



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Nathalie Andersson

Transpersoners tillgång till rättsskipning

Särtryck ur häfte 2/2017

TRANSPERSONERS TILLGÅNG TILL RÄTTSSKIPNING

Av Nathalie Andersson¹

Transpersoner utgör en marginaliserad och utsatt grupp i samhället. Själva upplever de att de i högre utsträckning än resterande befolkning utsätts för diskriminering. Trots detta har diskriminering av transpersoner enligt diskrimineringslagen (2008:567) (DiskrL) aldrig prövats i Sverige. I denna artikel granskas därför diskrimineringslagen utifrån transpersoners perspektiv. Granskningen sker med utgångspunkt i Queer Legal Theory (QLT) och Access to Justice för att undersöka om diskrimineringslagen utgör ett rättsmedel som ger transpersoner tillgång till rättsskipning.

I. INLEDNING

Svensk rätt erkänner endast två *juridiska kön*.² En persons juridiska kön är det kön som är folkbokfört. Majoriteten av alla barn som föds tilldelas ett juridiskt kön vilket baseras på en biologisk bedömning av kroppen.³ Denna praktik är fastslagen enligt folkbokföringslagen (1991:481). Av lagen framgår att nyfödda barn ska folkbokföras och att de som folkbokförs ska tilldelas ett personnummer. Detta personnummer ska ge uttryck för personens kön.⁴ För de flesta människor utgör detta inte ett problem men för transpersoner kan det innebära ett stort lidande eftersom de inte passar in i den uppdelningen på olika sätt. Vardagliga aktiviteter som att hämta posten, kontakta banken, besöka läkaren eller agera vårdnadshavare kan innebära att transpersoner tvingas uppvisa ID-handlingar och därmed avslöja sitt juridiska kön som inte alltid överensstämmer med deras könsidentitet. För de som önskar ändra sitt juridiska kön väntar därutöver en lång och utdragen process.⁵

Det är i svensk rätt grundlagsstadgat att det allmänna ska motverka diskriminering av människor på vissa grunder som kön och etniskt ursprung.⁶

¹ Juristexamen vid Stockholms universitet. Artikeln bygger på författarens examensarbete "Transpersoners Access to Justice – en queerteoretisk analys av transpersoners tillgång till rättsskipning" skriven vid Stockholms universitet 2016/2017.

² Prop. 2007/08:95, s. 112.

³ SOU 2014:91, s. 54. En liten andel barn föds med avvikelser i könsutvecklingen. Det innebär att det inte alltid går att bestämma kön vid en biologisk bedömning av kroppen. Se SOU 2014:91, s. 58. Se även avsnitt 2 om intersexuella.

⁴ Se folkbokföringslagen 2 och 18 §§.

⁵ SOU 2014:91, s. 220.

⁶ RF 1 kap. 2 § femte stycket.

Diskrimineringslagens syfte är att motverka diskriminering och att främja lika rättigheter och möjligheter oavsett bl.a. kön och könsöverskridande identitet eller uttryck.⁷

Transpersoners livsvillkor har under de senaste åren fått ett allt större utrymme inom den offentliga debatten. Detta har bl.a. kommit att beskrivas som en ”transrevolution” inom media och kultur.⁸ På den politiska arenan har transpersoners utsatthet också aktualiserats under de senaste åren. Det föreslås omfattande förändringar i den lagstiftning som reglerar ändring av kön och att transpersoner ska omfattas av förbudet mot olaga diskriminering i brottsbalken.⁹

Samtidigt har transpersoners psykiska ohälsa uppmärksammas och undersökts. Anmälningar om upplevelser av diskriminering är en viktig kunskapskälla som visar hur vissa grupper upplever sina livsvillkor och möjligheter i samhället oavsett om dessa sedan fastslås i juridisk mening eller inte.¹⁰ I en undersökning från Folkhälsomyndigheten år 2015 framkom att transpersoner i hög utsträckning utsätts för trakasserier, diskriminering och våld.¹¹ Över hälften av de transpersoner som deltog i undersökningen angav att de har utsatts för kränkande behandling under tremånadersperioden innan enkäten besvarades. Det är en nästan tre gånger större andel än för resten av befolkningen.¹² Den kränkande behandlingen hade utförts av för personen både kända och okända. Den vanligaste anledningen för behandlingen var den utsattes könsuttryck. Under en tolv månadersperiod innan enkäten besvarades angav även 65 procent att de avstått från olika aktiviteter av rädsla för kränkningar och diskriminering på grund av sin transerfarenhet. Till de

7 DiskrL 1 kap. 1 §.

8 Se Baird, Vanessa, *The trans revolution*, New Internationalist Magazine, 1 oktober 2015, ”<https://newint.org/features/2015/10/01/the-trans-revolution-keynote/>”. (Hämtad 2016-09-13); Keishin Armstrong, Jennifer, *TV’s transgender revolution*, BBC, 29 juli 2015, ”<http://www.bbc.com/culture/story/20150729-tvs-transgender-revolution>”. (Hämtad 2016-09-13); Lundberg, Aleksa, *Nu gör vi revolution mot kulturens osynliggörande av transpersoner*, Politism, 9 september 2015, ”<http://www.politism.se/aleksa-lundberg/nu-gor-vi-revolution-mot-kulturens-osynliggorande-av-transpersoner/>”. (Hämtad 2016-09-13).

9 SOU 2015:103, s. 19; SOU 2014:91, s. 20–28; prop. 2012/13:107, s. 1; Olsson, Lova, *Ersättning till tvångssteriliserade*, Sveriges Radio, 27 april 2016, ”<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=6420154>”. (Hämtad 2016-09-13).

10 Kumlin, Johanna, *Delar av mönster – En analys av upplevelser av diskriminering och diskriminerande processer*, Rapport 2014:1, Diskrimineringsombudsmannen, Stockholm, 2014, (Kumlin), förord av Agneta Broberg.

11 Folkhälsomyndigheten, *Hälsan och hälsans bestämningsfaktorer för transpersoner. En rapport om hälsoläget bland transpersoner i Sverige*, Halmstad, 2015, (Folkhälsomyndigheten), s. 12.

12 Folkhälsomyndigheten, s. 30.

vanligaste aktiviteterna som avstods ifrån hörde träning, sociala evenemang och att närma sig nya människor.¹³

Nästan var femte transperson angav att de någon gång blivit utsatta för våld på grund av sin transerfarenhet. Utsattheten för fysiskt våld var mer än dubbelt så vanlig än för den övriga befolkningen. Det fysiska våldet hade överlag skett på allmänna platser som nöjesställen, i kollektivtrafiken eller i hemmet. Vad gäller psykiskt våld angav 39 procent att de blivit utsatta under tolv månadersperioden innan enkäten besvarades. De vanligaste platserna att bli utsatt på var allmän plats, nöjesställen, internet eller i kollektivtrafiken. Ungefär 30 procent angav att de blivit utsatta för sexuellt våld.¹⁴

Ungefär hälften av de svarande angav att de ofta eller alltid avstod från att gå ut ensamma på grund av rädsla för att bli överfallna eller utsatta för andra brott. Motsvarande siffra för resten av befolkningen var en femtedel.¹⁵ De svarande uppgav också att det är svårt att vara transperson i arbetslivet och att den vanligaste typen av upplevd diskriminering var att bli kallad fel namn eller pronomen.¹⁶

Trots dessa upplevelser av diskriminering, hot och våld har diskriminering av transpersoner aldrig prövats i svensk domstol. Det finns med anledning av detta skäl att närmare undersöka om diskrimineringslagen i Sverige är ett effektivt verktyg att använda mot diskriminering av transpersoner. I denna artikel kommer inledningsvis begreppet transpersoner att definieras. Därefter presenteras artikelns teoretiska utgångspunkter som är QLT och Access to Justice. Detta följs av en redogörelse för relevanta rättigheter på en internationell nivå. I det efterföljande avsnittet granskas diskrimineringslagen och omkringliggande omständigheter utifrån ett Access to Justice-perspektiv. Slutligen framförs författarens slutsatser vad gäller transpersoners tillgång till rättsskipning.

2. TRANSPERSONER OCH TVÅKÖNSNORMEN

Tvåkönsnormen är en föreställning om att det enbart finns två kön, man och kvinna, samt att en person endast kan tillhöra en av dessa köns kategorier genom

¹³ Folkhälsomyndigheten, s. 31.

¹⁴ Folkhälsomyndigheten, s. 32 f.

¹⁵ Folkhälsomyndigheten, s. 35.

