

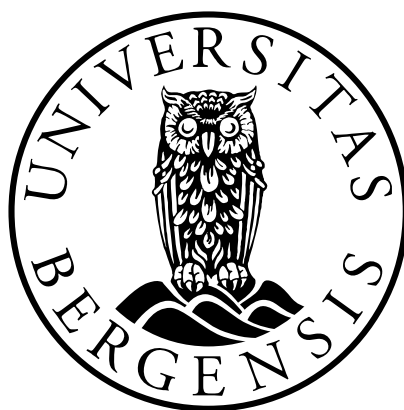
Omskjæring av guttebarn

*Er omskjæring av guttebarn på religiøst grunnlag en krenkelse
av barnas vern etter EMK artikkel 3 eller artikkel 8?*

Kandidatnummer: 176068

Veileder: Bjørnar Borvik

Antall ord: 14 352



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Emnets bakgrunn og aktualitet	3
1.2 EMDs prøvingsrett og gjennomføringen av statens forpliktelser etter EMK.....	4
1.3 Rettskildebildet og den videre fremstilling	5
1.4 Avgrensning.....	6
2 Har omskjæringen vern ved foreldrenes religionsfrihet etter EMK artikkel 9?.....	7
3 Er omskjæringen en krenkelse av barnets vern ved EMK artikkel 3?	9
3.1 Bestemmelsen	9
3.2 Hva EMD har uttalt om omskjæring	9
3.3 En skjønsmessig helhetsvurdering med flere vurderingstema	10
3.4 Anses omskjæringen som “torture”?	10
3.5 Anses omskjæringen som “inhuman or degrading treatment”?	11
3.5.1 Innledning.....	11
3.5.2 Inngrepets karakter	11
3.5.3 Gjennomføringsmetoden for inngrepet	12
3.5.4 Senvirkninger	13
3.5.5 Omskjæring av guttebarn sammenlignet med omskjæring av kvinner	15
3.5.6 Formålet ved omskjæringen	17
3.6 Konklusjon.....	20
4 Er omskjæring en krenkelse av barnets vern etter EMK artikkel 8?.....	21
4.1 Er omskjæring et inngrep i barnets rettigheter ved EMK artikkel 8?.....	21
4.2 De tre unntaksvilkårene ved EMK artikkel 8	22
4.3 Forholdsmessighetsvurderingen	23
4.3.1 Innledning.....	23
4.3.2 Er det mulig å overholde foreldrenes religionsfrihet uten å gjøre inngrep i barnets selvbestemmelsesrett?.....	23
4.3.3 Lempeligst mulig middel	24
4.3.4 I barnets beste interesse	24
4.3.5 Statens skjønnsmargin.....	28
4.4 Konklusjon.....	30
5 Avsluttende bemerkning	31

6	Litteraturliste	32
6.1	Lover.....	32
6.2	Forarbeider.....	32
6.3	Konvensjoner.....	32
6.4	Dommer og avgjørelser ved EMD.....	32
6.5	Uttalelser fra WHO og UNICEF	34
6.6	Bøker og artikler	34
6.7	Aviser.....	35
6.8	Andre kilder	36

1 Innledning

1.1 Emnets bakgrunn og aktualitet

WHO har anslått at rundt 660 millioner menn, omtrent 30 % av verdens mannlige befolkning, har blitt omskåret før 15-årsalderen.¹ Det antas at omtrent 2000 guttebarn omskjæres i Norge hvert år.² Jødene utfører inngrepet når barna er åtte dager gamle. Muslimer utfører inngrepet på ulike tidspunkt, men før guttene når pubertetsalder.³ Det vanligste er at muslimer på lik linje med jødene utfører inngrepet kort tid etter guttebarnet er født.

Mens omskjæring av jenter er forbudt i Norge ved Kjønnsllemlestelsesloven av 1995 finnes det ikke i dag lovgivning som regulerer adgangen til å omskjære guttebarn på religiøst grunnlag. Denne våren har imidlertid regjeringen fremmet lovforslag med krav til hvordan inngrepet skal utføres.⁴

Omskjæringspraksisen er ikke i dag forbudt i noen land. De senere årene har det imidlertid blusset opp en debatt i mange land om hvorvidt omskjæringen bør forbys. Domstolen i Köln, Tyskland kom i 2012 til at omskjæringen var å påføre barn skade og dermed ulovlig.⁵ Politikerne svarte imidlertid med at Tyskland av historiske årsaker ikke kunne være første stat til å forby den religiøse omskjæringen, og innførte desember 2012 nasjonal lovgivning som tillater inngrepet.⁶

Den tusenårslange tradisjonen er særlig i senere tid blitt problematisert. Fra medisinsk hold hevdes det at inngrepet er svært smertefullt og kan medføre psykiske og medisinske negative ettervirkninger. Ved sjeldnere tilfeller har også inngrepet hatt døden til følge.⁷

Videre er praksisen problematisk med hensyn til guttebarnas selvbestemmelsesrett. Inngrepet utføres hovedsakelig med grunnlag i et valg foreldre tar på barnas vegne, på et tidspunkt da barna er for små til å motsette seg inngrepet.

Jøder og muslimer hevder på sin side at et nasjonalt omskjæringsforbud ville være en krenkelse av trossamfunnenes og de troendes individuelle religionsfrihet.

Spørsmålet om omskjæringsinngrepet bør forbys er nylig vurdert av et utvalg for regjeringen. Et stort flertall (14 av 15 medlemmer) fant «det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at omskjæring av guttebarn skader barn slik at det bør innføres et forbud» og viser til at «foreldre[ne] ikke [overtrer] grensen for uakseptabel ivaretagelse av foreldrensansvaret hvis foreldrene lar sine guttebarn omskjæres på en forsvarlig måte».⁸

Flertallet mente med dette at omskjæringsinngrepet ikke var en krenkelse av barnas menneskerettigheter etter EMK artikkel 3 eller 8.

Et av medlemmene i utvalget viser imidlertid til at «barnet har rett til beskyttelse mot et ikke-medisinsk begrunnet kirurgisk inngrep som påfører barnet smerte, [og at] [b]arn har rett til å bli beskyttet mot å få fjernet en funksjonell kroppsdel når det verken foreligger medisinske eller helsemessige grunner til å fjerne den». Mindretallet viser videre til at «rituell omskjæring er et så omfattende og irreversibelt inngrep som truer barns beste, og at det ligger utenfor det foreldre kan bestemme på vegne av barnet». Mindretallet vurderte dermed omskjæringsinngrepet som en krenkelse av barnas rettigheter etter EMK artikkel 8.

Også barneombudet har uttalt seg om omskjæringspraksisen. Ombudet viser til at omskjæringen «kan være problematisk i henhold til Barnekonvensjonen» og konkluderer sin vurdering med at det bør innføres en nedre

¹ WHO (2007), "Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability", s. 7.

² Prop 70L (2013 – 2014) «Lov om rituell omskjæring av gutter», pkt. 3.2.

³ Ibid. pkt. 3.1.

⁴ Ibid.

⁵ Web3: BBC1 13.07.12.

⁶ Web5: Deutsche Welle. 12.12.12.

⁷ Web1: Aftenposten1. 12.05.12.

⁸ Prop. 70L pkt. 2.4.

aldersgrense på 15 eller 16 år.⁹ Ombudet viser dessuten til at det er «[en] manglende utredning av skadepotensiale[t] overfor gutter som omskjæres og liten forståelse av barns opplevelse av smerte (...) [ved] inngrepet» og at det dermed må kreves en ny utredning av lovforslaget om omskjæring.¹⁰

1.2 EMDs prøvingsrett og gjennomføringen av statens forpliktelser etter EMK

Ved Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) forpliktet staten til å sikre borgernes konvensjonsmessige rettigheter. Hvor staten ikke overholder disse rettighetene kan borgere som mener seg krenket bringe spørsmålet inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (EMD).

Staten er forpliktet til ikke å utsette noen mot krenkelser ved utøvelsen av sin myndighet.¹¹ Hvor noen er blitt omskåret av eksempelvis en statlig sykehusansatt kan den omskårne bringe staten inn for EMD med påstand om at staten ved å ha vært den som utførte omskjæringsinngrepet, har krenket vernet hans mot «torture», «inhuman or degrading treatment» etter EMK artikkel 3, eller rettigheten hans til «respect for his private (...) life» etter EMK artikkel 8.

EMDs jurisdiksjonsmyndighet gjelder kun overfor statene. Borgere kan således ikke klage privatpersoner inn for EMD. Imidlertid kan staten måtte stå ansvarlig for krenkelser utøvd av privatpersoner dersom risikoen var konkret, nærliggende og synlig for staten, og dersom staten effektivt kunne ha iverksatt tiltak for å forhindre at risikoen realiserte seg.¹²

Hvilke begrensninger EMK setter for statenes myndighetsutøvelse tolkes og klargjøres i siste instans ved EMD. I det tilfelle EMD kommer til at staten er ansvarlig i å ha krenket noens rettigheter plikter staten å rette seg etter domstolens avgjørelse, jf EMK artikkel 46 nr 1.

Mangel på straffelovgivning øker risikoen for at borgere utsettes for krenkelser ettersom gjerningspersonen ikke risikerer noen straff. Borgere kan derfor bringe staten inn for EMD med påstand om at staten, på grunnlag av manglende lovforbud mot omskjæringsinngrepet eller utilstrekkelig lovregulering av hvordan inngrepet skal utføres på forsvarlig måte har krenket vedkommendes rettigheter etter EMK artikkel 3 eller artikkel 8.¹³

EMD viser til at statene er særlig forpliktet til ved effektive virkemidler å verne barns rettigheter mot krenkelser.¹⁴ Basert på rettspraksis fra EMD legges det til grunn at dersom omskjæringen anses som en krenkelse av barnets rettigheter vil statene forpliktet til ved lovgivning å forby inngrepet.¹⁵

Bestemmelsene EMK artikkel 3 og artikkel 8 er uavhengige og selvstendige rettsgrunnlag. Den omskårne kan dermed anføre begge grunnlag og EMD kan kunne konstatere krenkelser av begge bestemmelsene eller kun ved en av dem.

Imidlertid vil lovgivning som har til hensikt å beskytte en persongruppe kunne medføre krenkelser av andres rettigheter. Eksempelvis vil et omskjæringsforbud kunne anses som en krenkelse av foreldrenes religionsfrihet. Dersom staten skulle vedta et lovforbud mot omskjæringspraksisen kan foreldre bringe staten inn for EMD med påstand om at staten ved sitt lovforbud krenker religionsfriheten deres etter EMK artikkel 9.

⁹ NOU 2013:1 «Det livssyns åpne samfunn. En helhetlig tros- og livssynspolitikk», pkt. 19.5.2.3.

¹⁰ Web2: Aftenposten2, 19. mai 2014.

¹¹ Jørgen Aall, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011, s. 50 med videre henvisninger.

¹² Aall, s. 53 med videre henvisninger.

¹³ EMDs dom 26. mars 1985 *X and Y mot Nederland* avsnitt 23 og 27.

¹⁴ EMDs dom 10. oktober 2002 *D.P. og J.C. mot Storbritannia* avsnitt 109.

¹⁵ Se *X og Y*-dommen.

1.3 Rettskildebildet og den videre fremstilling

Opgavens problemstilling er således om omskjæringen av guttebarn som utføres på religiøs grunnlag er en krenkelse av guttebarnas rettigheter etter EMK artikkel 3 eller artikkel 8

EMD har per i dag verken uttalt seg direkte om hvorvidt omskjæringen har vern ved religionsfriheten etter EMK artikkel 9 eller om inngrepet krenker barnets rettigheter etter EMK artikkel 3 eller artikkel 8.

Det foreligger dessuten mangel på rettskildemateriale fra EMD omhandlende rettighetskollisjoner mellom foreldre og deres barn. Det finnes dermed ingen klare svar på hvilket standpunkt EMD skulle komme til ved behandlingen av disse spørsmålene.

Opgavens problemstillinger vil bli forsøkt løst med utgangspunkt i uttalelser fra EMD vedrørende omskjæring og ved å anvende de generelle vurderingstema som EMD legger til grunn for behandlingen av konvensjonens artikkel 3, 8 og 9.

Spørsmålet om omskjæringspraksisen har vern ved EMK artikkel 9 vil behandles først, deretter behandles spørsmålet om omskjæringen innebærer en krenkelse av barnets vern mot «torture» og «inhuman or degrading treatment» ved EMK artikkel 3. Til sist behandles spørsmålet om omskjæringen bryter med barnets rett til «private life» ved EMK artikkel 8 og om dette i så fall må medføre at omskjæringsinngrepet må forbys.

Spørsmålet om omskjæringen er vernet av religionsfriheten ved EMK artikkel 9 behandles først fordi resultatet her har betydning for behandlingen av om inngrepet innebærer en krenkelse av EMK artikkel 3. Dersom et inngrep isolert sett må vurderes å være fysisk intensivt nok til å anses som «torture», «inhuman or degrading treatment», kan inngrepet likevel måtte godtas av hensyn til at det foreligger tungtveiende formål som begrunner inngrepet.

Hvorvidt EMD anser den aktuelle behandlingen som en krenkelse av EMK artikkel 3 bygger på en skjønsmessig helhetsvurdering med flere vurderingstema. Oppgaven behandler spørsmålet om omskjæring innebærer en krenkelse av EMK artikkel 3 med utgangspunkt i disse vurderingstemaene. Videre sees det hen til hvordan EMD forholder seg til omskjæring av kvinner, og om denne oppfatningen medfører konsekvenser for hvordan omskjæring av guttebarn må vurderes med hensyn til EMK artikkel 3.

Et mulig utfall er at omskjæringen av guttebarn har vern ved EMK artikkel 9 samtidig som inngrepet innebærer en krenkelse av EMK artikkel 3. Ettersom EMK artikkel 3, i motsetning til EMK artikkel 9, ikke åpner for unntak fra vernet vil en konstatert krenkelse av EMK artikkel 3 i et slikt tilfelle nødvendigvis gjøre et inngrep i religionsfriheten ved EMK artikkel 9.

Videre vil oppgaven behandle spørsmålet om omskjæringsinngrepet er en krenkelse av barnets rett til fysisk integritet og selvbestemmelse etter EMK artikkel 8. Bestemmelsens andre ledd åpner imidlertid for unntak fra bestemmelsen hvor dette skjer av hensyn til «the protection of the rights and freedoms of others».

