Helsedirektoratet

Returadresse: Helsedirektoratet, Postboks 220 Skøyen, 0213 Oslo, Norge

VERDIALLIANSEN VERDIALLIANSEN POST

Deres ref.:
Vår ref.: 24/17229-6
Saksbehandler: Eva Elander Solli
Dato: 26.06.2024

Svar på henvendelse fra Verdialliansen - Straffeloven og nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens

Helsedirektoratet viser til brev 13. april 2024 om straffeloven og Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens sendt til Kultur- og likestillingsdepartementet, Justis- og beredskapsdepartementet, Riksadvokaten, Helsetilsynet og Helse- og omsorgsdepartementet. Henvendelsen ble i brev 8. mai 2024 oversendt fra Helse- og omsorgsdepartementet til Helsedirektoratet som rette instans.

I henvendelsen tas det opp en rekke forhold. Helsedirektoratet vil besvare de delene av henvendelsen som er relevante med hensyn til vårt forvaltningsansvar, inkludert ansvar for utarbeidelse og revisjon av Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens.

Bakgrunn

Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens er utarbeidet på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet (HOD). Oppdraget var å «Utarbeide normerende dokument/faglige anbefalinger om behandling av kjønnsdysfori og kjønnsinkongruens jf. tiltak 27» i «Regjeringens handlingsplan mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (2017–2020)».

Retningslinjens anbefalinger er utarbeidet på grunnlag av helserettslige grunnprinsipper om blant annet (Retningslinjen kapittel 6 *Om retningslinjen*):

- forsvarlig tjenesteyting
- prioritering
- brukermedvirkning og samtykke
- taushetsplikt og vern av personsensitive opplysninger
- informasjon tilpasset mottakerens forutsetninger som f.eks. alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn

I henvendelsen fra Verdialliansen står det at Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens ikke dokumenterer at den er i tråd med lovfestede krav, den dokumenterer ikke at den er

Helsedirektoratet
Avdeling for helserett
Eva Elander Solli
Postboks 220 Skøyen, 0213 OSLO • Besøksadresse: Vitaminveien 4 • Tlf.: (+47) 47 47 20 20
Org.nr.: 983 544 622 • postmottak@helsedir.no • www.helsedirektoratet.no

forsvarlig, den dokumenterer ikke at den er i tråd med barns rettigheter, og den kan være ulovlig og i strid med flere av straffelovens bestemmelser. Det vises blant annet til at retningslinjen er i strid med straffeloven §§ 284 og 285 om kjønnslemlestelse. Det vises også til straffeloven § 196 om plikt til å avverge et straffbart forhold og § 274 om grov kroppsskade, samt legemsbeskadigelse.

Helsedirektoratets vurdering

Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens - status

Helsedirektoratets normerende produkter gir råd og anbefalinger til helse- og omsorgstjenesten på områder med behov for nasjonal normering eller der det er ønskelig å gi nasjonale råd og praktiske eksempler relatert til pasienter og befolkning. Helsedirektoratets normerende produkter skal være et hjelpemiddel ved de avveininger tjenesteytere må gjøre for å oppnå forsvarlighet og god kvalitet i tjenesten.

Det framgår av Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens at *Helsetjenesten og helsepersonell skal sørge for at personer med kjønnsinkongruens får oppfylt sine pasientrettigheter. Helsehjelpen skal være faglig forsvarlig og ivareta pasientens rett til medvirkning og selvbestemmelse*. Retningslinjen beskriver videre overordnet organisering, oppgave- og funksjonsfordeling av et desentralisert, differensiert og helhetlig helsetjenestetilbud, og viser til ansvaret til den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten.

Lovgivningen har ikke særlige regler for utredning og behandling av personer som opplever kjønnsinkongruens. Retningslinjen omfatter også i liten grad anbefalinger om den kliniske tilnærmingen i forbindelse med utredning, behandling og oppfølging, se Retningslinjen kapittel 6 *Om retningslinjen*. Unntak gjelder kapittel 3 som gir noen få overordnede prinsipper for utredning, behandling og oppfølging av personer som opplever kjønnsinkongruens. Der er anbefalingen at *førstevalg ved helsehjelp til personer med kjønnsinkongruens bør være tiltak som er minst mulig inngripende for pasienten*.

