

Juridisk betenkning

En tredje kjønnskategori i lovverket

Laget for

Barne-, ungdoms- og
familiedirektoratet

25. november 2022

lund § co

Innhold

Forord.....	4
Sammendrag	5
1 Innledning.....	6
1.1 Bakgrunn	6
1.2 Mandat og fremgangsmåte.....	7
1.3 Begrepsbruk	8
2 Gjeldende rett.....	11
2.1 Lov om endring av juridisk kjønn.....	11
2.2 Folkeregisterloven	13
2.3 Navneloven.....	14
2.4 Likestillings- og diskrimineringsloven.....	15
2.5 Straffeloven	16
2.6 Passloven og ID-kortloven	16
2.7 Lover som gir rettigheter og plikter på bakgrunn av kjønn.....	18
2.8 Behandling av personopplysninger om juridisk kjønn	21
3 Internasjonale føringer	23
3.1 Innledning.....	23
3.2 Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter.....	23
3.3 Menneskerettslige skranker for innføring av en tredje kjønnskategori.....	34
3.4 EØS-retten	41
3.5 Ikke-bindende rettslige instrumenter («soft law»)	44
4 Rettstilstanden i andre land	51
4.1 Innledning.....	51
4.2 Danmark	52
4.3 Island	52
4.4 Tyskland.....	53
4.5 Malta	55
4.6 Australia.....	57
4.7 Nepal, Pakistan, Bangladesh og India.....	58
4.8 Avgjørelser fra konstitusjonelle domstoler i Europa.....	60
5 Alternative modeller for anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori.....	62
5.1 Systematikken i mandatet og juridisk litteratur	62
5.2 Alternativ I: Reservasjon mot å oppgi kjønn i offentlige identifikasjonsdokumenter («X i passet»)	65
5.3 Alternativ II: Registrering av et tredje kjønnsalternativ i folkeregisteret (en tredje juridisk kjønnskategori)	67
5.4 Alternativ III: En tredje juridisk kjønnskategori kombinert med positive rettigheter og plikter i øvrig lovgivning	67
5.5 Alternativ IV: En tredje juridisk kjønnskategori kombinert med avvikling av kjønns spesifikke rettigheter og plikter	68
5.6 Alternativ V: En kombinasjon av elementene ovenfor	68
6 Lovgivningsmessige konsekvenser av valg av modell.....	69
6.1 Innledning.....	69

6.2	Innføring av en reservasjonsadgang i identitetspapirer.....	69
6.3	Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori (i folkeregisteret)	71
7	Andre juridiske tiltak for å belyse og bedre rettighetene til ikke-binære personer.....	83
7.1	Innledning.....	83
7.2	Retningslinjer for anerkjennelse av kjønnsidentitet	83
7.3	Særlig om retten til å endre navn.....	84
7.4	Særlig om anerkjennelse av statsborgere fra land hvor en tredje juridisk kjønnskategori er innført	85
	Litteratur og rapporter	87

Forord

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) har fått i oppdrag av Kultur- og likestillingsdepartementet å gjennomføre en utredning om innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ i Norge. For å sikre en grundig kunnskapsoversikt over juridiske problemstillinger, utlyste Bufdir en konkurranse om en juridisk gjennomgang.

Den 1. juli 2022 fikk Advokatfirmaet Lund & Co DA, med advokat Hilde K. Ellingsen som prosjektleder, i oppdrag fra Bufdir å foreta nevnte gjennomgang. Denne betenkningen er et svar på bestillingen. Denne juridiske betenkningen skal inngå som en sentral del av, og bakgrunnsdokument i, Bufdirs større utredningsarbeid. Fra Advokatfirmaet Lund & Co Da har ellers advokatfullmektig Kristina Vågen Fiskum og senioradvokat Ingvild Ånestad bidratt.

Denne betenkningen tar opp spørsmål om hvordan en tredje juridisk kjønnskategori kan utformes og innrettes i lovverket, menneskerettslige og europaretslige spørsmål, fremmed rett og en vurdering av hvilke lover, forskrifter mv. som vil kunne bli berørt.

Vi i Lund & Co takker for oppdraget, og for et godt og spennende samarbeid med Bufdir!

Oslo, 25. november 2022

Advokatfirmaet Lund & Co DA

Sammendrag

Det norske lovverket er i dag basert på en binær tokjønnsmodell. Med det menes at lovverket forutsetter at hele befolkningen kan deles inn i kjønnskategoriene mann og kvinne. Når et barn fødes, blir det registrert i folkeregisteret som enten kvinne eller mann, og til dels tilkjennes den enkelte også rettigheter og plikter på dette grunnlag.

Det er adgang til å endre kjønn fra mann til kvinne eller omvendt for personer som opplever å tilhøre «*det andre kjønn*» enn det vedkommende ble registrert med ved fødselen. Det er derimot ikke anledning til å velge å bli registrert under en *annen* kjønnskategori enn mann og kvinne i folkeregisteret, eventuelt reservere seg fra slik registrering. Ikke-binære personer som ikke opplever å høre hjemme i de to tradisjonelle kjønnskategoriene, er følgelig ikke sikret rettslig anerkjennelse av sin kjønnsidentitet.

Selv om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk har et sterkt menneskerettslig vern, er det per i dag ikke grunnlag for å konkludere med at dagens binære tokjønnsmodell er i strid med internasjonale eller konstitusjonelle menneskerettigheter. Samfunns- og rettsutviklingen går imidlertid stadig i retning økt anerkjennelse av at samfunnet består av mer enn bare menn og kvinner. En rekke land både i og utenfor Europa har på ulike måter valgt å anerkjenne ikke-binære personers kjønnsidentitet, og Europarådet anbefaler at medlemsstatene vurderer innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ.

Anerkjennelse av et tredje kjønnsalternativ kan innrettes på ulike måter. Enkelte land har innført en adgang til å reservere seg mot å oppgi kjønn i pass og andre identitetspapirer («X i passet»). En slik reservasjonsmodell får ikke betydning for hvilket kjønn den enkelte er registrert med i folkeregisteret, og gir heller ikke rettigheter etter øvrig lovgivning. Etter vårt syn vil en slik innretning derfor ikke innebære noen anerkjennelse av en tredje *juridisk kjønnskategori*. En reservasjonsadgang kan likevel være et virkemiddel som bidrar til større *faktisk* anerkjennelse av ikke-binære personer.

Anerkjennelse av en tredje *juridisk* kjønnskategori forutsetter at det åpnes for å velge å registrere seg under denne kategorien i folkeregisteret. I teorien kan man se for seg innføring av en tredje kjønnskategori uten at personer registrert under denne kategorien tilkjennes noen ytterligere rettigheter etter annen lovgivning. Ettersom det norske lovverket består av flere lov- og forskriftsbestemmelser som differensierer på bakgrunn av kjønnskategoriene mann og kvinne, vil dette imidlertid kunne etterlate ikke-binære i en uklar rettslig situasjon. Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret forutsetter derfor en *gjennomgang* av eksisterende kjønns spesifikke lovgivning. Ved denne gjennomgangen bør lovgiver vurdere om ikke-binære skal tilkjennes positive rettigheter og plikter etter den enkelte lovbestemmelse, om den enkelte lovbestemmelsen i stedet bør gjøres kjønnsnøytral, eller om lovendring simpelthen ikke er nødvendig. De lovgivningsmessige konsekvensene vil variere ut fra de vurderingene og valgene som tas. Menneskerettslige forpliktelser vil også gi enkelte føringer i denne sammenheng.

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Den 1. juli 2016 trådte lov om endring av juridisk kjønn i kraft.¹ Loven gir alle som opplever å tilhøre det andre kjønnnet enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret, rett til å få endret sitt juridiske kjønn, uten forutgående medisinsk behandling. Formålet med loven er å anerkjenne at juridisk kjønn bør baseres på egen opplevelse av kjønnsidentitet.² Loven beholder likevel et system med kvinne og mann som to obligatoriske kjønns kategorier. Det er per i dag ikke mulig å velge noe annet enn disse to kategoriene, og heller ikke adgang til å reservere seg fra dem. Den som opplever at de to eksisterende kjønns kategoriene ikke rommer deres kjønnsidentitet, og identifiserer seg utenfor tokjønnsmodellen, er derfor ikke sikret juridisk anerkjennelse.

Et generelt forbud mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk ble innført i 2013 gjennom diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.³ Vernet er videreført i likestillings- og diskrimineringsloven.⁴ Det fremgår av forarbeidene til førstnevnte lov at kjønn går utover det binære, og at man skal anerkjenne kjønnsidentiteten til personer som verken føler seg som menn eller kvinner:

«Samfunnet består ikke bare av menn og kvinner. Kjønn er mer sammensatt enn som så: Noen opplever at de har et annet kjønn enn det de er født med; de har en annen kjønnsidentitet. Andre føler at de er verken mann eller kvinne.»⁵

Diskrimineringsvernet omfatter personer som verken identifiser seg som menn eller kvinner. Selv om diskrimineringslovgivningen er forankret i et premiss om kjønns mangfold, sikrer ikke lovverket at ikke-binære personer kan få endret sitt juridiske kjønn. Det er dermed bare personer som identifiserer seg som mann eller kvinne som kan få rettslig anerkjent sin kjønnsidentitet.

Forslag om å utrede innføring av et tredje juridisk kjønn har vært foreslått flere ganger, også i Stortinget.⁶ Samtidig er det ikke klart hva en slik ordning vil innebære, og hvilke konsekvenser det vil ha i en norsk kontekst, både rettslig og praktisk.

Bufdir har fått i oppdrag av Kultur- og likestillingsdepartementet å gjennomføre en utredning om innføring av et tredje juridisk kjønn i Norge. Direktoratet utlyste i den forbindelse en konkurranse om en juridisk gjennomgang for å sikre en grundig kunnskapsoversikt over juridiske problemstillinger. Direktoratet ga 1. juli 2022 advokatfirmaet Lund & Co i oppdrag å foreta nevnte gjennomgang, og denne betenkningen er et svar på bestillingen. Den juridiske

¹ Lov 17. juni 2016 nr. 6 om endring av juridisk kjønn.

² Prop 74 L (2015–2016) s. 5.

³ Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

⁵ Prop. 88 L (2012-2013) s. 110.

⁶ (Helsedirektoratet, 2015) s. 120–121.

betenkningen skal inngå som en sentral del og bakgrunnsdokument i Bufdirs utredning om et tredje juridisk kjønnsalternativ.

1.2 Mandat og fremgangsmåte

Det følger av mandatet at den juridiske betenkningen blant annet skal adressere følgende spørsmål:

- Hvordan kan en lov om et tredje juridisk kjønn utformes (ulike innretninger, modeller)?
- Vil det kunne oppstå menneskerettslige spørsmål/konflikter, og i så fall hvilke
 - o Ved en eventuell innføring av et tredje juridisk kjønn?
 - o Under dagens binære tokjønnsmodell?
- Hvilke lover, forskrifter, offentlige registre mv. vil kunne påvirkes ved innføring av et tredje juridisk kjønn ved ulike innretninger?
- Hvordan er tredje juridisk kjønn innrettet og begrunnet i sammenlignbare land (eksempelvis Danmark, Malta, Island), og hva er erfaringene med innføringen?
- Hvis Norge ikke innfører tredje juridisk kjønn, hvordan sikrer vi at statsborgere fra land hvor tredje juridisk kjønn er innført, får dette anerkjent av det offentlige, dersom Norge ønsker å sikre dette?
- Finnes det andre juridiske tiltak enn innføring av et tredje juridisk kjønn, som kan belyse og bedre rettighetssituasjonen til transpersoner?

Behovsbeskrivelsen angir at oppdragstaker skal foreta en selvstendig gjennomgang av menneskerettslige spørsmål/konflikter som kan oppstå – både i dagens binære tokjønnsmodell, og ved en eventuell innføring av en tredje juridisk kjønnskategori. Det vil kunne oppstå ulike typer menneskerettslige spørsmål/konflikter avhengig av hvordan et tredje kjønnsalternativ eventuelt innrettes i lovverket, og oppdragstaker skal gi en oversikt over, og en grundig beskrivelse av, ulike innretninger.

Behovsbeskrivelsen nevner følgende tre hovedmodeller: «X i passet» (reservasjonsmodellen), innføring av en tredje kjønnskategori i hele lovverket (flerkjønnsmodellen) eller fjerne eller redusere viktigheten av kjønn i lovverket. Oppdragstaker er forventet å beskrive også andre innretninger som brukes i teorien, og eventuelle egne hybridforslag.

Den juridiske gjennomgangen skal videre inneholde en komparativ del. Oppdragstaker bes om å gjennomgå utvalgte lands begrunnelse for, og innretning av, innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori, samt erfaringer med innføringen der det lar seg gjøre.

Oppdragstaker skal også vurdere om andre juridiske tiltak enn innføring av en tredje juridisk kjønnskategori kan belyse eller bedre rettighetssituasjonen for personer som ikke faller inn under kategoriene kvinne eller mann i dagens binære tokjønnsmodell. Videre skal oppdragstaker utrede hvordan det offentlige – innenfor rammene av dagens binære tokjønnsmodell – kan sikre anerkjennelse av statsborgere fra land hvor et tredje juridisk kjønnsalternativ er innført.

Endelig skal oppdragstaker undersøke hvilke konsekvenser innføring av en tredje juridisk kjønnskategori vil få for dagens lovverk. I den forbindelse bes oppdragstaker om å gi en oversikt

over hvilke lover, forskrifter og offentlige registre mv. som vil kunne påvirkes, avhengig av hvilken innretning som velges. Tilsvarende skal oppdragstaker undersøke konsekvensene av eventuelle andre rettighetstiltak enn innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ.

Denne betenkningen besvarer de problemstillinger som er reist i mandatet. Vi forstår mandatet slik at det etterspør juridiske tiltak for å verne kjønnsidentiteten og sikre rettsvern for ikke-binære personer. Dette innebærer at vern av intersex-personer ikke omfattes av mandatet. En intersexperson defineres ut fra at vedkommende har uklar biologisk kjønnsstilhørighet. Det at en person har uklare kjønnskaraktistika sier ikke noe om vedkommendes kjønnsidentitet. Vedkommende kan identifisere seg som mann, kvinne eller ikke-binær, uavhengig av personens biologiske særtrekk. I den grad en gitt modell også har relevans for denne personkategorien, vil dette likevel nevnes kort.

Denne betenkningen omhandler alternativer for innføring av en *tredje juridisk kjønnskategori*, og det er derfor upresist å omtale dette som innføring av et tredje kjønn.

1.3 Begrepsbruk

1.3.1 Innledning

I dette punktet redegjør vi for begrepsbruken som benyttes i denne betenkningen. Definisjonene nedenfor er hentet fra Bufdirs mandat, og svarer til definisjonene i «*Trygghet, mangfold og åpenhet - Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og kjønnskaraktistika 2021–2024*».

1.3.2 Kjønn

Kjønn er en grunnleggende side ved en persons identitet. Normer i samfunnet er i stor grad med på å definere hva som er typisk kvinnelig og mannlig. Hva som er ansett for mannlig og kvinnelig, varierer gjennom historien og mellom kulturer. Kjønn kan forstås som tre ulike aspekter: biologisk kjønn (den kroppen du er født med), psykologisk kjønn (det kjønn du føler deg som) og sosialt kjønn (det kjønn andre oppfatter deg som og som du sosialiseres inn i). Det er vanlig å tenke at det finnes to kjønn, mann eller kvinne. Imidlertid er det personer som ikke faller inn under disse to kategoriene. Det kan gjelde både personer med variasjon i kroppslig kjønnsutvikling og transpersoner. I noen land finnes det derfor en mulighet til å registrere seg som et annet kjønn enn mann eller kvinne.

1.3.3 Biologisk kjønn

Biologisk kjønn utgjøres av biologiske faktorer som ytre og indre genitalier, gener, kromosomer og kjønns hormoner.

1.3.4 Kjønnsidentitet

Kjønnsidentitet vil si en persons indre opplevelse av å være kvinne, mann, både kvinne og mann eller ingen av delene. De fleste identifiserer seg med det kjønn de ble registrert med ved fødsel, men ikke alle. Opplevd kjønn kan brukes som et synonym til kjønnsidentitet.

1.3.5 Kjønnsuttrykk

Et kjønnsuttrykk er måten vi gir oss til kjenne på som enten kvinne, mann, feminin, maskulin eller utenfor samfunnets tokjønnsnorm. Selv om de fleste mennesker presenterer seg i et kjønnsuttrykk som blir oppfattet som klart mannlig eller klart kvinnelig, har noen et kjønnsuttrykk som bryter med todelingen mellom mann og kvinne.

1.3.6 Juridisk kjønn

Samfunnets offisielle registrering av kjønn. Juridisk kjønn er det kjønn man er registrert med i Folkeregisteret. Juridisk kjønn samsvarer ikke nødvendigvis med sosialt kjønn. Lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft i 2016. Ikrafttredelsen innebærer at det ikke lenger stilles krav om en bestemt diagnose eller medisinsk behandling for å endre hvilket kjønn du står registrert som i Folkeregisteret. Loven gjelder for personer som har fylt 16 år, men personer mellom 6 og 16 år kan søke om å endre sitt juridiske kjønn med samtykke fra foreldre. Barn under 6 år kan få endret juridisk kjønn dersom de har en medfødt, usikker somatisk kjønnsutvikling. Tilstanden må dokumenteres av helsepersonell. Det er skattekontoret som fatter vedtak om endring av juridisk kjønnsstatus og tildeler nytt fødselsnummer.

1.3.7 Cis-person

Å være cisperson, ciskjønn eller cis innebærer å identifisere seg med kjønn man fikk registrert ved fødsel. Begrepet er tatt i bruk som en motsats til trans-begrepene og tydeliggjør at alle har en kjønnsidentitet. Både heterofile, bifile, homofile, lesbiske og personer med variasjon i kroppslig kjønnsutvikling kan være cispersoner.

1.3.8 Kjønnskongruens

Kjønnsinkongruens er en vedvarende opplevelse av at kjønn man ble registrert med ved fødsel ikke samsvarer med kjønn man selv opplever å være. Personer med **kjønnsinkongruens** kalles ofte for transpersoner. Ikke alle personer som opplever kjønnsinkongruens, definerer seg som transpersoner. Kjønnsinkongruens er også en diagnose som erstatter alle diagnoser som tidligere begynte med «trans»- og forklares som manglende samsvar mellom opplevd kjønn og det kjønn man ble registrert med ved fødsel.

1.3.9 Ikke-binær

En person som ikke opplever å passe inn i kategoriene «mann» eller «kvinne». Å være ikke-binær handler om kjønnsidentitet og ikke om hvordan kroppen ser ut. Noen ikke-binære identifiserer seg som noe midt mellom kvinne og mann, andre identifiserer seg ikke ved kjønn. I samfunnet deles ofte kjønn inn i to kategorier, jente og gutt. Denne inndelingen passer ikke for alle.

1.3.10 Personer med variasjon i kroppslig kjønnsutvikling (Intersex/interkjønn-personer)

En variasjon i kroppslig kjønnsutvikling innebærer at kromosomalt og/eller gonadalt kjønn og anatomisk kjønn varierer fra det som anses for normen for kroppslig kjønnsutvikling. Dette kommer som en følge av en variasjon på kjønnskromosom-, gen-, enzym-, reseptor- eller strukturnivå. Med dette menes at sammensetningen av indre og ytre kjønnsorganer, hormoner og/eller kromosomer varierer i større grad enn det vi tradisjonelt forbinder med manns kropp

og kvinnekropper. Variasjon i den kroppslige kjønnsutviklingen representerer en variert og kompleks gruppe tilstander. Begrepet omfatter blant annet barn som ved fødselen anses for å variere fra normene for kroppslig kjønnsutvikling slik at man ikke umiddelbart vet hvilket juridisk kjønn barnet skal tildeles. Begrepet inkluderer også barn der det ved fødsel ikke stilles spørsmål om kjønn, men der en variasjon viser seg seinere, for eksempel i barnealder eller pubertet.

2 Gjeldende rett

Oppsummering av kapittel 2

Lov om endring av juridisk kjønn gir personer som opplever å tilhøre det andre kjønn enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret, rett til å endre juridisk kjønn. Lovens formål er å anerkjenne at juridisk kjønn bør baseres på egen opplevelse av kjønnsidentitet. Imidlertid beholder loven et system med kvinne og mann som to obligatoriske kjønns kategorier.

Opplysninger om juridisk kjønn registreres i dag ikke som en egen opplysning i folkeregisteret, men utledes av fødselsnummer, som per i dag er kjønns spesifikt. Ved endring av juridisk kjønn, får man tildelt et nytt fødselsnummer. Endring av juridisk kjønn henger ofte tett sammen med endring av navn etter navneloven.

Likestillings- og diskrimineringsloven forbyr diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Forarbeidene angir at vernet også omfatter ikke-binære personer. Tilsvarende gjelder straffelovens vern mot hatefulle ytringer og diskriminering.

Lovverket er likevel basert på en binær tokjønnsmodell. Det finnes flere lover som tildeler rettigheter og plikter på bakgrunn av kjønn, hvor forutsetningen er at hele befolkningen tilhører kategoriene mann eller kvinne. Dersom det innføres en tredje kjønns kategori i norsk rett, må lovgiver vurdere hvilken betydning dette skal ha for kjønnsbegrepet i øvrig lovgivning.

2.1 Lov om endring av juridisk kjønn

Lov om endring av juridisk kjønn ble vedtatt 17. juni 2016, og trådte i kraft 1. juli samme år. Loven gir personer som er bosatt i Norge og som «*opplever å tilhøre det andre kjønn enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret*» rett til å få endret sitt juridiske kjønn, jf. § 2. Med juridisk kjønn menes det kjønn en person er folkeregistrert med, jf. § 2. Loven er dermed knyttet direkte opp mot folkeregisterloven.

Det stilles ikke vilkår om diagnoser eller medisinsk behandling for å kunne endre kjønnsstatus. En person kan endre juridisk kjønn basert på en selverklæring av sin opplevde kjønnsidentitet, og det føres ingen kontroll med at vilkåret er oppfylt. Frem til loven trådte i kraft måtte personer som skulle bytte juridisk kjønn diagnostiseres og gjennomgå kjønnsbekreftende behandling, inkludert fjerning av reproduktive organer. Den som ønsket å endre sitt juridiske kjønn måtte fremvise en bekreftelse fra Rikshospitalets Nasjonale behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS) som dokumenterte at vedkommendes kjønn var konvertert ved hormonbehandling og kirurgiske inngrep.⁷

Noe av bakgrunnen for at en gikk bort fra en slik ordning gjennom lov om endring av juridisk kjønn var at likestillings- og diskrimineringsombudet hadde konkludert med at tidligere krav om sterilisering som vilkår for å endre kjønn var i strid med diskrimineringsloven om seksuell

⁷ Personer som hadde gjennomgått tilsvarende behandling i utlandet kunne fra 2013 få utferdiget en slik bekreftelse fra Helsedirektoratet, se (Helsedirektoratet, 2015) s. 64.

orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.⁸ Ombudet understreket at mange transpersoner som ikke har skiftet sitt juridiske kjønn konfronteres med at det ikke er samsvar mellom deres biologiske kjønn og deres kjønnsidentitet, og at dette begrenser adgangen til å utøve sin kjønnsidentitet. Dette var ifølge ombudet i strid med loven:

«Konsekvensen for A og andre transpersoner er at hun ikke fullt ut kan opptre i samsvar med sin kjønnsidentitet, og at hennes kjønnsidentitet ikke blir anerkjent juridisk før hun gjennomgår en operasjon som endrer hennes fysiske kjønn, samt får en diagnose og hormonell behandling. Praksisen med å ta utgangspunkt i det biologiske kjønn er likt for hele befolkningen, men slår ulikt ut for den gruppen der det ikke er samsvar mellom biologisk kjønn og kjønnsidentiteten.»⁹

Lov om endring av juridisk kjønn åpner bare for to kjønnsalternativer: mann eller kvinne. Det vil si at den som biologisk sett er født mann kan endre sitt juridiske kjønn til kvinne, og den som biologisk sett er født kvinne kan endre sitt juridiske kjønn til mann. For den som opplever ikke å høre hjemme i disse to kjønnskategoriene, vil det ikke være mulig å oppnå et juridisk kjønn som reflekterer deres kjønnsidentitet. Ikke-binære vil fremdeles måtte være registrert som enten mann eller kvinne.

Loven opprettholder et skille mellom fødselskjønn basert på biologiske egenskaper og juridisk kjønn som knytter seg til kjønnsidentitet. Fødselskjønn er det kjønn vedkommende ble registrert med ved fødselen, basert på biologiske kjønns karakteristika. Begrepet svarer til «kroppslig kjønn», som i høringsnotatet til lov om endring av juridisk kjønn ble omtalt slik:

«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.)»¹⁰

Det følger av lov om endring av juridisk kjønn § 6 at det juridiske kjønn skal legges til grunn ved anvendelsen av andre lover og forskrifter, likevel slik at fødselskjønnet skal legges til grunn dersom det er nødvendig for å etablere foreldreskap og foreldreansvar etter barneloven. Det betyr at når en person føder et barn, skal foreldreskapet fastsettes etter reglene om morskap, selv om vedkommende har endret juridisk kjønn. Det fremgår videre at en person som endrer sitt juridiske kjønn, beholder rettigheter og plikter som følge av farskap, morskap eller medmorskap. Endringen får dermed ikke rettslige konsekvenser for forholdet mellom et barn og dets juridiske foreldre. Det følger videre av § 6 at regler som gjelder om eller for en kvinne som føder barn, gjelder på samme måte for en person som føder barn etter å ha endret juridisk kjønn. Dette vil blant annet gjelde rettigheter etter folketrygdloven kapittel 14 om ytelser ved svangerskap, fødsel og adopsjon.

Til tross for at lov om endring av juridisk kjønn etter sin ordlyd regulerer hvilken betydning en endring av juridisk kjønn vil ha for anvendelsen av annen lovgivning, har loven blitt kritisert for å

⁸ LDO 14/840.

⁹ LDO 14/840.

¹⁰ Helse- og omsorgsdepartementet, *Høringsnotat: Forslag til lov om endring av juridisk kjønn* (2015).

la en rekke praktiske spørsmål stå ubesvart. Robberstad og Halvorsen mener at lovens § 6 trolig må tolkes innskrenkende og at loven «[ikke] kan sette til side de hensynene som andre lover ivaretar, for eksempel retten til privatliv, personlig integritet og religionsfrihet». I slike tilfeller mener de at «kjønn» må tolkes som biologisk, og ikke juridisk, kjønn.¹¹

Barn som har fylt 16 år kan selv søke om endring av juridisk kjønn, jf. lovens § 4. Barn mellom 6 og 16 år må søke om endring av juridisk kjønn sammen med den eller de som har foreldreansvaret. Endring av juridisk kjønn for barn under 6 år kan bare skje der barnet har medfødt usikker somatisk kjønnsutvikling. Foreldrene søker på vegne av barnet, og må fremlegge dokumentasjon fra helsepersonell.

Endring av juridisk kjønn skjer ved søknad til skatteetaten, jf. § 5. Søker får tilsendt informasjon om virkningene av å endre juridisk kjønn og en svarslipp som skal returneres som en bekreftelse på at søknaden opprettholdes. Skatteetatens vedtak kan påklages til Statsforvalteren i Oslo og Viken. Søknader fra barnet og bare én med foreldreansvar skal behandles av Statsforvalteren i Oslo og Viken som førsteinstans, og Nasjonal klageinstans for helsetjenesten som klageinstans.

Lov om endring av juridisk kjønn regulerer ikke spørsmålet om hvem som har rett til kjønnsbekreftende eller annen medisinsk behandling etter pasient- og brukerrettighetsloven. Å endre juridisk kjønn vil ikke i seg selv utløse en rett til slik behandling, men det vil etter omstendighetene kunne inngå som en del av grunnlaget for den medisinske vurderingen av hvilken helsehjelp vedkommende har krav på.

Endring av juridisk kjønn kan få betydning for enkelte ordninger som er innrettet etter opplysninger i folkeregisteret. Blant annet vil innkalling til enkelte masseundersøkelser som mammografiscreening og screening for livmorhalskreft rettes mot de som er oppført som kvinner i folkeregisteret. Dette er imidlertid en praktisk problemstilling, som ikke direkte berører vedkommendes rett til å motta helsehjelp.

2.2 Folkeregisterloven

Det følger av folkeregisterloven § 1-1 at det skal være et sentralt personregister for Norge. Folkeregisteret er statens sentrale personopplysningsregister, og inneholder grunndata om den bosatte befolkningen og andre personer med tilknytning til Norge.

Folkeregisterloven § 3-1 angir hvilke opplysninger som «kan» registreres i folkeregisteret, herunder navn, fødested, fødselsdato og kjønn. Ingen av de opplistede opplysningene er obligatoriske. Ansvarlig helsepersonell sender etter fødsel en fødselsmelding til Folkeregisteret der barnets kjønn opplyses, jf. helsepersonelloven § 35, jf. barneloven § 1. Dersom det ikke er helsepersonell til stede under fødselen, skal mor selv sende fødselsmelding innen en måned, jf. folkeregisterloven § 6-4, jf. barneloven § 1. I praksis fastsettes barnets kjønn basert på en utseendemessig vurdering av barnets genitalia.¹²

¹¹ (Robberstad & Halvorsen, 2022) s. 181.

¹² Prop 74 L (2015-2016) s. 10.

Kjønn registreres ikke som en egen opplysning i folkeregisteret, men utledes av fødsels- eller øvrig identifikasjonsnummer. Tildeling av identifikasjonsnummer i form av enten fødselsnummer eller d-nummer er nærmere regulert i folkeregisterloven § 2-2. Ved første gangs registrering i Folkeregisteret tildeles en person som er bosatt eller født i Norge, et fødselsnummer. For andre personer kan det tildeles et d-nummer etter regler fastsatt i forskrift, likevel slik at norske statsborgere bosatt i utlandet kan tildeles fødselsnummer.

Fødselsnummeret består av elleve siffer, hvorav de seks første sifrene er personens fødselsdato og de fem siste sifrene er individualsiffer og kontrollsiffer, jf. folkeregisterloven § 2-2 andre ledd. D-nummer er i hovedsak bygget opp på samme måte. Fødselsnummeret er kjønns spesifikt, ved at kvinner har like tall og menn ulike tall som siste individualsiffer, jf. forskrift til folkeregisterlova § 2-2-1. Dette gjelder tilsvarende for d-nummer, jf. forskriften § 2-2-2. Identitetsnumrene forteller dermed hvilket kjønn en person er registrert med i folkeregisteret. Fødselsnummeret skal endres ved endring av kjønn. Ved endring av fødselsnummer, endres også offentlige identifikasjonsdokumenter og fødselsattest.

Stortinget har vedtatt å innføre en ny, kjønnsnøytral personidentifikator. Kapasiteten i dagens fødselsnummerserie er i ferd med å brukes opp, og det er nødvendig å innføre en nummerserie med større kapasitet. Det nye fødselsnummeret vil i hovedsak være en videreføring av dagens fødselsnummer på elleve sifre, men slik at kjønn ikke lengre kodes inn. Ettersom mange IT-systemer i offentlig og privat sektor må endres som følge av dette, er det varslet behov for lang innføringstid for å gjennomføre endringer og for å redusere risiko og kostnader. Kjønnsnøytrale personnumre vil komme på plass tidligst 2032.¹³ Kjønn skal i fremtiden fremgå av et eget informasjonsfelt med begrenset tilgang. Behandling av opplysninger om juridisk kjønn, herunder utlevering av informasjon fra folkeregisteret, omtales nærmere i punkt 2.8 nedenfor.

2.3 Navneloven

Navneloven pålegger alle personer som er registrert i Folkeregisteret og som er bosatt i riket, en plikt til å ha fornavn og etternavn, jf. §§ 1 og 2. Loven gir også en rett til å velge navn, med visse begrensninger, jf. §§ 3 til 10. Navneloven § 10 første ledd angir alminnelige begrensninger for valg av navn. En melding om navneendring skal avslås dersom navnet *«ellers kan bli til vesentlig ulempe for vedkommende eller andre sterke grunner tilsier det»*. Det fremgår av rundskriv G-20/2002 at det *«ikke kan velges guttenavn for jenter og omvendt»*. For transpersoner gjelder det imidlertid et unntak: Rundskrivet bestemmer at jentenavn for mann eller guttenavn for kvinne skal tillates for personer som er i gang med en kjønnskifteprosess og for personer *«som har en transgender identitet (transpersoner) uten at de nødvendigvis er i gang med en kjønnskifteprosess»*.¹⁴

Fornavn eller etternavn kan som utgangspunkt ikke endres mer enn én gang hvert tiende år. Loven fastsetter flere unntak fra denne hovedregelen, blant annet ved at en person kan endre tilbake til det fornavnet vedkommende hadde før endringen. Endring av fornavn kan også skje uavhengig av tiårsregelen når det foreligger særlige grunner.

¹³ Prop. 1 LS (2017–2018) s. 274.

¹⁴ Justis- og politidepartementet, Rundskriv G-2002-20, punkt 2.3.7.1.