Dersom omskjæringen anses vernet av EMK artikkel 9, men også som en krenkelse av EMK artikkel 8 foreligger en rettighetskollisjon som nødvendiggjør en forholdsmessighetsvurdering mellom de to bestemmelsene. Resultatet blir at det rettslig må godtas et inngrep i den enes rettighet av hensyn til at den andres rettighet vurderes som mer tungtveiende.

Barnekonvensjonens bestemmelser vil anvendes som tolkningsmoment ved forholdsmessighetsvurderingen mellom barnets rettigheter ved EMK artikkel 8 og foreldrenes religionsfrihet ved EMK artikkel 9. I følge Barnekonvensjonen er hensynet til barnets beste interesse sentral ved forholdsmessighetsvurderingen. Det må imidlertid vektlegges at EMD i saker som reiser moralske og etiske vurderinger, i stor grad overlater denne forholdsmessighetsvurderingen til den enkelte stat.

I det tilfelle omskjæringen skulle anses som en krenkelse av EMK artikkel 8, men ikke som vernet ved EMK artikkel 9, er det ikke adgang til å gjøre inngrep i barnets rettigheter ved EMK artikkel 8, jf bestemmelsens unntaksvilkår. Samtidig kan det heller ikke gjøres inngrep i foreldrenes religionsfrihet dersom omskjæringen ikke anses å bryte med barnets rettigheter. I et slikt tilfelle må hensynet til religionsfriheten medføre at omskjæringen fremdeles tillates.

Overprøvingen til EMD betinges imidlertid av at et konkret tilfelle klages inn for domstolen. EMD formulerer sin oppgave slik: "[t]he Court would note at the outset (...) that (...) its task is usually not to review the relevant legislation or a particular practice in the abstract. Instead, it must [examine] (...) the issues raised by the case before it".¹⁶

Hvilket resultat EMD kommer til avhenger av de konkrete omstendighetene ved saken. Således vil EMD kunne komme til ulike resultat med hensyn til spørsmålet om omskjæring basert på ulike omstendigheter. Det er mulig at individuelle forskjeller som kan være av betydning ved vurderingen av omskjæringens rettmessighet i det konkrete tilfelle, ikke i tilstrekkelig grad blir fanget opp ved denne oppgaven.

1.4 Avgrensning

Oppgaven vurderer adgangen til å omskjære barn utelukkende på religiøst grunnlag. Spørsmålet om rettmessigheten av omskjæring på medisinsk grunnlag eller av omskjæring av menn gamle nok til å ta avgjørelsen på egen hånd, faller naturligvis utenfor oppgavens tema.

Oppgaven vurderer hvorvidt EMK setter begrensninger for lovgivningen i Norge og vil ikke behandle hvorvidt det foreligger rettslig grunnlag for omskjæringen ved norsk lovgivning.

Barns rettigheter er særlig nedfelt i Barnekonvensjonen. Oppgavens problemstilling vil imidlertid besvares med utgangspunkt i bestemmelsene ved EMK. Avgrensningen gjøres av hensyn til et langt større datamateriale om anvendelsen av EMK artikkel 3 og 8 enn om Barnekonvensjonens bestemmelser.

Barnekonvensjonens bestemmelser er imidlertid velegnede til å belyse hvordan de mer generelle bestemmelsene EMK artikkel 3 og 8 må forstås.

¹⁶ EMDs dom 16. januar 2014 *Arkhestov mfl. mot Russland* avsnitt 92.

2 Har omskjæringen vern ved foreldrenes religionsfrihet etter EMK artikkel 9?

EMK art 9 nr 1 viser til at "everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion". Konvensjonsteksten klargjør videre: "this right includes freedom to (...) either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance".

Spørsmålet er om omskjæringen inngår i jødisk og muslimsk "practice and observance". Ordlyden «practice and observance» ved EMK artikkel 9 kan naturlig forstås å omfatte all den praksis og de krav til etterlevelse en religiøs vurderer sin religion å omfatte.

EMD konstaterer imidlertid at "the term "practice" as employed in Article 9 § 1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief".¹⁷ Det samme antas å gjelde for begrepet "observance".

Det må således finnes kriterier for hvilke handlinger som omfattes av begrepene «practice and observance» ved EMK artikkel 9.

Ved Cosans og Campbell-dommen viser EMD til at «(...) Article 9 (...) guarantees freedom of thought, conscience and religion - and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance». ¹⁸ Religionsfriheten verner om handlinger av en viss seriøsitet, handlinger som har sammenheng med den religionen handlingen knyttes opp mot, og hvor det foreligger noenlunde konsensus blant de troende om handlingens religiøse betydning.¹⁹

Både innen jødedommen og islam stammer den religiøse omskjæringspraksisen fra omskjæringen av Abraham. Abrahams fødsel dateres til ca. år 1812 f. Kr. Omskjæringen har ved å ha vært praktisert av de troende over en svært lang tidsperiode nær sammenheng med både jødedommen og islam.

WHO viser til at omtrent samtlige jøder i Israel er omskåret, samt estimeres det at 99 % av jødiske menn i Storbritannia og Nord-Irland og 98 % av jødiske menn i USA er omskåret.²⁰ Også de aller fleste muslimske menn er omskåret.²¹ Det foreligger således indikasjoner på stor grad av konsensus om omskjæringens religiøse betydning. Prosentandelen blant de troende som omskjæres viser også til at praksisen må ha stor personlig betydning for de troende.

Juridisk teori viser til at omskjæringen omfattes av begrepet «observance» ved EMK artikkel 9 og at praksisen dermed omfattes av religionsfriheten.²²

Rettigheten til "observance" viser til at den troende har rett til å overholde religiøse leveregler.

Jødene finner grunnlag for omskjæring i Toraen. Toraen viser til omskjæring av guttebarn som jødernes ansvar ved en pakt inngått mellom Gud og Abraham. Teksten lyder:

«Dette er pakten dere skal holde, pakten mellom meg og dere og etterkommerne dine: Alt av hankjønn hos dere skal omskjæres. 11 Dere skal la forhuden bli omskåret, og det skal være tegnet på pakten mellom meg og dere. 12 Hvert guttebarn hos dere skal omskjæres når det er åtte dager gammelt, i slekt etter slekt, (...)».²³

¹⁷ EMDs dom 29. april 2002 *Pretty mot Storbritannia* avsnitt 82.

¹⁸ EMDs dom 25. februar 1982 *Campbell og Cosans mot Storbritannia* avsnitt 36.

¹⁹ NOU 2013: 1 pkt. 8.2.

²⁰ WHO 2007, s. 3. pkt. 1.2.1.

²¹ Ibid. s. 8. tabell nr 2. Se også DeLaet (2009) "Framing Male Circumcision as a Human Rights Issue? Contributions to the Debate Over the Universality of Human Rights", *Journal of Human Rights*, 8:4, s. 405-426, (s. 410).

²² Pirjola (2011), "Freedom of Religion in Multi-Faith Europe: Protecting Universal or Western Sensibilities?", *Nordic Journal of Human Rights*, Nr 01, s. 38 – 56, (s. 44) med videre henvisninger.

²³ Bibelen utgave 2011, 1. Mosebok kapittel 17, vers.10 – 13.

Omskjæringspraksisen nevnes ikke eksplisitt i Koranen. Muslimene finner imidlertid grunnlag for omskjæringspraksisen ved tolkninger av Koranen sammenholdt med tolkninger av Hadith-litteraturen.²⁴ For begrunnelse av omskjæringspraksisen viser troselære vanligvis til vers 2:118 og 16:124 ved Koranen:

”Engang satte Gud Abraham på prøve med visse ord, og han oppfylte dem. (...)» (2.118).

”(…) Følg Abrahams lære som Gud-søker! Han var ingen avgudsdyrker”. (16:124)²⁵

Skriftelære anser omskjæringen som en av de prøvelsene Gud utsatte Abraham for.²⁶ Vers 2:118 sammenholdt med vers 16:124 gir en tolkning om at menn innen islam må omskjæres, altså "å følge Abrahams lære".²⁷

Omskjæringen er en etablert leveregel både innen jødedommen og innen islam.

Omskjæringsinngrepet inngår i begrepene "practice and observance" og har vern ved religionsfriheten ved EMK artikkel 9.

²⁴ NOU 2013: 1 pkt. 19.5.2.

²⁵ Se masteroppgave: Lindgaard Johansen (2012), «Rituell omskjæring av gutter i Norge, Argumentasjon og utfordringer knyttet til regjeringens forslag om lovregulering», s. 31 for referanser til koransitater.

²⁶ Ibid. s. 32.

²⁷ For ytterligere informasjon om det religiøse grunnlag for omskjæring ved islam, se Lindgaard Johansen, s. 30 – 35.

3 Er omskjæringen en krenkelse av barnets vern ved EMK artikkel 3?

3.1 Bestemmelsen

EMK artikkel 3 viser til at: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment".

Spørsmålet er om omskjæringen er en krenkelse av barnets vern etter EMK artikkel 3 ved at inngrepet må anses som «torture», «inhuman or degrading treatment» etter EMK artikkel 3.

3.2 Hva EMD har uttalt om omskjæring

I relasjon til om behandlingen av de troendes rettigheter etter EMK artikkel 9 har EMD uttalt:

"[t]he Court observes, on a general note, that the rites and rituals of many religions may harm believers' well-being, such as, for example, (...) circumcision practised on Jewish or Muslim male babies. (...)".²⁸

EMD uttaler seg imidlertid ikke i relasjon til om omskjæring innebærer en krenkelse av vernet etter EMK artikkel 3, men i relasjon til spørsmålet om russiske myndigheter kunne forby Jehovas Vitners virksomhet uten at dette krenket trossamfunnets rettigheter etter EMK artikkel 9.

Videre kan det ikke trekkes slutning fra ordlyden "harm [to] believers' well-being" at EMD har ansett behandlingens karakter tilstrekkelig inngripende til at det konstateres en krenkelse av EMK artikkel 3. Oppgaven vil dessuten vise til at en eventuell krenkelse av EMK artikkel 3 vil måtte bygge på flere momenter enn kun en vurdering av inngrepets karakter.

Det kan således ikke trekkes slutninger fra utsagnet til at EMD vurderer omskjæringen som en krenkelse av EMK artikkel 3.

EMD har imidlertid uttalt seg om omskjæringen av kvinner:

"It is not in dispute that subjecting a woman to female genital mutilation²⁹ amounts to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention".³⁰

Det er dermed klart at EMD anser omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3. Oppgaven vil ved punkt 3.5.5. vurdere om det foreligger så store likheter mellom omskjæring av kvinner og omskjæring av guttebarn at også omskjæring av guttebarn må anses som en krenkelse av EMK artikkel 3.

²⁸ EMDs dom 10. juni 2010 *Jehovas Vitner ved Moskva mfl. mot Russland* avsnitt 144.

²⁹ FGM: begrep for omskjæring av kvinner/jenter.

³⁰ EMDs dom 8. mars 2007 *Collins and Akaziebie mot Sverige*, s. 12 og EMDs dom 17. mai 2011 *Izevbehai mfl mot Irland*, avsnitt 73.

3.3 En skjønnsmessig helhetsvurdering med flere vurderingstema

EMD viser til at det må settes en nedre terskel for at behandling skal anses å aktivere vernet etter EMK artikkel 3. Behandlingen må være av et visst alvor. Akkurat hvor terskelen går for å aktivere vernet vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering i det konkrete tilfellet basert på flere vurderingstema. EMD uttaler:

«Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim (...).»³¹

EMD viser til at hvorvidt det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 3 blant annet kan være avhengig av "the sex (...) of the victim". Det slås dermed fast at selv om EMD anser omskjæring av kvinner som er en krenkelse av EMK artikkel 3, vil ikke nødvendigvis det samme gjelde for omskjæringen av guttebarn.

3.4 Anses omskjæringen som "torture"?

For å avgjøre om omskjæringen av guttebarn kan anses som tortur må torturbegrepet ved konvensjonen tolkes. Utgangspunktet er at bestemmelsens begreper tolkes ut ifra en naturlig forståelse av ordlyden.³²

En vanlig forståelse av «torture» vil være en svært smertefull behandling hvor vedkommende utsettes for smerte i hensikt å plage eller skade vedkommende eller for å presse vedkommende til å si eller gjøre noe.

Selv om omskjæring eventuelt må vurderes smertefull nok til å kvalifisere som tortur utføres ikke omskjæringen i hensikt å plage barna, heller ikke i hensikt å presse barna til å gjøre noe. Etter en naturlig forståelse av «torture» vil ikke omskjæringen omfattes av ordlyden.

Av respekt for statenes suverenitet er det viktig at tolkningen ikke medfører at konvensjonens begreper tillegges større eller annen mening enn det statene mente å forplikte seg til ved ratifiseringen.³³ Med hensyn til omskjærings spørsmålet må det vurderes hvorvidt omskjæringen svarer til den type behandling utformerne av konvensjonen hadde for øye da de la til grunn forbudet ved artikkel 3.

EMD viser til at "the distinction between "torture" and "inhuman or degrading treatment" was intended to "attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering".³⁴

Utsagnet viser til at intensjonen ved torturbegrepet er å ramme alvorlige lidelser hvor gjerningspersonen utfører sine handlinger i den hensikt å påføre lidelser.³⁵

Sett hen til at foreldrene iverksetter omskjæringsinngrepet i hensikt å innlemme barna i det religiøse trosliv og ikke for å skade barna, og sett hen til den intensjon som ligger bak torturbegrepet blir det lite naturlig å anse omskjæringspraksisen for tortur.

Omskjæringen anses ikke som "torture" etter EMK artikkel 3.

³¹ EMDs dom 16. desember 1999 *V mot Storbritannia* avsnitt 70.

³² Se regler for tolkninger av konvensjoner ved Wien-konvensjonen artikkel 31 nr 1.

³³ Wien-konvensjonen artikkel 31 nr 1.

³⁴ EMDs dom 19. juni 2007 *Ciorap mot Moldova* avsnitt 62.

³⁵ samme vilkår for tortur ved FN's torturkonvensjon artikkel 1, jf Aall, s. 168.