¹⁶ Vikström, Suzanne, *Svårt vara transperson i arbetslivet*, Arbetsliv, 1 augusti 2013, "http://www.prevent.se/arbetsliv/artikel/2013/svart-vara-transperson-i-arbetslivet/". (Hämtad 2016-09-13).

livet. Denna föreställning grundar sig i en biologisk uppfattning om kön, d.v.s. att kroppen avgör en persons könsidentitet och könsuttryck.¹⁷

Personer som bryter mot tvåkönsnormen genom sin könsidentitet kallas *transpersoner*.¹⁸ Transpersoner är ett paraplybegrepp för de personer vars könsidentitet periodvis eller alltid skiljer sig från det kön som tilldelats personen vid födseln. Könsidentitet brukar beskrivas som det mentala, eller självupplevda, könet och könsuttryck som hur det sociala könet (även kallat genus) kommer till uttryck genom t.ex. frisyren, kroppsspråk, klädsel och smink.¹⁹ En cisperson är, till skillnad från en transperson, någon vars könsidentitet stämmer överens med det kön personen tilldelats vid födseln, d.v.s. det juridiska och biologiska könet stämmer överens med ens egenupplevda könsidentitet.²⁰

Paraplybegreppet omfattar transsexuella, intersexuella, icke-binära, nongender, intergender, transvestiter, dragqueens och dragkings.²¹ Detta visar tydligt att gruppen transpersoner inte är homogen. En *transsexuell* transperson har en önskan om att tillhöra det andra könet utifrån tvåkönsnormen. Denna grupp önskar leva och accepteras för sin könsidentitet som man eller kvinna.²² Vissa vill genomgå könskorrigeringar och förändra kroppen utseendemässigt helt eller delvis och andra vill det inte alls.²³ Könsdysfori innebär en permanent upplevelse av att kroppen inte motsvarar det kön som en upplever sig tillhöra och resulterar i psykiskt lidande.²⁴ *Transsexualism* är en del av den medicinska diagnosen könsdysfori och innebär att könsidentiteten helt eller delvis inte överensstämmer med det juridiska kön som tilldelats vid födseln. För att kunna ändra sitt juridiska kön krävs i dagsläget diagnosen transsexualism. En *intersexuell* person har medfödda tillstånd med atypiska variationer i könsorgan, könshormoner och gener vilket kan göra det svårt att

17 SOU 2014:91, s. 52.

18 Prefixen trans och cis är latinska och betyder "överskrida" respektive "på samma sida". Se Darj, Frida, Nathorst-Böös, Hedvig & Jarl-Åberg, Cecilia, *HBT & Heder: En intervjustudie om unga HBT-personer som lever i familjer med hedersnormer*, ALMAeuropa och RFSL Ungdom, Stockholm, 2011, s. 14; Ungdoms-styrelsen, *Hon Hen Han. En analys av hälsosituationen för homosexuella och bisexuella ungdomar samt för unga transpersoner*, Ungdomsstyrelsens skrifter 2010:2, 2010, (Hon Hen Han), s. 20.

19 SOU 2015:103, s. 169; SOU 2014:91, s. 56.

20 SOU 2015:103, s. 171. Notera att könsidentitet inte har något att göra med sexuell läggning. Transpersoner kan därav vara hetero-, homo-, bi- och pansexuella.

21 Hon Hen Han, s. 20.

22 Folkhälsomyndigheten, s. 17.

23 Folkhälsomyndigheten, s. 11.

24 SOU 2014:91, s. 141; Socialstyrelsen, *God vård av vuxna med könsdysfori*, artikelnummer 2015-4-7, 2015, (Socialstyrelsen), s. 7.

könsbestämma barnet vid födseln. Ett samlingsbegrepp för de som inte definierar sig enligt tvåkönsnormen är icke-binära.²⁵ Till den gruppen hör nongenders och intergenders. Nongenders vill inte, kan inte eller tycker inte att det är viktigt att definiera sig vad gäller kön medan intergenders inte identifierar sig utifrån tvåkönsnormen.²⁶ Detta kan bl.a. innebära att könsidentiteten varierar över tid, att en person varken identifierar sig som man, kvinna eller som båda. Transvestiter identifierar sig som man eller kvinna och går ibland in i rollen som det motsatta könet enligt tvåkönsnormen, t.ex. genom att klä sig könskodat. Dragkings och dragqueens uttrycker det motsatta könets, enligt tvåkönsnormen, könsattribut, ofta genom att överdriva dessa uttryck i exempelvis uppträdanden.²⁷

Antalet transpersoner i Sverige är okänt.²⁸ De internationella undersökningar som gjorts om antalet transpersoner baseras ofta på de som sökt vård eller bytt juridiskt kön vilket leder till att antalet underskattas.²⁹ De två större undersökningar på internationell nivå som gjorts i Nederländerna och Belgien visar dock följande. Av de som tilldelats det juridiska könet *man* vid födseln hade 2,2–4,6 procent en normbrytande könsidentitet. Motsvarande siffra för de som tilldelats det juridiska könet *kvinna* vid födseln var 1,9–3,2 procent. De som inte identifierade sig som det kön de fått tilldelat vid födseln var 0,7–1,1 procent för de som tilldelats det juridiska könet man och motsvarande siffra för de som tilldelats det juridiska könet kvinna var 0,6–0,8 procent.³⁰

3. TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER

Frågan om transpersoners tillgång till rättsskipning vid diskriminering kommer i den här artikeln att angripas utifrån två olika teoretiska perspektiv: QLT och Access to Justice. Access to Justice används för att granska rätten utifrån den marginaliserade gruppens perspektiv och lyfter eventuella hinder som den gruppen möter. QLT används på samma sätt för att erbjuda en förklaring till hur rätten förhåller sig till gruppen transpersoner.

25 Folkhälsomyndigheten, s. 10.

26 Se Ambjörnsson, Fanny, *Vad är queer?*, u. 2, Natur och Kultur, Stockholm, 2016, (Ambjörnsson 2016), s. 115.

27 SOU 2015:103, s. 169 f.

28 Folkhälsomyndigheten, s. 17.

29 Folkhälsomyndigheten, s. 17.

30 Se Kuyper, Lisette & Wijsen, Ciel, *Gender Identities and Gender Dysphoria in the Netherlands*. Archives of Sexual Behavior, Springer Science + Business Media New York, 43(2), 2013, s. 377–385, s. 380 f.

3.1 QUEER LEGAL THEORY

3.1.1 ALLMÄNT OM QUEER LEGAL THEORY

QLT bygger på queerteori.³¹ Queerteori kan förklaras som ett generellt intagande av ett kritiskt perspektiv utifrån vilket normer om kön, genus och sexualitet granskas.³² Teorin har ett kritiskt förhållningssätt till antagandet om att det finns en självklar relation mellan dessa faktorer.³³ Samma kritiska perspektiv används inom QLT för att granska rätten och de rättsliga konstruktioner som speglar dessa normer.³⁴ Därmed kan det undersökas hur rätten förhåller sig till de grupper som bryter mot de normerna.³⁵ I centrum för denna rättsvetenskap sätts följaktligen HBTQ-personer inom vilken transpersoner utgör en delgrupp.³⁶ Att anlägga det perspektivet på rätten motiveras med en tanke om att det ska reformera, berika och utbilda rättsvetenskapen och doktrinen inifrån.³⁷

QLT är inte en metod utan flera teorier som intar ett kritiskt perspektiv på normer kring kön, genus och sexualitet. QLT har inget utpräglat tillvägagångssätt som exempelvis den traditionellt rättsvetenskapliga metoden rättsdogmatik där rättskällevärdet används för att fastställa gällande rätt.³⁸ Istället är det den kritiska hållningen gentemot nämnda normer som är kärnan i teoribildningen.

Ett par centrala antaganden inom QLT kan dock utläsas. De normer som finns för kön, genus och sexualitet genomsyrar även rätten.³⁹ Exempel på dessa normers närvaro finns bl.a. i lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. i vilken genomgående en gravid person refereras till som kvinna. I nuläget kan dock en transman bära och föda barn. Ett annat exempel återfinns

31 Se Fineman, Martha Albertson, Jackson, Jack E. & Romero, Adam P. (red.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Ashgate, Farnham, 2009, s. 1.

32 Berg, Martin & Wickman, Jan, *Queer*, Liber, Malmö, 2010, (Berg & Wickman), s. 12.

33 Ambjörnsson, Fanny, *Vad är queer?*, Natur och Kultur, Danmark, 2006, (Ambjörnsson 2006), s. 9; Berg & Wickman, s. 10.

34 Se Valdes, Francisco, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of "Sex," "Gender," and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society*, California Law Review, Vol. 83, No. 1, California Law Review, Inc, 1995, s. 1–377 (Valdes), s. 346.

35 Valdes, s. 344 ff.

36 Valdes, s. 344.

37 Valdes, s. 344; jfr Gilden, Andrew, *Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality*, 23 Berkeley Journal of Gender Law and Justice. 83, 2008, (Gilden), s. 91 f.

38 Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*, u. 5, Norstedts Juridik, Stockholm, 1996, s. 311; Peczenik, Alexander, *Vad är rätt? Om demokrati, rätts-säkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1995, s. 212; Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, lustus, Uppsala, 2001, s. 99.

39 Valdes, s. 36.

i FB 1 kap. 1 § där det också förutsätts att den som föder ett barn också är modern till barnet. Båda dessa lagstiftningar ger därmed tydligt uttryck för tvåkönsnormen, närmare bestämt på det viset att en persons biologi avgör vilket kön den tillhör. En person som kan bli gravid förutsätts vara kvinna. Dessa normers närvaro inom rätten innebär även att de som bryter mot dessa normer inte alltid erkänns i rättslig mening. Det var vad som skedde innan samkönade äktenskap tilläts år 2009. Mellan åren 1994 och 2009 tilläts registrerade partnerskap. Innan dess fanns det ingen möjlighet för samkönade par att skydda sig juridiskt så som heterosexuella par kunde göra genom äktenskap. I vissa fall innebär normernas inverkan på rätten även att dessa gruppers rättigheter kränks med hjälp av rätten. Ett tydligt exempel på det är steriliseringskravet i lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet som gällde fram till år 2013 för transpersoner som på kirurgisk väg ville korrigera sina könsorgan. Antagandet att normer för kön, genus och sexualitet även genomsyrar rätten kommer stå som teoretisk utgångspunkt i den här artikeln tillsammans med Butlers teori om kön och Gildens ansatser om ett förändringsarbete inom rätten.

