

# Omskjæring – et spørsmål om folkerettslig metode

AV HADI STRØMMEN LILE

*Redaktør, Kritisk Juss  
Førsteamanuensis, Høgskolen i Østfold  
E-post: hadi.s.lile@hiiof.no*

**SAMMENDRAG:** Kirsten Ketscher hevder at vi må forkaste dagens hierarkiske og tekniske rettskildelære til fordel for en mer argumentativ rett. Det åpner for en mer subjektiv rett som favoriserer flertallets rasjonalitet. Debatten om omskjæring av guttebarn er et godt eksempel på hvordan flertallets verdier og følelser har fått uvanlig stort spillerom i Norge, basert på en argumentativ rettskildelære.

**NØKKELORD:** Omskjæring, argumentativ rett, rettskildelære, folkerett, kontekstuell tolkning

I sommer kastet jeg meg inn i debatten om omskjæring av guttebarn.<sup>1</sup> Mitt standpunkt var at omskjæring av guttebarn er fullt ut lovlig og verken i strid med FNs barnekonvensjon eller andre menneskerettighetskonvensjoner. Jeg er vant til et hardt debattklima, men her måtte jeg stå i en flodbølge av sterke personangrep i sosiale medier og i kommentarfeltene, som blant annet gikk på min (manglende) moral, skam og kompetanse.

Hovedspørsmålet er om omskjæring av guttebarn er i strid med FNs barnekonvensjon. Hvis det er tilfellet, vil omskjæring nødvendigvis også i praksis være forbudt for foreldre å gjennomføre, fordi FNs barnekonvensjon er inkorporert i menneskerettsloven<sup>2</sup> med forrang framfor annen lov, inkludert Lov om rituell omskjæring av gutter.

---

1. Hadi Strømmen Lile, «Omskjæring av guttebarn er ikke et brudd på FNs barnekonvensjon. Hadde det vært det, hadde det vært ulovlig» (*Aftenposten* 21. juli 2018).

2. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Under denne debatten ligger en større debatt om folkerettslig metode. De fremste juristene som hevder at omskjæring av guttebarn er i strid med FNs barnekonvensjon, bygger sin argumentasjon på en argumentativ rettskildelære. Jeg bygger i større grad på en mer tradisjonell rettspositivistisk forståelse av retten. Ronald Dworkin omtaler det som såkalt teoretisk uenighet, altså en uenighet om selve premissene for hvordan man tolker loven.<sup>3</sup>

Jeg skal forsøke å forklare hva denne teoretiske uenigheten bunner i, hvordan den preger debatten om omskjæring, og hvorfor jeg mener det bærer galt av sted.

## Den argumentative rett

En teoretisk uenighet handler ikke om hvordan man skal forstå faktum eller hva det juridiske spørsmålet er, men om hvilke rettskilder man legger til grunn, og hvordan man går fram når man skal tolke loven – kort sagt et spørsmål om rettskildelære.

Tradisjonelt har rettspositivismen stått sterkest i de fleste vestlige land. Det har vært den sosialt mest aksepterte metoden blant jurister og den domstolene i overveiende grad legger til grunn. Det handler om at man skiller mellom hva som er rettfærdig eller godt i seg selv, og hva loven er – at loven er et produkt av mennesker. I folkerettslig forstand innebærer det at man ser på konvensjoner som statlige avtaler der tolkningen i stor grad handler om å finne hvor konsensus mellom statene om konvensjonene omtrent ligger.<sup>4</sup> Ethvert avvik fra dette metodiske grunnfjellet blir fort møtt med kritikk for aktivisme. River Hustad skriver for eksempel dette når hun skal rettfærdiggjøre sitt valg av metode for sin ph.d.:

Remaining within the canonical method of legal analysis is essential in order to maintain the basic credibility of this study. It is for these reasons that this study adopts as its methodology International Legal Positivism.<sup>5</sup>

David Dyzenhaus skriver at «[l]egal positivist today form by far the biggest camp within legal theory».<sup>6</sup> I den etter hvert så berømte artikkelen til Steven Ratner og Anne-Marie Slaughter skriver de at «[i]t remains the lingua franca of most inter-

3. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Bloomsbury 1998), s. 46.