3.5 Anses omskjæringen som “inhuman or degrading treatment”?

3.5.1 Innledning

Omskjæringen av kvinner utføres av religiøse eller sosiale grunner og ikke for å skade kvinnene.³⁶ Ettersom EMD anser omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3, uavhengig av om de som utfører inngrepet ikke motiveres av å skade kvinnene, trekkes den slutning at omskjæring av guttebarn eventuelt kan anses som en krenkelse av EMK artikkel 3 selv om gjerningspersonen ikke var motivert av å skade vedkommende.

EMD viser til: "Although the purpose of such treatment is a factor to be taken into account, in particular the question of whether it was intended to humiliate or debase the victim, the absence of any such purpose does not inevitably lead to a finding that there has been no violation of Article 3".³⁷

Selv om begrepet "torture" reserveres for tilfeller hvor intensjonen er å påføre skade, vil begrepene "inhuman or degrading treatment" ved bestemmelsen kunne favne om handlinger som påføres i hensikt å være i vedkommendes beste interesse.

Ordlyden «inhuman treatment» viser til behandling som med hensikt er påført vedkommende, og hvor behandlingen medfører mental eller fysisk stor grad av lidelse, som i den gitte situasjon ikke kan rettfærdiggjøres av hensyn til gode formål.³⁸ Begrepet «degrading treatment» viser til behandling som grovt ydmyker vedkommende foran andre personer, eller behandling som tvinger vedkommende til å handle mot sin vilje eller samvittighet.³⁹

Begrepene «inhuman treatment» og «degrading treatment» er alternative vilkår for å konstatere brudd på EMK artikkel 3. Omskjæringen anses ikke for å være grovt ydmykende. Det er heller ikke treffende å vurdere omskjæringen som en behandling som tvinger barnet til å handle i strid med sin vilje eller samvittighet. Oppgaven vil derfor hovedsakelig forholde seg til spørsmålet om hvorvidt omskjæringen kan anses som «inhuman treatment».

De skjønsmessige vurderingstemaene EMD legger til grunn for vurderingen av om behandling må anses som «torture» gjelder også ved vurderingen av om behandling anses som «inhuman or degrading».

3.5.2 Inngrepets karakter

EMD viser til at hvorvidt behandling aktiverer vernet ved EMK artikkel 3 “depends on all the circumstances of the case, such as the nature (...) of the treatment”.⁴⁰

Generelt sett legger EMD til grunn en nedre smerteterskel for at vernet ved EMK artikkel 3 skal aktiveres. Domstolen viser til at inngrep “has been considered to raise an issue under Article 3 when it resulted in bodily harm of a certain degree of severity”. EMD eksemplifiserer med skader som: “injury to a person’s leg which caused necrosis and subsequently led to the leg having to be amputated, a gunshot wound to a person’s knee, a double fracture of the jaw and facial contusions or an injury to a person’s face which required stitches, with three of the person’s teeth being knocked out”.⁴¹

³⁶ Se DeLaet, s. 418, og UNICEF (2013) “Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change”, s. 69.

³⁷ EMDs dom 8. november 2011 *V.C. mot Slovakia* avsnitt 101.

³⁸ Aall, s. 168 med videre henvisninger.

³⁹ Ibid. s. 169 med videre henvisninger.

⁴⁰ V- dommen avsnitt 70.

⁴¹ V.C.-dommen avsnitt 102.

Spørsmålet er om omskjæringen er så fysisk inngripende overfor guttebarnet at inngrepet vurderes som «inhuman treatment» etter EMK artikkel 3.

Muslimer og jøder praktiserer den vanligste formen for omskjæring av guttebarn. Inngrepet skjer i hovedsak ved bruk av to ulike metoder:

Den første metoden utføres ved å strekke forhuden på guttenes penis slik at forhuden frigjøres fra penishodet. Deretter skjæres forhuden bort og sårkanten syes. Tråden løsner av seg selv.⁴²

Den andre metoden; kompresjonsteknikken, utføres ved å tre en ring ned på penishodet inn under forhuden. Forhuden "strupes" deretter ved at det knyttes en stram tråd over forhuden, oppå ringen for å stanse blodtilførselen. Ringen med den nå løsne forhuden støtes av innen en ukes tid.⁴³ Som resultat blir penishodet permanent utildekket. Det vises til at såret vanligvis gror meget raskt.⁴⁴

Det er vanskelig å si akkurat hvor smertefullt inngrepet oppleves for barnet. Som nyfødt er barnet for liten til å uttale seg om inngrepet og barnet husker ingenting av inngrepet når det blir eldre. Boyle mfl. viser imidlertid til indikasjoner på at guttebarnet opplever inngrepet som svært smertefullt.⁴⁵

En studie av Ramos og Boyle viser til at omskjæring korrelerer positivt med økt aggresjon, tilbaketrukkethet, nedsatt sosial tilpasning og mareritt, alle egenskaper knyttet til diagnosen PTSD (post traumatisk stressyndrom).⁴⁶ Studien tok utgangspunkt i målt forekomst av PTSD på 1.0 % til 7.8 % av den mannlige populasjonen i Storbritannia hvor omskjæring ikke er særlig vanlig, og sammenlignet denne med rapportert forekomst av PTSD hos nesten 70 % av guttebarn i et område hvor rituell omskjæring var vanlig, og med rapportert forekomst av PTSD hos 51 % av guttebarn som var omskåret ved bruk av lokalbedøvelse.⁴⁷

Forskning gir dermed indikasjoner på at barnet opplever inngrepet som svært smertefullt. Selve inngrepet anses smertefullt nok til å anses «inhuman treatment» etter EMK artikkel 3.

3.5.3 Gjennomføringsmetoden for inngrepet

EMD viser til at ved vurderingen om en behandling bryter med EMK artikkel 3 skal det tas hensyn til "the manner and method of its execution".⁴⁸

EMD anser behandling som ellers har et legitimt formål som en krenkelse av EMK artikkel 3 hvor behandlingen har vært unødvendig smertefull sett hen til det formål som ønskes oppnådd. EMD viser til at «[a]rticle 3 (...) requires those States to ensure that (...) the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering (...)».⁴⁹

Ved Jalloh viser EMD til at: "[t]he authorities must (...) demonstrate that they took into consideration alternative methods (...)» og at inngrepet "(...) must not entail any risk of lasting detriment to a suspect's health".⁵⁰

Helse- og omsorgsdepartementet viser til at omskjæringsinngrepet kan utføres under lokalanestesi.⁵¹

Omskjæring uten bruk av bedøvelse må vurderes som svært smertefullt inngrep for barnet. Hvor det ikke foreligger medisinske indikasjoner for ikke å anvende bedøvelse i det konkrete tilfellet, må et omskjæringsinngrep utført uten bruk av bedøvelse anses å innebære unødvendig store smerter for barnet.

⁴² Prop. 70 L pkt 3.3.1.

⁴³ Prop. 70 L pkt. 3.3.1.

⁴⁴ Store norske leksikon: <http://sml.sn.no/omskjæring>

⁴⁵ Boyle mfl. (2002), "Male circumcision: pain, trauma and psychosexual sequelae", *Journal of health psychology*, s. 329-343, (s. 331 – 333).

⁴⁶ Ibid. s. 332.

⁴⁷ Ibid. s. 333.

⁴⁸ V-dommen avsnitt 70.

⁴⁹ EMDs dom 4. februar 2003 *Van der Ven mot Nederland* avsnitt 50.

⁵⁰ EMDs dom 11. juli 2006 *Jalloh mot Tyskland* avsnitt 71.

⁵¹ Prop 70 L pkt 3.3.2. Forarbeidene viser imidlertid til at full narkose bør unngås ved behandling av nyfødte ved at narkosen medfører uforsvarlig høy risiko for komplikasjoner

Forskning viser dessuten til positive korrelasjoner mellom forekomst av PTSD og manglende bruk av bedøvelse ved omskjæring, noe som taler for at omskjæring uten bedøvelse også vil kunne være skadelig for barnets helse.

Mangelen på bedøvelse er dessuten helt unødvendig for å oppnå det religiøse formålet med omskjæringen. Et slikt inngrep må anses som «inhuman treatment» og som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Området som utsettes for omskjæring hos guttebarn er rikt på nerver. Det er dermed risiko for nedsatt seksualfunksjon i voksen alder dersom operasjonen ikke utføres riktig.⁵²

Skadepotensialet er generelt sett mye større hvor omskjæringsinngrepet utføres av ufaglærte.⁵³ Et omskjæringsinngrep utført av ufaglærte må anses å innebære unødvendig stor grad av risiko når man har tilgang på faglærte. Et slikt inngrep anses som "inhuman treatment" og som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Det må dermed kreves rettslige rammer for utføringen av omskjæringsinngrepet dersom det konkluderes med at et forsvarlig utført omskjæringsinngrep ikke innebærer en krenkelse av barnas rettigheter etter EMK.

3.5.4 Senvirkninger

Vurderingen av om et inngrep innebærer en krenkelse av EMK artikkel 3 avhenger blant annet av inngrepets "physical or mental effects".⁵⁴

En undersøkelse måler sannsynligheten for komplikasjoner etter omskjæring. Basert på 26 645 deltakere fra 16 land lå risikoen for komplikasjoner på 1,5 %.⁵⁵ Det ble også gjennomført en dansk studie. Komplikasjonsraten lå her på 5,08 %.⁵⁶

Undersøkelsene viser til at hvor inngrepet utføres på forsvarlig måte får en svært lav prosentandel av barna komplikasjoner i ettertid av inngrepet.

Inngrepet vil imidlertid kunne vurderes som "inhuman treatment" dersom de relevante komplikasjonene er alvorlige nok.

Helse- og omsorgsdepartementet viser til at potensielle problemer kan oppstå i ettertid av inngrepet, og at de hyppigste problemene er «infeksjoner, at det tas for lite av forhuden slik at barnet må igjennom et nytt inngrep, og at det tas for mye av forhuden». Departementet viser dessuten til at det kan oppstå feilstillinger og arrdannelser på penis hvis man fjerner for mye hud, og at «det er beskrevet enkelte tilfeller med ischemi (opphørt blodgjennomstrømming) av penis, innsnevring av urinrøret og urinretensjon og hudcyster».⁵⁷

Forskning konkluderer imidlertid med at "omskjæring av gutter er et trygt inngrep med få alvorlige komplikasjoner".⁵⁸

Kun et fåtall av guttebarna får komplikasjoner etter inngrepet. Komplikasjonstypene anses generelt som mindre alvorlige. Muligheten for komplikasjoner medfører ikke at inngrepet anses som "inhuman treatment".

Konsekvensene for guttebarnas fremtidige seksualliv

Spørsmålet er imidlertid om inngrepet medfører så store negative konsekvenser for barnets fremtidige helse eller seksualliv at inngrepet av den grunn må anses som "inhuman treatment" etter EMK artikkel 3.

⁵² Store norske leksikon: <http://sml.snl.no/omskjæring>. Se også WHO 2007, s. 20.

⁵³ WHO 2007, s. 21.

⁵⁴ V-dommen avsnitt 70.

⁵⁵ Prop. 70 L pkt. 3.3.1.

⁵⁶ Ibid. med videre henvisninger.

⁵⁷ Ibid. med videre henvisninger.

⁵⁸ Ibid.

En dansk selvrapporтерingsstudie viser til at 11 % av omskårne mennene rapporterte om hyppige eller jevnlig store problem med å oppnå ejakulasjon til forskjell fra 4 % av ikke-omskårne menn.⁵⁹ Studien konkluderer dermed med tre ganger høyere risiko for jevnlig ejakulasjonsproblemer hos omskårne menn sammenlignet med ikke-omskårne menn.

Ved en selvrapporтерingsstudie ved Senkul mfl. rapporterte menn om opplevde forskjeller med hensyn til grad av seksualdrift, ereksjons- eller ejakulasjonsproblemer, samt latenstid før oppnådd ejakulasjon og om generell grad av tilfredsstillelse med eget seksualliv før og etter et omskjæringsinngrep.⁶⁰ Studien omfattet kun menn hvor omskjæringen ble utført på religiøst eller kosmetisk grunnlag, noe som utelukker endringer på grunnlag av tidligere problemer som eksempelvis fimose (trang forhud).

Studien viste til signifikant forlenget latenstid før oppnådd ejakulasjon etter omskjæringen. Studien konkluderer imidlertid med at forlenget latenstid ikke nødvendigvis trenger anses som en ulempe, men også kan anses som en fordel.⁶¹

I motsetning til den danske studien viste resultatet ved studien ved Senkul mfl. kun til forlenget latenstid før ejakulasjon, og ikke til problemer med å oppnå ejakulasjon. Studien ved Senkul mfl. viste imidlertid til forskjeller fra rapporteringer før og etter omskjæring av samme mann, mens den danske studien viste til rapporteringsforskjeller mellom ulike persongrupper: ikke-omskårne og omskårne menn. Det er dermed mulig at de omskårne mennene ved den danske studien hvor det ble påvist jevnlig store problemer med å oppnå ejakulasjon ville rapportert samme ejakulasjonsproblemer også i det tilfellet de ikke var blitt omskåret.

Omskjæringen fjerner nerver som er avgjørende for sensitiviteten samtidig som huden på den naturlig tildekkede del av en uomskåret penis herdes og tykner til ved å bli permanent utildekket.⁶² I samsvar med dette viser forskning til at mange flere omskårne enn ikke-omskårne menn rapporterer om stadig lavere grad av sensitivitet gjennom voksenårene.⁶³

Det er dermed grunn til å tro at omskjæringen medfører stadig lavere grad av sensitivitet,⁶⁴ noe som gir en logisk forklaring på omskårne menns lengre latenstid før ejakulasjon, og som også støtter opp om teorien om at omskårne menn i langt større grad enn ikke-omskårne opplever jevnlig store vanskeligheter med å oppnå ejakulasjon.

Basert på forskning kan det konkluderes med at omskjæringen utgjør små forskjeller ved de fleste aspekter av betydning for menns seksualliv med unntak av noe lengre latenstid før ejakulasjon samt nedsatt sensitivitet.

Disse forskjellene kan anses store nok til å anse omskjæringen som «inhuman treatment», men konklusjonen vil avhenge av behandlingen av flere vurderingstema sett i sammenheng.

Undersøkelsen ved Frisch mfl. gir imidlertid indikasjon på at omskjæringsinngrepet fører til jevnlig store ejakulasjonsvanskeligheter for omtrent 7 %⁶⁵ av alle menn som omskjæres.

Evnen til jevnlig å oppnå ejakulasjon har ikke kun betydning for seksuell tilfredsstillelse, men også for muligheten til å få barn, samt for vedkommendes generelle livskvalitet. Forskning viser dessuten til positiv korrelasjon mellom ejakulasjonsproblemer og tidlig dødelighet.⁶⁶

En økning fra 4% til 11% risiko for jevnlig ejakulasjonsproblemer må anses å innebære så store negative konsekvenser for en så stor andel av verdens mannlige befolkning at inngrepet anses som "inhuman" og at vernet ved EMK artikkel 3 aktiveres, uten hensyn til den religiøse betydningen de troende tillegger omskjæringen.

⁵⁹ Frisch mfl. (2011), "Male circumcision and sexual function in men and women: a survey-based, cross-sectional study in Denmark", *Oxford Journals, International Journal of Epidemiology*, s. 1367 – 1381, (s. 1367).

⁶⁰ Senkul mfl. (2004), "Circumcision in adults: effect on sexual function", *Urology*, Volume 63, s. 155–158, (s. 155).

⁶¹ Senkul mfl. s. 155.

⁶² Frisch mfl. s. 1377.

⁶³ Boyle mfl. s. 334.

⁶⁴ Frisch mfl. s. 1375 med videre henvisninger. Annen forskning viser imidlertid til at omskjæring ikke medfører endringer med hensyn til grad av sensitivitet, jf ibid s. 1377. Gjengs oppfatning innen fagmiljøet er likevel at omskjæringen medfører lavere grad av sensitivitet.

⁶⁵ 11 % av omskårne menn som rapporterer jevnlig problemer minus 4 % ikke omskårne menn som rapporterer jevnlig problemer.

⁶⁶ Frisch mfl. s. 1375 med videre henvisninger.

Det er imidlertid manglende konsensus blant forskerne om hvorvidt omskjæringen kan medføre jevnlig store ejakulasjonsproblemer. Manglende konsensus sett i sammenheng med at et omskjæringsforbud vil være et betydelig inngrep i religionsfriheten gjør at det ikke kan konkluderes med at omskjæringen er skadelig nok til å aktivere vernet etter EMK artikkel 3. Det kan imidlertid heller ikke utelukkes at omskjæringen er skadelig nok til å aktivere bestemmelsen.

Usikkerheten gir behov for mer forskning både for å hindre at det ikke nedlegges et omskjæringsforbud basert på uriktige antakelser, men også for å hindre at en praksis som kan være svært skadelig for barna ikke får fortsette fordi de negative konsekvensene enda ikke er blitt stadfestet.

Informasjonen om inngrepets senvirkninger er ikke klar nok til at omskjæring av guttebarn, basert på vurderingen av senvirkningen, kan anses som "inhuman treatment".

3.5.5 Omskjæring av guttebarn sammenlignet med omskjæring av kvinner

De fysiske aspektene ved inngrepet

EMD viser til omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Spørsmålet er om omskjæringen som utføres på guttebarn er sammenlignbar med omskjæringen av kvinner, og om dette må medføre at også omskjæringen av gutter anses som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Det finnes flere varianter av omskjæring av kvinner. De ulike variantene innebærer ulik grad av ødeleggelse og gir ulik grad av plager i ettertid.

WHO⁶⁷ kategoriserer omskjæringstypene for kvinner følgende: Første kategori for omskjæring (klitoridektomi) innebærer å fjerne forhuden⁶⁸ fra klitoris og eller uten å fjerne den synlige del av eller hele klitoris. Den andre kategori for omskjæring (excision) innebærer fjerning av klitoris, samt fjerning av deler av eller hele de indre kjønnsleppene.

Den tredje kategori for omskjæring (infibulasjon/sammensying) er den mest omfattende varianten og innebærer fjerning av hele eller deler av det utvendige kvinnelige kjønnsorgan samt sammensying av den vaginale åpningen. Inngrepet gjentas dessuten flere ganger i ei kvinnes liv: når kvinnen skal gifte seg for å muliggjøre samleie og igjen for å muliggjøre fødsel i det tilfelle kvinnen er gravid.

Den fjerde kategori for omskjæring er en samlekategori for andre omskjæringsvarianter, som kan innebære stikking, kutting, piercing, skraping, brenning eller strekking av klitoris eller kjønnslepper. Den fjerde kategorien innebærer normalt sett ikke fjerning av kjønnsorganer og vil oftest være den minst inngripende form for kvinnelig omskjæring. Den fjerde kategorien vil dessuten vanligvis være mindre inngripende overfor kvinnene enn det omskjæringen som utføres på guttebarn er overfor guttebarna.⁶⁹

UNICEF viser til omskjæring av kvinner som et svært traumatisk inngrep. Umiddelbare komplikasjoner er svært høy smerte, sjokk, urininfeksjoner, sårddannelser og vedvarende skader ved kjønnsorgan. Det kan også oppstå komplikasjoner som blodforgiftning, ufruktbarhet eller problemer under fødsel. Forblødninger og infeksjoner har ført til dødsfall.⁷⁰

Forarbeider til Kjønnsllestelsesloven viser til:

⁶⁷ UNICEF 2013, s. 7, UNICEF 2005, "Female Genital Mutilation/Cutting, A statistical exploration", s. 5 og DeLaet, s. 413

⁶⁸ den ytre huden som ligger beskyttende rundt klitoris.

⁶⁹ DeLaet, s. 413 og 414.

⁷⁰ UNICEF 2005, s. 5.

"[m]ange foretrekker betegnelsen kjønnslemlestelse snarere enn omskjæring av kvinner for å understreke den fundamentale forskjellen mellom inngrepene som foretas på menn og kvinner og for bedre å illustrere inngrepets virkelige karakter. Begrepet viser til at det er et ødeleggende inngrep på de ytre kjønnsorganer hos kvinner, og at det således skiller seg fra den mer utbredte omskjæring av menn, som er en religiøs og kulturell handling uten kjente alvorlige helsemessige konsekvenser".⁷¹

Hvor omskjæring av guttebarn sammenlignes med omskjæring av kvinner, er det vanlig å ta utgangspunkt i omskjæring av kvinner ved infibulasjon. Denne omskjæringsvarianten vil klart medføre mer alvorlige komplikasjoner og større negative ettervirkninger overfor kvinnene enn det omskjæring gjør overfor guttebarn.

UNICEF viser til at den varianten hvor kun forhuden til klitoris skjæres bort er den mest utbredte varianten for omskjæring av kvinner på verdensbasis.⁷² Det er dermed mer naturlig å ta utgangspunkt i denne omskjæringsvarianten ved en sammenligning med omskjæring av guttebarn.

På samme måte som bortskjæringen av forhuden fra penishodet innebærer bortskjæring av nerver avgjørende for seksuell nytelse, kan det samme sies ved bortskjæringen av forhuden til klitoris.⁷³ En artikkel viser til at omskjæring hvor kun forhuden på klitoris skjæres bort er "(...) directly comparable to the predominant form of male circumcision", og at "the health costs associated with the most common form of female circumcision, (denne hvor kun forhuden på klitoris skjæres bort) are very similar to the health risks of male circumcision".⁷⁴

Omskjæring av guttebarn anses som like inngripende overfor guttebarn som det den mest vanlige form for omskjæring av kvinner anses å være overfor kvinnene.

EMD viser til "It is not in dispute that subjecting a woman to female genital mutilation amounts to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention".⁷⁵

Ettersom EMD ikke skiller mellom de ulike omskjæringsvariantene, men anser all form for omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3, taler dette for også å anse omskjæring av guttebarn, som er direkte sammenlignbar med den omskjæringen som utføres på kvinner, som en krenkelse av bestemmelsen.

EMDs behandling av omskjæring av kvinner – et strategisk valg?

Rent prinsipielt skal EMD sørge for at konvensjonens rettigheter overholdes og ikke være et overnasjonalt politisk organ.

En artikkel viser imidlertid til at menneskerettighetene "do not operate outside policy considerations (...), but receive their meaning by balancing different kinds of political, religious, moral, strategic and cultural interests and perspectives which mainly operate outside of rights".⁷⁶

Ordlyden ved EMK artikkel 3 åpner ikke for å gjøre unntak fra bestemmelsen etter noen forholdsmessighetsvurdering. Imidlertid må begrepene ved bestemmelsen i praksis anses som rettsstandarder hvis meningsinnhold vil variere avhengig av samtidens rettsoppfatning om god etikk og moral.⁷⁷

I saken mellom Tyrer og Storbritannia var spørsmålet om bruk av legemsstraff var en krenkelse av EMK artikkel 3. EMD uttaler:

⁷¹ Ot.prp. nr. 50 (1994 – 1995) s. 2.

⁷² UNICEF 2005, s.19. Motsatt viser imidlertid forarbeidene til Kjønnslemlestelsesloven, Ot.prp.nr.50 (1994 - 1995), til at omskjæringsvarianten hvor kun forhuden fra klitoris fjernes "ikke [er] særlig utbredt". Basert på at forarbeidene er av eldre dato enn rapporten fra UNICEF 2005, samt at det antas at UNICEF har foretatt en mer systematisk undersøkelse av omskjæring på verdensbasis, forholder oppgaven seg til informasjonen fra UNICEF.

⁷³ DeLaet, s. 413.

⁷⁴ Ibid. s. 422. Se også uttalelse «den mildeste formen for omskjæring av jenter (...) er sammenliknbar med omskjæring av gutter» ved NOU 2013:1 pkt. 19.5.2.3.

⁷⁵ Collins and Akaziebie-dommen s. 12.

⁷⁶ Pirjola, s. 51.

⁷⁷ Aall, s. 37.

«The Court must also recall that the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field».⁷⁸

Ved en mer dynamisk retts tolkning vil EMDs vurderinger ikke kun baseres på objektive tolkninger av konvensjonen, men også av politiske hensyn.

De mest inngripende variantene av omskjæringen av kvinner fører til smerter ved samleie og er en måte å få kvinner til å avstå fra seksuell aktivitet. Videre medfører omskjæring ved infibulasjon at det kan etterprøves om kvinnen har gjennomført et samleie eller ikke. Omskjæringen av kvinner er dermed en effektiv måte å kontrollere kvinners seksualitet på.⁷⁹

Dersom EMD skulle godta de minst inngripende variantene for omskjæring av kvinner er det risiko for at samfunn som utfører de mest inngripende omskjæringsvariantene, hadde anvendt EMDs godkjennelse av omskjæring begrenset til bortskjæring av forhuden til klitoris som legitimering av de mer inngripende omskjæringsvariantene.

Det er mulig at EMD forbyr alle former for omskjæring av kvinner for å motarbeide de mest inngripende omskjæringsvariantene, og ikke av den grunn at omskjæring ved bortskjæring av forhuden til klitoris, som er direkte sammenlignbar med mannlig omskjæring, isolert sett anses inngripende nok til å vurderes som "inhuman treatment". Samme politiske hensyn gjør seg ikke gjeldende ved spørsmålet om omskjæring av guttebarn.

Det er dermed usikkert om EMD har tatt eksplisitt stilling til om den omskjæringsvarianten som er mest sammenlignbar med omskjæringen som utføres på guttebarn er "inhuman or degrading treatment" etter EMK artikkel 3 eller om EMD behandler alle varianter for omskjæring av kvinner på samme måte av politiske årsaker.

Det kan ikke trekkes slutninger om at EMDs vurdering av omskjæring av kvinner også må gjelde omskjæring av guttebarn.

3.5.6 Formålet ved omskjæringen

Det religiøse grunnlaget for inngrepet:

Ved vurderingen av om behandling aktiverer vernet ved EMK artikkel 3 må det sees hen til "the context of the treatment".⁸⁰ EMD viser eksempelvis til at hvor myndighetene gjør inngrep i noens fysiske integritet ved betydelig bruk av makt så er ikke inngrepets intensitet i seg selv tilstrekkelig til å konstatere en krenkelse av EMK artikkel 3. Det avgjørende er om behandlingen kan forsvares av hensynet til rimelige grunner.⁸¹

Aall viser til at "et inngrep som isolert sett må karakteriseres som umenneskelig, kan likevel passere fordi det bygger på akseptable grunner", men at det må stilles "visse minstekrav til forholdsmessighet mellom mål og midler også på dette området".⁸² Det at inngrepet har stor religiøs betydning for foreldrene, og også er vernet av EMK artikkel 9 vil således kunne påvirke om omskjæringen anses som en krenkelse av EMK artikkel 3.

De troende anser omskjæringen av guttebarn for å ha fundamental religiøs betydning.

Spørsmålet er om det er et rimelig balansert forhold mellom hvor inngripende omskjæringen vurderes å være overfor guttebarnet i forhold til det formål som ønskes oppnådd ved inngrepet.

Omskjæringen av guttebarn vurderes som et svært smertefullt inngrep. Et fåtall av barna opplever også komplikasjoner etter inngrepet.⁸³ Forskning konkluderer med at omskjæringen utgjør små forskjeller innen de

⁷⁸ EMDs dom 25. april 1978 *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31.

⁷⁹ UNICEF 2005, side 1 og 21.

⁸⁰ V- dommen avsnitt 70.

⁸¹ EMDs dom 11. juli 2006 *Jalloh mot Tyskland* avsnitt 70 og 71.

⁸² Aall, s. 170.

⁸³ Prop. 70 L, pkt. 3.3.1. med videre henvisninger.

fleste aspekter av betydning for menns seksualliv men at inngrepet medfører noe lengre latenstid før ejakulasjon samt nedsatt sensitivitet.⁸⁴

Med hensyn til hvilke aspekter som har vern ved EMK artikkel 9 viser en artikkel til at “[t]here is (...) a general danger that those who apply a concept as controversial as freedom of religion or belief will simply draw on their understanding as to what freedom of religion consists of and fail to protect what seems strange”.⁸⁵

Inngrepets smertefulle og irreversible karakter gir risiko for at nasjonenes myndigheter, som i stor grad består av ikke-troende mennesker, ikke vil tillegge inngrepets religiøse formål noe særlig vekt ved den forholdsmessighetsvurderingen som må gjøres mellom hvor fysisk inngripende omskjæringen anses å være og det religiøse formålet som begrunner inngrepet. Dette øker risikoen for at myndighetene vil vurdere omskjæringen som «inhuman or degrading treatment».

