

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?

– Retten til egen kjønnsidentitet og diskrimineringsvern på bakgrunn av lov om endring av juridisk kjønn

AV LARS ARNESEN

*Lars Arnesen er advokatfullmektig i Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange og jobber til daglig med immaterielle rettigheter. Fra høsten 2015 til våren 2016 var han vitenskapelig assistent ved Institutt for offentlig rett, Universitet i Oslo.
E-post: lars.s.arnesen@gmail.com*

SAMMENDRAG Artikkelen tar for seg hvordan juridisk kjønn er regulert i norsk rett etter innføringen av lov om endring av juridisk kjønn i 2016. I forbindelse med den nye loven ble det anbefalt å utrede et tredje juridisk kjønnsalternativ. En slik utredning har foreløpig uteblitt. Artikkelen drøfter hva et tredje juridisk kjønnsalternativ innebærer, og om et slikt alternativ bør innføres i norsk rett. Artikkelen gir et særlig kritisk blikk på inkonsistente forhold mellom den nye loven om endring av juridisk kjønn og diskrimineringsvernet på grunnlag av kjønnsidentitet som følger av diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk fra 2013.

NØKKELOD juridisk kjønn, kjønnsidentitet, diskrimineringsvern, trans- og intersexpersoner

ABSTRACT This article examines how the term «legal gender» is regulated in Norwegian law after the Norwegian Act on Legal Gender Change was enacted in 2016. In particular, consideration is given to the possibility of adopting a third legal gender option in Norwegian law, something that was a subject of discussion during consideration of the new Act, but not incorporated within the final provision. Contemplated is the possible content and legal effects of a third legal gender option. The article also critically analyses the inconsistent relationship in Norwegian law between the Act on Legal Gender Change and the Act on Prohibition of Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity.

KEYWORDS Legal gender, gender identity, transgender, intersex, third gender, anti-discrimination law

1. Innledning

Alle som er født eller bosatt i Norge, er registrert med et juridisk kjønn, enten mann eller kvinne.¹

Det er obligatorisk å ha et juridisk kjønn, og inntil nylig var det svært få personer som fikk lov til å endre det. Kun personer som var diagnostisert og som gjennomgikk kirurgisk behandling, fikk denne muligheten. Dette endret seg 1. juli 2016 da lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft. Loven gir alle som opplever å tilhøre det motsatte kjønn, rett til å endre det, helt uten forutgående psykologiske konsultasjoner eller medisinske inngrep.² Per 25. januar 2017 er det 490 som har endret juridisk kjønn.³

Bakgrunnen for lov om endring av juridisk kjønn (heretter lov om juridisk kjønn) var en kritikk av praksisen rundt sterilisering.⁴ Kun personer som lot seg sterilisere, fikk endre juridisk kjønn. Kritikken førte til at Helsedirektoratet satte ned en ekspertgruppe i 2014. Ekspertgruppen konkluderte i sin rapport fra april 2015 med at praksisen rundt sterilisering var i strid med sentrale menneskerettigheter, blant annet retten til privatliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8.

Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (heretter diskrimineringsloven om kjønnsidentitet) fra 2013 stod også sentralt. Loven gir vern mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet, som henviser til vår egen opplevelse av kjønn. Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) konkluderte i 2014 med at steriliseringskravet utgjorde ulovlig diskriminering etter diskrimineringsloven om kjønnsidentitet § 5.⁵ For å ivareta retten til privatliv og vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet anbefalte ekspertgruppen å innføre en rett til å endre juridisk kjønn uavhengig av sterilisering eller andre medisinske inngrep.⁶

Formålet med lov om juridisk kjønn er altså å gi hver enkelt frihet til å registrere seg med et juridisk kjønn som svarer til egen kjønnsidentitet. Loven gir imidlertid ikke full selvbestemmelsesrett. Friheten til å velge er i hovedsak begrenset på to måter.

-
1. Denne artikkelen bygger på forfatterens masteravhandling knyttet til forskningsprosjektet «Gender identity and sexual orientation in international and national (Norwegian) law», finansiert med midler fra Forskningsrådet (FRISAM-programmet). Takk til professor Anne Hellum, Andrea G. Grønningsæter og fagfelle for verdifulle kommentarer og råd under arbeidet med denne artikkelen. Avhandlingen er publisert i Kvinnerettslig skriftserie nr. 98/2016, tilgjengelig her: http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/publikasjoner/skriftserien/98_arnesen.html
 2. Helsedirektoratet (10. april 2015), s. 63–68.
 3. Sykepleien.no (25. januar 2017).
 4. Bla. annet gjennom levekårsundersøkelsen «Alskens folk» og Anniken Sørliens masteravhandling «Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet», begge fra 2013.
 5. Likestillings- og diskrimineringsombudet (23. september 2014) sak nr. 14/840.
 6. Helsedirektoratet (10. april 2015), s. 106.

For det første beholder loven systemet med to obligatoriske kjønns kategorier – kvinne og mann. Det er altså ikke mulig å velge bort juridisk mann/kvinne-kjønn eller velge noe annet enn de to angitte alternativene.⁷

For det andre begrenses retten til å endre juridisk kjønn gjennom et nytt begrep kalt «fødselskjønn».⁸ Gjennom begrepet «fødselskjønn» innfører loven en oppsplitting av juridisk kjønn i to deler: vårt fødselsregistrerte kjønn og vårt selvregistrerte kjønn. Vårt fødselsregistrerte kjønn kan kun endres ved diagnose og anbefalt behandling, som inkluderer sterilisering. Vårt selvregistrerte kjønn kan vi velge selv.

Etter lov om juridisk kjønn har vi altså fått et tosporet system. Det første sporet viderefører det gamle systemet med fødselsregistrert juridisk kjønn. Det andre sporet angir det nye alternativet der vi er gitt en viss frihet til å registrere juridisk kjønn ut fra egen kjønnsidentitet.

Disse to sporene, med fødselskjønn i det ene og kjønnsidentitet i det andre, kan i utgangspunktet fungere uavhengig av hverandre. Det nye sporet trenger derfor ikke nødvendigvis å speile det gamle systemet med kun to obligatoriske kjønns kategorier. Forarbeidene til diskrimineringsloven om kjønnsidentitet anerkjenner da også at det finnes mer enn bare kvinnelige og mannlige opplevelser av kjønn:

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.⁹

Hensikten med lov om juridisk kjønn er ifølge forarbeidene å gi anerkjennelse av egen kjønnsidentitet, et konsept som i henhold til diskrimineringsloven om kjønnsidentitet ikke lar seg innplassere i kun to kategorier. Dette reiser spørsmål ved om lov om juridisk kjønn faktisk fungerer etter sitt formål så lenge loven begrenser seg til kun to obligatoriske kategorier.

Ekspertgruppen fra Helsedirektoratet mente at et tredje juridisk kjønnsalternativ burde utredes nærmere.¹⁰ I april 2016 foreslo Venstre å innføre et tredje juri-

7. Det fremkommer av lov om juridisk kjønn § 2 at person «som opplever å tilhøre det andre kjønn», kan endre sitt juridiske kjønn. Det ligger med andre ord implisitt i loven at det kun er to tilgjengelige alternativer.

8. Begrepet «fødselskjønn» er introdusert gjennom lov om juridisk kjønn § 6 som regulerer rettsvirkningene av henholdsvis fødselskjønn og selvregistrert juridisk kjønn. Fødselskjønn er kun definert i høringsnotatet til loven, den gang referert til som «kroppslig kjønn»: «Med begrepet 'kroppslig kjønn' menes i dette høringsnotatet det kjønn en person fysisk synes å tilhøre eller stå nærmest sammenliknet med gjennomsnittet av befolkningen, inndelt etter de mest typiske varianter av kvinnelige og mannlige kjønns karakteristika (ulik kroppsbygning, ulike genitalia mv.)» Helse- og omsorgsdepartementet, 15. november 2015.

9. Prop. 88 L (2012–2013) s. 110.

10. Helsedirektoratet (10. april 2015), s. 106.

disk kjønn.¹¹ Forslaget ble nedstemt, og helseminister Bent Høie har uttalt at et tredje juridisk kjønnsalternativ foreløpig ikke er aktuell politikk for regjeringen.¹² Arbeiderpartiet har imidlertid nylig vedtatt å vurdere å innføre en tredje kjønnskategori i partiprogrammet for 2017–2021.¹³

Det er foreløpig uklart hva innføring av en tredje kjønnskategori konkret vil innebære. Diskusjonen rundt et tredje kjønnsalternativ er fortsatt forholdsvis ny, og det har så langt ikke utpenslet seg et klart bilde av hva et tredje kjønnsalternativ faktisk er, og hvilken betydning et slikt alternativ bør ha i norsk rett.

I denne artikkelen ser jeg nærmere på formålet med et tredje juridisk kjønnsalternativ og hvordan dagens ordning bør endres i tråd med retten til privatliv og vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet. Vurderingen begrenser seg til et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetspapirer. Rettsvirkningene av et tredje kjønnsalternativ i forbindelse med kjønnskvalifisering, kjønnsspoeng og annen kjønns spesifikk lovgivning faller dermed utenfor rammene for denne artikkelen. Artikkelen inneholder imidlertid enkelte refleksjoner rundt hvordan kjønns spesifikk lovgivning kan harmoniseres med et tredje kjønnsalternativ, og peker på begrensninger ved hvordan rettsvirkningene av juridisk kjønn er regulert gjennom lov om juridisk kjønn.

