

PROSESSKRIV TIL BORGARTING LAGMANNSRETT I SAK [REDACTED]

SAKSNR: [REDACTED]

DATO: [REDACTED]

SAKSØKER: [REDACTED]

PROSESSFULLMEKTIG: Advokat Maria Hessen Jacobsen

RETTLIG MEDHJELPER: Advokat Rune Håkon Tjomsland ved advokatfullmektig Marita Haug Haaland

SAKSØKT: Staten

PROSESSFULLMEKTIG: Ida Hjort Kraby

Saken gjelder: Rettslig prøving av det tidligere vilkåret om irreversible sterilisering som vilkår for endring av kjønnsmarkør

1 INNLEDNING OG KONKLUSJON

Det vises til anke til Borgarting lagmannsrett i sak [REDACTED], med frist for avsluttet saksforberedelse 18. februar 2020.

Den internasjonale juristkommisjonen – norsk avdeling (heretter "ICJ Norge" eller "ICJ") inngir med dette prosesskrivet skriftlig innlegg i saken iht. tvisteloven §15-8. Formålet med prosesskrivet er å belyse ICJs syn på hvordan norsk rett generelt rammer spørsmål om uhjemlet tvungen sterilisering.

Overordnet stiller ICJ Norge seg tvilende til at norsk rett på noe tidspunkt de siste tiårene skal ha gitt myndighetene anledning til å pålegge sterilisering som vilkår for å fatte et vedtak uten at det foreligger lovhjemmel for dette.

Dersom domstolene har kommet til at en slik uhjemlet praksis har funnet sted, mener ICJ at dette utløser et objektivt erstatningsansvar for staten. For det tilfelle at retten kommer til at det ikke vil være grunnlag for et objektivt ansvar, taler gode grunner for at staten v/skattemyndighetene må anses å ha opptrådt uaktsomt, selv om den enkelte saksbehandler ikke kan lastes.

ICJ Norge observerer at skattemyndighetene har vært adressat for flere av sakens spørsmål, herunder spørsmål om erstatning. Innledningsvis reiser ICJ Norge spørsmål ved om også helsemyndighetenes

uhjemlede praksis om å kreve sterilisering og dialog med skattemyndighetene i den forbindelse kan være uaktsom eller på annen måte erstatningsbetingende myndighetsutøvelse.

I dette prosesskrivet kommenteres først adgangen ICJ har til å inngi skriftlig innlegg (punkt 2). Videre kommenterer vi om samtykke kan regnes som tilstrekkelig rettsgrunnlag for sterilisering (punkt 3) og til sist om ulovlig myndighetsutøvelse i slike saker kan gi grunnlag for erstatning eller oppreisning (punkt 4).

Prosesskrivet er felles for sak [REDACTED] og sak [REDACTED]. Det gjøres likevel oppmerksom på at ikke alle punkter angår begge sakene. Punkt 3 om samtykke som hjemmelsgrunnlag for sterilisering og punkt 4.1 om objektivt erstatningsansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse gjelder bare for sistnevnte sak. Punkt 4.2 om diskrimineringsloven § 5 gjelder bare i førstnevnte sak.

2 ADGANGEN TIL Å INNGI SKRIFTLIG INNLEGG

Tvisteloven § 15-8 sier at foreninger kan inngi skriftlig innlegg til å belyse allmenne interesser, såfremt innlegget gis innenfor rammen av foreningens formål og naturlige virkeområde, jf. første ledd.

Høyesterett har tidligere uttalt at "allmenne interesser" innebærer at synspunktene som fremmes skal ha betydning utover den enkelte sak, jf. HR-2018-187-U. Det er ikke noe krav om at et slikt innlegg skal være nøytralt.

Både vilkåret om at spørsmålene er innenfor ICJs virkeområde og vilkåret om allmenne interesser er oppfylte i denne saken.

2.1 Spørsmålene saken reiser er innenfor ICJs formål og naturlige virkeområde

ICJ er en uavhengig, internasjonal organisasjon (NGO) med sekretariat i Genève, stiftet i 1952. ICJ består av selve Kommisjonen (60 fremstående jurister fra alle verdensdeler) og et 80-talls avdelinger i like mange land.

Kommisjonens målsetting er å fremme og beskytte menneskerettigheter og rettsstatlige prinsipper, herunder styrke individets grunnleggende rettigheter og friheter og fremme domstolsvesenets og advokatyrkets uavhengighet og alle staters gjennomføring av internasjonale standarder, jf. ICJ Norges vedtekter § 2.¹

ICJ Norge har tidligere engasjert seg i spørsmål som gjelder seksuelle minoriteter. I 2018 publiserte ICJ Norge en kronikk om spørsmålene som nå skal opp for lagmannsretten.² ICJ har tidligere også inngitt partsinnlegg i prinsipielle LGBTQ-saker ved flere anledninger, herunder innlegg for domstolene i Hong Kong (W v. Registrar of Marriages, Hong Kong Court of First Instance, 5 October 2010)³ og den europeiske menneskerettighetsdomstolen (X. mot Polen, application no. 20741/10).⁴

¹ Tilgjengelige på ICJ Norges nettsider: <http://icj.no/about-2/vedtekter/>

² Agendamagasinet.no, 26. juni 2018, *Saksøker staten for steriliseringspraksis*, av: Mari Gjefsen og Kjersti Ellestad Bull

³ Icj.no: <https://www.icj.org/sogicasebook/w-v-registrar-of-marriages-hong-kong-court-of-first-instance-5-october-2010/>

⁴ Icj.org: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/07/Europe-X-v-Polen_TPI-Advocacy-Legal-submissions-2019-ENG.pdf

2.2 Innlegget belyser allmenne interesser

Dette innlegget tar sikte på å belyse sentrale spørsmål i saken, nemlig hvilke rettsgrunnlag staten kan påberope seg for å hjemle inngrep i personers rettsfære og erstatningsansvar som følge av uhjemlet myndighetsutøvelse. Disse spørsmålene er sentrale for å avgrense individets grunnleggende rettigheter og friheter i norsk rett. Etter ICJs mening er det utvilsomt at belysning av disse spørsmålene vil belyse spørsmål som har betydning utover den enkelte sak.

3 SAMTYKKE SOM HJEMMELSGRUNNLAG FOR STERILISERING

Et sentralt spørsmål i saken er om staten hadde tilstrekkelig hjemmel til å kreve irreversibel sterilisering for å endre kjønnsmarkør i personnummeret. I slike tilfeller er sterilisering etter hva ICJ forstår ikke et inngrep som personen nødvendigvis har ønsket selv, og det er heller ingen helsemessig begrunnelse for steriliseringen.

Oslo tingrett har i sin dom [redacted] tatt utgangspunkt i at inngrepet ble utført etter samtykke. ICJ Norge mener det er grunn til å stille spørsmål ved om et samtykke i en slik situasjon kan anses å være fritt.

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven (heretter pbrl.) § 4-1 at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke. Dette gjelder likevel ikke dersom annet tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag foreligger, for eksempel lovhjemmel. Før LOV-2016-06-17-46 (Lov om endring av juridisk kjønn) var endring av juridisk kjønn regulert av Folkeregistreringsforskriften § 2-2. Forskriften hjemlet ikke sterilisering som vilkår for endring av juridisk kjønn, men var et resultat av langvarig og fast medisinsk praksis.

For at et samtykke skal være gyldig hjemmelsgrunnlag, må pasienten for det første være samtykkekompetent etter pbrl. § 4-3. For det andre må pasienten ha fått nødvendig informasjon, jf. pbrl. § 4-1 første ledd andre punktum. I tillegg må samtykket være avgitt frivillig, da bestemmelsen ses på som utslag av et frivillighetsprinsipp. Det er dette vilkåret ICJ mener retten bør se nærmere på i denne saken.

Det strenge kravet til samtykke innenfor helseretten skal ivareta enkeltindividets grunnleggende integritetsvern og pasients selvbestemmelsesrett. Det er en iboende ubalanse i relasjonen mellom helsepersonell og pasient, og § 4-1 tydeliggjør at det er pasienten selv som skal ta avgjørelsene knyttet til sin egen helsehjelp.

Grensen mellom frivillighet og tvang står sentralt for vurderingen av om et samtykke er avgitt frivillig. Kjernen i begrepet tvang er at man utsettes for et betydelig press for å oppgi motstand. For at det skal kunne anses å foreligge et samtykke til helsehjelp, er det etter Befring og Syses syn normalt tilstrekkelig at pasienten *avfinner seg* med den helsehjelpen som gis. Kravene som stilles til pasientens samtykke er imidlertid relative ut fra de faktiske omstendighetene. Desto mer alvorlig og risikofylt et inngrep er, desto strengere krav stilles det til samtykket. Denne forholdsmessighetsvurderingen kan utledes av forsvarlighetskravet som stilles til helsepersonells opptreden og for helsehjelpen som gis. Hvilke innholdsmessige krav som stilles til et gyldig samtykke beror på en konkret vurdering av forsvarligheten av tiltaket, pasientens personlige forutsetninger og grad av akseptering, samt tiltakets karakter og grad av inngripen.⁵ Sterilisering vil normalt anses som

⁵ *Sentrale helserettslige emner* (2016:202-204), av Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse

ytterst inngripende. Dette hever terskelen for at et samtykke skal være gyldig rettsgrunnlag i betydelig grad.

Dansk høyesterett har i sak BS-48104/2018-HJR tatt stilling til om en pasient innlagt på Retspsykiatrisk Afsnit ga et gyldig samtykke til kroppsvisitasjon etter uovervåkede besøk. I saken kom Høyesteret til at det reelt sett ikke var tale om et frivillig samtykke fra pasienten. Dette var begrunnet i at "han med tiden hadde affundet sig med at skulle visiteres for derved at oppnå uovervåget besøg eller uledsaget udgang". Uten samtykke til kroppsvisitasjon hadde han ikke mulighet til å få uovervåket besøk og ikke mulighet til å gå ut av institusjonen. Det var dermed ikke tale om et frivillig samtykke. Saken belyser rekkevidden av et fritt samtykke og har overføringsverdi til de foreliggende sakene.

På denne bakgrunn finner ICJ Norge det høyst usikkert om et samtykke kan anses reelt i tilfeller der staten krever dette for å endre kjønnsmarkør, og det ikke finnes noen helsemessig begrunnelse for inngrepet.

4 SPØRSMÅL OM STATENS ERSTATNINGSANSVAR

Dersom lagmannsretten kommer til at inngrepene ikke har hatt tilstrekkelig hjemmel, reises spørsmålet om hvorvidt staten har et erstatningsansvar som følge av slik uhjemlet myndighetsutøvelse. Uavhengig om det er helse- eller skattemyndighetene – eller begge eller ingen av disse – som anses å være ansvarlige for innføringen av praksis med å kreve sterilisering for å endre juridisk kjønn, taler gode grunner for at det må være staten, og ikke individene som ble rammet av praksisen, som er nærmest til å bære risikoen for en slik praksis. Etter ICJs syn har det formodningen for seg at staten må være erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag, forutsatt at retten kommer til at de øvrige vilkår for erstatning foreligger.

ICJ stiller også spørsmål ved om det kan være grunnlag for oppreisning etter diskrimineringslovgivningen i tilfeller der dette regelverket er brutt.

4.1 Objektivt erstatningsansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse

ICJ mener at staten normalt vil ha et objektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse som pålegger individer medisinske inngrep slik som sterilisering. For det første vil slike krav normalt oppleves særlig inngripende for individene som rammes. For det andre er dette situasjoner hvor det foreligger en særlig maktubalanse mellom staten og individet.

Prinsippene om statens objektive ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse er fastsatt gjennom praksis fra Høyesterett.

I Rt. 2010 s. 291 (Vangen eiendom) var spørsmålet om en kommune på objektivt grunnlag var erstatningsansvarlig for et ugyldig vedtak. Førstvoterende påpeker i dommen at det ikke kan utledes en generell regel om objektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse. Likevel vil det offentlige på enkelte områder, hvor det gjør seg gjeldende særlige hensyn, plikte å svare erstatning ut fra et objektivt ansvar.

Rt. 1987 s. 1495 (Reitgjerdet II), som omhandlet tvang i psykiatrien, forelå slike "særlige hensyn", og staten ble holdt ansvarlig. Høyesterett kom til at staten har et objektivt ansvar for ulovfestet tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus. Konklusjonen ble begrunnet med at "tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus er et særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder".

I en ny dom, HR-2019-2396-A, har Høyesterett påny behandlet spørsmålet om statens objektive ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Høyesterett viser til en uttalelse fra Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett, 2. utgave 2019 side 283 hvor de skriver: «På den annen side opprettholder Vangendommen læren om objektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse som er særlig inngripende, eller hvor det for øvrig gjør seg gjeldende særlige hensyn». I avsnitt 59 i dommen gir Høyesterett uttrykk for at den samme regelen gjelder for statens ansvar.

Denne rettspraksisen viser at et objektivt ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse vil gjøre seg gjeldende i saker hvor myndighetsutøvelsen er særlig inngripende, eller hvor det for øvrig gjør seg gjeldende «særlige hensyn» som taler for at staten skal ha et objektivt ansvar. Etter ICJs syn vil en praksis hvor staten har stilt et uhjemlet krav om sterilisering havne i begge disse kategoriene.

Kjønnsidentitet utgjør en sentral del av en persons identitet. Muligheten til å ha et juridisk kjønn som samsvarer med sitt selvopplevde kjønn vil kunne være svært sentralt for at personer med en annen kjønnsidentitet enn sitt medfødte kjønn kan leve verdig og med integritet på lik linje med andre mennesker i samfunnet. Videre er irreversibel sterilisering et betydelig medisinsk inngrep som normalt har store konsekvenser for den det gjelder. Dette taler for at irreversibel sterilisering kan anses som et «særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder» jf. Reitgjerdet-dommen.

ICJ er ikke kjent med at vilkåret om irreversibel sterilisering var begrunnet i medisinskfaglige hensyn eller andre tungtveiende hensyn som taler mot ansvar for staten.

Dersom retten kommer til at uhjemlet myndighetsutøvelse har funnet sted, og at de øvrige vilkårene for erstatning er oppfylt, taler inngrepets karakter og alvorlighet etter ICJs syn for at det kan være grunnlag for et erstatningsansvar på objektivt grunnlag.

4.2 Oppreisning for brudd på diskrimineringsloven § 5

Uavhengig av om staten har et objektivt ansvar eller ikke, er det gode grunner for at staten vil måtte utbetale oppreisning på grunn av brudd på den tidligere diskrimineringsloven § 5.

Oslo tingrett har i sin dom [redacted] kommet til at skatteetatens praksis om å kreve sterilisering for å endre juridisk kjønn utgjorde et brudd på lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) § 5 (heretter "diskrimineringsloven"). Tingretten kom imidlertid til at det ikke er grunnlag for å tilkjenne oppreisning.

ICJ Norge stiller seg bak tingrettens standpunkt når det kommer til at praksisen er å anse som diskriminerende etter § 5, men er uenig i tingrettens vurdering av oppreisningsspørsmålet.

Det følger av diskrimineringsloven § 24 første ledd at «[d]en som er blitt diskriminert kan kreve oppreisning og erstatning».

Av bestemmelsens andre ledd følger det at «[i] ansettelsesforhold gjelder ansvaret uavhengig av om arbeidsgiveren kan bebreides for diskrimineringen. På andre samfunnsområder gjelder ansvaret dersom *den* som har diskriminert kan bebreides for dette» [vår kursivering].

Tingretten har i sin vurdering av spørsmålet lagt til grunn at det må konstateres uaktsomhet hos den enkelte saksbehandler i forvaltningen for å kunne tilkjenne oppreisning etter bestemmelsen. Domstolen har dermed tolket ordlyden i «den som diskriminerer» innskrenkende, slik at det kun omfatter enkeltpersoner. Denne tolkningen er ICJ Norge uenig i. Vi mener at staten må kunne holdes ansvarlig etter organansvaret.

Forarbeidene til diskrimineringsloven fra 2013 taler ikke for en slik innskrenkende tolkning. Prop. 88 L (2012-2013) kapittel 20.1 s. 167 sier at «Utenfor arbeidslivet gjelder ansvaret ved forsett eller uaktsomhet (vanlig uaktsomhetsansvar)». Det synes ikke å være tatt stilling til statens erstatningsansvar utenfor arbeidsgiverforhold i proposisjonen. Det er heller ikke tatt stilling til ansvarsreglene der diskrimineringen er et resultat av en offentlig praksis i de tidlige forarbeider i NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*.

Der det offentlige gjennom praktisering av et gjeldende regelverk utfører en diskriminerende praksis, vil det som regel ikke kunne identifiseres uaktsomhet hos enkeltpersoner i forvaltningen. Dette fordi det sjeldent eller aldri vil kunne karakteriseres som uaktsomt av en saksbehandler å følge etablert praksis. Dersom en legger til grunn at bestemmelsen i § 24 innebærer at oppreisning er betinget av uaktsomhet hos saksbehandlere vil en dermed effektivt hindre muligheten for å tilkjenne oppreisning ved diskriminerende offentlig praksis.

Hensynet til den diskriminerte taler klart mot å kreve uaktsomhet hos den enkelte saksbehandler. Tingrettens tolkning strider også mot hensynet bak oppreisningsbestemmelsen jf. NOU 2009:14 s. 279 hvor det uttales at et sentralt hensyn «ved utformingen av reglene [om oppreisning] er at den som har lidt et tap eller overlast som følge av en krenkelse skal få en kompensasjon for dette».

Når det som i den foreliggende sak er konstatert et brudd på diskrimineringsloven av 2013 § 5 taler det klart mot lovens formål at et slikt brudd skal bli stående uten oppreisning for den som er blitt diskriminert – og uten sanksjoner for den som har foretatt diskrimineringen.

En tolkning av «den som har diskriminert» som også inkluderer juridiske personer støttes av forarbeidene til § 38 i den nye diskrimineringsloven, Prop 81. L (2016-2017). Lov 19. desember 2019 nr. 115 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestilling- og diskrimineringsloven) som erstatter diskrimineringsloven av 2013. Her understrekes det på s. 337 at lovens forslag ikke er ment å innebære en realitetsendring i forhold til lovene fra 2013, før det uttales at «[o]ppreisning kan ilegges skadevolder, det vil si fysiske personer og juridiske personer hvis det er organet selv som har opptrådt i strid med loven. Her vil de alminnelige betraktningene om organansvar etter skadeserstatningsloven §§ 3-5 og 3-6 komme til anvendelse» [vår kursivering].

Dette taler for at ordlyden i «den som har diskriminert» må tolkes slik at også det offentlige kan rammes av bestemmelsen på bakgrunn av organansvaret.

Grensene for organansvaret er ikke avgjort i rettspraksis. Høyesteretts dom i Rt. 1995. s. 209 kan imidlertid gi veiledning. Saken gjaldt en kommunes organansvar, men Høyesterett uttalelser er generelle og burde kunne anvendes også overfor statens organansvar. I dommen uttalte Høyesterett følgende:

«Det er da nødvendig for meg å se noe nærmere på spørsmålet om hvilke organer kommunen kan bli ansvarlig for etter den såkalte organteori, dvs hvor langt ned i det kommunale hierarki det er naturlig å gå. Jeg viser da først til det som førstvoterende foran har sitert fra Ot.prp.nr.48 for 1965-66 side 64, og der hovedvekten synes å være lagt på om vedkommende kommunale råd eller liknende utøver den øverste myndighet innen kommunen på sitt felt. Jeg synes meget taler for at dette kriterium bør være avgjørende.»

Dommen er kommentert av Hagstrøm og Stenvik i *Erstatningsrett* (2019). Her uttales det på s. 276 at det «neppe [kan] være tvil om at Høyesterett her etablerte et eget erstatningsrettslig organbegrep (...). I stedet for å legge til grunn den hierarkiske plassering, bygger dommen på en funksjonell betraktning». Det uttales videre at «[d]et avgjørende bør være om *skaden skyldes myndighetsutøvelse på ledernivå innen det aktuelle forvaltningsområdet*» [vår kursivering].

Vedtakelse av en forskrift må anses å være en oppgave som hører til myndighetsutøvelse på ledernivå i skatteetaten. Ettersom tingretten har konkludert med at praksisen med å kreve endring av kjønnsstatus for å kunne endre juridisk kjønn etter folkeregisterforskriften 2-2 bryter med diskrimineringsloven av 2013 må det anses som uaktsomt av skatteetaten å ikke ha endret forskriften ved vedtakelsen av diskrimineringsloven. På bakgrunn av dette må staten identifiseres med den uaktsomhet det eventuelt utgjorde å ikke endre forskriften ved vedtakelsen av diskrimineringsloven i 2013.

På denne bakgrunn mener ICJ Norge at gode grunner taler for at staten kan få en plikt til å betale oppreisning dersom lagmannsretten kommer til at det har skjedd et brudd på diskrimineringslovgivningen.

Oslo, 10. januar 2020

Sign.
Mari Jøraholmen Gjefsen,
Styremedlem ICJ Norge

Sign.
Sigrid Terøy Finnes,
Styremedlem ICJ Norge