Den konkrete vurderingen gjøres av det enkelte helsepersonellet som utreder og behandler pasienten. Det framgår av retningslinjen at helsepersonellet blant annet skal *Avklare indikasjon for kjønnsbekreftende behandling, risikofaktorer og kontraindikasjoner*.

Det framgår videre av anbefalingen i retningslinjen kapittel 3 at prinsipper for utredning, behandling og oppfølging bør være:

- Ivareta
    - Individuelle behov og ønsker
    - Livskvalitet og livsmestring
    - Informasjon, medvirkning og samtykke
    - Transparente beslutninger innenfor etiske og medisinsk forsvarlige rammer
- Avklare
    - Indikasjon for kjønnsbekreftende behandling, risikofaktorer og kontraindikasjoner
    - Behandlingsnivå og prioritering i henhold til prioriteringskriteriene

Desto mer inngripende behandling, desto mer vektlegges tverrfaglig vurdering og samarbeid.

Forsvarlig helsehjelp til personer som opplever kjønnsinkongruens
Det er helsefaglige vurderinger som skal ligge til grunn for alle beslutninger om helsehjelp til personer som opplever kjønnsinkongruens. Forsvarlighetskravet skal ligge til grunn for helsepersonells utredning og behandling.

En pasient har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester både fra kommunen og fra spesialisthelsetjenesten, jf. pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-2 og § 2-1. Spesialisthelsetjenesten og kommunen må ut fra forsvarlighetskravet vurdere sin plikt til å yte den hjelp som pasienten har behov for. Helsetjenesten og helsepersonell skal sikre at pasienten får forsvarlig helsehjelp, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 og helsepersonelloven § 4. I tillegg må pasienten ha gitt et informert samtykke, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 og § 3-2.

Begrepet forsvarlighet er en rettslig standard. Med rettslig standard menes at rettsregelens innhold kan variere over tid, og ikke knytter avgjørelsen til bestemte og entydige kriterier, men gir anvisning på en bestemt målestokk til bruk ved bedømmelsen. For det enkelte helsepersonell innebærer forsvarlighetskravet i utgangspunktet en plikt til å opptre i samsvar med de til enhver tid gjeldende faglige normer og lovbestemte krav til yrkesutøvelsen.

Pasienten skal gi et informert samtykke til helsehjelpen, jf. pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 3-2. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 skal pasienten ha informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Informasjonen må være tilstrekkelig til at pasienten kan benytte sin rett til medvirkning etter § 3-1, herunder medvirke ved valg av helsehjelp der det er mer enn ett alternativ. Pasientens rett til å medvirke vil ikke under noen omstendighet frita helsepersonellet fra ansvaret for å treffe avgjørelser som sikrer forsvarlig behandling av pasienten. Helsepersonellet kan ikke la pasienten eller brukeren velge et alternativ som ikke er forsvarlig faglig sett, jf. helsepersonelloven § 4.

Informasjonen må ha tilstrekkelig kvalitet til at pasienten kan gi et informert samtykke til helsehjelpen jf. § 4-1, og hvilken informasjon som skal gis har også sammenheng med kravet til forsvarlig behandling i helsepersonelloven § 4. Jo mer inngripende et tiltak er, desto mer skal til for at pasienten rent faktisk er tilstrekkelig informert og samtykker. Gyldig samtykke forutsetter at pasienten forstår hva hen gir samtykke til. Hvor inngående informasjonen må være, beror på en skjønnsmessig avveining. Hvis behandler unnlater å innhente samtykke eller unnlater å gi pasienten opplysninger på en måte som pasienten kan forstå og nyttiggjøre seg, kan det medføre at helsehjelpen anses å være uforsvarlig.