3.1.2 BUTLER OM KÖN

En av de viktigaste moderna queerteoretikerna är Butler.⁴⁰ Butler motsätter sig en essentialistisk syn på kön och menar att det biologiska könet inte kan anses vara upphovet till genus, det sociala könet.⁴¹ Enligt Butler är både biologiskt kön och genus socialt konstruerade eftersom det biologiska inte kan kategoriseras inom något som inte också är socialt konstruerat.⁴² Enligt Butler är biologiskt kön och genus därmed samma sak.⁴³ Därav är Butler även kritisk till idén om att det endast skulle finnas två kön.⁴⁴

Butler menar även att kön inte är något som *är* utan något som *görs*. Hen menar att det är genom handlingar och dess upprepningar som kön blir till och som identiteter uppstår.⁴⁵ Vid ett barns födsel deklarerar könet, vilket inte enbart är ett uttalande utan även en handling som påverkar föräldrarna och barnet. Barnet kommer därefter bli behandlad på ett visst sätt, kläs i vissa färger, uppmuntras till vissa beteenden och möta vissa förväntningar utifrån sitt

40 Berg & Wickman, s. 39.

41 Butler, Judith, *Genustrubbel: Feminism och identitetens subversion*, Daidalos, Göteborg, 2007 (Butler 2007), s. 55; Ambjörnsson 2016, s. 92.

42 Butler 2007, s. 56 f.

43 Butler 2007, s. 56 f.

44 Butler, Judith, *Könet brinner! Judith Butler: Texter i urval av Tiina Rosenberg*, Natur och Kultur, Stockholm, 2005 (Butler 2005), s. 48.

45 Butler, Judith, *Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory*, Theatre Journal, Vol. 40, No. 4, The John Hopkins University Press, 1988, s. 519–531, s. 526.

tilldelade kön. Det är iscensättandet och upprepadet av dessa *performativa* handlingar som skapar kön hos barnet. Dessa gester, kroppsspråk, kläder och beteenden är vad Butler menar är iscensättandet.⁴⁶ Eftersom dessa handlingar kontinuerligt måste upprepas under livets gång visar det, enligt Butler, att det inte finns något inneboende ursprungligt kön.

Queerteoretiker har även utvecklat teorier om diskurser, d.v.s. att språket inte enbart är en spegling av verkligheten utan också normerande och bärare av makt. Med det menas att språket är avgörande för vår syn på verkligheten, identiteter och vad som är att anse som normalt och avvikande.⁴⁷ Detta är särskilt relevant för QLT eftersom rätten kodifieras genom språk. Inom rätten är språket ett centralt verktyg för att förmedla gällande rätt. Terminologin som används inom rätten kring kön blir därför även del av de processer och performativa handlingar som skapar kön och påverkar vår uppfattning om desamma.

Inom queerteorin förekommer även begreppet heteronormativitet. Med det menas de strukturer, lagar, relationer och institutioner som framhåller heterosexualiteten som eftersträvansvärd, naturlig och allomfattande.⁴⁸ Butler talar istället om den *heterosexuella matrisen*.⁴⁹ Den kan beskrivas som den grundläggande maktordningen inom vilken kön och begär regleras och förstås.⁵⁰ Denna menar Butler är obligatorisk och innebär att man och kvinna är de enda könen som finns, samt att dessa har en inbördes hierarkisk ordning där manligt premieras över kvinnligt.⁵¹ Män och kvinnor framställs vidare som varandras motsatser både beteendemässigt och kroppsligt och ska därutöver åtrå varandra.⁵² För att förstås som kvinna krävs det därmed att personen har en kropp som läses som kvinnlig, betar sig enligt de förväntningar som finns på kvinnor och sexuellt begär män. Det är genom den maktordningen vi förstår kroppar, menar Butler.⁵³ Allt som faller utanför detta anses oförståeligt och stämplas som avvikande. Exempel på detta är transpersoner som faller utanför samhällets förväntningar och föreställningar om kön.⁵⁴

46 Ambjörnsson 2016, s. 112 f.

47 Ambjörnsson 2016, s. 41.

48 Ambjörnsson 2016, s. 47.

49 Butler 2005, s. 85; Butler 2007, s. 91 ff.

50 Butler 2005, s. 85.

51 Ambjörnsson 2016, s. 94. Jfr ovan om tvåkönsnormen.

52 Butler 2007, s. 127 f.

53 Butler 2007, s. 142; Ambjörnsson 2016, s. 96 f.

54 Ambjörnsson 2016, s. 111.

3.1.3 GILDEN OM ATT TRANSFORMERA RÄTTEN

Gilden bygger vidare på Butlers teorier om kön och använder bl.a. dessa för att granska transrörelsens fokus på formell rättvisa. Formell rättvisa betyder kortfattat att lika fall ska behandlas lika. För jämlikhets- och antidiskrimineringsarbetet innebär formell rättvisa att alla ska ha samma rättigheter oavsett kön.⁵⁵ Inom kritiska perspektiv kritiseras ofta formell rättvisa för att den osynliggör andra skillnader inom grupper genom att enbart fokusera på en faktor. Det kan då bortses från t.ex. att alla inom en viss grupp inte har samma ekonomiska möjligheter.⁵⁶ Dessa kritiker menar istället att andra mål än formell rättvisa borde eftersträvas för att motverka utsattheten hos marginaliserade grupper.⁵⁷ Det är en liknande kritik som Gilden framför mot diskrimineringsgrunderna kön och könsidentitet eftersom hen anser att möjligheterna för att åstadkomma förbättringar för transpersoner genom att enbart driva diskrimineringsfall på dessa grunder är starkt begränsade. Hen menar att de båda diskrimineringsgrunderna legitimerar föreställningar om norm och avvikare.

Gilden anser att det rättsliga systemet har inbyggda orättvisor som drabbar transpersoner. Dessa kan inte åtgärdas genom att enbart driva diskrimineringsfall utan det krävs istället en omvärdering och omstrukturering vad gäller hela det rättsliga systemets förhållningssätt till kön och genus.⁵⁸ Som exempel på ett alternativt förhållningssätt till kön och genus framhåller Gilden de kulturer hos USA:s ursprungsbefolkning där könsidentiteter accepterats vara flytande.⁵⁹ I dessa kulturer har det biologiska könet inte ansetts ge upphov till könsidentitet. Könsidentitet har vidare ansetts kunna förändras under livets gång. Enligt Gilden bör ett sådant rättsligt förhållningssätt till kön istället vara målet med arbetet för transpersoners rättigheter.⁶⁰

55 Browne, Kath & Nash, Catherine J., *Queer Methods and Methodologies. Intersecting Queer Theories and Social Science Research*, Ashgate, Farnham, 2010, s. 4; Berg & Wickman, s. 20.

56 Garland, Jameson, *On Science, Law and Medicine: The case of gender-“normalizing” interventions on children who are diagnosed as different in sex development*, Department of Law, Uppsala University, Uppsala, 2016, s. 453 ff.

57 I motsats till formell rättvisa ställs ofta faktisk rättvisa. Se Carlson, Laura, *Searching for Equality: Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*, Iustus, Uppsala, 2007, s. 30; Pykkänen, Anu & Wennberg, Lena, *Intersektionalitet i rätten: en metod för att synliggöra det osynliggjorda*, Retfaerd, årgång 35, 2012, nr 3/138, s. 12–28, s. 14.

58 Gilden, s. 91 f.

59 Gilden, s. 117 ff.

60 Gilden, s. 118 f.

3.2 ACCESS TO JUSTICE

3.2.1 ALLMÄNT OM ACCESS TO JUSTICE

Access to Justice innebär i sin kärna att enskilda ska ha lika möjlighet att använda sig av rättssystemet för att genomdriva sina rättigheter eller för att lösa tvister.⁶¹ Begreppet har sitt ursprung i common law-länderna och kan beskrivas på olika sätt: som ett rättsligt begrepp, en princip och en rättighet.⁶² Begreppet kan också användas för att beskriva ett mål, en process eller ett tillstånd.⁶³ Access to Justice kan löst översättas till tillgång till rättsskipning. Lindblom menar att rättsskipning i detta sammanhang bör ges en vid innebörd och inte endast avse domstolsprocessen.⁶⁴ I denna artikel kommer Access to Justice att användas som en metod för att undersöka om transpersoner har tillgång till rättsskipning i vid mening i samband med diskriminering. Tillgång till rättsskipning är det mål som eftersträvas.

I mitten av 1970-talet inleddes ett forskningsprojekt om Access to Justice av professorerna Cappelletti och Garth. De definierade tillgång till rättsskipning som att det rättsliga systemet ska vara lika tillgängligt för alla (equal access) och leda till rättvisa resultat.⁶⁵ De menade också att rättigheter är meningslösa utan mekanismer som kan säkerställa effektiv upprättelse.⁶⁶ Ett rättssystem, hävdade de, kan därför inte garantera rättigheter utan tillgång till rättsskipning.⁶⁷ I deras forskningsprojekt identifierades bl.a. två hinder för tillgång till rättsskipning, höga rättegångskostnader och parts bristande förmåga.⁶⁸

61 United Nations Development Programme, *Programming for Justice: Access for All. A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, United Nations Development Programme, Bangkok, 2005, s. 4.

62 Se Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan i Sverige. Bakgrund och kommentarer till lagen om grupp-rättegång*, u. 1:1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008, (Lindblom 2008), s. 32; Rhode, Deborah L., *Access to Justice*, Oxford University Press, New York, 2004, s. 3; Francioni, Francesco, *Access to Justice as a Human Right*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 42. Francioni menar att Access to Justice är att betrakta som en rättighet inom folkrätten. Hen undersöker vidare om det är att betrakta som en mänsklig rättighet. Jfr Garth och Cappelletti som istället menade att Access to Justice kan anses vara den mest fundamentala rättigheten i en modern rättsstat. Se Garth, Bryant G. & Cappelletti, Mauro, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, 27 Buffalo Law Review 181, s. 181–292 (Garth & Cappelletti), s. 185.

63 European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, *Handbook on European Law relating to access to justice*, European Union Agency for Fundamental Rights 2016, Luxembourg, s. 16.

64 Lindblom 2008, s. 32.

65 Garth & Cappelletti, s. 182, egen översättning.

66 Garth & Cappelletti, s. 185.

67 Garth & Cappelletti, s. 185.

68 Det tredje hindret är fragmentariska, diffusa och kollektiva intressen, se Garth & Cappelletti, s. 190 f.

Till hindret höga rättegångskostnader räknade forskarna ombudskostnader, tidsåtgång och höga kostnader i småmål. Parts bristande förmåga kan utgöras av ojämlika partsförhållanden som i exempelvis arbetsrättsliga tvister. Avsaknad av erfarenhet av rättsprocesser och dålig utbildning samt bristande information kan även påverka kunskapen om att det överhuvudtaget är möjligt att driva en rättsprocess i vissa frågor.⁶⁹ Genom att införa statlig rättshjälp och rättsskydds försäkringar har lagstiftaren försökt begränsa de höga rättegångskostnadernas hindrande effekt. Det har även arbetats med personliga resursfrågor som kunskap och psykologiska och sociologiska förhållanden. Vidare har alternativa utomprocessuella tvistlösningsmekanismer såsom medling och skiljeförfaranden införts.⁷⁰ Sverige har sökt överkomma flera av dessa hinder genom införandet av möjligheterna att söka rättshjälp och teckna rättsskydds försäkringar. Flertalet ombudsmän har instiftats och det är möjligt att föra grupptalan i vissa fall.⁷¹

Enligt EU:s byrå för grundläggande rättigheter beskrivs tillgång till rättsskipning också som en rättighet som ska möjliggöra genomdrivning av andra rättigheter, inklusive processuella sådana. Tillgång till rättsskipning som rättighet spänner över civil-, straff- och förvaltningsrättsliga områden och är grundläggande ur ett rättssäkerhetsperspektiv.⁷²

Tillgång till rättsskipning har även ansetts vara särskilt viktigt idag i Sverige med hänsyn till en pågående juridifiering av politiken där politiska tvister i högre utsträckning avgörs i domstolar.⁷³

3.2.2 FORMELL TILLGÅNG TILL RÄTTSSKIPNING

Access to Justice kan därutöver delas in i två delar: *formell* och *reell*.⁷⁴ Begreppet ansågs tidigare främst gälla en formell tillgång till domstol (access to court) vilket i huvudsak innebär att det ska finnas en möjlighet att få sin sak prövad

69 Garth & Cappelletti, s. 190 f.

70 Garth & Cappelletti, s. 222 ff.; Lindblom 2008, s. 41.

71 Se rättshjälpslagen (1996:1619), lagen (2002:599) om grupprättegång och lagen (1993:1303) om vissa avtalsvillkor för rättsskydds försäkring. Exempel på ombudsmän i Sverige är Konsumentombudsmannen, Justitieombudsmannen och Diskrimineringsombudsmannen.

72 European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, *Handbook on European Law relating to access to justice*, European Union Agency for Fundamental Rights 2016, Luxembourg (FRA), s. 16. FRA står för EU:s byrå för grundläggande rättigheter.

73 Hall, Petra & Pelling, Lisa, *Rätten till rättvisa: om utsatta människors rättigheter och tillgång till rättvisa*, Premiss, Stockholm, 2017, s. 8 f.

74 Lindblom, Per Henrik, *Progressiv process. Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, lustus, Uppsala, 2000, s. 26.

i domstol.⁷⁵ För att anse att någon har formell tillgång till rättsskipning räcker det således med att det finns en teoretisk möjlighet att få sin sak prövad.

Access to Justice-tanken återfinns även inom europarätten. Bestämmelser som speglar tanken återfinns inom både den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (Europa-konventionen) och inom Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan). Europakonventionens artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång speglar en tanke om formell tillgång till rättsskipning. I artikeln stadgas enskildas rätt till att få sin sak prövad. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 47 i EU-stadgan.

3.2.3 REELL TILLGÅNG TILL RÄTTSSKIPNING

För att tillgång till rättsskipning ska kunna förverkligas krävs dock att den formella tillgången också kan bli reell. Det innebär att omkringliggande omständigheter som ekonomiska och kunskapsmässiga förutsättningar inte ska uppställa hinder för att den enskilde ska kunna driva igenom sina rättigheter.⁷⁶ Reell tillgång till rättsskipning är därmed vidare än formell tillgång till rättsskipning. Idag förs debatten oftast med fokus på den reella aspekten. Det rättsskydd som erbjuds ska vara möjligt för alla att utnyttja i praktiken. Avgörande är alltså att rättigheter, i *praktiken*, ska kunna genomdrivas *effektivt*.

Detta blir tydligt i Europakonventionens artikel 13 som stadgar rätten till ett effektivt rättsmedel. Ett rättsmedel anses vara effektivt om det antingen kan pröva en konventionskränkning, förhindra en konventionskränkning eller om det medger tillräcklig gottgörelse för de fall en kränkning har skett.⁷⁷ Rättsmedlet ska även kunna ge rimlig möjlighet till framgång.⁷⁸ Vidare ska alla de rättigheter som åtnjuts enligt Europakonventionen vara praktiska och effektiva.⁷⁹ Motsvarande bestämmelse om effektivt rättsmedel återfinns också i artikel 47 i EU-stadgan.

Tillgång till rättsskipning har även en socioekonomisk prägel vilket innebär ett accepterande av det faktum att alla inte har samma ekonomiska och personliga

75 Hurter, Estelle, *Access to Justice: To Dream the Impossible Dream?*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 44, No. 3, Institute of Foreign and Comparative Law, 2011, s. 408–427, s. 408.

76 Lindblom 2008, s. 35.

77 Ramirez Sanchez mot Frankrike, 4 juli 2006, nr 59450/00, ECHR 2006-IX, para. 160.

78 Akdivar m. fl. mot Turkiet, 16 september 1996, nr 21893/93, Reports 1998-II, para. 68.

79 Airey mot Irland, 9 oktober 1979, nr 6289/73, Serie A nr 32, para. 24.

förmåga att föra en process i domstol.⁸⁰ Ekonomisk gottgörelse i form av skadestånd och rättshjälp är därmed fundamentala delar av reell tillgång till rättsskipning.⁸¹ Inom ramen för artikel 6.3. c) i Europakonventionen och artikel 47.3 i EU-stadgan är möjligheten till rättshjälp väsentlig.⁸² Den ska täcka kostnader för en domstolsprocess såsom avgifter till domstol och kostnader för juridiskt ombud men det är upp till medlemsstaterna att själva utforma systemet för rättshjälp och de har rätt att bestämma om det ska beviljas utifrån bl.a. vikten av tvisten för den enskilde och fallets komplexitet.⁸³

4. INTERNATIONELLA STYRANDE DOKUMENT

4.1 EUROPAKONVENTIONEN OCH EU-STADGAN

Artikel 14 i Europakonventionen om *förbud mot diskriminering* gäller endast om en kränkning förekommit av de andra artiklarna i konventionen.⁸⁴ Ett generellt diskrimineringsförbud finns istället i tilläggsprotokoll nr 12 vilket Sverige inte har ratificerat.⁸⁵ Artikel 14 är därutöver inte uttömmande utan endast exemplifierande men transpersoners anses omfattas av bestämmelsens förbud.⁸⁶ Ett generellt förbud mot diskriminering återfinns emellertid i EU-stadgan artikel 21. Där anges att rätten till icke-diskriminering gäller för bl.a. kön och sexuell läggning. Grunden kön anses gälla för transpersoner som genomgått, genomgår eller ska genomgå ändring av kön, därmed transsexuella transpersoner.⁸⁷ Artikel 21 blir vidare endast aktuell då unionsrätten tillämpas. Sveriges nuvarande diskrimineringslag bygger på flera EU-rättsliga direktiv.⁸⁸ Gränsdragningen för när unionsrätten blir tillämplig är dock svårbestämd eftersom det krävs att en annan bestämmelse inom unionsrätten aktualiseras enligt det så kallade anknytningskriteriet.⁸⁹

80 Ekelöf, Per Olof, *Access to Justice*, Svensk Juristtidning, 1981, s. 109–120, s. 110.

81 Carlson, Laura, *Discrimination Damages – Promoting or Preventing Access to Justice*, i Mia Rönmar et al. (red.), *Festschrift till Ann Numhauser-Henning*, 2017, (Carlson 2017), s. 136.

82 Artikel 6.3. c) i Europakonventionen berör enbart rättshjälp i brottmål.

83 FRA, s. 58.

84 Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, u. 5, Norstedts Juridik, 2015, Stockholm, (Danelius), s. 549.

85 Danelius, s. 549.

86 Danelius, s. 566 f.

87 European Agency for Fundamental Rights, *Being Trans in the European Union – Comparative analysis of EU LGBT survey data*, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg, 2014, s. 21.

88 Dessa är likabehandlingsdirektivet (direktiv 76/207/EEG, ändrat genom direktiv 2002/73/EG), arbetslivsdirektivet (direktiv 2000/78/EG) och direktivet mot etnisk diskriminering (direktiv 2000/43/EG).

89 Schmauch, Magnus, *Tillämpningen av begränsningssystemet i EU:s stadga om grundläggande rättigheter*, Svensk Juristtidning, 2016, s. 265–282, (Schmauch), s. 265 ff.

4.2 EUROPARÅDETS REKOMMENDATIONER

Europarådets ministerkommitté (Europarådet), i vilket Sverige är medlem sedan år 1949, publicerar standarder och rekommendationer för medlemsstaterna i syfte att främja samt värna skyddet för mänskliga rättigheter.⁹⁰ Det är dock viktigt att poängtera att Europarådets rekommendationer inte är bindande för medlemsstaterna. Europarådet rekommenderar medlemsstaterna att tillgodose att det finns *effektivt* implementerad lagstiftning för att motverka diskriminering på grund av könsidentitet. Vidare rekommenderas medlemsstaterna att sörja för att de som faller offer för diskriminering är medvetna om och har tillgång till *effektiva rättsmedel*. Därtill ska lämpliga sanktioner för överträdelser finnas samt adekvat skadestånd.⁹¹

4.3 YOGYAKARTAPRINCIPERNA

Yogyakartapriciperna togs fram år 2007 av Internationella Juristkommissionen, International Service for Human Rights och människorättsexperter från länder i hela världen.⁹² Gruppen av människorättsexperter tog fram dessa principer såsom de anser att de speglar internationella rättsliga standarder i förhållande till könsidentitet och sexuell läggning. Principerna härleds därmed från flera instrument avseende mänskliga rättigheter, bl.a. FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor.⁹³ Yogyakartapriciperna är därmed en samling internationella principer om tillämpningen av internationell rätt vad gäller brott mot mänskliga rättigheter på grund av sexuell läggning och könsidentitet.⁹⁴ Principerna är att betrakta som standarder och är tänkta att ge en enhetlig förståelse för vad de mänskliga rättigheterna innebär samt att klargöra ländernas skyldigheter i förhållande till dessa två utsatta grupper; de är emellertid ej bindande för Sverige.⁹⁵

I princip 2 i Yogyakartapriciperna fastslås att rätten till *likabehandling och icke-diskriminering* också gäller könsidentitet.⁹⁶ All sådan diskriminering ska

90 Council of Europe, *Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity, Council of Europe Standards*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, (Council of Europe), s. 5.

91 Council of Europe, s. 8.

92 Yogyakartapriciperna, s. 6 f.

93 United Nations High Commissioner for Refugees, Protection Policy and Legal Advice Section, Division of International Protection Services, *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), 2008, s. 7.

94 Yogyakartapriciperna, s. 7.

95 Ds 2012:46, s. 44.

96 Yogyakartapriciperna, princip 2.

vara förbjuden enligt lag och alla ska garanteras ett lika och effektivt skydd mot diskriminering. Länderna ska vidare garantera att dessa principer effektivt kan förverkligas.⁹⁷ Det krävs också att länderna vidtar lämpliga åtgärder för att alla får åtnjuta de mänskliga rättigheterna fritt från diskriminering.⁹⁸ I princip 12 stadgas därutöver *rätten till arbete*.⁹⁹ Den innebär att var och en har rätt till ett anständigt och produktivt arbete utan diskriminering på grund av könsidentitet.¹⁰⁰ Länderna ska också vidta lämpliga lagstiftningsåtgärder för att förhindra diskriminering på den grunden både inom den privata och den offentliga sektorn.¹⁰¹

5. FORMELL TILLGÅNG TILL RÄTTSSKIPNING GENOM DISKRIMINERINGSLAGEN

5.1 ALLMÄNT OM DISKRIMINERING

I svensk grundlag finns angivet att det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, funktionshinder, hudfärg, etniskt ursprung, religiös tillhörighet, sexuell läggning m.fl.¹⁰² Vid diskrimineringslagens ikraftträdande år 2009 fördes de tidigare lagarna som syftade till att motverka diskriminering samman.¹⁰³ Den nuvarande lagen har två syften, dels att motverka diskriminering, dels att främja lika rättigheter och möjligheter, oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder, vilket i sin tur utgör diskrimineringslagens sju diskrimineringsgrunder. Detta följer av lagens portalparagraf.¹⁰⁴ Portalparagrafen beskriver lagens kärna samt ger vägledning vid tolkning av lagens bestämmelser.¹⁰⁵ I förarbetena till

97 Yogyakartapinciperna, princip 2, A och C.

98 Yogyakartapinciperna, princip 2, D.

99 Yogyakartapinciperna, princip 12, A–B.

100 Yogyakartapinciperna, princip 12, A–B.

101 Yogyakartapinciperna, princip 12, A–B.

102 RF I kap. 2 § fjärde stycket.

103 Se prop. 2007/08:95, s. 80. De tidigare lagarna var jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

104 DiskrL I kap. 1 §.

105 Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen. En kommentar*. (1 mars 2015, Zeteo) (Fransson & Stüber), kommentaren till I kap. 1 §.

lagen anges vidare att syftet med diskrimineringslagen är att värna om alla människors lika värde och rätt att bli behandlade på lika villkor.¹⁰⁶

I diskrimineringslagens andra kapitel listas de områden, situationer och verksamheter där förbudet mot diskriminering gäller. De områden som omfattas är arbetslivet, utbildning, hälso- och sjukvård m.fl.¹⁰⁷ I kapitlet listas även de kategorier som omfattas av skyddet, t.ex. arbetstagare, arbetssökande, studenter och barn.¹⁰⁸

5.2 VAD ÄR DISKRIMINERING?

Vad som är att anse som diskriminering enligt diskrimineringslagen anges i 1 kap. 4 § första stycket. Där återfinns sex typer av diskriminering: *direkt diskriminering*, *indirekt diskriminering*, *bristande tillgänglighet*, *trakasserier*, *sexuella trakasserier* och *instruktioner att diskriminera*. Även om transpersoner kan drabbas av alla dessa typer av diskriminering kommer här endast de typer som kan knytas till diskriminering av transpersoner på grund av deras könsidentitet att behandlas närmare. Bristande tillgänglighet och sexuella trakasserier kommer därför inte redogöras för. Detsamma gäller instruktioner att diskriminera.¹⁰⁹ För alla diskrimineringsformerna krävs att någon typ av faktiskt missgynnande eller värdighetskränkning har skett.

Direkt diskriminering innebär att någon missgynnas genom att behandlas sämre än vad någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Bestämmelsen innehåller tre objektiva rekvisit: missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband.¹¹⁰ Ett exempel på direkt diskriminering av transpersoner skulle kunna vara om arbetsgivaren uttryckligen säger på en arbetsintervju att personen inte kommer anställas på grund av att den är just transperson.

Bestämmelsen om *indirekt diskriminering* har också tre rekvisit: särskilt missgynnande, jämförelse och intresseavvägning.¹¹¹ Detta diskrimineringsförbud tar sikte på diskriminerande effekter relaterade till diskrimineringsgrunderna, d.v.s. det ska finnas ett orsakssamband. Det kan t.ex. röra sig om

¹⁰⁶ Prop. 2007/08:95, s. 79; prop. 2002/03:65, s. 61.

¹⁰⁷ DiskrL 2 kap. 1–17 §§.

¹⁰⁸ Fransson & Stüber, kommentaren till 2 kap. 1 §, under rubriken Inledning.

¹⁰⁹ Fransson & Stüber, kommentaren till 1 kap. 4 §, under rubriken Att instruera någon annan att diskriminera.

¹¹⁰ DiskrL 1 kap. 4 § p. 1; Fransson & Stüber, kommentaren till 1 kap. 4 §.

¹¹¹ DiskrL 1 kap. 4 § p. 2; Fransson & Stüber, kommentaren till 1 kap. 4 §, under rubriken Indirekt diskriminering.

neutrala bestämmelser, kriterier eller ordningsregler som får till effekt att någon missgynnas i praktiken.¹¹² Indirekt diskriminering av transpersoner skulle exempelvis kunna vara att det finns ett krav på arbetssökande att klä sig konservativt men som i praktiken riktar sig mot transpersoner som inte har ett könsuttryck, och därmed inte heller klär sig, enligt tvåkönsnormen.

Diskriminering i form av *trakasserier* innebär att någons värdighet kränks.¹¹³ För att detta ska bli aktuellt krävs det att beteendet rör sig om ett missgynnande, att det är oönskat och att personen som utsätter någon för den kränkande handlingen har insikt om att det uppfattas som kränkande.¹¹⁴ Det krävs vidare att det finns ett orsakssamband mellan behandlingen och den utsattes upplevda kränkning samt ett orsakssamband mellan det kränkande beteendet och någon av diskrimineringsgrunderna.¹¹⁵

I detta avseende bör det även nämnas att enligt förarbetena till diskrimineringslagen är avsikten med diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck inte att den enskilde ska kunna kräva av en arbetsgivare, utbildningssamordnare eller liknande att inrätta särskilda toaletter, omklädningsrum eller dylikt som annars är avsedda för antingen kvinnor eller män. Diskrimineringsgrunden kan inte heller åberopas när en förväntas ange sin könstillhörighet, som kvinna eller man, för att ta del av en tjänst inom exempelvis socialförsäkringen.¹¹⁶

5.3 BEVISBÖRDAN

I DiskrL 6 kap. 3 § finns en särskild *bevisbörderegeln* som gäller i diskrimineringsmål.¹¹⁷ Bestämmelsen följer den EU-rättsligt utarbetade bevisbördeplaceringen för diskrimineringsfall.¹¹⁸ Lagrummet anger att den som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering eller repressalier ska visa att det finns omstän-

¹¹² Fransson & Stüber, kommentaren till 1 kap. 4 §, under rubriken Ett särskilt missgynnande.

¹¹³ DiskrL 1 kap. 4 § p. 4; Fransson & Stüber, kommentaren till 1 kap. 4 §, under rubriken Trakasserier och sexuella trakasserier.

¹¹⁴ Prop. 2007/08:95, s. 492.

¹¹⁵ Prop. 2007/08:95, s. 493.

¹¹⁶ Prop. 2007/08:95, s. 496.

¹¹⁷ Inom civilrättsliga mål är huvudregeln, om annat inte föreskrivs, att bevisbördan placeras på den som hävdar att den blivit utsatt för en skadeståndsgrundande handling. Kan det som käranden hävdar styrkas går bevisbördan över på motparten som har att motbevisa detta. Se Fransson & Stüber, kommentaren till 6 kap. 3 §, under rubriken Bevisbörderegeln i 2008 års diskrimineringslag.

¹¹⁸ Se direktiv 97/80/EG om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering, artikel 4.1; direktiv 2006/54/EG om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, skäl 30; direktiv 2000/43/EG om likabehandling av personer oavsett ras och etniskt ursprung, skäl 21.

digheter som ger *anledning att anta* att så har skett. Kan käranden visa sådana omständigheter har svaranden att motbevisa detta. Syftet med placeringen av bevisbördan är att ge käranden en bevislättnad för att målsättningen med lagen ska kunna uppfyllas.¹¹⁹ HD beskriver istället regeln i mål NJA 2006 s. 170 som en presumtionsregel.¹²⁰ Kan käranden visa på omständigheter som styrker att diskriminering har förekommit presumeras diskriminering föreliggande. Detta har motparten sedan att motbevisa. HD:s ställningstagande bygger på vad som i doktrin ansetts utgöra ett problem med bevislätttnadsregeln. Att betrakta regeln som en delad bevisbörda har ansetts problematisk ur logisk och förnuftsmässig synpunkt, eftersom det medför att all bevisning värderas i ett sammanhang varför syftet med regeln går om intet.¹²¹ HD bygger sin tolkning på detta resonemang och söker åtgärda problemet genom att istället se regeln som en presumtionsregel och därmed göra en delad bevisvärdering. Utifrån ett Access to Justice-perspektiv innebär detta att bevisröskeln sänkts ytterligare en bit för de som söker upprättelse vid diskriminering.

5.4 NÄRMARE OM GRUNDERNA KÖN OCH KÖNSÖVERSKRIDANDE IDENTITET ELLER UTTRYCK

När transpersoner blir utsatta för diskriminering är diskrimineringslagen det medel de har att använda sig av. Diskrimineringsgrunden som syftar till att skydda transpersoner, könsöverskridande identitet eller uttryck, infördes först år 2009 i och med lagens ikraftträdande. Förslaget om att införa en ny diskrimineringsgrund för transpersoner motiverades av diskrimineringskommittén med ett faktiskt skyddsbehov men också av principen om alla människors lika värde.¹²² Lagstiftaren införde vidare denna diskrimineringsgrund utan att detta var en EU-rättslig förpliktelse.¹²³

I DiskrL 1 kap. 5 § definieras diskrimineringsgrunderna. Två grunder kan aktualiseras för transpersoner, *kön* och *könsöverskridande identitet eller uttryck*. De definieras enligt lagrummet på följande sätt i första stycket p. 1 och 2:

¹¹⁹ Prop. 2002/03:65, s. 105 ff.; Fransson & Stüber, kommentaren till 6 kap. 3 §, under rubriken Bevisbörderegeln i 2008 års diskrimineringslag.

¹²⁰ Fransson & Stüber, kommentaren till 6 kap. 3 §, under rubriken Bevisbörderegeln i 2008 års diskrimineringslag; NJA 2006 s. 170.

¹²¹ Malmberg, Jonas, *Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten*, Förhandlingarna vid det 37:e nordiska juristmötet i Reykjavik 18–20 augusti 2005 och *Bevisning i diskrimineringsvister*, JT 2001-02, s. 804–814, s. 804 ff.; Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, 2005, s. 117 ff.; Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, u. 2, lustus, 2003, s. 503.

¹²² SOU 2006:22, del I, s. 278; prop. 2007/08:95, s. 114.

¹²³ Prop. 2007/08:95, s. 109.

1. kön: att någon är kvinna eller man,
2. könsöverskridande identitet eller uttryck: att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön.

Den rättsliga definitionen av kön i p. 1 är rent biologisk. Avsikten var att det skulle vara en enkel och tydlig definition.¹²⁴ Definitionen av personkretsen för könsöverskridande identitet eller uttryck som avses i bestämmelsen är istället allmänt hållen och inte uttömmande.¹²⁵ Lagstiftaren har angett att det är svårt att enhetligt och kategoriskt beskriva gruppen transpersoner och utgångspunkten har därför varit att hålla definitionen öppen.¹²⁶ Med ”att ge uttryck för att tillhöra ett annat kön” avses här man eller kvinna.¹²⁷ Vidare avses med ”annat sätt” kroppsspråk, frisyrer eller smink vilka handlar om att ge uttryck för ett socialt kön.¹²⁸ Att använda uttryck som norm och traditionellt valdes aktivt bort, istället används begreppet överskrida. Med överskrida avses att identiteten eller uttrycken ligger bortom vad som vanligtvis och rättsligt menas med kön.¹²⁹

Sedan dess införande har dock kritik riktats mot begreppet könsöverskridande identitet eller uttryck från transpersoner, DO och organisationer som arbetar för transpersoners rättigheter.¹³⁰ Kritiken handlar i huvudsak om att formuleringen utgår från tvåkönsnormen och därmed pekar ut transpersoner som avvikare.¹³¹ Den nuvarande definitionen föreslås därför bytas ut till ”könsidentitet eller könsuttryck” och ska definieras som ”en persons identitet eller uttryck i form av kläder, kroppsspråk, beteende eller annat liknande förhållande med avseende på kön”.¹³²

Enligt lagrummets andra stycke omfattas även den som avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet av diskrimineringsgrunden kön. Detta är en följd av EU-domstolens avgörande i målet *C-13/94 P. mot S.* där domstolen

¹²⁴ Fransson & Stüber, kommentaren till I kap. 5 §, under rubriken Begreppet kön.

¹²⁵ Prop. 2007/08:95, s. 114.

¹²⁶ Prop. 2007/08:95, s. 114.

¹²⁷ Fransson & Stüber, kommentaren till I kap. 5 §, under rubriken Könsöverskridande identitet eller uttryck.

¹²⁸ Prop. 2007/08:95, s. 116.

¹²⁹ Prop. 2007/08:95, s. 116.

¹³⁰ SOU 2015:103, s. 187 och 189 f. DO har sedan DO:s införande använt termen könsidentitet eller könsuttryck i sitt arbete. Se DO, Årsredovisning, 2009, ”<http://www.do.se/globalassets/om-do/arsredovisning-2009.pdf>”. (Hämtad 2016-12-13), s. 22.

¹³¹ SOU 2015:103, s. 187.

¹³² SOU 2015:103, s. 71 och 73.

slog fast att transsexuella transpersoner kan väcka talan om diskriminering på grunden kön.¹³³ Fallet gällde en person som meddelade sin arbetsgivare att hen tänkte genomgå könskorrigering. Personen blev därefter avskedad. EU-domstolen fastslog att även personer som ändrar kön omfattas av diskrimineringsgrunden kön vilket ledde fram till att den svenska bestämmelsen ändrades till dess nuvarande lydelse. Både p. 1 och 2 i lagrummet kan därför sägas överlappa varandra. En transperson som avser ändra sin köns-tillhörighet kan använda båda diskrimineringsgrunderna.¹³⁴

6. REELL TILLGÅNG TILL RÄTTSSKIPNING VID DISKRIMINERING

6.1 DISKRIMINERINGSGRUNDERNAS PRÖVNING I DOMSTOL

Sedan diskrimineringslagens införande år 2009 har transpersoner haft en formell möjlighet att få upprättelse vid diskriminering. Diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck har ännu inte, åtta år efter dess ikraftträdande, prövats av domstol i Sverige. I skrivande stund har inte heller diskriminering av någon transperson på grund av kön prövats än. Detta kan jämföras med två andra diskrimineringsgrunder, etnisk tillhörighet och funktionsnedsättning, som båda prövats flertalet gånger och nått högre instanser. Sedan år 2009 har frågan om diskriminering på grund av etnisk tillhörighet prövats åtta gånger i AD och två gånger i HD.¹³⁵ Frågan om diskriminering på grund av funktionsnedsättning har sedan år 2009 prövats tre gånger av AD.¹³⁶ Fråga uppstår därmed om transpersoner har reell tillgång till rättsskipning.

6.2 FÖRTROENDET FÖR RÄTTSVÄSENDET

Det våld som transpersoner utsätts för anmäls sällan. I rapporten som hänvisades till i inledningen angav endast 11 procent att de anmält en sådan händelse. Över hälften av de som anmälde var missnöjda eller mycket missnöjda med bemötandet från polisen. Rapporten visade också att gruppen har lågt förtroende för samhällsinstitutioner och politiker. Till dessa räknas arbetsförmedlingen, försäkringskassan, socialtjänsten, kommun- och landstingspolitiker. 60 procent angav att de har lågt förtroende för polisen.¹³⁷ De personer som upplever sig diskriminerade har även i allmänhet sämre självskattad rapporterad hälsa och lägre förtroende för institutioner och andra

133 Se Case C-13/94 P v. S., ECR I, 1996, s. 2159–2167, para. 20.

134 Fransson & Stüber, kommentaren till I kap. 5 §, under rubriken Skyddet för transsexuella.

135 AD 2009:4; AD 2009:11; AD 2009:16; AD 2009:27; AD 2009:87; AD 2010:21; AD 2011:13; AD 2012:27; NJA 2014 s. 499; NJA 2014 s. 629.

136 AD 2012:51; AD 2013:78; AD 2014:26.

137 Folkhälsomyndigheten, s. 33 f.

människor.¹³⁸ Mörkertalet för upplevelser av diskriminering är vidare stort.¹³⁹ Benägenheten att anmäla påverkas också av kännedom om vilka rättigheter en har i allmänhet, relationen till den aktör personen upplever sig diskrimineras av, maktresurser, eventuella handlingsalternativ, inställning till myndigheter och kunskap om diskrimineringslagen.¹⁴⁰ Sammantaget visar denna statistik att trots den rättsliga reglering som finns upplever transpersoner en utsatthet på de flesta områden i samhället.

6.3 DISKRIMINERINGSERSÄTTNING

Den som bryter mot förbuden att diskriminera ska betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som överträdelsen innebär till den som kränkts av överträdelsen.¹⁴¹ Diskrimineringsersättningen ska verka avskräckande, vara kännbar samt ge kompensation till den som drabbats.¹⁴² Diskrimineringsersättning är en särskild form av skadestånd som kan utgå för ideell och ekonomisk skada. Ideellt skadestånd har främst en upprättelsefunktion.¹⁴³ Ett tydligt ställningstagande från lagstiftarens håll har varit att ”det ska kosta att diskriminera”.¹⁴⁴ Om detta syfte uppnåtts genom diskrimineringsersättningen kan dock ifrågasättas. Sedan diskrimineringslagens ikraftträdande år 2009 har AD dömt ut diskrimineringsersättning i 13 fall.¹⁴⁵ En övervägande majoritet av ersättningarna betalades ut på grunden kön och ett fall gällde ålder.¹⁴⁶ Huvudregeln inom svensk rätt är att parten som tappar målet ska stå för motpartens rättegångskostnader.¹⁴⁷ Här bör tilläggas att AD har en möjlighet att fastställa att parterna ska stå för sina egna rättegångskostnader om den förlorande parten hade skälig anledning att få tvisten prövad.¹⁴⁸ Diskrimineringsersättningarna är vidare förhållandevis låga medan rättegångskostnaderna är höga. Den genomsnittliga diskrimineringsersättningen har sedan mitten av 1980-talet endast ökat med 4,5 procent medan rättegångskostnaderna i civilrättsliga mål överlag har ökat med 170 procent.¹⁴⁹

138 Kumlin, s. 9.

139 Kumlin, s. 24.

140 Kumlin, s. 2.

141 DiskrL 5 kap. 1 §.

142 Prop. 2007/08:95, s. 390.

143 Prop. 2007/08:95, s. 387.

144 Prop. 2007/08:95, s. 390.

145 Se AD 2016:38; AD 2015:72; AD 2015:51; AD 2015:44; AD 2015:12; AD 2014:19; AD 2013:71; AD 2013:29; AD 2013:18; AD 2011:37; AD 2011:23; AD 2011:02; AD 2010:91.

146 Se Carlson 2017, s. 132.

147 RB 18 kap. 1 §.

148 Se lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister 5 kap. 2 § första stycket.

149 Carlson 2017, s. 136 f.

Möjligheten till ekonomisk ersättning vid kränkningar är en viktig del av Access to Justice. Diskrimineringsersättningen har till syfte att vara kännbar, verka avskräckande samt ge kompensation till den som har drabbats. Därutöver får det anses osäkert huruvida diskrimineringsersättningen ger tillräcklig kompensation för den som utsatts för diskriminering, eftersom diskrimineringsersättningen är förhållandevis låg i jämförelse med rättegångskostnaderna. Skulle målet förloras innebär det en risk för att behöva stå även för motpartens rättegångskostnader. Utifrån AD:s praxis finns det dessutom en risk, om än liten, att den som tilldelas diskrimineringsersättningen måste stå för motpartens rättegångskostnad.¹⁵⁰ Dessa omständigheter kan därmed verka avskräckande för transpersoner att söka upprättelse genom diskrimineringslagen.

6.4 RÄTTSHJÄLP

Som konstaterats kan det alltså vara kostsamt att driva en rättsprocess och för de fall DO eller någon annan ideell organisation inte vill driva en process om diskriminering måste den enskilde stå för den kostnaden själv. Staten erbjuder dock *rättshjälp* i vissa fall vilket innebär att staten står för kostnader för bl.a. juridiskt biträde, utredning och bevisning.¹⁵¹ Detta regleras i rättshjälplagen. Syftet med lagen är att hjälpa de som har begränsade ekonomiska resurser och annars inte skulle kunna få tillgång till rättsskipning.¹⁵² För att få rättshjälp måste vissa allmänna krav uppfyllas. För att en fysisk person ska beviljas rättshjälp krävs det att dennes årsinkomst inte överstiger 260 000 kr.¹⁵³ Det krävs därutöver att den sökande behöver juridiskt biträde utöver rådgivning samt att det är rimligt att staten ska stå för kostnaderna i det aktuella fallet.¹⁵⁴ Rättshjälpen täcker dock inte motpartens rättegångskostnader om målet tappas.¹⁵⁵

Transpersoner är i högre utsträckning arbetslösa än resten av befolkningen, 13 procent i jämförelse med 8 procent. Enligt undersökningen från Folkhälsomyndigheten hade ca 13 procent sjukersättning eller försörjningsstöd. Över hälften av gruppen transpersoner var låginkomsttagare med en inkomst på under 14 000 kr i månaden. Detta kan dock förklaras med att en större andel yngre personer deltog i enkäten.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Se AD 2015:44.

¹⁵¹ Rättshjälplagen 15–18 §§.

¹⁵² Prop. 1996/97:9, s. 148.

¹⁵³ Rättshjälplagen 6 §.

¹⁵⁴ Rättshjälplagen 7–8 §§.

¹⁵⁵ Rättshjälplagen 30 § och RB 18 kap. 1 §.

¹⁵⁶ Folkhälsomyndigheten, s. 27 f.

Tillgången till rättshjälp är viktig ur ett Access to Justice-perspektiv. För att motverka att individens möjlighet att driva en rättsprocess ska vara avhängig personens ekonomiska förmåga finns möjligheten till rättshjälp. Denna möjlighet är särskilt viktig för transpersoner som i genomsnitt har en lägre inkomst än resten av befolkningen och i högre grad är arbetslösa. Många transpersoner skulle därmed vara berättigade till rättshjälp. Rättshjälpen täcker dock inte motpartens rättegångskostnader vilka kan bli omfattande om målet förloras. Detta kan resultera i att transpersoner med låg årsinkomst avhåller sig från att driva en rättslig process om diskriminering även om de kan beviljas rättshjälp.

6.5 DISKRIMINERINGSOMBUDSMANNEN

DO:s uppgift är att utöva tillsyn över diskrimineringslagen.¹⁵⁷ Vidare ska DO verka för att diskriminering i samhällslivet upphör vad gäller alla diskrimineringsgrunderna. Om den som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering medger det kan DO också föra talan för den personen i domstol enligt DiskrL 4 kap. 2 § och 6 kap. 2 §. DO är en myndighet med större ekonomiska resurser än många enskilda och detta är en fördel för den enskilde om DO driver fallet eftersom DO i så fall även står för processkostnaderna.¹⁵⁸ DO:s resurser är dock inte obegränsade och även i de fall DO vinner i diskrimineringsersättningsfrågan kan DO behöva stå för motpartens rättegångskostnader.¹⁵⁹ Detta kan resultera i att DO väljer att inte ta sig an vissa fall på grund av vad DO riskerar. Kritik har även riktats mot att DO endast utreder och driver ett fåtal ärenden jämfört med hur många anmälningar som kommer in. DO:s syfte att ge personer som utsatts för diskriminering upprättelse ifrågasätts därmed också.¹⁶⁰

Vid en granskning av DO:s statistik framkommer det att det endast inkommit en ytterst liten del anmälningar om grunden könsöverskridande identitet eller uttryck i förhållande till övriga grunder. Anmälningarna har dock ökat nästan varje år sedan grundens införande. Inledningsvis låg anmälningarna på under 1 procent av den totala mängden anmälningar. De senaste åren är anmälningsgraden uppe i 2 procent. Vid en jämförelse med två andra diskrimineringsgrunder, etnisk tillhörighet och funktionsnedsättning, framgår att det

157 Se lagen (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen 1 §; DiskrL 4 kap. 1 §.

158 Carlson 2017, s. 137.

159 AD 2015:44. DO drev processen och fick stå för motpartens rättegångskostnader trots att diskrimineringsersättning dömdes ut.

160 Schömer, Eva, Svenaeus, Lena & Viklund, Lars, *DO sviker diskriminerade*, SvD, 15 april 2014, "<http://www.svd.se/do-sviker-diskriminerade>". (Hämtad 2016-12-03).

har inkommit en avsevärt större mängd anmälningar gällande de grunderna som båda ligger på runt 30 procent de senaste tre åren.¹⁶¹ Anmälningarna för könsöverskridande identitet har vidare varit relativt jämnt fördelade över alla samhällsområden, emellertid med något högre frekvens för arbetslivet samt hälso- och sjukvården.¹⁶²

Möjliga anledningar till att så få transpersoner som utsätts för diskriminering anmäler till DO angående diskriminering på grund av könsöverskridande identitet är dels det utbredda misstroendet för myndigheter, dels det faktum att en anmälan till DO och en stämning i domstol blir till allmän handling.¹⁶³ För transpersoner innebär det att de också måste vara öppna med sin könsidentitet.

En av DO:s uppgifter är att driva rättsprocesser för enskilda som blivit utsatta för diskriminering. Detta har stora fördelar för socialt och ekonomiskt utsatta personer och kan hjälpa dessa grupper att hävda sin rätt enligt diskrimineringslagen. DO har både den kunskap och de ekonomiska resurser som enskilda kan sakna. Det är dock få anmälningar till DO som blir föremål för en rättsprocess. DO har i ett fall stämt en restaurang för en homo-

161 År 2009 gällde 9 anmälningar av totalt 2 715 anmälningar grunden könsöverskridande identitet och uttryck och år 2010 var motsvarande siffra 10 anmälningar av totalt 2 892. År 2011 gällde 27 av 2 353 anmälningar samma grund, motsvarande siffra år 2012 var 16 av 1 835 (se DO, *Årsredovisning 2010*, "http://www.do.se/globalassets/om-do/arsredovisning-2010.pdf". (Hämtad 2016-12-03), s. 15 och 17). Året därefter gällde 22 anmälningar av 2 346 och år 2014 gällde 26 anmälningar av 1 949 samma grund. År 2015 gällde 62 anmälningar av 2 383 samma grund (se DO, *Komplement till årsredovisning*, "http://www.do.se/globalassets/om-do/komplement-till-arsredovisningen-statistik.pdf". (Hämtad 2016-12-13), s. 2 och 4). Anledningen till den markanta höjningen från föregående år beror på flera anmälningar av samma person. År 2016 gällde 45 av 1 966 anmälningar samma grund. Detta kan jämföras med diskrimineringsgrunderna etnisk tillhörighet och funktionsnedsättning för åren 2014, 2015 och 2016. För etnisk tillhörighet och funktionsnedsättning inkom år 2014 601 respektive 461 anmälningar av 1 810, år 2015 663 respektive 680 av 2 252 och år 2016 572 respektive 613 av totalt 1 966. Det kan konstateras att det inkommit avsevärt fler anmälningar om diskriminering till DO för de två diskrimineringsgrunderna i jämförelse med könsöverskridande identitet eller uttryck (se DO, *Årsredovisning 2016*, "http://www.do.se/globalassets/om-do/arsredovisning-2016.pdf". (Hämtad 2017-10-14), s. 41).

162 Se DO, *Komplement till årsredovisning*, "http://www.do.se/globalassets/om-do/komplement-till-arsredovisningen-statistik.pdf". (Hämtad 2016-12-13), s. 15.

163 Se DO, *Könsidentitet och könsuttryck som diskrimineringsgrund*, 4 juli 2016, "http://www.do.se/om-diskriminering/skyddade-diskrimineringsgrunder/konsidentitet-och-konsuttryck-som-diskrimineringsgrund/#5". (Hämtad 2016-12-13). En offentlig allmän handling är en handling som inte omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Huvudregeln är att allmänna handlingar är offentliga. Detta är ett utflöde ur offentlighetsprincipen som är en grundläggande princip i svensk rätt. Se TF 2 kap.

sexuell mans räkning. Mannen uppgav att hans chefer på restaurangen där han var anställd hade trakasserat honom på grund av hans sexuella läggning och könsuttryck. Stämningen återkallades den 14 februari 2017 på grund av förändrat bevisläge.¹⁶⁴ I ett annat fall nekades en gravid transman att teckna en försäkring med hänvisning till hans manliga personnummer. Parterna förliktes och mannen fick ersättning om 50 000 kr.¹⁶⁵ Inget fall som DO drivit för transpersoners räkning har dock ännu prövats av domstol. Vetskapen om att DO driver väldigt få fall i förhållande till mängden anmälningar som kommer in kan därför också verka påverka transpersoners benägenhet att anmäla.

6.6 AMBIVALENS KRING KÖN

Den dominerande uppfattningen om kön hos lagstiftaren verkar grunda sig i en essentialistisk och biologisk syn på kön, d.v.s. i enlighet med tvåkönsnormen. Samtidigt ger lagstiftaren uttryck för en ambivalens i förhållnings-sättet till kön. Denna ambivalens blir särskilt tydlig i diskrimineringslagen som både har en diskrimineringsgrund som bygger på att en person enbart kan vara man eller kvinna och en grund som erkänner att denna tvåkönsnorm kan brytas. Därmed ger lagstiftaren även uttryck för att kön kan utgöras av genus, d.v.s. socialt kön. Det utrymmet som ges i och med diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet och uttryck sammanfaller med Butlers uppfattning om kön och performativitet. Utifrån ett QLT-perspektiv innebär denna ambivalens att transpersoner juridiskt sett befinner sig i något slags limbo, deras könsidentitet erkänns till viss del men inte fullt ut eftersom det fortfarande enbart finns två juridiska kön.

En ytterligare konsekvens av denna ambivalens är att diskrimineringslagen i val av terminologi för diskrimineringsgrunderna kön och könsöverskridande identitet eller uttryck upprätthåller en bild av både norm och avvikare, där transpersoner utpekas som avvikare.¹⁶⁶ Enligt QLT är det språk som används inom rätten en del av alla de processer och performativa handlingar som skapar kön och vår uppfattning om kön. Utifrån ett queerteoretiskt perspektiv blir därför terminologin i diskrimineringslagen en del av den marginalisering som transpersoner drabbas av. På så sätt kan diskrimineringslagen anses strida mot sitt syfte, vilket är att motverka diskriminering och främja lika rättigheter. Utifrån ett Access to Justice-perspektiv blir det särskilt intressant. I förlängningen innebär det

¹⁶⁴ AD:s målnummer A173/15.

¹⁶⁵ DO:s ärende ANM 2016/1050.

¹⁶⁶ Se avsnitt 5.4.

att diskrimineringslagen inte enbart erbjuder upprättelse för transpersoner vid diskriminering utan den utgör också ett hinder mot likabehandling.¹⁶⁷ Att försöka få till stånd fler prövningar i domstol kan därför ifrågasättas om målet är att diskriminering mot transpersoner ska upphöra.

Gilden argumenterar istället för ett omfattande och omvälvande arbete vad gäller rättens förhållningssätt till kön. Att diskrimineringslagen genom att peka ut transpersoner som avvikare, samtidigt som den ska erbjuda upprättelse vid diskriminering, visar på ett behov av att arbeta på det sätt som Gilden föreslår. För att minska rättens delaktighet i transpersoners marginalisering hade juridiska kön kunnat upphävas helt och hållet. Personnummer hade kunnat vara könsneutrala. Diskrimineringslagstiftningen hade kunnat ha *en* diskrimineringsgrund för kön, vari alla kön hade innefattats. Grunden hade kunnat bygga på en förståelse av kön som något vidare och mer mångfacetterat än tvåkönsnormen. På så sätt hade lagstiftaren inte behövt ge uttryck för något förhållningssätt till kön och därmed inte heller vara delaktig i de processer som skapar vår syn på kön.

7. HAR TRANSPERSONER TILLGÅNG TILL RÄTTSSKIPNING VID DISKRIMINERING?

Transpersoner har en formell möjlighet att driva diskrimineringsprocesser i domstol enligt diskrimineringslagen. Transsexuella transpersoner kan göra det på två grunder. Härtill har transpersoner möjlighet att anmäla diskriminering till DO och en stor del av transpersoner kan antas vara berättigade till rättshjälp. Transpersoner har tillgång till dessa olika medel och kan därmed sägas ha formell tillgång till rättsskipning på diskrimineringsrättens område.

Däremot är det inte lika tydligt om transpersoner har reell tillgång till rättsskipning när det gäller diskriminering. Vid en sammantagen bild av transpersoners förutsättningar för att anmäla diskriminering till DO och att driva en diskrimineringsprocess i domstol framgår det att flera hinder uppställs. Transpersoners utbredda missförtroende för myndigheter och samhällsinstitutioner kan antas påverka deras benägenhet att anmäla diskriminering.

¹⁶⁷ Det bör särskilt poängteras att rätten inte ensam skapar den marginalisering som transpersoner drabbas av.

En rättslig process innebär därutöver i princip alltid ett ekonomiskt risktagande. Vissa har bättre förutsättningar för att ta sådana risker. Transpersoner befinner sig dock i högre utsträckning i en ekonomiskt utsatt situation. Denna förutsättning i kombination med rättshjälpslagens krav, låg diskrimineringsersättning och höga rättegångskostnader kan påverka transpersoners benägenhet att driva rättsliga processer angående diskriminering. DO kan överta den ekonomiska bördan; det finns emellertid ingen garanti för att DO tar upp fallet med tanke på det urval DO gör vid anmälningar. Detta i kombination med att en anmälan till DO innebär att transpersoner behöver vara öppna med sin könsidentitet kan också verka avskräckande. Vidare kan det med tanke på att diskriminering av transpersoner aldrig prövats också ifrågasättas om en sådan process hade haft rimlig möjlighet till framgång.

Transpersoner omfattas av artikel 14 i Europakonventionen om *förbud mot diskriminering*. Artikelns blir dock enbart aktuell om någon annan rättighet i konventionen kränkts. Den innebär därför inget generellt förbud mot diskriminering. Ett generellt förbud mot diskriminering återfinns dock i EU-stadgan artikel 21. Stadgan blir emellertid enbart tillämplig om unionsrätten aktualiseras. Även om diskrimineringslagen grundar sig på EU-direktiv är det inte säkert att den aktualiserar unionsrätten vid dess tillämpning vid diskriminering av transpersoner. Härvid ska dock uppmärksammas att transsexuella transpersoner omfattas av diskrimineringsgrunden kön enligt EU-rätten. Något specifikt skydd mot diskriminering av transpersoner överlag finns i nuläget inte. Här tycks det således finnas en hierarki inom gruppen transpersoner där transsexuella åtnjuter ett starkare skydd på en internationell nivå. Detta innebär givetvis även en säkerhet på nationell nivå för den gruppen inom transpersoner.

Europarådet rekommenderar att medlemsstaterna har en *effektivt* implementerad diskrimineringslagstiftning. Enligt den andra Yogyakartapincipen om rätten till *likabehandling och icke-diskriminering* ska vidare all diskriminering på grund av könsidentitet vara förbjuden enligt lag och alla individer ska garanteras ett *effektivt* skydd mot diskriminering.

Det tycks dock föreligga en diskrepans mellan transpersoners upplevda diskriminering och juridiskt fastställd diskriminering. Det kan därför ifrågasättas om det finns en effektivt implementerad lagstiftning som krävs enligt den andra principen i Yogyakartapinciperna och Europarådets rekommendationer. Vad denna diskrepans grundar sig i kan vara svårt att svara på. Utifrån

ett Access to Justice-perspektiv kan det dock konstateras att flertalet hinder uppställs för just transpersoner.

Sammanfattningsvis finns det flera aspekter som tyder på att diskrimineringslagen inte utgör ett effektivt rättsskydd för transpersoner vid diskriminering. Därmed kan det ifrågasättas om transpersoner har reell tillgång till rättsskipning i Sverige genom diskrimineringslagen eftersom det finns flera faktorer som kan verka avskräckande för transpersoner att driva en diskrimineringsprocess. 