Endring av juridisk kjønn og endring av navn henger ofte tett sammen. I forarbeidene til lov om endring av juridisk kjønn ble det pekt på at retten til å endre navn som samsvarer med opplevd kjønnsstilhorighet er en sentral forutsetning for at en person skal kunne leve i samsvar med sin juridiske kjønnsidentitet.¹⁵ Aldersgrensen for å endre navn etter navneloven uten samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret, ble derfor endret fra 18 til 16 år ved innføringen av lov om endring av juridisk kjønn, jf. navneloven § 12.¹⁶

2.4 Likestillings- og diskrimineringsloven

Likestillings- og diskrimineringsloven forbyr diskriminering på grunn av blant annet «*seksuell orientering*», «*kjønnsidentitet*» og «*kjønnsuttrykk*», jf. lovens § 6. Forbudet er en videreføring av det som fulgte av den tidligere lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk fra 2013. Det fremgår av forarbeidene til 2013-loven at det «*med kjønnsidentitet siktes det til hva slags kjønn vi opplever oss selv som*», og «*opplevelsen kan være i samsvar eller bryte med ens biologiske kjønn*».¹⁷ Forarbeidene til dagens lov angir at diskrimineringsvernet omfatter «*personer som opplever seg selv som verken mann eller kvinne*».¹⁸

Vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet omfatter både personer som har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling og personer som har endret juridisk kjønn uten å ha gjennomgått slik behandling. Diskrimineringsvernet er ikke betinget av eventuelle diagnoser eller hormonell og kirurgisk behandling. Også personer som ikke har endret juridisk kjønn, men som gjennom klær, oppførsel, utseende eller språk har et kjønnsuttrykk som ikke samsvarer med sitt folkeregistrerte kjønn, er omfattet av diskrimineringsvernet. Vernet omfatter også interkjønn-personer.¹⁹

Loven forbyr både direkte og indirekte forskjellsbehandling som er begrunnet i en persons kjønnsidentitet. Med direkte forskjellsbehandling menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, på grunn av forhold som nevnt, jf. § 7. Indirekte forskjellsbehandling innebærer at tilsynelatende nøytrale regler og praksiser slår ulikt ut for personer som tilhører den vernede gruppen, jf. § 8.

Forskjellsbehandlingen må ifølge lovens forarbeider «*føre til skade eller ulempe for den som forskjellsbehandles, for eksempel ... tap av fordeler, økonomisk tap eller færre muligheter sammenlignet med andre i en tilsvarende situasjon*».²⁰

En forskjellsbehandling er ikke i strid med loven dersom den har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende for den som rammes, jf. § 9.

Det følger av lovens § 24 at offentlige myndigheter i all sin virksomhet skal arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å fremme likestilling og hindre diskriminering. Det er presisert i forarbeidene at plikten omfatter all myndighetsutøvelse og all tjenesteyting på alle

¹⁵ Prop.74 L (2015-2016) s. 33.

¹⁶ Prop.74 L (2015-2016) s. 34.

¹⁷ Prop. 88 L (2012-2013) s. 110.

¹⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 313.

¹⁹ Prop. 88 L (2012-2013) s. 111, s. 118-119 og s. 121 og Prop. 81 L (2016-2017) s. 86 og s. 313.

²⁰ Prop 81 L (2016-2017) s. 101.

samfunnsområder og at plikten blant annet omfatter «*utforming og tildeling av tjenester, regelverksutforming, budsjettering og samfunnsplanlegging.*»²¹

Etter lovens § 30 første ledd bokstav e, er det forbudt for arbeidsgivere å innhente opplysninger om en søkers «*seksuelle orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk*» i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte. Forbudet er absolutt.²²

Selv om diskrimineringsvernet i likestillings- og diskrimineringsloven omfatter ikke-binære personer, illustrerer loven at vi fortsatt har en binær tokjønnsmodell. Lovens § 28 slår fast at «*begge kjønn*» skal være representert ved oppnevning av offentlige utvalg, styrer, råd mv., se også punkt 2.7.6 nedenfor. Videre følger det av § 34 at «*[k]vinner og menn*» i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi.

2.5 Straffeloven

Stortinget vedtok i 2020 å innlemme kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk som vernede grunnlag i straffeloven §§ 185 og 186 om henholdsvis hatefulle ytringer og diskriminering. Etter § 185 andre ledd bokstav d, er det straffbart å fremsette en «*diskriminerende eller hatefull ytring*», det vil si «*å true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen på grunn av deres ... kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk*». Etter § 186 første ledd bokstav d, er det straffbart å «*i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekte[...] en person varer eller tjenester på grunn av personens ... kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk*». På samme måte straffes den som av nevnte grunn «*neker en person adgang til en offentlig forestilling, oppvisning eller annen sammenkomst på de vilkår som gjelder for andre*», jf. bestemmelsens andre ledd.

Lovforarbeidene angir at formålet med bestemmelsene er «*å verne transpersoner og andre som har en kjønnsidentitet eller et kjønnsuttrykk som bryter med omgivelsenes forventninger*». Det fremgår videre uttrykkelig at personer «*som verken identifiserer seg som kvinne eller mann, er blant dem som omfattes av vernet*».²³

2.6 Passloven og ID-kortloven

Regler om utstedelse av pass og ID-kort er regulert i passloven og ID-kortloven. Det følger av passloven § 1 at norske statsborgere etter søknad har rett til pass. Passet utstedes av politiet, og av norske utenriksstasjoner som er tildelt passmyndighet av Utenriksdepartementet. Passet skal inneholde «*opplysninger om enkeltperson*», jf. § 6.

Lov om nasjonalt identitetskort ble vedtatt 5. juni 2015, og trådte i kraft 19. oktober 2020. ID-kortet kan benyttes som reisedokument i stedet for pass i EØS-området, jf. ID-kortloven § 1. Etter § 6 skal det nasjonale ID-kortet «*bare inneholde opplysninger som er nødvendige for å kontrollere kortets ekthet og bekrefte innehaverens identitet.*»

²¹ Prop.63 L (2018–2019) s. 93.

²² Prop. 81 L (2016–2017) s. 275.

²³ Prop. 66 L (2019–2020) s. 70 og s. 153–154. I HR-2022-1843-A tok Høyesterett for første gang stilling til terskelen for hva som utgjør hatefulle ytringer basert på en persons kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

Pass og ID-kort til mindreårige under 18 år, kan ikke utstedes uten samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret, jf. henholdsvis passloven § 4 og ID-kortloven § 4. Nærmere regler om kravet til samtykke er fastsatt i pass- og ID-kortforskriften.²⁴

Når det gjelder passets tekniske spesifikasjoner, er Norge bundet av kravene til passutstedelse som er fastsatt av Den internasjonale luftfartsorganisasjonen ICAO og av EU. ICAOs globale spesifikasjoner (standarder) for bruk av biometri i reisedokumenter er gitt i dokument 9303, og fulgt opp av EU ved Rådsforordning (EF) nr. 2252/2004 om standarder for sikkerhetslementer og biometriske identifikatorer i pass og reisedokumenter, som binder Norge gjennom Schengen-avtalen.

I ICAOs standard 9303 er kjønn listet opp som et obligatorisk felt i passet:

«Sex of the holder, to be specified by use of the single initial commonly used in the language of the State or organization where the document is issued and, if translation into English, French or Spanish is necessary, followed by an oblique and the capital letter F for female, M for male, or X for unspecified.»²⁵

Retningslinjene åpner for at kjønn kan oppgis med betegnelsen «X». Etter oppdateringen av standarden i 2021, er det nå presisert at en stat kan bestemme at kjønn ikke skal identifiseres i passet:

«Where an issuing State or organization does not want to identify the sex, the filler character (<) shall be used in this field in the MRZ and an X in this field in the VIZ.»²⁶

I praksis vil en dermed kunne bestemme at kjønn ikke skal identifiseres i passet til noen norske borgere. ICAOs arbeidsgruppe for maskinlesbare pass vurderte allerede i 2012 om kjønn burde fjernes som et obligatorisk felt, og i grunnlagsdokumentene ble det særlig pekt på transpersoners situasjon:

«The risk of transgender people encountering problems while travelling would be reduced by removing the gender field on travel documents. Transgender people may experience an easier process as they would no longer have the problem of travelling on travel documents where the gender displayed doesn't match their appearance. Also, transgender people with their gender displayed as X would avoid dealing with border officials that do not recognise this option.»²⁷

Disse innvendingene er langt på vei hensyntatt nå som standarden åpner for at en stat kan unnlate å identifisere kjønn på egne borgere. Heller ikke rådsforordning (EF) nr. 2252/2004 krever at kjønn identifiseres i pass og andre reisedokumenter, all den tid forordningen viser til

²⁴ Forskrift 9. oktober 2020 nr. 2012 om pass og nasjonalt ID-kort.

²⁵ International Civil Aviation Organization, Doc 9303. Machine Readable travel Documents: Part 4: Specifications for Machine Readable Passports (MRPs) and other TRD3 Size MRTDs (2021) s. 14.

²⁶ International Civil Aviation Organization, Doc 9303 s. 21.

²⁷ International Civil Aviation Organization, TAG/MRTD/221-IP/4 (2012), Appendix A, s. 9.

kravene i ICAO-dokument 9303. Dette innebærer at verken internasjonale eller nasjonale regler stiller krav om at kjønn oppgis i passet.

Av forskrift 9. oktober 2020 nr. 2012 om pass og nasjonalt ID-kort (pass- og ID-kortforskriften) § 2-4 andre ledd følger det imidlertid at fødselsnummer skal innføres i passet og fremgå av ID-kortet.²⁸ Også førerkort inneholder vedkommendes fødselsnummer, jf. førerkortforskriften vedlegg 2 § 4. Selv om det åpnes for å unnlate kjønnsmarkør i offentlige identifikasjonsdokumenter, vil likevel personnummeret være kjønns spesifikt frem til en ny ordning kommer på plass (jf. punkt 2.2 ovenfor). Dette kan håndteres på ulike måter, som å fullstendig utelate personnummer i slike identifikasjonsdokumenter, slik at det aktuelle identitetsdokumentet kun oppgir fødselsdato, se punkt 6.2 nedenfor. ICAOs standarder stiller ikke krav om at personnummer angis i passet, og det er ikke øvrige folkerettslige hindre for en løsning som skissert.

2.7 Lover som gir rettigheter og plikter på bakgrunn av kjønn

2.7.1 Innledning

Selv om norsk lovgivning for det meste er kjønnsnøytralt utformet, finnes det en rekke lover som tildeler rettigheter og plikter på bakgrunn av kjønn. Disse lovene er basert på en binær tokjønnsmodell, hvor forutsetningen er at hele befolkningen tilhører kategoriene mann eller kvinne. Et tredje juridisk kjønnsalternativ bryter med denne strukturen, og utfordrer det skillet som ligger til grunn for dagens lovgivning på en rekke områder. Dersom det innføres et tredje juridisk kjønnsalternativ, må lovgiver vurdere hvilken betydning dette skal ha for kjønnsbegrepet i den øvrige lovgivningen. I det følgende presenteres sentrale lover som skiller på bakgrunn av kjønn. Oversikten er ikke ment å være uttømmende.

En rekke kjønnsrelevante praksiser er ikke særskilt regulert i lovgivningen. Det klassiske eksempelet er kjønnsdelte garderober og toaletter. Andre eksempler er kjønnsdelte soningsplasser.²⁹ En forskjellsbehandling basert på kjønnsidentitet kan etter omstendighetene utgjøre et brudd på forbudet mot diskriminering på grunnlag av kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, se punkt 2.4 ovenfor.

2.7.2 Ekteskapsloven

Inngåelse og oppløsning av ekteskap er regulert i ekteskapsloven. Det følger av lovens § 1 at «*to personer av motsatt eller samme kjønn kan inngå ekteskap*». Forarbeidene utdyper dette til at ekteskap kan inngås mellom en kvinne og en mann, to kvinner eller to menn, uavhengig av seksuell orientering.³⁰ Prinsippet om frivillighet er regulert i § 1b, hvor det fremgår at «*[k]vinner og menn har samme rett til fritt å velge ektefelle*», og at ekteskap skal inngås av egen fri vilje og med eget samtykke.

²⁸ I midlertidig pass innføres derimot bare fødselsdato, jf. pass- og ID-kortforskriften § 2-4 andre ledd andre punktum.

²⁹ Se nærmere Kriminalomsorgen, *Retningslinjer for transpersoner i varetekt eller under straffegjennomføring* (2018).

³⁰ Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) s. 90.

Prester i Den norske kirke og vigslere i andre trossamfunn kan nekte å foreta vigsel dersom brudefolkene er av samme kjønn, jf. § 13 andre ledd. Bestemmelsen skal praktiseres slik at «*kvinner og menn likebehandles*», jf. bestemmelsens tredje ledd. I henhold til hovedregelen om at juridisk kjønn skal legges til grunn ved anvendelsen av andre lover, kan en vigsler som nevnt ikke nekte å vie to personer med samme fødselskjønn, der den ene av disse har endret sitt juridiske kjønn.

2.7.3 Bioteknologiloven

Bioteknologiloven gjelder humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. og omfatter blant annet assistert befruktning, forskning på befruktede egg og kloning, fosterdiagnostikk, genetiske undersøkelser av fødte og genterapi, jf. § 1-2.

Assistert befruktning er regulert i lovens kapittel 2. Loven definerer «*assistert befruktning*» som «*inseminasjon og befruktning utenfor kroppen*», jf. § 2-1 bokstav a. Inseminasjon innebærer «*innføring av sæd i kvinnen på annen måte enn ved samleie*», jf. § 2-1 bokstav b. Befruktning utenfor kroppen er definert som «*befruktning av egg utenfor kvinnens kropp*», jf. § 2-1 bokstav c.

Både gifte, samboende i ekteskapslignende forhold og enslige kan få tilgang til assistert befruktning, jf. § 2-2. Både likekjønnede og ulikekjønnede par er omfattet av bestemmelsen. Det fremgår av § 2-3 første ledd at inseminasjon kan finne sted «*når to kvinner er gift eller samboere i ekteskapslignende forhold*». Det er ikke, som for ulikekjønnede par, et vilkår om et medisinsk behov for assistert befruktning.

Det er ingen definisjon av begrepet «*kvinne*» i bioteknologiloven. I tråd med hovedregelen i lov om endring av juridisk kjønn § 6, skal det juridiske kjønn legges til grunn ved anvendelse av bioteknologilovens regler om assistert befruktning. Selv om en person som har skiftet juridisk kjønn har mulighet til å få barn ved hjelp av assistert befruktning, åpner ikke loven for dette. En person som er født kvinne, men som senere har endret sitt juridiske kjønn til mann, vil med andre ord ikke kunne få hjelp til å bli gravid ved assistert befruktning med donert sæd. I forarbeidene til lov om endring av juridisk kjønn, uttalte departementet at det ville «*komme tilbake til spørsmålet om assistert befruktning til personer som har skiftet juridisk kjønn i egen sak om evaluering av bioteknologiloven*». ³¹

2.7.4 Krisesenterloven

Et krisesenter er et midlertidig botilbud for voksne og barn som er utsatt for vold og trusler i nære relasjoner. Det offentlige skal sørge for et krisesentertilbud for begge kjønn. Krisesenterloven § 2 femte ledd fastsetter at «*[b]utilbodet til kvinner og butilbodet til menn skal vere fysisk skilde*.» I lovens forarbeid er det presisert at kravet om fysisk atskilte botilbud innebærer at «*kvinner og menn ikkje skal bu saman eller ha felles opphaldsrom*», og det understrekes som en grunnleggende forutsetning for et godt krisesentertilbud at kvinner kan kjenne seg trygge. ³²

³¹ Prop. 74 L (2015–2016) s. 5 og s. 32.

³² Ot.prp. nr. 96 (2008–2009) s. 77.

2.7.5 Straffeprosessloven

Straffeprosessloven inneholder regler om kroppsvisitering. Av § 201 andre ledd følger det at «[n]år hensynet til ærbarhet tilsier det, skal personlig ransaking utføres ved en person av samme kjønn som den ransakingen gjelder.» En anvendelse av hovedregelen i lov om endring av juridisk kjønn § 6 skulle tilsi at en ikke kan nekte å bli ransaket av en person med samme juridisk kjønn som en selv. I juridisk teori er det imidlertid tatt til orde for at lov om endring av juridisk kjønn § 6 i dette tilfellet må tolkes innskrenkende, slik at en mistenkt kvinne kan nekte å bli ransaket av en person hun opplever som mann.³³

2.7.6 Likestillings- og diskrimineringsloven, allmennaksjeloven, aksjeloven, kommuneloven, domstolloven, forskrift om opptak til høyere utdanning

Regler om kjønnsbalanse og kvotering finnes i flere ulike lover. Likestillings- og diskrimineringsloven § 28 stiller krav om kjønnsbalanse i offentlige utvalg mv. Når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder mv. «skal begge kjønn være representert». Krav til antall kvinner og menn varierer med utvalgets størrelse, og har utvalget ti medlemmer eller flere, skal «hvert kjønn være representert med minst 40 pst». Tilsvarende inneholder kommuneloven bestemmelser om kjønnsbalanse i folkevalgte organer, jf. §§ 5-9, 7-5, 77-6, 7-7, 7-10, 10-4 og 10-5. Også i allmennaksjeselskaper stilles det krav om representasjon av begge kjønn i styret, jf. allmennaksjeloven § 6-11 a. Tilsvarende gjelder statsaksjeselskaper og aksjeselskaper der kommuner og fylkeskommuner til sammen eier minst 2/3 av aksjene, jf. aksjeloven § 20-6 og kommuneloven § 21-1. Næringsministeren har varslet at ordningen vil foreslås utvidet til å gjelde flere selskaper.³⁴

Det følger av domstolloven § 27 at det blant medlemmene og varamedlemmene i forliksrådet skal være både kvinner og menn. Etter lovens §§ 64 og 65 skal det være «to utvalg av meddommere, ett for kvinner og ett for menn».

Forskrift om opptak til høyere utdanning oppstiller en ordning med tilleggspoeng for det underrepresenterte kjønn. Etter forskriften § 7-9 første ledd kan departementet for enkelte utdanninger fastsette at søker av «det kjønn som er klart underrepresentert» skal gis tilleggspoeng.

Det fremgår av forarbeidene til lov om endring av juridisk kjønn at juridisk kjønn skal legges til grunn hva gjelder ovennevnte regler om kjønnsbalanse og kvotering.³⁵

2.7.7 Arbeidsmiljøloven og folketrygdloven

Arbeidsmiljøloven gir rettigheter til foreldre, se særlig kapittel 12. Her benyttes gjennomgående begrepene «mor» og «far». Et unntak er § 12-8 om ammfri som gir særlige rettigheter til «kvinne som ammer sitt barn». Kjønnsspesifikke termer benyttes også i folketrygdlovens regler om ytelser ved svangerskap, fødsel og adopsjon. Eksempelvis er formuleringen «kvinne som

³³ (Robberstad & Halvorsen, 2022) s. 180–181. Se også (Arnesen, Kommentartutgave til lov om endring av juridisk kjønn, 2022) note 7.1 til § 6.

³⁴ Pressemelding 30.09.2022 (tilgjengelig på regjeringen.no).

³⁵ Prop. 74 L (2015–2016) s. 37.

føder barn» benyttet flere steder, jf. f.eks. §§ 14-7 og 14-10 om foreldrepenger og § 14-17 om engangsstønad.

Det følger av lov om endring av juridisk kjønn § 6 andre ledd at «regler som gjelder om eller for en kvinne som *føder barn*» gjelder på samme måte for en person som føder barn etter å ha endret juridisk kjønn.

2.7.8 Barneloven

Barnelovens regler om etablering av foreldreskap og foreldreansvar benytter kjønns spesifikke termer. Etter barnelova § 2 regnes «*kvinna som har fødd barnet*» som barnets mor, og etter § 3 regnes «*den mannen som mora er gift med ved fødselen*» som barnets far og «*den kvinna som mora er gift med*» som medmor. Det følger av lov om endring av juridisk kjønn § 6 første ledd at fødselskjønn skal legges til grunn ved fastsettelse av foreldreskap og foreldreansvar etter barnelova. En person som endrer sitt juridiske kjønn, beholder rettigheter og plikter som følge av farskap, morskap eller medmorskap.

2.8 Behandling av personopplysninger om juridisk kjønn

Opplysninger om juridisk kjønn (eller kjønnsidentitet, som juridisk kjønn viser til) er en personopplysning som må behandles i tråd med personvernlovgivningen, jf. personopplysningsloven § 1, jf. personvernforordningen (forordning (EU) 2016/679 – GDPR) artikkel 4(1), jf. artikkel 2(1). Det innebærer at all innsamling, lagring, bruk, utlevering mv. av opplysninger om en persons juridiske kjønn må følge reglene i personvernlovgivningen. Personvernforordningen stiller detaljerte krav til behandling av personopplysninger, herunder at enhver behandling må ha et definert formål og et lovlig grunnlag.³⁶ Forordningen gir også den registrerte rett til informasjon, innsyn, retting og sletting av egne personopplysninger mv.³⁷

Opplysninger om en persons kjønnsidentitet (dvs. juridisk kjønn etter norsk rett) er ikke anerkjent som en særskilt kategori av personopplysninger etter personvernforordningen artikkel 9.³⁸ Bestemmelsen oppstiller som utgangspunkt et *forbud* mot behandling av sensitive personopplysninger, som er definert som opplysninger om «*rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, filosofisk overbevisning eller fagforeningsmedlemskap, samt behandling av genetiske opplysninger og biometriske opplysninger med det formål å entydig identifisere en fysisk person, helseopplysninger eller opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering*». For å lovlig behandle denne typen personopplysninger, må den behandlingsansvarlige oppfylle et av unntakene i artikkel 9 nr. 2 (i tillegg til å ha gyldig behandlingsgrunnlag etter artikkel 6 nr. 1).

I dag registreres ikke juridisk kjønn som en egen opplysning i folkeregisteret, men utledes av fødselsnummer eller d-nummer, se punkt 2.2 ovenfor. Fødselsnummeret regnes ikke som en sensitiv personopplysning, jf. personvernforordningen artikkel 87. Det er likevel satt klare grenser for bruken av fødselsnummer i norsk rett, jf. personopplysningsloven § 12 som bestemmer at fødselsnummer bare kan behandles når det er «*saklig behov for sikker*

³⁶ Personvernforordningen artikkel 5 og 6.

³⁷ Personvernforordningen kapittel III.

³⁸ Se også (Alaattinoglu, Arnesen, & Sørli, 2021) s. 118–119.

identifisering og metoden er nødvendig for å oppnå slik identifisering». I tillegg må det på vanlig måte foreligge behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1. Videre kan det etter offentleglova § 26 nest siste ledd gjøres unntak fra innsyn for fødselsnummer.

Utlevering av fødselsnummer (og følgelig juridisk kjønn) fra folkeregisteret er nærmere regulert i folkeregisterloven § 10-1. Fødselsnummer/juridisk kjønn er ikke definert som en taushetsbelagt opplysning.³⁹ Etter § 10-1 første ledd kan offentlige myndigheter og virksomheter, private virksomheter som utfører lovpålagte oppgaver eller oppgaver på vegne av det offentlige, og finansforetak, få utlevert ikke-taushetsbelagte opplysninger fra folkeregisteret, og disse kan gjøres tilgjengelig gjennom lister basert på fødselsnummer og d-nummer. Bestemmelsens andre ledd bestemmer at «*andre private virksomheter og aktører*» bare kan få utlevert opplysninger om fødselsnummer og d-nummer dersom det angis et begrunnet behov. Med begrunnet behov menes at nummeret er nødvendig for å oppfylle en lovpålagt forpliktelse eller for å ivareta en lovmessig rettighet, jf. folkeregisterforskriften § 10-1-1 andre ledd. Det vil typisk foreligge et begrunnet behov for virksomheter som har innrapporteringsplikt til skattemyndighetene om personers inntekt, gjeld osv., eksempelvis arbeidsgivere, NAV, Lånekassen, banker, forsikringselskaper mm.⁴⁰ Samlet innebærer dette at fødselsnummer, og med dette opplysninger om en persons juridiske kjønn, kan gjøres tilgjengelig for forholdsvis mange virksomheter.

I en binær tokjønnsmodell kan man ikke utlede av opplysninger om en persons juridiske kjønn om vedkommendes kjønnsidentitet samsvarer med fødselskjønnet (det biologiske kjønn).⁴¹ Dette vil være annerledes for en person som tilhører en tredje juridisk kjønnskategori. Ettersom denne kategorien ikke svarer til noe fødselskjønn, vil en angivelse av vedkommendes juridiske kjønn samtidig angi at personen identifiserer seg med et annet kjønn enn det vedkommende ble registrert med ved fødselen. Selv om en tredje kjønnskategori vil gi ikke-binære en anerkjennelse de selv ønsker og etterstreber, risikerer de like fullt å bli utsatt for hets, vold og diskriminering på grunnlag av sin kjønnsidentitet. De kan derfor ønske å råde over og selv bestemme over hvem som skal få opplysninger om deres kjønnsidentitet.

Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori reiser på denne bakgrunn enkelte spørsmål knyttet til personvern for ikke binære, både med hensyn til utlevering av opplysninger om juridisk kjønn fra folkeregisteret, og med hensyn til andre virksomheters innsamling av opplysninger om juridisk kjønn direkte fra enkeltpersoner. Disse problemstillingene omtales nærmere i punkt 6.3.14 nedenfor.

³⁹ Prop. 164 L (2015–2016) s. 39.

⁴⁰ Se nærmere (Wessel-Aas & Ødegaard, 2018) s. 170 flg.

⁴¹ Dette kan stille seg annerledes for historiske opplysninger om endring av juridisk kjønn, se (Alaattinoglu, Arnesen, & Sørli, 2021) s. 89.

3 Internasjonale føringer

Oppsummering av kapittel 3

Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk har et menneskerettslig vern, både som en del av retten til privatliv og som en del av diskrimineringsvernet. Etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) har konvensjonsstatene en positiv forpliktelse til å sikre transpersoners rett til juridisk anerkjennelse av endret kjønnsstatus fra mann til kvinne eller omvendt. Så langt foreligger det imidlertid verken rettsavgjørelser fra nasjonale domstoler eller internasjonale håndhevingsorganer som konkret behandler spørsmål om juridisk anerkjennelse av ikke-binære personers kjønnsidentitet.

I mangel på autoritativ avklaring, må det legges til grunn at det per i dag ikke foreligger en plikt etter konstitusjonelle og internasjonale menneskerettigheter til å anerkjenne mer enn to juridiske kjønnskategorier. Det er ikke grunnlag for å konkludere med at dagens binære tokjønnsmodell er i strid med menneskerettighetene. Samfunns- og rettsutviklingen går imidlertid stadig i retning økt anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet. Slik rettslig anerkjennelse er også anbefalt i internasjonale ikke-bindende rettslige instrumenter.

Det foreligger ikke noen menneskerettslige hindringer for å anerkjenne en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett. Dersom en tredje kjønnskategori skal innføres i lovverket, er det likevel viktig å sikre at menneskerettslige forpliktelser overholdes, særlig med hensyn til kvinners og barns rettigheter. I tillegg legger retten til ekteskap enkelte føringer.

3.1 Innledning

For å vurdere hvordan en tredje kjønnskategori eventuelt kan innrettes i det norske lovverket, er det nødvendig å utrede hvilke menneskerettslige forpliktelser som gjelder for anerkjennelse av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Det er for det første et spørsmål om det foreligger en positiv plikt til å anerkjenne mer enn to kjønn, og hvordan dagens binære tokjønnsmodell står seg opp mot Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter, se punkt 3.2. For det andre er det et spørsmål om hvilke menneskerettslige skranker som gjelder for innføring av en tredje kjønnskategori, herunder hvilke menneskerettslige konflikter som eventuelt kan oppstå, se punkt 3.3.

Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori kan også reise EØS-rettslige problemstillinger, se punkt 3.4. Det eksisterer videre en rekke prinsipper og anbefalinger på området som ikke er juridisk bindende («soft law»), men som likevel kan gi veiledning for spørsmål om innføring av et tredje juridisk kjønn, se punkt 3.5.

3.2 Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter

3.2.1 Overordnet om de menneskerettslige forpliktelsene

Så langt er det ikke utarbeidet en egen konvensjon som uttrykkelig regulerer spørsmål om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, eller som spesielt sikrer rettigheter for (ikke-binære) transpersoner eller andre som bryter med tradisjonelle forventninger til kjønn og seksualitet.

Det er likevel klart at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk har et menneskerettslig vern, både som en del av retten til privatliv og som en del av diskrimineringsvernet.

Retten til privatliv er forankret i internasjonale menneskerettigheter, først og fremst FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. *Vern mot diskriminering* er forankret i SP artikkel 2 (1) og artikkel 26, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 2 (2) og EMK artikkel 14. Disse konvensjonene gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Etter grunnlovsrevisjonen i mai 2014, er retten til privatliv og vern mot diskriminering også nedfelt i henholdsvis Grunnloven §§ 102 og 98.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har i flere avgjørelser slått fast at en persons kjønnsidentitet regnes som et personlig forhold som er beskyttet av retten til privatliv etter artikkel 8. EMD har avsagt en rekke avgjørelser som omhandler retten til kjønnsidentitet for transpersoner som har endret kjønn fra mann til kvinne eller fra kvinne til mann. På dette området har det skjedd en betydelig utvikling de siste 30 årene som har bidratt til å styrke transpersoners rettighetsvern i Europa, se nærmere punkt 3.2.2 nedenfor. Også FNs menneskerettighetskomité, som overvåker konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, har slått fast at retten til kjønnsidentitet utgjør et element i retten til privatliv etter SP artikkel 17, jf. sak *G mot Australia* (2017).⁴²

Det må legges til grunn at retten til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk også inngår som en del av retten til privatliv etter Grunnloven § 102, selv om Høyesterett så langt ikke uttrykkelig har tatt stilling til dette. Bestemmelsen er imidlertid utformet etter inspirasjon fra EMK artikkel 8 og SP artikkel 17, og det er lagt til grunn i både forarbeidene og Høyesteretts praksis at bestemmelsen må fortolkes i lys av de folkerettslige forbildene og praksis fra internasjonale håndhevingsorganer.⁴³

Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk utgjør ikke uttrykkelig opplistede diskrimineringsgrunnlag verken etter EMK artikkel 14, SP artikkel 2 (1) og 26 eller ØSK artikkel 2 (2). EMD har imidlertid slått fast at det aksessoriske diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 også omfatter vern mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet.⁴⁴ Tilsvarende er slått fast av FNs menneskerettighetskomité i sak *G mot Australia* og av FNs ØSK-komité i *General Comment No. 20*.⁴⁵

Grunnloven § 98 slår på generelt grunnlag fast at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Bestemmelsen lister ikke opp noen uttrykkelige diskrimineringsgrunnlag, men i likhet med § 102 må bestemmelsen tolkes i lys av de internasjonale forbildene. Forarbeidene til § 98 nevner i tillegg kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk som aktuelle diskrimineringsgrunnlag. Forbudet mot diskriminering på grunnlag av

⁴² G. mot Australia (no. 2172/2012) avsnitt 7.2.

⁴³ Jf. bl.a. Grunnloven § 92, dokument 16 (2011–2012) s. 90, jf. Innst. 186 S (2013–2014) s. 20 og Rt-2015-93-A avsnitt 57. Se også LB-2018-154420.

⁴⁴ P.V. mot Spania (35159/09) avsnitt 30 og A.M. m.fl. mot Russland (47220/19) avsnitt 73.

⁴⁵ G. mot Australia (no. 2172/2012) avsnitt 7.1.2 og General comment No. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, E/C. 12/GC/20 (2009) avsnitt 32.

kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk følger dessuten uttrykkelig av både likestillings- og diskrimineringsloven § 6 og straffeloven § 186 første ledd bokstav d.

Retten til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk har med andre ord bred menneskerettslig forankring i det norske lovverket. Så langt foreligger det imidlertid verken rettsavgjørelser fra nasjonale domstoler eller internasjonale håndhevsorganer som konkret behandler spørsmål om juridisk/rettslig anerkjennelse av kjønnsidentitet for ikke-binære personer. Den praksis som foreligger – først og fremst fra EMD – omhandler transpersoners rett til (juridisk) anerkjennelse av kjønnsskifte fra mann til kvinne eller fra kvinne til mann. På dette området har det som nevnt skjedd en betydelig styrking av transpersoners rettighetsvern, som belyser det nærmere innholdet i retten til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. I det følgende redegjøres det nærmere for utviklingen på dette området ved EMDs tolkning og anvendelse av retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og etter diskrimineringsvernet i artikkel 14.

3.2.2 Nærmere om retten til kjønnsidentitet etter EMK og utviklingen i EMDs praksis

EMK artikkel 8, som verner retten til privatliv, oppstiller både negative og positive forpliktelser for staten. Den negative forpliktelsen innebærer at staten må avstå fra å gripe inn i beskyttede interesser etter artikkel 8 nr. 1, så lenge vilkårene for inngrep etter artikkel 8 nr. 2 ikke er oppfylt. Den positive forpliktelsen innebærer at staten i en viss utstrekning også må iverksette tiltak for å sikre retten til privatliv, også i forholdet mellom enkeltpersoner, jf. artikkel 8 nr. 1.⁴⁶

Ved vurderingen av om staten må pålegges positive forpliktelser, skal det foretas en avveining mellom samfunnets og individets interesser, og statene har en ikke ubetydelig skjønnsmargin. Staten skal imidlertid ikke pålegges en umulig eller uforholdsmessig byrde. Skillet mellom negative og positive forpliktelser er imidlertid ikke renskåret. Det sentrale vurderingstemaet er i begge tilfeller om staten har lyktes i å treffe «*the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole*». Ved denne vurderingen kan formålene som er opplistet i EMK artikkel 8 nr. 2 ha en viss betydning.⁴⁷

Praksis fra EMD viser at spørsmål knyttet til retten til kjønnsidentitet først og fremst rubriseres som et spørsmål om konvensjonsstaten har oppfylt sine positive forpliktelser etter EMK artikkel 8. Den første gangen EMD tok stilling til dette, var i avgjørelsen *Rees mot Storbritannia* (1986). Saken gjaldt en person som biologisk sett var født som kvinne, men som identifiserte seg som mann. Han gjennomgikk kjønnsskifteoperasjon og skiftet navn, men fikk avslag på sin forespørsel om å endre kjønnsstatus i fødselsattesten og fødselsregisteret. Spørsmålet for EMD var om retten til privatliv etter EMK artikkel 8 innebar en positiv forpliktelse for staten til å endre klagers juridiske kjønnsstatus, slik at denne samsvarte med hans opplevde kjønnsidentitet. EMD kom under dissens (12-3) fram til at det ikke forelå noen krenkelse av retten til privatliv. Det ble blant annet lagt vekt på at en innvilgelse av klagerens krav ville krevd store endringer i systemet for fødselsregistrering, med store administrative konsekvenser. EMD la også vekt på at det for tiden var «*little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage*». EMD fant på denne bakgrunn at statene på dette området måtte tilkjennes en bred skjønnsmargin.

⁴⁶ Söderman mot Sverige (5786/08) avsnitt 78.

⁴⁷ (Kjølbro, 2020) s. 887.

Domstolen holdt imidlertid døren åpen for at spørsmålet ville kunne bli vurdert annerledes i fremtiden.⁴⁸

Resultatet i Rees-saken ble likevel opprettholdt fire år senere i avgjørelsen *Cossey mot Storbritannia* (1990). Også denne saken gjaldt en transperson som hadde endret navn og gjennomgått kjønnsbekreftende behandling, men som ikke fikk endret kjønnsstatus i fødselsattesten. EMD fant at det hadde vært en viss utvikling på området siden 1986, men at det fortsatt var stor variasjon blant konvensjonsstatenes praksis. Samlet fant EMD at det ikke var påkrevd å fravike de tidligere vurderingene i *Rees mot Storbritannia*.⁴⁹

I *B mot Frankrike* (1992) kom EMD for første gang fram til at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8 i en sak som omhandlet spørsmål om juridisk anerkjennelse av kjønnskifte.⁵⁰ Avgjørelsen ble konkret begrunnet ut fra at ulempene med manglende samsvar mellom registrering og opplevd kjønn var større i Frankrike enn i Storbritannia og at det var mindre krevende for franske myndigheter å endre klagers juridiske kjønnsstatus, blant annet fordi fødselsattester i Frankrike var ment å bli oppdatert gjennom hele livet. Samlet fant EMD at klageren daglig befant seg i en situasjon som ikke var forenlig med retten til respekt av hennes privatliv.

Konklusjonen i *Rees mot Storbritannia* ble likevel opprettholdt i avgjørelsen *Sheffield and Horsham mot Storbritannia* (1998), der EMD igjen konkluderte med at det ikke forelå en positiv positive forpliktelse til å sikre transpersoners rett til juridisk anerkjennelse av endret kjønnsstatus. Domstolen gjentok likevel at området måtte holdes under konstant oppsyn, i lys av den økende anerkjennelsen av de problemer transpersoner opplever.⁵¹

Det avgjørende vendepunktet kom med avgjørelsen *Christine Goodwin mot Storbritannia* (2002).⁵² Klager i saken var biologisk født som mann, men identifiserte seg som kvinne og hadde gjennomgått kjønnsbekreftende medisinsk behandling. Juridisk sett var hun fortsatt registrert mann, noe som medførte flere ulemper og utfordringer for henne. Spørsmålet for EMD var igjen om mangelen på juridisk anerkjennelse av klagerens kvinnelige kjønnsidentitet utgjorde et brudd på statens positive plikt til å sikre klagers rett til privatliv etter artikkel 8. Selv om det heller ikke på dette punktet forelå noen klar konsensus blant konvensjonsstatene, fant EMD at retten til privatliv etter EMK artikkel 8 var krenket. EMD uttalte:

«In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.»⁵³

⁴⁸ Rees mot Storbritannia (9532/81) avsnitt 37 og 47.

⁴⁹ Cossey mot Storbritannia (10843/84).

⁵⁰ B mot Frankrike (13343/87).

⁵¹ Sheffield og Horsham mot Storbritannia (31–32/1997/815–816/1018–1019) avsnitt 58 og 60. Se også X, Y og Z mot Storbritannia (21830/93).

⁵² Christine Goodwin mot Storbritannia (28957/95). Se også I mot Storbritannia (25680/94), avsagt samme dag.

⁵³ Christine Goodwin mot Storbritannia (28957/95) avsnitt 90.

EMD fant at Storbritannia ikke lenger kunne hevde at sakens spørsmål lå innenfor konvensjonsstatenes skjønnsmargin. Ved vurderingen ble det også lagt vekt på den internasjonale trenden i favør av økt anerkjennelse av transpersoner, herunder juridisk anerkjennelse av kjønnskifte for transpersoner som har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling.⁵⁴

Ettersom det ble konstatert krenkelse av artikkel 8, fant EMD ikke grunn til å vurdere om det også forelå en krenkelse av klagers vern mot diskriminering etter artikkel 14 (sett i sammenheng med artikkel 8). Domstolen uttalte imidlertid at «*the lack of legal recognition of the change of gender of a post-operative transsexual lies at the heart of the applicant's complaints under Article 14 of the Convention.*»⁵⁵ EMD konstaterte dessuten krenkelse av klagerens rett til ekteskap etter artikkel 12, se punkt 3.3.4 nedenfor.

Christine Goodwin mot Storbritannia viser tydelig hvordan EMK er et «*living instrument*» som fortolkes dynamisk i lys av samfunnsutviklingen. Som EMD påpekte i dommen, er dette avgjørende for å sikre at konvensjonen «*is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory*».⁵⁶ Ovenstående praksis viser imidlertid også at det tok tid før EMD valgte å tilsidesette domstolens tidligere vurdering, slik døren ble holdt åpen for i *Rees*-saken fra 1986.

I etterkant av *Christine Goodwin mot Storbritannia* er transpersoners rettighetsvern i Europa blitt ytterligere styrket ved en rekke avgjørelser fra EMD.⁵⁷ Som eksempel kan nevnes *Van Kück mot Tyskland* (2003). Saken gjaldt en transperson som saksøkte sitt forsikringselskap for manglende dekning av utgifter til hormonbehandling før gjennomgått kjønnskifteoperasjon. Søksmålet ble avvist av nasjonale domstoler, og EMD fant at dette utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8. Etter Domstolens syn var det uforholdsmessig å kreve at klager skulle bevise den medisinske nødvendigheten av den kjønnsbekreftende behandlingen for at helseforsikringselskapet skulle dekke kostnadene. Nasjonale myndigheter hadde ikke klart å treffe en «*fair balance*» mellom forsikringselskapets interesser på den ene siden og klagers interesse på den andre siden.⁵⁸ EMD kom også med flere prinsipielle uttalelser om retten til kjønnsidentitet; Domstolen uttalte blant annet at «*gender identity is one of the most intimate areas of a person's private life*» og at «*[e]lements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8*».⁵⁹ Klagerens rett til å definere seg selv som kvinne ble videre omtalt som «*one of the most basic essentials of self-determination*».⁶⁰

Flere av EMDs avgjørelser omhandler konvensjonsstatenes adgang til å stille vilkår for endring av juridisk kjønn. Avgjørelsen *A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike* (2017) er sentral. Her vurderte EMD for det første om det var i strid med EMK artikkel 8 å stille vilkår om diagnosen kjønnsidentitetsforstyrrelse samt krav om medisinsk undersøkelse for å endre juridisk kjønn.

⁵⁴ *Christine Goodwin mot Storbritannia* (28957/95) avsnitt 85.

⁵⁵ *Christine Goodwin mot Storbritannia* (28957/95) avsnitt 108.

⁵⁶ *Christine Goodwin mot Storbritannia* (28957/95) avsnitt 74.

⁵⁷ Se også (Norges institusjon for menneskerettigheter, 2022).

⁵⁸ *Van Kück mot Tyskland* (35968/97) avsnitt 84.

⁵⁹ *Van Kück mot Tyskland* (35968/97) avsnitt 56 og 69.

⁶⁰ *Van Kück mot Tyskland* (35968/97) avsnitt 73.

Dette ble besvart benektende. EMD slo derimot fast at krav om sterilisering som forutsetning for endring av juridisk kjønn, var i strid med retten til privatliv.⁶¹ Saken gjaldt tre transpersoner som ønsket å endre kjønnsstatus og fornavn i sine fødselsattester. Etter fransk rett var slik juridisk anerkjennelse imidlertid betinget av at man gjennomgikk irreversibel medisinsk behandling som innebar en høy grad av sannsynlighet for sterilitet. EMD presiserte innledningsvis at domstolens praksis knyttet til retten til kjønnsidentitet så langt hadde omhandlet spørsmål om rettslig anerkjennelse av kjønnskifte for transpersoner som hadde gjennomgått kjønnsbekreftende medisinsk behandling. Det kunne imidlertid ikke utledes av dette at anerkjennelse for transpersoner som *ikke* har gjennomgått slik behandling, faller utenfor artikkel 8 sitt anvendelsesområde. Tvert imot, uttalte EMD at retten til privatliv gjelder fullt ut for kjønnsidentitet, som et element i personlig identitet og at «*this holds true for all individuals*».⁶²

EMD uttalte videre at statene må tilkjennes en viss skjønnsmargin ved gjennomføring av deres positive forpliktelser, og at en rekke forhold må tas i betraktning for å vurdere skjønnsmarginens bredde, herunder graden av konsensus i avtalestatene, hvorvidt det er tale om sensitive moralske og etiske spørsmål, og om det er tale om et vesentlig element i den personlige identitet.⁶³ Domstolen bemerket deretter at det ikke forelå noen felleseuropeisk konsensus med hensyn til kravet om sterilisering. Det ble videre pekt på at offentlige interesser sto på spill, og at saken reiste både sensitive moralske og etiske problemstillinger. Sakens betydning for klagers identitet og personlige autonomi måtte likevel lede til en smal skjønnsmargin i dette tilfellet.⁶⁴ Etter en konkret vurdering konkluderte EMD med at man ikke kunne akseptere at anerkjennelse av transpersoners kjønnsidentitet ble gjort betinget av steriliseringskirurgi mot den enkeltes vilje. I praksis innebar en slik situasjon å stille enkeltpersoner overfor et umulig valg: enten å gjennomgå sterilisering mot sin vilje eller å gi avkall på sin rett til anerkjennelse av egen kjønnsidentitet. Dette var ikke forenlig med retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Resultatet i *A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike* ble tatt et skritt videre i *X og Y mot Romania* (2021). Her slo EMD fast at retten til å endre juridisk kjønn ikke kunne gjøres betinget av at klagerne, to transpersoner, gjennomgikk kjønnsbekreftende kirurgi – uavhengig av konsekvensene dette måtte ha for deres fruktbarhet.⁶⁵

Avgjørelsen *A.M. m.fl. mot Russland* (2021) gjaldt en transperson som ble fratatt samvær med sine barn på grunn av den påstått negative effekten hennes kjønnskifte fra mann til kvinne kunne ha for barnas psykiske helse og utvikling. EMD konstaterte her både krenkelse av artikkel 8 og av diskrimineringsvernet i artikkel 14 sett i sammenheng med artikkel 8. Det ble vist til at klagerens kjønnskifte og kjønnsidentitet hadde spilt en avgjørende rolle i nasjonale myndighets beslutning om å begrense hennes samvær med barna. Klager var derfor blitt behandlet annerledes enn foreldre hvis kjønnsidentitet samsvarer med kjønn registrert med ved fødselen, uten at nasjonale myndigheter hadde gitt noen overbevisende begrunnelse for denne forskjellsbehandlingen.

⁶¹ Se også den tidligere *Y.Y. mot Tyrkia* fra 2015 (14793/08).

⁶² *A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike* (79885/12, 52471/13 og 52596/13) avsnitt 93–95.

⁶³ *A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike* (79885/12, 52471/13 og 52596/13) avsnitt 121.

⁶⁴ *A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike* (79885/12, 52471/13 og 52596/13) avsnitt 123.

⁶⁵ *X. og Y. mot Romania* (2145/16 og 20607/16).

Endelig er det grunn til å nevne avgjørelsen *Rana mot Ungarn* (2020). Saken gjaldt en transperson fra Iran som fikk innvilget asyl i Ungarn fordi han ble forfulgt i hjemlandet på grunn av sin kjønnsidentitet. Klager fikk avslag på sin søknad om å endre juridisk kjønn fra kvinne til mann, fordi han ikke hadde ungarsk fødselsattest. Han fikk heller ikke endret navn. EMD kom fram til at det forelå en krenkelse av klagers rettigheter etter artikkel 8. Det ble særlig lagt vekt på at myndighetene ikke hadde tatt i betraktning at klager hadde fått asyl nettopp fordi han var forfulgt på grunn av sin kjønnsidentitet. Det ble videre lagt vekt på at det å innvilge juridisk kjønnskifte for personer uten ungarsk fødselsattest, ikke kunne anses som særlig byrdefullt for myndighetene.⁶⁶

Transpersoners rett til juridisk anerkjennelse av kjønnsidentitet og vern mot diskriminering på nevnte grunnlag etter EMK artikkel 8 og 14 er også slått fast i en rekke andre avgjørelser de senere årene.⁶⁷ Flere avgjørelser berører også spørsmål om ekteskapsinngåelse i stater som ikke tillater ekteskap mellom personer av samme kjønn, se punkt 3.3.4 nedenfor.

Ovennevnte praksis fra EMD viser videre at spørsmål om anerkjennelse av kjønnsidentitet i hovedsak vurderes opp mot statens *positive* forpliktelse etter EMK artikkel 8. I stedet for å vurdere om det foreligger et inngrep i retten til privatliv som oppfyller vilkårene i artikkel 8 nr. 2 (den negative forpliktelsen), vurderer EMD om konvensjonsstaten har oppfylt sin positive plikt til å sikre individets rett til beskyttelse av privatlivet.

H mot Finland (2012) og den etterfølgende storkammerdommen *Hämäläinen mot Finland* er illustrerende.⁶⁸ Saken gjaldt spørsmål om det var i strid med EMK artikkel 8 å kreve at en transperson som ønsket å endre juridisk kjønnsidentitet, enten måtte skille seg eller omgjøre ekteskapet til et sivilt partnerskap, fordi Finland på dette tidspunktet ikke åpnet for likekjønnet ekteskap. Domstolen vurderte i første omgang saken opp mot statens negative forpliktelse etter EMK artikkel 8, men EMDs storkammer fant det mer treffende å ta utgangspunkt i statens positive forpliktelser etter artikkelen. Om det nærmere innholdet i denne positive forpliktelsen, ble det uttalt:

«The Court has previously found that Article 8 imposes on States a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity (...). In addition, this obligation may involve the adoption of specific measures, including the provision of an effective and accessible means of protecting the right to respect for private life (...). Such measures may include both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of these measures in different contexts (...).»⁶⁹

Prinsippene som gjelder for å vurdere en stats positive og negative forpliktelser, har likevel store likhetstrekk, idet det avgjørende spørsmålet i begge tilfeller er om staten har lyktes med å treffe

⁶⁶ *Rana mot Ungarn* (40888/17).

⁶⁷ Se blant annet *Hämäläinen mot Finland* (37359/09) S.V. mot Italia (55216/08), *Y.T mot Bulgaria* (41701/16), *Rana mot Ungarn* (40888/17), *X og Y mot Romania* (214/16 og 20607/16), *A.M m.fl. mot Russland* (47220/19).

⁶⁸ *H mot Finland* (37359/09).

⁶⁹ *Hämäläinen mot Finland* (37359/09) avsnitt 63.

en rettferdig balanse mellom individets og fellesskapets interesser. Ved denne vurderingen kan formålene som er opplistet i artikkel 8 nr. 2 ha en viss relevans. Hvilke krav som må stilles til staten, må vurderes konkret og kan variere fra sak til sak.⁷⁰ Visse faktorer blir likevel ansett som særlig relevante for vurderingen. Om dette uttalte storkammeret i *Hämäläinen mot Finland*:

«Nonetheless, certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States. Some of them relate to the applicant. They concern the importance of the interest at stake and whether “fundamental values” or “essential aspects” of private life are in issue (...), or the impact on an applicant of a discordance between the social reality and the law, the coherence of the administrative and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 (...) Other factors relate to the impact of the alleged positive obligation at stake on the State concerned. The question here is whether the alleged obligation is narrow and precise or broad and indeterminate (...), or about the extent of any burden the obligation would impose on the State (...).»⁷¹

Med andre ord er det særlig to forhold som må tas i betraktning; for det første hvilke interesser som står på spill for individet, om det er tale om «*fundamental values*» eller «*essential aspects*» av retten til privatlivet, og for det andre hvor byrdefull en eventuell positiv forpliktelse vil være for staten. For dette siste spørsmålet er det av betydning om den påstått positive forpliktelsen for staten er «*narrow and precise*» eller «*broad and indeterminate*». Det avgjørende er om man har lyktes i å treffe en rettferdig balanse mellom individets og samfunnets interesser, statenes kjønnsmargin tatt i betraktning.

3.2.3 En positiv plikt til å anerkjenne mer enn to kjønn?

På bakgrunn av gjennomgangen i punkt 3.2.2 ovenfor, er det klart at staten har en positiv forpliktelse til å beskytte individets rett til kjønnsidentitet, herunder juridisk anerkjennelse av denne. Den praksis som så langt foreligger, slår fast at en person som biologisk sett er født som kvinne, men som identifiserer seg som mann – og motsatt – har rett til å få endret juridisk kjønnsstatus. Denne retten kan ikke gjøres betinget av sterilisering eller annen medisinsk behandling. Retten til anerkjennelse baseres med andre ord på den enkeltes opplevde kjønnsidentitet, i motsetning til biologiske eller medisinske forhold.

Imidlertid har verken EMD, Høyesterett eller andre internasjonale håndhevsorganer tatt stilling til spørsmålet om det foreligger en positiv plikt til å anerkjenne mer enn to kjønns kategorier. I hvilken utstrekning Grunnloven eller internasjonale menneskerettigheter gir en rett til anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet, er med andre ord ikke avklart.

Klagesaken *Y mot Frankrike*, som ble kommunisert av EMD i juli 2020, viser imidlertid at det *kan* bli aktuelt for EMD å ta stilling til dette spørsmålet i nær framtid.⁷² Saken gjelder en person født med variasjon i kroppslig utvikling (intersex), som ble registrert som mann ved fødselen, men som verken identifiserer seg som mann eller kvinne. Klagers forespørsel om å få endret sin

⁷⁰ Se også A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike (79885/12, 52471/13 og 52596/13) avsnitt 101.

⁷¹ *Hämäläinen mot Finland* (37359) avsnitt 66.

⁷² *Y mot Frankrike* (76888/17).

kjønnsstatus i fødselsattesten, ble avslått av nasjonale myndigheter. Spørsmålet EMD potensielt skal vurdere, er om det foreligger en krenkelse av klagers rett til privatliv etter EMK artikkel 8.

Klagesaken er som nevnt kommunisert av EMD, hvilket innebærer at Domstolen har henvendt seg til partene og bedt om deres syn på saken. Formelt sett er saken imidlertid fortsatt på stadiet der EMD tar stilling til om klagevilkårene er oppfylt eller ikke, noe som innebærer at klagesaken fortsatt kan bli avvist. Flere aktører har inngitt såkalte *amicus curiae*-innlegg i saken.⁷³

Spørsmålene EMD har bedt om partenes syn på, er av interesse for denne betenkningen. Det første spørsmålet EMD har bedt om partenes syn på, er om det foreligger et inngrep i klagers rett til respekt for privatlivet. Det andre spørsmålet er om inngrepet i så fall er lovlig, formåls- og forholdsmessig. Det tredje spørsmålet, er om konvensjonsstatenes *positive* forpliktelse til å sikre respekt for retten til privatliv også omfatter en plikt til å gi intersex-personer mulighet til ikke å bli registrert som verken mann eller kvinne.

Saken omhandler følgelig konkret spørsmål om anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet for *intersex-personer*. Resultatet i saken – dersom den tas opp til behandling – kan etter omstendighetene likevel få betydning for spørsmål om anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet på generelt grunnlag, det vil si uavhengig av biologiske eller medisinske forhold. Det er ikke opplagt hvilket resultat EMD vil komme dersom spørsmålet tas opp til behandling.

Basert på Domstolens tidligere praksis knyttet til transpersoners rett til å endre kjønn fra mann til kvinne og omvendt, er det nærliggende å anta at også spørsmålet om anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet vil vurderes med utgangspunkt i statens positive forpliktelser etter EMK artikkel 8. Som redegjort for ovenfor, er det ved denne vurderingen særlig to forhold som må tas i betraktning: For det første hvilke interesser som står på spill for individet, herunder om det er tale om «*fundamental values*» eller «*essential aspects*» av retten til privatlivet. For det andre er det av betydning hvor byrdefull en eventuell positiv forpliktelse vil være for staten, herunder om forpliktelsen er «*narrow and precise*» eller «*broad and indeterminate*». Det avgjørende spørsmålet er om staten har lyktes i å treffe en «*fair balance*» mellom individets og samfunnets interesser. Ved denne vurderingen tilkjennes statene en viss skjønnsmargin, men dens bredde vil avhenge av en rekke forhold, herunder i hvilken grad det foreligger en felles konsensus blant medlemsstatene, og i hvilken grad offentlige interesser står på spill.⁷⁴

I utgangspunktet er det vanskelig å se noen grunn til at kjønnsidentitet for personer som verken identifiserer seg som mann eller kvinne, bør vurderes annerledes enn kjønnsidentitet for binære transpersoner, jf. også diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 og punkt 3.2.4 nedenfor. Det er videre grunn til å peke på at flere av de ovenfor omtalte avgjørelsene knyttet til transpersoners rettighetsvern, inneholder generelle uttalelser som tilsynelatende ikke skiller mellom ulike kjønnskategorier. Eksempelvis ble kjønnsidentitet i *Van Kück mot Tyskland* regnet som «*one of*

⁷³ Se f.eks. Third Party Intervention by the Human Rights Centre at Ghent University in collaboration with the Equality Law Clinic at the Université Libre de Bruxelles, tilgjengelig på hrc.ugent.be.

⁷⁴ A.P., Garçon and Nicot mot Frankrike (79885/12, 52471/13 og 52596/13) avsnitt 121.

*the most intimate areas of a person's private life» og «one of the most basic essentials of self-determination».*⁷⁵

Vurderingen av hvor byrdefull en eventuell positiv forpliktelse vil være for staten, vil imidlertid kunne få et annet utfall når det gjelder spørsmål om anerkjennelse av en tredje kjønnskategori. De administrative konsekvensene for staten vil trolig kunne være noe større, blant annet med hensyn til hvilke konsekvenser en slik anerkjennelse vil få for den enkelte stats systemer for fødselsregistrering, øvrig lovverk, offentlige registre mv. Konsekvensene vil variere både på tvers av de enkelte konvensjonsstatene og med hensyn til innretning. Og selv om enkelte europeiske land i større eller mindre grad har åpnet for anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet, kan det ikke sies å eksistere noen felles konsensus blant konvensjonsstatene på dette området.

I mangel på en autoritativ avklaring, må det legges til grunn at statenes positive forpliktelser etter EMK artikkel 8, per i dag ikke omfatter en plikt til å anerkjenne mer enn to juridiske kjønnskategorier. Samfunns- og rettsutviklingen på området går imidlertid stadig i favør av økt anerkjennelse av ikke-binære personers kjønnsidentitet, se punkt 4 nedenfor. Som *Christine Goodwin mot Storbritannia* illustrerer, er dette noe som vektlegges ved EMDs samfunnsorienterte, dynamiske fortolkning og anvendelse av konvensjonsforpliktelsene. En positiv forpliktelse for statene til å endre lov og praksis på området, kan følgelig oppstilles fremtiden. Om og når en slik plikt eventuelt vil inntreffe, er imidlertid vanskelig å spå.

3.2.4 Dagens binære tokjønnsmoell vurdert opp mot konstitusjonelle og internasjonale menneskerettigheter

Lov om endring av juridisk kjønn slår nå uttrykkelig fast at personer som opplever å tilhøre «*det andre kjønn*» enn det vedkommende er registrert med, har rett til å få endret sitt juridiske kjønn. Personer som ikke opplever å høre hjemme i disse to kjønnskategoriene, faller dermed utenfor lovens virkeområde.

Samtidig anerkjenner stortingsflertallet at kjønn er mer sammensatt enn mann og kvinne. Allerede i forarbeidene til lov om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk fra 2014, ble det gitt uttrykk for at kjønnsidentitet er sammensatt, og at «*[s]amfunnet ... ikke bare [består] av menn og kvinner.*»⁷⁶ I den nye likestillings- og diskrimineringsloven fra 2017 er diskrimineringsgrunnlagene «*kjønnsidentitet*» og «*kjønnsuttrykk*» videreført, og det er presisert i forarbeidene at diskrimineringsvernet også omfatter «*personer som opplever seg selv som verken mann eller kvinne*». ⁷⁷ Tilsvarende betraktninger ble lagt til grunn da Stortinget høsten 2020 vedtok å innlemme kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk som vernede grunnlag i straffeloven §§ 185 og 186 om henholdsvis hatefulle ytringer og diskriminering, jf. bokstav d i begge straffebud. Det fremgår uttrykkelig av lovforarbeidene at personer «*som verken identifiserer seg som kvinne eller mann, er blant dem som omfattes av vernet*». ⁷⁸

⁷⁵ Van Kück mot Tyskland (35968/97) avsnitt 56 og 73.

⁷⁶ Prop. 88 L (2012–2013) s. 110.

⁷⁷ Prop. 81 L (2016–2017) s. 313.

⁷⁸ Prop. 66 L (2019–2020) s. 70 og s. 153–154.

Umiddelbart synes ovenstående uttalelser lite forenlig med dagens binære tokjønnsmodell. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om den binære tokjønnsmodellen – slik denne kommer til uttrykk i lov om endring av juridisk kjønn – er i strid med det menneskerettslige vernet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.⁷⁹

For at diskriminering skal utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 14, må den for det første innebære et inngrep (men ikke nødvendigvis en krenkelse av) en rettighet som beskyttes av de øvrige konvensjonsbestemmelsene, i dette tilfellet retten til privatliv etter EMK artikkel 8. For det andre må det foreligge forskjellsbehandling av personer i sammenliknbare situasjoner. Forskjellsbehandlingen er diskriminerende hvis den ikke har noen objektiv og rimelig begrunnelse, det vil si dersom den ikke forfølger et legitimt formål eller dersom det ikke er forholdsmessighet mellom midlene som brukes og målet som søkes realisert. Konvensjonsstatene har en vid skjønnsmargin ved vurderingen av om og i hvilken grad forskjeller i ellers like situasjoner rettferdiggjør en forskjellsbehandling.⁸⁰

Det må legges til grunn at systemet med to obligatoriske kjønns kategorier utgjør en forskjellsbehandling mellom binære transpersoner og ikke-binære personer. Felles for begge disse gruppene, er at de har en kjønnsidentitet som avviker fra det kjønn de ble registrert med ved fødselen, og at de har behov for å endre sin kjønnsstatus slik at denne samsvarer med opplevd kjønnsidentitet. Det tilsier at det er tale om personer i sammenliknbare situasjoner. Spørsmålet er dermed om foreligger en objektiv og rimelig begrunnelse for denne forskjellsbehandlingen, statenes skjønnsmargin – herunder mangelen på noen felleseuropeisk konsensus på området – tatt i betraktning.

Utfallet av ovenstående vurderingstema er ikke opplagt. All den tid det per i dag ikke foreligger noen positiv forpliktelse etter EMK artikkel 8 eller andre internasjonale menneskerettighetskonvensjoner til å anerkjenne en tredje juridisk kjønnskategori (se punkt 3.2.3 ovenfor), må det etter vårt syn likevel legges til grunn at dagens binære tokjønnsmodell heller ikke er i strid med diskrimineringsvernet i EMK artikkel 14 sammenholdt med artikkel 8.

I prinsippet er det ingenting i veien for at norske domstoler foretar en mer «ambisiøs» fortolkning av det konstitusjonelle vernet mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling i Grunnloven § 98 enn det er rettskildemessig grunnlag for å fortolke EMK artikkel 14, jf. artikkel 8 etter EMDs praksis.⁸¹ Det kan i denne sammenheng minnes om at EMK kun er en minimumsstandard. Videre kan det argumenteres for at det foreligger holdepunkter for en mer ambisiøs fortolkning av det konstitusjonelle vernet mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling enn det som følger av internasjonale menneskerettighetsforpliktelser, jf. særlig forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven og straffeloven §§ 185 og 186, som uttrykkelig anerkjenner at kjønn er mer sammensatt enn bare mann og kvinne.

I juridisk teori er det på denne bakgrunn stilt spørsmål om dagens binære tokjønnsmodell, slik denne kommer til uttrykk i lov om endring av juridisk kjønn, lar seg forsvare ut fra det

⁷⁹ (Hellum, 2016) s. 210–212, (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) s. 99 flg. og (Arnesen, Rettslig anerkjennelse av kjønsmangfold: Bør registrering av juridisk kjønn avvikles?, 2021) s. 112 flg.

⁸⁰ *Hämäläinen mot Finland* (37359) avsnitt 107–108.

⁸¹ jf. Rt-2015-93 A avsnitt 57.

(grunn)lovsfestede diskrimineringsrettslige kravet om saklighet, rimelighet og forholdsmessighet.⁸² Svaret på dette spørsmålet er ikke opplagt, men i mangel på autoritativ avklaring, samt hensyntatt de administrative og lovgivningsmessige konsekvensene en endring av dagens system vil kunne innebære, er det etter vårt syn ikke grunnlag for å konkludere med at tokjønnsmodellen eller lov om endring i juridisk kjønn i seg selv er grunnlovsstridig.

Utviklingen i Europa viser imidlertid at spørsmålet i høyeste grad er aktuelt, se punkt 4.8 nedenfor. Eksempelvis konkluderte den tyske konstitusjonsdomstolen i 2017 med at det binære systemet for registrering av kjønn i Tyskland utgjorde grunnlovsstridig diskriminering av ikke-binære intersex-personer.⁸³ Den konkrete utformingen av et nytt system ble overlatt til lovgiverne, men det er interessant å merke seg at konstitusjonsdomstolen skisserte to alternative modeller: Lovgiver kunne enten innføre en tredje juridisk kjønnskategori, eller eliminere registreringen av kjønn fullstendig. Implisitt følger det av dette at en adgang til å *reservere* seg mot at opplysninger om kjønn oppgis i pass og andre identifikasjonspapirer, ikke ville blitt anerkjent som et tilstrekkelig virkemiddel i tysk sammenheng.⁸⁴ Det kan tilsi at en slik reservasjonsadgang heller ikke har tilstrekkelig gode grunner for seg i en norsk kontekst, se punkt 5.2 nedenfor.

3.3 Menneskerettslige skranker for innføring av en tredje kjønnskategori

3.3.1 Innledning

Dersom det blir aktuelt å anerkjenne en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett, må det tas stilling til hvilke menneskerettslige skranker som gjelder for den nærmere innretningen i norsk lovverk, herunder hvilke menneskerettslige spørsmål eller konflikter som potensielt kan oppstå. Det er for det første et spørsmål om en tredje kjønnskategori kan utfordre formålet med FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for kvinner (kvinnekonvensjonen), se punkt 3.3.2. Videre må FN-konvensjonen om barns rettigheter (barnekonvensjonen) hensyntas ved vurderingen av hvilke vilkår som skal gjelde for barns rett til å endre sin juridiske kjønnsstatus, se punkt 3.3.3. Endelig må det vurderes hvilke forpliktelser staten har til å anerkjenne ekteskap der en eller begge personer har ikke-binær kjønnsidentitet, se punkt 3.3.4.

3.3.2 Særlig om kvinners rettigheter

FNs konvensjon for avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (kvinnekonvensjonen) gir kvinner et særskilt menneskerettslig vern. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 5, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. § 3. Konvensjonen har som formål å sikre at kvinner ikke diskrimineres når det gjelder tilgangen til menneskerettighetene. Konvensjonen pålegger statene en plikt til å iverksette tiltak for å hindre faktisk og strukturell diskriminering og motarbeide diskriminerende holdninger.

⁸² (Hellum, 2016) s. 210–212 og (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) s. 104 flg.

⁸³ 1 BvR 2019/16 Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court).

⁸⁴ Se også (Holzer, 2018).

Kvinnekonvensjonen har som formål å sikre reell likestilling og hindre diskriminering av kvinner på en rekke ulike samfunnsområder. Eksempelvis bestemmer artikkel 7 at statene skal sikre kvinners rett til å delta i utformingen og gjennomføringen av offentlig politikk og offentlige oppgaver. Etter artikkel 10 skal kvinner sikres samme vilkår som menn med hensyn til utdanning, karriere- og yrkesveiledning mv. Artikkel 11 pålegger statene å sikre kvinner rettigheter til arbeid, lik lønn, trygd, sikkerhet og helse på arbeidsplassen. Kvinnekonvensjonen inneholder også bestemmelser som er ment å hindre diskriminering på grunn av svangerskap og fødsel (artikkel 11 nr. 2), samt tilgang til helsetjenester og gratis tjenestetilbud i forbindelse med svangerskap, fødsel og barsel (artikkel 12).

Et særskilt spørsmål er om en innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett vil kunne utfordre formålet med kvinnekonvensjonen. Spørsmålet er aktuelt fordi positiv særbehandling av kvinner er et virkemiddel som benyttes for å oppnå reell likestilling mellom menn og kvinner. Med positiv særbehandling menes iverksettelse av aktive tiltak som har som formål å fremme likestilling.⁸⁵ Midlertidige særtiltak som tar sikte på å fremme faktisk likestilling mellom menn og kvinner, skal opphøre når målene om like muligheter og lik behandling er nådd, jf. kvinnekonvensjonens artikkel 4 nr. 1.

Norsk lov inneholder flere eksempler på regler om kjønnsbalanse og kjønnskvoltering som er ment å bøte på underrepresentasjon av kvinner på flere av de ovennevnte samfunnsområdene. Likestillings- og diskrimineringsloven § 28 stiller krav om kjønnsbalanse i offentlige utvalg, herunder styrever, råd, nemnder, delegasjoner mv. Tilsvarende regler om kjønnsbalanse og kjønnskvoltering finnes i domstolloven § 27 om medlemmer og varamedlemmer i forliksrådet, domstolloven §§ 64 og 65 om meddommerutvalg, allmennaksjeloven § 6-11 a styresammensetning, kommunelovens bestemmelser om folkevalgte organer samt forskrift om opptak til høyere utdanning § 7-9, se punkt 2.7.6 ovenfor. Slike regler om kjønnsbalanse og kjønnskvoltering illustrerer at det fortsatt er nødvendig å regulere sosial status med utgangspunkt i kjønn. Å redusere eller fjerne betydningen av kjønn i lovverket vil kunne hindre muligheten for slik positiv særbehandling, og vil etter omstendighetene kunne utfordre formålet med kvinnekonvensjonen. Det tilsier at innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori ikke bør kombineres med en *avvikling* av regler som differensierer på bakgrunn av kjønn, og som tar sikte på å fremme likestilling og hindre diskriminering av kvinner.⁸⁶

I utgangspunktet er det derimot vanskelig å se at kvinnekonvensjonens formål vil utfordres dersom innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori *ikke* kombineres med en avvikling eller reduksjon av kjønns spesifikke bestemmelser som tar sikte på å fremme likestilling av kvinner. Det må etter vårt syn også gjelde dersom en tredje juridiske kjønnskategori kombineres med positive rettigheter for ikke-binære i øvrig lovgivning. Synspunktet måtte eventuelt være at en positiv særbehandling av ikke-binære personer i form av kvoteringsregler eller liknende, trer i stedet for – eller skjer på bekostning av – den særbehandling som ellers ville funnet sted av

⁸⁵ Prop. 81 L (2016–2017) s. 166–170.

⁸⁶ I prinsippet kan man riktignok se for seg at formålet om å fremme likestilling og hindre diskriminering av kvinner i stedet oppfylles gjennom ikke-bindende rettslige instrumenter (rundskriv, retningslinjer e.l.). En slik løsning drøftes ikke nærmere i denne betenkningen.

kvinner. Tatt i betraktning at ikke-binære personer utgjør en relativt liten gruppe mennesker, er dette etter vårt syn en lite aktuell problemstilling.

Kvinnekonvensjonens bestemmelser gir ellers i liten grad grunnlag for å konstruere en slik rettighetskonflikt. Tvert imot kan det argumenteres for at konvensjonsteksten i noen grad faktisk adresserer (ikke-binære) transpersoners rettigheter.⁸⁷ Etter artikkel 5 a i konvensjonen skal konvensjonspartene treffe tiltak som er nødvendige for å endre menns og kvinners sosiale og kulturelle adferdsmønstre, med sikte på å avskaffe fordommer og annen praksis som bygger på «*stereotyped roles for men and women*» eller på forestillingen om at et av kjønnene er det andre underlegent eller overlegent. I forarbeidene til diskrimineringslovgivningen fra 2013 ble denne bestemmelsen trukket fram som en av begrunnelsene for å lovfeste vern mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk:

«Et lovfestet vern mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bidrar således til å oppfylle statens plikt til å treffe alle egnede tiltak for å endre sosiale og kulturelle adferdsmønstre for å avskaffe fordommer og praksis som bygger på stereotype roller for menn og kvinner etter FNs kvinnediskrimineringskonvensjon artikkel 5.»⁸⁸

Det kan likevel oppstå vanskelige spørsmål om hvordan kvinners rettigheter skal balanseres mot ikke-binære personers rettigheter. I den offentlige debatten har blant annet spørsmål om kjønnsdelte garderøber og kjønnsbaserte klasser i konkurranseidrett vært et tema. Disse problemstillingene eksisterer imidlertid allerede i dag, noe som illustreres av diskrimineringsnemndas praksis på området.⁸⁹ Det er vanskelig å se at *juridisk* anerkjennelse av *ikke-binær* kjønnsidentitet vil medføre ytterligere utfordringer i denne sammenheng.

Dersom det innføres en tredje juridisk kjønnskategori, er det derimot viktig å sørge for at kvinner som endrer sitt juridiske kjønn, ikke mister rettigheter de ellers ville hatt knyttet til svangerskap, fødsel, barsel og morskap, jf. kvinnekonvensjonens artikkel 11 og 12. Imidlertid er heller ikke denne problemstillingen unik for ikke-binær kjønnsidentitet. I dag bestemmer lov om endring av juridisk kjønn § 6 at en person som endrer sitt juridiske kjønn, beholder rettigheter og plikter som følge av farskap, morskap eller medmorskap, og at regler som gjelder om eller for en kvinne som føder barn, gjelder på samme måte for en person som føder barn etter å ha endret juridisk kjønn. Det er nærliggende at samme løsning legges til grunn for en eventuell tredje juridisk kjønnskategori, se punkt 6.3.6 nedenfor.

3.3.3 Særlig om barns rettigheter

FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) gir barn under 18 år et særskilt menneskerettslig vern. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4, og skal ved motstrid gå foran bestemmelsen i annen lovgivning, jf. § 3. Siden

⁸⁷ (Holtmaat & Paul, 2015).

⁸⁸ Prop. 88 L (2012–2013) s. 120.

⁸⁹ Se DIN-2021-387 (herregarderobe), DIN-2020-299 (pasientjournal) og sak 68/2018. Se også det danske Ligebehandlingsnævnet (2. mars 2016) Afgørelse nr. 35/2016 (publisert 25. mai 2016) 117 – 0.

grunnlovsrevisjonen i 2014 er det særskilte menneskerettslige vernet for barn også nedfelt i Grunnloven § 104. Bestemmelsen er utformet etter inspirasjon fra barnekonvensjonen.⁹⁰

Barnekonvensjonen inneholder flere bestemmelser av betydning for en innføring av en eventuell tredje juridisk kjønnskategori. For det første pålegger barnekonvensjonen staten en plikt til å sikre barnets rett til å bevare sin identitet, jf. artikkel 8. Begrepet «identitet» er ikke nærmere definert i konvensjonen eller av FNs barnekomité, men UNICEF har lagt til grunn at barnets kjønnsidentitet vernes av bestemmelsen.⁹¹

Barnekonvensjonens artikkel 8 er nært relatert til artikkel 7, som blant annet slår fast at barnet har rett til å bli registrert umiddelbart etter fødselen. Fødselsregistrering er blant annet et nødvendig verktøy for myndighetene til å kunne realisere mange av barnas rettigheter.⁹² Konvensjonen spesifiserer ikke hvilken informasjon som bør registreres, men det er lagt til grunn at statene blant annet bør registrere barnets kjønn.⁹³

Barnets særskilte vern mot diskriminering er forankret i barnekonvensjonen artikkel 2, som pålegger statene å respektere og sikre rettighetene i konvensjonen uten diskriminering. Kjønnsideitet inngår ikke som en av de uttrykkelig opplistede diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 2, men listen er ikke ment å være uttømmende (jf. ordlyden «*or other status*»).⁹⁴ Sett i sammenheng med artikkel 8 om barnets rett til å bevare sin identitet, må det legges til grunn at diskriminering på grunnlag av barns kjønnsidentitet er forbudt etter konvensjonen.

Hensynet til barnets beste er nedfelt i barnekonvensjonens artikkel 3 nr. 1, som slår fast at «*the best interest of the child shall be a primary consideration*». Barnekomiteen har understreket at hensynet til barnets beste er et tredelt konsept, som utgjør både en selvstendig rettighet, et grunnleggende tolkningsprinsipp ved tolkningen av andre bestemmelser, samt en prosedyreregel.⁹⁵ Prinsippet om barnets beste er også uttrykkelig nedfelt i Grunnloven § 104 andre ledd.

Hensynet til barnets beste i artikkel 3 nr. 1 er nært relatert til artikkel 12 om barnets rett til å si sin mening og å bli hørt.⁹⁶ Artikkel 12 nr. 1 pålegger statene å sikre ethvert barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunktene i alle forhold som berører dem. Barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt, i samsvar med dets alder og modenhet. Retten til å bli hørt gjelder etter artikkel 12 nr. 2 «*in any judicial and administrative proceedings affecting the child*». Barnekonvensjonen artikkel 12 må ses i sammenheng med artikkel 5, som pålegger statene å respektere foreldres (og andre som oppdrar barnet) rett og

⁹⁰ Dokument 16 (2011–2012) s. 192.

⁹¹ United Nations Children's Fund (UNICEF), Implementation handbook for the Convention on the rights of the child (2007) s. 115. Se også (Jessen & Sandberg, 2021) s. 238–240.

⁹² (Kolstad Kvalø, 2021) lovkommentar til FNs barnekonvensjon artikkel 7, note 2.

⁹³ UNICEF, Implementation handbook for the Convention on the rights of the child (2007) s. 101.

⁹⁴ UNICEF, Implementation handbook for the Convention on the rights of the child (2007) s. 25.

⁹⁵ Committee on the Rights of the Children, General comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art 3, para. 1) og CRC/C/GC/14 avsnitt 6.

⁹⁶ CRC/CGC/14 avsnitt 41–45.

plikt til å gi veiledning «*in a manner consistent with the evolving capacities of the child*». ⁹⁷
Sistnevnte omtales gjerne som prinsippet om barns gradvise utvikling. ⁹⁸

Barnets rett til å bli hørt (artikkel 12), er sammen med hensynet til barnets beste (artikkel 3) og retten til ikke-diskriminering (artikkel 2), regnet som tre av barnekonvensjonens fire generelle prinsipper, som har betydning for tolkningen av de øvrige artiklene i konvensjonen. ⁹⁹ Barns rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, er også nedfelt i Grunnloven § 104 første ledd annet punktum, som også slår fast at «*deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling*». ¹⁰⁰

De ovennevnte rettigheter legger føringer for hvordan regler som åpner for en tredje kjønnskategori skal innrettes for barns del. Denne problemstillingen behandles nærmere i punkt 6.3.3 nedenfor.

3.3.4 Særlig om betydningen av retten til ekteskap

EMK artikkel 12 gir en begrenset rett til å inngå ekteskap. Etter bestemmelsen har «*men and women of marriageable age (...) the right to marry and to found a family*». Rettigheten gjelder «*according to the national laws governing the exercise of this right*». Reservasjonen om at retten til å gifte seg og stifte familie skal gjelde i samsvar med nasjonal lovgivning, viser at retten til ekteskap etter artikkel 12 ikke er en absolutt, men en relativ rettighet. Et særlig spørsmål er hvilke skranker som følger av bestemmelsen når det gjelder anerkjennelse av ekteskap der en eller begge er ikke-binære.

Ordlyden «*men and women*» tilsier isolert sett at artikkel 12 kun gir en rett til ekteskap mellom personer av motstående kjønn. Denne forståelsen ble også lagt til grunn i *Rees og Cossey mot Storbritannia*. ¹⁰¹ I *Christine Goodwin mot Storbritannia* (2002) la imidlertid EMD til grunn at uttrykket ikke kunne anses å referere til «*gender by purely biological criteria*». ¹⁰² Det ble konstatert krenkelse av både artikkel 8 og 12 ettersom klager – en transkvinne som hadde gjennomgått kjønnskifteoperasjon og som var i et forhold med en mann – ikke ble tillatt å gifte seg med en mann fordi hun juridisk sett fortsatt var registrert som mann. Selv om det i utgangspunktet måtte være opp til statene å avgjøre virkningene av endret kjønnsstatus i forbindelse med ekteskap, fant EMD «*no justification for barring the transsexual from enjoying the right to marriage under any circumstances*». ¹⁰³

EMK artikkel 12 pålegger imidlertid ikke konvensjonsstatene noen plikt til å tillate ekteskap mellom personer av samme kjønn. I *Schalk og Kopf mot Østerrike* (2010) uttalte Domstolen at EMK artikkel 12 ikke gir en rett til likekjønnet ekteskap, men at spørsmålet ligger innenfor statenes skjønnsmargin. ¹⁰⁴ EMD pekte på at ekteskapet som institusjon er nært knyttet opp til kulturelle tradisjoner som kan variere sterkt fra land til land, og at statene har bedre

⁹⁷ Jf. også barnekonvensjonen artikkel 14 nr. 2.

⁹⁸ (Kolstad Kvalø, 2021) lovkommentar til barnekonvensjonen artikkel 5, note 5.

⁹⁹ CRC/C/5 avsnitt 13 og 14, CRC/C/CG//5 avsnitt 12.

¹⁰⁰ Jf. også barnelova §§ 30–33.

¹⁰¹ *Rees mot Storbritannia* (9532/81) avsnitt 49 og *Cossey mot Storbritannia* (10843/84).

¹⁰² *Christine Goodwin mot Storbritannia* (28957/95) avsnitt 100.

¹⁰³ *Christine Goodwin mot Storbritannia* (28957/95) avsnitt 103.

¹⁰⁴ *Schalk og Kopf mot Østerrike* (30141/04) avsnitt 61.

forutsetninger enn Domstolen til å vurdere og reagere på samfunnets behov. Særlig viktig for skjønnsmarginen den manglende konsensusen på området; da dommen ble avsagt tillot kun seks av de førtisyv medlemsstatene ekteskap mellom likekjønnede personer.¹⁰⁵ Statenes skjønnsmargin er imidlertid ikke ubegrenset. EMD har uttalt at grensen for medlemsstatenes mulighet til å begrense retten til ekteskap må trekkes der begrensningen reduserer retten på en slik måte at selve essensen av den blir svekket.¹⁰⁶

Rekkevidden av statenes skjønnsmargin ved spørsmål om homofile og transpersoners rett til å inngå ekteskap etter EMK, har siden vært oppe i *Hämäläinen mot Finland* (2014). Som nevnt i punkt 3.2.2, var klager i denne saken født biologisk som mann og giftet seg med en kvinne. Paret fikk et barn sammen. Klager gjennomførte kjønnskifteoperasjon, men fikk ikke endret sitt identitetsnummer ettersom dette ville resultere i ekteskap mellom to kvinner, hvilket Finland ikke tillot på dette tidspunktet. For at klager skulle få mulighet til å endre kjønnsstatus, måtte hun enten skille seg fra sin ektefelle eller omgjøre ekteskapet til et sivilt partnerskap.

EMD bekreftet tidligere uttalelser i *Schalk og Kopf mot Østerrike* (2010) om at EMK artikkel 12 ikke pålegger medlemsstatene en plikt til å tillate ekteskap mellom personer av samme kjønn. Klagen ble derfor ikke behandlet under artikkel 12. Heller ikke artikkel 8 eller artikkel 14 var krenket. Etter Domstolens syn var det ikke uforholdsmessig å kreve at klager omgjorde ekteskapet til et sivilt partnerskap. Det ble lagt vekt på at det var små forskjeller mellom ekteskap og registrert partnerskap etter finsk rett, og at en omgjøring ikke ville få noen praktiske konsekvenser for klagers familieliv.

FNs menneskerettighetskomité har valgt en noe annen tilnærming til dette spørsmålet. I *G mot Australia* (2017) fant komiteen at krav om skilsmisse som forutsetning for endring av juridisk kjønn krenket retten til privatliv og retten til ikke-diskriminering i SP artikkel 17 og 26.¹⁰⁷ Også her var bakgrunnen for saken at Australia ikke tillot ekteskap mellom personer av samme kjønn. Menneskerettighetskomiteen uttalte:

«[T]he Committee considers that the differential treatment between married and unmarried persons who have undergone a sex affirmation procedure and who request to amend their sex on their birth certificate is not based on reasonable and objective criteria, and therefore constitutes discrimination on the basis of marital and transgender status, under article 26 of the Covenant.»¹⁰⁸

Menneskerettighetskomiteens avgjørelser er, i motsetning til avgjørelser fra EMD, ikke rettslig bindende for konvensjonsstatene. Komiteen tillegger dem imidlertid selv betydelig vekt ved senere tolkning av konvensjonen, og Høyesterett har uttalt at menneskerettighetskomiteens uttalelser må ha «*betydelig vekt som rettskilde*» ved tolkningen av konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.¹⁰⁹ Dette er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser.¹¹⁰

¹⁰⁵ Schalk og Kopf mot Østerrike (30141/04) avsnitt 62.

¹⁰⁶ Parry mot Storbritannia (42971/05).

¹⁰⁷ G. mot Australia (no. 2172/2012).

¹⁰⁸ G. mot Australia (no. 2172/2012) avsnitt 7.15.

¹⁰⁹ Rt-2008-1764 avsnitt 81.

¹¹⁰ Se f.eks. Rt-2013-374 avsnitt 47 og Rt-2015-1142 avsnitt 31.

Etter norsk rett kan to personer av både motsatt og samme kjønn inngå ekteskap, jf. ekteskapsloven § 1. At en person endrer kjønn fra mann til kvinne eller motsatt, har følgelig ingen betydning for vedkommende sin rett til å inngå (eller forbli i) ekteskap etter norsk rett. Spørsmålet er Norge vil bryte med internasjonale menneskerettighetskonvensjoner ved å nekte å anerkjenne ekteskap der en eller begge tilhører en tredje kjønnskategori.

Verken EMD eller FNs menneskerettighetskomite har uttrykkelig tatt stilling til dette spørsmålet. Menneskerettighetskomiteens avgjørelse i *G mot Australia* kan imidlertid tolkes dithen at FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter gir en rett til ekteskap, uavhengig av kjønn og kjønnsidentitet. Praksis fra EMD viser derimot at statenes skjønnsmargin på området hittil har vært vid som følge av manglende konsensus blant konvensjonsstatene. Selv om statenes rett til å reservere ekteskapet til en institusjon mellom menn og kvinner i stor grad har blitt opprettholdt, har EMD imidlertid lagt vekt på klagerens mulighet til en annen form for rettslig anerkjennelse av forholdet. I *Hämäläinen mot Finland* uttalte domstolen:

«Consequently, the Court considers that the differences between a marriage and a registered partnership are not such as to involve an essential change in the applicant's legal situation. The applicant would thus be able to continue enjoying in essence, and in practice, the same legal protection under a registered partnership as that afforded by marriage (...).»¹¹¹

Tilsvarende ble lagt til grunn i *Parry mot Storbritannia*, der Domstolen la vekt på at klagerne hadde adgang til å *«continue their relationship in all its current essentials and may also give it a legal akin, if not identical to marriage, through a civil partnership which carries with it almost all the same legal rights and obligations.»¹¹²*

Samlet sett kan denne praksisen tilsi at staten – dersom den ikke tillater ekteskap mellom personer av samme kjønn – har plikt til å sikre adgang til en annen form for rettslig anerkjennelse og beskyttelse av forholdet, eksempelvis registrert partnerskap.¹¹³ Det er ikke utenkelig at det samme må legges til grunn der enten en eller begge tilhører en tredje kjønnskategori.

I Norge eksisterer det ikke lenger noe reelt alternativ til å inngå ekteskap for personer som ønsker rettslig anerkjennelse av deres parforhold. Lov om registrert partnerskap ble opphevet da ekteskap mellom personer av samme kjønn ble tillatt i 2008.¹¹⁴ Det kan tilsi at det vil bryte med Norges menneskerettslige forpliktelser å nekte en form for juridisk anerkjennelse av parforhold der en eller begge tilhører en tredje kjønnskategori. Det taler for at en innføring av en tredje kjønnskategori bør suppleres av en endring i ekteskapsloven, se punkt 6.3.8.

3.3.5 Oppsummering

Samlet foreligger det etter vår vurdering ikke noen menneskerettslige *hindringer* for å anerkjenne en tredje juridisk kjønnskategori. Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i

¹¹¹ *Hämäläinen mot Finland* (37359/09) avsnitt 83.

¹¹² *Parry mot Storbritannia* (42971/05) side 10. Se også *R og F mot Storbritannia* (35748/05).

¹¹³ (Kjølbrot, 2020) s. 917–918.

¹¹⁴ Lov 27. juni 2008 nr. 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par). Se også ekteskapsloven § 111.

lovverket, er det likevel viktig å sikre at menneskerettslige forpliktelser overholdes, særlig med hensyn til kvinners og barns rettigheter. I tillegg legger retten til ekteskap enkelte føringer. Hvilken betydning dette konkret får for den nærmere innretningen i norsk lovverk, omtales nærmere i kapittel 6.

3.4 EØS-retten

3.4.1 Innledning

Retten til å endre kjønn eller til å få juridisk anerkjennelse for en ikke-binær kjønnsidentitet er ikke direkte regulert i EU- eller EØS-retten. Det fremgår av Traktat om den Europeiske Unions virkemåte (TEUV) artikkel 8 at «*Unionen ... i all sin virksomhet [skal] bestrebe seg på å fjerne forskjellsbehandling og fremme likebehandling av menn og kvinner*». Etter artikkel 10 skal Unionen ved fastleggingen og gjennomføringen av sin politikk og virksomhet «*ta sikte på å bekjempe forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, rase eller etnisk opprinnelse, religion eller tro, uførhet, alder eller seksuell legning*». Videre skal EU-lovgiver etter artikkel 19 nr. 1, innenfor rammene av sin kompetanse «*treffe egnede tiltak for å bekjempe forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, rase eller etnisk opprinnelse, religion eller tro, uførhet, alder eller seksuell legning*».

Det finnes ingen eksplisitt kompetanse i traktatverket til å beskytte individer mot diskriminering på bakgrunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk som sådan. EU har imidlertid vedtatt en rekke direktiver som inneholder bestemmelser som skal sikre likestilling og ikke-diskriminering basert på kjønn og seksuell legning. Blant disse finnes EUs likebehandlingsdirektiv (direktiv 2006/54), EUs likebehandlingsdirektiv om varer og tjenester (direktiv 2004/113), rammedirektivet mot diskriminering (direktiv 2000/78). EUs likebehandlingsdirektiv og likebehandlingsdirektivet om varer og tjenester er, på samme måte som de fleste av EUs øvrige ikke-diskrimineringsdirektiver, ansett som EØS-relevante, og er derfor tatt inn i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. Dette er imidlertid annerledes for rammedirektivet mot diskriminering. Direktivet er ansett å falle utenfor EØS-avtalens virkeområde, og er derfor ikke innlemmet i avtalen. Selv om Norge ikke er bundet av direktivet, har lovgiver likevel valgt en løsning hvor norsk regelverk skal være «*minst på høyde med nivået*» i EUs rammedirektiv.¹¹⁵ Rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen vil dermed virke inn på tolkningen av reglene i likestillings- og diskrimineringsloven.

3.4.2 EU-domstolens tolkning av likestillingsdirektivene

EU-domstolen har i sin praksis tolket vernet mot diskriminering på bakgrunn av kjønn til også å omfatte transpersoner som har undergått, undergår eller skal undergå kjønnsbekreftende kirurgi. Allerede i 1996, i sak C-13/94 *P and S*, la EU-domstolen til grunn at vernet mot diskriminering på bakgrunn av kjønn nedfelt i likestillingsdirektivet også favner om transseksuelle. Saken gjaldt en transkvinne som ble sagt opp da hun kom tilbake til arbeid etter å ha gjennomført en kjønnsendrende behandling. EU-domstolen fant at EUs likebehandlingsdirektiv kom til anvendelse i et tilfelle som dette, og var tydelig på at «*the scope of the directive cannot be confined simply to discrimination based on the fact that a person is of one or other sex*».¹¹⁶ I lys av direktivets formål og de rettigheter det gir, mente retten at

¹¹⁵ Prop. 81 L (2016–2017) punkt 6.2.2 og 6.2.3.

¹¹⁶ Se sak C-13/94 avsnitt 20.

direktivet også måtte gis anvendelse på diskriminering som skyldes endring av kjønn. Retten viste til at slik diskriminering primært er basert på vedkommendes kjønn.

I sitt forslag til avgjørelse, ga Generaladvokat Tesauro uttrykk for at direktivet forholdt seg til en tradisjonell mann/kvinne dikotomi, og mente at en basert på karakteristika som oppførsel og roller heller burde oppfatte kjønn langs en glidende skala.¹¹⁷ Han uttalte videre at beskyttelsen burde utstrekkes utover kjønn i tradisjonell betydning og favne om de som forskjellsbehandles på grunnlag av sin kjønnsidentitet. EU-domstolen gikk ikke like langt som Generaladvokaten foreslo. Selv om EU-domstolen i *P and S* tolker likestillingsdirektivet slik at det også omfatter transseksuelle personer som har skiftet kjønn, forholder domstolen seg til en binær oppfatning av kjønn.

I to senere avgjørelser har EU-domstolen bekreftet at kravet om likebehandling knytter seg til det kjønn man har endret til, og ikke det kjønn man er registrert med ved fødselen.

Sak C-423/04 *Richards* gjaldt en transkvinne som hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling, men ble nektet pensjon fra den lovfestede pensjonsalderen for kvinner, under henvisning til at hun var født som mann. Domstolen fant at hun ble utsatt for en forskjellsbehandling sammenlignet med cis-kvinner, og konkluderte med at det forelå et brudd på direktiv 79/7/EEC om likebehandling mellom kvinner og menn.

Også i sak C-452/16 *MV* bekreftet EU-domstolen at likestillingsdirektivene også omfatter personer som har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling. Saken gjaldt en transkvinne som ikke fikk utbetalt alderspensjon ved fylte 60 år, fordi hun fremdeles var offisielt registrert som mann. Grunnen til det var at hun etter britisk rett måtte skille seg fra sin kvinnelige partner for å få å kunne bli juridisk bekreftet som kvinne. EU-domstolen falt ned på at det foreslå diskriminering i strid med direktiv 79/7/EEC om likebehandling mellom kvinner og menn, ettersom cis-kvinner fikk tilgang til slik alderspensjon uavhengig av deres sivilstatus.

De sakene EU-domstolen har behandlet til nå, omhandler først og fremst transpersoner som har undergått kjønnsbekreftende behandling. Domstolen har utvidet vernet mot diskriminering basert på kjønn til også å omfatte denne gruppen. Til tross for den rettsutviklingen vi her har skissert, synes EU-domstolen like fullt å ha tolket vernet mot kjønnsdiskriminering med utgangspunkt i en binær tokjønnsmodell.

3.4.3 Retten til fri bevegelse og anerkjennelse av kjønnsidentitet i grenseoverskridende situasjoner

I det følgende ser vi nærmere på hvilken rett en ikke-binær borger har til å få anerkjent sin kjønnsidentitet i grenseoverskridende situasjoner. En borger som beveger seg fra en EU/EØS-stat der vedkommende kan registreres under den tredje kjønnskategori, eller få en «X i passet», kan for eksempel ønske å bosette seg i en annen EU/EØS-stat i forbindelse med arbeid, næringsvirksomhet eller studier. Spørsmålet blir om vedkommende i et slikt tilfelle har krav på å få tilsvarende anerkjennelse for sin kjønnsidentitet i vertsstaten. Premisset er at det kan hindre

¹¹⁷ Se Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-13/94.

retten til fri bevegelighet i det indre marked dersom medlemslandene regulerer opplysninger i offentlige registre og offentlige id-dokumenter på ulikt vis.

Det har ikke vært avgjørelser fra EU-domstolen som går direkte på opplysninger om kjønn, men det foreligger en avgjørelse som omhandler forskjeller i registrering av navn i to medlemsstater. Saken C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, er en prejudisiell avgjørelse etter anmodning fra en domstol i Østerrike. Saken gjaldt en østerriksk statsborger som hadde fått slektsnavnet Fürstin von Sayn-Wittgenstein etter å ha blitt adoptert av en tysk statsborger. Østerrikske myndigheter besluttet å endre slektsnavnet til «*Sayn-Wittgenstein*» i det offentlige registeret, med henvisning til at adelen var avskaffet i Østerrike, det er derfor ikke tillat med adelige etternavn. EU-domstolen forutsatte i sitt svar at utfordringen det er å ha forskjellige etternavn i to medlemsstater medfører en restriksjon på den frie bevegelighet. EU-domstolen falt ned på at restriksjonen kunne begrunnes i hensynet til offentlig orden, og at det ikke var uproporsjonalt å beskytte et generelt likhetsprinsipp ved å hindre bruken av adelstitler. Avgjørelsen viser at EU-domstolen er tilbakeholden med å overprøve medlemsstatenes kjønn når de gjelder spørsmål knyttet til deres nasjonale identitet. Domstolen bemerket at «*Unionen i overensstemmelse med artikkel 4, stk. 2, TEU respekterer medlemsstaternes nationale identitet...*»¹¹⁸

Det er ikke utelukket at EU-domstolen vil være tilsvarende tilbakeholden med å overprøve nasjonale valg om å la offentlige registre forholde seg til en binær tokjønnmodell. Samtidig er det vesentlige forskjeller mellom rett til å få anerkjent adelstitler og rett til å få anerkjent kjønnsideitet. Restriksjonen på retten til fri bevegelighet var i *Sayn-Wittgenstein* forankret i hensynet til offentlig orden, og ivaretagelsen av medlemsstatens nasjonale identitet. EØS-avtalen har ikke noen parallell til EU-traktatene for vern av nasjonalidentitet.¹¹⁹ Det er ikke åpenbart hvilket legitimt hensyn som kan begrunne en avvisning av utenlandske borgeres juridiske kjønn. Mens avskaffelsen av adelstitler er ment å ivareta likhetshensyn, er tilfellet det motsatte for vern av kjønnsideitet. Et slikt vern sikrer nettopp *likebehandling av borgere*. Det må også bemerkes at kjønn og kjønnsideitet er langt tettere knyttet opp mot en persons identitet enn hva tilfellet er for navn. Som påpekt av den europeiske menneskerettsdomstol utgjør kjønnsideitet «*one of the most intimate areas of a person's private life*».¹²⁰ Det har også skjedd en utvikling internasjonalt i synet på kjønnsideitet, slik at det ikke er åpenbart hva EU-domstolen vil falle ned på hvis spørsmålet skulle komme opp.

¹¹⁸ Se også sak C-391/09 *Runevič Vardyn*, som gjaldt en nasjonal regel om at personers etternavn og fornavn skulle føres på offentlige sertifikater i tråd med skrivemåten i vertsstaten. EU-domstolen understreket at «*a person's forename and surname are a constituent element of his identity and of his private life, the protection of which is enshrined in Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and in Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*», men falt likevel ned på at en slik regel var i overensstemmelse med EU-retten.

¹¹⁹ Sak E-1/01 *Einarsson*.

¹²⁰ Van Kück mot Tyskland (35968/97) avsnitt 56.

3.5 Ikke-bindende rettslige instrumenter («soft law»)

3.5.1 Innledning

Utover de menneskerettslige og europaretslige forpliktelsene som det er redegjort for ovenfor, eksisterer det flere anbefalinger og prinsipper som ikke er rettslig bindende, men som kan gi veiledning for spørsmål om innføring av en tredje juridisk kjønnskategori. Sentralt i denne sammenheng står de såkalte Yogyakarta-prinsippene om internasjonale menneskerettigheters anvendelse i relasjon til seksuell orientering og kjønnsidentitet. Disse prinsippene ligger også til grunn for Europarådets anbefalinger, herunder parlamentarikerforsamlings resolusjon nr. 2048 (2015), hvor medlemsstatene er bedt om å vurdere innføring av et tredje juridisk kjønnsalternativ. Menneskerettslige utfordringer knyttet til personer som verken identifiserer seg som mann eller kvinne, er også tatt opp av organer tilknyttet FN og EU. Innholdet i disse prinsippene og anbefalingene utdypes i det følgende.

3.5.2 Yogyakarta-prinsippene

Yogyakarta-prinsippene («*Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*») ble utarbeidet av et internasjonalt menneskerettighetseksperterpanel i form av en deklarasjon vedtatt i Yogyakarta i Indonesia i 2006.¹²¹ Bakgrunnen for deklarasjonen var behovet for å samle og systematisere den fragmenterte rettsutviklingen i praksis fra ulike regionale og internasjonale organer og domstoler.¹²² Deklarasjonen inneholdt opprinnelig 29 prinsipper, etterfulgt av konkrete anbefalinger til statene. I 2017 ble deklarasjonen oppdatert og utvidet med et sett tilleggsprinsipper («*Yogyakarta Principles plus 10*»)¹²³

Prinsippene er ikke rettslig bindende, og har ingen formell tilknytning til overnasjonale organisasjoner. Innholdet i prinsippene er likevel forankret hos både FN og Europarådet, og har gitt støtte til lovreformer i mange land. I Norge ble prinsippene lagt til grunn ved utformingen av diskrimineringsloven om kjønnsidentitet fra 2014.¹²⁴ I prinsippenes fortale legges følgende definisjon av kjønnsidentitet til grunn:

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

Prinsippene slår fast hvordan alle mennesker, uavhengig av seksuell legning og kjønnsidentitet, har rett til likestilling og vern mot diskriminering, juridisk anerkjennelse, personlig sikkerhet og privatliv, rettferdig rettergang, utdanning, helsetjenester, ytrings- og forsamlingsfrihet, vern mot

¹²¹ The Yogyakarta Principles, *Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity* (2007).

¹²² (Hellum, 2016) s. 196.

¹²³ The Yogyakarta Principles plus 10, *Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles* (2017).

¹²⁴ Prop. 88 L (2012–2013) s. 118.

ulovlig frihetsberøvelse, frihet fra tortur, slaveri og tvangsarbeid mv. Hvert prinsipp etterfølges av en liste over hvilke tiltak statene bør iverksette.

Retten til likestilling og ikke-diskriminering er nedfelt i prinsipp 2, som 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.»

Prinsipp 2 bestemmer videre at med diskriminering på grunn av seksuell orientering eller kjønnsidentitet menes enhver forskjellsbehandling, ekskludering eller begrensning som har *«the purpose or effect of nullifying or impairing equality before the law or the equal protection of the law, or the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis, of all human rights and fundamental freedoms»*.

Retten til juridisk anerkjennelse (*«recognition before the law»*) er slått fast i prinsipp nr. 3, som lyder:

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

Alle mennesker skal med andre ord ha rett til juridisk anerkjennelse av sin kjønnsidentitet, uten at slik anerkjennelse gjøres betinget av medisinsk behandling, herunder kjønnsbekreftende kirurgi eller sterilisering. Verken ekteskap eller foreldreskap skal kunne påberopes som grunnlag for å forhindre juridisk anerkjennelse av en persons kjønnsidentitet.

For å sikre retten til juridisk anerkjennelse, bes statene om å *«take all necessary legislative, administrative and other measures to fully respect and legally recognize each person's self-defined gender identity»*, blant annet for å sikre prosedyrer der *«all State-issued identity papers which indicate a person's gender/sex – including birth certificates, passports, electoral records and other documents – reflect the person's profound self-defined gender identity»*. Statene pålegges videre å sørge for effektive, rettfærdige og ikke-diskriminerende prosedyrer, samt sikre at *«changes to identity documents will be recognised in all contexts where the identification or disaggregation of persons by gender is required by law or policy»*.

Retten til juridisk anerkjennelse er også slått fast i prinsipp 31, som er et av tilleggspriksippene som ble vedtatt i 2017. Bestemmelsen lyder:

«Everyone has the right to legal recognition without reference to, or requiring assignment or disclosure of, sex, gender, sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to obtain identity documents, including birth certificates, regardless of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to change gendered information in such documents while gendered information is included in them.»

For det første bestemmes det altså at alle har rett til juridisk anerkjennelse *uten* henvisning til, eller utlevering av, personens kjønn og kjønnsidentitet. For det andre skal alle har rett til å endre opplysninger om kjønn i slike dokumenter. Prinsipp 31 etterfølges av en liste over statlige tiltak, som lyder:

«States shall

- A. *Ensure that official identity documents only include personal information that is relevant, reasonable and necessary as required by the law for a legitimate purpose, and thereby **end the registration of the sex and gender of the person in identity documents such as birth certificates, identification cards, passports and driver licences, and as part of their legal personality;***
- B. *Ensure access to a quick, transparent and accessible mechanism to change names, including to gender-neutral names, based on the self-determination of the person;*
- C. *While sex or gender continues to be registered:*
 - i. *Ensure a quick, transparent, and accessible mechanism that legally recognizes and affirms each person's self-defined gender identity;*
 - ii. ***Make available a multiplicity of gender marker options;***
 - iii. *Ensure that no eligibility criteria, such as medical or psychological interventions, a psycho-medical diagnosis, minimum or maximum age, economic status, health, marital or parental status, or any other third party opinion, shall be a prerequisite to change one's name, legal sex or gender;*
 - iv. *Ensure that a person's criminal record, immigration status or other status is not used to prevent a change of name, legal sex or gender.» (uthevet her)*

Statene oppfordres følgelig til å gradvis *fjerne* informasjon om kjønn fra identitetsdokumenter, herunder pass, ID-kort, fødselsattester, førerkort mv. Inntil dette er gjort, det vil si, der det fortsatt er behov for å innta opplysninger om kjønn i identitetspapirer, pålegges en plikt til å gjøre *«a multiplicity»* (et mangfold av) kjønnsmarkører tilgjengelige. Det tilsier at statene som et minimum bør åpne for et tredje alternativ. Statene pålegges videre å sikre at kvalifikasjonskrav, slik som aldersgrenser, medisinske inngrep eller psykiatriske diagnoser, ikke stilles som vilkår for å endre navn, kjønn eller kjønnsidentitet.

3.5.3 Europarådets anbefalinger

Europarådet har kommet med flere rekommandasjoner og resolusjoner med anbefalinger om hvilke tiltak medlemsstatene i Europarådet bør iverksette for å sikre internasjonale menneskerettigheters anvendelse i relasjon til seksuell orientering og kjønnsidentitet.

I 2010 vedtok Europarådets ministerkomité en rekommandasjon om bekjempelse av diskriminering på grunnlag av seksuell orientering og kjønnsidentitet (CM/Rec(2010)5).¹²⁵ Medlemslandene ble oppfordret til å arbeide aktivt for å motarbeide diskriminering på nevnte grunnlag på ulike samfunnsområder, herunder arbeidsliv, utdanning, helse mv. Medlemslandene ble også anbefalt å lovfeste forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet samt sørge for effektive sanksjoner.

I rekommandasjonen fra 2010 er statene bedt om å sørge for at opplysninger om seksuell orientering og kjønnsidentitet ikke samles inn, lagres eller på annen måte brukes av offentlige institusjoner, med mindre dette er nødvendig for å utføre spesifikke, lovlige og legitime formål (jf. avsnitt 21). Statene anbefales å gjennomgå («review») kvalifikasjonskrav som vilkår for endring av juridisk kjønn, herunder «*changes of a physical nature*». Endelig bes medlemsstatene om å ta i bruk alle nødvendige virkemidler for juridisk anerkjennelse av kjønnsidentitet på alle livsområder, jf. avsnitt 21–22 som lyder:

«Member states should take appropriate measures to guarantee the full legal recognition of a person's gender reassignment in all areas of life, in particular by making possible the change of name and gender in official documents in a quick, transparent and accessible way; member states should also ensure, where appropriate, the corresponding recognition and changes by non-state actors with respect to key documents, such as educational or work certificates.

Member states should take all necessary measures to ensure that, once gender reassignment has been completed and legally recognised in accordance with paragraphs 20 and 21 above, the right of transgender persons to marry a person of the sex opposite to their reassigned sex is effectively guaranteed.»

I 2010 vedtok også Europarådets parlamentarikerforsamling en resolusjon (nr. 1728) om diskriminering på grunnlag av seksuell orientering og kjønnsidentitet. I resolusjonen pekes det på at transpersoner er utsatt for diskriminering i mange av Europarådets medlemsstater, blant annet ved at de ikke tillates å endre juridisk kjønn. Medlemsstatene oppfordres til å sikre transpersoners rett til offisielle dokumenter som gjenspeiler deres kjønnsidentitet, uten krav om medisinsk behandling.¹²⁶

Resolusjonen fra 2010 ble fulgt opp av parlamentarikerforsamlingen i en ny resolusjon om diskriminering av transpersoner i Europa fra 2015 (nr. 2048), som også omtaler anerkjennelse av

¹²⁵ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (2010).

¹²⁶ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1728. Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity (2010) avsnitt 4 og 6.11.2.

ikke-binær kjønnsidentitet. I denne resolusjonen er medlemsstatene uttrykkelig bedt om å «consider including a third gender option in identity documents for those who seek it».¹²⁷

Det er også grunn til å fremheve parlamentarikerforsamlingens resolusjon fra 2017, som omhandler intersex-personers menneskerettigheter (nr. 2191).¹²⁸ Her ble medlemsstatene bedt om å «ensure, wherever gender classifications are in use by public authorities, that a range of options are available for all people, including those intersex people who do not identify as either male or female» og «consider making the registration of sex on birth certificates and other identity documents optional for everyone.»

Selv om resolusjonen uttrykkelig bare omtaler intersex-personers rettigheter, er muligheten til å velge en alternativ kjønnskategori, eventuelt til å ikke bli registrert med noen kjønnsstatus overhodet, ment å gjelde alle (jf. ordlyden «for all people» og «for everyone»). Statene er videre bedt om å sikre at intersex-personer ikke forhindres fra å inngå eller forbli i sivilt partnerskap eller ekteskap som følge av juridisk anerkjennelse av deres kjønn.¹²⁹

Juridisk anerkjennelse av andre kjønns kategorier enn mann og kvinne er også omtalt i parlamentarikerforsamlingens resolusjon om retten til privat- og familieliv uavhengig av seksuell orientering fra 2018 (2239). Her oppfordres statene til å:

*«provide for transgender parents' gender identity to be correctly recorded on their children's birth certificates, and **ensure that persons who use legal gender markers other than male or female** are able to have their partnerships and their relationships with their children recognised without discrimination.»¹³⁰*

I juni 2022 publiserte Europarådet sin første temarapport om anerkjennelse av juridisk kjønn i Europa. Rapporten kartlegger hvorvidt, og på hvilke måter, Europarådets medlemsstater har fulgt opp ministerrådets rekommandasjon fra 2010 om diskriminering på grunnlag av seksuell orientering og kjønnsidentitet (CM/Rec(2010)5). Rapporten beskriver utviklingen i medlemsstatenes praksis for juridisk anerkjennelse av kjønn («legal gender recognition – LGR»). Her identifiseres følgende tendenser:

- i. «moving away from the legacy of pathologisation»
- ii. «removing divorce requirement»
- iii. «making self-determination-based LGR accesible to children»
- iv. «including non-binary/gender-diverse persons in LGR»

¹²⁷ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2048. Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity (2015) avsnitt 6.2.4.

¹²⁸ Intersex-personers rettighetssituasjon og muligheten for ikke-binære kjønnsmarkører er også tatt opp av Europarådet i *Human rights and intersex people* (2015), se særlig s. 40.

¹²⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2191. Promoting the human rights of and eliminating discrimination against intersex people (2015) avsnitt 7.

¹³⁰ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2239. Private and family life: Achieving equality regardless of sexual orientation (2018) avsnitt 4.6.

- v. «making LGR accessible to non-nationals residing in the country»
- vi. «Comprehensive approach to LGR and its implementation»

Ifølge rapporten pågår det for tiden diskusjoner om hvilke tiltak som er mest hensiktsmessige for å sørge for juridisk anerkjennelse av ikke-binære personer. Rapporten nevner at noen av de tiltakene som er gjennomført i enkelte europeiske land (ikke-binære kjønnsmarkører som «X», «diverse» o.l. i pass og andre identitetspapirer) av enkelte er kritisert for å ha en stigmatiserende effekt. På dette området anbefales medlemsstatene å «*facilitate inclusive discussion on this topic, and review inter alia the necessity of sex/gender markers in official identity and other documents.*»¹³¹

3.5.4 Øvrige internasjonale anbefalinger

Menneskerettighetssituasjonen for personer som verken identifiserer seg menn eller kvinner, er også tatt opp av FNs utviklingsprogram (*United Nations Development Programme – UNDP*) i en rapport fra 2013 om transpersoners menneskerettigheter. I rapporten anerkjennes det at «*some trans people do not identify as male or female, but as a third gender*». Generelt understrekes betydningen av å «*build awareness about the importance of the right to legal gender recognition, including its links to other rights*». Rapporten påpeker videre at informasjon om kjønn og kjønnsidentitet ikke bør etterspørres der det ikke er nødvendig, og at opplysningene bør holdes konfidensielle.¹³²

I 2015 publiserte også *European Union Agency for Fundamental Rights* en rapport som adresserer spørsmål om juridisk anerkjennelse av intersex-personer. I rapporten pekes det på at mange av EUs medlemsstater krever at nyfødte barn registreres som enten mann eller kvinne, og at dette skaper utfordringer for personer født med variasjon i kroppslig kjønnsutvikling. En av rapportens hovedkonklusjoner er at kjønnsmarkører i identitetspapirer og fødselsregistre bør gjennomgås («*should be reviewed*») for å beskytte intersex-personers rettigheter. Statene oppfordres også til å vurdere å innføre nøytrale kjønnsmarkører.¹³³

Rettighetssituasjonen for transpersoner, intersex-personer og ikke-binære personer i europeiske land er også omtalt i rapporter utarbeidet i regi av og/eller med finansiell støtte fra EU-kommisjonen. Rapportene inneholder komparative analyser av rettstilstanden i ulike europeiske land med hensyn til juridisk anerkjennelse av kjønnsidentitet, herunder ikke-binæres kjønnsidentitet.¹³⁴

EU-kommisjonen har også utarbeidet en «*LGBTIQ Equality Strategy for 2020-2025*», der det pekes på at transpersoner, ikke-binære og intersex-personer ofte verken anerkjennes juridisk eller i praksis, noe som resulterer i utfordringer knyttet til privat- og familieliv, herunder i grenseoverskridende situasjoner. I strategien uttales det at kommisjonen vil legge til rette for at medlemslandene utveksler «*best practice*» om hvordan man kan sikre juridisk anerkjennelse

¹³¹ (Council of Europe, 2022) s. 31–37 og s. 40.

¹³² (United Nations Development Programme (UNDP), 2013) s. 25–28.

¹³³ (European Union Agency for Fundamental Rights, 2015) s. 4–5 og s. 7.

¹³⁴ (European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2018), (European Commission, 2020) og (Holzer, 2018).

basert på prinsippet om selvbestemmelse, og uten aldersrestriksjoner. Kommisjonen planlegger i denne sammenheng dialog på tvers av medlemslandene for å øke bevisstheten om rettighetssituasjonen til transpersoner, ikke-binære og intersex-personer.¹³⁵

3.5.5 Oppsummering

De ovenfor omtalte prinsippene, rekommandasjonene og anbefalingene illustrerer at ikke-bindende rettslige instrumenter på enkelte områder pålegger statene mer omfattende plikter med hensyn til juridisk anerkjennelse av kjønnsidentitet enn det som så langt er slått fast av internasjonale håndhevingsorganer ved fortolkningen av rettslig bindende menneskerettighetskonvensjoner, se punkt 3.2.

Samlet er det særlig grunn til å merke seg anbefalingen til statene om å gradvis slutte å registrere opplysninger om kjønn i fødselsattester og andre identitetspapirer. Informasjon om kjønn og kjønnsidentitet skal bare registreres der det er nødvendig for å oppnå konkrete, lovlige og legitime formål. Der slik registrering er nødvendig, oppfordres statene til å tilby flere kjønnsmarkører enn bare mann og kvinne.

Anbefalingene understreker videre at anerkjennelse av kjønn og kjønnsidentitet bør baseres på retten til selvbestemmelse. Statene bes om å sikre at det ikke stilles kvalifikasjonskrav for å endre kjønnsstatus, det være seg medisinsk behandling, psykiatriske diagnoser eller aldersgrenser. Hvordan aldersgrenser konkret bør praktiseres med hensyn til barn, fremgår ikke uttrykkelig.

Endelig bes statene om å sikre den enkeltes rett til å inngå og forbli i sivilt partnerskap eller ekteskap, uavhengig av kjønnsstatus og seksuell orientering. Foreldreskap skal heller ikke påberopes som grunnlag for å hindre juridisk anerkjennelse av kjønnskifte.

¹³⁵ European Commission, *LGBTIQ Equality Strategy 2020–2025* s. 18.

4 Rettstilstanden i andre land

Oppsummering av kapittel 4

Internasjonalt går samfunns- og rettsutviklingen i retning økt rettslig anerkjennelse av at samfunnet består av mer enn bare menn og kvinner. En rekke land både i og utenfor Europa har på ulike måter valgt å anerkjenne ikke-binære. Utviklingen har skjedd gradvis, og de ulike innretningene varierer betydelig mellom landene.

Danmark, Island og Malta er eksempler på land som åpner for at man kan reservere seg mot å oppgi kjønn i pass og andre identifikasjonspapirer, mens Tyskland har anerkjent en tredje juridisk kjønnskategori i lovverket. I Australia og på Malta er det vedtatt nasjonale retningslinjer som har som formål å sikre retten til anerkjennelse av kjønnsidentitet, herunder for ikke-binære. Anerkjennelsen av ikke-binære er til dels også domstolskapt, gjennom avgjørelser fra konstitusjonelle domstoler både i Europa og Sør-Asia.

4.1 Innledning

En innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i norsk lovverk kan innrettes på ulike måter, og i valget mellom ulike alternativer er det relevant å se hen til de løsninger som er valgt i andre land. I det følgende gis en oversikt over rettstilstanden i land som på ulike måter har iverksatt tiltak for anerkjennelse av ikke-binære personer. Formålet er å gi et innblikk i den variasjon som foreligger i valg av innretning.

Vi har sett det som hensiktsmessig å særlig se hen til land som har likhetstrekk med norsk rettstradisjon og rettskultur, og som er bundet av de samme menneskerettslige og europaretslige forpliktelsene som Norge (Danmark, Island, Malta og Tyskland). For å illustrere bredden i de modeller og innretninger som eksisterer, har vi imidlertid også sett hen til enkelte land utenfor Europa (Australia) samt den noe særegne situasjonen i enkelte sørasiatiske land (Nepal, Pakistan, Bangladesh og India). Oversikten er i hovedsak basert på undersøkelser av de enkelte lands lovgivning på feltet samt omtale i litteraturen. Når det gjelder rettstilstanden på Malta, har vi i tillegg fått informasjon gjennom møte og dialog med en representant fra det maltesiske *Human Rights Directorate*.¹³⁶

Det har i liten grad vært mulig å finne informasjon om disse landenes *begrunnelse* for anerkjennelse av en tredje kjønnskategori. Det har sammenheng med at de former for anerkjennelse som foreligger, så langt ikke har vært basert på grundige utredninger, større lovarbeider e.l. De innretningene som eksisterer, synes tvert imot å ha vokst frem og blitt innført gradvis. I enkelte land er anerkjennelsen også domstolskapt, se punkt 4.8 om avgjørelser fra europeiske konstitusjonelle domstoler.

¹³⁶ Samtale 20. September 2022 med Gabriella Calleja, Human Rights Directorate, Ministry for Home Affairs, Security, Reforms and Equality, Malta.

4.2 Danmark

I Danmark ble det i 2014 åpnet for at personer over 18 år kan endre sitt juridiske kjønn fra mann til kvinne eller fra kvinne til mann basert på egenerklæring, uten krav om diagnose.¹³⁷ I praksis skjer endring av kjønnsstatus ved at vedkommende tildeles et nytt personnummer. På samme måte som i Norge, er personnummer i Danmark kjønns spesifikt, ved at kvinner har like tall og menn ulike tall som siste siffer.

Adgangen til å endre juridisk kjønn ble derfor innført ved endringslov til «*lov om Det Centrale Personregister*», som slår fast at nytt personnummer kan tildeles en person som opplever å tilhøre «*det andet køn*» og som gjennomfører en obligatorisk refleksjonsperiode på seks måneder fra søknadstidspunktet.¹³⁸ Loven synliggjør at det danske lovverket fortsatt bare anerkjenner to obligatoriske kjønns kategorier: mann og kvinne. Det er ikke mulig å få utstedt et personnummer med en ikke-binær kjønnsidentifikator.

Da erklæringsmodellen ble innført for endring av juridisk kjønn i 2014, ble det samtidig åpnet for en adgang til å få utstedt en «X» i passet basert på egenerklæring. Tidligere var denne adgangen kun åpen for personer diagnostisert som transseksuell.¹³⁹ Fra 2014 ble denne muligheten gjort tilgjengelig for personer over 18 år, som *opplevde* å tilhøre «*det andet køn*». Den 1. januar 2022 ble dette endret, slik at også ikke-binære personer og intersex-personer omfattes av bestemmelsen. I tillegg ble aldersgrensen opphevet. Den danske «*Bekendtgørelse om pas m.v.*» slår nå fast at kjønnen kan betegnes som X i passet dersom søkeren avgir en skriftlig erklæring om at «*ønsket om kønsbetegnelsen X er begrundet i en oplevelse af at tilhøre det andet køn, at vedkommende er interkønnet, ikke identificerer sig som enten mand eller kvinde*», eventuelt at vedkommende dokumenterer å ha fått tildelt nytt personnummer etter lov om Det Centrale Personregister.¹⁴⁰ I Danmark har med andre ord innføringen av en reservasjonsadgang for ikke-binære personer, skjedd gradvis.

Adgangen til å få utstedt pass med «X» i stedet for binære kjønnsmarkører, er uten betydning for den enkeltes juridiske kjønn. Personer som ikke opplever å høre hjemme i tokjønnsmodellen, vil fortsatt ha et personnummer som identifiserer vedkommende som enten mann eller kvinne. *De facto* bidrar likevel muligheten til å få utstedt en «X» i passet til en viss anerkjennelse av ikke-binære personer.

4.3 Island

På Island ble det våren 2019 vedtatt en lov om kjønnsautonomi («*Act on Gender Autonomy*» i engelsk versjon) som åpner for at alle personer over 18 år kan endre sitt juridiske kjønn i det islandske folkeregisteret. Adgangen er basert på egenerklæring: Loven oppstiller et uttrykkelig forbud mot å gjøre endring av juridisk kjønn betinget av kirurgiske inngrep, medisiner, hormonbehandling eller annen medisinsk eller psykologisk behandling. En person som endrer

¹³⁷ Tidligere ble det stilt krav om diagnostisering av Rigshospitalets Sexologiske Klinik. Dette kravet ble fjernet 28. august 2014.

¹³⁸ Lov om det Centrale Personregister (LBK nr. 702 af 23/05/2022) § 3 stk. 7.

¹³⁹ Justisministeriet, *Rapport fra arbejdsgruppen om juridisk kønsskifte* (2014). punkt 4.4.

¹⁴⁰ Bekendtgørelse om pas m.v. (BEK nr. 26933 af 28/12/2021) § 4 stk. 5.

sitt juridiske kjønn, har også rett til å endre navn. Adgangen gjelder tilsvarende for islandske statsborgere bosatt i utlandet.¹⁴¹

Også barn under 18 år kan søke om å endre juridisk kjønn med samtykke fra foresatte. Dersom foresatte ikke samtykker, kan søknaden behandles av en sakkyndig ekspertkomité som vurderer om endringen skal tillates uten slikt samtykke.¹⁴² Loven fra 2018 bestemmer videre at den som endrer juridisk kjønn, har rett til å få utstedt identitetsdokumenter som samsvarer med endringen. Tilsvarende gjelder dokumenter knyttet til utdanning og ansettelse.¹⁴³

Selv om loven ikke uttrykkelig slår fast at det kun er mulig å velge kjønnskategoriene mann og kvinne, fremgår det implisitt at det islandske lovverket fortsatt baserer seg på en binær tokjønnsmodell. Personer som ikke opplever å høre hjemme i de tradisjonelle kjønnskategoriene, er likevel gitt en viss faktisk anerkjennelse. Det illustreres av lovens artikkel 6, som slår fast at nøytral kjønnsregistrering er «tillatt» og som pålegger offentlige og private organer som registrerer opplysninger om kjønn en plikt til å tilby kjønnsnøytral registrering (blant annet i identitetsdokumenter, skjemaer og databaser/registre). Endelig følger det uttrykkelig av loven at pass alltid skal benytte bokstaven X som kjønnsnøytral personidentifikator.

Både offentlige og private virksomheter pålegges følgelig en plikt til å anerkjenne at det finnes personer som ikke identifiserer seg som verken mann eller kvinne. Samtidig følger det av lovens systematikk at en slik anerkjennelse ikke får betydning for det kjønnnet vedkommende er registrert med i folkeregisteret. En person som får utstedt en X i passet eller andre identitetsdokumenter, vil følgelig fortsatt måtte velge mellom mann og kvinne som obligatoriske *juridiske* kjønns kategorier.

4.4 Tyskland

I Tyskland har transpersoner siden 1980 hatt mulighet til å endre juridisk kjønn fra mann til kvinne og omvendt. Loven fra 1980 stiller som vilkår at vedkommende innhenter to ekspertvurderinger som fremlegges og anerkjennes av en domstol. Loven er derfor kritisert for å stride mot prinsippet om selvbestemmelse. Per i dag er det heller ikke adgang til å velge en annen kjønnskategori enn mann eller kvinne.¹⁴⁴ Lovgivningen på området har likevel vært gjenstand for utvikling de siste ti årene.

I 2013 ble det åpnet for at foreldre kan la være å registrere opplysninger om barnets kjønn fra fødselen av, dersom barnet er født med uklare kjønns karakteristika (intersex).¹⁴⁵ Regionale domstoler har i ettertid slått fast at loven må forstås dithen at også voksne personer – både intersex-personer og transpersoner – kan be om å få slettet kjønnsmarkøren i folkeregisteret.¹⁴⁶ I juridisk teori omtales den tyske ordningen på denne bakgrunn som en form for

¹⁴¹ Act on Gender Autonomy artikkel 4 (engelsk oversettelse).

¹⁴² Act on Gender Autonomy artikkel 5, jf. artikkel 9.

¹⁴³ Act on Gender Autonomy artikkel 4.

¹⁴⁴ Transgender Act (1980).

¹⁴⁵ Personenstandsgesetz (PStG) 6 § 22 (3) (Law on Civil Status).

¹⁴⁶ (Holzer, 2018) s. 59–60.

«reservasjonsmodell».¹⁴⁷ De nærmere vilkårene for å få innvilget et krav om sletting av kjønnsmarkør i fødselsattesten, har imidlertid ikke blitt avklart i nevnte rettsavgjørelser, og praksis på området har derfor variert.

I 2017 ble ovennevnte lov fra 2013 gjenstand for prøving i den tyske føderale konstitusjonsdomstolen. Saken gjaldt en intersex-person, «Vanja», registrert som kvinne ved fødselen, men som verken identifiserte seg som kvinne eller mann. Vanja ønsket rettslig anerkjennelse av sin kjønnsidentitet, ved å bli registrert som «*inter*» eller «*divers*» – noe tysk lovgivning ikke tillot. Konstitusjonsdomstolen kom fram til at Vanjas rett til rettslig anerkjennelse av egen kjønnsidentitet var krenket.¹⁴⁸

Konstitusjonsdomstolen slo for det første fast at muligheten til *ikke* å bli registrert med noen kjønnsstatus, ikke innebar noen positiv anerkjennelse av personer som verken identifiserer seg som kvinne eller mann. Konstitusjonsdomstolen fant at lovgivningen utgjorde en grunnlovsstridig diskriminering av personer med nevnte kjønnsidentitet, ettersom de i praksis måtte velge mellom en kjønnskategori de ikke identifiserer seg med, eller en registrering som antydte at de ikke har noe kjønn overhodet. Med andre ord anså konstitusjonsdomstolen ikke den tyske «reservasjonsmodellen» fra 2013 som et tilstrekkelig virkemiddel for anerkjennelse av intersex-personer. Den nærmere utformingen av et nytt system ble overlatt til lovgiver, men konstitusjonsdomstolen bemerket at lovgiver enten kunne introdusere en tredje juridisk kjønnskategori, eller fullstendig slutte med registrering av kjønn.¹⁴⁹

Dommen ble fulgt opp av den tyske regjeringen, som i desember 2018 vedtok å gjøre et tredje juridisk kjønnsalternativ tilgjengelig for intersex-personer. Tyskland ble med dette det første landet i Europa som anerkjenner en tredje juridisk kjønnskategori. Loven, som trådte i kraft 1. januar 2019, gir intersex-personer mulighet til å bli registrert som «*divers*» i fødselsattest og andre identifikasjonspapirer (pass, førerkort mm.). Med dette har intersex-personer fått et annet alternativ enn å ikke være registrert med noen kjønnsstatus overhodet.

Vilkåret for å få slik juridisk anerkjennelse, er at man fremlegger en legeerklæring eller annen medisinsk dokumentasjon som bekrefter at man har status som intersex-person. Adgangen er følgelig per i dag ikke tilgjengelig for ikke-binære personer som ikke har variasjon i kroppslig kjønnsutvikling. Kravet om medisinsk dokumentasjon er derfor kritisert av flere menneskerettighetsorganisasjoner.¹⁵⁰

Regjeringen har imidlertid foreslått å utarbeide en ny lov der endring av juridisk kjønn skal baseres på retten til selvbestemmelse. Loven er ment å gi både transpersoner, intersex-personer og ikke-binære personer mulighet til å endre juridisk kjønn ved å avgi en erklæring til folkeregisteret. Det skal ikke lenger stilles medisinske krav. Etter forslaget skal også barn over 14

¹⁴⁷ (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) s. 90.

¹⁴⁸ 1 BvR 2019/16 Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court).

¹⁴⁹ (Dunne & Mulder, 2018) s. 629–631.

¹⁵⁰ «Germany rings in 2019 by adopting intersex gender status», *The National Law Review* volume IX, no. 18 (2022).

år kunne endre juridisk kjønn dersom de har samtykke fra foresatte. Forslaget ble lansert av det tyske justisdepartementet i juni 2022.¹⁵¹

4.5 Malta

På Malta ble det i april 2015 vedtatt en ny «*Gender identity, gender expression and sex characteristics act*». Loven gir alle innbyggere av Malta rett til å endre juridisk kjønn og navn, slik at dette samsvarer med personens selvopplevde kjønnsidentitet.¹⁵² Det stilles ikke vilkår om diagnose eller medisinsk behandling. Som i Norge, er det imidlertid kun mulig å velge mellom kjønnskategoriene mann og kvinne.

Loven fra 2015 åpner derimot for at foreldre kan la være å registrere opplysninger om barns kjønn fra fødselen av. I praksis skjer dette ved at barnets kjønn registreres som «*undetermined*». Når barnet fyller 18 år, må det likevel tildeles et juridisk kjønn (mann eller kvinne).¹⁵³ Etter det opplyste har denne muligheten bare blitt benyttet for to barn siden 2015.¹⁵⁴

Det maltesiske lovverket er fortsatt basert på en binær tokjønnsmoell. For å bøte på dette, har Malta siden 2017 åpnet for at man kan reservere seg mot å oppgi opplysninger om kjønn i offentlige identifikasjonspapirer.¹⁵⁵ I praksis skjer dette ved at den enkelte borger søker om å få utstedt nye identifikasjonspapirer med en «X» for «*undeclared*». Adgangen gjelder for pass, ID-kort og oppholdskort. Maltesiske førerkort inneholder ikke opplysninger om kjønn.¹⁵⁶ Etter det opplyste er det kun åtte personer som har benyttet seg av muligheten for å få en X i passet siden 2017.¹⁵⁷

Det eneste vilkåret for å få endret kjønnsmarkøren i pass, ID-kort og oppholdskort, er at man avlegger ed for en notarius publicus. I tillegg må man fylle ut et standard søknadsskjema. Det er ulike søknadsskjemaer for henholdsvis pass og ID-kort/oppoldskort. Det er dermed ingen automatikk i at opplysningene i passet endres dersom man søker om å få en X i ID-kortet og omvendt. Det overlates til søkeren selv å sørge for samsvar mellom opplysningene i identifikasjonsdokumentene.¹⁵⁸

For å unngå at personer med X i passet ikke utsettes for diskriminering eller andre utfordringer med hensyn til visumsøknader o.l. til land som ikke anerkjenner ikke-binære kjønnsmarkører, åpner Malta for at man kan få utstedt to pass: ett med en X-markør og ett med en binær kjønnsmarkør.¹⁵⁹

¹⁵¹ Federal Ministry of Justice, *Eckpunkte für das Selbstbestimmungsgesetz vorgestellt* (juni 2022), tilgjengelig på [bmj.de](https://www.bmj.de).

¹⁵² Gender identity, gender expression and sex characteristics act, (CAP 540) artikkel 3.

¹⁵³ Gender identity, gender expression and sex characteristics act, (CAP 540) artikkel 7 (4).

¹⁵⁴ Samtale 20. September 2022 med Gabriella Calleja, Human Rights Directorate, Ministry for Home Affairs, Security, Reforms and Equality, Malta.

¹⁵⁵ Government of Malta, Ministry for Social Dialogue, Consumer Affairs and Civil Liberties, *LGBTIQ Action Plan 2015–2017*, side 11 (punkt 4.4.d).

¹⁵⁶ (Holzer, 2018) s. 18–19.

¹⁵⁷ Samtale 20. September 2022 med Gabriella Calleja, Human Rights Directorate, Ministry for Home Affairs, Security, Reforms and Equality, Malta.

¹⁵⁸ (Holzer, 2018) s. 18–19.

¹⁵⁹ (Holzer, 2018) s. 22.

Adgangen til å få utstedt identifikasjonspapirer med X i stedet for binære kjønnsmarkører, er uten betydning for kjønnsmarkøren i fødselsattesten. Selv om kjønnet ikke gjøres kjent gjennom identifikasjonspapirene, vil ikke-binære personer følgelig fortsatt ha et juridisk kjønn som ikke samsvarer med deres opplevde kjønnsidentitet. Det er det juridiske kjønnet, det vil si det kjønnet vedkommende er registrert med i fødselsattesten, som legges til grunn ved anvendelsen av lover som gir rettigheter og plikter på bakgrunn av kjønn.¹⁶⁰ Som en følge av dette nødvendiggjorde introduksjonen av markøren X i pass og andre identifikasjonspapirer ingen vesentlige endringer i det maltesiske lovverket.¹⁶¹

Statsborgere fra *andre land* hvor en tredje juridisk kjønnskategori er innført, vil derimot kunne få anerkjennelse på Malta. Den ovenfor nevnte loven fra 2015 slår fast at en avgjørelse om en persons kjønnsidentitet bestemt av en kompetent utenlandsk domstol eller annen ansvarlig myndighet, skal anerkjennes på Malta. Det fremgår uttrykkelig av dette også gjelder andre kjønnsmarkører enn mann og kvinne.¹⁶²

Maltesiske myndigheter vurderer for tiden innføring av et tredje kjønnsalternativ i lovverket. Ifølge regjeringens handlingsplan på LGBTIQ-feltet for perioden 2018-2022, skal en tredje juridisk kjønnskategori være tema for rundebordsamtaler mellom myndighetene og aktører på feltet.¹⁶³ Etter det opplyste vil vilkåret for å endre juridisk kjønn til en tredje kategori være det samme som for å reservere seg mot at opplysninger om kjønn oppgis i pass og ID-kort, det vil si avleggelse av ed (erklæring) for en notarius publicus. Erklæringen må deretter registreres i det offentlige registeret/fødselsattesten, fortrinnsvis i form av en «X».¹⁶⁴

Maltesiske myndigheter har også introdusert enkelte andre virkemidler for å (*de facto*) anerkjenne ikke-binæres kjønnsidentitet. 1. januar 2022 trådte regjeringens retningslinjer for anerkjennelse av kjønn, seksualitet og kjønnsidentitet i kraft («*guidelines on the recognition of sex, sexuality and gender*»). Retningslinjene har som formål å sikre et konsistent system for myndighetenes registrering av opplysninger om navn og kjønn, på tvers av ulike etater. Retningslinjene er ment å støtte opp om regjeringens diskrimineringslovgivning samt supplere den ovenfor omtalte reservasjonsmodellen. De skal sikre at den enkeltes rett til kjønnsidentitet ivaretas i møte med offentlige myndigheter.¹⁶⁵

I retningslinjene anerkjennes det at en persons biologiske kjønn («*sex*») og opplevde kjønn («*gender*») ikke nødvendigvis samsvarer med hverandre. Ifølge retningslinjene skal myndighetene i første rekke registrere informasjon om en persons opplevde kjønn. Opplysninger om biologisk kjønn skal kun registreres der det er et legitimt behov for det, eksempelvis der en ytelse e.l. er direkte relatert til den enkeltes biologiske kjønn. Retningslinjene slår vider fast at enhver institusjon som registrerer opplysning om både biologisk og opplevd kjønn må sikre at den enkeltes rett til personvern overholdes. Alle offentlige

¹⁶⁰ Det er imidlertid få maltesiske lover som differensierer med hensyn til kjønn, se (Holzer, 2018) s. 19.

¹⁶¹ (Holzer, 2018) s. 19.

¹⁶² Gender identity, gender expression and sex characteristics act, (CAP 540) artikkel 9 og (Holzer, 2018) s. 37.

¹⁶³ Government of Malta, Ministry for Equality, research and Innovation, *LGBTIQ Equality strategy and action plan 2018–2022*, side 10.

¹⁶⁴ Samtale 20. September 2022 med Gabriella Calleja, Human Rights Directorate, Ministry for Home Affairs, Security, Reforms and Equality, Malta.

¹⁶⁵ (Government of Malta, Ministry of Equality, Research and Innovation, 2018) s. 2–3.

institusjoner som samler inn opplysninger om kjønn, bør løpende vurdere om slik innsamling er nødvendig (jf. personvernforordningen).¹⁶⁶

Retningslinjene foreskriver videre at offentlige institusjoner som har behov for å innhente informasjon om kjønn, skal tilby en tredje kjønnskategori i offisielle skjemaer ved siden av «F» og «M» (eksempelvis «*other (please specify)*» eller «*other genders*»). Der en person ber om å få endret sine personopplysninger om navn og/eller kjønn, eller der verifikasjon av den enkeltes navn og/eller kjønn er nødvendig i forbindelse med tildeling av en ytelse e.l., skal gyldig ID-kort, pass, fødselsattest og asylsøker- eller flyktningbevis, anerkjennes som tilstrekkelig dokumentasjon. Opplysninger om kjønnshistorikk (tidligere navn og/eller kjønn) bør slettes der slik informasjon ikke er påkrevd. Opplysningene skal kun være tilgjengelig for myndighetspersonell med saklig behov for tilgang.¹⁶⁷

Retningslinjene pålegger videre offentlige tjenestemenn å bruke det pronomenet den enkelte ber om («*they, them, theirs*» for ikke-binære personer), og eventuelt spørre den enkelte der man er usikker. Det skal ikke gjøres antakelser om kjønn basert på indikatorer som navn, stemme eller utseende. Opplysninger om en persons seksuelle orientering, kjønnsidentitet eller status som intersex-person skal ikke viderefremmes til andre offentlige tjenestemenn med mindre det foreligger et legitimt behov for det.¹⁶⁸

Retningslinjene illustrerer at også andre tiltak enn innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i lovverket kan være egnet til å bedre rettighetssituasjonen til ikke-binære personer.

4.6 Australia

Rettstilstanden i Australia må ses i lys av at Australia er en føderalstat, der lovgivningen varierer på tvers av delstatene og territoriene. Det gjelder også med hensyn til anerkjennelse av kjønnsidentitet.

Et flertall av australske stater og territorier åpner for at en persons kjønn kan registreres som noe annet enn mann og kvinne, og flere stater tilbyr flere kjønnsnøytrale alternativer, herunder «*non-binary*», «*interdeterminate*», «*intersex*», «*other*» og «*unknown*». I noen stater er endring av juridisk kjønn betinget av at man gjennomgår kjønnskifteoperasjon.¹⁶⁹

Delstaten Tasmania har valgt en noe annen tilnærming. I april 2019 vedtok myndighetene en ny lov som fjerner kravet om obligatorisk registrering av kjønnsopplysninger i fødselsattesten. Opplysninger om kjønn registreres bare der den enkelte ber om det, og loven åpner for et bredt spekter av alternativer for å beskrive den enkeltes kjønnsidentitet. Det er opp til den enkelte å bestemme hvilke opplysninger fødselsattesten skal inneholde, herunder om det skal fremgå av attesten at vedkommende har endret kjønn. Opplysninger om kjønn for nyfødte barn registreres

¹⁶⁶ Government of Malta, Ministry of Equality, Research and Innovation, *Maltese Government Guidelines on the recognition of sex, sexuality and gender* (2018) s. 6–7 og 11.

¹⁶⁷ *Maltese Government Guidelines on the recognition of sex, sexuality and gender* s. 8–9 og 13.

¹⁶⁸ *Maltese Government Guidelines on the recognition of sex, sexuality and gender* s. 8 og 12.

¹⁶⁹ Dr. Fiona Kelly og Hannah Robert, La Trobe University, *Removing sex from birth certificates* (2018), tilgjengelig på latrobe.edu.au.

for statistiske formål, men kjønnsstatus vil i utgangspunktet ikke fremgå av barnets fødselsattest.¹⁷⁰

På føderalt nivå er det innført en form for reservasjonsmodell, som gir intersex-personer og ikke-binære personer mulighet til å reservere seg mot at opplysninger om kjønn oppgis i pass («X i passet»). Det stilles som vilkår at man fremlegger legeattest som bekrefter at personen enten er intersex eller ikke identifiserer seg med kjønn registrert ved fødselen.

På føderalt nivå er det i tillegg vedtatt retningslinjer for anerkjennelse av kjønn og kjønnsidentitet, som har som formål å sørge for et konsistent system for registrering av opplysninger om kjønn og kjønnsidentitet, på tvers av offentlige institusjoner, etater mv. («*Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*»). Retningslinjene utgjør en del av regjeringen strategi for å motarbeide diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet.¹⁷¹

Retningslinjene skiller mellom biologisk kjønn («sex») og kjønnsidentitet («gender»), og anerkjenner at dette ikke nødvendigvis samsvarer med hverandre. Ifølge retningslinjene skal myndighetene i første rekke registrere informasjon om en persons kjønnsidentitet, mens informasjon om biologisk kjønn bare skal registreres der det foreligger et legitimt behov for det.¹⁷²

I likhet med de maltesiske retningslinjene (se punkt 4.5 ovenfor), slås det fast at offentlige institusjoner som har behov for å registrere opplysninger om kjønn, skal tilby den enkelte muligheten til å velge mellom tre kategorier: M, F og X, der sistnevnte står for «*indeterminate/intersex/unspecified*». Der en person ber om å få endret personopplysninger om kjønn/kjønnsidentitet, eller der det er nødvendig å bekrefte den enkeltes kjønnsstatus, skal myndighetene anerkjenne følgende som dokumentasjon: i) erklæring fra lege eller psykolog, ii) pass eller annet reisedokument som spesifiserer personens foretrukne kjønn, eller iii) endret fødselsattest som spesifiserer foretrukket kjønn.¹⁷³

Retningslinjene spesifiserer videre at alle offentlige institusjoner og etater som samler inn informasjon om kjønn/kjønnsidentitet, bør foreta en grundig vurdering av om registreringen er nødvendig for statistiske, administrative eller andre formål. Der det ikke er nødvendig å registrere opplysningen, bør rubrikken for å fylle ut kjønnskategori fjernes fra det aktuelle skjemaet/dokumentet. Som på Malta, foreskriver retningslinjene videre at offentlige tjenestemenn skal avstå fra å gjøre antakelser om en persons kjønn og/eller kjønnsidentitet basert på indikatorer som f.eks. navn, stemme eller utseende.¹⁷⁴

4.7 Nepal, Pakistan, Bangladesh og India

I juridisk teori omtales Nepal, Pakistan, Bangladesh og India gjerne som eksempler på land som grupperes under «flerkjønnsmodellen», ettersom lovgivningen i disse landene anerkjenner flere

¹⁷⁰ Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act 2019.

¹⁷¹ Australian Government, *Australian Government guidelines on the recognition of sex and gender* (2013).

¹⁷² *Australian Government guidelines on the recognition of sex and gender* (2013) s. 4.

¹⁷³ *Australian Government guidelines on the recognition of sex and gender* (2013) s. 5.

¹⁷⁴ *Australian Government guidelines on the recognition of sex and gender* (2013) s. 6.

juridiske kjønnskategorier enn bare mann og kvinne.¹⁷⁵ Anerkjennelsen av en tredje kjønnskategori i de sørasiatiske landene har imidlertid en annen historisk forankring, og bygger dels på andre behov, enn i de ovenfor omtalte vestlige landene.

På det indiske subkontinentet har eksistensen av mennesker som verken defineres som mann eller kvinne vært kjent i flere århundrer. I Sør-Asia brukes flere betegnelser på denne gruppen, herunder «*hirjaer*» (som gjerne oversettes til «*hermaphrodite*» på engelsk). *Hirjaer* identifiserer seg verken som mann eller kvinne; de har en annen kjønnsidentitet. I dag inkluderer *hirjaer* både transpersoner og intersex-personer. Betegnelsen *hirja* har likevel et mangefasettert meningsinnhold, som ikke bare refererer til kjønn, men også til klasse, kaste og religion og kultur. *Hirjaer* har lenge vært stigmatisert og diskriminert. De har blitt utsatt for vold, overgrep og trakassering samt ekskludert fra store deler av samfunnslivet (arbeid, utdanning mm.).¹⁷⁶

De siste 15 årene har nasjonale domstoler i India, Nepal, Bangladesh og Pakistan gitt *hirjaer* og andre personer som verken identifiseres som mann eller kvinne tilbake noen av de rettighetene og frihetene de tidligere har blitt nektet. Anerkjennelsen av en tredje juridisk kjønnskategori i disse landene må ses i lys av dette historiske bakteppet.

I Nepal la høyesterett i 2007 til grunn at «*third gender people are also human beings as other men and women are*» med en tilsvarende rett til beskyttelse av grunnleggende konstitusjonelle rettigheter som menn og kvinner, og at myndighetene må iverksette tiltak for å hindre diskriminering. Høyesterett slo videre fast at det eksisterer en rett til å velge kjønnsidentitet basert på egen opplevelse.¹⁷⁷ Som følge av dommen ble det fra 2011 mulig å registrere seg med en alternativ kjønnsmarkør i folkeregisteret. I ettertid er det også åpnet for at man kan få utstedt pass med ikke-binær kjønnsmarkør («O» for «*other*»).¹⁷⁸

I Bangladesh ble *hirja* anerkjent som en tredje kjønnskategori i 2009. Transpersoner som ønsker å endre kjønnsstatus, er imidlertid tvunget til å velge en ikke-binær kjønnskategori; de har ikke mulighet til å endre kjønn fra mann til kvinne eller omvendt. Anerkjennelse som ikke-binær i Bangladesh er videre betinget av at man, ut fra biologiske karakteristika, ikke passer inn i den typiske definisjonen av mann og kvinne.¹⁷⁹

I 2011 slo pakistansk høyesterett fast at «*eunuchs*» (en betegnelse som i Pakistan brukes om homofile, transpersoner og kastrede menn) er «*citizens of this country and subject to the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan*». Høyesterett slo fast at deres rettigheter og forpliktelser, inkludert rett til liv og verdighet, må beskyttes på lik linje med andre mennesker, og at de ikke skal utsettes for diskriminering. Det ble også slått fast at de har rett til å få utstedt ID-kort.¹⁸⁰

¹⁷⁵ (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) s. 92. (Thorsnes, 2018) s. 4.

¹⁷⁶ Harvard Divinity School, *The third gender and hirjas* (2018), og «The peculiar position of India's third gender», *New York Times* (2018).

¹⁷⁷ Supreme Court of Nepal, Sunil Babu Pant & Ors. V. Nepal Government (2007).

¹⁷⁸ «Trans rights: Meet the face of Nepal's progressive 'third gender' movement», *The Guardian* (2016).

¹⁷⁹ (Holzer, 2018) s. 23 og 29.

¹⁸⁰ Supreme Court of Pakistan, Dr. Mohammad Aslam Khaki & Anr. V. Senior Superintendent of Police (Operation) Rawalpindi & Ors (2011).

I 2015 kom også indisk høyesterett fram til at grunnleggende konstitusjonelle rettigheter gjelder tilsvarende for *hirjaer* som for alle andre mennesker. Høyesterett slo også fast at *hirjaer* kan velge mellom å bli registrert som mann, kvinne eller et tredje kjønnsalternativ. Dommen er ansett for å være et viktig skritt i retning likestilling av *hirjaer* i India.¹⁸¹ I India er det også åpnet for å få utstedt pass og andre identifikasjonspapirer som markerer en tredje kjønnskategori.¹⁸²

Som påpekt av Lars Arnesen, illustrerer rettsavgjørelsene i disse landene at anerkjennelsen av en tredje kjønnskategori i de sørasiatiske landene har en ganske annen betydning enn i Europa.¹⁸³ Avgjørelsene anses som viktige skritt i retning likestilling av *hirjaer* og transpersoner i sørasiatiske land, men illustrerer samtidig at transpersoners og ikke-binære personers rettighetssituasjon på sentrale områder fortsatt er usikker og uavklart.¹⁸⁴ Erfaringene fra disse landene lar seg dermed i liten grad overføre til en norsk kontekst.

4.8 Avgjørelser fra konstitusjonelle domstoler i Europa

I Europa har utviklingen i retning økt anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet til dels skjedd i domstolene. Flere europeiske konstitusjonelle domstoler har de senere årene tatt stilling til spørsmål om manglende anerkjennelse av ikke-binæres kjønnsidentitet er i strid med konstitusjonelle rettigheter.

Et av de mest kjente eksemplene er den tyske konstitusjonsdomstolens avgjørelse fra 2017, om intersex-personen «Vanja», omtalt i punkt 4.4 ovenfor. Etter dagjeldende tysk lovgivning, var Vanja tvunget til enten å velge en av de tradisjonelle kjønnskategoriene (mann eller kvinne) eller velge å ikke bli registrert med noen kjønnsstatus overhodet. Som redegjort for over, kom konstitusjonsdomstolen fram til at Vanja var utsatt for grunnlovsstridig diskriminering.¹⁸⁵ Dommen ble fulgt opp av den tyske regjeringen, som i desember 2018 introduserte et tredje juridisk kjønnsalternativ for intersex-personer. Tyskland ble med dette det første landet i Europa som anerkjenner en tredje kjønnskategori. Per i dag er dette alternativet imidlertid kun tilgjengelig for personer som kan fremlegge medisinsk dokumentasjon på at de har status som intersex-personer.

I juni 2018 slo Østerrikes konstitusjonsdomstol fast at personer født med variasjon i kroppslig kjønnsutvikling (intersex) har rett til juridisk anerkjennelse av en kjønnsstatus som samsvarer med deres kjønnsidentitet. Domstolen fant at daværende system for fødselsregistrering, som kun åpnet for kjønnskategoriene mann og kvinne, krenket klagers rett til privatliv etter EMK artikkel 8. Domstolen uttalte videre at den østerrikske grunnloven gir en beskyttelse mot å bli tildelt kjønnsmarkører som ikke gjenspeiler den enkeltes kjønnsidentitet, og at denne beskyttelsen særlig gjelder personer med «alternativ» kjønnsidentitet. Intersex-personer ble regnet for å være en særlig sårbar gruppe i denne sammenheng.¹⁸⁶ Dommen ble fulgt opp av myndighetene, som nå både åpner for ikke-binære kjønnsmarkører og muligheten til å reservere seg mot at opplysninger om kjønn registreres. Retten til ikke-binære kjønnsmarkører er

¹⁸¹ Supreme Court of India, National Legal Services Authority v. Union of India (2014).

¹⁸² (The Open Society Foundations, 2014) s. 17 og 21.

¹⁸³ (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) s. 92.

¹⁸⁴ Se også (The Open Society Foundations, 2014) s. 17 og 21.

¹⁸⁵ 1 BvR 2019/16 Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court).

¹⁸⁶ Verfassungsgerichtshof, G 77/2018-9 (2018).

imidlertid forbeholdt personer som kan fremlegge dokumentasjon på at de har en variasjon i kroppslig kjønnsutvikling.¹⁸⁷

I 2019 slo den belgiske forfatningsdomstolen fast at fraværet av enhver form for anerkjennelse av ikke-binære kjønnsmarkører utgjorde et brudd på det konstitusjonelle vernet mot diskriminering og rett til likestilling, sett i sammenheng med retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Domstolen uttalte at «*Persons having a non-binary gender identity should have the possibility of adapting the sex shown on their birth certificate to reflect their gender identity*». Det ble overlatt til lovgiver å vurdere hvordan problemet skulle løses, men domstolen skisserte følgende alternativer: Lovgiver kunne enten avskaffe systemet for kjønnsregistrering i sin helhet, eller sørge for å introdusere ett eller flere ikke-binære kjønnsalternativ(er).¹⁸⁸ I januar 2022 la den belgiske regjeringen fram et lovforslag der det foreslås å fullstendig fjerne kjønnsmarkører fra identitetsdokumenter. Ifølge lovforslaget skal kjønnsstatus imidlertid fortsatt registreres i folkeregisteret.¹⁸⁹

Anerkjennelse av retten til kjønnsidentitet for intersex-personer har også vært oppe for nederlandske domstoler. I 2018 slo den nederlandske distriktsdomstolen i Rechtbank Limburg fast at EMK artikkel 8 innebar en positiv forpliktelse for myndighetene til å anerkjenne ikke-binær kjønnsidentitet hos en intersex-person. Avgjørelsen ble dels forankret i nederlandsk rett, som bestemmer at kjønnsstatus hos barn født med uklare kjønnskaraktistika (intersex), skal angis som «ubestemt» i fødselsattesten.¹⁹⁰ Dommen banet likevel vei for innføringen av en form for «reservasjonsmodell», der nederlandske statsborgere kan søke om å få utstedt pass med ikke-binær kjønnsmarkør («X»). Søknaden må godkjennes av en domstol.¹⁹¹

Ovennevnte europeiske avgjørelser illustrerer at utviklingen går i retning økt anerkjennelse av ikke-binæres rett til kjønnsidentitet. Det finnes imidlertid også eksempler på saker der europeiske domstoler har kommet fram til et annet resultat. I Frankrike slo en ankedomstol i 2016 fast at staten ikke er forpliktet til å innføre en ikke-binær kjønnskategori i folkeregisteret. Anken til *Court de Cassation* ble avvist i 2017.¹⁹² Tilsvarende kom den britiske *High Court of Justice* i juni 2018 fram til at EMK artikkel 8, per i dag, ikke innebærer en positiv forpliktelse for myndighetene til å tillate X i passet. Saken er imidlertid anket inn for britisk høyesterett.¹⁹³

¹⁸⁷ Third Party Intervention by the Human Rights Centre at Ghent University in collaboration with the Equality Law Clinic at the Université Libre de Bruxelles, s. 3.

¹⁸⁸ Belgium Constitutional Court, judgment no. 99/2019.

¹⁸⁹ ILGA Europe, *Right now, just three European countries recognize non-binary identities, but others are pushing forward* (2022) og «*Constitutional court strikes a blow for gender equality*», The Brussels Times (2019).

¹⁹⁰ Rechtbank Limburg, saksnummer C/03/232248 / FA RK 17-687 (2018).

¹⁹¹ Third Party Intervention by the Human Rights Centre at Ghent University in collaboration with the Equality Law Clinic at the Université Libre de Bruxelles, s. 3.

¹⁹² (Holzer, 2018) s. 40.

¹⁹³ Third Party Intervention by the Human Rights Centre at Ghent University in collaboration with the Equality Law Clinic at the Université Libre de Bruxelles, s. 3.

5 Alternative modeller for anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori

Oppsummering av kapittel 5

Anerkjennelse av et tredje juridisk kjønnsalternativ kan innrettes på ulike måter. I dette kapittelet har vi valgt å gruppere ulike innretninger under fem alternative modeller.

I den første modellen («X i passet»), er alle registrert som mann og kvinne i folkeregisteret, men det gis en adgang til å reservere seg mot binære kjønnsmarkører i pass og andre identifikasjonspapirer. De fire øvrige modellene gir eksempler på hvordan man kan sikre juridisk anerkjennelse av en tredje kjønnskategori. Modellene har til felles at et tredje kjønnsalternativ innføres i folkeregisteret, men det varierer om innføringen av en tredje kjønnskategori kombineres med *positive* rettigheter og plikter i øvrig lovgivning, *avvikling* av kjønns spesifikke rettigheter og plikter i øvrig lovgivning, eller en *kombinasjon* av disse elementene. De lovgivningsmessige konsekvensene av valg av modell, omtales i kapittel 6.

5.1 Systematikken i mandatet og juridisk litteratur

I mandatet angir Bufdir tre hovedinnretninger for innføringen av en tredje kjønnskategori i norsk lovverk: «X i passet» (reservasjonsmodellen), innføring av en tredje kjønnskategori i hele lovverket (flerkjønnsmodellen) eller fjerne eller redusere viktigheten av kjønn i lovverket. De to første hovedmodellene er beskrevet slik:

«Reservasjonsmodellen innebærer at man har en rett til ikke å bli anerkjent som mann eller kvinne. Denne modellen tilbyr negativ anerkjennelse, anerkjennelse fra å bli betegnet som mann eller kvinne. En «X» i passet kan være et uttrykk for reservasjonsmodellen.»

Flerkjønnsmodellen er beskrevet slik:

«Flerkjønnsmodellen gir en rett til å bli anerkjent som noe annet enn mann eller kvinne. Den gir anerkjennelse for en bestemt kjønnsidentitet utover mann og kvinne.»

Det opplyses at systematikken er hentet fra arbeidet til Lars Arnesen, og især hans artikkel *Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn? – Retten til egen kjønnsidentitet og diskrimineringsvern på bakgrunn av lov om endring av juridisk kjønn*.¹⁹⁴ Arnesen skriver at anerkjennelse vil være et sentralt formål for et tredje juridisk kjønnsalternativ, og at slik anerkjennelse kan skje enten positivt eller negativt. Dette utdypes slik:

¹⁹⁴ (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) Se også (Arnesen, Rettslig anerkjennelse av kjønns mangfold: Bør registrering av juridisk kjønn avvikles?, 2021) s. 111.

«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.»

Arnesen mener at en positiv anerkjennelse forutsetter at det fastsettes gitte kriterier for hva det tredje juridiske kjønnsalternativet er.¹⁹⁵

Samme skille anvendes av Ingrid Egeland Thorsnes i rapporten *Tredje juridisk kjønnsalternativ - ei utgreiing*:

«Reservasjonsmodellen inneber at eit alternativt juridisk kjønn vert definert negativt, altså at ein ikkje er mann eller kvinne. En slik ordning treng ikkje nokon nærare definisjon av kva som meinast med den alternative kategorien. Flerkjønnsmodellen inneber derimot ein positiv definisjon av ein eller flere alternative kategoriar. ... Faren med ein slik flirkjønnsmodell er imidlertid at dei nye, positivt definerte kjønnskategoriane vert avgrensande på same måte som kategoriane «mann» eller «kvinne».»¹⁹⁶

Etter vårt syn er det ikke nødvendig å trekke opp noe skille mellom positiv og negativ anerkjennelse. Friheten fra å måtte tilhøre en av de to tradisjonelle juridiske kjønnskategoriene og friheten til å ha sin egen juridiske kjønnsidentitet vil langt på vei være det samme. Anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori innebærer en anerkjennelse av at ikke alle definerer seg som kvinner eller menn. Å akseptere en ikke-binær kjønnsidentitet nødvendiggjør ikke en konkretisering av hva dette nærmere bestemt innebærer. Fellesnevneren for ikke-binære personer er at de ikke fullt ut identifiserer seg som kvinner eller menn. Innenfor denne kategorien vil det finnes de som identifiserer seg som begge kjønn, de som identifiserer seg som et annet kjønn enn de to tradisjonelle kjønnskategoriene og de som ikke identifiserer seg med noe kjønn overhodet eller som forneker kjønn som identitetsmarkør. Etter vårt syn vil derfor en adgang til å velge en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret, langt på vei være det samme som en adgang til å velge å verken være registrert som mann eller kvinne i folkeregisteret.

Også det å være mann eller kvinne kan være så mangt. Det er ikke oppstilt nærmere kriterier i lovgivningen for hvem som skal kunne ha en mannlig eller kvinnelig kjønnsidentitet. Etter vårt syn er det fullt mulig å anerkjenne ikke-binære som en egen juridisk kjønnskategori, uten å måtte definere mer eller mindre snevre rammer for hvem som hører hjemme i denne kategorien. I prinsippet er det ikke noen begrensninger for hvor mange kjønnsmarkører man kan åpne for i lovverket. I en norsk kontekst er alternativet å innføre en *tredje* juridisk kjønnskategori og kategorien må dermed defineres så bredt at den favner om alle som ikke opplever å tilhøre de øvrige to kjønnskategoriene.

¹⁹⁵ (Arnesen, Verken mann eller kvinne i pass og identitetspapirer: En utredning av internasjonale og nasjonale krav til kjønnsmarkører i identitetspapirer, 2016) s. 4.

¹⁹⁶ (Thorsnes, 2018) s. 3–4.

I teorien har tilhengere av en bred tredje kjønnskategori blitt kritisert for å begrense forståelsen av omfanget og mangfoldet av kjønnsideologier og praksis.¹⁹⁷ Kritikken kan oppsummeres av Baars' spørsmål: «Does a “third gender” category, a third box to tick, liberate us from the binary, or does it incorporate our difference in a reconstituted, fine-tuned “ternary” compulsory gendering system, and box us in?».¹⁹⁸ Det er ikke intensjonen med dette forslaget å begrense de nyanser som kan ligge i egen opplevd kjønnsidentitet, og den tredje kategorien er ment å romme disse forskjellene. Innenfor de brede rammer som trekkes opp for dette tredje alternativet, vil hver enkelt person fremdeles ha definisjonsmakten over sin egen kjønnsidentitet. Innføringen av en tredje kjønnskategori innebærer dermed ikke en avvisning av kjønns mangfold og ikke-kjønnskonforme identiteter. Kan hende blir dette klarere hvis man avstår fra å benytte begrepet «tredje kjønn», og heller referer til en ikke-binær «kjønnskategori».

En innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i lovgivningen kan innrettes på ulike måter. I behovsbeskrivelsen opplyser Bufdir at det i juridisk teori primært har vært snakk om følgende tre modeller, når det gjelder innretning: i) «X i passet», hvor alle er registrert som mann og kvinne i folkeregisteret, men der man kan reservere seg mot binær kjønnsmarkør i passet, ii) innføring av en tredje kjønnskategori i hele lovverket, for eksempel i likestillingsloven om kjønnsfordeling i offentlige utvalg og forskrift om høyere utdanning, og iii) å fjerne eller redusere viktigheten av kjønn i lovverket. Disse tre er blant alternativene som drøftes nedenfor. Samtidig er Bufdir i behovsbeskrivelsen tydelig på at oppramsingen ikke er ment å være uttømmende eller avgrensende, og vi har derfor drøftet flere alternativer enn de tre ovennevnte modeller.

Vi har derimot ikke sett nærmere på muligheten for å fullstendig *avvikle* kjønnsregistrering i folkeregisteret.¹⁹⁹ Som påpekt i litteraturen, er lov om endring av juridisk kjønn «*en respons på praksisen med registrering av juridisk kjønn*» i folkeregisteret og «*[d]ersom den norske stat ikke hadde registrert juridisk kjønn ved fødsel, ville det heller ikke vært behov for lov om endring av juridisk kjønn*».²⁰⁰ Vårt oppdrag er imidlertid begrenset til å se på alternativer for anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori og en løsning der man fullstendig slutter å registrere kjønn i folkeregisteret, faller dermed utenfor mandatet. Etter hva vi er kjent med, er det heller ikke noe land som har gått bort fra registrering av kjønn for ethvert formål, og slik vi oppfatter det, er dette heller ikke en internasjonal anbefaling.²⁰¹ Vi bemerker videre at en slik avvikling ikke vil være et relevant alternativ så lenge kjønn fremdeles tillegges relevans i øvrig lovgivning, og opplysninger om kjønn fremdeles benyttes til offentlig forvaltning, forskning og statistikk.

Nedenfor beskrives ulike alternativer for anerkjennelse av en tredje kjønnskategori. De lovgivningsmessige konsekvensene av valg av modell, drøftes i kapittel 6.

¹⁹⁷ Se for eksempel (Towle & Morgan, 2002).

¹⁹⁸ (Baars, 2019) s. 21.

¹⁹⁹ Dette er drøftet i (Arnesen, Rettslig anerkjennelse av kjønns mangfold: Bør registrering av juridisk kjønn avvikles?, 2021).

²⁰⁰ (Alaattinoglu, Arnesen, & Sørli, 2021) s. 93.

²⁰¹ Yogyakartaprinippene anbefaler statene å gradvis slutte å oppgi kjønn i offentlige *identitetsdokumenter*, men det er ikke anbefalt å fullstendig slutte med registrering av kjønn i nasjonale registre (se punkt 3.5.2).

5.2 Alternativ I: Reservasjon mot å oppgi kjønn i offentlige identifikasjonsdokumenter («X i passet»)

Den første og minst vidtrekkende modellen er av Bufdir angitt som en «*reservasjonsmodell*». Ved en slik modell vil man få anledning til å reservere seg mot at kjønn blir opplyst i pass og andre offentlige identifikasjonsdokumenter. En slik ordning medfører likevel ingen endring av vedkommendes *juridiske kjønn*. Juridisk kjønn er det *kjønn* man er registrert som i *folkeregisteret*, og med en reservasjonsmodell som skissert vil personen fremdeles være folkeregistrert som kvinne eller mann. Selv om kjønn ikke lenger gjøres kjent gjennom identifikasjonspapirene, vil ikke-binære fremdeles ha et juridisk kjønn som ikke samsvarer med deres opplevde kjønnsidentitet. Dette er understreket i *2018 study on non-binary gender registration models in Europe* for så vidt gjelder rettssituasjonen i Malta og Danmark:

«The X in Malta stands for “undeclared”, meaning referring not to a “third” gender but to the non-registration of a gender. The change to an X marker on IDs in Malta does not impact the gender marker on the birth certificate, which becomes relevant when a person with an X marker comes across a gender-differentiating law. ... The situation in Denmark is relatively similar to the one in Malta but the effectiveness of an X marker is reduced due to the Danish social security number which continues to reflect a binary gender in its last digit (even digits stand for female and odd digits for male gender).»²⁰²

Dette alternativet innebærer derfor ingen anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori i lovverket. *De facto* vil en reservasjonsadgang som skissert likevel kunne innebære en anerkjennelse av at ikke alle opplever å høre hjemme i de to eksisterende kjønnskategoriene. På denne måten vil modellen kunne bidra til å utfordre fastlåste oppfatninger av kjønn. I tillegg vil adgangen til å reservere seg mot binære kjønnsmarkører i pass og andre reisedokumenter kunne være en betydelig fordel for personer som har en kjønnsidentitet og et kjønnsuttrykk som ikke stemmer overens med deres folkeregistrerte kjønn. Med en «X i passet» vil de slippe å bli konfrontert med hvilket kjønn de «egentlig er».

Likevel mener vi at denne modellen ikke kan benyttes dersom lovgiver skulle falle ned på at det er ønskelig å anerkjenne en tredje *juridisk kjønnskategori*. Innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori innebærer som et minimum at ikke-binære må kunne benytte en annen kategorisering i folkeregisteret enn kvinne eller mann som i dag.

Skulle lovgiver falle ned på en ordning hvor man får muligheten til å reservere seg mot å oppgi kjønn i pass og andre identitetsdokumenter, må loven fastsette nærmere vilkår for hvem som skal kunne benytte denne reservasjonsadgangen. Målgruppen vil primært være ikke-binære personer, som ønsker å slippe at offentlige identifikasjonsdokumenter oppgir et juridisk kjønn som ikke stemmer overens med deres opplevde kjønnsidentitet.

En «X i passet» og/eller andre identitetspapirer er en meget begrenset form for anerkjennelse av ikke-binær kjønnsidentitet. En slik reservasjonsrett gir heller ikke noen rettigheter etter øvrig lovgivning. Det tilsier at det bør overlates til personen selv å bestemme om vedkommende

²⁰² (Holzer, 2018) s. 22.

ønsker å oppgi sitt juridiske kjønn i slike dokumenter. Det fremgår av lov om endring av juridisk kjønn § 2 at personer som «*opplever å tilhøre det andre kjønn*» enn det vedkommende er folkeregistrert med, har rett til å få endret sitt juridiske kjønn. Når loven åpner for at en person kan endre juridisk kjønn basert på egen oppfatning av kjønnsidentitet, blir det etter vårt syn uforholdsmessig å stille ytterligere krav for et såpass beskjedent grep som en «X i passet».

Utover personer med en ikke-binær kjønnsidentitet, kan det spørres om også transpersoner eller cis-personer skal kunne velge å avstå fra å få registrert kjønnsmarkør i passet og andre identifikasjonsdokumenter. Motivasjonen kan variere. For transpersoner som ikke har endret juridisk kjønn, kan det handle om at fødselskjønn og kjønnsidentitet ikke stemmer overens. For andre kan det eksempelvis handle om å uttrykke misnøye med dagens binære tokjønnsmodell eller å markere at de mener kjønnsangivelser i en slik kontekst er overflødig. Hvilke vilkår som skal stilles for å benytte seg av reservasjonsadgangen, vil avhenge av formålet med lovendringen. Dersom formålet utelukkende er å sikre ikke-binære personer anerkjennelse av deres kjønnsidentitet, bør adgangen trolig begrenses nettopp til denne gruppen. På den annen side vil en reservasjonsadgang ikke medføre noen plikter eller ulemper for myndighetene. Det kan tilsi at adgangen også kan gjøres tilgjengelig for andre som av ulike grunner ikke ønsker å opplyse om kjønn i pass og ID-kort.

Ettersom en reservasjonsmodell som omtalt er lite vidtrekkende, og ikke gir rettigheter utover å reservere seg mot angivelse av kjønnsmarkør i offentlige ID-dokumenter, er det neppe grunn til å stille strenge vilkår for å kunne benytte reservasjonsadgangen. Dersom adgangen benyttes av langt flere enn transpersoner og ikke-binære personer, vil ikke en «X i passet» være egnet til å si noe om en persons kjønnsidentitet, men utelukkende være en klargjøring av at det ikke er ønskelig å oppgi kjønn. Dersom reservasjonsadgangen skulle bli benyttet av mange, vil dette kunne gi opphav til en debatt om hvorvidt det overhodet er nødvendig å ha kjønnsmarkører i offentlige identifikasjonsdokumenter. Som det fremgår i punkt 2.6 ovenfor, åpner ICAO-dokument 9303 for at en stat kan unnlate å identifisere borgernes kjønn i pass og reisedokumenter.