Straffelovens anvendelsesområde
Forsvarlig helsehjelp til personer som opplever kjønnsinkongruens omfattes ikke av bestemmelsene i straffeloven §§ 284 og 285 om kjønnslemlestelse. I forbindelse med innlemming av kjønnslemlestelsesloven i straffeloven §§ 284 og 285 ble det ikke særskilt presisert at bestemmelsene ikke omfatter kjønnsskifteoperasjoner til personer som opplever kjønnsinkongruens, men det er klart at dette i utgangspunktet faller utenfor de nevnte straffebudene om kjønnslemlestelse. Heller ikke annen form for nødvendig helsehjelp er nevnt i forbindelse med innlemmingen av kjønnslemlestelsesloven i straffeloven, som nødvendige inngrep i forbindelse med fødsel, fjerning av kjønnsorganer ved kreft, eller korrigering av

medfødte misdannelser mv. Det vises i henvendelsen fra Verdialliansen til at *Setningen fra forarbeidene til særloven om forbud mot kjønnslemlestelse i 1995 om at «legitime kjønnsskifteoperasjoner rammes ikke av forbudet» er ikke referert i prosessen med overføring av særloven til straffeloven*. Det framgår imidlertid av Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) som innlemmer kjønnslemlestelsesloven i straffeloven §§ 284 og 285 at det *for øvrig vises til merknadene i Ot.prp. nr. 50 (1994–95) side 5–6*. Her omtales det aktuelle unntaket. Heller ikke straffeloven § 196 om Plikt til å avverge et straffbart forhold og § 274 om Grov kroppsskade samt legemsbeskadigelse omfatter nødvendig helsehjelp omtalt i retningslinjen.

Retningslinjen kan ikke i seg selv være i strid med straffelovens bestemmelser om kjønnslemlestelse, kroppsskade og legemsbeskadigelse. Om straffeloven kommer til anvendelse i forbindelse med et konkret inngrep må vurderes i tråd med de generelle reglene i helselovgivningen som vist til i avsnittet over om forsvarlig helsehjelp. Som eksempel kan vi vise til at konsekvensene av *urettmessig* fjerning av testikler er omtalt i Helsedirektoratets rundskriv *Steriliseringsloven med kommentarer* der det framgår:

> *Det å frata et annet menneske forplantningsevnen urettmessig vil være å anse som en grov kroppsskade etter straffeloven § 274. I utgangspunktet vil heller ikke et samtykke være straffefriende etter straffeloven § 276 fordi berøving av forplantningsevnen betraktes som betydelig skade. Med betydelig skade menes blant annet tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel mv, se straffeloven § 11. I tillegg til at det kan ilegges straffansvar, vil et urettmessig steriliseringsinngrep kunne gi rett til erstatning, jf. sak referert i Rettens Gang (RG) for 1986, side 431 flg. Et urettmessig inngrep kan også medføre reaksjoner fra tilsynsmyndighetene siden det vil være brudd på forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4.*

Fjerning av testikler for personer med kjønnsinkongruens vil imidlertid ikke komme inn under steriliseringslovens regler, ettersom bakgrunnen for inngrepet ikke er å oppheve personens forplantningsevne eller kjønnsdrift. Steriliseringsloven forutsetter derfor at fjerning av testikler kan være "rettmessig" etter andre rettsregler. I forarbeidene til loven står det at inngrep vil være rettmessig i nødsituasjoner og i tillegg *når det foreligger medisinsk indikasjon i tillegg til samtykke fra pasienten*. Sterilisering eller kastrering som ikke skjer i henhold til steriliseringsloven eller som ikke er rettmessig etter andre regler, kan imidlertid være straffbart, se nærmere om grunnvilkår for straff i straffeloven kapittel 3.

Det er Statsforvalteren / Statens helsetilsyn som har faglig tilsyn med helse- og omsorgstjenester og som fører tilsyn med om helsepersonell yter forsvarlig helsehjelp.

FNs barnekonvensjon

FNs barnekonvensjon (BK) artikkel 3 nr. 1 danner utgangspunktet for at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn etter norsk rett. I bestemmelsen står det at ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Helse- og omsorgslovgivningen bygger på en grunnleggende forutsetning om at hensynet til barnets beste skal styre valg av helsetjenester og tiltak overfor barn. Dette følger av de alminnelige reglene om krav til forsvarlig helsehjelp. Disse reglene ligger også til grunn for retningslinjen. Det er det enkelte helsepersonell som skal tilby forsvarlig helsehjelp, og som tar

konkret stilling til om prioriteringskriteriene nytte, ressursbruk og alvorlighet er oppfylt i det enkelte tilfellet, jf. redegjørelsen over.

Revisjon av retningslinjen
Verdialliansen krever at Nasjonal faglig retningslinje for kjønnsinkongruens revideres.

Med bakgrunn i rapporten og anbefalingene blant annet fra Ukom har Helsedirektoratet en dialog med de regionale helseforetakene og fag- og brukermiljøene, blant annet for å sikre en kontinuerlig/løpende vurdering av retningslinjen og sikre utvikling av et bedre og mer helhetlig helsetjenestetilbud til personer med kjønnsinkongruens.

Det vil være nødvendig å revidere retningslinjen, som primært beskriver overordnet organisering, oppgave- og funksjonsfordeling av helsetjenestetilbudet, dersom tilbudet i spesialisthelsetjenesten endres. Det kan også være grunn til å revidere retningslinjen på grunn av ny kunnskap om utredning eller behandling av personer med kjønnsinkongruens som gir grunn til presisering av anbefalingene.

Helsedirektoratet legger vekt på forskningsbasert og erfaringsbasert kunnskap i tillegg til brukerkunnskap ved utvikling av normerende produkter. Det er også gjort ved utvikling av denne retningslinjen. Styrken på anbefalinger i Helsedirektoratets retningslinjer kategoriseres som "svake" eller "sterke" avhengig av kunnskapsgrunnlaget. Anbefalingen i kapittel 3 om generelle prinsipper for utredning, behandling og oppfølging er i denne retningslinjen betegnet som "svak". Dette understreker at Helsedirektoratet ser behovet for mer kunnskap på feltet, og at den bør oppdateres når kunnskapsgrunnlaget bedres. Vi vil følge nøye med på ny kunnskap og forskning og vurdere revisjonsbehov ut fra dette.

Når det gjelder ivaretakelse av pasientsikkerhet og behovet for økt kunnskap om behandling av kjønnsinkongruens hos barn og unge ga Helse- og omsorgsdepartementet de regionale helseforetakene følgende oppdrag 23. juni 2023 (Oppdragsdokument 2023 - tilleggsdokument etter Stortingets behandling av Prop. 118 S (2022-2023)):

> *Det vises til Ukoms rapport om pasientsikkerhet for barn og unge med kjønnsinkongruens, der de anbefaler at pubertetsutsettende behandling (pubertetsblokkere) og hormonell og kirurgisk kjønnsbekreftende behandling for barn og unge defineres som utprøvende behandling. Videre anbefaler UKOM at det bør vurderes opprettet et nasjonalt medisinsk kvalitetsregister for behandling av barn og unge med kjønnsinkongruens og kjønnsdysfori. De regionale helseforetakene bes vurdere hvordan Ukoms anbefalinger kan følges opp gjennom de etablerte systemene for kunnskapsgenerering og håndtering av utprøvende behandling, herunder nasjonale medisinske kvalitetsregistre og nasjonale kliniske behandlingsstudier.*

Dette oppdraget blir fulgt opp videre av de regionale helseforetakene.

Vi er ikke enige i at retningslinjens anbefalinger er uforsvarlige, at retningslinjen gir anvisning på behandling som er ulovlig etter straffeloven, at den er i strid med Utredningsinstruksen, i strid med barnets rett til "høyest oppnåelige helsestandard og til behandlingstilbud" eller i strid med Kvinnekonvensjonen.

Vi tar deres henvendelse til orientering, og tar dette med oss i det videre arbeidet med retningslinjen.

Dersom dere allerede har mottatt svar fra oss 25.06.24, beklager vi i så fall at det på grunn av en systemfeil ble sendt ut en uferdig og ikke signert versjon av vårt svar.

Vennlig hilsen

Gunhild J. Røstadsand e.f.
seniorrådgiver

Eva Elander Solli
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk