



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:
15/2243- 17- HJFA

Dato:
11.10.2017

Sammendrag og anonymisering

Nektet brystkirurgi – ikke diskriminert på grunn av kjønnsidentitet

En kvinne søkte brystforstørrende kirurgi ved en privat klinikk, men fikk avslag. Begrunnelsen hun fikk, var at hun er transperson. FTPN (Forbundet for transpersoner i Norge) klaget inn saken.

Til ombudet utdypet klinikken begrunnelsen, og uttalte blant annet at klinikken av faglige grunner ikke tilbyr operasjon til transpersoner som ønsker brystimplantater. Klinikken uttalte at kvinner har en helt annen kroppsbygning enn personer som ikke har brystanlegg (mannlig biologi). Vevet er mer fibrøst hos personer med mannlig biologi, muskelfestet er annerledes og risikoen for tidlige og sene komplikasjoner er større. Resultatet som kan oppnås vil avvike fra den standarden vi setter. En slik operasjon på en transkvinne ville teknisk sett være mer lik en rekonstruksjon med protese, og at klinikken ikke tilbød dette.

Ombudet mente at klinikkens praksis var forskjellsbehandling på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet kom likevel til at forskjellsbehandlingen var lovlig etter unntaket i loven.

Ombudet konkluderte med at klinikkens med å avslå brystforstørrende kirurgi til transpersoner, ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet.

Se også ombudets sak 15/2259.

Saksnummer: 15/2243

**Lovgrunnlag: diskrimineringsloven om seksuell orientering,
kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk § 5**

Dato for uttalelse: 14. september 2016

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

Et av FTPNs (Forbundet for transpersoner i Norge) medlemmer henvendte seg til klinikk X med ønske om brystforstørrende kirurgi, men fikk avslag. Begrunnelsen for avslaget var, ifølge medlemmet, at klinikken ikke behandler transpersoner. Medlemmet informerte FTPN om dette, som deretter henvendte seg til klinikk X og ba om en redegjørelse for praksisen.

Klinikk X bekreftet i brev til FTPN at klinikken ikke tilbyr transpersoner brystforstørrelse, eller andre kroppsmodellerende inngrep som forandrer kjønnskarakteristika. Klinikk X uttalte følgende:

Våre retningslinjer ved klinikk X er fremkommet etter konferering avdelingsoverlege A, plastikkirurgisk avdeling, Rikshospitalet, som er en del av GID teamet. Pasienten må ha godkjent transseksuell diagnose fra Rikshospitalet (NBTS = Nasjonal Behandlingstjeneste for transseksualisme), diagnosekode F 64.0. Denne må dokumenteres. Vi kan da etter en endring fra mann til kvinne, og etter klinisk undersøkelse og vurdering gjøre brystforstørring eller andre vanlige kosmetiske- eller plastikkirurgiske inngrep etter indikasjon.

Klinikk X er en privatklinikk og er ikke en del av det offentlige helsetilbudet i Norge. Dette innebærer at vi ikke har plikt til å gjennomføre kosmetiske inngrep på pasienter som henvender seg til oss for vurdering, og at man ikke har noen rettighet til å få gjennomført kosmetiske eller plastikkirurgiske inngrep hos oss. Dette gjelder alle typer inngrep og er ikke spesielt knyttet til transseksuelle.

FTPN ba ombudet om å vurdere hvorvidt klinikk X' praksis med å avslå brystforstørrende kirurgi for transpersoner er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. FTPN ba samtidig om at ombudet vurderte en tilsvarende praksis ved en annen privat klinikk, klinikk Y, se ombudets uttalelse i sak 15/2259.

Partenes syn på saken

FTPN:

Klagen gjelder klinikk X' praksis med å avslå brystkirurgi for transpersoner som ønsker behandling for at kroppen skal komme i bedre samsvar med selvopplevd kjønnsidentitet. Dette er ikke det samme som full kjønnsbekreftende behandling for transseksuelle, som på nåværende tidspunkt krever fastsatt transseksuell diagnose. Brystkirurgi er for mange transpersoner ofte det viktigste behandlingstilbudet for å oppnå en tilnærming til personens egentlige kjønnsidentitet som kvinne eller mann.

Praksis er ikke ensartet når det gjelder behandlingstilbudet til transpersoner. Noen private klinikker tilbyr brystkirurgi til transpersoner.

Klinikk X:

Kirurgisk behandling i den hensikt å endre ytre karakteristika for transpersoner er en oppgave som nasjonalt sett er samlet for hele gruppen pasienter. Rikshospitalets GID-klinikk (Gender Identity Disorder) er etablert tverrfaglig for å kunne hjelpe denne gruppen til riktig behandling, på et forsvarlig medisinsk grunnlag. Klinikk X' praksis er basert på medisinske vurderinger, samt klinikkens kompetanse, og kan derfor ikke anses som diskriminering.

Av omtrent 30 plastikkirurger ved Oslo universitetssykehus, er det to-tre plastikkirurger som utfører denne type kirurgi og har erfaring innenfor feltet. Ingen av klinikk X' leger har bedrevet eller hatt opplæring i slik kirurgi i sin ansettelsestid ved Oslo universitetssykehus. Som ved all kirurgi, er det viktig å tilegne seg faglige kunnskaper, samt opprettholde disse. Av denne grunn er det en rekke problemstillinger og operasjoner som ikke utføres ved klinikken. For eksempel har klinikken ingen erfaring med å korrigere en fold på øyelokk hos personer med asiatisk avstamning (epicanthal fold), og tilbyr derfor heller ikke dette inngrepet. På samme måte velger klinikken av faglige grunner ikke å tilby operasjon til transpersoner som ønsker implantater. Dersom en transperson ønsker andre inngrep som klinikken har kompetanse på og tilbyr, vil vedkommende bli vurdert på samme vilkår som andre pasienter.

Ombudet ba klinikken om å redegjøre for hvordan vurderingen av en kvinne som ønsker brystkirurgi skiller seg fra vurderingen av en transperson (mann til kvinne) som ønsker brystkirurgi. Klinikken svarte følgende:

Det ligger 15 til 20 års erfaring bak våre vurderinger og brystoperasjoner som tilbys kvinner. Kvinner har forskjellige typer brystanlegg eller bryst som har gjennomgått forandringer, for eksempel etter amming, aldring eller vektfluktuasjoner. Vår oppgave vil være å lytte til kvinnens ønske, og deretter på bakgrunn av vår erfaring forklare kvinnen hvilke muligheter som foreligger, valg av metode, type protese etc. for å oppnå et resultat som ligger så nært opp til pasientens ønske som mulig.

Vi tilbyr brystoperasjoner til friske kvinner, som betaler for vår kompetanse, og det er vår oppgave å gi kvinnen et resultat som ligger opp til hennes ønske og forventning, og som ikke innebærer stor risiko for tidlige eller sene komplikasjoner/dårlig resultat. Det kan dreie seg om ønske om større bryst, korreksjon av bryst eller å få tilbake en fason og størrelse som en gang var.

Det er ikke pasienten, men vi kirurger som stiller indikasjonen og velger metode for behandling, for å oppnå best resultat og færrest mulige komplikasjoner. Vi har en plikt til å yte forsvarlig helsehjelp. Vi kan ikke bare gjøre slik pasienten ønsker og advare mot konsekvensene, det være seg et dårlig resultat eller andre komplikasjoner. Når vi gjennomfører en operasjon står vi ansvarlig for denne etter helselovgivningen. Også med tanke på driften av klinikken er dette viktig. Pasienter som opereres på klinikk X har en slags fornøydhetsgaranti, hvis

resultatet blir dårligere enn forventet. Vi må stå inne for de operasjonene som vi tilbyr å gjennomføre. Til syvende og sist er det slik vi består som klinikk, at pasientene våre er fornøyde med oss og det resultatet som oppnås. Særlig senere år er dette enda mer aktualisert, ved at digitale medier brukes til denne type formidling av kunnskap og erfaringer. Det er altså flere grunner til at vi ikke tilbyr alle typer kosmetisk kirurgisk behandling, i dette tilfelle tilbyr vi ikke brystforstørrelse til transpersoner/menn.

Det spørres etter kriterier for når kvinner får avslag på operasjon hos oss, og som kan ha en viss relevans i aktuelle sak. Eksklusjonskriterier vil være:

- Psykisk ubalanse
- Body dysmorphic disorder/ feiloppfatning av eget kroppsbilde.
- Misbruk av narkotika, medikamenter eller alkohol
- Alder under 18 år
- Urealistisk forventning eller manglende forståelse for komplikasjoner som kan oppstå eller hvilket resultat som kan forventes oppnådd. Ikke alle kvinner, fordi de har ulike brystanlegg og fasong, kan oppnå et perfekt idealisert resultat. Vi forsøker alltid å klargjøre dette før ethvert inngrep, slik at tvist ikke oppstår etterpå. Pasienter som ikke kan oppnå et godt resultat i forhold til forventning, risiko og kostnad opereres ikke. Selv om vi har mange ulike typer brystproteser, med varierende størrelse og fasong så er det ikke slik at man "bare" kan putte inn et eller annet.
- Pasienter som ønsker en løsning som hun ikke vil være tjent med eller som er skadelig på sikt, (eksempelvis altfor store brystinnlegg) vil ikke tilbys operasjon ved vår klinikk.
- Vi gjør ikke brystrekonstruksjoner med proteser etter brystkreftbehandling da dette krever helt spesiell tilnærming og kompetanse, samt at komplikasjonsrisikoen er stor.

Kvinner har en helt annen kroppsbygning enn menn. Menn har ikke samme brystanlegg. Det vil si at en slik operasjon på en mann, teknisk sett, vil være mer lik en rekonstruksjon med protese. Som vi har nevnt over er dette også en type operasjon vi ikke tilbyr. Vevet er mer fibrøst hos menn, muskelfestet er annerledes og risikoen for tidlige og sene komplikasjoner er større. Resultatet som kan oppnås vil avvike fra den standarden vi setter. Menn og kvinner kan ikke vurderes likt i denne sammenhengen.

Rettslig grunnlag

Ombudet håndhever diskrimineringsloven om seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering), jf. § 22 i loven. Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med loven, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 4.

Diskrimineringsloven om seksuell orientering

Diskrimineringsloven om seksuell orientering forbyr diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, jf. § 5 første ledd.

Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter unntaksbestemmelsen i § 6 eller bestemmelsen om positiv særbehandling i § 7.

Med direkte forskjellsbehandling menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, jf. § 5 andre ledd andre punktum.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer stilles dårligere enn andre, og at dette skjer på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, jf. § 5 andre ledd tredje punktum.

Forskjellsbehandling er ikke i strid med diskrimineringsforbudet når den har et saklig formål, den er nødvendig for å oppnå formålet og det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere, jf. § 6.

Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted, jf. § 23.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om klinikk X' praksis når det gjelder tilbud om brystforstørrende kirurgi til transpersoner er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet har ikke tidligere tatt stilling til dette.

FTPN benytter begrepet «transperson» som en samlebetegnelse for ulike grupper av personer som opplever at det ikke er samsvar mellom egen kjønnsidentitet og det kjønnnet vedkommende ble tillagt ved fødselen. Ombudet kjenner til at det er uenighet om begrepsbruken. I denne saken bruker likevel ombudet den betegnelsen som FTPN selv bruker.

Hvem kan holdes ansvarlig etter diskrimineringsloven om seksuell orientering?

Klinikk X er en privat klinikk som tilbyr kosmetisk og plastisk kirurgi. På bakgrunn av uttalelser fra klinikken, viser ombudet til at loven gjelder på alle områder i samfunnet, herunder privat tjenesteyting, se § 2 og lovens forarbeider

(Prop. 88 L (2012-2013) på s. 122 og s. 157). Det vil si at klinikken må forholde seg til diskrimineringslovgivningen ved vurderingen av hvem som skal få tilbud om behandling, og tilby sine tjenester på en ikke-diskriminerende måte. En privat tjenesteyter som handler i strid med forbudet mot diskriminering, kan bli erstatningsansvarlig.

Hvem er vernet av forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet?

Vernet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet omfatter alle transpersoner, ikke bare personer som har gjennomgått kjønnsbekreftende behandling (transseksuelle). Med kjønnsidentitet menes det eller de kjønn den enkelte opplever og identifiserer seg med. Denne opplevelsen kan være i samsvar med, eller bryte med det kjønn en ble tillagt ved fødselen. Noen transpersoner ønsker ikke kjønnsbekreftende behandling, eller de har fått avslag på slik behandling ved Rikshospitalet.

Endring av juridisk kjønn

Lov om endring av juridisk kjønn trådte i kraft 1. juli 2016 (LOV-2016-06-17-46). Med denne loven ble kravet om at personer må ha en bestemt diagnose eller medisinsk behandling for å kunne få endret juridisk kjønn fjernet. Personer som opplever å tilhøre det andre kjønn enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret, har rett til å få endret sitt juridiske kjønn etter søknad, se Prop. 74 L (2015-2016).

Er klinikk X' praksis diskriminerende overfor transpersoner?

Ombudet må først vurdere om transpersoner som følge av praksisen behandles dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, og om dette skyldes kjønnsidentitet. For ordens skyld nevner ombudet at det ikke er krav om en aktuell sammenlikningsperson, forbudet gjelder også såkalt hypotetiske sammenlikninger. Det avgjørende for vurderingen er om det ble lagt vekt på kjønnsidentitet til ulempe for den som mener seg diskriminert, se Prop. 88 L (2012-2013) s. 160. Det er ikke krav om at klinikk X har en diskriminerende hensikt med praksisen. Forbudet rammer også handlinger eller unnlatelser som har diskriminerende virkning.

Klinikk X har uttalt til ombudet at klinikken ikke tilbyr operasjon til transpersoner som ønsker brystimplantater (mann til kvinne). Ombudet slår kort fast at en person som er født biologisk mann, men har kvinnelig kjønnsidentitet, og som av denne grunn ikke blir vurdert eller får tilbud om brystforstørrende kirurgi, får sin kjønnsidentitet vektlagt til ulempe for seg.

Til FTPN uttalte klinikk X riktignok at en pasient som har fått diagnosen transseksuell, kan (etter endring fra mann til kvinne) vurderes og eventuelt tilbys brystforstørrelse etter indikasjon. Klinikken uttalte videre at den ikke har plikt til å gjennomføre kosmetiske inngrep på pasienter som henvender seg, og at det ikke er en rettighet å få gjennomført inngrep hos klinikken. Klinikken mener derfor at praksisen ikke er spesielt knyttet til transpersoner, og dermed ikke reiser spørsmål om diskriminering. Ombudet bemerker til dette at selv om

det ikke er en rettighet å få gjennomført inngrep hos klinikken, må klinikken tilby tjenestene på en ikke-diskriminerende måte.

Ombudet legger til grunn for den videre vurderingen at transpersoner som følge av praksisen blir behandlet dårligere, og at dette skyldes kjønnsidentitet. Dette er direkte forskjellsbehandling, som i utgangspunktet er ulovlig. Vurderingen for ombudet er om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig etter unntaket i § 6. For at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, må den være nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke uforholdsmessig inngripende for den som rammes.

Har forskjellsbehandlingen et saklig formål?

Klinikk X har uttalt at det er flere grunner til at klinikken ikke tilbyr alle typer kosmetisk kirurgisk behandling, herunder pasientens ønske sett opp mot kirurgens medisinske vurderinger av pasienten og risikoen for sene eller tidlige komplikasjoner, eller et dårlig resultat. I tillegg vil kirurgens kompetanse og erfaring ha betydning for om en behandling kan tilbys pasienten. Klinikken har uttalt at [biologiske] kvinner har en helt annen kroppsbygning enn [biologiske] menn, og at menn ikke har samme brystanlegg. Vevet er mer fibrøst hos menn, muskelfestet annerledes, og risikoen for tidlige og sene komplikasjoner er større. Resultatet som kan oppnås, vil avvike fra standarden klinikken setter.

Klinikken har videre vist til at en brystforstørrende operasjon utført på en biologisk mann, teknisk sett, vil være mer lik en brystrekonstruksjon med protese. Dette er en operasjon klinikken ikke tilbyr, da dette krever helt spesiell tilnærming og kompetanse. I tillegg er komplikasjonsrisikoen stor. Ombudet mener at klinikkens begrunnelse om manglende medisinsk kompetanse til å utføre inngrepet er saklig. Dette er et medisinskfaglig skjønn som ligger utenfor det ombudet har anledning til å overprøve.

Når det gjelder klinikkens begrunnelse om at pasienten må ha godkjent transseksuell diagnose før klinikken eventuelt vil vurdere vedkommende for behandling, vil ombudet bemerke at denne delen av begrunnelsen ikke nødvendigvis er saklig. Som nevnt gjelder diskrimineringsvernet alle transpersoner, også de som ikke oppnår diagnosen transseksuell, og klinikken må tilby tjenestene på en måte som ikke diskriminerer personer på grunn av kjønnsidentitet. Det er imidlertid ikke helt klart for ombudet om denne delen av begrunnelsen gjelder manglende kompetanse til å vurdere om pasienten skal få tilbud om behandling ut fra eksklusjonskriteriene, eller om klinikken avviser alle transpersoner uten nærmere vurdering. Ombudet finner likevel ikke grunn til å gå nærmere inn i dette, da klinikkens begrunnelse om manglende kompetanse til å utføre selve inngrepet er saklig, jf. over.

Er forskjellsbehandlingen nødvendig?

Det er klart at ombudet ikke kan overprøve klinikkens vurderinger når det gjelder kompetansen til å utføre brystforstørrende kirurgi på transpersoner (mann til kvinne), og ombudet har ikke grunnlag for å uttale at det finnes andre

ikke-diskriminerende alternativer enn å avslå behandling for denne pasientgruppen. Forskjellsbehandlingen er derfor nødvendig.

Er forskjellsbehandlingen uforholdsmessig inngripende for personene som avvises?

FTPN har vist til at brystkirurgi ofte vil være det viktigste behandlingstilbudet for å oppnå en tilnærming til personens egentlige kjønnsidentitet som kvinne eller mann, og at tilbudet har stor betydning for personene dette gjelder.

Ombudet har likevel kommet til at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende. Ombudet viser til at forskjellsbehandlingen er saklig og nødvendig ut fra klinikkens begrunnelse om manglende kompetanse til å utføre inngrepet. Selv om det har stor betydning for personen som ikke får tilbudet, vil det være urimelig å kreve at klinikken skal utføre et inngrep som den ikke har kompetanse til å utføre. Det vil heller ikke tjene pasientene om klinikken på denne måten skulle bli pålagt å gi et behandlingstilbud uten at man sikrer at tilbudet som gis er forsvarlig. Nasjonale retningslinjer eller anbefalinger omkring dette finnes ikke i dag.

Klinikkens praksis er dermed ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet. Ombudet oppfordrer imidlertid klinikken til å endre sine interne retningslinjer dersom klinikken får kompetansen som er nødvendig for å tilby også transpersoner brystkirurgi.

Ombudet vil dessuten komme med noen generelle kommentarer, i og med at spørsmålene denne saken reiser, er av stor betydning for personer som ønsker kjønnsbekreftende kirurgi, jf. rapporten *Rett til rett kjønn – helse til alle kjønn*, som er skrevet av en ekspertgruppe på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet. Ekspertgruppen hadde i oppgave å gjennomgå eksisterende utrednings- og behandlingstilbud til personer som opplever kjønnsinkongruens og kjønnsdysfori. Ekspertgruppen skulle vurdere behovene for, og foreslå endringer i, dagens pasient- og behandlingstilbud, samt eventuelle andre tiltak for å sikre helhetlige og gode pasientforløp i alle deler av helsetjenestene. Det som kommer tydelig fram av rapporten, er at personene som ikke får diagnosen transseksuell, eller ikke ønsker full kjønnsbekreftende behandling, verken blir ivaretatt i det offentlige eller i det private helsevesenet, og at behandlingstilbudet til disse er for dårlig.

Det vil imidlertid, etter ombudets syn, være urimelig å legge ansvaret for å ivareta og utarbeide et behandlingstilbud for denne gruppen på en privat klinikk. En naturlig oppfølging av ovennevnte rapport vil være å utarbeide nasjonale faglige retningslinjer og anbefalinger for behandlingstilbudet til alle transpersoner, også de som ikke møter diagnosekriteriene for transseksualisme. Ombudet vil gjøre departementet oppmerksom på problemstillingen som FTPN har reist i denne saken. Anbefalingene fra ekspertgruppen om organisering av helsetjenester knyttet til kjønnsdysfori og kjønnsinkongruens har vært på

høring, og er under behandling i Helse- og omsorgsdepartementet. Ombudet følger med på dette arbeidet.

Konklusjon

Klinikk X' praksis med å avslå brystforstørrende kirurgi til transpersoner er ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet, jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering § 5.