Et særlig spørsmål er om det bør være noen aldersgrense for å benytte seg av en reservasjonsmodell som skissert, og i så fall hvilken aldersgrense som skal settes. Det er også et spørsmål om foreldre skal kunne velge å reservere seg mot å oppgi kjønn i barnas pass. Et slik valg kan enten skyldes at barnet har uklare kjønnskaraktistika (intersex), at barnet selv gir uttrykk for at vedkommende verken opplever seg selv som gutt eller jente, eller at foreldrene har den overbevisning at barnet selv skal kunne velge kjønn på et senere tidspunkt når de blir seg bevisst til kjønnsidentitet. Det kan også tenkes at foreldrene av politiske årsaker mener at en kjønnsangivelse ikke hører hjemme i et offentlig identifikasjonsdokument. Her kan flere løsninger være aktuelle, avhengig av formålet med reservasjonsadgangen.

De lovgivningsmessige konsekvensene av å innføre en reservasjonsmodell som skissert, drøftes i punkt 6.2 nedenfor.

5.3 Alternativ II: Registrering av en tredje kjønnskategori i folkeregisteret

En fullverdig anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori vil fordre at det åpnes for å velge å registrere seg under denne kategorien i folkeregisteret. Lov om endring av juridisk kjønn definerer juridisk kjønn som «*det kjønn en person er registrert med i folkeregisteret*», jf. § 2. Med mindre lovgiver skulle velge å definere juridisk kjønn på en annen måte, vil en anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori nødvendigvis innebære at en må forlate dagens binære tokjønnsmodell i folkeregisteret. En slik løsning er også anbefalt i Yogyakarta-prinsippene og i Europarådets parlamentarikerforsamlings resolusjon, jf. punkt 3.5 ovenfor. Innføring av en tredje kjønnskategori kan tenkes å utfordre synet på kjønn, og åpne for en større aksept for at kjønn er et mer sammensatt fenomen.

I teorien kan man se for seg at man åpner for en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret uten at ikke-binære tilkjennes noen ytterligere rettigheter. Den eneste konsekvensen av en slik løsning, er at man vil være folkeregistrert som ikke-binær. Spørsmålet er om en slik løsning er hensiktsmessig, eller om den rettslige anerkjennelsen bør ledsages av ytterligere rettigheter etter lovgivningen. Etter vårt syn er det lite realistisk å åpne for en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret, uten at man i det minste vurderer hvilke implikasjoner dette vil få for øvrig regelverk, se punkt 5.4 nedenfor.

5.4 Alternativ III: En tredje juridisk kjønnskategori kombinert med positive rettigheter og plikter i øvrig lovgivning

Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i norsk lovgivning fremtvinger en vurdering av hvilken betydning dette skal ha for vedkommendes øvrige rettigheter og plikter. Som nevnt er det etter vårt syn ikke et realistisk alternativ å innføre en tredje juridisk kjønnskategori uten å ta stilling til hvilke rettslige implikasjoner dette har etter øvrig regelverk. Dette vil etterlate ikke-binære personer i en usikker situasjon som kommer på kant med alminnelige prinsipper om forutberegnelighet og rettsikkerhet. At forholdet til øvrig kjønns spesifikt regelverk må vurderes, betyr likevel ikke at ikke-binære nødvendigvis må tilkjennes særlige rettigheter. Som påpekt av Arnesen er det ikke nødvendigvis slik at en tredje juridisk kjønnskategori må bygge på samme logikk som de to tradisjonelle kjønnskategoriene, all den tid denne kjønnskategorien er forankret i andre behov og har en annen historisk forankring.²⁰³

En vurdering av øvrig kjønns spesifikt regelverk kan resultere i en rekke alternative løsninger, det være seg alt fra en ordning begrenset til folkeregistrering av den tredje kategori (jf. punkt 5.3 ovenfor) til en ordning der ikke-binære tilkjennes mer begrensede eller omfattende rettigheter i øvrig lovgivning. De lovgivningsmessige konsekvensene vil derfor variere ut fra hvilke rettigheter det er ønskelig å tilkjenne ikke-binære, se punkt 6.3 nedenfor.

²⁰³ (Arnesen, Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn?, 2017) s. 108.

5.5 Alternativ IV: En tredje juridisk kjønnskategori kombinert med avvikling av kjønns spesifikke rettigheter og plikter

Dersom lovgiver vedtar innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret, vil en kunne tenke seg at kjønns spesifikke rettigheter og plikter i øvrig regelverk avvikles, eller i det minste at betydningen av kjønn i øvrig regelverk reduseres. Mens alternativ III ovenfor går ut på å tilkjenne personer tilhørende den tredje kategori særlige rettigheter og plikter, vil det alternativ som her skisseres snarere innebære at de særlige rettigheter og plikter som etter dagens lovgivning følger av personens kjønn, reduseres eller opphører.

Å bygge ned betydningen av kjønn i lovverket vil kreve at en foretar en fullstendig gjennomgang av gjeldende kjønns spesifikke reguleringer, for å ta stilling til hvorvidt det er tilstrekkelig tungtveiende grunner til å opprettholde et kjønnsbasert skille i det konkrete tilfellet, eventuelt om loven kan benytte andre kriterier enn juridisk kjønn.

Det finnes også lover som benytter en kjønns spesifikk terminologi, uten at kjønn tillegges noen rettslig virkning. Eksempler på slike lover er straffeprosessloven, kjøpsloven og forvaltningsloven. I forbindelse med innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori, vil dette kunne løses forholdsvis enkelt ved å klargjøre i lovverket at mannlige og kvinnelige kjønnspronomen også omfatter den tredje kjønnskategori. På sikt vil det like fullt være hensiktsmessig å endre lovteksten slik at en sikrer et kjønnsnøytralt språk.

5.6 Alternativ V: En kombinasjon av elementene ovenfor

Dersom lovgiver faller ned på at det er ønskelig å innføre en tredje juridisk kjønnskategori i lovverket, vil det være nærliggende å kombinere elementer fra de ovenfor omtalte alternative modellene.

Som nevnt er det vårt syn at innføringen av en tredje kjønnskategori i folkeregisteret nødvendiggjør en *gjennomgang* av øvrig kjønns spesifikkt regelverk. Ved denne gjennomgangen kan man f.eks. konkludere med at ikke-binære bør tilkjennes rettigheter på enkelte områder (alternativ III), men at det i andre tilfeller er mer hensiktsmessig å avvikle kjønns spesifikke rettigheter og plikter i lovgivningen (alternativ IV). Man kan også se for seg at en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret utelukkende ledsages av en rett til å få utstedt pass og ID-kort med «X» (alternativ II + alternativ I). Det er denne gjennomgangen av regelverket som drøftes i kapittel 6 nedenfor.

6 Lovgivningsmessige konsekvenser av valg av modell

Oppsummering av kapittel 6

I dette kapittelet drøftes de lovgivningsmessige konsekvensene av de alternative modellene som er skissert i kapittel 5.

Innføring av en reservasjonsadgang i pass og andre identitetspapirer bør ledsages av endringer i pass- og ID-kortforskriften (og eventuelt førerkortforskriften), men forutsetter ikke endringer i øvrig kjønns spesifikt regelverk.

En tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret kan innføres via særlov eller endringslov, fortrinnsvis til lov om endring av juridisk kjønn. Uansett forutsetter innføring av en tredje kjønnskategori en gjennomgang av øvrig kjønns spesifikt regelverk. Ved gjennomgangen bør man *både* vurdere om ikke-binære skal tilkjennes positive rettigheter og plikter etter øvrig kjønns spesifikk lovgivning og om det er nødvendig å opprettholde kjønns spesifikk lovgivning i det enkelte tilfelle. De lovgivningsmessige konsekvensene vil variere ut fra de vurderinger og valg som tas.

6.1 Innledning

Ved innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori, må det foretas en nærmere vurdering av hvilke rettsvirkninger dette skal utløse. Valg av modell har betydning for hvilke endringer en må foreta i lovgivningen. I punkt 6.2 nedenfor drøftes lovgivningsmessige konsekvenser av en reservasjonsmodell («X» i pass og andre identitetsdokumenter). I punkt 6.3 drøftes de lovgivningsmessige konsekvensene av en innføring av en tredje juridisk kjønnskategori – enten dette kombineres med å tilkjenne ikke-binære rettigheter og plikter etter annen lovgivning, eller det kombineres med en avvikling av kjønns spesifikke lover, eventuelt en kombinasjon av dette.

6.2 Innføring av en reservasjonsadgang i identitetspapirer

Innføring av en reservasjonsmodell («X» i passet) er en modell som kan gjennomføres med forholdsvis enkle grep. Den internasjonale passtandarden nedfelt i ICAO-dokument 9303 åpner for muligheten til å tilby pass med uspesifisert kjønn til de som ønsker det.²⁰⁴ Det er denne muligheten land som Danmark, Island og Malta har benyttet seg av (se kapittel 4 ovenfor).

Muligheten til å reservere seg mot å oppgi kjønn i pass, bør gjelde tilsvarende for andre offentlige identifikasjonsdokumenter med kjønns markører, først og fremst ID-kort. Førerkort inneholder per i dag ikke noe eget felt for registrering av kjønn.

Verken passloven eller ID-kortloven med forskrifter sier noe om *hvilke* kjønns markører som skal benyttes i nevnte identifikasjonsdokumenter. Pass- og ID-kortforskriften § 2-4 første ledd bestemmer imidlertid at personopplysningene skal samsvare med opplysningene om innehaveren i folkeregisteret. Dersom det innføres en reservasjonsadgang, kan det presiseres at dette ikke gjelder der vedkommende reserverer seg mot å oppgi kjønn i pass og ID-kort. Utover

²⁰⁴ International Civil Aviation Organization, Doc 9303 s. 14.

dette vil det i utgangspunktet ikke være *påkrevd* med ytterligere lov- eller forskriftsendringer for å innføre en reservasjonsadgang som nevnt.

Etter dagens regelverk skal imidlertid *fødselsnummer* fremgå av både pass, ID-kort og førerkort, jf. pass- og ID-kortforskriften § 2-4 andre ledd og førerkortforskriften vedlegg 2 § 4. Det er derfor en utfordring at vi fortsatt har et system med kjønnsspesifikke fødselsnumre (og d-numre). Betydningen av å åpne for en «X» i pass og ID-kort vil undergraves dersom personens kjønn fremdeles blottlegges gjennom fødselsnummeret.

Stortinget har riktignok vedtatt å ta i bruk nye, kjønnsnøytrale nummerserier for fødselsnumre (se punkt 2.2. ovenfor), men endringen vil kun gjelde fødselsnumre utstedt etter 1. januar 2032. Det innebærer at personer som er født før 1. januar 2032, fortsatt vil ha fødselsnumre som (etter den gamle ordningen) angir deres juridiske kjønn. Det vil neppe være synlig for utenforstående om man har et fødselsnummer basert på ny eller gammel nummerserie, men sannsynligheten for at fødselsnummeret er basert på den gamle ordningen vil være stor dersom vedkommende er født før 1. januar 2032. Det har også sammenheng med at det er begrensede muligheter til å endre fødselsnummer dersom man ikke endrer juridisk kjønn, jf. folkeregisterloven § 2-2 tredje ledd.²⁰⁵ En adgang til å få utstedt «X» i pass og ID-kort, vil dermed først og fremst bedre situasjonen for ikke-binære personer født etter 1. januar 2032.

Det ovenstående kan tilsi at en eventuell innføring av en reservasjonsmodell som skissert, bør ledsages av forskriftsendringer som sikrer at pass, ID-kort og førerkort ikke lenger oppgir kjønn via fødselsnummeret. En nærliggende løsning, er å fullstendig utelate personnummeret (dvs. kun inkludere fødselsdato). Dersom man faller ned på en slik løsning, vil pass- og ID-kortforskriften § 2-4 andre ledd første punktum kunne endres slik: «*Fødselsdato skal innføres i ordinære pass, og fremgå på nasjonalt ID-kort*». I førerkortforskriften vedlegg 2 § 4 kan tredje ledd nr. 4d slettes.

Selv om ytterligere lovendringer i utgangspunktet ikke vil være påkrevd for å innføre en reservasjonsadgang, kan det likevel være hensiktsmessig å synliggjøre adgangen til å få utstedt pass og ID-kort med «X» i lovverket. En lovendring vil også være nødvendig dersom det er ønskelig å stille særskilte vilkår for å få utstedt en «X» i passet og ID-kortet.

Det er for det første et spørsmål om en reservasjonsadgang kun skal være tilgjengelig for ikke-binære personer, eller om den også skal gjøres tilgjengelig for andre som av ulike grunner ikke ønsker å oppgi opplysninger om kjønn, se punkt 5.2 ovenfor.

Videre er det et spørsmål om det skal gjelde noen aldersgrense for å benytte seg av ordningen, og i så fall hvilken. I dag bestemmer passloven § 4 og ID-kortloven § 4 at pass til mindreårige under 18 år ikke kan utstedes uten samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret. Dersom lovgiver mener det bør gjelde en *annen* aldersgrense enn 18 år for å få en «X» i passet eller ID-kortet uten samtykke fra foreldre, eventuelt dersom lovgiver finner at det ikke bør være noen aldersgrense overhodet, vil en lovendring på dette punktet være påkrevd.

²⁰⁵ Etter bestemmelsen kan fødselsnummer bare endres der enten fødselsdato eller kjønn endres, eventuelt dersom det er besluttet i medhold av politilovens regler om fiktiv identitet.

Hvilke aldersgrenser som bør gjelde, er ikke opplagt (se drøftelsen i punkt 6.3.3 nedenfor). Det faktum at en reservasjonsadgang vil utgjøre en begrenset form for anerkjennelse, kan imidlertid tilsa at aldersgrensene ikke bør være høyere enn for endring av juridisk kjønn. Det tilsier at barn som har fylt 16 år selv bør kunne få utstedt pass og ID-kort «X», uten samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret, sml. lov om endring av juridisk kjønn § 4 første ledd.

Uansett er det nærliggende å anbefale at adgangen til å få utstedt en «X» i pass og ID-kort, inntas i henholdsvis passloven § 6 og ID-kortloven § 6. Det kan for eksempel gjøres ved et nytt punktum til bestemmelsenes andre ledd, for eksempel slik: «*Politiet kan tillate at kjønnen betegnes som X*», eventuelt med følgende (eller andre) vilkår: «*dersom søkeren oppgir at vedkommende verken identifiserer seg som mann eller kvinne*». Eventuelle aldersgrenser kan inntas i samme sted og/eller ved en endring av passloven § 4 og ID-kortloven § 4.

Ettersom en «X» i pass og ID-kort ikke innebærer noen formell anerkjennelse av en tredje juridisk kjønnskategori, vil ikke en reservasjonsadgang som skissert nødvendiggjøre en gjennomgang eller revidering av øvrig regelverk med kjønns spesifikke rettigheter. Vedkommende vil fremdeles ha rettigheter og plikter som mann eller kvinne i tråd med sitt juridiske kjønn. Dersom lovgiver skulle falle ned på dette alternativet, kan dette like fullt være en foranledning til å diskutere hvilken betydning kjønn bør ha i lovverket og i hvilken utstrekning det er nødvendig å benytte en kjønns spesifikk terminologi.

6.3 Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori (i folkeregisteret) og en gjennomgang av lovverket

6.3.1 Innledning

En tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret kan lovteknisk innrettes på ulike måter. For det første kan en tredje kjønnskategori innføres ved *særlov*. En slik særlov vil kunne ha symbolverdi og bidra til anerkjennelse av det som i dag er en sårbar gruppe mennesker. Særloven bør i så fall slå fast at det er adgang til å registrere seg under en tredje kjønnskategori i folkeregisteret/at det er adgang til å endre juridisk kjønn til denne kategorien. En særlov kan også bestemme at personer som opplever å tilhøre den tredje kjønns kategorien skal tilkjennes positive rettigheter og/eller plikter etter øvrig lovgivning.

En måte å lovteknisk gjøre dette på, å innta henvisninger til kjønns spesifikk lovgivning i særloven, og slå fast at de som opplever å tilhøre en tredje kategori skal tilkjennes samme rettigheter som «*det underrepresenterte kjønn*» e.l. Det vil kunne fungere i relasjon til for eksempel forskrift om opptak til høyere utdanning § 7-9 første ledd (som bestemmer at det for enkelte utdanninger kan fastsettes at søker av «*det kjønnen som er klart underrepresentert*» skal gis tilleggspoeng). Det vil derimot ikke fungere i relasjon til for eksempel likestillings- og diskrimineringsloven § 28 (som bestemmer at «*begge kjønn*» skal være representert i offentlige utvalg, styrer, råd, nemnder mv.) eller i relasjon til ekteskapsloven § 1 (som bestemmer at to personer av «*motsatt eller samme kjønn*» kan inngå ekteskap). I prinsippet kan man se for seg at disse utfordringene løses i særloven, ved detaljerte bestemmelser om hvordan forholdet til øvrig kjønns spesifikk lovgivning er ment å forstås. En slik løsning kan imidlertid etterlate et inntrykk av at personer som verken identifiserer seg som mann eller kvinne, er noe unormalt og

ekstraordinært. Etter vårt syn vil dette være uheldig. Rent lovteknisk vil det heller ikke være noen god løsning.

En tredje kjønnskategori kan også innføres ved endringslov, fortrinnsvis til lov om endring av juridisk kjønn, slik at loven uttrykkelig åpner for å registrere seg under en kjønnskategori utover mann og kvinne. Ettersom lov om endring av juridisk kjønn nettopp er myntet på personer som har en kjønnsidentitet som avviker fra deres biologiske kjønn, er det mye som taler for å gi loven anvendelse også for ikke-binære. Det kan også ha en egenverdi å foreta de tilsiktede endringene i lov om endring av juridisk kjønn. Selv om det neppe var tilsiktet fra lovgivers side, kan det hevdes at nevnte lov bidro til å forsterke og sementere den binære tokjønnsmodellen sammenlignet med tidligere rettstilstand. Ved å åpne for en tredje juridisk kjønnskategori i samme lov, kan det rettes opp i denne skjevheten. Etter vårt syn vil en endringslov derfor være å foretrekke, se nærmere punkt 6.3.2 nedenfor.

Uansett om lovgiver velger å innføre en tredje kjønnskategori ved særlov eller endringslov til lov om endring av juridisk kjønn, foranledninger innføringen en grundig vurdering av hvorvidt og i hvilken grad det er behov for å gjøre endringer i øvrig kjønns-spesifikk lovgivning. Det er denne vurderingen som foretas i det følgende.

Gjennomgangen nedenfor tar utgangspunkt i at lovgiver ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori *både* bør vurdere hvilke særlige rettigheter og plikter ikke-binære skal ha, og vurdere hvorvidt det er nødvendig å opprettholde kjønns-spesifikk lovgivning hvis dagens binære tokjønnsmodell avvikles. Enkelte steder er det gitt eksempler på hvordan loven kan endres i ulike tenkte scenarioer. Gjennomgangen baserer seg på denne bakgrunn på en hybrid av modellene omtalt i kapittel 5. Hvilken løsning som velges, vil bero på det konkrete området. Når det gjelder regler om kvotering og representasjon av begge kjønn (punkt 6.3.12 nedenfor), vil det heller enn en avvikling av eksisterende rettigheter, bli spørsmål om ikke-binære skal få samme eller tilsvarende rettigheter. På andre områder, slik som etter bioteknologiloven (punkt 6.3.9 nedenfor) blir spørsmålet snarere om man kan knytte rettigheter opp mot personens reproduktive egenskaper snarere enn vedkommendes kjønn.

6.3.2 Lov om endring av juridisk kjønn

Det følger av lov om endring av juridisk kjønn at den som *«opplever å tilhøre det andre kjønn* *enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret, har rett til å få endret sitt juridiske kjønn»*. Ved innføring av en tredje kjønnskategori, vil bestemmelsen måtte endres, slik at det fremgår at retten til å skifte juridisk kjønn også tilkommer ikke-binære.

Et særlig spørsmål er hvilke vilkår som bør gjelde for å endre juridisk kjønn til den tredje kategori. Tre ulike modeller ble vurdert i forkant av Danmarks lovendring knyttet til endring av juridisk kjønn: i) *Diagnosemodellen*, som forutsetter at personer som ønsker å endre juridisk kjønn er gitt en spesifikk diagnose, ii) *vurderingsmodellen*, som forutsetter at det foreligger en psykologisk-/medisinskfaglig vurdering av den enkeltes ønske og beslutning, og iii) *erklæringsmodellen*, som tar utgangspunkt i at personer som opplever manglende samsvar

mellom egen kjønnsidentitet og sitt registrerte juridiske kjønn, selv kan begjære endring av juridisk kjønn.²⁰⁶

Lov om endring av juridisk kjønn baserer seg på erklæringsmodellen, ved at den enkeltes opplevde kjønnsidentitet er avgjørende. I forarbeidene til loven begrunner departementet dette med at kjønnsidentitet «er et personlig anliggende, som få andre har bedre innsikt i og forutsetninger for å mene noe om enn den enkelte selv.»²⁰⁷ Erklæringsmodellen er også trukket frem som «good practices» i Europarådets første tematiske rapport om implementeringen av anbefaling CM/Rec(2010)5:

«The procedures following the self-determination approach are the most accessible ones where recognition of a person's gender identity is self-defined, and not determined by anyone other than the individual. They do not require compulsory medical intervention, surgery or sterilisation or other intrusive requirements.»²⁰⁸

Etter vårt syn bør det ikke være vanskeligere å endre kjønn til den tredje kategori enn til de to tradisjonelle kjønnskategoriene. Dette tilsier at en bør opprettholde erklæringsmodellen også ved innføringen av en tredje kjønnskategori. Lovteknisk kan dette gjennomføres ved at lov om endring av juridisk kjønn § 2 endres slik: «Personer som er bosatt i Norge og som opplever å tilhøre et annet kjønn enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret, har rett til å få endret sitt juridiske kjønn». Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori, må det videre tas stilling til hvilken aldersgrense som skal gjelde for endring av juridisk kjønn for barn, se punkt 6.3.3 nedenfor.

De rettslige konsekvensene av å endre kjønn er regulert i lov om endring av juridisk kjønn § 6. Denne bestemmelsen kan ikke gis direkte anvendelse på de personer som tilhører en tredje kjønnskategori. I dag er det slik at når en person endrer juridisk kjønn, skal som hovedregel det nye kjønn legges til grunn ved anvendelsen av regler i andre lover og forskrifter der kjønn er av betydning, for eksempel bestemmelser om kjønnskvoltering. Det gjelder like fullt enkelte unntak, primært etter barneloven ved etablering av foreldreskap og foreldreansvar.

En fullstendig likestilling av den tredje kjønnskategorien med de to øvrige, vil verken være mulig eller hensiktsmessig. Spørsmålet blir snarere hvorvidt ikke-binære personer som velger å tilhøre den tredje kjønnskategori, skal få innvilget noen av de rettigheter menn og kvinner har etter dagens regelverk – alternativt hvorvidt enkelte av de lover som skiller på bakgrunn av kjønn kan gjøres kjønnsnøytrale, se gjennomgangen nedenfor.

Hvis lov om endring av juridisk kjønn skal endres slik at loven uttrykkelig åpner for å registrere seg under en tredje kjønnskategori, vil det uansett være påkrevd å foreta endringer i lovens § 6, som regulerer de rettslige konsekvenser av å endre juridisk kjønn. Hvordan denne bestemmelsen skal utformes vil langt på vei avhenge av hvilke rettigheter lovgiver velger å gi personer tilhørende denne gruppen. Dette er temaet i de påfølgende avsnittene.

²⁰⁶ Se L182: Forslag til lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister (Tildeling af nyt personnummer til personer, der oplever sig som tilhørende det andet køn). Vedtatt i Folketinget 11. juni 2014.

²⁰⁷ Prop. 74 L (2015–2016) s. 17.

²⁰⁸ (Council of Europe, 2022) s. 23.

6.3.3 Særlig om endring av juridisk kjønn for barn

Som redegjort for i punkt 2.1, følger det av lov om endring av juridisk kjønn § 4 at barn som har fylt 16 år selv kan søke om endring av juridisk kjønn. Barn mellom 6 og 16 år må søke sammen med den eller de som har foreldreansvaret. Dersom foreldre har felles foreldreansvar, men søknaden fremmes sammen med bare en av dem, kan det juridiske kjønn likevel endres dersom dette er til barnets beste. Vurderingen av barnets beste er lagt til Statsforvalteren i Oslo og Viken, med klagemulighet til Nasjonalt klageorgan for helsetjenesten, jf. lovens § 5 andre ledd. For barn under 6 år, er det stilt som vilkår for endring av juridisk kjønn at barnet har medfødt usikker somatisk kjønnsutvikling, jf. § 4 andre ledd. Foreldrene søker på vegne av barnet, og må fremlegge dokumentasjon fra helsepersonell.

I forarbeidene til lov om endring av juridisk kjønn ble det lagt til grunn at ovennevnte regler var i samsvar med barnekonvensjonen og Grunnloven § 104. Dersom det skal innføres en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett, må det vurderes om disse reglene skal gjelde tilsvarende ved barns ønske om å endre kjønn til den tredje kjønnskategorien.

Barns rett til ikke å bli diskriminert på grunn av kjønnsidentitet (barnekonvensjonen artikkel 2, jf. artikkel 8), tilsier i utgangspunktet at vilkårene for å endre juridisk kjønn bør være de samme, uavhengig av om barnet identifiserer seg selv som gutt, jente, eller har en ikke-binær kjønnsidentitet. Som et utgangspunkt tilsier dette at dagens regler om barns rett til å endre juridisk kjønn bør gis tilsvarende anvendelse ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori. Dersom lovgiver går inn for en slik løsning, vil det ikke være påkrevd å endre § 4 i lov om endring av juridisk kjønn.

Vi fremhever likevel at det kan reises kritiske innvendinger mot lovbestemte aldersgrenser som vilkår for endring av kjønnsstatus, jf. også de internasjonale anbefalingene som er omtalt i punkt 3.5.²⁰⁹ Aldersgrenser kan etter omstendighetene komme i konflikt med både hensynet til barnets beste og barns rett til å bli hørt i spørsmål som angår dem selv. Det er i denne sammenhengen aktuelt å peke på at kjønnsidentitet etter EMDs praksis regnes som som «*one of the most intimate areas of a person's private life*».²¹⁰ Også prinsippet om barns gradvise utvikling kan tilsi at individuelle forhold ved barnet, herunder modenhet og utvikling, bør vektlegges i større grad enn alder.

Under utarbeidelsen av lov om endring av juridisk kjønn, stilte også flere av høringsinstansene seg kritiske til at barn mellom 6 og 16 år kan bli nektet å endre juridisk kjønn dersom foreldrene nekter å samtykke. Enkelte av høringsinstansene tok til orde for et ytterligere alderssegment for barn mellom 12 og 16 år, der barn selv fikk søke om å endre juridisk kjønn uten godkjenning fra foreldrene. Det ble blant annet vist til at det skal legges stor vekt på hva barnet mener før det blir tatt avgjørelser om «*personlige forhold*» etter fylte 12 år, jf. barnelova § 31.²¹¹ Ikke-bindende rettslige instrumenter og anbefalinger på området, kan tilsi en fornyet vurdering av disse spørsmålene.

²⁰⁹ Schlumpf mot Sveits (29002/06), avsnitt 115 (kun tilgjengelig på fransk), der EMD uttalte at personlige forhold bør prioriteres framfor en mekanisk anvendelse av lovbestemte aldersgrenser.

²¹⁰ Van Kück mot Tyskland (35968/97) avsnitt 56.

²¹¹ Prop. 74 L (2015–2016) s. 22–25.

Endelig fremhever vi at barnekonvensjonens bestemmelser, herunder hensynet til barnets beste og barnets rett til å bli hørt, tilsier en fornyet vurdering av dagens ordning for barn under seks år. Kravet om at barnet må være født med usikker somatisk kjønnsutvikling medfører at retten til å endre kjønn for barn under seks år langt på vei er avskåret. Videre innebærer det at loven i praksis knytter et helsefaglig krav til endring av juridisk kjønn. Dette strider mot lovens intensjoner om å bryte båndene mellom spesifikke diagnoser og retten til selv å definere sin kjønnsidentitet. Det at et barn er født med uklare kjønnskaraktistika, sier ingenting om barnets kjønnsidentitet.

Hvilken adgang det skal være til å endre juridisk kjønn for barn under seks år er ikke opplagt. Barns rett til ikke-diskriminering tilsier at alle barn, i samråd med deres foreldre, bør ha mulighet til å endre sitt juridiske kjønn, uavhengig av biologiske eller medisinske forhold. Samtidig vil ikke mindre barn være i stand til å ta et slikt valg. En endring av kjønnsstatus til den tredje kategori kan etter omstendighetene også være stigmatiserende, og på et tidlig stadium av livet vil barnet selv ha begrenset mulighet for å gi uttrykk for opplevd kjønnsidentitet. Graden av selvbestemmelse øker med alder og modenhet, og hvor gammelt et barn må være for å kunne bestemme at det vil endre juridisk kjønn kan variere. Dette aktualiserer spørsmålet om det bør være en absolutt nedre grense for endring av juridisk kjønn, og hvor denne grensen eventuelt bør settes.

Det ligger utenfor vårt mandat å konkludere på disse spørsmålene. Vi anbefaler imidlertid at lov om endring av juridisk kjønn § 4 – som omhandler endring av juridisk kjønn for barn – underlegges en fornyet vurdering ved innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori.

6.3.4 Navneloven

Retten til å endre navn som samsvarer med opplevd kjønnsidentitet er en forutsetning for at en person skal kunne leve i samsvar med sin juridiske kjønnsidentitet.²¹² Aldersgrensen for å endre navn etter navneloven uten samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret, er i utgangspunktet 16 år, jf. navneloven § 12. Melding om navneendring kan likevel godtas uten slikt samtykke dersom det foreligger «særlig grunn». Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori vil det være nærliggende å foreta en fornyet vurdering av retten til å endre navn, sett opp mot barns rett til selvbestemmelse.

Navneloven § 10 første ledd angir at en melding om navneendring skal avslås dersom navnet «ellers kan bli til vesentlig ulempe for vedkommende eller andre sterke grunner tilsier det». Av rundskriv G-20/2002 følger det at det «ikke kan velges guttenavn for jenter og omvendt», men at jentenavn for mann eller guttenavn for kvinne likevel skal tillates for personer som er i gang med en kjønnskifteprosess og for personer «som har en transgender identitet (transpersoner) uten at de nødvendigvis er i gang med en kjønnskifteprosess».²¹³ Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori bør dette rundskrivet oppdateres, slik at det presiseres at personer som tilhører denne kategorien kan velge både tradisjonelle «guttenavn» og «jentenavn» eller navn som ikke er typiske for de tradisjonelle kjønnskategoriene. En oppdatering av dette rundskrivet

²¹² Prop.74 L (2015–2016) s. 33.

²¹³ Justis- og politidepartementet, Rundskriv G-2002-20, punkt 2.3.7.1.

kan også være et aktuelt tiltak for å bedre situasjonen for ikke-binære under dagens tokjønnsmodell, se punkt 7.3 nedenfor.

6.3.5 Folkeregisterloven

En persons juridiske kjønn er det kjønn vedkommende er registrert med i folkeregisteret, jf. lov om endring av juridisk kjønn § 1. Ved innføringen av en tredje juridisk kjønns kategori, må man åpne for at også denne tredje kjønns kategorien kan registreres. Slik vi oppfatter det, inneholder folkeregisteret allerede en rubrikk for registrering av kjønn, som per i dag ikke benyttes (jf. også folkeregisterloven § 3-1 første ledd bokstav c). Når lovendringen trer i kraft, må rubrikken tas i bruk.

Folkeregisterforskriften § 3-1-1 inneholder nærmere bestemmelser om registrering av kjønn. I første ledd bokstav c heter det at kjønn kan registreres i underkategoriene «mann» og «kvinne». Forskriftsbestemmelsen vil måtte endres for å reflektere at det finnes mer enn to kjønns kategorier. Hvordan den tredje kategorien benevnes i opplistingen, som ikke-binær eller annet, må vurderes nærmere.

Ettersom fødselsnummer og d-nummer i dag er kjønns spesifikke, kan man av disse utlede hvilket juridisk kjønn en person er registrert med. Per i dag er praksis at den som endrer juridisk kjønn får utstedt et nytt personnummer som reflekterer vedkommendes nye juridiske kjønn. Dette alternativet vil ikke stå åpent for en person som endrer kjønn til den tredje kjønns kategori, av den åpenbare grunn at det utelukkende finnes partall og oddetall.

Folkeregistret tar i bruk en ny fødselsnummerserie uten informasjon om kjønn i 2032, se punkt 2.2. Når kjønnsindikatoren i identifikasjonsnummeret avvikles, vil kjønn bare være registrert i en egen rubrikk i folkeregisteret. Det fremgår av folkeregisterloven § 3-1 at opplysninger om kjønn kan registreres til hvert enkelt fødselsnummer eller d-nummer, slik at en lovendring ikke er påkrevd på dette punkt.

Dersom en tredje juridisk kjønns kategori innføres før 2032, vil man måtte akseptere at personnummeret i en overgangsperiode ikke nødvendigvis speiler personens juridiske kjønn. I påvente av kjønnsnøytrale identifikasjonsnumre, vil personens juridiske kjønn dermed måtte utledes av vedkommendes registrerte kjønn snarere enn personnummeret. Ved innføringen av en tredje kjønns kategori i folkeregisteret, er det derfor viktig at alle virksomheter mm. som har behov for å få utlevert opplysninger om en persons kjønn, ber om å få utlevert opplysninger om den enkeltes juridiske kjønn, heller enn fødselsnummer. Et særskilt spørsmål er hvem som skal ha rett til å få utlevert opplysninger om kjønn fra folkeregisteret. Dette omtales nærmere i punkt 7.3.14 nedenfor.

Det er ellers grunn til å påpeke at folkeregisterforskriften inneholder enkelte andre bestemmelser som på ulike måter gir uttrykk for dagens binære tokjønnsmodell (se f.eks. § 3-1-1 første ledd bokstav k om sivilstand («enke/enkemann»)). Ved innføring av en tredje kjønns kategori kan det være aktuelt å gjennomgå denne typen formuleringer, se også punkt 6.3.13 nedenfor.