4. Det er ikke snakk om full konsensus. Ellers ville aldri noen staters praksis være i strid med noen konvensjoner. Det er mer snakk om en form for konsensus basert på hvor et flertall av statene er. Konvensjoner er avtaler mellom statene, og det er viktig for tolkningen. Men man kan ikke bygge på en tolkning av hvilken forståelse partene hadde den gangen avtalen ble inngått, men må søke å finne ut hvor forståelsen er i dag.

5. River Hustad, «Government Belongs Where There is Poverty: The Obligations of States in International Human Rights Law to Break the Chains of Poverty» (ph.d., Universitetet i Oslo 2017), s. 20.

6. David Dyzenhaus, «Positivism's Stagnant Research Programme» (2000) Vol. 20/4 *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 719.

national lawyers».<sup>7</sup> Selv Ronald Dworkin, som har gjort det til en livsoppgave å forsvare naturretten, innrømmer at rettspositivismen dominerer.<sup>8</sup>

En annen, i tillegg til Dworkin, som utfordrer rettspositivismen, er Kirsten Ketscher. Hun argumenterer for en såkalt argumentativ rettsanvendelse, til forskjell fra en mer nasjonal-positivistisk rettsanvendelse. Fordi det, ifølge Ketscher, har skjedd en «denasjonalisering» av retten, der hun mener nasjonale fora ikke i like sterk grad er i førerretet når det gjelder rettsproduksjonen, er det mer uklart hvem som er den ubestridte «lovgiver», og derfor må vi forkaste de gamle hierarkiene i jussen. Hun forklarer at

[h]ierarkiene er ikke vilkårlige og ubegrunnede, men pointen er, at fortolkning og rettsanvendelse risikerer at få en teknisk karakter, når de løses ved hjelp af mekaniske ræsonnementer. Den værdibaserede argumentation, som bl.a. denationaliseringen presser frem, får derfor meget ringe betingelser. Vi lever i en tid, hvor der er brydninger mellem en gammel og en ny tids juridiske forestillingsverden og mellem opfattelser af rigtighed og relevans af retlige sammenhænge.<sup>9</sup>

Nasjonale domstoler og parlamenter har fått konkurranse fra «ikke-nasjonale» domstoler og politiske fora. Ifølge Ketscher kan disse ikke innordnes i et hierarki. Hun forklarer:

Jeg mener således ikke, at man uden videre kan fastslå, at Menneskeretsdomstolen er overordnet nationale domstole. [...] Det afgørende vil i høyere og høyere grad være en retlig validering af den argumentation, der ligger til grund for et resultat. [...] Argumenter bliver nøgleordet i stedet for hierarkier. Autoriteten bindes ikke til den hierarkiske, men til den argumentative værdi.<sup>10</sup>

I dette landskapet har ikke nasjonal lovgiver lenger en selvsagt førsteprioritet. Den rettslige diskusjon blir, som en følge av dette også, ifølge Ketscher, i høyere grad «verdimelessig basert».<sup>11</sup> Hun snakker først og fremst om verdier tuftet på grunnleggende menneskerettigheter, og verdier som er relevante i en rettslig sammenheng.

I en berømt sak fra New York var det spørsmål om Elmer Palmer kunne arve sin rike bestefar selv om han hadde myrdet ham nettopp for å forhindre at han skulle

7. Steven Ratner & Anne-Marie Slaughter, «Appraising the Methods of International Law» (93 Am. J. Int'l L. 291), s. 293.

8. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Bloomsbury 1998), s. 121.

9. Kirsten Ketscher, *Socialret: prinsipper, rettigheter og verdier* (3. utg. Forlaget Thomson 2008), s. 164.

10. *Ibid.*, s. 165.

