene uavhengig av kjønn, etnisitet, religion og en rekke andre grunnlag. Konvensjonene gir imidlertid kun vern mot urettmessig fordeling av de rettighetene som følger av den enkelte konvensjon. Diskrimineringen må for eksempel ha tilknytning til retten til privatliv etter EMK artikkel 8 eller SP artikkel 17.

Menneskerettighetskomiteen, som er SP-konvensjonens kontroll- og håndhevingsorgan, har behandlet seksuell orientering og kjønnsidentitet som tema ved flere anledninger. Komiteen har imidlertid ikke tatt direkte stilling til diskrimineringsvernet basert på kjønnsidentitet.⁴²⁷ I denne avhandlingen har jeg derfor valgt å legge hovedfokuset på EMK artikkel 14, selv om også SP artikkel 2 og 17 også er en relevant rettskilde.

EMD har kommet frem til at det foreligger brudd på artikkel 8 en rekke ganger, men har derimot aldri funnet brudd på artikkel 14 i saker om transseksuelles rettigheter. EMD har ofte nøydt seg med å konstatere at artikkel 14 «raises no separate issue».⁴²⁸ Vurderingen av artikkel 14 er derimot ikke helt lik som artikkel 8. Diskriminering etter artikkel 14 skal tolkes autonomt fra de andre bestemmelsene i konvensjonen.⁴²⁹ Selv om det ikke foreligger brudd på EMK artikkel 8 kan det likevel foreligge brudd på EMK artikkel 14.

Etter EMK artikkel 14 er det ikke avgjørende om man har en rett, men om andre grupper i samfunnet har bedre rett enn seg selv.⁴³⁰ Retten til privatliv gir kun et minimumsvern og hindrer ikke nasjonale myndigheter fra å gi borgerne bedre rettigheter enn det som følger av konvensjonen.⁴³¹ Norske myndigheter kan derfor for eksempel innføre et tredje kjønnsalternativ selv om de ikke er forpliktet til det etter artikkel 8. EMK artikkel 14 gir da vern mot at de ekstra rettighetene eller frihetene blir urettmessig skjevfordelt.⁴³²

For at det skal foreligge ulovlig forskjellsbehandling må følgende vilkår være oppfylt:⁴³³

1. Det må foreligge en situasjon med forskjellsbehandling

⁴²⁷ Se for eksempel FNs menneskerettighetskomite (17. november 2011) (A/HRC/19/41) og FNs menneskerettighetskomite (4. mai 2015) s. 21 (A/HRC/29/23)

⁴²⁸ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 108, Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 92, L v. Litauen (2007) avsnitt 68

⁴²⁹ Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 107

⁴³⁰ Kjølbrot (2010) s. 891

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid.

⁴³³ Strand (2012) s. 133-134

2. Forskjellsbehandlingen må lede til at noen blir satt i en dårligere stilling
3. Det må være sammenheng mellom den ugunstige forskjellsbehandlingen og et gitt diskrimineringsgrunnlag, for eksempel etnisitet eller kjønn

Dersom disse tre vilkårene er oppfylt kan forskjellsbehandlingen likevel være rettmessig dersom den er saklig begrunnet. I saklighetsvurderingen skal det foretas en vurdering av om tiltaket er egnet, nødvendig og forholdsmessig.⁴³⁴ I EMDs rettspraksis kommer denne saklighetsvurderingen til uttrykk gjennom at forskjellsbehandlingen må ha en «objective and reasonable justification».⁴³⁵

I 2009 ble Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) inkorporert i menneskerettsloven. KDK gir et spesifikt diskrimineringsvern for kvinner som et supplement til det universelle diskrimineringsvernet som følger av de øvrige menneskerettighetskonvensjonene. KDK forplikter konvensjonsstatene til å fremme både formell og reell likestilling. Kvinnekomiteen, som er konvensjonens kontroll- og håndhevingsorgan, tar i likhet med den norske likestillingsloven utgangspunkt i et sammensatt kjønnsbegrep som består av både biologiske og sosiale aspekter.⁴³⁶ Spørsmålet er hvilke føringer KDK gir i forbindelse med innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ.

I tillegg til det konvensjonsspesifikke diskrimineringsvernet som følger av menneskerettsloven gir Grunnloven § 98 et generelt påbud om likebehandling og ikke-diskriminering. Det følger av Grunnloven § 98 at «alle er like for loven» og at «intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». På nasjonalt plan er likebehandlings- og diskrimineringsvernet nærmere spesifisert i fire lover. To av disse lovene adresserer kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Likestillingsloven gir vern mot kjønnsdiskriminering, mens diskrimineringsloven om seksuell orientering gir vern mot diskriminering basert på kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk som avviker fra det kjønnnet man har fått tildelt ved fødselen.

Jeg vil starte med å se på hvilke føringer KDK og likestillingsloven gir i forbindelse med et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter. Jeg tar særlig utgangspunkt i kravet om å eliminere fordommer og stereotyper knyttet til kjønn etter KDK artikkel 5a. Jeg går deretter over til diskrimineringsvernet knyttet til retten til privatliv etter EMK artikkel 14. Til slutt ser jeg på det generelle likebehandlings- og diskrimineringsvernet etter Grunnloven § 98, som er nærmere spesifisert i diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

⁴³⁴ Strand (2012) s. 133-134

⁴³⁵ Ibid. s. 134 og Härmäläinen mot Finland (2014) avsnitt 108

⁴³⁶ FN's kvinnekomité (2010) generell anbefaling nr. 28 avsnitt 18 og NOU 2009: s. 121

5.1. Diskrimineringsvernet etter KDK artikkel 5a og likestillingsloven

Før Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) forelå det allerede en rekke menneskerettighetskonvensjoner som ga diskrimineringsvern på bakgrunn av kjønn. Menneskerettighetserklæringen fra 1948, EMK fra 1950, samt SP- og ØSK-konvensjonene fra 1966 har alle bestemmelser om ikke-diskriminering. Det nye med KDK er det særskilte vernet for kvinner. Konvensjonen var en respons på at kvinnespørsmål ofte ble neglisjert i de universelle menneskerettighetskonvensjonene. Det var derfor behov for en egen konvensjon for å fremme kvinners status og sette fokus på særskilte problemer som kvinner møter til forskjell fra menn.⁴³⁷

En annen forskjell mellom KDK og de øvrige menneskerettighetskonvensjonene er at KDK setter særlig fokus på årsakene til ulikhet mellom menn og kvinner. Konvensjonen gir statene en plikt til å motarbeide stereotype oppfatninger om kvinne- og mansrollen i samfunnet. Formell likestilling i lovverket er dermed ikke tilstrekkelig. Det holder ikke med likestilling på papiret så lenge likestillingen ikke er reell i samfunnet. KDK sitt formål er dermed todelt. For det første skal konvensjonen sikre formell likestilling mellom menn og kvinner, og for det andre gir konvensjonen en plikt til å ta tak i problemene som ligger bak reell ulikhet mellom kjønnene.⁴³⁸

Før KDK ble inkorporert i menneskerettsloven var det en direkte henvisning til konvensjonen i likestillingsloven.⁴³⁹ Den første likestillingsloven kom på plass i 1978, året før Kvinnediskrimineringskonvensjonen. Formålet er å sikre likestilling mellom kjønnene, med «særlig sikte på å bedre kvinners stilling», jf. likestillingsloven § 1. Spørsmålet er om forpliktelsene som følger av KDK og likestillingsloven forutsetter at tokjønnsmodellen er obligatorisk i alle tilfeller der juridisk kjønn er relevant, eller om det er mulig å åpne opp for unntak i enkelte tilfeller. Er det for eksempel mulig å åpne opp for alternativer til tokjønnsmodellen i forbindelse med kjønnsmarkørene i pass og identitetspapirer? Det er liten tvil om at både KDK og likestillingsloven har et kvinnespesifikt utgangspunkt.⁴⁴⁰ Spørsmålet er imidlertid hva som ligger i kvinnebegrepet. Faller for eksempel transpersoner og intersexpersoner innenfor kvinnebegrepet i KDK og likestillingsloven?

For å sikre reell likestilling slår KDK fast at det er nødvendig å jobbe med normene i samfunnet. Kjønnnormer som setter kvinner i en dårligere stilling må utfordres og motarbeides. Plikten til å jobbe for reell likestilling fremkommer gjennom flere enkelt-

⁴³⁷ Chinkin (2012) s. 8

⁴³⁸ FNs kvinnekomité (2004) generell anbefaling nr. 25 avsnitt 7. Kvinnekomiteen deler konvensjonens formål opp i tre deler: formell likestilling, reell likestilling og eliminering av stereotype kjønnsnormer.

⁴³⁹ Ot.prp.nr. 35 (2004-2005) s. 84. Likestillingsloven §1b (opphevet)

⁴⁴⁰ Likestillingsloven § 1 «særlig styrke kvinnens stilling», NOU 2009:14 s. 121, Holtmaat (2015) s. 3, Byrnes (2013) s. 55-56, Holtmaat (2013) s. 114-115 og Otto (2006) s. 326-327

bestemmelser i konvensjonen. KDK artikkel 5a gir uttrykk for en generell plikt til å jobbe mot alle fordommer og endre stereotype oppfatninger om manns- og kvinneroller:

Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å endre menns og kvinners sosiale og kulturelle atferdsmønstre, med sikte på å avskaffe fordommer og hevdvunnen og all annen praksis som bygger på stereotype manns- og kvinneroller, eller på forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent.

KDK artikkel 5a gir statene en forpliktelse til å bruke «alle tiltak som er nødvendige» for å endre kjønnsstereotyper og sikre likestilling mellom mors- og farsrollen. Likestillingsloven har ikke en lignende bestemmelse som KDK artikkel 5a. Likestillingsloven bygger imidlertid på det samme grunnleggende målet som KDK, nemlig å fremme både den formelle og reelle likestillingen mellom kjønnene.⁴⁴¹

I generell anbefaling nr. 3 fra 1987 peker Kvinnekomiteen på at det er viktig å drive «public information programmes» mot fordommer.⁴⁴² Anbefalingen sier imidlertid ikke noe nærmere om hva slike programmer skal inneholde. En måte å bryte ned sosiale kjønnsforskjeller på kan være å løfte frem og anerkjenne kjønns mangfoldet i samfunnet. Det er ikke alle som oppfyller majoritetsnormen om hva en kvinne eller mann skal være. Personer som bryter med forventningene til hvordan man skal se ut og oppføre seg som henholdsvis mann og kvinne kan bidra til å utvide rammene for hva en kvinne eller mann skal være. Spørsmålet er om Kvinnekomiteen åpner for slik anerkjennelse i form av alternative kjønnsmarkører i pass og identitetsdokumenter.

I generell anbefaling nr. 28 fra 2010 slår Kvinnekomiteen fast at konvensjonen har et helhetlig diskrimineringsbegrep som dekker diskriminering basert på både biologiske og sosiale kjønnsforskjeller. Komiteen anerkjenner at diskriminering mot kvinner har mange årsaker som henger sammen med hverandre. For å sikre kvinner et reelt diskrimineringsvern er det derfor viktig å forstå de særskilte problemstillingene som kan oppstå for kvinner i ulike minoritetsposisjoner, for eksempel på grunnlag av etnisitet, seksuell orientering eller kjønnsidentitet.⁴⁴³

I en felles uttalelse med Barnekomiteen fra 2014 er Kvinnekomiteen kritisk til at mange kvinner og barn gjennomfører medisinske inngrep og plastisk kirurgi for å oppfylle sosiale normer om hvordan kroppen bør se ut.⁴⁴⁴ Komiteen har anbefalt både Finland og Nederland å

⁴⁴¹ NOU 2009:14 s. 57 og Ot. prp. 88 (2012-2013) s. 67-68

⁴⁴² FNs kvinnekomité (1987), generell anbefaling nr. 3

⁴⁴³ FNs kvinnekomité (2010) generell anbefaling nr. 28 avsnitt 18

⁴⁴⁴ FNs kvinnekomité (2014) generell anbefaling nr. 31 / FNs barnekomité (2014) generell kommentar nr. 18 (joint statement) avsnitt 9

fjerne kravet om at transpersoner må sterilisere seg for å endre juridisk kjønn.⁴⁴⁵ I komiteens konkluderende observasjoner fra 2014 følger det at Finland bør:

(...) ensure that gender recognition is carried out without requiring transgender persons to conform to stereotypical ideas of masculine or feminine appearance or behaviour and that it does not require individuals to consent to sterilization.⁴⁴⁶

Komiteen viser til at det ikke bør være noen krav til at man må ha et bestemt stereotypt kjønnsuttrykk for å endre juridisk kjønn. Dersom det stilles krav til hvordan man skal se ut for å få lov til å være mann eller kvinne vil dette kunne bidra til å opprettholde et kroppspress om hvordan kvinner og menn ut fra sosiale normer bør se ut. Komiteen stiller altså ikke som krav at det må være en nødvendig sammenheng mellom juridisk kjønn og biologisk kjønn. Komiteen ser med bekymring på inngripende krav til kroppslige modifikasjoner for å få rett til å endre juridisk kjønn. Personer med en kvinnelig kjønnsidentitet bør derfor etter komiteens syn få mulighet til å bli anerkjent som kvinner uavhengig av biologiske kriterier.⁴⁴⁷

Likestillingsloven bygger i likhet med KDK på et mangfoldig kjønnsbegrep. KDK og likestillingsloven er imidlertid ikke helt like. Mens KDK dekker transpersoner har derimot likestillingsloven kun dekket transseksuelle. Transpersoner som ikke er diagnostiserte som transseksuelle har altså falt utenfor likestillingsloven. Selv om denne gruppen ikke har hatt vern etter likestillingsloven har de i følge LDO hatt vern etter KDK artikkel 5a.⁴⁴⁸ I dag er transpersoner og transseksuelle likebehandlet gjennom diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Diskrimineringsvernet for transpersoner og transseksuelle ligger altså utenfor likestillingsloven, men innenfor KDK.⁴⁴⁹

Holtmaat argumenterer for at KDK må dekke alle former for diskriminering, også basert på seksuell orientering og kjønnsidentitet, samtidig som konvensjonen beholder sitt kvinnespesifikke preg.⁴⁵⁰ Holtmaat og Byrnes mener at komiteen sakte, men sikkert er på vei mot å anerkjenne et større kjønns mangfold gjennom å anerkjenne et mer mangfoldig kvinnebegrep.⁴⁵¹ Kritikere som Rosenblum og Otto har derimot tatt til ordet for at det kvinnespesifikke

⁴⁴⁵ FNs kvinnekomité (2010) konkluderende observasjon (Nederland) avsnitt 47 (CEDAW/C/NLD/CO/5)

⁴⁴⁶ FNs kvinnekomité (2014) konkluderende observasjon (Finland) avsnitt 29 (CEDAW/C/FIN/CO/7)

⁴⁴⁷ Ibid. og FNs kvinnekomité (2014) generell anbefaling nr. 31 / FNs barnekomité (2014) generell kommentar nr. 18 (joint statement) avsnitt 9

⁴⁴⁸ Hellum (2016) s. 13

⁴⁴⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 68

⁴⁵⁰ Holtmaat (2015) s. 4-5

⁴⁵¹ Ibid. s. 7, Byrnes (2012) s. 60 og Holtmaat (2013) s. 114-115

elementet ved KDK reproducerer det tradisjonelle kjønshierarkiet mellom menn og kvinner.⁴⁵²

Kvinnekomiteen har foreløpig ikke gitt noen signaler som direkte adresserer den obligatoriske tokjønnsmodellen. På den ene siden forutsetter KDK at kvinner kan sammenlignes med menn, og på den andre siden forplikter artikkel 5a til å ta i bruk «alle tiltak som er nødvendige» for å eliminere sosiale kjønnsforskjeller. Likestillingsloven forutsetter på samme måte at befolkningen kan deles inn i menn og kvinner.

Et tredje kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter reiser i utgangspunktet få utfordringer for den obligatoriske tokjønnsmodellen. Det vil for eksempel fortsatt være mulig å føre statistikk over menn og kvinner om lønnsforskjeller og utdanningsvalg. Et tredje kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter hindrer med andre ord ikke en effektiv og lojal oppfyllelse av KDK. Det er dermed lite tvilsomt at innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter ikke er i strid med KDK eller likestillingsloven. KDK og likestillingsloven er altså verken til direkte støtte eller i veien for innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ.

5.2. Diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14 opp mot EMK artikkel 8

I del 4 vurderte jeg om det foreligger en positiv plikt til å innføre et tredje juridisk kjønnsalternativ ut fra retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Jeg konkluderte der med at det foreløpig ikke foreligger en slik plikt, men at det samtidig skjer en betydelig utvikling rundt rettighetsfesting av juridisk kjønn. Spørsmålet i denne delen er ikke om det foreligger en positiv plikt, men om dagens ordning med to obligatoriske kjønnsmarkører i pass og identitetsdokumenter virker diskriminerende. Det sentrale spørsmålet er om dagens ordning fører til forskjellsbehandling som setter noen i en dårligere stilling. For at en eventuell forskjellsbehandling skal være ulovlig må forskjellsbehandling skje på bakgrunn av et nærmere bestemt diskrimineringsgrunnlag.⁴⁵³

EMK artikkel 14 lister opp en rekke ulike diskrimineringsgrunnlag, slik som kjønn, etnisitet og religion. Kjønnsideidentitet og kjønnsuttrykk er ikke spesifikt nevnt. I motsetning til de norske diskrimineringslovene er det ikke nødvendig at diskrimineringen må skje på et av de grunnlagene som er spesifisert i konvensjonen. Det følger av EMK artikkel 14 at diskriminering i tillegg til de opplistede grunnlagene kan skje på grunnlag av «annen status».

⁴⁵² Rosenblum (2011) s. 136-137 og Otto (2015) s. 6-7 og s. 14-15

⁴⁵³ Kjølbrot (2010) s. 898

Domstolen forklarer «status» med at det må foreligge en «personal characteristic by which persons or a group of person are distinguishable from each other».⁴⁵⁴ Ved vurderingen av EMK artikkel 8 over har jeg tatt utgangspunkt i transpersoner og intersexpersoner som to aktuelle målgrupper for et tredje juridisk kjønnsalternativ. Den personlige karakteristikken ved transpersoner er at de har en kjønnsidentitet eller et kjønnsuttrykk som bryter med sitt fødselskjønn, mens intersexpersoner har ulike medisinske diagnoser. Både transpersoner og intersexpersoner er svært sammensatte og mangfoldige målgrupper, og det er heller ikke gitt at personer som faller inn under beskrivelsen av en intersexperson eller transperson selv definerer seg som dette.

I tillegg til å ha tilknytning til et bestemt diskrimineringsgrunnlag må forskjellsbehandlingen også ha tilknytning til en eller flere av de rettighetene som konvensjonen beskytter. EMD har slått fast at «differences based on gender and sexual orientation requires particularly serious reasons by way of justification».⁴⁵⁵ Domstolen har også slått fast at retten til å definere sitt [sosiale] kjønn inngår som en del av vår fundamentale rett til selvbestemmelse.⁴⁵⁶ I relasjon til pass og identitetsdokumenter er spørsmålet om transpersoner og intersexpersoner som ønsker en alternativ kjønnsbetegnelse blir diskriminert ved å bli påtvunget en mannlig eller kvinnelig identitet. Det foreligger altså en knytning til retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Et diskrimineringsgrunnlag med en knytning til retten til privatliv er imidlertid ikke tilstrekkelig. Det må også konstateres at den situasjonen som transpersoner og intersexpersoner utsettes for utgjør forskjellsbehandling som setter dem i en dårligere stilling sammenlignet med andre.⁴⁵⁷ I det følgende tar jeg først stilling til om det foreligger en sammenlignbar situasjon, og deretter om transpersoner og intersexpersoner blir satt i en dårligere stilling.

5.1.1. Foreligger det negativ forskjellsbehandling?

For at det skal foreligge forskjellsbehandling må den situasjonen som transpersoner blir utsatt for være sammenlignbar. I *Petrov mot Bulgaria* fra 2008 var spørsmålet om samboere kunne sammenlignes med ektepar. Saken gjaldt et tilfelle der en innsatt ikke fikk ringe til sin samboer, mens de andre innsatte i fengselet fikk ringe til sine ektefeller.⁴⁵⁸ EMD kom frem til

⁴⁵⁴ *Petrov mot Bulgaria* (2008) avsnitt 52

⁴⁵⁵ *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 109

⁴⁵⁶ *Van Kück mot Tyskland* (2003) avsnitt 56 og *Y.Y. mot Tyrkia* avsnitt 102 (kun tilgjengelig på fransk)

⁴⁵⁷ *Kjølbrot* (2010) s. 893-897

⁴⁵⁸ *Petrov mot Bulgaria* (2008) avsnitt 16

at situasjonene var «substantially similar in this regard».⁴⁵⁹ Sammenligningen mellom samboere og ektepar er derimot ikke nødvendigvis «substantially similar» i alle tilfeller. Hvorvidt det foreligger en sammenlignbar situasjon må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.⁴⁶⁰

I *Hämäläinen mot Finland* fra 2014 kom vurderingen av det relevante sammenligningsgrunnlaget på spissen. Saken gjaldt om Finland kunne nekte *Hämäläinen* å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne med mindre hun skilte seg fra sin kone. Bakgrunnen var at Finland på dette tidspunktet kun åpnet for ekteskap mellom par av ulike kjønn.⁴⁶¹ *Hämäläinen* hevdet at hennes situasjon som transseksuell kunne sammenlignes med to andre grupper i samfunnet.⁴⁶²

For det første hevdet hun å være utsatt for diskriminering sammenlignet med alle som ikke er transpersoner. Alle som ikke er transpersoner blir omtalt som «cisexuales».⁴⁶³ I motsetning til transpersoner blir cispersoner tildelt et juridisk kjønn som stemmer overens med egen kjønnsidentitet allerede fra fødselen av. Transpersoner må derimot gjennom en rekke krav og hindre for å kunne endre til et juridisk kjønn som samsvarer med egen kjønnsidentitet. For det andre sammenlignet *Hämäläinen* seg med heterofile ektepar.⁴⁶⁴ Det fantes i følge *Hämäläinen* ingen tilfeller der heterofile ektepar ble tvunget til å skille seg.⁴⁶⁵

Domstolen konkluderer med at ekteskap for transseksuelle ikke er «sufficiently similar» med cispersoner. Det forelå derfor ikke forskjellsbehandling, og heller ikke diskriminering i strid med EMK artikkel 14. Domstolen gir ingen begrunnelse for resultatet.⁴⁶⁶ Konklusjonen bør imidlertid leses i lys av den særskilte problemstillingen som *Hämäläinen* reiste. EMD har slått fast at det ikke foreligger noen plikt for medlemsstatene til å anerkjenne likekjønnet ekteskap etter EMK så lenge det tilbys alternative partnerskapsordninger.⁴⁶⁷ Flertallet la til grunn at et brudd på artikkel 14 ville medført at Finland ble påført en indirekte plikt til å åpne for likekjønnet ekteskap i klagerens tilfelle. For å unngå likekjønnet ekteskap har EMD tidligere

⁴⁵⁹ *Petrov mot Bulgaria* (2008) avsnitt 53

⁴⁶⁰ *Kjølbrot* (2010) s. 893-896

⁴⁶¹ *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 39

⁴⁶² *Ibid.* avsnitt 103-105

⁴⁶³ Begrepet er ikke forklart i dommen og brukes ikke i *H. mot Finland* (avdelingsdommen før storkammerdommen). I følge Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (12. mars 2015) refererer cisperson til personer som «identifiserer deg med det biologiske kjønn du er født med og oppdratt til.»

⁴⁶⁴ *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 104-105

⁴⁶⁵ *Ibid.* avsnitt 105

⁴⁶⁶ *Ibid.* avsnitt 112

⁴⁶⁷ *Ibid.* avsnitt 77 og 96 og *Schalk og Kopf mot Østerrike* (2010) avsnitt 53 og 109

akseptert at transseksuelle som er gift fra før må skille seg.⁴⁶⁸ EMD legger til grunn at det er innenfor konvensjonens rammer å stille krav om å skille seg så lenge det finnes et tilsvarende tilbud. I Finlands tilfelle var det tilbud om registrert partnerskap for likekjønnede par.⁴⁶⁹

Hämäläinen gir et signal om at EMD ikke vil utfordre ekteskapslovgivning basert på tokjønnsmodellen.⁴⁷⁰ Retten til å gifte seg er imidlertid kun et av mange mulige sammenligningsgrunnlag mellom cispersoner og transpersoner. EMD sin praksis viser at hver enkelt situasjon må vurderes konkret.⁴⁷¹ I vårt tilfelle er det ikke snakk om ekteskap, men derimot retten til å ikke bli betegnet som kvinne eller mann i pass og identitetspapirer. I motsetning til i Hämäläinen vil ikke en tredje kjønnsmarkør i pass utfordre kjønnsespesifikke rettigheter som for eksempel retten til ekteskap etter EMK artikkel 12.

I Pajić mot Kroatia fra februar 2016 tok EMD stilling til om nekting av familiegjenforening med en samboer av samme kjønn utgjorde diskriminering etter EMK artikkel 14. Kroatia har åpnet for likekjønnet partnerskap, men familiegjenforening var likevel kun tilgjengelig for ektepar eller samboere av ulike kjønn.⁴⁷² I vurderingen av hvorvidt det forelå en sammenlignbar situasjon mellom samboere av like og ulike kjønn la EMD vesentlig vekt på disharmonien mellom reglene om familiegjenforening og reglene om likekjønnet partnerskap. Gjennom en likekjønnet partnerskapsordning hadde Kroatia de facto anerkjent at likekjønnede og ulik-kjønnede samboere kan sammenlignes med hverandre. Det forelå derfor forskjellsbehandling.⁴⁷³ På samme måte som Kroatia anerkjenner samboerpar av samme kjønn anerkjenner norske myndigheter at ikke alle definerer seg som mann eller kvinne.⁴⁷⁴ Det er likevel kun personer men en mannlig eller kvinnelig kjønnsidentitet som får juridisk anerkjennelse i pass og identitetspapirer.

Dagens ordning med obligatoriske kjønnsmarkører i pass og identitetsdokumenter er i utgangspunktet lik for alle. Hele befolkningen er gitt en av to mulige betegnelser. Spørsmålet er om de særskilte personlige egenskapene som skiller transpersoner fra cispersoner fører til forskjellsbehandling som setter transpersoner i en dårligere stilling. Forskjellsbehandling kan være både direkte og indirekte.

⁴⁶⁸ Parry mot Storbritannia side 12 (avsnitt ikke nummerert)

⁴⁶⁹ Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 76

⁴⁷⁰ Hellum (2016) s. 10

⁴⁷¹ Kjølbro (2010) s. 893-896

⁴⁷² Pajić mot Kroatia (2016) avsnitt 72-74

⁴⁷³ Ibid. avsnitt 77

⁴⁷⁴ Prop. 88. L (2012-2013) s. 110

Direkte forskjellsbehandling omtales ofte også som formell forskjellsbehandling. Formell forskjellsbehandling kan ses på som motstykke til formell likebehandling. Lover, ordninger og praksiser som behandler like tilfeller ulikt utgjør direkte forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling kan også forekomme indirekte. Indirekte forskjellsbehandling forekommer der en lov eller praksis formelt sett nøytralt utformet, men der den reelle virkningen likevel er forskjellsbehandling.⁴⁷⁵

Et typisk eksempel på direkte forskjellsbehandling er at kun menn får lov til å stemme ved stortingsvalg, mens et tilsvarende typisk eksempel på indirekte forskjellsbehandling er praksiser som nekter mødre fødselspermisjon. Løsningen på direkte forskjellsbehandling er formell likebehandling, mens løsningen på indirekte forskjellsbehandling er særskilte tiltak for å bedre stillingen til personer som blir satt i en dårligere stilling. Indirekte forskjellsbehandlet er derfor nært knyttet til positive forpliktelser, som jeg vurderte under EMK artikkel 8, se del 4.1 over.⁴⁷⁶

Direkte forskjellsbehandling kan forekomme selv om det ikke har vært meningen å sette noen i en dårligere stilling. Selv om formålet eller virkningen med en ordning er forskjellsbehandling er det ikke sikkert at det har vært meningen å sette noen i en dårligere stilling. Det må altså skilles mellom en intensjon om å forskjellsbehandle og en intensjon om å sette noen i en dårligere stilling. Til eksempel: en ordning som gir kun menn tillatelse til å kjøre bil har som intensjon å forskjellsbehandle mellom menn og kvinner. Dette utgjør direkte forskjellsbehandling uavhengig av om intensjonen med ordningen er å sette kvinner i en dårligere stilling. Formålet med forskjellsbehandling kan for eksempel være å beskytte kvinner mot veitrafikkens farer.⁴⁷⁷

Hvorvidt dagens ordning skal klassifiseres som direkte eller indirekte forskjellsbehandling beror i stor grad på hvilke aspekter ved kjønn som ligger til grunn for juridisk kjønn. Dersom juridisk kjønn utelukkende er ment å gi uttrykk for biologiske aspekter ved kjønn foreligger det ingen direkte forskjellsbehandling. Alle blir da formelt sett likebehandlet ut fra hvilket biologisk kjønn de er.

Dersom juridisk kjønn er ment å gi uttrykk for kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk kan det derimot foreligge forskjellsbehandling. I Goodwin-avgjørelsen slo EMD fast at juridisk kjønn

⁴⁷⁵ Strand (2012) s. 136-140

⁴⁷⁶ Ibid. s. 136-140

⁴⁷⁷ Holtmaat (2012) s. 146. Holtmaat skriver at mange praksiser som forskjellsbehandler kvinner er utformet med en intensjon om å beskytte dem.

for transseksuelle ikke utelukkende kan fastsettes ut fra biologiske kriterier.⁴⁷⁸ I senere avgjørelser har EMD lagt til grunn at retten til å definere vår kjønnsidentitet inngår som en fundamental del av vår rett til selvbestemmelse.⁴⁷⁹ Juridisk kjønn er altså ikke kun et uttrykk for vårt biologiske kjønn, men også vår kjønnsidentitet.

Etter praksis frem til 1. juli 2016 var det kun personer som var diagnostisert som transseksuell og som gjennomførte kjønnsbekreftende behandling som fikk endre juridisk kjønn. Opererte transseksuelle fikk sammen med resten av befolkningen som identifiserer seg med det kjønn de fikk tildelt ved fødselen retten til å ha et juridisk kjønn som samsvarer med egen kjønnsidentitet. Transpersoner som ikke var diagnostisert som transseksuelle måtte derimot leve med et juridisk kjønn som ikke samsvarer med egen kjønnsidentitet. Med lov om endring av juridisk kjønn har en langt større gruppe av transpersoner fått mulighet til å endre juridisk kjønn. Personer som ikke ønsker å identifisere seg som mann eller kvinne vil imidlertid fortsatt være ekskludert.⁴⁸⁰

Virkingen av den obligatoriske tokjønnsmodellen i pass og identitetspapirer er direkte forskjellsbehandling. Det er ikke relevant at lovgiver eller andre som er ansvarlige for dagens ordning ikke har tenkt på at noen ikke ønsker å identifisere seg som mann eller kvinne. Det vesentlige er at ordningen formelt sett er utformet på en måte der det kun er mulig å bli anerkjent som mann eller kvinne. Spørsmålet er om denne forskjellsbehandlingen setter personer som ikke ønsker å identifisere seg som mann eller kvinne i en dårligere stilling.⁴⁸¹

Vurderingen av om transpersoner er satt i en dårligere stilling vil i stor grad sammenfalle med vurderingen av om «fundamental values» er berørt etter EMK artikkel 8 over, se punkt 4.1.2.2. Jeg konkluderte der med at Yogyakartaprinsippene gir støtte for at dagens ordning med to obligatoriske kjønn i pass og identitetsdokumenter berører essensielle deler av retten til privatliv. Ordningen fører til at transpersoner ikke får respektert retten til privatliv på samme måte som andre, blant annet ved at de til stadighet vil bli konfrontert med hvilket kjønn de «egentlig» er. I Goodwin-avgjørelsen var retten til å ikke bli konfrontert med private detaljer om kjønnsidentitet og kjønnshistorikk en sentralt argument for EMD.⁴⁸² Den obligatoriske tokjønnsmodellen i pass og identitetsdokumenter utgjør altså

⁴⁷⁸ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 82-83

⁴⁷⁹ Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 56 og Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 102 (kun tilgjengelig på fransk)

⁴⁸⁰ Se punkt 1.1.

⁴⁸¹ Hellum (2016) s. 18-19. Professor Anne Hellum legger som meg til grunn at lov om endring av juridisk kjønn utgjør direkte diskriminering i artikkelen “Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett”.

⁴⁸² Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 77

forskjellsbehandling som setter transpersoner og intersexpersoner i en dårligere stilling. Spørsmålet er om denne negative forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet. Dette er tema for neste avsnitt.

5.1.2. Er forskjellsbehandlingen saklig begrunnet?

Forskjellsbehandling er akseptabelt dersom den har en «objective and reasonable justification». Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må ha et legitimt formål, og at det må være et rimelig forhold mellom formålet og forskjellsbehandlingen.⁴⁸³

Dersom det ikke foreligger et legitimt formål for dagens obligatoriske tokjønnsmodell betyr ikke dette i seg selv at et tredje juridisk kjønnsalternativ må innføres. Det betyr kun at dagens praksis er diskriminerende og må oppføres. Dagens praksis kan da erstattes med en rekke ulike alternativ, for eksempel kjønnsnøytrale pass, pass med flere spesifiserte kjønnsmarkører eller pass med muligheten til å påføre en «X» istedenfor mann eller kvinne. Vurderingen er derfor noe annerledes enn vurderingen av retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Spørsmålet er ikke om statene har en plikt til å innføre et tredje kjønnsalternativ i pass og identitetspapirer, men om dagens praksis med to obligatoriske kjønnsmarkører utgjør ulovlig forskjellsbehandling.

Kjønnsmarkører i pass og identifikasjonsdokumenter har blant annet som formål å kontrollere identiteten til en person. I vurderingen av retten til privatliv i punkt 4.1.2.3 over har jeg imidlertid pekt på at kjønnsmarkører ikke gir noen garanti for et bestemt kjønnsuttrykk ved visuell identitetskontroll. Kjønn er ved siden av alder de eneste identitetsmarkørene som presumtivist kan kontrolleres ut fra utseende. Inndelingen i to kjønnsmarkører bygger altså på en presumsjon om at det er mulig å dele inn alle i enten mann eller kvinne, og at det er mulig å kontrollere hvilket kjønn en person har ut fra rent utseendemessige kriterier. Denne presumsjonen stemmer imidlertid ikke med virkeligheten. Personer med et androgynt utseende passerer ikke nødvendigvis entydig som verken kvinne eller mann. For denne gruppen kan det derfor være til hjelp å støtte seg på et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter for å slippe å bli konfrontert med hvilket kjønn de «egentlig» er.

I Pajić mot Kroatia anførte Kroatia at spørsmålet i sin helhet var dekket av statens skjønnsmargin.⁴⁸⁴ Det var derfor etter statens syn ikke nødvendig å gi noen begrunnelse for hvorfor kun samboerpar av ulike kjønn hadde mulighet til å få familiegjening. EMD var ikke enig. EMD balanserte hensynet til at statene har en vid skjønnsmargin i spørsmål om

⁴⁸³ Strand (2012) s. 136-140

⁴⁸⁴ Pajić mot Kroatia (2016) avsnitt 51

innvandring, med hensynet til at forskjellsbehandling basert på seksuell orientering krever «particularly convincing and weighty reasons». EMD la til grunn at forskjellsbehandlingen var diskriminerende ettersom Kroatia overhodet ikke hadde gitt noen begrunnelse for forskjellsbehandlingen.⁴⁸⁵ Pajić mot Kroatia viser at det ikke holder å vise blankt til statenes skjønnsmargin selv om skjønnsmarginen som utgangspunkt er vid i spørsmål om innvandring. Praksisen må i alle tilfeller ha en «objective and reasonable justification».⁴⁸⁶

Det skal ut fra EMDs praksis være «a reasonable relationship of proportionality» mellom formålet og forskjellsbehandlingen.⁴⁸⁷ Ordningen med to obligatoriske kjønn må med andre ord ikke kun være egnet og nødvendig, men også forholdsmessig opp mot formålet. Opplysninger om kjønn som en del av visuell identitetskontroll er i utgangspunktet et legitimt formål, men det er derimot noe tvilsomt om obligatoriske kjønnsmarkører er et effektivt virkemiddel for å oppnå formålet. Som nevnt tidligere under punkt 3.2.5, har en arbeidsgruppe i Den internasjonale organisasjonen for sivil luftfart (ICAO) vurdert om kjønn bør strykes som et obligatorisk felt i pass. Argumentet var blant annet at kjønn er unødvendig etter innføring av biometriske pass, og at et kjønnsnøytralt pass kan hjelpe transpersoner på reise. Gruppen konkluderte med å beholde kjønn som en obligatorisk markør, hovedsakelig begrunnet med kostnadene forbundet med å gjøre om datasystemer som baserer seg på en binær kjønnsmodell. Gruppen la likevel til grunn at spørsmålet skal holdes «under review» og det er dermed ikke utenkelig at kjønnsmarkøren vil bli fjernet fra de obligatoriske feltene i løpet av noen år.⁴⁸⁸ Samtidig åpner ICAO sin passtandard for at kjønn kan registreres som «X»,⁴⁸⁹ og i 2015 anbefalte parlamentarikerforsamling i Europarådet å inkludere et tredje kjønnsalternativ i identitetsdokumenter.⁴⁹⁰

Det kan foreligge brudd på EMK artikkel 14 uten at det er klart hva alternativet til dagens praksis bør være. Det faktum at det på det nåværende tidspunkt er noe uklart hva et tredje juridisk kjønnsalternativ består av, og hva slags formål det skal ha, er derfor ikke avgjørende. Det foreligger ikke nødvendigvis en plikt til å innføre et tredje juridisk kjønnsalternativ dersom dagens modell er konvensjonsstridig. Det er likevel en nær sammenheng mellom diskrimineringsbestemmelsene og statenes positive forpliktelser. På samme måte som ved

⁴⁸⁵ Pajić mot Kroatia (2016) avsnitt 83 og 86

⁴⁸⁶ Ibid. avsnitt 83

⁴⁸⁷ Härmäläinen mot Finland (2014) avsnitt 108-109

⁴⁸⁸ International Civil Aviation Organization (10.-12. desember 2012)

⁴⁸⁹ International Civil Aviation Organization 2015 (2015) doc 9303

⁴⁹⁰ Parlamentarikerforsamling i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

positive forpliktelser peker forholdsmessighetsvurderingen på at det skal gjøres en vurdering av hvor langt statens forpliktelser rekker.⁴⁹¹

Hvordan et spørsmål er regulert i andre land, spesielt i andre medlemsland i Europarådet, kan gi en pekepinn på hvor forholdsmessig andre land mener en gitt ordning er. Dersom flertallet av statene gjør det samme som Norge kan det tale for at flertallet av statene også vurderer ordningen som forholdsmessig og dermed konvensjonsmessig. EMD har ved flere anledninger lagt betydelig vekt på europeisk konsensus og internasjonale trender.⁴⁹² Ved behandlingen av EMK artikkel 8 har jeg gitt en omfattende redegjørelse for europeiske og internasjonale trender på området, se punkt 4.1.2.4. Den internasjonale trenden er i startfasen. Den er fortsatt ikke så klar og entydig at det er sannsynlig at EMD vil legge den til grunn som et avgjørende moment på nåværende tidspunkt. Et tredje juridisk kjønnsalternativ har støtte i Yogyakarta-prinsippene.⁴⁹³ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet har med utgangspunkt i disse prinsippene anbefalt statene å «consider» et tredje kjønnsalternativ som et alternativ til den obligatoriske tokjønnsmodellen.⁴⁹⁴ På det nåværende tidspunkt er det imidlertid tvilsomt at det foreligger en plikt etter EMK artikkel 14 sammenholdt med EMK artikkel 8 til å erstatte den obligatoriske tokjønnsmodellen, som fortsatt er fundamental og grunnleggende i de fleste europeiske land. Dette er imidlertid et område i stor endring, der en betydelig utvikling kan skje kun i løpet av få år. Det vil derfor være hensiktsmessig for medlemsstatene å ha et aktivt forhold til utviklingen.

Norge har allerede vært aktive i spørsmål om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Selv om det på det nåværende tidspunkt fortsatt er tvilsomt om Norge er forpliktet til å innføre alternativer til tokjønnsmodellen ut fra internasjonale forpliktelser, er det mulig at en slik forpliktelse allerede følger av intern norsk lovgivning. Dette er tema for neste avsnitt.

5.3. Grunnloven § 98 og diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

Det følger av Grunnloven § 98 at «alle er like for loven» og at ingen mennesker må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Spørsmålet er om transpersoner og intersexpersoner er har blitt utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling ved dagens praksis med to obligatoriske kjønnsmarkører i pass og identitetsdokumenter.

⁴⁹¹ Strand (2012) s. 135

⁴⁹² Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 84 og Vallianatos mot Hellas (2013) avsnitt 91

⁴⁹³ Yogyakarta-prinsippene (2006) prinsipp nr. 3

⁴⁹⁴ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (22. april 2015) resolusjon nr. 2048 pkt. 6.2.4

I motsetning til menneskerettighetserklæringen av 1948, SP-konvensjonen, ØSK-konvensjonen og EMK artikkel 14 er det ikke spesifisert hvilke diskrimineringsgrunnlag som er vernet av Grunnloven. Bakgrunnen for at bestemmelsen ikke har spesifisert noen diskrimineringsgrunnlag er ifølge Menneskerettighetsutvalget at det er knyttet stor usikkerhet til hvilke grunnlag som bør tas med.⁴⁹⁵ Grunnloven er vanskeligere å endre enn ordinær lov.⁴⁹⁶ Løsningen ble derfor å utforme en generell likebehandlings- og ikke-diskrimineringsbestemmelse i Grunnloven som kan bli nærmere utfylt av ordinær lovgivning.⁴⁹⁷

Grunnloven § 98 er nærmere spesifisert i fire ulike likestillings- og diskrimineringslover.⁴⁹⁸ Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bygger på Yogyakarta-prinsippene, som er ment som en presisering av internasjonale menneskerettighetsforpliktelser i relasjon til seksuell orientering og kjønnsidentitet.⁴⁹⁹ I det følgende vil jeg derfor ta utgangspunkt i denne loven ved vurderingen av om det foreligger ulovlig forskjellsbehandling.

Bakgrunnen for den nye diskrimineringsloven om seksuell orientering var ønske om et vern for alle som har en kjønnsidentitet eller et kjønnsuttrykk som ikke samsvarer med sitt «kroppslige» eller «biologiske» kjønn. Forarbeidene til loven åpner også for alternative identiteter til det kvinnelige og mannlige:

Samfunnet består ikke bare av menn og kvinner. Kjønn er mer sammensatt enn som så: Noen opplever at de har et annet kjønn enn det de er født med; de har en annen kjønnsidentitet. Andre føler at de er verken mann eller kvinne.⁵⁰⁰

Diskrimineringsvernet gjelder altså ikke kun personer med en kvinnelig eller mannlig kjønnsidentitet, men også personer som opplever seg selv som noe i mellom eller utenom de to tradisjonelle kjønnskategoriene. Samtidig som loven anerkjenner et større kjønnsmangfold enn kun kvinner og menn, forutsetter samtidig loven at kjønnsidentitet kan sammenlignes med biologisk kjønn. Loven gjelder kun i tilfeller der kjønnsidentitet bryter med biologisk kjønn. I øvrige tilfeller kommer likestillingsloven til anvendelse.⁵⁰¹

Det følger av diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 at «diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er forbudt». Forbudet gjelder både direkte og indirekte diskriminering. Direkte diskriminering er «en handling eller unnløstelse

⁴⁹⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 149

⁴⁹⁶ Grunnloven § 121

⁴⁹⁷ Dokument 16 (2011-2012) s. 149

⁴⁹⁸ Likestillingsloven, diskrimineringsloven om seksuell orientering, diskrimineringsloven om etnisitet og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

⁴⁹⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 118-119. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk baserer seg på internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og Yogyakarta-prinsippene.

⁵⁰⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 110

⁵⁰¹ Ibid. s. 119

som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon», mens indirekte diskriminering er «enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk.». Forskjellen mellom direkte og indirekte diskriminering er forklart nærmere i behandlingen av EMK artikkel 14 over, se punkt 5.5.1.

Forskjellsbehandling som stiller noen dårligere på bakgrunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er forbudt dersom forskjellsbehandlingen ikke har et saklig formål, jf. lovens § 6. Det saklige formålet med forskjellsbehandlingen må også være nødvendig for å oppnå formålet. I tillegg må forskjellsbehandlingen stå i rimelig forhold til det man ønsker å oppnå sammenlignet med hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den det gjelder.⁵⁰²

I 2014 tok LDO stilling til om dagens modell med obligatorisk tildeling av kjønn utgjorde diskriminering i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Hovedspørsmålet i saken var om sterilisering kunne stilles som vilkår for å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne. LDO kom frem til at dagens praksis utgjorde ulovlig forskjellsbehandling.⁵⁰³

LDO la til grunn at dagjeldende praksis med krav om sterilisering utgjorde indirekte forskjellsbehandling. Ordningen var nøytralt utformet, men virkningen er likevel at noen blir stilt i en dårligere stilling.⁵⁰⁴ Lov om endring av juridisk kjønn har gjort det mulig for klageren å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne. Det er imidlertid fortsatt umulig å endre til en juridisk kjønnskategori utenfor tokjønnsmodellen. Personer som ønsker å registrere seg som noe annet enn mann eller kvinne i pass og identitetsdokumenter er ekskludert fra denne muligheten. Spørsmålet er om denne praksisen er utgjør ulovlig diskriminering.

Den obligatoriske tokjønnsmodellen skiller seg fra LDO saken i 2014. Tokjønnsmodellen er ikke nøytralt utformet. Det fremkommer direkte av modellens utforming at det kun er mulig å bli anerkjent som enten kvinne eller mann. Ingen andre muligheter er åpne. Personer som ikke ønsker å identifisere seg som mann eller kvinne er direkte og formelt utelatt fra modellen. Det foreligger da direkte forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

Forskjellsbehandlingen må etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 ha «som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere» sammenlignet med andre. Vurderingen av dårligere stilling etter diskrimineringsloven vil til dels sammenfalle med EMK artikkel 14, se punkt 4.4.1 over. Jeg konkluderte der med at transpersoner og intersex-

⁵⁰² Diskrimineringsloven om seksuell orientering § 6

⁵⁰³ Likestillings- og diskrimineringsombudet (23. september 2014) sak nr. 14/840

⁵⁰⁴ Ibid.

personer blir utsatt for konfrontasjoner som andre personer slipper. I Goodwin-avgjørelsen la EMD vekt på formålet om å unngå å bli konfrontert med hvilket kjønn man egentlig er, det samme gjorde LDO i sin avgjørelse fra 2014.⁵⁰⁵ Selv om Goodwin og LDO-saken ikke handlet om alternativer til den obligatoriske tokjønnsmodellen, men derimot om muligheten til å endre juridisk kjønn innenfor tokjønnsmodellen, peker de på en lignende uheldig virkning. Endring av juridisk kjønn er sentralt for å unngå konfrontasjoner om hvilket kjønn man egentlig er, enten det er aktuelt å endre til et juridisk kjønn innenfor eller utenfor tokjønnsmodellen.

Det er imidlertid en nyanseforskjell mellom EMK og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Etter EMK artikkel 14 er det en forutsetning at forskjellsbehandlingen har tilknytning til en av de materielle rettighetene etter EMK. Diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven om seksuell orientering er imidlertid generelt. Det er med andre ord ingen forutsetning at forskjellsbehandlingen må gjelde privatlivet eller øvrige rettigheter etter EMK.

Yogyakartaprinsippene, som diskrimineringsloven bygger på, gir enhver rett til juridisk anerkjennelse basert på egen kjønnsidentitet.⁵⁰⁶ Anerkjennelse ser altså ut til å være en rett i seg selv, uavhengig av retten til privatliv. Det er imidlertid verdt å merke seg at Yogyakartaprinsippene kun bygger på eksisterende menneskerettighetskonvensjoner. Kommentartutgaven til Yogyakartaprinsippene viser tilbake til EMDs rettspraksis om endring av juridisk kjønn. Anerkjennelse av kjønnsidentitet etter Yogyakartaprinsippene ser altså ut til å støtte seg på retten til privatliv.⁵⁰⁷ Samtidig er diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven om seksuell orientering generelt utformet. Selv om loven bygger på og er inspirert av Yogyakartaprinsippene, er det derfor ingen forutsetning at retten til kjønnsidentitet må være bundet til retten til privatliv. Diskrimineringsloven sikrer altså vern mot ulovlig forskjellsbehandling på bakgrunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, uavhengig av om forskjellsbehandlingen har knytning til retten til privatliv eller ikke.

Ved vurderingen av EMK artikkel 8 og 14 er spørsmålet om hvor langt rettighets- og diskrimineringsvernet forplikter norske myndigheter av sentralt betydning. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er til sammenligning et direkte uttrykk for lovgivers vilje. Stortinget har valgt å spesifisere og fremheve diskrimineringsvernet basert på kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk i en egen lov. Norske myndigheter støtter seg også aktivt bak Yogyakartaprinsippene.⁵⁰⁸ Både Yogyakartaprinsippene og diskrimineringsloven er forholdsvis nye. Det er derfor i liten grad snakk om dynamisk tolkning eller utvidende tolkning av gamle bestemmelser.

⁵⁰⁵ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 77 og Likestillings- og diskrimineringsombudet (23. september 2014) sak nr. 14/840

⁵⁰⁶ Yogyakartaprinsippene (2006) prinsipp nr. 3

⁵⁰⁷ O'Flarethy (2007) s. 12

⁵⁰⁸ Prop. 88 L (2012-2013) s. 117

Forskjellsbehandlingen kan være lovlig dersom den har et saklig begrunnet formål. I tillegg må tiltaket være nødvendig for å oppnå det saklige formålet, jf. lovens § 6. Et sentralt formål med kjønnsmarkører i pass og identitetspapirer er behovet for visuell identitetskontroll basert på kjønn. Jeg har tidligere vurdert ved behandlingen av EMK artikkel 8 og 14 om den obligatoriske tokjønnsmodellen er nødvendig og forholdsmessig opp mot formålet om visuell identitetskontroll, se punkt 4.1.2.3. Diskrimineringsloven om seksuell orientering tilsier at passkontrollører og andre som skal håndtere identitetspapirer bør være bevisst over at ikke alle oppfyller rådende normer om hvordan kvinner og menn bør se ut og oppføre seg. Kjønnsmarkører gir ingen garanti for et bestemt utseende.

Behovet for visuell identitetskontroll er i seg selv et saklig formål, men det er tvilsomt om den forskjellsbehandlingen som obligatoriske kjønnsmarkører utgjør er nødvendig for å oppnå formålet. Det vil være mulig å gjennomføre visuell identitetskontroll uten en mannlig eller kvinnelig kjønnsmarkør ved kontroll av bilde og øvrige opplysninger rundt passholderens identitet, slik arbeidsgruppen i ICAO legger til grunn. Arbeidsgruppen har kravet om kjønnsmarkør «under review»,⁵⁰⁹ samtidig som ICAO etter gjeldende standard tillater å la kjønn være uspesifisert.⁵¹⁰

Ut fra en samlet forholdsmessighetsvurdering mangler det etter min oppfatning tilstrekkelig grunnlag for å beholde de to obligatoriske kjønnsmarkørene i pass og identitetspapirer. Dagens praksis utgjør da ulovlig forskjellsbehandling, jf. lovens § 5. Ulovlig forskjellsbehandling innebærer kun at dagens praksis må opphøre, men peker ikke på et bestemt alternativ. Alternativet kan for eksempel være en uspesifisert kjønnsmarkør, en nærmere spesifisert kjønnsmarkør eller ingen kjønnsmarkører i det hele tatt. I punkt 6 nedenfor vil jeg se på ulike alternative løsninger til dagens praksis.

5.4. Konklusjon

I denne delen har jeg sett på om dagens obligatoriske tokjønnsmodell virker diskriminerende overfor personer som ikke identifiserer seg som mann eller kvinne. Jeg startet med å undersøke om KDK og likestillingsloven dekker diskriminering basert på alternative kjønnsidentiteter.

I likhet med likestillingsloven forutsetter Kvinnediskrimineringskonvensjonen et kvinne- og mannsbegrep. Kvinnebegrepet er imidlertid både mangfoldig og sammensatt. Transpersoner med kvinnelig kjønnsidentitet er for eksempel dekket av begrepet. Kvinnekomiteen har derimot ikke gitt signaler om at de åpner for et tredje juridisk kjønnsalternativ. Samtidig er det

⁵⁰⁹ International Civil Aviation Organization (10.-12. desember 2012)

⁵¹⁰ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303

lite som tyder på at et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetspapirer vil være til hinder for en effektiv håndhevelse av KDK.

EMK artikkel 14 skal vurderes autonomt fra retten til privatliv etter EMK artikkel 8, som jeg har vurdert i punkt 4 over. Det kan derfor foreligge brudd på artikkel 14 selv om det ikke foreligger brudd på EMK artikkel 8. I vårt tilfelle har en gruppe i samfunnet fått retten til å ha en kjønnsmarkør i pass og identitetsdokumenter som stemmer overens med egen kjønnsidentitet, mens en annen gruppe er ekskludert fra denne retten. I likhet med del 4 har jeg kommet frem til at retten til at den obligatoriske tokjønnsmodellen fortsatt er fundamental og grunnleggende i de fleste europeiske stater. Trenden i retning av alternativer til dagens obligatoriske modell er fortsatt i startfasen. Det foreligger derfor ennå ikke en plikt til å bytte ut dagens modell, og dagens modell er derfor heller ikke i strid med EMK artikkel 14.

Til slutt har jeg sett på Grunnloven § 98 og diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Loven gir et generelt vern mot diskriminering. Vurderingen trenger derfor ikke å være knyttet opp til retten til privatliv. Retten til anerkjennelse kommer med andre ord klarere frem under diskrimineringsloven om seksuell orientering ettersom retten til privatliv ikke trenger å være den underliggende begrunnelsen.

Jeg har her konkludert med at det foreligger ulovlig forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 på av bakgrunn av at kun utvalgte kjønnsidentiteter blir anerkjent gjennom pass og identitetspapirer. Et brudd på diskrimineringsloven innebærer kun at dagens praksis må opphøre. Loven peker ikke på et spesifikt alternativ som dagens ordning kan erstattes med. Forskjellsbehandlingen innebærer imidlertid at norske myndigheter må utrede et alternativ til dagens ordning. I neste del vil jeg se på ulike løsninger.

6. Avsluttende bemerkninger

Juridisk kjønn kan ha mange ulike formål. I denne avhandlingen har jeg trukket frem to mulige og delvis motstridende formål. Det første formålet er å korrigere og normalisere avvik. Kjønnsmangfold takles da ved å sørge for at transseksuelle og andre som avviker fra majoritetsnormen på best mulig måte normaliseres inn i det rådende systemet.

Praksis fra EMD om endring av juridisk kjønn viser at dette formålet har stått sentralt. I Goodwin la domstolen til grunn at “the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable”.⁵¹¹ Hensikten er med andre ord ikke å gi en positiv anerkjennelse av transseksuelle eller transpersoner, men derimot å sørge for at transseksuelle kan passe inn i samfunnet ved å la dem passere som det motsatte kjønn.

Goodwin-avgjørelsen fører til at gjeldende normer om hvordan kvinner og menn skal se ut og oppføre seg blir fastholdt og videreført. Gjennom å gi Goodwin muligheten til å endre juridisk kjønn går hun fra å være en normbryter til et normalisert individ i et system som kun består av menn og kvinner.⁵¹²

Det andre mulige formålet er positiv anerkjennelse av det kjønnsmangfoldet som finnes i samfunnet. Kjønnsideidentitet kan være helt sentralt for noen og uviktig for andre. Det vil variere fra person til person hvor viktig det er å få positiv anerkjennelse for ulike aspekter ved sin egen identitet. Det vil ofte være viktigere for personer i en minoritetsposisjon å få sin status anerkjent. Filosofen Charles Taylor peker på at majoriteten som oftest tar anerkjennelse for gitt fordi deres identitet allerede er anerkjent gjennom en rekke ulike offentlige institusjoner. Majoritetsbefolkningen kan derfor bli villedet til å tro at kjønnsideidentiteten deres ikke er viktig, ettersom majoriteten aldri selv har opplevd å bli nektet anerkjennelse av samfunnet rundt seg.⁵¹³

I denne avhandlingen har jeg skissert opp tre mulige alternativer til den obligatoriske tokjønnsmodellen som praktiseres i dag; reservasjonsmodellen, flerkjønnsmodellen og den kjønnsnøytrale modellen. Hensikten med reservasjonsmodellen er negativ anerkjennelse. Gjennom å slippe å bli betegnet som mann eller kvinne vil man unngå å bli konfrontert med hvilket kjønn man «egentlig er». Formålet med flerkjønnsmodellen er det motsatte. Gjennom flerkjønnsmodellen vil samfunnet gi positiv anerkjennelse av den enkeltes egenopplevde

⁵¹¹ Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 90

⁵¹² Andenæs (2012) s. 191-192

⁵¹³ Taylor (2007) s. 232-333. Taylors interesse ligger primært i anerkjennelse av den franske språkminoriteten i Canada, men poenget hans er også overførbart til anerkjennelse av kjønnsmangfold og andre minoritetsidentiteter.

kjønnsidentitet. Den kjønnsnøytrale modellen gir ingen anerkjennelse av kjønnsidentitet i det hele tatt.

Hvilket formål og hvilken modell som bør være mest fremtredende avhenger av hvilket syn man har på kjønn. I denne avhandlingen har jeg trukket frem to ulike teorier om hva kjønn er. I korte trekk ser den ene teorien på kjønn som konstant, mens den andre ser på kjønn som situasjonelt.⁵¹⁴ Kjønn er et komplekst begrep som viser til både biologiske og sosiale aspekter. Noen trekk ved kjønn er forholdvis varige over tid, mens andre er mer flytende og foranderlig. Et fellestrekk ved de to teoriene er at kjønn ikke er noe hver enkelt kan velge fritt. Alle blir utsatt for forventninger om hvordan man skal se ut og oppføre seg. Mange opplever også diskriminering. Spørsmålet er hvordan retten på best mulig måte kan utfordre sosiale kjønnsforskjeller og motarbeide diskriminering basert på kjønn.

De to teoriene om kjønn peker på et sentralt problem ved rettens funksjon. Kjønn skal på den ene siden anerkjennes og på den andre siden reguleres. Retten skal være både liberal og sosial på samme tid.⁵¹⁵ Juridisk kjønn har lenge vært brukt til å fordele status og rettigheter ulikt mellom menn og kvinner. Samfunnet skiller fortsatt mellom menn og kvinner, og det foregår fortsatt forskjellsbehandling og diskriminering basert på kjønn.⁵¹⁶ Det er derfor fortsatt nødvendig å regulere kjønn. Ved å ta utgangspunkt i tokjønnsmodellen kan retten imidlertid også være med på å forsterke den. Retten er i seg selv en viktig maktaktør i samfunnet.⁵¹⁷ Den obligatoriske tokjønnsmodellen som praktiseres i dag sender et signal om at alle enten er kvinner eller menn. Det knyttes sosial mening til disse to kategoriene, med forventninger om hva en kvinne og mann skal være.

Reservasjonsmodellen kan ha to helt motstridende konsekvenser. På den ene siden kan reservasjonsmodellen bidra til å gjøre kjønn generelt sett mindre relevant for retten. På den andre siden kan reservasjonsmodellen bidra til å forsterke stereotype kjønnsforskjeller. I debatten om lov om endring av juridisk kjønn om endring av juridisk kjønn har Espen Ottesen, styreleder i tankesmien Skaperkraft, tatt til ordet for å innføre et tredje kjønn. Ottesen er kritisk til å oppheve de biologiske skillelinjene mellom mann og kvinne, og mener derfor det er bedre å opprette en tredje kjønnskategori.⁵¹⁸ På den måten kan dagens biologisk baserte tokjønnsmodell bevares uten å vannes ut med subjektive forståelser av kjønn.

⁵¹⁴ Se nærmere om dette i punkt 3.1

⁵¹⁵ Foucault (2008) s. 169-171

⁵¹⁶ Meld. St. 7 (2015-2016) s. 8-9

⁵¹⁷ Mathiesen (2005) s. 84. Om rettens ikke-tilsiktete virkninger.

⁵¹⁸ Omvik (28. juni 2015)

Tokjønnsmodellen forsterkes og forenkles ved å trekke ut avvik fra majoritetsnormen inn en tredje kategori.

Et alternativ til å anerkjenne flere kjønn kan være å utvide rammene for hva det vil si å være en kvinne eller mann. På den måten kan forhåpentligvis alle føle seg hjemme innenfor tokjønnsmodellen. Men hva er da egentlig poenget med å ha to juridiske kjønn? Om en mann kan gjøre det en kvinne gjør, og en kvinne kan gjøre det en mann gjør, gir det lite mening å skille mellom de to. Den kjønnsnøytrale modellen kan da være et godt alternativ. Samfunnet er imidlertid ikke kjønnsnøytralt. Den juridiske tokjønnsmodellen eksisterer fordi samfunnet skiller skarpt mellom menn og kvinner. Kvinnediskrimineringskonvensjonen og likestillingsloven er nettopp et svar på samfunnets forskjellsbehandling av kvinner.

Flerkjønnsmodellen kan være et viktig bidrag til å motarbeide stereotype forståelser av kjønn og utfordre dagens strenge rammer for hva en kvinne og mann skal gjøre og være. Retten og samfunnet påvirkes av hverandre.⁵¹⁹ Et rettssystem som aktivt anerkjenner kjønns mangfold kan bidra til å utvide rammene for kjønn. Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønns mangfold bygger på Yogyakarta prinsippene. Det følger av prinsipp nr. 3 at alle har rett til statene skal “take all necessary legislative, administrative and other measures to fully respect and legally recognise each person’s self-defined gender identity.”⁵²⁰

Yogyakarta prinsippene peker på at positiv anerkjennelse er nødvendig. Det er ikke tilstrekkelig å kun anerkjenne en restkategori for alle som faller utenfor tokjønnsmodellen. Statene skal etter prinsippene aktivt anerkjenne den enkeltes selvdefinerte kjønnsidentitet.⁵²¹ Dette går i retning av Australias løsning, der det er mulig å registrere seg med et uendelig antall ulike kjønnsmarkører. Det negative ved Australia sin løsning er imidlertid at egen kjønnsidentitet må bekreftes gjennom legeattest.⁵²² Menneskerettighetsaktivister fra Australia stiller seg kritisk til en tredje kjønnskategori dersom den skal være basert på medisinske kriterier fremfor eget valg.⁵²³ For å være i tråd med prinsippet om selvdefinert kjønnsidentitet bør registreringen av kjønn være selvbestemt uten involvering av lege eller andre medisinske vurderinger.⁵²⁴

⁵¹⁹ Mathiesen (2005) s. 84

⁵²⁰ Yogyakarta prinsippene (2006) prinsipp nr. 3

⁵²¹ Ibid.

⁵²² Australian Government (november 2015)

⁵²³ Organisation Intersex International Australia (14. juni 2013)

⁵²⁴ Open Society (mai 2014) s. 21

Det er vanskelig å knytte konkrete rettsvirkninger til et ubegrenset antall kjønnskategorier. Flerkjønnsmodellen legger vekt på anerkjennelse, ikke regulering. Kvoteringsregler gir for eksempel ikke mening om det finnes hundre forskjellige kjønn. I denne avhandlingen er imidlertid ikke slike kjønns spesifikke reguleringer tema. Spørsmålet er kun om egen kjønnsidentitet bør anerkjennes i pass og identitetspapirer, og ikke hva slags virkning denne anerkjennelsen skal ha for kjønns spesifikke rettigheter.

De ulike formene for identitetspapirer varierer med hensyn til opplysninger om kjønn. Pass har kjønn som en obligatorisk markør, mens det i førerkortet kun fremkommer gjennom personnummeret. Ved neste revisjon av ICAO-standarden for pass er det godt mulig at kjønn ikke lenger vil være en obligatorisk markør. Det vil da bli mulig for Norge å velge om vi vil fortsette å ha kjønn i passet. Den kjønnsnøytrale modellen skiller seg ut fra de øvrige modellene ved å gjøre kjønn irrelevant. Et kjønnsnøytralt pass vil ikke nødvendigvis fjerne kjønn fra samfunnet. Kjønn vil fortsatt med stor sannsynlighet være relevant i hverdagen. Et pass eller identitetspapir som anerkjenner egen kjønnsidentitet kan bidra til å gi vern mot konfrontasjoner og korrigeringer om hvilket kjønn man egentlig er. Et nøytralt pass gir derimot ingen slik bekreftelse. Pass og identitetspapirer som anerkjenner egen kjønnsidentitet kan derfor være å foretrekke dersom målet er å fremheve og anerkjenne kjønns mangfoldet i samfunnet.

I det følgende går jeg gjennom hvilke muligheter vi har til å endre dagens obligatoriske tokjønnsmodell i pass og identitetspapirer til henholdsvis reservasjons- og flerkjønnsmodellen.

7. Aktuelle lovendringer

7.1. Passloven og ICAO-standarden

Passloven har ingen regler om kjønn. Det følger kun av passloven § 6 at passet skal «inneholde opplysninger om en enkelt person». Det følger av forarbeidene at det av hensyn til passinnehaveren er nødvendig å ha et pass som er alminnelig akseptert av andre land.⁵²⁵ Det er derfor lite hensiktsmessig å regulere direkte i norsk lov hvilke opplysninger passet skal ha.

Innholdet i norske pass bygger på ICAO sin standard for pass. Etter den siste versjonen av denne standarden er kjønn et obligatorisk felt. Det er imidlertid mulig å utstede pass med kjønnsmarkøren «X».⁵²⁶ Danmark har åpnet for denne muligheten. ICAO sin standard gjelder for sivil luftfart. ILO konvensjon nr. 185 regulerer identitetsdokumenter for sjøfarere. Etter denne konvensjonen er kjønn et obligatorisk felt, og det er kun mulig å velge mellom «M» for mann og «F» for kvinne. Norge har ikke ratifisert ILO-konvensjon nr. 185.⁵²⁷

ICAO-standarden gir kun mulighet til å velge mellom mann, kvinne eller uspesifisert. Kjønnsmarkøren skal være merket med «M» for mann, «F» for kvinne eller «X» for uspesifisert. Ved siden av «X» er det mulig å legge til en ett initial som er «commonly used in the language of the State». Dette gir en mulighet til å legge til en nærmere spesifisert kjønnsmarkør ved siden av den universelle markøren «X». ICAO-standarden gir ikke direkte svar på om det kan fylles inn en rekke ulike nasjonalt bestemte markører ved siden av «X». Det eneste kravet er at markøren er i vanlig bruk i det språket som brukes av de nasjonale myndighetene.⁵²⁸ Innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass krever en endring i forvaltningspraksis, men for øvrig ingen lov- eller forskriftsendringer.

Endring av kjønn er i dag kun basert på ulovfestet praksis. For å fremheve retten til endring av kjønn basert på egen kjønnsidentitet foreslo regjeringen en egen lov om endring av juridisk kjønn.⁵²⁹ På samme måte kan det være hensiktsmessig å fremheve et tredje juridisk kjønnsalternativ i formell lov, for eksempel som en endring til regjeringens lovforslag om endring av juridisk kjønn.

I tillegg til kjønnsmarkører fremkommer også kjønns spesifikke personnumre i passet. Personnummer er ikke et obligatorisk felt etter de internasjonale standardene. Det er altså valgfritt

⁵²⁵ Prop. 66 L (2014-2015) s. 10

⁵²⁶ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14

⁵²⁷ International Labour Organization (2016)

⁵²⁸ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14

⁵²⁹ Prop. 74. L (2015-2016)

for Norge om vi vil inkludere personnummer eller ikke.⁵³⁰ Personnummer brukes av en rekke ulike institusjoner, for eksempel NAV, Lånkassen, banker og forsikringsselskaper.⁵³¹

I 2014 foreslo Skatteetaten å gjøre personnumrene kjønnsnøytrale.⁵³² Dette anbefales imidlertid samtidig en lang overgangsperiode på minst 10 år.⁵³³ Dette innebærer at nye numre tidligst vil bli innført i 2026.⁵³⁴ Skatteetatens utredning legger til grunn at det fortsatt vil være nødvendig å registrere kjønn i offentlige registre selv om personnummeret gjøres kjønnsnøytralt.⁵³⁵ Selv om en rett til et tredje juridisk kjønnsalternativ blir innført i pass vil altså personnummer fortsatt være kjønns-spesifikt i flere år fremover. Et alternativ kan være å utelate personnummer fra pass, ettersom personnummer ikke er obligatorisk etter ICAO-standarden. Det kan imidlertid være andre hensyn bak beslutningen om å inkludere personnummer i pass som ikke har blitt belyst gjennom denne avhandlingen.

7.2. ID-kortloven og andre identitetsdokumenter

ID-kortloven av 2015 inneholder ingen regulering om kjønn. Arbeidsgruppen for nasjonalt ID-bevis mente at identifikasjonskortet bør inneholde «enkle og sentrale elementer for verifisering av identiteter», herunder kjønn. I forarbeidene anbefaler departementet derimot at det bør gjøres en nærmere vurdering av hvilke opplysninger som er nødvendige for visuell kontroll.⁵³⁶ ID-kortet er planlagt lansert 1. januar 2017.⁵³⁷

Kjønns-spesifikke personnumre fremkommer på bankkort og førerkort. Det følger av § 4 i vedlegg 2 til førerkortforskriften at førerkortets forside skal inneholde personnummer. Personnummeret er etter forskrift om folkeregistrering § 2-2 kjønns-spesifikt.

Kjønn er også spesifisert i asylsøkerbevis. Det følger av forskrift om folkeregistrering § 2-6 til 2-7 at asylsøkere skal gis et asylsøker med D-nummer og spesifisering av kjønn. D-nummeret er etter forskrift om folkeregistrering § 2-5 kjønns-spesifikt. Kjønns-spesifikke personnummer fremkommer i tillegg på bankkort. Det er ingen spesifikke reguleringer av hvilke opplysninger som skal være påført bankkort.

⁵³⁰ International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303 s. 14

⁵³¹ Datatilsynet (22. mai 2016)

⁵³² Skatteetaten (30. juni 2014) s. 2

⁵³³ Skatteetaten (4. april 2013) s. 33

⁵³⁴ Skatteetaten (30. juni 2014) s. 86

⁵³⁵ Ibid s. 78

⁵³⁶ Prop. 66 L (2014-2015) s. 35

⁵³⁷ Sørдал (2014). Antatt lanseringsdato for nasjonalt ID-bevis er januar 2017.

På samme måte som ved pass kan det være hensiktsmessig å heve retten til et tredje juridisk kjønnsalternativ inn i formell lov. Et annet alternativ til et tredje juridisk kjønnsalternativ kan være at kjønn utelates helt fra øvrige identitetspapirer. For pass er det foreløpig et internasjonalt krav om å inkludere kjønn, den samme internasjonale forpliktelsen gjelder ikke for øvrige identitetsdokumenter som ID-kort, asylsøkerbevis, førerkort og bankkort. Et sentralt formål bak ID-kortloven er imidlertid at ID-kort skal fungere som substitutt for pass. ID-kortet bør derfor ligge så nært opp til den internasjonale ICAO-standarder som mulig.⁵³⁸

7.3. Lov om endring av juridisk kjønn

Etter lov om endring av juridisk kjønn § 2 har personer ”som opplever å tilhøre det andre kjønn” rett til å endre juridisk kjønn. Det fremkommer indirekte av bestemmelsen at det kun er mulig å velge mellom enten mann eller kvinne. Det fremkommer videre klart av forarbeidene til loven og tilhørende ekspertutredning at loven ikke tar sikte på å anerkjenne alternative kjønnsalternativer utenfor tokjønnsmodellen.⁵³⁹ Ved innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ vil det derfor være nødvendig å endre loven.

Juridisk kjønn skal etter loven legges til grunn på alle områder der kjønn er relevant ved unntak av etablering av foreldeskap, jf. § 6. Ved innføring av et tredje juridisk alternativ vil det være nødvendig å gjøre en nærmere vurdering av hvilke rettsvirkninger et slikt alternativ skal ha, herunder om alternativet skal kun fungere som et supplement til de to tradisjonelle kjønnskategoriene eller fungere som et fullt ut og likestilt alternativ til tokjønnsmodellen.

⁵³⁸ Justis- og politidepartementet (februar 2007) s. 34

⁵³⁹ Prop 74. L (2015-2016) s. 6 og Helsedirektoratet (10. april 2015) s. 120-121

8. Litteraturliste

- Almås, Elsa, og Espen E. P. Benestad. *Kjønn i bevegelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. Oslo: 07 Gruppen AS, 2009.
- Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik, og Eirik Bjørge. «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin.» *Lov og rett*, 2015: 261-278.
- Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge. *Menneskerettene og oss*. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Arnesen, Finn, og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Baden, Sally, og Anne Marie Goetz. «Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]? Conflicting Discourses on Gender at Beijing.» *Feminist Review*, 1997: 3-25.
- Barne- og likestillingsdepartementet. «Bedre livskvalitet for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner.» *Regjeringen.no*. 25. juni 2008.
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/handlingsplaner/hpl_lhbt_september_2008.pdf (funnet 22. mai 2016).
- Barne, ungdom og familiedirektoratet. 12. mars 2015.
http://www.bufdir.no/Lhbt/LHBT_ordlista/#11861 (funnet 22. mai 2016).
- Dr Money and the Boy with No Penis*. Utført av BBC - Horizen. 2004.
- Berlin, Isaiah. «To begreper om frihet.» I *Liberalisme - Politisk frihet fra John Locke til Amartya Sen*, redigert av Lars H. Svendsen, oversatt av Lars Holm-Hansen, 292-343. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Bue, Kristine. *Ulike kulturelle forståelser av kjønn - Med et interseksjonelt blikk på rasialiserte transpersoner i Norge*. Masteravhandling, Oslo: Universitetet i Oslo, 2014.
- Butler, Judith. *Gender Trouble - Feminism and the Subversion of Identity*. 2. utgave. New York: Routledge, 1999.
- Byrnes, Andrew. «Article 1.» I *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - A commentary*, redigert av Marsha A. Freeman, Christine Chinkin og Neate Rudolf, 51-70. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Chinkin, Christine, og Marsha A. Freeman. «Introduction.» I *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - A commentary*, redigert av Marsha A. Freeman, Christine Chinkin og Beate Rudolf, 1-32. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Coke, Sir Edward. *A Systematic Arrangement of Lord Coke's First Institute of the Laws of England*. London, 1818.

Datatilsynet.no. 22. mai 2016.

<https://www.datatilsynet.no/personvern/Personopplysninger/Fodselsnummer/> (funnet 22. mai 2016).

Deutscher Ethikrat. «Intersexualität.» 2012. <http://www.ethikrat.org/files/opinion-intersexuality.pdf> (funnet 22. mai 2016).

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Elgesem, Frode. «Tolking av EMK - Menneskerettsdomstolens metode.» *Lov og Rett*, 2003: 203-230.

Engesbak, Reidar. «- Ikke regjeringens politikk.» *Blikk*. Retriever, 10 mars 2016.

Eriksen, Christoffer C. «Om rettspolitik.» *Kritisk juss*, 2012: 139-157.

Europarådet. «Chart of signatures and ratifications of Treaty 005.» 22. mai 2016.

http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=GkVqCGbv (funnet 22. mai 2016).

Europarådets kommisær for menneskerettigheter. «Human Rights and Gender Identity.» Issue Paper, 2009.

Europarådets kommisær for menneskerettigheter. «Human rights and intersex people.» 2015. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2909386&SecMode=1&DocId=2367288&Usage=2> (funnet 22. mai 2016).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). «Protection against discrimination on grounds of gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis.» desember 2015. <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/lgbti-comparative-legal-update-2015> (funnet 22. mai 2016).

Fausto-Sterling, Anne. *Sexing the Body: Gender Politics and the Construct*. New York: Basic Books, 2000.

Finkelstein, J. J. «Sex offenses in Sumerian Laws.» *Journal of the American Oriental Society*, 1966: 355-372.

FN. «Beijingerklæringen.» *un.org*. 1995.

<http://www.un.org/documents/ga/conf177/plateng/aconf177-20-part6en.htm> (funnet 22. mai 2016).

Folgerø, Tor, og Tone Hellesund. «Transskualitet på norsk - Heteronormering av kjønn og hverdagsliv.» I *Norske seksualiteter*, redigert av Wencke Mühleisen og Åse Røthing, 99-120. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2009.

Folkehelseinsittuttet. «Veiledning for utfylling av melding til Medisinsk fødselsregister, IK-1002 og Forskirft om innsamling og behandling av helseopplysninger i Medisinsk fødselsregister (MFR-forskriften).» 1. november 2014.

<http://www.fhi.no/dav/4be814930d.pdf> (funnet 15. mai 2016).

Foucault, Michel. *The Birth of Biopolitics*. Redigert av Michel Senellart. Oversatt av Graham Burchell. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

- Frydenlund, Stein Wolff, og Jan Elisabeth Lindvik. «Hvorfor snur du nå Høie?»
Klassekampen. Retriever, 26 februar 2016.
- Harrison, Jack, Jaime Grant, og Jody L. Herman. «A gender not listed here: Genderqueers, gender rebels, and otherwise in the National Transgender Discrimination Survey.»
LGBTQ Public Policy Journal at the Harvard Kennedy School, 2012.
- Anne Hellum "Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk - noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett" i Festskrift til Aslak Syse 70 år, Reidun Førde, Morten Kjelland, Ulf Stridbeck, Hans Andreas Tvedt (red), Gyldendal, 2016.
- Hellum, Anne, og Julia Köhler-Olsen. «Kapittel 1 - Innledning.» I *Like rettigheter - ulike liv*, redigert av Anne Hellum og Julia Köhler Olsen, 19-38. Oslo: Gyldendal, 2014.
- Helsedirektoratet. «Ny personindikator (PID) - utrede en kjønnsnøytral identifikator, Moderniseringsprogram for Folkeregisteret.» 24. april 2014.
https://ehelse.no/Documents/Folkeregisteret/10-7967-78%2010-7967-78%20Kj%C3%B8nnsn%C3%B8ytral%20PID%20Skatt.doc%2011060052_1_1.pdf (funnet 15. mai 2016).
- Helsedirektoratet. «Rett til rett kjønn - helse til alle kjønn. Ekspertutvalgets rapport.» 10. april 2015.
https://www.regjeringen.no/contentassets/d3a092a312624f8e88e63120bf886e1a/rapport_juridisk_kjonn_100415.pdf (funnet 15. mai 2016).
- Hemmilä, Anita. *Ancestors of Two-Spirits: Representations of Native American Third-Gender Males in Historical Documentation*. Masteravhandling, University of Jyväskylä, 2005.
- Holtmaat, Rikki. «Article 5.» I *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - A commentary*, 141-168. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Holtmaat, Rikki. «The CEDAW: a holistic approach to women's equality.» I *Women's Human Rights - CEDAW in International, Regional and National Law*, redigert av Anne Hellum og Henriette Sinding Aasen, 95-123. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Holtmaat, Rikki, og Paul Post. «Enhancing LGBTI Rights by Changing the Scope of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?»
Leiden University, 2015.
- House of the Oireachtas. «Gender Recognition Act 2015 (proposal).» 31. januar 2015.
<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf> (funnet 15. mai 2016).
- Hughes, Ieuan A., Chris Houk, S. Faisal Ahmed, og Peter A. Lee. «Consensus statement on management of intersex disorders.» *Journal of pediatric urology*, 2006: 148-162.
- ILO. «Ratifications of C185 - Seafarers' Identity Documents Convention (Revised), 2003 (No. 185).» *International Labour Organization*. 22. mai 2016.

- http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312330 (funnet 22. mai 2016).
- Indreberg, Hilde. «Utfordringer for Høyesterett ved Grunnlovsfesting av flere menneskerettigheter.» I *Lov Sannhet Rett - Norges Høyesterett 200 år*, redigert av Tore Schei, Jens Edvin Skoghøy og Toril M. Øie, 393-420. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- International Civil Aviation Organization. «Doc. 9303 Machine Readable Travel Documents - Seventh Edition.» *icao.int*. 2015.
http://www.icao.int/publications/Documents/9303_p4_cons_en.pdf (funnet 22. mai 2016).
- International Civil Aviation Organization. «icao.int.» 22. mai 2016.
<http://www.icao.int/publications/Documents/chicago.pdf> (funnet 22. mai 2016).
- International Civil Aviation Organization. «Technical Advisory Group on Machine Readable Travel Documents. TAG/MRTD/21-IP/4.» 10.-12 desember 2012.
<http://www.icao.int/Meetings/TAG-MRTD/Documents/Tag-Mrtd-21/TagMrtd21-Report.pdf> (funnet 22. mai 2016).
- Jain, Dipika, og Kimberly Rhoten. «A Comparison of the Legal Rights of Gender Non-Conforming Persons in South Asia.» *Economic & Political Weekly*, desember 2013: 10-12.
- Jevne, Gudrun. *Personlig korrespondanse med saksbehandler i Barne- ungdoms- og familiedirektoratet*. Barne- ungdoms- og familiedirektoratet, 18. mai 2016.
- Justis- og politidepartementet. «Nasjonalt ID-kort.» *Regjeringen.no*. februar 2007.
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/JD/Vedlegg/ID-kort-Sluttrapport.pdf> (funnet 15. mai 2016).
- Justisministeriet. «Rapport fra arbeidsgruppen om juridisk kønsskifte.» 2014.
<http://justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2014/Rapport%20om%20juridisk%20k%C3%B8nsskifte.pdf> (funnet 22. mai 2016).
- Kjølbros, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 3. utgave. København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2010.
- Kulturutvalget. «Han, hun, hen - en tredje kjønnskategori.» 18. mars 2016.
https://www.youtube.com/watch?v=gy_oD8my648 (funnet 15. mai 2016).
- Kvam, Anna Serafima Svendsen. «Hvorfor ikke et tredje kjønn, Høie?» *Dagbladet*. Retriever, 26 februar 2016.
- Laqueur, Thomas. *Making Sex - Body and Gender from the Greeks to Freud*. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 1990.
- Liberty. «A comparative study of European, Commonwealth and International Law and Practice Regarding the Civil Status of Transsexual People.» *Amicus brief/prosesskriv til EMD Goodwin mot Storbritannia (2002) og I mot Storbritannia (2002)*. 2002.

- <https://www.liberty-human-rights.org.uk/sites/default/files/goodwin-v-uk-european-court-of-human-rights-2002.pdf> (funnet 22. mai 2016).
- Liberty. «Integrating Transsexual and Transgendered People - A comparative study of European, Commonwealth and International Law.» Amicus brief / prosesskriv til EMD Sheffield and Horsham mot Storbritannia (1998), 1998.
- Lindvik, Jan Elisabeth. «Hvordan forstår vi kjønn?» *Aftenposten*. Retriever, 12 april 2016.
- Lorentzen, Jørgen. «Biologiske fortellinger om kjønn.» I *Kjønnsforskning*, redigert av Jørgen Lorentzen og Wencke Mühleisen, 23-31. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Marshall, Jill. *Personal Freedom through Human Rights Law?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet - en innføring i retts sosiologi*. Oslo: Pax forlag, 2011.
- Meyer, Walter, et al. «The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards of Care for Gender Identity Disorders - Sixth Version.» *Journal of Psychology & Human Sexuality*, 2002.
- Mill, John Stuart. *The Subjection of Women*. London, 1869.
- Minihan, Mary. «Gender recognition Bill will drop 'forced divorce' clause.» *The Irish Times*. 3. juni 2015. <http://www.irishtimes.com/news/politics/gender-recognition-bill-will-drop-forced-divorce-clause-1.2235695> (funnet 15. mai 2016).
- Moi, Toril. *Hva er en kvinne? Kjønn og kropp i feministisk teori*. Oslo: Glydendal, 1998.
- Morgan, Lynn Marie, og Evan B. Towle. «Romancing the transgender native: rethinking the use of the "third gender" concept.» *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 2002: 469-497.
- NTB. «190 har søkt om å endre juridisk kjønn etter 1. juli.» *Retriever*. 1. august 2015.
- Nemet-Nejat, Karen Rhea. «Women in Ancient Mesopotamia.» I *Women's Roles in Ancient Civilizations - A reference guide*, av Bella Vivante, 85-112. Greenwood Publishing Group, 1999.
- Nordseth, Linn Kristin. «Kjønn uspesifisert.» *Blikk.no*. 5. april 2016. http://www.blikk.no/index.php?option=com_k2&view=item&id=13333:kj%C3%B8nn-uspesifisert&Itemid=164 (funnet 15. mai 2016).
- O'Flaherty, Michael. «The Yogyakarta Principles at Ten.» *Nordic Journal of Human Rights*, 2015.
- O'Flarethy, Michael. «Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles.» *Commentary*, 2007.
- Omvik, Eirik. «Åpner for tredje kjønn.» *Vårt Land*. 28. juni 2015. <http://www.vl.no/nyhet/apner-for-tredje-kjonn-1.370954> (funnet 15. mai 2016).
- Open Society Foundation. «Licence to Be Yourself - Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people.» 2014. <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/license-to-be-yourself-20140501.pdf> (funnet 22. mai 2016).

- Organisation Intersex International Australia. *Third sex, redux*. 13. juni 2013.
<https://oii.org.au/22663/third-sex-redux/> (funnet 18. mai 2016).
- Organization, International Civil Aviation. *ICAO*. 15 mai 2016.
<http://www.icao.int/publications/Documents/chicago.pdf> (funnet mai 15, 2016).
- Otto, Dianne. «Lost in translation: re-scripting the sexed subjects of international human rights law.» I *International law and its Others*, redigert av Anne Orford, 318-356. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Otto, Dianne. «Queering Gender [Identity] in International Law.» *Melbourne Law School*, 2015: upublisert.
- Otto, Dianne. «Women's Rights.» I *International Human Rights Law*, redigert av Daniel Moeckli, Sangeeta Shah og Sandesh Sivakumaran, 316-332. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Parfit, Derek. «Persons, Bodies and Human Beings.» I *Contemporary Debates in Metaphysics*, redigert av Theodore SideR, John Hawthorne og Dean W. Zimmerman, 177-208. Malden: Blackwell Publishing, 2008.
- Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet. «doc. 13742.» *Discrimination against transgender people in Europe*. 2. april 2015.
<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21630&lang=en> (funnet 22. may 2016).
- Puppinck, Grégor. *Status of the Recommendations of the Committee of Ministers in the legal field of the Council of Europe*. 2012. <http://eclj.org/PDF/status-of-the-recommendations-of-the-committee-of-ministers-in-the-legal-field-of-the-council-of-europe%E2%80%93synthesis-english.pdf> (funnet 14. april 2016).
- Reddy, Gayatri. *With Respect to Sex - Negotiating Hijra identity in South Asia*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
- Regjeringen.no. *Høring - forslag til lov om endring av juridisk kjønn*. 1. desember 2015.
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-lov-om-endring-av-juridisk-kjonn/id2423028/> (funnet 1. desember 2015).
- Remus, Juana. «Inter*Realitäten. Variabilität und Uneindeutigkeit des Geschlechts als Herausforderung für Recht und Gesellschaft.» I *Selbestimmung und Anerkennung sexueller und geschlechtlicher Vielfalt*, redigert av Friederike Schmidt, Anne-Christin Schondelmayer og Ute B Schröder, 63-74. Berlin: Springer, 2015.
- Rosenblum, Darren. «Unsex CEDAW, or What's Wrong With Women's Rights.» *Columbia Journal of Law*, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Emile*. The Online Library of Liberty, 1921.
- Selmer, Knut S. «Hvem er du? Om systemer for registrering og identifikasjon av personer.» *Lov og Rett*, 1992: 311-334.
- Serano, Julia. *Whipping Girl - A transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity*. Seal Press, 2008.

- Sharpe, Alex. «Sexual Intimacy, Gender Variance, and Criminal Law.» *Nordic Journal of Human Rights* 33, nr. 4 (2016): 380-391.
- Skatteetaten. «Ny personidentifikator i Folkeregisteret - Konseptutvalgutredning.» 4. april 2013.
http://www.skatteetaten.no/globalassets/pdf/rapport_ny_personidentifikator_i_folkeregisteret.pdf (funnet 15. mai 2016).
- Skatteetaten. «Ny personidentifikator i Folkeregisteret - Konseptutvalgutredning.» 30. juni 2014. https://ehelse.no/Documents/Folkeregisteret/10-7967-83%20Konseptvalgutredning.pdf%2011257557_1_1.pdf (funnet 15. mai 2016).
- Skoghøy, Jens Edvin. «Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti.» *Lov og Rett*, 2011: 211-230.
- Skoghøy, Jens Edvin. «Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettighetskomite som rettskilder?» *Nordisk høyesterettsdommerseminar*. Oslo, 14.-15. mars 2016 .
- Smith, Carsten. «Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.» *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2005: 433-440.
- Stoa, Nils Johan. *Kjødets lyst - Fortellinger om synd og straff*. Oslo: Cappelen Damm, 2010.
- Stortinget.no. *Forslag Forslag nr. 60 fra Ketil Kjenseth på vegne av Venstre: «Stortinget ber regjeringen innføre en tredje kjønnskategori*. 14. april 2016.
<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Lose-forslag/?p=63639> (funnet 14. april 2016).
- Stortinget.no. «Lov om endring av juridisk kjønn.» 15. mai 2016.
<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=64488> (funnet 15. mai 2016).
- Strand, Vibeke Blaker. *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse - hvor langt rekker individvernet?* Oslo: Gyldendal, 2012.
- Supreme Court of Nepal / Mr. Yadav Pokharel (oversetter). «Pant v. Nepal (2007). Decision of the Supreme Court on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersex (LGBTI) People.» *New Jersey Law Journal*, 2008: 262-286.
- Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics. «On the Management of Differences of Sex Development - Ethical issues relating to "intersexuality".» november 2012. http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/en/NEK_Intersexualitaet_En.pdf (funnet 22. mai 2016).
- Syse, Aslak. «Surrogati og foreldreskap.» *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2012: Nr. 8.
- Sørdal, Kristin. «Slik blir det nye ID-kortet.» *Dinside*. 11. april 2016.
<http://www.dinside.no/931564/slik-blir-det-nye-id-kortet> (funnet 15. mai 2016).
- Sørensen, Christian Børge. «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen.» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004: 134-196.

- Sørli, Anniken. *Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet*. Masteravhandling, Universitetet i Oslo, 2013.
- Sørnes, Vegar. «Ønsker enklere bytte av juridisk kjønn.» *Gaysir*. 18. november 2015. <https://www.gaysir.no/artikkel.cfm?cid=17146> (funnet 15. mai 2016).
- Taylor, Charles. «Atomisme.» *Agora - journal for metafysisk spekulasjon*, 2007, nr. 3 . utg.: 212-238.
- The Netherlands Institute for Social Research. «Living with intersex/DSD - An exploratory study of the social situation of persons with intersex/DSD.» 2014. https://www.scp.nl/english/Publications/Publications_by_year/Publications_2014/Living_with_intersex_DSD (funnet 15. mai 2016).
- The World Professional Association for Transgender Health. «Standarder for behandling og helseomsorg for transeksuelle, transpersoner og personer som ikke er kjønnsnormative.» 2012. http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/SOC%20-%20Norwegian.pdf (funnet 22. mai 2016).
- Transgender Europe. *tgeu.no*. 22. april 2016. <http://tgeu.org/trans-rights-europe-map-2015/> (funnet 22. mai 2016).
- UN Women. 22. mai 2016. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (funnet 22. mai 2016).
- van der Ros, Janneke. *Alskens folk- Levekår, livssituasjon og livskvalitet for personer med kjønnsidentitetstematikk*. Hamar: Likestillingscenteret, 2013.
- van der Ros, Janneke. «Når kjønn er et valg - transpersoners inntreden i verden.» *Fontene* 1 (2014): 56-68.
- Verdialliansen - nettverk for kristne verdier. «Kommentar til forslag om lov om endring av juridisk kjønn.» *Regjeringen.no*. 1. desember 2015. https://www.regjeringen.no/contentassets/30840fd8995949ada8305a28376d8987/mars_verdialliansen_juridisk_kjoenn.pdf (funnet 20. mai 2016).
- Vikøyr, Harald. «Venstre-topp vil ha felleskjønn i offentlige dokumenter.» *VG*. Retriever, 14 april 2016.
- Waites, Matthew. «Critique of 'sexual orientation' and 'gender identity' in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles.» *Contemporary Politics*, 2009: 137-156.
- Wittig, Monique. *The Straight Mind and Other Essays*. New York: Beacon Press, 1992. «Yogyakartaprinsippene.» *Yogyakartapinciples.org*. 2006. http://www.yogyakartapinciples.org/principles_en.htm (funnet 22. mai 2016).
- Young, Holly. «Trans rights: Meet the face of Nepal's progressive 'third gender' movement.» *The Guardian*. 12. februar 2016. <http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2016/feb/12/trans-rights-meet-the-face-of-nepals-progressive-third-gender-movement> (funnet 15. mai 2016).

8.1. Lover

1814	Norges grunnlov av 17. mai 1814
1981	Lov om barn og foreldre av 8. april 1981
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981
1997	Lov om folketrygd av 28. februar 1997
1997	Lov om allmennaksjeselskaper av 12. juni 1997
1998	Lov om årsregnskap m.v. av 17. juli 1998
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999
2002	Lov om personnavn av 7. juni 2002
2005	Lov om norsk statsborgerskap av 10. juni 2005
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005
2013	Lov om likestilling mellom kjønnene av 21. juni 2013
2013	Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk av 21. juni 2013
2015	Lov om nasjonalt identitetskort av 5. juni 2015
2016	Lov om endring av juridisk kjønn av 17. juni 2016

8.2. Opphevede lover

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978

8.3. Forskrifter

1982 Forskrift om melding av fødsler, erkjennelse av farskap og melding om valg av navn av 25. oktober 1982

2007 Forskrift om opptak til høyere utdanning av 31. januar 2007

2007 Forskrift om folkeregistrering av 9. november 2007

8.4. Dommer

Rt. 2015 s. 1142

Rt. 2015 s. 155

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2014 s. 1292

Rt. 2014 s. 1161

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2011 s. 800

Rt. 2010 s. 535

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2002 s. 557

Rt. 1997 s. 580

8.5. Likestillings- og diskrimineringsombudet

14/840 (23. september 2014)

Diskriminering på grunn av grunn av kjønns-identitet

8.6. Rundskriv

Justisdepartementet (2002)

Rundskriv G-20/ 2002 om ny navnelov

8.7. Proposisjoner til Stortinget

Ot. prp. nr. 61 (1996-1997)

Om lov om pass (passloven)

Ot. prp. nr. 3 (1998-1999)

Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot. prp. nr. 35 (2004-2005)

Om lov om endringer i likestillingsloven mv.

Ot. prp. nr. 93 (2008-2009)

Om lov om endringer i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen)

Prop. 88. L (2012-2013)

Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Prop. 66 L (2014-2015)

Lov om nasjonalt identitetskort (ID-kortloven)

Prop. 74 L (2015-2016)

Lov om endring av juridisk kjønn

8.8. Norske offentlige utredninger

NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern — Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK
-------------	--

8.9. Stortingsdokumenter

Dokument 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Innst. 203 S (2013-2014)	Innstilling fra Stortingets presidentskap om redigert versjon av Grunnloven kapittel E og F som følge av vedtatte grunnlovsforslag om menneskerettigheter
Meld. St. 7 (2015-2016)	Likestilling i praksis – Like muligheter for kvinner og menn

8.10. Konvensjoner

ICAO-konvensjonen	Overenskomst om internasjonal sivil luftfart av 7. desember 1944
UDHR	Menneskerettighetserklæringen av 10. desember 1944
Eurorådetets statutter	Statuttene til Europarådet av 5. mai 1949
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950

Protokoll nr. 15 til EMK	Tilleggsprotokoll nr. 15 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 24. juni 2013
SP	Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966
ØSK	Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969
KDK	Kvinnediskrimineringskonvensjonen av 18. desember 1979
Torturkonvensjonen	Konvensjonen mot tortur og annen grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling eller straff av 10. desember 1984
Roma-statuttene	Romastatuttene om Den internasjonale straffedomstol av 17. juli 1998
ILO-konvensjon nr. 185	Konvensjonen om sjøfareres identitetsdokumenter av 19 juni 2003

8.11. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Rettskraftige avgjørelser

A mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 19. februar 2009
Bankovic mot Belgia og andre	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 12. desember 2001

B. mot Frankrike	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 25. mars 1992
Cassar mot Malta	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 9. juli 2013
Cossey mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 27. september 1990
Fernández Martínez v. Spain	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 16. juni 2014
Goodwin mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 11. juli 2002
Grant mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 23. mai 2006
Hämäläinen mot Finland	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 16. juli 2014
H mot Finland	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 13. november 2012
I mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 11. juli 2002
Karner mot Østerrike	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 24. juli 2003
L mot Litauen	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 11. september 2007
Open Door og Dublin Well Woman mot Irland	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 29. oktober 1992
P. mot Portugal	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 6. september 2011

Pajić mot Kroatia mot Kroatia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 23. februar 2016
Parry mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 28. november 2006
Petrov mot Bulgaria	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 22. mai 2008
P.V. mot Spania	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 11. april 2011
Rees mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 17. oktober 1986
Schlumpf mot Sveits	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 8. januar 2009
Schalk og Kopf mot Østerrike	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 24. juni 2010
Sheffield og Horsham mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 30. juli 1998
Tyrer mot Storbritannia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 25. april 1978
Vallianatos og andre mot Hellas	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 7. november 2013
van Kück mot Tyskland	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 12. juni 2003
van Oosterwijck mot Belgia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 6. november 1980
Y.Y. mot Tyrkia	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, Strasbourg, 10. mars 2015

Wemhoff mot Tyskland

Den europeiske menneskerettighets-
domstolen, Strasbourg, 27. juni 1968

X, Y og Z mot Storbritannia

Den europeiske menneskerettighets-
domstolen, Strasbourg, 22. april 1997

Saker under behandling

A.P. mot Frankrike

App. no. 79885/12

Garçon mot Frankrike

App. no. 52471/13

Nicot mot Frankrike

App. no. 52596/13

8.12. Resolusjoner

Europarådet

Anbefaling CM/REC5

Ministerkomiteen (31. mars 2010)

Resolusjon 1728

Parlamentarikerforsamlingen (29. april 2010)

Resolusjon nr. 2048

Parlamentarikerforsamlingen (22. april 2015)

FN

Founding resolution of the Commission on
the Status of Women

FNs økonomiske og sosiale råd
(21. juni 1946)

Resolusjon 69/182 (A/RES/69/182)

FNs generalforsamling (18. desember 2014)

8.13. Menneskerettighetskomiteen

FNs menneskerettighetskomité
(17. november 2011)

Report of the Office of the United Nations
High Commissioner for Human Rights
(A/HRC/19/41)

FNs menneskerettighetskomité
(4. mai 2015)

Report of the Office of the United Nations
High Commissioner for Human Rights
(A/HRC/29/23)

8.14. ØSK-komiteen

ØSK-komiteen (2. juli 2009)

Generell kommentar nr. 20 (E/C.12/GC/20)

8.15. Kvinnekomiteen

Generelle anbefalinger

FNs kvinnekomité (1987)

Generell anbefaling nr. 3

FNs kvinnekomité (2004)

Generell anbefaling nr. 25

FNs kvinnekomité (19. oktober 2010)

Generell anbefaling nr. 28
(CEDAW/C/2010/57/GC.2)

FNs kvinnekomité (14. november 2014)

Generell anbefaling nr. 31
(CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18)

Konkluderende observasjoner

FNs kvinnekomité (10. mars 2014)	Konkluderende observasjon (Finland) (CEDAW/C/FIN/CO/7)
FNs kvinnekomité (5. februar 2010)	Konkluderende observasjon (Nederland) (CEDAW/C/NLD/CO/5)
FNs kvinnekomité (5. februar 2010)	Konkluderende observasjon (Panama) (CEDAW/C/PAN/CO/7)

8.16. Barnekomiteen

FNs barnekomité (29. januar 2016)	Konkluderende observasjon (Irland) (CRC/C/IRL/CO/3-4)
FNs barnekomité (26. februar 2015)	Konkluderende observasjon (Sveits) (CRC/C/CHE/CO/2-4)

8.17. Torturkomiteen

Generelle kommentarer

FNs torturkomité (23. november 2007)	Generell kommentar nr. 2 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)
FNs torturkomité (23. november 2007)	Generell kommentar nr. 2 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)

Konkluderende observasjoner

FNs torturkomité (20. januar 2011)	Konkluderende observasjon (Mongolia) (CAT/C/MNG/CO/1)
FNs torturkomité (29. juni 2011)	Konkluderende observasjon (Finland) (CAT/C/FIN/CO/5-6)

8.18. Utenlandske lover, forskrifter og retningslinjer

Australia

Guidelines on the Recognition of Sex and Gender.» november 2015

Tilgjengelig her:

<https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.PDF>

(funnet 22. mai 2016)

Sverige

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

Tilgjengelig her:

http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1972119-om-faststallande-av_sfs-1972-119

(funnet 22. mai 2016)

Danmark

Bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. november 2013)

Tilgjengelig her:

<https://www.retsinformation.dk/>

(funnet 22. mai 2016)

Lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister § 1 (25. juni 2014)

Tilgjengelig her:

<https://www.retsinformation.dk/>

(funnet 22. mai 2016)

Bekendtgørelse om ændring af bekendtgørelse om pas m.v. § 4 stk. 5 (28. august 2014)

Tilgjengelig her:

<https://www.retsinformation.dk/>

(funnet 22. mai 2016)

Tyskland

Personenstandsgesetz § 22 abs. 3
(1. november 2013)

Tilgjengelig her:

<https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>

(funnet 22. mai 2016)

Malta

Republic of Malta Act No. XI of 2015

Tilgjengelig her:

<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=26805&l=1>

(funnet 22. mai 2016)

Irland

Republic of Ireland Act number 25 of 2015

Tilgjengelig her:

<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/25/enacted/en/pdf>

(funnet 22. mai 2016)

Storbritannia

UK Gender Recognition Act (2004)

Tilgjengelig her:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>

(funnet 22. mai 2016)

8.19. Utenlandske dommer og nemndsavgjørelser

Danmark

Ligebehandlingsnævnet (2. mars 2016)

Afgørelse nr. 35/2016 (publisert 25. mai 2016)

Nepal

Pant v. Nepal (2007)

Tilgjengelig i engelsk oversettelse her:
Supreme Court of Nepal / Mr. Yadav
Pokharel (oversetter). «Pant v. Nepal (2007).
Decision of the Supreme Court on the Rights
of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and
Intersex (LGBTI) People.» New Jersey Law
Journal, 2008: 262-286.

Bangladesh

Dr. Muhammad Aslam Khaki vs.
Rawalpindi (2009)

India

Kamala Alias Kamala Jaan Alias Hijrah v.
Sasdiq Ali & Others (2003)

Tilgjengelig her:
<http://www.thelaws.com/Encyclopedia/Browse/Case?CaseId=413002731000>
(funnet 22. mai 2016)

National Legal Services Authority v.
Union of India & Others (2014)

Tilgjengelig her:
<http://www.lawyerscollective.org/wpcontent/uploads/2014/04/Transgender-judgment.pdf>
(funnet 22. mai 2016)



Avdeling for kvinnerett

Kvinnerettslig skriftserie nr. 98/2016

Tittel: Verken mann eller kvinne i pass og identitetspapirer. En utredning av internasjonale og nasjonale krav til kjønnsmarkører i identitetspapirer.

Forfatter: Lars Arnesen

Veileder: Anne Hellum

Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Institutt for offentlig rett

Universitetet i Oslo

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Besøksadresse:

Domus Nova 6. etg.

St. Olavs plass

E-post:

womens-law@jus.uio.no

Nettsiden:

www.jus.uio.no/ior/kvretten/index.html

Editor: Professor Anne Hellum

ISSN: 0809-621X