Artikkelen faller i fem deler. Del to gir et kort overblikk over målgruppen for et tredje juridisk kjønnsalternativ og hvilke alternative løsninger som finnes i andre land. I del tre og fire ser jeg nærmere på de menneskerettslige og diskrimineringsrettslige sidene av retten til egen kjønnsidentitet. Jeg har avgrenset min vurdering til EMK da de fleste saker vedrørende transseksualitet og kjønns mangfold har blitt behandlet med utgangspunkt i nettopp denne konvensjonen. Avsluttende bemerkninger og anbefalte endringer er tatt inn i del fem.

2. Hva er et tredje kjønnsalternativ, og hvem vil benytte seg av det?

Et sentralt element ved lov om juridisk kjønn er anerkjennelse. Hensikten med loven er å gjøre det mulig å bli anerkjent for det kjønn man selv opplever seg som.¹⁴ På samme måte vil anerkjennelse være et sentralt formål for et tredje juridisk kjønnsalternativ.

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

12. Engesbak (10. mars 2016).

13. Arbeiderpartiets partiprogram (15. mai 2017) s. 73.

14. Prop. 74 L (2015–2016) s. 5.

Slik anerkjennelse kan skje enten positivt eller negativt. Positiv anerkjennelse innebærer en aktiv og spesifikk anerkjennelse av en bestemt kjønnsidentitet. Registreringen av et kvinnelig juridisk kjønn gir positiv anerkjennelse til alle med en kvinnelig kjønnsidentitet. Negativ anerkjennelse innebærer det motsatte. Mens positiv anerkjennelse gir anvisning på hvem man er, gir negativ anerkjennelse anvisning på hvem man ikke er. En person som verken opplever seg som kvinne eller mann, kan bli negativt anerkjent ved å slippe å bli registrert med et spesifikt juridisk kjønn.

Spørsmålet er hva målgruppen for et tredje juridisk kjønnsalternativ faktisk ønsker seg. Er det friheten til sin egen juridiske kjønnsidentitet som står sentralt, eller er det tvert om friheten fra de to tradisjonelle juridiske kjønnskategoriene som er av betydning?

I april 2015 behandlet parlamentarikerforsamlingen¹⁵ i Europarådet en rapport om situasjonen for transpersoner i Europa. Med utgangspunkt i rapporten anbefalte parlamentarikerforsamlingen å vurdere¹⁶ «a third gender option» i identifikasjonsdokumenter til dem som ønsker det. Rapporten legger til grunn en undersøkelse der 73 % av respondentene definerer seg som noe annet enn mann eller kvinne.¹⁷ Rapporten sier imidlertid ingenting om hvilken form et tredje juridisk kjønnsalternativ bør ta.

Transpersoner er ingen ensartet gruppe, men en samlebetegnelse på personer med en kjønnsidentitet som ikke korresponderer med det kjønn de har blitt tildelt ved fødselen. Den vesentlige forskjellen mellom transseksuelle og transpersoner er at transseksuelle er diagnostisert.¹⁸ Transpersoner er med andre ord en status som bestemmes på egen hånd. Det er ikke gitt at alle som har en kjønnsidentitet som bryter med deres fødselskjønn, definerer seg som en transperson. Et tredje kjønnsalternativ retter seg altså til en sammensatt målgruppe som er vanskelig å kartlegge helhetlig.

I 2013 kom en egen norsk levekårsundersøkelse for transpersoner. Av totalt 19 informanter identifiserte 12 seg som mann-til-kvinne, 5 personer som kvinne-til-mann, og 2 personer identifiserte seg verken som mann eller kvinne.¹⁹ I en oppfølgingsartikkel fra 2014 med det samme datamaterialet er informantene beskrevet over tre dimensjoner: binær identifikasjon (enten mann eller kvinne), flytende identifikasjon (både mann og kvinne), og nøytral identifikasjon (verken mann

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

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

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

18. Prop. 88 L (2012–2013) s. 110.

19. van der Ros 2013, s. 34–37.

eller kvinne).²⁰ Et flertall på 14 personer har en binær identifikasjon, 3 personer ligger i det flytende spekteret, mens 2 personer ligger innenfor det kjønnsavvisende (verken kvinne eller mann).²¹

I 2013 foretok Anniken Sørli en undersøkelse av Rikshospitalets tilbud for personer som ønsker kjønnsbekreftende behandling. I et utvalg på 45 personer definerte 6 personer seg som noe annet enn mann eller kvinne.²²

En annen potensielt viktig målgruppe for et tredje juridisk kjønnsalternativ er intersexpersoner. Intersexpersoner refererer til personer som er født med uklare kjønnskaraktistika.²³ Intersexpersoner er som transpersoner også en sammensatt og mangfoldig målgruppe. Som med transpersoner er det ikke gitt at en intersexperson definerer seg som intersex.²⁴

I en tysk ekspertutredning om intersexpersoner fra 2013 ble det gjennomført en undersøkelse med 199 respondenter. 43 % av respondentene ønsker å beholde tokjønnsmodellen. 22 % støtter et tredje kjønnsalternativ, mens 35 % foretrekker en alternativ løsning. Blant alternative løsninger nevnes blant annet ingen kjønnsmarkør i det hele tatt eller mer enn tre kategorier.²⁵

Undersøkelsene bærer preg av at forskningsområdet er i en startfase. Det er i liten grad kartlagt hvilket behov transpersoner og intersexpersoner har for et tredje kjønnsalternativ, og hvordan dette eventuelt skal utformes. De fleste undersøkelsene har svært få respondenter, og flere av undersøkelsene baserer seg på selvrapportering og selvrekuttering. Det er altså ikke nødvendigvis alltid hentet ut et representativt utvalg.

Samtidig viser de ovennevnte rapportene at ikke alle definerer seg som menn og kvinner. Det mangler heller ikke på alternativer til dagens tokjønnsmodell i andre jurisdiksjoner. Danmark, Tyskland, New Zealand, Australia, Nepal, Pakistan, Bangladesh og India skiller seg ut som land som på ulike måter anerkjenner et tredje juridisk kjønnsalternativ.

Noen land, som for eksempel Nepal og India, gir en positiv anerkjennelse til en spesifisert tredje kjønnskategori. Det tredje kjønnsalternativet er her (presumptivt) fullt ut likestilt med de to tradisjonelle kategoriene. Andre land, som for eksempel Danmark, gir frihet fra den tradisjonelle tokjønnsmodellen uten at det tredje kjønnsalternativet er nærmere spesifisert. Det danske tredje kjønnsalternativet gir altså ingen likestilling med de to andre kjønnene, men fremstår i større

20. van der Ros 2014, s. 67.

21. van der Ros 2014, s. 65.

22. Sørli 2013, i vedlegg nr. 1.

23. Prop. 88 L (2012–2013) s. 111.

24. The Netherlands Institute for Social Research 2014, s. 39.

25. Deutscher Ethikrat 2012, s. 58 og 83.

grad som en reservasjonsløsning. Med dette som utgangspunkt kan vi tenke oss to hovedmodeller for et tredje juridisk kjønnsalternativ:

- Reservasjonsmodellen (negativ modell)
- Flerkjønnsmodellen (positiv modell)

2.1 Reservasjonsmodellen

Noen land tar utgangspunkt i tokjønnsmodellen, men åpner for unntak fra denne modellen i enkelte tilfeller, altså det jeg har valgt å betegne som reservasjonsmodellen. I Europa er Danmark og Tyskland eksempler på dette. Danmark har åpnet for å få betegnelsen «X» i passet,²⁶ mens Tyskland har åpnet for at kjønn kan stå uregistrert i fødselsattesten.²⁷ Utenfor Europa gir New Zealand et eksempel på en lignende løsning som det Danmark har valgt.²⁸

I Danmark er det mulig å endre juridisk kjønnsidentitet dersom man selv ønsker det. Kravet er at man har fylt 18 år og reflektert over valget i minst seks måneder. I tillegg er det mulig å få betegnelsen «X» i passet.²⁹ New Zealand har helt siden 1990-tallet åpnet for at personer som er under kjønnsbekreftende behandling, kan få utstedt kjønnsmarkøren «X» i sine pass. I 2012 ble ordningen endret slik at denne kjønnsmarkøren nå er åpen for alle som ønsker det.³⁰

Det er verdt å merke seg at Danmark åpner for markøren «X» for personer som har en «oplevelse af at tilhøre det andet køn».³¹ Det ser altså ikke ut som danske lovgivere har tenkt særskilt på andre kjønnsidentiteter enn mann og kvinne da de gikk inn for markøren «X» i danske pass. Det ligger heller ingen vurdering av retten til å identifisere seg som noe annet enn mann og kvinne i rapporten til den danske arbeidsgruppen for endring av juridisk kjønn. I rapporten er betegnelsen «X» forklart med en kort henvisning til at International Civil Aviation Organization (ICAO) åpner for dette alternativet, men standarden til ICAO sier derimot ingenting om hva markøren «X» skal brukes til.³²

Pass inneholder obligatoriske felter som alle medlemsland av ICAO har forpliktet seg til å ta med. Navn, fødselsdato, nasjonalitet og kjønn er eksempler på obligatoriske felter.³³ ICAOs arbeidsgruppe for maskinlesbare pass vurderte i 2012 om

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

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

28. Open Society (mai 2014), s. 20.

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

30. Open Society (mai 2014), s. 20.

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

32. Justisministeriet (27. februar 2014), s. 26.

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

kjønn burde fjernes som et obligatorisk felt.³⁴ Et av argumentene for å fjerne kjønn var at kjønn som identitetsmarkør er overflødig i en tid der alle pass er elektroniske, og alle reisende har en unik elektronisk identitet.³⁵ Det ble også trukket frem at kjønnsløse pass vil være fordelaktig for transpersoner,³⁶ men at kjønn likevel bør beholdes fordi det vil medføre betydelige kostnader å endre datasystemene til passkontroller rundt om i verden.³⁷

Syvende utgave av ICAOs standarder for pass kom i 2015.³⁸ I disse standardene er kjønn fortsatt et obligatorisk kriterium. Kjønn skal betegnes med en bokstav eller et tegn ut fra det språket som er alminnelig brukt i det landet passet er utstedt. Ved engelsk oversettelse åpner standarden for tre mulige markører, (F) for kvinne, (M) for mann og (X) for uspesifisert. ICAOs standard åpner altså for et tredje kjønnsalternativ.³⁹ Standarden med tilhørende rapporter gir ingen begrunnelse for kjønnsmarkøren «X». Markøren er imidlertid ikke ny. ICAO har tilbudt dette alternativet helt siden 1945.⁴⁰ Bakgrunnen for at ICAO har «X» som et alternativ, bør ses i sammenheng med at standarden åpner for tilsvarende muligheter der andre obligatoriske felter er ukjente. Standarden har for eksempel egne retningslinjer for hvordan fødselsdato skal spesifiseres dersom datoen ikke er kjent, eller hvordan nasjonaliteten til statsløse personer skal stadfestes.⁴¹

En rekke land åpner for at registrering av kjønn kan utsettes, men det er foreløpig kun Tyskland som har åpnet for at kjønnsstatus kan stå permanent som udefinert.⁴² Tyskland skiller seg ut som det eneste landet i Europa der foreldre har muligheten til å reservere seg mot å registrere barna sine med et juridisk kjønn ved fødsel. Denne muligheten er imidlertid kun åpen for barn født med uklare kjønnskaraktistika.⁴³ Det er ingen frist for når kjønn må registreres. I prinsippet kan man da gå gjennom hele livet uten å ha et juridisk kjønn. En person som ikke er registrert med et juridisk kjønn, vil imidlertid kunne møte problemer ved inngåelse av ekteskap og etablering av foreldreskap. Ekteskap i Tyskland er kun åpent for personer av ulike kjønn.⁴⁴ Disse problemstillingene er ikke løst i tysk rett, og har blitt problematisert i tysk juridisk litteratur.⁴⁵

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

35. Ibid., pkt. 2.2.

36. Ibid., pkt. 4.1.

37. Ibid., pkt. 5.1.

38. International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303.

39. Ibid., s. 14.

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

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

42. European Union Agency of Fundamental Rights (desember 2015), s. 72–74.

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

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

45. Ibid., s. 72–73.

2.2 Flerkjønnsmodellen

Bangladesh, Pakistan, Nepal og India har alle åpnet for anerkjennelse av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Tredje kjønn er ikke noe nytt fenomen i sørasiatiske land, men juridisk anerkjennelse har først kommet på plass i nyere tid gjennom høyesterettsdommer i tidsperioden 2007 til 2013. Først ut var Nepal.⁴⁶ I 2007 la nepalsk høyesterett til grunn at også «third gender individuals»⁴⁷ er borgere av Nepal med rett til anerkjennelse på lik linje med menn og kvinner.

Domstolen går ikke nærmere inn på hva nepalske myndigheter må gjøre for å sikre rettighetene til «third gender individuals», men viser til at myndighetene må foreta «necessary arrangements» for å sikre at ingen blir diskriminert.⁴⁸ Som følge av dommen ble det fra 2011 mulig å registrere seg med en alternativ kjønnsmerke i folkeregisteret.⁴⁹

I sørasiatiske land er spesielt hijra kjent som en betegnelse for personer av et «tredje kjønn». I 2014 kom indisk høyesterett frem til at hijraer kan velge mellom å være registrert som mann, kvinne eller et tredje kjønnsalternativ.⁵⁰ Gayatri Reddy har gjort feltstudier av et hijra-samfunn i Hydarab. Reddy viser i sin studie til en rekke ulike identiteter, herunder kandra hijra, badhai hijra, zenana, kada-catli koti, jogin, siva-sati og berupia som betegner ulike variasjoner av blant annet religiøse praksiser, yrker og sosial status.⁵¹ Hijra har altså et mangefasettert meningsinnhold som blant annet kan vise til klasse, kaste og religion. I et juridisk perspektiv reiser dette blant annet spørsmål ved hva som faktisk anerkjennes når hijra blir anerkjent av indiske myndigheter. Er de anerkjent som et alternativt kjønn? Eller kanskje heller som en kulturell eller religiøs minoritet?

De siste årene har personer som regnes som «tredje kjønn» i sørasiatiske land, fått stadig flere rettigheter. I 2009 kom pakistansk høyesterett frem til at «evnukker» er «respectable citizens», som blant annet har arverett på lik linje med andre borgere.⁵² I 2011 slo høyesterett fast at «evnukker» også har stemmerett.⁵³ I 2009 kom også Høyesterett i Bangladesh frem til at hijraer har rett til å stemme.⁵⁴ Disse sakene illustrerer at anerkjennelsen av et tredje kjønn har en ganske annen betydning i sørasiatiske land. Før disse sakene kom opp for høyesterett i Nepal, Bangladesh og Pakistan, var statusen til kjønnsvarierte personer uklare.

46. Pant v. Nepal (2007).

47. Ibid., s. 277.

48. Pant v. Nepal (2007), s. 285.

49. Young (12. februar 2016).

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

51. Reddy 2005, s. 53.

52. Dr. Muhammad Aslam Khaki mot Rawalpindi (2009).

53. Jain & Rhoten 2013, s. 11 venstre spalte.

54. Ibid., s. 11 venstre spalte.

Enkelte rettigheter er fortsatt uavklarte. Rapporten «License To Be Yourself» av Open Society Foundation fra 2014 peker på at det er betydelig risiko for at hijraer vil miste rettigheter og rettsvern dersom ikke samtlige kjønns spesifikke lover blir endret slik at et tredje kjønnsalternativ blir anerkjent på alle områder der kjønn er relevant.⁵⁵ Anerkjennelsen av et tredje kjønnsalternativ i sørasiatiske land må altså ses i lys av en svakere juridisk tokjønnsmodell enn det vi er vant med i Norge, der det ikke er selvsagt at alle mennesker er anerkjent som menn og kvinner i alle tilfeller.

2.3 Oppsummering av de to modellene

I dette avsnittet har jeg sett på praksis fra andre land med utgangspunkt i to modeller: reservasjonsmodellen og flerkjønnsmodellen.

Reservasjonsmodellen er karakterisert ved en rett fra å bli anerkjent som mann eller kvinne. Stikkordet for denne modellen er at den tilbyr negativ anerkjennelse, nemlig anerkjennelse fra å bli betegnet som mann eller kvinne. En «X» i passet kan for eksempel være et uttrykk for reservasjonsmodellen.⁵⁶

Flerkjønnsmodellen er karakterisert ved en rett til å bli anerkjent som noe annet enn mann eller kvinne. Stikkordet for denne modellen er at den tilbyr positiv anerkjennelse, altså en anerkjennelse for en bestemt kjønnsidentitet utover mann og kvinne.⁵⁷

3. Retten til egen kjønnsidentitet som retten til privatliv

Lov om juridisk kjønn ble innført blant annet med bakgrunn i vurderinger av retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Utgangspunktet for kritikken av tidligere praksis var at den tvang enkelte til å være registrert med et juridisk kjønn som ikke passet overens med egen kjønnsidentitet. Mangel på et tredje juridisk kjønnsalternativ medfører at ikke alle blir anerkjent i henhold til egen kjønnsidentitet. Vurderingstema virker altså tilsynelatende sammenfallende med kritikken som førte til lov om juridisk kjønn. Det er likevel noen forskjeller.

55. Open Society (mai 2014), s. 21.

56. Det kan argumenteres for at en ikke-binær kjønnsidentitet, altså det å verken definere seg som mann eller kvinne, i seg selv er en spesifisert og nærmere bestemt kjønnsidentitet. I så fall vil en «X» i passet gi positiv anerkjennelse. Jeg går ikke nærmere inn på denne diskusjonen her, utover å påpeke at jeg i denne sammenhengen forstår «X» som en samlebetegnelse på en mengde kjønnsidentiteter som kun har det til felles at de verken er mann eller kvinne.

57. Disse to modellene bygger på min egen systematisering, og er kun én av en rekke alternative måter å betrakte alternative kjønnsbetegnelser på. Inndelingen i henholdsvis negativ og positiv anerkjennelse bygger på filosofen Isaiah Berlins foredrag «To begreper om frihet» (2009). Bakgrunnen for at jeg har gjort en distinksjon mellom positiv og negativ anerkjennelse, er at formen for anerkjennelse har betydning for de potensielle rettsvirkningene av et tredje juridisk kjønnsalternativ.

Før lov om juridisk kjønn var endring av juridisk kjønn knyttet til obligatorisk sterilisering. Det var ikke mulig å endre juridisk kjønn uten å sterilisere seg. Dette reiste spørsmål om det i realiteten forelå tvungen sterilisering. I tilfellet med et tredje juridisk kjønnsalternativ er sterilisering ikke et tema, ganske enkelt fordi et tredje alternativ er absolutt utilgjengelig. Det er ingen måter å oppnå et tredje juridisk kjønnsalternativ på, verken gjennom sterilisering eller andre metoder.

En annen forskjell er at lov om juridisk kjønn enklere lar seg innplassere i med det gamle systemet. Videreføringen av tokjønnsmodellen gir et praktisk tosporet system, med fødselskjønn i det ene og kjønnsidentitet i det andre, der rettsvirkningene av juridisk kjønn enkelt kan penses inn på enten det ene eller andre sporet. Kvoteringsreglene i likestillingsloven som i dag er knyttet til kjønnsidentitet, kan for eksempel flyttes til fødselskjønn ved en enkel lovendring. Innføringen av et tredje kjønnsalternativ reiser til sammenligning mer kompliserte spørsmål.

Et tredje kjønnsalternativ lar seg ikke like enkelt kalibrere med kvoteringsregler og andre kjønns spesifikke reguleringer bygd opp i et binært kjønns system. Ved vurderingen av et tredje juridisk kjønnsalternativ opp mot retten til privatliv blir det dermed nødvendig å starte med en avklaring av omfanget.

I den norske debatten har pass og andre identifikasjonspapirer stått sentralt.⁵⁸ Et tredje kjønnsalternativ i pass og identitetspapirer kan i seg selv gi betydelig anerkjennelse for personer som ikke identifiserer seg som menn eller kvinner, uten at det nødvendigvis må knyttes ytterligere rettsvirkninger til denne tredje kategorien.

For å avgrense har jeg i den følgende vurderingen derfor valgt å ta utgangspunkt i pass og identitetspapirer, uten å ta videre stilling til ytterligere rettsvirkninger ved for eksempel kvotering eller andre kjønns spesifikke rettigheter. Spørsmålet jeg tar stilling til i det følgende, er altså om retten til privatliv tilsier at det bør åpnes for et tredje kjønnsalternativ i pass og identitetspapirer, og i tilfelle hvordan dette alternativet bør utformes.

Etter Grunnloven § 102 har enhver «rett til respekt for sitt privatliv og familieliv». Det følger av forarbeidene til de nye bestemmelsene i Grunnloven at det ikke har vært meningen å endre det materielle innholdet i dagens rettstilstand. Hensikten er derimot å løfte «kjernen eller essensen» av menneskerettighetene inn i Grunnloven.⁵⁹ Høyesterettsavgjørelsene som omhandler Grunnloven § 102 legger stor vekt på internasjonale forpliktelser, og særlig vekt på EMK artikkel 8.⁶⁰ Etter min vurdering vil ikke Grunnloven § 102 lede til et annet resultat enn det som vil

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

59. Dokument 16 (2011–2012) s. 48.

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

følge av EMK artikkel 8. Jeg har derfor tatt utgangspunkt i EMK artikkel 8 i det følgende.

Det følger av EMK artikkel 8 (1) at «enhver har rett til respekt for sitt privatliv». Inngrep i denne retten kan kun skje dersom to kumulative vilkår er oppfylt: Inngrepet må være «i samsvar med loven» og «nødvendig i et demokratisk samfunn».⁶¹ Selv om disse to vilkårene er oppfylt, og det dermed ikke foreligger et inngrep, kan det likevel foreligge brudd på «respekten» for privatlivet. Et brudd på «respekten» for privatlivet foreligger der myndighetene ikke har gjort nok for å tilrettelegge for privatlivets fred.

Dette reiser spørsmål ved om dagens obligatoriske tokjønnsmodell utgjør et inngrep i retten til privatliv, eller om det alternativt foreligger en positiv forpliktelse til å tilrettelegge for et alternativ til dagens modell.

3.1 Foreligger det et inngrep i retten til privatliv?

Et inngrep i retten til privatliv gir anvisning på at dagens modell må erstattes med noe annet. Det er i så fall trekk ved dagens tokjønnsmodell som i seg selv utgjør et inngrep i retten til privatliv, og som dermed må erstattes med noe nytt.

En positiv forpliktelse innebærer til sammenligning et supplement heller enn en erstatning. Myndighetene kan i så fall beholde dagens tokjønnsmodell, men supplere den med et tillegg for å tilrettelegge for en spesielt berørt gruppe.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har konsekvent behandlet saker om juridisk kjønn som et spørsmål om positive forpliktelser, og ikke et negativt inngrep, helt frem til H mot Finland i 2012.

H mot Finland gjaldt om Finland kunne kreve at en transseksuell person som ønsket å endre juridisk kjønnsidentitet, enten måtte konvertere ekteskapet sitt til et registrert partnerskap eller skille seg ettersom Finland på dette tidspunktet ikke åpnet for likekjønnet ekteskap.⁶² Avgjørelsen ble derimot ikke stående. EMD konkluderte to år senere i storkammerdommen Hämäläinen mot Finland at forholdet ikke kunne rubiseres som et inngrep, men derimot som et spørsmål om positiv forpliktelse.⁶³ Som negativt inngrep ble saksforholdet i H mot Finland vurdert som et spørsmål om Finland måtte slutte å tvinge transseksuelle til å skille seg for å endre kjønn.⁶⁴ I storkammeravgjørelsen to år etter, kjent som Hämäläinen mot Finland, ble spørsmålet derimot om Finland hadde en positiv plikt til å legge til rette for at transseksuelle kan fortsette å være gift etter at de har endret kjønn.⁶⁵

61. EMK artikkel 8 (2).

62. H mot Finland (2012) avsnitt 26.

63. Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 64.

64. H mot Finland (2012) avsnitt 44.

Det mangler klare retningslinjer for hva som skal anses som et inngrep og hva som skal anses som en positiv forpliktelse. EMDs inndeling i inngrep og positive forpliktelser kan virke tilfeldig, og har også blitt kritisert av mindretallet i Hämäläinen mot Finland.⁶⁶ Selv om problemstillingen i vårt tilfelle begrenser seg til identifikasjonspapirer, og ikke andre kjønns spesifikke rettigheter, berører sakskomplekset likevel den grunnleggende inndelingen mellom mann og kvinne. Spørsmålet er om EMD vil anse et system som er alminnelig praksis i de fleste medlemslandene, som et inngrep i seg selv. EMD har aldri tidligere rubrisert manglende juridisk anerkjennelse i saker om transseksuelle og transpersoner som et negativt inngrep, med unntak av H mot Finland som ble omgjort i Hämäläinen mot Finland.

Europarådets parlamentarikerforsamling anbefalte i 2015 medlemstatene å «consider» et tredje kjønnsalternativ.⁶⁷ Ordlyden peker på et tredje juridisk kjønnsalternativ som et positivt tiltak som statene bør vurdere å innføre. I mangel på andre faste holdepunkter vil jeg la EMDs løsning i tidligere saker om endring av juridisk kjønnsidentitet være førende.⁶⁸ Jeg legger da til grunn at det ikke foreligger et inngrep i vårt tilfelle.

3.2 Foreligger det en positiv forpliktelse?

Selv om det ikke foreligger et inngrep, er det fortsatt nødvendig å vurdere om staten har gjort nok for å legge til rette for at privatlivet er respektert. I motsetning til vilkårene som må være oppfylt ved negative inngrep, gjelder det ingen faste kriterier ved vurderingen av om privatlivet er respektert. I Hämäläinen legger EMD likevel til grunn at det finnes noen generelle retningslinjer for vurderingen. EMD trekker frem to forhold som må tas i betraktning:⁶⁹

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

Det skal foretas en «fair balance» mellom interessene til individet og samfunnet. I vurderingen av «fair balance» vil domstolen se på hvor byrdefull gjeldende praksis er for individet, og om den berører «fundamental values» eller «essential aspects» av privatlivet.

65. Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 64.

66. Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 1 i dommer Ziemeles særavtøm.

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

68. Mindretallet i Hämäläinen kritiserer flertallets omgjøring av H mot Finland og peker på at vurderingen av hva som utgjør et «inngrep», virker tilfeldig fra sak til sak.

69. Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 66.

EMD har flere ganger slått fast at vi har en rett til kjønnsidentitet etter EMK artikkel 8.⁷⁰ I van Kück-avgjørelsen fra 2003, som gjaldt retten til å få refundert kostnader relatert til kjønnsbekreftende behandling, slår EMD fast at kjønnsidentitet er «one of the most intimate areas of a person's private life»,⁷¹ og at retten til egen kjønnsidentitet er et «fundamental aspect of her right to respect for private life».⁷² Retten til kjønnsidentitet er altså i seg selv en fundamental del av retten til privatliv.

I 2015 anbefalte som nevnt parlamentarikerforsamlingen at «a third gender option» bør gjøres tilgjengelig i identifikasjonspapirer for dem som ønsker det.⁷³ Resolusjonen fra parlamentarikerforsamlingen er til støtte for at et tredje juridisk kjønnsalternativ berører retten til kjønnsidentitet, og dermed «fundamental values» eller «essential aspects» av retten til privatliv etter EMK artikkel 8.⁷⁴

Ved spørsmålet om hvor byrdefull forpliktelsen er for staten, er det sentralt å se på omfanget av den aktuelle positive forpliktelsen. Dersom det nødvendige tiltaket er av presis og avgrenset karakter, kan det være lettere å implementere for staten enn et tiltak som er mer omfattende og ubestemmelig.⁷⁵

I Goodwin-dommen fra 2002, som gjaldt en operert transseksuells rett til å bli anerkjent i henhold til egen kjønnsidentitet, kom EMD frem til at endring av juridisk kjønn var både «manageable and acceptable» dersom det er avgrenset til kjønnskorrigerte som målgruppe.⁷⁶ EMD har lagt til grunn at opererte transseksuelle er en «fairly well-defined and identifiable group».⁷⁷ I vårt tilfelle er derimot målgruppen mer uavgrenset. Transpersoner og intersexpersoner er kun to samlebetegnelse på en mangfoldig og sammensatt gruppe der enkelte kan være interessert i å bli anerkjent med et tredje kjønnsalternativ.

Parlamentarikerforsamlingens anbefaling fra 2015 spesifiserer ikke nærmere hvilken form det tredje kjønnsalternativet bør ta. Yogyakartaprinsippene kan imidlertid her gi en viss veiledning. Yogyakartaprinsippene ble lansert i 2006 av

70. Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 56, 69, 73 og 75, Y.Y. mot Tyrkia (2015) avsnitt 58 og 102 (kun tilgjengelig på fransk).

71. Van Kück mot Tyskland (2003) avsnitt 56.

72. Ibid., avsnitt 75.

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

74. EMD har hittil ikke behandlet retten til et tredje kjønnsalternativ, men kun retten for opererte transseksuelle til å bli anerkjent som det «motsatte kjønn». EMDs uttalelser i Goodwin-dommen antyder at retten til å kunne «passere som det motsatte kjønn» stod sentralt, herunder avsnitt 90: «[T]he unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.» Senere rapporter og resolusjoner fra FN og Europarådet (jf. fotnoter ovenfor) antyder imidlertid at innholdet i retten til kjønnsidentitet har utviklet seg en hel del siden Goodwin-dommen (2002) og van Kück-dommen (2003).

75. Härmäläinen mot Finland (2014) avsnitt 66.

76. Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 91.

77. Rees mot Storbritannia (1986) avsnitt 38.

The International Commission of Jurists og The International Service for Human Rights.⁷⁸ Formålet med disse prinsippene er ikke å foreslå nye rettigheter, men å beskrive hvordan eksisterende menneskerettigheter kommer til anvendelse på kjønns- og seksualitetsområdet.⁷⁹ Prinsippene har ingen formell tilknytning til Europarådet eller andre overnasjonale organisasjoner. Innholdet i prinsippene har likevel fått fotfeste i både FN og Europarådet, og er blant annet lagt til grunn i parlamentarikerforsamlingens resolusjon fra 2015.⁸⁰ Det følger av Yogyakarta-prinsipp nr. 3 at statene bør «take all necessary legislative, administrative and other measures to fully respect and legally recognise each person's self-defined gender identity». I valget mellom positiv og spesifisert anerkjennelse eller negativ og uspesifisert anerkjennelse peker ordlyden i Yogyakarta-prinsippene i retning av det førstnevnte, altså en form for flerkjønnsmodell.⁸¹

Dersom tiltaket kun baserer seg på innføring av en «X» i pass og identitetsdokumenter, kan dette være til støtte for at tiltaket både er presist og avgrenset. ICAO har siden 1945 godkjent at kjønnsmarkør kan betegnes med «X» for uspesifisert. Internasjonale regler er derfor ikke til hinder for å innføre et tredje juridisk alternativ.⁸² Dette peker mot et tredje kjønnsalternativ lik den danske løsningen, som jeg i denne artikkelen har betegnet som reservasjonsmodellen. ICAO stenger imidlertid heller ikke for en begrenset flerkjønnsmodell. Gjeldende pass-standard åpner for tre alternativer ved engelsk oversettelse, altså Male (M), Female (F) eller X for uspesifisert, men angir ikke nærmere hvordan den norske kjønnsbetegnelsen skal være. Dette åpner for et mangfold av norske betegnelser som ved engelsk oversettelse vil kategoriseres som «X».

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

De 47 medlemslandene i Europarådet er svært mangfoldige, med ulik historie, kultur og juridiske tradisjoner. Det kan derfor ikke forventes at statene har regulert samme problemstilling på nøyaktig samme måte. I Goodwin anerkjenner EMD dette og peker på at det er «hardly surprising» at praksis blant medlems-

78. O'Flaherty 2015, s. 1–2.

79. O'Flaherty 2007, s. 1.

80. O'Flaherty 2015, s. 10–17, parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (2015) doc. 13742, s. 5, og Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2009), s. 5.

81. O'Flaherty 2015, s. 23, argumenter for at prinsippene åpner for «non-binary gender assumptions», og viser til at prinsippene ble anvendt til støtte for et tredje juridisk kjønnsalternativ i både Nepal og India. O'Flaherty ser altså ikke kun hen til hvordan menneskerettighetene ble tolket da prinsippene ble utformet, men også hvordan prinsippene senere har blitt anvendt av domstoler og komiteer rundt om i verden.

82. Kommisæren for menneskerettigheter i Europarådet (2015), s. 40.

statene varierer mye på feltet.⁸³ EMD legger derfor mindre vekt på at endring av juridisk kjønn blir regulert på ulike måter, og tilsvarende mer vekt på en trend i retning av økt anerkjennelse.

I Vallianatos-avgjørelsen fra 2013 la EMD til grunn at det ikke forelå konsensus, men en «emerging trend» i retning av juridisk anerkjennelse av likekjønnet samliv. Alle landene som åpner for endring av juridisk kjønn, med unntak av Malta, Danmark og Irland, stiller krav til medisinske eller materielle vurderinger. Det er hittil kun Danmark som har åpnet for «X» i passet for personer som opplever seg som det motsatte kjønn,⁸⁴ mens Tyskland åpner for at registreringen av juridisk kjønn kan utelates for barn med uklare kjønnskaraktistika.⁸⁵

I Vallianatos understreker EMD at det ikke bare foreligger en «emerging trend», men at den også er «clear».⁸⁶ Selv om det er en viss trend å spore i retning av et tredje juridisk alternativ, er det høyst usikkert om trenden på dette tidspunktet er tydelig nok for EMD. EMD brukte mange år og flere avgjørelser på å anerkjenne retten til å endre juridisk kjønn for opererte transseksuelle. Selv om det finnes en begynnende trend i retning av flere alternativer til tokjønnsmodellen, er det foreløpig tvilsomt om trenden er klar og tydelig nok til at EMD vil bygge på den som et avgjørende moment.

Norske domstoler skal ha et aktivt forhold til EMK og forholde seg til «present-day conditions».⁸⁷ Domstolene skal imidlertid ikke forplikte norske myndigheter i større grad enn det EMDs metode og praksis tilsier. Det har startet en trend, men det er på det nåværende tidspunkt ikke klart hvilke føringer trenden vil legge for innholdet i et tredje juridisk kjønnsalternativ.

Det foreligger imidlertid en tydelig oppfordring til å utrede og kartlegge behovet for alternativer til den obligatoriske tokjønnsmodellen, spesielt med hensyn til alternative kjønnsmarkører i pass og identitetspapirer.

4. Er lov om juridisk kjønn diskriminerende?

Lov om juridisk kjønn har også blitt utfordret i lys av vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet.⁸⁸ Retten til privatliv gir kun et minimumsvern og

83. Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 85.

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

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

86. Vallianatos mot Hellas (2013) avsnitt 91.

87. Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 75.

88. Anne Hellum (2016) reiser i artikkelen «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett» blant annet spørsmål ved om lov om juridisk kjønn utgjør diskriminering etter diskrimineringsloven om kjønnsidentitet.

hindrer ikke nasjonale myndigheter fra å gi borgerne bedre rettigheter enn det som følger av konvensjonen.⁸⁹ Lov om juridisk kjønn gir en eksplisitt anerkjennelse av egen kjønnsidentitet, men likevel slik at anerkjennelsen begrenser seg til kun to obligatoriske kategorier. Lovens virkning er at kun personer med kvinnelig eller mannlig kjønnsidentitet kan få pass og identitetspapirer som samsvarer med egen kjønnsidentitet. For at loven skal utgjøre ulovlig forskjellsbehandling, må følgende grunnleggende vilkår være oppfylt:⁹⁰

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

Forskjellsbehandling kan være enten direkte eller indirekte. Lover, ordninger og praksiser som behandler like tilfeller ulikt, utgjør direkte forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling kan også forekomme indirekte. Indirekte forskjellsbehandling forekommer der en lov eller praksis formelt sett er nøytralt utformet, men der den reelle virkningen likevel er forskjellsbehandling.⁹¹

Hvorvidt dagens ordning skal klassifiseres som direkte eller indirekte forskjellsbehandling, beror i stor grad på hvilke aspekter ved kjønn som ligger til grunn for juridisk kjønn. Dersom juridisk kjønn utelukkende er ment å gi uttrykk for biologiske aspekter ved kjønn, foreligger det ingen direkte forskjellsbehandling. Alle blir da formelt sett likebehandlet ut fra hvilket fødselskjønn de er.⁹² Dersom juridisk kjønn er ment å gi uttrykk for kjønnsidentitet, vil det derimot foreligge direkte forskjellsbehandling.

Lov om juridisk kjønn tar utgangspunkt i anerkjennelse av kjønnsidentitet og gir rett til å endre fra mann til kvinne eller motsatt. Den direkte virkningen av loven er at alternative kjønnsidentiteter ikke blir anerkjent. Loven utgjør dermed direkte og formell forskjellsbehandling. Spørsmålet er da om slik direkte forskjellsbehandling utgjør negativ forskjellsbehandling. Dette er nærmere vurdert i det følgende, først i lys av EMK artikkel 14 og deretter etter diskrimineringsloven om kjønnsidentitet.

89. Kjølbro 2010, s. 891.

90. Strand 2012, s. 133–134.

91. Strand 2012, s. 136–140.

92. Det kan derimot foreligge indirekte forskjellsbehandling av intersexpersoner ettersom definisjonen av fødselskjønn ikke tar hensyn til at ikke alle blir født med entydige mannlige eller kvinnelige kjønnsmerker.

4.1 Diskrimineringsvernet etter EMK artikkel 14 opp mot EMK artikkel 8

Etter EMK artikkel 14 er det ikke avgjørende om man har en rett, men om andre grupper i samfunnet har bedre rett enn en selv.⁹³ Spørsmålet er da om lov om juridisk kjønn gjennom sin utforming skjevfordeler rettigheter på en måte som setter en gruppe i samfunnet i en dårligere stilling enn andre. I tillegg til de tre ovennevnte grunnvilkårene må følgende tilleggsvilkår være oppfylt for at det skal foreligge negativ forskjellsbehandling etter EMK artikkel 14:

1. Det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, i dette tilfellet kjønnsidentitet, må være anerkjent etter EMK.
2. Den aktuelle forskjellsbehandlingen må berøre en rettighet anerkjent etter EMK, i dette tilfellet retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

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

Domstolen forklarer «status» med at det må foreligge en «personal characteristic by which persons or a group of person are distinguishable from each other».⁹⁴ Transpersoner og intersexpersoner er to aktuelle målgrupper for et tredje juridisk kjønnsalternativ. Den personlige karakteristikken ved transpersoner er at de har en kjønnssidentitet eller et kjønnsuttrykk som bryter med deres fødselskjønn, mens intersexpersoner har ulike medisinske diagnoser. Målgruppen for et tredje kjønnsalternativ er som nevnt både sammensatt og vanskelig å avgrense nøyaktig. Et felles og bestemmende trekk ved målgruppen er imidlertid at de verken har en kvinnelig eller mannlig kjønnssidentitet, til forskjell fra resten av befolkningen.

4.1.2 Den aktuelle forskjellsbehandlingen berører retten til privatliv etter EMK artikkel 8

I tillegg til å ha tilknytning til et bestemt diskrimineringsgrunnlag må forskjellsbehandlingen også ha tilknytning til en eller flere av de rettighetene som konvensjonen beskytter. EMD har slått fast at «differences based on gender and sexual orientation requires particularly serious reasons by way of justification».⁹⁵ Dom-

93. Kjølbrot 2010, s. 891.

94. Petrov mot Bulgaria (2008) avsnitt 52.

95. Hämäläinen mot Finland (2014) avsnitt 109.

stolen har også slått fast at retten til å definere sitt (sosiale) kjønn inngår som en del av vår fundamentale rett til selvbestemmelse.⁹⁶ I relasjon til pass og identitetsdokumenter er spørsmålet om målgruppen som ønsker en alternativ kjønnsbetegnelse, blir diskriminert ved å bli påtvunget en mannlig eller kvinnelig identitet. Det foreligger altså en tilknytning til retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

4.1.3 Foreligger det negativ forskjellsbehandling?

For at det skal foreligge negativ forskjellsbehandling, må den situasjonen som målgruppen blir utsatt for, være sammenlignbar.⁹⁷ EMD har foreløpig kun tatt stilling til diskriminering av transpersoner ved ett tilfelle, i *Hämäläinen mot Finland* fra 2014, som gjaldt retten til ekteskap. Saken gjaldt om Finland kunne nekte *Hämäläinen* å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne med mindre hun skilte seg fra sin kone. Bakgrunnen var at Finland på dette tidspunktet kun åpnet for ekteskap mellom par av ulike kjønn.⁹⁸ *Hämäläinen* hevdet at hennes situasjon som transseksuell kunne sammenlignes med to andre grupper i samfunnet.⁹⁹

For det første hevdet hun å være utsatt for diskriminering sammenlignet med alle som ikke er transpersoner. Alle som ikke er transpersoner, blir omtalt som «cissexuals».¹⁰⁰ I motsetning til transpersoner blir cispersoner tildelt et juridisk kjønn som stemmer overens med deres egen kjønnsidentitet allerede fra fødselen av. For det andre sammenlignet *Hämäläinen* seg med heterofile ektepar.¹⁰¹ Det fantes ifølge *Hämäläinen* ingen tilfeller der heterofile ektepar ble tvunget til å skille seg.¹⁰²

Domstolen konkluderer med at ekteskap for transseksuelle ikke er «sufficiently similar» med cispersoner. Det forelå derfor ikke forskjellsbehandling, og heller ikke diskriminering i strid med EMK artikkel 14. Domstolen gir ingen begrunnelse for resultatet.¹⁰³ Konklusjonen bør imidlertid leses i lys av den særskilte problemstillingen som *Hämäläinen* reiste. For å unngå likekjønnet ekteskap har EMD tidligere akseptert at transseksuelle som er gift fra før, må skille seg.¹⁰⁴ Retten til å

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

97. *Kjølbros* 2010, s. 893–897.

98. *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 39.

99. *Ibid.* avsnitt 103–105.

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

101. *Hämäläinen mot Finland* (2014) avsnitt 104–105.

102. *Ibid.*, avsnitt 105.

103. *Ibid.*, avsnitt 112.

104. *Parry mot Storbritannia* side 12 (avsnitt ikke nummerert).

gifte seg er imidlertid kun ett av mange mulige sammenligningsgrunnlag mellom cispersoner og transpersoner. EMDs praksis viser at hver enkelt situasjon må vurderes konkret.¹⁰⁵

I Pajić mot Kroatia fra februar 2016 tok EMD stilling til om nekting av familie-gjenforening med en samboer av samme kjønn utgjorde diskriminering etter EMK artikkel 14. Kroatia har åpnet for likekjønnet partnerskap, men familie-gjenforening var likevel kun tilgjengelig for ektepar eller samboere av ulike kjønn.¹⁰⁶ I vurderingen av hvorvidt det forelå en sammenlignbar situasjon mellom samboere av like og ulike kjønn, la EMD vesentlig vekt på disharmonien mellom reglene om familie-gjenforening og reglene om likekjønnet partnerskap. Gjennom en likekjønnet partnerskapsordning hadde Kroatia de facto anerkjent at likekjønnede og ulikekjønnede samboere kan sammenlignes med hverandre. Det forelå derfor forskjellsbehandling.¹⁰⁷

På samme måte som Kroatia anerkjenner samboerpar av samme kjønn, anerkjenner norske myndigheter at ikke alle definerer seg som mann eller kvinne.¹⁰⁸ Det er likevel kun personer med en mannlige eller kvinnelige kjønnsidentitet som får juridisk anerkjennelse i pass og identitetspapirer. Lov om juridisk kjønn § 2 gir eksplisitt kun rett til å endre til «det andre kjønn». Dagens praksis fører til at transpersoner ikke får respektert retten til privatliv på samme måte som andre, ved at dokumenter utstedt fra det offentlige ikke anerkjenner hvem de er. Dagens ordning utgjør altså direkte forskjellsbehandling som setter målgruppen for et tredje kjønnsalternativ i en dårligere stilling.

4.1.4 Er forskjellsbehandlingen saklig begrunnet?

Forskjellsbehandling er akseptabelt dersom den har en «objective and reasonable justification». Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må ha et legitimt formål, og at det må være et rimelig forhold mellom formålet og forskjellsbehandlingen.¹⁰⁹

Kjønnsmarkører i pass og identifikasjonsdokumenter har blant annet som formål å kontrollere identiteten til en person. Kjønn er ved siden av alder de eneste identitetsmarkørene som presumtvt kan kontrolleres ut fra utseende. Inndelingen i to kjønnsmarkører bygger altså på en presumsjon om at det er mulig å dele inn alle i enten mann eller kvinne, og at det er mulig å kontrollere hvilket kjønn en person har ut fra rent utseendemessige kriterier. Denne presumsjonen stemmer

105. Kjølbrot 2010, s. 893–896.

106. Pajić mot Kroatia (2016) avsnitt 72–74.

107. Ibid., avsnitt 77.

108. Prop. 88. L (2012–2013) s. 110.

109. Strand 2012, s. 136–140.

imidlertid ikke alltid med virkeligheten. Personer med et androgynt utseende passerer ikke nødvendigvis entydig som verken kvinne eller mann. For denne gruppen kan det derfor være til hjelp å støtte seg på et tredje juridisk kjønnsalternativ i pass og identitetsdokumenter for å slippe å bli konfrontert med hvilket kjønn de «egentlig» er.

Det skal ut fra EMDs praksis være «a reasonable relationship of proportionality» mellom formålet og forskjellsbehandlingen.¹¹⁰ Ordningen med to obligatoriske kjønn må med andre ord ikke kun være egnet og nødvendig, men må også være forholdsmessigvurdert opp mot formålet. Opplysninger om kjønn som en del av visuell identitetskontroll er i utgangspunktet et legitimt formål, men det er derimot noe tvilsomt om obligatoriske kjønnsmarkører er et effektivt virkemiddel for å oppnå formålet i alle sammenhenger.

Hvordan et spørsmål er regulert i andre land, spesielt i andre medlemsland i Europarådet, kan gi en pekepinn på hvor forholdsmessig andre land mener en gitt ordning er. Den norske ordningen med to obligatoriske juridiske kjønn er svært utbredt blant medlemslandene i Europa, og det er hittil kun Danmark og Tyskland som tilbyr former for tredje juridiske kjønnsalternativer.

EMD har samtidig lagt til grunn at konvensjonen er et levende instrument som utvikles med tiden.¹¹¹ For å unngå konvensjonsbrudd må nasjonale myndigheter ha et aktivt forhold til konvensjonen. Hensikten er ikke å gi nasjonale myndigheter mest mulig frihet eller forutsigbarhet,¹¹² men å gi borgerne et praktisk og effektivt vern for sine rettigheter.¹¹³

På det nåværende tidspunkt er det tvilsomt om det foreligger en plikt etter EMK artikkel 14 sammenholdt med EMK artikkel 8 til å erstatte den obligatoriske tokjønnsmodellen, som fortsatt er fundamental og grunnleggende i de fleste europeiske land. Medlemsstatene har imidlertid en klar oppfordring fra parlamentarikerforsamlingen i Europarådet til å utrede alternativer til dagens ordning.¹¹⁴

4.2 Diskrimineringsloven om kjønnsidentitet § 5

Det følger av Grunnloven § 98 at «alle like for loven», og ingen mennesker skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling. Grunnloven § 98 er nærmere spesifisert i fire ulike likestillings- og diskrimineringslover.

110. Härmäläinen mot Finland (2014) avsnitt 108–109.

111. Tyrer mot Storbritannia (1978) avsnitt 31.

112. Wemhoff mot Tyskland (1968) avsnitt 8.

113. Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 74.

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

Ved vurderingen av EMK artikkel 8 og 14 er spørsmålet om hvor langt rettighets- og diskrimineringsvernet forplikter norske myndigheter, av sentral betydning. Diskrimineringsloven om kjønnsidentitet er til sammenligning et direkte uttrykk for lovgivers vilje. Stortinget har valgt å spesifisere og fremheve diskrimineringsvernet basert på kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk i en egen lov. Norske myndigheter støtter seg også aktivt bak Yogyakartaprinsippene, og prinsippene har hatt en avgjørende betydning ved utformingen av diskrimineringsloven om kjønnsidentitet.¹¹⁵ Både Yogyakartaprinsippene og diskrimineringsloven er forholdsvis nye. Det er derfor i liten grad snakk om dynamisk tolkning eller utvidende tolkning av gamle bestemmelser.

I 2014 tok LDO stilling til om dagens modell med obligatorisk tildeling av kjønn utgjorde diskriminering i strid med diskrimineringsloven om kjønnsidentitet. Hovedspørsmålet i saken var om sterilisering kunne stilles som vilkår for å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne. LDO la til grunn at dagjeldende praksis med krav om sterilisering utgjorde indirekte forskjellsbehandling. Ordningen var nøytralt utformet, men virkningen er likevel at noen blir stilt i en dårligere stilling.¹¹⁶

Den obligatoriske tokjønnsmodellen skiller seg fra LDO-saken i 2014. Tokjønnsmodellen er ikke nøytralt utformet. Det fremkommer direkte av modellens utforming at det kun er mulig å bli anerkjent som enten kvinne eller mann. Ingen andre muligheter er åpne. Direkte diskriminering er i diskrimineringsloven om kjønnsidentitet § 5 definert som «en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere». Det fremkommer videre av forarbeidene til loven at kjønnsidentitet er et mangfoldig og sammensatt konsept, som ikke kan avgrenses kategorisk til kun det mannlige eller det kvinnelige.¹¹⁷

Personer som ikke ønsker å identifisere seg som mann eller kvinne, er direkte og formelt utelatt fra modellen. Det foreligger da direkte forskjellsbehandling etter diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5. Dette reiser to hovedspørsmål:

- Setter den direkte forskjellsbehandlingen noen i en «dårligere stilling»?
- Hvis ja, er forskjellsbehandlingen «saklig»?

I LDOs avgjørelse fra 2014 ble det lagt vekt på formålet om å unngå å bli konfrontert med hvilket kjønn man egentlig er.¹¹⁸ Selv om LDO-saken ikke handlet om alternativer til den obligatoriske tokjønnsmodellen, men derimot om muligheten

115. Prop. 88 L (2012–2013) s. 117.

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

117. Prop. 88 L (2012–2013) s. 110.

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

til å endre juridisk kjønn innenfor tokjønnsmodellen, peker den på en lignende uheldig virkning. Endring av juridisk kjønn er sentralt for å unngå konfrontasjoner om hvilket kjønn man egentlig er, enten det er aktuelt å endre til et juridisk kjønn innenfor eller utenfor tokjønnsmodellen.

Forskjellsbehandlingen kan være lovlig dersom den har et saklig begrunnet formål. I tillegg må tiltaket være nødvendig for å oppnå det saklige formålet, jf. lovens § 6. Et sentralt formål med kjønnsmarkør i pass og identitetspapirer er behovet for visuell identitetskontroll basert på kjønn. Diskrimineringsloven om kjønnsidentitet tilsier at passkontrollører og andre som skal håndtere identitetspapirer, bør være seg bevisst at ikke alle oppfyller rådende normer om hvordan kvinner og menn bør se ut og oppføre seg. Kjønnsmarkører gir ingen garanti for et bestemt utseende.

Behovet for visuell identitetskontroll er i seg selv et saklig formål, men det er tvilsomt om den forskjellsbehandlingen som obligatoriske kjønnsmarkører utgjør, er nødvendig for å oppnå formålet. Det vil være mulig å gjennomføre visuell identitetskontroll uten en mannlig eller kvinnelig kjønnsmarkør ved kontroll av bilde og øvrige opplysninger rundt passholderens identitet, slik arbeidsgruppen i ICAO legger til grunn. Arbeidsgruppen har kravet om kjønnsmarkør «under review»,¹¹⁹ samtidig som ICAO etter gjeldende standard tillater å la kjønn være uspesifisert.¹²⁰

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

5. Avsluttende bemerkninger og anbefalinger

Vi kan identifisere to hovedformål ved juridisk kjønn. Det første formålet er å korrigere og normalisere avvik. Kjønns mangfold takles da ved å sørge for at transsekuelle og andre som avviker fra majoritetsnormen, på best mulig måte normaliseres inn i det rådende systemet.

Praksis fra EMD om endring av juridisk kjønn viser at dette formålet lenge har stått sentralt. I Goodwin la domstolen til grunn at «the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable».¹²¹ Hensikten er med andre ord ikke å

119. International Civil Aviation Organization (10.–12. desember 2012).

120. International Civil Aviation Organization (2015) doc. 9303.

gi en positiv anerkjennelse av transseksuelle eller transpersoner, men derimot å sørge for at transseksuelle kan passe inn i samfunnet ved å la dem passere som det motsatte kjønn.

Det andre mulige formålet er positiv anerkjennelse av det kjønns mangfoldet som finnes i samfunnet. Kjønsidentitet kan være helt sentralt for noen og uviktig for andre. Det vil variere fra person til person hvor viktig det er å få positiv anerkjennelse for ulike aspekter ved sin egen identitet.

Juridisk kjønn brukes på den ene siden som anerkjennelse av en sentral del av vår egen identitet, og på den andre siden som middel til å regulere vår sosiale status. Juridisk kjønn har både liberale og sosiale kvaliteter på samme tid.¹²² Samfunnet skiller fortsatt mellom menn og kvinner, og det foregår fortsatt diskriminering basert på kjønn.¹²³ Det er derfor fortsatt nødvendig å regulere vår sosiale status med utgangspunkt i kjønn for å fremme likestilling og hindre diskriminering. Kvinnediskrimineringskonvensjonen og likestillingsloven er nettopp et svar på samfunnets forskjellsbehandling av kvinner.

Ved å ta utgangspunkt i tokjønnsmodellen kan retten imidlertid også være med på å forsterke den. Retten er i seg selv en viktig maktaktør i samfunnet.¹²⁴ Den obligatoriske tokjønnsmodellen som praktiseres i dag, sender et signal om at alle enten er kvinner eller menn. Det knyttes sosial mening til disse to kategoriene, med forventninger om hva en kvinne og mann skal være. Et tredje juridisk kjønnsalternativ kan potensielt bidra til å utvide anerkjennelsen av kjønns mangfoldet i samfunnet.

Det er hittil ikke fremmet konkrete forslag til hvordan et tredje juridisk kjønnsalternativ skal se ut. Arbeiderpartiet har kun foreslått å utrede muligheten for et tredje juridisk kjønnsalternativ, men det er foreløpig uklart hvilket omfang og hvilken betydning et slikt alternativ skal ha.

Innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ reiser mange av de samme spørsmålene rundt rettsvirkninger som ved innføringen av lov om juridisk kjønn. Likevel ble dette i svært liten grad berørt i ekspertutredningen og forarbeidene til loven. Lov om juridisk kjønn har i realiteten innført to former for juridisk kjønn, herunder fødselsregistrert og selvregistrert juridisk kjønn, som skal fungere ved siden av hverandre.

Ligebehandlingsnævnet i Danmark (tilsvarende det norske LDO) konkludert i mars 2016 med at en person som var registrert som kvinne, likevel var å anse som

121. Goodwin mot Storbritannia (2002) avsnitt 90.

122. Foucault 2008, s. 169–171.

123. Meld. St. 7 (2015–2016) s. 8–9.

124. Mathiesen 2011, s. 84, om rettens ikke-tilsiktete virkninger.

mann i forbindelse med garderobebruk. Danmark har i stor grad innført den samme lovgivningen som Norge.¹²⁵ Stavanger Aftenblad kunne 3. mars 2017 melde om at et treningssenter i Stavanger har blitt klagd inn til LDO for å tillate en juridisk kvinne adgang til damegarderoben selv om vedkommende etter klagerens syn er en mann. Saken er ikke ferdigbehandlet, og det er foreløpig uklart om LDO vil lande på samme konklusjon som Ligebehandlingsnævnet i Danmark.¹²⁶

Relasjonen mellom disse to begrepene vil også være et spørsmål ved innføringen av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Dersom målet er å innføre et tredje kjønnsalternativ som er fullt ut likestilt med menn og kvinner, vil det kreve flere lovendringer i blant annet kvoteringsbestemmelsene. Spørsmålet er om dette i det hele tatt er ønskelig.

Likestillingsloven og andre lover med spesifikke kvoteringsystemer bygger på et binært system der hele befolkningen presumptivt kan rubriseres som enten menn eller kvinner. Et tredje kjønnsalternativ bryter med denne kategoriske og binære tankegangen og bygger på kjønn som et mer mangfoldig, flytende og foranderlig konsept.

Et tredje juridisk kjønnsalternativ bør dermed ikke automatisk bygge på samme logikk som de to tradisjonelle kjønnskategoriene. Det tredje alternativet bygger på andre behov, og har en annen historisk forankring. Det er dermed ikke gitt at det er ønskelig eller nødvendig å likestille et tredje kjønnsalternativ med de to første, i det jeg i denne artikkelen har omtalt som en flerkjønnsmodell.

Det tredje alternativet er ikke bare et alternativ til mann og kvinne, men et alternativ til hele systemet med to kjønn. Det er altså ikke nødvendigvis fullstendig integrasjon med det gamle systemet som er målet, men derimot en fullverdig reservasjon. En «X» i pass og identitetspapirer kan være et eksempel på en slik reservasjon. Så lenge kjønn fortsatt er relevant for retten og samfunnet, noe det sannsynligvis fortsatt vil være i lang tid fremover, vil en «X» åpne for å reservere seg fra samfunnets systematiske todeling i gitte tilfeller.

Når det gjelder andre kjønns spesifikke reguleringer og rettigheter, bør det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle om når fødselskjønn må være obligatorisk. Bare der kategorisering etter fødselsregistrert kjønn har et velbegrunnet formål, bør det åpnes for dette. I alle andre tilfeller bør folk ha muligheten til å kunne reservere seg.

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

126. Stavanger Aftenblad 3. mars 2017.

Litteraturliste

Lover, forskrifter og konvensjoner

Norges grunnlov av 17. mai 1814

Lov om likestilling mellom kjønnene av 21. juni 2013

Diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk av 21. juni 2013

Lov om endring av juridisk kjønn av 17. juni 2016

Dommer

Rt. 2015 s. 155

Rt. 2015 s. 93

EMD Goodwin mot Storbritannia

EMD Hämaläinen mot Finland

EMD H mot Finland

EMD Pajić mot Kroatia mot Kroatia

EMD Rees mot Storbritannia

EMD van Kück mot Tyskland

EMD Y.Y. mot Tyrkia

EMD Wemhoff mot Tyskland

EMD Pajić mot Kroatia mot Kroatia

EMD Vallianatos og andre mot Hellas

EMD Petrov mot Bulgaria

EMD Parry mot Storbritannia

EMD Tyrer mot Storbritannia

Forarbeider

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Prop. 88. L (2012–2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Prop. 74 L (2015–2016) Lov om endring av juridisk kjønn

Resolusjoner og anbefalinger fra Europarådet

Anbefaling CM/REC5 Ministerkomiteen (31. mars 2010)

Resolusjon 1728 Parlamentarikerforsamlingen (29. april 2010)

Resolusjon nr. 2048 Parlamentarikerforsamlingen (22. april 2015)

Nemndsavgjørelser

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

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

Utenlandske lover

Danmark

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

<https://www.retsinformation.dk/> (funnet 22. mai 2016)

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

<https://www.retsinformation.dk/> (funnet 22. mai 2016)

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

Tilgjengelig her: <https://www.retsinformation.dk/> (funnet 22. mai 2016)

Tyskland

Personenstandsgesetz § 22 abs. 3 (1. november 2013). Tilgjengelig her:

<https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html> (funnet 22. mai 2016)

Utenlandske dommer

Nepal

Pant v. Nepal (2007). Tilgjengelig i engelsk oversettelse her: Supreme Court of Nepal / Mr.

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

Bangladesh

Dr. Muhammad Aslam Khaki v. Rawalpindi (2009)

India

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

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

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

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

Artikler og rapporter

Arbeiderpartiet (15. mai 2017). arbeiderpartiet.no. Hentet 15. mai 2017 fra [https://](https://www.arbeiderpartiet.no/om/veien-til-nytt-program/nytt-partiprogram-2017-2021)

www.arbeiderpartiet.no/om/veien-til-nytt-program/nytt-partiprogram-2017-2021

Bie, E. (3. mars 2017). Stavanger Aftenblad. Hentet 9. mars 2017 fra [aftenbladet.no](http://www.aftenbladet.no):

<http://www.aftenbladet.no/lokalt/Hvor-skal-transkjonnede-Sandra-dusje-539666b.html>

Deutscher Ethikrat (2012). Intersexualität. Hentet 22. mai 2016 fra [http://www.ethikrat.org/](http://www.ethikrat.org/files/opinion-intersexuality.pdf)

[files/opinion-intersexuality.pdf](http://www.ethikrat.org/files/opinion-intersexuality.pdf)

Engesbak, R. (2016, mars 10). – Ikke regjeringens politikk. Blikk. Retriever.

Europarådets kommisær for menneskerettigheter (2015). Human rights and intersex people. Hentet 22. mai 2016 fra <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=>

- com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2909386&SecMode=1&DocId=2367288&Usage=2
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (desember 2015). Protection against discrimination on grounds of gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis. Hentet 22. mai 2016 fra <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/lgbti-comparative-legal-update-2015>
- Foucault, M. 2008. *The Birth of Biopolitics*. (M. Senellart, Red., & G. Burchell, Overs.) New York: Palgrave Macmillan.
- Frydenlund, S.W. & J.E. Lindvik (26. februar 2016). Hvorfor snur du nå Høie? Klassekampen. Retriever.
- Hellum, A. 2016. Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell legning, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – religiøse kjønnsdogmer i møte med internasjonal og norsk rett. Festskrift til Aslak Syse, upublisert utg.
- Helmers, A.-K.B. (25. januar 2017). Sykepleien.no. Hentet fra <https://sykepleien.no/2017/01/490-har-endret-kjonn>
- Helsedirektoratet (10. april 2015). Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn. Ekspertutvalgets rapport. Hentet 15. mai 2016 fra https://www.regjeringen.no/contentassets/d3a092a312624f8e88e63120bf886e1a/rapport_juridisk_kjonn_100415.pdf
- International Civil Aviation Organization (10.–12. desember 2012). Technical Advisory Group on Machine Readable Travel Documents. TAG/MRTD/21-IP/4. Hentet 22. mai 2016 fra <http://www.icao.int/Meetings/TAG-MRTD/Documents/Tag-Mrtd-21/TagMrtd21-Report.pdf>
- International Civil Aviation Organization (2015). Doc. 9303 Machine Readable Travel Documents – Seventh Edition. Hentet 22. mai 2016 fra [icao.int: http://www.icao.int/publications/Documents/9303_p4_cons_en.pdf](http://www.icao.int/publications/Documents/9303_p4_cons_en.pdf)
- Jain, D. & K. Rhoten (2013, desember 28). A Comparison of the Legal Rights of Gender Non-Conforming Persons in South Asia. *Economic & Political Weekly*, 10–12.
- Justisministeriet (2014). Rapport fra arbeidsgruppen om juridisk kønsskifte. Hentet 22. mai 2016 fra <http://justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2014/Rapport%20om%20juridisk%20k%C3%B8nsskifte.pdf>
- Kjølbros, J.F. 2010. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (3. utgave). København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag.
- Kvam, A.S. (2016, februar 26). Hvorfor ikke et tredje kjønn, Høie? *Dagbladet*. Retriever.
- Lindvik, J.E. (2016, april 12). Hvordan forstår vi kjønn? *Aftenposten*. Retriever.
- Mathiesen, T. 2011. *Retten i samfunnet – en innføring i retts sosiologi*. Oslo: Pax forlag.
- O’Flaherty, M. 2007. *Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles*. Commentary.
- O’Flaherty, M. 2015. *The Yogyakarta Principles at Ten*. *Nordic Journal of Human Rights*.
- Omvik, E. (28. juni 2015). Åpner for tredje kjønn. Hentet 15. mai 2016 fra *Vårt Land*: <http://www.vl.no/nyhet/apner-for-tredje-kjonn-1.370954>

- Open Society Foundation (2014). Licence to Be Yourself – Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people. Hentet 22. mai 2016 fra <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/license-to-be-yourself-20140501.pdf>
- Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet (2. april 2015). doc. 13742. Hentet 22. mai 2016 fra Discrimination against transgender people in Europe: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21630&lang=en>
- Reddy, G. 2005. With Respect to Sex – negotiating Hijra identity in South Asia. Chicago: University of Chicago Press.
- Remus, J. (2015). Inter*Realitäten. Variabilität und Uneindeutigkeit des Geschlechts als Herausforderung für Recht und Gesellschaft. I: F. Schmidt, A.-C. Schondelmayer & U.B. Schröder (red.), Selbstimmung und Anerkennung sexueller und geschlechtlicher Vielfalt (ss. 63-74). Berlin: Springer.
- Ros, J. van der. 2013. Alskens folk – levekår, livssituasjon og livskvalitet for personer med kjønnsidentitetstematikk. Hamar: Likestillingssenteret.
- Ros, J. van der. 2014. Når kjønn er et valg – transpersoners inntreden i verden. Fontene, 1, 56–68.
- Stortinget.no (14. april 2016). Forslag nr. 60 fra Ketil Kjenseth på vegne av Venstre: «Stortinget ber regjeringen innføre en tredje kjønnskategori. Hentet 14. april 2016 fra <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Lose-forslag/?p=63639>
- Strand, V.B. 2012. Diskrimineringsvern og religionsutøvelse – hvor langt rekker individvernet? Oslo: Gyldendal.
- Sørli, A. 2013. Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet. Universitetet i Oslo.
- The Netherlands Institute for Social Research. (2014). Living with intersex/DSD – An exploratory study of the social situation of persons with intersex/DSD. Hentet 15. mai 2016 fra https://www.scp.nl/english/Publications/Publications_by_year/Publications_2014/Living_with_intersex_DSD
- Vikøyr, H. (14. april 2016). Venstre-topp vil ha felleskjønn i offentlige dokumenter. VG. Retriever.
- Yogyakartaprinippene (2006). Hentet 22. mai 2016 fra [Yogyakartapriniciples.org](http://www.yogyakartapriniciples.org/principles_en.htm): http://www.yogyakartapriniciples.org/principles_en.htm
- Young, H. (12. februar 2016). Trans rights: Meet the face of Nepal's progressive 'third gender' movement. Hentet 15. mai 2016 fra The Guardian: <http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2016/feb/12/trans-rights-meet-the-face-of-nepals-progressive-third-gender-movement>