6.3.6 Barneloven

Selv om utgangspunktet etter lov om endring av juridisk kjønn § 6 er at det nye kjønn skal legges til grunn ved anvendelsen av andre lover og forskrifter, gjelder det et unntak for barneloven. Det er primært vedkommendes fødselskjønn som er relevant ved etablering av foreldreskap og foreldreansvar etter barneloven. Loven bestemmer derfor at fødselskjønnet skal legges til grunn dersom det er *«nødvendig for å etablere foreldreskap og foreldreansvar etter barneloven»* og at *«en person som endrer sitt juridiske kjønn, beholder rettigheter og plikter som følge av farskap, morskap eller medmorskap»*.

Denne løsningen vil kunne opprettholdes ved innføringen av en tredje kjønnskategori. Det vil ikke være nødvendig å endre loven på dette punktet.

Vi bemerker like fullt at den rettslige betydningen av kjønn vil reduseres dersom barneloven tar i bruk kjønnsnøytrale formuleringer, slik barnelovutvalget har foreslått i NOU 2020:14 *Ny barnelov*:

«Utvalgets primære standpunkt er at barnelovens terminologi bør være kjønnsnøytral, og at loven ikke lenger gjør bruk av ordene 'mor', 'far' og 'medmor' og heller ikke bruker ordene 'kvinne' og 'mann'.»²¹⁴

Ifølge barnelovutvalget er en mer nøytral terminologi bedre *«i takt med tiden»*, ettersom barn i dag vokser opp i svært ulike familier. Utvalget skriver at de *«ønsker å tilstrebe en lov som i størst mulig grad inkluderer ulike familiekonstellasjoner»* og at de vurderer *«at det ikke er nødvendig at bestemmelsen viser til «kvinnen» som føder barnet, men at det heller skal vises til «den» som føder barnet»* slik at bestemmelsen vil *«inkludere de juridiske menn som føder barn»*.²¹⁵

Barnelovutvalgets begrunnelse står seg også ved innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori. I eksempelet ovenfor vil «den» som føder barnet også kunne være en person tilhørende den tredje kategori.

På grunn av kapasitetshensyn, fikk barnelovutvalget likevel ikke gjennomført den kjønnsnøytrale terminologien fullstendig i lovutkastet.²¹⁶ Deler av lovforslaget benytter derfor binære kategorier som «mor», «far» og «medmor». Dersom denne terminologien videreføres, vil for eksempel juridiske menn som føder barn bli hetende «mor», noe som kan stride mot deres kjønnsidentitet. Tilsvarende vil etter omstendighetene kunne gjelde for ikke-binære. Innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori bør derfor suppleres med en gjennomgang av terminologien i barneloven, herunder oppfølgingen av forslaget til ny barnelov.

6.3.7 Arbeidsmiljøloven og folketrygdloven

Arbeidsmiljøloven gir rettigheter til foreldre, se særlig kapittel 2. Her benyttes gjennomgående begrepene «mor» og «far». Et unntak er § 12-8 om ammefri som gir særlige rettigheter til *«kvinne som ammer sitt barn»*. Også folketrygdloven gir rettigheter i forbindelse med

²¹⁴ NOU 2020:14 *Ny barnelov: Til barnets beste*, s. 119.

²¹⁵ NOU 2020: 14 *Ny barnelov: Til barnets beste*, s. 119 og 125.

²¹⁶ NOU 2020: 14 *Ny barnelov: Til barnets beste*, s. 120.

svangerskap, fødsel og adopsjon, se kapittel 14. Her benyttes flere kjønns spesifikke termer, eksempelvis «*kvinne som føder barn*», jf. bl.a. § 14-10.

Som nevnt følger det av lov om endring av juridisk kjønn § 6 første ledd tredje punktum at «*en person som endrer sitt juridiske kjønn, beholder rettigheter og plikter som følge av farskap, morskap eller medmorskap*». Videre skal «*regler som gjelder om eller for en kvinne som føder barn*», på samme måte gjelde «*for en person som føder barn etter å ha endret juridisk kjønn*», jf. § 6 andre ledd. Denne løsningen vil kunne opprettholdes ved innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori, både i relasjon til arbeidsmiljøloven og folketrygdlovens bestemmelser. Gode grunner kan likevel tilsa at terminologien i nevnte lover gjennomgås og gjøres mer kjønnsnøytral, jf. punkt 6.3.6 ovenfor.

6.3.8 Ekteskapsloven

Etter norsk rett kan to personer av både motsatt og samme kjønn inngå ekteskap, jf. ekteskapsloven § 1. Slik vi ser det, bør en ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori, sørge for at også personer tilhørende denne kategorien får rett til å gifte seg. Det kan også argumenteres for at det vil være menneskerettsstridig å nekte en form for rettslig juridisk anerkjennelse og beskyttelse av parforhold på grunn av de involvertes kjønnsidentitet, se punkt 3.3.4 ovenfor.

Som et minimum bør det sikres at personer som allerede har inngått ekteskap, ikke blir tvunget til å skille seg for å endre kjønnsstatus. Det vises til Europarådets første tematiske rapport om implementeringen av anbefaling CM/Rec(2010)5:

«Including such a [divorce] requirement in the law (or in practice) places applicants for LGR in a situation whereby they must choose between their personal self-determination and their right to marriage. In practice, the law makes them renounce their marriage, often against the explicit will of the spouses who wish to remain a legally recognised family unit. Such a requirement has also negative consequences not only for the couple and the acquired rights and protection of the marriage: for the families who have children in their care, the parent who asked for LGR may lose custody rights of the children and the best interest of the children may be at stake.»²¹⁷

Uttalelsen gjelder konkret binære transpersoners endring av kjønnsstatus, men tilsvarende bør etter vårt syn legges til grunn for ikke-binære. En innføring av en tredje juridisk kjønnskategori bør derfor suppleres av en endring i ekteskapsloven § 1 som legger til rette for at personer tilhørende den tredje kjønnskategori kan inngå ekteskap på lik linje med juridiske menn og kvinner. Lovteknisk kan dette gjennomføres ved å gjøre ekteskapsloven § 1 kjønnsnøytral, eksempelvis slik: «*To personer kan inngå ekteskap*», eventuelt med følgende tillegg: «*... uavhengig av deres kjønn, kjønnsidentitet eller seksuelle orientering*».

Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori, er det nærliggende at også ekteskapsloven § 1 b, som bestemmer at «*[k]vinner og menn har samme rett til å velge*

²¹⁷ (Council of Europe, 2022) s. 34.

ektefelle», endres, slik at det fremgår at denne rettigheten også gjelder ikke-binære. Videre bør det vurderes om også ekteskapsloven § 13 annet og tredje ledd bør endres.

6.3.9 Bioteknologiloven

Etter dagens bioteknologilov vil man for å ha krav på assistert befruktning måtte være registrert som juridisk kvinne. Dette innebærer at den som registrerer seg som tilhørende den tredje kjønnskategori ikke vil ha krav på assistert befruktning etter loven. I høringsnotatet til lov om endring av juridisk kjønn fra 2015 foreslo Helse- og omsorgsdepartementet at fødselskjønn i enkelte tilfeller skulle legges til grunn.²¹⁸ Forslaget ble støttet av et flertall i Bioteknologirådet. Flertallet begrunnet dette med at «*personene det gjelder bør få anledning til å bruke sine egne kjønnsceller til å lage barn, uavhengig av hvilket juridisk kjønn de har*» og at de ikke så noen tungtveiende grunner til å nekte dem assistert befruktning kun fordi de har endret juridisk kjønn, forutsatt at de innfrir lovens øvrige betingelser for assistert befruktning.²¹⁹

Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp. I Prop 74 L (2015-2016) la departementet til grunn at juridisk kjønn inntil videre skulle legges til grunn ved anvendelse av lovens regler om assistert befruktning.²²⁰ Departementet bebudet likevel at de vil komme tilbake til spørsmålet om assistert befruktning til personer som har skiftet juridisk kjønn i en egen sak om evaluering av bioteknologiloven.

Departementet uttalte i Meld. St. 39 (2016–2017) *Evaluering av bioteknologiloven* at det er «*argumenter som taler både for og imot*» at personer som har endret juridisk kjønn bør kunne få tilbud om assistert befruktning ut fra sitt fødselskjønn, men at slike endringer ikke ville foreslås på det aktuelle tidspunkt.²²¹ Ved innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori, kan det vurderes om dette standpunktet skal opprettholdes.²²²

6.3.10 Straffeprosessloven

Det følger av straffeprosessloven § 201 andre ledd at en personlig ransaking «*utføres ved en person av samme kjønn*» som den ransakingen gjelder når «*hensynet til ærbarhet*» tilsier det. Det er omstridt hvorvidt bestemmelsen refererer til fødselskjønn eller juridisk kjønn.²²³

Bestemmelsen synes å ha som premiss at det bare finnes to kjønn, slik at en mann vil kunne kreve å bli ransaket av en mann, og en kvinne kan kreve å bli ransaket av en kvinne. Det vil ikke være praktisk gjennomførbart å gi en person tilhørende tredje kjønnskategori en rett til å la seg ransake av en person med samme juridiske kjønn. Straffeprosessloven § 201 andre ledd må derfor endres dersom det innføres en tredje juridisk kjønnskategori i lovverket. Det mest nærliggende alternativet vil trolig være å gjøre bestemmelsen kjønnsnøytral, eksempelvis ved å innta en bestemmelse som lyder slik: «*Når hensynet til ærbarhet tilsier det, kan den ransakingen*

²¹⁸ Helse- og omsorgsdepartementet, Høringsnotat: Forslag til lov om endring av juridisk kjønn (2015).

²¹⁹ Bioteknologirådet, Høringssvar: Forslag til lov om endring av juridisk kjønn (2015) s. 8.

²²⁰ Prop. 74 L (2015–2016) s. 5 og s. 32.

²²¹ Helse- og omsorgsdepartementet, Meld. St. 39 (2016–2017) s. 33

²²² Problemstillingen er drøftet i (Sørli, 2021).

²²³ Se punkt 2.7.5 ovenfor.

gjelder fremme sitt syn på hvem som skal utføre ransakingen.» Også andre kjønnsnøytrale formuleringer kan vurderes.

6.3.11 Krisesenterloven

Krisesenterloven § 2 femte ledd bestemmer at «[b]utilbodet til kvinner og butilbodet til menn skal vere fysisk skilde.» Kvinner og menn skal verken bo sammen eller ha felles oppholdsrom. Formålet med bestemmelsen er å sørge for at kvinner kan kjenne seg trygge.²²⁴ Hovedregelen i lov om endring av juridisk kjønn § 6, skulle tilsi at bestemmelsen refererer til juridisk kjønn, i motsetning til biologisk kjønn (fødselskjønn). Dette fremstår imidlertid som uklart.

Dersom det innføres en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett, vil det neppe være praktisk gjennomførbart å gi personer tilhørende denne tredje kategorien en rett til å ha sine egne botilbud, adskilt fra kvinner og menn. Det må derfor vurderes om ikke-binære som oppsøker krisesentre skal få tilbud om å bo sammen med juridiske menn eller kvinner, eventuelt om de skal kunne velge dette selv. Alternativt kan man tenke seg en ordning der fødselskjønn legges til grunn for anvendelsen av krisesenterloven § 2 femte ledd. Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori bør disse spørsmålene utredes nærmere.²²⁵ Her vil man kunne se hen til de retningslinjer Kriminalomsorgen har utarbeidet for transpersoner i varetekt eller under straffegjennomføring.

6.3.12 Bestemmelser om positiv særbehandling basert på kjønn

Som det fremgår av punkt 2.7.6 ovenfor, finnes det regler om kjønnsbalanse og kvotering i flere lover. Eksempelvis har likestillings- og diskrimineringsloven § 28 krav om kjønnsbalanse i offentlige utvalg mv., allmennaksjeloven § 6-11 a stiller krav om representasjon av begge kjønn i styret mens forskrift om opptak til høyere utdanning oppstiller en ordning med tilleggspoeng for det underrepresenterte kjønn. Liknende regler om kjønnsbalanse finnes også i domstolloven og kommuneloven. Videre er retten til lik lønn for samme arbeid etter likestillings- og diskrimineringsloven § 34 første ledd, begrenset til å gjelde mellom «[k]vinner og menn».²²⁶

Slike regler om kjønnsbalanse og kjønnskvotering illustrerer at det fortsatt er nødvendig å regulere sosial status med utgangspunkt i kjønn, nettopp for å fremme likestilling av kvinner. Å redusere eller fjerne betydningen av kjønn i lovverket vil kunne hindre muligheten for slik positiv særbehandling. Det vil igjen kunne utfordre formålet med kvinnekonvensjonen, se punkt 3.3.2. Det tilsier at innføringen av en tredje juridisk kjønnskategori ikke bør kombineres med en fullstendig *avvikling* av regler som tar sikte på å fremme likestilling og hindre diskriminering av kvinner.

Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori vil man måtte ta stilling til hvordan bestemmelsene om positiv særbehandling skal tilpasses denne gruppen. En mulighet kan være å innføre egne regler om positiv særbehandling av ikke-binære i form av særlige kvoteringsregler. En vil ved en slik løsning måtte påse at slike regler ikke trer i stedet for – eller skjer på

²²⁴ Ot.prp. nr. 96 (2008-2009) s. 77.

²²⁵ Problemstillingen kan med fordel ses i sammenheng med kjønnsrelevante praksiser som ikke er særskilt regulert i lovgivningen, eksempelvis kjønnsdelte soningsplasser, garderobes og toaletter, se punkt 2.7.1.

²²⁶ Når det gjelder forskjellsbehandling i lønnsfastsettelsen på grunn av andre diskrimineringsgrunnlag, må dette vurderes etter det generelle diskrimineringsforbudet i § 6, jf. (Sverre, 2021) note 2 til § 34.

bekostning av – den særbehandling som ellers ville funnet sted av kvinner. Tatt i betraktning at ikke-binære personer utgjør en relativt liten gruppe mennesker, er dette etter vårt syn likevel en lite aktuell problemstilling. At det er tale om en liten gruppe mennesker, kan derimot tilsi at det er lite hensiktsmessig å innføre egne regler om kvotering og kjønnsbalanse for ikke-binære. For det tilfelle at det skal innføres slike regler, må disse tilpasses den forskjellsbehandling denne gruppen historisk og faktisk har blitt utsatt for. Å speile de regler som finnes om kjønnsbalanse og kvotering i dagens regelverk, kan etter vårt syn bli lite treffsikkert.

En mulig løsning vil være å innlemme personer tilhørende den tredje kjønnskategori i de rettigheter som i dag tilkommer det underrepresenterte kjønn. Dette vil innebære at særlige rettigheter for fremtiden tilkommer *de underrepresenterte kjønn*.

6.3.13 Øvrig regelverk med kjønns spesifikk terminologi

Det finnes også øvrige lover og forskrifter som benytter en kjønns spesifikk terminologi, uten at kjønn tillegges noen rettslig virkning. Det finnes eksempler på slike bestemmelser blant annet i straffeprosessloven og kjøpsloven. På sikt vil det være hensiktsmessig å foreta en språklig gjennomgang og revisjon av lovverket, med sikte på å sikre et kjønnsnøytralt språk. Ved innføringen av en tredje kjønnskategori kan det likevel være hensiktsmessig å klargjøre at mannlige og kvinnelige kjønnspronomen i lovverket, også omfatter den tredje kategori. Det kan for eksempel gjøres ved et nytt ledd til lov om endring av juridisk kjønn § 6.

6.3.14 Særlig om personvern og ikke-binær kjønnsidentitet

Opplysninger om en persons kjønnsidentitet (dvs. juridisk kjønn) er ikke anerkjent som en sensitiv personopplysning etter personvernregelverket (jf. personvernforordningen artikkel 9), se punkt 2.8 ovenfor. Ved innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret kan det likevel være gode grunner til å vurdere om det bør innføres regler som begrenser behandling av opplysninger om juridisk kjønn.

Opplysningen om at en person tilhører en tredje juridisk kjønnskategori, vil umiddelbart også fortelle at vedkommende har en kjønnsidentitet som ikke samsvarer med fødselskjønnet, se punkt 2.8. Selv om en tredje juridisk kjønnskategori nettopp innføres for å gi ikke-binære en anerkjennelse de selv ønsker, kan de ha et legitimt ønske om å slippe å bli konfrontert med dette i situasjoner der registrering av juridisk kjønn ikke er nødvendig.

Problemstillingen har likhetstrekk med dagens utfordringer knyttet til *historiske* opplysninger om endring av juridisk kjønn, ettersom en opplysning om at en person har endret juridisk kjønn (på samme måte som en opplysning om at en person er ikke-binær) forteller at vedkommende har en kjønnsidentitet som ikke samsvarer med fødselskjønnet. Historiske opplysninger om endring av juridisk kjønn er derfor underlagt taushetsplikt.²²⁷ Tilsvarende gjelder i utgangspunktet ikke historiske opplysninger om navneendring (jf. folkeregisterloven § 9-1), men her praktiseres et unntak for navnehistorikk for personer som også har endret juridisk kjønn.²²⁸

²²⁷ Prop. 164 L (2015–2016) s. 40.

²²⁸ Møte med Skatteetaten 12. September 2022.

Det betyr at kjønns- og navnehistorikk bare deles med konsumenter av folkeregisteret som har hjemmel til å få utlevert taushetsbelagte opplysninger, jf. folkeregisterloven § 10-2.

Det ovenstående tilsier en fornyet vurdering av om opplysninger om juridisk kjønn generelt bør være underlagt taushetsplikt. Uansett vil det fra 2032 være behov for å vurdere hvilke regler som skal gjelde for utlevering av opplysninger om juridisk kjønn fra folkeregisteret, ettersom juridisk kjønn fra dette tidspunktet ikke lenger vil utledes av fødselsnummer og d-nummer. Disse problemstillingene bør ses i sammenheng. At en aktør har et legitimt behov for å få utlevert opplysninger om fødselsnummer, innebærer ikke nødvendigvis at aktøren har behov for opplysninger om kjønn. En privat virksomhet som trenger opplysninger om personnummer for å kunne oppdatere medlemsregistre eller lignende, vil ikke ha et legitimt behov for å få utlevert opplysninger om kjønn. Dette kan stille seg annerledes for aktører innen helsevesenet, som kan ha et begrunnet behov for å få utlevert opplysninger om kjønn, eksempelvis i behandlingsøyemed. Det kan også være et legitimt behov for å få utlevert opplysninger om juridisk kjønn til forskning og statistikk.²²⁹

Innføring av en tredje juridisk kjønnskategori aktualiserer også en fornyet vurdering av hvilke regler som bør gjelde for innsamling av opplysninger om juridisk kjønn direkte fra enkeltpersoner. I rekrutteringsprosesser er det for eksempel vanlig å etterspørre opplysninger om kjønn, og i det offentlige er dette også et krav, jf. offentleglova § 25 andre ledd siste punktum. Det kan være gode grunner for virksomheter til å etterspørre denne typen opplysninger, eksempelvis for å etterstrebe kjønnsbalanse i virksomheten.

Samtidig bestemmer likestillings- og diskrimineringsloven § 30 første ledd bokstav e at det er forbudt å innhente opplysninger om en søkers «kjønnsidentitet» i ansettelsesprosesser. Dette forbudet er absolutt.²³⁰ Å etterspørre opplysninger om kjønn hos en person registrert under en tredje kjønnskategori vil etter omstendighetene være i strid med dette forbudet, ettersom den tredje kjønnskategorien per definisjon sier noe om vedkommendes kjønnsidentitet (og at denne avviker fra fødselskjønnet). Liknende problemstillinger kan oppstå i relasjon til arbeidsgivers redegjøringsplikt etter likestillings- og diskrimineringsloven § 26 a, ettersom denne plikten omfatter en plikt til å «*redegjøre for den faktiske tilstanden når det gjelder kjønnslikestilling i virksomheten*».

²²⁹ Se også (Arnesen, Rettslig anerkjennelse av kjønns mangfold: Bør registrering av juridisk kjønn avvikes?, 2021) s. 116–119.

²³⁰ Prop. 81 L (2016–2017) s. 275.

7 Andre juridiske tiltak for å belyse og bedre rettighetene til ikke-binære personer

Oppsummering av kapittel 7

Også andre tiltak enn innføring av en tredje juridisk kjønnskategori kan være aktuelle for å bedre og belyse rettighetssituasjonen for ikke-binære personer. Eksempelvis kan det være aktuelt å utarbeide retningslinjer (eventuelt forskrifter eller rundskriv) til likestillings- og diskrimineringsloven om anerkjennelse av kjønnsidentitet. Videre bør ikke-binæres rett til å velge et navn som samsvarer med deres kjønnsidentitet sikres.

7.1 Innledning

Dersom det ikke innføres en tredje kjønnskategori i norsk rett, vil ikke-binære personer fortsatt være registrert som mann eller kvinne i folkeregisteret, og regnes for å være enten mann eller kvinne i relasjon til lovverket for øvrig. Bufdirs behovsbeskrivelse angir derfor at vi også skal kartlegge om det finnes andre tiltak enn innføring av en tredje juridisk kjønnskategori som kan belyse og bedre rettighetssituasjonen til ikke-binære personer. Direktoratet har presisert at det kun er tale om juridiske tiltak, og at andre tiltak faller utenfor. Vi går derfor ikke nærmere inn på behovet for informasjonsarbeid, opplæring, undervisning i skolen mv.

Som redegjort for i punkt 5.2 mener vi at en adgang til å reservere seg mot å oppgi kjønn i pass og andre identitetspapirer, ikke kan benyttes dersom Bufdir skulle falle ned på at det er ønskelig å anerkjenne en tredje *juridisk kjønnskategori*. En reservasjonsadgang vil likevel kunne være et alternativ som *de facto* kan bidra til anerkjennelse av ikke-binære. Innføring av en reservasjonsadgang er behandlet i punkt 6.2, og omtales ikke nærmere her.

Bufdirs behovsbeskrivelse angir videre at vi skal vurdere hvordan Norge kan sikre anerkjennelse av kjønnsidentiteten til ikke-binære statsborgere fra andre land hvor en tredje juridisk kjønnskategori er innført (dersom dagens binære tokjønnsmodell består). Dette omtales i punkt 7.4.

7.2 Retningslinjer for anerkjennelse av kjønnsidentitet

Gjennomgangen av rettstilstanden i andre land illustrerer at også andre tiltak enn innføring av en tredje juridisk kjønnskategori i lovverket, kan være egnet til å bedre og belyse rettighetssituasjonen for ikke-binære personer. Både australske og maltesiske myndigheter har vedtatt nasjonale retningslinjer for anerkjennelse av kjønn, seksualitet og kjønnsidentitet, som har som formål å sikre et konsistent system for myndighetenes registrering av opplysninger om kjønn samt sikre den enkeltes rett til anerkjennelse i møte med offentlige myndigheter, se punkt 4.5 og 4.6 ovenfor.

Liknende tiltak kan være aktuelt i Norge. Retningslinjer for anerkjennelse av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (herunder for ikke-binære) vil kunne bidra til å støtte opp om likestillings- og diskrimineringslovens forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet og

kjønnsuttrykk, samt bidra til å fylle myndighetenes aktivitetsplikt på området med et mer konkret innhold.²³¹

Imidlertid er det ikke gitt at behovet for denne typen retningslinjer er det samme i Norge som på Malta og i Australia. Eksempelvis foreskriver både de maltesiske og australske retningslinjene at myndighetene først og fremst skal registrere opplysninger om den enkeltes kjønnsidentitet («gender») i motsetning til biologisk kjønn («sex»). Dette er allerede hovedregelen etter norsk rett, ettersom det i hovedsak er det juridiske kjønn som legges til grunn ved anvendelsen av andre lover og forskrifter, jf. lov om endring av juridisk kjønn § 6. Det er heller ikke gitt at det er behov for å skape en konsistent praksis for registrering av opplysninger om kjønn på tvers av ulike offentlige myndigheter. I Norge er det fastsatt særlige regler i folkeregisterloven om utlevering av opplysninger fra folkeregisteret, og som nevnt i punkt 6.3.5 ovenfor vil det med overgang til kjønnsnøytrale personnumre måtte komme på plass særlige regler om utlevering av opplysninger om kjønn.

På den annen side kan det, dersom det ikke innføres en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett, være aktuelt med retningslinjer som pålegger både offentlige og/eller private virksomheter, tjenesteytere mm. som har behov for å innhente opplysninger om den enkeltes kjønn, en plikt til å tilby en mulighet til å reservere seg fra å oppgi kjønn (eventuelt oppgi en tredje kjønnskategori) i registrerings skjemaer o.l. Retningslinjene bør i tilfelle også slå fast at informasjon om kjønnsidentitet ikke skal etterspørres med mindre det er nødvendig for et konkret og avgrenset formål. Denne typen anbefalinger er i tråd med internasjonale anbefalinger på området, se punkt 3.5 ovenfor. Det er videre grunn til å påpeke at retningslinjer som skissert kan egne seg som et supplement til en reservasjonsmodell som skissert i punkt 5.2 og 6.2 ovenfor («X» i pass og andre identitetspapirer).

Videre kan det være aktuelt å utarbeide retningslinjer som pålegger offentlige tjenestemenn, private tjenesteytere mv. en plikt til å bruke det pronomenet den enkelte ber om, og eventuelt spørre dersom man er usikker. Retningslinjene kan også slå fast at det ikke skal gjøres antakelser om en persons kjønn basert på indikatorer som navn, stemme eller utseende. Denne typen normer kan være et godt virkemiddel for å øke bevisstheten om at samfunnet ikke bare består av menn og kvinner, og for å sikre ikke-binære personer en større grad av faktisk anerkjennelse.

Retningslinjer som skissert ovenfor kan alternativt fastsettes i form av forskrift til likestillings- og diskrimineringsloven, eventuelt i form av rundskriv.

7.3 Særlig om retten til å endre navn

Som redegjort for i punkt 6.3.4 ovenfor, følger det av rundskriv G-20/2002 til navneloven at det som utgangspunkt ikke kan velges guttenavn for jenter og omvendt. Det gjelder et unntak for transpersoner, men rundskrivet omtaler ikke ikke-binære personers adgang til å velge et navn som samsvarer med deres kjønnsidentitet. Et tiltak for å bedre ikke-binæres rettighets situasjon, kan være å oppdatere nevnte rundskriv, slik at det presiseres at personer som verken identifiserer seg som menn eller kvinner, kan velge både tradisjonelle «guttenavn» og

²³¹ Jf. likestillings- og diskrimineringsloven §§ 6 og 24.

«jentenavn» og navn som ikke tradisjonelt benyttes om verken menn eller kvinner. Dette er et tiltak som kan iverksettes uavhengig av om det innføres en tredje juridisk kjønnskategori i norsk rett.

Oppdatering av rundskriv og forvaltningspraksis kan også være aktuelt på andre områder, for å sikre at den binære tokjønnsmodellen ikke sementeres eller forsterkes.

7.4 Særlig om anerkjennelse av statsborgere fra land hvor en tredje juridisk kjønnskategori er innført

Spørsmålet i det følgende er om det finnes juridiske tiltak som kan bidra til å sikre anerkjennelse av statsborgere som innvandrer fra andre land hvor en tredje juridisk kjønnskategori er innført (eksempelvis Tyskland).

På Malta er det slått fast ved lov at en avgjørelse om en persons kjønnsidentitet bestemt av en kompetent utenlandsk domstol eller annen ansvarlig myndighet, skal anerkjennes på Malta. Det fremgår uttrykkelig at dette også gjelder andre kjønnsmarkører enn mann og kvinne, se punkt 4.5 ovenfor. I utgangspunktet kan man se for seg en liknende bestemmelse i norsk rett, eksempelvis som en ny bestemmelse i lov om endring av juridisk kjønn. Det vil kunne synliggjøre at Norge anerkjenner at det finnes personer som identifiserer seg utenfor tokjønnsmodellen.

På den annen side vil en bestemmelse som skissert ha liten reell betydning dersom det ikke samtidig åpnes for at nevnte gruppe kan registreres under en tredje kjønnskategori i folkeregisteret. Det vises i denne sammenheng til folkeregisterloven § 2-1, som bestemmer at alle personer som er eller har vært bosatt i Norge, er født i Norge, eller har fått tildelt fødselsnummer eller d-nummer, skal registreres i folkeregisteret.

I prinsippet er det ingenting i veien for å innføre en tredje kjønnskategori i folkeregisteret utelukkende for statsborgere fra land hvor en tredje juridisk kjønnskategori er innført, uten at denne gruppen tilkjennes ytterligere rettigheter etter norsk lovgivning. Det vil i så fall kreve en endring av folkeregisterforskriften § 3-1-1 (som i første ledd bokstav c angir at kjønn kan registreres i underkategoriene «mann» og «kvinne»). Fram til 2032 vil nevnte gruppe likevel måtte velge mellom kategoriene kvinne og mann dersom de skal få et norsk d-nummer eller fødselsnummer (jf. redegjørelsen i punkt 2.2 ovenfor).

Etter vårt syn er det lite realistisk å åpne for en tredje juridisk kjønnskategori i folkeregisteret uten at man vurderer hvilke implikasjoner dette vil få for øvrig regelverk, se punkt 5.3 og 5.4 ovenfor. Tilsvarende må gjelde for statsborgere fra andre land. Det vil ikke være noen god løsning dersom denne gruppen mister rettigheter som etter norsk rett kun tilkjennes kvinner og menn (eksempelvis rett til ekteskap).

Et annet tiltak kan være å åpne for en adgang for nevnte gruppe til å reservere seg mot at kjønn oppgis i pass og ID-kort. Dette tiltaket vil imidlertid kun være aktuelt for personer med dobbelt statsborgerskap, jf. passloven § 1 og ID-kortloven § 1, som bestemmer at retten til å søke om pass og ID-kort kun gjelder norske statsborgere.

Utover disse alternativene, vil tiltakene skissert i punkt 7.2 ovenfor også være relevante for anerkjennelse av statsborgere som innvandrere fra land hvor en tredje kjønnskategori er innført.

Litteratur og rapporter

- Alaattinoglu, D., Arnesen, L., & Sørli, A. (2021). Retten til kjønnsidentitet og juridisk registrering av kjønn: Utviklingslinjer fra menneskerettsdomstolens praksis og norsk rett. I A. Hellum, & A. Sørli, *Frihet, likhet og mangfold: Kjønnsidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst* (ss. 63–93). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.
- Arnesen, L. (2016). Verken mann eller kvinne i pass og identitetspapirer: En utredning av internasjonale og nasjonale krav til kjønnsmarkører i identitetspapirer. Universitetet i Oslo (masteroppgave).
- Arnesen, L. (2017). Bør retten anerkjenne mer enn to kjønn? *Kritisk juss*, ss. 84–112.
- Arnesen, L. (2021). Rettslig anerkjennelse av kjønns mangfold: Bør registrering av juridisk kjønn avvikes? I A. Hellum, & A. Sørli, *Frihet, likhet og mangfold: Kjønnsidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst* (ss. 95–120). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.
- Arnesen, L. (2022). *Kommentarutgave til lov om endring av juridisk kjønn*. Juridika.
- Baars, G. (2019). Queer cases unmake gendered law, or fucking law's gendering function. *Australian Feminist Law Journal*, ss. 15–62.
- Council of Europe. (2022). *Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe: First thematic implementation review report on Recommendation CM/Rec(2010)5*.
- Dunne, P., & Mulder, J. (2018). Beyond the binary: Towards a third sex category in Germany? *German Law Journal*, ss. 627–647.
- European Commission. (2020). *Legal gender recognition in the EU: The journeys of trans people towards full equality*.
- European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination. (2018). *Trans and intersex equality rights in Europe: A comparative analysis*.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2015). *The fundamental rights situation of intersex people*.
- Hellum, A. (2016). Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk: Noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett. *Festskrift til Aslak Syse, Gyldendal juridisk*, ss. 191–213.
- Helsedirektoratet. (2015). *Rett til rett kjønn: Helse til alle kjønn*. Oslo: Helsedirektoratet.
- Holtmaat, R., & Paul, P. (2015). Enhancing LGBTI rights by changing the interpretation of the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women? *Nordic Journal of Human Rights*, ss. 319–336.

- Holzer, L. (2018). *Non-binary gender registration models in Europe*. ILGA-Europe.
- Jessen, R. S., & Sandberg, K. (2021). Psykologisk og medisinsk behandling av barn og ungdom med kjønnsinkongruens: En fagetisk og menneskerettslig diskusjon. I A. Hellum, & A. Sørli, *Frihet, likhet og mangfold: Kjønnssidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst* (ss. 225–265). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.
- Kjølbrot, J. F. (2020). *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*. Strasbourg.
- Kolstad Kvalø, K. (2021). Karnov lovkommentar til FNs barnekonvensjon.
- Norges institusjon for menneskerettigheter. (2022). *Skeiv rett: EMK som levende instrument*. Hentet fra <https://www.nhri.no/2022/skeiv-rett-emk-som-levende-instrument/>
- Robberstad, A., & Halvorsen, M. (2022). Menn i damegarderoben? Utfordringer i kjølvannet av loven om endring av juridisk kjønn. *Lov og Rett*, ss. 170–192.
- Sverre, J.-E. (2021). Karnov lovkommentar til likestillings- og diskrimineringsloven.
- Sørli, A. (2021). Lov om endring av juridisk kjønn, bioteknologiloven og barnelova: Reproduksjon og foreldreskap i kontinuitet og endring. I A. Sørli, *Frihet, likhet og mangfold: Kjønnssidentitet og seksuell orientering i rettslig, medisinsk og samfunnsvitenskapelig kontekst* (ss. 121–145). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.
- The Open Society Foundations. (2014). *License to be yourself: Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*.
- Thorsnes, I. E. (2018). *Tredje juridisk kjønnsalternativ: Ei utgreiing*. Foreningen for kjønns- og seksualitetsmangfold (FRI).
- Towle, E. B., & Morgan, L. M. (2002). Romancing the transgender native: Rethinking the use of the "third gender" concept. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies* 8 (4), ss. 469–497.
- United Nations Development Programme (UNDP). (2013). *Discussion Paper: Transgender Health and Human Rights*.
- Wessel-Aas, J., & Ødegaard, M. (2018). *Personvern: Publisering og behandling av personopplysninger*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag.