

Har barnet en rett til rett kjønn?

En vurdering av hvorvidt barnet har krav på pubertetsutsettende og femininiserende eller maskuliniserende hormonbehandling ved kjønnsinkongruens.



Anders Skjellerudsveen Sondrup

Kvinnerettslig skriftserie nr. 97
Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett (KVIBALD)

Universitetet i Oslo
2015



Avdeling for kvinnerett

Kvinnerettslig skriftserie nr. 97/2015

Tittel: Har barnet en rett til rett kjønn? - En vurdering av hvorvidt barnet har krav på pubertetsutsettende og feminiserende eller maskuliniserende hormonbehandling ved kjønnsinkongruens.

Forfatter: Anders Skjellerudsveen Sondrup

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

Institutt for offentlig rett

Universitetet i Oslo

Postboks 6706 St. Olavs plass

0130 Oslo

Besøksadresse:

Domus Nova 6. etg.

St. Olavs plass

E-post:

womens-law@jus.uio.no

Nettside:

<http://www.jus.uio.no/ior/forskning/omrader/kvinnerett/index.html>

Editor: Professor Anne Hellum

ISSN: 0809-621X

Innholdsfortegnelse

<u>INNHALDSFORTEGNELSE.....</u>	<u>I</u>
<u>1 TAKKSIGELSER.....</u>	<u>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</u>
<u>2 INNLEDNING.....</u>	<u>2</u>
2.1 ALEX' HISTORIE	2
2.2 BAKGRUNN.....	3
2.3 PROBLEMSTILLING OG VIDERE FRAMSTILLING.....	6
2.4 AVGRENSNINGER.....	7
2.5 TERMINOLOGI.....	8
<u>3 METODE OG KILDER.....</u>	<u>10</u>
3.1 INNLEDNING	10
3.2 GRUNNLOVEN OG TOLKNINGEN AV DENS NYE BESTEMMELSER	10
3.3 SÆRLIGE METODISKE SPØRSMÅL OM FOLKERETTLIGE RETTSKILDER	11
3.3.1 OVERSIKT.....	11
3.3.2 UTGANGSPUNKTER VED TRAKTATTOLKNING.....	12
3.3.3 DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON.....	12
3.3.4 DE FORENTE NASJONERS BARNEKONVENSJON.....	13
3.3.5 TOLKNINGSUTTALELSER FRA DE FORENTE NASJONERS BARNEKOMITÉ.....	14
<u>4 DIAGNOSER VED, UTBREDELSE AV OG BEHANDLING FOR KJØNNSINKONGRUENS.....</u>	<u>19</u>
4.1 INNLEDNING	19
4.2 HELSETAP VED KJØNNSINKONGRUENS OG HELSEGEVINST VED BEHANDLING	19
4.3 UTBREDELSE	21
4.3.1 UTBREDELSE BLANT VOKSNE.....	21
4.3.2 UTBREDELSE BLANT BARN OG UNGE.....	21
4.4 DIAGNOSER VED KJØNNSINKONGRUENS.....	22
4.4.1 ICD-10 – DEN INTERNASJONALE STATISTISKE KLASSEFIKASJONEN AV SYKDOMMER OG BESLEKTEDE HELSEPROBLEMER	22
4.4.2 DSM-IV – DEN AMERIKANSKE DIAGNOSEMANUALEN.....	23
4.5 HELSEHJELPEN SOM GIS VED KJØNNSINKONGRUENS	24
4.5.1 OVERSIKT.....	24
4.5.2 HENVISNING OG UTREDNING.....	24
4.5.3 HORMONBEHANDLING	25
4.5.4 KIRURGI	25
4.6 OPPSUMMERING	26

<u>5 HAR BARNET EN GENERELL, MATERIELL RETT TIL KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING?</u>	28
5.1 INNLEDNING	28
5.2 ET RETTSLIG BAKTEPPE: DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSDOMSTOLS GRADVISE UTVIKLING AV SYNET PÅ RETTEN TIL PRIVATLIV OG KJØNNSIDENTITET	28
5.3 RETTEN TIL PRIVATLIV	35
5.4 BARNETS RETT TIL Å BEVARE SIN IDENTITET	37
5.5 BARNETS RETT TIL HELSE OG UTVIKLING	39
5.6 RETTEN TIL NØDVENDIG HELSEHJELP	43
5.6.1 «HELSEHJELP».....	44
5.6.2 «NØDVENDIG».....	46
5.6.3 VURDERING	52
5.7 OPPSUMMERING	53
<u>6 ER BEHANDLINGEN TIL BARNETS BESTE? DEN KONKRETE VURDERINGEN AV OM BARNET SKAL GIS KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING</u>	54
6.1 INNLEDNING	54
6.2 BARNETS BESTE – TOLKNING OG ANVENDELSE VED SPØRSMÅL OM HORMONBEHANDLING	54
6.2.1 OVERSIKT.....	54
6.2.2 KOMMER BARNETS BESTE TIL ANVENDELSE?	55
6.2.3 «ET GRUNNLEGGENDE HENSYN».....	56
6.3 FORSVARLIGHETSKRAVET	58
6.4 BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT OG FÅ SIN MENING VEKTLAGT	60
6.4.1 OVERSIKT.....	60
6.4.2 SKAL BARNET HØRES I SPØRSMÅL OM KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING?	61
6.4.3 HVORDAN SKAL BARNET HØRES I SPØRSMÅL OM KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING?	63
6.4.4 SÆRLOVGIVNING OM BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT I SPØRSMÅL OM KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING.....	65
6.5 HVA ER TIL BARNETS BESTE I DET ENKELTE TILFELLET? EN VURDERINGSMODELL.....	68
6.5.1 OVERSIKT.....	68
6.5.2 BARNETS HELSE OG UTVIKLING SOM MOMENT I DEN KONKRETE BARNETS BESTE-VURDERINGEN	69
6.5.3 BARNETS MENING SOM MOMENT I DEN KONKRETE BARNETS BESTE-VURDERINGEN	73
6.5.4 BARNETS PRIVATLIV OG FYSISKE INTEGRITET SOM MOMENT I DEN KONKRETE BARNETS BESTE-VURDERINGEN	74
6.5.5 BARNETS IDENTITET SOM MOMENT I DEN KONKRETE BARNETS BESTE-VURDERINGEN	74
6.5.6 BARNETS SÅRBARHET SOM MOMENT I DEN KONKRETE BARNETS BESTE-VURDERINGEN	75
6.5.7 HARMONISERINGEN AV MOMENTENE I BARNETS BESTE-VURDERINGEN	76
6.6 OPPSUMMERING	77
<u>7 HVEM BESTEMMER OM BEHANDLINGEN SKAL GIS?</u>	79
7.1 INNLEDNING	79

7.2 GIR FORELDREANSVARET FORELDRENE RETT TIL Å TA AVGJØRELSER OM KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING?	79
7.2.1 OVERSIKT	79
7.2.2 HVEM HAR FORELDREANSVARET?	80
7.2.3 HVILKE BESLUTNINGER KAN TAS PÅ VEGNE AV BARNET I KRAFT AV FORELDREANSVARET?	80
7.2.4 HVORDAN SKAL FORELDREANSVARET UTØVES?	81
7.2.5 HVA KAN «BOSTEDSFORELDEREN» VED DELT FORELDREANSVAR AVGJØRE UTEN DEN ANDRE FORELDERENS SAMTYKKE?	81
7.2.6 BARNETS SELVBESTEMMELSE RETT	83
7.2.7 DELOPPSUMMERING	83
7.3 ER FORELDRENE SAMTYKKE TILSTREKKELIG HJEMMEL FOR AT KJØNNSBEKREFTENDE HORMONBEHANDLING SKAL GIS BARNET?	84
7.4 HVEM MÅ SAMTYKKE TIL BEHANDLINGEN?	86
7.4.1 OVERSIKT	86
7.4.2 KRAVET OM SAMTYKKE TIL PUBERTETSUTSETTENDE HORMONBEHANDLING PÅ VEGNE AV BARN UNDER 16 ÅR	86
7.4.3 KRAVET OM SAMTYKKE TIL FEMININISERENDE/MASKULINISERENDE HORMONBEHANDLING PÅ VEGNE AV BARN OVER 16 ÅR	100
7.5 OPPSUMMERING	102
<u>8 AVSLUTNING</u>	<u>104</u>
8.1 KONKLUSJON	104
8.2 VURDERING	105
8.2.1 OVERSIKT	105
8.2.2 MAKTEN, RETTEN OG RETTIGHETENE	105
8.2.3 AKTUELLE LOVENDRINGER	106
8.2.4 LÆRDOMMER OG STRATEGIER FOR Å OPPNÅ ANERKJENNELSE	107
<u>9 LITTERATURLISTE</u>	<u>110</u>
9.1 BØKER	110
9.2 ARTIKLER	111
9.2.1 TIDSSKRIFTARTIKLER	111
9.3 PUBLIKASJONER I SKRIFTSERIER	113
9.4 LOVGIVNING	113
9.4.1 NORSKE LOVER OG FORSKRIFTER	113
9.4.2 UTENLANDSKE LOVER	114
9.4.3 TRAKTATER	114
9.5 VEDTAK OG RAPPORTER	114
9.6 DIAGNOSEMANUALER	114
9.7 MEDISINSKE RETNINGSLINJER	115
9.8 UTTALELSER OG AVGJØRELSER	115

9.9 DOMMER	115
9.9.1 PUBLISERTE DOMMER	115
9.9.2 PUBLISERTE UNDERRETTSDOMMER	116
9.9.3 INTERNASJONALE DOMMER.....	116
9.10 KOMMENTARER OG MERKNADER FRA FNS OVERVÅKNINGSORGANER	116
9.10.1 BARNEKOMITEEN	116
9.11 FORARBEIDER.....	117
9.11.1 NOU.....	117
9.11.2 PROPOSISJONER	117
9.11.3 INNSTILLING TIL STORTINGET (TIDL. INNSTILLINGER TIL ODELSTINGET).....	118
9.11.4 STORTINGSDEBATTER.....	118
9.11.5 STORTINGSDOKUMENTER.....	118
9.12 NETTSIDER.....	118
9.13 PERSONLIGE MEDDELELSER.....	119

1 Forord

Denne publikasjonen er en noe omarbeidet versjon av masteroppgaven som ble levert våren 2015.

Jeg vil gjerne takke Andrea, Anne, Aleksandra, Alf, Anniken, Azin, Calina, Emil, Ingunn, Ingrid, Johan, Kirsten, Kirsten, Kirsten, Lars, Martin, Mollie, Ulrikke, Unni, Vilde og Øystein for faglige og/eller sosiale bidrag gjennom studieåret 2014/2015.

Alle feil og mangler står fullt og helt for undertegnedes egen regning.

2 Innledning

2.1 Alex' historie

Alex¹ er fem år. Om du passerer barnehagen hans, der han står og henger over gjerdet og roper: «Jeg blir henta, jeg blir henta snart!» en tidlig ettermiddag reflekterer du ikke nærmere over pjokken med den korte, blonde luggen som for øyeblikket er mest opptatt av om den løse fortanna i underkjeven snart skal ramle ut, slik at tannfeen kan komme på besøk eller om ikke mammaen eller pappaen hans snart skal komme.

Men Alex er født som Alexandra. Og Alex skal snart få mer å bekymre seg over enn om tannfeen legger en femmer, tier eller tjuetroning i tannglasset. I fireårsalderen, da de andre jentene i barnehagen ble helt gjerne etter alt som var rosa, dokker og prinsesser, ville Alex helst gå i «gutteklær» og få en «guttessveis» når de var hos frisøren – en sånn som var barbermaskinkort i nakken, akkurat som storebroren Lars. Alex' foreldre, Jørgen og Ida, synes egentlig at det store fokuset på gutteleker og jenteleker, guttefarger og jentefarger, gutteklær og jenteklær er litt overdrevet. De bestemte seg raskt for at Alex skulle få velge selv. Alex ville gå i «gutteklær», og begynte å gråte en morgen da Ida hadde lagt fram både en kjole og en olabukse og t-skjorte, slik at Alex skulle få velge selv. Ida fikk veldig dårlig samvittighet av dette, og snakket med Lars. De ble enige om at barnet måtte få styre dette selv, kanskje gikk det over, kanskje ikke. Barn har jo så mye rart for seg.

Som regel kalte de barnet for Alex. Men noen ganger, da Alex var litt rampete og Jørgen og Ida skulle være strenge, sa de: «Alexandra, nå kommer du hit» eller «Alexandra, nå hører du på meg». Alex kunne strigråte av et skrubbsår på leggen eller når storebroren Lars var slem, men var ellers et trygt og harmonisk barn som sjelden var veldig lei seg. Men når foreldrene brukte navnet Alexandra, var det som om noe inne i Alex raknet. «Ikke bruk det navnet, jeg heter ikke det, det er et jentenavn!» kunne Alex si da, og var ellers utrøstelig i lang tid.

Kanskje var det først da de skjønte det, Jørgen og Ida. At det var noe mer enn en lek for Alex, at det var blodig alvor. De snakket både med en psykolog i Barne- og ungdomspsykiatrien, og med de ansatte i barnehagen. Jørgen og Ida ble enige med Alex om at de aldri skulle bruke navnet Alexandra, med mindre Alex ombestemte seg. Da skulle han si ifra, i så fall. Han skulle slippe de teite kjolene. Og Alex var enig i at hvis de andre barna spurte om han hadde «guttetiss eller jentetiss», trengte han ikke dra ned buksa, men da kunne han si at han var en gutt. Om de ikke var greie da, kunne han gå til de voksne.

¹ «Alex» er ikke en person som eksisterer, men fiktiv en syntese av personlige beretninger fortalt av kilder eller i mediene.

Barna i barnehagen var overraskende forståelsesfulle allerede fra det øyeblikket Ida ble med i barnehagen for å snakke litt om at Alex var en gutt og ville bli omtalt som det. De ansatte i barnehagen ble kanskje litt beklemt i starten, de hadde vel ikke vært med på noe sånt før, men etter hvert gikk alt som en drøm. Alex var så utrolig glad og fornøyd i denne perioden, og Jørgen og Ida var lettede fordi de hadde tatt tyren ved hornene. Forståelsen barn og voksne i barnehagen viste, var over all forventning.

Foreldrene til Alex var likevel bekymret. Det gikk bra nå, men snart skulle Alex begynne på skolen. Hvordan kom det til å gå i gymtimene, med dusjinga og gutte- og jentegarderobert? Og kom lærerne og elevene til å være like forståelsesfulle som folka i barnehagen? Og hva kom til å skje når Alex kom i puberteten? Det var noe Jørgen og Ida kunne ligge og snakke om inn i de mørke timene. Først og fremst var de urolige for Alex og hvordan han kom til å ta det i framtiden. Men de tenkte også på sin egen rolle, som Alex' foreldre og alt ansvaret dette innebar.

De visste om mulighetene de hadde, om Alex ville fortsette å være en gutt inn i ungdoms- og voksenlivet. Men de var ukomfortable med å måtte ta et valg. Hvor mye vekt skulle de legge på det Alex selv mente, og hva var helsepersonellens rolle oppe i det hele? Selv om det virket som om Alex ville være en gutt nå, tenkte foreldrene på de mulige bivirkningene av en hormonbehandling – som de hadde lest at var det verste av både gutters og jenters pubertet. Det var ikke akkurat oppløftende.

2.2 Bakgrunn

Problemstillingen for denne avhandlingen er om barn som Alex har en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling som enten har som formål å utsette puberteten, eller å framheve kjønnskarakteristika hos barnet som samsvarer med deres kjønnsidentitet – med sikte på en kjønnsbekreftende operasjon.

Det er flere grunner til at jeg valgte å skrive om akkurat denne problemstillingen. Parallelt med at jeg skrev denne avhandlingen har fokuset på rettighetene til personer med kjønnsinkongruens vært stadig økende. I massemediene har omtalen av barn og voksne med en kjønnsidentitet som ikke samsvarer med kjønn ved fødselen vært stor. WHOs nåværende diagnoser i kapittelet *transseksualisme* er under revisjon. Der dagens diagnose anses som en psykiatrisk lidelse, tar revisjonskomiteen for diagnosemanualen til orde for å sortere transsek-

sualisme under «Conditions related to sexual health».² Både holdninger og diagnosene kan derfor se ut til å være i endring.

Men også juristenes interesse for mennesker med kjønnsinkongruens, og behandlingstilbudet disse får, er stadig økende. Stipendiat Anniken Sørлие fant i sin masteravhandling at kjønnsbekreftende behandling til voksne var å anse som nødvendig helsehjelp, og dermed noe individet kan ha krav på om diagnosen transseksualisme foreligger.³

En måned før jeg leverte denne avhandlingen, utkom rapporten «Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn».⁴ Rapporten var skrevet av en ekspertgruppe oppnevnt av Helsedirektoratet. Ekspertgruppa fant at «ulike former for kjønnsbekreftende helsehjelp [...] er å regne som nødvendig helsehjelp for personer som opplever kjønnsdysfori».⁵ Ingen av dem tok imidlertid stilling til hvilke særlige rettigheter, rettsregler og hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om hvorvidt *barn* bør gis slik behandling, kun retten til helsehjelp i sin alminnelighet. Derfor er det behov for en slik gjennomgang av om også *barn har en rett til rett kjønn*.

Helsedirektoratets ekspertgruppe konkluderte med at mange som har rett til helsehjelp for kjønnsdysfori ikke får behandlingen de har behov for.⁶ I rapporten ble det pekt på at mange barn har kommet til den nasjonale behandlingstjenesten for transtilstander på Rikshospitalet for utredning de siste årene, men at få barn har fått behandling. Ekspertgruppa mener at spesialisthelsetjenestene bør desentraliseres og gis ved de regionale helseforetakene, og ikke kun på Rikshospitalet.⁷ Dette er et nokså sterkt uttrykk for kritikk av dagens behandlingstilbud. Dersom barnet i utgangspunktet har en slik *rett* til behandling, må dette samsvares av en tilsvarende *plikt* for staten. Begrensninger i denne rettigheten vil følgelig måtte begrunnes. Det medisinske skjønnet vil riktignok inngå som én komponent ved den bredere, juridiske vurderingen av om barnet har en rett til behandling. Men vurderingen som må foretas må være bredere enn en rent medisinsk vurdering.

Ved Rikshospitalet gis behandling til *noen* barn. Konklusjonen til Helsedirektoratets ekspertgruppe kan tale for at *flere* barn, som har behov for en kjønnsbekreftende hormonbehandling, ikke får behandlingen de kan ha en rett til. I tillegg kan det tyde på at vurderingen av om be-

²ICD-11 Beta Draft

³ Sørлие (2013) s. 59.

⁴ IS-0496 (Helsedirektoratet)

⁵ IS-0496 (Helsedirektoratet) s. 123

⁶ IS-0496 (Helsedirektoratet) s. 122

⁷ IS-0496 (Helsedirektoratet) s. 138

handlingen skal gis tas på grunnlag av en vurdering som preges av et medisinsk skjønn – og ikke en bredere, rettighetsorientert vurdering.

Hvorvidt barn skal gis kjønnsbekreftende behandling er et spørsmål som ikke er særskilt regulert i norsk rett. Kjønnsbekreftende operasjoner er et område hvor den medisinske ekspertisen har ligget i forkant av de rettslige normene. Behandling som tidligere knapt var tenkbar, er nå høyst gjennomførbar. Jussen har på dette området ikke nødvendigvis tatt høyde for den medisinske utviklingen, og følgen kan være et vakuum hvor helsepersonellet kan ha etablert egne normer innenfor rammene av det som er medisinsk mulig. Hensyn til likebehandling og forutberegnelighet kan gjøre denne tilstanden problematisk. Innen helsesektoren vil helsefaglig fagkunnskap og det medisinske skjønnets være av stor betydning, men en vurderingspraksis på et rent medisinsk grunnlag i et nærmest rettsomt rom kan også føre til *vilkårighet*. Særlig kan dette gjelde for et små og spesialiserte miljøer som avdelingen som behandler transseksualisme på Rikshospitalet.

Inger-Johanne Sand skriver at retten i de moderne samfunn «karakteriseres ved at den regulerer og kontrollerer mange ulike former for makt», og at makt utøves gjennom bruk av kunnskapsregimer og nye teknologier. Hun kaller det en «positiv og muliggjørende makt med muligheter for usikre, negative og risikable konsekvenser».⁸ Om man skal velge å anvende kunnskapen vil ofte avhenge av etiske vurderinger. Makten over kunnskapsregimene flyttes fra det politiske, lovgivende rom til ekspertveldet.⁹ I takt med denne forskyvningen av makt til ekspertene, endres også verdiene på det aktuelle området. Normene farges av verdiene innenfor det konkrete fagområdet.¹⁰ Denne utviklingen gjør det mer krevende å finne en felles normrasjonalitet eller verdimesig grunnlag for regulering innenfor de aktuelle områdene. Oppspaltningen av samfunnet til ulike ekspertvelder gjør det også vanskelig å oppstille et sett felles, legitime og allmenngyldige normer for utøvelsen av makt.

Til dette kunne man kanskje innvende at de felles normene innen ekspertveldet – her den medisinske fagkompetansen – enkelt ville la seg oversette til juss. En slik kodifisering av praksis kan imidlertid være problematisk, ettersom denne praksisen som har oppstått i et lovtomt rom mangler den legitimiteten som de alminnelige rettskildene har. Legitimiteten avhenger i sin essens av nærhet til demokratiske beslutninger om å vedta og sanksjonere retten. At normer har oppstått i et lovtomt rom, kan være et argument for å benytte normene derfra, ettersom mangelen på lovgivning kan være et bevisst valg fra de folkevalgte. Men disse ulovfestede normene kan mangle den legitimitet som gjør at de ukritisk burde anerkjennes som en del av

⁸ Sand (2012) s. 203

⁹ Sand (2012) s. 200

¹⁰ Sand (2012) s. 185

retten. Slike normer må derfor underlegges en kritisk granskning før en anerkjennelse finner sted. Trenden til flere ekspertvelder med egne normer kompliseres ytterligere av det som har blitt kalt rettens pluralisering: ikke bare preges samfunnet av ulike former for normer innenfor nasjonalstaten. Men samfunnet preges også av at internasjonale konvensjonsorganer også legger føringer for rettsanvendelsen innen nasjonalstaten.

Dette skaper behov for en *juridisk* gjennomgang av hvilke rettigheter barn har ved kjønnsinkongruens og diagnosen transseksualisme, herunder om barnet har en rett til pubertetsutsettende og/eller femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling.

2.3 Problemstilling og videre framstilling

Hovedproblemstillingen for denne avhandlingen er om Alex, eller barn som Alex, har en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling. Dette spørsmålet må nyanseres, og spaltes i en rekke delproblemstillinger. Disse rettslige delproblemstillingene besvares i kapittel 5 til 8.

Før jeg tar fatt på de rettslige vurderingene vil jeg drøfte de særskilte metodiske spørsmålene som gjør seg gjeldende ved anvendelsen av ulike rettskilder. Dette vil jeg gjøre i *kapittel 3*.

Deretter vil jeg redegjøre for diagnosene som ligger til grunn for at kjønnsbekreftende behandling gis, levekår og helsetap blant mennesker med kjønnsinkongruens og hvilken behandling som gis til personer med kjønnsinkongruens i *kapittel 4*.

Etter dette vil jeg vurdere om barnet har en generell, materiell rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling i *kapittel 5*. I dette kapitlet vil jeg først, i punkt 5.2, redegjøre for EMDs rettspraksis fra 1980-tallet til i dag for å vise rettsutviklingen på området som gjelder anerkjennelsen av personer med kjønnsinkongruens. Jeg vil i punkt 5.3 drøfte hvorvidt retten til privatliv etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, barnekonvensjonen artikkel 16 og EMK artikkel 8 gir en rett til kjønnsidentitet og innholdet av en slik eventuell rett. Etter dette vil jeg i punkt 5.4 og 5.5 vurdere hvorvidt barnets rett til identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 og barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum gir individet negative rettigheter eller positive rettigheter – og eventuelt en rett til behandling. Om ingen av disse rettsgrunnlagene skulle gi barnet en rett til behandling, eller selv om bestemmelsene gir rett til behandling, vil jeg til slutt, i punkt 5.6 drøfte om kjønnsbekreftende hormonbehandling er å anse som «nødvendig helsehjelp» etter pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd. Målet er å vurdere om disse rettsgrunnlagene hver for seg, eller sett i sammenheng, gir barnet en rett til kjønnsbekreftende behandling.

Når det er gjort, vil jeg i *kapittel 6* vurdere om en kjønnsbekreftende hormonbehandling er til barnets beste. Selv om barnet isolert sett har en rett til behandling, betyr ikke det at den må eller kan gis. I punkt 6.2 stiller jeg spørsmålet om hvorvidt barnets beste kommer til anvendelse i avgjørelser om kjønnsbekreftende hormonbehandling – om dette er tilfellet, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved spørsmålet om slik behandling skal gis. I punkt 6.2.3 redegjør jeg for hva dette innebærer for vurderingen som må tas. Deretter vil jeg redegjøre for forsvarlighetskravet i punkt 6.3, ettersom forsvarlighetskravet er en nødvendig forutsetning for at behandlingen skal gis. Etter dette vil jeg i punkt 6.4 redegjøre for barnets rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt, også konkret i en avgjørelse om kjønnsbekreftende hormonbehandling. Sist i det nevnte kapittelet, i punkt 6.6, vil jeg presentere en vurderingsmodell for å avgjøre hva som er til barnets beste i det enkelte tilfelle, og vise hvilke elementer som kan inngå i barnets beste-vurderingen.

I *kapittel 7* vil jeg stille spørsmålet om hvem som bestemmer om behandlingen skal gis. I punkt 7.2 vil jeg redegjøre for foreldreansvaret og barnets selvbestemmelsesrett, før jeg i punkt 7.3 vil vurdere om foreldrenes samtykke er en tilstrekkelig hjemmel for behandlingen. Spørsmålet om hvem som må samtykke til behandlingen vil jeg besvare i punkt 7.4, og vil her skille mellom samtykke til pubertetsutsettende behandling på vegne av barn under 16 år, som vil behandles i punkt 7.4.2, og samtykke til maskuliniserende/femininiserende hormonbehandling til barn mellom 16 og 18 år under punkt 7.4.3.

Til slutt vil jeg, i *kapittel 8*, herunder punkt 8.1, gi en konklusjon på spørsmålet om barnet har en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling, og hvilke forutsetninger som i så fall må være oppfylt for at barnet skal ha denne retten. Endelig vil jeg foreta en vurdering av gjeldende regelverk med aktuelle forslag til lovendringer og lærdommer og strategier for å oppnå anerkjennelse av personer med kjønnsinkongruens i punkt 8.2.

2.4 Avgrensninger

Jeg avgrensner i det følgende mot kjønnsinkongruens som grunnlag for vurdering av tiltak eller lov om barneverntjenester, med unntak av for de særskilte spørsmål om hjemmel for kjønnsbekreftende behandling i situasjonen hvor ingen av foreldrene samtykker i punkt 7.4.2.5. Jeg avgrensner også mot rettigheter som måtte følge av det aksessoriske diskrimineringsvernet etter EMK og barnekonvensjonen. Jeg avgrensner også mot foreldrenes rett til informasjon om barnets transseksualisme og behandling for denne, med unntak av de spørsmål som måtte være av betydning for foreldrenes samtykkekompetanse under punkt 7.4.2.6 Dette av hensyn til oppgavens omfang. Jeg avgrensner også mot kjønnsbekreftende kirurgi, ettersom dette per i dag kun gis til personer over 18 år, og dermed ikke til barn.

2.5 Terminologi

Noen av de sentrale rettslige begrepene jeg vil bruke i oppgaven vil jeg redegjøre for fortløpende, som *barnets beste*, *foreldreansvaret* etc. Andre begreper, primært knyttet til faktum, ønsker jeg å gjøre nærmere rede for her. Per i dag brukes ord som «transseksualisme» og «transpersoner». Terminologien er under stadig utvikling og kan variere mellom ulike miljøer. Begreper kan skifte innhold over tid, og nye begreper kommer til. Begreper som ble brukt for noen tiår siden, kan oppfattes som stigmatiserende i dag. Jeg har ved valget av terminologi valgt å basere meg på terminologien som benyttes i utredningen «Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn»,¹¹ med unntak av de tilfellene hvor kildene benytter annen terminologi. Begrepsvalget innebærer imidlertid ingen normativ stillingstagning med tanke på de rettslige implikasjonene,

Barn er et faktisk og rettslig begrep, og betegner «ethvert menneske under 18 år», i samsvar med barnekonvensjonen¹² artikkel 1.

Kjønnsidentiteten betegner det kjønnnet personen identifiserer seg med. *Kjønnsuttrykket* betegner måten kjønnsidentiteten kommer til uttrykk på.

Kjønnsdysfori brukes som et paraplybegrep for å betegne «psykisk smerte, dypt ubehag eller plager som kan følge av manglende samsvar mellom kjønnsidentitet/kjønnsuttrykk».¹³

Kjønnsinkongruens betegner tilstanden til en person som opplever et manglende samsvar mellom sin kjønnsidentitet og sitt kjønnsuttrykk, noe som kan lede til kjønnsdysfori.¹⁴

Transperson brukes for å betegne personer med kjønnsinkongruens. I det følgende benyttes imidlertid person med *kjønnsinkongruens*, ettersom ikke alle som opplever kjønnsinkongruens nødvendigvis ønsker å betegnes som transpersoner. Betegnelsen transperson vil likevel benyttes når kilden det henvises til opererer med dette begrepet.

Transseksualisme er en psykiatrisk diagnose som gis etter en helsefaglig klassifisering og vurdering av symptomer. Tilstanden kjennetegnes av et misforhold mellom individets biologiske kjønn og indre kjønnsopplevelse. Det er ytterst sjelden at en psykiatrisk diagnose be-

¹¹ IS-0496, Helsedirektoratet (2015)

¹² Menneskerettighetsloven, vedlegg 8. FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller (norsk oversettelse)

¹³ IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. I

¹⁴ IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. 8

handles endokrinologisk (hormonelt) og kirurgisk. Transseksualisme er en av de få psykiatriske diagnosene som det gis en somatisk behandling for.¹⁵ Hvorvidt tilstanden skal være en diagnose er imidlertid et omdiskutert spørsmål. Noen betoner fordelene ved at en slik diagnose kan utløse en medisinsk behandling i form av kirurgi og hormonbehandling, andre tar avstand fra sykkeliggjøringen og stigmaet en psykiatrisk diagnose kan medføre. Selv om diagnosen er omdiskutert, brukes den her for å presisere at det er tale om en diagnose som gis på bakgrunn av et faglig skjønn, og for å skille mellom personer med kjønnsinkongruens – altså personer som opplever manglende samsvar mellom sin kjønnsidentitet og sitt kjønnsuttrykk – og mennesker med *diagnosen transseksualisme*, den medisinske diagnosen som gis av helsepersonell.

Med *kjønnsbekreftende behandling* mener jeg diagnostisering, hormonbehandling og inngrep som gis i behandlingsøyemed på bakgrunn av at diagnosen transseksualisme er stilt.

Med *kjønnsbekreftende hormonbehandling* mener jeg her behandling i form av hormoner som gis til individer som ledd i, eller med sikte på, kjønnsbekreftende behandling. Hormonbehandlingen kan enten være *pubertetsutsettende* eller fremme kjønnskarakteriska til det medisinske kjønnnet som behandlingen tar sikte på å føre til, som *feminiserende* eller *maskuliniserende hormonbehandling*.

Jeg benytter i det følgende begrepet *negative rettigheter* om individets frihet fra innblanding, med en korrelerende plikt for staten til å avstå fra slik innblanding. Begrepet *positive rettigheter* brukes om sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter som gir individet en rett til noe, og staten en tilsvarende plikt til å yte dette godet.

¹⁵ Tønseth (2010) s. 376

3 Metode og kilder

3.1 Innledning

For å besvare spørsmålet om barnet har en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling, vil jeg ta utgangspunkt i en rekke ulike rettskilder. Før jeg drøfter disse kildenes innhold, er det nødvendig å si noe om kildenes relevans og vekt. Jeg vil først si noe om Grunnloven og tolkningen av dens nye bestemmelser, før jeg drøfter de spørsmål knyttet til de folkerettslige rettskildene som kan anses som tvilsomme. Jeg vil drøfte de særlige metodiske spørsmålene som melder seg ved tolkningen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (*EMK*) og De forente nasjoners barnekonvensjon (*barnekonvensjonen*) herunder spørsmålene om De forente nasjoners barnekomité's (*Barnekomiteens*) generelle kommentarer og avsluttende merknaders relevans og vekt.

3.2 Grunnloven og tolkningen av dens nye bestemmelser

Norges grunnlov fikk ved revisjonen i 2014 en ny bestemmelse om barns rettigheter i Grunnloven § 104. Også Grunnloven § 102 om individets rett til privatliv og personlig integritet er aktuell ved spørsmålet om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis. Spørsmålet i det følgende er hvordan bestemmelsen skal tolkes og anvendes, og hvilke rettskilder som er relevante ved fastleggelsen av innholdet i de nye grunnlovsbestemmelsene. Et særlig spørsmål som oppstår her, er hvilken vekt forarbeidene til de nye grunnlovsbestemmelsene fra mai 2014 kan tillegges.

Det første spørsmålet er hvilken vekt Menneskerettighetsutvalgets rapport¹⁶ og Kontroll- og konstitusjonskomiteens innstilling,¹⁷ begge avgitt i forbindelse med grunnlovsreformen i 2014, må tillegges ved tolkningen av Grunnloven. Utgangspunktet ved grunnlovstolkningen er den alminnelige rettskildelæren, og fastleggelsen av innholdet starter i en alminnelig ordlydsfortolkning av grunnlovsteksten.¹⁸ Forarbeidene er en sentral rettskilde ved tolkningen av alminnelig lov. Tradisjonelt har det vært sparsomt med forarbeider til Grunnloven, men trenden går nå i retning av å gi mer utførlige grunnlovsforarbeider.¹⁹ Ved spørsmålet om hvilken vekt grunnlovsforarbeidene skal tillegges som rettskilde, peker Eivind Smith på momenter som nærheten til vedtakstidspunktet, lovgivers mening og hvor tidsbestemte uttalelsene i forarbeidene er.²⁰ Begge de relevante grunnlovsforarbeidene er avgitt nært opp til vedtakstids-

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

¹⁷ Innst. 186 S (2013-2014)

¹⁸ Smith (2015) s. 104

¹⁹ Smith (2015) s. 122

²⁰ Smith (2015) s. 122-123

punktet og det er ingen holdepunkter for å si at den endelige utformingen avviker fra forslagsstillernes intensjon. Ettersom de er relativt nye, gjør ikke tidsmomentet seg gjeldende. Dette taler for at grunnlovsforarbeidene kan tillegges stor vekt.

Også Høyesteretts metodebruk peker i denne retning. Ved tolkningen av Grunnloven § 104 i Rt. 2015 s. 93 refererte retten til menneskerettighetsutvalgets rapport: «Jeg viser til Dok. 16 (2011-2012) side 192, hvor det går frem at man valgte å utforme § 104 andre ledd etter mønstre av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 for å kunne trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis.»²¹ Etter dette må grunnlovsforarbeidene tillegges stor vekt ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsene fra mai 2014.

Det neste spørsmålet blir hvilken vekt EMK, Barnekonvensjonen og tilhørende konvensjonsorganpraksis kan tillegges ved grunnlovstolkningen. Høyesterett la i Rt. 2015. s. 93 til grunn at § 102 og 104 skal «tolkes i lys av de folkerettslige forbildene»,²² derunder konvensjonsorganenes tolkning av konvensjonene slik de forelå før grunnlovsrevisjonen. Dette betyr at EMK, barnekonvensjonen og de foreliggende tolkningsuttalelsene fra Barnekomiten er viktige rettskilder ved tolkningen av Grunnloven §§ 102 og 104. Høyesterett tok derimot et forbehold angående *framtidig* praksis fra disse organene, men dette er av mindre betydning ettersom denne avhandlingen vil benytte seg av komiteens tolkningsuttalelser som forelå før mai 2014. Førstvoterende henviste til at det er «Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»²³ Etter å ha redegjort for de norske forarbeidene, gikk førstvoterende over til Barnekomiteens generelle kommentarer for å fastlegge innholdet av grunnlovsbestemmelsene.

Etter dette er det klart at man må tolke Grunnloven §§ 104 og 102 i lys av de folkerettslige forbildene, herunder særlig barnekonvensjonen og EMK med tilhørende konvensjonsorganpraksis.

3.3 Særlige metodiske spørsmål om folkerettslige rettskilder

3.3.1 Oversikt

Jeg vil i det følgende redegjøre for hvordan traktater skal tolkes, for det særlige metodiske spørsmål som reises ved bruken av EMK, herunder spørsmål om EMK kan tolkes dynamisk, begrensingsadgangen etter EMK artikkel 6 og 8 og læren om den nasjonale skjønnsmargin.

²¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64

²² Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

²³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

Deretter vil jeg redegjøre for spørsmål knyttet til tolkningen av Barnekonvensjonene, og relevansen og vekten til Barnekomiteens tolkningsuttalelser.

3.3.2 Utgangspunkter ved traktattolkning

Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31, 32, og 33 er utgangspunktet ved tolkningen av traktater. Norge har ikke tilsluttet seg Wien-konvensjonen, men konvensjonen er likevel et uttrykk for folkerettslig sedvanerett.²⁴ Wien-konvensjonen artikkel 31 første ledd er den mest sentrale bestemmelsen om traktattolkning, og gir uttrykk for at: «A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Det finnes tre hovedteorier om hvordan traktater skal tolkes: en *objektiv*, ordlydsorientert, en *subjektiv*, avgiverviljeorientert og en teleologisk, formålsorientert teori. De tre teoriene eksisterer side om side, men utgangspunktet ved traktattolkning er det samme som ved tolkningen av norske rettskilder: en fortolkning som tar utgangspunkt i ordlyden, men som også ser hen til sammenhengen, formålet og eventuelle formuleringer med en særskilt forhistorie.²⁵ Traktater skal etter artikkel 31 første ledd tolkes i «good faith». Dette kan ses i sammenheng med rettsgrunnsetningen *pacta sunt servanda* og innebærer en lojalitetsplikt mellom konvensjonspartene.²⁶

3.3.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

EMK artikkel 6 og 8 er sentrale rettskilder ved vurderingen av barnets rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling. I forbindelse med tolkningen og anvendelsen av bestemmelsene oppstår to særlige metodiske spørsmål: Det første er om EMK skal tolkes dynamisk, og hvilke konsekvenser dette får for tolkningen av EMK innen nasjonalstaten. Det andre spørsmålet er om rettighetene i artikkel 6 og 8 kan begrenses, og i hvilke tilfeller dette eventuelt kan forsvares. For det tredje vil jeg kort redegjøre for læren om den nasjonale skjønnsmargin.

Også EMK skal i samsvar med Wien-konvensjonen artikkel 31 tolkes i samsvar med «its object and purpose». EMD uttalte i saken *Wemhoff mot Tyskland* at det er «necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken

²⁴ Ulfstein (2006) s. 74

²⁵ Ulfstein (2006) s. 94

²⁶ Ulfstein (2006) s. 93-94

by the Parties.»²⁷ I Y.Y. mot Tyrkia, avsagt så sent som i 2015, konstaterte EMD at «une approche dynamique» er avgjørende for en effektiv og praktisk håndhevelse.²⁸

EMK artikkel 6 om retten til rettferdig rettergang har ingen unntaksbestemmelser, og er derfor en absolutt regel. EMK artikkel 8 om retten til privatliv har derimot unntaksvilkår listet opp i artikkel 8 nr. 2. For å gjøre unntak fra denne rettigheten, må vilkårene i artikkel 8 nr. 2 være oppfylt.²⁹ Inngrepet i retten til privatliv må være lovhjemlet, nødvendig og begrunnet i de uttømmende hensynene til «den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter». Det følger av EMDs praksis at inngrepshjemlene må tolkes strengt.³⁰

Om man finner at inngrepet faller inn under et av unntaksvilkårene, må man ta stilling til om inngrepet er «i samsvar med loven» og «nødvendig». I denne forholdsmessighetsvurderingen må man først foreta en legalitetsvurdering, hvor «loven» må tolkes autonomt. Kravet «lov» («law») krever ikke nødvendigvis formell lov – dette må ses i sammenheng med at EMK også har anvendelse i land i en common law-tradisjon. Kravet som stilles er «klar og tilgjengelig lovgivning».³¹ Deretter må man foreta en nødvendighetsvurdering, som etter EMDs praksis kan spaltes i fire elementer. Inngrepet i rettigheten må være begrunnet i et legitimt formål. Midlene som er brukt må være egnet til å oppnå det identifiserte formålet. Inngrepet må være nødvendig for å oppnå det identifiserte og legitime formålet.³² Til sist må man foreta en *forholdsmessighetsvurdering i streng forstand*,³³ som beror på en helhetsvurdering av om det er nådd en riktig avveining («fair balance»³⁴) mellom samfunnets interesser og individets rettigheter. Etter dette er EMK artikkel 6 en absolutt regel, mens artikkel 8 kun kan begrenses etter unntaksvilkårene i artikkel 8 nr. 2.

3.3.4 De forente nasjoners barnekonvensjon

Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett i 2003 gjennom en endring av menneskerettighetsloven³⁵ § 2 første ledd nr. 4, jamfør forrangsregelen i § 3.

²⁷ EMD Wemhoff mot Tyskland (1968, avsnitt 8.)

²⁸ EMD Y.Y. mot Tyrkia, avsnitt 103. Dommen foreligger kun på fransk.

²⁹ Andenæs (2012) s 59

³⁰ Andenæs (2012) s 58

³¹ Andenæs (2012) s 59. Se EMD Sunday Times mot Storbritannia

³² Andenæs (2012) s 60

³³ Andenæs (2012) s 61

³⁴ Se eksempelvis EMD Christine Goodwin (2002) avsnitt 93.

³⁵ Lov nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999

Ved tolkningen av barnekonvensjonen, må utgangspunktet tas i ordlyden, jamfør Wienkonvensjonen artikkel 31 første ledd. Barnekonvensjonen må også tolkes i tråd med konvensjonens formål. Fire bestemmelser i konvensjonen er prinsipper som gir anvisning på særlige formål: Prinsippet om ikke-diskriminering i artikkel 2, prinsippet om barnets beste i artikkel 3 nr. 1, prinsippet om barnets rett til liv og utvikling i artikkel 6 og barnets rett til å bli hørt i artikkel 12.³⁶ Barnets gradvise utvikling er også et overordnet prinsipp i konvensjonen, som må ses i særlig sammenheng med barns rett til å bli hørt.³⁷

EMK kan som nevnt tolkes dynamisk. Det samme må, ifølge Lucy Smith, «i en viss utstrekning [...] også gjelde for barnekonvensjonen».³⁸ Tilbakeholdenheten ved den dynamiske fortolkningen begrunnes her i fraværet av en domstol eller et klageorgan.³⁹

Barnekonvensjonen regulerer forholdet mellom staten og individet. Etter barnekonvensjonen er det kun staten som pålegges plikter overfor individene. Men også i forholdet mellom individ og individ, som mellom foreldre og barn, har staten en plikt til å sørge for at barnets rettigheter overholdes. Denne plikten innebærer at staten må ilegge foreldrene plikter overfor barna.⁴⁰

3.3.5 Tolkningsuttalelser fra De forente nasjoners barnekomité

3.3.5.1 *Barnekomiteens generelle kommentarer*

Ved spørsmålet om hvilken rettskildemessig status Barnekomiteens generelle kommentarer har i norsk rett, vil jeg først se på kommentarenes *relevans* før jeg går over til å se på *vekten*. For å redegjøre for dagens rettskildetilstand, er det også nødvendig å redegjøre kort for rettsutviklingen når det gjelder synet på de generelle kommentarenes rettskildestatus. Selv om noen av rettskildene og uttalelsene som vil nevnes her, også ble nevnt ved spørsmål om tolkningen av Grunnloven under punkt 3.2, er fokuset nå forflyttet til barnekomiteens generelle kommentarers rettskildestatus. Men denne vil til en viss grad være utledet av hvilken vekt Høyesterett har tillagt kommentarene ved tolkningen av Grunnloven § 104.

Ved spørsmålet om *relevansen* av Barnekomiteens generelle kommentarer må det tas utgangspunkt i Norges folkerettslige forpliktelser. Kommentarene er ikke en rettskilde som føl-

³⁶ Generell kommentar nr. 5 s. 3

³⁷ Smith (2003) s. 19

³⁸ Smith (2012) s. 26

³⁹ Smith (2012) s. 26

⁴⁰ Smith (2003) s. 20

ger direkte av The International Court of Justices statutter⁴¹ eller Wien-konvensjonen om traktatretten.⁴² Barnekomiteen er heller ikke en domstol. Ulfstein har ved vurderingen av konvensjonsorganers vedtak i individklagesaker tatt utgangspunkt i at *opprettelsen av en komité* gir uttrykk for hva partene har ment ved ratifikasjonen av konvensjonen: «Det synes åpenbart at ved å opprette slike sakkyndige organer må partenes intensjon ha vært at organenes oppfatninger av hvordan menneskerettighetskonvensjonene skal tolkes må tillegges rettslig betydning».⁴³ Selv om Ulfstein her uttaler seg om individklagesaker, må tilsvarende synspunkt legges til grunn ved spørsmål om hvilke folkerettslige forpliktelser Norge har påtatt seg ved tilslutningen til eksempelvis barnekonvensjonen. Etersom Norge har akseptert at Barnekomiteen tolker barnekonvensjonen i sine generelle kommentarer, dette taler for at kommentarene er relevante.

Også det faktum at barnekonvensjonen er aktivt inkorporert i norsk rett, jamfør menneskerettighetsloven § 2 første ledd nr. 4, jamfør forrangsregelen i § 3, trekker i denne retning. Formålet med menneskerettighetsloven er å «styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett», jamfør menneskerettighetsloven § 1. Dette taler for at konvensjonsforpliktelsene må gjennomføres effektivt. Menneskerettighetene viser til internasjonalt anerkjente minimumsrettigheter. Systembetragtninger taler for en relativt samstemt og enhetlig internasjonal tolkning av disse bestemmelsene. Om ikke dette var meningen, ville det også vært av mindre betydning å lovfeste menneskerettighetene og gi dem forrang i konfliktilfeller. Dette taler også for at Barnekomiteens generelle kommentarer er *relevante*.

Jeg vil nå gå over til å drøfte spørsmålet om hvilken *vekt* Barnekomiteens generelle kommentarer kan tillegges. I proposisjonen om inkorporasjon av barnekonvensjonen i menneskerettighetsloven i 2003 uttalte ikke departementet seg konkret om hvilken vekt Barnekomiteens generelle kommentarer skulle tillegges.⁴⁴ I proposisjonen om endringer i barneloven i 2008 framhevet imidlertid departementet at Barnekomiteen er ekspertorganet ved tolkningen av konvensjonen, og at disse uttalelsene derfor burde tillegges «relativt stor vekt».⁴⁵ En tilsvarende uttalelse finnes i NOU 2008:15: «Disse kommentarene har betydelig vekt i den folkerettslige forståelsen av konvensjonen.»⁴⁶ Begge utsagnene taler for at Barnekomiteens generelle kommentarer skal tillegges stor vekt.

⁴¹ Statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ-statuttene), 26. oktober 1945

⁴² Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT), 21. januar 1969

⁴³ Ulfstein (2009) s. 613

⁴⁴ Ot.prp.nr.45 (2002-2003)

⁴⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s 26

⁴⁶ NOU 2008:15 s 100

I proposisjonen om en inkorporering av FNs kvinnediskrimineringskonvensjon uttalte departementet at «sjølv om konvensjonsorgana i FN ikkje på same måte som EMD gjer rettsleg bindande vedtak, skal det leggjast stor vekt på fråsegnene deira»⁴⁷ og at «[i] vurderinga av kor stor vekt som skal leggjast på fråsegnene i ei konkret sak, må ein sjå på kva samanheng fråsegna er gitt i, kor klar ho er, og om ho er retta mot Noreg eller mot eit anna land, eller om det er ei generell fråsegn.» Dette talar for at Barnekomiteens generelle kommentarer burde tillegges vekt, men at vekten som tillegges vil variere med generalitet, kontekst, objekt for uttalelsen, klarhet mv.

I NOU 1993:18 uttalte «Møse-utvalget» at det ikke fantes noen:

«almengyldig setning om den folkerettslige plikt til å følge konvensjonsorganenes tolkninger av en konvensjon. Det står imidlertid fast at organenes avgjørelser eller uttalelser normalt vil være rettskildfaktorer av betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene, også når tolkningen foretas av nasjonale myndigheter.»⁴⁸

Høyesterett har behandlet spørsmålet om vekten av Barnekomiteens generelle kommentarer nærmere i dommen i Rt. 2009 s. 1261. Saken dreide seg om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om ikke å omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig, mindreårig asylsøker. Spørsmålet var blant annet hvilken vekt Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 kunne tillegges. Flertallet slo fast at Barnekomiteens generelle kommentarer «klarligvis ikke [er] bindende, men ment å være veiledende for statene.»⁴⁹

I Rt. 2015 s. 93 tolket Høyesterett barnekonvensjonen. artikkel 3 nr. 1 i lys av Barnekomiteens Generelle kommentar nr.14 (2013). Førstvoterende mente at Barnekomiteens uttalelser

«utgjør [...] et *naturlig utgangspunkt* ved tolkningen av artikkel 3 nr. 1 - og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd. Jeg viser til Dok. 16 (2011-2012) side 192, hvor det går frem at man valgte å utforme § 104 andre ledd etter mønster av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 for å kunne trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis.»⁵⁰

Høyesterett anså grunnlovfesting av barnets rettigheter som et uttrykk for at lovgiver har akseptert Barnekomiteens etablerte tolkning av rettighetene som fulgte av Grunnloven § 104 på vedtakstidspunktet i mai 2014, jamfør formuleringen «tolkes i lys av de folkerettslige forbildene».⁵¹ Derfor var det mindre nødvendig å gå veien om Rt. 2009 s. 1261.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) s. 32

⁴⁸ NOU 1993:18 s. 89

⁴⁹ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 40

⁵⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64. Min kursivering

⁵¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

At Barnekomiteens generelle kommentarer er «et naturlig utgangspunkt», taler for at man ved tolkningen av rettighetene som følger av Grunnloven § 104 kan ta utgangspunkt i Barnekomiteens kommentarer. Dette viser at kommentarene kan tillegges stor vekt. De generelle kommentarene avgitt av Barnekomiteen før mai 2014 må derfor tillegges *stor vekt* ved tolkningen av rettighetene i Grunnloven § 104 ettersom barnekonvensjonens er det rettslige forbildet for bestemmelsene.

I litteraturen har Verheyde og Goedertier lagt vekt på at de generelle kommentarene inneholder komiteens syn.⁵² Siden komiteen er det mest autoritative organet som skal overvåke konvensjonen, utgjør uttalelsene en autoritativ tolkning av konvensjonens rettigheter. Selv om disse tolkningsuttalelsene formelt eller teknisk sett ikke er bindende, bør de likevel tillegges betydelig vekt. Også Sandberg skriver at kommentarene antas «å ha betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonen, fordi [kommentarene] baserer seg på komiteens praksis, er gjennomarbeidet og avgis av det internasjonale organet som er oppnevnt for å overvåke konvensjonen.»⁵³ Litteraturen trekker dermed også i retning av at kommentarene skal tillegges betydelig vekt.

Etter dette må det, på et generelt grunnlag, konkluderes med at Barnekomiteens generelle kommentarer må tillegges *stor vekt* når bestemmelser i nasjonal rett som omhandler barnets rettigheter skal tolkes.

3.3.5.2 *Barnekomiteens avsluttende merknader*

Statene er etter barnekonvensjonen artikkel 44 nr. 1 forpliktet til å rapportere om tiltak som iverksetter Barnekomiteens bestemmelser, og rapportere om status for etterlevelsen av disse rettighetene i praksis. Etter barnekonvensjonen artikkel 44 nr. 1 bokstav b skal partene rapportere om dette hvert femte år. Statenes rapporter utgjør grunnlaget for Barnekomiteens avsluttende merknader.

Av litteraturen følger det at:

«The legal effects of concluding observations are rather weak. Concluding observations are not binding on the State Parties. They contain mere suggestions and recommendations to come closer to the implementation of the CRC, but no binding judgments.»⁵⁴

⁵² Verheyde (2006) s. 40.

⁵³ Sandberg (2012) s. 91

⁵⁴ Verheyde (2006) s. 30 avsnitt 38

Merknadene er med andre ord ikke folkerettslig bindende, men er likevel uttalelser som ikke «easily can be ignored».⁵⁵ Merknadene inneholder, i likhet med de generelle kommentarene, Barnekomiteens syn – som anses som den mest autoritative tolkeren av konvensjonen.⁵⁶ Derfor må også de konkluderende merknadene tillegges *stor vekt*.

⁵⁵ Verheyde (2006) s. 30 avsnitt 38. NOU 2009:5, vedlegg 1, s. 151

⁵⁶ Verheyde (2006) s. 30 avsnitt 38

4 Diagnoser ved, utbredelse av og behandling for kjønnsinkongruens

4.1 Innledning

Dette kapittelet er ment å gi et minimum av informasjon om faktiske og medisinske forhold som er av relevans ved den juridiske vurderingen av om barn skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling.

Jeg vil redegjøre for *levetår og helsetap* hos personer med kjønnsinkongruens, og for *diagnosene* som kan gis. Dette er nødvendig for den senere vurderingen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling er nødvendig helsehjelp, og ved vurderingen av om hvem som behøver å samtykke til hvilken behandling. Jeg vil også redegjøre for utbredelsen av kjønnsinkongruens. Til slutt vil jeg redegjøre for hvilken behandling som gis for kjønnsinkongruens, fra utredning til en operasjon. Dette er nødvendig for å forstå hvilken rolle en eventuell hormonbehandling spiller i et behandlingsforløp.

Pubertetsutsettende hormonbehandling *kan* lede fram mot en feminiserende/maskuliniserende hormonbehandling for å framheve kjønnskarakteristika, som igjen *kan* lede fram mot kjønnsbekreftende operasjon. Behandlingen kan avsluttes etter hver behandlingsform, men for å gi en operasjon *må* feminiserende eller maskuliniserende være gitt.

4.2 Helsetap ved kjønnsinkongruens og helsegevinst ved behandling

I Norge er det gjort liten forskning på levekårene til personer med kjønnsinkongruens. Det er imidlertid gjort noen mindre undersøkelser i Norge, samt større undersøkelser i andre land, som kan indikere hvilke utfordringer personer med kjønnsinkongruens i Norge møter.

Det framgår av Helsedirektoratets ekspertrapport at personer med kjønnsinkongruens opplever «høyere grad av trakassering, diskriminering og vold enn de i studien som oppgir å være lesbisk, homofil eller bifil.»⁵⁷ De opplever ofte «negative reaksjoner fra omgivelsene.»⁵⁸ Disse negative reaksjonene medfører store personlige belastninger, og konsekvenser i form av psykiske lidelser og sosiale problemer.⁵⁹ I skolesystemet og arbeidsvesenet opplever personer med kjønnsinkongruens kanskje de største utfordringene. Mange voksne mister jobben underveis i behandlingen for kjønnsinkongruens. Andre holder sin kjønnsidentitet skjult i frykt for konsekvensene.⁶⁰ I samfunnslivet opplever mange personer med kjønnsinkongruens at deres

⁵⁷ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 19

⁵⁸ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 20

⁵⁹ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 20

⁶⁰ IS-0496 (2015), s. 21

kjønnsuttrykk ikke blir anerkjent. Blant innbyggerne i Den europeiske union hadde 38 prosent av personene som identifiserte seg selv som «transgender» i 2013 opplevd diskriminering utenfor arbeidslivet.⁶¹ Utenlandske undersøkelser tyder på at personer med kjønnsinkongruens i høyere grad enn den øvrige befolkningen utsettes for vold, men at volden sjelden anmeldes til politiet.⁶²

Internasjonale undersøkelser av helsetap blant personer med kjønnsinkongruens viser at disse opplever å ha dårligere psykisk helse enn resten av befolkningen. Mange opplever «minoritetsstress» – en plage som kommer som en følge av stigmaet personer med kjønnsinkongruens opplever. Flere «er i en kronisk stressituasjon, med så vel eksterne som interne stressfaktorer; som internaliserte fordommer, negativt selvilde og lav selvfølelse.»⁶³ I Sverige opplevde transpersoner i vesentlig høyere grad enn resten av befolkningen, men også i høyere grad enn lesbiske og homofile, fysiske og psykiske lidelser. Transpersoner var mer utsatte for selvmordsforsøk, «angst, uro og søvnbesvær».⁶⁴

For spørsmålet om hvilke helsefremmende faktorer som kan gi helsegevinst hos personer med kjønnsinkongruens, foreligger det ny forskning fra anerkjente fagpersoner som jobber med personer med kjønnsinkongruens. Cohen-Kettenis' forskning indikerer at:

«a treatment protocol including puberty suppression leads to improved psychological functioning of transgender adolescents. While enabling them to make important age-appropriate developmental transitions, it contributes to a satisfactory objective and subjective well-being in young adulthood.»⁶⁵

En tidlig innsats i form av pubertetsutsettende hormonbehandling kan derfor være formålstjenlig og øker sjansene for et godt utfall av behandlingen.⁶⁶ Van der Roos har foretatt et kvalitativt studium av levekår, livssituasjon og livskvalitet for personer med kjønnsinkongruens i Norge. Selv om informantenes prosess med å stå fram med sin kjønnsidentitet og gjennomgå behandling kunne være smertefull, var det blant hennes informanter enighet om at alternativet – «ikke å uttrykke seg som den en er»⁶⁷ – var dårligere enn det å stå fram og gjennomgå behandling.

⁶¹ IS-0496 (2015), s. 21

⁶² IS-0496 (2015), s. 22

⁶³ IS-0496 (2015), s. 24

⁶⁴ IS-0496 (2015), s. 24

⁶⁵ Cohen-Kettenis (2014), s. 702

⁶⁶ IS-0496 (2015), s. 25

⁶⁷ Van der Roos (2013), s. 54

4.3 Utbredelse

4.3.1 Utbredelse blant voksne

Barn som blir diagnostisert med kjønnsidentitetsforstyrrelser viser kjønnspreget adferd som gir uttrykk for en sterk tilhørighet til det motsatte kjønn.⁶⁸ Det meste av denne adferden begynner i to- til fireårsalderen. I det samme aldersintervallet utvikler gutter og jenter også adferd som er typisk for de respektive kjønnene.

Antallet voksne personer med kjønnsinkongruens er lite. Et estimat gjort for Nederland, antyder at utbredelsen blant personer født med mannlig kjønn er 1 per 11 900 innbygger, blant «kvinner» er utbredelsen 1 per 30 400 innbyggere. Det har med andre ord vært omlag tre ganger så mange menn som ønsker kjønnsbekreftende behandling for å bli kvinner, som kvinner som ønsker kjønnsbekreftende behandling for å bli menn.⁶⁹

I Norge var det 148 personer som for første gang ble registrert med en transseksualismediagnose i 2013. Innen voksenpsykiatrien ble 321 pasienter registrert med en slik diagnose i år 2013. I 2014 fikk om lag 500 pasienter behandling ved NBTS.⁷⁰

4.3.2 Utbredelse blant barn og unge

I Norge forekommer primær eller tidlig erkjent transseksualisme like hyppig blant menn og kvinner.⁷¹ Sekundær eller sent erkjent transseksualisme forekommer derimot hyppigere hos menn enn hos kvinner i Norge. Raten er her på 3:1.⁷² Utbredelsen i den totale populasjonen er 1:50 000.⁷³ I Norge har man sett at kjønnsidentitetsforstyrrelser er vanligere i barndommen enn senere i livet. Kun mellom 10 og 25 prosent av dem som har kjønnsidentitetsforstyrrelser i barndommen utvikler en stabil transseksualitet inn i puberteten.⁷⁴ Flertallet utvikler seg i stedet mot homoseksualitet idet de går over mot voksen alder.⁷⁵

I Norge var det i 2014 110 barn som var registrert som pasienter på NBTS.⁷⁶ 55 pasienter under 18 år ble henvist til NBTS i 2014.⁷⁷ NBTS påpeker at transseksualisme det siste tiåret i

⁶⁸ Zucker (2008) s. 864

⁶⁹ Bakker (1999), s 237-238

⁷⁰ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 15

⁷¹ Haraldsen (2003) s 906–15

⁷² Smith (2005) s. 151–60

⁷³ Landén (1996) s. 221–3

⁷⁴ Cohen-Kettenis (2008) s. 1892–1897

⁷⁵ Tønseth (2010) s. 376

⁷⁶ IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. 15

økende grad har blitt en ungdomsdiagnose: «Dette skyldes blant annet endrede utrednings- og behandlingstilbud, bedre informasjon men ikke minst at stadig flere velger å stå frem i stedet for å leve i det skjulte.»⁷⁸ Per august 2014 var 110 barn til behandling ved NBTS.⁷⁹ I perioden 2011 til 2013 var 66 barn under 16 år henvist til NBTS, i samme periode var 65 barn mellom 16 og 18 år henvist til samme behandlingstjeneste.⁸⁰

4.4 Diagnoser ved kjønnsinkongruens

Det genetiske og hormonelle samspillet er det vi normalt kaller «det biologiske kjønnnet». Det er det biologiske kjønnnet som gir en person et mer eller mindre kjønns spesifikt utseende eller «fenotype». Kjønnsidentiteten handler om selvopplevd eller psykologisk opplevd kjønn hos et menneske.⁸¹ Diagnosen transseksualisme gis ved manglende samsvar mellom biologisk kjønn og kjønnsidentitet.

I Norge er Verdens helseorganisasjons tiende utgave av diagnosemanualen *International Classification of Diseases (ICD-10)* den offisielle klassifikasjonen for psykiske lidelser og legemlige sykdommer og skader. Dagens praksis er at kun personer med som har fått diagnosen transseksualisme etter ICD-10 64.0 gis kjønnsbekreftende behandling av norsk helsevesen.⁸² Den amerikanske diagnosemanualen *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)* vil likevel bli omtalt kort.

4.4.1 ICD-10 – den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer

Diagnosemanualene ICD-10 beskriver kjønnsidentitetsforstyrrelser i kapittel F64. *Transseksualisme* omtales i F64.0, *kjønnsidentitetsforstyrrelse i barndommen* i F.64.2, *spesifikke og uspesifikke kjønnsidentitetsforstyrrelser* er beskrevet i F64.8 og F64.9.

«F64.0 Transseksualisme:

Transseksualisme er et sterkt ønske om å leve og bli akseptert som tilhørende det annet kjønn. Følelse av avsky for, og ofte utilstrekkelighet ved, eget anatomisk kjønn ledsager vanligvis lidelsen. Ønske om

⁷⁷ IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. 37

⁷⁸ Oslo universitetssykehus, NBTS, Årsrapport, (2014)

⁷⁹ Oslo universitetssykehus, 20. oktober 2014

⁸⁰ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 42

⁸¹ Tønseth (2010) s. 376

⁸² IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 123

kirurgisk eller hormonell behandling for å gjøre kroppen i mest mulig samsvar med det foretrukne kjønn, er vanlig.»⁸³

For å få diagnosen, må personen ha en «permanent overbevisning» om å tilhøre det motsatte kjønn.⁸⁴

«F64.2 Kjønnssidentitetsforstyrrelse i barndommen:

Kjønnssidentitetsforstyrrelse i barndommen er en lidelse som inntreffer i tidlig barndom (og alltid i god tid før puberteten), kjennetegnet ved et vedvarende og intenst ubehag ved eget kjønn, sammen med et ønske om (eller insistering på) å tilhøre det annet kjønn. Det foreligger vedvarende opptatthet av klærne og aktivitetene til det annet kjønn, samt avsky for individets eget kjønn. Diagnosen krever en dyptgående forstyrrelse av den normale kjønnssidentiteten. Denne koden skal ikke brukes ved bare "gutteaktig" atferd hos jenter og "jenteaktig" atferd hos gutter.»⁸⁵

«F64.8 Andre spesifiserte kjønnssidentitetsforstyrrelser og F64.9 Andre uspesifiserte kjønnssidentitetsforstyrrelser

Andre spesifiserte/uspesifiserte kjønnssidentitetsforstyrrelser er en diagnose som beskriver ulike psykiske problemer og lidelser som en person opplever på grunn av at vedkommende ikke definerer seg med sitt biologiske kjønn.»⁸⁶

I forbindelse med revisjonen av ICD, ser det ut til å komme endringer angående diagnostiseringen av kjønnsinkongruens. Samtidig med at diagnosene revideres, er det mange som mener at kjønnsinkongruens ikke bør sykliggjøres i form av en psykiatrisk lidelse.⁸⁷ Arbeidsgruppen som arbeider med ICD-11, har foreslått store endringer av F 64.0. Blant annet er F 64.0 foreslått under kapitlet «Conditions related to sexual health».⁸⁸

4.4.2 DSM-IV – den amerikanske diagnosemanualen

I den amerikanske diagnosemanualen DSM-V fra 2014, ble diagnosen Gender Identity Disorder endret til «Gender Dysphoria». Dette viser at fokuset forflyttes fra identiteten, og over til kjønnsuttrykket.

⁸³ ICD-10

⁸⁴ Tønseth (2010) s. 376

⁸⁵ ICD-10

⁸⁶ ICD-10

⁸⁷ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 12

⁸⁸ ICD-11 Beta Draft

4.5 Helsehjelpen som gis ved kjønnsinkongruens

4.5.1 Oversikt

Jeg vil i det følgende redegjøre for mulige trinn i forbindelse med en kjønnsbekreftende behandling, fra henvisning og utredning, til pubertetsutsettende og maskuliniserende/feminiserende hormonbehandling og kirurgi.

4.5.2 Henvisning og utredning

Ved mistanke om kjønnsidentitetsforstyrrelse hos barn, skal fastlegen henvise pasienten til barne- og ungdomspsykiatrisk poliklinikk. Ved videre mistanke om kjønnsidentitetsforstyrrelse, henvises pasienten videre til tredjelinjetjenesten ved Rikshospitalet, Nasjonal behandlingstjeneste for transtilstander (NBTS), som vurderer hvorvidt barnet skal innkalles til utredning.⁸⁹

Før barnet har nådd puberteten vil det normalt være tale om å gi diagnosen F 64.2. Ved NBTS blir det foretatt samtaler mellom barne- og ungdomspsykiater, foreldre, henvisende helsepersonell og barnet. Helsepersonellet vurderer hvorvidt symptomene er forenlige med F 64.2, om traumer, familieproblematikk og nevropsykiatriske tilstander bør vurderes nærmere, samt videre oppfølging. Barnet utfyller spørreskjemaer.⁹⁰ Før puberteten blir det foretatt kontroller, og når puberteten nærmer seg foretas det samtaler med barnet.⁹¹

I forbindelse med puberteten, og senest ved fylte 12 år, henvises barnet til en endokrinolog – en lege med spesialisering i hormoner. Undersøkelsen tar sikte på å kartlegge familiens sykehistorie, pasientens sykehistorie, medikamentbruk, samt registrering av høyde og vekt. Foreldrene kan være med på konsultasjonen hvis pasienten samtykker.⁹²

Deretter vurderer en barne- og ungdomspsykiater om pubertetsutsettende behandling bør gis. Utredningsresultatene vurderes deretter av et tverrfaglig team. Barnet og foreldrene får informasjon om behandlingen, herunder antatte fordeler og ulemper, og det gis informasjon om at behandlingen er reversibel.⁹³

⁸⁹ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 49

⁹⁰ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 50

⁹¹ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 51

⁹² IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 51

⁹³ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 52

4.5.3 Hormonbehandling

4.5.3.1 Pubertetsutsettende hormonbehandling

Det kan skilles mellom pubertetsutsettende hormonbehandling og alminnelig hormonbehandling. Pubertetsutsettende hormonbehandling gis til barn mellom 12 og 15 år. Formålet er å utsette puberteten med de typiske kjønnskarakteristika denne gir. Behandlingen gis fra et tidlig tidspunkt av puberteten i form av depotinjeksjoner (sprøyter).⁹⁴ Fra null til tre barn får årlig pubertetsutsettende hormonbehandling ved NBTS.⁹⁵

4.5.3.2 Femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling

Femininiserende og maskuliniserende hormonbehandling gis til barn etter fylte 16 år ved NBTS, men det foreligger ingen klare tall på hvor mange barn som har mottatt slik behandling.⁹⁶ Pubertetsutsettende hormonbehandling er ikke en nødvendig forutsetning for å gi femininiserende og maskuliniserende hormonbehandling.

Under den hormonelle behandlingen gis østrogen ved femininiserende behandling, testosteron ved maskuliniserende. Disse hormonene gjør at vedkommendes kjønnshormon undertrykkes. Hormonene fører til dannelse av det som kalles «sekundære kjønnskarakteristika» - fysiske uttrykk tilhørende det ønskede kjønn. Mann-til-kvinne-pasienter gis *peroralt* eller *transdermalt østrogen*. *Antiandrogener* kan gis i tillegg. Disse hormonene fører til at huden blir tynnere, at kroppsfettet omfordeles til hoftene, at hårveksten på kroppen avtar, at testiklene blir mindre og at spermieproduksjonen etter hvert avtar. Kvinne-til-mann-pasienter gis testosteron. Hormonet fører til omfordeling av fett, skjeggvekst, økt muskelmasse, grovere hud, forstørrelse av klitoris, dypere stemme og opphør av menstruasjon.⁹⁷

4.5.4 Kirurgi

For at kjønnsbekreftende kirurgi skal gis, må personen ha gått igjennom en femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling, men ikke nødvendigvis en pubertetsutsettende hormonbehandling. Det vil her redegjøres kort for slik kirurgi for å vise hva hormonbehandlingen kan lede fram til. Pasienter kan få brystene korrigert, og genitaliene rekonstruert. Inngrepene foretas for å oppnå et mannlig eller kvinnelig utseende. De mest aktuelle inngrepene er be-

⁹⁴ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 53

⁹⁵ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 37

⁹⁶ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 37 og 53

⁹⁷ Tønseth (2010) s. 377

handling av hofteparti, adamseple og hals og nese – alle typiske kroppskaraktistika forbundet med enten menn eller kvinner.⁹⁸

Om pasienten skal ha en mann-til-kvinne-operasjon er det flere former for kirurgi som vil være aktuelle. For det første vil det være aktuelt med brystforstørrende kirurgi. Såkalt «genital rekonstruksjon» vil også være aktuelt. Målsettingen med en slik operasjon er så langt som mulig å konstruere lik funksjon som en vagina.⁹⁹ Ved operasjon fra kvinne til mann vil det være aktuelt å redusere brystene.¹⁰⁰ Ved kjønnsrekonstruksjon finnes det om lag 20 metoder for å konstruere en såkalt «neopenis».¹⁰¹

Det har til nå ikke vært praksis for å gi kjønnsbekreftende kirurgi til barn, ettersom kirurgi først gis når effekten av hormonbehandling kan vurderes. På dette tidspunktet vil pasienten ha fylt 18 år,¹⁰² og dermed være voksent.

4.6 Oppsummering

I dette kapittelet har jeg redegjort for levekårene for personer med kjønnsinkongruens, og vist at kjønnsinkongruens kan medføre signifikante plager og helsetap, samt hvilke helsefremmende tiltak som kan settes i verk for personer med slike lidelser. Dette blir senere relevant for vurderingen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling er å anse som nødvendig helsehjelp i punkt 5.6.

Utbredelsen av transeksualismediagnoser i Norge og i verden viser at kjønnsinkongruens er en reell og tiltagende problemstilling, særlig blant ungdom. Diagnosene som gis for kjønnsinkongruens viser at lidelsen er vitenskapelig anerkjent, men at synet på om det bør gis diagnoser for kjønnsinkongruens – med den potensielle sykeliggjøringen dette medfører – er omstridt. Diagnosene er også relevante for vurderingen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling er nødvendig helsehjelp under punkt 5.6.

Jeg har også gjort rede for behandlingen som gis for kjønnsinkongruens. Dette har jeg gjort for å plassere en hormonbehandling i et større faktisk bilde, men også for å vise hva behandlingen går ut på. Fra utgreiingen vil jeg trekke fram at pubertetsutsettende hormonbehandling gis til barn mellom 12 og 15 år, og at femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling

⁹⁸ Tønseth (2010) s. 377

⁹⁹ Tønseth (2010) s. 377

¹⁰⁰ Tønseth (2010) s. 378

¹⁰¹ Tønseth (2010) s. 378-379

¹⁰² IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 54

gis til barn over 16 år. Dette blir relevant for hvilke regler som gjelder for samtykket til behandlingen i kapittel 7.

5 Har barnet en generell, materiell rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling?

5.1 Innledning

For å ta stilling til om barnet skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling, er det først nødvendig å ta stilling til om barnet i *utgangspunktet har en materiell rett* til denne behandlingen. Barn er alminnelige rettssubjekter etter norsk lovgivning og de folkerettslige rettskildene, og har som utgangspunkt de samme rettighetene som voksne.¹⁰³ I tillegg har barnet rettigheter etter Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen som er av betydning i tilfellene hvor disse rettighetene gir barnet mer vidtgående rettigheter enn rettighetene som tilkommer voksne individer generelt.

For å belyse rettsutviklingen som har skjedd når det gjelder av anerkjennelse av personer med kjønnsinkongruens sin rettslige status, vil jeg først redegjøre for de mest sentrale dommene EMD har avsagt om dette temaet fra år 1985 til 2015. Deretter vil jeg vurdere om retten til privatliv etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, barnekonvensjonen artikkel 16 og EMK artikkel 8 gir en rett til kjønnsidentitet, og hva denne retten eventuelt innebærer. Etter dette stiller jeg spørsmålet om hvorvidt barnets rett til identitet etter Barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 og barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum gir individet rettigheter – og i så fall om rettighetene kun er negative, eller om de også gir en positiv rett til behandling. Til slutt er problemstillingen om kjønnsbekreftende hormonbehandling er å anse som «nødvendig helsehjelp» etter pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd. Om noen av disse bestemmelsene på generelt grunnlag gir staten en positiv plikt til å gi individet behandling, har individet i utgangspunktet en tilsvarende rettighet.

5.2 Et rettslig bakteppe: Den europeiske menneskerettighetsdomstols gradvise utvikling av synet på retten til privatliv og kjønnsidentitet

I dag kan det framstå som opplagt, blant annet med grunnlag i tanken om en demokratisk rettsstat med beskyttelse av minoriteters vern, at et numerisk flertall ikke kan frata et mindretall en så grunnleggende rettighet som retten til selvbestemmelsen over sin identitet. Men det var slett ikke åpenbart for noen tiår siden – i alle fall ikke for Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) eller en rekke europeiske land – at retten til kjønnsidentitet eller «seksuelle rettigheter» var beskyttet av EMK artikkel 8.

¹⁰³ Smith (1991) s. 101

Der spørsmålene om homofiles rettigheter in spe hovedsakelig konsentrerte seg om hvorvidt homofil praksis kunne forbys,¹⁰⁴ kom spørsmålene om transseksuelles rettigheter i en mer subtil form – og handlet da om rettslig anerkjennelse av kjønn, samt rettslige identitetsmarkører i pass, folkeregister, pensjonsrettigheter.¹⁰⁵

Den første saken om kjønnsinkongruens som kom opp for EMD var *Rees mot Storbritannia*.¹⁰⁶ Dommen ble avsagt i 1986, og handlet om en britisk statsborger ved navn Mark Rees. Spørsmålet for EMD var om Rees' rett til respekt for sitt privatliv etter EMK artikkel 8 var krenket av landets nektelse av å anerkjenne Rees' kjønnsidentitet, herunder å endre kjønnsstatus i fødselsattesten.

Vedkommende var født som jente og hadde tidligere hatt navnet Brenda Margaret Rees. Rees hadde fått hormonbehandling og kjønnsoperasjon som ung voksen, og hadde fått inntatt sitt mannlige navn i pass, fødselsattest og folkeregister. Men Rees fikk ikke endret sitt juridiske kjønn, og fikk heller ikke tittelen «Mister» i identitetsdokumenter.¹⁰⁷ Fødselsattesten ble brukt som legitimasjon i forbindelse med ekteskap, krav om pensjon og ved visse privatrettslige avtaler.¹⁰⁸ Klageren anførte at diskrepansen mellom hans sosiale/fysiske kjønn og det rettslige kjønn medførte en kontinuerlig ydmykelse ved at han gjentatte ganger måtte utlevere mer informasjon til fremmede enn andre var nødt til.¹⁰⁹ EMD viste til sin tidligere praksis: EMK artikkel 8 skal i utgangspunktet beskytte borgeren mot vilkårlig inngripen i hans eller hennes privatliv, og er en *negativ rettighet*. Likevel fant EMD å kunne innfortolke plikter for staten etter bestemmelsen. Begrunnelsen var hensynet til individets effektive utøvelse av sin rett til privatliv.¹¹⁰ Selv med bakgrunn i dette, fant ikke domstolen at manglende rettslig anerkjennelse av Rees' kjønn kunne anses som en krenkelse av EMK artikkel 8.¹¹¹

EMD pekte på at statene hadde forskjellig praksis når det gjaldt å anerkjenne transpersoners ønske om å endre juridisk kjønn, og at staten måtte ha en vid skjønnsmargin i slike saker.¹¹² For å avgjøre om staten hadde en forpliktelse, avveide domstolen individets interesser mot samfunnets. EMD la til grunn at det ikke var obligatorisk å utstede en fødselsattest i Storbritannia. Domstolen mente at det å innføre en plikt til å etablere et obligatorisk system for en

¹⁰⁴ Se f.eks EMD *Dudgeon v. Storbritannia*

¹⁰⁵ Andenæs (2012) s 182

¹⁰⁶ EMD *Rees v. Storbritannia*

¹⁰⁷ EMD *Rees v. Storbritannia* avsnitt 12 og 13

¹⁰⁸ EMD *Rees v. Storbritannia* avsnitt 27

¹⁰⁹ EMD *Rees v. Storbritannia* avsnitt 34

¹¹⁰ EMD *Rees v. Storbritannia* avsnitt 35

¹¹¹ EMD *Rees v. Storbritannia* avsnitt 46

¹¹² EMD *Rees v. Storbritannia* avsnitt 37

slik utstedelse – som domstolen mente var følgen hvis klagerens krav skulle etterkommes – ville berøre hele landets befolkning. EMD fant etter dette at spørsmålet lå innenfor statens skjønnsmargin, og at Storbritannia ikke hadde noen plikt til å imøtekomme Rees' – eller andre transpersoners – krav:

«the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances [...] The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments.»¹¹³

Som man kan lese av dette, viste EMD forståelse for transpersoner og deres utfordringer. Siste setning i sitatet kan tolkes som en åpning for andre utfall i framtiden, selv om EMD i 1990 under dissens i saken *Cossey mot Storbritannia*¹¹⁴ kom til samme konklusjon som fire år tidligere.

I 1992 behandlet EMD saken *B. mot Frankrike*.¹¹⁵ B var født som mann, men hadde i voksen alder fått femininiserende hormonbehandling og hadde gjennomgått en operasjon for å konstruere en vagina. Frankrike ville ikke endre Bs kjønnsstatus i folkeregisteret til «kvinne». B mente at nektelsen brøt med EMK artikkel 8, og at den tvang henne til å gi intim og personlig informasjon til tredjepersoner og førte til vanskeligheter i yrkeslivet.¹¹⁶ B argumenterte, blant annet med referanse til dissensvotumet i Cossey-saken, for at forskjellene mellom EMK-statenes praksiser med hensyn til transpersoner var i ferd med å utjevne seg. B viste til resolusjoner og anbefalinger fra Europa-parlamentet og Europarådets parlamentarikerforsamling. Videre argumenterte B med at man så både en rettslig, moralsk og samfunnsmessig endring når det gjaldt synet på transpersoner.

EMD uttalte at:

«it is undeniable that attitudes have changed, science has progressed and increasing importance is attached to the problem of transsexualism. It notes, however, in the light of the relevant studies carried out and work done by experts in this field, that there still remains some uncertainty as to the essential nature of transsexualism and that the legitimacy of surgical intervention in such cases is sometimes questioned.»¹¹⁷

¹¹³ EMD Rees v. Storbritannia avsnitt 47

¹¹⁴ EMD Cossey v. Storbritannia

¹¹⁵ EMD B. v. Frankrike

¹¹⁶ EMD B. v. Frankrike avsnitt 43

¹¹⁷ EMD B. v. Frankrike avsnitt 48

Domstolen konkluderte med at det ikke var en høy nok grad av enighet blant medlemsstatene om synet på transpersoner til å gjøre EMD tilstrekkelig overbevist til å fravike votumet i Rees- og Cossey-sakene.¹¹⁸

Domstolen så likevel hen til folkeregistersystemet i Storbritannia som domstolen hadde fattet sine tidligere avgjørelser på bakgrunn av, og fant at Bs sak skilte seg ad fra faktumet i de tidligere dommene. Frankrike hadde en ordning hvor individet selv måtte søke om navneskifte og påvise en *legitim grunn* for ønsket om å endre navn. Domstolen fant at dette var i strid med EMK artikkel 8, og at Frankrike måtte endre sin praksis med henhold til endring og utstedelse identitetspapirer. Samtidig fravek EMD *ikke* Rees og Cossey-dommene uttrykkelig.

Først 11. juni 2002 avsa EMD en banebrytende dom som eksplisitt tok avstand fra domstolens egen rettspraksis i *Christine Goodwin mot Storbritannia*.¹¹⁹ Goodwin hadde blitt født som mann, men hadde gjennomgått kjønnsbekreftende behandling.¹²⁰ Juridisk var imidlertid Goodwin registrert som mann i de offentlige registrene. Goodwin oppga å ha blitt trakassert av kolleger på arbeidet, noe hun hadde forsøkt å forfølge rettslig i en arbeidsrettsdomstol. Trakasseringssaken førte, i følge Goodwin selv, ikke fram fordi hun juridisk var å anse som en mann. Goodwin hadde også blitt oppsagt en rekke ganger. Hun mente selv at den reelle årsaken var hennes transseksualitet.¹²¹ Videre måtte Goodwin oppgi et identifikasjonsnummer fra den nasjonale helseforsikringsordningen da hun fikk seg nytt arbeid. Dette gjorde henne bekymret for at arbeidsgiver og kolleger skulle finne ut, eller hadde funnet ut, at hun var født som mann.¹²² I Storbritannia var kvinners pensjonsalder 60 år, mens menns var 65 år. Myndighetene hadde avgjort at Goodwin først ville få alderspensjon fra fylte 65 år.¹²³ Ved enheten som administrerte pensjonsytelsene ble Goodwins papirer klausulert som «sensitive», noe som gjorde at kun én offentlig ansatt hadde tilgang til papirene. Dette gjorde all kontakt med det offentlige svært tidkrevende og vanskelig.¹²⁴

For EMD var problemstillingen etter EMK artikkel 8 om Storbritannia hadde unnlatt å etterleve forpliktelsen til å respektere Goodwins privatliv. Spørsmålet var, mer spesifikt, om unnlatelsen av å anerkjenne Goodwins nye kjønn var en krenkelse av denne forpliktelsen.¹²⁵

¹¹⁸ EMD B. v. Frankrike avsnitt 48

¹¹⁹ EMD Goodwin v. Storbritannia

¹²⁰ Ibid. avsnitt 13

¹²¹ Ibid. avsnitt 15

¹²² Ibid. avsnitt 16

¹²³ Ibid. avsnitt 17

¹²⁴ Ibid. avsnitt 19

¹²⁵ Ibid. avsnitt 71

Domstolen konstaterte først at:

«the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings [...]. In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. *In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.*»¹²⁶

EMD fant med andre ord at EMK artikkel 8 beskytter individets identitet, og at den uholdbare situasjonen transseksuelle befant seg i, tilhørende hverken det ene eller det andre kjønn, ikke kunne opprettholdes eller videreføres.¹²⁷

Deretter uttalte EMD at domstolen anerkjente at en omlegging av de statlige registersystemer ville innebære vesentlige konsekvenser. Men EMD mente at disse var løsbare og overkommelige. Domstolen uttalte at:

«No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost.»¹²⁸

Sitatet viser tydelig at EMD inntok en ny posisjon i spørsmålet om retten til kjønnsidentitet. Siden det ikke forelå noen offentlige interesser av betydning som domstolen kunne avveie Goodwins rett til privatliv og anerkjennelsen av klagerens kjønnsidentitet mot, kom domstolen til at vektskålen i «fair balance»-vurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2 nå tippet i Goodwins favør. Inngrepet i Goodwins privatliv var derfor ikke forholdsmessig, og EMK artikkel 8 var derfor krenket.¹²⁹

EMD konstaterte at også EMK artikkel 12 var krenket ettersom Goodwin heller ikke ble tillatt å gifte seg med en mann, og fant at spørsmålet om ekteskap ikke lå innenfor den nasjonale skjønnsmarginen.¹³⁰

¹²⁶ EMD Goodwin v. Storbritannia avsnitt 90. Mine kursiveringer

¹²⁷ EMD Goodwin v. Storbritannia avsnitt 90. Mine kursiveringer

¹²⁸ EMD Goodwin v. Storbritannia avsnitt 91

¹²⁹ EMD Goodwin v. Storbritannia avsnitt 93

¹³⁰ EMD Goodwin v. Storbritannia avsnitt 103-104.

I saken *van Kück mot Tyskland*,¹³¹ avsagt i 2003, tok EMD stilling til om artikkel 6 om retten til rettfærdig rettergang og artikkel 8 om retten til privatliv var krenket etter at en kvinne som hadde gjennomgått en kjønnskifteoperasjon ikke fikk dekket utgiftene til hormonbehandling av sitt forsikringsselskap, fordi de tyske domstolene ikke fant at utgiftene gjaldt nødvendig medisinsk behandling. Van Kück hadde gjennomgått operasjonen i samsvar med sin leges råd.¹³² Domstolen fant at både EMK artikkel 6 og 8 var krenket.

EMD fant at vurderingen av hvorvidt en kjønnsbekreftende operasjon var medisinsk nødvendig ikke var «a matter of legal definition»,¹³³ under henvisning til blant annet Goodwin-saken. Selv om domstolen slo fast at den medisinske nødvendigheten var et tema som *ikke* var underlagt rettslig overprøving, åpnet domstolen for at behandlingen *kunne være nødvendig* ved å uttale at «gender identity is one of the most intimate areas of a person's private life. The burden placed on a person in such a situation to prove the medical necessity of treatment, including irreversible surgery, appears therefore disproportionate.»¹³⁴

Domstolen fant at de tyske domstolene skulle ha innhentet ekspertuttalelser,¹³⁵ at tyske domstolers tolkning av «nødvendig» med tilhørende beviskrav ikke var rimelig, og at Tysklands krav om bevis dermed var i strid med EMK artikkel 6.¹³⁶ Selv om EMDs tilnærming i all hovedsak var prosessuell, anerkjente domstolen implisitt at kjønnsbekreftende behandling kan være nødvendig – selv om selve nødvendighetsvurderingen ikke var underlagt et rettslig skjønn. Det var de strenge beviskravene og mangelfulle beslutningsgrunnlag som krenket retten til privatliv, ikke unnlåtelsen av å anerkjenne en operasjon som nødvendig per se.

Ved vurderingen av om det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8, tok retten utgangspunkt i at anke-domstolen i Tyskland hadde bebreidet van Kück for å ha forårsaket sin egen transseksualisme. Retten slo fast at «the essential nature and cause of transsexualism are uncertain».¹³⁷ Van Kück måtte overfor tyske domstoler bevise sin transseksualisme, og sannsynliggjøre at tilstanden gjorde hormonbehandling og kirurgi nødvendig.¹³⁸ Domstolen fant at dette var et uforholdsmessig inngrep, og henviste til Goodwin-dommen.¹³⁹ Retten fant etter dette at det

¹³¹ EMD van Kück mot Tyskland

¹³² EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 83

¹³³ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 54

¹³⁴ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 56

¹³⁵ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 55

¹³⁶ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 56

¹³⁷ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 81

¹³⁸ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 81

¹³⁹ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 82

ikke var oppnådd noen rimelig balanse mellom forsikringsselskapets og van Kücks interesser.¹⁴⁰ Artikkel 8 var derfor krenket.

EMDs sak *Y.Y mot Tyrkia*,¹⁴¹ avsagt i 2015, gjaldt en person født i 1981, som fra ung alder hadde følt seg som en mann.¹⁴² Vedkommende ønsket en kjønnsbekreftende operasjon, men ønsket ikke å fjerne sine reproduktive organer. Spørsmålet for domstolen var om Tyrkias krav om irreversibel sterilisering for å gi kjønnsbekreftende behandling kunne opprettholdes. Retten fant at EMK artikkel 8 var krenket. Dommen gir uttrykk for EMDs vurdering av retten til kjønnsidentitet per 2015: EMD uttalte, under henvisning til Kück- og Goodwin-sakene, at saken direkte berørte individers rett til å avgjøre sin egen kjønnsidentitet – en vesentlig del av retten til selvbestemmelse. Domstolen understreket i denne sammenheng at det var viktig for domstolen å vurdere behovet for hensiktsmessige juridiske tiltak.¹⁴³

EMD uttalte i denne sammenheng at:

«qu'il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rendent les garanties non pas théoriques ou illusoire, mais concrètes et effectives. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration»¹⁴⁴

EMD mente at EMK artikkel 8 måtte tolkes dynamisk for at dens garanterte rettigheter ikke skulle være teoretiske og illusoriske, men konkrete og effektive. Domstolen framhevet deretter transseksuelles rett til å utøve retten til sin personlige utvikling, samt fysisk og moralsk integritet, og framholdt at tyrkiske domstoler hadde nektet klageren den fysiske endringen han ønsket.¹⁴⁵ EMD uttalte at «qu'il peut y avoir une atteinte grave au droit au respect de la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle»¹⁴⁶ - med andre ord forelå det en alvorlig krenkelse av EMK artikkel 8 om nasjonal lovgivning ikke respekterte en viktig del av persons identitet.

Under henvisning til Goodwin-saken konstaterte EMD at man ikke kan gå ut fra at en så komplisert prosess som en kjønnsbekreftende behandling innebærer er forhastet eller preget av et ureflektert innfall – «d'irréfléchi».¹⁴⁷ Retten fant etter dette at Tyrkias krav om sterilisering ikke var nødvendig, og at retten til privatliv etter EMK artikkel 8 var krenket.

¹⁴⁰ EMD van Kück mot Tyskland avsnitt 84

¹⁴¹ EMD Y.Y. mot Tyrkia

¹⁴² EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 6

¹⁴³ EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 102

¹⁴⁴ EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 103. Dommen foreligger kun på fransk.

¹⁴⁵ EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 109

¹⁴⁶ EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 114

¹⁴⁷ EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 115

Dommen i Y.Y. mot Tyrkia ble avsagt 10. mars 2015. Utviklingen fra Dudgeon-dommen i 1986 og fram til dagens rettstilstand er en historie om dynamisk tolkningsmetode, fleksible tolkningsbegreper og rettens samspill med endrede holdninger i samfunnet for øvrig.

I Norge presser også den samfunnsmessige og rettslige diskusjonen om retten til kjønnsidentitet seg fram. Kampen for anerkjennelse foregår langs to fronter. Én av dem er den kampen personer med kjønnsinkongruens fører for rettslig anerkjennelse av sitt kjønn, som dreier seg om offentlige registre, pass og identitetspapirer. Den andre er kampen for rett til behandling som virkemiddel for å oppnå et samsvar mellom kjønnsidentiteten og kjønnsuttrykket. Denne avhandlingen tar utgangspunkt i den sistnevnte diskusjonen, og ønsker som nevnt å svare på hvilke rettigheter barn har ved spørsmål om en kjønnsbekreftende behandling for kjønnsinkongruens skal gis.

5.3 Retten til privatliv

Ved grunnlovsrevisjonen, foretatt i mai 2014, ble to nye bestemmelser inntatt i Grunnloven. Begge er av betydning for barns rett til respekt for sitt menneskeverd. Grunnloven § 102 første ledd første punktum grunnlovfester *individets rett* til respekt for sitt privatliv og familieliv. Grunnloven § 104 tredje ledd første punktum grunnlovfester *barnets rett* til vern om sin personlige integritet. Bestemmelsene må tolkes i lys av barnekonvensjonen artikkel 16, EMK art. 8 og konvensjonsorganenes tolkningspraksis. Jeg vil i det følgende foreta en vurdering av om disse bestemmelsene gir barnet en rett til kjønnsidentitet.

Grunnloven § 102 første ledd første punktum slår fast at: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv.» Menneskerettighetsutvalget argumenterte for å grunnlovsfeste denne rettigheten: «En grunnlovsfesting av privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern vil fremheve *det rettslige utgangspunkt* om ivaretagelse av disse verdiene i norsk rett.»¹⁴⁸ Utvalget slo fast at § 102 første ledd omfatter personvernet i vid forstand og skal ivareta «den personlige integritet, herunder ivaretagelse av den enkeltes mulighet for privatliv, selvbestemmelse og selvutfoldelse.»¹⁴⁹

Barnekonvensjonen artikkel 16 lyder:

«1. Ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie, sitt hjem eller sin korrespondanse, eller for ulovlige angrep mot sin ære eller sitt omdømme.

¹⁴⁸ Dokument 16 (2011- 2012) s. 176. Utvalgets kursiveringer

¹⁴⁹ Dokument 16 (2011- 2012) s. 177

2. Barnet har rett til lovens beskyttelse mot slik innblanding eller slike angrep.»

EMK artikkel 8 nr. 1 konstaterer at «[e]nhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.» Ordlyden i Grunnloven § 102 ligger nært opp til formuleringen i EMK artikkel 8. Grunnloven § 102 første ledd, barnekonvensjonen artikkel 16 og EMK artikkel 8 gir alle anvisning på at den enkeltes privatliv og intimsfære skal respekteres.

Høyesterett har i avgjørelsen i Rt. 2015 s. 93 tatt utgangspunkt i EMDs foreliggende praksis per mai 2014 ved tolkningen av § 102. Høyesterett slo deretter fast at «menneskets fysiske og psykiske *integritet*, alle de ulike elementene i den enkeltes *identitet* i videste forstand, og den *personlige autonomi*»¹⁵⁰ står sentralt i bestemmelsen. Førstvoterende trakk fram at retten til privatliv først og fremst beskytter mot statlige inngrep, men at retten også gjør seg gjeldende ved beskyttelsen av individet mot andre enkeltindivider.¹⁵¹

EMK artikkel 8 nr. 1 lyder: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.» På tidspunktet da EMD-dommene om EMK artikkel 8 og 6 – omtalt i punkt 5.4 – ble avsagt, var klagerne hovedsakelig post-operative voksne transseksuelle eller voksne som ikke hadde fått kirurgi. Ettersom aldersgrensen for kjønnsbekreftende kirurgi i Norge er 18 år, er den rettslige stillingen for voksne som ønsker eller har fått kjønnsbekreftende operasjon ikke direkte relevant for mitt tema. Det relevante i denne sammenheng er hvilken *generell* rett til kjønnsidentitet man kan utlede av rettskildematerialet, og hvilke særlige hensyn som gjør seg gjeldende når det er tale om barn. Jeg vil først drøfte om det følger noen generell rett til kjønnsidentitet av EMK artikkel 8 og 6, og dermed hvilken rett som følger av Grunnloven §§ 102 og 104.

Gjennomgangen av EMDs praksis i punkt 5.2 viser at EMD, etter først å ha anerkjent individets rett til *rettslig anerkjennelse* av sin kjønnsidentitet, har gått over til å etablere visse positive forpliktelser for andre. I Kück-saken var det spørsmål om refusjon i etterkant av behandling fra private, og domstolen slo fast at beviskravene til at behandlingen skulle være nødvendig stred med EMK artikkel 8, ettersom operasjonen Kück hadde gjennomgått var både inngripende og irreversibel.

Spørsmålet er om EMD også vil ilegge stater en tilsvarende forpliktelse til å *utføre* eller *dekke utgiftene* ved slike operasjoner, ettersom behandlingen generelt er anerkjent som å kunne være nødvendig. EMD har anerkjent post-operative personer med kjønnsinkongruens rettslig, ilagt

¹⁵⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58. Rettens kursiveringer

¹⁵¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 59

stater og tredjeparter (i Kück: forsikrings-selskapet) forpliktelse og framholdt at retten til kjønnsidentitet hører inn under EMK artikkel 8.

Det norske helsesystemet skiller seg vesentlig fra det tyske, ettersom det tyske helsesystemet bygger på korporative forsikringsavtaler, mens det i Norge er staten som i all hovedsak dekker utgiftene i forbindelse med helsehjelp – med visse unntak for private helsetjenester. For Norge vil implikasjonen likevel være at om helsepersonell først finner behandlingen *nødvendig* og *forsvarlig* (se nærmere om forsvarlighetskravet under punkt 6.3), vil det fort kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel 8 om vedkommende ikke får den nødvendige behandlingen.

I litteraturen har Marshall argumentert for at EMD har beveget seg mot en linje hvor domstolen gir individet et juridisk krav på personlig frihet som gir vedkommende muligheten til å velge sitt eget liv uten urimelige hindre. Ifølge ham tolker EMD nå frihets-begrepet under EMK artikkel 8 slik at individet har en rett til selvbestemmelse eller å skape seg selv, så lenge individets valg ikke skader andre.¹⁵²

Dette stemmer også med det som etter mitt syn kan trekkes ut av EMD-dommene: *Kjernen av retten til privatliv* er en beskyttelse mot uforholdsmessig innblanding i sitt privatliv som også gjelder individets kjønnsidentitet, men den logiske *følgen* vil i visse tilfeller bli at krenkelser av denne retten gir seg utslag i form av positive rettigheter for individet. De positive rettighetene retten til privatliv etablerer innebærer prosessuelle rettigheter, rettigheter knyttet til juridisk anerkjennelse, samt en rett til å få dekket en behandling som allerede er funnet å være medisinsk nødvendig og forsvarlig. Spørsmålet om barnet har en rett til behandling etter EMK artikkel 8, blir likevel stående igjen som et ubesvart spørsmål etter denne gjennomgangen.

For å besvare spørsmålet om hvorvidt barnet har en *rett til behandling*, vil jeg i det følgende ta utgangspunkt i barnets rett til identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8, barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonens artikler 6 og 24 eller retten til nødvendig helsehjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 b første ledd.

5.4 Barnets rett til å bevare sin identitet

Barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 slår fast at: «Partene forplikter seg til å respektere barnets rett til å bevare sin identitet, herunder statsborgerskap, navn og familieforhold som anerkjent

¹⁵² Marshall (2008) s. 122

av loven, uten ulovlig innblanding.» Spørsmålet blir derfor om Barnekonvensjonen artikkel 8 gir statene forpliktelser som går lengre enn EMK, og derfor gir barnet en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling.

Bestemmelsen omhandler barnets rett til «identitet», og beskytter barnet mot ulovlig innblanding i denne. Det første spørsmålet blir derfor om et barns tilhørighet til det andre fysiske kjønn er å regne som «identitet» etter barnekonvensjonen artikkel 8. Som nærmere utdypning av hva som regnes som identitet, nevnes statsborgerskap, navne- og familieforhold som ikke-uttømmende eksempler. Dette åpner for at en rekke andre forhold også kan regnes som «identitet». Barnekomiteen har vist til barnets «sex» og «sexual orientation»¹⁵³ som eksempler på hva som omfattes av barnets identitet. Hodgkin og Newell nevner «the child's physical appearance, abilities, gender identity and sexual orientation».¹⁵⁴ Transseksualisme omhandler i høyeste grad spørsmål om kjønnsidentitet. Derfor må formuleringen «identitet» også sies å omfatte kjønnsinkongruens.

Etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 forplikter partene seg til å respektere barnets rett til å «bevare» sin identitet. Spørsmålet blir dermed om å «bevare» barnets identitet også omfatter det å gi barn en kjønnsbekreftende hormonbehandling. Ordlyden omfatter både fravær av innblanding i barnets allerede etablerte identitet, og mer teknisk bevaring av registre om fødsels- og slektskapsforhold, samt om forhold fra tidlig barndom som barnet ikke kan ventes å huske selv.¹⁵⁵

For at det skal følge en rett for barn med diagnosen transseksualisme til å få behandling, må det først drøftes om en fysisk behandling faller inn under barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 og deretter hvilke forpliktelser som følger av bestemmelsen.

Det første spørsmålet blir om en ønsket endring av den kroppslige uttrykksformen også omfattes av å «bevare» en etablert identitet. Rent språklig kan formuleringen tale imot å anvende denne retten på en fysisk endring som ennå ikke har skjedd. Den psykologiske/mentale kjønnsidentiteten er likevel etablert på tidspunktet den fysiske endringen ønskes. Barnekonvensjonen kan, som nevnt i punkt 3.3.3, tolkes dynamisk. At transseksualisme er en tilstand som kan kreve medisinsk behandling er i høy grad akseptert i dagens samfunn. Både Barnekomiteen og litteraturen trekker kjønnsidentitet fram som et eksempel på hva barnets rett til å bevare sin

¹⁵³ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 55

¹⁵⁴ Hodgkin (2005) s 115

¹⁵⁵ Hodgkin (2005) s 115

identitet omfatter.¹⁵⁶ Dette taler for at en behandling vil tjene til å bekrefte eller bevare den identiteten barnet allerede føler at han/hun har.

Etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 skal statene «respektere» barnets rett til å bevare identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1. Dette kunne indikert at bestemmelsen først og fremst ga en frihet fra innblanding. Men også positive forpliktelser for statene følger av bestemmelsen. Statenes forpliktelser er først og fremst å sørge for tekniske innretninger som informasjonsregistre. Likevel ville barnet rett til å bevare sin identitet lett bli illusorisk om den ikke ga ytterligere forpliktelser for statene enn å sørge for visse tekniske fasiliteter.

En stat ville ikke kunne sies å respektere barn med særskilte behov for tiltak for å bevare dets identitet kun ved å unnlate å gripe inn. Derfor kan det sies å måtte oppstilles visse positive forpliktelser, som vil variere fra situasjon til situasjon, fra det enkelte barnets behov til et annets. Slike tiltak vil kunne være å legge til rette for at barnet kan utforske sin kjønnsidentitet, skape forståelse i barnets miljø, eller å gi barnet behandling. En rett til kjønnsbekreftende behandling må derfor kunne sies å følge av barnets rett til identitet, men det nærmere innholdet av retten må finnes i barnets rett til helse og utvikling, samt retten til nødvendig helsehjelp, som jeg vil redegjøre for i henholdsvis punkt 5.5 og 5.6.

5.5 Barnets rett til helse og utvikling

Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum slår fast at «[s]tatens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.» I forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen henvises det ikke eksplisitt til barnekonvensjonen artikkel 24 som inspirasjon for bestemmelsen. Men ettersom barnekonvensjonen uansett er inkorporert i norsk rett, vil barnekonvensjonen artikkel 24 likevel være relevant ved fastleggelsen av barnets rett til helse og utvikling.

Spørsmålet er hvilke rettslige forpliktelser § 104 tredje ledd annet punktum pålegger staten overfor barn, og hva som ligger i formuleringen «legge forholdene til rette» for «barnets utvikling», herunder «sikre» at barnet får den «nødvendige [...] sosiale og helsemessige trygghet». Å «legge forholdene til rette» for barnets utvikling, er ikke det samme som at barnet har en rett til utvikling og sikre barnets helsemessige trygghet.

Menneskerettighetsutvalget slo fast at:

¹⁵⁶ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 55. Hodgkin (2005) s 115

«Denne formuleringen får frem at staten har en plikt til å legge forholdene til rette for barns utvikling, samtidig som den får frem at staten ikke er en garanti for at alle barn får utvikle seg på en god måte. Formuleringen tydeliggjør imidlertid at når det gjelder de ytre rammene som staten særlig kan gjøre noe med, slik som økonomisk, sosial og helsemessig trygghet, får staten et større ansvar for å sikre disse forholdene.»¹⁵⁷

Å «legge forholdene til rette», jmfør Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum, er «ikke ment å kunne påberopes for domstolene, men er ment som en politisk rettesnor.»¹⁵⁸ Å «sikre» at barnet får den sosiale og helsemessige trygghet «vil i større grad kunne prøves for domstolene».¹⁵⁹ Bestemmelsen krever følgelig et helsetilbud som ivaretar barnets trygghet, og at det gir barnet en materiell rett til dette. Ved den konkrete fastleggelsen av hvor langt statens forpliktelse strekker seg, og om den gir barnet en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling, må det ses hen til barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 1. Barnekonvensjonen artikkel 6 vil danne et bakteppe for tolkningen av barnets rett til helse. Barnekonvensjonen art 6 lyder som følger:

- «1. Partene erkjenner at hvert barn har en iboende rett til livet.
2. Partene skal så langt det er mulig sikre at barnet overlever og vokser opp.»

I den autentiske, engelske versjonen av barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 2 er formuleringen «development», ikke «vokser opp» som i den norske versjonen. I det følgende bruker jeg uttrykket *utvikling* i stedet for «vokser opp».

Barnekomiteen har framhevet statenes forpliktelse til å sørge for barnets utvikling, herunder de fysiske, mentale og sosiale sidene av barnets utvikling.¹⁶⁰ Komiteen finner at «a number of determinants need to be considered for the realization of children's right to health, including individual factors such as age, sex, educational attainment, socioeconomic status and domicile».¹⁶¹

Spørsmålet blir etter dette om retten til helse innebærer en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling.

Barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 1 første punktum konstaterer at statene skal anerkjenne barnets rett til å nyte godt av «den høyest oppnåelige helsestandard». Formuleringen tar hensyn til både barnets biologiske, sosiale, økonomiske og kulturelle forutsetninger og til statens

¹⁵⁷ Dokument 16 (2011- 2012) s. 194

¹⁵⁸ Dokument 16 (2011- 2012) s. 194

¹⁵⁹ Dokument 16 (2011- 2012) s. 194

¹⁶⁰ Generell kommentar nr. 15 avsnitt 16

¹⁶¹ Generell kommentar nr. 15 avsnitt 17

ressurser.¹⁶² Et velstående land som Norge vil med andre ord vanskeligere bli hørt med at ressursene ikke strekker til. Barn skal videre nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard og «behandlingstilbud for sykdom og rehabilitering». Barns rett til helsetilbud må realiseres gjennom forebyggings- og helsetjenester i tilstrekkelig mengde og kvalitet, som er tilgjengelig for alle deler av befolkningen.¹⁶³

Etter barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 1 andre punktum skal partene «bestrebe seg på å sikre at ingen barn fratras sin rett til adgang til slike helsetjenester.» Formuleringen gir en streng forpliktelse for statene til å sikre at relevante helsetjenester både er tilgjengelige og oppnåelige. Barnekomiteen framhever også viktigheten av et godt primærhelsetilbud med et fokus på bakenforliggende årsaker som påvirker barns helse og et godt nok juridisk rammeverk.¹⁶⁴ Komiteen framhever at barnet, i samsvar med dets alder og modenhet, bør ha mulighet til å få fortrolig veiledning uten foreldrenes samtykke når fagpersoner har vurdert dette som å være til barnets beste. Komiteen slår videre fast at staten bør vurdere å tillate barn å samtykke til visse medisinske behandlinger eller inngrep uten samtykke fra foreldre eller den eller dem med foreldreansvaret. Som eksempel på slike tiltak nevnes HIV-testing, helsetjenester i forbindelse med reproduktiv helse, seksuell helse, prevensjon og abort.¹⁶⁵

Videre skal partene etter barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 2 arbeide for full gjennomføring av retten til helse. Deretter angis en rekke konkrete mål og helseområder statene skal treffe egnede tiltak for å etterleve, blant annet å «reducere spedbarns- og barnedødelighet» etter bokstav a, «sikre at det ytes nødvendig legehjelp og helseomsorg til alle barn med vekt på utviklingen av primærhelsetjenesten» etter bokstav b, «bekjempe sykdom og feilernæring» etter bokstav c, «sikre egnet helseomsorg for mødre før og etter fødselen» etter bokstav d. Barnekomiteen slår fast at statene, etter denne bestemmelsen, skal arbeide for å identifisere og sette på dagsorden andre relevante emner for barns rett til helse.¹⁶⁶

Anerkjennelsen av barnets rett til å nyte godt av «den høyest oppnåelige helsestandard» i barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 1 første punktum er en sterk, formålsorientert forpliktelse, ettersom det er den «høyeste» helsestandard barnet skal nyte gode av. I lys av formålet vil forpliktelsen i prinsippet også gjelde retten til kjønnsbekreftende behandling så lenge denne formen for behandling er anerkjent av norske myndigheter. Imidlertid taler ordlyden, og de de basale behovene som oppgis i artikkel 24 nr. 2 bokstav a til f, for at bestemmelsen skal sikre

¹⁶² Generell kommentar nr. 15 avsnitt 23

¹⁶³ Generell kommentar nr. 18 avsnitt 25

¹⁶⁴ Generell kommentar nr. 18 avsnitt 28

¹⁶⁵ Generell kommentar nr. 18 avsnitt 31

¹⁶⁶ Generell kommentar nr. 18, avsnitt 32

grunnleggende rettigheter til barn, derav det store fokuset på primærhelsetjenesten, sanitærforhold og reproduktiv helse.

Her kommer en ordlydsorientert og formålsorientert fortolkning i et visst motsetningsforhold, ettersom de konkrete forpliktelsene synes å ta sikte på helt andre forhold enn eksempelvis kjønnsinkongruens. Jeg velger likevel å tolke barnekonvensjonen artikkel 24 teleologisk. Siden kravene i barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 2 må anses som minstestandarder, må høyere krav stilles til velutviklede og rike land som Norge: Jo mer ressurssterkt et land er, jo høyere krav stilles til helsetilbudet til barn. Barn har rett til helsehjelp på lik linje med det tilbudet som gis til *voksne* i det enkelte landet. Behandling for kjønnsinkongruens gis i en rekke land, herunder Norge. Behandlingen er dessuten anerkjent av EMD, se punkt 5.3. Dette taler for at barnet har rett til en kjønnsbekreftende hormonbehandling.

Peleg har argumentert for at barnekonvensjonen artikkel 24 og artikkel 6 må ses i sammenheng. Han viser til at retten til utvikling etter artikkel 6 nr. 2 opprinnelig ikke var ansett som en frittstående rettighet, men et *virkemiddel* for å oppnå barnets rett til liv og overlevelse etter artikkel 6 nr. 1. Også Peleg viser til en tolkning av artikkel 6 som opphever skillet mellom positive og negative rettigheter, og viser til forpliktelsen til å redusere spedbarnsdødelighet, drap mv.¹⁶⁷ Han påpeker at grensene mellom målene i barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 2 om barnets rett til utvikling og retten til liv etter barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 1 kan være flytende. Hodgson gjør seg de samme betraktninger:¹⁶⁸ «Some of these goals overlap with the positive obligation that the right to life generates. Moreover, this interpretation does not sufficiently distinguish it from the other rights of the child that the Convention protects, such as the right to health (Article 24)».¹⁶⁹

Peleg framholder en tolkning av retten til liv og utvikling som setter barnets behov på lang sikt i fokus, en prospektiv rett med fokus på barnets livsløp og framtid som tar sikte på å sørge for barnets modningsprosess og den voksne personen barnet en gang vil bli:¹⁷⁰ «The right to development should be understood as a positive right that aims to ensure the child's transformation into an adult.»¹⁷¹ Denne retten medfører en rett for barnet til å få oppfylt både materielle, åndelige, fysiske, emosjonelle og kulturelle behov som er nødvendige for en sunn utvik-

¹⁶⁷ Peleg (2012) s 95

¹⁶⁸ Hodgson (1994) s. 386

¹⁶⁹ Peleg (2012) s 96

¹⁷⁰ Peleg (2012) s 96

¹⁷¹ Peleg (2012) s 97

ling.¹⁷² Som Nowak sier, må det anlegges en *helhetlig tilnærming* til barnets rett til utvikling.¹⁷³

«Only those States which fully comply with all civil, political, economic, social and cultural rights for the child guaranteed in the CRC can be considered as having ensured, 'to the maximum extent possible', the development of all children within their jurisdiction. If States create an environment that enables all children to grow up in a *healthy* and protected manner, free from fear and want, and to develop their *personality* [...] they at the same time implement the right to human development. »¹⁷⁴

For å etterleve forpliktelsen, må Norge derfor sikre barnets utvikling «så langt det er mulig», jamfør barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 2 – og ved etterlevelsen også fremme barnets helse og personlighet. Derfor må behandlingen også tilkomme barn, særlig med den begrunnelse at barnets rett til utvikling etter artikkel 6 nr. 2 må tolkes og etterlevs i nær sammenheng med retten til den høyest oppnåelige helsestandard etter barnekonvensjonen artikkel 24. De to bestemmelsene henger nøye sammen ved tale om barn med kjønnsinkongruens. Om formuleringen «så langt det er mulig» («to the maximum extent possible») i barnekonvensjonen artikkel 6 nr. 2 skal ha et innhold, må den innebære at også barn i utgangspunktet vil kunne ha rett til en kjønnsbekreftende hormonbehandling.

5.6 Retten til nødvendig helsehjelp

Selv om en positiv rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling i utgangspunktet kan sies å følge av barnets rett til å bevare sin identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8. nr. 1, barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, samt barnekonvensjonen artikkel 24 sammenholdt med artikkel 6, vil det konkrete innholdet av rettigheten – omfanget og arten av den kjønnsbekreftende behandlingen – måtte fastlegges i hvert enkelt tilfelle. Retten til nødvendig helsehjelp følger i særlovgivningen av pasientrettighetsloven § 2-1 b.

Pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd første og annet punktum slår fast at: «[p]asienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Retten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt.» NBTS regnes som «spesialisthelsetjenesten», jamfør spesialisthelsetjenesteloven¹⁷⁵ § 1-2 første ledd.¹⁷⁶ Spørsmålet er etter dette om kjønnsbekreftende hormonbehandling er å anse

¹⁷² Peleg (2012) s 99 og Hodgson (1994) s. 386

¹⁷³ Nowak (2005) avsnitt 81.

¹⁷⁴ Nowak (2005) avsnitt 81. Mine kursiveringer

¹⁷⁵ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven)

¹⁷⁶ Forutsetningsvis i IS-2013-5, s. 8 og Innst. S. nr. 169 (2000-2001). Vedlegg 1 og IS-0496 s. 137

som «nødvendig helsehjelp» etter pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd første og annet punktum og om særlovgivningen er i overensstemmelse med forpliktelsene som følger av bestemmelser med høyere rang på dette punktet.

Pasientrettighetsloven § 2-1 b ble tilført ved lov av 24. juni 2011 nr. 30, men var ment å «videreføre pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd første punktum og andre til syvende ledd».¹⁷⁷ Uttalelser i forarbeider, rettsavgjørelser og juridisk litteratur om pasientrettighetsloven § 2-1 er derfor relevant ved tolkningen av den nye bestemmelsen.

Det finnes ingen nærmere særregulering av behandling for transseksualisme, selv om dette har vært diskutert: Etter spørsmål fra stortingsrepresentant Ballo om særlovgivning om transsek-suelles rettigheter, foretok Helse- og omsorgsdepartementet i 2001 en gjennomgang av de generelle bestemmelsene om pasienters rettigheter og drøftet behovet for særlovgivning på dette området. Departementet tok utgangspunkt i hvordan inngrepet ville blitt ansett i straffere-tten. Departementet avgrenset slike operasjoner mot steriliseringer etter steriliseringslo-ven,¹⁷⁸ som det fant at ikke regulerte forhold utover kastrering og sterilisering. Departementet fant at spesialisthelsetjenesten ivaretok transpersoners tilgang til helsetjenester, men ville li-kevel vurdere en særlov.¹⁷⁹ Under debatten i Stortinget viste saksordføreren til at transsek-suelles behov syntes å være dekket i den generelle lovgivningen, men tok til orde for vurdering av en særlov, noe justisministeren sluttet seg til.¹⁸⁰ En særlov kom som kjent ikke i stand, og man må derfor falle tilbake pasientrettighetslovens generelle bestemmelser.

5.6.1 «Helsehjelp»

5.6.1.1 *Oversikt*

Etter første ledd har pasienten rett til «nødvendig helsehjelp». Hva som ligger «helsehjelp» framgår av 1-3, og det defineres som «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behand-lende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av hel-sepersonell».

¹⁷⁷ Prop.91 L (2010-2011) s. 483

¹⁷⁸ Lov 3. juni 1977 nr. 57 om sterilisering

¹⁷⁹ Innst. S. nr. 169 (2000-2001). Vedlegg 1

¹⁸⁰ Stortingets møte 20. mars 2001 s. 2336-2337

Helsehjelps-definisjonen kan spaltes i to vilkår som begge må være oppfylt for at man skal kunne tale om helsehjelp. For det første må handlingen ha et medisinsk formål. For det andre må handlingen må være «utført av helsepersonell».¹⁸¹

5.6.1.2 Handlinger med «diagnostisk» eller «behandlende» formål

Oppregningen av hva som er å anse som helsehjelp favner en rekke handlinger. For denne avhandlingen er handlinger med diagnostisk og/eller behandlende formål de mest aktuelle. Med «diagnostisk» menes tiltak som basert på sykehistorie og funn for å fastlegge om en pasient har en lidelse, hva årsaken til lidelsen er og hvordan denne kan behandles. Handlinger som har et «behandlende» formål har som mål å helbrede pasienten helt eller delvis.¹⁸² Kjønnsbekreftende behandling, både diagnostisering og handlinger med et behandlende formål tar sikte på å bedre individets helsetilstand. Dette taler for at kjønnsbekreftende behandling oppfyller formåls-vilkåret. Også praksis fra pasientskadenemnda legger dette til grunn.¹⁸³

I litteraturen er tilsvarende standpunkt lagt til grunn. Lasse Warberg antar at kjønnsbekreftende operasjoner er «helsehjelp».¹⁸⁴ Dette selv om kjønnskifteoperasjoner ikke har rent «tradisjonelt medisinsk formål», ettersom det er psykiske plager knyttet til kroppsuttrykket man ønsker å behandle somatisk/medisinsk. Pubertetsutsettende hormonbehandling kan inngå i behandlingsforløpet før en operasjon gis, og femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling må gis før en operasjon. Dette taler for at det samme som Warberg uttaler må gjelde for alle former for kjønnsbekreftende behandling, også hormonbehandlingen.

Kjønnsbekreftende behandling har derfor et diagnostisk eller behandlende formål. Dette vilkåret er derfor oppfylt.

5.6.1.3 Handlinger «utført av helsepersonell»

I tillegg til vilkåret om formålet, må handlingen være utført av helsepersonell for å oppfylle begge vilkårene for å kunne anses som «helsehjelp». Helsepersonell defineres i helsepersonelloven § 3 første ledd som:

«1. personell med autorisasjon etter § 48 eller lisens etter § 49,

¹⁸¹ Syse (2009) s 134

¹⁸² Syse (2009) s 134

¹⁸³ PSN-2010-1009 Pasientskadenemnda - vedtak

¹⁸⁴ Warberg (2001) s. 71

2. personell i helse- og omsorgstjenesten eller i apotek som utfører handlinger som nevnt i tredje ledd,
3. elever og studenter som i forbindelse med helsefaglig opplæring utfører handlinger som nevnt i tredje ledd.»

Det vil sjelden by på problemer å fastlegge hvem som er å anse som helsepersonell. For denne avhandlingens vedkommende vil det – i henhold til dagens praksis – primært være tale om leger, psykologer og sykepleiere som gir helsehjelpen. Disse er alle å anse som helsepersonell, jamfør helsepersonelloven¹⁸⁵ §§ 48 og 49. Vilkåret om at handlingene må utføres av helsepersonell er derfor oppfylt.

Kjønnsbekreftende hormonbehandling kan etter dette anses for å være «helsehjelp».

5.6.2 «Nødvendig»

5.6.2.1 Oversikt

I pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd første punktum slås det fast at «[p]asienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten». Spørsmålet i det følgende er hvilket innhold retten til «nødvendig helsehjelp» har, og om kjønnsbekreftende behandling er å anse som dette.

Behandling for transseksualisme gis i dag av spesialisthelsetjenesten. Det finnes ingen enhetlig definisjon av «spesialisthelsetjenesten» i lovgivningen¹⁸⁶ eller i forarbeidene.¹⁸⁷ Grensene kan være flytende,¹⁸⁸ men det er ikke tvilsomt at kjønnsbekreftende hormonbehandling er helsehjelp av en slik art at den faller inn under spesialisthelsetjenestens virksomhet.

Nødvendig helsehjelp skal «tolkes slik at det gir krav på nødvendig helsehjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig vurdering av behov».¹⁸⁹ Retten til nødvendig helsehjelp kan derfor anses for å være en rettslig standard, som gir «befolkningen [...] krav på tilstrekkelig faglig forsvarlig helsehjelp i tide.»¹⁹⁰ Avgjørelsen av om en pasient har rett til helsehjelp i et konkret tilfelle vil ta utgangspunkt i en avveining mellom *bestemmelsens rettslighetspreg* på den ene side mot det *faglige og medisinske skjønn*et på den andre.¹⁹¹

¹⁸⁵ Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

¹⁸⁶ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 10 for 1998-1999

¹⁸⁸ Prop.118 L (2012-2013) s. 102

¹⁸⁹ Prop.118 L (2012-2013) s. 102

¹⁹⁰ Halvorsen (2001) s .849

¹⁹¹ Syse (2009) s 142

Det nærmere innholdet av rettigheten – omfanget og nivået – må vurderes og fastlegges konkret. Til grunn for vurderingen av rettighetens omfang og nivå ligger det helsefaglige skjønn, ikke pasientens egen vurdering. Når det først har blitt slått fast at pasienten har en rett til helsehjelp på bakgrunn av sin konkrete situasjon, er det heller ikke slik at pasienten har krav på helsehjelp på et visst nivå eller en bestemt type behandling. Helsetjenestens tilbud og ressurser er lovlige og relevante hensyn i vurderingen av hvilken helsehjelp som skal gis.¹⁹²

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b andre ledd andre punktum slår fast at retten bare gjelder «dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt.» Både nyttevilkåret og forholdsmessighetsvilkåret må brukes for å fastlegge hva som er «nødvendig», men de må også tolkes og anvendes hver for seg.

Prioriteringsforskriften¹⁹³ § 2 presiserer retten til helsehjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 b ytterligere:

«Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b annet ledd, når:

1. pasienten har et visst prognosetap med hensyn til livslengde eller ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes og
2. pasienten, med det unntaket som er nevnt i § 3 annet ledd, kan ha forventet nytte av helsehjelpen og
3. de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt.»

Unntaket det i forskriften § 2 første ledd nr. 2 vises til, forskriften § 3 andre ledd, gjelder eksperimentell behandling i utlandet. I medhold av prioriteringsforskriften § 2 må man foreta en tredelt vurdering: For det første må man vurdere om det foreligger et prognosetap, for det andre må man vurdere pasientens forventede nytte av behandlingen og for det tredje må man vurdere om kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt – en proporsjonalitetsvurdering. Både nyttevilkåret, herunder prognosetapsvilkåret, og forholdsmessighetsvilkåret må være oppfylt for at helsehjelpen skal anses som nødvendig, og dermed gi en rettighet. Vilkaårene står i et internt forbindelsesforhold, og er relative til hverandre.¹⁹⁴

Jeg vil i det følgende vurdere om kjønnsbekreftende behandling kan være å anse for «nødvendig» helsehjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd første punktum.

¹⁹² Prop.118 L (2012-2013) s. 102

¹⁹³ Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften)

¹⁹⁴ Syse (2009) s 216

5.6.2.2 *Vilkåret om prognosetap*

Jeg vil nå vurdere om undervilkåret om *prognosetap* kan være oppfylt ved kjønnsinkongruens. Etter prioriteringsforskriften § 2 første ledd nr. 1 har pasienten en rett til nødvendig helsehjelp når «pasienten har et visst prognosetap med hensyn til livslengde eller ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes» for at det skal foreligge en rett til nødvendig helsehjelp. Med «ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet» menes det at «pasientens livskvalitet uten behandling merkbart reduseres som følge av smerte eller lidelse, problemer i forbindelse med vitale livsfunksjoner som for eksempel næringsinntak, eller nedsatt fysisk eller psykisk funksjonsnivå», jmfør prioriteringsforskriften § 2 andre ledd.

I forarbeidene er det framhevet at kravet til et prognosetap er relativt:¹⁹⁵ Om det eksempelvis vurderes at pasientens prognoser uten kjønnsbekreftende behandling er dårlige, vil kravet om nytte av behandlingen kunne senkes noe.

For at diagnosen transseksualisme skal foreligge vil det normalt foreligge så sterk identifikasjon med det motsatte fysiske kjønn og en så vesentlig forringelse av livskvaliteten at kravet om prognosetap normalt vil være oppfylt.¹⁹⁶ Det vises her til redegjørelsen under punkt 4.2, om at personer med kjønnsinkongruens opplever psykiske lidelser, sosiale problemer, blir diskriminert, utsettes for vold, er i en klinisk stressituasjon, er mer utsatte for selvmord, søvnbesvær og vold.

Barnekomiteen har tidligere satt ungdommer og den høye selvmordsraten og de psykososiale lidelsene blant ungdommer på agendaen. Komiteen er særlig bekymret:

«about the high rate of suicide among this age group. Mental disorders and psychosocial illness are relatively common among adolescents. In many countries symptoms such as depression, eating disorders and self-destructive behaviours, sometimes leading to self-inflicted injuries and suicide, are increasing. [...] States parties should provide these adolescents with all the necessary services.»¹⁹⁷

Barnekomiteen krever at statene skal gi ungdommer nødvendige helsetjenester. Om barnets plager som følge av kjønnsinkongruens kan behandles, taler også forpliktelsene etter barnekonvensjonen, se redegjørelsen under punktene 5.4 og 5.5, for at vilkåret er oppfylt.

I litteraturen er kjønnsbekreftende behandling omtalt. Warberg skriver at helsearbeideren blant annet må vurdere selvmordsrisiko, depresjoner, muligheten for alvorlige psykiske pro-

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 63 for 2002-2003

¹⁹⁶ Tønseth, Bjark, Kratz, Gross m.fl. (2010) s. 377

¹⁹⁷ Generell kommentar nr. 4 avsnitt 22

blemer og sosial mistilpasning ved spørsmålet om kjønnsbekreftende kirurgi skal gis. Han skriver at pasientens eventuelle identitetsproblemer, psykiske og emosjonelle vanskeligheter som følge av identitetsproblemene kan tale for at behandling skal gis.¹⁹⁸ Det samme må gjelde ved prognosetapsvurderingen av unnlatt hormonbehandling til barn. Sørli har i sin masteravhandling konkludert med at prognosevilkåret vil kunne være oppfylt hvis kjønnsbekreftende behandling ikke gis,¹⁹⁹ og Helsedirektoratets ekspertgruppe har funnet at «ubehandlet kjønnsdysfori kan gi betydelig prognosetap».²⁰⁰ Dette taler også for at prognosevilkåret er oppfylt.

Etter dette legges det til grunn at prognosevilkåret kan være oppfylt, også når kjønnsbekreftende behandling gis til barn. Om vilkåret vil være oppfylt i det enkelte tilfellet, avhenger av en konkret vurdering.

5.6.2.3 Nyttevilkåret

Kravet om nytte er det redegjort nærmere for i prioriteringsforskriften § 2 første ledd nr. 2. Det slås der fast at det med «forventet» nytte menes at det foreligger «god dokumentasjon» på nytten av behandling. Med dette må det menes at en positiv effekt av behandlingen må være dokumentert vitenskapelig.²⁰¹ Kravet om god dokumentasjon er et faglig strengt krav som henviser til kunnskapsbasert medisin, og avgrenser mot udokumenterte behandlingsformer.²⁰² Med «nytte» menes det videre at «aktiv medisinsk eller tverrfaglig spesialisert behandling kan bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden kan forverres uten behandling eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av behandlingen» etter forskriften § 2 tredje ledd. Bestemmelsens ordlyd er «livslengde eller livskvalitet».

Nasjonal behandlingstjeneste for transtilstander rapporterer at: «Over 90 % av våre pasienter viser en tydelig livskvalitets og funksjonsforbedring»²⁰³ etter et fullført behandlingsforløp, altså utredning, hormonbehandling og kirurgi. Dessuten viser forskningen, redegjort for i punkt 4.2, at tidlig innsats i form av *pubertetsutsettende* hormonbehandling fører til forbedret fungering blant ungdommer med kjønnsinkongruens. Sørli finner at nyttevilkåret vil være oppfylt i «de fleste tilfeller» ved kjønnsbekreftende behandling.²⁰⁴ Helsedirektoratets ekspert-

¹⁹⁸ Warberg (2001) s. 322

¹⁹⁹ Sørli (2013) s. 59

²⁰⁰ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 123

²⁰¹ Prop.118 L (2012-2013) s. 102 og Syse (2009) s 216

²⁰² Syse (2009) s 215

²⁰³ Haraldsen (2014)

²⁰⁴ Sørli (2013) s. 60

gruppe finner at behandling av kjønnsdysfori kan «bedre pasientens livslengde og livskvalitet». ²⁰⁵

Slik behandling vil derfor også kunne oppfylle nyttevilkåret, også for barn.

5.6.2.4 Proporsjonalitetsvilkåret

Kravet om nødvendighet inneholder også et krav om *proporsjonalitet*. Kostnadene ved utredning og behandling må stå i et «rimelig forhold» til den forventede forbedringen pasienten vil oppleve etter helsehjelpen, eller at pasienten vil få det stadig verre uten behandling. I denne vurderingen vil en eventuell selvmordsrisiko måtte vurderes.

Proporsjonalitetsvurderingen presiseres nærmere i prioriteringsforskriften § 2 nr. 3 som krever at «de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt». En kost-nyttebetraktning er med andre ord en del av «nødvendig». ²⁰⁶ I denne vurderingen blir nytten, i tillegg til å være et selvstendig vilkår, noe som må avveies mot kostnaden.

I Innst. O. nr. 91 (1998-99) s. 19 vises det til NOU 1997: 18, «Prioritering på ny — Gjennomgang av retningslinjer for prioriteringer innen norsk helsetjeneste». I utredningen slås det fast at kostnadene som en eventuell behandling utløser, bør stå i et «rimelig forhold til tiltakets nytte» ²⁰⁷ eller «rimelig forhold til tiltakets effekt». ²⁰⁸ I denne utredningen ble tiltak og tjenester i helsevesenet delt opp i fire grupper. Prioritetsgruppe I (grunnleggende helsetjenester) den høyest prioriterte gruppen for tjenester som tilfredsstiller grunnleggende behov, «tiltak som uten videre bør ha høy prioritet». ²⁰⁹ Gruppe II var en omfattende rekke av tiltak, hvor det ikke var opplagt at ressursene ville strekke til. Dette er tjenester som i «vårt ressurssterke» velferdssamfunn tilbys utover det helt grunnleggende nivået. Gruppe III gjaldt tilbud med lav prioritet som det ikke ble ansett som nødvendig at det offentlige hadde ansvaret for å prioritere, samt «tilstander og tiltak som «ikke hører hjemme innenfor det offentlig finansierte helse-tilbud». ²¹⁰ Prioritetsgruppe IV angir tilstander og tiltak som det offentlige helsevesen *ikke* skal prioritere eller finansiere. I denne ikke-prioriterte gruppen nevnes tiltak som ikke har noen dokumentert effekt på pasientens «overlevelse, funksjonstilstand eller smerter», tiltak som benyttes mot tilstander som «helt klart faller utenfor allmenne oppfatninger av hva som er sykdom», tiltak forbundet med høy risiko, tiltak med «ekstremt høye kostnader» sammenlig-

²⁰⁵ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 123

²⁰⁶ Prop.118 L (2012-2013) s. 102

²⁰⁷ NOU 1997: 18 s. 14

²⁰⁸ NOU 1997: 18 s. 202

²⁰⁹ NOU 1997: 18 s. 146

²¹⁰ NOU 1997: 18 s. 13

net med nytten – med andre ord tiltak hvor nytten ikke er proporsjonal med kostnadene samt uetiske tiltak.²¹¹ Et eksempel på dette kan være en ekstremt dyr behandling til en uhelbredelig syk kreftpasient som man kan anta at vil forlenge vedkommendes liv med noen få uker. Dette viser at terskelen for å anvende rene proporsjonalitetsgrunner for å unnlate å gi behandling, er høy. For at en person med transseksualisme skal avvises ut fra slike grunner, må pasienten ha en svært kort forventet resterende levetid, og/eller den forventede nytten av den kjønnsbekreftende behandlingen må være liten.

Stortingets sosialkomité var relativt klar da den tok stilling til hvilke av gruppene nevnt over som skulle gis en *rettighet*. Komiteen fant at pasienter i gruppe I og II – grunnleggende tjenester og tjenester som tilbys utover det helt grunnleggende nivået – i «hovedsak [ville] få rettighet til nødvendig helsehjelp». Komiteen uttalte at pasienter i gruppe III og IV, «klart» burde tilhøre gruppen som ikke prioriteres eller gis noen rettighet.²¹² Spørsmålet er hvilken av gruppene personer med kjønnsinkongruens kan plasseres i. Dette ble ikke diskutert nærmere.

Departementet tok, ved vurderingen av om «transseksuelle» har en rett til helsehjelp, utgangspunkt i vilkårene som er omtalt over, og konstaterte deretter: «Jeg [helseministeren] antar at transseksuelle som ønsker å skifte kjønn ofte vil kunne oppfylle vilkårene og falle inn under rett til nødvendig helsehjelp.» I dette må det ligge at transseksuelle som ønsker å bytte kjønn hører til gruppe I eller II.²¹³

Videre har Helsedirektoratets ekspertgruppe funnet at kostnadene ved en behandling «vil stå i et rimelig forhold til tiltakets effekt»,²¹⁴ Helsetapet og selvmordsrisikoen ved kjønnsinkongruens kan, som vist i punkt 4.2, være betydelig. Sørli har framhevet at det «ikke er grunnlag for å hevde at nytten av behandlingen står i et misforhold til kostnadene».²¹⁵

Hvordan, og om, proporsjonalitetsvilkåret skal anvendes konkret av helsepersonellet sier bestemmelsen lite om. Syse har antydnet at helsepersonellet i hver konkrete sak nok ikke må ta stilling til om pasienten skal gis behandling ut fra en proporsjonalitetsvurdering. Hvis behandlingsformen som kan gis er forsvarlig og anerkjent, kan bestemmelsen antagelig ikke leses slik.²¹⁶ Konkret for kjønnsbekreftende behandling innebærer dette at en pasient med sterke

²¹¹ NOU 1997: 18 s. 15

²¹² Innst. O. nr. 91 (1998-1999) s. 19

²¹³ Innst. S. nr. 169 (2000-2001). Vedlegg: Brev fra Sosial- og helsedepartementet v/helseministeren til justiskomiteen, datert 14. februar 2001

²¹⁴ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 123

²¹⁵ Sørli (2013) s. 61

²¹⁶ Syse (2009) s 216

indikasjoner på en forventet nytte av behandling og et prognosetap om behandlingen ikke gis, ikke kan avvises med hensyn til proporsjonalitetsvurderinger så sant norsk helsevesen tilbyr denne behandlingen.

Etter dette må det anses at proporsjonalitetsvilkåret er oppfylt, ettersom pasientgruppen er prioritert, behandlingen har god, dokumentert effekt og fordi barn er en pasientgruppe som generelt vil ha stort utbytte av behandling.

5.6.3 Vurdering

Spørsmålet blir om kjønnsbekreftende behandling etter dette kan anses som «nødvendig helsehjelp». Jeg tar utgangspunkt i at slik behandling ikke er spesielt lovregulert i norsk rett og at den konkrete subsumsjonen under § 2-1 b vil variere fra pasient til pasient.

På bakgrunn av redegjørelsen for vilkårene over, vil personer med kjønnsinkongruens kunne oppfylle alle vilkårene. Per i dag gis utredning og behandling i forbindelse med kjønnskorreksjon av det offentlige på lik linje med andre helsetjenester. Det faktum at kjønnsbekreftende behandling per i dag anses å være nødvendig og prioritert helsehjelp, trekker også i denne retning.

Å se på transseksualisme som en tilstand som kan konstituere rett til helsehjelp er følgelig i samsvar med en alminnelig forståelse av lov og forskrift, forarbeider, praksis og juridisk teori.

Dette innebærer også at den norske, formelle retten er i overensstemmelse med retten til privatliv etter Grunnloven § 102 første ledd og EMK artikkel 6 og 8, barnets rett til identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8 og barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 tredje ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 24 og 6. Årsaken er at retten til helsehjelp ved kjønnsinkongruens etter pasientrettighetsloven § 2-1 b formelt innebærer et større positivt rettighetspreg – om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt – enn Grunnlovens, EMKs og Barnekonvensjonens bestemmelser. Likevel gis kun mellom null til tre barn pubertetsutsettende hormonbehandling i året på Rikshospitalet, mens det ikke finnes klare tall på hvor mange femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling gis til.²¹⁷ På grunnlag av disse lave tallene, og konklusjonen i Helsedirektoratets ekspertgruppes rapport om at barn som ikke får behandling kan tenkes å ha krav på slik behandling, som nevnt i punkt 2.2, kan dette tyde på at *etterlevelsen og tolkningen* av pasientrettighetsloven § 2-1 b er mangelfull.²¹⁸

²¹⁷ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 37

²¹⁸ IS-0496 (Helsedirektoratet) s. 138

5.7 Oppsummering

Problemstillingen i dette kapittelet er om barnet har en generell, materiell rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling. For å besvare dette spørsmålet har jeg tatt utgangspunkt i rettigheter som er lov- og konvensjonsfestet i rettskilder av forskjellig rang. EMDs gradvise utvikling i synet på retten til privatliv og kjønnsidentitet etter EMK artikkel 6 og 8 viser at domstolen gjennom sin dynamiske og formålsorienterte tolkningsmetode tar del i et samspill med endrede holdninger i samfunnet for øvrig. Redegjørelsen for retten til privatliv etter Grunnloven § 102, barnekonvensjonen artikkel 16 og EMK artikkel 8 og 6 viser at retten til privatliv først og fremst er en negativ rettighet som beskytter individet mot inngrep, med innslag av visse positive rettigheter. En rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling kan imidlertid sies å følge av barnets rett til å bevare sin identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 og barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, samt barnekonvensjonen artikkel 24 sammenholdt med artikkel 6 og 12. I norsk rett er retten til helsehjelp nærmere lovregulert i form av kumulative vilkår som må være oppfylt for at individet skal ha en rett til helsehjelp. Min konklusjon er at kjønnsbekreftende hormonbehandling kan være nødvendig helsehjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 b andre ledd, og at bestemmelsen gir barn – og individer – med transseksualisme en sterkere rettighet enn det som følger av Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen.

6 Er behandlingen til barnets beste? Den konkrete vurderingen av om barnet skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling

6.1 Innledning

I kapittel 5 har jeg konkludert med at de folkerettslige kildene sammenholdt med norsk helselovgivning i utgangspunktet gir barnet en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling. Om behandlingen likevel skal gis i det enkelte tilfellet, vil avhenge av *hvilket vurderingstema* Grunnloven, konvensjonsvernet gjennom barnekonvensjonen og norsk særlovgivning legger opp til i den konkrete avveiningen i saker om helsehjelp til barn. Problemstillingen i det følgende er hvilke særlige momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen av hvor langt barnets rett til kjønnsbekreftende behandling rekker, og i hvilken retning disse momentene kan trekke.

Jeg vil først drøfte om hensynet til barnets beste er anvendelig ved avgjørelsen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis, og dermed skal være et grunnleggende hensyn i vurderingen av om behandling skal gis. Om dette er tilfellet, vil jeg redegjøre for hva det innebærer at barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn* i denne vurderingen. Deretter vil jeg redegjøre for det enkelte bestanddeler som inngår i barnets beste-vurderingen.

Jeg vil redegjøre for forsvarlighetskravet, som et grunnleggende krav som må være oppfylt for at behandlingen skal gis – om behandlingen ikke anses for å være forsvarlig, er den ikke til barnets beste og kan heller ikke gis. Jeg vil også redegjøre for barnets rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt i saker om kjønnsbekreftende hormonbehandling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1.

Deretter vil jeg presentere en vurderingsmodell for den konkrete vurderingen av om kjønnsbekreftende behandling er til barnets beste, og redegjøre for vekten elementene som inngår i vurderingen kan tillegges. Til slutt vil jeg foreta en vurdering av hvilken vekt de ulike elementene må tillegges i konflikttilfellene – i harmoniseringsprosessen.

6.2 Barnets beste – tolkning og anvendelse ved spørsmål om hormonbehandling

6.2.1 Oversikt

Jeg vil i det følgende redegjøre for om hensynet til barnets beste kommer til anvendelse ved avgjørelsen om kjønnsbekreftende hormonbehandling, og deretter for betydningen av at barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn* i denne vurderingen om hensynet kommer til anvendelse.

6.2.2 Kommer barnets beste til anvendelse?

Grunnloven § 104 andre ledd slår fast at «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.» Bestemmelsen er i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 som slår fast at «Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner [...] skal barnets beste være et grunnleggende hensyn» Spørsmålet i det følgende er om regelen om barnets beste kommer til anvendelse ved vurderingen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis, og derfor skal være et grunnleggende hensyn ved denne vurderingen.

Formuleringen i Grunnloven § 104 andre ledd har klare likhetstrekk med barnekonvensjonen artikkel 3. Dette er tilsiktet, ettersom Menneskerettighetsutvalget åpnet for å benytte konvensjonsorganenes tolkningspraksis ved tolkningen av den nye grunnlovsbestemmelsen.²¹⁹ Menneskerettighetsutvalget uttalte at hensynet til barnets beste er et «av de mest sentrale rettslige prinsipper som omhandler barn».²²⁰

Hensynet til barnets beste utgjør en materiell rettighet, et tolkningsprinsipp og prosessuell regel, og har flere funksjoner.²²¹ At det utgjør en materiell rettighet, er den mest sentrale funksjonen av hensynet ved spørsmålet om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis. Rettigheten gir barnet en rett til å få vurdert hva som er til vedkommendes beste og krever at dette er et grunnleggende hensyn når forskjellige interesser blir vurdert.

Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved «handling» som berører barn, jamfør Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. I Grunnloven § 104 andre ledd er formuleringen «handling og avgjørelser». Formuleringen er «[v]ed alle handlinger» i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og dette omfatter også avgjørelser.²²² Ved individuelle avgjørelser har bestemmelsene dermed likt anvendelsesområde.

Det er åpenbart at avgjørelser om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis til et barn eller ikke, er en «avgjørelse» etter Grunnloven § 104 andre ledd og en «handling» etter barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Også passivitet og handlingsunnlatelser er «handling».²²³

²¹⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192

²²⁰ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192

²²¹ Aasen (2008) s. 8 og Sandberg (2003) s. 54, 57, 58

²²² Generell kommentar nr. 14 avsnitt 19

²²³ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 18

Derfor vil også en *avgjørelse om ikke å gi kjønnsbekreftende hormonbehandling* kreve at barnets beste blir vurdert.

Formuleringen «barn» i Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 omfatter alle personer under 18 år innen for statens jurisdiksjon.

Ordlyden «berører» i Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 viser først og fremst til alle tiltak og avgjørelser som angår barnet.²²⁴ En kjønnsbekreftende hormonbehandling vil klart nok «berøre» barnet.

Videre skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas «av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer» etter barnekonvensjonen art 3 nr 1.²²⁵ Formuleringen «offentlige eller private velferdsorganisasjoner» favner bredt. Pleie-, helse- og omsorgstjenester faller inn under formuleringen enten de er offentlig eller privat organisert.²²⁶ Dermed faller også avgjørelser om hormonbehandling inn under formuleringen, enten den gis av det offentlige eller av private.

Det er etter dette klart at beslutningen om hvorvidt et barn skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling er en handling som berører barnet, jamfør Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Barnets beste skal derfor være et grunnleggende hensyn ved denne avgjørelsen.

6.2.3 «Et grunnleggende hensyn»

Ved alle handlinger som berører barn «skal barnets beste være et grunnleggende hensyn», jamfør Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Spørsmålet i det følgende er hvilke krav denne plikten stiller til avgjørelsen ved spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis. Hva som nærmere bestemt ligger i barnets beste kommer jeg tilbake til i punkt 6.6. Her er spørsmålet hva det vil si at barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn*.

Formuleringen «skal» er en sterk forpliktelse, og innebærer at det ikke er noe rom for utøvelse diskresjonært skjønn for om hensynet skal vurderes eller i selve spørsmålet om hvilken vekt

²²⁴ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 19

²²⁵ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 25

²²⁶ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 30

hensynet til barnets beste skal tillegges.²²⁷ I rapporten til Stortingets presidentskap fant menneskerettighetsutvalget at barnets beste burde grunnlovsfestes for å *synliggjøre* barnets beste som «prinsipp», ikke for å *endre rettsstilstanden*.²²⁸ Utvalget uttalte at *hvilken vekt* barnets beste måtte tillegges, ville variere ut fra hvor alvorlig avgjørelsen er for barnet.

Menneskerettighetsutvalget har uttalt at den rettslige betydningen av Grunnloven § 104 andre ledd i første rekke er at bestemmelsen vil fungere som et tolkningsmoment når annen lovgivning skal tolkes. Ved tolkningstvil må lovanvendere trekke inn Grunnloven § 104 andre ledd for å fastlegge innholdet av andre bestemmelser. Dette vil særlig gjelde ved spørsmål om tolkningen av lovbestemmelser med lavere trinnhøyde. Utvalget pekte på at «[i] praksis vil en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter ofte måtte forstås slik at rettsanvenderen skal falle ned på det tolkningsalternativ som er den beste løsning for barnet».²²⁹ Menneskerettighetsutvalget uttalte også at vurderingen av hvor langt § 104 rekker «vil måtte *forstås i lys av og suppleres med* det internasjonale konvensjonsvernet og med tidligere ulovfestet rett.»²³⁰

«Prinsippet om barnets beste vil således bære i seg en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre desto mer alvorlig beslutningen er for barnet. En formulering om barnets beste bør derfor få frem at prinsippet er av stor betydning, men likevel ikke alltid det avgjørende hensyn.»²³¹

I spørsmål om hvilken vekt barnets beste skal få ved avgjørelsen av om hormonbehandling i forbindelse med kjønnsbekreftende behandling bør gis barn må det med andre ord foretas en vurdering av alvorligheten av beslutningen. Hormonbehandlingen griper sterkt inn i barnets liv, og må etter mitt skjønn anses for å være alvorlig. Hensynet til barnets beste må derfor tillegges svært *stor vekt*.

Formuleringen «et grunnleggende hensyn» i Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 sier noe om hvilken vekt barnets beste skal tillegges i relasjon til andre interesser eller hensyn. Om det ikke finnes noen slike motstående hensyn, må spørsmålet avgjøres ut fra barnets beste alene.

I rettsavgjørelsene i *Rt. 2015 s. 93* og *Rt. 2015 s. 155* ble barnets beste avveid mot andre hensyn i henholdsvis en utvisnings- og familiegjenforeningssak og en sak om utlevering av en person tiltalt for folkemord. Hensynene som gjør seg gjeldende ved behandling for kjønnsinkongruens vil kunne være ulempene det er tale om være foreldrenes eller andre personers

²²⁷ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 36

²²⁸ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192

²²⁹ Dokument 16 (2011- 2012) s. 189

²³⁰ Dokument 16 (2011- 2012) s. 176

²³¹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 192

ubehag knyttet til barnets behandling for kjønnsinkongruens, landets økonomi grunnet omkostningene behandlingen medfører, eller hensynet samfunnsmoralen. Dette er klart ikke hensyn som kan begrunne at barnets beste ikke skal være det eneste hensynet i spørsmålet om kjønnsbekreftende behandling.²³² En beslutning om barnet skal gis kjønnsbekreftende behandling vil ikke innebære noen ulempe for andre som er av en slik betydning at det taler for at barnets beste må avveies mot andres interesser.

Det følger derfor av Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelsen om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis – ingen andre overordnede hensyn enn nettopp barnets beste gjør seg gjeldende ved denne avgjørelsen.

6.3 Forsvarlighetskravet

Forsvarlighetskravet kan begrense barnets rett til behandling. Selv om utgangspunktet i norsk rett er at individet har rett til nødvendig helsehjelp, er helsepersonellet etter helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 første punktum underlagt et krav om forsvarlig virksomhet. Om behandlingen ikke er forsvarlig, er den heller ikke til barnets beste. Spørsmålet i det følgende er hva som skal til for at en hormonbehandling kan anses for å være forsvarlig.

Nasjonal behandlingstjeneste for transtilstander på Rikshospitalet regnes som «spesialisthelsetjenesten», jamfør spesialisthelsetjenesteloven § 1-2 første ledd.²³³ Forsvarlighetskravet etter spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 angir en minstestandard som vil variere ut fra hvilken del av helsetjenesten det er tale om.²³⁴ Bestemmelsen understreker at helsehjelpen pasienten får skal være forsvarlig, men retter seg først og fremst mot eierne og lederne av helseforetaket og deres ansvar.²³⁵ Bestemmelsen må «ses i sammenheng med den individuelle forsvarlighetsbestemmelsen i helsepersonelloven § 4.»²³⁶

Forsvarlighetskravet etter helsepersonelloven § 4 setter grenser for selvbestemmelsesretten, i og med at man ikke selv kan bestemme å få en behandling som ikke er å anse for å være faglig forsvarlig. Med andre ord kan selv ikke en myndig person i helserettslig forstand samtykke

²³² Se eksempelvis EMD Goodwin v. Storbritannia avsnitt 91.

²³³ IS-2013-5 s. 8 og Innst. S. nr. 169 (2000-2001). Vedlegg 1.

²³⁴ Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) s 35

²³⁵ Ot.prp.nr.10 (1998-1999) s. 122

²³⁶ Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) s 36

til alle former for (be)handlinger. Jeg kommer tilbake til samtykkekompetansen for barn, og på vegne av barn, i kapittel 7.

Statens Helsepersonellnemnd behandlet i 2008 en sak om kjønnsbekreftende behandling i form av utredning, diagnostikk og videre henvisning av en person på 20 år. Spørsmålet var en lege hadde opptrådt i samsvar med forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Legen hadde henvist pasienter til en klinikk for å fjerne brystene. For en av pasientene, som var 20 år gammel, framkom det av journalen at legen vurderte det slik at det forelå «transeproblematikk»,²³⁷ og at «diagnosen transseksualisme»²³⁸ var årsaken til at pasienten tok kontakt. Nemnda mente at legen burde ha henvist pasienten til den daværende Gender Identity Disorder-klinikken (nå: Nasjonal behandlingstjeneste for transtilstander) for utredning. Nemnda fant imidlertid ikke at manglende henvisning til Rikshospitalet var avgjørende for forsvarlighetsvurderingen. Kravet til forsvarlighet var uansett brutt fordi det ikke ble gjort en «bredt anlagt tverrfaglig vurdering av pasienten før henvisning til operativ fjerning av brystene». Av journalen framgikk det at pasienten utover transproblematikk og identitetsproblemer i forbindelse med sin legning, hadde et rusproblem og at pasienten hadde et konfliktfylt forhold til både kjæreste og adoptivforeldre. Nemnda konkluderte at det var «uforsvarlig å henvise pasienten for operativ fjerning av brystene, en inngripende og ikke-reversibel operasjon, uten at forhold rundt pasientens psykiske helsetilstand og problematiske forhold til rusmidler i større grad var utredet».²³⁹

Saken nemnda behandlet gjaldt en voksen person på 20 år som var i en sårbar situasjon med tilleggsproblematikk. Saken gjaldt fjerning av brystene, noe som kan anses som noe mer inngripende enn pubertetsutsettende hormonbehandling, men om lag like inngripende som feminiserende/maskuliniserende hormonbehandling. Av nemndas avgjørelse kan man likevel slutte at helsepersonellet må foreta en bredt anlagt vurdering av pasienten, med utredning for differensialdiagnoser – andre underliggende lidelser – for at behandling av transseksualisme skal kunne anses som forsvarlig.

I litteraturen er kjønnsbekreftende behandling i form av *operasjoners* forsvarlighet drøftet. Kjønnsbekreftende behandling har i utgangspunktet ikke noe medisinsk formål i tradisjonell forstand, inngrepene er omfattende og innebærer betydelig fare for pasientens liv og helse og belastninger for pasienten: «Norsk helsevesen går likevel ut ifra at slike operasjoner iallfall i en del tilfeller, kan baseres på medisinske hensyn av psykisk og psykososial art».²⁴⁰ Det

²³⁷ HPN-2008-157

²³⁸ HPN-2008-157

²³⁹ HPN-2008-157

²⁴⁰ Warberg (2011) s 322

samme gjelder for kjønnsbekreftende hormonbehandling, som er en del av kjønnsbekreftende behandling og kan lede fram til en operasjon.

Nødvendigheten og forsvarligheten vil henge sammen, jo mer nødvendig behandlingen anses for å være, jo større risiko knyttet behandlingen kan tillates. Det kreves svært tydelige vilkår og indikasjoner på at inngrepet er *nødvendig* for at operasjonen skal anses for å være *forsvarlig* ved kjønnsinkongruens.²⁴¹ Warberg slår fast at indikasjonene på at inngrepet er nødvendig eksempelvis kan være at pasienten har alvorlige traumer. Fordi kjønnsbekreftende kirurgi er svært inngripende stilles det strenge krav til både pasientens forståelse av inngrepet, til samtykket og samtykkesituasjonen, men også til pasientens alder og modenhet.²⁴²

Selv om hormonbehandling er noe mindre inngripende enn kirurgi – som jeg ikke vil behandle – vil det måtte stilles strenge krav til pasientens forståelse, selve samtykket og samtykkesituasjonen, også ved hormonbehandling. Ettersom kravene til forsvarligheten må skjerpes når det er tale om *barn*, må det her være tale om et skjerpet krav til utredning og differensialdiagnostikk ved spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling av barn skal gis.

Behandlingen som gis på Rikshospitalet i dag tas på et helsefaglig grunnlag og på bakgrunn av utredning og diagnostikk. Selv om en slik behandling, som kjønnsbekreftende kirurgi, kan være inngripende og til dels forbundet med stor risiko, fortas den på bakgrunn av helsefaglige vurderinger av pasientens behov og eventuelle den nytten av behandlingen.

Kjønnsbekreftende hormonbehandling kan etter dette være forsvarlig, men kravet til indikasjoner må stilles høyt når det er tale om barn. Om et inngrep ikke er forsvarlig, vil det stenge for at behandlingen gis. Da vil den heller ikke være til barnets beste.

6.4 Barnets rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt

6.4.1 Oversikt

Barnets rett til å bli hørt og barnets beste henger nært sammen, og barnets mening vil inngå i barnets beste-vurderingen. Grunnloven § 104 første ledd andre punktum konstaterer at barn «har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.» Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 har følgende ordlyd: «Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunk-

²⁴¹ Warberg (2001) s. 322

²⁴² Warberg (2001) s. 323

ter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet»

I punkt 6.4 vil jeg drøfte om barnet har en rett til å bli hørt i avgjørelser om kjønnsbekreftende hormonbehandling. Deretter vil jeg redegjøre for om norsk særlovgivning om barnets rett til å bli hørt i medisinske spørsmål gir barnet en rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt som går lengre enn Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 12.

6.4.2 Skal barnet høres i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling?

Grunnloven § 104 første ledd andre punktum slår fast at «[b]arn [...] har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv». Grunnlovsbestemmelsen må tolkes i lys av barnekonvensjonen, artikkel 12 og Barnekomiteens tolkningsuttalelser. Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 slår fast at retten gjelder «i alle forhold som vedrører barnet». Bestemmelsen må ses i sammenheng med barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 2, som slår fast at «For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett». Spørsmålet i det følgende blir om barnet skal høres i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling.

Formuleringene i bestemmelsene er klare, og innebærer at barnet har rett til å bli hørt i alle saker som angår dem. For å gjennomføre denne forpliktelsen, må statene både sette i verk egnede ordninger for at barnet gis muligheter til å fremme sine synspunkter.²⁴³

Barnet skal gis muligheten til å gi uttrykk for sine synspunkter i «spørsmål» som gjelder dem selv etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og alle «forhold» som vedrører barnet» etter barnekonvensjonen artikkel 12. Tematisk er ikke barnekonvensjonen artikkel 12 strengt avgrenset, og formuleringen må forstås slik at den favner bredt.

Formuleringen «spørsmål» må tolkes i lys av «forhold» i barnekonvensjonen artikkel 12. Den engelske formuleringen er «matters». Formålet med bestemmelsen og Barnekomiteens uttalelser taler for at «forhold» skal gis en vid betydning.²⁴⁴ Bestemmelsene er en forpliktelse overfor foreldre til at barn blir hørt innad i familien og i forhold hvor staten ikke er direkte involvert, som i tilfeller der private helseinstitusjoner og helsepersonell er inne i bildet.²⁴⁵

²⁴³ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 19

²⁴⁴ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 27

²⁴⁵ Sandberg (2012) s. 101

Etter dette er det klart at formuleringene «spørsmål» etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, og «forhold» i barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 omfatter spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling. «[V]edrører» er heller ikke et strengt krav. At forholdet har en form for virkning for barnet, er tilstrekkelig til at retten til å bli hørt inntre.²⁴⁶

Det er ikke tvilsomt at barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnloven § 104 første ledd andre punktum begge gjelder i saker som angår barnet som individ.

Barn har retten til å bli hørt når de er «i stand til å danne seg egne synspunkter». Bestemmelsen er en plikt for staten til i så høy grad som mulig å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig mening. Ordlyden i Grunnloven § 104 første ledd andre punktum har ikke en slik begrensning, men må tolkes i lys av barnekonvensjonen artikkel 12. Ettersom presumsjonen er at barnet er i stand til å danne seg sine egne synspunkter, må barnet ikke bevise sin evne til dette.²⁴⁷ For pubertetsutsettende hormonbehandling er presumsjonen den samme. Spørsmålet er imidlertid om det faktum at behandlingen er nokså drastisk kan begrunne unntak fra denne presumsjonen. Se punkt 6.6.2 for en nærmere omtale av behandlingen.

«Synspunkter» i barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 må heller ikke tolkes for snevert, og de kan komme fram i meningsyttringer av alle slag, fra verbale, språklige uttrykk til non-verbale uttrykksformer.²⁴⁸ For at denne bestemmelsen skal bli realisert må statene også legge til rette for at barn som har vansker med å gjøre seg forstått blir hørt. Dette gjelder særlig barn med et annet morsmål, hørselshemming, psykisk eller fysisk utviklingshemming.²⁴⁹ Barnets rett til å bli hørt inntre når barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. Nyere forskning viser at barn er i stand til å danne seg synspunkter allerede fra spedbarnsalder. Dette har ført til at man i stedet for å se barn som passive mottagere av miljøpåvirkning, ser at barn «actively engage with their surroundings in purposeful ways even from babyhood.»²⁵⁰ Retten til å bli hørt gjelder altså uavhengig av hvordan barnet uttrykket sin mening.

I teorien er det lagt til grunn at barnet har rett til å bli hørt i alt fra forhold som kan framstå som trivielle og dagligdagse, til mer alvorlige tema.²⁵¹ Også i spørsmål som vurderes som mer inngrepene og komplekse, skal barnet høres. I disse situasjonene er det ikke nødvendig at barnet har en fullstendig forståelse av alle sakens fasetter, for at meningen skal vektlegges.

²⁴⁶ Sandberg (2012) s. 101

²⁴⁷ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 20

²⁴⁸ Sandberg (2012) s. 99

²⁴⁹ Sandberg (2012) s. 100 og Generell kommentar 12 avsnitt 21, kulepunkt 3

²⁵⁰ Lansdown (2005) s. 16

²⁵¹ Sandberg (2012) s. 99

Det er tilstrekkelig at barnet har en oppfatning av hvordan saken, eller deler av den, vil arte seg for barnet selv. Barnet må kun ha *tilstrekkelig forståelse* av saken til å danne seg en mening. I saker som gjelder medisinske inngrep, vil barnet kunne ha en oppfatning av hvordan tilstanden før behandling arter seg, hva det mener om langvarig sykehusopphold mv. Barnet skal med andre ord gis mulighet til å uttale seg i alle typer saker, og kan, om det skulle ønske det, også velge å la være å uttale seg.²⁵² Utgangspunktet er etter dette at alle barn etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 har en rett til å gi uttrykk for sin mening, uavhengig av hvordan synet kommet til uttrykk, også ved spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling.

Barnet har en rett «til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter» (the right to express those views freely») etter artikkel 12 første ledd. Grunnloven § 104 første ledd andre punktum har ikke tilsvarende formulering, men bestemmelsene må tolkes i sammenheng. «Fritt» innebærer at barnet skal kunne gis muligheten til å uttrykke seg uten press eller utilbørlig påvirkning. Barnet skal dessuten kunne velge å *ikke* gi uttrykk for sitt syn.²⁵³

Retten til å bli hørt gjelder både saker som er initiert av barnet selv, og saker som er iverksatt av andre, men som påvirker barnet. Statene er etter dette forpliktet til å ivareta og la barnet bli hørt i all administrativ og rettslig saksgang gjennom egnede tiltak.²⁵⁴ For spørsmålet om pubertetsutsettende hormonbehandling skal gis, kan saken initieres av barnet selv, foreldrene eller helsevesenet. Uavhengig av hvem som bringer opp spørsmålet om hormonbehandling skal gis, må høringen av barnet skje på et vis som legger til rette for at barnets mening kommer fram.

Barnet har etter dette en rett til å bli hørt i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling.

6.4.3 Hvordan skal barnet høres i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling?

Ettersom barnet har en rett til å bli hørt i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling, blir spørsmålet *hvordan* barnet skal høres, og krav til omstendighetene rundt høringen.

Før barnet høres har det dessuten en rett til å oppsøke fortrolig rådgivning. Barnekomiteen har tatt til orde for at barn, i takt med alder og modenhet, «should have access to confidential

²⁵² Sandberg (2012) s. 99

²⁵³ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 16 og 22

²⁵⁴ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 33-34

counselling and advice without parental or legal guardian consent, where this is assessed by the professionals working with the child to be in the child's best interests.»²⁵⁵

Barnet skal gis anledning til å bli hørt «enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ», jmfør artikkel 12 nr. 2. Om barnet ønsker å bli hørt, kan det – ifølge Barnekomiteen – velge om det vil høres direkte eller indirekte. Barnekomiteen anbefaler at barnet høres direkte.²⁵⁶ Representanten kan være en verge, forelder, advokat eller sosialarbeider. Komiteen understreker imidlertid at det i mange saker kan være en interessekonflikt mellom barnet og en av foreldrene, som ofte vil være den mest nærliggende representanten. For denne avhandlingens formål, kan slike tilfeller være særlig aktuelle, i så fall bør ikke foreldrene være barnets representant. I forhold som er så avgjørende og personlige for barnet, bør barnet høres direkte av helsepersonellet som skal treffe avgjørelsen. Uavhengig av representantens syn, må barnets mening framføres korrekt og i samsvar med det barnet ga uttrykk for.²⁵⁷

I høringssituasjonen må forholdene legges til rette for at barnet, etter sine individuelle forutsetninger, blir ivaretatt, respektert og føler seg trygt i situasjonen hvor det skal gi uttrykk for sitt syn.²⁵⁸ Komiteen understreker at barnet ikke skal bli intervjuet flere ganger enn nødvendig, ettersom situasjonen hvor barnet blir hørt kan oppfattes som traumatisk av barnet.²⁵⁹ For at formålet med artikkel 12 skal bli realisert, er det en forutsetning at barnet blir informert om saken, hvilke muligheter barnet har og konsekvensene av eventuelle valg.²⁶⁰

Pasientrettighetsloven § 3-5 særregulerer informasjonens form ved spørsmål om helsehjelp. Etter første ledd første punktum skal informasjonen være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn. Informasjonen skal etter annet punktum «gis på en hensynsfull måte.» Etter andre ledd skal helsepersonellet «så langt som mulig» sikre seg at mottakeren har forstått innholdet og betydningen av opplysningene. Etter tredje ledd skal opplysninger om informasjonen som er gitt nedtegnes i pasientens eller brukerens journal.

²⁵⁵ GC 15 avsnitt 31

²⁵⁶ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 35

²⁵⁷ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 36

²⁵⁸ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 23

²⁵⁹ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 24

²⁶⁰ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 25

6.4.4 Særlovgivning om barnets rett til å bli hørt i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling

Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd har følgende ordlyd:

«Etter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet, jamfør andre ledd, høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet. Etter tredje punktum skal det legges økende vekt på barnets mening ut fra dets alder og modenhet.»

Pasientrettighetsloven § 4-4 må leses i sammenheng med den generelle bestemmelsen om pasientens medvirkning i pasientrettighetsloven § 3-1, hvor det i § 3-1 andre ledd tredje punktum slås fast at «[b]arn under 18 år skal tas med på råd når barnets utvikling og modning og sakens art tilsier det.» Under vil jeg også diskutere hvilken vekt disse bestemmelsene kan tillegges. Pasientrettighetsloven § 4-4 må også leses i sammenheng med barneloven § 31, som lyder slik:

«Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege forhold for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Eit barn som er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, skal få informasjon og høve til å seie meininga si før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet mellom anna om foreldreansvaret, kvar barnet skal bu fast og samvær. Meininga til barnet skal bli vektlagt etter alder og modning. Når barnet er fylt 12 år, skal det leggast stor vekt på kva barnet meiner.»

Spørsmålet blir etter dette om særlovgivningen om barns rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt i spørsmål om helsehjelp gir barnet en større eller mindre rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt enn Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12. Hvis barnets rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt etter særbestemmelsene gir barnet en mer begrenset rett enn Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12, blir spørsmålet om reglene i særbestemmelsene kan opprettholdes.

Ettersom det er foreldrene som har samtykkekompetansen på vegne av barn under 16 år, se punkt 7.4.2, er det mest naturlig ikke å behandle § 4-4 fjerde ledd under samtykkedrøftelsen i kapittel 7, men under barnets rett til å bli hørt.

Av § 4-4 fjerde ledd første punktum følger det at barnet skal høres før samtykke gis. Dette taler for at alle barn så fremt de er i stand til å danne seg en mening og uansett alder, skal høres.

Etter andre punktum skal barnet når det «er fylt 12 år», få «si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse». Bestemmelsen må ses i sammenheng med pasientrettighetsloven § 4-4

fjerde ledd første punktum, som slår fast «barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet» skal høre barnet. Det er foreldrene eller personer med foreldreansvaret, og ikke helsepersonellet, som skal høre barnet før samtykket gis etter bestemmelsens ordlyd. Imidlertid vil en høring av barnet være nødvendig ved vurderingen av barnets helsetilstand, diagnostisering, vurdering av behandlingsform mv. – men helsepersonellets høring av barnet for dette formålet vil snarere være nødvendig for å ivareta forsvarlighetskravet enn for å oppfylle kravet i pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd første punktum.

En alminnelig språklig forståelse av formuleringen «få si sin mening» kan tale for at barnets mening også skal tillegges vekt, men det mest naturlige er å tolke formuleringen som en absolutt regel om at barnet skal *høres* etter fylte tolv år i spørsmål om egen helse. Det finnes ikke holdepunkter for at bestemmelsen skal tolkes antitetisk. Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd første punktum gir allerede en plikt til å høre barnet i samsvar med dets alder og modenhet, med andre ord kan dette gjelde også ved yngre barn. Derfor kan andre punktum synes noe overflødig ettersom barn på 12 år normalt vil være i stand til å gjøre seg opp en mening.

Forarbeidene til bestemmelsen slår fast at:

«[b]estemmelsen innebærer at barn over 12 år skal ha en økende grad av selvbestemmelse i helsespørsmål, og slik sett kan det oppfattes som en «delt samtykkekompetanse» mellom foreldre/foresatte og barn mellom 12 og 16 år. Er det uenighet mellom barnet og foreldrene, skal i utgangspunktet foreldrenes syn legges til grunn.»²⁶¹

Om en «delt samtykkekompetanse», se sitatet ovenfor, i det hele skal ha noe innhold, kan det ikke være tilstrekkelig at barnet kun blir *hørt*. Bestemmelsen må derfor også innebære at barnets mening faktisk tillegges vekt. Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd første punktum må derfor også leses som en *vektregel*, som tilsier at meningen til barn over 12 år skal tillegges vekt før samtykket gis. Om «delt samtykkekompetanse» er et fruktbart begrep, er imidlertid et annet spørsmål. Også Syse benytter dette begrepet om pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum.²⁶² Begrepet er imidlertid ikke helt riktig juridisk sett, ettersom det *kun* er foreldrene som har den juridiske kompetansen til å avgi formelt samtykke.

Uavhengig av hvilket begrep man bruker om pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum, skal barnet høres og det skal legges stadig større vekt på barnets mening, i takt med barnets alder og modenhet, jamfør Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1.

²⁶¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s 134

²⁶² Syse (2009) note 201

Det neste spørsmålet blir etter dette om aldersangivelsen i pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum bør opprettholdes. Etter barnekonvensjonen artikkel 12 skal statene garantere «barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.» Etter barnekonvensjonen artikkel 12 synes det selvsagt at alle barn som kan ha en mening skal få gi uttrykk for sin mening i alle saker som angår barnet. Dette gjelder også barn under 12 år.

Barnekomiteen ga i sin avsluttende merknad overfor Norge i 2010 uttrykk for bekymring over at barnet rett til å bli hørt ikke blir gjennomført i praksis:

«The Committee is concerned, however, that, in practice, the child's right be heard is not fully implemented or effectively practiced in all phases of decisions about and arrangements for children's lives, in particular in child care and immigration cases. The Committee regrets that children have the right to be heard regarding health issues only after the age of 12.»²⁶³

Å oppstille en aldergrense på 12 år for å høre barnet kan være i strid med barnekonvensjonen. Menneskerettighetsloven § 3 slår fast at barnekonvensjonen, jamfør § 2, «ved motstrid [skal] gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

Derfor må § 4-4 fjerde ledd første og andre punktum tolkes i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1, slik at alle barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter skal høres i spørsmål som angår dem – også i helsespørsmål. Barnets mening skal også tillegges vekt. Hvor stor vekt barnets mening skal tillegges vil som nevnt avhenge av barnets alder og modenhet, jamfør Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 andre punktum.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er hvilke plikter som følger av barneloven²⁶⁴ § 31 når det gjelder barnets rett til å bli hørt. Barneloven § 31 første ledd første punktum slår fast at «[e]tter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege forhold for barnet.» § 31 første ledd andre punktum slår fast at foreldra: «skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er.» Barneloven § 31 andre ledd tredje punktum slår fast at når «barnet er fylt 12 år, skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.»

Barneloven regulerer i utgangspunktet forholdet mellom *barnet* og *foreldrene*, jamfør eksempelvis formuleringen «foreldra høyre» i barneloven § 31 første ledd første punktum og lovens

²⁶³ Avsluttende merknader for Norge (2010) avsnitt 24

²⁶⁴ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

formelle navn: «Lov om barn og foreldre». Barneloven § 31 første ledd tredje punktum konstaterer likevel at «[d]et same» - altså en plikt til å høre barnet og vektlegge barnets mening i samsvar med alder og modenhet – «gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.» Ordlyden «har med barnet å gjere» dekker også helsepersonell. Også litteraturen trekker i denne retning, herunder Sandberg som skriver at:

«I den første tiden etter barnelovens ikrafttreden ble § 31 første ledd tredje punktum ikke antatt å gjelde i forhold til offentlige myndigheter i sin alminnelighet (Backer 1982 s. 197). Men det er senere blitt sikker rett at den gjør det. Se Smith og Lødrup 1999 s. 86, hvor spørsmålet ikke er problematisert.»²⁶⁵

Syse skriver at «barneloven § 31 første ledd gjelder *alle* personlige spørsmål, og må derfor i utgangspunktet også gjelde for avgjørelser om helsehjelp.»²⁶⁶ Det må etter dette konkluderes med at barneloven § 31 første ledd første punktum ikke bare gjelder forholdet mellom barnet og foreldre, men at den også gjelder barnet i møte med offentlige myndigheter, herunder helsepersonell. Derfor gjelder bestemmelsen også i spørsmålet om barnet skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling.

En vesentlig forskjell fra pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum er likevel at barneloven § 31 andre ledd tredje punktum gir barnet en rett til å bli hørt i saker om personlige forhold, og etter fylte 12 år skal barnets mening skal tillegges «stor vekt». Etter pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum skal barnet kun «få si sin mening» etter fylte 12 år «i alle spørsmål som angår egen helse». Bedre blir det heller ikke av bestemmelsen i § 3-1 andre ledd tredje punktum, som bare gir barnet en rett til å bli tatt med på råd om «barnets utvikling og modning og sakens art tilsier det.» Syse, Aasen og Sørvig har alle påpekt at det er problematisk at det ikke er samsvar mellom disse bestemmelsene.²⁶⁷ Bestemmelsen i barneloven § 31 andre ledd tredje punktum må her legges til grunn, også ved spørsmål om barnet skal gis kjønnsbekreftende behandling. Dette innebærer at det skal legges stor vekt på barnets mening etter fylte 12 år.

6.5 Hva er til barnets beste i det enkelte tilfellet? En vurderingsmodell

6.5.1 Oversikt

«Barnets beste» etter er et sammensatt rettslig begrep. Innholdet må tolkes og subsumeres fra sak til sak.

²⁶⁵ Sandberg (2003) s 257 fotnote 542

²⁶⁶ Syse (2014) s. 175

²⁶⁷ Syse (2014) s. 175. Aasen (2008) s. 25. Sørvig (2009) s. 56

Innholdet i Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 fastlegges gjennom dynamisk tolkning og anvendelse. Barnets beste må tilpasses og defineres konkret i hver enkelt sak, i henhold til situasjonen, den personlige konteksten og behovene til det enkelte barnet. Barnets beste skal anvendes i alle saker som angår barn, og tas hensyn til i avgjørelser i tilfeller av konflikt mellom forskjellige rettigheter i barnekonvensjonen og andre konvensjoner.²⁶⁸

Fastleggingen av hva som er til barnets beste ved vurderingen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis vil bero på en konkret vurdering av hva som er til barnets beste. Barnekomiteen oppstiller en rekke elementer ved vurderingen av hva som er barnets beste.²⁶⁹ Ikke alle er like relevante for spørsmålet om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis. Jeg vil redegjøre for barnets helse og utvikling, barnets mening, barnets privatliv og fysiske integritet, barnets identitet og barnets sårbarhet som jeg vurderer som de mest sentrale momentene i helhetsvurderingen som må foretas. Jeg vil fortløpende ta stilling til hvilken vekt momentene må tillegges i barnets beste-vurderingen.

6.5.2 Barnets helse og utvikling som moment i den konkrete barnets beste-vurderingen

Spørsmålet i det følgende er om barnets helse og utvikling i det enkelte tilfellet taler for at kjønnsbekreftende hormonbehandling gis til barn med kjønnsinkongruens. Barnets beste-vurderingen tar utgangspunkt i et bestemt tidspunkt, men det må også ses hen til framtidig risiko og skade som kan følge av en avgjørelse som er tatt av hensyn til barnet.²⁷⁰ Barnekomiteen tar spesielt opp situasjonene hvor det finnes flere mulige behandlinger for en helsetilstand og hvor utfallet av behandlingen er usikker. I disse tilfellene må fordelene av en mulig behandling veies mot risikoen.²⁷¹ Det forutsettes i det følgende at behandling er vurdert som forsvarlig, jamfør punkt 6.3. Jeg vil i det følgende skille mellom pubertetsutsettende og feminiserende/maskuliniserende hormonbehandling, og redegjøre for argumenter for og imot at slik behandling skal gis ut fra hensynet til barnets helse og utvikling.

²⁶⁸ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 32

²⁶⁹ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 48

²⁷⁰ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 74

²⁷¹ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 77

6.5.2.1 Pubertetsutsettende hormonbehandling

Barnets helse og utvikling kan tale *mot* at pubertetsutsettende hormonbehandling gis som ledd i en kjønnsbekreftende behandling til barn med kjønnsinkongruens.

World Professional Association for Transgender Health (WPATH) er en organisasjon som blant annet gir retningslinjene Standards of Care (SOC) for helsehjelp til personer med kjønnsinkongruens. SOC bygger på klinisk erfaring, forskning og faglig konsensus.²⁷² Rikshospitalet opplyser at de legger SOC til grunn, tillegg til en annen veileder.²⁷³ Retningslinjene legges derfor til grunn ved den videre vurderingen ettersom Helsedirektoratets ekspertgruppe framhever disse som viktige internasjonale retningslinjer for helsehjelp ved kjønnsinkongruens, og vurderer dagens tilbud opp mot SOC.²⁷⁴ WPATH peker på at pubertetsutsettende hormonbehandling kan være forbundet med en viss risiko herunder bivirkninger som negativ benutvikling og utilsiktet vekst.²⁷⁵

Selv om en hormonbehandling regnes som forsvarlig, er det ikke nødvendigvis slik at den er til barnets beste: Nuruddin har pekt på at GnRH, hormonet som benyttes i forbindelse med pubertetsutsettende behandling, påvirker hjernens utvikling ved langvarig hormonbehandling i tidlig pubertet. Forfatterne peker på at disse resultatene må tas i betraktning når pubertetsutsettende hormonbehandling vurderes gitt til barn.²⁷⁶ En annen studie fant at hormonbehandlingen påvirker visse deler av amygdala, et område i tinninglappen som er viktig for emosjonelle reaksjoner. Studien åpner for at hormonbehandling kan påvirke normal hjerneutvikling, og må tas i betraktning når hormonbehandling gis til barn.²⁷⁷ Forfatterne åpner her for at hormonet som benyttes for å utsette puberteten også kan påvirke andre hjernestrukturer.²⁷⁸ WPATHs retningslinjer og den øvrige forskningen kan tale for en viss tilbakeholdenhet med å gi pubertetsutsettende behandling, selv om behandlingen er vurdert som forsvarlig.

Barnets helse og utvikling kan også tale *for* at pubertetsutsettende hormonbehandling gis. Ved unnlatelse av å gi pubertetsutsettende hormonbehandling ved kjønnsinkongruens, vil dette kunne skade barnets utvikling. Under punkt 4.2 er det redegjort for forskning som viser at tidlig innsats for ungdom med kjønnsinkongruens «leads to improved psychological func-

²⁷² IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. 29.

²⁷³ IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. 49 opplyses det at Rikshospitalet følger andre retningslinjer. Personlig meddelelse fra Ira Haraldsen

²⁷⁴ IS-0496, Helsedirektoratet (2015), s. 29 og 124.

²⁷⁵ WPATH (2011) s. 22

²⁷⁶ Nuruddin (2012) s. 15

²⁷⁷ Nuruddin (2013) s 3125

²⁷⁸ Nuruddin (2013) s 3124

tioning of transgender adolescents.»²⁷⁹ Dette taler sterkt for at pubertetsutsettende hormonbehandling bør gis ut fra hensynet til barnets helse.

En pubertetsutsettende hormonbehandling er reversibel og gir barnet tid til å utforske sin kjønnsidentitet, og behandlingen kan gjøre overgangen til det ønskelige biologiske kjønnnet lettere ved at behandlingen hindrer kjønnskarakteristika som er vanskelig eller helt irreversibele senere.²⁸⁰ WPATH peker på at unnlatelsen av å gi behandling viderefører en uønsket tilstand, herunder belastningen som utviklingen av sekundære kjønnskarakteristika (typisk bryster, hofter eller adamseple, kraftig nese, brede skuldre) i puberteten gir, som kan medføre et utseende som kan føre til stigmatisering og overgrep.²⁸¹

Som nevnt påpeker Barnekomiteen at det må ses hen til framtidig risiko og skade som kan følge av en avgjørelse som er tatt av hensyn til barnet.²⁸² Dette gjør seg i høyeste grad gjeldende for *unnlatelsen* av å gi kjønnsbekreftende hormonbehandling. En unnlatelse av å gi behandling vil gi kjønnskarakteristika som er helt eller delvis irreversible på et senere tidspunkt, og som kan innebære skade. WPATH understreker at hverken pubertetsutsettelse eller å unnlate å gi dette for å la puberteten skje, er nøytrale handlinger. En unnlatelse av å gi behandlingen kan medføre *helt eller delvis irreversible konsekvenser*, mens en pubertetsutsettende behandling er *reversibel* i relasjon til kjønnsuttrykket og gir barnet en mulighet til å reflektere over sin kjønnsidentitet og modnes. Ulempene knyttet til en slik behandling, utover en utsettelse av puberteten, er foreløpige og beheftet med noe usikkerhet. Fordelene ved en behandling vil derfor kunne veie opp for eventuelle ulemper. Dette taler for at behandlingen kan bidra til å fremme barnets helse og utvikling.

Det må etter dette legges til grunn at så lenge behandlingen anses som medisinsk forsvarlig, vil hensynet til barnets helse og utvikling kunne tale for at kjønnsbekreftende hormonbehandling gis.

6.5.2.2 *Feminiserende eller maskuliniserende hormonbehandling*

Spørsmålet i det følgende er om hensynet til barnets helse og utvikling taler for at feminiserende eller maskuliniserende hormonbehandling gis til barnet med kjønnsinkongruens.

²⁷⁹ Cohen-Kettenis (2014) s. 702

²⁸⁰ WPATH (2011) s. 22

²⁸¹ WPATH (2011) s. 22, 24

²⁸² Generell kommentar nr. 14 avsnitt 74

Igjen må det ses hen til den framtidige risikoen og skaden som kan følge av en avgjørelse som er tatt av hensyn til barnet.²⁸³ Mange av de samme hensynene som for pubertetsutsettende hormonbehandling vil også gjøre seg gjeldende her.

Hensynene som taler *mot* at femininiserende eller maskuliniserende hormonbehandling gis er flere enn ved pubertetsutsettende hormonbehandling. En vesentlig forskjell fra pubertetsutsettende hormonbehandling er at femininiserende eller maskuliniserende hormonbehandling kun vurderes som *delvis reversibel*.²⁸⁴ Dette kan tale for en tilbakeholdenhet med å gi behandlingen før barnet er voksent.

Risikoene forbundet med å gi hormonbehandling er flere. Blant de klinisk signifikante lidelsene den femininiserende hormonbehandling innebærer en risiko for å medføre, er *tromboembolisk venøs sykdom* – blodpropp, *hypertriglyseridemi* – en økt forekomst av fettverdier i blodet, som øker risikoen hjerte- og karsykdom, *høyt blodtrykk*, *diabetes type 2* og *brystkreft*. Ved maskuliniserende behandling er det signifikant risiko for *polycytemi* – som fører til økt risiko for blodpropp, *hyperlipidemi* – en unormal konsentrasjon av fettstoffer i blodet, *destabilisering av visse psykiatriske lidelser*, *hjerte- og karsykdommer*, *høyt blodtrykk*, *diabetes type 2*, *brystkreft*, *livmorhalskreft*, *eggstokkreft* og *livmorkreft*.²⁸⁵

Men vektige hensyn taler også *for* at behandlingen skal gis. Unnlatelsen av å gi hormonbehandling viderefører en tilstand for barnets kjønnsidentitet som ikke samsvarer med det fysiske uttrykket. Dette kan også medføre signifikant helsetap som psykiske lidelser, selvmordstanker, trakassering, utsatthet for vold og overgrep, se punkt 4.2. Derfor er heller ikke unnlatelsen av å gi slik hormonbehandling en nøytral handling. Ulempene ved en vedvarende situasjon i en kropp med et kjønnsuttrykk som ikke samsvarer med kjønnsidentiteten er således en stor belastning, som kan rettferdiggjøre at slik behandling gis. Dette taler for at femininiserende eller maskuliniserende hormonbehandling kan fremme barnets helse, og dermed er til barnets beste. Behandlingen trenger likevel ikke gis før 18 år, og ettersom ulempene og risikoen ved en femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling er større enn ved pubertetsutsettende hormonbehandling, taler dette for en større tilbakeholdenhet med å gi femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling enn ved spørsmålet om pubertetsutsettende hormonbehandling skal gis.

²⁸³ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 74

²⁸⁴ WPATH (2011) s 21

²⁸⁵ WPATH (2011) s. 44-45

6.5.3 Barnets mening som moment i den konkrete barnets beste-vurderingen

Ettersom barnet har en rett til å bli hørt i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling, blir spørsmålet hvilken vekt barnet mening skal tillegges som moment i vurderingen av om kjønnsbekreftende hormonbehandling er til barnets beste ved kjønnsinkongruens.

Grunnloven § 104 første ledd if. grunnlovfester barnets rett til å få sin mening vektlagt: «deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.»

Menneskerettighetsutvalget uttalte at:

«Den innflytelsen barnet har over beslutningene, vil deretter måtte avhenge av barnets alder og utvikling. Ungdom som nærmer seg 18 år, skal normalt ha større innflytelse på beslutninger enn for eksempel 7-åringer. Det er imidlertid viktig å være klar over at det kan være store personlige variasjoner i barns modenhet, og barnets rett til medbestemmelse må med nødvendighet variere alt etter hvilke type beslutninger det er tale om.»²⁸⁶

Hvilken vekt barnets mening skal tillegges vil etter dette avhenge av barnets alder og modenhet, samt typen beslutning. Jo større innvirkning avgjørelsen har på barnets liv, desto større vekt skal barnets mening tillegges. En kjønnsbekreftende hormonbehandling har stor innvirkning på barnets liv, og må derfor tillegges stor vekt.

Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 konstaterer at barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets «alder og modenhet». Både alder og modenhet utgjør således separate vurderingstemaer når det kommer til hvilken vekt barnets mening skal tillegges. FNs barnekomité uttaler at det er «the capacity of a child to express her or his views on issues in a reasonable and independent manner» som er avgjørende for hvilken vekt barnets mening skal tillegges.²⁸⁷ Det er barnets evne til å uttrykke sin mening på en fornuftig og selvstendig måte som er avgjørende. I dette kan det synes å ligge en streng vurderingsnorm. Barn vil i høy grad være preget av omgivelsene, og dermed framstå mindre selvstendige enn mange voksne mennesker. Barn vil oftere ha meninger og ønsker som de ikke nødvendigvis forstår de fulle konsekvensene av. Disse faktorene kan påvirke vekten av barnets mening. Bestemmelsen må likevel tas på alvor, noe som må innebære at barnets mening ikke kategorisk kan avfeies selv om den synes mindre fundert i den strenge fornuft. Imidlertid vil kravene til barnets modenhet og forståelse av situasjonen ved tale om hormonbehandling måtte stilles nokså høyt, tatt i betraktning at behandlingen er relativt alvorlig og vil ha stor innvirkning på barnets liv.

²⁸⁶ Dokument 16 (2011- 2012) s. 191

²⁸⁷ Generell kommentar nr. 12 avsnitt 30

Barnekomiteen har videre uttalt om barnekonvensjonen artikkel 12 første ledd at «[t]he impact of the matter on the child must also be taken into consideration.» I denne forståelsen ligger det at den aktuelle avgjørelsens innvirkning på barnets liv, gjør det viktigere å vurdere barnets modenhet.²⁸⁸ Barnekomiteens formulering kan også forstås som et rent vektprinsipp: Jo større innvirkning avgjørelsen har på barnets liv, jo større vekt må barnets mening tillegges. Men hvis løsningen barnet ønsker er skadelig, tillegges barnets mening mindre vekt.

Pubertetsutsettende hormonbehandling gis til barn mellom 12 og 15 år, og har stor innvirkning på et barns liv.²⁸⁹ Aldersgruppen 12 til 15 år ligger nært opp til den helserettslige myndighetsalderen på 16 år. For femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling vil barnet være eldre enn 12, i mange tilfeller eldre enn 15 år. Barn i denne aldersgruppen vil normalt være i stand til å gjøre seg opp en mening.

Barnets alder og modenhet vil være relativt til hvilket spørsmål det er tale om. Konkret for *femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling* vil kravet til barnets alder og modenhet måtte stilles nokså høyt, ettersom tiltakene er inngripende og vil medføre delvis irreversible konsekvenser.

6.5.4 Barnets privatliv og fysiske integritet som moment i den konkrete barnets beste-vurderingen

Grunnloven § 102 og 104 tredje ledd beskytter barnets privatliv og fysiske integritet. Spørsmålet er hvilken vekt momentet får ved kjønnsinkongruens hos barnet og vurderingen av om en kjønnsbekreftende behandling et til barnets beste. Barnekonvensjonen artikkel 16 verner om barnets privatliv. Barnets kropp og kjønnsidentitet er en vesentlig del av barnets privatliv og fysiske integritet. Spørsmålet om hvilken vekt dette momentet skal tillegges, og hvordan det vil innvirkning på barnets beste-vurderingen, vil avhenge av hvordan barnet stiller seg til en behandling, jamfør punkt 6.6.3 og harmoniseringen i punkt 6.6.7 under. Om barnet ikke ønsker behandlingen, taler dette sterkt imot at behandlingen gis.

6.5.5 Barnets identitet som moment i den konkrete barnets beste-vurderingen

Barnets identitet er en del av barnets beste-vurderingen i spørsmålet om barnet skal behandles for kjønnsinkongruens. Barnekomiteen slår fast at barn ikke er en likeartet gruppe, og at mangfoldet blant barn må tas med i betraktning når man vurderer barnets beste.²⁹⁰

²⁸⁸ Generell kommentar nr. 12, avsnitt 30.

²⁸⁹ IS-0496, Helsedirektoratet (2015) s. 37

²⁹⁰ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 55

«The identity of the child includes characteristics such as *sex, sexual orientation*, national origin, religion and beliefs, cultural identity, *personality*. Although children and young people share basic universal needs, the expression of those needs depends on a wide range of personal, physical, social and cultural aspects, including their evolving capacities. The right of the child to preserve his or her identity is guaranteed by the Convention (art. 8) and must be respected and taken into consideration in the assessment of the child's best interests.»²⁹¹

Etter barnekonvensjonen artikkel 8 .nr. 1 skal statene respektere barnets rett til å bevare sin identitet «uten ulovlig innblanding.» Formuleringen er et unntak fra utgangspunktet om at barnet har en rett til å bevare sin identitet. I visse tilfeller kan et inngrep i barnets identitet være lovlig. Statene kan ha en gyldig grunn til å gjøre inngrep i barnets identitet. I teorien er det slått fast at en slik gyldig grunn kan være at det er «necessary for the child's best interest».²⁹² Etter dette er utgangspunktet at barnet har en rett til å beholde sin kjønnsidentitet. Barnets rett til å bevare sin identitet kan kun begrenses i lys av de andre momentene som inngår i barnets beste-vurderingen.

6.5.6 Barnets sårbarhet som moment i den konkrete barnets beste-vurderingen
Barnets sårbarhet er også et viktig element i vurderingen av barnets beste i før barnet eventuelt gis behandling for kjønnsinkongruens. Barnets sårbarhet kan for eksempel være at barnet tilhører en minoritetsgruppe, er utsatt for vold, barnets sosiale situasjon eller lignende. Barn med kjønnsinkongruens vil kunne være et barn i en særlig sårbar situasjon. Vurderingen av barnets sårbarhet knytter seg ikke kun til rettighetene i barnekonvensjonen, men også til andre menneskerettigheter.²⁹³ Beslutningstagerne må se hen til det enkelte barnet, og anlegge et livsløpsperspektiv:

«Authorities and decision-makers need to take into account the different kinds and degrees of vulnerability of each child, as each child is unique and each situation must be assessed according to the child's uniqueness. An individualized assessment of each child's history from birth should be carried out, with regular reviews by a multidisciplinary team and recommended reasonable accommodation throughout the child's development process.»²⁹⁴

Derfor må man ved bruken av barnets sårbarhet som element i barnets beste-vurderingen legge an et livsløpsperspektiv basert på kunnskap fra forskjellige fagfelt. Dette støtter opp under at det må foretas en bred og konkret helhetsvurdering.

²⁹¹ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 55. Mine kursiveringer

²⁹² UNICEF (2005) s. 116

²⁹³ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 75 og 76

²⁹⁴ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 76

6.5.7 Harmoniseringen av momentene i barnets beste-vurderingen

For at barnet skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling for kjønnsinkongruens i det enkelte tilfellet, må behandlingen være til barnets beste. Ved fastleggingen av barnets beste, må utgangspunktet tas i det individuelle barnet situasjon og egenart. Det er derfor ikke mulig å oppstille på generelt grunnlag om kjønnsbekreftende hormonbehandling er til barnets beste. Likevel kan det sies noe om hvorvidt kjønnsbekreftende hormonbehandling *kan* være til barnets beste, hvilke momenter som inngår i denne vurderingen og hvilken vekt elementene må gis. Jeg har i punkt 7.2.2 til 7.2.6 redegjort for momentenes vekt. I det følgende vil jeg redegjøre for utgangspunkter ved vurderingen av barnets beste, og tilfellene hvor ett moment kan trekke i begge retninger eller stå i et motsetningsforhold til andre momenter.

Barnets helse og utvikling inngår i vurderingen av barnets beste, men må avveies mot barnets mening i den konkrete vurderingen. Barns rett til helse etter barnekonvensjonen artikkel 24 består av både friheter og rettigheter. Frihetene gir barnet rett til å bestemme over sin helse og frihet til å ta ansvarlige valg i takt med alder og modenhet. Rettighetene gir adgang til fasiliteter, varer, tjenester, rehabilitering og behandling som gir alle barn like muligheter til den høyest oppnåelige helsestandard.²⁹⁵ Men barnets rett til å bli hørt, kan i visse tilfeller synes å stå i konflikt med hensynet til barnets helse og utvikling. Barnekomiteen uttaler om denne vurderingen at:

«The child's right to health (art. 24) and his or her health condition are central in assessing the child's best interest. However, if there is more than one possible treatment for a health condition or if the outcome of a treatment is uncertain, the advantages of all possible treatments must be weighed against all possible risks and side effects, and the views of the child must also be given due weight based on his or her age and maturity. In this respect, children should be provided with adequate and appropriate information in order to understand the situation and all the relevant aspects in relation to their interests, and be allowed, when possible, to give their consent in an informed manner.»²⁹⁶

Ved vurderingen må man altså se hen til fordelene ved en behandling veid opp mot risikoen. Selv om både pubertetsutsettende og femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling innebærer en risiko, kan behandlingen fremme barnets helse og utvikling. *Pubertetsutsettende hormonbehandling* er ikke risikofri, men er reversibel. Dessuten vil slik behandling kunne forhindre framtidige lidelser. *Femininiserende og maskuliniserende hormonbehandling* er forbundet med noe større risiko, og er kun delvis reversibel. Til gjengjeld vil slik behandling gis når barnet er fylt 16 år. I helserettslig forstand vil barnet være myndig, se drøftelsen ned-

²⁹⁵ Generell kommentar nr. 18 avsnitt 24

²⁹⁶ Generell kommentar nr. 14 avsnitt 77

for i punkt 7.4.1. Men hensynet til barnets beste skal vurderes for *alle barn*, også de over 16 år.

Barnet skal høres i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis, og barnets mening må tillegges stor vekt i vurderingen. I tilfellene hvor barnet selv ikke ønsker behandlingen, vil Grunnloven § 102 og 104 tredje ledd likevel som beskytter barnets privatliv og fysiske integritet, i kombinasjon med barnets rett til å bli hørt, tale sterkt imot at behandlingen gis. Også praktiske hensyn trekker i denne retningen: om barnet ikke ønsker behandlingen vil det også normalt vanskelig kunne sies at barnets identitet taler *for* at behandlingen skal gis, ettersom barnet gir uttrykk for sin identitet ved å bli hørt. Derfor må det være tale om at barnet motsetter seg *selve behandlingsformen, ikke følgene av den*, for at kjønnsbekreftende behandling skal gis mot barnets mening. Barnet kan eksempelvis være redd for å få sprøyter eller være redd for å gå på sykehuset. I slike tilfeller kan behandlingen likevel gis.

Barnets identitet som et moment i barnets beste-vurderingen. Barnet har etter barnekonvensjonen artikkel 8 nr. 1 en rett til å bevare sin identitet, også sin kjønnsidentitet. Om barnets identitet ikke sammenfaller med kjønnnet tillagt ved fødselen, er utgangspunktet at barnet har en rett til å beholde sin kjønnsidentitet – det opplevde kjønnnet. Dette taler for at en kjønnsbekreftende hormonbehandling er til barnets beste. Spørsmålet om barnet har en rett til kjønnsbekreftende behandling i det enkelte tilfellet må ta utgangspunkt i at spørsmålet om kjønnsidentitet er et grunnleggende og eksistensielt spørsmål for individet. Om barnets rett til identitet skal begrenses, må dette gjøres av hensyn til barnets mening, barnets helse, barnets sårbarhet, barnets privatliv og fysiske integritet og/eller barnets utvikling.

Barnets beste legger opp til en helhetsvurdering hvor de ulike momentene inngår. I praksis vil det likevel være vanskelig å tenke seg situasjoner hvor behandlingen anses for å være til barnets beste om barnets mening, identitet eller helse og utvikling *ikke* taler for at behandlingen skal gis. Om barnets identitet ikke taler for at behandlingen skal gis, vil det også vanskelig kunne hevdes at en slik behandling vil fremme barnets helse – og vice versa.

6.6 Oppsummering

Jeg har i dette kapittelet drøftet og presentert de særlige momentene som gjør seg gjeldende i vurderingen av hvor langt barnets rett til kjønnsbekreftende behandling rekker, og i hvilken retning disse momentene kan trekke. Jeg har påvist at Grunnloven, konvensjonsvernet gjennom barnekonvensjonen og norsk særlovgivning legger opp til et særskilt vurderingstema i den konkrete avveiningen i saker om hvorvidt helsehjelp skal gis til barn. Vurderingstemaet må ta utgangspunkt i hensynet til barnets beste, som gjør seg gjeldende i avgjørelsen om

kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis. Barnets beste skal være et *grunnleggende hensyn* i denne vurderingen, og det finnes ingen andre hensyn som barnets beste må avveies *mot*.

For at barnet skal få behandlingen i det konkrete tilfellet, må behandlingen være *forsvarlig*. Det er et absolutt krav og en nødvendig forutsetning at behandlingen er forsvarlig, for at den skal kunne gis. Kravet til forsvarlighet må stilles høyt når det er tale om behandling til barn, og stiller strenge krav til differensialdiagnostikk og samtykke.

Barnets mening må innhentes og vektlegges i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling, også for å fastlegge om behandlingen er til barnets beste. Barnet har etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 en rett til å bli hørt i spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling, og barnets mening må tillegges *stor vekt* etter fylte 12 år, jf. pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd andre punktum, sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 12 og barneloven § 31 andre ledd tredje punktum.

For å *finne fram til* hva som er barnets beste i det konkrete tilfellet, må det ses hen til barnets helse og utvikling, barnets privatliv og fysiske integritet, barnets mening og barnets sårbarhet. Helhetsvurderingen som må foretas er konkret. I praksis vil det likevel vanskelig kunne tenkes at behandlingen anses for å være til barnets beste om barnets mening, identitet eller helse og utvikling ikke taler for at behandlingen skal gis.

7 Hvem bestemmer om behandlingen skal gis?

7.1 Innledning

I kapittel 5 har jeg konkludert med at barnet har en generell, materiell rett til kjønnsbekreftende behandling. I kapittel 6 har jeg redegjort for den konkrete vurderingen som må foretas for at barnet skal gis behandling – behandlingen må være til barnets beste. Hensynet til barnets beste *kan* tale for at kjønnsbekreftende hormonbehandling gis. Om behandlingen *skal* gis i det enkelte tilfellet, avhenger av hvem som bestemmer om behandlingen skal gis. For å besvare denne problemstillingen vil jeg først drøfte om foreldreansvaret isolert sett gir foreldrene en rett til å ta avgjørelser om kjønnsbekreftende hormonbehandling på vegne av barnet. For å gjøre dette vil jeg redegjøre for hvem som har foreldreansvaret, hvilke beslutninger som kan tas på vegne av barnet i kraft av foreldreansvaret, hva den med foreldreansvaret som barnet bor sammen med kan bestemme alene når begge foreldrene har foreldreansvaret og barnets selvbestemmelsesrett.

De generelle reglene om foreldreansvaret, og beføyelser i kraft av dette, må utfylles av reglene om når foreldrenes samtykke er nødvendig i pasientrettighetsloven. Derfor vil jeg drøfte *om* foreldrenes samtykke er tilstrekkelig hjemmel for kjønnsbekreftende hormonbehandling. Deretter vil jeg redegjøre for *hvem* som etter pasientrettighetsloven må samtykke til kjønnsbekreftende hormonbehandling av barnet. Jeg vil spalte samtykkediskusjonen i to separate deler – tilfellene hvor barnet er mellom 12 og 16 år og spørsmålet er om det skal gis pubertetsutsettende hormonbehandling, og tilfellene hvor barnet er over 16 år og spørsmålet er om det skal gis femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling – ettersom forskjellige regler gjelder for de ulike tilfellene.

7.2 Gir foreldreansvaret foreldrene rett til å ta avgjørelser om kjønnsbekreftende hormonbehandling?

7.2.1 Oversikt

I barnekonvensjonen kommer plikten til å ta vare på sine barn til uttrykk, indirekte eller direkte, i artikkel 7 første ledd om barns rett til å kjenne sine foreldre og få omsorg av dem, artikkel 5 om respekt for ansvaret og rettighetene som følger med foreldreansvaret og artikkel 3 andre ledd som pålegger partene å sikre barnet beskyttelse og omsorg, og ta hensyn til rettighetene og forpliktelsene foreldrene har, jamfør i artikkel 18 om foreldrenes ansvar og i artikkel 3 om barnets beste. I kapittel 6 er det slått fast at behandlingen kan være til barnets beste. Dette legger også føringer for hvordan foreldreansvaret skal utøves.

7.2.2 Hvem har foreldreansvaret?

Foreldreansvaret ligger til barnets juridiske forelder eller foreldre. Som jeg vil redegjøre for i punkt 7.2.4, gir foreldreansvaret en rett og plikt til å ta vare på sine egne barn. I punkt 7.2.3 og 7.2.4 vil jeg redegjøre for pliktens innhold. Jeg vil først redegjøre for hvem som har foreldreansvaret.

Giftede foreldre utøver foreldreansvaret i fellesskap etter barneloven § 34. Ved skilsmisse eller separasjon kan foreldrene etter § 34 andre ledd avtale seg i mellom avtale felles foreldreansvar, eller at kun den ene forelderen skal ha foreldreansvaret. Barneloven § 35 andre ledd slår fast at også samboende foreldre har foreldreansvaret sammen. Hvis samboerforholdet opphører, kan foreldrene på lik linje med giftede foreldre avtale delt foreldreansvar eller at kun den ene forelderen skal ha foreldreansvaret.

Barneloven § 35 første ledd regulerer situasjonen når barnets foreldre ikke er gift og heller ikke bor sammen – disse tilfellene har «mora foreldreansvaret åleine». Imidlertid kan foreldrene etter barneloven § 35 tredje ledd avtale om faren skal ha foreldreansvaret alene, eller om foreldrene skal dele på ansvaret.

Det følger av barneloven § 39 at for at en avtale foreldrene i mellom om foreldreansvaret skal være gyldig, må den meldes til folkeregisteret. Dette er også av betydning for helsevesenet hvis barnet blir innlagt på sykehus eller oppsøker helsetjenester. Helsepersonellet vil da ha tilgang til opplysningene i folkeregisteret, og ved et evt. spørsmål om samtykke og informasjon vil i så fall helsepersonellet måtte forholde seg til folkeregisteret som angir hvem som har samtykkekompetanse på vegne av barnet.

7.2.3 Hvilke beslutninger kan tas på vegne av barnet i kraft av foreldreansvaret?

I avsnittet over har jeg redegjort for *hvem* som har foreldreansvaret. Spørsmålet etter dette blir spørsmålet hvilke beslutninger foreldrene kan ta på vegne av barnet i kraft av foreldreansvaret.

Det rettslige begrepet *foreldreansvaret* forstås som foreldrenes rett og plikt til å ta vare på sine egne barn. Barnelovens bestemmelser i §§ 30, 34, 38, 39 og 56 er i hovedsak bestemmelsene som fastlegger foreldreansvarets innhold.

Foreldreansvaret innebærer en rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i «personlege tilhøve», jf § 30 første ledd andre punktum. I proposisjonen Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova) legges det til grunn at også helsespørsmål regnes

som personlige forhold.²⁹⁷ Derfor vil også spørsmål om barnet skal gi kjønnsbekreftende hormonbehandling være et spørsmål som forelderen som har foreldreansvaret alene kan ta på egen hånd. Om foreldrene har ansvaret sammen, må foreldrene etter barneloven § 30 første ledd andre punktum ta avgjørelsen i fellesskap.

7.2.4 Hvordan skal foreldreansvaret utøves?

Det følger av barneloven § 30 første ledd at barnet har krav på «omsut og omtanke» fra de som har foreldreansvaret. Dette anses som foreldrenes grunnleggende plikter overfor barnet som legger rammer for utøvelsen av foreldreansvaret. Spørsmålet blir etter dette hvordan foreldreansvaret skal utøves ved avgjørelsen om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis. Avgjørelsen skal tas ut fra barnets behov og interesser, jamfør barneloven § 30 første ledd siste punktum. Hensynet bak reglene om foreldreansvaret er ikke foreldrenes, men *barnets* interesse. Foreldrene har ingen absolutt rett til bestemmelse over barnet ut fra eget for godtbe-
finnende. Retten til å bestemme over barna må utøves ut fra barnets beste, som det er redegjort for over under punkt 6.6. I tillegg begrenses bestemmelsesretten av særlovgivning og barnets egen selv- og medbestemmelsesrett.²⁹⁸

7.2.5 Hva kan «bostedsforelderen» ved delt foreldreansvar avgjøre uten den andre forelderens samtykke?

For utøvelsen av selve foreldreansvaret finnes det ikke uttømmende regler. Barneloven § 37 slår fast at om foreldrene har

«sams foreldreansvar, men barnet bur fast saman med berre den eine, kan den andre ikkje setje seg mot at den barnet bur saman med, tek avgjerder som gjeld vesentlege sider av omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet.»

I det følgende vil «bostedsforelderen» brukes synonymt med «den barnet bor sammen med» i barneloven § 37. Problemstillingen blir om bostedsforelderen, ved felles foreldreansvar, kan bestemme at barnet skal få kjønnsbekreftende hormonbehandling uten den andres samtykke. Mer presist blir spørsmålet om en avgjørelse om kjønnsbekreftende behandling er en «avgjerder» som gjelder «gjeld vesentlege sider av omsuta for barnet» eller «andre større avgjerder om dagleglivet», og dermed faller inn avgjørelsesmyndigheten til «den barnet bur saman med» etter barneloven § 37, eller om det er mer prinsipielle avgjørelser som foreldrene må treffe i fellesskap når de har foreldreansvaret sammen.

²⁹⁷ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 39

²⁹⁸ Smith og Lødrup (2006) s. 109

Ordlyden er «vesentlige sider» av omsorgen og «andre større avgjerder om dagleglivet». Både «vesentlige» og «større avgjerder» peker på at retten til å ta avgjørelser for forelderen barnet bor med er omfattende, og indikerer at lovgiver har ment å gi denne forelderen et vesentlig ansvar på bekostning av den andre forelderen. Vesentlige sider av omsorgen er en svært vid formulering. Også eksemplene som gis i § 37 if – spørsmål om barnet skal være i barnehage og hvor i landet barnet skal bo – viser at denne retten går langt. Men barneloven § 37 må tolkes i lys av § 30 første ledd andre setning. Begge foreldre med foreldreansvaret har i utgangspunktet en rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i «personlige forhold». Dette taler imot at den med foreldreansvaret som barnet bor med kan ta større avgjørelser om barnets helse.

I forarbeidene slås det fast at:

«Bostedsforelderen kan alene avgjøre om barnet skal gå i barnehage og flytting innen landets grenser. Ut over dette kan forelderen ta større avgjørelser om dagliglivet. Når det gjelder flytting, har samværsforelderen etter § 49 rett til å bli hørt dersom flytting gjør det umulig eller vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten. Regelen hjemler en rett for forelderen til å si sin mening. Det er likevel bostedsforelderen som alene har beslutningsmyndighet i dette spørsmålet.»²⁹⁹

Dette viser at bestemmelsen var ment som en presisering av at den med foreldreansvaret som barnet bor med i utgangspunktet kan ta «større avgjørelser om dagliglivet», men at forhold som faller utenfor dagliglivets avgjørelser – som spørsmål om barnet skal gå i barnehage eller innenlands flytting – også ligger under denne forelderens beslutningsmyndighet. Som eksempler på forhold begge foreldrene ville ha beslutningsmyndighet over ved felles foreldreansvar, nevner departementet «medisinsk behandling», «navnevalg» og «samtykke til medisinske inngrep».³⁰⁰ Også Høyesteretts forståelse er i samsvar med dette. Retten uttalte i Rt. 2003 s. 35 at «[u]nder foreldreansvaret hører blant annet vergemål, avgjørelser om medisinsk behandling og samtykke til medisinske inngrep.»³⁰¹

For spørsmål om hormonbehandling i kjønnsbekreftende behandlingsøyemed vil all behandling i tilknytning til dette i utgangspunktet ligge til begge med foreldreansvaret å bestemme. Imidlertid særregulerer pasientrettighetsloven § 4-4 disse tilfellene nærmere, som jeg vil drøfte i punkt 7.4.

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s 83-84

³⁰⁰ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s 56

³⁰¹ Rt. 2003 s. 35 avsnitt 30

7.2.6 Barnets selvbestemmelsesrett

Barneloven § 33 slår fast at «Foreldre skal gje barnet stendig større sjølvråderett med alderen og fram til det fyller 18 år.»

Barnets medbestemmelsesrett og foreldrenes bestemmelsesrett er to størrelser som utfyller hverandre og står i et forhold til hverandre. Når barnet er lite, er foreldrenes bestemmelsesrett dominerende. Etter hvert som barnet blir eldre og mer modent, vil barnets bestemmelsesrett bli større. Foreldreansvarets grenser og innhold vil endre seg i takt med at barnet vokser opp.³⁰² Foreldrenes bestemmelsesrett over barnet avløses ved myndighetsalderen av at fullstendig juridisk autonomi overføres til barnet. Dette følger blant annet av vergemålsloven § 1.³⁰³

Fram mot myndighetsalderen vil stadig mer autonomi overføres til barnet, via en «stendig større» selvbestemmelsesrett etter barneloven § 33. En slik overgang vil gjøre transformasjonen til et autonomt og ansvarlig individ mer gradvis. Videre er denne overføringen av autonomi et uttrykk for at barnet anerkjennes som et subjekt med kapasitet til å foreta fornuftige valg i sitt eget liv.³⁰⁴ Bestemmelsen er generell, og gir uttrykk for et prinsipp om gradvis myndighetsoverføring, ikke en plutselig overføring på myndighetsdagen.³⁰⁵ Dette taler for at barnet bør ha en stor selvbestemmelsesrett over sin egen kropp og utvikling også fra fylte 16 år, noe som også er et bakenforliggende hensyn for at den helserettslige myndighetsalderen er 16 år, se drøftelsen av dette under punkt 7.4.1. Barnets selvbestemmelsesrett må ses i sammenheng med barnets rett til å bli hørt, som er behandlet i punkt 6.4.

7.2.7 Deloppsummering

Isolert sett gir foreldrenes bestemmelsesrett en rett for foreldre med foreldreansvaret til å avgjørelser om kjønnsbekreftende hormonbehandling på vegne av barnet. Foreldrenes bestemmelsesrett må ses i lys av, og utfylles av, barnets med- og selvbestemmelsesrett. Forholdet mellom barnet og foreldrenes rett til å bestemme vil variere fra situasjon til situasjon.

Ved spørsmålet om barnet skal gis kjønnsbekreftende hormonbehandling legger pasientrettighetsloven §§ 4-3 og 4-4 opp til egne vurderingsnormer. Før det tas stilling til de konkrete

³⁰² Smith og Lødrup (2006) s. 109

³⁰³ Smith og Lødrup (2006) s. 121

³⁰⁴ Smith og Lødrup (2006) s. 121

³⁰⁵ Aasen (2008) s. 10

drøftelsene etter pasientrettighetsloven §§ 4-3 og 4-4, vil jeg drøfte om foreldrenes samtykke er tilstrekkelig hjemmel for at kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis barnet.

7.3 Er foreldrenes samtykke tilstrekkelig hjemmel for at kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis barnet?

Problemstillingen i det følgende er hvilket hjemmelskrav som stilles til kjønnsbekreftende hormonbehandling, og om samtykke er tilstrekkelig hjemmel.

Utgangspunktet i norsk helserett er at enkeltpersoner har bestemmelsesrett over eget liv og helse. Legalitetsprinsippet er nå nedfelt i Grunnloven § 113, og forskriver at myndighetenes «inngrep» overfor den enkelte «må ha hjemmel i lov». Legalitetsprinsippet kan ses som en bekreftelse av utgangspunktet om bestemmelsesrett – inngrep i den enkeltes rettsfære krever et gyldig rettslig grunnlag. Unntakene fra utgangspunktet om selvbestemmelsesrett er gjerne begrunnet i den enkeltes liv og helse, eller andres liv, helse og velferd.³⁰⁶

Legalitetsprinsippet slik det nå er nedfelt i Grunnloven § 113 må imidlertid suppleres av det som var gjeldende rett fram til grunnlovsrevisjonen i 2014. Selv om § 113 krever hjemmel i «lov», slår Kontroll- og konstitusjonskomiteen fast at inngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i «lov eller annet rettsgrunnlag».³⁰⁷ Samtykke er et slikt annet grunnlag. Kravet til samtykke er sentralt i norsk rett, fordi det «understreker respekten for pasientens menneskeverd og integritet.»³⁰⁸ Foreldrenes bestemmelsesrett kan anses som et tredje hjemmelsgrunnlag, og gir foreldrene kompetanse til å ta beslutninger på barnets vegne.

Komiteen tok til orde for at kravet om legalitet burde komme til uttrykk i Grunnloven.³⁰⁹ Komiteen ønsket å formalisere legalitetsprinsippet, som den mente at allerede var konstitusjonell sedvanerett, og bemerket at kodifisering i grunnlovs form ikke ville endre rettsstilstanden.³¹⁰ Det var med andre ord ikke lovgivers intensjon å endre rettsstilstanden ved grunnlovsrevisjonen.

Høyesterett i avdeling uttalte i Rt. 2010 s. 612 at: «det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og

³⁰⁶ Syse (2009) s. 286

³⁰⁷ Innst. 186 S (2013-2014) s. 31

³⁰⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 80

³⁰⁹ Innst. 186 S (2013-2014) s. 31

³¹⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 32

helsehjelp.»³¹¹ Dommen gjaldt spørsmålet om hvorvidt et kommunalt sykehjem kunne utføre sårstell, kroppsvask og sengetøysskift uten pasientens samtykke. Dommen ble avsagt under dissens 3-2, men det var ikke uenighet om tolkningen av legalitetsprinsippet.

Det første spørsmålet blir etter dette om kjønnsbekreftende hormonbehandling er et «inngrep» som krever hjemmel. Kjønnsbekreftende hormonbehandling vil kunne skje i form av kanyle-injeksjoner. Hvordan hormonene innføres i kroppen er likevel av mindre betydning, ettersom det er *konsekvensene* av inntaket som er avgjørende: Inntaket av GnRH-hormonet som virker femininiserende/maskuliniserende vil blokkere østrogen- eller testosteron/progesteronproduksjonen, jamfør punkt 4.5.3.2. Virkningene av en slik behandling vil være ganske drastisk, og vil være et inngrep som dermed krever hjemmel.

Videre er spørsmålet om et samtykke er et tilstrekkelig grunnlag for å gi kjønnsbekreftende hormonbehandling isolert sett – hva foreldre kan samtykke til på vegne av barnet vil drøftes under punkt 7.4.2. Etter pasientrettighetsloven § 4-1 er hovedregelen at helsehjelp kun kan gis med pasientens samtykke, med mindre annet rettsgrunnlag foreligger for å gi pasienten helsehjelp uten samtykke.

Høyesterett har i Rt. 2010 s. 612 vist til at «samtykke ofte vil være eneste aktuelle hjemmel, og dels slik at samtykke etter forholdene også vil kunne hjemle meget vidtrekkende fysiske inngrep» og at individet har rett til å treffe beslutninger på egne vegne om egen helse som kan framstå som «lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige».³¹² Etter denne uttalelsen er det klart at et samtykke er et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag, også for et nokså vidtrekkende fysisk inngrep som kjønnsbekreftende hormonbehandling. Samtykke til slik behandling er tilstrekkelig for slik behandling av voksne, og isolert sett er det klart at samtykke kan anses som tilstrekkelig hjemmel for kjønnsbekreftende hormonbehandling til barn.

Etter dette er kjønnsbekreftende behandling et inngrep som krever hjemmel, og samtykke er isolert tilstrekkelig hjemmel for slik behandling. Spørsmålet i det følgende blir *hvem* som kan avgi samtykket.

³¹¹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27

³¹² Rt. 2010 s. 612 avsnitt 28

7.4 Hvem må samtykke til behandlingen?

7.4.1 Oversikt

I det følgende er situasjonen at det er fastlagt hvem som har foreldreansvaret. Ved spørsmålet om hvem som kan samtykke til at barnet skal gis kjønnsbekreftende behandling, er det formålstjenlig å spalte problemstillingen i to. Ettersom pubertetsutsettende hormonbehandling først og fremst gis til barn under 16 år, vil jeg kun drøfte spørsmålet om pubertetsbekreftende behandling opp mot samtykkereglene for behandling til barn under 16 år etter pasientrettighetsloven § 4-4. Femininiserende/maskuliniserende gis nesten utelukkende til barn over 16 år, derfor vil jeg kun drøfte slik behandling etter pasientrettighetsloven § 4-3 som omhandler helsehjelp til barn over 16 år.

7.4.2 Kravet om samtykke til pubertetsutsettende hormonbehandling på vegne av barn under 16 år

7.4.2.1 Problemstilling

Av pasientrettighetsloven § 4-4³¹³ følger det at:

«Foreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år.

Det er tilstrekkelig at én av foreldrene eller andre med foreldreansvaret samtykker til helsehjelp som
a) regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet, jmfør barnelova §§ 37 og 42 andre ledd, eller

b) kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade.

Før helsehjelp som nevnt i bokstav b gis skal begge foreldrene eller andre med foreldreansvaret, så langt råd er, få si sin mening. Beslutning om helsehjelp som nevnt i bokstav b kan påklages til Fylkesmannen etter kapittel 7. Fylkesmannen kan vedta at helsehjelpen skal avsluttes inntil det er fattet vedtak på grunnlag av klage fra den andre forelder eller andre med foreldreansvaret.

Dersom barneverntjenesten har overtatt omsorgen for barn under 16 år etter barnevernloven § 4-6 andre ledd, § 4-8 eller § 4-12, har barneverntjenesten rett til å samtykke til helsehjelp.

[...]

Spørsmålet om hvem som bestemmer om barnet skal få behandlingen, må etter dette spaltes i flere underproblemstillinger. Utgangspunktet er at foreldrene har rett til å samtykke. Unntakene er imidlertid flere. Den første av delproblemstillingene blir om kjønnsbekreftende hormonbehandling kan «regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet» etter pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav a, jmfør barneloven §§ 37 og 42 andre ledd, eller være «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade» etter pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd

³¹³ Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd er her utelatt, og behandles under punkt 6.4.4.

bokstav b. I så fall er behandlingen helsehjelp kun *én av foreldrene* med foreldreansvaret trenger å samtykke til.

Jeg vil også redegjøre for hvilke krav som stilles til å innhente den andre forelderens samtykke og dennes eventuelle påklaging av behandlingen i forlengelsen av dette. Den andre delproblemstillingen er om behandlingen kan gis selv om *ingen* av foreldrene samtykker.

7.4.2.2 Utgangspunkt: foreldre med foreldreansvaret har rett til å samtykke

Etter pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd har foreldrene eller andre med foreldreansvaret etter første ledd «rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år».

Av forarbeidenes merknader til de enkelte bestemmelser følger det at § 4-4 første ledd er overflødig, ettersom innholdet følger av barnelovens regler, og at første ledd er tatt med av informasjonshensyn.³¹⁴ At den helserettslige myndighetsalderen er på 16 år, følger imidlertid ikke av barneloven, men av pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b. Derfor er ikke bestemmelsen helt overflødig. Avgjørelser om helsehjelp hører inn under foreldreansvaret. Foreldreansvar er nødvendig for å ha myndighet til å fatte avgjørelser og samtykke på vegne av barnet.³¹⁵

7.4.2.3 Unntakstilfellene: tilstrekkelig at én av foreldrene samtykker til helsehjelp

Fram til en lovendring i 2010 måtte foreldrene – hvis begge hadde foreldreansvaret – være enige for at det skulle foreligge gyldig samtykke. Inntil denne lovendringen var det slik at hvis begge foreldre hadde foreldreansvaret, og den ene motsatte seg helsehjelpen, hadde denne en vetorett.³¹⁶ Den eneste muligheten var å gå veien om vedtak av fylkesnemnda etter barnevernloven³¹⁷ § 4-10.

Etter pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd, slik den lyder etter lovendring av 2010, er det tilstrekkelig «at én av foreldrene eller andre med foreldreansvaret» samtykker til helsehjelpen som enten etter andre ledd bokstav a «regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet», jamfør barneloven §§ 37 og 42 andre ledd, eller helsehjelp som «kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade» etter andre ledd bokstav b.

³¹⁴ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) s. 133

³¹⁵ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) s. 133-4

³¹⁶ Syse (2009) s. 329-30

³¹⁷ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Etter denne lovendringen vil den eller de med foreldreansvaret fortsatt ha samtykkekompetansen ved spørsmål om barnet skal gis helsehjelp. Dette følger av § 4-4 første ledd og barneloven § 30. Bakgrunnen for lovendringen var imidlertid å innføre rett til samtykke til kun én av foreldrene når det dreier som om visse former for helsehjelp.

7.4.2.3.1 Regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen

Pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav a slår fast at om det er tale om helsehjelp som regnes som en del av den «daglige og ordinære» omsorgen for barnet, er det tilstrekkelig at én med foreldreansvaret samtykker. Bestemmelsen var en kodifisering av gjeldende fortolkning og praktisering av barneloven og pasientrettighetsloven. Allerede før lovendringen var det normal praksis at legen ikke spurte den andre forelderens etter den enes samtykke. Hensynet bak bestemmelsen er at avgjørelser som faller inn under den daglige omsorgen, ikke ses på som «større avgjørelser i barnets liv». Det er altså helsehjelpens art som er begrunnelsen for at det ikke kreves samtykke fra begge foreldrene i disse tilfellene.

Helsehjelp som faller inn i denne kategorien er behandling av øreverk, halsbetennelse, influensa, skrubbsår og lignende³¹⁸ samt «alminnelige barnesykdommer».³¹⁹ Med andre ord er det tale om forholdsvis vanlige lidelser som de fleste vil gå igjennom i løpet av barndommen, og som det ikke utløser store betenkeligheter å behandle. Pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav a gjelder «et stort antall trivielle eller mindre alvorlige tilstander som behandles rutinemessig.»³²⁰ Alminnelig behandling og undersøkelser faller språklig og praktisk inn under dagliglivets avgjørelser.³²¹ Mer inngripende behandling som operasjoner krever fortsatt enighet hos foreldrene, hvis begge har foreldreansvaret³²² - her kommer unntaket etter § 4-4 andre ledd bokstav b fra utgangspunktet om samtykke fra begge inn, se punkt 7.4.2.3.

Kjønnsbekreftende behandling faller klart utenfor en naturlig forståelse av «daglige og ordinære» omsorgen for barnet. Kjønnsbekreftende hormonbehandling kan derfor ikke gis med samtykke fra kun én av foreldrene med hjemmel i pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav a.

³¹⁸ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 73

³¹⁹ Bendiksen (2008) s 229

³²⁰ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³²¹ Bendiksen (2008) s. 230

³²² Bendiksen (2008) s 230

7.4.2.3.2 Kvalifisert helsepersonell mener helsehjelpen er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade

Pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b er et unntak fra hovedregelen om at foreldre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til medisinske avgjørelser som ikke er dagligdagse og at samtykket må gis i fellesskap: Det er tilstrekkelig at en av foreldrene samtykker til helsehjelp som «kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade».

Problemstillingen i det følgende er om kjønnsbekreftende hormonbehandling kan være en behandling som er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade, og om det derfor er tilstrekkelig at kun én av foreldrene med foreldreansvaret samtykker til.

Situasjonen i disse tilfellene er at en av foreldrene samtykker til helsehjelpen, mens den andre *ikke* samtykker. Hvis det kun foreligger et samtykke fra en av foreldrene, må helsepersonellet – som ellers – vurdere hva som er forsvarlig helsehjelp, og hva som kan gjøres med samtykke fra kun én av foreldrene. § 4-4 andre ledd bokstav b omhandler konfliktsituasjonene, tilfellene hvor foreldrene er uenige om barnet skal gis den kjønnsbekreftende behandlingen. For at man skal komme til vurderingen etter pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b, må to forutsetninger være til stede: Behandlingen må være vurdert som forsvarlig, behandlingen må være vurdert å være til barnets beste og begge foreldrene må ha foreldreansvaret i fellesskap.

I proposisjonen nevnes eksempelvis situasjoner med vold, konflikter i familien og overgrep, samt tilfeller hvor det ikke lar seg gjøre å avklare hvordan den ene forelderen stiller seg til om helsehjelpen skal gis eller ikke som tilfeller kun én med foreldreansvaret behøver å samtykke til behandling.³²³

Bestemmelsen regulerer etter sin ordlyd tilfellene hvor «kvalifisert helsepersonell» mener at helsehjelpen er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade. I disse tilfellene åpner bestemmelsen for at det er tilstrekkelig med samtykke fra kun én av foreldrene som har foreldreansvaret. I formuleringen «kvalifisert» ligger det et vilkår om at helsepersonellet har en «nødvendig faglig innsikt på området» og at helsepersonellet kan foreta en «forsvarlig vurdering av risikobildet og behovet for helsehjelp».³²⁴ Som eksempler på helsepersonell med disse kvalifikasjonene, nevnes «legen, psykologen eller tannlegen» som er ansvarlig for helsehjelpen. Om det i vårt tilfelle er den spesialiserte behandlingstjenesten – primært lege og psykolog med assistanse av sykepleier – på Rikshospitalet som mener at behandlingen er nødvendig, vil disse som nevnt i punkt 5.6.1 åpenbart oppfylle kravet om å være kvalifisert helsepersonell.

³²³ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 73

³²⁴ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 73-74

Det er et vilkår at helsepersonellens vurdering er at barnet vil «ta skade» om helsehjelp ikke gis. Vurderingen må foretas konkret. Hovedfokuset i vurderingen vil være på de samme betraktninger som vurderingen av om behandlingen fremmer barnets helse og utvikling under punkt 6.6.2, jamfør punkt 5.5 i barnets beste-vurderingen, men en klar forskjell er at kravet til at behandlingen er «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade» § 4-4 andre ledd bokstav b er en *vesentlig høyere terskel* enn kravet til at behandlingen skal være til barnets beste, som bygger på den bredere helhetsvurderingen i punkt 6.6.

Dette har blant annet sammenheng med at «skade» er en formulering som setter krav til en ulempe av en viss art og omfang. Formuleringen innebærer at det må være risiko for noe mer enn «ubetydelig skade eller ubehag»³²⁵ for barnet. Både somatiske og psykiske skader omfattes. Hva som ligger i «viktig» utdypes ikke i forarbeidene, men det må antas at kravet om noe mer enn ubetydelig skade eller ubehag ved unnlatt helsehjelp gjelder også her.

Ved en merkbar forringelse av livskvaliteten uten behandling, som en nedsettelse av det fysiske eller psykiske funksjonsnivået, eller nedsettelse av vitale funksjoner, vil også dette dekkes av skadebegrepet.³²⁶

Diagnosen transseksualisme kunne dekkes av formuleringen «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade». En slik tilstand vil kunne innebære mer enn ubetydelig skade eller ubehag, tvert imot vil det medføre en nedsatt funksjonsevne i det biologiske kjønn, ettersom den kan medføre signifikante helseplager og avvisning av sitt biologiske kjønn. Barnets livskvalitet og psykiske funksjonsnivå vil kunne forringes merkbart uten behandling, kanskje særlig i forbindelse med puberteten.

I denne forbindelse vil jeg framheve at bestemmelsen også tar sikte på forebygging: «Muligheten for å forebygge helseproblemer bør tillegges stor vekt i vurderingen av hva én av foreldrene kan samtykke til av helsehjelp»³²⁷ I tilfeller hvor en for sen innsats vil kunne føre til en omfattende eller risikabel behandling senere i tidsforløpet, vil formuleringen «ikke skal ta skade» gi en rett til å gi helsehjelp i forebyggingsøyemed.³²⁸ En kjønnsbekreftende hormonbehandling vil kunne forebygge en mer omfattende og risikabel behandling senere, ettersom en mer omfattende behandling av bryster og hofter hos kvinner, samt adamseplereduksjon, hake- og kinnbensoperasjoner og lignende ikke er like nødvendig om barnet ikke har gått igjennom puberteten.

³²⁵ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 73

³²⁶ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³²⁷ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³²⁸ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

Spørsmålet blir imidlertid om situasjonene som reguleres i forarbeidene gir mindre veiledning. Mange transseksuelle barn vil riktignok gjennomgå en hormonell, utviklingspsykologisk og kroppslig utvikling. Problemet er at mange av disse barna ikke ønsker en endring tilbake til status quo, men til et annet kjønn. Utviklingen fra prepubertal barndom til kjønnsmodning i et kjønn som oppfattes som galt, vil oppfattes som et onde. Av helsevesenet og foreldre kan det oppfattes som normal utvikling. Å starte behandlingen med mål om at kjønnsidentiteten og kjønnsuttrykket skal sammenfalle, vil oppfattes som drastisk. Ved å ikke foreta seg noe vil lidelsen til barnet imidlertid bli større, dag for dag. Ettersom endringen er gradvis, vil det ikke framstå som like akutt som en plutselig inntruffet somatisk skade, hvor behandlingen dreier seg om tilbakeføring til «normaltilstanden».

Over tid kan konsekvensene av unnlatt behandling av barnet med kjønnsidentitetsproblematikk likevel framstå som mer alvorlig. Reglene som regulerer spørsmålet beskytter langt på vei status quo og setter en terskel for endring av status quo ved å kreve enighet mellom en av foreldrene, helsepersonell og til en viss grad også barnet, jamfør pasientrettighetsloven § 4-4 femte ledd.

Forarbeidene tar som nevnt sikte på helsehjelp med behandlende formål, men også på forebygging. De klassiske tilfellene forarbeidene omhandler innebærer en forandring fra status quo. I mange av tilfellene blir helsevesenets oppgave å sørge for en rehabilitering til den opprinnelige tilstanden. Men en slik tilnærming kan føre galt av sted ved tale om barn med kjønnsinkongruens.

Det problematiske med å anvende et status quo-oppretholdende prinsipp overfor barn med kjønnsinkongruens er at deres kropp vil være i endring i puberteten. Mange barn opplever endringen kroppen går igjennom i puberteten som problematisk. Endringen skjer dessuten ikke momentant, men svært gradvis – nesten umerkelig.

I tilfeller der en kvinne/jente opplever seg født i en manns-/guttekropp, vil testosteronnivået og de kroppslige endringene skje gradvis. Men over tid vil det kunne ha skjedd store endringer i form av kroppsbeholdning, forming av et markert adamseple, en mer markert nese, mørkere stemme mv. Når endringen skjer så umerkelig, er det vanskelig å fastslå nøyaktig på hvilket tidspunkt kjønnsbekreftende behandling eller inngrep skal settes i verk. Men dette betyr ikke at behandlingen er mindre nødvendig. Jeg legger avgjørende vekt på det faktum at kjønnsbekreftende behandling etter sitt formål skiller seg fra andre lidelser, ved at den er klassifisert som en mental, identitetsmessig lidelse som må behandles somatisk.

Etter dette kan pubertetsutsettende kjønnsbekreftende behandling isolert sett kunne sies å kunne være «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade», jamfør pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd bokstav b.

7.4.2.3.3 Begge foreldrene skal, så langt råd er, få si sin mening før helsehjelpen gis

Etter § 4-4 tredje ledd første punktum skal «begge foreldrene eller andre med foreldreansvaret, så langt råd er, få si sin mening». Plikten til å høre begge foreldrenes mening «så langt råd er» er relativ til hvor akutt situasjonen er. Jo mer akutt situasjonen er, desto mindre er muligheten til å innhente begge foreldrenes mening. Om situasjonen er mindre akutt, er det større grunn til å innhente begge foreldrenes mening. Spørsmålet om å gi barn kjønnsbekreftende behandling vil som regel ikke være like akutt påtrengende. Derfor må begge foreldrene i utgangspunktet få gi uttrykk for sin mening om behandlingen.

Det første spørsmålet er hvor omfattende plikten til å innhente foreldrenes synspunkter er. Etter forarbeidene kreves det kun en «viss aktivitet»³²⁹ for å innhente synspunktene til den andre forelderen. Det følger av dette at kravene ikke er veldig store. Det kreves ikke omfattende undersøkelser. Normalt vil forsøk på å kontakte forelderen via telefon eller e-post være tilstrekkelig. Vurderingen må i alle tilfeller tas konkret, og det må også vurderes om det haster å gi den nødvendige hjelpen. Om det oppstår en akuttsituasjon, kan det neppe kreves at helsepersonellet skal spille dyrebar tid til telefonoppringninger. I slike tilfeller kan dessuten helsepersonellet bruk av medisinsk nødrett, alt avhengig av hvor alvorlig situasjonen er.³³⁰

Det er klart at hvis situasjonen er akutt, kreves det mindre for å innhente begge foreldrenes samtykke. I situasjoner som ikke er akutte, som hovedsakelig vil være tilfellet for kjønnsbekreftende hormonbehandling, må synspunktet til begge foreldrene innhentes.

Når kun en forelder samtykker til at kjønnsbekreftende behandling etter § 4-4 tredje ledd første punktum, blir spørsmålet hva som omfattes av den ene forelderens samtykke. Forelderens samtykke, eller mangel på et sådant, vil inngå i en konkret og faglig helhetsvurdering av om behandlingen skal gis. I denne vurderingen kommer «blant annet forholdets alvorlighet, tidsaspekt, konsekvenser av å utsette helsehjelpen og eventuell risiko ved å yte helsehjelpen»³³¹ også inn.

³²⁹ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³³⁰ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³³¹ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

7.4.2.3.4 Påklaging

Etter § 4-4 andre ledd andre punktum kan en «[b]eslutning om helsehjelp som nevnt i bokstav b påklages til Fylkesmannen etter kapittel 7.» Etter det opprinnelige forslaget kunne vedtaket klages inn for Helsetilsynet, ikke Fylkesmannen. Men ettersom Fylkesmannen er statens helsetilsyn i fylket, er denne endringen bare av mindre formell betydning.

Hensynet til en overprøvingsordning er sentralt for denne bestemmelsen. I merknaden til bestemmelsen konstateres det at helsepersonellet skal orientere foreldrene om klageadgangen. I merknadene er det dessuten forutsatt at saken skal behandles raskt, normalt før helsehjelpen gis. Men dersom helsepersonellet mener at barnet vil ta skade om behandlingen utsettes til behandlingen er av klagen er sluttført, kan helsehjelpen settes i gang med hjemmel i nødrettsbetraktninger uavhengig av om klagen er behandlet, se punkt 7.4.2.5.

7.4.2.4 Barnets rett til å bli hørt før samtykket gis

Se drøftelsen under barnets rett til å bli hørt, punkt 6.4.4.

7.4.2.5 Situasjonene hvor ingen av foreldrene samtykker

Etter barneloven § 30 skal foreldreansvaret utøves ut fra barnets interesser. Derfor vil ikke foreldrenes rett til å si nei til helsehjelpen gå lengre enn hva barnets interesser begrunner. Når ingen av foreldrene samtykker er spørsmålet om behandlingen likevel kan gis. Spørsmålet i det følgende er med hvilken hjemmel kjønnsbekreftende hormonbehandling kan gis barn under 16 år uten noen av foreldrenes samtykke.

Det forutsettes at situasjonen er at behandlingen er funnet forsvarlig, jamfør punkt 6.3 og «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade», jamfør pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd bokstav b i punkt 7.4.2.3.2, men at ingen av foreldrene samtykker til behandlingen.

I tilfellene hvor ingen av foreldrene bidrar eller samtykker til nødvendig helsehjelp i form av undersøkelse eller behandling, må helsehjelpen i tilfelle gis med hjemmel i barnevernloven §§ 4-10 som forutsetter at fylkesnemnda treffer vedtak om pålegg til foreldrene. Eventuelt kan behandlingen gis på grunnlag av nødrett. I det følgende vil jeg drøfte om barnevernloven § 4-10 og nødrettsbetraktninger gir hjemmel for pubertetsutsettende hormonbehandling.

Om foreldrene ikke gir samtykke til medisinsk behandling, har legen ikke hjemmel i pasientrettighetsloven § 4-4 for å gi behandling. I disse tilfellene må man gå veien om barnevernlo-

ven § 4-10. Bestemmelsen regulerer vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling. Etter første ledd første punktum kan fylkesnemnda vedta at barnet skal undersøkes av lege eller bringes til sykehus for undersøkelse om det er «grunn til å tro at barnet lider av en livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade», og foreldrene ikke sørger for at barnet kommer til undersøkelse eller behandling. Etter annet punktum kan Fylkesnemnda «vedta at en slik sykdom skal behandles på sykehus eller i hjemmet i samsvar med anvisning fra lege.»

Det første spørsmålet blir om diagnosen transseksualisme hos barn kan anses som «livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade», jamfør barnevernloven § 4-10 første ledd første punktum.

I merknadene til bestemmelsen slås det fast at vedtak etter denne bestemmelsen er en begrensning i foreldreansvaret.³³² Utgangspunktet er at foreldrene har en rett til å bestemme for og over barnet ut fra hensynet til barnets beste. Men foreldrene kan som nevnt ikke fatte avgjørelser som ikke er i barnets interesse. Syse nevner som et eksempel at foreldre ikke kan nekte at det gis blodoverføring til barnet, selv om dette strider med religiøse oppfatninger.³³³

Transseksualisme er klassifisert som en psykiatrisk lidelse i IDC-10, og dermed en «sykdom», jamfør § 4-10 første punktum. Spørsmålet er om sykdommen kan betegnes som «alvorlig» og føre til «skade» etter samme bestemmelse. Det vises her til redegjørelsen av helsetap og levekår under punkt 4.2. En transseksualismetilstand kan føre til så alvorlige psykiske lidelser og en høy risiko for selvmord at transseksualisme i mange tilfeller vil kunne betegnes som «alvorlig sykdom».

Rettskildene er noe sparsomme med å foreta en nærmere, presiserende tolkning av hva som er «livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade» etter barnevernloven § 4-10 første punktum.

Barnevernloven § 4-11 slår fast at dersom foreldrene ikke sørger for at et «spesielt hjelpe-trengende barn får dekket særlige behov for behandling», kan fylkesnemnda fatte vedtak om at barnet skal behandles med bistand fra barneverntjenesten. I merknadene til bestemmelsen konstaterer departementet at:

«Bestemmelsen har samme formål som § 4-10, nemlig å gi anvisning på et særtiltak for denne gruppe barn - særtiltak som representerer en begrensning av foreldreansvaret så langt det er nødvendig for å få

³³² Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110

³³³ Syse (2009) s. 330 og Syse og Befring (2003) s. 2477

iverksatt tiltak for behandling og opplæring. Dette er et mindre inngripende tiltak enn overtakelse av foreldreansvaret.»

I barnevernloven § 4-12 andre ledd andre punktum slås det fast at omsorgsovertagelse ikke kan «treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10» I proposisjonen til lov om barneverntjenester slås det fast at barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b må «ses i sammenheng med §§ 4-10 og 4-11 om mer begrensede tvangstiltak, blant annet for syke og funksjonshemmede barn mv. Barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b dekker § 4-10 og § 4-11 til sammen. Overtakelse av foreldreansvaret for slike barn har som forutsetning at tiltak etter §§ 4-10 og 4-11 må antas å være utilstrekkelige.»³³⁴

Dette er et uttrykk for det som kalles *det minste inngreps prinsipp* i barnevernretten. Årsaken til at jeg drøfter dette, er at om foreldrenes manglende oppfølging av et barn med kjønnsinkongruens kan gi grunnlag for et så vidtrekkende inngrep som omsorgsovertagelse, vil det også ville gi grunnlag for et mindre vidtrekkende inngrep – som fylkesnemndsvedtak om behandling av barnet.

I barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b slås det fast at «dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring» kan vedtak om omsorgen overtas, jamfør barnevernloven § 4-12 første ledd.

I merknadene i proposisjonen utdyper departementet at det etter barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b kan:

«treffes vedtak om ansvarsovertakelse når foreldrene ikke sørger for at syke, funksjonshemmede eller andre spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring. Uttrykket «spesielt hjelpetrengende» tar sikte på barn som på grunn av påkjenninger det har vært utsatt for i familien eller miljøet, har et særlig behov for trygghet og stimulering.»³³⁵

Departementet slår fast at barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b nok kan overlape med bokstav a, som omhandler «alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling» fordi spesielt hjelpetrengende barn «kan sies å ha et særlig behov for kontakt og trygghet. Det synes imidlertid vanlig å nevne denne gruppe ved siden av de som er funksjonshemmet i tradisjonell forstand.»³³⁶ I litteraturen slås det fast at «sykt» etter barne-

³³⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110

³³⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110

³³⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110

vernloven § 4-12 første ledd bokstav b omfatter «både somatiske sykdommer og psykiske problemer».³³⁷

Det kan argumenteres med at barn med kjønnsinkongruens er barn som er i en sårbar situasjon, og dermed særlig hjelpetrengende. Transseksualisme er klassifisert som en psykisk lidelse i ICD-10, og faller dermed inn under «sykt» etter ordlyden barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav b, og «spesielt hjelpetrengende» etter barnevernloven § 4-11.

Ettersom barnevernloven § 4-12 gir hjemmel for omsorgsovertagelse om barnet har diagnosen transseksualisme og foreldrene ikke ivaretar barnets behov, vil det også kunne gi hjemmel for vedtak om behandling uten foreldrenes samtykke etter barnevernloven § 4-10 første punktum.

Etter barnevernloven § 4-10 andre punktum kan Fylkesnemnda «vedta at en slik sykdom skal behandles på sykehus eller i hjemmet i samsvar med anvisning fra lege.» I forarbeidene slås det fast at behandlingen blant annet kan omfatte medisiner, og at bestemmelsen gir adgang til å gi pålegg om medisiner av en «sykepleier ved daglige besøk i hjemmet.»³³⁸ Kjønnsbekreftende hormonbehandling gis i form av injeksjoner. Ettersom vilkåret om «alvorlig sykdom eller skade» kan anses som oppfylt, vil det også være adgang til å gi foreldrene pålegg om medisiner av barnet ved transseksualisme.

Det neste spørsmålet er om kjønnsbekreftende behandling kan gis med nødrettsbetraktninger som hjemmel. Nødrett kommer inn i ved tale om midlertidige avgjørelser som må foretas før fylkesnemnda har fattet et eventuelt vedtak.

I merknadene til barnevernloven § 4-10 slås det fast at dersom det foreligger en nødrettssituasjon, er det ikke nødvendig med samtykke fra noen av foreldrene.³³⁹ Nødrett reguleres av straffeloven³⁴⁰ § 47, som slår fast at:

«Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes.»

For at det skal foreligge en nødrettssituasjon må det foreligge en på annen måte «uafvendelig fare». Sykdom nevnes som et eksempel på en slik fare i teorien.³⁴¹ Faren må true noens «person». Nødrettsbehandling må være en ellers ulovlig handling. Handlingen må være foretatt av

³³⁷ Lindboe (2012) s. 87

³³⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110

³³⁹ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³⁴⁰ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven)

³⁴¹ Andenæs (2004) s. 181

hensyn til pasienten, som må være «særdeles betydelig» sammenlignet med skaden forvoldt ved å utføre handlingen. I «uafvendelig» må det innfortolkes et krav om at andre måter å unngå faren på tidligere må være forsøkt.³⁴²

Medisinering uten hjemmel vil ellers være ulovlig. Faren for utvikling i et kjønn barnet ikke identifiserer seg med, herunder for utvikling av psykiske problemer mv. kan være betydelig, og medisineringsen er et lite inngrep sammenlignet med godene som oppnås.

I merknadene til barnevernloven § 4-10 slås det også fast at ved «tale om akutt behandling vil nødrettsbetraktninger komme inn.»³⁴³ Men ettersom det ytterst sjelden vil foreligge prekære akuttsituasjoner ved spørsmål om kjønnsbekreftende hormonbehandling, og slik behandling kan gis med hjemmel i barnevernloven § 4-10, vil ikke nødrett kunne erstatte samtykke i disse situasjonene, fordi det ikke haster.

7.4.2.6 Begrenser barnets eventuelle adgang til å tilbakeholde informasjon om kjønnsinkongruens og behandling foreldrenes samtykkekompetanse?

Aasen³⁴⁴ og Syse³⁴⁵ mener at pasientrettighetsloven 3-4 andre ledd må leses i sammenheng med § 4-4 første ledd første punktum, og at foreldrenes rett til å samtykke på vegne av barn mellom 12 og 16 år må tolkes innskrenkende. § 4-4 første ledd første punktum slår fast at «[f]oreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år.» Leses § 3-4 andre ledd i sammenheng § 4-4, innebærer dette at § 4-4 må tolkes innskrenkende, fordi barnets rett til at informasjonen ikke gis til foreldrene også begrunner at foreldrene i visse tilfeller ikke skal få adgang til å samtykke. Dette er fordi en rett til samtykke også vil innebære en rett til informasjon.

Opplysninger om barn mellom 12 og 16 år skal «ikke gis til foreldrene eller andre med foreldreansvaret når pasienter av grunner som må respekteres, ikke ønsker dette», jamfør pasientrettighetsloven § 3-4 andre ledd. Spørsmålet blir om kjønnsinkongruens er grunner som bør respekteres, og dermed kan gjøre unntak fra foreldrenes rett til informasjon om barnets kjønnsinkongruens, og om dette eventuelt begrunner en begrensning av foreldrenes rett til å samtykke.

³⁴² Kjønstad (2007) s. 330

³⁴³ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 74

³⁴⁴ Aasen (2008) s. 11

³⁴⁵ Syse (2014) s. 174

Vilkårsleddet i pasientrettighetsloven § 3-4 andre ledd – «grunner som bør respekteres» - kan tolkes vidt og gir rom for verdivurderinger. Formuleringen er «bør», og ikke «må», respekteres. Etter en naturlig språklig forståelse kan dette indikere at barnets problemer knyttet til kjønnsinkongruens er av en så personlig og grunnleggende art at barnet selv må få velge om denne informasjonen skal tilkomme foreldrene.

Barnekomiteen framhever i sine generelle kommentarer, at statene må respektere retten til privatliv og konfidensialitet, inkludert retten til fortrolig rådgivning og samtaler om helse-spørsmål som en del av arbeidet med å fremme ungdommers helse og utvikling.³⁴⁶

I forarbeidene slås det fast at det kan være flere grunner til at foreldrene ikke bør få informasjon om undersøkelse eller behandling om barnet ikke ønsker det. Som eksempel på slike grunner, nevnes personlige grunner - som mishandling – og ulike overbevisningsgrunner. Et annet eksempel som nevnes i forarbeidene, er «lettere psykiske problemer pga mobbing.»³⁴⁷ I disse tilfellene har helsepersonellet taushetsplikt. Informasjonsplikten og unntakene fra den henger også sammen med samtykkekompetansen. Hovedregelen er at foreldrene har full samtykkekompetanse på vegne av barn under 16 år, men her er det altså gjort et unntak fra hovedregelen.³⁴⁸

Syse skriver at også «råd om seksualitet og prevensjon» må kunne gis barnet uten at foreldrene blir informert.³⁴⁹ Dette er et område – barns seksualitet – hvor spørsmålene har religiøse, moralske og medisinske undertoner.

Dette taler isolert sett for at barnet i alle fall må kunne oppsøke helsehjelp som består av veiledning og rådgivning. Kjønnsidentitetsforstyrrelser er i utgangspunktet et grunnleggende identitetsspørsmål, i likhet med overbevisningsgrunner. Dette taler for at barnet skal kunne oppsøke slik informasjon uten at foreldrene blir informert. Også det faktum at et slikt spørsmål er knyttet til seksualitet og et intimt helseområde trekker i denne retning. Formuleringen om lettere psykiske problemer trekker i motsatt retning. Dette taler for at bestemmelsen tar sikte på mindre inngripende problemer enn kjønnsidentitetsforstyrrelser. Imidlertid må det, ved den konkrete fastleggelsen av «grunner som må respekteres», legges avgjørende vekt på at det her dreier seg om et grunnleggende identitetsspørsmål for ethvert individ. Et annet viktig moment er at foreldrene ikke nødvendigvis vil respektere barnets identitet som avviker fra det biologiske kjønn. Om barnet bare vil kunne oppsøke og få helsehjelp med foreldrenes

³⁴⁶ Generell kommentar nr. 4 (2003), s. 3

³⁴⁷ Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) s. 131

³⁴⁸ Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) s. 131

³⁴⁹ Syse (2009) s. 255

samtykke, vil denne muligheten falle bort. Også barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1 trekker i retning av at kjønnsinkongruens er en grunn som bør respekteres.

Det legges derfor til grunn at kjønnsidentitetsproblematikk isolert sett kan være «grunner som bør respekteres» i det enkelte tilfellet, og at foreldrene ikke alltid vil ha rett til informasjon om dette.

Pasientrettighetsloven § 3-4 tredje ledd konstaterer at «informasjon som er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret» likevel skal gis foreldrene eller andre med foreldreansvaret når pasienten er under 18 år. Spørsmålet blir etter dette om informasjon om barnets kjønnsinkongruens og en eventuell femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret.

Bestemmelsen gir foreldrene rett til informasjon for å kunne utøve foreldreansvaret. Etter dette blir problemstillingen om foreldreansvaret kan begrense barnets unntaksrett til å holde informasjonen om kjønnsidentitetsproblematikk utenfor foreldrenes rekkevidde, selv om dette er «grunner som bør respekteres» etter pasientrettighetsloven § 3-4 andre ledd.

Forarbeidene slår fast at om det er tale om mer graverende forhold, som «mer alvorlige psykiske lidelser», «fare for selvskading eller redusert utvikling», misbruk av ulovlige rusmidler eller «større fysiske skader pga kriminelle handlinger»³⁵⁰ må helsepersonellet informere den eller dem med foreldreansvaret, selv når barnet er over 16 år. Stortingets sosialkomité har i likhet med departementet nevnt «mishandlingssaker, prevensjonsveiledning, råd om svangerskapsavbrudd og lettere psykiske problemer for eksempel knyttet til mobbing» som eksempler på slike saker.³⁵¹

Behandling for kjønnsinkongruens normalt sett være så avgjørende for foreldrenes utøvelse av foreldreansvaret at foreldrene likevel må få denne informasjon etter pasientrettighetsloven § 3-4 tredje ledd. En slik behandling omhandler vesentlige sider ved barnets identitet, og en forelder vil vanskelig kunne gi barnet den oppfølging det trenger uten informasjon om kjønnsinkongruensen og behandlingen barnet får.

På bakgrunn av dette, er det heller ikke nødvendig å drøfte hvorvidt barnets rett til å tilbakeholde informasjon overfor foreldrene også begrenser foreldrenes samtykkekompetanse, etter som foreldrene uansett må få informasjon om behandlingen som gis til barnet for kjønnsin-

³⁵⁰ Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) s. 131

³⁵¹ Innst. O. nr. 91 (1998-1999) s. 25

kongruens. Om helsehjelpen har nådd stadiet for behandling, vil foreldrene også ha rett til informasjon om behandlingen.

7.4.3 Kravet om samtykke til femininerende/maskuliniserende hormonbehandling på vegne av barn over 16 år

7.4.3.1 *Problemstilling*

Pasientrettighetsloven § 4-3 gir regler for hvem som kan samtykke til helsehjelp:

«Rett til å samtykke til helsehjelp har:

- a) personer over 18 år, med mindre annet følger av § 4-7 eller annen særlig lovbestemmelse, og
- b) personer mellom 16 og 18 år, med mindre annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art»

For barn mellom 16 og 18 år er det først og fremst spørsmålet om femininerende/maskuliniserende hormonbehandling skal gis som er aktuelt. Utgangspunktet er at barn mellom 16 og 18 år har rett til å samtykke til medisinsk behandling. Spørsmålet blir om barnet likevel ikke kan samtykke til behandlingen fordi annet «følger av særlig lovbestemmelse» eller «av tiltakets art», jamfør pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav a og b.

7.4.3.2 «*særlig lovbestemmelse*»

Etter pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b vil barn mellom 16 og 18 år ikke har rett til å samtykke til helsehjelp dersom det «følger av særlig lovbestemmelse». Spørsmålet blir derfor om det følger av særlovgivningen at barn mellom 16 og 18 år ikke kan samtykke til kjønnsbekreftende hormonbehandling. Kjønnsbekreftende hormonbehandling er ikke nærmere lovregulert. Det følger ikke av noen «særlig lovbestemmelse» at samtykkekompetansen til barn mellom 16 og 18 år kan begrenses.

7.4.3.3 «*tiltakets art*»

Pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd, jf bokstav b, slår fast at barn mellom 16 og 18 år har rett til å samtykke til helsehjelp med mindre annet følger «av tiltakets artikkel». Spørsmålet blir derfor om barn mellom 16 og 18 år ikke kan samtykke til kjønnsbekreftende hormonbehandling på grunn av «tiltakets art».

Tiltakets «art» sikter til inngrep som er så vidtgående, drastiske eller etisk problematiske at barn, selv om de har passert den helserettslige myndighetsalder på 16 år, ikke kan samtykke til dem. Ved tolkningen av bestemmelsen må det likevel tas utgangspunkt i at hovedregelen er at den helserettslige myndighetsalderen er 16 år, noe som gir barnet stor selvbestemmelse. Det

faktum at det er gitt særlige lovbestemmelser taler for at utgangspunktet om den alminnelige helserettslige myndighetsalder gjelder om det ikke er holdepunkter for å si noe annet. Samtidig taler det faktum at «tiltakets art» er en nokså vid formulering for at også hormonbehandling kan omfattes.

I forarbeidene legges det til grunn at bestemmelsen viderefører gjeldende rett. Det uttales at:

«Det kan tenkes personlige helseanliggender som bør ligge under en normalt utviklet ungdoms rådgivningsfære også før fylte 16 år. Det kan dessuten tenkes eksempler på avgjørelser som ikke bør kunne tas før myndighetsalder er oppnådd, f.eks deltakelse i forskningsprosjekter eller eksperimentell behandling.»³⁵²

Dette taler for at barnets alder og modenhet må tillegges stor vekt i vurderingen. Henvisningen til forskning eller eksperimentell behandling taler for at behandlingen må være evidensbasert og godt nok utprøvd på forhånd. Kjønnsbekreftende behandling på Rikshospitalet bærer ikke preg av å være eksperimentell. Dette taler for at tiltakets art ikke er til hinder for at kjønnsbekreftende behandling gjennomføres.

I litteraturen er det lagt til grunn at om det er tale om operative inngrep som helsepersonell finner nødvendige på grunn av hensynet til liv og helbred, må helsepersonellens ekspertise - som regel samsvarende med barnets beste - gå foran forelderen eller foreldrenes eventuelle divergerende oppfatning.³⁵³ Om kjønnsbekreftende behandling skal gis, er det hensynet til pasienten selv og dennes helbred som er avgjørende. Dette taler også for at tiltakets art ikke begrenser muligheten til å gi kjønnsbekreftende behandling til barn mellom 16 og 18 år med kun barnets samtykke.

Ren kosmetisk behandling er ikke behandlet i særlovgivningen. I forarbeidene ble det påpekt at hensynet til «tiltakets art» gjorde at aldersgrensen på 16 år kunne fravikes ved tale om plastisk kirurgi. I et rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet er det lagt til grunn at aldersgrensen for kosmetisk kirurgi er 18 år,³⁵⁴ med henvisning til «tiltakets art».

I denne sammenhengen fravikes den alminnelige helserettslige myndighetsalderen fordi tiltaket er estetisk motivert og etter sin art er irreversibelt eller vanskelig reversibelt.³⁵⁵ Femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling er imidlertid ikke *kun* estetisk motivert. Et sentralt spørsmål er derfor om hormonbehandlingen som gis med sikte på en kjønnsbekreftende

³⁵² Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s 133

³⁵³ Smith (2006) s. 110

³⁵⁴ I-8/2003 (Helse- og omsorgsdepartementet)

³⁵⁵ Syse (2009) s. 330-331

behandling er å likestille med plastisk, estetisk motivert, kirurgi. Den femininiserende/maskuliniserende hormonbehandlingen er kun delvis reversibel.

Hovedhensynet bak 18-årsgrensen for estetisk kirurgi er å beskytte barn mot unødvendige operasjoner, og muligvis å motvirke tendensen til et stort press på utseende og kroppspress blant tenåringer. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende for kjønnsbekreftende behandling, ettersom det her dreier seg om et mer grunnleggende identitetsspørsmål, jamfør punkt 6.6.5.

Etter dette legges det til grunn at tiltakets art ikke begrenser barn mellom 16 og 18 års rett til å samtykke til kjønnsbekreftende behandling.

7.5 Oppsummering

Om kjønnsbekreftende hormonbehandling skal gis i det enkelte tilfellet, avhenger av *hvem* som bestemmer om behandlingen skal gis. Ved denne drøftingen har jeg først redegjort for *foreldreansvaret*, og *hvem* som har dette ansvaret. Jeg har funnet at spørsmålet om hormonbehandling skal gis, er en avgjørelse i et personlig forhold for barnet, og derfor et spørsmål den med foreldreansvaret kan avgjøre alene. Jeg har vist at selve utøvelsen av foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets behov og interesser. Om foreldrene har foreldreansvaret sammen, men bor hver for seg, må begge i utgangspunktet fatte avgjørelsen om hormonbehandling i fellesskap. Foreldrenes bestemmelsesrett, herunder foreldreansvaret, må avveies mot barnets selvbestemmelsesrett. Selvbestemmelsesretten taler isolert sett for at barnet bør ha en vidtgående rett til å bestemme over sin egen kropp og utvikling i takt med alder og modenhet. Reglene om foreldreansvaret og barnets selvbestemmelsesrett må imidlertid utfylles av særreguleringen på helserettens område og kravet om foreldrenes samtykke på vegne av barnet til helsehjelp. Jeg har funnet at foreldrenes samtykke er *tilstrekkelig* hjemmel for å gi barnet helsehjelp.

Ved spørsmålet om *hvem* som kan samtykke på vegne av barnet, er utgangspunktet at de eller den med foreldreansvaret har rett til å samtykke. Om begge foreldrene har foreldreansvaret, men kun én av dem samtykker, blir spørsmålet om den enes samtykke er tilstrekkelig hjemmel. Jeg har delt drøftelsen i to, og drøftet spørsmålet om samtykke for (a) pubertetsutsettende hormonbehandling til barn *under* 16 år, og (b) femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling til barn *over* 16 år.

Kun én av foreldrene kan ikke samtykke til *pubertetsutsettende hormonbehandling* ettersom helsehjelpen ikke er en del av den daglige og ordinære omsorgen for barn under 16 år. Men den pubertetsutsettende hormonbehandlingen kan i disse tilfellene likevel gis med kun den enes samtykke i medhold av pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b, fordi helse-

hjelpen kan regnes som «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade». Vurderingstemaet *nødvendig for at barnet ikke skal ta skade* er imidlertid en vesentlig høyere terskel enn at behandlingen kun er til barnets beste.

Før helsehjelpen gis i medhold av pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b må begge foreldrene, så langt som råd er, få si sin mening. I situasjonene hvor *ingen* av foreldrene samtykker til behandling av barn under 16 år, kan fylkesnemnda fatte vedtak etter barnevernloven § 4-10 om å gi foreldrene pålegg om medisinerings av barnet ved transseksualisme. Kjønnsbekreftende hormonbehandling på bakgrunn av nødrettsbetraktninger kan ikke gis uten at behandlingen er forsøkt gitt etter barnevernloven § 4-10.

I situasjonene hvor barnet er over 16 år vil det være tale om femininiserende eller maskuliniserende hormonbehandling. Det følger ikke av noen *særlig lovbestemmelse* at samtykkekompetansen til barn mellom 16 og 18 år kan begrenses. Heller ikke *tiltakets art* begrenser barn mellom 16 og 18 års rett til å samtykke til kjønnsbekreftende behandling.

8 Avslutning

8.1 Konklusjon

«Har barnet en rett til rett kjønn?» er spørsmålet som stilles i denne avhandlingens tittel. De to typene kjønnsbekreftende behandling det er tale om å gi er pubertetsutsettende og femininiserende/maskuliniserende hormonbehandling. I kapittel 5 har jeg slått fast at barnet har en generell, materiell rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling, og at denne følger av barnets rett til å bevare sin identitet etter barnekonvensjonen artikkel 8. nr. 1, barnets rett til helse og utvikling etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum, samt etter barnekonvensjonen artikkel 24 sammenholdt med artikkel 6. Barnet har også en rett til kjønnsbekreftende hormonbehandling for kjønnsinkongruens etter særlovgivningen om diagnosen transseksualisme foreligger, ettersom behandlingen kan anses som nødvendig helsehjelp – og dermed er noe barnet i utgangspunktet har krav på. Likevel er det to forutsetninger som må være oppfylt for at behandlingen skal gis.

Det er for det første en nødvendig forutsetning at behandlingen er til barnets beste for at den skal kunne gis. Forsvarlighetskravet er et absolutt krav som må være oppfylt. Om behandlingen ikke anses for å være forsvarlig, er behandlingen ikke til barnets beste og heller ikke forsvarlig. I så fall kan behandlingen ikke gis. Hvis forsvarlighetskravet er oppfylt, må man vurdere om behandlingen er til barnets beste før den gis. Om behandlingen er til *barnets beste* beror på en konkret helhetsvurdering, hvor barnets helse og utvikling, barnets mening, barnets privatliv og fysiske integritet, barnets identitet og barnets sårbarhet inngår. Om man finner at behandlingen er til barnets beste taler dette for at behandlingen skal gis. Også en avgjørelse om ikke å gi barnet behandling må være til barnets beste. Om man finner at en kjønnsbekreftende hormonbehandling er til barnets beste er dette likevel ikke *tilstrekkelig* for at behandlingen skal gis.

For det andre må det foreligge hjemmel for at behandlingen skal kunne gis – samtykke fra barnets selv, eller foreldrenes samtykke er et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag.

Om barnet er under 16 år er det tilstrekkelig at kun én av foreldrene med foreldreansvaret samtykker til *pubertetsutsettende hormonbehandling*, fordi behandlingen kan anses for å være «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade» etter pasientrettighetsloven § 4-4 andre ledd bokstav b. Dette vurderingstemaet er imidlertid et *vesentlig strengere* tema enn vurderingen av om behandlingen er til barnets beste. Om *ingen av foreldrene samtykker* til kjønnsbekreftende behandling av et barn under 16 år, kan fylkesnemnda etter barnevernloven § 4-10 første ledd andre punktum vedta at barnet skal behandles. Fylkesnemndas vedtak erstatter i disse tilfellene foreldrenes samtykke som hjemmel.

Om barnet er mellom 16 og 18 år kan det selv samtykke til *feminiserende eller maskuliniserende hormonbehandling*, ettersom det hverken følger av «særlig lovbestemmelse» eller «tiltakets art» etter pasientrettighetsloven § 4-3 at barnet ikke kan samtykke. Slik behandling krever derfor ikke foreldrenes samtykke.

Etter dette kan kjønnsbekreftende behandling gis til barn, selv i situasjonene hvor ingen av foreldrene ikke samtykker, såfremt fylkesnemnda finner at vilkårene er oppfylt.

8.2 Vurdering

8.2.1 Oversikt

Jeg vil i det følgende foreta en vurdering av funnene i avhandlingen. Jeg vil vurdere rettighetene som følger av rettskildematerialet som er gjennomgått i lys av dagens praksis. Deretter vil jeg gjøre rede for eventuelle aktuelle lovendringer som avhandlingen har vist at det er behov for. Til slutt vil jeg gi en kort vurdering av hvilke lærdommer og strategier som bør anvendes for å oppnå større anerkjennelse av personer med kjønnsinkongruens.

8.2.2 Makten, retten og rettighetene

Etter Grunnloven og menneskerettighetene har *barnet* har en rett kjønnsbekreftende behandling basert på barnets rett til å bevare sin identitet og barnets rett til helse og utvikling. Selv om dette er grunnleggende rettigheter, sier de ikke noe om hva som skal til for at barnet har rett til slik behandling i det enkelte tilfellet. Det er ikke klart at *individet* har en tilsvarende rett etter respekten for privatliv, som retten til kjønnsidentitet springer ut av. I norsk rett må retten til en kjønnsbekreftende behandling kreves med hjemmel i pasientrettighetsloven. Pasientrettighetsloven går på dette området *noe lengre* enn hva EMK krever, og gir mer *presise vurderingstema* enn Grunnloven og Barnekonvensjonen, jamfør punkt 5.6.3.

Derfor kan det være en viss grunn til mistilliten til den nasjonale behandlingstjenesten for transtilstander på Rikshospitalet, som Helsedirektoratets ekspertgruppe har gitt uttrykk for – som redegjort for i punkt 2.2. Om vurderingene foretas kun på grunnlag av et medisinsk skjønn og pasientrettighetslovens regler om nødvendig helsehjelp og samtykke, vil dette kunne gi pasientene svakere rettigheter enn de ellers ville ha krav på etter en vurdering som også innebærer at barnets beste tas i betraktning.

Ettersom spørsmålet om kjønnsbekreftende behandling langt på vei er et spørsmål om individets identitet og privatliv, og også er et spørsmål som også har andre rettslige fasetter enn kun retten til helse og nødvendig helsehjelp. Derfor må det juridiske rettighetsperspektivet utfylle det rene medisinske skjønnnet.

8.2.3 Aktuelle lovendringer

Som nevnt i punkt 5.1 ble behovet for en særlov om transseksuelles rettigheter vurdert av Helse- og omsorgsdepartementet i 2001. En slik særlov kom som kjent ikke i stand. Det kan likevel sies å være behov for en slik særregulering, også av barns rettigheter. Dagens gjeldende regelverk lider under to mangler som det kan være formålstjenlig å endre på.

For det første finnes det ingen bestemmelse i pasientrettighetsloven som klart sier at barnets beste skal være et utgangspunkt ved vurderingen av om behandling skal gis, og at det er en forutsetning at en slik behandling finnes å være til barnets beste før den gis. Derfor er det behov for en slik bestemmelse som gir retningslinjer for hvordan foreldrene og helsepersonellet kan finne fram til barnets beste – herunder elementene som inngår i denne vurderingen. Til dette kan det innvendes at Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 etablerer barnets beste som et grunnleggende hensyn ved *alle avgjørelser* som berører barnet. Men det er ikke nødvendigvis jurister eller andre lovkyndige som benytter pasientrettighetsloven, men helsepersonell som ikke kan forventes å ha inngående kunnskap om grunnlovsreformen eller barnekonvensjonen. Derfor bør dette klargjøres i pasientrettighetsloven.

For det andre er bestemmelsene i pasientrettighetsloven om barnets rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt svært misvisende. Pasientrettighetsloven § 3-1 andre ledd tredje punktum slår fast at «[b]arn under 18 år skal tas med på råd når barnets utvikling og modning og sakens art tilsier det.» Det er uklart hva «råd» viser til, men både etter Grunnloven og barnekonvensjonen skal barnets mening *alltid* høres så fremt barnet ønsker det og er i stand til å uttrykke sin mening. Vekten barnets mening skal tillegges vil kunne avhenge av barnets alder og modenhet. Derfor blir det også misvisende når pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd konstaterer at:

«Etter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet, jf. annet ledd, høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet»

Pasientrettighetsloven § 3-1 andre ledd tredje punktum bør reformuleres, og kan lyde slik:

«Barnet skal høres og dets mening skal tillegges vekt ut fra barnets alder og modenhet.» Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd bør også revideres, og kan gis følgende ordlyd:

«Etter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet, jf. annet ledd, høre barnets mening og tillegge barnets syn vekt før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal barnets mening tillegges stor vekt i alle spørsmål som angår barnets egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra dets alder og modenhet»

Slik de lyder i dag, er begge bestemmelsene er klart uholdbare og i strid med barnets rett til å bli hørt og få sin mening vektlagt etter Grunnloven § 104 første ledd andre punktum og barnekonvensjonen artikkel 12. Bestemmelsen kan derfor ikke opprettholdes, og bør bli endret.

8.2.4 Lærdommer og strategier for å oppnå anerkjennelse

Det siste spørsmålet jeg vil drøfte er hvilke strategier som i framtiden bør anlegges for å oppnå større rettslig anerkjennelse for personer med kjønnsinkongruens.

EMD fant i Goodwin-saken en «conflict between social reality and law»³⁵⁶ – her som et skille mellom aksepten for transpersoner i samfunnet på den ene side, og hva retten tillot, aksepterte eller beskyttet på den andre. Domstolen valgte å legge vekt på realitetene – samfunnsforholdene.³⁵⁷ Andenæs og Bjørge har påpekt at EMD i høyere grad har tilnærmet seg spørsmål om kjønnsidentitet fra en sosiologisk og samfunnsmessig – i motsetning til biologisk – tilnærming til kjønn.³⁵⁸ Etter en grundig gjennomgang av seksuelle rettigheter etter EMK, anlegger forfatterne et perspektiv inspirert av den franske filosofen Michel Foucaults diskursperspektiv ved synet på framveksten og anerkjennelsen av de seksuelle rettighetene etter EMK artiklene 6 og 8. Gjennomgangen viser at det er et nært samspill mellom hva som oppfattes som «naturlig» i opinionen og hva vi *anerkjenner rettslig*.³⁵⁹ Dette antyder at en gradvis tilnærming, både gjennom rettslig prøving av rettighetene til personer med kjønnsinkongruens og gjennom arbeid for økt anerkjennelse på samfunnsnivå kan være formålstjenlig.

I Norge har rettssystemet i liten grad beskjeftiget seg med spørsmål om rettighetene til personer med kjønnsinkongruens, hvis man ser rettssystemet som strengt avgrenset til juristprofesjonen og institusjoner som har rettsanvendelse som sin hovedvirksomhet. I 1961 ble Eddie Espelid mest sannsynlig den første personen i Norge som fikk maskuliniserende hormonbehandling. I 1962 og 1963 ble den første kjønnsbekreftende kirurgien gitt i Norge.³⁶⁰ Som nevnt i punkt 5.2 kom de tidligste dommene fra EMD om rettighetene til personer med kjønnsinkongruens først på 1980-tallet. På denne tiden var adgangen til helsehjelp i Norge avhengig av et medisinsk skjønn, og i liten grad rettighetspreget. Individet hadde rett til helsehjelp på sykehus dersom helsehjelpen var «påtrengende nødvendig» sykehusloven³⁶¹ § 6,

³⁵⁶ EMD Christine Goodwin mot Storbritannia avsnitt 77

³⁵⁷ Andenæs og Bjørge (2012) s 197

³⁵⁸ Andenæs og Bjørge (2012) s 197

³⁵⁹ Andenæs og Bjørge (2012) s 177

³⁶⁰ IS-0496 (Helsedirektoratet) s. 16

³⁶¹ Lov 19. juni 1969 nr. 57 om sykehus m.v. (opphevet)

noe som var en høy terskel.³⁶² Etter dommen i Rt. 1990 s. 874 («Fusa-dommen») ble «antakelig rettstilstanden endret, slik at alle har rett til fylkeshelsetjenester på et visst minimumsnivå når behovet blir tilstrekkelig stort».³⁶³ Men på tidspunktet Fusa-dommen ble avsagt hadde kjønnsbekreftende behandling allerede blitt gitt i Norge i en årrekke. Helsetilbudet til personer med kjønnsinkongruens ble utviklet uavhengig av retten. En av årsakene til at behandlingen ble innført, må antas å være endrede holdninger innenfor selve *legeprofesjonen*: På 1950- og 1960-tallet foregikk det en medisinsk fagdebatt om hvorvidt transseksuelle burde gis behandling, som langt på vei var adskilt fra den offentlige diskursen.³⁶⁴ Først i de senere år har levekårene til personer med kjønnsinkongruens kommet på den offentlige dagsorden. Om den økte politiske/rettslige interessen, blant annet i form av Helsedirektoratets ekspertgruppes rapport, også vil føre til endrede rettslige normer, vil vise seg de neste årene.

Legeprofesjonen har– dels som rettsanvendere av pasientrettighetsloven, dels gjennom klinisk arbeid – preget utviklingen sterkt. Det kan være naturlig å se legeprofesjonen som utøvere av normer av innenfor helsevesenet – et eget, avgrenset system.

I dag er diagnosen transseksualisme en forutsetning for at kjønnsbekreftende behandling gis, og diagnosene er igjen avhengige av det medisinske skjønnet. Diagnosene er utslag av legeprofesjonens egne normer og ekspertkunnskap, men fungerer også rettslig normerende. Som vist i punkt 4.4 er diagnosene nå under revisjon, og store endringer kan være underveis. Blant annet kan transseksualisme komme til å sortere under «Conditions related to sexual health» i diagnosemanualen ICD-11, ikke under psykiatriske lidelser som i IDC-10.³⁶⁵

Et økt samspill mellom norske domstoler og lover på den ene siden, og internasjonale konvensjoner og konvensjonsorganers praksis på den andre, åpner for en videre rettighetsutvikling, særlig i form av å innfortolke mer vidtgående og positive rettigheter i retten til privatliv, barnets rett til identitet og barnets rett til helse og utvikling. EMDs metode gir et rom for å legge vekt på realitetene og holdningene i samfunnet i framtiden – en dynamisk tolkning av rettighetene – i tråd med EMDs votum i Y.Y. mot Tyrkia fra mars 2015.³⁶⁶ Arbeidet for endringer på dette området kan etter dette foregå i tre hovedspor: For det første i form av endringer i allmennheten/opinionen, for den andre å underlegge helsepersonellet strengere føringer for skjønnet, og sette krav til en mer rettighetsorientert vurdering av om behandling skal

³⁶² NOU 1992:8 s. 25

³⁶³ NOU 1992:8 s. 25

³⁶⁴ IS-0496 (Helsedirektoratet) s. 16

³⁶⁵ ICD-11 Beta Draft

³⁶⁶ EMD Y.Y. mot Tyrkia avsnitt 103.

gis, og for det tredje å sikte mot endringer gjennom rettslig prøving i norske domstoler og i EMD.

9 Litteraturliste

9.1 Bøker

Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss*, 2012.

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utg ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, 2004.

Bendiksen, Lena R. L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, 2008.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg ved Jan E. Helgensen, 2001.

Hodgkin, Rachel og Peter Newell, *Implementation Handbook for The Convention on the Rights of the Child*, 3. utg., 2008.

Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2. utg., 2007.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utg, 2012.

Marshall, Jill, *Personal Freedom Through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity Under the European Convention on Human Rights*, 2012.

Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet – en innføring i retts sosiologi*, 6 utg. 2011.

Nowak, Manfred, *Article 6. The Right to Life, Survival, and Development*, 2005.

Peleg, Noam, *The Child's Right to Development*, 2012.

Sandberg, Kirsten. «Barns rett til å bli hørt», I: *barnekonvensjonen*, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 2. utg., 2012.

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, 1. utg., 2003.

Smith, Lucy og Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utg., 2006.

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati*, 3. utg., 2015.

Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 1. utg., 2009. [Sisert fra Rettsdata.no]

Lansdown, Gerison, *The evolving capacities of the child*, 2005

Ulfstein, Geir og Morten Ruud, *Folkerett*, 3. utg., 2006.

Verheyde, Mieke og Geert Goedertier, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 43-45, The UN Committee on the Rights of the Child*, 2006

Warberg, Lasse A, *Norsk helserett*, 2001

Zucker, Kenneth J, og Michael C. Seto, «Gender Identity and Sexual Disorders», I: *Rutters Child and Adolescent Psychiatry*, Michael Rutter, Dorothy Bishop, Daniel Pine, Stephen Scott, Jim Stevenson, Eric Taylor og Anita Thapar (red.), 5. utg., 2008

9.2 Artikler

9.2.1 Tidsskriftartikler

Bakker, A, P. V. van Kesteren, L. J. G. Gooren og P. D. Bezemer, «The prevalence of transsexualism in the Netherlands», *Acta Psychiatrica Scandinavica*, (1999), s. 237-238.

Cohen-Kettenis, Peggy T, Annelou De Vries, Jennifer K. McGuire, Thomas D. Steensma, Eva C. F. Wagenaar, Theo A. H. Doreleijers, «Young adult psychological outcome after puberty suppression and gender reassignment», (2014), s. 696-709-

Cohen-Kettenis, Peggy T., Henriette A. Delemarre-van de Waal og Louis JG Gooren, «The treatment of adolescent transsexuals: changing insights», *The journal of sexual medicine*, (2008), s 1892-1897.

Halvorsen, Marit, «Hva innebærer rett til helsehjelp?», *Tidsskrift for Den norske lægeförening*, nr 7, (2001), s. 849-850.

Hodgson, Douglas, «The child's right to life, survival and development», *The international Journal of Children's rights*, 2, 1994, 369-395

Landén, Mikael., J. Wålinder, and B. Lundström, «Prevalence, incidence and sex ratio of transsexualism», *Acta Psychiatrica Scandinavica* 93, nr. 4, (1996), s. 221-223.

Nuruddin, Syed, Slawomir Wojnusz, Erik Ropstad, Anette Krogenæs, Neil P. Evans, Jane E.

Robinson, Anne-Kristin Solbakk, Mahmood Amiry-Moghaddam, Ira Ronit Hebold Haraldsen, «Peri-pubertal gonadotropin-releasing hormone analog treatment affects hippocampus gene expression without changing spatial orientation in young sheep», *Behavioural Brain Research*, nr. 242, (2013A), s. 9-16.

Nuruddin, Syed, Anette Krogenæs, Ole Brønstad Brynildsrud, Steven Verhaegen, Neil P. Evans, Jane E. Robinson, Ira Ronit Hebold Haraldsen, Erik Ropstad, «Peri-pubertal gonadotropin-releasing hormone agonist treatment affects sex biased gene expression of amygdala in sheep», *Psychoneuroendocrinology*, nr. 28, (2013B), s. 3115-3127.

Sand, Inger-Johanne, «Retts sosiologisk teori i komplekse samfunn», *Kritisk juss*, (2012), s. 181-203.

Smith, Lucy, «Barn, foreldre og menneskerettigheter», *Jussens Venner*, 1991, s. 101-122.

Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», I: *barnekonvensjonen*, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 2. utg., 2012.

Syse, Aslak, «Barns medvirkning på helserettens område», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 3, 2014, s. 173-177.

Syse, Aslak og Anne Kjersti Befring, «Barn kan få blod uten foreldres samtykke», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, nr. 123, (2003), s. 2477. (Sisert fra Tidsskriftet.no)

Tønseth, Kim Alexander, Therese Bjark, Gunnar Kratz, Annika Gross m.fl. «Kjønnsbekreftende kirurgi ved transseksualisme», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, (2010), s. 376-379 (Sisert fra tidsskriftet.no)

Ulfstein, Geir, «Menneskerettslige overvåkningsorganer: betydningen i folkeretten og norsk rett», *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, (2009), s. 605-622.

Aasen, Henriette Sinding, «Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 1, (2008), s. 4-27.

9.3 Publikasjoner i skriftserier

Roos, Janneke van der, «Alskens folk. Levekår, livssituasjon og livskvalitet for personer med kjønnsidentitetsproblematikk», Likestillingsenteret, 2013.

Sørli, Anniken, «Retten til kjønnsidentitet som menneskerettighet. Kan norsk forvaltningspraksis' krav om irreversibel sterilisering ved endring av fødselsnummer forsvares?», Kvinne-rettslig skriftserie nr. 90, 2013.

Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», Utredning for Barne- og likestillingsdepartementet, 2009.

9.4 Lovgivning

9.4.1 Norske lover og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov [Grunnloven]
1902	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven). [Lov av 22 mai 1902 nr 10]
1969	Lov 19. juni 1969 nr. 57 om sykehus m.v. (opphevet)
1973	Lov 9 februar nr. 6 om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m. [transplantasjonsloven].
1977	Lov 3 juni nr. 57 om sterilisering [steriliseringsloven].
1981	Lov 8. april nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).
1992	Lov 17 juli nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).
1999	Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
1999	Lov 2. juli nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven).
1999	Lov 2 juli nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).
1999	Lov 2. juli nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
1999	Lov 2. juli nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).
2000	Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften)
2008	Lov 15 august 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
2010	Lov 5 april nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

9.4.2 Utenlandske lover

9.4.3 Traktater

ICJ-statuttene	Statuttene for Den internasjonale domstol, 24. oktober 1945.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950.
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969.
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

9.5 Vedtak og rapporter

Helse- og omsorgsdepartementet, Rundskriv I-8/2003, Kosmetisk kirurgi – fortolkning av relevant regelverk (Lovdata.no) [Sitert 6. mai 2015]

Sosial- og helsedepartementet, *Rundskriv I-60/2000, Pasientrettighetsloven* (Lovdata.no) [Sitert 6. mai 2015]

Sosial- og helsedirektoratet, Rundskriv IS-12/2004, Lov om pasientrettigheter (<http://helsedirektoratet.no/publikasjoner/lov-om-pasientrettigheter/Publikasjoner/lov-om-pasientrettigheter.pdf>) [Sitert 29. januar 2014]

Helsedirektoratet, Veileder IS-1570, Veileder for poliklinikker psykisk helsevern for barn og unge (<http://helsedirektoratet.no/publikasjoner/psykisk-helsevern-for-barn-og-unge-veileder-for-poliklinikker/Publikasjoner/psykisk-helsevern-for-barn-og-unge-veileder-for-poliklinikker.pdf>) [Sitert 29. januar 2015]

Helsedirektoratet, IS-0496/2015, Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn, utredning av vilkår for endring av juridisk kjønn og organisering av helsetjenester for personer som opplever kjønnsinkongruens

9.6 Diagnosemanualer

Verdens helseorganisasjon, *International Classification of Diseases*, (ICD-10), 10. utg, 1990.

Verdens helseorganisasjon, *International Classification of Diseases* (ICD-11) Beta Draft (<http://apps.who.int/classifications/icd11>) [Sitert 6. mai 2015]

American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5), 5. utg., 2013.

9.7 Medisinske retningslinjer

World Association for Transgendered Health (WPATH), *Standards of Care (SOC) for the Health of Transsexuals, Transgendered and Gender Nonconforming People/Standarder for behandling og helseomsorg for transseksuelle, transpersoner og personer som ikke er kjønnsnormative*, 7. utg (2011), (foreløpig norsk oversettelse)

(http://www.bufetat.no/Documents/Bufetat.no/LHBT/Litteratur/SOC_norsk_forelopig.pdf)

[Sisert 3. mars 2015.]

9.8 Uttalelser og avgjørelser

Avgjørelser	
Likestillings- og diskrimineringsombudet nr. 2014/840	9. september 2014.
Statens Helsepersonellnemnd, vedtak nr. 2008/157	24. februar 2009.
Pasientskadenemnda, nr. N2010/1009 (PSN-2010-1009)	17. februar 2011.

9.9 Dommer

9.9.1 Publiserte dommer

Rt. 1990 s. 874

Rt. 1999 s. 1183

Rt. 2003 s. 35

Rt. 2004 s. 811

Rt. 2004 s. 999

Rt. 2008 s. 1764

HR-2009-671-U

HR-2009-1931-A

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2014 s. 714

Rt. 2014 s. 530

Rt. 2015. s. 93

9.9.2 Publiserte underrettsdommer

LB-2014-25083

LB-2007-159206-2

9.9.3 Internasjonale dommer

EMD Wemhoff v. Tyskland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. Juni 1964 (Sak nr 2122/64)
EMD Christine Goodwin v. Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2002. (Sak nr. 28957/95)
EMD van Kück v. Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. september 2003. (Sak nr 35968/97)
EMD Dudgeon v. Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. oktober 1981. (Sak nr. 7525/76)
EMD Sunday times v. Storbritannia (No. 2)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. november 1991. (Sak nr. 13166/87)
EMD Rees v. Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. oktober 1986. (Sak nr. 9532/81)
EMD Cossey v. Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. september 1990. (Sak. nr. 10843/84)
EMD B v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. mars 1992. (Sak nr. 13343/87)
EMD Y.Y. v. Tyrkia	Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 10. mars 2015. (Sak nr. 14793/08)

9.10 Kommentarer og merknader fra FNs overvåkningsorganer

9.10.1 Barnekomiteen

Generell kommentar nr. 4	General comment No. 4 (2003): Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child. (CRC/GC/2003/4)
Generell kommentar nr. 5	General comment No. 5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child. (CRG/GC/2003/5).
Generell kommentar nr. 6	General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin. (CRC/GC/2005/6)

Generell kommentar nr. 12	General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard. (CRC/C/GC/12)
Generell kommentar nr. 13	General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence. (CRC/C/GC/13)
Generell kommentar nr. 14	General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (artikkel 3, para. 1). (CRC/C/GC/14)
Generell kommentar nr. 18	Joint general recommendation/general comment No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices
Konkluderende observasjoner, Norge, 2010	Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child (2010), Norway, U.N. Doc. (CRC/C/NOR/CO/4)

9.11 Forarbeider

9.11.1 NOU

NOU 1992:8	<i>Lov om pasientrettigheter</i>
NOU 1993:18	<i>Lovgivning om menneskerettigheter</i>
NOU 1997: 18	<i>Prioritering på ny — Gjennomgang av retningslinjer for prioriteringer innen norsk helsetjeneste</i>
NOU 2008:15	<i>Barn og straff</i>
NOU 2009:5	<i>Farskap og annen morskap</i>

9.11.2 Proposisjoner

Lov- og forarbeidsregister:	
Ot.prp. nr. 56 (1996-97)	<i>Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barne- lova)</i>
Ot.prp. nr. 10 for 1998-1999	<i>Om lov om spesialisthelsetjenesten m m.</i>
Ot.prp.nr.12 (1998-1999)	<i>Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)</i>
Ot.prp.nr.45 (2002-2003)	<i>Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).</i>
Ot.prp. nr. 63 (2002-2003)	<i>Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) m.m.</i>
Ot.prp. nr. 93 (2008-2009)	<i>Om lov om endringar i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinne- diskrimineringskonvensjonen)</i>

Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)</i>
Prop.91 L (2010-2011)	<i>Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)</i>
Prop.106 L (2012-2013)	<i>Endringer i barnevernloven</i>
Prop.118 L (2012-2013)	<i>Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.)</i>

9.11.3 Innstilling til Stortinget (Tidl. Innstillinger til Odelstinget)

Innst. O. nr. 91 (1998-99)	<i>Innstilling fra sosialkomiteen om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)</i>
Innst. S. nr. 169 (2000-2001)	<i>Innstilling fra justiskomiteen om forslag fra stortingsrepresentant Olav Gunnar Ballo om regulering av lovmessige rettigheter for transseksuelle</i>
Innst. 186 S (2013-2014)	<i>Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV</i>

9.11.4 Stortingsdebatter

Stortinget, møte tirsdag den 20. mars 2001 kl. 10.

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2000-2001/010320/3/> [Sitert 6. mai 2015]

9.11.5 Stortingsdokumenter

Dokument 16 (2011-2012)	<i>Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.</i>
----------------------------	--

9.12 Nettsider

Oslo universitetssykehus, Nasjonal-behandlingstjeneste-for-transseksualisme (NBTS), 2014, 20.10.2014

http://www.oslo-universitetssykehus.no/omoss_/avdelinger_/psykosomatisk-

[avdeling_/Sider/Nasjonal-behandlingstjeneste-for-transseksualisme-\(NBTS\)-.aspx](#)) [Sisert 28.01.2015]

Oslo universitetssykehus, Nasjonal behandlingstjeneste for transseksualisme (NBTS), Årsrapport, 2014.

(<https://forskningsprosjekter.ihelse.net/senter/rapport/L-OUS-21/2014>) [Sisert 6. mai 2015]

Haraldsen, Ira Ronit Hebold, «Transseksualisme», Oslo universitetssykehus, 21. august. 2014.

(http://www.oslo-universitetssykehus.no/pasient_/diagnoseogsykdommer_/Sider/Transseksualisme.aspx) [Sisert 6. mai 2015]

9.13 Personlige meddelelser

Haraldsen, Ira Ronit Hebold, personlig meddelelse, e-post, 23. april 2015.