



Seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

- Ombudets fagoppsummering

Juni 2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	3
1 Forord	1
1.1 Formålet med fagoppsummeringen.....	2
1.2 Struktur.....	2
1.3 Nærmere om begrepsbruk.....	3
2 Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	3
2.1 Historisk oversikt - diskrimineringsvernet.....	3
2.2 Ny helhetlig diskrimineringslov	4
2.3 Om diskrimineringsvernet etter SKK-loven	4
2.4 Nærmere om diskrimineringsgrunnlagene	5
2.4.1 Seksuell orientering.....	5
2.4.2 Kjønnsidentitet	5
2.4.3 Kjønnsuttrykk	6
2.4.4 Interkjønn/Intersex	6
2.5 Hva er diskriminering?.....	6
2.5.1 Å bli behandlet/stilt dårligere	7
2.5.2 Direkte og indirekte forskjellsbehandling	8
2.5.3 Årsakssammenheng	8
2.5.4 Bevisbyrde	8
2.5.5 Lovlig forskjellsbehandling	9
3 Kort omtale av relevante rettskilder	10
3.1 EU	10
3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	10
3.3 FN-konvensjoner	12
3.4 Forvaltningspraksis.....	13
3.4.1 Ny diskrimineringsombudslov	13
3.5 Europarådet.....	13
3.6 Yogyakarta principles	14
3.7 Handlingsplan for 2017-2020	14
4 Trakassering.....	14
4.1 Trakassering i arbeidslivet.....	15
4.1.1 Avgjørelser fra EU-domstolen	15
4.1.2 Ombudets og nemndas saker - seksuell orientering.....	16

4.1.3	Ombudets og nemndas saker - kjønnsidentitet og –uttrykk.....	19
4.2	Trakassering og hatefulle ytringer utenfor arbeidslivet.....	19
4.2.1	Mangelfullt strafferettslig vern mot hatkriminalitet.....	20
4.2.2	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering	20
4.2.3	Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	22
	Konkrete spørsmål etter samfunnsområde	24
5	Arbeidsliv.....	24
5.1	Relevante EU-direktiv innenfor arbeidsliv.....	24
5.2	Avgjørelser fra EU-domstolen:	25
5.3	Europarådets anbefaling CM/Rec (2010)5.....	26
5.4	Yogyakarta-prinsipp nummer 12:.....	27
5.5	Rekruttering	27
5.5.1	Generelt om adgangen til å innhente opplysninger om samlivsform.....	27
5.5.2	Vurderingen av trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle på grunn av samlivsform	28
5.5.3	Ombudet og nemndas saker - seksuell orientering	29
5.5.4	Ombudet og nemndas saker - kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	31
5.6	Arbeidsoppgaver, forfremmelser mv.	32
5.6.1	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering	32
5.6.2	Ombudets og nemndas saker - kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	33
5.7	Opphør av arbeidsforhold	34
5.7.1	Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	34
6	Helse.....	35
6.1	Rett til helse.....	36
6.1.1	Retten til helse i et LHBTI-perspektiv	36
6.1.2	Retten til nødvendig helsehjelp – pasient- og brukerrettighetsloven	36
6.1.3	Reproduktiv helse – assistert befruktning.....	37
6.1.4	Helsetilbudet til personer som opplever kjønnsdysfori	38
6.1.5	Lov om endring av juridisk kjønn og helsehjelp	40
6.1.6	Om diagnosen «transseksualisme» og retten til helsehjelp	40
6.1.7	Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn	41
6.2	Seksuell orientering – relevant praksis	42
6.2.1	Avgjørelse fra EU-domstolen – seksuell orientering	42
6.2.2	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering	43
7	Registrering av kjønn.....	44
7.1	Tredje kjønnsalternativ	44

7.1.1	Pass.....	45
7.1.2	Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	46
7.2	Vilkår for endring av folkeregistrert (juridisk) kjønn.....	47
7.2.1	Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	48
7.2.2	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og rettslig anerkjennelse av transpersoner.....	51
7.2.3	Praksis fra EMD.....	51
7.3	Konsekvenser av å endre juridisk kjønn.....	54
7.3.1	Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	55
7.4	Innhenting og publisering av informasjon om kjønn.....	56
7.4.1	Offentlige aktører.....	57
7.4.2	Private aktører.....	57
8	Barn.....	59
8.1	Endring av juridisk kjønn for barn.....	60
8.2	Barns rett til helse.....	60
8.2.1	Behandlingstilbudet til barn og unge med kjønnsidentitetstematikk.....	61
8.2.2	Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.....	62
8.3	Interkjønn.....	63
8.3.1	Vern mot diskriminering.....	63
8.3.2	Nærmere om behandling av barn med interkjønn.....	64
8.3.3	Menneskerettslige vurderinger.....	64
8.3.4	Den norske behandlingstjenesten for barn født med interkjønn.....	66
8.3.5	Faglig ansvarlig helsehjelp.....	67
8.3.6	Registrering og endring av juridisk kjønn - barn med interkjønn.....	68
8.3.7	Reproduktiv helse for personer med interkjønn.....	68
8.3.8	Veiledningssak – interkjønn.....	68
9	Foreldreskap.....	69
9.1	Foreldreskap – seksuell orientering.....	69
9.2	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering.....	69
9.3	Foreldreskap og lov om endring av juridisk kjønn.....	71
10	Ekteskap.....	72
10.1	Praksis fra EMD – seksuell orientering.....	73
10.2	Praksis fra EMD - kjønnsidentitet.....	74
11	Utlendingsrett.....	75
11.1	Flyktninger.....	75
11.1.1	Avsluttende merknader fra Kvinnediskrimineringskomiteen.....	76

11.1.2	Europarådets anbefaling	76
11.1.3	Dom fra Høyesterett.....	76
11.2	Familiegjenforening og -etablering	77
11.2.1	Praksis fra EMD.....	77
11.2.2	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering	78
12	Tilgang til garderober og toaletter	81
12.1	Garderober og toalett i arbeidslivet.....	82
13	Varer og tjenester.....	83
13.1	Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	83
14	Idrett.....	87
14.1	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering	87
14.2	Kjønnsidentitet og -uttrykk.....	88
15	Bolig.....	88
15.1	Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering	88
16	Forskning	89
17	Oversikt over saker behandlet av ombudet og nemnda.....	90
17.1	Veiledningssaker.....	90
17.2	Klagesaker	90

1 Forord

I 2014 fikk Norge en egen diskrimineringslov mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven). Vi fikk for første gang et samlet og helhetlig vern mot diskriminering for LHBTI-personer på alle områder, med unntak av familieliv og rent personlige forhold. I 2017 ble Norge kåret til nest best i Europa på LHBTI-rettigheter av International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans & Intersex Association (ILGA) Europe.¹ Dette skyldtes i stor grad at lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft i 2016, og at personer som ønsker det dermed kan endre juridisk kjønn uten å måtte gjennomgå noen form for medisinske inngrep. ILGA trakk også fram Norges handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, som for første gang omtaler utfordringer for personer som er interkjønn.

På tross av den gode utviklingen på feltet erfarer ombudet, både gjennom veiledningssakene og klagesakene at LHBTI-personer fortsatt er utsatt for diskriminering og trakassering. Seksuell orientering og kjønnsidentitet er for mange noe svært personlig. Å oppleve diskriminering og trakassering for noe du «er», eller på grunn av den du elsker, oppleves derfor som svært alvorlig for den som utsettes for det. Diskriminering og trakassering innebærer for mange redusert livskvalitet og redusert mulighet for deltakelse i samfunnet.

Det er mange ulike årsaker til hvorfor diskriminering skjer, men ombudet opplever at mangel på kunnskap generelt i samfunnet ofte er en medvirkende faktor til diskriminering av LHBTI-personer. Samtidig ligger mye av ansvaret for å sikre likeverd og ikke-diskriminering for LHBTI-personer hos myndighetene.² For eksempel er det myndighetenes ansvar å sørge for at LHBTI-flyktninger er trygge på mottak. Det er myndighetene som må sørge for at likekjønnede par er likestilt med ulikekjønnede par, både i regelverk og praksis. Etablering av nasjonale faglige anbefalinger for helsehjelp til transpersoner, slik at de kan sikres et godt helsetilbud er det også myndighetene som er ansvarlig for. Det er myndighetene som må sikre at menneskerettighetene til interkjønnbarn ikke brytes i Norge. Flere av disse utfordringene er reelle for LHBTI-personer i dag, og trekkes frem i denne fagoppsummeringen.

Ombudets rolle er å påvirke til endring på de områdene LHBTI-personer opplever utfordringer. Vi skal arbeide for å fremme reell likestilling uavhengig av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Det er også ombudets rolle å veilede om det gjeldende regelverket, og ombudet har fremdeles ansvaret for å behandle klagesaker etter diskrimineringsloven om seksuell orientering,

¹ ILGA-Europe, Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe 2017: http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/annual_review_2017_online.pdf

² Se tiltakene i Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (2017-2020).

kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.³ I denne fagoppsummeringen fremheves flere utfordringer og uavklarte spørsmål for LHBTI-personer. Dette er problemstillinger ombudet vil fortsette å arbeide med i årene som kommer.

1.1 Formålet med fagoppsummeringen

Formålet med denne oppsummeringen er å gi en oversikt over diskrimineringsvernet når det gjelder seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Dette har vi gjort ved å gjennomgå diskrimineringslovverket i lys av internasjonale konvensjoner vi er forpliktet av, internasjonal og norsk rettspraksis, samt praksis fra Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Vi omtaler både saker vi har behandlet før og etter at diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk trådte i kraft i 2014. Målet med oppsummeringen er derfor å gi et godt bilde over gjeldende rett etter diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Siden SKK-loven trådte i kraft har ombudet mottatt 26 klagesaker. Dette utgjør en beskjeden andel av klagesakene ombudet behandler totalt. Klagesakene til ombudet etter SKK-loven, og utfallet av disse kan derfor ikke ennå brukes som en målestokk på hvor, og i hvilket omfang diskriminering av LHBTI-personer skjer. Informasjonen om gjeldende rett, som kommer frem av denne oppsummeringen, må i tilfelle underbygges med funn fra forskning på LHBTI-feltet.

Ombudet mottar i tillegg til klagesakene, en rekke saker på veiledningsnivå, der enkeltpersoner, organisasjoner og arbeidsgivere ønsker veiledning om diskrimineringsvernet og betydningen for deres sak. Klagesakene gir, i større grad enn veiledningssakene, uttrykk for de rettslige vurderingene av betydning for LHBTI-personer. Veiledningssakene gir imidlertid et bedre bilde av aktuelle problemstillinger som rører seg på feltet, og innenfor et bredere spekter enn klagesakene. Det er langt flere veiledningssaker enn klagesaker. Av kapasitets- og plasshensyn er imidlertid veiledningssakene i liten grad omtalt i denne fagoppsummeringen. Ved en senere revidering og oppdatering av rapporten kan det bli aktuelt å ta inn omtale av aktuelle veiledningssaker.

Omtalen av ombudet- og nemndas klagesaker er en tilnærmet fullstendig gjennomgang av alle sakene som er behandlet fra 2007 og frem til i dag. I tillegg omtaler vi utvalgt praksis fra EU-domstolen og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Omtalen av praksis fra EU-domstolen og EMD er ikke uttømmende, og gir ikke en fullstendig oversikt over rettstilstanden.

1.2 Struktur

Innledningsvis i fagoppsummeringen presenteres det nasjonale diskrimineringsvernet for LHBTI-personer, og vi gjør en gjennomgang av hva diskriminering er. Deretter omtales andre relevante rettskilder, som internasjonale konvensjoner. Forbudet mot trakassering presenteres i et eget kapittel. Hoveddelen av oppsummeringen er omtalen av konkrete spørsmål etter ulike samfunnsområder. Ombudet- og nemndas saker, og annen rettspraksis er sortert under disse områdene. På denne måten kan fagoppsummeringen brukes som et oppslagsverk der relevante rettskilder er presentert under de ulike samfunnsområdene.

³ Stortinget har fattet vedtak om å endre diskrimineringsombudsloven. I framtiden vil klagesaker behandles av Diskrimineringsnemnda, se Prop. 80 L (2016-2017).

1.3 Nærmere om begrepsbruk

I diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven) er de beskyttede diskrimineringsgrunnlagene seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. I denne fagoppsummeringen er det likevel også behov for å omtale personene som er omfattet av diskrimineringsgrunnlagene, så som for eksempel homofile, lesbiske, LHBTI-personer⁴ eller transpersoner. På LHBTI-området er det ikke nødvendigvis en unison oppfatning av rett begrepsbruk, og ikke alle er komfortable med de ulike begreper. Dette gjelder særlig benevnelsen transpersoner.

Forarbeidene til loven bruker begrepet transpersoner, og viser til at det er et samlebegrep for ulike personer. Transpersoner kan ikke karakteriseres som én gruppe, fordi de er ulike, og oppfatter seg selv ulikt. I forarbeidene blir en bred forståelse av transpersoner lagt til grunn, slik det er brukt både nasjonalt og internasjonalt.⁵ Også ombudet bruker begrepet transpersoner som en samlebetegnelse i flere sammenhenger i denne fagoppsummeringen. Begrunnelsen er at det er dette begrepet som har blitt etablert som et kjent begrep, og brukes av flere av LHBTI-organisasjonene, nasjonalt og internasjonalt, og av myndighetene i politikktutforming på feltet. Vi kjenner likevel godt til at flere grupper ikke er komfortable med begrepet transperson, ikke ønsker å bruke det, og ikke identifiserer seg som transpersoner. Det er en utfordring å finne begreper som alle kan identifisere seg med. Det er imidlertid viktig å understreke at hvilke begreper en person identifiserer seg med, ikke har betydning for diskrimineringsvernet, se nærmere under omtalen av grunnlagene. I behandlingen av enkeltsaker hos ombudet, bestreber vi oss på å bruke begreper som personen det gjelder identifiserer seg med. Når vi likevel omtaler flere ulike personer i denne fagoppsummeringen, bruker vi flere steder begrepet i transpersoner av de ovennevnte grunnene. I enkelte av sakene vi omtaler i fagoppsummeringen som ble behandlet før SKK-loven trådte i kraft, var det avgjørende for saken om klageren(e) hadde diagnosen transseksuell, eller at de var under, eller skulle starte kjønnsbekreftende behandling. Noen steder vil vi derfor også bruke begrepet transseksuell.

Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk omtales flere steder i sin fulle tittel. Den har også den offisielle korttittelen «Diskrimineringsloven om seksuell orientering». Vi omtaler også loven med den uoffisielle korttittelen, SKK-loven i denne fagoppsummeringen.

2 Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

2.1 Historisk oversikt - diskrimineringsvernet

Før diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk trådte i kraft, var diskriminering på grunn av seksuell orientering vernet innenfor arbeidsliv og i boliglovene. Dette var regulert i henholdsvis arbeidsmiljøloven kapittel 13⁶ og eierseksjonsloven, husleieloven, budstadbyggjelaglova og burettslaglova. Det innebar at forskjellsbehandling på grunn av seksuell

⁴ Samlebetegnelse for lesbiske, homofile, bifile, transpersoner og interkjønnpersoner.

⁵ Prop. 88 L (2012.2013) s. 110.

⁶ Vilkåret seksuell orientering ble tatt inn i arbeidsmiljøloven under stortingsbehandlingen av Ot.prp. nr. 16 (1997-1998), jf. Innst. O. nr. 27 (1997-1998).

orientering utenfor arbeidslivet, ikke var vernet etter lovverket. Vernet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering på arbeidslivets område er videreført i den betydning at det ikke ble foreslått endringer i verken ordlyd eller innhold når det gjaldt dette grunnlaget da SKK-loven ble vedtatt.⁷ Dette innebærer at forvaltningspraksis fra før SKK-loven trådte i kraft og forarbeider til arbeidsmiljøloven er relevante rettskilder. Imidlertid gir forarbeidene til arbeidsmiljøloven lite veiledning når det gjelder seksuell orientering, og diskriminering på grunn av seksuell orientering er i liten grad omtalt i forarbeidene.⁸

Diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk var ikke omfattet av diskrimineringsvernet før SKK-loven trådte i kraft. Både ombudet og nemnda innfortolket imidlertid et diskrimineringsvern for transeksuelle i det generelle forbudet mot kjønnsdiskriminering.⁹ Dette fulgte ikke av likestillingslovens ordlyd eller forarbeider¹⁰, men det var i samsvar med EU-domstolens behandling av saker etter likestillingsdirektivet, 76/207/EØF og domstolens sak C-13/94. Begrunnelsen for utvidelsen av vernet fra kun transeksuelle til transpersoner (kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk) i SKK-loven, var at det var vanskelig å forsvare at transeksuelle skulle ha et bedre vern mot diskriminering og trakassering enn transpersoner som var like utsatt for diskriminering og trakassering.¹¹

2.2 Ny helhetlig diskrimineringslov

Regjeringen fremmet i 2017 forslag til en ny diskrimineringslov, Prop. 81 L (2016-2017). Lovsaken ble vedtatt av Stortinget og sanksjonert i statsråd i juni 2017. Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) trer i kraft 1. januar 2018.

Ny lov innebærer at diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven) samles med de tre øvrige likestillings- og diskrimineringslovene i én felles lov. Diskrimineringsvernet etter diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk videreføres i all hovedsak i den nye loven.

2.3 Om diskrimineringsvernet etter SKK-loven

Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk trådte i kraft 1. januar 2014. Loven ga for første gang vern mot diskriminering for disse grunnlagene på alle samfunnsområder, med unntak av familieliv og rent personlige forhold. Formålet med loven var å styrke diskrimineringsvernet for LHBTI-personer, både når det gjaldt virkeområde (samfunnsområder) loven regulerte, samt å utvide diskrimineringsgrunnlagene til å omfatte et bredere spekter enn gruppen transeksuelle som likestillingsloven hittil hadde vernet. Rettsutviklingen internasjonalt utgjorde også et viktig bakteppe for at loven ble vedtatt i 2013: «Norges forpliktelser etter EØS-retten, internasjonale menneskerettigheter, Yogyakarta-prinsippene,

⁷ Prop. 88 L (2012-2013) s. 116.

⁸ Prop. 88 L (2012-2013) s. 160.

⁹ Se blant annet nemndas sak 19/2008.

¹⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 160.

¹¹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 118.

Europarådets ministerkomité's rekommandasjon fra 2010 og rettsutviklingen i andre land, særlig Sverige og Danmark, utgjør et viktig bakteppe for 2013-loven.»¹²

2.4 Nærmere om diskrimineringsgrunnlagene

Under følger nærmere omtale av hvem som er omfattet av de tre diskrimineringsgrunnlagene i loven.

2.4.1 Seksuell orientering

Seksuell orientering inkluderer seksuell legning og seksuell praksis. Det innebærer at det omfatter hvilket kjønn en persons både kjærlighet og seksualitet retter seg mot. Det går klart frem av forarbeidene til loven at vilkåret seksuell orientering avgrenses mot særlige seksuelle preferanser eller aktiviteter som fetisjisme eller sadomasochisme.¹³ Diskrimineringsgrunnlaget omfatter i rettslig sammenheng homofile, lesbiske bifile og heterofile. Sistnevnte er ikke særlig praktisk, og ombudet har ikke mottatt klager på diskriminering av heterofile. Forarbeidene for øvrig omtaler i all hovedsak homofile, bifile og lesbiske når det gjelder grunnlaget seksuell orientering. Dette er også i tråd med lovens formålsbestemmelse, § 1, som skal sikre likestilling uavhengig av blant annet seksuell orientering.

Diskriminering på grunn av seksuell orientering, kan i mange sammenhenger henge nært sammen med kjønnsuttrykk. For eksempel er det slik at feminine homofile menn og maskuline lesbiske i større grad utfordrer tradisjonelle oppfatninger av kjønn, og dermed er mer utsatt for diskriminering, trakassering og hatkriminalitet. Diskrimineringsgrunnlaget kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, vil derfor også være relevant for homofile, bifile og lesbiske, og ha sammenheng med vernet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.¹⁴ Ombudet har imidlertid ikke vurdert disse grunnlagene i sammenheng i noen av sine klagesaker.

2.4.2 Kjønnsidentitet

Kjønnsidentitet er det kjønn personer opplever og føler seg som. For mange er det samsvar mellom fødselskjønnet og kjønnsidentiteten. Andre opplever at de har et annet kjønn enn det de ble født med, eller føler seg hverken som mann eller kvinne. Vernet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og/eller kjønnsuttrykk, gjelder uavhengig av diagnose og kirurgisk behandling, eller om en person har endret juridisk kjønn. Det er ikke et krav at personen identifiserer seg som transperson. Grunnlaget er vidt, men omfatter ikke dersom en persons opplevelse av å ikke passe inn som kvinne eller mann der det ikke er synlig for andre, eller ikke er kjent eller har manifestert seg på annen måte.¹⁵ Både diskrimineringsgrunnlaget kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk skiller seg fra de fleste andre diskrimineringsgrunnlag, fordi de langt på vei bygger på personens subjektive opplevelser av seg selv.¹⁶

¹² Anne Hellum Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett. Festskrift til Aslak Syse 70 år. S. 206.

¹³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 110.

¹⁴ Prop. 88 L (2012-2013) s. 120.

¹⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 119.

¹⁶ Prop. 81 L (2016-2017).

Kjønnsidentitet har ikke sammenheng med seksuell orientering i den forstand at kjønnsidentiteten din ikke avgjør hvem/hvilket kjønn du retter kjærligheten/seksualiteten din mot.

2.4.3 Kjønnsuttrykk

Kjønnsuttrykk er hvordan kjønnsidentiteten bevisst eller ubevisst uttrykkes eller oppfattes av andre. Vernet omfatter også hvordan noen uttrykker sitt sosiale kjønn, for eksempel gjennom sminke, klær eller oppførsel.¹⁷ Vernet av kjønnsuttrykket er en forlengelse av vernet av kjønnsidentitet, da det gjerne er det faktum at en person utfordrer gjeldende oppfatninger av hvordan man uttrykker kjønn som er årsaken til diskriminering og trakassering. Vernet av kjønnsuttrykk er derfor med på å gi vernet av transpersoner, homofile, bifile og lesbiske en realitet.¹⁸ Grunnlagene kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk henger nært sammen, altså identiteten i seg selv, og hvordan den uttrykkes. I mange sammenhenger vil kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk derfor kunne behandles som ett grunnlag. Dette samsvarer med ombudets praksis. Ombudet har ikke hittil vurdert en sak etter diskrimineringsgrunnlaget kjønnsuttrykk alene, selv om det i enkelte saker kan tenkes at det i hovedsak skjer en forskjellsbehandling på grunn av kjønnsuttrykket, og ikke på grunn av kjønnsidentiteten. Et eksempel er sak 15/2313, som gjaldt en person som ikke fikk utlevert en resept på testogel på et apotek, og den ansatte begrunnet nektelsen med at klageren ikke lignet på en mann og derfor ikke kunne få resepten utlevert. Saken kunne ha blitt vurdert som forskjellsbehandling på grunn av kjønnsuttrykk, men ble vurdert som forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet.¹⁹

2.4.4 Interkjønn/Intersex

Interkjønn er et paraplybegrep for mange ulike tilstander som gjelder personer som er født med en usikker somatisk kjønnsutvikling. Personer med interkjønn er vernet etter SKK-loven.²⁰ Vernet knytter seg i utgangspunktet ikke til kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, men til det biologiske kjønn og medisinske tilstander som kan gjøre at det biologiske kjønn har vært usikkert ved fødsel og/eller senere. Den uklare biologiske kjønnsstillingen kan ha sammenheng med både indre og ytre kjønnsorganer. Noen er for eksempel født med en eggleder og en sædleder. Andre har utypiske hormon- og kromosomsammensetninger, som gjør at kjønnsstillingen ikke kan observeres før i puberteten. Behandlingen av interkjønn-personer er nærmere omtalt under kapittelet om barn.

2.5 Hva er diskriminering?

Det generelle diskrimineringsforbudet reguleres i diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven) § 5:

Diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er forbudt. Forbudet gjelder diskriminering på grunn av faktisk, antatt, tidligere eller fremtidig seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk. Forbudet gjelder også diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk til en person som den som diskrimineres har tilknytning til.

¹⁷ Prop. 88 L (2012-2013) s. 119.

¹⁸ Prop. 88 L (2012-2013) s. 119.

¹⁹ Saken er nærmere omtalt under kapittelet om varer og tjenester.

²⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 121.

Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7. Med direkte forskjellsbehandling menes en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk. Med indirekte forskjellsbehandling menes 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.

Som det fremgår av lovteksten omfatter diskrimineringsvernet forskjellsbehandling i vid forstand ved at forskjellsbehandling også på grunn av antatt, tidligere og fremtidig seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er vernet.

2.5.1 Å bli behandlet/stilt dårligere

For at noe skal være diskriminering, må en person bli «behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon», eller at det er en handling som fører til at «personer stilles dårligere enn andre». Kriteriet gjelder både for direkte og indirekte forskjellsbehandling. Det er den negative forskjellsbehandlingen loven har til hensikt å ramme, og det går en nedre grense hvor bagatellmessige forhold og ubetydelige ulemper ikke omfattes.

Noen ganger er det åpenbart at en person blir behandlet dårligere som følge av forskjellsbehandlingen. Ombudets sak 12/987 hvor en person ikke fikk leie bolig fordi hun var lesbisk, er et eksempel på dette.

Andre ganger drøftes det hvorvidt forskjellsbehandlingen innebærer at klageren stilles dårligere i rettslig forstand. Et eksempel på dette er ombudets sak 16/749, hvor ombudet vurderte om likekjønnede ektefeller ble diskriminert på grunn av seksuell orientering ved søknad om fastsettelse av medmorskap, i motsetning til ulikekjønnede ektefeller hvor farskapet blir automatisk registrert.

Ombudet avviste saken.²¹ Ombudet uttalte imidlertid også at «Ombudet vil legge til at ombudet heller ikke uten videre kan se at prosedyren med å søke er så inngripende at den stiller klageren, og andre i lignende situasjon, i en såpass «dårligere stilling» at den vil rammes av forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Ombudet viser til at det er mulig å søke om medmorskap så snart den assisterte befruktningen er utført, og at folkeregistermyndigheten vil kunne gjøre vedtak før barnet er født.» Nemnda kom derimot til en annen konklusjon i sitt vedtak, og saken ble sendt tilbake til ombudet for realitetsbehandling.²² Nemnda uttalte: «Etter nemndas vurdering er ikke kravet om å søke om medmorskap av så marginal betydning at likekjønnede par som er gift, etter omstendighetene ikke kan sies å bli behandlet dårligere enn ulikekjønnede par som er gift. [...] Nemnda har i sin vurdering ikke bare lagt vekt på den praktiske ulempen likekjønnede par har ved å måtte søke om medmorskap. Nemnda har også lagt vekt på at formålet med diskrimineringsloven om seksuell orientering er å fremme likeverd uavhengig av seksuell orientering, se lovens § 1. Nemnda så altså hen til lovens formål om å fremme likeverd i vurderingen av om klageren var stilt dårligere. Saken ble returnert til ombudet for ny realitetsbehandling, og er ikke ferdigbehandlet ved publiseringen av fagoppsummeringen. Saken er nærmere omtalt i kapittelet om foreldreskap.

²¹ Begrunnelsen var at ombudet ikke kunne ta stilling til om bestemmelser barneloven var i strid med SKK-loven.

²² 32/2016.

2.5.2 Direkte og indirekte forskjellsbehandling

Direkte forskjellsbehandling er en handling som har til formål eller som virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og det har årsakssammenheng med den seksuelle orienteringen, kjønnsidentiteten eller kjønnsuttrykket. Et eksempel på direkte forskjellsbehandling er en kvinne som ikke får tilbud om jobb på grunn av kjønnsuttrykket sitt.

Indirekte forskjellsbehandling er en tilsynelatende nøytral praksis som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og det har årsakssammenheng med seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk. Et eksempel på indirekte forskjellsbehandling er ombudets sak 14/840, som gjaldt spørsmål om vilkår for å endre juridisk kjønn var diskriminerende. Ombudet viste til at praksisen med å ta utgangspunkt i det biologiske kjønn ved registrering av kjønn i folkeregisteret, var likt for hele befolkningen. Likevel slo denne praksisen ulikt ut for gruppen hvor det ikke er samsvar mellom biologisk kjønn og kjønnsidentiteten.

I diskrimineringsvurderingen er det også et krav om at den som forskjellsbehandles må stilles dårligere «enn andre i tilsvarende situasjon». Det er altså et krav om den som forskjellsbehandles havner i en dårligere situasjon enn andre i tilsvarende situasjon. I saker som gjelder forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet, er det ikke alltid åpenbart hvem som er sammenlikningspersonen, eller i en sammenlignbar situasjon.

Til spørsmålet om transpersoner blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, vises det til forarbeidene til SKK-loven s. 160 der det står:

Det er ikke nødvendig at den som mener seg diskriminert kan vise til at en annen faktisk person har blitt behandlet bedre. Det avgjørende er om det ble lagt vekt på seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk til ulempe for den som mener seg diskriminert.

At det ikke kreves en sammenlikningsperson, men at det avgjørende er at det blir lagt vekt på kjønnsidentitet til ulempe for den som blir diskriminert, slås for eksempel fast i ombudets sak 15/2243 (Avslag brystkirurgi transpersoner).

2.5.3 Årsakssammenheng

Forskjellsbehandlingen en person utsettes for, må ha sammenheng med vedkommendes seksuelle orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk for at forskjellsbehandlingen skal ha vern etter loven. Dette går frem av formuleringen «...og at dette skyldes seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk» i § 5 annet ledd. Vurderingen av årsakssammenhengen blir ofte et bevisspørsmål, der spørsmålet er om det er sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen har sammenheng med diskrimineringsgrunnet. Et eksempel er nemndas sak 19/2008, der nemnda kom til at det ikke var grunn til å tro at klageren ikke fikk jobben på grunn av den kjønnsbekreftende behandlingen. Det var svært mange søkere til jobben som i likhet med klageren som fikk avslag på søknaden, i tillegg fikk klageren en ny stilling av arbeidsgiver etter at det var kjent at hun hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling.

2.5.4 Bevisbyrde

I diskrimineringsaker er det omvendt bevisbyrde, som innebærer at dersom klageren gir grunn til å tro at vedkommende har blitt diskriminert, er det innklagede som må sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd. Dette er regulert i § 23:

Det skal legges til grunn av diskriminering har funnet sted hvis:

- a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og*
- b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.*

Dette gjelder ved påståtte brudd på bestemmelsene i kapittel 2 og §§ 15 og 16.

2.5.5 Lovlig forskjellsbehandling

Før det kan konkluderes med at en person har blitt utsatt for diskriminering, må det vurderes hvorvidt forskjellsbehandlingen likevel kan være lovlig i henhold til unntaksbestemmelsen i § 6:

Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- a) Den har et saklig formål,*
- b) Den er nødvendig for å oppnå formålet og*
- c) Det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere.*

I den konkrete vurderingen av om forskjellsbehandlingen har vært lovlig, kan det ha betydning om det dreier seg om direkte eller indirekte forskjellsbehandling. Adgangen til indirekte forskjellsbehandling er videre enn adgangen til direkte forskjellsbehandling. Det betyr at det skal mer til for at direkte forskjellsbehandling regnes som lovlig.²³

Vilkårene i § 6 er kumulative, det vil si at alle vilkårene må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen ikke skal regnes som diskriminering. Når det gjelder vilkåret om at forskjellsbehandlingen skal ha et saklig formål, innebærer det at det er legitime interesser som skal ivaretas, som for eksempel hensynet til andres rettigheter og friheter, økonomiske hensyn og sikkerhet. Et viktig poeng her, er at fordommer (egne eller andres) ikke er et saklig formål.²⁴ Det innebærer at å bruke stereotype oppfatninger om LHBTI-personer ikke er en saklig grunn til å forskjellsbehandle. Det vil heller ikke være saklig å forskjellsbehandle, for eksempel en transperson, fordi man legger vekt på flertallets fordommer mot transpersoner.

Vilkåret om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for å oppnå formålet, innebærer at forskjellsbehandlingen må være egnet eller et hensiktsmessig middel for å oppnå formålet. Det innfortolkes også et krav her om at det ikke finnes andre, egnede og mindre inngripende måter å oppnå formålet på.

Til slutt er det et krav om at forskjellsbehandlingen ikke skal være uforholdsmessig inngripende (rimelig forhold mellom det som skal oppnås og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den som stilles dårligere). Dette innebærer en avveining mellom formålet med forskjellsbehandlingen og konsekvensene for den som utsettes for forskjellsbehandlingen. Det har betydning hvilke rettigheter som står på spill. For eksempel skal det generelt mye til før forskjellsbehandlingen er forholdsmessig dersom det dreier seg om forskjellsbehandling i et arbeidsforhold. Hvor inngripende forskjellsbehandlingen er, må også veies opp mot ulempene eller kostnadene likebehandlingen får for den som er ansvarlig for forskjellsbehandlingen.

²³ Prop. 88 L (2012-2013) s. 161.

²⁴ Prop. 88 L (2012-2013) s. 17.

3 Kort omtale av relevante rettskilder

3.1 EU

Store deler av EU-retten er bindende for Norge gjennom EØS-avtalen, og EØS-avtalen er gjennomført i norsk lov. Etter EØS-loven § 2 skal EØS-lovgivning gå foran annet regelverk ved motstrid. EØS-avtalen forutsetter at EUs direktiver og forordninger som er relevante for EØS (det vil si at de faller innenfor avtalens saklige og geografiske virkeområde), skal gjennomføres i nasjonal rett.

Direktiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv (EUs rammedirektiv), omfatter diskriminering blant annet på grunn av seksuell orientering på arbeidslivets område. Det er ikke EØS-relevant, men Norge har likevel valgt å implementere direktivet.²⁵ Norge er imidlertid ikke rettslig bundet av direktivet, eller den tilhørende rettspraksisen fra EU-domstolen. Norske myndigheter har imidlertid uttalt at regelverket skal være minst på høyde med nivået i direktivet. Dette har også Høyesterett lagt til grunn i flere dommer.²⁶ Dette innebærer at ved spørsmål om diskriminering på grunn av seksuell orientering innenfor arbeidsliv, vil EU-retten på dette området være relevant.

EU-kommisjonen la i 2008 frem et forslag til et nytt direktiv ((2008) (426)) som skulle hjemle prinsippet om likebehandling uavhengig av religion eller livssyn, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering utenfor arbeidsmarkedet. Direktivet er foreslått å etablere et felles minimumsnivå for beskyttelse på disse grunnlagene innen EU. Direktivet er ikke vedtatt.²⁷

Direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv (EUs likebehandlingsdirektiv), er en del av EØS-avtalen, og er gjennomført i norsk rett gjennom likestillingsloven. Spørsmål om diskriminering på grunn av gjennomgått kjønnsbekreftende behandling, regnes som diskriminering på grunn av kjønn etter EUs likebehandlingsdirektiv (2006/54/EF).²⁸

3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Norge ratifiserte Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) i 1952. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 og har forrang foran andre lover som er i strid med rettighetene i konvensjonen, jf. menneskerettsloven § 3.

Artikkel 14 regulerer forbud mot diskriminering:

Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen

²⁵ Rammedirektivet er hjemlet i traktaten om den europeiske unions virkeområdet artikkel 19, og det er ikke en tilsvarende bestemmelse i EØS-avtalen som gjør den EØS-relevant.

²⁶ Rt. 2011 – 964 (Gjensidige): arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes i overensstemmelse med EUs rammedirektiv (2000/78/EF). Høyesterett har tatt utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser i sin tolkning av diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13: Blant annet Rt. 2010- 202 (Kystlink), Rt. 2012-219 (Kystlink), Rt. 2012-219 (Helikopter Service).

²⁷ Forslaget ble diskutert i EU-Parlamentet i 2009. Det ble senere blokkert i EUs ministerråd.

²⁸ Jf. dom fra EU-domstolen C-13/94, omtalt under arbeidsliv nedenfor.

oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.

Diskrimineringsforbudet i artikkel 14 er aksessorisk, noe som innebærer at artikkelen ikke har selvstendig betydning og ikke kan påberopes alene. De som mener seg utsatt for diskriminering i medhold av EMK, må vise til at den forskjellsbehandlingen man er utsatt for, faller innenfor virkeområdet til noen av de øvrige konvensjonsrettighetene. Det er ikke et krav om at de øvrige rettighetene må ha blitt krenket, selv om det i praksis ofte vil være slik. I mange tilfeller finner ikke EMD det nødvendig å vurdere forbudet mot diskriminering i artikkel 14 etter at den har kommet til at en annen konvensjonsrettighet er krenket. For å konstatere hvorvidt diskrimineringsforbudet i konvensjonen er krenket, er det et spørsmål om forskjellsbehandlingen er saklig og rimelig, altså om det er et rimelig forhold mellom de midler som benyttes og det formål som skal oppnås (forholdsmessighet).

Grunnlagene seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er ikke eksplisitt inntatt som diskrimineringsgrunnlag i forbudet mot diskriminering i artikkel 14. Det er imidlertid slik at det innfortolkes et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet i samlekategorien «annen status» i artikkel 14. Domstolen uttalte blant annet i *Identoba and Others v. Georgia (73235/12)*: *Lastly, the Court reiterates that the prohibition of discrimination under Article 14 of the Convention duly covers questions related to sexual orientation and gender identity.*²⁹

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har avsagt en rekke dommer som gjelder spørsmål om krenkelse av konvensjonsrettigheter på grunnlag av seksuell orientering innenfor en lang rekke av ulike samfunnsområder. Sakene er blant annet vurdert etter artikkel 3 (forbud mot tortur og umenneskelig behandling), 5 (retten til frihet og sikkerhet), 8 (retten til respekt for privat- og familieliv), 9 (religionsfrihet), 10 (ytringsfrihet), 11 (forsamlings- og foreningsfrihet), 12 (retten til å inngå ekteskap) og artikkel 14 (forbud mot diskriminering) sammenholdt med noen av de øvrige artiklene i konvensjonen.

Domstolen har avsagt flere avgjørelser om transseksuelles vern etter EMK, blant annet om den juridiske anerkjennelsen i etterkant av kjønnsbekreftende behandling. I storkammeravgjørelsene *Christine Goodwin v. The United Kingdom (28957/95)* og *I v. The United Kingdom (25680/94)* kom domstolen til at det var en krenkelse av art. 8 at klageren, som hadde gjennomgått lovlig kjønnsbekreftende behandling fra mann til kvinne, ikke kunne endre sitt juridiske kjønn i etterkant.

Kjønnsidentitet og seksuell orientering er ifølge domstolen omfattet av retten til privatliv i artikkel 8. I *Kück mot Tyskland* fra 2003 (35968/97) uttalte domstolen at «gender identity is one of the most intimate areas of a person's life».³⁰ Selv om domstolen så sent som i 2016, i *A.P., Garçon and Nicot v. France (79885/12, 53471/13 og 52596/13)*, kom til at det var krenkelse av artikkel 8 og retten til privatliv å kreve kjønnsbekreftende operasjon som innebar sterilisering som vilkår for å endre juridisk kjønn, var det likevel ikke i strid med konvensjonen å kreve diagnose eller krav om medisinsk undersøkelse som vilkår for å få endret juridisk kjønn.

²⁹ Avsnitt 96.

³⁰ Avsnitt 56.

Denne fagoppsummeringen inneholder ikke en uttømmende omtale av EMDs dommer på LHBTI-feltet. Enkelte utvalgte dommer omtales under de relevante områdene i fagoppsummeringen. Når det gjelder utvalget av dommer som omtales, har vi fokusert på prinsipielle avgjørelser og dommer som er relevante for norske forhold. EMD har selv publisert en oversikt over rettspraksis, med en kort omtale av dommer som gjelder seksuell orientering og kjønnsidentitet, og som jevnlig oppdateres.

Seksuell orientering: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf.

Kjønnsidentitet: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf.

3.3 FN-konvensjoner

Det er ingen egen konvensjon som ivaretar rettighetene til LHBTI-personer spesielt. I forbudet mot diskriminering på grunn av «annen status» i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) innfortolkes det imidlertid et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet. Når det gjelder SP, er seksuell orientering innfortolket under grunnlaget «kjønn».³¹ FNs kvinnekongresskonvensjon (KDK) skal sikre kvinner mot diskriminering. Etter FNs kvinnekongresskomites generelle anbefaling nr. 28, avsnitt 18 omfatter konvensjonen også sosialt kjønn, og diskriminering på grunn av kjønn i samvirke med blant annet seksuell orientering og kjønnsidentitet. KDK artikkel 5a pålegger konvensjonspartene å bekjempe kjønnsstereotype forestillinger av kjønn:

Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige

a) 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 underlegen eller overlegen

Flere har reist spørsmålet om i hvilken betydning artikkel 5a får for transpersoners rettigheter.³² Sammenholdt med uttalelser fra Kvinnekomiteen, har artikkel 5a blitt tolket dithen at stereotype oppfatninger av kjønn også får betydning for transpersoner, og skal bekjempes. Kvinnekomiteen har for eksempel uttalt i sine konkluderende observasjoner for Finland:

*(...) to 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;*³³

³¹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 112.

³² Rikki Holtmaat & Paul Post (2015) Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?, Nordic Journal of Human Rights og Anne Hellum Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnuttrykk – Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett. Festskrift til Aslak Syse 70 år, s. 198.

³³ FNs kvinnekongresskomites konkluderende observasjon, Finland (2014) CEDAW/C/FIN/CO/7 avsn. 29.

FNs menneskerettighetsråd vedtok i 2011 og 2014 resolusjoner om menneskerettigheter, seksuell orientering og kjønnsidentitet.³⁴ I 2016 vedtok menneskerettighetsrådet en resolusjon om beskyttelse mot vold og diskriminering basert på seksuell orientering og kjønnsidentitet.³⁵

3.4 Forvaltningspraksis

Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)³⁶ regulerer ombudet og nemndas virksomhet.

Etter lovens § 3 kan ombudet gi uttalelse om forhold er i strid med diskrimineringslovgivningen. Dette innebærer at ombudet ikke har vedtakskompetanse, men kommer med uttalelser som ikke er juridisk bindende for partene i saken. Ombudet skal imidlertid søke å oppnå at partene retter seg frivillig etter uttalelsen. Dersom partene ikke kommer til frivillig ordning, kan ombudet ta saken inn for behandling hos Likestillings- og diskrimineringsnemnda (nemnda).

Nemnda er klageorganet til ombudet, og partene i en sak som er uenige i ombudets uttalelse, har mulighet til å klage inn saken for nemnda. Nemnda har etter § 7 myndighet til å fatte vedtak i saker etter diskrimineringslovgivningen. Nemnda kan imidlertid ikke oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer, jf. § 9. I slike tilfeller kan nemnda komme med en uttalelse om forholdet er i strid med diskrimineringslovgivningen.

For oversikt over antall saker ombudet og nemnda har vurdert før og etter diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk trådte i kraft, se kapittelet om statistikk i slutten av denne rapporten.

3.4.1 Ny diskrimineringsombudslov

Regjeringen fremmet i 2017 forslag til en ny diskrimineringsombudslov, Prop. 80 L (2016-2017). Lovsaken ble vedtatt av Stortinget og sanksjonert i statsråd i juni 2017. Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) trer i kraft 1. januar 2018.

Den nye loven innebærer blant annet at lovhåndheverfunksjonen (behandlingen av klagesaker), skilles ut fra det nåværende ombudet, og overføres til den nye Diskrimineringsnemnda. Ombudet beholder de øvrige oppgavene (tilsyn-, pådriver – og veiledningsfunksjonen), og den nye Diskrimineringsnemnda behandler klagesaker om diskriminering. Opprettelsen av den nye nemnda innebærer en én-instansbehandling av klagesaker om diskriminering. Saksbehandlingen i den nye nemnda vil i all hovedsak være skriftlig.

3.5 Europarådet

Europarådets ministerkomite vedtok i 2010 (CM/Rec (2010) 5) en anbefaling om å sikre effektiv lovgivning for å bekjempe diskriminering på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet. Anbefalingen er ikke rettslig bindende for medlemstatene, men ses på som en sterk anbefaling om at medlemsstatene skal arbeide mot diskriminering på alle relevante områder, blant annet arbeidsliv, helse, utdanning, bolig, idrett og retten til asyl. Anbefalingen (rekommendasjonen) er blant annet

³⁴ A/HRC/RES/17/19 og A/HRC/RES/27/32.

³⁵ A/HRC/RES/32/2.

³⁶ LOV-2005-06-10-40.

henvist til i forarbeidene til loven og i handlingsplanen mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet vedtok i 2015 resolusjon 2048 (2015) *Discrimination against transgender people in Europe*. Resolusjonen tar for seg anbefalinger for transpersoner om blant annet anti-diskrimineringsarbeid, beskyttelse av transpersoner mot hatkriminalitet, mulighet til å endre juridisk kjønn, helsetilbud til transpersoner og økt kunnskap om gruppen.

3.6 Yogyakarta principles

I 2006 ble *The Yogyakarta principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity* utviklet etter initiativ fra International Commission of jurists og International Service for Human Rights. Prinsippene er ikke juridisk bindende, men er utledet fra eksisterende menneskerettslige forpliktelser, og viser hvordan etablerte menneskerettigheter bør gjelde for LHBTI-gruppen. Prinsippene er omtalt i forarbeidene til diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. I denne fagoppsommeringen vil vi trekke frem Yogyakarta prinsippene under de områdene vi mener de har relevans.

Prinsippene kan finnes her: <http://www.yogyakartaprinciples.org/>

3.7 Handlingsplan for 2017-2020

I 2016 presenterte regjeringen handlingsplanen mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk «Trygghet, mangfold og åpenhet», som gjelder fra 2017-2020. Den forrige handlingsplanen på dette feltet gjaldt for 2009-2012.³⁷ Den nåværende handlingsplanen har tre innsatsområder: Trygge nærmiljø og offentlige rom, likeverdige offentlige tjenester og å bedre livskvaliteten for særlig utsatte grupper. Planen skal oppsummere og reflektere kunnskap om situasjonen for LHBTI-personer, mens tiltakene knytter seg til utfordringer, og viser områder der det er behov for mer kunnskap. Da den ble lansert, ble imidlertid handlingsplanen kritisert for å mangle konkrete tiltak.³⁸ Regjeringen valgte i stedet for konkrete tiltak, å «utrede» og «vurdere» tiltak på en rekke av områdene hvor endring og innsats trengs.

4 Trakassering

Det er et generelt forbud mot trakassering i diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven) § 8:

Trakassering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er forbudt. Med trakassering menes handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende.

Bestemmelsen i SKK-loven erstattet bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og likestillingsloven så langt de gjaldt trakassering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Tilsvarende trakasseringsbestemmelser som i SKK-loven finnes også i de øvrige diskrimineringslovene, og

³⁷ Bedre livskvalitet for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner 2009-2012.

³⁸ Se blant annet <https://www.gaysir.no/artikkel.cshtml?cid=17657> og <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/nyheiter/nyheiter-i-2016/handlingsplan-lhbtj/>

begrepet trakassering skal tolkes på samme måte i disse lovene.³⁹ Forvaltnings- og rettspraksis som gjelder trakassering på andre diskrimineringsgrunnlag er derfor relevant for tolkningen av hva som regnes som trakassering etter § 8 i SKK-loven.

I utgangspunktet er det vedvarende, gjentakende eller grove handlinger som virker krenkende, skremmende fiendtlige eller nedverdiggende, som er omfattet av bestemmelsen. Imidlertid kan også enkeltstående tilfeller av uønsket atferd også kvalifisere som trakassering.⁴⁰

Ledelsen i organisasjoner og utdanningsinstitusjoner har en plikt etter SKK-loven § 14 til å forebygge og forhindre trakassering. Bestemmelsen håndheves imidlertid ikke av ombudet, jf. § 22.

4.1 Trakassering i arbeidslivet

Innenfor arbeidslivet kan trakassering ha sammenheng med maktforhold og maktstrukturer. I et arbeidsforhold er det et over- og underordningsforhold mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren som kan gjøre at handlinger lettere vil regnes som trakasserende.⁴¹

Arbeidsgiver har også en plikt til å forebygge og forhindre trakassering i SKK-loven § 21:

Arbeidsgivere skal forebygge og søke å hindre at det forekommer trakassering i strid med § 8.

Plikten er tilsvarende som i de øvrige diskrimineringslovene, og samme forståelse legges til grunn. Med plikten til å forebygge trakassering menes tiltak av preventiv karakter, som for eksempel utforming av retningslinjer og holdningskampanjer.⁴² Plikten til å søke å hindre trakassering innebærer at «arbeidsgiver må gripe fatt i aktuelle problemer og utrede hva som har skjedd for å komme frem til en løsning. Det er tilstrekkelig at den ansvarlige har forsøkt å hindre trakasseringen, det kreves ikke at trakasseringen faktisk er forhindret.»⁴³

For en mer inngående omtale av trakasseringsvernet i arbeidslivet, se ombudets rapport «Trakassering i arbeidslivet».⁴⁴

4.1.1 Avgjørelser fra EU-domstolen

C-81/12 «ACCEPT» (25. april 2013)

Saken gjaldt: uttalelser offentlig fra en sentral skikkelse (betegnet som formann, men uten rettslig handleevne på vegne av klubben når det gjaldt ansettelse) i en rumensk fotballklubb om at han ikke ville ansette en homofil fotballspiller.

³⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162.

⁴⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162.

⁴¹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162.

⁴² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208.

⁴³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208.

⁴⁴ <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/Analyser/>.

Domstolens prejudisielle uttalelse: Spørsmålet for domstolen var blant annet om rammedirektivet (2000/78/EF) kom til anvendelse på en aksjonær i en fotballklubb, som presenterte seg, og ble oppfattet av pressen og offentligheten som fotballklubbens formann/klubbeier, uten at det var tilfellet i realiteten. Domstolen kom til at direktivet skulle tolkes på en slik måte at de faktiske omstendighetene gir grunn til å tro at det hadde skjedd en forskjellsbehandling. Dette var fordi det dreide seg om en profesjonell fotballklubb, og at formannen fremstilte seg, og ble oppfattet i offentligheten som en som hadde retts- og handleevne til å binde og representere klubben utad. Det var også et moment den nasjonale domstolen kunne vurdere under sakens faktiske omstendigheter, at klubben/arbeidsgiver ikke tok uttrykkelig avstand fra uttalelsene. Dersom nasjonale domstoler kom til at bevisbyrden gikk over på saksøkte, var det ikke et krav om at saksøkte beviste at de tidligere hadde ansatt homofile spillere (noe som kunne krenke retten til respekt for privatliv). Relevante omstendigheter kunne for eksempel være at klubben offentlig tok avstand fra uttalelsene, eller la frem en ansettelsespolitikk som var i samsvar med likebehandlingsprinsippet i direktivet.

4.1.2 Ombudets og nemndas saker - seksuell orientering

12/691 Spørsmål om trakassering på grunn av seksuell orientering på årsmøte i menighet - lovbrudd

Saken gjaldt: En lesbisk kvinne som ble ansatt som trosopplæringsleder i en menighet i Den norske kirke. Før hun tiltrådte ble ansettelsen av henne diskutert på et åpent menighetsmøte. Klageren ble varslet om møtet i forkant av menighetsrådslederen, og at hennes samlivsform ville bli tatt opp, samt at hun ble rådet til å ikke være til stede. Klagerens kone var til stede på møtet, og reagerte sterkt på debatten. Det ble skrevet referat fra møtet, og diskusjonen dreide seg blant annet om klagerens stilling og hennes legning og samlivsform knyttet opp mot arbeidsoppgavene knyttet til stillingen.

Ombudets vurdering: Ombudet tok stilling til om klageren ble utsatt for trakassering på grunn av seksuell orientering i strid med arbeidsmiljøloven. Ombudet uttalte at det ikke var et vilkår for å konstatere trakassering etter arbeidsmiljøloven at arbeidsgiver selv har trakassert arbeidstakeren. Arbeidsgiver kan også være ansvarlig for trakassering begått av andre, så lenge trakasseringen har skjedd i arbeidslivet. I denne saken dreide det seg om de tilstedeværende på møtet, som var både frivillige og søndagsskolelærere. Ombudet kom til at arbeidsgiver kunne holdes ansvarlig for uttalelsene fra frivillige i menigheten. Disse kunne likestilles med trakassering som er begått av kunder, klienter og andre arbeidstakere, som etter forarbeidene til diskrimineringsloven faller innenfor arbeidsgivers ansvarsområde. Trakasseringsvurderingen var en skjønnsmessig vurdering, der både hva som rent objektivt kan sies å være krenkende, men også klagerens subjektive oppfatning av hva som hadde skjedd måtte tillegges betydelig vekt. Ombudet la vekt på klagerens opplevelse av debatten, protokollen fra årsmøtet, og referatet fra klagerens kone, og at debatten om henne og hennes ansettelse varte i lang tid, da det ble konkludert med at klageren var blitt utsatt for trakassering i strid med arbeidsmiljøloven. Det var en klar sammenheng mellom klagerens seksuelle orientering og den debatten som oppstod.

Ombudet vurderte også arbeidsgivers plikt til å forebygge og søke å hindre at trakassering skjer. (denne plikten er i dag lovfestet i SKK-loven § 21). Menighetsforvalteren, som var daglig leder og

klagerens nærmeste arbeidsgiverrepresentant var til stede på møtet, og var i tillegg referent. Menighetsforvalteren grep ikke inn, og stanset ikke debatten som gjaldt klageren. Ombudet pekte på at menighetsforvalteren hadde flere alternativer til å styre diskusjonen, både i forkant og under møtet, for å forhindre trakassering. Ombudet kom på bakgrunn av dette til at arbeidsgiver ikke gjorde nok for å hindre trakassering av klageren på møtet.

Konklusjon: Kirkelig fellesråd har brutt arbeidsmiljøloven § 13-1 (2) ved at klageren ble utsatt for trakassering på årsmøtet i menigheten, og ved ikke å ha hindret at slik trakassering skjedde.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Den ble derfor vurdert etter arbeidsmiljøloven. I SKK-loven er det både et forbud mot trakassering på grunn av seksuell orientering i § 8, og en egen bestemmelse om arbeidsgivers plikt til å forebygge og forhindre trakassering i § 21.

Nemndas sak 29/2013 - lovbrudd

Behandlingen i nemnda: Nemnda tok først stilling til om arbeidsgiver, ved Kirkelig fellesråd, hadde juridisk ansvar for trakassering av klageren.

Når Den norske kirke har organisert seg på en slik måte at virksomhetsansvaret og arbeidsgiveransvaret er fordelt på to organer, innebar ikke dette at fellesrådet kan fraskrive seg ansvaret ved å vise til manglende instruksjons- og sanksjonsmyndighet overfor menighetsrådet. Etter nemndas mening vil en virksomhet som er organisert på denne måten i realiteten kunne ha et videre arbeidsgiveransvar enn i tradisjonelt organiserte virksomheter hvor instruksjons- og sanksjonsmulighetene er bedre.

Nemnda var enig med Kirkelig fellesråd i at arbeidsgiveransvaret ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver er ansvarlig for tilfeldige privatpersoners handlinger og uttalelser overfor en arbeidstaker. Deltagerne i menighetsmøtet kan imidlertid ikke sammenlignes med tilfeldige privatpersoner, da det blant deltagerne er frivillige som skal jobbe sammen med trosopplæringslederen, og, etter hva nemnda antok, personer som på andre måter er aktive i menigheten og derfor kan komme i berøring med trosopplæringslederens oppgaver. Kirkelig fellesråd i menigheten ved menighetsforvalter var også informert i forkant av møtet om at trosopplæringsstillingen, inkludert klagerens seksuelle orientering, skulle diskuteres. Dette medførte en aktivitetsplikt fra arbeidsgiver. Menighetsforvalter kunne ha forsøkt å stoppe at saken ble et eget tema under menighetsmøtet. Når det forelå en så klar risiko som i dette tilfelle for at det vil oppstå en persondebatt knyttet til en arbeidstaker, vil dette medføre en aktivitetsplikt fra arbeidsgivers side.

Nemnda var av den oppfatning at da diskusjonen utartet, både burde og kunne menighetsforvalter forsøkt å stoppe diskusjonen. Nemnda kom derfor at Kirkelig fellesråd i menigheten var ansvarlig for eventuell trakassering.

I vurderingen av om klageren var blitt utsatt for trakassering, understreket nemnda at seksuell orientering er svært nært knyttet til en persons identitet og verdighet, og at retten til arbeid uavhengig av seksuell orientering og kjønnsuttrykk er en sentral verdi. Terskelen for hva som anses som trakassering på grunn av seksuell orientering etter arbeidsmiljøloven kunne derfor ikke legges høyt. Nemnda var kjent med at det var ulike syn innen Den norske kirke på spørsmål som gjelder

seksuell orientering og samlivsform, og et menighetsmøte vil kunne ha prinsipielle diskusjoner om slike spørsmål som er vernet av religions- og ytringsfriheten. Det måtte likevel trekkes en grense mellom prinsipielle debatter og diskusjoner som direkte eller indirekte var knyttet til konkrete personer. Nemnda konstaterte at krenkelsen av klageren begynte allerede da det ble sendt brev fra frivillige i menigheten om hennes seksuelle orientering. Den fortsatte da stillingen hennes ble et tema på møtet, og representanter for arbeidsgiver ikke forsøkte å stoppe det. At soknepresten opplyste i forkant at ansettelsen skulle være et tema under menighetsmøtet, uten at menighetsforvalter forsøkte å stanse prosessen måtte betraktes som en forlengelse av krenkelsen. Det faktum at personalsaker ikke skulle tas opp under et menighetsmøte, virket i skjerpene retning. Nemnda konkluderte med at klageren ble trakassert, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1 nr. 2.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Den ble derfor vurdert etter arbeidsmiljøloven. I SKK-loven er det både et forbud mot trakassering på grunn av seksuell orientering i § 8, og en egen bestemmelse om arbeidsgivers plikt til å forebygge og forhindre trakassering i § 21.

13/489 Trakassering av hotellansatt - lovbrudd

Saken gjaldt: En tidligere ansatt ved et hotell som opplevde at en kollega knyttet flere kommentarer til hans seksuelle orientering. Klageren skal gjentatte ganger ha blitt kalt «lille homo», «homsegutten» og liknende av kollegaen. I tillegg viste han til en episode der kollegaen skal ha uttalt «aha, så dere skal knulle hverandre med champagneflaska». Kollegaen skal ha siktet til klageren og kjæresten hans da han sa dette.

Ombudets vurdering: Ombudet tok stilling til om klageren hadde blitt utsatt for trakassering i strid med arbeidsmiljøloven. I vurderingen viste ombudet til at utsagnene klart refererte til klagerens seksuelle orientering, og at de var fra grov og sjikanerende karakter til støtende. Klageren opplevde uttalelsene som mobbing og som krenkende. Det ble lagt betydelig vekt på klagerens subjektive opplevelse av handlingen. Ytringene kvalifiserte på bakgrunn av dette som trakasserende. Ombudet tok deretter stilling til om det var grunn til å tro at kollegaen hadde kommet med de påståtte ytringene.

Når det gjaldt utsagnet «aha, så dere skal knulle hverandre med champagneflaska», var det påstand mot påstand, da kollegaen ikke erkjente at han hadde sagt dette. Det kunne ikke utelukkes at kollegaen hadde ytret seg slik, men en påstand er ikke nok til å si at diskriminering eller trakassering har skjedd i juridisk forstand. Det var ikke andre omstendigheter eller opplysninger som støttet opp under klagerens påstand. Når det gjaldt de resterende utsagnene, hadde kollegaen erkjent at han hadde sagt disse flere ganger til klageren da de jobbet sammen. Han forklarte imidlertid at de var sagt i en spøkefull tone, og at klageren skal ha kalt ham «jævla innvandrere». Det var en spøkefull sjargong på arbeidsplassen, som dermed gikk begge veier. Han hadde aldri til intensjon å trakassere. Ombudet viste til at det var uheldig at klageren ikke hadde tatt opp forholdene med arbeidsgiver da han jobbet der, men at det ikke var avgjørende. Krenkende utsagn som refererer til en persons seksuelle orientering på en arbeidsplass kan ikke aksepteres, uavhengig av om det var en del av sjargongen på arbeidsplassen. Ombudet konstaterte at arbeidsgiver var ansvarlig for trakasseringen som skjedde. Ombudet vurderte også om arbeidsgiver hadde retningslinjer for å forhindre trakassering, og konkluderte med at arbeidsgiver hadde iverksatt et system for varsling som innebar at ledelsen tok sikte på å forhindre og forebygge trakassering.

Konklusjon: Ombudet konkluderte med at kollegaen hadde handlet i strid med trakasseringsforbudet på grunn av seksuell orientering. Arbeidsgiver ble ansvarlig etter arbeidsmiljøloven § 13-1 (2) for trakasseringen.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Den ble derfor vurdert etter arbeidsmiljøloven. I SKK-loven er det både et forbud mot trakassering på grunn av seksuell orientering i § 8, og en egen bestemmelse om arbeidsgivers plikt til å forebygge og forhindre trakassering i § 21.

4.1.3 Ombudets og nemndas saker - kjønnsidentitet og -uttrykk

13/1156: Veiledningssak om trakassering på grunn av interkjønn

Dette er den eneste henvendelsen ombudet har mottatt som gjelder interkjønn. Hevndelsen kom før SKK-loven trådte i kraft.

Saken gjaldt: En person ble utsatt for trakassering på arbeidsplassen sin. Trakasseringen knyttet seg til at han var født med både kvinnelige og mannlige kjønnskarakteristika. Han ble som liten operert til å bli jente, noe som var vanlig på den tiden. Dette førte til store problemer i oppveksten, da han opplevde seg som gutt. Han gjennomgikk derfor en kjønnsbekreftende operasjon i tenårene. Han hadde fortalt dette til noen av kollegaene, som hadde ført til mobbing/trakassering. En kvinnelig kollega skal for eksempel ha kommet med seksuelle tilnærmelser for så å si «nei, dette går jo ikke for du har vel ikke særlig til utstyr». Arbeidsgiver skal ikke ha foretatt seg noe da han tok det opp med sin nærmeste leder.

Merknad: Personen fikk veiledning ut fra det gjeldende regelverket. Utover dette ble ikke saken fulgt opp, da personen ikke tok ytterligere kontakt.

4.2 Trakassering og hatefulle ytringer utenfor arbeidslivet

Fra forarbeidene til SKK-loven går det frem at trakasseringsforbudet skal tolkes likt i alle diskrimineringslovene.⁴⁵ Dermed er også forarbeidene som omtaler trakasseringsforbudet til de ulike lovene relevante. Etter forarbeidene til diskrimineringsloven om etnisitet av 2005, går det frem at det er den personlige krenkelsen som ligger til grunn for trakasseringsbestemmelsen.⁴⁶

Trakasseringen må derfor være tydelig rettet mot en eller flere avgrensede enkeltpersoner. Trakasserende ytringer rettet mot en generell gruppe, som typisk ikke vil være klart avgrenset, faller utenfor bestemmelsen. Slik atferd vil imidlertid kunne rammes av straffeloven, som også rammer diskriminerende ytringer rettet mot grupper av personer. I slike saker har derfor ombudet konkludert med at § 8 i SKK-loven ikke er brutt. Hvorvidt en ytring faller utenfor SKK-lovens trakasseringsforbud må imidlertid avgjøres konkret.

I flere av sakene ombudet har behandlet som gjelder spørsmål om trakassering utenfor arbeidsliv, har det vært et spørsmål om den trakasserende handlingen/ytringen er omfattet av trakasseringsbestemmelsen i SKK-loven. Dette er fordi ytringene ikke har vært rettet mot en eller

⁴⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 162.

⁴⁶ Ot. Prp. Nr. 33 (2004-2005) side 107.

flere konkrete personer direkte, men i stedet regnes som en generell ytring. Saker som ikke er rettet mot konkrete personer reiser spørsmål om hvor langt ytringsfriheten til den enkelte strekker seg, vurdert opp mot det strafferettslige forbudet mot hatefulle ytringer. Hvorvidt en sak er omfattet av straffelovens bestemmelser, er utenfor ombudets mandat å vurdere.

4.2.1 Mangelfullt strafferettslig vern mot hatkriminalitet

I straffeloven av 2005 er det flere straffebud (hatkriminalitetsbestemmelser) som forbyr for eksempel hatefulle ytringer eller diskriminering på grunn av noens hudfarge, eller nasjonal eller etniske opprinnelse, religion eller livssyn, homofile orientering og nedsatte funksjonsevne.⁴⁷ Ingen av straffelovens hatkriminalitetsbestemmelser verner mot hatkriminalitet på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Både Politiets egen hatkrim-gruppe, ombudet og organisasjoner på feltet (blant annet Skeiv Verden og FRI) har tatt til orde for at transpersoner har et sterkt behov for vern etter straffelovens bestemmelser.⁴⁸ I forbindelse med regjeringens arbeid med ny, felles likestillings- og diskrimineringslov, besluttet Barne- og likestillingsdepartementet at det skulle gjøres en helhetlig gjennomgang av det strafferettslige diskrimineringsvernet gjennom en ekstern utredning.⁴⁹ Utredningen konkluderte med at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bør tas inn som grunnlag i de strafferettslige bestemmelsene.⁵⁰

Straffelovens bestemmelser er ennå ikke endret, og transpersoner som utsettes for hatefulle ytringer i strid med straffelovens § 185, har i dag ikke vern etter loven, og saken blir ikke strafferettslig forfulgt på dette grunnlaget.

Både Yogyakartaprinsippene⁵¹ og Europarådet har anbefalinger knyttet til hatkriminalitet og et effektivt lovverk. Blant annet følger det av Europarådets resolusjon 2048 (2015)1 om diskriminering av transpersoner i Europa:

As concerns anti-discrimination legislation and policies:

*enact hate crime legislation which affords specific protection for transgender people against transphobic crimes and incidents; provide specific training to sensitise law-enforcement officials and members of the judiciary.*⁵²

4.2.2 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

14/1343 Informasjon om homofili på nettstedet Guttogjente.no – ikke lovbrudd

⁴⁷ Se straffelovens bestemmelser §§ 185, 186, 77, 264, 272, 274, 352

⁴⁸ Se blant annet politiets rapport «Hatkriminalitet – anmeldt hatkriminalitet 2016» s. 9.

⁴⁹ Utredning om det strafferettslige diskrimineringsvernet, Kjetil Mujezinovic Larsen, 13. september 2016: <https://www.regjeringen.no/contentassets/c376779b24384202a4abf97e931454e2/utredning-av-det-strafferettslige-diskrimineringsvernet.pdf>

⁵⁰ S. 71

⁵¹ Prinsipp 5: The right to security of the person.

⁵² Punkt 6.1.3.

Ombudet mottok en klage på at nettsiden guttogjente.no hadde nedsettende ytringer om blant annet homofili og homofilt samliv. Nettsiden beskrev seg som en annerledes veiledningstjeneste for unge mennesker med temaene kropp, sex, forhold og identitet ut fra et kristent livssyn.

Ombudets vurdering: Ombudet skulle ta stilling til om ytringene på nettsiden på nettsiden var trakasserende på grunn av seksuell orientering. Ombudet viste til at trakasseringsforbudet etter SKK-loven og diskrimineringsloven om etnisitet skulle fortolkes på samme måte. Trakasserende ytringer rettet mot en stor gruppe av personer, som typisk ikke vil være klart avgrenset, faller utenfor bestemmelsen. Ytringene på nettstedet var ikke rettet mot en eller flere konkrete personer, men en hel gruppe på grunn av deres seksuelle orientering. En slik ytring falt derfor utenfor trakasseringsforbudet i lovens § 8. En slik atferd ville imidlertid kunne rammes av straffeloven § 135 a, som også rammer diskriminerende ytringer rettet mot grupper av personer. Dette var utenfor ombudets mandat å vurdere.

Konklusjon: Innholdet på nettsiden guttogjente.no er ikke i strid med trakasseringsforbudet i § 8 i lov om forbud mot diskriminering på grunn seksuell orientering.

Merknad: I uttalelsen viser ombudet til straffeloven § 135 a. Dette var i gammel straffelov av 1902, som er opphevet. Gjeldende og tilsvarende bestemmelse er i straffeloven av 2005, § 185 som forbyr hatefulle ytringer blant annet på grunn av «homofile orientering». ⁵³

15/621: Trakasserende kommentarer fra taxisjåfør – ikke lovbrudd

En mann tok taxi fra en holdeplass ved utestedet London pub, et utested rettet mot et lhbt-publikum. Taxisjåføren kom med nedsettende kommentarer om personer som sto utenfor puben og kysset. Han skal også ha uttalt at Norge bør innføre sharialovgivning, og at homofile burde halshugges. Klageren var selv homofil, men uttalelsene skal ikke ha vært rettet mot ham.

Ombudets vurdering: Det var uenighet mellom partene om hva som skal ha blitt sagt under taxituren. Det var imidlertid ikke nødvendig for ombudet å ta stilling til det, fordi det ikke hadde betydning for resultatet. Spørsmålet i saken var om de påståtte ytringene i situasjonen var omfattet av trakasseringsforbudet i SKK-loven § 8. I likhet med sak 14/1343, omtalt over, viste ombudet til forarbeidene til SKK-loven hvor det går frem at trakasseringsforbudet skal tolkes på samme måte i alle diskrimineringslovene.

Ombudet uttalte at forbudet mot trakasserende ytringer må avveies mot ytringsfriheten. Det er den personlige krenkelsen forbudet mot trakassering i SKK-loven retter seg mot, og ikke ytringer som retter seg mot en hel gruppe. Ombudet kom til at ytringene til sjåføren ikke var rettet mot klageren personlig. Ombudet presiserte at slike ytringer likevel kunne oppleves som nedverdiggende, krenkende og skremmende. Videre at ytringer av en så alvorlig karakter som i denne saken, vil også kunne være gjenstand for prøving av domstolene etter forbudet mot hatefulle ytringer i straffeloven § 135 a. Denne vurderingen lå imidlertid utenfor ombudets mandat.

⁵³ I sak 10/329 uttalte en person i media at homofile fortjener dødsstraff. Saken ble avvist fordi det på det tidspunktet kun var et forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i arbeidsmiljøloven. Ombudet viste til at ytringene kunne rammes av nåværende straffeloven § 185.

Konklusjon: Klageren ble ikke diskriminert i strid med forbudet mot trakassering på grunn av seksuell orientering under taxituren, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 8.

Merknad: I uttalelsen viser ombudet til straffeloven § 135 a. Dette var i gammel straffelov av 1902, som er opphevet. Gjeldende og tilsvarende bestemmelse er i straffeloven av 2005, § 185 som forbyr hatefulle ytringer blant annet på grunn av «homofile orientering». I straffebestemmelsen er det et vilkår at ytringen fremsettes offentlig. Hvorvidt ytringen i denne saken, som ble fremmet i en taxi, med én person til stede, ville falt innenfor vilkåret «offentlig», er ikke drøftet i ombudets uttalelse.

16/339 Spørsmål om diskriminering under avtjening av førstegangstjeneste – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: En person som avtjente førstetjenesten sin i militæret. Han ble ilagt en disiplinæraksjon etter militær straffelov som følge av oppbevaring og bruk av alkohol under tjenesten. Han ble også stilt spørsmål om sin seksuelle orientering av kapteinen sin, noe han opplevde som trakasserende.

Ombudets vurdering: Ombudet skulle ta stilling til om klageren hadde fått strengere reaksjon på disiplinærbruddet sitt som følge av sin seksuelle orientering, og om han hadde blitt trakassert på grunn av sin seksuelle orientering under samtalen med kapteinen. Ombudet konkluderte med at det ikke var grunn til å tro at hans seksuelle orientering hadde betydning for utmålingen av disiplinærreaksjonen. Når det gjaldt spørsmålet om trakassering, hadde hendelsen blitt etterforsket av Krigsadvokaten, som også hadde innhentet vitneforklaringer i saken. Kapteinen hadde stilt spørsmål om klageren var homofil, og stilt spørsmål om hvordan han opplevde dusjsituasjonen fordi det gikk rykter om at han dusjet med de kvinnelige medsoldatene. Krigsadvokaten konkluderte med at kapteinen burde formulert seg annerledes, og ikke så direkte, men henla saken. Ombudet sluttet seg til vurderingen, og la vekt på at spørsmålet om klagerens legning i seg selv ikke kan anses som en trakasserende ytring. Spørsmålene knyttet til dusjingen hadde en klar sammenheng med kapteinens mistanke om at klageren dusjet med kvinnelige medsoldater, noe som i så fall ville være et brudd på Forsvarets regelverk.

Konklusjon: Forsvaret handlet ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 første ledd, da klageren ble satt i vaktarresten og omplassert. Forsvaret handlet ikke i strid med forbudet mot trakassering på grunn av seksuell orientering i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 8, overfor klageren.

4.2.3 Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

14/1677 Gutt får ikke fjernet brystene på Rikshospitalet pga aldersgrense – om bruk av pronomen og trakasseringsforbud – ikke lovbrudd

Saken gjelder Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS) ved Rikshospitalet sin utredning, diagnostisering og medisinsk behandling av klageren. Ombudet tok blant annet stilling til om klageren hadde blitt trakassert ved at en overlege ved NBTS hadde brukt feil pronomen, og omtalt klageren med feil pronomen i journalen. Klageren er født som jente, men hadde hele livet følt

seg som en gutt. Klageren var mindreårig på tidspunktet saken ble behandlet av ombudet. Moren klagen inn saken på hans vegne.

Ombudets vurdering: Ombudet gjennomførte en samtale med klageren om hvordan han opplevde feil bruk av pronomen. Klageren hadde i liten grad merket dette, og slik ombudet forstod saken, var det i hovedsak mor som hadde opplevd feil bruk pronomenbruk for sønnen. Når det gjaldt feil bruk av pronomen i journaler, var det ikke lagt frem dokumentasjon som underbygget dette. Siden klageren selv ikke hadde gitt uttrykk for at han hadde opplevd feil pronomenbruk som krenkende, kunne ikke ombudet konkludere med at lovens forbud mot trakassering på grunn av kjønnsidentitet var overtrådt. Ombudet gjorde dermed ikke en nærmere vurdering av om feil pronomenbruk utgjorde trakassering i strid med SKK-loven § 8.

Ombudet bemerket likevel at NBTS har et ansvar for å anerkjenne kjønnsidentiteten til pasienter som ikke har fått, eller kommer til å få diagnosen transseksuell. Diskrimineringsgrunnlaget kjønnsidentitet er mer vidtfavnende enn de som har diagnosen transseksuell. Også den selvopplevde kjønnsidentiteten er vernet etter SKK-loven, jf. Prop. 88 L (2012-2013) side 119. Selv om ombudet ikke tok stilling til trakassering i denne saken, var det klart at bruk av pronomen som ikke stemmer overens med pasientens egen kjønnsidentitet etter omstendighetene kan være trakassering i lovens forstand. Pasientene NBTS har til utredning og behandling kan være i en særlig sårbar situasjon. Helsepersonell som jobber med diagnostisering står i et maktforhold til personer som er til utredning for diagnosen transseksualisme. Etter Prop. 88 L (2012-2013) side 162 har trakassering sammenheng med maktforhold og maktstrukturer. Maktforholdet mellom de som gjør utredningen og pasienten ville dermed kunne gjøre at handlinger og ytringer som ellers ikke faller inn under lovens trakasseringsbestemmelse, likevel må anses som trakassering. Helsepersonell som er i kontakt med personer som er til utredning for transseksualisme bør derfor være varsomme med hvordan de omtaler pasientene, enten muntlig eller skriftlig og i pasientjournaler.

Konklusjon: Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme har ikke handlet i strid med forbudet mot trakassering i diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 8.

Merknad: Saken gjaldt også spørsmål om avslag på pubertetsutsettende behandling og brystkirurgi var diskriminerende. Omtalen av dette spørsmålet står i kapittelet om helse.

14/1079: Bruk av feil pronomen ved Rikshospitalet - henleggelse

Saken gjaldt: En kvinne ble kalt «han» av helsepersonell ved Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme, Oslo universitetssykehus. Hun er født mann, og har kvinnelig kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Hun opplevde feil bruk av pronomen som krenkende, samt som at hun ble «outet» da det var andre pasienter til stede som overhørte samtalen.

Ombudets vurdering: Oslo universitetssykehus uttalte i sin redegjørelse at praksisen er å omtale pasienter som «pasient», eller ved for- eller etternavn. Ombudet mente at det var snakk om en rutinesvikt hos Oslo universitetssykehus, og at sykehuset i første omgang burde iverksette tiltak for å unngå lignende situasjoner i fremtiden. Ombudet fant derfor ikke grunn til å gå videre med behandling av saken, og tok ikke stilling til om kvinnen ble trakassert eller stilt dårligere på grunn av sin kjønnsidentitet eller -uttrykk. Ombudet presiserte at dersom hun igjen opplevde lignende ved

sykehuset, ville saken kunne åpnes og behandles. Ombudet påpekte at saken kunne reise helserettslige spørsmål knyttet til helsepersonellens taushetsplikt. Saken ble deretter henlagt.

Konklusjon: Saken henlegges.

Konkrete spørsmål etter samfunnsområde

5 Arbeidsliv

Samfunnsområdet arbeidsliv er et av de områdene ombudet mottar flest veiledningshenvendelser på når det gjelder diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Etter at diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven) trådte i kraft i 2014 har imidlertid antall klagesaker på dette området gått ned.⁵⁴

I tillegg til de generelle reglene i SKK-loven kapittel 2 om diskriminering, er det et eget kapittel 4 i loven som gir supplerende regler i arbeidsforhold. Diskrimineringsvernet gjelder alle sider av et ansettelsesforhold. Dette følger av SKK-lovens § 15. Diskrimineringsvernet omfatter utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse, opplæring og kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår og opphør av ansettelsesforholdet. Diskrimineringsvernet gjelder også arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere.

5.1 Relevante EU-direktiv innenfor arbeidsliv

EUs rammedirektiv (2000/78/EF) om likebehandling i arbeidslivet pålegger statene å innføre vern mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, religion, tro, funksjonsnedsettelse og alder. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen. Norge har likevel valgt å gjennomføre regelverket i norsk rett.

Adgangen til å forskjellsbehandle i arbeidsforhold er særlig snever.⁵⁵ Hvorvidt forskjellsbehandlingen er lovlig etter SKK-loven § 6, skal tolkes i lys av de relevante EU-direktivene.⁵⁶ Dette innebærer at diskrimineringsforbudet er skjerpet i arbeidsforhold. I Rammedirektivet artikkel 4 nr. 1 kan det forskjellsbehandles på grunnlag av seksuell orientering kun dersom den seksuelle orienteringen er et vesentlig og avgjørende yrkesmessig krav. Det betyr at det bare er adgang til forskjellsbehandling dersom en bestemt seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er nødvendig for å utføre arbeidet eller eventuelt en bestemt rolle, oppgave eller liknende. Et eksempel som er trukket frem i forarbeidene til loven er dersom et trossamfunn skal ansette en prest, og forskjellsbehandlingen av en søker på grunn av seksuell orientering er begrunnet i trossamfunnets religiøse lære.⁵⁷

⁵⁴ Se nærmere oversikt i kapittelet med oversikt over saker behandlet av ombudet og nemnda.

⁵⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 161

⁵⁶ Blant annet EUs rammedirektiv artikkel 4 nr. 1 og EUs likebehandlingsdirektiv artikkel 4.

⁵⁷ Mer om dette under punktet rekruttering.

EUs likebehandlingsdirektiv (2006/54/EF) forbyr diskriminering, trakassering på grunn av kjønn, seksuell trakassering og instruksjon om trakassering. Direktivet gjelder i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse, og er bindende for Norge.

5.2 Avgjørelser fra EU-domstolen:

Det er få avgjørelser fra EU-domstolen som gjelder diskriminering på grunn av seksuell orientering etter EUs rammedirektiv.⁵⁸ Flere av sakene gjaldt homofile arbeidstakere som har inngått partnerskap, og som ble nektet bestemte fordeler/goder forbeholdt gifte arbeidstakere. Vi omtaler en av de nyeste av avgjørelsene under her.⁵⁹ Vi omtaler også en prejudisiell avgjørelse som gjaldt vern mot diskriminering for transseksuelle etter likebehandlingsdirektivet.

Begge sakene er prejudisielle avgjørelser som gjelder tolkningen av rammedirektivet og likebehandlingsdirektivet. Dette betyr at det er de nasjonale domstolene som ber EU-domstolen om en uttalelse av hvordan EU-retten skal tolkes, og som deretter, på bakgrunn av tolkningsuttalelsen fra EU-domstolen, avsier dom nasjonalt.

C-267/12 «Hay» (12. desember 2013)⁶⁰

Saken gjaldt: Saksøkeren hadde søkt om ferie og ekteskapstillegg i forbindelse med at han inngikk partnerskap. Tilleggene ble gitt til arbeidstakere som giftet seg. Fordelene fulgte av en kollektiv arbeidsavtale. Avtalen innebar fordeler som gjaldt goder knyttet til lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere som inngikk ekteskap. Avtalen omfattet ikke personer som hadde inngått sivil partnerskap (en mulighet for både likekjønnede par og ulikekjønnede par), og arbeidsgiver avslo derfor ferie og ekteskapstillegg til saksøker. Den nasjonale lovgivningen i Frankrike tillot ikke at likekjønnede par inngikk ekteskap. Den nasjonale domstolen anmodet EU-domstolen om en tolkningsuttalelse om den kollektive avtalen var indirekte diskriminerende på grunn av seksuell orientering.

EU-domstolens prejudisielle uttalelse: Forskjellig behandling på grunnlag av arbeidstakerens ekteskapelige stilling, og ikke uttrykkelig deres seksuelle orientering, er direkte forskjellsbehandling, fordi mulighet til å inngå ekteskapet var begrenset til personer av forskjellig kjønn. Likekjønnede par kunne derfor ikke oppfylle betingelsene som er nødvendig for å oppnå den påberopte fordelene.

Konklusjon: Rammedirektivet er til hinder for at en bestemmelse i kollektiv avtale utelukker en person fra fordelene i avtalen under henvisning til at personen ikke har inngått ekteskap. Dette gjaldt når nasjonal lovgivning ikke tillater personer av samme kjønn å gifte seg, og når personen det gjelder befinner seg i en situasjon som er sammenlignbar med situasjonen for arbeidstakere som gifter seg (altså inngår en sivil partnerskap med juridiske forpliktelser og rettigheter som følger av dette).

⁵⁸ Rapport fra EU-kommisjonen: Combating Sexual Orientation Discrimination in the European Union (2014) s. 42.

⁵⁹ Les også mer i rapporten fra EU-kommisjonen: «Combating Sexual Orientation Discrimination in the European Union»: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/sexual_orientation_en.pdf

⁶⁰ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145530&pageIndex=0&doclang=DA&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=102418>

Merknad: Den nasjonale domstolens forespørsel gjaldt om den kollektive avtalen var indirekte diskriminerende. Domstolen behandlet dette som et spørsmål om direkte diskriminering, og viste til at dette innskrenket mulighetene for at forskjellsbehandlingen kunne være lovlig.⁶¹

Sak C-13/94 «P v. S and Cornwall County Council» (30. april 1996)⁶²

Saken gjaldt: En arbeidstaker som ble sagt opp fra stillingen sin ved en utdanningsinstitusjon da hun varslet arbeidsgiver at hun hadde tenkt å gjennomgå kjønnsbekreftende behandling og operasjon fra mann til kvinne. Hun fikk aldri returnere til arbeidet som kvinne, og oppsigelsestiden utløp før hun hadde gjennomgått den siste kjønnsbekreftende operasjonen.

Domstolens prejudisielle uttalelse: Spørsmålet var om oppsigelse av en transseksuell person på grunn av kjønnsbekreftende behandling, kunne vurderes som forskjellsbehandling på grunn av kjønn i strid med likebehandlingsdirektivet. Domstolen viste til at det er en av menneskers grunnleggende rettigheter å ikke bli utsatt for forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Direktivets anvendelsesområde kunne derfor ikke innskrenkes til å kun omfatte forskjellsbehandling som følger av tilhørighet til det ene eller andre kjønn. Under henvisning til direktivets formål og de rettighetene det skal beskytte, måtte direktivet også anvendes på forskjellsbehandling som finner sted på grunn av kjønnsbekreftende operasjon. Forskjellsbehandling som springer ut av kjønnsbekreftende behandling særlig, men ikke utelukkende, skjer på grunn av personens kjønn. Hvis en slik forskjellsbehandling skulle være tillatt, ville retten til personlig verdighet og frihet bli krenket.

Konklusjon: Likebehandlingsdirektivet var til hinder for oppsigelse av en transseksuell person på grunnlag av vedkommendes kjønnsbekreftende behandling fra mann til kvinne.

5.3 Europarådets anbefaling CM/Rec (2010)5

Europarådets anbefaling fra 2010 gir også konkrete anbefalinger knyttet til vern mot diskriminering i arbeidslivet. Transpersoners rett til privatliv, og til å ikke «outes» i en jobbsøkerprosess, trekkes særlig frem.

Member states should ensure the establishment and implementation of appropriate measures which provide effective protection against discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity in employment and occupation in the public as well as in the private sector. These measures should cover conditions for access to employment and promotion, dismissals, pay and other working conditions, including the prevention, combating and punishment of harassment and other forms of victimisation.

⁶¹ Avsnitt 45: For så vidt som den forskjellsbehandling, der er udøvet, er direkte, kan den i øvrigt ikke være begrundet i et »legitimt formål« som omhandlet i artikkel 2, stk. 2, litra b), idet denne bestemmelse kun vedrører indirekte forskjellsbehandling, men alene af en af de i dette direktivs artikkel 2, stk. 5, anførte grunde, nemlig den offentlige sikkerhed, den offentlige orden, forebyggelse af forbrydelse, beskyttelse af sundheden eller beskyttelse af andres rettigheder og friheder.

⁶²

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=DA&mode=req&dir=&oc c=first&part=1&cid=1021558>

Particular attention should be paid to providing effective protection of the right to privacy of transgender individuals in the context of employment, in particular regarding employment applications, to avoid any irrelevant disclosure of their gender history or their former name to the employer and other employees.⁶³

5.4 Yogyakarta-prinsipp nummer 12:

Everyone has the right to decent and productive work, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity.

States shall:

A: Take all necessary legislative, administrative and other measures to eliminate and prohibit discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity in public and private employment, including in relation to vocational training, recruitment, promotion, dismissal, conditions of employment and remuneration;

B: Eliminate any discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity to ensure equal employment and advancement opportunities in all areas of public service, including all levels of government service and employment in public functions, including serving in the police and military, and provide appropriate training and awareness-raising programmes to counter discriminatory attitudes.

5.5 Rekruttering

5.5.1 Generelt om adgangen til å innhente opplysninger om samlivsform

Det er et forbud mot å innhente opplysninger om søkerens seksuelle orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk for arbeidsgivere. Forbudet gjelder i ansettelsesprosessen, på intervju eller på annen måte, og følger av § 16 i SKK-loven.

Ordlyden i § 16 er som følger:

En arbeidsgiver må ikke i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte, innhente opplysninger om søkerens seksuelle orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Dette gjelder likevel ikke opplysninger om søkerens samlivsform dersom:

- a) innhenting av opplysningene er begrunnet i stillingens karakter eller*
- b) det inngår i formålet for virksomheten å fremme bestemte religiøse, kulturelle eller politiske syn, og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet.*

Dersom slike opplysninger vil bli krevet, må dette angis i utlysningen av stillingen.

Unntaket fra forbudet om å innhente opplysninger gjelder opplysninger om søkerens samlivsform. Før SKK-loven trådte i kraft, var vilkårene opplysninger om «homofil legning eller samlivsform» i arbeidsmiljøloven § 13-4. Bestemmelsen ble endret til forbud mot å innhente opplysninger om

⁶³ Avsnitt 29 og 30.

søkerens «samlivsform» i 2010. Lovgiver begrunnet endringen med at når det gjelder innhenting av søkerens samlivsform, er det vedkommendes samlivsform som er relevant, og ikke den seksuelle orienteringen som sådan.

Formålet med unntaket i loven er at politiske, religiøse og kulturelle organisasjoner og institusjoner skal kunne drive sin virksomhet i samsvar med sin egenart og sitt formål. Virksomhetene skal ha adgang til å utlyse stillinger og ansette personale i overensstemmelse med formålet for virksomheten.⁶⁴ I forarbeidene presiseres det at det er homofil samlivsform bestemmelsen har praktisk betydning for.⁶⁵ Bokstavene a og b er to alternative vilkår for å kunne innhente opplysninger om samlivsform. Dette innebærer at arbeidsgiveren som skal innhente opplysninger om søkerens samlivsform, må begrunne dette i enten bokstav a eller b. Likevel er det slik at virkeområdet til de to alternative unntakene i hovedsak er sammenfallende, noe som kan gjøre det vanskelig å skille mellom dem.⁶⁶ Det er arbeidsgiver som ønsker å innhente opplysninger om søkerens samlivsform, som må begrunne at vilkårene i § 16 er oppfylt.⁶⁷

For en nærmere diskusjon av virkeområdet til § 16 når det gjelder innhenting av opplysninger om samlivsform, se ombudets fagoppsummering om forbudet mot diskriminering på grunn av religion og livssyn.⁶⁸

5.5.2 Vurderingen av trossamfunnenes adgang til å forskjellsbehandle på grunn av samlivsform

Hvor langt tros- og livssynsfriheten skal gå når den er i kollisjon med andres rettigheter til ikke-diskriminering, er et spørsmål som må vurderes fra sak til sak.⁶⁹ Tros- og livssynsfriheten er en menneskerettighet, som innebærer at trossamfunnene har autonomi i tros- og lærespørsmål. I NOU 2008:1 *Kvinner og homofile i trossamfunn* beskrives trossamfunnenes praksis overfor homofile i Norge. I flere trossamfunn er det slik at personer som lever i homofilt samliv ikke får lederoppgaver, menighetsverv osv. Noen trossamfunn ønsker heller ikke homofile som lever ut sin seksualitet eller som lever i parforhold som medlemmer. Disse ovennevnte formene for forskjellsbehandling av homofile begrunnes i mange tilfeller ut fra trossamfunnets religiøse lære.

I NOU 2008:1 vurderte utvalget hvorvidt den særskilte unntaksadgangen for trossamfunn til å forskjellsbehandle homofile skulle oppheves. Det ble vist til at den uttrykkelige adgangen til å forskjellsbehandle kan virke krenkende og legitimere forskjellsbehandling. Likevel konkluderte utvalget med at det ville være problematisk i forhold til religionsfriheten i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon å oppheve unntaksadgangen i sin helhet. Dette innebærer at

⁶⁴ Prop. 88 L (2012-2013) s. 163.

⁶⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 163.

⁶⁶ Prop. 88 L (2012-2013) s. 164 nevner for eksempel at det ikke kan utelukkes at bokstav a får en selvstendig betydning, og ikke dekkes av bokstav b i tilfeller der en virksomhets idegrunnlag verken er religiøs eller kulturell karakter. Et slikt tilfelle må i tilfelle tolkes i lys av adgangen til å legge vekt på seksuell orientering ved ansettelser i § 6. Da bestemmelsen først ble innført i arbeidsmiljøloven (den gjaldt på det tidspunktet ikke seksuell orientering, men religiøse og kulturelle spørsmål), uttrykte departementet tvil om den rettslige betydningen av å ha med første alternativ i selve lovteksten. Ombudet har kun behandlet saker som gjelder tros- og livssynssamfunn, så særlig praktisk er ikke dette.

⁶⁷ Se bevisbyrderegelen i SKK-loven § 23.

⁶⁸ Rapporter og analyser fra LDO: <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/Analyser/>.

⁶⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 125.

trossamfunnene har adgang til å forskjellsbehandle etter SKK-loven dersom det er religiøst begrunnet.

Trossamfunnenes adgang til forskjellsbehandling skal vurderes etter den generelle bestemmelsen i § 6 om lovlig forskjellsbehandling.⁷⁰ Det er likevel viktig å presisere at trossamfunnene er omfattet av diskrimineringsforbudet i SKK-loven. Det innebærer at det er trossamfunnene som må sannsynliggjøre at de har adgang til å forskjellsbehandle på grunn av seksuell orientering i slike tilfeller. Det betyr at trossamfunnene må begrunne at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, at den må være nødvendig for å oppnå formålet, og at det må være et rimelig forhold mellom det som skal oppnås og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den som rammes. Forarbeidene angir nærmere hvordan vurderingen av vilkårene i § 6 skal gjøres i slike saker.⁷¹ Forskjellsbehandlingen er saklig dersom den er religiøst begrunnet. Ombudet og nemnda overprøver ikke trossamfunnenes teologiske vurderinger. Når det gjelder om forskjellsbehandlingen er nødvendig, betyr det at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for religionsutøvelsen, og at likebehandling vil komme i konflikt med læren. Forskjellsbehandlingen må være nødvendig for utøvelse av arbeidsoppgavene når det gjelder ansettelsesforhold. Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen, må de ulike hensynene vektas mot hverandre. Det er likevel slik at det er større adgang til å forskjellsbehandle når det gjelder for eksempel ulønnede verv, enn når det gjelder ansettelser.

5.5.3 Ombudet og nemndas saker - seksuell orientering

09/1639 Utlysning som kirkeverge ved Vefsn kirkelige fellesråd - lovbrudd

Vefsn kirkelige fellesråd utlyste en stilling som kirkeverge/daglig leder. Av stillingsannonseren fulgte det at «samlivsform kunne bli etterspurt og vektlagt».

Ombudets vurdering: Ombudet tok stilling til om utlysningsteksten til Vefsn kirkelige fellesråd var i strid med arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, herunder homofil samlivsform jf. § 13-1 og § 13-4.

Ombudet mente formuleringen i stillingsannonseren var egnet til å bli oppfattet som at homofile personer som lever i et homofilt samliv ikke ville bli vurdert til stillingen på lik linje med andre søkere. Ombudet mente en slik formulering i en stillingsannonse sender et negativt signal, og kan stille homofile søkere dårligere enn andre. Ombudet viste til daværende arbeidsmiljølov § 13-4 (2). Bestemmelsen sa at forbudet ikke gjelder dersom innhenting av opplysninger om samlivsform er begrunnet i stillingens karakter eller det inngår i virksomhetens formål å fremme et bestemt syn, og arbeidstakerens stilling vil være av betydning for gjennomføringen av formålet.

Ombudet viste til at Den norske kirke har to aksepterte syn på homofilt samliv, og at den religiøse begrunnelsen derfor må anses som saklig. Spørsmålet var om stillingen som kirkeverge ville ha betydning for gjennomføringen av menighetens religiøse formål. Det ligger i dette at forskjellsbehandlingen må være nødvendig av hensyn til de arbeidsoppgaver som skal utføres i

⁷⁰ Prop. 88 L (2012-2013) s. 125.

⁷¹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 126.

stillingen. Unntaksadgangen når det gjelder seksuell orientering i arbeidslivet må forstås meget snever, og kan bare finne sted dersom den bygger på et regulært og ervervsmessig krav, er nødvendig og forholdsmessig, jf. direktiv 2000/78/EF (likebehandlingsdirektivet).

Fellesrådet viste til at kirkevergen med personalansvar burde være komfortabel med å snakke om sin samlivsform med ansatte i menigheten, og at dette begrunnet formuleringen i stillingsannonsen. Ombudet anerkjente at kirkevergen har en lederfunksjon og samarbeider tett med prester og andre med vigslede stillinger. Kirkeverge er imidlertid ikke en vigslet stilling, og de viktigste oppgavene er av administrativ karakter. Ombudet mente det derfor ikke var nødvendig å stille krav om samlivsform for denne stillingen.

Konklusjon: Vefsn kirkelige fellesråd handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. § 13-4 gjennom sin formulering i stillingsannonsen for stillingen som kirkeverge/daglig leder.

Merknad: Saken ble behandlet før SKK-loven trådte i kraft, og ble derfor vurdert etter arbeidsmiljøloven.

13/975 Vektleggelse av samlivform ved utlysning av stilling som ungdomsrådgiver – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: I mai 2013 utlyste Agder og Telemark bispedømmeråd en stillingsannonse hvor de søkte etter ungdomsrådgiver til menigheten. Av arbeidsoppgaver ble det blant annet nevnt oppfølging av ungdomsråd, deltaker i trosopplæringsteam, bygge nettverk for ungdomsarbeidere, rådgivning til menigheter, samt lede prosjektet «rekruttering til presteyrket». Av stillingsannonsen fulgte det at «det ble stilt særlig krav til samlivsform, jf. arbeidsmiljøloven § 13-4». Klager mente at annonseteksten var diskriminerende overfor homofilt gifte eller samboende.

Ombudets vurdering: Ombudet mente formuleringen i stillingsannonsen var egnet til å bli oppfattet som at homofile som lever i et homofilt samliv ikke vil bli vurdert til stillingen på lik linje med andre søkere. Ombudet mente en slik formulering i en stillingsannonse sender et negativt signal, og derved kan stille homofile søkere dårligere enn andre.

Spørsmålet var om unntaksadgangen i arbeidsmiljøloven § 13-4 (2) kom til anvendelse.

Bispedømmerådet hadde redegjort grundig for hvilke oppgaver ungdomsrådgiveren skulle ha.

Ombudet anerkjente at en svært sentral oppgave for ungdomsrådgiveren ville være undervisning i den kristne tro, og samarbeid med prester og andre med vigslede og religiøse stillinger i menigheten.

Ombudet kom til at fordi en såpass stor del av oppgavene hadde religiøs karakter, var stillingen av betydning for gjennomføringen av det religiøse formålet. Ombudet kom derfor til at bispedømmerådet hadde dokumentert nødvendigheten av å stille krav til samlivsform i stillingsutlysningen.

Konklusjon: Agder og Telemark bispedømmeråd handlet ikke i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. § 13-4 ved krav om opplysninger om samlivsform.

Merknad: Ut fra uttalelsen ser vi at det er ikke typen stilling, men hvilke oppgaver som ligger til den konkrete stillingen. Det avgjørende er i hvilken grad det er sannsynliggjort at stillingen innebærer konkrete religiøse oppgaver. Eller sagt på en annen måte: «om stillingen har direkte sammenheng med konkret religionsutøvelse». Saken ble behandlet før SKK-loven trådte i kraft, og ble derfor vurdert etter arbeidsmiljøloven.

14/1370 Spurt om seksuell orientering på jobbintervju - lovbrudd

Saken gjaldt: En jente som ble stilt negative spørsmål om forhold rundt sin seksuelle orientering under et jobbintervju til en jobb i en klesbutikk.

Ombudets vurdering: Ombudet vurderte om klageren ble diskriminert på grunn av hennes seksuell orientering etter det generelle diskrimineringsforbudet i § 5. Ombudet vurderte ikke saken direkte etter spørreforbudet i § 16 fordi klageren selv hadde opplyst om sin seksuelle orientering under intervjuet, men bemerket at spørreforbudet ville inngå i en helhetsvurdering av forholdet. Ombudet konstaterte at spørsmålene under intervjuet ikke var saklige, verken for utførelsen av arbeidsoppgavene eller hennes evne til å fungere i arbeidsmiljøet. Klageren ble stilt dårligere enn en jobbsøker som ikke hadde blitt stilt tilsvarende spørsmål. Begge representantene fra arbeidsgiver hadde i ettertid erkjent forholdene. Ombudet fant det for øvrig kritikkverdige at daglig leder først hadde anklaget klageren i saken for løgn i medieomtalen av saken.

Konklusjon: Ombudet konkluderte med at klesbutikken diskriminerte klageren i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 ved å stille henne flere spørsmål knyttet til hennes seksuelle orientering under et jobbintervju.

5.5.4 Ombudet og nemndas saker - kjønnsidentitet og kjønnuttrykk

07/111 Forbigåelse ved ansettelse - ikke lovbrudd

Saken gjaldt: En ansatt i industrien som søkte to stillinger som prosesstekniker som var utlyst internt i virksomheten hun var ansatt. Hun fikk ikke tilbud om stillingene. Klageren hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling, fra mann til kvinne, og hevdet at dette hadde blitt vektlagt i strid med likestillingsloven under ansettelsesprosessen.

Ombudets vurdering: Ombudet kom frem til at det ikke var grunn til å tro at arbeidsgiver hadde vektlagt at klageren hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling. Hun var en av 400 søkere som ikke fikk stillingene, og arbeidsgiver hadde blant annet lagt vekt på ønsket om å tilby fast ansettelse til personell som allerede fungerte i stillinger som prosessteknikere offshore enheter som hadde overtallighetsproblem.

Konklusjon: Klageren ble ikke forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3.

Nemndas sak 19/2008 – ikke lovbrudd

Behandlingen i nemnda: Nemnda kom til samme resultat som ombudet, og mente at klageren ikke hadde sannsynliggjort forskjellsbehandling på grunn av kjønnsbekreftende behandling.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Den ble derfor vurdert etter likestillingsloven. Både ombudet og nemnda innfortolket et diskrimineringsvern for transseksuelle i det generelle forbudet mot kjønnsdiskriminering. Dette var i samsvar med EU-domstolens behandling av saker etter likestillingsdirektivet, jf. domstolens sak C-13/94. Saken ville blitt vurdert etter SKK-loven i dag. I

forbindelse med behandlingen av klagen over ombudets uttalelse, tok også ombudet stilling til om klageren hadde blitt utsatt for aldersdiskriminering. Ombudet og nemnda kom til at klageren ikke hadde blitt diskriminert på grunn av alder.

08/500 Stilling som vaktmester - ikke lovbrudd

Saken gjaldt: Spørsmål om forbigåelse ved søknad om stilling som vaktmester. Klageren mente at arbeidsgiver hadde vektlagt hennes kjønnsidentitet som kvinne negativt. Dette var blant annet fordi hun ved retur av søkepapirene var det ved en feiltakelse vedlagt et håndskrevet notat med en vurdering av klageren. I tillegg til noen positive karakteristikker av klageren, stod det også oppgitt at hun var en han, og at hun hadde hatt en «kjønnskifteoperasjon» og var stor og kraftig.

Ombudets vurdering: Ombudet vurderte om klageren var omfattet av vernet mot diskriminering av kjønn etter likestillingsloven av 1978. Etter ombudet praksis var det personer som hadde gjennomgått kjønnsbekreftende operasjon, skulle gjennomgå, eller var under behandling for å foreta en slik operasjon som var omfattet av vernet i likestillingsloven. Klageren fylte ikke disse kriteriene. Hun hadde imidlertid gjennomgått hormonbehandling hos Rikshospitalet. For øvrig var begrunnelsen til Rikshospitalet for at hun ikke fikk kjønnsbekreftende behandling, alderen hennes, og ikke øvrige medisinske vurderinger knyttet til kjønnsidentiteten. Innklaget hadde også behandlet henne som kvinne. Ombudet fant av denne grunn at hun var omfattet av vernet mot diskriminering etter likestillingsloven. Ombudet gjorde deretter en sammenlikning av kvalifikasjonene til personen som ble ansatt i stillingen, og klageren. Ombudet kom til at klageren formelt sett var best kvalifisert til stillingen som vaktmester, blant annet på grunn av lengre arbeidserfaring. Bevisbyrden gikk dermed over på arbeidsgiveren. Ombudet kom til at arbeidsgiver hadde sannsynliggjort at personen som fikk jobben hadde mer relevant arbeidserfaring. Når det gjaldt notatet med karakteristikker av klageren, utelukket ikke ombudet at opplysningene kan ha spilt inn ved tilsettingen, men mente at det ikke kunne tillegges avgjørende vekt. Ombudet la vekt på at arbeidsgiver hadde sannsynliggjort at vurderingen av kvalifikasjonene til den som ble ansatt var avgjørende. Disse vurderingene var ikke knyttet til kjønn.

Konklusjon: Innklaget handlet ikke i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3, da klageren ikke ble ansatt som vaktmester.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Den ble derfor vurdert etter likestillingsloven av 1978.

5.6 Arbeidsoppgaver, forfremmelser mv.

5.6.1 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

07/2027 Professoropprykk - ikke lovbrudd

Saken gjaldt: En førsteamanuensis som søkte opprykk til professor. Klageren ble i tråd med universitets- og høyskoleloven vurdert av en sakkyndig komite. Komiteen kom til at klageren ikke

oppfylte kravene til professorkompetanse. Klageren mente at hans seksuelle orientering var blitt vektlagt ved behandlingen av søknaden, og viste til at et av medlemmene i bedømmelseskomiteen tidligere hadde uttalt seg negativt om homofili. Klageren mente også at medlemmet tidligere hadde gitt opprykk til en førsteamanuensis som var dårligere kvalifisert enn klageren.

Ombudets vurdering: Ombudet hadde ikke forutsetninger for å vurdere kvaliteten på klagerens vitenskapelige arbeid. Det var ikke grunn til å tro at det var tatt hensyn til usaklige og utenforliggende omstendigheter, som klagerens seksuelle orientering. Både universitetet og medlemmet av komiteen bestred klagerens tolkning av at medlemmets uttalelser var riktig. Klagerens påstander om dette, var derfor ikke støttet av andre ytre omstendigheter. Ombudet kom derfor til at det ikke var grunn til å tro at diskriminering hadde funnet sted.

Konklusjon: Universitetet handlet ikke i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. § 13-2 ved behandlingen av klagerens søknad om opprykk til professor.

Nemndas sak 15/2009 - ikke lovbrudd

Nemndas behandling: Nemnda gjorde hovedsakelig samme vurdering som ombudet, og kom til samme konklusjon.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Spørsmål om diskriminering på grunn av seksuell orientering ble derfor vurdert etter arbeidsmiljøloven.

5.6.2 Ombudets og nemndas saker - kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

10/1741 Ansatt fikk ikke utføre oppgaver - lovbrudd

Saken gjaldt en kvinne som gjennomgikk kjønnsbekreftende behandling hos Rikshospitalet. Arbeidsgiveren hennes skulle gjennomføre et større prosjekt, der folk skulle intervjues i sitt eget hjem. Klageren meldte sin interesse til arbeidsgiver for å jobbe med prosjektet. Arbeidsgiver ga etter hvert klageren beskjed om at hun ikke kunne delta på prosjektet på grunn av sin fysiske fremtoning.

Ombudets vurdering: Ombudet la til grunn at klageren hadde blitt forskjellsbehandlet og satt i en dårligere stilling ved at hun ikke fikk delta som intervjuer i det aktuelle prosjektet. Begrunnelsen var direkte knyttet til hennes identitet som kvinne i kjønnsbekreftende behandling. Spørsmålet var om forskjellsbehandlingen var lovlig, ved at den hadde en saklig og akseptabel begrunnelse. Arbeidsgiver hadde pekt på at det aktuelle prosjektet, som gjaldt intervjuer av barn og unge i deres hjem, stiller særlige krav til en nøytral fremtoning hos intervjueren. Ombudet pekte på at hensynet til å skape en trygg intervjusituasjon, i seg selv var saklig. Begrunnelsen konkret knyttet til klageren, så imidlertid ut til å være begrunnet i generelle antakelser som at barn og unge ville reagere på henne, uten at det er nærmere begrunnet eller dokumentert. Slike stereotype forestillinger ikke er tilstrekkelig til å begrunne forskjellsbehandling. Normen om en nøytral intervjuer kunne ekskludere mange arbeidstakere, som av ulike grunner avviker fra en forestilling om hva som er nøytralt. Diskrimineringslovgivningens formål er nettopp å motvirke at slike stereotype forestillinger fører til usaklig forskjellsbehandling.

Konklusjon: Arbeidsgiver handlet i strid med likestillingsloven § 3 da klageren ikke fikk delta i et intervjuprosjekt.

Nemndas sak 32/2011 – ikke lovbrudd

Nemndas behandling: Nemnda kom til at saken reiste spørsmål om indirekte diskriminering, da det ikke var den kjønnsbekreftende behandlingen i seg selv som var den direkte årsaken til arbeidsgivers beslutninger. Arbeidsgiver hadde begrunnet forskjellsbehandlingen i en ønske om generell nøytral fremtoning, som også utelot andre arbeidstakere med for eksempel tatovering og piercing. Arbeidsgiver hadde dermed anvendt samme nøytrale kriterier overfor alle intervjuerne. Nemnda la vekt på at arbeidsgiver hadde beskrevet klageren som «mellom mann og kvinne», som kledde seg i kvinneklær, men som så og hørtes ut som en mann. Dette førte til at arbeidsgiverens krav om nøytral fysisk fremtoning gjorde at klageren ble utsatt for indirekte forskjellsbehandling og stilt dårligere enn andre, fordi hun gjennomgikk kjønnsbekreftende behandling.

Nemnda vurderte deretter om forskjellsbehandlingen var lovlig. Nemnda kom til at de vanskelig kunne overprøve arbeidsgivers vurderinger av hvilke krav som må stilles til gjennomføringen av intervjuene for å sikre nødvendig kvalitet i undersøkelsene. Nemnda mente at forskjellsbehandlingen var en konsekvens av de faktiske rammene som arbeidsgiver mente var påkrevd for en forsvarlig utførelse av oppdraget. Utelukkelsen av klageren var derfor saklig. I forholdsmessighetsvurderingen, la nemnda vekt på at prosjektet klageren ikke fikk delta på, var bare ett av flere hundre de gjennomførte på et år. I tillegg var det mange andre intervjuere uten nøytral fremtoning som heller ikke fikk delta. Videre hadde ikke klageren tapt arbeidsfortjeneste eller arbeidstid i prosjektperioden, fordi hun fikk tilbud om arbeidsoppgaver. Nemnda konkluderte derfor med at forskjellsbehandlingen ikke var uforholdsmessig inngripende.

Konklusjon: Arbeidsgiver handlet ikke i strid med likestillingsloven § 3 i forbindelse med at klageren ikke fikk delta i et intervjuprosjekt.

Merknad: Saken er fra før SKK-loven trådte i kraft. Spørsmål om diskriminering på grunn av kjønnsidentitet ble derfor vurdert etter likestillingsloven av 1978.

5.7 Opphør av arbeidsforhold

5.7.1 Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

14/2170 Får ikke endret navn og kjønn i attest fra tidligere arbeidsgiver - henleggelse

Saken gjaldt en person som klaget inn sin tidligere arbeidsgiver for diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Grunnen var at klagerens tidligere arbeidsgiver ikke ville utstede ny attest som samsvarte med hans kjønnsidentitet. Klageren hadde i etterkant av arbeidsforholdet endret navn og juridisk kjønn. Ombudet tok saken til klagebehandling, men mottok en e-post fra klageren om at han senere hadde fått utstedt ny attest fra sin tidligere arbeidsgiver. Klageren ønsket derfor at ombudet

skulle avslutte klagesaken. Ombudet tok dermed ikke stilling til om arbeidsgiveren hadde handlet i strid med loven, og henla klagesaken i medhold av diskrimineringsombudsloven § 3, femte ledd.

Merknad: Selv om ombudet ikke har behandlet problemstillingen som en klagesak, er det flere relevante kilder som kan utdype hvilke forpliktelser arbeidsgiver kan ha til å utstede ny attest til en arbeidstaker. I Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk 2017-2020, blir oppdatering av attester omtalt. Det blir lagt vekt på at det for personer som har endret juridisk kjønn, er viktig å kunne presentere personlige dokumenter som er i tråd med deres nye juridiske kjønn: «Å nekte å utstede ny arbeidsattest hvis personen kan dokumentere at vedkommende er den samme, kan dermed allerede i dag være ulovlig hvis ikke arbeidsgiveren eller skolen har en saklig grunn til å nekte å utstede attesten.»⁷² Arbeidsmiljøloven § 15-15 regulerer retten til attest, men sier ingenting om rettighet til å få utstedt ny attest som samsvarer med kjønnsidentitet.

Europarådets ministerkomité har kommet med en relevant anbefaling når det gjelder å endre attester og andre viktige dokumenter⁷³: *Member states should take appropriate measures to guarantee the full legal recognition of a person's gender reassignment in all areas of life, in particular by making possible the change of name and gender in official documents in a quick, transparent and accessible way; member states should also ensure, where appropriate, the corresponding recognition and changes by non-state actors with respect to key documents, such as educational or work certificates.*

Particular attention should be paid to providing effective protection of the right to privacy of transgender individuals in the context of employment, in particular regarding employment applications, to avoid any irrelevant disclosure of their gender history or their former name to the employer and other employees.

6 Helse

«Selv om den generelle helsen er god også i LHBTI-befolkningen er det noen særskilte utfordringer og helseforskjeller som rammer hyppigere [...] Og selv om de fleste LHBTI-personer har god psykisk helse tyder levekårsundersøkelsene på at det er økt forekomst av psykiske plager, rusmisbruk og selvmordsatferd i enkelte undergrupper.»⁷⁴

Sitatet er hentet fra Regjeringens handlingsplan, hvor behovet for en målrettet innsats for å redusere helseforskjeller mellom LHBTI-befolkningen og den generelle befolkningen fremheves og gjenspeiles i handlingsplanens tiltak. Særlig seksuell og psykisk helse fremheves i handlingsplanen som viktige deler av helsetilbudet for gruppen, samt behovet for helsefremmende og forebyggende tiltak på

⁷² Trygghet, mangfold og åpenhet – Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk 2017-2020 s. 51.

⁷³ CoE CM Rec 2010/5, pkt. 21 og 30.

⁷⁴ Trygghet, mangfold, åpenhet - Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk 2017-2020 s. 47.

dette området. I tillegg fremheves behovet for kompetanseheving i helsetjenesten, og i tilgrensende samfunnsområder som for eksempel seksualundervisningen i skolen.

Ombudet har behandlet få saker som gjelder helsetilbudet for LHBTI-personer. De fleste sakene ombudet har vurdert gjelder tilbudet til transpersoner. Sakene bekrefter blant annet behovet for å øke kompetansen om denne gruppen blant helsepersonell, samt behovet for nasjonale faglige retningslinjer for helsetilbudet til denne gruppen.

Vi vil i det følgende ta utgangspunkt i retten til helse som en menneskerettighet, og omtale gjeldende rett og noen relevante problemstillinger. Det er imidlertid ikke mulig å gi en fullstendig og uttømmende oversikt innenfor fagoppsummeringens rammer. Helsetilbudet til transpersoner henger sammen med retten til å utøve sin kjønnsidentitet og reiser mange spørsmål knyttet til dette, som derfor omtales mer omfattende.

6.1 Rett til helse

Retten til helse er en grunnleggende menneskerettighet. Norge er bundet av FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), hvor retten til helse fremgår av artikkel 12. Enhver har rett til den høyest oppnåelige helsestandard, både fysisk og psykisk. Retten til helse skal utøves uten forskjellsbehandling.

6.1.1 Retten til helse i et LHBTI-perspektiv

Staten er forpliktet til å oppfylle den enkeltes menneskerettigheter (positiv forpliktelse), respektere disse ved å avstå fra unødvendige inngrep, samt beskytte mot inngrep fra andre (negative forpliktelser). Statens positive og negative forpliktelser når det gjelder rett til helse overfor LHBTI-befolkningen er omtalt i Yogyakarta-prinsippene nummer 17 og 18.⁷⁵ Yogyakarta-prinsippene har betydning for tolkingen av retten til helse etter ØSK artikkel 12. Seksuell og reproduktiv helse fremheves i prinsipp nummer 17 som et grunnleggende element av retten til helse:

Everyone has the right to the highest attainable standard of physical and mental health, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity. Sexual and reproductive health is a fundamental aspect of this right.

Beskyttelse mot unødvendige medisinske inngrep fremgår av prinsipp nummer 18, hvor det fremgår at ingen skal tvinges til å gjennomgå medisinsk eller psykologisk behandling på grunn av sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Dette gjelder også for barn. Videre fremgår det at en persons seksuelle orientering og kjønnsidentitet ikke i seg selv er en medisinsk tilstand.⁷⁶

6.1.2 Retten til nødvendig helsehjelp – pasient- og brukerrettighetsloven

Retten til helsehjelp følger av pasient- og brukerrettighetsloven. Formålet med loven er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten. Videre skal loven bidra til å ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd.⁷⁷ Retten i pasient- og brukerrettighetsloven

⁷⁵ Se kort om Yogyakarta-prinsippene under omtale av relevante rettskilder ovenfor.

⁷⁶ Se nærmere omtale av kravet til medisinsk behandling/sterilisering under punktet om vilkår for endring av juridisk kjønn.

⁷⁷ Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1.

gjelder nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.⁷⁸ Nødvendig helsehjelp er en rettslig standard som gir befolkningen rett til tilstrekkelig faglig forsvarlig helsehjelp i tide.

Helsedirektoratet har ansvar for å utarbeide nasjonale faglige retningslinjer og prioriteringsveiledere. Nasjonale faglige retningslinjer er nasjonale standarder for utredning, behandling og oppfølging av pasientgrupper. Slike retningslinjer skal blant annet bidra til å sikre at helse- og omsorgstjenester har god kvalitet, gjør riktige prioriteringer og at det ikke er uønsket variasjon i helsetilbudet.

Det finnes ikke egne nasjonale faglige retningslinjer eller prioriteringsveiledere om helsetilbudet til LHBTI-befolkningen. Den enkeltes behov for og rett til nødvendig helsehjelp skal vurderes og tilbys uavhengig av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk. Det fremgår imidlertid av rapporten⁷⁹ fra ekspertgruppen som ble oppnevnt av Helsedirektoratet for å utrede organisering av helsetjenester for personer med kjønnsinkongruens at det er et behov for nasjonale faglige retningslinjer når det gjelder helsetilbudet til transpersoner. Rapporten og status for oppfølgingen av denne omtales nærmere nedenfor.

6.1.3 Reproductiv helse – assistert befruktning

I forbindelse med felles ekteskapslov for heterofile og homofile par, fikk lesbiske par samme rettigheter som heterofile par til assistert befruktning.⁸⁰ I Norge er det kun mulig for likekjønnede par å få assistert befruktning fra det offentlige ved donorsæd fra sædbank. Eggdonasjon og bruk av surrogatmor er ikke tillatt etter bioteknologiloven. Mannlige homofile par har dermed ikke mulighet til å få felles barn ved hjelp av assistert befruktning i Norge.⁸¹

Det fremgår av ekspertgruppens rapport at ivaretagelse av muligheten til å få egne barn kan øke livskvaliteten hos transpersoner.⁸² Dersom en person har endret juridisk kjønn, skal det nye kjønn legges til grunn ved anvendelsen av regler i andre lover. Inntil videre gjelder dette også for bioteknologilovens regler om assistert befruktning.⁸³ I praksis vil dette innebære at en person som har endret juridisk kjønn per i dag ikke vil få medisinsk hjelp til å bli gravid ved manglende befruktningsdyktighet.⁸⁴ Spørsmålet om assistert befruktning til personer som har endret juridisk kjønn skal utredes av departementet i en egen sak om evaluering av bioteknologiloven.⁸⁵

⁷⁸ Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a og § 2-1 b.

⁷⁹ Helsedirektoratet, IS-0496 (2015), Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn. Utredning av vilkår for endring av juridisk kjønn og organisering av helsetjenester for personer som opplever kjønnsinkongruens og kjønnsdysfori.

⁸⁰ Bioteknologiloven § 2-3. Forarbeider til endringsloven Ot.prp. nr. 33 (2007-2008).

⁸¹ EMD avsa i 2011 en storkammeravgjørelse i en sak som omhandlet eggdonasjon for ulikekjønnede par. Eggdonasjon var ikke tillatt etter nasjonal lovgivning. Domstolen kom til at artikkel 8 ikke var krenket, men understreket viktigheten av å følge den raske utviklingen på området, både rettslig og teknologisk. EMD S. H. and Others v. Austria, 57813/00 (3. november 2011).

⁸² Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 26.

⁸³ Prop.74 L (2015-2016) s. 32.

⁸⁴ Et par hvor en kvinnelig partner ikke har endret juridisk kjønn kan imidlertid få tilbud om assistert befruktning etter dagens bestemmelse i bioteknologiloven. Se for eksempel EMD X, Y and Z v. the United Kingdom, 21830/93 (22. april 1997).

⁸⁵ Se Bioteknologirådets vurderinger av aktuelle problemstillinger i høringsuttalelse til forslag til lov om endring av juridisk kjønn. Høringssvar 2. november 2015 (2015/88).

Lagring av kjønnsceller reguleres av bioteknologiloven⁸⁶, og kan skje dersom en person skal gjennomgå behandling som kan skade befruktningsdyktigheten. Bioteknologirådet har tidligere uttalt at personer som skal gjennomgå kjønnsbekreftende behandling bør få tilbud om bevaring av kjønnsceller i forkant av slik behandling, så fremt den aktuelle reproduksjonsstrategien for en eventuell fremtidig bruk av personens kjønnsceller er tillatt etter norsk regelverk.⁸⁷ Når det gjelder problemstillinger knyttet til personer født med interkjønn som gjennomgår behandling som kan skade forplantningsevnen, omtales dette kort under eget kapittel om interkjønn.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har vurdert saker om avslag på behandling med assistert befruktning etter artikkel 8 om retten til familieliv.⁸⁸

Yogyakarta-prinsippene nr 17:

b) Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that all persons have access to healthcare facilities, goods and services, including in relation to sexual and reproductive health, and to their own medical records, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity;

f) Ensure that all sexual and reproductive health, education, prevention, care and treatment programmes and services respect the diversity of sexual orientations and gender identities, and are equally available to all without discrimination

6.1.4 Helsetilbudet til personer som opplever kjønnsdysfori

Mange vil oppleve at det er samsvar mellom det kjønnen en ble tillagt ved fødselen og egen kjønnsidentitet, samt kjønnsuttrykk. Noen opplever imidlertid at det ikke er samsvar mellom egen kjønnsidentitet eller eget kjønnsuttrykk, og fødselskjønnet. Dette betegnes som kjønnsinkongruens. Opplevelsen av manglende samsvar (inkongruens) kan føre til psykisk smerte, ubehag eller plager, som betegnes kjønnsdysfori. Personer som opplever kjønnsdysfori vil ofte ha behov for helsehjelp og bistand fra helsepersonell for å redusere eller fjerne slike plager. Dette kan være psykososial, hormonell eller kirurgisk behandling.⁸⁹ Andre ønsker å passere i sin kjønnsidentitet uten omfattende behandling, for eksempel ved hjelp av proteser, hårfjerning eller stemmetrening.⁹⁰

Retten til helse etter FNs konvensjon om sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter (ØSK) omfatter helsehjelp som bedrer psykisk helse. Dette tilsier at kjønnsbekreftende behandling for å bedre

⁸⁶ Bioteknologiloven § 2-11 og § 2-17.

⁸⁷ I dag er det som nevnt kun tillatt med assistert befruktning ved donorsæd fra sædbank. En kvinne til mann kan få tilbud om lagring av egg, men disse kan kun settes tilbake i personen de er hentet ut fra. Se brev fra Bioteknologinemnda (daværende Bioteknologirådet) til Helse- og omsorgsdepartementet av 8. oktober 2012 (referanse 2012/47).

⁸⁸ I sakene hvor EMD har vurdert assistert befruktning opp mot retten til familieliv, har det vært ulikekjønnede par som ikke har fått tilbud om slik behandling og klaget inn staten for brudd på menneskerettighetene. Et likekjønnet par (kvinner) fremmet i 2015 sak for EMD. De ønsker assistert befruktning, men fransk lovgivning tilbyr ikke assistert befruktning til likekjønnede par. Per mai 2017 er det ikke avgjort om saken skal tas til behandling. EMD Charron and Merle-Montet v. France 22612/15 (pending application).

⁸⁹ Basert på Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015)

⁹⁰ Van der Ros, Janneke, Alskens folk – Levekår, livssituasjon og livskvalitet for personer med kjønnsidentitetstematikk, Likestillingssenteret (2013), s. 5.

psykisk uhelse som følge av kjønnsdysfori er omfattet av retten til helse.⁹¹ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har i sakene van Kück v. Germany⁹² og Schlumpf v. Switzerland⁹³ indirekte uttalt seg om hvorvidt kjønnsbekreftende behandling til transseksuelle er å anse som medisinsk nødvendig i forbindelse med retten til privatliv etter artikkel 8. Helsetilbudet til transpersoner er også omtalt i Europarådets resolusjon som omhandler diskriminering av transpersoner i Europa.⁹⁴ Det fremgår av punkt 6.3.1 at kjønnsbekreftende behandling (hormonell og kirurgisk behandling, samt psykososial støtte) og helsehjelp bør gjøres tilgjengelig for transpersoner. I tillegg må klassifiseringen av sykdommer på nasjonalt nivå endres, slik at transpersoner, inkludert barn, ikke blir definert som psykisk syke.

Etter ekspertgruppens⁹⁵ vurdering er ulike former for kjønnsbekreftende helsehjelp med formål om å redusere eller fjerne kjønnsdysfori å anse som nødvendig helsehjelp, men ekspertgruppen viser til at det i praksis er kun personer som får diagnosen F 64.0 Transseksualisme som har tilgang på kjønnsbekreftende helsehjelp gjennom det offentlige helsevesenet.⁹⁶ Det vil si at ikke alle som opplever kjønnsdysfori får tilbud om kjønnsbekreftende helsehjelp fra det offentlige.⁹⁷ Hva som er å anse som nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven for personer som opplever kjønnsdysfori, vil avhenge av hvordan den enkeltes behov vurderes av helsetjenesten.⁹⁸ Etter ekspertgruppens vurdering er det stort behov for økt kompetanse i alle deler av helsetjenesten for å sikre at mennesker som opplever kjønnsdysfori får tilbud om faglig forsvarlig helsehjelp og møtes av helsepersonell med forståelse og respekt.⁹⁹

Som nevnt finnes det ikke nasjonale faglige retningslinjer som er tilpasset norske forhold. Det finnes imidlertid internasjonale faglige retningslinjer. World Professional Association for Transgender Health (WPATH) har utarbeidet internasjonale retningslinjer rettet mot helsepersonell, som omhandler behandling og helseomsorg for transseksuelle, transpersoner og personer som ikke er kjønnsnormative.¹⁰⁰ The Endocrine Society har utarbeidet retningslinjer for hormonell behandling til personer som opplever kjønnsdysfori.¹⁰¹

Enkelte som på grunn av manglende diagnose ikke får et tilbud om kjønnsbekreftende helsehjelp fra det offentlige, eller ikke ønsker slik helsehjelp, kan likevel ønske å benytte seg av andre metoder for at kjønnsuttrykket skal komme bedre i samsvar med kjønnsidentiteten. Dette kan for eksempel være

⁹¹ Se Sørli, Anniken, Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet – Kan norsk forvaltningspraksis' krav om irreversibel sterilisering ved endring av fødselsnummer forsvares?, Kvinnerettslig skriftserie nr. 90 (2013), s. 49-56.

⁹² Van Kück v. Germany 35968/97 (12. juni 2003).

⁹³ Schlumpf c. Suisse 29002/06 (8. januar 2009). Kun tilgjengelig på fransk.

⁹⁴ Europarådets resolusjon 2048 (2015) Discrimination against transgender people in Europe.

⁹⁵ Ekspertgruppen oppnevnt av Helsedirektoratet.

⁹⁶ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 123.

⁹⁷ Ifølge ekspertgruppens rapport er det et relativt lite antall av alle som opplever kjønnsdysfori som kvalifiserer for diagnosen F 64.0 Transseksualisme, og få som får tilbud om kjønnsbekreftende helsehjelp. Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn, s. 124.

⁹⁸ Kjønnsbekreftende behandling som nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven er vurdert av Sørli (2013) s. 57-61.

⁹⁹ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn, s. 127.

¹⁰⁰ WPATH Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People, versjon 7 (2011). Oversatt til norsk.

¹⁰¹ The Endocrine Society, *Endocrine Treatment of Transsexual Persons* (2009).

kosmetisk kirurgi. Disse kan møte utfordringer i møte med private tilbydere av tjenester. Ombudet behandlet i 2016 to saker som gjaldt avslag på ønske om brystforstørrende kirurgi hos to private klinikker, og uttalte seg om betydningen av tilgang til slike tjenester.¹⁰²

Yogyakarta-prinsippene nummer 17:

States shall:

- g) Facilitate access by those seeking body modifications related to gender reassignment to competent, non-discriminatory treatment, care and support;
- h) Ensure that all health service providers treat clients and their partners without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity, including with regard to recognition as next of kin;
- i) Adopt the policies, and programmes of education and training, necessary to enable persons working in the healthcare sector to deliver the highest attainable standard of healthcare to all persons, with full respect for each person's sexual orientation and gender identity.

6.1.5 Lov om endring av juridisk kjønn og helsehjelp

Ekspergruppen oppnevnt av Helsedirektoratet utredet både vilkår for endring av juridisk kjønn og retten til helse. I forarbeidene til lov om endring av juridisk kjønn uttalte departementet følgende om forholdet mellom endring av juridisk kjønn og rett helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven¹⁰³:

Reglene om rett til å endre juridisk kjønn regulerer ikke spørsmålet om hvem som har rett til kjønnsbekreftende eller annen medisinsk behandling etter pasient- og brukerrettighetsloven. Å endre juridisk kjønn vil ikke i seg selv utløse en rett til slik utredning og behandling, men det forhold at en person har endret juridisk kjønn vil kunne inngå som en del av grunnlaget for den medisinske vurderingen av hvilken helsehjelp personen eventuelt skal tilbys.

6.1.6 Om diagnosen «transseksualisme» og retten til helsehjelp

Nasjonalt behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS) ved Oslo universitetssykehus, Rikshospitalet, har ansvaret for utredning av og behandlingstilbudet til personer med diagnosen transseksualisme i spesialisthelsetjenesten. Tilbudet gjelder for barn og voksne. For å ha rett til kjønnsbekreftende behandling ved NBTS, er det krav om diagnosen transseksualisme. Ombudet har behandlet en klagesak om en gutt som ikke hadde fått fastsatt endelig diagnose for transseksualisme i barndommen, og som derfor fikk avslag på ønske om pubertetsutsettende behandling og brystkirurgi. Ombudet konkluderte med at det ikke er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet å kreve diagnose før det kan gis medisinsk behandling.¹⁰⁴

Selve diagnosebegrepet og klassifiseringen av diagnosene tilknyttet kjønnsdysfori er omdiskutert, ettersom det er vitenskapelig enighet om at det å oppleve manglende samsvar mellom kjønn tildelt

¹⁰² Se omtale av ombudets sak 15/2243 og 15/2259 under kapittel om varer og tjenester

¹⁰³ Prop. 74 L (2015-2016) s. 32.

¹⁰⁴ Ombudets sak 14/1677. Se nærmere omtale under eget punkt om barns rett til helse.

ved fødsel og egen kjønnsidentitet ikke er en mental lidelse.¹⁰⁵ Per i dag tilhører F64-diagnosene ICD-10s kapittel om psykiske lidelser og atferdsforstyrrelser, og samlekategori for diagnosene betegnes på norsk som «kjønnsidentitetsforstyrrelser». Europarådet anbefaler at klassifiseringen endres på nasjonalt nivå.¹⁰⁶ Danmark har, som det første landet i verden, fjernet transseksualisme fra listen over psykiske lidelser. Diagnosekoden for transseksualisme ble flyttet til det såkalte «Z-kapitlet», hvor diagnosen verken oppfattes som en sykdom, lidelse eller seksuell tilstand. Selve diagnosen er beholdt, fordi det kreves en diagnosekode for at helsevesenet skal kunne tilby en eventuell behandling.

Verdens helseorganisasjon (WHO) arbeider med en ny diagnosemanual (ICD-11) som vil endre begrepsbruk og kategori for mennesker som opplever kjønnsdysfori og har behov for helsehjelp. Denne planlegges ferdigstilt i 2018.

6.1.7 Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn

Organiseringen av helsetjenester for personer som opplever kjønnsinkongruens og kjønnsdysfori ble utredet av ekspertgruppen oppnevnt av Helsedirektoratet.¹⁰⁷ I den avsluttende rapporten tar ekspertgruppen for seg det eksisterende helsetilbudet, problemstillinger knyttet til hvem som får og ikke får dekket sitt behov for helsetjenester, og gir anbefalinger til myndighetene om hvordan utformingen av en fremtidig helsetjeneste må skje innenfor rammen menneskerettighetene og eksisterende lovgivning setter.

Det fremgår tydelig av ekspertgruppens rapport at det er en rekke mangler og utfordringer ved dagens helsetjenestetilbud, på alle nivåer av helsetjenestene. Blant ekspertgruppens anbefalinger er at flere enn de som i dag har et tilbud i helsetjenesten, skal tilbys behandling og oppfølging i tilknytning til ubehag og plager ved kjønnsinkongruens. I tillegg må behandlingen gis på riktig nivå i helsetjenesten. For å oppnå dette, må de regionale helseforetakene sette i verk nødvendige tiltak for å sikre tilstrekkelig kompetanse til å kunne gi forsvarlig helsehjelp ved kjønnsdysfori. Fastleger og annet helsepersonell i kommunehelsetjenesten må få en tydeligere rolle i helsehjelpen til personer som opplever kjønnsdysfori. Et flertall i ekspertgruppen mente det er behov for en betydelig desentralisering av spesialisthelsetjenestens tilbud til voksne, for å ivareta de gruppene som ikke har noe tilbud om helsehjelp i dag.

Ekspertgruppen uttalte at mangel på tydelige, transparente og faglige begrunnelser for hvem som vurderes å ha helsegevinst av kjønnsbekreftende helsehjelp kan ha bidratt til at personer som opplever kjønnsdysfori ikke har søkt helsehjelp, eller at enkelte er blitt gitt mer behandling enn de i utgangspunktet hadde behov for. Videre var ekspertgruppens oppfatning at helsehjelp for kjønnsdysfori bør tilbys på et bredere grunnlag enn hva som er tilfellet i dag.¹⁰⁸ Ekspertgruppen anbefalte at det utarbeides en nasjonal faglig retningslinje for helsehjelp til personer som opplever kjønnsdysfori.

¹⁰⁵ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 12.

¹⁰⁶ Europarådets resolusjon 2048 (2015), punkt 6.3.3.

¹⁰⁷ Helsedirektoratet, IS-0496 (2015), Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn. Utredning av vilkår for endring av juridisk kjønn og organisering av helsetjenester for personer som opplever kjønnsinkongruens og kjønnsdysfori.

¹⁰⁸ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 37, 50, 140.

I regjeringens LHBTI-handlingsplan ble anbefalingen fulgt opp i tiltak 27, hvor Helse- og omsorgsdepartementet har ansvar for å videreutvikle de faglige rammene for behandling av kjønnsdysfori og kjønnsinkongruens.¹⁰⁹ Det fremgår av helse- og omsorgsminister Bent Høies svar på skriftlig spørsmål i Stortinget at Helse- og omsorgsdepartementet i 2017 har gitt Helsedirektoratet i oppdrag å «Utarbeide normerende dokument/faglige anbefalinger om behandling av kjønnsdysfori og kjønnsinkongruens jf. tiltak 27 i regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (2017-2020).» Helsedirektoratet er etter det opplyste i startfasen på dette oppdraget. Målsettingen er ifølge direktoratet å sikre personene dette gjelder helhetlige og gode pasientforløp.¹¹⁰

6.2 Seksuell orientering – relevant praksis

6.2.1 Avgjørelse fra EU-domstolen – seksuell orientering

Sak C-528/13 «Homofile og blodgivning» (29. april 2015)

EU-domstolen avsa 29. april 2015 en prejudisiell avgjørelse om tolkningen av direktiv 2004/33/EF om tekniske krav til blod og blodkomponenter.¹¹¹ Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om franske myndigheter forskjellsbehandlet en homofil mann i strid med de grunnleggende rettighetene i charteret da han ble permanent utelukket fra å gi blod. EU-domstolen uttalte at vilkåret for permanent å utelukke noen fra å gi blod, er at det er en «stor risiko» for overføring av smittsomme sykdommer. Domstolen uttalte at det er opp til medlemsstatens skjønn å bestemme hva som kjennetegner personer der det er stor risiko for overføring av smittsomme sykdommer, men at de grunnleggende rettighetene i EU samtidig måtte overholdes. Domstolen la til grunn at homofile menn ble behandlet mindre gunstig enn heteroseksuelle menn som følge av de franske utvelgelseskriteriene. Spørsmålet ble deretter om forskjellsbehandlingen likevel var lovlig, herunder om den var i tråd med proporsjonalitetsprinsippet (nødvendig). Om dette uttalte Domstolen at forskjellsbehandlingen kun ville være proporsjonal dersom det ikke er mulig å ivareta blodmottakernes sikkerhet med mindre inngripende midler enn permanent å utelukke menn som har sex med menn (MSM) fra blodgivning. Domstolen uttalte videre at det i vurderingen var relevant å ta smittesituasjonen i Frankrike i betraktning. Frankrike var det landet i Europa med den høyeste forekomsten av hiv blant seksuelt aktive homofile, og omtrent halvparten av det totale antall hiv-tilfeller var blant MSM. Antall nye tilfeller var blant MSM 200 ganger høyere enn for resten av befolkningen. Domstolen overlot til den nasjonale domstolen å utføre den konkrete vurderingen av hva som kjennetegner personer der det er stor risiko for overføring av smittsomme sykdommer, og om forskjellsbehandlingen var proporsjonal.

¹⁰⁹ Trygghet, mangfold og åpenhet - Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk 2017-2020 s. 48.

¹¹⁰ Se svar av 29. mai 2017 på skriftlig spørsmål fra Ketil Kjenseth (V), Dokument nr. 15:1119 (2016-2017). <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Sporsmal/Skriftlige-sporsmal-og-svar/Skriftlig-sporsmal/?qid=68877>

¹¹¹ Sag C-528/13 Geoffrey Léger mod Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes og Établissement français du sang.

6.2.2 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

15/772 Helsedirektoratets retningslinjer for blodgivning - ikke lovbrudd

Saken gjaldt: Oslokomiteen for LHBT-rettigheter¹¹² hevdet at regelverket¹¹³ for blodoverføring stigmatiserte og diskriminerte homofile, ved at menn som har hatt sex med menn (MSM) permanent ble utestengt fra blodgivning. Helsedirektoratet viste til at formålet med kriteriene var å sikre et høyt beskyttelsesnivå for blodmottakere, og at statistiske risikovurderinger var bakgrunnen for kriteriene. Årsaken til at MSM ble definert å gi høy risiko for smitte var det vedvarende høye antallet hiv-smittede og smitte av andre seksuelt overførbare infeksjoner blant MSM.

Ombudets vurdering: Ombudet kom til at utvelgelseskriteriene knyttet til seksuell atferd i utgangspunktet er nøytrale og ikke tilknyttet seksuell orientering, men at det hovedsakelig ville være [seksuelt aktive] homofile/bifile menn som ble utelukket fra blodgivning som følge av kriteriene. Ombudet vurderte saken etter forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av seksuell orientering. Ombudet mente at homofile og bifile menn ble stilt dårligere enn heteroseksuelle menn, men at forskjellsbehandlingen hadde et saklig formål. Under vurderingen av hvorvidt forskjellsbehandlingen var nødvendig, viste ombudet til at flere land har åpnet opp for at MSM kan gi blod etter en karanteneperiode. Ombudet mente at det var alternativer til permanent å utelukke hele gruppen. Ombudet forsto imidlertid Helsedirektoratet slik at smittesituasjonen i Norge med vedvarende høyt antall hiv-smittede, samt overrepresentasjon av smitte av seksuelt overførbare sykdommer blant MSM, var avgjørende for beslutningen om å utelukke gruppen permanent. Ombudet hadde ikke kompetanse til å overprøve norske helsemyndigheters faglige vurdering av risikoen og hvilke alternativer som er nødvendige for å oppnå formålet. Videre mente ombudet at det å bli utelukket permanent ikke var uforholdsmessig inngripende overfor MSM, sett opp mot blodmottakernes sikkerhet.

Ombudet kom til at kriteriene for utvelgelse ikke var i strid med forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av seksuell orientering. Ombudet understreket at forutsetningen var at kriteriene var basert på faglig forsvarlige vurderinger av smitterisikoen for gruppen, at Helsedirektoratet fulgte med på utviklingen og at vilkårene ble endret så snart situasjonen ut fra medisinskfaglige vurderinger tilsa at det ikke lenger var nødvendig å permanent utelukke gruppen som blodgivere.

Konklusjon: Helsedirektoratets kriterier for utvelgelse av blodgivere, hvor menn som har sex med menn permanent utelukkes fra blodgivning, er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av seksuell orientering, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

¹¹² Organisasjonen har avsluttet sin virksomhet.

¹¹³ Blodforskriften er det rettslige grunnlaget for utvelgelseskriteriene for blodgivere. Forskriften er basert på EUs regelverk. Kriteriet om permanent utelukkelse på grunn av «seksuell atferd» finnes i vedlegg I punkt 2.1 til forskriften. I Helsedirektoratets veileder for transfusjonstjenesten (IS-1414) angis hvilke risikosituasjoner for smitte som gir permanent utelukkelse fra blodgivning. Menn som har/har hatt seksuell kontakt med andre menn anses for å ha vært i en slik risikosituasjon. Tidsperioden for utelukkelse av gruppen er fra 1. april 2017 endret fra permanent til midlertidig med karanteneperiode (Helsedirektoratet, IS-1414 utgave 7.3).

Merknad: Kriteriene for blodgivere er endret etter ombudets uttalelse. Med virkning fra 1. april 2017 kan menn som har/har hatt sex med en annen mann gi blod etter en karanteneperiode på 12 måneder etter siste seksuelle kontakt med en annen mann. I praksis innebærer dette at seksuelt aktive homofile menn og bifile menn som har en seksuell relasjon til en annen mann fremdeles ikke kan gi blod.

7 Registrering av kjønn

Alle som er folkeregistrert i Norge har et fødselsnummer, hvor det fremgår hvilket kjønn vedkommende har blitt tildelt.¹¹⁴ Kjønn har blant annet betydning for kjønnsspesifikke rettigheter og plikter, for eksempel om du kan få behandling med assistert befruktning og om du blir regnet som mor eller far/medmor til barnet. De fleste juridiske rettigheter som er knyttet til kjønn henger sammen med at kvinner og menn i tradisjonell forstand er født med ulike biologiske egenskaper. For eksempel har kvinner etter folketrygdloven krav på ytelser ved svangerskap og fødsel, og jenter får tilbud om HPV-vaksine dekket av det offentlige. Andre regler åpner for ulik behandling av kvinner og menn for å fremme likestilling mellom kjønnene, for eksempel regler om kjønnskvotering eller positiv særbehandling. Videre har den offentlige registreringen av kjønn betydning for kjønnsbetegnelsen i pass¹¹⁵ og andre identifikasjonspapirer, og om du blir innkalt til offentlige masseundersøkelser som for eksempel screening for livmorhalskreft.

Lov om endring av juridisk kjønn åpner for nye problemstillinger når det gjelder rettigheter og plikter knyttet til kjønn, for eksempel ved at en person som er juridisk mann kan bli gravid og føde barn.¹¹⁶

7.1 Tredje kjønnsalternativ

I Norge finnes det to juridiske kjønnsalternativer; kvinne og mann. De fleste identifiserer seg som ett av disse alternativene. Noen identifiserer seg imidlertid verken som kvinne eller mann, men må likevel velge mellom disse to alternativene. Vernet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet omfatter også personer som opplever at de verken er mann eller kvinne.¹¹⁷ Ombudet har ikke i en klagesak tatt stilling til om mangelen på et tredje kjønnsalternativ er i strid med SKK-loven.¹¹⁸

Innføring av en tredje kjønnskategori er fremhevet i Europarådets resolusjon 2048 (2015) om diskriminering av transpersoner, punkt 6.2.4: «consider including a third gender option in identity documents for those who seek it». Yogyakarta-prinsippene prinsipp 3 bygger på en

¹¹⁴ Kjønn fremgår av det niende sifferet i fødselsnummeret (partall betegner kvinne, oddetall mann).

¹¹⁵ Ombudet behandlet i 2007 en klagesak om muligheten for å få to pass med ulik kjønnsbetegnelse, se omtale av sak 06/1107 under.

¹¹⁶ Se nærmere omtale under punktet om foreldreskap og juridisk kjønn.

¹¹⁷ Fra Prop. 88 L (2012-2013) på s. 110: «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.»

¹¹⁸ Spørsmålet om tokjønnsmodellen i lov om endring av juridisk kjønn bryter med vernet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er reist av Anne Hellum i artikkelen Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett (2016), på s. 210 flg. Inntatt i Festskrift til Aslak Syse 70 år.

flerkjønnmodell.¹¹⁹ Spørsmålet om muligheten å velge et tredje kjønnsalternativ er relevant i flere sammenhenger, både praktisk og rettslig, herunder i identifikasjonsdokumenter. Flere land, blant annet Danmark og Tyskland, har åpnet for et tredje kjønnsalternativ, hvor man enten kan reservere seg fra å oppgi kjønn, eller bli registrert som noe annet enn mann eller kvinne.¹²⁰ I Danmark er det for eksempel mulig å få kjønnsangivelsen «X» i passet. Tyskland har åpnet for at kjønn kan stå uregistrert i fødselsattesten.¹²¹ Se eget punkt med omtale om pass nedenfor.

Problemstillingen ble ikke vurdert av departementet i forarbeidene til lov om endring av juridisk kjønn.¹²²

Yogyakarta-prinsippene nummer 3:

States shall:

- c) Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that procedures exist whereby all State-issued identity papers which indicate a person's gender/sex — including birth certificates, passports, electoral records and other documents — reflect the person's profound self-defined gender identity;
- d) Ensure that such procedures are efficient, fair and non-discriminatory, and respect the dignity and privacy of the person concerned;
- e) Ensure that changes to identity documents will be recognised in all contexts where the identification or disaggregation of persons by gender is required by law or policy;

7.1.1 Pass

Pass er det eneste identifikasjonsdokumentet som er gyldig i alle sammenhenger både i Norge og i utlandet, og for personer hvor det er manglende samsvar mellom kjønnsuttrykk og juridisk kjønn i passet kan dette skape vanskeligheter.

Departementet foreslo i høringsnotat om forslag til lov om endring av juridisk kjønn at spørsmålet om å ta i bruk en tredje kjønnsbetegnelse i norske pass burde vurderes etter en separat utredning.¹²³ Ombudet støttet i sitt hørings svar til forslag om lov om endring av juridisk kjønn departementets forslag.¹²⁴ Det fremgikk av høringsnotatet til forslag til lov om endring av juridisk kjønn at det var etablert en praksis hvor det gis avslag på utstedelse av pass ved manglende samsvar mellom en persons utseende på pass fotografiet og kjønn som personnummeret angir. Departementet mente imidlertid at det ikke var påkrevd med endringer i passloven, og la til grunn at spørsmålet om å ta i bruk en tredje kjønnsbetegnelse i norske pass eventuelt burde vurderes etter en separat

¹¹⁹ Hellum, Anne, Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett, s. 212. Inntatt i Festskrift til Aslak Syse 70 år.

¹²⁰ Se for eksempel Arnesen, Lars, Verken mann eller kvinne i pass og identitetspapirer - En utredning av internasjonale og nasjonale krav til kjønnsmarkører i identitetspapirer, Kvinnerettslig skriftserie nr. 98 (2016).

¹²¹ Arnesen (2016) s. 42.

¹²² Prop. 74 L (2015-2016) s. 6. Se også omtale under punktet

¹²³ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om forslag til lov om endring av juridisk kjønn, 25. juni 2015 (ref. 15/2180), punkt 10.6.2.

¹²⁴ Høringsuttalelse 23. oktober 2015 (sak 15/1356-2) s. 5.

utredning.¹²⁵ Ombudet fremhevet i sitt hørings svar at ikke alle passer inn i en tokjønnsmodell, og at spørsmålet om samsvar mellom bilde og kjønn også ville være aktuell etter at den foreslåtte lovendringen trådte i kraft.¹²⁶ Ombudet uttalte at problemstillingen reiser spørsmål om diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, og anbefalte innføring av retningslinjer for å sikre at passutstedelse utøves på en ikke-diskriminerende måte.

7.1.2 Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

06/1107 Transpersoners behov for to pass når identitet ikke er i overensstemmelse med passbilde/juridisk kjønn – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: Klageren var på tidspunktet for klagen transseksuell (mann til kvinne), og hadde påbegynt kjønnsbekreftende behandling ved Rikshospitalet. Klageren fremsto som mann i jobsammenheng, og måtte i perioden frem til endt behandling leve i begge kjønnsrollene. Klageren jobbet i utlandet og fikk behandling i Norge. På grunn av uoverensstemmelsen mellom klagerens kvinnelige utseende og passets kjønnsangivelse, var det ifølge klageren tilnærmet umulig å krysse landegrensene og reise med fly med et kjønnsuttrykk i samsvar med sin kvinnelige identitet. Klageren følte seg tvunget til å velge å fremstå som mann, noe som reduserte livskvaliteten. Klageren ønsket derfor to separate pass som identifiserte klageren som henholdsvis mann og kvinne. Politidirektoratet og Justisdepartementet mente imidlertid at passforskriften ikke åpnet for å utstede ekstrapass, hvor grunnlaget var passinnehaverens behov for å fremstå med to forskjellige kjønnsidentiteter. Videre ville dette være umulig, i og med at en person kan ha kun ett fødselsnummer, og fødselsnummeret vil angi hvilket kjønn vedkommende har. I tillegg satte internasjonale standarder begrensninger i adgangen til å utstede to pass til samme person, blant annet ut fra hensyn til å verifisere en persons identitet og forhindre risiko for endringer eller forfalskning, og gjøre passene vanskelig å misbruke av andre.

Spørsmål om vern etter likestillingsloven (1978): Ombudet hadde tidligere lagt til grunn at transseksuelle var vernet av forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn innenfor arbeidslivssektoren. Det var ikke avklart om transseksuelle var vernet etter likestillingslovens generelle forbud mot forskjellsbehandling utenfor arbeidslivssektoren. Ombudet kom etter en gjennomgang av internasjonale rettskilder til at transseksuelle på generelt grunnlag var omfattet av likestillingslovens diskrimineringsforbud.

Ombudets vurdering: Ombudet mente saken reiste spørsmål om indirekte forskjellsbehandling ved at transseksuelle ble behandlet på samme måte som kvinner og menn som har en kjønnsidentitet i samsvar med fødselskjønnet. Ombudet viste til EMDs avgjørelse i *Thlimmenos v. Hellas*, og kom til at transseksuelle som var i prosessen med kjønnsbekreftende behandling, i denne overgangsfasen ville være i en «significantly different» situasjon enn kvinner og menn som har en kjønnsidentitet i samsvar med fødselskjønnet. Ombudet la til grunn at det å behandle klageren på samme måte som

¹²⁵ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet (departementets referanse 15/2180), punkt 10.6.

¹²⁶ Høringsuttalelse 23. oktober 2015 (sak 15/1356-2) s. 5.

denne gruppen ville stille klageren i en dårligere stilling enn andre, og at dette var indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

Ombudet mente hensynet til internasjonale standarder for utstedelse av to pass var et saklig formål. Når det gjaldt hensynet til sikkerhet, var ikke ombudet uten videre enig i at det å utstede to pass til en og samme person, med ulik kjønnsangivelse i passene, utgjorde en sikkerhetsrisiko. Ombudet mente at personer som var under behandling eller skulle behandles var en veldefinert gruppe, og at det ville være få som hadde behov for to pass i en overgangsfase. Ombudet så imidlertid at dette kunne reise nye problemstillinger som ikke var avklart og drøftet. Videre la ombudet en viss vekt på at overgangsfasen var midlertidig. Klageren kunne reise med sitt pass med mannlig kjønnsangivelse, i sitt kvinnelige uttrykk, med bekreftelse fra Rikshospitalet om at klageren var under behandling. Ombudet kom deretter til at det ikke var i strid med likestillingsloven (1978) § 3 å nekte å utstede to pass til klageren med ulik kjønnsangivelse.

Ombudets konklusjon: Likestillings- og diskrimineringsombudet finner etter dette at det ikke er i strid med likestillingsloven § 3 å nekte å utstede to pass til klageren med ulik kjønnsangivelse.

Merknad: Saken ble behandlet før SKK-loven trådte i kraft, og ble derfor vurdert etter likestillingsloven.

7.2 Vilkår for endring av folkeregistrert (juridisk) kjønn

Frem til 1. juli 2016 stilte Skattedirektoratet krav om bekreftelse på diagnose, fullført psykiatrisk utredning, gjennomgått langvarig hormonbehandling og fullført irreversibel sterilisering (full kjønnsbekreftende behandling) før oppføringen av juridisk kjønn kunne endres i Folkeregisteret. Med juridisk kjønn menes det kjønn en person er registrert med i Folkeregisteret.

Ombudet behandlet før SKK-loven¹²⁷ trådte i kraft en klagesak¹²⁸ hvor en transmann hadde fått avslag på kjønnsbekreftende behandling, og som dermed ikke fikk endret juridisk kjønn. Ombudet kom til at det ikke kunne utledes et vern for transpersoner etter dagjeldende likestillingslov av 1978, og avviste saken uten å ta stilling til om kravet om full kjønnsbekreftende behandling som vilkår for endring av juridisk kjønn var diskriminerende. Ombudet viste imidlertid til det pågående arbeidet med SKK-loven, og uttalte at ombudet ved eventuelle fremtidige klager kunne ta stilling til spørsmål om diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

I desember 2013 oppnevnte Helsedirektoratet en offentlig ekspertgruppe som skulle gjennomgå og foreslå endringer i den norske ordningen for endring av juridisk kjønn. Bakgrunnen var blant annet den økende kritikken av den dagjeldende praksisen.¹²⁹ På samme tid som ekspertgruppen arbeidet med utredningen, behandlet ombudet en klagesak hvor praksisen ble vurdert opp mot forbudet mot

¹²⁷ Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven)

¹²⁸ Ombudets sak 12/650, omtalt under.

¹²⁹ Se for eksempel Amnesty International (2013), Open Letter: The Norwegian Government Must Fulfil the Rights of Trans Individuals, UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez, A/HRC/22/53 (1. februar 2013), Anniken Sørliens masteravhandling (2013) Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet – Kan norsk forvaltningspraksis' krav om irreversibel sterilisering ved endring av fødselsnummer forsvares?

diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet kom i uttalelse av 9. september 2014 til at daværende praksis var i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering.¹³⁰

Ekspertgruppen anbefalte i sin rapport¹³¹ at kravet om sterilisering og de øvrige medisinske vilkårene ble fjernet. Ekspertgruppen anbefalte videre en erklæringsmodell, og viste til at en endring av kjønnskategori i Folkeregisteret burde holdes atskilt fra biologiske og medisinske vurderinger, og i stedet være basert på egen opplevelse av kjønn. På bakgrunn av rapporten sendte Helse- og omsorgsdepartementet på høring et forslag om en ny lov som skulle gjøre det enklere og mindre inngripende å endre juridisk kjønn. I Prop.74 L (2015-2016) foreslo departementet lov om endring av juridisk kjønn. Loven ble vedtatt, og trådte i kraft 1. juli 2016. Ombudet har behandlet flere klagesaker som omhandler problemstillinger knyttet til endring av juridisk kjønn etter at loven trådte i kraft. Disse omtales nedenfor.

Departementet uttalte i forarbeidene at kjønnsidentitet er et personlig anliggende, som få andre har bedre innsikt i og forutsetninger for å mene noe om enn den enkelte selv.¹³² Kravet om medisinsk diagnose og behandling som vilkår for retten til endring av juridisk kjønn ble opphevet. Personer over 16 år kan nå søke om å få endre sitt juridiske kjønn i Folkeregisteret. Personer satt under vergemål har full myndighet til selv å søke om endring av juridisk kjønn. Vilåret for å få tildelt nytt personnummer er at søkeren bekrefter søknaden ved å returnere en svarslipp.¹³³ Barn og unges rett til å endre juridisk kjønn omtales under kapitlet om barn.

Den svenske regjeringen har foreslått en lov om statlig erstatningsordning for personer som har gjennomgått sterilisering som følge av det tidligere steriliseringskravet for endring av juridisk kjønn.¹³⁴ Det er ikke foreslått en tilsvarende ordning i Norge.

Yogyakarta-prinsippene nummer 3:

The Right to recognition before the law

Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. Persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life. Each person's self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom. No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity. No one shall be subjected to pressure to conceal, suppress or deny their sexual orientation or gender identity.

7.2.1 Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

¹³⁰ Sak 14/840, klage på avslag på søknad om endring av juridisk kjønn, omtalt under.

¹³¹ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 125.

¹³² Prop.74 L (2015-2016) punkt 8.1.4.

¹³³ Se nærmere om prosedyren ved endring av juridisk kjønn på <https://helsenorge.no/rettigheter/endring-av-juridisk-kjonn>.

¹³⁴ Forslag til lag om ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet fastställd i vissa fall. Departementsserien 2017:6 (27. mars 2017). Høringsfristen er 27. juni 2017.

12/650 Endring av juridisk kjønn uten diagnosen F64.0 - avvisning

Saken gjaldt: En mann som ville endre sitt juridiske kjønn fra kvinne til mann. Han ønsket å gjennomgå kjønnsbekreftende behandling, men hadde i 2008 fått avslag på slik behandling fra Rikshospitalet. Han ønsket likevel å bli registrert som mann i Folkeregisteret, og søkte om dette. Han fikk avslag på grunn av Skattedirektoratets forvaltningspraksis med krav om bekreftelse på gjennomgått kjønnsbekreftende behandling før juridisk kjønn kunne endres.

Ombudets vurdering: Ombudet måtte først ta stilling til om transpersoner som ikke skulle, var under, eller hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling, hadde vern i diskrimineringslovgivningen (daværende likestillingslov av 1978). Ombudet bemerket innledningsvis at det ikke kunne ta stilling til om krav om kjønnsbekreftende behandling, herunder krav om kirurgisk inngrep, som vilkår for endret folkeregisteroppføring var i strid med menneskerettighetene på selvstendig grunnlag. Etter en gjennomgang av nasjonale og internasjonale rettskilder, kom ombudet til at det ikke kunne utledes et vern for kjønnsidentitet isolert, uten sammenheng med kjønnsbekreftende operasjon eller behandling. Transpersoner hadde dermed ikke vern etter likestillingsloven, og ombudet hadde ikke mandat til å behandle saken. Ombudet viste imidlertid til det pågående arbeidet med ny lov¹³⁵, og uttalte at ombudet ved eventuelle fremtidige klager kunne ta stilling til spørsmål om diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet avviste deretter saken.

Konklusjon: Saken avvises.

Merknad: Saken ble behandlet før SKK-loven trådte i kraft, og ble derfor vurdert etter likestillingsloven av 1978.

14/840 Klage på avslag om endring av juridisk kjønn - lovbrudd

Saken gjaldt: A, som er transperson, sto registrert i Folkeregisteret med sitt fødselskjønn. Kravene for å endre det juridiske kjønn i samsvar med kjønnsidentiteten innebar at hun måtte få diagnosen transseksuell, gjennomgå hormonell behandling og en kjønnsbekreftende operasjon. Operasjonen innebar irreversibel sterilisering. A ønsket ikke å gjennomgå en slik behandling.

Ombudets vurdering: Ombudet tok stilling til om praksisen med å kreve diagnose, hormonell behandling og kjønnsbekreftende operasjon som vilkår for at transpersoner kunne endre sitt juridiske kjønn var i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Spørsmålene saken reiste var ikke omtalt i forarbeidene til loven, og ombudet hadde ikke tidligere behandlet en lignende sak etter at loven trådte i kraft i 2014.

Ombudet kom til at praksisen var indirekte forskjellsbehandling av A. Praksisen med å ta utgangspunkt i fødselskjønn var likt for hele befolkningen, men slo ulikt ut for den gruppen der det ikke er samsvar mellom fødselskjønn og kjønnsidentitet. Ombudet mente derfor at A ble utsatt for forskjellsbehandling på grunn av sin kjønnsidentitet. Det manglende samsvaret mellom det biologiske og juridiske kjønn førte til at A til stadighet ble konfrontert med at det ikke var samsvar mellom hennes biologiske kjønn og kjønnsidentiteten. Hun hadde på den måten ikke mulighet til å

¹³⁵ Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

utøve sin kjønnsidentitet fullt ut, noe som etter ombudets syn var kjernen i hva loven var ment å skulle beskytte. Ombudet kom derfor til at forskjellsbehandlingen stilte A dårligere.

Helse- og omsorgsdepartementet hadde ikke lyktes med å finne en begrunnelse for kravet om fullstendig kjønnsbekreftende operasjon. Den eneste begrunnelsen for utviklingen av praksisen, var oppfatningene som rådet på 50-, 60- og 70-tallet. Ombudet mente at det var i seg selv alvorlig at en så vidt inngripende praksis ikke hadde hjemmel i lov, og det forhold at departementet ikke kunne grunnge praksisen ga grunn til bekymring. Departementet omtalte kravet om sterilisering i redegjørelsen, men begrunnet ikke kravene om diagnose og hormonell behandling.

Ombudet mente at departementet ikke hadde angitt noen saklige formål som kunne begrunne dagens praksis. En rekke andre land, deriblant Sverige og Danmark, hadde gått bort fra kravet om sterilisering, og skilt reguleringen av juridisk kjønnsstatus fra den diagnostiske og behandlingsmessige delen. Dette talte for at det ikke var nødvendig med en så inngripende praksis. Ombudet tok ikke stilling til de øvrige vilkårene i unntaksbestemmelsen, men pekte i sine avsluttende bemerkninger på momenter i vurderingen av hvor inngripende praksisen var. Hensyn til beslektet lovgivning om rettigheter som knytter seg til et bestemt kjønn, eller spørsmål om andres rettigheter og friheter kunne påvirkes, kunne være innvendinger mot at praksisen skulle endres. Ombudet viste blant annet til bluferdighetsprinsippet, som kunne begrunne forskjellsbehandling mellom kjønnene. Departementet hadde imidlertid ikke begrunnet praksisen med noen av disse problemstillingene, og ombudet fant ikke grunn til å gå inn i vurderingen. Ombudet presiserte imidlertid at dette måtte vurderes i forbindelse med en endring av praksisen. Til sist viste ombudet til at praksisen var svært inngripende for transpersoner, og at opprettholdelse av praksisen åpnet opp for større grad av diskriminering av transpersoner.

Ombudets konklusjon: Helse- og omsorgsdepartementet har handlet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Praksisen der det kreves hormonell behandling, diagnose og operasjon som vilkår for å endre juridisk kjønn, er forskjellsbehandling i strid med loven.

14/1311 Får ikke endret navn og juridisk kjønn i Norge - henleggelse

Saken gjaldt: En kvinne fra utlandet hadde tidligere studert i Norge (som mann), og fikk da tildelt et norsk mannlige personnummer. Hun flyttet tilbake til hjemlandet, og endret kjønnsstatus fra mann til kvinne. Hun fikk utstedt pass med ny kjønnsstatus av myndighetene i hjemlandet. Hun flyttet deretter tilbake til Norge for å studere. Skattedirektoratet ville ikke godta hennes pass som bevis på endret juridisk kjønnsstatus. Ombudet henvendte seg til Finansdepartementet, som uttalte at det var tilstrekkelig at personer som ikke var bosatt i Norge fremla dokumentasjon på at kjønnsstatus var endret av kompetent utenlandsk myndighet. Klageren henvendte seg deretter på nytt til Skattedirektoratet, som igjen henviste henne til Helsedirektoratet som rette instans for å bekrefte gjennomgått medisinsk faglig dokumentasjon på at hun hadde gjennomgått kjønnsbekreftende kirurgisk behandling, herunder fjerning av kjønnskjerter. Ombudet tok på nytt kontakt med Finansdepartementet og ba om en avklaring på hvilken dokumentasjon som kunne kreves i klagerens tilfelle, og hvilken virkning et krav om medisinsk faglig dokumentasjon ville ha for utenlandske borgere som kom fra land hvor man kunne endre kjønnsstatus uten å måtte fjerne kjønnskjerter (i motsetning til daværende situasjon i Norge). Skattedirektoratet vurderte deretter saken på nytt, og konkluderte med at klageren hadde endret kjønnsstatus. Hun ville derfor få tildelt et nytt fødselsnummer i Norge som samsvarte med kjønnnet hennes. Finansdepartementet uttalte at dersom

det ikke var tvil om en persons identitet, og det ble fremlagt troverdig dokumentasjon for at en kjønnsendring hadde funnet sted i samsvar med det som gjelder for kjønnsendring i bostedsstaten, ville det være forsvarlig å endre personens kjønn i Folkeregisteret.

Ombudets vurdering: Ombudet henla saken da den hadde løst seg for klageren, og ikke lenger reiste spørsmål om diskriminering.

Konklusjon: Saken henlegges.

7.2.2 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og rettslig anerkjennelse av transpersoner

Staten skal respektere retten til privatliv og ikke foreta unødvendige inngrep i denne retten (negativ forpliktelse) og treffe egnede og nødvendige tiltak for å beskytte borgerne mot krenkelser av privatlivet (positiv forpliktelse). Vern mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er innfortolket i samlekategorien «other status» i EMK artikkel 14. EMD har hovedsakelig vurdert forhold som forhindrer juridisk anerkjennelse av en persons kjønnsidentitet som etter retten til respekt for privatliv etter artikkel 8. Noen av klagerne har påberopt seg artikkel 3 om forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.¹³⁶

Etter at lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft i 2016, ligger Norge i forkant av den generelle utviklingen blant europeiske land. Noen av EMDs prinsipielle avgjørelser er likevel relevant å omtale.

Se for øvrig omtale under punkt 3.2 og EMDs oversikt over rettspresis som gjelder kjønnsidentitet:

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf

7.2.3 Praksis fra EMD

EMDs første dom som gjaldt juridisk anerkjennelse etter kjønnsbekreftende behandling ble avsagt i 1986 i *Rees v. the United Kingdom*.¹³⁷ Domstolen kom til at konvensjonens artikkel 8 og 12 ikke var krenket og at statens skjønnsmargin på området var vid, men uttalte følgende¹³⁸:

[T]he Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons [transsexuals] and the distress they suffer. [...] The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments.

I *B. v. France*¹³⁹ i 1992 kom domstolen for første gang til at artikkel 8 var krenket ved at en transseksuell kvinne ikke fikk endret sin juridiske kjønnsstatus slik at den kom i samsvar med hennes kjønnsidentitet. Saken skilte seg fra *Rees v. the United Kingdom*, både når det gjaldt de faktiske omstendighetene og ulikheter mellom de aktuelle systemene i Frankrike og Storbritannia. Mens det i Storbritannia var vanskelig å endre fødselsattester, var det i Frankrike meningen at disse skulle endres gjennom livet. I Frankrike var det også mange offisielle dokumenter som avslørte manglende samsvar mellom klagerens juridiske kjønn som mann og hennes kvinnelige kjønnsuttrykk. Dette skapte daglig utfordringer som ikke ivaretok retten til hennes privatliv.

¹³⁶ For eksempel *L. v. Lithuania* – 27527/03 (11. september 2007).

¹³⁷ *Rees v. the United Kingdom* - 9532/81 (17. oktober 1986)

¹³⁸ *Rees v. the United Kingdom* - 9532/81 (17. oktober 1986), avsnitt 47.

¹³⁹ *B. v. France* – 13343/87 (25. mars 1992)

I 2002 avsa domstolen to storkammeravgjørelser¹⁴⁰, hvor domstolen i begge saker kom til at artikkel 8 hadde blitt krenket ved at klageren, som hadde gjennomgått et lovlig kjønnskifte fra mann til kvinne, ikke kunne endre sitt juridiske kjønn. Disse sakene regnes som avgjørelsene som har hatt størst betydning for den rettslige utviklingen og anerkjennelsen av transseksuelles rett til å endre juridisk kjønn. Én av sakene omtales nærmere i det følgende.

Christine Goodwin v. the United Kingdom – 28957/95 (11. juli 2002)

Goodwins klage gjaldt manglende rettslig anerkjennelse av ny kjønnsstatus etter at hun hadde gjennomgått full kjønnsbekreftende behandling. Goodwin hadde mannlig fødselskjønn, men kvinnelig kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Goodwin fikk blant annet ikke pensjon ved fylte 60, som var pensjonsalderen for kvinner, og opplevde andre økonomiske og praktiske utfordringer knyttet til manglende samsvar mellom hennes mannlige juridiske kjønnsstatus og hennes kvinnelige identitet og uttrykk.

Domstolen viste til tidligere avgjørelser hvor den hadde kommet til at staten verken hadde positive eller negative forpliktelser når det gjaldt endringen av kjønnsstatus for transseksuelle, og at det lå innenfor Storbritannias skjønnsmargin å avgjøre slike spørsmål. Domstolen viste til at den måtte se hen til utviklingen i den innklagede staten og medlemsstatene for øvrig, og opprettholde en dynamisk fortolkning av konvensjonen. Domstolen viste til at den siden 1986 hadde gitt uttrykk for bekymring for utfordringene transseksuelle møtte, og understreket nødvendigheten av å følge med på samfunnsutviklingen og behov for rettslige tiltak. Domstolen måtte i lys av dagens forhold vurdere hva som i 2002 var den riktige fortolkningen og anvendelsen av konvensjonen.¹⁴¹

Domstolen så på klagerens situasjon, og uttalte at «a conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety».¹⁴² Domstolen uttalte at selv om medisinsk-vitenskapelig kunnskap ikke ga et entydig svar når det gjaldt årsaken til transseksualisme, var det av større betydning at transseksualisme hadde bred internasjonal anerkjennelse som en medisinsk tilstand som krevde behandling for å oppnå bedring av symptomene. Den uavklarte medisinsk-vitenskapelige statusen kunne ikke være avgjørende for den juridiske anerkjennelsen.

Det var liten enighet blant medlemsstatene om hvordan juridisk anerkjennelse av ny kjønnsstatus skulle skje, og hvordan praktiske utfordringer skulle løses. Domstolen uttalte at når det gjaldt dette spørsmålet, hadde staten en vid skjønnsmargin. Når det gjaldt spørsmålet om selve anerkjennelsen av transseksuelle, var det en klar internasjonal trend som viste økende sosial aksept og juridisk anerkjennelse av post-operative transseksuelles identitet.¹⁴³ I avveiningen mellom den generelle interessen og interessen til individet, uttalte domstolen at utgangspunktet for vurderingen var kjernen i konvensjonen, som er respekt for menneskeverdet og menneskets frihet. Om artikkel 8 og transseksuelles situasjon, uttalte domstolen følgende:

¹⁴⁰ I. v. the United Kingdom 25680/94 (11. juli 2002) og Christine Goodwin v. the United Kingdom 28957/95 (11. juli 2002)

¹⁴¹ Christine Goodwin v. the United Kingdom, avsnitt 73-75

¹⁴² Christine Goodwin v. the United Kingdom, avsnitt 77

¹⁴³ Christine Goodwin v. the United Kingdom, avsnitt 85

«Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings [...]. In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.»¹⁴⁴

Videre uttalte domstolen at det var rimelig at samfunnet måtte tåle en viss ulempe for at individer skulle ha mulighet til å leve i verdighet og kunne leve i samsvar med sin identitet¹⁴⁵, et valg som innebærer store konsekvenser for den enkelte. Domstolen kom deretter til at det lå utenfor Storbritannias skjønnsmargin å avgjøre hvorvidt transseksuelle hadde rett til å få endret juridisk status i samsvar med sin nye kjønnsstatus, og at Goodwins rett til respekt for privatliv etter artikkel 8 var krenket.¹⁴⁶

Etter Goodwin-saken har EMD i flere dommer kommet til brudd på artikkel 8 når det gjelder statens positive og negative forpliktelser overfor transseksuelle. Vi omtaler i det følgende kun den nyeste, hvor domstolen blant annet tok stilling til krav om sterilisering som vilkår for endring av juridisk kjønn.

A. P., Garçon and Nicot v. France - 79885/12, 52471/13, 52596/13 (6. april 2017)

Merknad: Avgjørelsen var på tidspunktet for publiseringen av denne oppsummeringen ikke oversatt til engelsk. Omtalen er basert på EMDs pressemelding¹⁴⁷, og er derfor ufullstendig.

Saken gjaldt tre franske statsborgere som hadde blitt tillagt mannlig kjønn ved fødselen, men som identifiserte seg som kvinner. Klagerne brakte inn ulike forhold for domstolen, disse omtales imidlertid samlet her.

I Frankrike er det en domstol som avgjør hvorvidt en person oppfyller vilkårene for endring av juridisk kjønn. Da saken ble brakt inn for EMD, var det etter fransk lovgivning krav om sterilisering eller irreversibel medisinsk behandling (kirurgisk eller hormonell) med stor sannsynlighet for sterilitet, for å få endret registrert kjønn på fødselsattesten.¹⁴⁸ I tillegg var det krav om diagnose, og å legge frem dokumentasjon som bekreftet gjennomgått behandling, eventuelt måtte man la seg undersøke av medisinsk sakkyndige. Dette omfattet blant annet en undersøkelse av klagerens kjønnsorgan.

Domstolen la innledningsvis til grunn at vilkåret om varig og irreversibel endring av ens kroppslige uttrykk innebar at man måtte gjennomgå en operasjon eller medisinsk behandling med stor sannsynlighet for sterilitet som følge av behandlingen. Siden individets fysiske integritet og

¹⁴⁴ Christine Goodwin v. the United Kingdom, avsnitt 90

¹⁴⁵ EMD bruker «sexual identity», avsnitt 91.

¹⁴⁶ Saken gjaldt også retten til å inngå ekteskap etter artikkel 12, som hadde sammenheng med retten til å endre juridisk kjønn. EMD kom til at også artikkel 12 var krenket.

¹⁴⁷ ECHR 121 (2017) 6. april 2017

¹⁴⁸ Fransk lovgivning ble endret i 2016, hvor krav om sterilisering og andre medisinske inngrep ble fjernet. Domstolen vurderte likevel om den tidligere lovgivningen var i strid med konvensjonen.

identitet¹⁴⁹ sto på spill, var statens skjønnsmargin i det aktuelle spørsmålet snever. Å kreve at en transperson måtte gjennomføre en uønsket operasjon eller sterilisering som vilkår for anerkjennelse av vedkommendes identitet, innebar at man for å kunne utøve sin rett til respekt for privatliv fullt ut måtte gi avkall på retten til respekt for sin fysiske integritet. Domstolen kom til at medlemsstatenes forpliktelse til å gjøre en avveining mellom den generelle interessen og individets interesser, ikke var oppfylt. Domstolen kom dermed til at vilkåret om en varig og irreversibel endring i en persons kroppslige uttrykk innebar at Frankrike hadde brutt sin positive forpliktelse til å sikre at retten til respekt for privatliv ble oppfylt. Domstolen kom til at artikkel 8 var krenket (dissens 6-1).

Når det gjaldt vilkåret om å bevise at man hadde en medisinsk diagnose innenfor kategorien kjønnsidentitetsforstyrrelser, kom domstolen til at det forelå en bred enighet blant medlemsstatene på dette området, og at dette vilkåret ikke direkte reiste spørsmål om inngrep i individets fysiske integritet. Domstolen konkluderte derfor med at selv om individets identitet sto på spill, var medlemsstatenes skjønnsmargin videre i avgjørelsen om å stille krav om medisinsk diagnose som vilkår for endring av juridisk kjønn. Retten til respekt for privatliv etter artikkel 8 var dermed ikke krenket når det gjaldt dette vilkåret.

Det siste spørsmålet gjaldt kravet til å la seg undersøke medisinsk. Domstolen viste til at undersøkelsen hadde blitt pålagt av en dommer som del av bevisinnhenting i saken, et område hvor medlemsstatene hadde en vid skjønnsmargin. Selv om dette innebar en undersøkelse av klagerens kjønnsorgan, måtte risikoen for at dette utgjorde et inngrep i utøvelsen av klagerens rett til respekt for privatliv anses som svært relativ. Staten hadde derfor ikke brutt sin positive forpliktelse til å legge til rette for at klagerens rett til privatliv ble oppfylt.

Merknad: Det at domstolen fastslo at et krav om gjennomføring av medisinsk behandling som medfører «irreversible change in an individual's appearance» som vilkår for endring av juridisk kjønn ikke ligger innenfor statenes skjønnsmargin, og at dette vil være i strid med retten til respekt for privatliv, styrker transpersoners menneskerettigheter. Avgjørelsen vil få betydning for medlemsstatene som fremdeles stiller vilkår om irreversible medisinske inngrep/sterilisering for endring av juridisk kjønn.

Når det gjelder domstolens vurdering av vilkårene om diagnose og medisinsk undersøkelse, utvider ikke avgjørelsen forståelsen av transpersoners vern/rettigheter. Et krav om diagnose som vilkår for endring av juridisk kjønn vil utelukke mange transpersoner fra juridisk anerkjennelse. Hvorvidt domstolen vurderte spørsmålet i lys av Europarådets resolusjon, hvor statene oppfordres til å avskaffe krav om «mental health diagnosis» som vilkår for rettslig anerkjennelse¹⁵⁰ av en persons kjønnsidentitet, eller Yogyakarta-prinsippene¹⁵¹, fremgår ikke av pressemeldingen.

7.3 Konsekvenser av å endre juridisk kjønn

De rettslige konsekvensene av å endre juridisk kjønn fremgår av lov om endring av juridisk kjønn § 6:

¹⁴⁹ Domstolen bruker «sexual identity».

¹⁵⁰ Europarådets resolusjon 2048 (2015) 6.2.2.

¹⁵¹ Prinsipp 3 og 18.

Det juridiske kjønn skal legges til grunn ved anvendelsen av andre lover og forskrifter. Fødselskjønnet skal likevel legges til grunn dersom det er nødvendig for å etablere foreldreskap og foreldreansvar etter barneloven. En person som endrer sitt juridiske kjønn, beholder rettigheter og plikter som følge av farskap, morskap eller medmorskap. Regler som gjelder om eller for en kvinne som føder barn, gjelder på samme måte for en person som føder barn etter å ha endret juridisk kjønn.

I merknadene til § 2 i loven står følgende¹⁵²:

Endringen innebærer at personen blir registrert med nytt kjønn i Folkeregisteret, får tildelt et nytt fødselsnummer og rettslig har skiftet kjønn der dette har juridisk betydning.

Ikke alle rettslige og praktiske konsekvenser av å endre juridisk kjønn ble løst ved innføringen av loven. Det fremgår av forarbeidene at spørsmålet om assistert befruktning til personer som har endret juridisk kjønn skal utredes ytterligere.¹⁵³ Videre fremgår det at departementet vil vurdere hvordan anbefalingene knyttet til helsetjenestetilbudet fra ekspertgruppen oppnevnt av Helsedirektoratet bør følges opp.¹⁵⁴ Spørsmålet om innføring av en tredje kjønnskategori ble ikke vurdert.¹⁵⁵

Ombudet håndhever ikke lov om endring av juridisk kjønn, men kan vurdere klager som relaterer seg til konsekvenser av å ha endret juridisk kjønn etter SKK-loven. Ombudet har mottatt og behandlet flere saker som gjelder problemstillinger knyttet til endring av juridisk kjønn, se omtale nedenfor.

Problemstillinger knyttet til foreldreskap og endring av juridisk kjønn omtales under kapitlet om foreldreskap. Spørsmål om garderobe/toaletter omtales i eget kapittel om dette.

7.3.1 Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

16/1732 Avslag på forespørsel om nytt vitnemål etter endring av juridisk kjønn og navn i Folkeregisteret - lovbrudd

Saken gjaldt: Retten til å få endret opplysninger i et vitnemål etter å ha endret juridisk kjønn og folkeregistrert navn. Klageren hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling og endret juridisk kjønn. Han hadde også endret navn. Etter navneendringen henvendte klageren seg til ulike utdanningsinstitusjoner og arbeidsgivere for å få utstedt nye dokumenter med opplysninger i samsvar med personopplysningene registrert i Folkeregisteret. Han hadde gått på en folkehøyskole før navneendringen, og henvendte seg til skolen for å få nytt vitnemål med ny navneform. Skolens rektor avviste ønsket, og ga uttrykk for usikkerhet rundt den rettslige adgangen til å gjøre dette. Etter at ombudet gjorde rektor oppmerksom på uttalelser fra Barne- og likestillingsdepartementet og Utdanningsdirektoratet om adgangen til å utstede duplikat av vitnemål, utstedte skolen nytt vitnemål til klageren. Ombudet tok likevel stilling til om klageren ble diskriminert da rektor ikke etterkom klagerens ønske i første omgang.

¹⁵² Prop.74 L (2015-2016) s. 36.

¹⁵³ Dette skal utredes i egen sak om evaluering av bioteknologiloven, se Prop. 74 L (2015-2016) s. 32.

¹⁵⁴ Prop. 74 L (2015-2016) s. 32. Se omtale og status på arbeidet under kapitlet om helse.

¹⁵⁵ Se Prop. 74 L (2015-2016) s. 6.

Ombudets vurdering: Ombudet kom til at klageren ble stilt dårligere på grunn av kjønnsidentitet ved avslaget. Ombudet la blant annet vekt på at et vitnemål er et personlig dokument som brukes til å dokumentere kompetanse. Uten duplikat med nye identitetsopplysninger vil personer som har byttet juridisk kjønn og navn ikke kunne legge frem dokumentasjon for arbeidsgivere og utdanningsinstitusjoner, uten å forklare hvorfor dokumentene står i et annet navn. Ombudet mente at forskjellsbehandlingen ikke fylte vilkårene for lovlig forskjellsbehandling. Ombudet kom derfor til at det å nekte å utstede nytt vitnemål med nye identitetsopplysninger var i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, og at skolen hadde diskriminert klageren.

Konklusjon: Folkehøgskolen handlet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 5 da de ikke utstedte duplikat av vitnemål til klageren.

17/857 Krav om dokumentasjon for å få endret juridisk navn – under behandling

Saken gjelder: En kvinne som i 2015, det vil si før lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft, søkte om endring av juridisk navn. Kvinnens juridiske kjønn var mann, og Skatteetaten skal ha bedt kvinnen om dokumentere årsaken til at hun ønsket å endre juridisk navn, herunder ved å legge frem medisinskfaglig dokumentasjon fra sin psykolog. Saken reiser spørsmål om Skatteetatens praksis innebar diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Videre kan saken belyse praksisen etter at lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft. Saken var på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen ikke ferdigbehandlet.

7.4 Innhenting og publisering av informasjon om kjønn

I forbindelse med endring av juridisk kjønn, navn og utstedelse av nytt fødselsnummer i forbindelse med gjennomført kjønnsbekreftende behandling (særlig aktuelt før lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft), er det et spørsmål om hvilke rettigheter personer har til å endre historiske data om seg selv, som er registrert før de gjorde endringer. Noen registrerte opplysninger om tidligere registrert kjønn og navn kan bidra til at personer «outes», mot sin vilje. Fra Europarådet kommer følgende anbefaling:

Member states should ensure that personal data referring to a person's sexual orientation or gender identity are not collected, stored or otherwise used by public institutions including particular within law enforcement structures, except where this is necessary for the performance of specific, lawful and legitimate purposes; existing record which do not comply with these principles should be destroyed.¹⁵⁶

Likevel er det ikke nødvendigvis slik at personer som har endret juridisk kjønn, kan kreve at alle historiske opplysninger endres eller slettes i medhold av SKK-loven. Registrering av opplysninger knyttet til seksuell orientering eller kjønnsidentitet, særlig av private aktører, har også en side til personvernlovgivningen, som ikke ombudet håndhever.

¹⁵⁶ CM/Rec(2010)5 punkt 19.

7.4.1 Offentlige aktører

16/2432 Lang fødselsattest er ikke diskriminering på grunn av kjønnsidentitet – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: Klageren hadde endret juridisk navn fra et mannlig til et kvinnelig navn. Hun endret senere juridisk kjønn til kvinne, og fikk tildelt kvinnelig personnummer. Folkeregisteret utstedte såkalt lang fødselsattest som inneholdt opplysninger om navneendringen. Klageren opplevde dette som manglende anerkjennelse av hennes kjønnsidentitet. Spørsmålet for ombudet var om lang fødselsattest utstedt i tråd med forskrift om folkeregistrering var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

Ombudets vurdering: Ombudet viste til at det i mange sammenhenger ville være nødvendig å legge frem attester fra Folkeregisteret. Et dokument som inneholder opplysninger om navneendring i utgangspunktet var derfor egnet til å stille noen dårligere på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet konkluderte likevel med at utstedelsen av lang fødselsattest ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet forsto det slik at lang fødselsattest ikke hadde et selvstendig anvendelsesområde, og at det ikke var tilfeller der fremleggelse av slik attest var eneste mulighet. Der det er behov for å dokumentere slektskap mellom barn og foreldre, kunne dette gjøres ved å benytte annen dokumentasjon fra Folkeregisteret. Ombudet mente derfor regelverket ikke førte til at personer som bytter navn på grunn av kjønnsidentitet ble stilt dårligere i lovens forstand.

Ombudets konklusjon: Forskrift om folkeregistrering § 10-5 er ikke i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5. Klageren ble ikke diskriminert da hun fikk utstedt lang fødselsattest som inneholdt opplysninger om endring av juridisk navn.

Saken ble sendt til nemnda for behandling ved brev av 4. mai 2017.

17/355 Endring/sletting av opplysninger i Folkeregisteret – under behandling

Saken gjelder: Utstedelse av lang fødselsattest, som i sak 16/2432 (omtalt over). I tillegg gjelder saken spørsmål om man kan kreve sletting av registrerte opplysninger i Folkeregisteret, samt hvem som har tilgang på historiske opplysninger i folkeregisteret. Saken er på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen ikke ferdigbehandlet.

7.4.2 Private aktører

16/2296 Endring av juridisk navn – kjønnsidentitet – banktjenester – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: Spørsmål om klageren ble diskriminert av banken sin da hun mottok tre brev adressert til sitt tidligere juridiske navn høsten 2016. Klageren hadde endret navn fra et mansnavn til et kvinnenavn i 2014, og meldte samtidig om navneendring til banken sin. Hun endret juridisk kjønn og fikk nytt kvinnelig personnummer høsten 2016. Nytt personnummer ble sendt til banken. Klageren ga ved to anledninger skriftlig beskjed til banken at de sendte ut brev i feil navn.

Ombudets vurdering: Ombudet understreket innledningsvis at endring av personlige opplysninger i offentlig tilgjengelige register har stor velferdsmessig betydning for personer som bytter juridisk kjønn. Personer som endrer juridisk kjønn og navn har et berettiget behov for å ha kontroll over

hvilke opplysninger som er offentlig tilgjengelige om dem. En virksomhet som nekter å etterkomme anmodning om endring i personopplysninger til en person som har endret sitt juridiske kjønn, vil kunne handle i strid med diskrimineringsforbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

Selv om klageren hadde opplevd det belastende å motta brevene til feil navn, særlig fordi hun bodde i et bofellesskap, kom ombudet til at hun ikke var stilt dårligere på grunn av forskjellsbehandlingen. Ombudet begrunnet det med at banken ikke hadde utvist noen motvilje mot å endre personopplysningene i sine systemer. Ombudet la til grunn at banken endret både navn og personnummer da klageren meldte fra om dette i 2014 og 2016. Det var imidlertid en svikt i konsernets interne datasystemer som førte til feilen. Bankkonsernet hadde identifisert feilen og etablert en rutine som skal sikre at endringer i navn og personnummer blir gjennomført i hele konsernet. Ulempen for klageren var begrenset i både tid og omfang, og hun var derfor ikke stilt dårligere på en slik måte at det ble rammet av forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

Ombudet vurderte også om klageren hadde blitt utsatt for trakassering av innklaget, på grunn av begrepsbruk banken hadde brukt om henne under ombudets behandling av klagesaken. Banken hadde brukt uttrykk som «tidligere kjønn», «kjønnskifte», «endring av kjønnsidentitet». Klageren la vekt på at hun alltid hadde hatt kjønnsidentitet som kvinne, og at hun opplevde ordbruken fra banken som krenkende. Ombudet kom til at bankens formuleringer ikke inneholdt ord eller uttrykk som etter objektive vurderingskriterier ga indikasjon på trakassering på grunn av kjønnsidentitet.

Konklusjon: Banken har ikke brutt diskrimineringsloven om seksuell orientering §§ 5 og 8. Klageren ble ikke diskriminert eller trakassert av banken.

15/2583 Kjønnsidentitet og katalogiseringsregler – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: En oversetter som hadde endret juridisk kjønn og navn, og ønsket å rette navneopplysninger i ulike elektroniske bokdatabaser. Han ønsket at bøkene han hadde oversatt skulle stå oppført med hans nye navn i databasene, slik at det samsvarte med kjønnsidentiteten hans som mann. Oversetteren ba Bokbasen AS, som leverer katalogopplysninger til bokhandlere og bibliotek, om å gjøre endringer i sin katalog. Bokbasen avslo anmodningen om å rette opplysningene. Oversetteren klaget virksomheten inn for ombudet for brudd på diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 5.

Ombudets vurdering: Saken reiste spørsmål om indirekte diskriminering, ettersom Bokbasens praksis fulgte direkte av regelverket for katalogisering, og gjaldt alle saker om navneendring, uavhengig av begrunnelsen for endringen. Ombudet viste til at personer som har endret juridisk kjønn og navn må ha rett til et personvern, særlig der opplysninger om kjønnsidentitet kommer frem av offentlig tilgjengelige registre og dokumenter. Klagerens tidligere navn var offentlig tilgjengelig, ved at arbeid han gjorde før han endret navn og juridisk kjønn, var tilgjengelig ved søk i bokbasens system. Han ville ikke kunne legge frem arbeidene for nye arbeidsgivere, uten å måtte forklare hvorfor det står i et annet navn. Ombudet mente at oversetteren hadde blitt forskjellsbehandlet på grunn av kjønnsidentitet, men konkluderte med at forskjellsbehandlingen var lovlig. Ombudet viste først til at personer som endrer juridisk kjønn har et behov for at samfunnet tilpasser og systematiserer

endringer av personopplysninger som er offentlig tilgjengelig. Ombudet la imidlertid særlig vekt på at Bokbasen fulgte samme regelverk for katalogisering som Nasjonalbiblioteket, og at det ville være i strid med dette regelverket å gjøre endringene klageren ønsket. Ombudet bemerket avslutningsvis at saken viser at det er behov for en gjennomgang av katalogiseringsregelverket som brukes i den norske bokbransjen med tanke på transpersoner og deres behov.

Konklusjon: Bokbasen AS handlet ikke i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 5 da de avsto å endre klagerens navneopplysninger i søkeverktøyet.

Saken ble påklaget, men ombudet fant ikke grunn til å omgjøre uttalelsen. Ombudet sendte saken til Likestillings- og diskrimineringsnemnda 8. september 2016. Saken er på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen ikke ferdigbehandlet av nemnda.

16/1624 Katalogiseringsregelverk for bibliotek – endring av identitetsopplysninger – kjønnsidentitet - under behandling

En oversetter (samme klager som i ovennevnte sak 15/2583) som hadde endret juridisk kjønn og navn, ønsket å rette navneopplysninger i ulike elektroniske bokdatabaser. Han ønsket at bøkene han hadde oversatt skulle stå oppført med hans nye navn i databasene, slik at det samsvarte med kjønnsidentiteten hans som mann. Ombudet skal ta stilling til om katalogiseringsregelverket er i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsuttrykk og kjønnsidentitet. Saken er på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen ikke ferdigbehandlet.

8 Barn

Barn som bryter med normer for kjønn og seksualitet er dårligere stilt på sentrale oppvekstarenaer.¹⁵⁷ Ombudet har imidlertid mottatt få klagesaker som gjelder diskriminering av barn etter diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven). Etter nemndas praksis har barn begrensede muligheter til å klage inn en sak for ombudet. I nemndas sak 22/2012, kom nemnda til at en mindreårig ikke kunne fremme en klage om diskriminering alene, men måtte ha samtykke fra verge for at saken kunne behandles.¹⁵⁸

Særlig for LHBTI-barn kan det være tilfeller der barnet opplever diskriminering, men ikke har støtte, eller ikke er åpent hjemme. Dette kan gjøre det vanskelig å få samtykke fra verge i en klagesak for ombudet, og vil begrense mulighetene barna har til å få håndhevet diskrimineringsvernet sitt. I forbindelse med ovennevnte klagesak for nemnda mente ombudet at reelle hensyn sterkt talte for at mindreårige burde kunne fremme klage på diskriminering. Ombudet pekte blant annet på FNs

¹⁵⁷ Thorsnes, Ingrid Egeland (2016), Rettane til LHBTI-barn i Noreg – vurdering og tilrådingar i lys av FN sin barnekonvensjon. Rapporten er skrevet på oppdrag for LLH (nå organisasjonen FRI), Skeiv ungdom og Redd Barna.

¹⁵⁸ Saken gjaldt spørsmål om diskriminering etter diskrimineringsloven om etnisitet.

barnekonvensjon artikkel 3, hvor hensynet til barnets beste er et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn.

Ombudet ba i 2014 Barne- og likestillingsdepartementet om å utrede spørsmålet om mindreåriges klageadgang i forbindelse med arbeidet med ny, helhetlig diskrimineringslovgivning.¹⁵⁹ I Prop. 80 L (2016-2017) side 104 om Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda, presiseres det imidlertid at mindreårige ikke vil ha selvstendig klagerett til den nye nemnda som er vedtatt opprettet.

8.1 Endring av juridisk kjønn for barn

Etter Barnekonvensjonen artikkel 8 har barnet rett til å bevare sin identitet. Barnekomiteen har uttalt at rettigheten må respekteres og tas hensyn til i vurderingen av barnets beste.¹⁶⁰ I juridisk litteratur om barns rettigheter er kjønnsidentitet og seksuell orientering nevnt som elementer som er omfattet av retten til identitet, selv om dette ikke er berørt av Barnekomiteen direkte.¹⁶¹

Etter lov om endring av juridisk kjønn § 4, kan barn som har fylt 16 år selv søke om endring av juridisk kjønn. Barn mellom 6 og 16 år må søke om å endre juridisk kjønn sammen med den eller de som har foreldreansvar for barnet. I noen tilfeller er ikke foreldrene med felles foreldreansvar enige om hvorvidt barnet skal få endre juridisk kjønn. I slike tilfeller gir § 4 annet ledd anvisning på at dersom søknaden kun fremmes av en av foreldrene, kan det juridiske kjønn likevel endres dersom det er til barnets beste. Etter § 5 annet ledd er det Fylkesmannen i Oslo og Akershus som behandler disse sakene. Vedtaket fra Fylkesmannen kan påklages til Helseklage - Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten.

Flere av høringsinstansene, blant annet ombudet, Barneombudet og Redd Barna var kritisk til at barn under 16 år ikke kan søke om å endre juridisk kjønn, når begge foreldrene/forelderene med foreldreansvar er uenige med barnet. Barneombudet mente at fylkesmannen også skulle kunne avgjøre disse sakene ut fra hensynet til barnets beste.

Barn under 6 år kan kun endre juridisk kjønn dersom de har «en medfødt usikker somatisk kjønnsutvikling», jf. § 4 3. ledd. Med usikker somatisk kjønnsutvikling menes barn med en interkjønntilstand. Se nærmere omtale under.

8.2 Barns rett til helse

Barn har etter Barnekonvensjonen artikkel 24 og 2 rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard, uten forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. En oversikt over LHBTI-barns rettigheter finnes i rapporten Rettane til LHBTI-barn i Norge.¹⁶² Av rapporten fremgår det blant annet at barn som bryter med normer for kjønn og seksualitet er mer sårbare for psykisk uhelse og selvmordsforsøk, at barnet må bli hørt i

¹⁵⁹ Brev til Barne- og likestillingsdepartementet av 20. juni 2014, sak 14/225-3.

¹⁶⁰ Generell kommentar nr. 14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn, CRC/C/GC/14 avsn. 55.

¹⁶¹ The Rights of LGBTI Children under the Convention on the Rights of the Child, Kirsten Sandberg. Nordic Journal of Human Rights Vol. 33, Iss. 4, 2015.

¹⁶² Thorsnes, Ingrid Egeland, Rettane til LHBTI-barn i Noreg – Vurdering og tilrådingar i lys av FN sin barnekonvensjon (2016). Skrevet på oppdrag for LLH, Skeiv ungdom og Redd Barna.

helse spørsmål, og at det er særlig viktig at helsepersonell og personer som arbeider i barnevernet har kunnskap om det å bryte med normer for kjønn og seksualitet.¹⁶³

8.2.1 Behandlingstilbudet til barn og unge med kjønnsidentitetstematikk

Barns rett til helsehjelp er kort omtalt i rapporten fra ekspertgruppen som ble oppnevnt av Helsedirektoratet, under delen av utredningen som gjelder behandlingstilbudet for transpersoner.¹⁶⁴

Barns rett til pubertetsutsettende eller kjønnsbekreftende hormonbehandling ved kjønnsinkongruens er nærmere vurdert i en masteravhandling fra 2015, hvor konklusjonen var at kjønnsbekreftende hormonbehandling kan være nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven. Forfatteren viser til at en slik rett kan følge av barnets rett til å bevare sin identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 og barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, samt barnekonvensjonen artikkel 24 sammenholdt med artikkel 6 og 12.¹⁶⁵

Personer under 18 år skal henvises til lokal barne- og ungdomspsykiatrisk poliklinikk (BUP) av sin fastlege når det er mistanke om diagnosen F 64.2 Kjønnsidentitetsforstyrrelser i barndommen, og eventuelt henvises videre til Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS) for vurdering.¹⁶⁶ Barn under 16 år kan ved NBTS få tilbud om pubertetsutsettende hormonell behandling etter fullført utredning og fastsatt diagnose. Dette krever imidlertid samtykke fra barnets foreldre. Unge mellom 16 og 18 år kan få tilbud om feminiserende eller maskuliniserende hormonell behandling.¹⁶⁷ Kirurgi tilbys ikke før etter fylte 18 år.

Det er verdt å merke seg at det fremgår av ekspertgruppens rapport at det er en uenighet om diagnosen «Kjønnsidentitetsforstyrrelse i barndommen» bør videreføres. Kjernen i uenigheten er blant annet om hvorvidt barn med uvanlige kjønnsuttrykk trenger å ha kontakt med helsetjenestene før de kommer i puberteten, og at det i stedet for diagnostisering bør sendes et signal om at barns utprøving av kjønnsuttrykk er naturlig og ufarlig. Andre mener at en kategorisering i form av diagnose kan være nødvendig i de tilfeller hvor barnets kjønnsuttrykk skaper usikkerhet og behov for støtte og assistanse fra helsetjenestene.¹⁶⁸

Ombudet har behandlet to saker som gjelder barn og vern mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet i møte med helsevesenet. Den ene saken (sak 14/1677) gjaldt en gutt som ønsket pubertetsutsettende hormonbehandling og brystkirurgi, men som fikk avslag fra Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme. Ombudet kom til at et krav om diagnose som vilkår for slik behandling ikke var diskriminerende. Den andre saken (14/2375) gjaldt en gutt som var under utredning ved en barne- og ungdomspsykiatrisk poliklinikk (BUP). Ombudet avviste saken, men den belyser behovet for økt kompetanse om barn og unge med kjønnsidentitetstematikk i helsetjenesten. Se utfyllende omtale av sakene under.

¹⁶³ Rettane til LHBTI-barn i Noreg, s. 14.

¹⁶⁴ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 125.

¹⁶⁵ Sondrup, Anders Skjellerudsveen, Har barnet en rett til rett kjønn? En vurdering av hvorvidt barnet har krav på pubertetsutsettende og feminiserende eller maskuliniserende hormonbehandling ved kjønnsinkongruens, Kvinnerettslig skriftserie nr. 97 (2015), punkt 5.7.

¹⁶⁶ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 49.

¹⁶⁷ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 37.

¹⁶⁸ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 11.

Yogyakarta-prinsippene nr. 17:

g) Facilitate access by those seeking body modifications related to gender reassignment to competent, non-discriminatory treatment, care and support;

h) Ensure that all health service providers treat clients and their partners without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity, including with regard to recognition as next of kin;

i) Adopt the policies, and programmes of education and training, necessary to enable persons working in the healthcare sector to deliver the highest attainable standard of healthcare to all persons, with full respect for each person's sexual orientation and gender identity.

8.2.2 Ombudet og nemndas saker om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

14/1677 Avslag på ønske om pubertetsutsettende behandling og brystkirurgi - ikke lovbrudd.

Saken gjaldt: Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS)s retningslinjer for utredning, diagnostisering og medisinsk behandling av transpersoner. En gutt (under 16 år) med fødselskjønn jente fikk avslag på ønske om pubertetsutsettende behandling og brystkirurgi. Årsaken til avslaget var at han ikke hadde fått fastsatt endelig diagnose for transseksualisme i barndommen, og at det ikke finnes nasjonale eller internasjonale retningslinjer for kirurgiske inngrep for mindreårige med diagnosen.

Ombudets vurdering: Ombudet mente at kravet om at det må foreligge en diagnose for å starte medisinsk behandling var en del av et faglig skjønn som ligger til helsemyndighetene å vurdere. Kravet om diagnose var derfor ikke egnet til å stille noen dårligere i lovens forstand. Ombudet viste likevel til rapporten Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn, og ekspertgruppens anbefaling om at det bør gis tilbud om helsehjelp til flere grupper som opplever kjønnsdysfori enn det som er tilfelle i dag.

Ombudet kom til at det ikke er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet å kreve diagnose før det kan gis medisinsk behandling. Ombudet kom videre til at NBTS sin utredning av gutten ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet mente at NBTS sitt avslag på behandling ble gjort på bakgrunn av en tilstrekkelig grundig og individuell vurdering. Avslaget om pubertetsutsettende behandling og brystkirurgi var derfor ikke diskriminerende.

Konklusjon: Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS) har ikke handlet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 5 ved utredning, diagnostisering og medisinsk behandling av gutten.

Merknad: Saken gjaldt også spørsmål om trakassering ved at gutten ble omtalt med feil pronomen. Omtalen av dette spørsmålet står i kapitlet om trakassering.

14/2375 - Behandling av barn med kjønnsidentitetstematikk hos BUP - avvisning

Saken gjaldt: En gutt som var under utredning ved en barne- og ungdomspsykiatrisk poliklinikk (BUP). Gutten ble tillagt jentekjønn ved fødselen, men har kjønnsidentitet som gutt. Moren og gutten ønsket at ombudet skulle vurdere om poliklinikkens utredning var i strid med forbudet mot

diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. De ønsket også en vurdering av om poliklinikken hadde trakassert gutten gjennom bruk av feil pronomen.

Ombudets vurdering: Utredningen av gutten skjedde før SKK-loven¹⁶⁹ trådte i kraft. Saken kunne derfor ikke vurderes etter forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet i SKK-loven. Ombudet måtte først ta stilling til om gutten hadde diskrimineringsvern på tidspunktet for utredningen ved klinikken. Ombudet viste til en tidligere sak (12/650), hvor ombudet vurderte om personer som hadde fått avslag på kjønnsbekreftende behandling var vernet av likestillingsloven av 1978. Ombudet kom da til at det ikke kunne utledes et diskrimineringsvern for kjønnsidentitet uten at det hadde sammenheng med kjønnsbekreftende operasjon eller behandling, og at saken derfor måtte avvises.

Gutten i denne saken hadde fått avslag på kjønnsbekreftende behandling ved Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS). Ombudet kom derfor til at gutten ikke hadde diskrimineringsvern på tidspunktet for utredningen.

Konklusjon: Saken avvises.

8.3 Interkjønn

Hvert år fødes det i Norge mellom 5 og 10 barn med interkjønn.¹⁷⁰ Interkjønn er et paraplybegrep for mange ulike tilstander som gjelder personer som er født med såkalt «usikker somatisk kjønnsutvikling». Med usikker somatisk kjønnsutvikling menes at den biologiske kjønnsstilhørigheten til et barn ved fødselen ikke entydig er jente eller gutt. Dette kan ha sammenheng med både indre og ytre kjønnsorganer. Noen er for eksempel født med en eggleder og en sædleder. Dersom ytre kjønnskarakteristika ikke viser entydig om barnet er jente eller gutt, kan måling av kromosomer og hormoner bidra til å avklare kjønnsstilhørigheten. Noen har imidlertid utypiske hormon- og kromosomsammensetninger, som gjør at kjønnsstilhørigheten ikke viser seg før i puberteten. Barnets kjønn må likevel kort tid etter fødselen bestemmes, fordi barnet må meldes inn til Folkeregisteret som enten gutt eller jente.

Personer med interkjønn utgjør en liten gruppe i Norge. Det er grunn til bekymring for at grunnleggende menneskerettigheter brytes ved den medisinske behandlingen av barn med interkjønn. Det er imidlertid lite tilgjengelig og samlet informasjon om rettighetene til disse barna, og temaet vil derfor omtales utfyllende. Omtalen er ikke uttømmende.

8.3.1 Vern mot diskriminering

Personer med interkjønn er omfattet av diskrimineringsvernet i likestillingsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering. Personer med en interkjønntilstand har i utgangspunktet ikke utfordringer knyttet til kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, men til sitt fødte biologiske kjønn.¹⁷¹ En person med interkjønn blir ikke nødvendigvis forskjellsbehandlet i forhold til en av et annet kjønn eller fordi hun/han er kvinne/mann, men fordi hun/han utfordrer folks

¹⁶⁹ Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

¹⁷⁰ Helsenorge.no, Uavklart kjønn ved fødsel (usikker somatisk utvikling), sist oppdatert 29. mars 2017. <https://helsenorge.no/sykdom/sjeldne-diagnoser/uavklart-kjonn-ved-fodsel> (3. juni 2017)

¹⁷¹ Prop.88 L (2012-2013) s. 111.

oppfatninger om kjønn.¹⁷² Personer som har nedsatt funksjonsevne som følge av en interkjønntilstand, vil også være vernet av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

8.3.2 Nærmere om behandling av barn med interkjønn

For noen av barna vil det være medisinsk nødvendig å utføre kirurgisk behandling kort tid etter fødselen, for eksempel dersom urinveiene ikke fungerer. I noen tilfeller vil det være livreddende å tilføre hormoner. Kirurgiske inngrep kan imidlertid føre til infertilitet, redusert følsomhet, redusert evne til orgasme, hormonforstyrrelser og varig smerte. Noen ganger kreves gjentatte inngrep gjennom barndom og voksenliv. Slike negative virkninger av behandling kan føre til psykisk uhelse, både som barn og voksen.

Etter hvert som barnet blir større, kan det vise seg at man tok feil av barnets kjønn, og at barnet utvikler en annen kjønnsidentitet enn det man bestemte kort tid etter fødselen. Dersom det ble utført kjønnsbestemmende behandling ut fra det bestemte kjønn, enten med kirurgi eller hormoner, kan dette få alvorlige følger for barnet.¹⁷³ Det er derfor viktig å skille mellom kjønnsbestemmende behandling på psykososialt grunnlag, hvor det blir utført behandling for å «normalisere» barnets kjønnskarakteristikk i samsvar med kjønn man har bestemt, og medisinsk nødvendig behandling. Behandling som ikke er nødvendig, men som kun har et kosmetisk eller psykososialt formål, kan komme i konflikt med flere av barnets menneskerettigheter, se neste punkt.

8.3.3 Menneskerettslige vurderinger

Bedre kunnskap om barn med interkjønn, og om behandlingen som gjennomføres på barna, har gitt økt menneskerettslig oppmerksomhet om temaet de siste årene.¹⁷⁴ Den menneskerettslige og medisinskfaglige vurderingen av spørsmålet om hva som er nødvendig behandling (og til barnets beste) er ikke i alle tilfeller sammenfallende.¹⁷⁵

Behandling som utføres på nyfødte/små barn kan være i strid med barnets rettigheter til identitet og personlig utvikling, helse, til å si sin mening, selvbestemmelse, samtykke, privatliv og fysiske integritet, og for retten til seksuell og reproduktiv helse (retten til familieliv) senere i livet.¹⁷⁶ Disse rettighetene følger av flere internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som er gjort til norsk lov, herunder Barnekonvensjonen, og av Grunnloven.¹⁷⁷

Flere menneskerettsorganer har uttalt seg om behandlingen av barn med interkjønn. FNs spesialrapportør mot tortur oppfordret i 2013 alle stater til å avskaffe lover som tillater inngripende

¹⁷² Prop.88 L (2012-2013) s. 121

¹⁷³ Se for eksempel ombudets veiledningssak omtalt under.

¹⁷⁴ Se for eksempel oversikt i Rettene til LHBTI-barn i Noreg (2016), s. 14-15 og Amnesty International, Ensuring the rights of children with variations of sex characteristics in Denmark and Germany (2017).

¹⁷⁵ Se for eksempel Sandberg, Kirsten, Interkjønnbarn, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 04/2016 (Volum 14), s. 301-304. Tilgjengelig på https://www.idunn.no/tidsskrift_for_familierett_arverett_og_barnevernrettslige_sp/2016/04/interkjoennbarn.

¹⁷⁶ Se utfyllende oversikt i Europarådets kommisær for menneskerettigheters rapport Human rights and intersex people (2015), kapittel 3.

¹⁷⁷ Foreldrenes samtykkekompetanse på vegne av barnet er vurdert i Nina L. Samuelsens masteravhandling (2016), Foreldresamtykke som rettslig grunnlag for behandling av barn med atypisk somatisk kjønnsutvikling.

og irreversibel behandling, inkludert tvungen «kjønnsnormaliserende» kirurgi.¹⁷⁸ Spesialrapportøren uttalte følgende om barn med interkjønn¹⁷⁹:

Children who are born with atypical sex characteristics are often subject to irreversible sex assignment, involuntary sterilization, involuntary genital normalizing surgery, performed without their informed consent, or that of their parents, “in an attempt to fix their sex”, leaving them with permanent, irreversible infertility and causing severe mental suffering.

FNs spesialrapportør for retten til helse har også kritisert praksisen med kirurgiske inngrep på barn med interkjønn, og uttalt at staten bør forhindre unødvendige medisinske eller kirurgiske inngrep på nyfødte og små barn for å oppfylle barnets rett til kroppslig integritet, autonomi og selvbestemmelse.¹⁸⁰

Barnekomiteen har i sine avsluttende bemerkninger til Sveits, Frankrike og Irland adressert spørsmålet om nødvendig behandling av barn med interkjønn under området vold mot barn (“harmful practices”), og gitt utfyllende anbefalinger. I sine avsluttende bemerkninger til Irland fremhevet komiteen blant annet at familiene til barn med interkjønn må få adekvat veiledning og informasjon, og at helsepersonell må få opplæring i kjønns- og seksualitetsmangfold, samt kunnskap om hvilke konsekvenser unødvendige kirurgiske og andre medisinske inngrep har for barn født med interkjønn.¹⁸¹

I rapporten Rettene til LHBTI-barn i Noreg fremheves det at avskaffelse av kjønnsstereotyper og økt kunnskap om kropps- og seksualitetsmangfold bør være tilnærmingen fremfor å «normalisere» en kropp ut fra hva som anses som en typisk jente- eller guttekropp.¹⁸²

Staten skal beskytte borgerne, både voksne og barn, mot unødvendige medisinske inngrep. Dette er blant annet nedfelt i Yogyakarta-prinsippene nr. 18, hvor statens forpliktelser overfor barn særlig fremheves. Malta har som første land innført forbud mot «normaliserende» kirurgi på kjønnsorganer til barn født med interkjønn, og det er ulovlig å utføre medisinsk unødvendig behandling på en persons kjønnskarakteristika uten informert samtykke.¹⁸³

Flere tiltak i Regjeringens LHBTI-handlingsplan omhandler personer med interkjønn. Fokus er hovedsakelig å få et bedre kunnskapsgrunnlag.¹⁸⁴ Norske myndigheter leverte i 2016 sin femte og sjette periodiske rapport om hvordan FNs barnekonvensjon blir gjennomført i Norge.¹⁸⁵ Norsk

¹⁷⁸ UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez, A/HRC/22/53 (1. februar 2013), anbefaling nr. 3, avsnitt 88.

¹⁷⁹ UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez, A/HRC/22/53 (1. februar 2013), avsnitt 77.

¹⁸⁰ UN General Assembly, Special Rapporteur on the right of everyone to the highest attainable standard of physical and mental health, Dainius Puras, A/70/213 (30. juli 2015), avsnitt 84-86. Oversatt fra engelsk.

¹⁸¹ Barnekomiteens avsluttende bemerkninger til Irland (2016) CRC/C/IRL/CO/3-4.

¹⁸² Rettene til LHBTI-barn i Norge (2016) s. 14-15.

¹⁸³ Equinet, Malta adopts ground-breaking gender identity, gender expression and sex characteristics law, 2. april 2015. <http://www.equineteurope.org/Malta-adopts-ground-breaking> (6. juni 2016)

¹⁸⁴ Trygghet, mangfold, åpenhet. Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk 2017-2020, tiltak 1d og 29.

¹⁸⁵ Barne- og likestillingsdepartementet, The Rights of the Child in Norway – Norway’s fifth and sixth periodic reports to the UN Committee on the Rights of the Child – 2016.

behandlingspraksis er ikke nevnt i rapporten, men det er forventet at temaet vil tas opp av komiteen.¹⁸⁶

Yogyakarta-prinsippene nr 18:

No person may be forced to undergo any form of medical or psychological treatment, procedure, testing, or be confined to a medical facility, based on sexual orientation or gender identity. Notwithstanding any classifications to the contrary, a person's sexual orientation and gender identity are not, in and of themselves, medical conditions and are not to be treated, cured or suppressed.

States shall:

- a) Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure full protection against harmful medical practices based on sexual orientation or gender identity, including on the basis of stereotypes, whether derived from culture or otherwise, regarding conduct, physical appearance or perceived gender norms;
- b) Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that no child's body is irreversibly altered by medical procedures in an attempt to impose a gender identity without the full, free and informed consent of the child in accordance with the age and maturity of the child and guided by the principle that in all actions concerning children, the best interests of the child shall be a primary consideration;
- c) Establish child protection mechanisms whereby no child is at risk of, or subjected to, medical abuse;
- f) Ensure that any medical or psychological treatment or counselling does not, explicitly or implicitly, treat sexual orientation and gender identity as medical conditions to be treated, cured or suppressed.

8.3.4 Den norske behandlingstjenesten for barn født med interkjønn

Også norsk behandlingspraksis har blitt utfordret når det gjelder spørsmål om ulike sider av barnets menneskerettigheter blir ivaretatt.¹⁸⁷ I Norge er behandlingen av barn født med interkjønn sentralisert til en flerregional behandlingstjeneste for usikker somatisk kjønnsutvikling ved Haukeland universitetssjukehus og Oslo universitetssykehus, som har såkalte DSD-team¹⁸⁸. DSD-teamet er tverrfaglig sammensatt, og har ansvar for å utrede barnet for å avklare hvilket kjønn det har.¹⁸⁹

På bakgrunn av en henvendelse fra Helsedirektoratet¹⁹⁰, ba Helse- og omsorgsdepartementet behandlingstjenesten om å gjøre rede for behandlingspraksisen i Norge, særlig om kirurgisk

¹⁸⁶ Helsedirektoratet viser i brev 1. juni 2016 til Helse- og omsorgsdepartementet til at Kirsten Sandberg i sin artikkel *The Rights of LGBTI Children under CRC (2016)* har bedt komiteen om å ta opp rettigheter til barn med interkjønn i sine avsluttende merknader til Norge. Problemstillingen er også aktuell i ikke-statlige organisasjoners skyggerapporter.

¹⁸⁷ Helsedirektoratet, brev 1. juni 2016 til Helse- og omsorgsdepartementet, *Rettene til LHBTI-barn i Norge (2016)*, Samuelsen, Nina L., *Foreldresamtykke som rettslig grunnlag for behandling av barn med atypisk somatisk kjønnsutvikling (2016)*.

¹⁸⁸ Den medisinske samlebetegnelsen er «disorders of sex development», som forkortes DSD. En betegnelse som oppleves som mindre stigmatiserende er «diversity/differences of sex development».

¹⁸⁹ Se informasjon på helsenorge, <https://helsenorge.no/sykdom/sjeldne-diagnoser/uavklart-kjonn-ved-fodsel>

¹⁹⁰ Brev fra Helsedirektoratet (16/15593-2) 1. juni 2016 til Helse- og omsorgsdepartementet.

behandling besluttet på psykososialt grunnlag for perioden 2013-2015.¹⁹¹ Med psykososialt grunnlag menes behandling som følge av antakelsen om at barnets fysiske kjønnskarakteristika har betydning for barnets oppvekst (fremme livskvalitet, unngå mobbing), utvikling av kjønnsidentitet og opplevd kjønnsidentitet.¹⁹²

Behandlingstjenesten hadde ufullstendig tallmateriale og oversikt over antall barn og hvilke inngrep som hadde blitt utført i perioden før og etter 2013. Behandlingstjenesten uttalte imidlertid at kun klitorisplastikk¹⁹³ på jentebarn med en spesifikk genetisk diagnose (medfødt forstørrelse av binyrebarken/CAH) ble oppfattet som behandling på psykososialt grunnlag. Behandlingstjenesten oppga at ingen inngrep hadde blitt utført på psykososialt grunnlag i perioden 2013 til 2015.¹⁹⁴

Ut fra behandlingstjenestens redegjørelse er det uklart hvilke andre inngrep som vurderes som medisinsk nødvendige, hvilke som er akutte eller kan utsettes, samt i hvilke tilfeller behandling med hormoner anses som medisinsk nødvendig.

Ifølge behandlingstjenestens redegjørelse vil unge selv delta i avgjørelsen når det er aktuelt med kirurgi på psykososialt grunnlag, «i praksis når barnet blir myndig». Barnets mening skal imidlertid gradvis tillegges større vekt fra fylte 12 år¹⁹⁵, og den «helserettslige myndighetsalderen» er 16 år. En praksis med å avvente eventuell behandling til myndighetsalder (18 år) kan også reise spørsmål om brudd på menneskerettighetene.

Dersom behandling utsettes for å ivareta barnets rettigheter, er det viktig at barnet senere i livet gis tilbud om helsehjelp dersom dette er ønskelig, ut fra hva som etter en medisinsk vurdering på dette tidspunktet er å anse som nødvendig helsehjelp. Det må videre skilles mellom *kjønnsbestemmende* behandling og *kjønnsbekreftende* behandling, hvor barn og unge med kjønnsidentitetstematikk kan ønske sistnevnte.¹⁹⁶

8.3.5 Faglig forsvarlig helsehjelp

Helsedirektoratet løftet i brevet til departementet problemstillingen om hva som er faglig forsvarlig helsehjelp (behandling med dokumentert nytte) for barn med interkjønn. Vurderingen av hva som er faglig forsvarlig helsehjelp skal være basert på medisinsk forskning som dokumenterer at helsehjelpen gir forventet nytte. Helsedirektoratet viste til at den overordnede målsettingen med medisinsk, kirurgisk og psykologisk behandling, ifølge behandlingsveilederen¹⁹⁷, er å «styrke

¹⁹¹ E-post fra Helse- og omsorgsdepartementet 7. juli 2016. Besvart i brev 12. september 2016.

¹⁹² Helsedirektoratets definisjon i brev 1. juni 2016.

¹⁹³ Kosmetisk forminskning av forstørret klitoris på jenter utsatt for økt nivå av mannlig kjønnshormon i fosterlivet, oppgitt å være vanlig rundt år 2000.

¹⁹⁴ Se imidlertid informasjon på Oslo universitetssykehus' nettsider om behandling av medfødt binyrebarksvikt (CAH), sist oppdatert i 2013. [http://ous.prod.fpl.nhn.no/pasient/diagnoser-og-sykdommer/medf%C3%B8dt-binyrebarksvikt-\(cah\)](http://ous.prod.fpl.nhn.no/pasient/diagnoser-og-sykdommer/medf%C3%B8dt-binyrebarksvikt-(cah)) (6. juni 2017).

¹⁹⁵ Foreslås senket til 7 år i Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat Barn sin rett til medverknad og medrårerett etter pasient- og brukarrettslova, helsepersonell si ivaretaking av barn som pårørende og etterlatne, diverse andre endringar i helsepersonellova m.m. (2016).

¹⁹⁶ Samuelsen, Nina L., Foreldresamtykke som rettslig grunnlag for behandling av barn med atypisk somatisk kjønnsutvikling (2016) s. 38.

¹⁹⁷ Bjerknes, Robert, Myhre m. fl., Generell veileder i pediatri, feil i somatisk kjønnsutvikling, sist revidert 2016. Helsebiblioteket.no <http://www.helsebiblioteket.no/retningslinjer/pediatri/endokrinologi/feil-i-somatisk-kj%C3%B8nn> (5. juni 2017).

kjønnsrollen». Helsedirektoratet viste til at det ikke foreligger forskning som viser at behandlingen gir slik effekt, og at dette kan være problematisk sett opp mot kravet til faglig forsvarlig helsehjelp.

8.3.6 Registrering og endring av juridisk kjønn - barn med interkjønn

I Norge må barnets kjønn (jente eller gutt) registreres i Folkeregisteret kort tid etter fødselen. Foreldre til et barn under 6 år med en interkjønntilstand kan søke om endring av juridisk kjønn.¹⁹⁸ Helsepersonell må dokumentere at barnet har en medfødt usikker somatisk kjønnsutvikling. Se nærmere omtale under eget punkt om endring av juridisk kjønn for barn over.

Tyskland har åpnet for at foreldre kan vente med å registrere barnets kjønn til barnet selv kan ta et valg dersom det ikke er mulig å fastslå kjønn ut fra barnets kjønnskarakteristika.¹⁹⁹ Dette innebærer imidlertid at barnet kan «outes» til utenforstående som interkjønn, som blant annet reiser problemstillinger knyttet til barnets rett til privatliv.

8.3.7 Reproductiv helse for personer med interkjønn

I noen tilfeller kan det være nødvendig å fjerne barnets indre kjønnsorganer på grunn av risiko for sykdom, for eksempel kreftutvikling. Barnet vil da i voksen alder ikke vil ha mulighet til å få egne barn. Dette reiser spørsmål om adgangen til lagring av kjønnsceller for barn. Se for øvrig punktet om reproductiv helse over.

8.3.8 Veiledningssak – interkjønn

Ombudet har mottatt én henvendelse på veiledningsnivå fra en person med interkjønnstematikk. Henvendelsen kom før SKK-loven²⁰⁰ trådte i kraft. Saken belyser hvilke konsekvenser kjønnsbestemmende behandling kan ha når behandlingen utføres på et tidspunkt hvor kjønnsidentiteten ikke klart har kommet til uttrykk. I tillegg viser saken manglende kunnskap og sensitivitet om emnet hos arbeidsgiver og kollegaer. Saken er også omtalt i kapittelet om trakassering i arbeidslivet.

13/1156 Veiledning – interkjønn

Saken gjaldt: Personen som kontaktet ombudet for veiledning ble født med både kvinnelig og mannlig kjønnskarakteristika. Han ble kjønnsbestemt til jente og operert i henhold til dette, i tråd med daværende behandlingspraksis. Dette førte til store utfordringer i oppveksten, ettersom han var gutt. Han gjennomgikk derfor kjønnsbekreftende behandling i tenårene. Han fortalte at han opplevde mobbing og trakassering på jobb etter at han fortalte om dette til noen kollegaer. Blant annet skal en kvinnelig kollega ha kommet med seksuelle tilnærmelser, for deretter å komme med negative uttalelser om kjønnsorganet hans. Da han forsøkte å ta dette opp med ledelsen, skal han ha blitt avvist og fått trusler om gjengjeldelse dersom han gikk videre med saken. Mannen fortalte at han reagerte psykisk negativt på hendelsene, og ble sykemeldt.

Merknad: Personen fikk veiledning ut fra det gjeldende regelverket. Utover dette ble ikke saken fulgt opp, da personen ikke tok ytterligere kontakt.

¹⁹⁸ Lov om endring av juridisk kjønn § 4, tredje ledd.

¹⁹⁹ Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn (2015) s. 96.

²⁰⁰ Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

9 Foreldreskap

9.1 Foreldreskap – seksuell orientering

I ny felles ekteskapslov som trådte i kraft i 2009 ble likekjønnede og ulikekjønnede foreldre likestilt ved at det ble innført bestemmelser som regulerte etableringen av foreldreskap for likekjønnede par som får barn. Etter barnelova § 3 er imidlertid ulike vilkår for etablering av farskap og medmorskap etter ekteskap. For ulikekjønnede (heterofile) ektefeller gjelder den såkalte «pater est»-regelen, hvor barnets far er mannen som er gift med kvinnen som føder barnet, uavhengig av hvordan barnet har blitt til. Farskapet følger dermed av ekteskapet. For likekjønnede (lesbiske) ektefeller er det imidlertid flere vilkår som må oppfylles før medmorskap kan etableres etter bestemmelsen. Det fremgår av barnelova § 3, annet ledd, at barnet må ha blitt til ved assistert befruktning innenfor godkjent helsevesen og kvinnen må ha samtykket til befruktningen. Ved assistert befruktning innenfor godkjent helsevesen i utlandet, må identiteten til sædgiver være kjent (ikke-anonym donor).²⁰¹

Det fremgår av forarbeidene til felles ekteskapslov at departementet ønsket å opprettholde forslaget om at foreldreskap for lesbiske ektefeller skulle fastsettes på samme måte som for heterofile ektepar, og at gjeldende farskapspresumpsjon skulle utvides til en foreldreskapspresumpsjon.²⁰² Under behandlingen av lovforslaget ønsket imidlertid Stortinget at det skulle være vilkår for etablering av medmorskap.²⁰³ Vilkår for etablering av medmorskap etter ekteskap ble dermed vedtatt, og tatt inn i barnelova.

FRI (daværende LLH) mente at alle, både likekjønnede og ulikekjønnede par, burde erkjenne foreldreskapet, altså at pater est-regelen burde oppheves. Om spørsmålet om opphevelse av pater est-regelen, viste departementet til at regelen ble diskutert av Barnelovutvalget i 1977, og at det var omfattende motstand mot å endre regelen. Departementet ønsket ikke å endre rettstilstanden, og uttalte at et eventuelt forslag om endring på området ville kreve en grundigere utredning først.²⁰⁴

I dag må lesbiske par som får barn søke folkeregistermyndigheten for å fastsette medmorskap.²⁰⁵ Ombudet skal i en klagesak vurdere om denne søknadsprosedyren er forskjellsbehandling i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Se omtale av nemndas sak 32/2016-1 nedenfor.

Se også eget punkt om foreldreskap og lov om juridisk kjønn nedenfor.

9.2 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

16/749 Søknad om medmorskap - avvisning

Ombudet mottok en klage som reiste spørsmål om hvorvidt likekjønnede ektefeller ble diskriminert på grunn av seksuell orientering ved krav om søknad for fastsettelse av medmorskap, i motsetning til

²⁰¹ Se nærmere omtale i Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) punkt 9.6, og forskrift om fastsetjing av medmorskap.

²⁰² Ot. prp. nr. 33 (2007-2008) s. 72.

²⁰³ Besl. O. nr. 91 (2007-2008).

²⁰⁴ Ot. prp. nr. 33 (2007-2008) s. 74.

²⁰⁵ Forskrift om fastsetjing av medmorskap.

ulikekjønnede ektefeller hvor farskapet blir automatisk registrert. Ombudet avviste saken, og tok ikke stilling til spørsmålet om diskriminering. Ombudets vedtak ble påklaget, og saken ble sendt til nemnda for behandling (32/2016-1). Nemnda kom med sitt vedtak 15. mai 2017.

Nemndas sak 32/2016-1 – ombudets vedtak om avvisning oppheves

Saken gjaldt: Ombudets avvisning av klage på søknadsprosedyren for fastsettelse av medmorskap etter forskrift om fastsettelse av medmorskap. Klageren mente at forskriftens bestemmelser var i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering. Ombudet kom imidlertid i sin vurdering til at saken måtte avvises, fordi det etter barnelova var ulike vilkår for fastsettelse av foreldreskap for henholdsvis likekjønnede og ulikekjønnede par, og at en overprøving av forskriften ville innebære en overprøving av loven, noe som lå utenfor ombudets saklige kompetanse. For nemnda hevdet ombudet at saken måtte henlegges dersom nemnda kom til at avvisningen ikke kunne opprettholdes.

Nemndas vurdering: Nemnda vurderte om ombudets avvisning skulle opprettholdes, om saken skulle henlegges eller om saken skulle sendes tilbake til ombudet for realitetsbehandling.

Avvisning

Nemnda var uenig i ombudets vurdering. Nemnda uttalte at så lenge forskriften ikke gjentar lovens vilkår, vil ombudet og nemnda i utgangspunktet ha myndighet til å vurdere om en forskrift er i strid med likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Nemnda viste til at det ikke fremgikk av barnelova hvordan lovens vilkår skulle oppfylles, og at det ikke var gitt at den eneste måten lovens vilkår kan oppfylles er å søke Folkeregisteret om medmorskap. Nemnda konkluderte med at ombudets vedtak om avvisning ikke ble opprettholdt.

Henleggelse

Ombudet mente at prosedyren med å søke om medmorskap ikke var å anse som så inngripende at den stilte klageren, og andre i lignende situasjon, i en såpass dårligere stilling av den ville rammes av forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Nemnda var uenig. Nemnda uttalte at ikke enhver ulempe vil være omfattet av diskrimineringsvernet, og at helt marginale og i praksis ubetydelige ulemper ikke vil oppfylle lovens vilkår om at en person må stilles dårligere. Nemnda uttalte videre følgende:

Etter nemndas vurdering er ikke kravet om å søke om medmorskap av så marginal betydning at likekjønnede par som er gift, etter omstendighetene ikke kan sies å bli behandlet dårligere enn ulikekjønnede par som er gift. Saken kan derfor slik nemnda ser det, ikke henlegges med en slik begrunnelse. Nemnda har i sin vurdering ikke bare lagt vekt på den praktiske ulempen likekjønnede par har ved å måtte søke om medmorskap. Nemnda har også lagt vekt på at formålet med diskrimineringsloven om seksuell orientering er å fremme likeverd uavhengig av seksuell orientering, se lovens § 1. Etter nemndas vurdering kan det ikke utelukkes at et krav om søknad om medmorskap etter omstendighetene *kan* være i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering.

Nemndas konklusjon: Likestillings- og diskrimineringsombudets vedtak om avvisning opprettholdes ikke.

Saken er på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen under behandling av ombudet.

17/429 Ombudets pådriversak – NAVs foreldrepengekjemaer - medmor må registrere seg som «far»

Ombudet har siden felles ekteskapslov trådte i kraft i 2009 mottatt flere henvendelser fra likekjønnede par om at medmor må registrere seg som far og søke om fedrekvote ved søknad om foreldrepermisjon og foreldrepenger.²⁰⁶ Ombudet ba derfor våren 2017 NAV ved Arbeids- og velferdsdirektoratet om å redegjøre for årsaken til dette, under henvisning til offentlige myndigheters plikt til å arbeide aktivt for likestilling uavhengig av seksuell orientering, se diskrimineringsloven om seksuell orientering § 12.

I svaret viste direktoratet til at det er «barnets mor og far» som ifølge folketrygdloven har rett til foreldrepenger, og at lovteksten var styrende for utformingen av søknadsskjemaene. Direktoratet viste videre til at NAVs søknadsskjemaer var utformet med tanke på flertallet av NAVs brukere, men uttalte at det var viktig å ha mer fleksible løsninger for fremtiden. Direktoratet viste til et pågående moderniseringsarbeid i NAV på foreldrepengeområdet, hvor blant annet muligheten for utvikling av søknadsløsningene ble vurdert.

Ombudet møtte i mai 2017 direktoratet og Barne- og likestillingsdepartementet for å diskutere mulighetene for endringer slik at likekjønnede par ble ivaretatt. Det ble blant annet avklart at folketrygdloven ikke var til hinder for at NAVs søknadsskjemaer kunne endres. Direktoratet sendte i etterkant av møtet en skriftlig redegjørelse for planen om endring av søknaden for foreldrepenger slik at denne kunne tilpasses medmødre. Direktoratet uttalte at NAV i løpet av 2019 skal levere en ny modernisert IT-løsning på foreldrepengeområdet, og at det å tilpasse den elektroniske søknadsdialogen slik at den treffer bredt for brukergruppen (foreldre) er en del arbeidet. Ny løsning skal være tilpasset foreldre av samme kjønn. Direktoratet uttalte at en papirversjon av søknaden ville tilpasses medmor innen sommeren 2017, og at arbeidet med å tilpasse den elektroniske søknadsdialogen til medmor var påbegynt. Siden det er mer krevende å få en fullverdig tilpasset løsning, vil det ta noe mer tid å få endringer på plass. Direktoratet uttalte at arbeidet prioriteres, og at en løsning hvor medmor ivaretas ville leveres i løpet av høsten 2017.²⁰⁷

9.3 Foreldreskap og lov om endring av juridisk kjønn

Departementet viste i høringsnotatet til forslag til lov om endring av juridisk kjønn til at som følge av fjerning av krav om sterilisering som vilkår for endring av juridisk kjønn, ville det kunne oppstå tilfeller hvor et barn får likekjønnede foreldre selv uten bruk av assistert befruktning eller adopsjon. Departementet mente at det av hensyn til barnet var viktig å sikre tydelige regler om etablering av

²⁰⁶ Sist i november 2016 (sak 16/2282).

²⁰⁷ Brev fra NAV ved Arbeids- og velferdsdirektoratet av 6. juni 2017 (sak 17/429).

foreldreskap. Departementet foreslo derfor at fødselskjønnet skulle legges til grunn dersom det var nødvendig for å etablere foreldreskap og foreldreansvar etter barnelova.²⁰⁸

Ombudet uttalte i sitt hørings svar²⁰⁹ til forslag til lov om endring av juridisk kjønn at registrering av foreldreskap i henhold til forelderens fødselskjønn reiste spørsmål om diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet etterlyste en vurdering av hvorfor departementet anså det som nødvendig å registrere foreldreskap i henhold til fødselskjønn. Ombudet viste til at spørsmålet hadde blitt rettslig vurdert i Sverige ved to dommer i forvaltningsdomstolen. En av sakene²¹⁰ gjaldt en person som hadde endret juridisk kjønn til mann, men som ble stående registrert som biologisk mor til barnet sitt. Forvaltningsdomstolen kom til at registreringen ikke var i tråd med hans rett til respekt for privatlivet i EMK art. 8, samt forbudet mot diskriminering i EMK art. 14. Ombudet oppfordret departementet, med henvisning til de svenske avgjørelsene, om å vurdere å endre forslaget slik at man kunne registrere foreldreskap i henhold til det juridiske kjønn. Departementet endret imidlertid ikke forslaget i tråd med dette, men pekte på at det i Folkeregisteret registreres om en person har barn, uten begrepene «mor» eller «far». Departementet skulle også undersøke mulighetene for å gjøre justeringer slik at man unngår uheldig begrepsbruk i andre registre og offentlige dokumenter.²¹¹

Hovedregelen etter lov om endring av juridisk kjønn § 6 er at det juridiske kjønn skal legges til grunn ved anvendelsen av andre lover og forskrifter.²¹² Fødselskjønnet skal likevel legges til grunn der det er nødvendig for å kunne etablere foreldreskap og foreldreansvar etter barneloven, selv om personen som føder barnet har endret juridisk kjønn. Dette innebærer at en person som har endret juridisk kjønn fra mann til kvinne, og som får barn, rettslig sett vil regnes som «far» til barnet. En person som har endret juridisk kjønn til mann, og som føder barn, vil regnes som «mor» til barnet, og ha krav på ytelser i forbindelse med svangerskap og fødsel.²¹³ Departementet uttalte at formålet med unntaket er å unngå tvil om hvordan foreldreskap skal fastsettes og sikre at det er mulig å fastsette foreldreskap. Dersom en person endrer juridisk kjønn til kvinne, og får barn sammen med en kvinnelig partner, kan foreldreskapet fastsettes etter barnelovens regler om medmorskap, se omtale om foreldreskap – seksuell orientering. Det vil da ikke være nødvendig å etablere foreldreskap etter fødselskjønnet.²¹⁴

10 Ekteskap

²⁰⁸ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet om forslag til lov om endring av juridisk kjønn, 25. juni 2015 (ref. 15/2180), punkt 10.2.4.

²⁰⁹ Høringsuttalelse 23. oktober 2015, saksreferanse 15/1356-2.

²¹⁰ Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr. 11453-13 av 30. oktober 2014.

²¹¹ Prop. 74 L (2015-2016) s. 32.

²¹² Lov om endring av juridisk kjønn § 6 med merknader. Omtalt i forarbeidene (Prop.74 L (2015-2016) punkt 8.5.3 (s. 31 flg.)

²¹³ Dersom en person endrer juridisk kjønn til kvinne og får barn sammen med en kvinnelig ektefelle eller samboer ved hjelp av assistert befruktning, kan foreldreskapet fastsettes etter barnelovens regler om medmorskap. I slike tilfeller vil det ikke være nødvendig å etablere foreldreskap ut fra fødselskjønnet, se merknadene til § 6.

²¹⁴ Prop. 74 L (2015-2016) s. 37 (merknader til § 6).

I Norge fikk likekjønnede rett til å inngå partnerskap i 1993.²¹⁵ I 2009 ble partnerskapsloven opphevet, og Norge fikk en felles ekteskapslov for heterofile og homofile og lesbiske par.²¹⁶ I 2016 vedtok kirkemøtet i Den norske kirke en ny kjønnsnøytral liturgi i forbindelse med ekteskapsinngåelse i kirken. I 2017 trådte liturgien i kraft, som gjør det mulig for homofile og lesbiske å inngå ekteskap i kirken på lik linje med heterofile par.

Ombudet har ikke mottatt klagesaker som gjelder dette området. Det er likevel av interesse å omtale noen relevante saker fra EMD som gjelder anerkjennelsen av statusen til likekjønnede par, for å se rettsutviklingen til EMD på dette punktet. EMD har generelt tillagt statene en vid skjønnsmargin på familie- og ekteskapsrettens område, og har blant annet vektlagt den ulike rettsutviklingen i Europa som begrunnelse for at retten til å inngå ekteskap ikke er en ubetinget rett for likekjønnede par.²¹⁷ Sammenlignet med EMD, har Norge i større grad bidratt en rettsutvikling på dette området. EMDs praksis på sin side, utgjør en balansegang mellom å sikre likekjønnede par sin rettsstilling på samme måte som heterofile ektefeller, og å opprettholde statenes adgang til å bevare ekteskapet som en institusjon mellom heterofile par.²¹⁸

Europarådet anbefaling, CM/Rec (2010)5, sier følgende om anerkjennelsen av likekjønnede og ulikekjønnede par²¹⁹:

Where national legislation recognises registered same-sex partnerships, member states should seek to ensure that their legal status and their rights and obligations are equivalent to those of heterosexual couples in a comparable situation.

Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member states are invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live.

10.1 Praksis fra EMD – seksuell orientering

Vallianatos and Others v. Greece – 29381/09, 32684/09 (7. November 2013)

Saken gjaldt en gresk lov om borgerlige ekteskap (civil unions). Loven gjorde det mulig å registrere et forhold i et mer fleksibelt juridisk rammeverk, enn ved inngåelse av ekteskap. Loven tillot ulikekjønnede par å inngå det borgerlige ekteskapet, men ikke likekjønnede par. Klagerne anførte at artikkel 14 (forbud mot diskriminering) sammenholdt med artikkel 8 (retten til privatliv og familieliv) var krenket ved at de som likekjønnede par ikke kunne inngå borgerlig ekteskap etter den nasjonale loven.

²¹⁵ Partnerskapsloven, LOV-1993-04-30-40 (Opphevet).

²¹⁶ Ekteskapsloven § 1.

²¹⁷ Dette fulgte blant annet av Schalk and Koph v. Austria (2010) og Chapin and Charpentier v. France (2016).

²¹⁸ Anne Hellum 2016: Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett s. 201. I Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red) *Cand. Mag., cand.med., cand.jur., cand.alt Festskrift til Aslak Syse 70 år*.

²¹⁹ CM/Rec (2010)5, avsnitt 25 og 25.

Domstolen viste til at ulikekjønnede og likekjønnede par var i en sammenlignbar situasjon. I vurderingen av om forskjellsbehandlingen var rimelig og proporsjonal, kom den at den greske staten ikke hadde kommet med en viktig og rimelig begrunnelse som gjorde utelukkelsen av likekjønnede par fra loven proporsjonal. Domstolen la også vekt på trenden blant Europarådets medlemsland når det gjaldt rettslig anerkjennelse av likekjønnede par. Litauen og Hellas var de eneste av medlemslandene (som hadde andre rettslige alternativer til kirkelige vigslar) som forbeholdt borgerlig ekteskap for ulikekjønnede par. Domstolen konkluderte derfor med at artikkel 14, sammenholdt med artikkel 8, var krenket.

Oliari and others v. Italy – 18766/11 og 36030/11 (21. juli 2015)

Saken gjaldt tre italienske likekjønnede par som anførte brudd på EMK fordi italiensk lovgivning ikke tillot dem å gifte seg, eller inngå annen form for partnerskap.

Domstolen vurderte først om saken innebar en krenkelse av artikkel 8 alene. Spørsmålet var om klagerens manglende mulighet til å inngå borgerlig ekteskap (civil union) eller partnerskap, innebar at staten ikke hadde oppfylt sin positive forpliktelse til å sikre klagerne respekt for deres familie- og privatliv. Dette gjaldt særlig at staten ikke hadde et rettslig forpliktende ordning som innebar muligheten til at forholdet skulle anerkjennes og beskyttes etter nasjonal lovgivning. Domstolen la vekt på at klagerne ikke hadde noen nasjonale virkemidler for å få rettslig anerkjennelse for sine forhold. Det var videre en konflikt mellom det faktum at klagerne i realiteten kunne leve åpent i sine forhold i Italia, og lovgivningen som ikke ga dem rettslig anerkjennelse. At staten ble pålagt at lovgivningen skulle reflektere denne virkeligheten, innebar ikke noen byrde på staten i dette tilfellet. En anerkjennelse ville også legitimere forholdene til likekjønnede par. Når det gjaldt statens skjønnsmargin, viste domstolen til at den tidligere hadde funnet at statene hadde en viss skjønnsmargin når det gjaldt valg av akkurat hvilken form for anerkjennelse eller hvilken form forholdet blir formalisert. Denne saken gjaldt kun spørsmålet om rettslig anerkjennelse og den grunnleggende beskyttelsen av klagerne som likekjønnede par. Skjønnsmarginen var derfor snevrere. Domstolen så også hen til den raske utviklingen i Europa når det gjaldt rettslig anerkjennelse av likekjønnede par, samt den reelle anerkjennelsen homofile par hadde i Italia generelt. Domstolen kom derfor til at staten hadde handlet utenfor skjønnsmarginen sin når det gjaldt den positive forpliktelsen til å sikre anerkjennelse og beskyttelse av likekjønnede par. Domstolen konkluderte med krenkelse av artikkel 8. Under henvisning til den hadde kommet til krenkelse av artikkel 8, konkluderte domstolen med at den ikke fant det nødvendig å vurdere artikkel 14.

Når det gjaldt spørsmålet om krenkelse av artikkel 12, og artikkel 14 sammenholdt med artikkel 12, avviste domstolen klagen. Den viste til, og fastholdt praksisen med at artikkel 12 ikke kan tolkes som at den pålegger statene en forpliktelse til å tilby likekjønnede par samme tilgang til å inngå ekteskap.

10.2 Praksis fra EMD - kjønnsidentitet

Hämäläinen v. Finland - 37359/09 (16. juli 2014)

Saken gjaldt en transseksuell kvinne som var gift med en kvinne før hun påbegynte kjønnsbekreftende behandling fra mann til kvinne. I Finland var likekjønnet ekteskap ikke tillatt, og staten satte som vilkår at ekteskapet måtte avsluttes ved skilsmisse eller at ekteskapet i stedet måtte

konverteres til et partnerskap for at Hämäläinen skulle oppnå fulle rettigheter som transperson (nytt kvinnelig personnummer) i etterkant av den kjønnsbekreftende behandlingen.

Domstolen vurderte om artikkel 8 (retten til privatliv og familieliv), artikkel 12 (retten til å inngå ekteskap), og artikkel 14 (forbud mot diskriminering) sammenholdt med artikkel 8 og 12 var krenket.

Domstolen vurderte om retten til privatliv og familieliv etter artikkel 8 innebar en positiv forpliktelse for staten å tilby en prosedyre som tillot klageren å få kjønnsidentiteten rettslig anerkjent samtidig som hun kunne forbli gift. Domstolen viste til at artikkel 8 ikke kunne tolkes slik at den innebærer en plikt for statene til å innføre en rettighet for likekjønnede til å gifte seg. Her kom domstolen til at medlemsstatene hadde vid skjønnsmargin, blant annet på grunn av manglende ensartet europeisk praksis. Domstolen la vekt på at Finlands lovgivning innebar at klagerens ekteskap kunne omgjøres til et partnerskap, og at ekteskapet ikke dermed automatisk ble avsluttet ved endring av juridisk kjønn. I forholdsmessighetsvurderingen la domstolen vekt på at klageren ville ha den samme juridiske beskyttelsen dersom ekteskapet ble konvertert til et partnerskap. De ville heller ikke miste noen rettigheter, som innebar at det ikke ville innebære noen endringer i familielivet. EMD kom derfor til at artikkel 8 ikke var krenket.

Domstolen kom til at det ikke var nødvendig å behandle klagen etter artikkel 12.

Domstolen vurderte også om artikkel 14, sammenholdt med artikkel 8 og 12 var brutt. Klageren hadde sammenlignet sin situasjon med andre personer, deriblant personer med samsvar mellom fødselskjønn og kjønnsidentitet (cispersoner). Disse personene måtte ikke bryte opp ekteskapet fordi de fikk automatisk juridisk anerkjennelse av kjønnsidentiteten sin ved fødsel. Domstolen kom til at de ikke var tilstrekkelige sammenlignbare situasjoner, og at artikkel 14 dermed ikke var krenket.

Dommen ble avsagt under dissens 14-3.

Merknad: Av Yogyakarta-prinsippene nummer 3 følger det, i motsetning til avgjørelsen over fra EMD, blant annet: *No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent legal recognition of a person's gender identity.*

11 Utlendingsrett

11.1 Flyktninger

Utover den utlendingsrettslige vurderingen av om LHBTI-flyktninger skal få opphold i Norge, er det også kjent at denne gruppen utlendinger er særlig sårbare, og er utsatt for trakassering og vold på mottak. Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, har flere tiltak på dette området.²²⁰ Blant annet skal det skje en kompetanseheving på asylmottakene, det skal utredes hva som skal til for at LHBTI-personer opplever seg trygge på mottak, og det skal gjennomføres tiltak knyttet til dette for LHBTI-personer i

²²⁰ Tiltak 32-38.

mottak. Ved bosetting skal IMDi også ta hensyn til de spesielle utfordringene LHBTI-flyktninger kan stå overfor.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har behandlet flere saker som gjelder forholdet mellom konvensjonen (EMK) artikkel 3 (forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling) og risikoen for forfølgelse på grunn av seksuell orientering. Flertallet av sakene har enten blitt avvist som åpenbart grunnløse, strøket av saklisten (det vil si at domstolen ikke tar stilling til de materielle sidene av saken), eller så har domstolen kommet til at konvensjonen ikke er krenket.²²¹

11.1.1 Avsluttende merknader fra Kvinnediskrimineringskomiteen

Kvinnediskrimineringskomiteen understreket i 2012 sårbarheten til asylsøkere som er lesbiske og transpersoner i Norge:

*The Committee notes difficulties some lesbian and trans-gendered asylum seekers have faced due to narrow construction of gender-related persecution as a relevant factor when considering asylum, as acknowledged by the State party.*²²²

Komiteen anmodet myndighetene om å treffe konkrete tiltak for å løse vanskelighetene som lesbiske og transpersoner opplever.²²³ Sett i sammenheng med de foreslåtte tiltakene i Regjeringens LHBTI-handlingsplan for 2017-2020, er disse utfordringene like reelle som da komiteen kom med sine merknader i 2012.

11.1.2 Europarådets anbefaling

Europarådet har følgende anbefaling i CM/Rec(2010)5 (avsnitt 42-44) om tiltak statene bør forplikte seg til når det kommer til LHBTI-asylsøkere og særlig risiko for vold og trakassering:

Asylum seekers should be protected from any discriminatory policies or practices on grounds of sexual orientation or gender identity; in particular, appropriate measures should be taken to prevent risks of physical violence, including sexual abuse, verbal aggression or other forms of harassment against asylum seekers deprived of their liberty, and to ensure their access to information relevant to their particular situation.

Ombudet har ikke behandlet noen saker som gjelder asyl og forholdet til SKK-loven. I 2012 avsa Høyesterett en dom av prinsipiell betydning for homofile, lesbiske og bifile asylsøkere. Dommen er ikke direkte relevant for diskrimineringsvernet, men omtales likevel under da den har betydning for gruppens rettsstilling.

11.1.3 Dom fra Høyesterett

Rt. 2012 s. 494

Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak truffet av Utlendingsnemnda. Den reiste spørsmål om en irakisk statsborger hadde rett til asyl under henvisning til at han som homofil hadde en velbegrunnet frykt for forfølgelse i Irak. Etter en tolkning av Flyktningkonvensjonen artikkel 1 a og praksis i en

²²¹ Se blant annet: M.K.N v. Sweden – 72413/10, M.E v. Sweden – 71398/12, A.N v. France – 12956/15.

²²² CEDAW/C/NOR/CO/8 avsn. 35.

²²³ CEDAW/C/NOR/CO/8 avsn. 36 d.

rekke europeiske land, kom Høyesterett, i motsetning til lagmannsretten, til at det ikke skulle legges til grunn at asylsøkeren ville holde sin seksuelle orientering skjult i hjemlandet. Homofile som vil være åpen om sin seksuelle orientering hvor de er utsatt for forfølgelse, har krav på beskyttelse. Også i de tilfellene der en person velger å hemmeligholde sin seksuelle orientering av frykt for forfølgelse, har man krav på beskyttelse. Det samme gjelder hvis begrunnelsen for hemmeligholdet er sammensatt, såfremt frykten for forfølgelse er sentral for valget. Lagmannsretten hadde ikke vurdert årsaken til at det ble forutsatt at han ville skjule sin seksuelle orientering. Høyesterett hadde derfor ikke grunnlag for å avgjøre spørsmålet om UNEs vedtak var ugyldig. Høyesterett opphevet dermed lagmannsrettens dom med ankeforhandling.

11.2 Familiegjennforening og -etablering

11.2.1 Praksis fra EMD

Pajic v. Croatia – 68453/13 (23. februar 2016)

Saken gjaldt en statsborger fra Bosnia-Hercegovina som levde i et likekjønnet forhold med en kvinne som bodde i Kroatia. Klageren anførte at hun hadde blitt diskriminert på grunn av seksuell orientering da hun søkte om oppholdstillatelse i Kroatia.

Domstolen konkluderte med krenkelse av artikkel 14 (forbud mot diskriminering) sammenholdt med artikkel 8 (rett til respekt for privat- og familieliv). Den nasjonale lovgivningen forskjellsbehandlet ulikekjønnede par og likekjønnede par. Den nasjonale lovgivningen innebar at likekjønnede par ikke kunne søke oppholdstillatelse og familiegjennforening. Domstolen viste til at konvensjonen i seg selv ikke ga en rett til familiegjennforening. Artikkel 14, sammenholdt med artikkel, 8 innebar likevel at statene ikke kunne utøve innvandringspolitikken sin på en diskriminerende måte. Domstolen fant at staten ikke hadde sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen var nødvendig for å oppnå et legitimt formål, eller at den var begrunnet på noen annen måte.

Taddeucci and McCall v. Italy – 51362/09 (30. juni 2016)

Saken gjaldt et ugift homofilt par fra henholdsvis Italia og New Zealand. De ønsket å etablere seg sammen i Italia. Klageren fra New Zealand søkte om oppholdstillatelse som familiemedlem av sin italienske samboer. Søknaden ble avslått av italienske myndigheter fordi nasjonal lovgivning ikke anerkjente ugifte samboere som et familiemedlem ved søknad om oppholdstillatelse. Domstolen konkluderte med krenkelse av artikkel 14 sammenholdt med artikkel 8. Domstolen viste til at saksforholdet falt innenfor anvendelsesområdet til artikkel 8 ved at klagerens samliv var omfattet av retten til familieliv på lik linje med heterofile forhold. Under vurderingen av om partene ble forskjellsbehandlet, viste først domstolen til at de ble behandlet likt som ugifte heterofile samboere. Etter den nasjonale lovgivningen i Italia kvalifiserte ikke denne gruppen, hverken som ektefeller eller familiemedlem, som var kravet for oppholdstillatelse på dette grunnlaget. Imidlertid var ikke likekjønnede og ulikekjønnede samboere i samme situasjon. Etter nasjonal lovgivning kunne likekjønnede par hverken inngå ekteskap, borgerlig ekteskap (civil union) eller registrert partnerskap som ga dem juridisk anerkjennelse av forholdet. Domstolen konstaterte derfor at klagerne var utsatt

for indirekte forskjellsbehandling ved at ulike tilfeller ble behandlet likt i nasjonal lovgivning. Domstolen kom deretter til at det ikke var en objektiv og tilfredsstillende begrunnelse for forskjellsbehandlingen etter artikkel 14. Hensynet til å ivareta «den tradisjonelle familie» var i seg selv et legitimt formål, men var ikke tilstrekkelig som begrunnelse når det gjaldt forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering.

Dommen ble avsagt med dissens 6-1.

Merknad: De omtalte sakene fra EMD skiller seg fra klagesakene ombudet og nemnda har behandlet etter diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven), ved at det nasjonale regelverket i EMD-sakene forhindret likekjønnede par fra å søke om oppholdstillatelse i det hele tatt.

11.2.2 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

14/425 Familiegjennforeningsregelverket – seksuell orientering – ikke lovbrudd

Ombudet skulle ta stilling til om regelverket for familiegjennforening i utlendingsloven og utlendingsforskriften var utformet på en diskriminerende måte ved at likekjønnede par stilles dårligere enn ulikekjønnede par. Flyktninger fra mange land kan ikke innfri vilkåret om å dokumentere juridisk, gyldig ekteskap, fordi det er forbudt med likekjønnet ekteskap.

Hvorvidt et konkret par ble diskriminert på grunn av seksuell orientering, vurderte ombudet i en egen uttalelse, sak 14/435, og deretter av nemnda i sak 51/2015 (se omtale under).

Ombudets vurdering: Regelverket ombudet skulle vurdere var nøytralt i den forstand at vilkårene for familiegjennforening er de samme for ulikekjønnede og likekjønnede par. Ombudet tok dermed stilling til om vilkårene for familiegjennforening innebar indirekte diskriminering på grunn av seksuell orientering. Likekjønnede par har samme mulighet som ulikekjønnede par til å søke familiegjennforening hvis de har vært samboere i to år eller mer. Dersom likekjønnede par lever i ekteskapsliknende forhold som har vart kortere enn to år, stilles de likevel dårligere enn ulikekjønnede par som uten hindring av sin seksuelle orientering kan inngå ekteskap og søke familiegjennforening uavhengig av hvor lenge samlivet har vart.

Fordi det er ulovlig å inngå ekteskap for likekjønnede par i flertallet av landene asylsøkere og flyktninger kommer fra, er konsekvensen at de ikke har mulighet til å inngå et formelt ekteskap i hjemlandet. De er dermed avskåret fra å søke familiegjennforening etter utlendingsloven § 40. I utgangspunktet forskjellsbehandlet dermed regelverket likekjønnede par. Ombudet kom til at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling i § 6 likevel var oppfylt. Ombudet la blant annet vekt på at regelverket gir likekjønnede par andre muligheter til å gjenoppta eller etablere familieliv, og at det er etablert tilstrekkelige fleksible bestemmelser som sikrer at regelverket praktiseres på en ikke-diskriminerende måte.

Konklusjon: Regelverket i utlendingsloven og utlendingsforskriften som gjelder familieinnvandring er ikke i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

Behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda, sak 50/2015

Ved behandlingen i nemnda ble saken splittet opp i to vurderinger, henholdsvis sak 50/2015-1 og 50/2015-2.

Nemndas sak 50/2015-1 - ikke lovbrudd

Nemnda tok stilling til om den hadde kompetanse til å behandle spørsmålet om utlendingsloven var i strid med SKK-loven. Nemnda viste til at den skal avvise en sak etter diskrimineringsombudsloven § 6 dersom vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt. Nemnda viste blant annet til at den i sak 73/2014 og 21/2015 hadde kommet til at den ikke har kompetanse til å behandle saker hvor det reises spørsmål om en annen lov er i strid med likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Nemnda fastholdt vurderingen og konklusjonen i disse sakene ved behandlingen av denne saken. Den viste til at en kompetanse til å overprøve eller kritisere Stortingets lovgivende virksomhet måtte ha fremkommet klart av diskrimineringsombudsloven og/eller dens forarbeider da en slik ordning i utgangspunktet strider mot vårt konstitusjonelle system. Det var derfor en oppgave for domstolene å overprøve Stortingets lovgivende virksomhet. Nemnda kom derimot til at den hadde kompetanse til å vurdere om utlendingsforskriften var i strid med SKK-loven. Dette spørsmålet behandlet nemnda i en egen sak, 50/2015-2 (se omtale under).

Nemndas konklusjon: Den delen av saken som omhandler bestemmelsene i utlendingsloven, avvises. Saken for øvrig behandles av nemnda.

Merknad: Nemndas praksis på dette punktet har blitt fulgt opp av ombudet i senere saker. Praksisen har blitt kritisert for å innebære en innsnevring og svekkelse av diskrimineringsvernet.²²⁴

Nemndas sak 50/2015-2 ikke lovbrudd

Nemnda tok stilling til om bestemmelsene i utlendingsforskriften som gjelder familieegjenforening var i strid med SKK-lovens diskrimineringsforbud. Innklaget part var Justisdepartementet, som ansvarlig for forskriften. Klageren hadde anført at utlendingsforskriften § 10-8 fjerde ledd bokstav a er diskriminerende fordi den ikke omfatter tilfeller der likekjønnede par ikke lovlig har kunnet gifte seg og ikke vært samboere i to år. Bestemmelsen gir unntak for kravet til fremtidig inntekt ved søknad om familieinnvandring når søkeren er ektefelle eller samboer, jf. utlendingsloven §§ 40, 41 eller 42 første eller annet ledd. Nemnda bemerket at forskriftsbestemmelsen i utgangspunktet var nøytral, men at det antagelig ikke er noen likekjønnede par på flukt som er i stand til å oppfylle kravet om at ekteskap eller registrert partnerskap må ha blitt inngått før referansepersonen har reist inn i Norge. Vurderingstemaet var derfor om utlendingsforskriften likevel åpner opp for at likekjønnede par, som ikke har kunnet inngå formelt ekteskap og ikke har vært samboere i to år, etter omstendighetene kan få unntak fra underholdskravet. Utlendingsforskriften § 10-8 fjerde ledd måtte ses i sammenheng med forskriften § 10-11, som gir fritak fra underholdskravet dersom «*særlig sterke menneskelige hensyn tilsier det*». Forskriften åpner opp for at også likekjønnede par kan få unntak, selv om de ikke oppfyller utlendingsloven § 40 eller § 41. Utlendingsnemnda hadde ikke tidligere behandlet søknader der det hadde vært aktuelt å vurdere om likekjønnede par skal få unntak fra underholdskravet etter §10-11.

²²⁴ Se blant annet Vibeke Blaker Strand 2016: Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten s. 163. I Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.) *Rettigheter i velferdsstaten – Begreper, trender, teorier*.

Nemnda forutsatte at det også i praksis ville være mulig for likekjønnede par å få unntak fra underholdskravet. Dersom det viser seg at det ikke er mulig for likekjønnede par å få unntak fra underholdskravet, ville praktiseringen av forskriften kunne være i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Nemnda presiserte at den ikke tok stilling til om de konkrete personene i saken skulle få fritak fra underholdskravet etter utlendingsforskriften § 10-11. Nemnda forutsatte likevel at det måtte være et relevant moment i vurderingen at et likekjønnet par faktisk har bodd sammen en viss tid, selv om samboerskapet ikke hadde vart i to år. Hvordan unntaksbestemmelsene praktiseres, var i utgangspunktet ikke innenfor Justisdepartementets ansvarsområde, men nemnda viste til at Justisdepartementet hadde anledning til å utarbeide retningslinjer som omfatter problemstillingen.

Konklusjon: Utlendingsforskriftens bestemmelser knyttet til utlendingsloven § 58, som gjelder krav til underhold ved familieinnvandring, er ikke utformet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

14/435 Avslag på familiegjenforening – ikke lovbrudd

Ombudets vurdering: Ombudet vurderte om et homofilt par som søkte familiegjenforening ble utsatt for diskriminering på grunn av seksuell orientering i UNEs vedtak og beslutninger da de ikke fikk medhold i sin klage over avslag på søknad om familiegjenforening. Ombudet konkluderte med at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for å si at paret var stilt dårligere enn andre i vurderingen etter utlendingsloven § 49. Det ble blant annet lagt vekt på at ombudet ikke kunne overprøve riktigheten av de utlendingsrettslige vurderingene til UNE. Ombudet oppfordret samtidig UNE til å utdype begrunnelsen og den konkrete interesseavveiningen i fremtidige saker, da det er viktig for å kunne bedømme om saken er vurdert på en ikke-diskriminerende måte.

Konklusjon: Utlendingsnemnda handlet ikke i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 da klagerens klage over avslag på søknad om familiegjenforening ikke ble tatt til følge i vedtak av 27. januar 2014 og senere beslutninger.

Nemndas sak 51/2015 – ikke lovbrudd

Nemnda kunne ikke overprøve de utlendingsrettslige vurderingene til UNE når det gjaldt hvilke bestemmelser klageren oppfylte eller ikke. Nemnda bemerket i likhet med ombudet at UNEs begrunnelse i vedtaket med fordel kunne vært mer konkret når det gjaldt en vurdering av om et avslag på søknad om familieinnvandring etter utlendingsloven §§ 40 og 49 var diskriminerende. Etter nemndas syn var det likevel ikke tilstrekkelige holdepunkter for å fastslå at paret var stilt dårligere enn andre i vurderingen etter § 40 eller § 49.

Nemnda forutsatte likevel at det i praksis vil være mulig for likekjønnede par, på lik linje med ulikekjønnede, å få unntak for underholdskravet. Dersom det ikke er mulig, vil praktiseringen av utlendingsforskriften § 10-11 og utlendingsloven § 40 a tredje ledd etter omstendighetene kunne være i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering. Nemnda forutsatte at det i den konkrete vurderingen som gjøres, må det anses som et relevant moment at et likekjønnet par faktisk har bodd sammen en viss tid, selv om samboerskapet ikke har vart i to år. Nemnda mente også at UDI og UNE ved å veilede likekjønnede par om at de må søke om forlovelsesvisum i henhold

til utlendingsloven § 48 eller gifte seg i et tredje land for å få familieinnvandring på grunnlag av ekteskap, ville ytterligere forsinkelse i saksbehandlingen kunne unngås.

Nemndas konklusjon: Utlendingsnemnda handlet ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering overfor klageren, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

Merknad: Selv om nemnda konkluderer med at klageren ikke ble stilt dårligere etter SKK-loven, er det likevel verdt å merke seg at nemnda har mange merknader til hvordan fremtidige vurderingen må gjøres av utlendingsmyndighetene for at de skal unngå at vurderingene er i strid med diskrimineringsforbudet i SKK-loven.

17/1109 Avslag på søknad om familiegjeningforening - under behandling

Ombudet mottok i mai 2017 en klage som gjelder avslag på familiegjeningforening for et likekjønnet par. Saken er på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen ikke ferdigbehandlet.

12 Tilgang til garderober og toaletter

Bruken av garderober og toaletter er i stor grad sedvaneregulert i den forstand at toaletter og garderober som den store hovedregel er kjønnsdelt (mann/kvinne). Kjønnsdelte toaletter og garderobe fører til at mange personer som opplever at de ikke passer i tokjønnsmodellen, eller er i en prosess med kjønnsbekreftende behandling, opplever at de ikke kan bruke garderobe- og toalettfasiliteter. Dette er enten fordi de føler eller får høre at de ikke «passer inn» noen av stedene, eller at de utsettes for kommentarer eller trakassering når de forsøker å bruke toalett/garderobe. For mange begrenser dette livsutfoldelsen ved at de blir engstelig for hvor de kan gå på do, eller ikke oppsøker steder der de må bruke garderober og toaletter. For noen personer er det ønskelig at det tilrettelegges for at det finnes et nøytralt sted å skifte, for andre igjen er det viktig å kunne bruke enten herre- eller damegarderoben, uten å bli trakassert eller forhindret fra å bruke garderoben. For en del løser disse problemstillingene seg ved at de tar i bruk den garderoben de er mest komfortable med å bruke. Andre har opplevd trakassering, eller har fått beskjed om at de har gått på feil toalett eller garderobe.

Spørsmålet om valg av garderobe setter en del prinsipielle spørsmål på spissen, og hvor flere interesser kan kollidere. Hensynet til bluferdighet er et saklig hensyn å vektlegge etter gjeldende rett. Hva som er omfattet av hensynet til bluferdighet, vil imidlertid utvikle og endre seg over tid, og i takt med samfunnsutviklingen.²²⁵ Ombudet erfarer også at en del tjenestetilbydere (både private og offentlige), mangler kunnskap om transpersoner og at de er usikre på hvilke forpliktelser de har overfor gruppen.

Dersom personer ikke får tilgang til garderober på grunn av kjønnsidentiteten og kjønnsuttrykket, er det som et utgangspunkt en forskjellsbehandling. Hvorvidt forskjellsbehandlingen er ulovlig diskriminering, eller om det er en forskjellsbehandling som er lovlig etter lovens unntaksadgang, vil

²²⁵ Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 63 flg.

avhenge av flere momenter. Dersom forskjellsbehandlingen skal anses som lovlig, må den imidlertid tilfredsstillende lovens krav om at den skal oppnå et saklig formål, den må være nødvendig for å oppnå formålet, og den må ikke være uforholdsmessig inngripende. Ombudet har ennå ikke tatt stilling til spørsmålet i en klagesak. Den juridiske vurderingen av spørsmålet vil blant annet være avhengig av hva personen selv ønsker (se innledningsvis om ulike behov), hva slags fasiliteter som eksisterer, og hvilke løsninger/tilpasninger som har vært forsøkt ut i saken. Dette innebærer at det kan være ulike utfall i ulike saker, og at vurderingen må gjøres ut fra forholdene i den konkrete saken.

Forarbeidene til loven sier ikke noe konkret om situasjonene der personer ikke kan benytte seg av et garderobealternativ som samsvarer med kjønnsidentiteten deres. Imidlertid sies det noe om nøytrale alternativer: *«Manglende tilrettelegging med nøytrale toalett og garderobeløsninger kan gjøre en transperson utsatt for vold og trakassering. Manglende fleksibilitet og tilrettelegging i konkrete situasjoner kan derfor være diskriminerende.»*²²⁶ Denne formuleringen i forarbeidene tilsier at hver situasjon må vurderes konkret, men at i noen tilfeller vil manglende fleksibilitet og tilrettelegging av en garderobe, være diskriminerende.

Vel så viktig som en juridisk vurdering av disse spørsmålene, er en kunnskapsheving hos befolkningen generelt, og blant annet hos treningscentre og kommuner. Dette for å sikre at både tjenestetilbydere og personer har forståelse og kunnskap om de ulike problemstillingene som kan oppstå, og kan møte personer på en god og fordomsfri måte.

Ombudet har også rettet en henvendelse til Kulturdepartementet med spørsmål om tilrettelagte toalett- og garderobeløsninger i idretten.²²⁷ Ombudet ba om svar på hvilke krav det stilles i dag til toaletter og garderobesett i offentlige idrettsbygg når det gjelder mulighet for skjerming. Videre ba ombudet om opplysninger om hvordan Kulturdepartementet arbeidet for å sikre at personer som på ulike måter ikke passer inn i tokjønnsmodellen har like god tilgang til offentlige treningsfasiliteter som andre. Kulturdepartementet redegjorde i sitt svar for at et vilkår for å søke om tilskudd av spillmidler til idrettsanlegg er at anlegget er universelt utformet. Det skal være minst ett garderobesett som er utformet og tilrettelagt for orienterings- og bevegelseshemmede. Disse garderobene er som regel skjermet og kan også brukes av de som av kulturelle og fysiske årsaker, ønsker å skifte alene, herunder transpersoner. Kulturdepartementet svarte videre at de jobber kontinuerlig for å tilpasse kravene om universell utforming av idrettsanlegg til dagens og fremtidens samfunn. Tilretteleggingen for transpersoner er en del av dette arbeidet. Konkret ville departementet inkludere en anbefaling i veilederen til universell utforming, og i den reviderte veilederen for bygging av idrettshaller, om at det tilrettelegges og informeres om at separate garderobesett kan brukes av personer som av ulike årsaker ønsker å skifte alene, herunder transpersoner.

12.1 Garderobesett og toalett i arbeidslivet

Innenfor arbeidslivet regulerer arbeidsplassforskriften²²⁸ hvilke forpliktelser virksomheter har når det gjelder ulike garderobe- og toalettfasiliteter. Forskriftens formål er blant annet å sikre at

²²⁶ Prop. 88 L (2012-2013) s. 125.

²²⁷ Henvendelse til Kulturdepartementet, september 2015. Sak 14/1161.

²²⁸ Forskrift om utforming og innretning av arbeidsplasser og arbeidslokaler, FOR-2011-12-06-1356.

arbeidstakernes helse og velferd ivaretas ved at arbeidsplasser og arbeidslokaler tilrettelegges og utformes for arbeidet som utføres og den enkelte arbeidstaker. Ombudet har ikke vurdert forholdet mellom SKK-loven arbeidsplassforskriften direkte, men ombudet har uavhengig av en slik vurdering tatt til orde for at arbeidsplassforskriften bør endres, og at det bør skje en gjennomgang av regler for utforming av garderober og toaletter.²²⁹ Dette for å sikre at personer som ikke passer inn i tokjønnsmodellen har en reell tilgang til toaletter og garderober i arbeidslivet, på skoler, i asylmottak, institusjoner og offentlige bygg med videre.

Etter § 3-4 i forskriften skal arbeidsplasser normalt ha atskilte garderober for kvinner og menn. En tolkning av ordlyden i bestemmelsen, tilsier at hovedregelen i virksomheter er kjønnsdelte garderober. I praksis er det imidlertid ingenting i veien for at virksomheter tilrettelegger ved for eksempel et nøytralt garderobealternativ i tillegg. Etter § 3-7 skal det være atskilte toaletter for kvinner og menn, og i tilknytning til toalettet skal det være håndvask. Felles toalett kan benyttes ved små virksomheter. Denne bestemmelsen er en skal-regel, som innebærer at kjønnsdelte toalett er normen. Det er imidlertid ingenting i veien for praktiske løsninger som ivaretar flere gruppers behov. Det er for eksempel mulig å ha kjønnsnøytrale toaletter, så lenge det for eksempel er enkelttoaletter med vask og låsbar dør.

13 Varer og tjenester

13.1 Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

15/2313 Ble nektet resept på apotek - lovbrudd

Saken gjaldt: En person som gjennomgikk kjønnsbekreftende behandling, og i den forbindelse hadde fått utskrevet en resept på legemiddelet testogel (hormonpreparat). Klageren forsøkte å hente ut legemiddelet på et apotek, uten å lykkes. Det var uenighet mellom partene om hva som var årsaken til dette.

Ombudets vurdering: Ombudet skulle ta stilling til om apoteket hadde forskjellsbehandlet klageren på grunn av kjønnsidentitet, ved at en ansatt på apoteket nektet å utlevere testogel til klageren. Ombudet understreket i uttalelsen at transpersoner, som alle andre mennesker, ikke skal måtte overbevise apotekansatte om å få utlevert medisin når de kan fremvise gyldig resept og identifikasjon. Apoteket utelukket ikke i svaret sitt til ombudet at klageren ble nektet å få utlevert testogel, og at den ansatte begrunnet nektelsen med at klageren ikke lignet på en mann og derfor ikke kunne få det. Ombudet la derfor til grunn at klageren ikke fikk legemiddelet, til tross for at klageren hadde gyldig resept og gyldig id. Apoteket hevdet at klageren forlot apoteket før resepten ble registrert, og før fastlegen ble kontaktet. Ombudet kunne derimot ikke se hvordan klageren

²²⁹ Ombudets innspill til ny handlingsplan mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk av 28. august 2015, sak 15/1511.

skulle få registrert sin resept eller kontaktet legen, da den ansatte gjentatte ganger uttrykte at det ikke var mulig for klageren å få legemiddelet.

Ombudets konklusjon: Apotek 1 handlet i strid med diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 5 ved å nekte å utlevere testogel til medisinsk behandling til klageren.

Merknad: Saken er klaget inn for nemnda av innklaget (nemndas saksnummer 59/2016), men ikke ferdigbehandlet på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen.

16/2296: Endring av juridisk navn – banktjenester- ikke lovbrudd

Saken gjaldt spørsmål om klageren ble diskriminert av banken sin da hun mottok tre brev adressert til sitt tidligere juridiske navn høsten 2016. Klageren hadde endret navn fra et mansnavn til et kvinnenavn i 2014, og meldte samtidig om navneendring til banken sin. Hun endret juridisk kjønn og fikk nytt kvinnelig personnummer høsten 2016. Nytt personnummer ble sendt til banken. Klageren ga ved to anledninger skriftlig beskjed til banken at de sendte ut brev i feil navn.

Ombudets vurdering: Ombudet understreket innledningsvis at endring av personlige opplysninger i offentlig tilgjengelige register har stor velferdsmessig betydning for personer som bytter juridisk kjønn. Personer som endrer juridisk kjønn og navn har et berettiget behov for å ha kontroll over hvilke opplysninger som er offentlig tilgjengelige om dem. En virksomhet som nekter å etterkomme anmodning om endring i personopplysninger til en person som har endret sitt juridiske kjønn, vil kunne handle i strid med diskrimineringsforbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

Selv om klageren hadde opplevd det belastende å motta brevene til feil navn, særlig fordi hun bodde i et bofellesskap, kom ombudet til at hun ikke var stilt dårligere på grunn av forskjellsbehandlingen. Ombudet begrunnet det med at banken ikke hadde utvist noen motvilje mot å endre personopplysningene i sine systemer. Ombudet la til grunn at banken endret både navn og personnummer da klageren meldte fra om dette i 2014 og 2016. Det var imidlertid en svikt i konsernets interne datasystemer som førte til feilen. Bankkonsernet hadde identifisert feilen og etablert en rutine som skal sikre at endringer i navn og personnummer blir gjennomført i hele konsernet. Ulempen for klageren var begrenset i både tid og omfang, og hun var derfor ikke stilt dårligere på en slik måte at det ble rammet av forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

Ombudet vurderte også om klageren hadde blitt utsatt for trakassering av innklaget, på grunn av begrepsbruk banken hadde brukt om henne under ombudets behandling av klagesaken. Banken hadde brukt uttrykk som «tidligere kjønn», «kjønnskifte», «endring av kjønnsidentitet». Klageren la vekt på at hun alltid hadde hatt kjønnsidentitet som kvinne, og at hun opplevde ordbruken fra banken som krenkende. Ombudet kom til at bankens formuleringer ikke inneholdt ord eller uttrykk som etter objektive vurderingskriterier ga indikasjon på trakassering på grunn av kjønnsidentitet.

Konklusjon: Banken har ikke brutt diskrimineringsloven om seksuell orientering §§ 5 og 8. Klageren ble ikke diskriminert eller trakassert av banken.

Merknad: Saken er klaget inn for nemnda av klageren, men ikke ferdigbehandlet på tidspunktet for publiseringen av denne fagoppsummeringen.

15/2259 og 15/2243 Transpersoner som søker kosmetisk operasjon for brystforstørrelse avvises ved private klinikker – ikke lovbrudd

Sakene gjaldt: FTPN (Forbundet for transpersoner i Norge) klaget inn to private klinikker innen kosmetisk kirurgi, fordi klinikkene ikke tilbød brystforstørrende kirurgi til transpersoner (mann til kvinne). Et av foreningens medlemmer hadde henvendt seg til to private klinikker, og fått avslag på ønske om brystforstørrelse. Begrunnelsen var, ifølge medlemmet, at klinikkene ikke behandlet transpersoner.

15/2243 Klinik 1

Klinikken bekreftet overfor FTPN at de ikke tilbød transpersoner brystforstørrelse, eller andre kroppsmodellerende inngrep som forandrer kjønnskarakteristika. Klinikken uttalte at retningslinjene var utformet etter konferering med en avdelingsoverlege, som er en del av GID-teamet ved Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme. Klinikken ville ved dokumentasjon på at pasienten hadde godkjent diagnose for transseksualisme (F 64.0) etter endring fra mann til kvinne, og etter klinisk undersøkelse og vurdering, gjøre brystforstørring eller andre vanlige kosmetiske eller plastikkirurgiske inngrep etter indikasjon. Klinikken uttalte at som privatpraktiserende klinikk har de ikke plikt til å gjennomføre kosmetiske inngrep på pasienter, og at det ikke er en rettighet å få gjennomført kosmetiske eller plastikkirurgiske inngrep. Ikke alle kvinner får tilbud om behandling etter en vurdering opp mot ulike eksklusjonskriterier. Klinikken viste videre til at personer født som kvinne har en helt annen kroppsbygning enn transkvinner, da disse gruppene ikke har samme brystanlegg. En brystforstørrende operasjon på en transkvinne vil være mer lik en rekonstruksjon med protese etter brystkreftbehandling. Klinikken viste til at den ikke tilbyr slike operasjoner, da dette krever helt spesiell tilnærming og kompetanse, samt at komplikasjonsrisikoen er stor. Klinikken uttalte at vevet er mer fibrøst hos transkvinner, muskelfestet er annerledes og risikoen for tidlige og sene komplikasjoner er større. Resultatet som oppnås vil avvike fra klinikkens standard. Personer født som kvinner og transkvinner kunne, ifølge klinikken, ikke vurderes likt i denne sammenhengen.

Ombudets vurdering: Ombudet understreket innledningsvis at diskrimineringsloven om seksuell orientering gjelder på alle områder i samfunnet, herunder privat tjenesteyting, og at klinikken måtte tilby sine tjenester på en ikke-diskriminerende måte.

Klinikken hadde uttalt til ombudet at den ikke tilbød operasjon til transpersoner som ønsker brystimplantater. Ombudet slo fast at en transperson, som ble tillagt mannlig kjønn ved fødselen, men som har kvinnelig kjønnsidentitet, og av den grunn ikke blir vurdert eller får tilbud om brystforstørrende kirurgi, får sin kjønnsidentitet vektlagt til ulempe for seg. Ombudet la til grunn at transpersoner blir behandlet dårligere som følge av praksisen, og at dette skyldtes kjønnsidentitet. Dette var direkte forskjellsbehandling.

I vurderingen av om den direkte forskjellsbehandlingen likevel var tillatt, kom ombudet til at klinikken hadde et saklig formål. Klinikken hadde blant annet uttalt at en brystforstørrende operasjon utført på en transkvinne teknisk sett ville være mer lik en brystrekonstruksjon med protese. Klinikken tilbød ikke slike operasjoner, da dette krever helt spesiell tilnærming og kompetanse. I tillegg var komplikasjonsrisikoen stor. Ombudet mente at klinikkens begrunnelse om manglende medisinsk

kompetanse var saklig, og at dette var et medisinskfaglig skjønn som lå utenfor det ombudet kan overprøve. Ombudet bemerket at klinikkens begrunnelse om at pasienten må ha godkjent transseksuell diagnose før klinikken eventuelt ville vurdere vedkommende for behandling, ikke nødvendigvis var saklig. Ombudet viste til at diskrimineringsvernet gjelder alle transpersoner, også de som ikke oppnår diagnosen transseksuell, og at klinikken måtte tilby tjenestene på en måte som ikke diskriminerer personer på grunn av kjønnsidentitet. Det var heller ikke klart for ombudet om denne delen av begrunnelsen gjaldt manglende kompetanse til å vurdere om pasienten skulle på tilbud om behandling ut fra eksklusjonskriteriene, eller om klinikken avviste alle transpersoner uten nærmere vurdering. Ombudet fant likevel ikke grunn til å gå nærmere inn i dette, da klinikkens begrunnelse om manglende kompetanse til å utføre selve inngrepet var saklig.

Ombudet uttalte at det ikke kunne overprøve klinikkens vurderinger når det gjaldt kompetansen til å utføre brystforstørrende kirurgi på transkvinner, og at det ikke hadde grunnlag for å uttale at det var andre ikke-diskriminerende alternativer enn å avslå behandling for denne pasientgruppen. Forskjellsbehandlingen var derfor nødvendig.

Når det gjaldt forholdsmessighetsvurderingen, viste ombudet til FTPNs uttalelse om at brystkirurgi ofte vil være det viktigste behandlingstilbudet for å oppnå en tilnærming til personens kjønnsidentitet som kvinne, og at tilbudet har stor betydning for personene det gjelder. Ombudet kom likevel til at forskjellsbehandlingen ikke var uforholdsmessig inngripende. Ombudet viste til at forskjellsbehandlingen var saklig og nødvendig ut fra klinikkens begrunnelse om manglende kompetanse til å utføre inngrepet. Selv om det hadde stor betydning for personen som ikke får tilbudet, ville det være urimelig å kreve at klinikken skal utføre et inngrep som den ikke har kompetanse til å utføre. Ombudet mente det ikke vil tjene pasientene om klinikken skulle bli pålagt å gi et behandlingstilbud uten at man sikrer at tilbudet som gis er forsvarlig. Nasjonale retningslinjer eller anbefalinger omkring dette fantes ikke. Ombudet kom deretter til at klinikkens praksis ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet oppfordret imidlertid klinikken til å endre sine interne retningslinjer dersom klinikken fikk den nødvendige kompetansen.

Ombudet bemerket avslutningsvis at det kom tydelig frem av rapporten *Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn* at personene som ikke får diagnosen transseksuell, eller ikke ønsker full kjønnsbekreftende behandling, verken blir ivaretatt i det offentlige eller i det private helsevesenet, og at behandlingstilbudet til denne gruppen er for dårlig. Ombudet mente imidlertid at det ville være urimelig å legge ansvaret for å ivareta og utarbeide et behandlingstilbud for denne gruppen på en privat klinikk.

Ombudets konklusjon: Klinikken praksis med å avslå brystforstørrende kirurgi til transpersoner er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

15/2259 Klinikk 2

Saken gjaldt samme spørsmål og omstendigheter som i sak 15/2243, men klinikken hadde en noe annen begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Klinikken uttalte at kirurgisk behandling av transpersoner er en underspesialitet som er knyttet til Oslo universitetssykehus, Rikshospitalet. Klinikken viste til at teamet på Rikshospitalet består av psykiater, sosialmedisiner og kirurg, og at før en pasient godkjennes før kirurgi, må vedkommende utredes for å sikre riktig diagnose. Klinikken

uttalte videre at den ikke hadde erfaring med innleggelse av brystimplantat hos transkvinner (mann til kvinne), og at proteseinnleggelse anbefales utført etter gjennomgått hormonbehandling. Avvisningen av pasienten skyldtes manglende erfaring med inngrepet, som kunne gi et dårlig resultat hvor kunden ikke ville være fornøyd.

Klinikken viste i tillegg til at avdelingsoverlegen ved Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme, Rikshospitalet, ved flere anledninger hadde gjort oppmerksom på kompleksiteten (psykisk og fysisk) hos pasientgruppen, og uttalt at en privatklinikk ikke bør operere pasienter dersom de er avslått fra behandling ved Rikshospitalet. Klinikken uttalte at den derfor ikke tilbød operasjon til transpersoner som ønsker brystimplantater, uten at vedkommende hadde blitt vurdert ved Rikshospitalet. Personer som var ferdig utredet ved Rikshospitalet, ville kunne få tilbud om brystforstørrende kirurgi ved klinikken. Klinikken uttalte at utredningen av pasientgruppen var kompleks og omfattet flere spesialiteter, og at klinikken ikke hadde slik kompetanse. Én av kirurgene ved klinikken hadde imidlertid tidligere hatt ansvar for den kirurgiske behandlingen av transseksuelle ved Rikshospitalet.

Ombudets vurdering: Ombudet viste til sak 15/2243, og at manglende kompetanse til å utføre selve behandlingen, er et saklig formål. På bakgrunn av klinikkens uttalelser mente ombudet imidlertid at praksisen ikke uten videre kunne begrunnes med manglende kompetanse til å utføre selve inngrepet. Ombudet forsto det slik at klinikkens praksis var begrunnet med manglende faglig kompetanse til å utrede og vurdere hvorvidt en transperson oppfyller kriteriene (som gjaldt for alle pasienter som ønsket behandling) for brystforstørrende kirurgi. Ombudet hadde ikke grunnlag for å overprøve klinikkens begrunnelse, og la til grunn at forskjellsbehandlingen var saklig begrunnet. Vurderingen av om forskjellsbehandlingen var nødvendig og forholdsmessig var tilsvarende som i sak 15/2243.

Ombudets konklusjon: Klinikken praksis med å avslå brystforstørrende kirurgi til transpersoner, er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.

14 Idrett

14.1 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

14/1839 Påstand om forskjellsbehandling på grunn av seksuell orientering – ekskludering av trener – ikke lovbrudd

Saken gjaldt: En trener som hevdet at han urettmessig ble ekskludert som trener som følge av seksuelle tilnærmelser overfor en mindreårig gutt han trente. Treneren hevdet at hans seksuelle orientering som homofil hadde negativ betydning for hvordan saken ble håndtert.

Ombudets vurdering: Ombudet kom til at det ikke var grunn til å tro at klagerens seksuelle orientering hadde betydning for at han ble ekskludert fra klubben. Det var hans atferd, og ikke hans seksuelle orientering, som førte til at han ikke fikk fortsette som instruktør.

Konklusjon: Sportsklubben handlet ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering i diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5 første ledd.

Nemndas uttalelse i saken – 39/2015

Nemnda gjorde samme vurdering, og kom til samme resultat som ombudet.

14.2 Kjønnsidentitet og –uttrykk

11/1864 Fotballag - henleggelse

Saken gjaldt: Midt-Norge Sør bedriftsidrettskrets avslag på klagerens ønske om å spille fotballkamper for et studentlag. Grunnen til avslaget var at klageren hadde mannlig personnummer. Klageren gjennomgikk kjønnsbekreftende behandling hos Rikshospitalet (fra mann til kvinne), men hadde fortsatt mannlig personnummer. Bedriftsidrettskretsen begrunnet vedtaket med at de hadde herre- og dameklasser. I tvilstilfeller blir personnummer brukt som verktøy for valg av klasse, noe som også ble gjort i denne saken. Bedriftsidrettskretsens overordnede organ, Norges bedriftsidrettsforbund, vurderte ombudets oversendelse av legeerklæring for klageren fra Rikshospitalet, og kom til at klageren kunne spille i dameklassen. Ombudet henla derfor klagen, men oppfordret Bedriftsidretten til å utforme retningslinjer for behandling av liknende saker, og gjøre disse kjent i organisasjonen.

Konklusjon: Saken henlegges i medhold av diskrimineringsombudsloven § 3 femte ledd.

15 Bolig

15.1 Ombudet og nemndas saker om seksuell orientering

12/978 Utleie av bolig - lovbrudd

Saken gjaldt: Spørsmålet om en utleier hadde vektlagt et pars seksuelle orientering da han avlyste visningen av boligen til et lesbisk par med barn. Det var uenighet mellom partene om hva som var begrunnelsen for at innklagede hadde avlyst visningen med familien. Innklaget var fylkespolitiker for Krf, og saken fikk omtale i media, hvor også innklaget uttalte seg.

Ombudets vurdering: Ombudet vurderte saken etter diskrimineringsforbudet etter husleieloven § 1-8. Ombudet kom til at det var grunn til å tro at utleier hadde vektlagt klagerens seksuelle orientering, blant annet fordi han avlyste visningen da klageren på eget initiativ opplyste at hun var lesbisk. Det var ingen andre endrede omstendigheter enn dette. Utleierens uttalelser til media i etterkant, underbygget også klagerens inntrykk av at han vektla hennes seksuelle orientering negativt. Ombudet vurderte deretter om innklaget hadde sannsynliggjort at diskriminering ikke hadde funnet sted. Selv om det ikke kunne stilles samme krav til skriftlig dokumentasjon i en sak om utleie av bolig, som en sak om ansettelse, var det slik at omstendighetene i saken i liten grad styrket innklagedes forklaring. Ombudet viste til at en visning var helt uforpliktende for begge parter. Siden det ikke var kommet noen nye opplysninger etter at visningen var avtalt på utleiers initiativ, hadde det formodningen mot seg at innklaget avlyste visningen av andre grunner. Innklaget hadde dermed ikke sannsynliggjort at han ikke hadde vektlagt klagerens seksuelle orientering da visningen ble avlyst.

Konklusjon: Innklaget handlet i strid med husleieloven § 1-8 andre ledd da han avlyste en avtalt visning av sin bolig i telefonsamtale med klager.

Nemndas sak 5/2013 - lovbrudd

Nemnda gjorde samme vurdering av sakens omstendigheter som ombudet, og kom til samme konklusjon.

Nemndas konklusjon: Innklagede handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av seksuell orientering overfor klagerne i forbindelse med utleie av husrom, jf. husleieloven § 1-8 annet ledd.

Merknad: Sakene ble behandlet før SKK-loven var trådt i kraft, og ble derfor vurdert etter husleieloven.

16 Forskning

Denne fagoppsummeringen fokuserer på rettstilstanden for LHBTI-personer. Under lister vi opp relevant forskning og rapporter som sier noe om levekår og diskriminering for LHBTI-personer utover det juridiske perspektivet som denne oppsummeringen har. Oversikten er ikke uttømmende. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) har også informasjon om relevante publikasjoner og forskning på sine sider.²³⁰

- Hegna, Kristinn (2007) *Homo? Betydningen av seksuell erfaring, tiltrekning og identitet for selvmordsforsøk og rusmiddelbruk blant ungdom. En sosiologisk studie*. Oslo: Nova
- Andersen, Normann, og Hilde Slåtten (2008) *Holdninger til lesbiske kvinner, homofile menn, bifile kvinner og menn og transpersoner (LHBT-personer) – En landsomfattende representativ spørreundersøkelse*. Bergen: Universitetet i Bergen
- Slåtten, Hilde, Norman Anderssen og Ingrid Holsen (2008): *Førebygging og handtering av homofobisk erting i ungdomsskolen. Revidert rapport med utprøving og forslag til tiltak*. Bergen: Universitetet i Bergen
- Grønningsæter, Arne og Nuland, Bjørn (2009): *Lesbiske og homofile i Sápmi. En narrativ levekårsundersøkelse*. Fafo
- Andersen, Normann, og Kirsti Malterud (2013) *Seksuell orientering og levekår*. Bergen: Uni Helse
- Bakkeli, Vidar, og Arne Backer Grønningsæter (2013) *LHBT i arbeidslivet. En kunnskapsgjennomgang*. Oslo: Fafo
- Elgvin, Olav, Kristine Bue og Arne Backer Grønningsæter (2013): *Åpne rom, lukkede rom: LHBT i etniske minoritetsgrupper*. Fafo
- Fjær, Eivind Grip, Tonje Gundersen og Svein Mossige (2013): *Lesbiske, homofile, bifile og transpersoners utsatthet for vold i nære relasjoner. En kunnskapsoversikt*. Oslo: NOVA
- Van Der Ros, Janneke (2013) *Alskens folk. Levekår, livssituasjon og livskvalitet til personer med kjønnsidentitetstematikk*. Hamar: Likestillingssenteret.
- Malterud, Kirsti og Normann Andersen (2014) *Helse blant lesbiske og bifile kvinner*. Bergen: Uni Helse

²³⁰ Bufdirs sider om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk: <https://www.bufdir.no/lhbt/>.

- Eggebø, Helga og Almli, Maria og Bye, Marte Taylor (2015) *Skeiv på bygda*, Steigen: Forlaget Nora

17 Oversikt over saker behandlet av ombudet og nemnda

Likestillings- og diskrimineringsombudet har i perioden 2007 til og med juni 2017 behandlet 43 klagesaker som gjelder seksuell orientering, kjønnsidentitet (kjønn) og kjønnsuttrykk. Til sammenlikning har ombudet i perioden 2007-2016, behandlet totalt 2136 klagesaker på alle grunnlag. Etter at diskrimineringsloven om diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (SKK-loven) trådte i kraft i 2014, har ombudet mottatt totalt 194 henvendelser. I 168 av sakene er det kun gitt veiledning fra ombudet, mens det er behandlet totalt 26 klagesaker.

17.1 Veiledningssaker

Tabell 1: Veiledningssaker om kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og seksuell orientering 2014 -juni 2017, etter område og grunnlag.

Område	Kjønnsidentitet	Kjønnsuttrykk	Seksuell orientering	Total
Annet	18	2	13	33
Arbeidsliv	12	8	22	42
Bolig			3	3
Offentlig forvaltning	27	4	12	43
Politi, rettsvesen mv.	1		4	5
Utdanning	8	2	7	17
Varer og tjenester	15	3	7	25
Total	81	19	68	168

Om lag halvparten av sakene ombudet har gitt veiledning i perioden 2014-juni 2017 gjelder forhold innfor arbeidslivet eller spørsmål som har med offentlig forvaltning å gjøre. Vi har ikke oversikt over antallet veiledningssaker før SKK-loven trådte i kraft.

17.2 Klagesaker

17 av klagesakene ombudet har mottatt ble behandlet før 1. januar 2014 og ble dermed ikke behandlet etter ny diskrimineringslov. De resterende 26 sakene er behandlet etter diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Tabell 2: Klagesaker som omhandler kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og seksuell orientering 2007-juni 2017 etter registrert grunnlag og periode

Grunnlag	Antall
tom. 2013	17
Kjønn	6
Seksuell orientering	11
fom. 2014	26

Seksuell orientering	9
Kjønnssidentitet	17
Kjønnsuttrykk	
Total	43

Før 2014 var forhold innenfor arbeidslivet det vanligste området det ble klaget på. Etter 2014 har det vært få saker som gjelder arbeidsliv, og flere saker som gjelder offentlig forvaltning.

Område	Antall
tom. 2013	17
Annet	3
Arbeidsliv	10
Bolig	2
Offentlig forvaltning	2
fom. 2014	26
Annet	2
Arbeidsliv	3
Offentlig forvaltning	12
Politi, rettsvesen mv.	1
Utdanning	1
Varer og tjenester	7
Total	43

Klagesaker kan ha forskjellige utfall hos ombudet. I Tabell 5 kan vi se at 4 av de 17 sakene (24 prosent) ombudet mottok før 2014 ble avvist. Etter 2014 er 2 av 26 saker (8 prosent) avvist. Ombudet har gitt uttalelse i totalt 16 saker. 3 saker er henlagt og 5 saker er fortsatt under behandling hos ombudet.

Tabell 3: Klagesaker som omhandler kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og seksuell orientering 2007-juni 2017 etter utfall og periode

Utfall	Antall
tom. 2013	17
Avvisning	4
Henleggelse	3
Uttalelse	9
Annet	1
fom. 2014	26
Avvisning	2
Henleggelse	3
Uttalelse	16
Ikke ferdigbehandlet	5
Total	43

Tabell 4: Ombudets konklusjon i uttalelser som omhandler kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og seksuell orientering etter grunnlag, 2007-juni 2017

Lovbrudd	Antall	
tom. 2013	9	
Ett eller flere brudd på loven	Kjønn	1
	Seksuell orientering	4
Ikke brudd på loven	Kjønn	3
	Seksuell orientering	1
fom. 2014	16	
Ett eller flere brudd på loven	Kjønnsidentitet	3
	Seksuell orientering	1
Ikke brudd på loven	Kjønnsidentitet	6
	Seksuell orientering	6
Total	25	

Ombudets uttalelser, henleggelse og avvisinger kan klages inn til Ligestillings- og diskrimineringsnemnda. 9 av de 43 klagesakene er behandlet av Ligestillings- og diskrimineringsnemnda. 3 av disse sakene er blitt omgjort eller delvis omgjort av nemnda.

Tabell 5: Resultat hos nemnda etter behandling av saker fra ombudet som omhandler kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og seksuell orientering 2007-juni 2017

Utfall hos nemnda – ombudets konklusjon er	Antall
Omgjort	2
Opprettholdt	6
Delvis omgjort	1
Total	9