11. *Ibid.*

endre på testamentet. Det stod ingenting i arveloven om den som med overlegg hadde myrdet avdøde, kunne arve vedkommende. Flertallet kom likevel fram til at Elmer ikke kunne arve sin bestefar. Dommer Earl bygde sin argumentasjon på et argument om at generelle prinsipper om rettferdighet i lovverket tilsa at ingen bør tjene på den urett man begår. Dommer Grey tok dissens og mente det ikke var grunnlag for å trekke inn noe slikt prinsipp. Han sa blant annet at retten i praksis var bedt om å lage et nytt testamente, noe retten ikke hadde anledning til.<sup>12</sup> Ronald Dworkin forklarer blant annet at «[I]aw students reading his opinion now are mostly contemptuous of that way of constructing a statute from text; they say it is an example of mechanical jurisprudence».<sup>13</sup> Argumentene til dommer Grey blir sett på som mekaniske, og Dworkin argumenterer, i likhet med Ketscher, for at man må legge vekt på generelle rettsprinsipper i slike saker.

Som et premiss for sin motargumentasjon mot den tradisjonelle rettspositivismen hevder Ketscher også at det ligger til grunn en forståelse av maktfordelingsprinsippet basert på at den utøvende og den dømmende makt er «underordnet» den lovgivende makt.<sup>14</sup>

## Ordlyden

Hva har så dette med omskjæring av guttebarn å gjøre? Saken er den at de som mener omskjæring av guttebarn er i strid med FNs barnekonvensjon, utelukkende bygger sin sak på en ren tolkning av ordlyden i selve konvensjonen, slik de leser den. Det finnes ingen stater i verden som har innført forbud mot slik omskjæring, ingen konvensjoner eller erklæringer som sier noe om det, og ingen konvensjonsorganer eller domstoler som har forfektet en slik tolkning av folkeretten, inkludert FNs barnekonvensjon (BK). FNs barnekomité har ikke i noen generelle kommentarer eller «concluding observations» overfor noen stater hevdet av omskjæring av guttebarn er i strid med konvensjonen. Alle barneombud i Norden og framtrepende jurister hevder likevel det er nok å bare bygge på en tolkning av ordlyden i konvensjonen.<sup>15</sup>

12. *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506 22. N.E 188 – 1889).

13. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Bloomsbury 1998) s. 18.

14. Kirsten Ketscher, *Socialret: prinsipper, rettigheter og verdier* (3. utg. Forlaget Thomson 2008), s. 165.

15. I 2013 undertegnet Barneombudet sammen med alle de andre nordiske barneombudene en erklæring der de hevder at omskjæring av guttebarn er i strid med FNs barnekonvensjon: <http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2013/09/Felles-uttalelse-fra-de-nordiske-barneombudene-og-barnemedisinske-eksperter-om-omskj%C3%A6ring-av-gutter.pdf> I 2014 skrev Mats Liland, i samarbeid med blant annet Merete Havre og Julia Köhler-Olsen, en kronikk i der de hevder at omskjæring er i strid med konvensjonen: Mats Liland, et. al. 'Rituell omskjæring krenker barns rettigheter' (Aftenposten 1. april 2014): <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/15j7/Rituell-omskjering-krenker-barns-rettigheter>

De mener ordlyden er klar nok i seg selv. Argumentene bygger – blant annet – på en forståelse av folkeretten som er inspirert av Ketschers argumentative rettskildelære. Grunnen til at jeg sier det, er at Julia Köhler-Olsen har vært en av dem som har gått i bresjen for en slik tolkning av FNs barnekonvensjon, og hun bygde i stor grad sin doktoravhandling på en slik rettskildelære.<sup>16</sup>

Det finnes mange gode argumenter for omskjæring hvis man bare leser ordlyden. Jeg skal her kort forklare hovedargumentene for at omskjæring er forbudt. Jeg vil også inkludere motargumenter for å vise kompleksiteten i saken, slik at jeg deretter kan komme til betydningen av å legge vekt på andre rettskilder.

BK artikkel 24 (3) slår fast at staten skal «abolishing traditional practices prejudicial to the health of children». Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med BK artikkel 2 som forbyr kjønnsdiskriminering. BK artikkel 24 (3) var i stor grad nettopp myntet på omskjæring av jentebarn.<sup>17</sup> Alle former for omskjæring av jentebarn er i strid med konvensjonen. Noen former for omskjæring av jentebarn er ikke så alvorlige og kan sammenlignes med omskjæring av guttebarn. Er det da ikke et brudd på ikke-diskrimineringsprinsippet å tillate omskjæring av guttebarn?

