Anne Hellum
og Anniken Sørlie red.

Frihet, likhet og mangfold

GYLDENDAL

ANNE HELLUM OG ANNIKEN SØRLIE (RED.)

FRIHET, LIKHET OG MANGFOLD

KJØNNSIDENTITET OG SEKSUELL ORIENTERING I RETTSLIG, MEDISINSK OG SAMFUNNSVITENSKAPELIG KONTEKST

GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2021
1. utgave, 1. opplag 2021

ISBN 978-82-05-51870-4

Omslagsdesign: Gyldendal Akademisk
Layout: Laboremus
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Akademisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk
akademisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord

Hvordan nasjonal og internasjonal rett fanger opp livsforholdene til lesbiske, homofile, bifile, trans- og interkjønnpersoner (LHBTI) er denne bokens hovedtema.

Forskningen som er samlet her, begynte med forskningsprosjektet «Kjønnsidentitet og seksuell orientering i internasjonal og nasjonal rett», som ble finansiert av Fri prosjektstøtte for humaniora og samfunnsfag (FRIHUMSAM) i Norges forskningsråd i perioden 2013 til 2019. Prosjektet ble ledet av professor Anne Hellum ved Institutt for offentlig rett ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Anniken Sørlie var prosjektets ph.d.-stipendiat med avhandlingen *The right to gender identity: a grounded life cycle perspective*, som i 2019 ble tildelt H.M. Kongens gullmedalje. Prosjektets mastergradsstipendiater var Anders Skjellerudsveen Sondrup, Lars Andre Strøm Arnesen og Andrea Vige Grønningsæter. Lars Andre Strøm Arnesen har siden utgitt lovkommentaren til Lov om endring av juridisk kjønn på Universitetsforlaget, mens Andrea Vige Grønningsæter har fortsatt forskningen på feltet som ph.d.-stipendiat ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen.

I arbeidet med dette prosjektet har vi hatt omfattende og inspirerende samarbeid med forskere fra andre fagdisipliner som historie, medisin, psykologi, offentlig politikk og tverrfaglige kjønnsstudier. Resultatene av dette brede samarbeidet, som fant sted gjennom ulike forsknings- og formidlingsaktiviteter, ble presentert på prosjektets avslutningskonferanse «Kjønn og rett i endring: seksualitet, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk» ved Institutt for offentlig rett i november 2018. Her bidro blant annet også Bufdir ved Nora Mehsen, Likestillings- og diskrimineringsombudet ved Helle Holst Langseth, Skeiv Verden ved Susanne Demou Øvergaard, Barneombudet ved Anders Prydz Cameron og Ingun Wik fra Helsestasjon for kjønn og seksualitet (HKS) med viktige perspektiver på konferansens tematikk. En særlig takk til Luca Dalen Espseth og Tove Lundberg, som bidro med paper-presentasjoner. Gjennom

prosjektperioden har kontakten med HKS, Bufdir, LDO, Fri, Skeiv Verden, Harry Benjamin Ressurssenter og Stensveen Ressurssenter gitt betydningsfull innsikt og gode samtaler.

Etter prosjektets formelle avslutning i 2019 fortsatte vi dette inspirerende samarbeidet med sikte på å publisere den flerfaglige antologien *Frihet, likhet og mangfold: kjønnsidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst*. Dette ga oss anledning til å følge den rettslige, sosiale, politiske og medisinske utviklingen på feltet utover prosjektperioden, som sluttet i 2019. Vi har som et ledd i dette hatt forfatterseminarer hvor vi har lest, kommentert og utfordret hverandres forståelse av senere års rettslige, medisinske og politiske utvikling. Videre har vi engasjert anonyme fagfeller som har gitt uavhengige vurderinger av de ulike bidragenes innhold og kvalitet.

Vi har mange å takke for at denne boken er blitt til. For det første vil vi takke Lene Løvdal, som hadde ideen til dette prosjektet og var med og utformet søknaden til Norges forskningsråd. Dernest vil vi takke Norges forskningsråd for forskningsmidler. Institutt for offentlig rett, som har stått for prosjektadministrasjonen, har gjort at vi har kunnet konsentrere oss om forskningen. En særlig takk til tidligere instituttbestyrer professor emeritus Aslak Syse, nåværende instituttbestyrer Inger-Johanne Sand, kontorsjef Øyvind Henden og rådgiver Elisabeth Wenger-Hagene. Vi vil også takke Åshild Marie Grønningsæter Vige, Mari Gakkestad, Ina Ausland, Elise Koppang Frøjd og Anne-Marie Gulichsen for ulike former for assistanse med organisering av konferanser, seminarer og formidling.

En stor takk går til fagmiljøet ved Institutt for offentlig rett, Norsk senter for menneskerettigheter, Institutt for kriminologi og rettssosiologi og Senter for tverrfaglig kjønnsforskning ved Universitetet i Oslo, Senter for kjønnsforskning ved NTNU og Senter for kvinne- og kjønnsforskning ved Universitetet i Bergen, som på ulike måter har deltatt i den faglige utviklingsprosessen fra prosjektet startet og fram til i dag. Ved Institutt for offentlig rett vil vi rette en særlig takk til professor Kirsten Sandberg, som har bidratt sterkt til bokens barneperspektiv, og som også var veileder for Anders Skjellerudsveen Sondrups mastergradsprosjekt. Vi vil også særlig takke professor Vibeke Blaker Strand med sine menneskerettslige og likestillings- og diskrimineringsrettslige innspill. Professor Ragnhild Hennum, Mads Andenæs, Kirsten Ketscher og Tone Linn Wærstad har vært viktige samtalepartnere. Marit Halvorsen har bidratt med forskning som har vært relevant for oss. Forskergruppen Velferd, rettigheter og diskriminering (VERDI) ved Det juridiske fakultet under ledelse av professor Ingunn Ikdahl takkes for gode faglige diskusjoner og innspill til prosjektets ulike publikasjoner. Førsteamanuensis Anne Kjersti Befring takkes

for nyttige innspill og kommentarer på prosjektets helserettslige temaer. Ved Institutt for kriminologi og rettssosiologi retter vi en særlig takk til professor May-Len Skilbrei, som var biveileder for Anniken Sørlies doktorgrad. Ved de tverrfaglige kjønnsforskningssentrene retter vi en særlig takk til Elisabeth Lund Engebretsen (tidligere ved UiO, nå UiS), Agnes Bolsø (NTNU) og Randi Gressgård (UiB).

En særlig takk går til de anonyme fagfellene for grundige, reflekterte og inspirerende kommentarer som bidro til å gi et løft til!

Og sist, men ikke minst – en stor takk til Gyldendal Akademisk for tålmodighet, gode råd og forfatterseminarer i forlagets lokaler.

Oslo, 9. juni 2021
Anne Hellum og Anniken Sørlie

Innhold

INNLEDNING FRIHET, LIKHET OG MANGFOLD: FRA IDEAL TIL REALITET 17
Anniken Sørlie og Anne Hellum

1 Politisk og rettslig anerkjennelse av kjønns- og seksualitetsmangfold 17
2 Fra «annen status» til Yogyakartaprinsippene 19
3 Språklig spenningsfelt 21
4 Bokens ulike deler 24
4.1 Retten til kjønnsidentitet (del I) 24
4.2 Retten til kjønnsidentitet: mellom rettslig anerkjennelse og medisinsk behandling (del II) 29
4.3 Anerkjennelse av kjønns- og seksualitetsmangfold: diskrimineringsrettslige, strafferettslig og flyktningrettslige utfordringer (del III) 34

DEL I RETTEN TIL KJØNNSIDENTITET 41

KAPITTEL 1 KIRURGI OG BYRÅKRATI 42
Sigrid Sandal

1 Innleiing 42
2 Eit lite utforska felt 44
3 Historisk bakgrunn 45
3.1 Problemstillinga kjem til Noreg 46
4 Utgreiinga om behandling av genuin transvestisme 47
5 Juridiske vurderingar 50
5.1 Namneendring 54
5.2 Endring av kjønnsstatus 56
6 Mot formalisering 58
7 Konklusjon 62

KAPITTEL 2 RETTEN TIL KJØNNSIDENTITET OG JURIDISK REGISTRERING AV KJØNN: UTVIKLINGSLINJER FRA MENNESKERETTSDOMSTOLENS PRAKSIS OG NORSK RETT 63

Daniela Alaattinoğlu, Lars Andre Strøm Arnesen og Anniken Sørlie

1 Innledning 63
2 Retten til kjønnsidentitet etter EMK 65
2.1 Innledende om retten til privatliv etter EMK artikkel 8 65
2.2 Fase 1 – ingen plikt til å endre «post-operative transseksuelles» juridiske kjønn 68
2.3 Fase 2 – statenes positive forpliktelse til å anerkjenne «post-operative transseksuelles» kjønnsidentitet rettslig 70
2.4 Fase 3 – konvensjonsstatenes adgang til å stille vilkår for endring av juridisk kjønn 73
2.5 Oppsummeringsvis – retten til kjønnsidentitet 77
3 Juridisk kjønn i Norge: et kort tilbakeblikk 77
4 Norsk forvaltningspraksis før 2016: veien mot et skille mellom medisinsk og juridisk kjønn 79
4.1 Konflikt mellom medisinsk praksis og menneskerettighetene 81
4.2 Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse fra 2014 83
4.3 Rett til rett kjønn og en ny lov 84
5 Lov om endring av juridisk kjønn 86
6 Diskusjon 87
6.1 Manglende kontroll med egne opplysninger om juridisk kjønn 88
6.2 Forholdet mellom juridisk kjønn og kjønnsspesifikke lover og praksiser 89
6.3 Lov om juridisk kjønn er binær, mens kjønnsidentitet er mangfoldig 91
7 Avslutning 93

KAPITTEL 3 RETTSLIG ANERKJENNELSE AV KJØNNSMANGFOLD: BØR REGISTRERING AV JURIDISK KJØNN AVVIKLES? 94

Lars Andre Strøm Arnesen

1 Innledning 94
2 Fire begrunnelser for registrering av juridisk kjønn 97
2.1 Innledning 97
2.2 Bakgrunnen for juridisk kjønn som folkeregistrert opplysning 98
2.3 Bruk av juridisk kjønn til utstedelse av fødselsnummer 100
2.4 Bruk av kjønnsmarkører i pass, ID-kort og fødselsattest 101
2.5 Bruk av juridisk kjønn til anvendelse av kjønnsspesifikk lovgivning 103
2.6 Bruk av juridisk kjønn til forskning og statistikk 104
3 Alternativer til dagens bruk av juridisk kjønn 105
3.1 Innledning 105
3.2 Avviklingskonsekvenser for de fire bruksområdene 106
3.3 Oppsummering 108
4 Vurdering opp mot retten til privatliv og diskrimineringsvernet 109
4.1 Innledning 109
4.2 Implikasjoner av den juridiske tokjønnsmodellen 109
4.3 Alternativer til tokjønnsmodellen 111
4.4 Er den juridiske tokjønnsmodellen diskriminerende? 112
4.5 Personvern og bruk av juridisk kjønn 116
5 Konklusjon 119

KAPITTEL 4 LOV OM ENDRING AV JURIDISK KJØNN, BIOTEKNOLOGILOVEN OG BARNELOVA – REPRODUKSJON OG FORELDRESKAP I KONTINUITET OG ENDRING 121
Anniken Sørlie

1 Innledning 121
2 Bakgrunn 123
2.1 Innledning 123
2.2 Lov om endring av juridisk kjønn 124
3 Internasjonal rett om etablering av foreldreskap og tilgang til assistert befruktning for transpersoner 126
3.1 Assistert befruktning 126
3.2 Etablering av foreldreskap for personer som har endret juridisk kjønn 128
4 Norsk lov om foreldreskap: assistert befruktning og etablering av foreldreskap 131
4.1 Bioteknologiloven – hovedtrekk ved assistert befruktning 131
4.2 Assistert befruktning for personer som har endret juridisk kjønn 132
4.3 Etablering av foreldreskap etter barneloven 135
4.4 Etablering av foreldreskap for personer som har endret juridisk kjønn etter norsk rett 137
5 Alternativ regulering av assistert befruktning og etablering av foreldreskap 143
6 Avsluttende bemerkninger 145

KAPITTEL 5 ERSÄTTNING OCH GOTTGÖRELSE FÖR KASTRERING OCH STERILISERING AV TRANSPERSONER I SVERIGE OCH NORGE 146
Daniela Alaattinoğlu

1 Inledning 146
2 Ofrivillig sterilisering och kastrering av transpersoner som en kränkning av mänskliga rättigheter 148
2.1 Gottgörelse till ofrivilligt steriliserade och kastrerade transpersoner 153
3 Sterilisering av transpersoner i Sverige, det allmännas ansvar och ersättning 155
4 Individuella rättsprocesser mot staten – kastreringskrav och gottgörelse i Norge 161
4.1 Kastreringskravet som hinder för rättsligt könserkännande 165
4.2 Ofrivillig kastrering 167
4.3 Senare utveckling 169
5 Jämförande analys: individuella och kollektiva perspektiv, rättsligt och politiskt beslutsfattande 170
5.1 Finns det en juridisk skyldighet att gottgöra ofrivilligt steriliserade och kastrerade transpersoner? 172
5.2 Är det socialpolitiskt önskvärt att staten gottgör ofrivilligt steriliserade och kastrerade transpersoner? 175
6 Till slut 177

DEL II RETTEN TIL KJØNNSIDENTITET: MELLOM RETTSLIG ANERKJENNELSE OG MEDISINSK BEHANDLING 179

KAPITTEL 6 TRANSKJØNN I MEDISINEN – EN HISTORIE OM DIAGNOSER MELLOM STIGMA OG OMSORG 180

Ketil Slagstad

1 Innledning 180
2 Psykologisk og sosial kjønn i medisinsk historie 181
3 Transkjønn i diagnosesystemene 184
4 Fra psykisk lidelse til seksuell helse 187
5 Fra begge kjønn til alle kjønn 192
6 Avslutning: diagnosens funksjoner og makt 196

KAPITTEL 7 MEDISINSK PERSPEKTIV PÅ BEHANDLING AV MEDFØDT VARIASJON I KROPPSLIG KJØNNSUTVIKLING OG KJØNNSINKONGRUENS HOS BARN OG UNGE 200

Anne Wæhre

1 Innledning 200
2 Variasjon i kroppslig kjønnsutvikling: perspektiver på variasjon i kroppslig kjønnsutvikling 201
  2.1 Begrepsavklaring: Hva er kroppslig kjønnsutvikling? 201
  2.2 Dagens situasjon 202
  2.3 Utvikling og variasjon av kroppslig kjønn: et medisinsk perspektiv 203
  2.4 Hvor mange har en variasjon i kroppslig kjønnsutvikling? 204
  2.5 De ulike tilstandene 205
  2.6 Risiko for ondartede svulster i underutviklede kjønnskjertler 209
3 Historisk bakgrunn og utvikling av praksis: kirurgisk intervensjon ved variasjon i kroppslig kjønnsutvikling 210
  3.1 Tidligere praksis 210
  3.2 Nyere praksis 211
4 Samtykke og medbestemmelse: betydning for medisinsk behandling 212
5 Dagens behandlingstilbud ved kjønnsinkongruens 214
  5.1 Innledning 214
  5.2 Endring i begreper og diagnoser hva gjelder kjønnsidentitet 214
  5.3 Nye retningslinjer og endring i organisering av helsetilbudet 215
  5.4 Utredning av kjønnsinkongruens 218
  5.5 Behandling for barn og unge under 16 år 218
  5.6 Behandling for ungdom over 16 år 219
  5.7 Vurdering i lys av empirisk erfaringer 220
  5.8 Manglende forskning og etisk stress hos behandlere 221
6 Avsluttende betraktninger 224

KAPITTEL 8 PSYKOLOGISK OG MEDISINSK BEHANDLING AV BARN OG UNGDOM MED KJØNNSINKONGRUENS – EN FAGETISK OG MENNESKERETTSLIG DISKUSJON 225

Reidar Schei Jessen og Kirsten Sandberg

1 Innledning 225
2 Metode 227

3 Bakgrunn ... 229
3.1 Oversikt ... 229
3.2 Medisinske og psykososiale behandlingsmodeller ... 231
3.3 Klinisk begrunnelse for tidlig intervensjon ... 234
3.4 Hva vet vi om den psykiske helsen til barn og unge med kjønnsinkongruens? ... 235
4 Har barn en menneskerett til behandling for kjønnsinkongruens? ... 237
4.1 Innledning ... 237
4.2 Retten til utvikling ... 238
4.3 Barnets rett til identitet ... 238
4.4 Retten til helse ... 241
5 Den konkrete avgjørelsen av om barnets skal få medisinsk behandling ... 242
5.1 Oversikt over vilkårene ... 242
5.2 Rett til nødvendig helsehjelp ... 243
5.3 Forsvarlig helsehjelp ... 245
5.4 Barnets beste ... 251
6 Selvbestemmelse for barnet i spørsmål om behandling for kjønnsinkongruens? ... 253
6.1 Barnets rett til privatliv ... 254
6.2 Foreldrenes bestemmelsesrett og barnets gradvis utviklede evner ... 255
6.3 Norsk lov om barnets rett til å samtykke ... 256
6.4 Nærmere om informert samtykke ... 257
6.5 Bør barns selvbestemmelsesrett i spørsmål om behandling for kjønnsinkongruens endres? ... 259
7 Oppsummering og diskusjon ... 260
7.1 Rettstilstanden kort oppsummert ... 260
7.2 Håndtering av de faglige dilemmaene i lys av barns rettigheter ... 262

KAPITTEL 9 HELSE TIL ALLE KJØNN? ... 266
Janneke van der Ros

1 Innledning ... 266
2 Begrepsavklaring ... 268
3 Bakgrunnen for utarbeidelse av en nasjonal faglig retningslinje ... 271
3.1 Transpolitiske spørsmål kommer på den politiske agenda ... 271
3.2 En ny vending ... 278
4 Forslag til nasjonal faglig retningslinje – hovedpunkter og høringsinnspill ... 279
4.1 Målsettingen: desentralisert, differensiert og helhetlig helsehjelp ... 279
4.2 Bort fra tokjønnsmodellen ... 280
4.3 Flytting av behandling til lavere nivå og større vekt på pasientens medbestemmelse ... 280
4.4 Behandling av barn og ungdom ... 281
4.5 Rett til fornyet medisinsk vurdering ... 281
4.6 Anerkjennelse av rett til behandling for de som har startet behandling et annet sted ... 282
4.7 Utvidelse og forenkling av tilbud av flere hjelpemidler ... 282
4.8 Anerkjennelse av annen faglig kompetanse og behov for tverrfaglig samarbeid 283
4.9 Behov for forskning ... 283
5 Hovedlinjene i uenighetene ... 283
5.1 Desentralisert versus sentralisert tilbud ... 284
5.2 Er psykiatrisk utredning nødvendig? Hvem anses å ha diagnostisk kompetanse? 286
5.3 Desentralisering av helsetilbud til barn og ungdom ... 288
5.4 Omfanget av pasientens rett til medbestemmelse eller selvbestemmelse ... 291
5.5 Prosessen videre ... 292

6 Diskusjon ... 294
6.1 Kamp om definisjoner ... 294
6.2 Retningslinjen som svar på kritikk av eksisterende helsebehandling ... 299
6.3 Transpasienter og andre pasienter ... 301
7 Avsluttende merknader – to skritt frem og to tilbake? ... 302

DEL III ANERKJENNELSE AV KJØNNS- OG SEKSUALITETSMANGFOLD: DISKRIMINERINGSRETTSLIGE, STRAFFERETTSLIGE OG FLYKTNINGRETTSLIGE UTFORDRINGER ... 305

KAPITTEL 10 INDIVIDETS VERN MOT DISKRIMINERING PÅ GRUNNLAG AV SEKSUELL ORIENTERING, KJØNNSIDENTITET OG KJØNNSUTTRYKK: ET VERN PÅ MAJORITETENS PREMISSER? ... 306
Anne Hellum

1 Innledning ... 306
2 Formål og metode: Passer vernet? ... 309
3 Diskrimineringsgrunnlagene – forholdet til samfunnets kjønns- og seksualitetsmangfold ... 311
3.1 Innledning ... 311
3.2 Det internasjonale bakteppet ... 311
3.3 Seksuell orientering – grunnlaget framvekst og innhold ... 313
3.4 Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – grunnlagets framvekst og innhold ... 315
3.5 Kombinasjon av seksuell orientering, kjønnsidentitet og andre grunnlag ... 318
4 Direkte og indirekte diskriminering ... 319
4.1 Innledning ... 319
4.2 Kravet om negativ forskjellsbehandling ... 320
4.3 Saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende ... 322
5 Håndheving av individklager ... 323
5.1 Innledning ... 323
5.2 Unntatt fra nemndas håndheving: forholdet mellom diskrimineringsvern og annen lovgivning ... 324
5.3 Ldl. § 9 stilt dårligere – tre saker fra nemndspraksis ... 326
5.4 Saklighetskravet ved indirekte forskjellsbehandling ... 333
5.5 Sammensatte identiteter, indirekte eller direkte forskjellsbehandling: Sæddonorsaken ... 337
6 Diskrimineringsvern i ujevn utvikling ... 341

KAPITTEL 11 OVERLAPPENDE GRAVIDITETER OG FORELDREPENGER. OM LESBISKE MØDRES MØTE MED EN HETERONORMATIV ORDNING ... 344
Thea Austgulen, Maria de Michelis Sperre og Ingunn Ikdahl

1 Den praktiske problemstillingen ... 344
2 Et historisk perspektiv ... 347
2.1 JURK som bidragsyter til utviklingen av kvinneretten ... 347
2.2 Fra en heteronormativ til en mangfoldig foreldrepengeordning? ... 348
3 Et sammensatt rettslig landskap: familierett, trygderett og diskrimineringsrett ... 350
3.1 Rettigheter i skjæringsfelt ... 350
3.2 Familierettslige regler om medmorskap ... 351
3.3 Trygderettslige regler om foreldrepenger og systemet som ligger til grunn for bortfallsregelen ... 351
3.4 Diskrimineringsretten ... 352

4 Bortfallsregelen i et bredere trygderettslig perspektiv ... 354
4.1 Gir foreldrepengeregelverket grunnlag for innskrenkende tolkning? ... 354
4.2 Regelens forhistorie ... 354
4.3 Bortfallsregelen og beskyttelse av barselperioden ... 355
4.4 Bortfallsregelens anvendelsesområde etter barselperioden ... 357
5 Bortfallsregelen i et diskrimineringsrettslig perspektiv ... 362
5.1 Diskrimineringsvern som skranke for bortfallsregelen ... 362
5.2 Diskrimineringsrettslige utgangspunkter og grunnlag for forskjellsbehandling ... 363
5.3 Forskjellsbehandling ... 364
5.4 Årsakssammenheng mellom forskjellsbehandlingen og diskrimineringsgrunnlagene ... 365
5.5 Er forskjellsbehandlingen likevel lovlig? Ldl. § 9 første ledd ... 367
6 Et bredere rettspolitisk perspektiv ... 372

KAPITTEL 12 DET STRAFFERETTSLIGE VERNET MOT DISKRIMINERING OG TRAKASSERING AV LHBT-PERSONER ... 375
River Hustad og Kjetil Mujezinović Larsen

1 Innledning til temaet: statens forpliktelse til å motvirke trakassering av LHBT-personer ... 375
2 Et sivilrettslig vern mot diskriminering er utilstrekkelig for å sikre likebehandling ... 379
3 Straffeloven §§ 185 og 186 og øvrig sentral lovgivning ... 381
3.1 Det strafferettslige vernet etter gjeldende norsk rett ... 381
3.2 Nærmere om straffelovgivningens bruk av begrepet «homofile orientering» ... 385
4 Hvorfor bør LHBT-personer ha et særskilt strafferettslig vern mot diskriminering og trakassering? ... 387
4.1 Hatkriminalitet som gruppedynamikk ... 387
4.2 Behovet for å fremheve konkrete grupper ... 390
4.3 LHBT-personer som en beskyttet gruppe ... 392
4.4 Belyse og avdekke årsakene til kriminalitet ... 395
4.5 Bekjempelse av fordommer mot en gruppe ... 397
4.6 Straff for krenkelse av gruppen ... 399
4.7 Sikre at hatkriminalitet tas alvorlig ... 401
5 Hat er ikke i seg selv kriminelt ... 402
6 Sammenfatning og konklusjon ... 406

KAPITTEL 13 RETT TIL FLYKTNINGSTATUS PÅ GRUNNLAG AV SEKSUELL ORIENTERING – FRA HANDLING TIL IDENTITET ... 408
Andrea Vige Grønningsæter

1 Introduksjon ... 408
2 Metode ... 410
3 Seksuell orientering – en handling, identitet eller følelse? ... 413
4 Utviklingen av seksuelle minoriteters rett til beskyttelse etter flyktningretten ... 414
4.1 Retten til flyktningstatus på grunnlag av seksuell orientering ... 414
4.2 Diskresjonskravet – en plikt til å skjule seksuell orientering? ... 416
5 Troverdighetsvurderingen – hvordan vurdere hvem som er en «ekte» lesbisk, homofil eller bifil asylsøker? ... 419
6 Utlendingsmyndighetens forståelse av seksuell orientering ... 422
6.1 Introduksjon ... 422
6.2 Hvordan definerer UDI og UNE seksuell orientering? ... 422
6.3 Fra gamle til nye stereotyper? ... 424
6.4 Selverkjennelsesprosessen – «å komme ut av skapet» ... 426

6.5 Deseksualisering av seksuell orientering 429
6.6 Betydningen av identitetskategorier 430
6.7 Risikoatferd – diskresjon i nye former? 431
7 Avsluttende bemerkninger 432

KAPITTEL 14 HOW TO MAKE A CREDIBLE AND GENUINE LGBT ASYLUM SEEKER: A DISCURSIVE PERSPECTIVE ON THE LEGAL DEVELOPMENTS IN NORWAY 434
Deniz Akin

1 Introduction 434
2 Background 437
2.1 The political context of LGBT rights in Norway 437
2.2 Homonationalism and the ambiguous LGBT refugee 439
3 The empirical study 441
4 Analysis 443
4.1 Caseworker perspective: Vulnerability as an indicator of genuineness 443
4.2 The asylum seeker perspective: Rainbow splash 446
4.3 The role of NGOs in supporting LGBT applicants: The rainbow splash in court 450
5 Conclusion: Between agency and vulnerability 452

LITTERATUR 454
REGELVERK, PRAKSIS M.V. 479
FORFATTERNE 494

INNLEDNING

Frihet, likhet og mangfold: fra ideal til realitet

Anniken Sørlie og Anne Hellum

1 Politisk og rettslig anerkjennelse av kjønns- og seksualitetsmangfold

Norge tar mål av seg til å være et foregangsland hva angår rettsstillingen til lesbiske, homofile, bifile, transpersoner og interkjønn-personer (LHBTI-personer). Likestilling på grunnlag av kjønn, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er en politisk målsetting som norske myndigheter løfter fram i internasjonal sammenheng. Tidligere barne- og likestillingsminister Linda Hofstad Helleland uttalte for eksempel i 2018:

> «Norge skal være et foregangsland i arbeidet med å styrke LHBTIQ-personers rettigheter. Vi ønsker også å bidra til at andre land setter dette arbeidet høyt opp på agendaen.»[1]

Til tross denne målsettingen har framgangen med å styrke rettsstillingen til LHBTI-personer vært ujevn. Norsk rett og politikk har ligget og ligger fremdeles både i forkant og etterkant av den menneskerettslige utviklingen. Norge var i 1993 det andre landet i verden til å innføre en partnerskapslov og i 2009 det sjette landet i verden til å åpne for ekteskap for likekjønnede par.[2] Fram til juli 2016, da lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft, var Norge et av landene i verden med de

1 Artikkel Barne- og likestillingsdepartementet, «Økt innsats for LHBTIQ-rettigheter», 22. desember 2018 https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/okt-innsats-for-lhbtiq-rettigheter/id2623727/ [sitert 04.05.2021].

2 Hanne Marie Johansen, *Skeive linjer i norsk historie frå norrøn tid til i dag*, Oslo 2019.

mest inngripende vilkårene for endring av juridisk kjønn.[3] Som flere kapitler i denne boken viser, er det fortsatt forhold ved retten, medisinen og politikken som skaper utfordringer for realiseringen av idealet om kjønns- og seksualitetsmangfold.

Rettslige grunnprinsipper som anerkjennelse, selvbestemmelse og likhet for LHBTI-personer nedfeller seg i dag i internasjonal og nasjonal lovgivning og politikk. Det er likevel stor avstand mellom rettslige idealer og realiteter, og store uenigheter om hvordan de bør gjennomføres. Formålet med denne boken er å sette utviklingen av LHBTI-personers rett til anerkjennelse, selvbestemmelse og likhet inn i en bredere historisk, rettslig, medisinsk, politisk og sosial sammenheng. Gjennom en flerfaglig tilnærming, med bidrag fra historikere, medisinere, samfunnsvitere og jurister, kaster boken lys over disse rettslige og politiske idealenes framvekst og gjennomføring på internasjonalt og nasjonalt nivå. Som flere av kapitlene viser, er det på mange områder et gap mellom LHBTI-personers rettigheter på papiret og hvordan rettighetene utøves i praksis. Dette handler i mange tilfeller om mangel på kunnskap og forståelse innen ulike profesjoner, og ulike syn på hva som er i enkeltindividets eller samfunnets interesse. Videre handler det om rettslig, politisk, medisinsk og etisk uenighet om hvilke konsekvenser overordnede prinsipper som anerkjennelse, selvbestemmelse og likhet skal ha for LHBTI-personers stilling på ulike samfunnsområder.

Boken har også som formål å utvide retts- og samfunnsvitenskapens kvinne- og kjønnsperspektiv, som i stor grad har utgjort et majoritetsperspektiv, til å omfatte erfaringene, problemene og livsverdiene til personer som tilhører ulike kjønnsminoriteter og seksuelle minoriteter. I forskning tas det ofte uten nærmere refleksjon utgangspunkt i tokjønnsmodellen eller i situasjonen til kvinner og menn som lever og får barn i heterofile parforhold. Ved å ta utgangspunkt i situasjonen til transpersoner og seksuelle minoriteter kommer slike kjønnede dypstrukturer til syne.[4] Utfordringer som LHBTI-personer møter, henger nært sammen med heteronormative og cisnormative strukturer i samfunnet, som ikke tar høyde for dagens kjønns- og seksualitetsmangfold. I boken gis eksempler på både rettens, medisinens

3 Anniken Sørlie, «Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet: Kan norsk forvaltningspraksis' krav om irreversibel sterilisering ved endring av fødselsnummer forsvares?», masteroppgave, *Kvinnerettslig skriftserie*, 2013 nr. 90/ 2013.

4 Et viktig bidrag til en slik utvidelse er Anniken Sørlies doktorgrad, som med utgangspunkt i et livssyklusperspektiv viste hvordan transpersoner i ulike faser av livet falt utenfor fordi de ikke passet inn i rettslige reguleringer som uten nærmere refleksjon tok utgangspunkt i tokjønnsmodellen og cisnormative ideer. Anniken Sørlie, «The right to gender identity: a grounded life cycle perspective», Ph.d.-avhandling ved Det juridiske fakultet, UiO, 2018.

og samfunnets hetero- og cisnormativitet. Lauren Berlant og Michael Warner forklarer heteronormativitet som

> «the institutions, structures of understanding, practical orientations that make heterosexuality seem not only coherent-that is, organized as a sexuality-but also privileged. Its coherence is always provisional, and its privilege take several (sometimes contradictory) forms: unmarked, as the basic idiom of the personal and the social; or marked as a natural state; or projected as an ideal or moral accomplishment».[5]

Cisnormativitet knytter seg derimot til hvordan samsvar mellom kjønnsidentitet og fødselskjønn på tilsvarende måte framstår som normen og styrende for forming av retten og samfunnet for øvrig.

2 Fra «annen status» til Yogyakartaprinsippene

Til forskjell fra grupper som er utsatt for diskriminering på grunn av forhold som etnisitet, kjønn eller nedsatt funksjonsevne, er det ingen egen internasjonal eller regional konvensjon som omhandler LHBTI-personer og de særlige utfordringer de kan møte. Forbudet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er heller ikke tatt med i de ulike menneskerettighetskonvensjonenes oppregning av diskrimineringsgrunnlag.

LHBTI-personer har ikke hatt egen status som menneskerettslig subjekt, men har gradvis fått et menneskerettslig vern gjennom samlekategorien «annen status» eller en utvidelse av diskrimineringsgrunnlaget «kjønn».[6] Et ledd i utviklingen av et menneskerettslig kjønnsdiskrimineringsvern som favner videre enn den heteronormative mann-kvinne modellen, var Beijingerklæringen. I erklæringen ble det konsekvent brukt begreper som «gender», som til forskjell fra begrepet «sex», ser kjønn som en sosial og ikke en biologisk konstruksjon.[7]

FNs høykommissær for menneskerettigheter har uttalt følgende om LHBTI-personers menneskerettslige vern:

> «Protecting LGBT people from violence and discrimination does not require the creation of a new set of LGBT-specific rights, nor does it require the establishment of new international human rights standards. The legal obligations of States to safeguard the

5 Lauren Berlant og Michael Warner, «Sex in public», *Critical Inquiry*, vol. 24, nr. 2, 1998 s. 547–566, se s. 548 fotnote 2.

6 Anne Hellum, «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.), *Festskrift til Aslak Syse 70 år*, Oslo 2016 s. 191–213.

7 *Ibid*.

> human rights of LGBT people are well established in international human rights law on the basis of the Universal Declaration of Human Rights and subsequently agreed international human rights treaties. All people, irrespective of sex, sexual orientation or gender identity, are entitled to enjoy the protections provided for by international human rights law, including in respect of rights to life, security of person and privacy, the right to be free from torture, arbitrary arrest and detention, the right to be free from discrimination and the right to freedom of expression, association and peaceful assembly.»[8]

Eksisterende, rettslig bindende menneskerettsnormer er, innen rammen av grunnlagene «annen status» og «kjønn», blitt tolket og anvendt i lys av situasjonen til LHBTI-personer gjennom individklager til den europeiske menneskerettsdomstolen og FNs menneskerettighetskomité. Slik har sentrale menneskerettigheter, som retten til privatliv og retten til likhet og ikke-diskriminering, blitt konkretisert i lys av livssituasjonen til LHBTI-personer. I dag er denne praksisen nedfelt i deklarasjonen *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*.[9] Deklarasjonen ble utarbeidet i 2006 da en gruppe av verdens fremste menneskerettighetseksperter møttes i Yogyakarta i Indonesia for å utarbeide internasjonale prinsipper om internasjonale menneskerettigheters anvendelse hva angår seksuell orientering og kjønnsidentitet. Michael O'Flaherty skriver om bakgrunnen for prinsippene:

> «The Yogyakarta Principles were developed against a backdrop of appalling human rights abuses perpetrated worldwide against persons on the basis of their actual or perceived sexual orientation or gender identity. Then as now, even the briefest of surveys would demonstrate a deeply disturbing degree of vulnerability and abuse.»[10]

Yogyakarta-deklarasjonen tok utgangspunkt i avgjørelser som konstaterte menneskerettighetsbrudd mot LHBTI-personer fra internasjonale klageorganer og domstoler. Basert på slike avgjørelser ble det i 2007 lansert 29 prinsipper, etterfulgt av 10 nye prinsipper i 2017.[11] Prinsippene, som er basert på tolkninger av eksisterende rettslig bindende menneskerettsnormer, utgjør en autoritativ tolkning av sentrale

---

8 Artikkel OHCHR, «Combatting discrimination based on sexual orientation and gender identity», https://www.ohchr.org/en/issues/discrimination/pages/lgbt.aspx [sitert 29.04.2021].

9 International Commission of Jurists (ICJ), *Yogyakarta Principles – Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, Yogyakarta 2007.

10 Michael O'Flaherty, «The Yogyakarta Principles at Ten», i Anne Hellum (red.), *Human rights, sexual orientation, and gender identity*, Oslo 2017 s. 4–22 på s. 5.

11 Yogyakartaprinsippene er tilgjengelige her: https://yogyakartaprinciples.org/

menneskerettigheter. De har høy anseelse og anvendes av blant annet den europeiske menneskerettsdomstolen, Europarådet og flere nasjonale domstoler.[12]

Det følger av FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948 artikkel 1 at «Alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter». I Yogyakartaprinsipp 1 konkretiseres dette gjennom tilleggsformuleringen «Human beings of all sexual orientations and gender identities are entitled to the full enjoyment of all human rights».

Yogyakartaprinsipp 2 om retten til likhet og ikke-diskriminering lyder:

> «Everyone is entitled to enjoy all human rights without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity. Everyone is entitled to equality before the law and the equal protection of the law without any such discrimination whether or not the enjoyment of another human right is also affected. The law shall prohibit any such discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against any such discrimination.»

Rettigheter av særlig betydning for LHBTI-personer er nedfelt i ulike konvensjoner som er ratifisert av Norge. Fem sentrale menneskerettskonvensjoner er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven.[13] Dette er den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK) og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK).[14] Konvensjonene er gitt forrang foran annen norsk lov i tilfelle av motstrid, se § 3, og konvensjonene har dermed en særlig høy status i norsk rett.

Sentralt i denne boken står retten til privatliv og retten til kjønnsidentitet etter blant annet EMK artikkel 8, og retten til likhet og ikke-diskriminering som er nedfelt i konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven. Sentrale menneskerettigheter, som retten til privatliv, likhet og ikke-diskriminering, og hensynet til barnets beste er også tatt inn i Grunnloven.[15]

3 Språklig spenningsfelt

Språk er en viktig side av LHBTI-personers rett til anerkjennelse og verdighet. I denne boken forsøkes det å ta hensyn til at begreper som beskriver en persons

12 O'Flaherty, 2017.

13 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, § 2.

14 Menneskerettsloven, § 2.

15 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov, §§ 102, 98 og 104.

kjønn og seksualitet, er personlig og noe individet selv bør ha definisjonsmakten over. Videre søkes det refleksjon over hvilke betegnelser som til enhver tid er blitt brukt og brukes i medisinsk, politisk og juridisk sammenheng. I analysen av politikk, medisinsk praksis og lovverk legger boken seg imidlertid opp til hvordan sentrale begreper er definert i rettslige, medisinske og historiske dokumenter, som for eksempel i lovforarbeider eller diagnosemanualer.

I boken brukes begrepet «juridisk kjønn» i tråd med hvordan det defineres i lov om endring av juridisk kjønn, og begrepet brukes dermed om det kjønnet en person er registrert med i folkeregisteret.[16] «Fødselskjønn» vil derimot si det kjønnet en person ble tildelt ved fødsel. Mange opplever samsvar mellom fødselskjønn og kjønnsidentitet og kan betegnes som cispersoner – eller ikke-trans. Begrepet transperson er på den annen side et samlebegrep som ofte brukes om og av personer som ikke opplever samsvar mellom kjønnet tildelt ved fødselen og kjønnsidentiteten. Susan Stryker forklarer det som «all identities or practices that cross over, cut across, move between, or otherwise queer socially constructed sex/gender boundaries».[17] Mens noen personer definerer seg innenfor tokjønnsmodellen, definerer andre seg på utsiden av denne – eller som ikke-binære.

Noen transpersoner har behov for og et ønske om å endre juridisk kjønn og/eller å gjennomgå ulike former for medisinsk behandling for å bekrefte eget kjønn (kjønnsbekreftende behandling), men dette gjelder ikke alle. «Transseksuell» er et begrep som noen foretrekker. Begrepet knytter seg til personer som er blitt tildelt diagnosen transseksualisme, som i 2020 ble erstattet av diagnosen kjønnsinkongruens. Ketil Slagstad skriver i kapittel 6 i boken om utviklingen i sykeliggjøringen og diagnostiseringen av transkjønn i medisinsk historie. Det er svært delte syn på diagnostisering av transkjønn. Noen ser det som positivt fordi det gir tilgang til helsehjelp, mens andre igjen kritiserer diagnostiseringen for å sykeliggjøre transkjønn.[18]

Lov om endring av juridisk kjønn gir bare mulighet til å endre juridisk kjønn fra kvinne til mann eller omvendt. Ikke-binære personers behov for kjønnsbekreftende behandling og rettslig anerkjennelse har fått økt oppmerksomhet de siste årene.[19] Spørsmålet om hvorvidt ikke-binære har rett til rettslig anerkjennelse av egen kjønnsidentitet er et sentralt spørsmål innen juridisk teori, som blant annet

16 Se lov 17. juni nr. 46 om endring av juridisk kjønn § 1.

17 Susan Stryker, «My Words to Victor Frankenstein Above the Village of Chamounix: Performing Transgender Rage», *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 1, nr. 3, 1994 s. 251 fotnote 2.

18 Se, for eksempel, Judith Butler, «Undiagnosing gender», i Paisley Currah, Richard M. Juang og Shannon Price Minter, *Transgender rights*, Minneapolis, London 2006 s. 274–298.

19 Se blant annet Helsedirektoratet, «Nasjonal faglig retningslinje for helsetjenestetilbud til personer med kjønnsinkongruens», 2020.

diskuteres av Peter Dunne og Jens T. Theilen.[20] Et viktig spørsmål er i norsk sammenheng om lov om endring av juridisk kjønn, som er basert på en to-kjønnsmodell, er i strid med likestillings- og diskrimineringslovens forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.[21] Spørsmålet kan også være av betydning for interkjønn-personer. Om interkjønn- eller intersex-personer skriver Barne- og likestillingsdepartementet at

> «Intersexpersoner har i utgangspunktet ikke utfordringer knyttet til kjønnsidentitet eller uttrykk, men til sitt fødte biologiske kjønn. En intersexperson er født med uklar biologisk kjønnstilhørighet, for eksempel uklare ytre eller indre kjønnsorgan. Noen blir født med for eksempel en eggleder og en sædleder. Det innebærer at det ved fødselen, ut fra biologiske fakta, ikke går an å bestemme barnets kjønn som gutt eller jente.»[22]

Begrepene «seksuell orientering» og «kjønnsidentitet» må skilles klart fra hverandre. Mens seksuell orientering handler om seksualitet, dreier kjønnsidentitet seg om hvordan en definerer eget kjønn. Begge begrepene defineres i forarbeidene til lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk fra 2013. Om begrepet «seksuell orientering» skriver Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet:

> «Begrepet seksuell orientering i rettslig sammenheng omfatter homofile, lesbiske, bifile og heterofile. Seksuell orientering inkluderer både seksuell legning og seksuell praksis. Begrepet peker på hvilket kjønn en persons kjærlighet og/eller seksualitet er rettet mot, om det er personer av motsatt kjønn eller av samme kjønn. Begrepet omfatter ikke særlige seksuelle preferanser eller aktiviteter som for eksempel fetisjisme eller sadomasochisme.»[23]

---

20 Jens T. Theilen, «Developments in German civil status law on the recognition of intersex and non-binary persons: subversion subverted», i Eva Brems, Toon Moonen og Pieter Cannoot (red.), *Protecting Trans* Rights in the Age of Gender Self-determination* (Intersentia, 2020) s. 95–120; Peter Dunne og Jule Mulder, «Beyond the Binary: Towards a 'Third' Sex Category in Germany?», *German Law Journal*, vol. 19, nr. 3, 2018 s. 627–648; Peter Dunne, «Travelling Beyond the Binary: No Right to Unspecified Passports under the European Convention on Human Rights», *Cambridge Law Journal*, vol. 79, nr. 2, 2020 s. 240–244.

21 Anne Hellum, «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i Reidun Førde, Morten Kjelland og Ulf Stridbeck (red.), *Festskrift til Aslak Syse 70 år*, Oslo 2016 s. 191–213; Lars Arnesen, «Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?» *Kritisk Juss*, vol. 43, nr. 2, 2017 s. 84–112. doi: https://doi.org/10.18261/issn.2387-4546-2017-02-03

22 Prop. 88 L (2012–2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) s. 111.

23 Prop. 88 L (2012–2013) s. 110.