EMD viser imidlertid til for at religionsfriheten skal ha noen betydning må rettigheten innebære “(...) the right to make choices that accord with their own views and values, regardless of how irrational, unwise or imprudent such choices may appear to others”.⁸⁶

Omskjæringen har et klart grunnlag i Toraen og ved tolkningen av muslimske tekster. Videre er det sterk konsensus blant både muslimer og jøder om omskjæringens fundamentale betydning for de troendes religionsutøvelse.

Det synes å være et rimelig balansert forhold mellom hvor inngripende omskjæringen vurderes sett i forhold til den religiøse betydningen av inngrepet.

Det foreligger imidlertid usikkerhet med hensyn til hvilke senvirkninger omskjæringen medfører og hvor alvorlige disse må anses å være. Studien ved Frisch mfl. konkluderer med at omskjæringen medfører en økning fra 4 % til 11 % forekomst av jevnlig store ejakulasjonsproblemer,⁸⁷ et resultat som ikke fremgår av annen forskning.

Dersom en slik sammenheng kan påvises må omskjæringen anses å medføre så store negative konsekvenser for så mange menn at omskjæringen vanskelig kan forsvares ut ifra den betydningen de troende tillegger inngrepet. Det er imidlertid behov for mer forskning på området før det kan konkluderes om senvirkningene.

EMD vurderer omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Også omskjæringen av kvinner begrunnes ofte ut ifra religiøse hensyn.⁸⁸ EMDs manglende hensyn til at omskjæring av kvinner begrunnes ved religiøse hensyn kan tale for at heller ikke omskjæringen av guttebarn, et inngrep som er direkte sammenlignbart med den vanligste formen for omskjæring overfor kvinner, kan falle utenfor EMK artikkel 3 sitt anvendelsesområde av hensyn til inngrepets religiøse betydning.

Spørsmålet er om det foreligger så store likheter mellom omskjæringen av gutter og omskjæringen av kvinner med hensyn til hvor inngripende omskjæringen må anses å være vurdert i forhold til den betydningen omskjæringen tillegges av samfunnet, at det må konkluderes med at også omskjæringen av barn innebærer en krenkelse av vernet ved EMK artikkel 3.

Omskjæringen av guttebarn har klart grunnlag i religiøse skrifter og har dessuten vern ved EMK artikkel 9.

EMD viser til “(...) the term “practice” as employed in Article 9 § 1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief (...)”.⁸⁹ Sannsynligheten for at EMD skulle anerkjenne omskjæring av kvinner å ha vern ved EMK artikkel 9 er svært lav. Når EMD vurderer omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3 vil det harmonisere dårlig dersom EMD samtidig skulle anse omskjæringen av kvinner som å ha vern ved EMK artikkel 9.

⁸⁴ Senkul mfl. s. 155 og 158.

⁸⁵ Pirjola, s. 41.

⁸⁶ Jehovas Vitner-dommen avsnitt 136.

⁸⁷ Frisch mfl. s. 1367.

⁸⁸ UNICEF 2005 s. 21 og UNICEF 2013, s.70.

⁸⁹ Pretty-dommen avsnitt 82.

Omskjæringen blir sett på som en måte å ivareta kvinnens dydighet og renhet, noe som har fått mennesker til å anse omskjæring av kvinner som å ha religiøs betydning.⁹⁰ Det finnes imidlertid ikke religiøst grunnlag for omskjæring av kvinner verken ved jødiske eller islamske tekster. Det foreligger heller ingen konsensus med hensyn til hvorvidt omskjæringen av kvinner i det hele tatt har religiøs betydning.⁹¹

Konsensus blant de troende om omskjæring av guttebarns religiøse betydning kan tale for at begrepene «inhuman or degrading treatment» ved EMK artikkel 3 må tolkes innsnevrende slik at et inngrep, som ellers må anses fysisk inngripende nok til å aktivere vernet etter EMK artikkel 3, likevel ikke anses som en krenkelse av bestemmelsen.

Omskjæringspraksisen overfor kvinner hviler derimot på et mer tvilsomt religiøst grunnlag enn omskjæringen av guttebarn. Videre taler målet om å avverge de mest inngripende omskjæringsvariantene som utføres på kvinner sterkt for å anse all omskjæring av kvinner som en krenkelse av EMK artikkel 3.

De troendes oppfatning av inngrepet:

EMD viser til at lokalsamfunnets særegne oppfatning av behandlingen kan være av betydning ved vurderingen av om behandlingen må anses som «inhuman or degrading treatment»:

Ved Tyrer-dommen uttaler EMD i relasjon til spørsmålet om bruken av legemsstraff her aktiverte vernet etter EMK artikkel 3: «(...) the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field».⁹²

EMD uttaler videre: “(...) assuming that local public opinion can have an incidence on the interpretation of the concept of "degrading punishment" appearing in Article 3 (art. 3), the Court does not regard it as established (...) [that the treatment at issue] is not considered degrading by those members of the Manx population who favour its retention”.⁹³

Det kunne imidlertid ikke her bevises noe konsensus i lokalsamfunnet om annen oppfatning av bruken av legemsstraff, som kunne tilsi at en behandling som isolert sett måtte vurderes som ”degrading”, likevel måtte vurderes ikke å være det.

Hvor det foreligger konsensus om at den aktuelle behandling har stor religiøs betydning for innbyggerne, og hvor innbyggerne ikke selv anser behandlingen som «inhuman or degrading treatment», er det imidlertid rimelig å anta at EMD vil kunne foreta en innsnevrende fortolkning av EMK artikkel 3 i den hensikt å respektere lokalsamfunnets oppfatning av behandlingen.

Det vurderes hvordan muslimske og jødiske menn selv vurderer omskjæringen av sine barn.

Omtrent samtlige menn ved det jødiske og muslimske samfunn er blitt omskåret som barn. Disse guttebarna velger omtrent alltid samme inngrep utført på sine sønner igjen. Det at omskjæringen går i arv fra far til sønn, og er initiert av mennene som selv har blitt omskåret, tilsier at de troende ikke anser omskjæringen som ”inhuman or degrading treatment”.

UNICEF viser til at omskårne kvinner i stor grad ikke ønsker det samme for sine døtre.⁹⁴ Sett hen til de aktuelle komplikasjonstypene ved omskjæringen er det grunn til å tro at kvinnene ikke ønsker at døtrene skal leve med samme plagene som de selv må leve med.

Det at EMD tar hensyn til hvordan samfunnet selv vurderer behandlingen gir grunnlag for å vurdere omskjæring av guttebarn annerledes enn omskjæringen av kvinner, ettersom det synes å foreligge konsensus blant de troende om at omskjæringen av guttebarn ikke er ”inhuman or degrading treatment», dette i motsetning til hvilket kan sies om den omskjæringen som utføres på kvinner.

⁹⁰ Se DeLaet, s. 418 og UNICEF 2013, s. 69.

⁹¹ UNICEF 2013, s. 63 – 72. Se spesielt tabell 6.2 og 6.3 s. 67 – 68 og tabell 6.11 og 6.12 s. 69 og 71.

⁹² Tyrer-dommen avsnitt 31.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ UNICEF 2013, s. 54.

De troendes oppfatning av omskjæringen av guttebarn tilsier at omskjæringen ikke vurderes som en krenkelse av barnets rettigheter etter EMK artikkel 3.

3.6 Konklusjon

Selve omskjæringsinngrepet er svært smertefullt for guttebarnet. Inngrepets intensitet taler for å vurdere omskjæringen som en krenkelse av EMK artikkel 3.

EMD vurderer omskjæring av kvinner som en krenkelse av bestemmelsen og skiller ikke mellom de ulike omskjæringsvariantene. Omskjæringen av guttebarn må anses å være like fysisk inngripende som den vanligste og mildeste form for omskjæring av kvinner,⁹⁵ noe som taler for også å vurdere omskjæring av guttebarn som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Imidlertid er det mulig at EMD fordømmer all form for omskjæring av kvinner av politiske hensyn, og ikke fordi alle omskjæringsvariantene isolert sett må anses fysisk inngripende nok til å aktivere vernet etter EMK artikkel 3. Det kan derfor ikke trekkes noen direkte konklusjoner om hvordan EMD ville ha behandlet spørsmålet om omskjæringen av guttebarn kun ved å sammenligne de fysiske konsekvensene av omskjæring av kvinner med de fysiske konsekvensene av omskjæring av guttebarn.

Det må vektlegges at det jødiske og muslimske samfunn tillegger inngrepet svært stor religiøs betydning og at det foreligger sterke indikasjoner på at de troende ikke selv anser inngrepet som verken ”torture” eller som ”inhuman or degrading treatment”.

Sett hen til den religiøse begrunnelsen for inngrepet, samt den oppfatning trossamfunnene selv har av inngrepet vurderes ikke omskjæringen av guttebarn som en krenkelse av barnas rettigheter etter EMK artikkel 3.

Forskningsresultat fra Frisch mfl.⁹⁶ om at omskjæringen medfører at 7 % av de omskårne guttebarna får jevnlig store problemer med å oppnå ejakulasjon tilsier imidlertid at det må forskes mer på senvirkningene av inngrepet før det kan konkluderes nærmere.

Ved 11 % forekomst av jevnlig store ejakulasjonsproblemer må ulempene vurderes som så store at omskjæringen anses å krenke barnets rettigheter etter EMK artikkel 3 uavhengig av hvilken betydning trossamfunnene skulle tillegge inngrepet.

⁹⁵ DeLaet, s. 422.

⁹⁶ Frisch mfl. s. 1367.

4 Er omskjæring en krenkelse av barnets vern etter EMK artikkel 8?

4.1 Er omskjæring et inngrep i barnets rettigheter ved EMK artikkel 8?

EMD viser til at "[w]here a measure falls short of Article 3 treatment, it may, however, fall foul of Article 8 of the Convention, which, inter alia, provides protection of physical and moral integrity under the respect of private life (...)".⁹⁷

EMK artikkel 8 nr 1 viser til at "everyone has the right to respect for his private (...) life (...)".

Spørsmålet er om omskjæringen innebærer et inngrep i guttebarnets rett til "private life".

EMD viser til at "[p]rivate life is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical, psychological and social identity such as the right to personal autonomy and personal development, (...)".⁹⁸

EMD uttaler at "(...) a person's body concerns the most intimate aspect of private life. Thus, a compulsory medical intervention, (...), constitutes an interference with this right".⁹⁹

Et medisinsk unødvendig inngrep i noens kropp, hvor denne ikke kan anses som å ha samtykket til inngrepet, vil klart anses som et inngrep i vedkommendes rett til «private life».

Ved vurderingen av EMK artikkel 8 sitt anvendelsesområde viser EMD til at "[c]hildren and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection".¹⁰⁰ EMK artikkel 8 har også anvendelse overfor barn, dette selv om barnet i utgangspunktet er underlagt foreldrenes råderett.

Ved at omskjæringen er et ufrivillig inngrep i barnets fysiske kropp innebærer omskjæringen et inngrep i barnets rett til «private life».

Omskjæringen utføres på et tidspunkt hvor barnet ikke selv kan samtykke til inngrepet. Ved inngrepet frarøves barnet muligheten til i fremtiden å velge å forbli uomskåret. Det kan således synes som at omskjæringen er et inngrep i barnets selvbestemmelsesrett.

Myndigheten til å ta avgjørelser direkte angående barnet ligger imidlertid i utgangspunktet hos foreldrene, jf oppgavens pkt 4.3.4. Det må imidlertid settes en grense for hvilke avgjørelser foreldre kan ta på vegne av sine barn. Dersom avgjørelsen om omskjæring kan anses å ligge innenfor de avgjørelser foreldre kan ta på vegne av sine barn vil ikke omskjæringen innebære en krenkelse av barnets selvbestemmelsesrett. Denne vurderingen vil imidlertid behandles ved oppgavens pkt 4.3.

I relasjon til spørsmålet om Russlands forbud mot trossamfunnet Jehovas Vitner krenket de troendes rettigheter etter EMK artikkel 9 har EMD uttalt:

"[t]he Court observes, on a general note, that the rites and rituals of many religions may harm believers' well-being, such as, for example, the (...) circumcision practised on Jewish or Muslim male babies".¹⁰¹

EMD uttaler seg ikke her i relasjon til EMK artikkel 8, men uttalelsen må kunne tas til inntekt for at EMD vurderer omskjæringen som et inngrep i barnets fysiske sfære.

⁹⁷ EMDs dom 13. mai 2008 *Juhnke mot Tyrkia* avsnitt 71.

⁹⁸ V.C.-dommen avsnitt 138.

⁹⁹ EMDs dom 22. juli 2003 *Y.F. mot Tyrkia* avsnitt 33.

¹⁰⁰ EMDs dom 12. juni 2008 *Bevacqua og S. mot Bulgaria* avsnitt 64.

¹⁰¹ Jehovas Vitner-dommen avsnitt 144.

Omskjæringen av guttebarn er et inngrep i barnets rett til "private life" etter EMK artikkel 8.

4.2 De tre unntaksvilkårene ved EMK artikkel 8

Både EMK artikkel 8 og artikkel 9 gir imidlertid adgang til inngrep i bestemmelsenes rettigheter på tre kumulative vilkår. Inngrep kan gjøres hvor dette skjer "in accordance with the law" og hvor inngrepet anses "necessary in a democratic society" av hensyn til konvensjonens angitte formål, eksempelvis "for the protection of the rights and freedoms of others".

Kravet til inngrep "in accordance with the law" viser til at det ikke kan gjøres inngrep i borgernes rettigheter uten ved hjemmel i nasjonal lov.¹⁰²

Konvensjonens lovkrav har som formål å verne borgere mot myndighetsmisbruk, altså å sikre borgere mot at staten griper inn i borgernes rettssfære uten lovhjemmel. Lovkravet fører dessuten til at borgerne kan forutse konsekvensene av handlingene sine hvor handlinger er gjort straffbare.

Ved *Kruslin*-dommen var spørsmål om statens bruk av telefonavlytting var rettmessig med hensyn til konvensjonens lovhjemmelskrav. EMD uttaler: « (...) there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities (...)».¹⁰³

Hvor statlig ansatte omskjærer barn handler de ansatte basert på foreldrenes myndighet over barna. Det foreligger således ikke noen risiko for maktmisbruk fra staten som typisk er den situasjon som aktualiserer konvensjonens lovhjemmelskrav.

Adgangen statlig ansatte har til å omskjære barn avhenger imidlertid av at avgjørelsen anses å ligge innenfor rammen for de avgjørelser foreldre kan ta på vegne av sine barn. Dersom avgjørelsen om å omskjære barna ikke ligger innenfor foreldremyndigheten kan staten bli ansvarlig for å ha krenket barnas rettigheter ved å ha utført inngrepet.¹⁰⁴ Hvorvidt det foreligger en positiv forpliktelse for staten om ikke å omskjære barna vil imidlertid avhenge av konklusjonen ved oppgavens problemstilling om hvorvidt omskjæringsinngrepet krenker barnets rettigheter etter EMK.

I det tilfelle omskjæringen må anses som en krenkelse av barnets rettigheter etter EMK vil dette kunne forplikte staten til ved lovgivning å sikre barnet mot omskjæringen.¹⁰⁵ Imidlertid vil et slikt lovgivningskrav her komme som en konsekvens av konklusjonen på oppgavens problemstilling, og ikke som et inngangsvilkår for vurderingen av om det kan gjøres inngrep i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8.

EMD har angitt bestemte formål som kan begrunne inngrep i EMK artikkel 8 eller 9. Inngrep tillates blant annet hvor dette er nødvendig med hensyn til "the protection of the rights and freedoms of others".

Ved at omskjæringspraksisen både er vernet ved foreldrenes religionsfrihet etter artikkel 9 og innebærer et inngrep i barnets rettigheter etter artikkel 8 vil både et eventuelt forbud og en eventuell tillatelse oppfylle konvensjonens krav om formålmessighet.

¹⁰² EMDs dom 16. desember 2010 *A, B og C mot Irland* avsnitt 219 og 220.

¹⁰³ EMDs dom 24. april 1990 *Kruslin mot Frankrike* avsnitt 30.

¹⁰⁴ Aall, s. 50. Se også *V.C.*-dommen for EMDs vurdering om hvorvidt staten var direkte ansvarlig for å ha krenket en kvinnes rettigheter etter EMK artikkel 3 ved at statens ansatte tvangssteriliserte kvinnen ved et offentlig sykehus. Se spesielt avsnitt 102.

¹⁰⁵ *X og Y*-dommen avsnitt 23 og 27.

4.3 Forholdsmessighetsvurderingen

4.3.1 Innledning

Siste vilkår for å gjøre inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 er at inngrepet er "necessary in a democratic society".

EMD viser til at hvorvidt et inngrep anses "necessary" avhenger av om inngrepet er gjort av hensyn til "a pressing social need", og om inngrepets styrke står i forhold til det formål som ønskes oppnådd.¹⁰⁶

Spørsmålet er om inngrepet i barnets fysiske integritet og selvbestemmelsesrett ved EMK anses forholdsmessig sett hen til den religiøse betydningen de troende tillegger inngrepet.

4.3.2 Er det mulig å overholde foreldrenes religionsfrihet uten å gjøre inngrep i barnets selvbestemmelsesrett?

Omskjæringen innebærer et inngrep i barnets rettighet til «private life» etter EMK artikkel 8 samtidig som inngrepet har vern ved foreldrenes religionsfrihet ved EMK artikkel 9. Det foreligger dermed en rettighetskollisjon.

Spørsmålet er om det er mulig å ivareta både barnets og foreldrenes rettigheter ved at inngrepet utsettes til et tidspunkt hvor barnet er gammelt nok til å ta avgjørelsen på egen hånd. I så fall er det ikke grunnlag for inngrep ved verken EMK artikkel 8 eller artikkel 9 ettersom omskjæringen ikke vil anses «necessary (...) for the protection of the rights and freedoms of others».

Spørsmålet er om det kan innføres en nedre aldersgrense for når barn kan omskjæres slik at barnets selvbestemmelsesrett sikres uten at aldersgrensen innebærer en krenkelse av foreldrenes religionsfrihet.

Toraen viser til at omskjæringen skal utføres når guttene er åtte dager gamle. Tidspunktet er en forutsetning for at jødene skal overholde pakten med sin gud. Med hensyn til jødene er det ikke mulig å overholde både barnas og foreldrenes rettigheter.¹⁰⁷

Det er ingen bestemte krav til tidspunkt for når omskjæringen skal utføres innen islam.¹⁰⁸ Imidlertid viser WHO til at muslimer utfører omskjæringsinngrepet helt frem til gutten når pubertetsalder.¹⁰⁹ Det synes dermed som en forutsetning at guttene omskjæres før de når pubertetsalder.

Omskjæringsinngrepet har betydning for guttenes religiøse identitet og også for guttebarnets fremtidige seksualliv. Avgjørelsen om omskjæring reiser kompliserte spørsmål hvor besvarelsen krever selvinnsikt angående hvorvidt man anser seg selv som en troende, og hvorvidt omskjæringen vil ha betydning for ens eget trosnivå. Inngrepets irreversible karakter utelukker dessuten mulighet for å ombestemme seg.

For å ivareta barnas selvbestemmelsesrett forutsettes det at nedre aldersgrense settes høyt nok til at barnet kan ta et overveid og selvstendig valg.

Det må antas at mange barn fra muslimske familier vil utsettes for et visst press fra foreldre eller øvrig familie om å få inngrepet utført. Dette sammenholdt med at barnet befinner seg i en påvirkningsutsatt alder, oftest er sosialt og økonomisk avhengige av sine foreldre, taler dette for å sette nedre aldersgrense til et tidspunkt hvor barnet har reell mulighet til å ta livsvalg uavhengig sin families meninger. Aldersgrensen bør ikke settes lavere enn 18 år.

¹⁰⁶ Juhnke-dommen avsnitt 76.

¹⁰⁷ Prop. 70 L, pkt. 7.3.

¹⁰⁸ WHO 2007, s. 3.

¹⁰⁹ Ibid. s. 4. Se også Prop. 70 L, pkt. 3.1.

Det er dermed ikke mulig å overholde foreldrenes rett til å omskjære barna etter EMK artikkel 9 eller barnas selvbestemmelsesrett etter EMK artikkel 8 uten at den enes rettighet går på bekostning av den andres.

4.3.3 Lempeligst mulig middel

Rettighetskonflikten nødvendiggjør en forholdsmessighetsvurdering hvor resultatet blir at det godtas et inngrep i den ene parts rettigheter av hensyn til at den andre parts interesser anses som mer tungtveiende.

For at vilkåret om «necess[ity]» ved EMK artikkel 8 skal anses innfridd må det kreves at formålet med inngrepet ikke kunne vært oppnådd med lempeligere midler.¹¹⁰

Det legges til grunn at pakten mellom jødene og Gud krever full omskjæring. Muslimene begrunner omskjæringen med hygieniske årsaker. Formålet ved omskjæringen er å forhindre urenheter under forhuden. Det legges til grunn at fullstendig omskjæring er påkrevd også for muslimene.

Formålet ved omskjæringen kunne ikke vært oppnådd med lempeligere midler.

Hensynet til valg av lempeligst middel tilsier at inngrepet må utføres på mest mulig forsvarlig- og minst mulig smertefull måte

Et omskjæringsinngrep utført uten bedøvelse i et tilfelle hvor det ikke kan vises til medisinske indikasjoner for ikke å bruke bedøvelse, eller et inngrep utført av ufaglærde som vil innebære uforsvarlig høy risiko for komplikasjoner, vil ikke anses som et «necessary» inngrep ved EMK artikkel 8, og dermed som en krenkelse av bestemmelsen.¹¹¹

4.3.4 I barnets beste interesse

Foreldremyndigheten

Selv om omskjæring isolert sett kan vurderes som skadelig vil inngrepet klart være konvensjonsmessig hvor den som omskjæres gyldig samtykker til inngrepet. Videre er det klart at dersom en myndig person omskjæres ved tvang vil omskjæringen krenke vedkommendes konvensjonsmessige rettigheter. EMD viser til:

“The ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing includes the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically harmful or dangerous nature for the individual concerned. In the sphere of medical assistance, even where the refusal to accept a particular treatment might lead to a fatal outcome, the imposition of medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient would interfere with his or her right to physical integrity and impinge on the rights protected under Article 8 of the Convention”.¹¹²

Adgangen til omskjæring kompliseres fordi inngrepet utføres på barn underlagt foreldrenes myndighet og hvor det er foreldrene som har samtykket til inngrepet. Spørsmålet er om avgjørelsen om å omskjære sine barn kan anses å ligge innenfor foreldrenes myndighet.

Barnekonvensjonen artikkel 5 viser til at partene "shall respect the responsibilities, rights and duties of parents". Etter Barnekonvensjonen ligger avgjørelser direkte angående barn i utgangspunktet hos barnas foreldre.

Ved vurderingen av hvilken betydning Barnekonvensjonen får ved vurderingen av borgernes rettigheter etter EMK artikkel 8 viser EMD til:

“(…) the Court reiterates that the Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken (...) of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the

¹¹⁰ Arkhestov-dommen avsnitt 88.

¹¹¹ Samme nødvendighetsvurdering følger her som ved vurderingen av om omskjæringen innebærer en krenkelse av EMK artikkel 3. For nærmere drøftelse se oppgavens pkt. 3.5.3.

¹¹² Jehovas Vitner-dommen avsnitt 135.

international protection of human rights (...)"¹¹³ Barnekonvensjonens bestemmelser får dermed anvendelse ved tolkningen av EMKs bestemmelser.

Ved vurderinger som angår barn vil dermed Barnekonvensjonens bestemmelser være relevante tolkningsmoment. Videre viser EMD til:

"(...)Where a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavour to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonised as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law (...)"¹¹⁴

EMKs mer generelt utformede bestemmelser må således tolkes i samsvar med de mer spesifikt utformede bestemmelsene ved Barnekonvensjonen. I samsvar med Barnekonvensjonen artikkel 5 vil avgjørelser direkte angående barn i utgangspunktet ligge innenfor foreldrenes myndighet.

Barnekonvensjonen setter imidlertid begrensninger for utøvelsen av foreldremyndigheten. Konvensjonens artikkel 3 nr 1 viser til at: "[i]n all actions concerning children, (...) the best interests of the child shall be a primary consideration".

Det mangler domsmateriale fra EMD omhandlende rettighetskollisjoner mellom barn og deres foreldre. EMD viser imidlertid til at ved saker som angår barn vil "[t]he child's best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents"¹¹⁵.

Føringer fra EMD tilsier dermed at forholdsmessighetsvurderingen ved saker som angår barn vil være noe annerledes enn ved andre saker, dette ved at hensynet til barnets beste tillegges avgjørende vekt ved vurderingen. Foreldrenes rettigheter må således anses å stoppe ved det punkt hvor foreldrenes rettigheter ikke lenger kan anses å være i barnets beste interesse.

Spørsmålet er om omskjæringen av guttebarnet kan anses å være "[in] the best interests of the child".

Avgjørelsen om hva som er i barnets beste interesse avhenger av det aktuelle barnet og av de konkrete omstendighetene ved saken. EMD uttaler at

"The child's best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences (...) For that reason, those best interests must be assessed in each individual case"¹¹⁶.

Barnekonvensjonen artikkel 12 viser til at «States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matter affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child».

Hvor inngrepet utføres på et eldre barn må det dermed kunne kreves at barnet selv får være med på avgjørelsen om inngrepet skal utføres.

Opgaven behandler imidlertid spørsmålet hvorvidt omskjæring av et spebarn er en krenkelse av barnas rettigheter etter EMK. Ettersom vurderingen må tas med utgangspunkt i det tidspunktet hvor barnet ble omskåret, altså på et tidspunkt barnet enda ikke er gammel nok til selv å ha noen mening om omskjæringen, vil vurderingen av hva kan anses å ha vært i barnets beste interesse tas på grunnlag av hvilken avgjørelse som for barn flest vil være i barnets beste interesse.

Hvorvidt inngrepet anses skadelig for barnets helse og utvikling.

EMD viser til at vurderingen av hvilken avgjørelse som anses å være i barnets beste interesse bygger på to forhold. Det første er at barnet sikres å vokse opp i et sunt miljø og beskyttes mot handlinger som må anses skadelige for barnets helse og utvikling. Det andre er at som utgangspunkt legges det til grunn at fellesskap- og sosial tilhørighet med sine foreldre er i barnets beste interesse.¹¹⁷

¹¹³ EMDs dom 12. september 2012 *Nada mot Sveits* avsnitt 169.

¹¹⁴ *Nada-dommen* avsnitt 170.

¹¹⁵ *Neulinger og Shuruk-dommen* avsnitt 134.

¹¹⁶ *Ibid.* avsnitt 138.

¹¹⁷ *Ibid.* avsnitt 136.

Barnekonvensjonen artikkel 24 nr 3 viser til: «(...) [it] shall [been] take[n] all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children».

Vedrørende hvilke avgjørelser som ikke kan anses å være i barnets beste interesse viser EMD til at "[i]n particular, a parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development".¹¹⁸

EMD uttaler seg i relasjon til foreldrenes rettigheter etter EMK artikkel 8. Samme hensyn må imidlertid legges til grunn ved vurderingen av hvilke handlinger foreldre kan ha adgang til å utføre med hjemmel i EMK artikkel 9 sett i forhold til de rettigheter barn må anses å ha.

Spørsmålet er om omskjæringsinngrepet skader barnets helse eller utvikling.

Ordlyden ved EMDs uttalelse «harm [to] the child's health and development» må vurderes å legge til grunn en nedre terskel for hvor små de negative konsekvensene ved et inngrep kan anses å være og fortsatt anses som «skadelige for barnets helse eller utvikling». Ordlyden «harm [to] the child's health and development» må begrense seg til negative konsekvenser av et visst omfang eller av en viss styrke, mens ubehag og mindre negative konsekvenser vurderes ikke å være omfattet av ordlyden.

EMD har uttalt om omskjæringspraksisen:

"[t]he Court observes, on a general note, that the rites and rituals of many religions [as circumcision practised on Jewish or Muslim male babies] may harm believers' well-being (...)".¹¹⁹

Uttalelsen viser til at EMD omtaler omskjæringsinngrepet som "harm to [the child's] well-being". EMD ordlegger seg imidlertid i milde termer ved å vise til at inngrepet "may harm [the child's] well-being". EMD viser ikke til at inngrepet "does harm" eller "definitely harm". Domstolen viser dessuten til at inngrepet er skadelig for barnets "well-being", noe som må vurderes mindre inngripende enn påført skade ved barnets "health and development".

EMD uttalte seg dessuten i relasjon til rettmessigheten av russiske domstolers tvangsoppløsning av trossamfunnet Jehovas Vitner og i relasjon til hvorvidt domstolenes nedlagte forbud mot samfunnets videre aktiviteter var et uforholdsmessig inngrep i de troendes religionsfrihet ved EMK artikkel 9, og ikke med hensyn til om omskjæring er et uforholdsmessig inngrep i barns rettigheter etter EMK artikkel 8.

Det kan ikke trekkes noen direkte konklusjoner basert på EMDs uttalelse om omskjæring av guttebarn om hvilket standpunkt EMD skulle komme til ved forholdsmessighetsvurderingen mellom EMK artikkel 9 og artikkel 8.

Spørsmålet er om faktorer som inngrepets karakter, aktuelle komplikasjonstyper etter inngrepet eller virkninger omskjæringen har for barnets fremtidige seksualliv må tilsi at inngrepet anses å medføre «harm [to] the child's health and development».

Smertene ved inngrepet vurderes som svært sterke. Smertene forsvinner imidlertid når såret gror, og normalt opplever ikke barnet noen form for smerte eller ubehag etter at såret har fått tid til å lege seg. Risikoen for komplikasjoner vurderes som lav og forskere konkluderer med at den typen komplikasjoner som forekommer ikke er alvorlige.¹²⁰

Selve smertene ved inngrepet og eventuelle komplikasjoner etter inngrepet kan ikke anses å medføre «harm the child's health and development».

Forskning viser til at omskjæringen utgjør små forskjeller ved de fleste aspekter av betydning for menns seksualliv, men med unntak av lengre latenstid før ejakulasjon og nedsatt sensitivitet. Det er imidlertid uenighet om endringene skal vurderes som å være positive eller negative.¹²¹

¹¹⁸ EMDs dom 8. juli 2003 *Sahin mot Tyskland* avsnitt 66.

¹¹⁹ Jehovas Vitner-dommen avsnitt 144.

¹²⁰ Prop. 70L pkt. 3.3.1. med videre henvisninger.

¹²¹ Senkul mfl. s. 155.

Endringene vurderes uansett ikke som å medføre så store negative konsekvenser for barnets fremtidige seksuelliv at inngrepet vurderes å medføre «harm the child's health and development».¹²²

Undersøkelsen ved Frisch mfl. gir imidlertid indikasjon på at omskjæringsinngrepet fører til jevnlig store ejakulasjonsvanskeligheter for omtrent 7 % av alle menn som omskjæres.¹²³ En slik konsekvens må vurderes å være av så stor negativ betydning for vedkommendes generelle livskvalitet at inngrepet anses å medføre «harm [to] the child's health and development».¹²⁴ Inngrepet vil i så tilfelle vurderes som et uforholdsmessig inngrep i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 sammenlignet med inngrepets religiøse betydning. En slik konsekvens vil dermed medføre at omskjæringen anses som en krenkelse av barnets rettigheter etter EMK artikkel 8.

Det må imidlertid kreves mer forskning på området før forskningsresultatene fra Frisch tillegges betydning ved den forholdsmessighetsvurderingen som gjøres mellom barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 og foreldrenes religionsfrihet etter EMK artikkel 9.

Betydningen av religiøs identitet og tilhørighet

EMD viser til at ved de fleste tilfeller vil det være i barnets beste interesse at "(...) the child's ties with its family [is] (...) maintained (...)".¹²⁵

Omskjæringen har fundamental betydning for de troende. Religion internaliseres som oftest av de troendes barn. Det er dermed størst sannsynlighet for at de omskårne barna selv vil tillegge omskjæringen stor religiøs vekt når de blir eldre.

Hva som er til barnets beste avhenger av hvor store negative innvirkninger omskjæringen har for barnet veiet mot de sosiale og religiøse fordelene som følger med inngrepet. Hvor inngrepet ikke anses som særlig tyngende for barnet vil praksisen måtte godtas med hensyn til den religiøse betydningen av inngrepet.

Omskjæring innebærer et inngrep i barnets selvbestemmelsesrett ved at barnet ikke får mulighet til å ta avgjørelsen selv. Et mulig utfall er at barnet påføres et religiøst symbol for en religion han i voksen alder ikke identifiserer seg med. Inngrepet medfører dessuten nedsatt sensitivitet med hensyn til barnets fremtidige seksuelliv. Det er dermed stor mulighet for at barn som vokser opp som ikke-religiøse, i voksen alder vil føle seg frarøvet muligheten for et optimalt seksuelliv.¹²⁶ Konsekvensene ved omskjæringen vil meget mulig oppleves som et inngrep i selvbestemmelsesretten.

Det kan imidlertid tenkes at barn som senere tar opp foreldrenes religiøse tro, i det tilfelle foreldrene ikke har fått omskjære barnet, vil føle at de har blitt frarøvet et viktig aspekt ved det religiøse trosliv og et viktig aspekt for tilhørighetsfølelsen til trossamfunnet.

Et liv i overensstemmelse med religionens spilleregler gir den troende følelse av mening, identitet og felleskap. Motsatt vil et samfunn hvor den enkelte fratras muligheten til å leve i tråd med egen overbevisning gi den troende følelse av indre disharmoni, skam og opplevd mangel på selvbestemmelse, som igjen kan føre til depresjon eller fiendtlighet. Frihet til å leve i samsvar med sin religion er svært viktig for at den enkelte.

Omskjæringspraksisen omtales av de troende som "a fundamental element of our tradition and obligation as Jews".¹²⁷ Praksisen har grunnlag i Toraen og anses bindende for de troende. Troslærde viser til "(...) What God tells us to do, we must do".¹²⁸ Det mosaiske trossamfunn opplyser om at "omskjæringen er den viktigste faktoren i dannelsen av den jødiske identitet. Omskjæring omtales dessuten som en av farens viktigste forpliktelser overfor sin sønn".¹²⁹

¹²² Sahin-dommen avsnitt 66.

¹²³ Frisch mfl. s. 1367.

¹²⁴ Ibid. s. 1375 med videre henvisninger.

¹²⁵ Neulinger og Shuruk-dommen avsnitt 136.

¹²⁶ Se Boyle mfl. s. 334.

¹²⁷ Web6: The Guardian.

¹²⁸ Web4: BBC2.

¹²⁹ Prop. 70 L pkt 3.1.

Omskjæringspraksisens fundamentale betydning for jødene gjenspeiles ved at ritualer utføres av omtrent hele det jødiske og muslimske folk.¹³⁰ Omskjæringen er således svært viktig for de troende.

Sett hen til den fundamentale betydningen omskjæringen av menn har for tros livet og tilhørighetsfølelsen for de troende, må det antas at en muslimsk eller jødisk mann som ikke har blitt omskåret, vil oppleve mangelen på omskjæring som en større negativ konsekvens for tros livet hans, enn det en omskåret ikke-religiøs person vil oppleve at omskjæringen innebærer av negative konsekvenser for ham.

Det at de aller fleste omskårne fedre velger det samme for sine sønner må tolkes som at de fleste omskårne religiøse menn vurderer fordelene ved omskjæringen som større enn ulempene. Motsatt viser mange omskårne kvinner til at de ikke ønsker det samme for sine døtre.¹³¹ Dette må tolkes som at mange omskårne kvinner ikke vurderer omskjæringen å være i døtrenes beste interesse.

Barn vil få ulike meninger om inngrepets betydning avhengig av om de selv vokser opp som troende. Individuelle forskjeller med hensyn til hvordan barnet selv vil vurdere inngrepet når det er blitt eldre sett i forhold til at avgjørelsen om omskjæring må tas på et tidspunkt hvor barnet ennå ikke er gammel nok til å ha noen mening, gjør det svært vanskelig å finne klare svar på spørsmålet om hvilken avgjørelse som i det konkrete tilfellet vil være i barnets beste interesse.

Ettersom spørsmålet om det er «necessary» å gjøre inngrep i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 av hensyn til foreldrenes religionsfrihet ved EMK artikkel 9 i stor grad knytter seg opp til avgjørelsen om omskjæringen kan anses å være i barnets beste interesse, og ettersom det ikke finnes noe klart svar på det spørsmålet, finnes det heller ingen klare svar på hvordan barnas rettigheter etter EMK artikkel 8 skal vektas i forhold til foreldrenes rettigheter etter EMK artikkel 9 med hensyn til spørsmålet om omskjæring.

4.3.5 Statens skjønnsmargin

Statene har ulik historisk og religiøs bakgrunn og ulike forutsetninger med hensyn til populasjonssammensetning. De ulike statene har derfor ulike religionspolitiske utfordringer å forholde seg til. Statenes ulike forutsetninger vil medføre at statene kan ha ulik oppfatning om hvordan religionsfriheten bør vektas mot andre, kolliderende rettigheter.

Et grunnleggende prinsipp ved folkeretten er at hver stat har eksklusiv myndighet over eget territorium. Av hensyn til suverenitetsprinsippet og til statenes ulike forutsetninger lar EMD i stor grad den påklagede stat selv avgjøre hvorvidt det er «necessary» å gjøre inngrep i religionsfriheten eller i andre rettigheter.

Eksempelvis anså EMD avgjørelsen om å tillate krusifiks i offentlige rom av hensyn til landets sterke katolske kulturarv (Italia), og avgjørelsen om å forby religiøse hodeplagg ved offentlige skoler av hensyn til landets utfordringer knyttet til islamsk fundamentalisme (Tyrkia) å ligge innenfor statenes skjønnsmargin.¹³²

Akkurat hvor stor skjønnsmargin EMD overlater til staten i den enkelte sak varierer imidlertid med hensyn til hvilket rettsområde man befinner seg på, og hvor viktig den rettigheten det gjøres inngrep i anses å være.¹³³

Med hensyn til adgangen til å gjøre inngrep i religionsfriheten viser EMD til:

“The Court (...) reiterates that the State's duty of neutrality and impartiality prohibits it from assessing the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed or manifested. (...) Accordingly, the State has a narrow margin of appreciation and must advance serious and compelling reasons for an interference with the choices that people may make in pursuance of the religious standard of behaviour within the sphere of their personal autonomy”.¹³⁴

En artikkel omhandlende religionspolitikk konkluderer imidlertid med at “Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) gir statene en romslig skjønnsmargin og tillater at religionspolitikken

¹³⁰ WHO 2007, s. 3, pkt. 1.2.1.

¹³¹ UNICEF 2013, s. 54.

¹³² Se EMDs dom 18. mars 2011 *Lautsi mfl mot Italia* og EMDs dom 10. november 2005 *Leyla Sahin mot Tyrkia*.

¹³³ Pretty-dommen avsnitt 70.

¹³⁴ Jehovas Vitner-dommen avsnitt 119.

forblir påvirket av landenes ulike historie og pragmatiske vurderinger”.¹³⁵ Artikkelen kan tyde på at selv om EMD viser at statene har en snever skjønnsmargin på det religionspolitiske området, er kanskje tilfellet noe annet i praksis.

EMD viser til at: “An interference may be justified in the light of paragraph 2 of Article 9 if their choices are incompatible with the key principles underlying the Convention, such as, for example (...) if they are imposed on the believers by force or coercion, against their will”.¹³⁶

EMD viser her til at det kan gjøres inngrep i religionsfriheten hvor religionen påtvinges andre. Ved Leyla Sahin viste EMD til at Tyrkia kunne forby religiøse hodeplagg på offentlige universiteter av hensyn til at kvinnelige elever på universitetene skulle slippe å utsettes for press om å underordne seg fundamentalistiske levereregler.

Guttebarna som omskjæres utsettes klart for tvang. Inngrepet er irreversibelt og høyst inngripende. Sett hen til at EMD tillater Tyrkia å gjøre inngrep i religionsfriheten av hensyn til at universitetselever ikke skal utsettes for religiøst press, må statene ha adgang til å vedta et omskjæringsforbud for å skåne barn fra å påtvinges et høyst inngripende, irreversibelt inngrep.

Det ligger innenfor statens skjønnsmargin å forby omskjæringsinngrepet av hensyn til barnets rettigheter ved EMK artikkel 8.

Spørsmålet er om det ligger innenfor statens skjønnsmargin å gjøre inngrep i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 ved at omskjæringsinngrepet fremdeles tillates.

Med hensyn til statenes skjønnsmargin ved moralske og etiske vurderinger har EMD uttalt:

“Today, (...) it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era, characterised as it is by a far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them”.¹³⁷

Ved A, B og C-dommen hevdet kvinner sine rettigheter til privatliv etter EMK artikkel 8 krenket av Irlands lovforbud mot abort. EMD vektet kvinnes rettigheter mot Irlands behov for ved lovforbud å respektere befolkningens fordømmende holdninger til abort. EMD godtok her abortforbudet av hensyn til statenes store skjønnsmargin ved spørsmål som reiser moralske vurderinger.

Med hensyn til om Irlands lovgivning mot abort var konvensjonsmessig viser EMD til: “There can be no doubt as to the acute sensitivity of the moral and ethical issues raised by the question of abortion or as to the importance of the public interest at stake. A broad margin of appreciation is, therefore, in principle to be accorded to the Irish State (...)”.¹³⁸

Omskjæringen av guttebarn på religiøst grunnlag reiser klart moralske og etiske vurderinger, noe som taler for å anse avgjørelsen å ligge innenfor statens skjønnsmargin.

EMD viser imidlertid til at hvor det foreligger konsensus blant statene om adgangen til inngrep i borgernes rettigheter vil dette kunne snevre inn statens skjønnsmargin på det aktuelle området.¹³⁹ EMD uttaler:

«Where, (...) there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider”.¹⁴⁰

Spørsmålet er om det foreligger europeisk konsensus om rettmessigheten av omskjæringsinngrepet som taler for å snevre inn statenes skjønnsmargin på det aktuelle området.

¹³⁵ Horsfjord (2013), «Religionspolitikk i Europa», *Teologisk Tidsskrift*, nr. 04, s. 337 – 359 (s. 337).

¹³⁶ Jehovas Vitner-dommen avsnitt 119.

¹³⁷ EMDs dom 24. mai 1988 *Müller mfl. mot Sveits* avsnitt 35. Se også A, B og C-dommen.

¹³⁸ A, B og C-dommen avsnitt 232.

¹³⁹ *Ibid.* avsnitt 234 og 235.

¹⁴⁰ *Ibid.* avsnitt 232.

Omskjæringen er lovlig i alle land, noe som kan tolkes som konsensus blant myndighetene om inngrepets lovlighet.

De siste årene er det imidlertid blitt større uenighet om omskjæringen kan forsvares med hensyn til foreldrenes religionsfrihet.

Det kan ikke anses å foreligge noe europeisk konsensus som eventuelt ville ha innsnevret statenes skjønnsmargin ved vurderingen av om det er «necessary» å gjøre inngrep i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 av hensyn til religionsfriheten.

Videre viser EMD til at konsensus heller ikke vil være avgjørende for om vurderinger anses å ligge innenfor statenes skjønnsmargin.¹⁴¹ Ved A, B og C-dommen kom EMD til at Irlands abortforbud lå innenfor statens skjønnsmargin selv om lovgivningen på dette punktet var langt strengere enn ved andre stater.

Det ligger innenfor statenes skjønnsmargin å bestemme at omskjæringspraksisen fortsatt skal få fortsette av hensyn til foreldrenes religionsfrihet.

Det ligger innenfor statenes skjønnsmargin å avgjøre om omskjæringen av guttebarn skal tillates av hensyn til at omskjæringen anses «necessary» av hensyn til foreldrenes religionsfrihet.

4.4 Konklusjon

Det avgjørende ved vurderingen av om omskjæringen innebærer en krenkelse av barnets vern etter EMK artikkel 8 er om inngrepet kan anses å være i barnets beste interesse. Det finnes ingen klare svar på spørsmålet.

Ettersom EMD i stor grad gir statene frihet til selv å finne løsninger på spørsmål som reiser moralske vurderinger taler dette for at statene står fritt ved vektingen av foreldrenes religionsfrihet mot barnets selvbestemmelsesrett til selv å komme med en konklusjon.

Ved at avgjørelsen om omskjæring anses å ligge innenfor statenes skjønnsmargin anses ikke omskjæringen som en krenkelse av barnets rettigheter etter EMK artikkel 8.

¹⁴¹ A, B og C-dommen avsnitt 236.

5 Avsluttende bemerkning

Omskjæringspraksisen anses ikke som en krenkelse av barnets rettigheter verken etter EMK artikkel 3 eller artikkel 8.

Konsensusen er svært stor innen jødedommen og islam med hensyn til omskjæringens fundamentale betydning. Hvor religiøse tvinges til å velge mellom å etterleve Guds krav og statens lovregler er det stor sannsynlighet for at de velger å etterleve Guds krav. Det er derfor grunn til å tro at omskjæringen vil fortsette selv om den norske stat skulle straffesanksjonere omskjæringshandlingen.

Et straffeforbud vil kunne føre til at omskjæringspraksisen går under jorda, og at barna blir utsatt for mer skadelige inngrep enn i det tilfelle inngrepet ble utført av fagpersonale under forsvarlige forhold.

Selv om Norge ved et lovforbud mot omskjæringen vil kunne være et foregangsland for barns rettigheter kan det dermed være mer hensiktsmessig med en pragmatisk tilnærming.

Den norske legeförening gir uttrykk for en passende tilnærming til omskjæringsproblematikken:

«[D]et er flere hensyn som tilsier at rituell omskjæring av gutter [bør] forbys". (...) [T]iden er [imidlertid] ikke (...) moden for at det vedtas et lovforbud (...).¹⁴²

¹⁴² NOU 2013:1 pkt. 19.5.2.3.

6 Litteraturliste

6.1 Lover

Kjønnslemlestelsesloven.

Lov 15. Desember 1995 nr 74 om forbud mot kjønnslemlestelse. (Kjønnslemlestelsesloven). Loven setter forbud mot kjønnslemlestelse av kvinner.

6.2 Forarbeider

NOU 2013: 1

NOU 2013: 1 Det livssynsåpne samfunn. En helhetlig tros- og livssynspolitikk.

Ot.prp. nr.50

Ot.prp. nr. 50 (1994 – 1995) Om lov om forbud mot kjønnslemlestelse (omskjæring av kvinner).

Prop. 70 L.

Prop. 70. L (2013 – 2014) Proposisjon til Stortinget. (forslag til lovvedtak) Lov om rituell omskjæring av gutter.

6.3 Konvensjoner

Barnekonvensjonen.

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989. Vedlegg nummer 8 til Menneskerettighetsloven ved lov 21. mai 1999 nr 30.

EMK.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004. Vedlegg nummer 1 i Menneskerettsloven ved lov 21. mai 1999 nr 30.

Wienkonvensjonen.

Wienkonvensjonen om tolkning av konvensjoner av 23. mai 1969, Wien. I kraft 27. januar 1980.

6.4 Dommer og avgjørelser ved EMD

A, B og C.

A, B og C mot Irland, European Court of Human Rights, Application No. 25579/05 (Grand Chamber Judgment, Strasbourg, 16. desember 2010).

Arkhestov mfl.

Arkhestov mfl. mot Russland, European Court of Human Rights, Application No. 22089/07 (Judgment, Strasbourg, 16. januar 2014).

Bevacqua og S.	Bevacqua og S mot Bulgaria, European Court of Human Rights, Application No. 71127/01 (Judgment, Strasbourg, 12. juni 2008).
Campbell og Cosans.	Campbell og Cosans mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 7511/76; 7743/76 (Judgment, Strasbourg, 25. februar 1982).
Ciorap.	Ciorap mot Moldova, European Court of Human Rights, Application No. 12066/02 (Judgment, Strasbourg, 19. juni 2007).
Collins og Akaziebie.	Collins og Akaziebie mot Sverige, European Court of Human Rights, Application No. 23944/05 (Court decision, Strasbourg, 8. mars 2007).
D.P. og J.C.	D.P og J.C mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 38719/97 (Judgment, Strasbourg, 10. oktober 2002).
Izevbekhai mfl.	Izevbekhai mfl mot Irland, European Court of Human Rights, Application No. 43408/08 (Court decision, Strasbourg, 17. mai 2011).
Jalloh.	Jalloh mot Tyskland, European Court of Human Rights, Application No. 54810/00 (Judgment, Strasbourg, 11. juli 2006).
Jehovas Vitner ved Moskva mfl.	Jehovas Vitner ved Moskva mfl. mot Russland, European Court of Human Rights, Application No. 302/02 (Judgment, Strasbourg, 10. juni, 2010).
Juhnke.	Juhnke mot Tyrkia, European Court of Human Rights, Application No. 52515/99 (Judgment, Strasbourg, 13. mai 2008).
Kruslin.	Kruslin mot Frankrike, European Court of Human Rights, Application No. 11801/85 (Judgment, Strasbourg, 24. april 1990).
Lautsi mfl.	Lautsi mfl. mot Italia, European Court of Human Rights, Application No. 30814/06 (Judgment, Strasbourg, 18. mars 2011).
Leyla Sahin.	Leyla Sahin mot Tyrkia, European Court of Human Rights, Application No. 44774/98 (Judgment, Strasbourg, 10. november 2005).
Müller mfl.	Müller mfl. mot Sveits, European Court of Human Rights, Application No. 10737/84 (Judgment, Strasbourg, 24. mai 1988).
Nada.	Nada mot Sveits, European Court of Human Rights, Application no. 10593/08 (Judgment, Strasbourg, 12. september 2012).
Neulinger og Shuruk.	Neulinger og Shuruk mot Sveits, European Court of Human Rights, Application no. 41615/07 (Judgment, Strasbourg, 6. juli 2010).
Pretty.	Pretty mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 2346/02 (Judgment, Strasbourg, 29. april 2002).
Sahin.	Sahin mot Tyskland, European Court of Human Rights, Application No. 30943/96 (Judgment, Strasbourg, 8. juli 2003).
Tyrer.	Tyrer mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 5856/72 (Judgment, Strasbourg, 25. april 1978).

V.	V mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 24888/94 (Judgment, Strasbourg, 16. desember 1999).
Van der Ven.	Van der Ven mot Nederland, European Court of Human Rights, Application No. 50901/99 (Judgment, Strasbourg, 4. februar 2003).
V.C.	V.C. mot Slovakia, European Court of Human Rights, Application No. 18968/07 (Judgment, Strasbourg, 8. november 2011).
X og Y.	X og Y mot Nederland, European Court of Human Rights, Application No. 8978/80 (Judgment, Strasbourg, 26. mars 1985).
Y.F.	Y.F. mot Tyrkia, European Court of Human Rights, Application No. 24209/94 (Judgment, Strasbourg, 22. juli 2003).

6.5 Uttalelser fra WHO og UNICEF

UNICEF 2005.	UNICEFs rapport om omskjæring av kvinner: United Nations Children's Fund, "Female Genital Mutilation/Cutting, A statistical exploration" (2005). ISBN-13: 978 92 806 3941 4. Tilgjengelig ved: http://www.unicef.org/publications/files/FGM-C_final_10_October.pdf [lastet ned 31.05.14].
UNICEF 2013.	UNICEFs rapport om omskjæring av kvinner: United Nations Children's Fund, "Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change", UNICEF, New York, 2013. ISBN 978 92 806 4703 7. Tilgjengelig ved: http://www.unicef.org/media/files/FGCM_Lo_res.pdf [lastet ned 31.05.14].
WHO 2007.	WHO's rapport om omskjæring av menn: World Health Organization and Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, 2007: "Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability." (2007). ISBN 978 92 4 159616 9 (WHO). Tilgjengelig ved: http://whqlibdoc.who.int/publications/2007/9789241596169_eng.pdf?ua=1 [lastet ned 31.05.14].

6.6 Bøker og artikler

Aall.	Jørgen Aall. <i>Rettsstat og Menneskerettigheter</i> . 3. utgave, 2011, Bergen, Fagbokforlaget.
Boyle mfl.	Gregory J. Boyle, Ronald Goldman, J. Steven Svoboda og Ephrem Fernandez: "Male Circumcision: Pain, Trauma and Psychosexual Sequelae", <i>Journal of Health Psychology, An Interdisciplinary, International Journal</i> , Volume 07, Issue 03, 1. mai 2002. Tilgjengelig ved: http://www.cirp.org/library/psych/boyle6/ [lastet ned 31.05.14].
DeLaet.	Debra L. DeLaet: "Framing Male Circumcision as a Human Rights

- Issue? Contribution to the Debate Over the Universality of Human Rights”, *Journal of Human Rights*, Volume 8, Issue 4, 2009, s. 405 – 426. Tilgjengelig ved: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14754830903324795> [lastet ned 31.05.14].
- Frisch mfl. Morten Frisch, Morten Lindholm og Morten Grønæk: “Male circumcision and sexual function in men and women: a survey-based, cross-sectional study in Denmark”, *Oxford Journals, International Journal of Epidemiology*, Volume 40, Issue 5, 2011, s. 1367 – 1381. Tilgjengelig ved: <http://ije.oxfordjournals.org/content/40/5/1367.full> [lastet ned 31.05.14].
- Horsfjord. Vebjørn L Horsfjord: ”Religionspolitikk i Europa”, *Teologisk Tidsskrift*, nr 04, 2013. Tilgjengelig ved: http://www.idunn.no/ts/tt/2013/04/religionspolitikk_i_europa?highlight=#highlight [lastet ned 31.05.14].
- Pirjola. Jari Pirjola: “Freedom of Religion in Multi-Faith Europe: Protecting Universal or Western Sensibilities?”, *Nordic Journal of Human Rights*, nr 01, 2011. Tilgjengelig ved: <http://www.idunn.no/ts/ntmr/2011/01/art01?highlight=#highlight> [lastet ned 31.05.14].
- Senkul mfl. Temuçin Şenkul, Cüneyt İşerî, Bülent Şen, Kenan Karademir, Firat Saraçoğlu og Doğan Erden: “Circumcision in adults: effect on sexual function”, *Urology*, Volume 63, Issue 1, januar 2004, side 155–158. Tilgjengelig ved: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0090429503009269> [lastet ned 31.05.14].

6.7 Aviser

- Web1: Aftenposten1. Aftenposten 12. mai 2012: ”Gutt døde etter omskjæring i Oslo”. Tilgjengelig ved: <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Gutt-dode-etter-omskjaring-i-Oslo-6827154.html> [lastet ned 31.05.14].
- Web2: Aftenposten 2. Aftenposten 19. mai 2014: «Vi vet for lite om skadene etter omskjæring». Tilgjengelig ved: <http://www.aftenposten.no/helse/--Vi-vet-for-lite-om-skadene-etter-omskjaring-7572369.html> [lastet ned 31.05.14].
- Web3: BBC1. BBC: “German circumcision ban: Is it a parent's right to choose?”. 13. juli 2012. Tilgjengelig ved: <http://www.bbc.com/news/magazine-18793842> [lastet ned 31.05.14].
- Web4: BBC2. BBC: ”Dutch Jews and Muslims fight for circumcision right”, 3. november 2011. Tilgjengelig ved: <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-15486834> [lastet ned 31.05.14].
- Web5: Deutsche Welle. Deutsche Welle: 12. desember 2012: ”Circumcision remains legal

in Germany”. Tilgjengelig ved: <http://www.dw.de/circumcision-remains-legal-in-germany/a-16399336> [lastet ned 31.05.14].

Web6: The Guardian.

The Guardian: ”Israel condemns Council of Europe resolution on ritual circumcision”, 7 oktober 2013. Tilgjengelig ved: <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/07/israel-council-of-europe-resolution-ritual-circumcision> [lastet ned 31.05.14].

6.8 Andre kilder

Lindgaard Johansen.

Ingrid Elisabeth Lindgaard Johansen: “Rituell omskjæring av gutter i Norge, Argumentasjon og utfordringer knyttet til regjeringens forslag om lovregulering”, Institutt for kulturstudier og orientalske språk, Universitetet i Oslo, Masteroppgave, Vår 2012. Tilgjengelig ved: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/23953/Masteroppgave.pdf?sequence=2> [lastet ned 31.05.14].

Store Norske leksikon.

Store Norske Leksikon. Tilgjengelig ved: <http://sml.sn.no/omskjæring> [lastet ned 31.05.14].