BK artikkel 24 (3) må holdes opp mot FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 18 (4), som slår fast «the liberty of parents [...] to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions». Her kan også nevnes BK artikkel 5 og artikkel 14 (2) om foreldres plikt og rett til å oppdra sine barn. Spørsmålet er hva som veier tyngst. På den ene siden er spørsmålet hvor skadelig omskjæring av guttebarn er for deres helse, og på den andre siden hvilke konsekvenser et forbud vil få for hensynet til foreldres rett til religionsfrihet og deres rett og plikt til å bestemme hva som er best for deres barn, i tråd med deres overbevisning. Når det gjelder kjønnsdiskriminering, blir det også relevant å spørre seg om det er noen forskjeller knyttet til hensynene som må vektes opp mot hverandre.

For det første er det religiøse grunnlaget helt forskjellig for disse to gruppene. Gud sier til Abraham: «Dette er pakten mellom meg og dere [...]. Dere skal skjære bort forhuden, og det skal være et tegn på pakten mellom meg og dere. I generasjon etter generasjon skal hver gutt omskjæres når han er åtte dager gammel.»<sup>18</sup> Når det gjelder gutter, er det altså selveste tegnet på Guds pakt. Forstander Ervin

16. Julia Köhler-Olsen, «Barnets rett til selvbestemmelse i forhold til religiøse normer» (ph.d., Universitetet i Oslo 2011), s. 19–25. Se også *ibid.*

17. UNICEF, «Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child» (UNICEF 2002), s. 365–368; Commission on Human Rights, «Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child» (UN doc. E/CN.4/1987/25), s. 8–10.

18. 1. Mosebok 17: 9–14.

Kohn i Det Mosaiske Trossamfunn mener et forbud er det samme som å «forby jødisk religiøs praksis [...]. Tilslutningen til denne forpliktelsen er enorm. Den er nesten total blant alle grupper i den jødiske verden, religiøse som ikke-religiøse».<sup>19</sup> Det religiøse grunnlaget for omskjæring av jentebarn er ikke på langt nær så sterkt. Verdens helseorganisasjon (WHO) gjør også et stort poeng av at begrunnelsen for jenter er knyttet til et negativt syn på kvinner og deres seksualitet.<sup>20</sup>

Det religiøse grunnlaget veier altså tungt i den ene vektskålen, men hvis de helsemessige konsekvensene av omskjæring av guttebarn er alvorlige nok, kan man likevel hevde at det overveier hensynet til religionsfriheten. Her strides de lærde, men WHO konkluderer i den samme rapporten med at det faktisk er positive helseeffekter knyttet til omskjæring av guttebarn. Når det gjelder omskjæring av jentebarn, lister de opp en lang liste med potensielt livslange helseproblemer.<sup>21</sup> I denne sammenheng kan det også være verdt å nevne at de som har frontet kampen mot omskjæring av jentebarn, har vært «ofrene selv», altså de omskårne jentene. De som fronter kampen mot omskjæring av guttebarn, er gjerne folk som verken er jødiske eller muslimske. Det er ikke ofrene selv, men andre som mener å vite bedre at jødiske gutter egentlig har tatt skade av det. De har bare ikke skjønt det selv.

Koalisjonen av nordiske barneombud hevdet også at omskjæring er et brudd på BK artikkel 12 om barns rett til å bli hørt. Det bør kanskje også ses i sammenheng med BK artikkel 14 om barns rett til religionsfrihet? Påstanden handler om at barn bør få velge selv. En påstand som ble ytterligere aktualisert da SVs landsmøte med et knapt flertall vedtok å jobbe for innføring av aldersgrense.<sup>22</sup>

Men BK artikkel 12 oppstiller ikke noen rett til selvbestemmelse for barn. Barn er per definisjon utsatt for paternalisme. De har ifølge denne bestemmelsen en rett til å bli hørt, og i tråd med økende alder og modenhet skal deres stemme telle mer. Spørsmålet er hvor langt denne paternalistiske retten og plikten til foreldrene strekker seg. Slik jeg forstår argumentene, handler det om at fordi dette er et irreversibelt inngrep, har det så alvorlige følger for barnet at det ikke kan avgjøres av foreldrene. Men for det første oppstiller ikke BK artikkel 12 noen vetorett for barn,

19. Olav Eggesvik og Karen Tjernshaugen, «Ervin Kohn om omskjæringsforbud: – Det er å forby jødisk religiøs praksis» (*Aftenposten* 5. mai 2017): <https://www.aftenposten.no/norge/politikk/immVov/Ervin-Kohn-om-omskjaringsforbud--Det-er-a-forby-jodisk-religios-praksis>

20. WHO og UNAIDS (2007), «Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability»: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/rtis/9789241596169/en/>

21. Ibid.

22. SVs landsstyre (14. april 2018), «SV vil innføre aldersgrense for omskjæring av gutter»: <https://www.sv.no/wp-content/uploads/2014/01/SV-vil-innf%C3%B8re-aldersgrense-pa%CC%8A-omskj%C3%A6ring-av-gutter.pdf>

og for det andre er det mange andre avgjørelser som tas av foreldre, som har mye større konsekvenser for barnets framtidige liv enn om de vil beholde sin forhud. Hvor du vokser opp, hvilken barnehage og skole du går på, om du får søsken, og hvilke fritidsaktiviteter du får delta på, vil prege din oppvekst og forme den du blir. Det er irreversibelt – kanskje ikke fysisk irreversibelt, men du får aldri oppveksten din tilbake, og disse valgene har alt i alt mye mer å si. Det er ingenting i ordlyden som i seg selv rettferdiggjør en tolkning om at barn har autonomi til å bestemme selv i dette spørsmålet.

Noen har også hevdet at omskjæring er et brudd på BK artikkel 19 om barns rett til beskyttelse mot vold, BK artikkel 3 om barnets beste og BK artikkel 6 om barns rett til overlevelse og utvikling. Alle disse bestemmelsene vil i likhet med de øvrige bestemmelsene nevnt ovenfor måtte tolkes opp mot faktum og hensynet til religionsfriheten og foreldres rett og plikt til å bestemme hva som er best for deres barn. Ingen er for en praktisering av omskjæring som er helseskadelig. FNs barnekomité har flere ganger understreket viktigheten av at inngrepet skjer under forsvarlige medisinske forhold.<sup>23</sup> Det praktiseres selvsagt også med bedøvelse. Vektet opp mot de alvorlige konsekvensene det vil ha for det jødiske folk å innføre et slikt forbud, er det klart at ordlyden alene i BK artikkel 19, 3 eller 6 ikke kan rettferdiggjøre et statlig forbud mot omskjæring.

Poenget mitt er ikke å gå inn i en detaljert debatt om ordlyden i konvensjonen, men bare å vise at hver bestemmelse må tolkes opp mot andre hensyn og at faktum er omstridt. Hvis ordlyden i seg selv ikke oppstiller noe åpenbart forbud i seg selv, må man ty til andre rettskilder for å avklare rettsstillingen. Man kan si at konvensjonen tegner opp rettslige verdier, men når ulike rettslige verdier står opp mot hverandre, kan man ikke bare si at det er åpenbart, ut fra en ren tolkning av ordlyden, hva gjeldende rett er.

Det er dessuten mange andre politiske saker der man kan påberope seg støtte i en ren tolkning av ordlyden i FNs barnekonvensjon. For eksempel abort. Staten skal respektere barns «inherent right to life» (BK art. 6.1). Artikkel 1 definerer hva et barn er. Det er «every human being below the age of eighteen». Det står ingenting om når livet starter. Så hvis ordlyden kombinert med rettsanvenderens egne verdivurderinger alene er det eneste som teller, kan man da fint argumentere for at abort er et brudd på FNs barnekonvensjon.

---

23. For en liten oversikt over flere slike uttalelser, se UNICEF, «Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child» (UNICEF 2002), s. 367–368.

## Konteksten

Wien-konvensjonen om traktatrett artikkel 31 (1) slår fast at «[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Ordlyden skal tolkes i lys av både konteksten og formålet med konvensjonen. Man kan ikke ta ordlyden ut av den konteksten den inngår i. Det er ikke bare et rettslig verdiprinsipp, men gjelder egentlig for all tolkning av skriftlig og muntlig kommunikasjon generelt. Wien-konvensjonen artikkel 31 (2) og (3) utdyper hva den relevante konteksten er. I sammenheng med FNs barnekonvensjon inkluderer konteksten blant annet uttalelser fra FNs barnekomité, andre konvensjoner, uttalelser fra andre traktatorganer, erklæringer og medlemsstatenes praksis og tolkning av konvensjonen eller andre relevante konvensjoner.

Når det gjelder omskjæring av guttebarn, er det, som sagt, ikke en eneste relevant rettskilde som inngår i konteksten, som kan støtte opp under en tolkning om at omskjæring er i strid med FNs barnekonvensjon eller noen andre konvensjoner. Tvert imot er det vel heller slik at FNs barnekomité har gjort et poeng ut av at omskjæring av guttebarn må skje under forsvarlige medisinske forhold, og dermed indirekte sagt at praksisen ikke er i strid med konvensjonen.<sup>24</sup>

Når det er sagt, kan man kanskje si at FNs barnekomité er litt vag. Wien-konvensjonen om traktatrett artikkel 32 (b) åpner også for å ty til forarbeider når den juridiske analysen, basert på de forannevnte rettskildene, leder til et resultat som er «manifestly absurd or unreasonable». Mange av dem som har kommentert mine innlegg i Aftenposten og i sosiale medier, mener omskjæring er åpenbart absurd. Men forarbeidene til FNs barnekonvensjon nevner heller ikke omskjæring av guttebarn. Det sentrale der, særlig i forhold til artikkel 24 (3), er omskjæring av jentebarn, uten at det da ble diskutert dette med guttene.<sup>25</sup> Og hvis man nå først har åpnet den historiske kontekstboksen, er det vanskelig å ignorere den øvrige historiske konteksten menneskerettighetene inngår i, nemlig arven fra andre verdenskrig.

## Norsk lov

Debatten om omskjæring av guttebarn er dessuten ikke ny i Norge, og de som hevder at det er et brudd på FNs barnekonvensjon, tapte første runde i 2014 da Stortinget vedtok Lov om rituell omskjæring av gutter. Loven ble vedtatt etter en

---

24. Ibid.

25. Commission on Human Rights, «Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child» (UN doc. E/CN.4/1987/25), s. 8-10.



vurdering av de helsemessige, nasjonalrettslige og folkerettslige sidene, utført av Helse- og omsorgsdepartementet.<sup>26</sup> Man kan godt være uenig i de folkerettslige vurderingene gjort av regjeringen og Stortingets flertall, men her er det heller ingen andre stater eller konvensjonsorganer som tolker folkeretten slik SV og Barneombudet gjør. Det er altså ikke bare Stortinget og regjeringen som tar feil, men alle andre stater i verden.

### Er folkeretten ikke-nasjonal?

Et sentralt premiss for den argumentative rett er, ifølge Kirsten Ketscher, at det har skjedd en såkalt denasjonalisering av retten, noe som innebærer at nasjonale fora ikke i like sterk grad er i førersetet når det gjelder rettsproduksjon.<sup>27</sup> Nå kan man si at folkeretten ikke bygger på en ren nasjonal rett, men den er da i all hovedsak likevel statlig styrt. Finnes det noen «ikke-statlige» lovgivere der ute? The International Labour Organisation (ILO) er vel den mest innflytelsesrike internasjonale lovproduserende organisasjonen som inkluderer ikke-statlige medlemmer – nemlig representanter for arbeidsgiver- og arbeidstagerorganisasjoner. Men til syvende og sist er det «lovgiver» i hvert land som bestemmer om de vil ratifisere en konvensjon. En konvensjon, inkludert en ILO-konvensjon, er en kontrakt mellom ulike stater.<sup>28</sup> Sånn sett kan man spørre seg om det har skjedd noen radikal denasjonalisering. Det er fortsatt de nasjonale lovgivere som er i førersetet og bestemmer hvilke folkerettslige lover landet skal være bundet av og som skal gjelde som lov.

Kirsten Ketscher mener rettspositivismen legger til grunn en forståelse av maktfordelingsprinsippet basert på at den utøvende og den dømmende makt er «underordnet» den lovgivende makt.<sup>29</sup> Men maktfordelingsprinsippet handler vel ikke om at alle maktene skal ha samme makt i forhold til de samme maktspørsmål? Den utøvende og den dømmende makt er underordnet den lovgivende makt i spørsmål som handler om lovgivningsmakt, som er selve mandatet til lovgiver. Dommere er ikke folkevalgte, og en sentral rettslig verdi er at dommere skal være uavhengige.

Men så er det dette med dynamisk tolkning. Det er ekstremt vanskelig å endre på ordlyden i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, i og med at alle medlemsstatene må forhandle på nytt, og så må det gjennom alle lovgivende for-

26. Prop. 70 L (2013–2014) Lov om rituell omskjæring av gutter.

27. Kirsten Ketscher, *Socialret: prinsipper, rettigheter, verdier* (3. utg. Forlaget Thomson 2008), s. 164.

28. Se blant annet Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter* (2. utg. Universitetsforlaget 2012), s. 90–93.

29. Kirsten Ketscher, *Socialret: prinsipper, rettigheter og verdier* (3. utg. Forlaget Thomson 2008), s. 165.

samlinger på nytt. Derfor har internasjonale konvensjonsorganer, inkludert Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), adoptert en praksis der de anser konvensjonene som levende instrumenter. EMD er i så måte i større grad en politisk «lovgivende», konstitusjonslignende domstol enn vanlige nasjonale domstoler. Sånn sett er maktbalansen mellom nasjonale lovgivere og internasjonale traktatororganer, som EMD, noe mer uklar. Det er ikke urimelig at man tar hensyn til det når man tolker loven.

Jeg mener likevel at EMD stort sett har trådt nokså forsiktig og føler seg fram med stor respekt for statenes praksis og en respekt for at folkeretten er et produkt av statlige avtaler. Der det er kime til en del uenighet mellom statene, har de vært raske med å konkludere at spørsmålet faller inn under statenes egen skjønnsmargin. Når EMD tolker konvensjonen dynamisk, prøver de ikke å overta rollen til lovgivende myndigheter, men søker å tolke hvor statlig konsensus om konvensjonens ordlyd befinner seg fra sak til sak, i tråd med den rådende rettsutvikling blant medlemsstatene og i tråd med egen rettspraksis.

Det konvensjonsorganet som kanskje har strukket seg lengst i å utfordre medlemsstatenes egen forståelse av konvensjonen de har forpliktet seg til, er The Committee on the Rights of Persons with Disability (CRPD-komiteén). I sin første generelle kommentar gikk de ut og mente at konvensjonen innebærer et fundamentalt paradigmeskifte som fordrer forandring av praksis i omtrent alle stater, og at alle statene som hadde sendt inn rapport, ikke hadde forstått hvordan konvensjonen skulle forstås.<sup>30</sup> Men de har ikke fått så mye gjennomslag for sitt syn i Norge. Når det gjelder tolkningsuttalelser fra FNs menneskerettighetskomité, har Høyesterett uttalt at disse skal tillegges «betydelig vekt».<sup>31</sup> Men denne tolkningen fra CRPD-komiteén ble rett og slett avvist.<sup>32</sup> Sånn sett fungerer de ikke som noen ikke-statlig lovgiver, selv om de langt på vei prøver. Fordi de ikke har vært lydhøre nok for hvordan medlemsstatene selv tolker konvensjonen, har de i betydelig grad tapt troverdighet, legitimitet og innflytelse.

Jeg vil derfor si at retten, inkludert internasjonale menneskerettigheter, langt på vei fortsatt er vedtatt av og i stor grad påvirkes av nasjonale, statlige, lovgivende myndigheters egen forståelse av de forpliktelsene de selv har skrevet under på, og den praksisen de fører. Det eksisterer ingen ikke-statlige organisasjoner som kan påtvinge stater nasjonalt å følge folkerettslige lover som de selv ikke ønsker. Inter-

---

30. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2014) General comment No. 1 (UN doc. CRPD/C/GC/1), avsnitt 3.

31. Rt-2008-1764, avsnitt 81.

32. I en sak som gjaldt arv og vergemål, avviste Høyesterett komiteens tolkning av konvensjonen, med henvisning til at nasjonale myndigheter har stilt seg kritiske til denne tolkningen (se Hr-2016-2591-A, avsnitt 53–58).

nasjonale organisasjoner som EU, FN og Europarådet er statlige organisasjoner – arenaer for mellomstatlig samarbeid.

### Flertallets verdier

Tanken til Kirsten Ketscher om å gjøre rettslig tolkning mindre mekanisk er det lett å ha sympati for, men i praksis kan det åpne for en svært negativ slagside. For hvem er det som vinner når retten blir mindre mekanisk og da nødvendigvis mer subjektiv?<sup>33</sup> Det er flertallet, og gjerne de som er en del av den hvite etablerte middelklassen eller overklassen, de som har mest ressurser og mest kulturell kapital i samfunnet. Minoriteter, fattige arbeidere, urfolk, innvandrere og andre avvikere taper. Kristian Andenæs skriver i en artikkel om rettsliggjøring:

Satt på spissen kan det sies at ressurssterke grupper er best tjent med lite rettslig regulering, og skjønnsmessige regler. Da kan de og deres advokater skape sin egen rett, og med innsats av sine advokattropper kan de nedkjempe og uskadeliggjøre sine motstandere, ikke med våpen, men med argumenter, som det ikke sjelden kan ligge trusler bak. [...] De fattige er best tjent med klare regler, med klare rettigheter og plikter. [...] I en slik situasjon er klare regler m.v. én måte å verne seg mot overgrep på.<sup>34</sup>

At de som har mye ressurser, har råd til å kjempe for å få sin vilje, er én ting. En annen sak er at hva som regnes som et godt argument i seg selv, er styrt av dem som er en del av den etablerte eliten i samfunnet. Hva er rasjonelt? Få spørsmål har vært gjenstand for mer filosofisk debatt. Hans-Georg Gadamer er kjent for dette sitatet:

Is not, rather, all human existence, even the freest, limited and qualified in various ways? If this is true, the idea of an absolute reason is not a possibility for historical humanity. Reason exist for us only in concrete, historical terms – i.e. it is not its own master but remains constantly dependent on the given circumstances in which it operates.<sup>35</sup>

33. Jeg sier ikke at Ketscher argumenterer for at retten skal være rent subjektiv. Hun legger vekt på at tolkningen må bygge på rettslige kilder og rettslige verdier, men i og med at det «mekaniske» hierarkiet mellom rettskildene ikke lenger skal vektlegges i samme grad, åpner det for større grad av subjektiv tolkning.

34. Kristian Andenæs, «Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensiale», *Tidsskrift for samfunnsforskning* nr. 4 (2006), s. 592.

35. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, oversatt av Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall (først publisert 1960, New York: Continuum, 1998), s. 276.

Rasjonaliteten er ikke sin egen herre, den er alltid påvirket av den historiske og kulturelle konteksten den inngår i. Selv Immanuel Kant, som er svært opptatt av å finne moralske prinsipper basert på såkalt a priori-rasjonalitet (en subjektfri og objektiv rasjonalitet), var usikker på om denne formen for rasjonalitet faktisk noensinne har eksistert i praksis.<sup>36</sup> Så hva et godt argument er, vil følgelig alltid være subjektivt og påvirkes av den historiske og kulturelle konteksten et menneske er formet av.

Når det er sterke følelser involvert, er spørsmålet hvor mye som skal til før man kjøper de argumentene som støtter den holdningen man allerede har. Mange av dem som er for et forbud mot omskjæring av guttebarn, er svært opprørt over at barn kan utsettes for det de opplever som et overgrep – hvem bryr seg da om tekniske argumenter om kontekst? Hvis argumenter for et slikt forbud, som har enorm betydning for det jødiske folk, får så stort gjennomslag basert på så tynne argumenter, hva da med statusen til andre minoriteters rettigheter?

---

36. Immanuel Kant, *Groundworks of the Metaphysics of Morals*, oversatt og redigert av Mary Gregor & Christine M. Korsgaard (først publisert 1785, Cambridge University Press 1997), s. 20.