



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Terskelen for krenkelse av SP artikkel 27

- med utgangspunkt i samisk naturbruk

Av Mari Therese Andreassen

Masteroppgave i rettsvitenskap, desember 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Aktualitet.....	3
1.4	Metode.....	3
1.4.1	Kilder.....	3
1.4.2	FNs Menneskerettighetskomite.....	6
1.4.3	Statsrapporter og Menneskerettighetskomiteens anbefalinger.....	7
1.5	Den videre fremstillingen.....	8
2	En introduksjon til SP artikkel 27	9
2.1	Historisk bakgrunn og formål	9
2.2	Anvendelsesområdet	10
2.3	Håndheving	10
2.3.1	Plikt og rettighetssubjekt for artikkel 27	11
2.4	Artikkel 27 sin relative- og absolutte karakter	11
2.5	Vilkår.....	12
2.5.1	”Minority”	12
2.5.2	”Culture”	13
2.5.3	”...not be denied the right...to enjoy their own culture”	15
3	Rettslige karakteristikk for det materielle grunnlaget for kultur.....	16
3.1	Introduksjon	16
3.2	Økonomisk aktivitet	17
3.2.1	Krav til sammenheng mellom den økonomiske aktiviteten og kulturutøvelsen (kvalitativt krav).....	18
3.2.2	Krav til omfang eller relativ betydning av den økonomiske aktiviteten (kvantitativt krav).....	19

3.3	Ytterligere krav til kulturspesifikk næring eller tilstrekkelig med tradisjonell næring?	22
3.4	Modernisering av kulturen	25
3.5	Et kollektiv preg	27
3.6	Nasjonal klassifisering	29
3.6.1	Norske ervervsgrunnlag	30
3.6.2	Sedvanebegrepet.....	32
3.7	Ytterligere rettslige vilkår	33
3.7.1	Tid	34
3.7.2	Intensitet	34
3.7.3	Bevisbyrde.....	35
4	Vurderingsmomenter for om noen er ”nektet” sin kultur	35
4.1	Innledning.....	35
4.2	Terskel for inngrep	36
4.3	Fortidige- og framtidige tiltak	38
4.4	Om tiltaket har en vesentlig negativ innvirkning	39
4.5	Konsultasjon og informert forhåndsgitt samtykke	42
4.5.1	Konsultasjon.....	42
4.5.2	Informert forhåndsgitt samtykke	43
4.6	Hensynet til flertallet i urfolksgruppen	45
4.7	Artikkel 1 som tolkningsmoment.....	47
4.8	Avhjelpende tiltak	47
5	Konklusjon	48
	Kildeliste	51
	Internasjonale konvensjoner.....	51
	Norske lover	51
	Andre kilder.....	52

Praksis fra Menneskerettighetskomiteen.....	53
Rettspraksis fra International Court of Justice	54
Rettspraksis fra Norge	54
Forarbeider og utredninger med videre	55
Litteratur.....	55
Nettbaserte kilder	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) stiller i artikkel 27 opp forbud mot å nekte etniske, religiøse eller språklige minoriteter å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin egen religion, eller bruke sitt eget språk. Denne avhandlingen vil behandle spørsmål relatert til kultur, og avgrenses mot retten til utøvelse av religion og språk.

Artikkel 27 regulerer hvilke type inngrep i kulturen som godtas. Avhandlingen skal behandle når terskelen for artikkel 27 er krenket. I dette ligger å identifisere og analysere relevante vurderingsmomenter som har betydning for om et inngrep medfører en nektelse av kulturen. Å kartlegge terskelen for inngrep som kan være i strid med artikkel 27 er, etter min mening, en to-steps prosess. Først må de rettslige karakteristikker for kulturbegrepet i artikkel 27 identifiseres, deretter må relevante vurderingsmomenter for hvorvidt noen er ”nektet” sin kultur analyseres.

Hva som omfattes av kulturbegrepet kan ikke utledes av ordlyden i artikkel 27. Begrepet ”kultur” anses for å være bundet opp mot en urfolksgruppe sin tradisjon, verdier og levemåte. Begrepet omfatter blant annet ideelle kulturytringer¹, slik som joik og dans. Imidlertid vil ikke denne siden av kulturbegrepet være gjenstand for nærmere drøftelse.

Det materielle grunnlaget for kulturen er den siden av kulturbegrepet som skal drøftes. Formålet med denne avhandlingen er å identifisere rettslige karakteristikker ved samisk naturbruk som kan ha betydning for når et inngrep medfører en nektelse av kulturen. Det materielle grunnlaget for kultur kan beskrives som bærebjelker og nødvendige forutsetninger for at en kultur skal bestå. Dette omhandler faktorer som inntekt, boplass og utvikling av språk. Utnyttelse av land og vann er en del av det materielle grunnlaget for urfolk sin kultur.² Landområder har vært sentral for inntektsgrunnlaget til den samiske befolkningen, og nødvendig for samenes nomadiske

¹ NOU 2007:13 A Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget Del I, II og III (Kap. 1-15) s. 196 (heretter «NOU: 2007 13 A»)

² Human Rights Committee, General Comment No. 23, Article 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), adopted on 50th Session, 08/04/1994 (heretter «General Comment No. 23») para 3.2 og 7

livsstil. Utnyttelse av naturens ressurser er en økonomisk aktivitet, enten gjennom en direkte eller indirekte tilegnelse. En direkte tilegnelse vil være å forbruke naturressursene selv, mens en indirekte utnyttelse vil være å bruke ressursene til en økonomisk aktivitet eller næringsutøvelse, som har en tilknytning til kulturen. Tradisjonell næringsutøvelse, slik som reindrift, er et eksempel på indirekte utnyttelse av landområder som tilkjennes vern etter artikkel 27.³

Relevante vurderingsmomenter for tålegrensen til artikkel 27 beror på en konkret vurdering, der forhold forut inngrepet, og virkningens framtidige konsekvenser kan vektlegges. Tiltak som kan danne grunnlag for en nektelse er både lov, et konkret vedtak eller en privatpersoners handlinger. For å analysere terskelen til artikkel 27 vil relevante vurderingsmomenter fra annen type naturbruk tolkes og forsøkes anvendt på samisk naturbruk.

1.2 Avgrensning

Urfolk er en etnisk minoritet som omfattes av artikkel 27.⁴ Avhandlingen vil ta utgangspunkt i urfolks kulturutøvelse når terskelen for artikkel 27 skal kartlegges. For at oppgaven skal bidra med relevant ny kunnskap for norske rettsanvendere, anses det som hensiktsmessig å legge fokuset på problemstillinger som står sentralt i Norge. Artikkel 27 er i stor grad problematisert i tilknytning til den samiske befolkningen og deres kultur.

På bakgrunn av oppgavens omfang anses det hensiktsmessig å avgrense oppgaven til å gjelde utnyttelse av landområder i tilknytning til samisk naturbruk. En slik avgrensning anses for være i samsvar med Menneskerettighetskomiteens (heretter «Komiteen») uttalelse om at retten til å nyte sin kultur ikke kan avgjøres ”in abstracto” men må plasseres i en sammenheng.⁵

³ Se blant annet Menneskerettighetsavgjørelsene *Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 511/1992) (heretter «Länsman I») og *Kitok v. Sweden* (Communication No. 197/1985) (heretter «Kitok»)

⁴ Se blant annet Menneskerettighetsavgjørelsene *Länsman et al. v. Finland (II)* (Communication No. 671/1995) (heretter «Länsman II») og *Jouni Länsman (III) et al. Finland* (Communication No. 1023/2001) (heretter «Länsman III»)

⁵ Se blant annet *Kitok*, para 9.3

Samisk naturbruk, eller utmarksbruk, kan være aktiviteter som høsting av bær, uttak av bark, jakt og fiske samt reindrift. Det er slått fast at reindrift omfattes av vernet i artikkel 27, både av Menneskerettighetskomiteens⁶ og nasjonalt⁷, og relevante vurderingsmomenter for om terskelen for inngrep er overtrådt, er i stor grad identifisert. På bakgrunn av dette avgrenses oppgaven mot å direkte behandle terskelen til reindrift som en del av samisk naturbruk. Praksis fra Komiteen og nasjonale oppfatninger rundt artikkel 27 i tilknytning til reindrift vil imidlertid være en sentral kilde når terskelen til annen utmarksbruk skal vurderes.

1.3 Aktualitet

Urfolksrett er i stadig fokus, både nasjonalt og internasjonalt. SP artikkel 27 er i dag den sentrale global bestemmelsen for beskyttelse og utvikling av urfolks kulturutøvelse.⁸ Urfolksrett er ”i vinden” og senest i november ble det avsagt en høyesterettsdom på artikkel 27. Videre skal Høyesterett behandle spørsmål knyttet til artikkel 27 både i desember 2017 og i plenum i januar 2018. Saken i desember angår gyldigheten av et vedtak fra Landbruks- og matdepartementets om reintallsreduksjon.⁹ I januar skal Høyesterett, i den såkalte ”Nesseby-saken”, blant annet behandle spørsmål om inngrep i jakt- og fiskerettigheter, som ikke er utøverens hovednæring, men likevel er en viktig del av tradisjonell utmarksbruk, er vernet av artikkel 27.¹⁰

Forholdet mellom artikkel 27 og samisk naturbruk er i liten grad avklart. En redegjørelse av relevante momenter vil være nyttig for å kartlegge rammen av vernet, og vil kunne være anvendelig i lignende situasjoner som Nesseby-saken.

1.4 Metode

1.4.1 Kilder

FNs Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter er en folkerettslig konvensjon som er inkorporert gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i

⁶ Se blant annet Menneskerettighetsavgjørelsene Länsmän II, Länsmän III og Kitok

⁷ NOU 2007: 13 A s. 196

⁸ NOU 2007:13 A s. 171

⁹ HR-2017-1397-U

¹⁰ HR-2017-1205-U

norsk rett (menneskerettsloven), og gitt forrang for annen norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3.

Fremgangsmåten ved anvendelse av internasjonale konvensjoner er tolkning av traktater slik nedfelt i Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen) artikkel 31-33. Norge har ikke undertegnet konvensjonen, men den anses for å gi uttrykk for folkerettslig sedvane og er således bindende. Høyesterett har gjentatte ganger brukt tolkningsprinsippene fra Wien-konvensjonen, og bekreftet prinsippenes status i norsk rett.¹¹

Wien- konvensjonen fastsetter at traktattolkning tar utgangspunkt konvensjonstekstens ordlyd, tolket i lys av dens naturlige kontekst og etter konvensjonspartenes intensjon, jf. artikkel 31 første ledd.

FNs Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter gir selv noen tolkningsnormer. Etter art. 46 skal konvensjonen tolkes i tråd med FN-pakten og etter art. 5 oppstilles det krav om at konvensjonen ikke kan brukes til å tolke andre konvensjoner på menneskerettighetsområder innskrenkende. Konvensjonens egne tolkningsnormer er i liten grad anvendt av Komiteen i tilknytning til artikkel 27, og i denne avhandlingen.

En masteravhandling som tar utgangspunkt i en folkerettslig kilde må ta stilling til hvilke metodiske perspektiv oppgaven skal skrives fra. Spørsmålet kan framstå kunstig, men det finnes to ulike perspektiver som kan anvendes: et ”rent folkerettslig” perspektiv eller perspektivet til en norsk rettsanvender.

De ulike perspektivene gjør seg gjeldene selv om de begge legger til grunn tolkningsnormer nedfelt i Wien-konvensjonen. Hvilke perspektiv som anvendes har betydning for kildebruk, herunder relevans- og vektspørsmål. For eksempel vil spørsmålet ha betydning for bruk av norske forarbeider og nasjonal rettspraksis.

Statuttene til Den internasjonale domstol (ICJ) fastsetter relevante kilder for folkeretten, jf. ICJ art 38. ICJ Artikkel 38 anses for å gi et ”alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten”, selv om den formelt bare er bindende for ICJs rettsanvendere.¹² Etter artikkel 38 er både

¹¹ Se blant annet Rt. 2008 s. 513 avsnitt 48

¹² Ruud, Morten Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. Utgave (2011) s. 66

konvensjoner, praksis, internasjonal sedvane og juridisk litteratur relevante kilder. Artikkelen er nasjonsnøytral ved at den ikke inkluderer nasjonale rettskilder.

Fra et rent folkerettslig perspektiv, og i samsvar med artikkel 38, vil norske rettskilder som forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn miste sitt rettslige preg og- status, i vurderingen av terskelen til artikkel 27. Dette perspektiv har en nasjonsnøytral tolkning av artikkel 27. Høyesterett sin tolkning av SP artikkel 27 har ikke en autorativ kraft i internasjonal sammenheng.¹³

Fra perspektivet til en norsk rettsanvender, som også legger Wien-konvensjonens tolkningsnormer til grunn, vil nasjonale rettskilder kunne brukes i tolkningen av artikkel 27. Anvendelse av nasjonale rettskilder er en naturlig følge av at konvensjonstolkning ikke bare utføres av de folkerettslige håndhevingsorganene, men i stor grad også av nasjonale rettsanvendere. Norges sin forståelse av innholdet i artikkel 27, enten det gjelder Høyesterett eller forvaltningen, vil være bindende for en norske rettsanvendere, så fremst den ikke prøves av Menneskerettighetskomiteen i ettertid eller avviker fra internasjonal rettsoppfatning.

Denne avhandlingen skal analysere innholdet i artikkel 27 i tilknytning til samisk naturbruk. Problemstillingen er således særlig aktuell for norske rettsanvendere, og med en slik ”nasjonal tilnærming” til artikkel 27, anses det hensiktsmessig å legge til grunn perspektivet til en norsk rettsanvender. Jeg mener materien enklere vil formidles dersom norske rettskilder, slik som Norske Offentlige utredninger (NOU) og høyesterettspraksis, anses som relevante kilder. Vekten til de ulike kildene kan imidlertid variere ut i fra hvor tro de har vært til folkerettslig metode i sin tolkning.

Som en norsk rettsanvender skal det foretas en selvstendig tolkning av den aktuelle konvensjonen, i tråd med tolkningsprinsippene som gjelder for konvensjonen, jf. Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45. Høyesterettsdommen angår tolkning av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), men anses på bakgrunn av konvensjonenes likhetstrekk å ha overføringsverdi for tolkning av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

¹³ Skogvang, Susann Funderud, Samerett, 2. utg. 2009 (heretter “Skogvang” (2009) s. 169)

1.4.2 FNs Menneskerettighetskomite

Det må tas stilling til Menneskerettighetskomite sin vekt som kilde i tolkning av artikkel 27. Spørsmål omhandler komiteens generelle vekt – ikke isolert hvilken vekt Norge tillegger komiteens uttalelser. For å kunne trekke plausible slutninger og komme fram til gode tolkningsresultater må folkerettslige kilder i første rekke vurderes med utgangspunkt i folkeretten, selv om en legger til grunn perspektivet til en norsk rettsanvender.

Komiteen er et overvåkningsorgan som blant annet overvåker statens forpliktelser etter SP artikkel 27. Påstått krenkelse av artikkel 27 kan i tråd med konvensjonens individklagesystem bringes inn for Komiteen.¹⁴ Komiteen avsier avgjørelser ("jurisprudence" og "views"). I tillegg gir komiteen generelle tolkningsuttalelser ("general comments"). Vekten til komiteens avgjørelser og uttalelser besvares verken av Wien- konvensjonen eller FNs Konvensjon om sivile og politiske rettigheter.¹⁵

ICJ har fremholdt at komiteens avgjørelser skal tillegges "great weight".¹⁶ Uttalelsen tas til inntekt for å oppstille en presumsjon om at komiteens tolkning skal legges til grunn, så fremst ikke nasjonale myndigheter, i kraft av konvensjonstolkning, fremviser gode grunner for å fravike komiteens oppfatning.¹⁷

Juridiske teori mener komiteens sammensetning, kompetanse og funksjon begrunner at dere tolkning anses for å være en "authorative interpretation".¹⁸ Internt i norsk rett anses komiteens avgjørelser for å ha "betydelig rettskildemessige vekt" for den folkerettslige forståelse av konvensjonen, jf. Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81.

¹⁴ Valgfri tilleggsprotokoll til den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art 1 som trådte i kraft 23. mars 1976 og er tilsluttet av Norge

¹⁵ Til sammenligning gir Den europeiske Menneskerettsdomstolen rettslig bindende avgjørelser i kraft av konvensjonens artikkel 46

¹⁶International court of justice Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo, judgement of 20 november 2010, para 66

¹⁷ Ulfstein, Geir, "Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer", med videre henvisninger til Geir Ulfstein, «Individual Complaints» i Helen Keller og Geir Ulfstein (red.), UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy, Cambridge 2012 s. 73-116 (s. 100).

¹⁸ Hanski, Raija og Martin Scheinin, *Leading Cases of the human rights Committee*, 2. Utg., Turku 2007 s. 23. Se også Henry J. Steiner, Ryan Goodman og Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 3. utg., Oxford 2008 s. 915 og Geir Ulfstein *Lov og rett* 2012 s. 552-570- (LOR-2012-552)

På bakgrunn av enighet, både folkerettslig og nasjonalt, vil Menneskerettskomiteens avgjørelser tillegges stor vekt.

1.4.3 Statsrapporter og Menneskerettighetskomiteens anbefalinger

Det føles nødvendig å kommenter Menneskerettighetskomiteen sin eksaminasjon av statsrapporter som kilde. Medlemsstatene er pliktig til å inngi statsrapporter som redegjør for tiltak staten har gjort for å implementere konvensjonens rettigheter, omstendigheter som påvirker rettighetens stilling internt og eventuelle vanskeligheter staten har møtt på, jf. artikkel 40 nr. 1 og nr. 2. Komiteen skal behandle statsrapportene og gi passende alminnelige bemerkninger til konvensjonsparten, jf. artikkel 40 nr. 4.

Komiteens tilbakemeldinger angir ofte ønsket utforming av politikk på området. Anbefalinger påviser ikke brudd på rettigheter etter konvensjonen. Således kan tilbakemeldingene anses for å gi lite konkrete holdepunkter for tolkningen og forståelsen av artikkel 27.¹⁹ På den andre siden har Komiteens rapporter i senere år blitt ansett for å være en relevant rettskildefaktor i utviklingen av gjeldene rett.²⁰ Komiteens merknader kan også i en viss utstrekning bidra til å kaste lys over bestemmelsens innhold.²¹

For at rapportene skal gi et tilstrekkelig grunnlag for å utlede viktige argumenter, anses det nødvendig å gjennomgå samtlige statsrapporter og anbefalinger fra Komiteen. En slik omfattende gjennomgang anses ikke for å stå i forhold til dere rettskildemessige betydning for denne avhandlingen. Norges statsrapporter og Komiteens anbefalinger er gjennomgått, men de har i liten grad gitt relevante bidrag til de problemstillingene som oppgaven reiser, og er dermed kommet lite til anvendelse.

¹⁹ Ulfstein, Geir, ”Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer”, *Lov og rett* 2012 s. 552- 570 punkt 2 med videre henvisninger til Walter Kälin, «Examination of state reports», i *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, s. 16-73 (s. 59)

²⁰ Uggerud, Ken ”Folkerett, samerett og skytefelt- en utredning om de menneskerettslige aspekter knyttet til en eventuell utvidelse av Mauken og Blåtind skytefelt”, Institutt for offentlig retts skifteserie nr. 7/2000 (heretter «Uggerud 2000») s. 43

²¹ NOU 2007: 13 A s. 192

1.5 Den videre fremstillingen

I del 2 gis en introduksjon til artikkel 27. Herunder et kort historisk tilbakeblikk, konvensjonens håndhevingsorgan, artikkelens absolutte- og relative karakter, samt en presentasjon av bestemmelsens vilkår.

I del 3 vil rettslige karakteristikk ved det materielle grunnlaget for kulturen identifiseres, med henblikk på utmarksbruk. Disse karakteristikkene gir for det første en forståelse av samisk naturutnyttelse som en del av det materielle grunnlaget for kulturen, og er sentral for å analysere terskelen i artikkel 27. Vurderingsmomentene som oppstilles er i hovedsak utledet fra Komiteens individklager. Begreper som ”kulturutøvelse”, ”utnyttelse” eller ”aktivitet” vil brukes når det refereres til det materielle grunnlaget for samisk kultur.

I avhandlingens del 4 behandles ordlyden ”denied”. Der oppstilles generelle vurderingsmomenter som vil være relevant for å vurdere rammen for artikkel 27 i tilknytning til utmarksbruk. Til slutt vil det gis en konklusjon i del 5.

2 En introduksjon til SP artikkel 27

I denne delen gis en introduksjon til artikkel 27, herunder dens historiske bakgrunn, anvendelsesområdet, konvensjonens håndhevingsorgan, plikt- og rettighetssubjekt for artikkel 27, om bestemmelsen relativ – og absolutt side, og en presentasjon av artikkelens vilkår.

2.1 Historisk bakgrunn og formål

I løpet av de siste 100 år har utviklingen av urfolksretten nasjonalt gått fra assimilering av samene, til en aksept av ulikheter både i relasjon til språk og kultur. Norge har konstitusjonelt og folkerettslig påtatt seg en plikt til å verne om urfolk og deres kultur.²² Norge har gått fra å anse samenes nomadiske livsstil og utnyttelse av landområder som tålt bruk, til å anerkjenne at også denne levemåten kan gi grunnlag for rettigheter.

Utvikling av menneskerettighetene har vært sentral for urfolksrettigheter. Annen verdenskrig satt fokus på menneskerettigheter på verdensbasis. Organisasjoner som FN og Europarådet ble opprettet, og dannet grunnlag for menneskerettighetskonvensjoner som FNs Verdenserklæring om menneskerettighetene fra 1948²³ og Den europeiske menneskerettskonvensjonen fra 1950.²⁴ Utvikling av menneskerettighetene medførte etter hvert også en utvikling av minoritets- og urfolksrettigheter. Et riktig skritt i så måte var vedtakelsen av ILO- konvensjonen nr. 107²⁵ og ILO- konvensjonen nr. 169.²⁶

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter ble ratifisert av Norge i 1972 og trådt i kraft i 1976.²⁷ Konvensjonens artikkel 27 er en viktig bestemmelse for å ivareta minoriteters kultur og rettigheter ved at den åpner opp for positiv forskjellsbehandling og forlater et formelt

²² Lov 17 mai 1814 Norges Grundlov (Grunnloven) § 108

²³ Føllestad, Andreas m.fl. (red) *Menneskerettighetene og Norge – rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati* 2017 s. 13 (heretter «Føllestad m.fl. (2017)»)

²⁴ Føllestad, m.fl. (2017) s. 35

²⁵ ILO Convention 107 on Indigenous and Tribal Populations, trådt i kraft 02.juni 1959

²⁶ International Labour Organisation Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, adopted at 76th ilc session in Geneva, 27 June 1989, into force 5 Sep 1991. (heretter «ILO-konvensjonen»)

²⁷ <https://lovdata.no/dokument/TRAKTAT/traktat/1966-12-16-1>

likhetsprinsipp.²⁸ I 1999 ble konvensjonen inkorporert i menneskerettighetsloven, og gitt forrang for annen norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3. En slik forrangsbestemmelse styrker minoritetsrettighetenes stilling i norsk rett og artikkel 27 er i dag ansett for å være det viktigste globale instrumentet for vern av minoriteter- og urfolk sin kultur.²⁹

Formålet med artikkel 27 er å gi et særlig vern til minoriteter. En tilsvarende beskyttelse er ikke nødvendig å gi til majoritetsbefolkningens kultur. Menneskerettighetskomiteen trekker fram at artikkel 27 skal bidra til å verne minoriteter ved ”ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned”.³⁰

Formålet med artikkelen vil være viktig for tolkningen og forståelse av bestemmelsen, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31.

2.2 Anvendelsesområdet

Konvensjonspartene er forpliktet til å etterleve forpliktelser i henhold til artikkel 27 på hele dens territorium.³¹ Statlig regulering av rettigheter til landområder for deler av territoriet begrenser ikke anvendelsesområder til artikkel 27. For eksempel vil Finnmarkslovens regulering av naturbruk ikke medføre en begrensning av artikkel 27 i Finnmark fylke.³² Rettigheter knyttet til det materielle grunnlaget for samisk kultur vil imidlertid ofte relatere seg til tradisjonelle bosetnings- og bruksområder.³³

2.3 Håndheving

Som vist til innledningsvis er FNs Menneskerettighetskomite, konvensjonens håndhevingsorgan, jf. artikkel 28. De skal etterse at statene overholder sine

²⁸ SP Artikkel 27 gjør unntak for likebehandlingsprinsippet i artikkel 26, og gir uttrykk for en positiv forskjellsbehandling, se Gauslaa (2009) s. 188. Også i Ot.prp. nr. 22(1986-87) om lov om sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven) s. 30 vises det til at beskyttelse mot assimilering gjennom positiv diskriminering er selve poenget med artikkel 27

²⁹ Gauslaa, Jon ”Vernet av grunnlaget for samisk kultur etter SP art. 27 og dets betydning ved bruk av jordskiftevirkemidlene”, Perspektiver på jordskifte 2009 s. 184-214 (JUB-2009-jord-84) pkt.1

³⁰ General Comment No. 23, para 9

³¹ General Comment No. 23 para 4

³² Lov 17.juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (Finnmarksloven) § 2

³³ NOU 2007: 13 A . 193

konvensjonsmessige forplikter. Dette gjøres gjennom statsrapporter og merknader til statsrapporter, General Comments, samt Komiteens avgjørelser i individklager.

2.3.1 Plikt og rettighetssubjekt for artikkel 27

Pliktsubjektet etter artikkel 27 er staten, herunder lovgiver, dømmende myndighet og andre organer som utøver myndighetsutøvelse. Forvaltningen må også vurdere og forsikre seg om at virkninger ved et vedtaket ikke krenker retten til kultur.

Rettighetssubjektet til artikkel 27 er individer, bestemmelsen gir ikke kollektive rettigheter.³⁴ Samtidig har bestemmelsen et kollektivt preg ved at retten til kultur ikke skal nektes ”sammen med andre medlemmer av sin gruppe”, jf. artikkel 27.

Komiteen har vist til at individets rett til kultur er avhengig av ”...the minority group to maintain its culture...”.³⁵ Kulturvernet sitt kollektivt preg er en naturlig følge av at en kultur ikke kan bæres av en person alene, men er avhengig av en gruppe mennesker for å eksistere.

2.4 Artikkel 27 sin relative- og absolutte karakter

Artikkel 27 har både en relativ- og en absolutt side. Artikkelen er relativ fordi den kan fravikes hvis nødtilstand truer nasjonen jf. artikkel 4. Videre kan det oppstå en kollisjon mellom ulike rettigheter i konvensjonen der artikkel 27 må vike.³⁶

Artikkelens absolutte karakter viser seg ved at den ikke har en unntakshjemmel. I motsetning til en rekke andre bestemmelser i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, godtar ikke artikkel 27 inngrep i sine rettigheter med hjemmel i legitime formål.³⁷ En manglende unntakshjemmel resulterer også i fravær av en statlig skjønnsmargin. Således vil ikke staten høres med at inngrep i samisk kultur er begrunnet ut i fra legitime formål, slik som økonomisk utvikling.

I Länsman (I)³⁸ bekreftes fraværet av en statlig skjønnsmargin og saken illustrer artikkelens absolutte karakter. Spørsmålet for komiteen var om steinbruddvirksomhet berørte reindriften i

³⁴ Ordlyden ”persons”, se også General Comment No. 23 para 3.1 og Lovelace para 13.2 og 14.

³⁵ General Comment No. 23, para 6.2

³⁶ NOU 2007: 13 A s. 195

³⁷ Se blant annet SP artikkel 12 nr. 3, artikkel 14 nr. 1 og artikkel 19 nr. 3

³⁸ Se Länsman I para 9.4 og NOU 2007:13 A s. 195 og 195

området på en slik måte at terskelen for artikkel 27 var oppnådd. Komiteen slår fast i avsnitt 9.4 at tiltak som innebærer en nektelse, ikke vil være i samsvar med bestemmelsen, og at det ikke foreligger en ”margin of appreciation”. Uten en skjønnsmargin vil for eksempel ikke staten høres med at den økonomiske veksten og utviklingen steinbrudds virksomheten medførte, ville legitimerende et inngrep i beitegrunnet til reindriftseierne.

Artikkelens absolutte karakter er naturlig ut i dens formål: minoritetsvern. Dersom formålet skal gis virkning kan ikke majoritetsbefolkningens praksis og løsninger fremmes gjennom å tillate en statlig skjønnsmargin. En slik vurderingsnorm vil kunne undergrave vernet- og gjennomslagskraften til artikkelen.

Artikkelens absolutte karakter må imidlertid ikke forveksles med et absolutt og ubetinget vern for urfolks kulturutøvelse. For å konstatere krenkelse av artikkel 27 må inngrepet i det materielle grunnlaget for kulturen medføre en nektelse av kultur. Mindre inngripende tiltak vil kunne aksepteres– og nettopp her begrenses det absolutte vernet.³⁹

2.5 Vilkår

For å nyte vern etter artikkel 27 stilles det flere vilkår. For det første må man tilhøre en ”ethnic, religious or linguistic” minoritet for å påberope seg artikkelen, videre må det foreligge en beskyttelsesverdig kulturutøvelse i artikkel 27 sammenheng, og det må være foretatt et inngrep i denne kulturutøvelsen.

Artikkel 27, og resten av bestemmelsene i FNs konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, har en forsiktig og vag utforming. Utformingen har sin bakgrunn i at minoritetsvernet tidligere var et omstridt område av internasjonal rett.⁴⁰ Desto viktigere blir naturlig språklig forståelse, formålsoverordnet tolkning, og praksis når vilkårene skal tolkes.

2.5.1 ”Minority”

Minoritetsvilkåret er ikke et problematisk vilkår for denne avhandlingen da Komiteen i flere avgjørelser har slått fast at samene omfattes av minoritetsbegrepet i artikkel 27 og anse som et

³⁹ NOU 2007:13 A s. 195-196

⁴⁰ Nowak, M. UN Convention on Civil and Political Rights, Kluwer and Dordrecht, Strasbourg: Engel (ed), 1993 s. 485

urfolk.⁴¹ Tilsvarende har Norge slått fast at samene utvilsomt omfattes av minoritetsbegrepet i artikkel 27.⁴²

2.5.2 "Culture"

Grunnvilkåret i artikkel 27 er at den verner urfolk sin *kultur*. Selv om artikkel 27 ikke er ment å gi en uttømmende regulering av hva kultur er, er det nødvendig å tolke innholdet i kulturbegrepet for å kunne analysere terskelen til artikkel 27. I denne delen av oppgaven gis en introduksjon til kulturbegrepet.

En naturlig språklig forståelse av "culture" assosieres med tradisjon, historie, normer og verdier. Ordlyden i artikkel 27 er vag og gir ikke holdepunkter for å utlede konkrete hva som omfattes av begrepet.⁴³ Kultur vil variere, både fra land til land og fra en urfolksgruppe til en annen, og dette kan tale for å legge til grunn et vidt kulturbegrep. I teorien er kulturbegrepet gitt en vid forståelse og kan omfatte "a range of activities, such as customs, morals, traditions, rituals, diet, the creations of art objects, the development of music, the creation of cultural organizations, publication of literature, and education".⁴⁴

Komiteen anser urfolk sin kultur for å knyttet seg til "a particular way of life associated with the use of land resources".⁴⁵ Fra Poma Poma kan det utledes at kulturbegrepet knytter seg til videreføring av tradisjoner. I avgjørelsen viste komiteen til at lamaoppdrett er en del av Aymara-folket sin kultur fordi oppdrettsnæringen var en "ancestral tradition handed down from parent to child".⁴⁶ Kulturbegrepet omfatter mer enn bare den spesifikke tradisjonen eller leveveien som sådan.⁴⁷ Retten til kultur vil være uten innhold dersom en minoritet mister det materielle grunnlaget for kulturen.⁴⁸

⁴¹ Se Kitok-saken og Ilmari I-saken

⁴² Rt. 1982 s. 241 s. 299 (Alta-saken)

⁴³ I sosiologien omfatter det generelle kulturbegrepet "tanke-, kommunikasjon- og atferdsmønster på alle felter i samfunnslivet, uavhengig av om det finnes noen spesialisert kultursektor eller ikke", jf. <https://snl.no/kultur>

⁴⁴ Nowak (1993) s. 501.

⁴⁵ General Comment No. 23, Para 7.

⁴⁶ Poma v Peru (Communication No. 1457/2006) para 7.3 (heretter "Poma Poma")

⁴⁷ Gauslaa (2009) pkt 1

⁴⁸ NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling s. 20 (heretter "NOU 1984:18")

Grunnlovens § 108 gir kan ikke sies å gi særlig innhold til kulturbegrepet, selv om den bygger på SP artikkel 27. Samerettsutvalget fra 1984 trakk i sin utredning frem at det ikke var nødvendig å gi en presis definisjon av kulturbegrepet Grunnloven § 108, men påpekte at kulturbegrepet ikke kunne forsås statisk.⁴⁹

Å gi en uttømmende liste av hvilke aktiviteter og handlinger som kan omfattes av kulturbegrepet er verken hensiktsmessig eller gjennomførbart. Som Komiteen har vist til kan ikke innholdet i kulturbegrepet avgjøres ”in abstracto”, men må vurderes ut i fra en sammenheng.⁵⁰ Komiteen sin tolkning av kulturbegrepet fremstår for å legge til grunn en vid tolkning, og de anerkjenner at kultur kan manifestere seg i ulike former.⁵¹ Kulturbegrepet anses for å være av dynamisk karakter og vil således utvikles i tråd med tiden og samfunnet.⁵²

Terskelen for inngrep i samisk naturbruk er tema for denne oppgaven. Det fremstår nødvendig å kommentere innholdet i begrepet ”det materielle grunnlaget for kulturen” og avklare uklarheter rundt begrepsbruken.

Ut i fra Samerettsutvalget sin utredning fra 1984 er det ikke like lett å få tak på hva de legger i begrepet ”materielle trekk” eller ”materielle sider” ved kulturen.⁵³ Rettsgruppen fra 1993 sin fremstilling av det materielle grunnlaget for kulturen fremstår – etter min mening – også for å være uklar.⁵⁴

Samerettsutvalget fra 2007 (Samerettsutvalget II) beskriver det materielle grunnlaget for samisk kulturutøvelse som å omfatte ”de områdene og naturressursene som samene bruker som grunnlag for sin livsutfoldelse”.⁵⁵ Utvalget og nyere teori har også brukt begrepet ”materieell kulturutøvelse” i tilknytning til artikkel 27.⁵⁶

Det fremstår for meg uklart om det er en realitetsforskjell mellom ”materieell kulturutøvelse” og ”det materielle grunnlaget for kulturen”. Ordlyden ”utøvelse” kan tolkes for å knytte seg til

⁴⁹ NOU 1984: 18 s. 435- 436

⁵⁰ Ivan Kitok Para 9.3

⁵¹ General comment No. 23 para 7

⁵² NOU 2007:13 B Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget Del III- kapittel 16-24, s. 858

⁵³ NOU 1984: 18 s. 272 flg.

⁵⁴ NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark (heretter ”NOU 1993: 34) punkt 2.4.4.5.3

⁵⁵ NOU 2007: 13 A s. 210

⁵⁶ se blant annet NOU 2007:13 A s. 213 og Gauslaa (2009) punkt 3.1

en handling eller aktivitet, slik som det å drive med reindrift, og da vil ”materiell kulturutøvelse” være en aktivitet som utnytter landområder. ”Det materielle grunnlaget for kulturen” viser til det bærende aspektet aktiviteten representerer, for eksempel reindrift som en *inntektskilde*. Slik begrepene brukes i teorien framstår de sammenfallende. Følgelig vil begrepene brukes om hverandre for å beskrive samisk utnyttelse av landområder som en del av deres kultur.

2.5.3 ”...not be denied the right...to enjoy their own culture”

Minoritetsvernet i artikkel 27 skal sikres ved at minoriteter ikke ”nektes” sin kultur. Forbudet utgjør kjernen i bestemmelsen og statens sentrale forpliktelsen er å unngå inngrep som medfører en nektelse av kulturen.⁵⁷ Hvilke tiltak er i strid med bestemmelsen beror på en tolkning av ordlyden ”nektes”.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden kan tilsi at urfolk ikke skal hindres eller avskjæres fra å utøve sin kultur. Statens plikt er således av passiv karakter. Komiteen har vist til at ordlyden ikke kan forstås isolert, men må tolkes utvidende slik at også krenkelse (”violation”) av retten til kultur omfattes.⁵⁸ En slik tolkning anses for å være i tråd med formålet om minoritetsvern– og nødvendig for å kunne oppnå et slikt vern. Samerettsutvalget II har uttrykt at artikkel 27 skal verne samisk kulturutøvelse mot ”utilbørlige inngrep”.⁵⁹ Begrepet gir uttrykk for en rettslig standard, et begrep som er i tråd med norsk juridisk metode. Begrepet er ikke klart og anses ikke for å gi særlig veiledning om innholdet i ”denied”.

Staten sin plikt er en *negativ* forpliktelse: staten må avstå fra å gi lovgivning eller iverksette tiltak som medfører en nektelse. Selv om ordlyden kun gir uttrykk for en negativ plikt, har Menneskerettighetskomiteen presisert at artikkel 27 inneholder en rett, og gir positive forpliktelser (”positive measures”) for staten.⁶⁰

Statens positive forpliktelse er å beskyttet mot inngrep. Det er dermed ikke tilstrekkelig for staten å unngå tiltak som retten til kultur, staten plikter også foreta aktive tiltak for å sikre

⁵⁷ Gausla (2009) pkt. 2.4

⁵⁸ General Comment No. 23, Para 6.1. En slik tolkning av ordlyden ble ikke lagt til grunn i Rt.1982 s. 241 (Altasaken), der Høyesterett mente artikkel 27 først aktualiserte seg når ”reguleringen medførte bastante og meget skadelige inngrep i slike interesser”, jf. s. 299.

⁵⁹ NOU 2007:13 s. 171

⁶⁰ General Comment No. 23, Para 6.1.

den. De skal for eksempel fremme lovgivning som er gunstig for samisk kultur, i stedet for å bare unngå lovgivning som krenker retten til kulturutøvelse. Positive tiltak, slik som økonomisk støtte, kan også være nødvendig for å beskytte minoritetsgruppens identitet og medlemmenes rett til å nyte og utvikle kulturen.⁶¹

Innholdet og omfanget i statens positive plikt er ikke ytterligere avklart gjennom praksis fra Menneskerettighetskomiteen.⁶² Samerettsutvalget II mener rekkevidden av statens positive plikt må vurderes konkret fra sak til sak, og fra land til land. Utvalget trekker videre fram at omfanget av den positive plikten vil kunne variere innad i urfolksgruppen, dersom deler av gruppen er mer truet enn andre, og således trenger mer støtte.⁶³

Statens positive plikt strekker seg til privat personers handling og skal sikre at deres handlinger ikke medfører en nektelse av retten til kultur.⁶⁴ I Lubicon Lake Band⁶⁵ ble staten holdt ansvarlig for private personers inngrep i en urfolksgruppe sin kultur, fordi staten hadde gitt tillatelse til gass- og oljeleting et området som tilhørte urfolksgruppen.

3 Rettslige karakteristikk for det materielle grunnlaget for kultur

3.1 Introduksjon

Som tidligere nevnt har Komiteen uttalt at utnyttelse av landområder ofte er en del av urfolks kultur.⁶⁶ Samerettsutvalget II har trekker frem at praksis fra Komiteen har gitt en betydelig avklaring av kulturbegrepet, slik som at inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen kan representere en krenkelse av artikkel 27. På den andre siden viser utvalget til at det er

⁶¹ General Comment No. 23 para 6.2

⁶² Gauslaa (2009) avsnitt 2.5

⁶³ NOU 2007: 13 A s. 205- 206

⁶⁴ General Comment No. 23 para 6.1 og Burchill (2004) s. 187

⁶⁵ Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada (Communication No. 167/1984)

⁶⁶ General Comment No. 23 para 3.2 og 7

vanskelig å angi hvor langt vernet strekker seg, altså hvor omfattende et inngrep må være at det medføre en krenkelse.⁶⁷

Artikkel 27 er ikke ment å definere hvilke aktiviteter og handlinger som er kultur, den regulerer myndigheters adgang til å gjøre inngrep i kulturen. Etter mitt skjønn kan imidlertid type kulturutøvelse være av betydning for terskelen. Det er ikke gitt at terskelen for inngrep behandles likt for enhver utnyttelse av landområder. Hvilken type utnyttelse det er tale om kan således ha betydning for terskelen til artikkel 27. Etter mitt skjønn er det dermed nødvendig å identifisere karakteristikker for det materielle grunnlaget for kulturen for å kunne analysere terskelen for artikkel 27. Disse karakteristikkene kan bidra med relevante vurderingsmomenter for terskelen til artikkel 27.

Formålet med denne delen av oppgaven er å identifisere relevante rettslige karakteristikker for utmarksbruk som kan ha betydning for terskelen til artikkel 27.

Med ”rettslige karakteristikker” menes kjennetegn for aktiviteter eller utnyttelser som kan karakteriseres som en del av det materielle grunnlaget for urfolks kultur. Det må foreligge noen rettslige kjennetegn ved en aktivitet som gjør at den omfattes av kulturvernet i artikkel 27, enhver aktivitet kan naturlig nok ikke nyte et kulturvern.

Kulturbegrepet er, som sedvanebegrepet, dynamisk. En uttømmende liste over relevante vurderingsmomenter kan derfor ikke utledes. Karakteristikkene som presenteres er av generell art og kan anvendes på annen type utnyttelse av land og vann, men er analysert med henblikk på samisk naturbruk, med de avgrensninger som er gjort innledningsvis.

Vurderingsmomentene som fremstilles vil påvirke terskelen slik at terskelen for inngrep som medfører en krenkelse heves eller synkes. De rettslige karakteristikkene er utledet etter analyse av Menneskerettighetskomiteens praksis, bidrag fra andre relevante kilder på området, og med artikkelens formål i bakhodet.

3.2 Økonomisk aktivitet

Utnyttelse av landområder er en bærebjelke ved samisk kultur, og kan være knyttet til både økonomiske, kulturelle og spirituelle aktiviteter.⁶⁸ Som vist til innledningsvis er formålet med utnyttelse av landområder, å gi et økonomisk bidrag.

⁶⁷ NOU 2007: 13 A s. 202

For hvilke type økonomisk aktivitet vil en hindring eller nektelse av kulturutøvelsen medføre en krenkelse av artikkel 27. Stilles det for eksempel krav om tradisjonell næringsutøvelse, slik som reindrift, for at en aktivitet skal nyte vern etter artikkel 27?

3.2.1 Krav til sammenheng mellom den økonomiske aktiviteten og kulturutøvelsen (kvalitativt krav)

Kitok-saken var den første avgjørelsen som fastslo at inngrep i en økonomisk aktivitet kan krenke artikkel 27, dersom aktiviteten er ”an essential element” i kulturen⁶⁹. Ordlyden ”essential”, som oversettes til vesentlig eller viktig, kan tolkes for å vise til en relativt høy terskel for at den økonomiske aktiviteten skal omfattes. Etter mitt skjønn kan en slik tilnærming begrunnes med at regulering og styring av økonomisk aktiviteter er opp til konvensjonsstatens å avgjøre. Avgjørelsen viser at utmarksbruken må være en viktig og sentral del av den samiske kultur for at den skal nyte beskyttelse, dette påvirker naturlig nok terskelen til artikkel 27. Om betydning av kulturen vurderes ut i fra dens kvantitative økonomiske bidrag, dens historiske betydning, hvor gammel tradisjonen er eller hvor utbredt den er, vil drøftes i løpet av oppgavens del 3.

Saken mellom Angela Poma og Peru er en annen viktig sak angående inngrep i en økonomisk aktivitet. Saken gjaldt Angela Poma sin rett til å drive med alpakka- og lamaoppdrett. Saken hadde sin bakgrunn i staten sitt samtykke til å oppføre brønner som ledet bort grunnvann og betydelig reduserte vannforsyningen til lamaenes beiteområder. Det var uomtvistet at Poma tilhørte en urfolksgruppe og at lamaoppdrett var omfattet av kulturbegrepet i artikkel 27. Komiteen trakk fram at lamaoppdrett var en sentral del av kulturen til Aymara-folket sin kultur fordi det var en form for livsopphold og hadde en forfedretradisjon.⁷⁰ Således vil en økonomisk aktivitet som har bidratt til livsoppholdet gjennom tradisjoner være en kulturutøvelse som nyter vern etter artikkel 27.

⁶⁸ Se Diergaardt et al. v. Namibia (Communication No. 760/1997), (heretter ”Diergaardt) punkt ”individual opinion of Elizabeth Ecat and Cecilia Medina Quiroga”. Selv om avgjørelsen gjelder en minoritetsgruppe henviser mindretallet til urfolk sin kultur når de uttaler at bruk av landområder knytter seg til både økonomiske, kulturelle og spirituelle aktiviteter

⁶⁹ Se Kitok para 9.2 .

⁷⁰ Poma Poma Avsnitt 7.3

Diergaardt-saken illustrere at ikke all økonomisk aktivitet, i form av næringsutøvelse, omfattes av artikkel 27. En minoritetsgruppe hevdet ekspropriasjon av et landområder som var brukt i tilknytning til deres fedrift var i strid med artikkel 27. Klageren ble ikke gitt medhold av Komiteen. Saken skiller seg fra Kitok- og Poma Poma ved at klagerne ikke tilhørte en urfolksgruppe.

Et mindretall, som var enig i flertallet angående konklusjonen, men utdypet sitt syn nærmere, la vekt på gruppens motivasjon for å drive fedrift. Mindretallets syn var at fedriften ikke hadde et kulturelt preg, men i hovedsak var begrunnet ut i fra økonomiske hensyn.⁷¹ Således kan gruppens *motivasjon* for å drive med aktiviteten også være relevant for terskelen Avgjørelsens vekt, i relasjon til denne oppgaven, begrenses ved at klageren tilhørte en minoritetsgruppe, og ikke en urfolksgruppe. I General Comment No 23 knyttes utnyttelse av landområder særlig til *urfolks* kultur, og det er nærliggende å tro at dette har betydning for vern av minoriteters utnyttelse av landområder.⁷²

Mindretallet i Diergaardt-saken⁷³ trakk også fram at urfolk sin kultur ofte knytter seg til spesifikke landområder, både når det gjelder økonomiske- og andre kulturelle aktiviteter. Dersom utmarksbruken kan påvise en slik tilknytning til spesifikke landområder og framvise at aktiviteten har sitt opphav fra et særegent element i samisk kultur, vil dette gi et grunnlag for å anse aktiviteten som en del av det materielle grunnlaget for kulturen etter artikkel 27, og virke inn på terskelen for inngrep.

3.2.2 Krav til omfang eller relativ betydning av den økonomiske aktiviteten (kvantitativt krav)

Samisk naturbruk er også en «forfedretradisjon» blant samene.⁷⁴ Hvorvidt utmarksbruk kan anses som en form for livsopphold avhenger av hvordan ordlyden skal forstås. Dersom ”livsopphold” tolkes til å være en hovednæring eller en hovedinntekt, vil ikke en del typer

⁷¹ Individual opinion of Elizabeth Evatt and Cecilia Medina Quiroga (concurring)

⁷² General Comment No. 23 para 7

⁷³ Diergaardt, Individual opinion of Elizabeth Evatt and Cecilia Medina Quiroga (Concurring)

⁷⁴ Samenes nomadiske livsstil og tradisjoner viser at utnyttelse av utmarken har vært en sentral del av deres livsstil, dette er ikke omstridt. NOU 1994: 21 bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv, bakgrunns materialet for Samerettsutvalget, viser også at samisk naturbruk har lang tradisjon, se blant annet s. 207 flg.

utmarksbruk omfattes i dag. Motsetningsvis kan ordlyden tolkes til også å omfatte binæringer. Et argument for å ikke oppstille et krav om hovednæring er praktiseringen av utmarksutnyttelse. Slik høstingskulturen framstilles i sluttrapport fra Sametingets arbeidsgruppe for utmark fra 2016,⁷⁵ tok man kun det man trengte av hensyn til naturen og framtidige generasjoners mulighet til å nyte naturressursen. En slikt utnyttelse vil innebære at det sjeldent var mulig å ha en type utmarksbruk som sin hovedinntekt.

Fravær av økonomisk incentiv kan også svekke stillingen til utmarksbruk som en del av det materielle grunnlaget for kulturen. Som nevnt innledningsvis utgjør aktiviteter med et økonomiske aspekt en del av det materielle grunnlaget for samisk kultur. Dette gjennom å bidra til kulturens levedyktighet og eksistens. Et manglende økonomisk aspekt kan tas til inntekt for at aktiviteten ikke er i kjernen av samisk kultur. Etter mitt skjønn anses en restriktiv tolkning av hva som inngår i det materielle grunnlaget for kulturen ikke for å være i tråd med artikkel 27, verken dens dynamiske karakter eller formålet bak bestemmelsen. Tolkning av bestemmelsen burde tilpasses tiden og samfunnsutvikling for å gi et tilstrekkelig minoritetsvern.

Diergaardt har slått fast at motivasjonen for å drive med aktiviteten er et relevant vurderingsmoment. Hvilken vekt det økonomiske aspektet skal tillegges når man skal vurdere et inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen, er ikke drøftet i praksis fra Komiteen eller i teori. Det må nødvendigvis bero på en konkret helhetsvurdering. Som et utgangspunkt – mener jeg – det foreligger gode grunner for ikke å tillegge det økonomiske aspektet avgjørende vekt.

Sametingets arbeidsgruppe framstiller utmarksbruken, på samisk *meahcásteapmi*, som en sentral del av samisk kultur og trekker fram at bruken er karakteristisk for ”for samisk levemåte”.⁷⁶ Gruppens uttalelser er ikke av rettslig karakter, men kan bidra med å belyse den kulturelle betydningen av utmarksbruk fra et samisk perspektiv.

Utmarksbrukens historiske betydning kan påvirke terskelen for inngrep. Utnyttelsen sitt opphav var begrunnet i økonomiske hensyn. Høsting av bær, jakt og fiske, og annen

⁷⁵ Sluttrapport fra Sametingets arbeidsgruppe for utmark, ”Meahcci- et grunnlag for identitet, kultur og birgejummi”, 29.02.2016 (heretter ” Sluttrapport fra Sametingets arbeidsgruppe”)

⁷⁶ Sluttrapport fra sametingets arbeidsgruppe

utnyttelse, ga bidrag til en husholdning, enten ved at ressursene kunne selges, byttes, eller ved at ressursen kunne konsumeres av husholdningen selv. Økonomisk gevinst gjennom videresalg og bytting er ikke like utbredt i dag, men forekommer fortsatt, slik som salg av muldebær og snarefangst.⁷⁷Utnyttelsen av utmarken bidrar likevel økonomisk ved at ressursen kan konsumeres og således ikke trengs å kjøpes inn. Plukking av bær medfører at husholdningen slipper å gå til innkjøp av bær på dagligvarebutikker. Selv om ressursene ikke gir et vesentlig pengebidrag til husholdningen, slik som inntekten fra en hovednæring, har ikke utnyttelsen *mistet* sitt økonomiske preg.

I tråd med utviklingen av det moderne samfunnet har samene i mindre grad vært avhengig av å nyttiggjøre seg av utmarken av økonomiske hensyn. I dag er utnyttelsen heller motivert av tradisjonen aktiviteten representerer. Dette kan være et argument for at utmarksbruk har en sentral kulturell betydning, noen som må tillegges vekt når terskelen for inngrep skal vurderes.

Etter min mening er det ikke naturlig å se det kvantitative økonomiske aspektet ved en aktivitet som et uttrykk for aktivitetens kulturelle betydning. En kultur består av flere komponenter og en aktivitet kan ikke nødvendigvis vurderes isolert ut i fra sitt økonomiske bidrag. Det materielle grunnlaget for samisk kultur er bærebjelke for kulturens eksistens og overlevelse. Alle de kulturelle bærebjelkene kan ikke være like store, og en kulturen vil også bestå av mindre bærebjelker. Kulturbegrepet i artikkel 27 er ikke statisk og etter mitt skjønn må dette påvirke hvilke aktiviteter som anes for å inngå i det materielle grunnlaget for samisk kultur. En aktivitet som har sitt opphav i økonomiske hensyn, kan i tråd med utviklingen ha mistet sitt økonomiske preg, men likevel være en bærer av tradisjoner. En aktivitets kulturelle preg og dens betydning for samisk tradisjonen bør tillegges større vekt i vurderingen av hvilke inngrep som går klar av artikkel 27.

Norsk rettspraksis gir i liten grad veiledning til om det stilles krav om økonomiske avkastning, foruten når det er tale om reindrift.⁷⁸ Videre gir praksis lite veiledende for å

⁷⁷ NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark Bakgrunns materialet for Samerettsutvalget, punkt 4.8.1, der Rettsgruppen trekker fram at jakt og fangst hovedsakelig begrunnes i rekreasjon og matauk, ikke næringsvirksomhet.

⁷⁸ Se LH-2016-92975 som gjaldt reintallsreduksjon og krav om ”fortsatt utbytte” i tråd med retningslinjer fra *Apirana v. New Zealand* (Communication No. 547/1993) (heretter ”Apirana”)

identifisere de rettslige karakteristikker ved kulturbegrepet. Saker for Høyesterett der artikkel 27 har vært påberopt omhandler i hovedsak reindrift.⁷⁹ Et unntak er Rt. 2001 s. 1229 (Svartskog) der tema var kollektiv eiendomsserverv, men artikkel 27 ble ikke drøftet av Høyesterett. Det har ikke vært noen saker for Høyesterett der en part har vunnet fram med hjemmel i artikkel 27.

Menneskerettighetskomiteens saker i tilknytning til urfolk har hovedsakelig angått en næringsvirksomhet, slik som reindrift, lamaoppdrett og fiskevirksomhet. Således kan det legges til grunn at utnyttelse som omfatter en kulturspesifikk næringsutøvelse, en økonomisk aktivitet, er å anses som en del av det materielle grunnlaget for kulturen. Hvorvidt næringsvirksomhet er en forutsetning for å nyte vern etter artikkel 27 kan ikke besvares ut i fra nåværende praksis. Hensyn som taler for et slikt krav er statens rett til å regulere økonomisk virksomhet, og at begrensninger i denne retten bør begrunnes i en næringsvirksomhet. På den andre siden kan et krav om næringsutøvelse anses for å være lite forenelig med artikkel 27 sitt formål. Et krav om økonomisk næring vil ikke gi et sterkere minoritetsvern for samisk kultur.

Etter mitt skjønn bør ikke artikkel 27 bare verne utnyttelse av utmarken med formål om næringsvirksomhet. I forlengelsen av dette trekkes det fram at utnyttelsens kvantitative økonomiske bidrag heller ikke burde være avgjørende for om aktiviteten nyter vern etter artikkel 27. Imidlertid er kulturell næring, slik som reindrift, i kjernen av samisk kultur, og dette må tillegges vekt når terskelen til artikkel 27 skal kartlegges. Når en aktivitet ikke ligger i kjernen av kulturen, bør det kreves mer for å anse et inngrep som en nektelse av kulturen.

3.3 Ytterligere krav til kulturspesifikk næring eller tilstrekkelig med tradisjonell næring?

I Norge er reindrift en næringsvirksomhet som relateres med samisk kultur og komiteen har gjentatte ganger slått fast at inngrep i næringen kan krenke vernet i artikkel 27.⁸⁰ Reindrift er ansett som en *kulturspesifikk* næring. Spørsmålet som skal behandles i del 3.3 er om det stilles

⁷⁹ Se blant annet Rt. 2001 s. 769 (Selbusaken) Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya-saken)

⁸⁰ Se Kitok, Länsmann I-II og Äärelä and Näkkäljärvi v. Finland (Communication No. 779/1997) (heretter ”Äärelä”)

krav om at en næringen er kulturspesifikk, eller om artikkel 27 også verner tradisjonell næring.

Med ”kulturspesifikk” menes næringsutøvelse som har en egenart relatert til et spesifikt urfolk eller en spesifikk minoritet. Kystfiskeutvalget for Finnmark har trukket fram at et kjennetegn ved en kulturspesifikk næring er at samene har drevet med den i større utrekning enn resten av befolkningen.⁸¹ Reindrift anses som en kulturspesifikk næring i Norge fordi det kreves at utøveren er av samisk ætt for å drive med rein.⁸²

”Tradisjonell” næring kan også være en viktig del av kulturen, men næringen er ikke eksklusiv for urfolksgruppen. Kystfiskeutvalget illustrerer begrepet ved å sammenligne sjøsamenes fiske med andre bosatte i Finnmark; næringsutøvelsen er utøvet i like stor grad av begge gruppene og på vesentlig samme måte.⁸³

Utmarksbruk er ikke eksklusiv for den samiske folkegruppen; fiske, jakt og bærplukking er aktiviteter nordmenn også gjør og må således karakteriseres som en tradisjonell- og ikke en kulturspesifikk aktivitet. Det kan ikke leses ut av ordlyden i artikkel 27 om det kan oppstilles et krav om kulturspesifikk næring.

Spørsmålet er lite behandlet i praksis og det foreligger ikke kjente kilder på spørsmålet i tilknytning til utmarksbruk. Skillet er i norsk rett problematisert for sjøsamenes fiske. Veiledning på om det finnes et skillet menes å være av generell karakter, selv om det er behandlet i tilknytning til fiske.

I Apirana var spørsmålet om en ny lov som regulerte kommersielt fiske stred mot maoriene sin rett til tradisjonell fiske etter artikkel 27. Bakgrunn for saken var at myndighetene på starten av 1980-tallet innførte begrensninger i fiske på grunn av overfiske. Videre satt staten inn tiltak om kvotesystem i 1986. I 1992, etter flere år med forhandlinger mellom regjeringen og maoriene representanter, ble det fremforhandlet en avtale for å avbøte situasjonen som hadde oppstått. Maoriene, med unntak av 19 individer, støtte seg til forliksavtalen (”Deed of

⁸¹ NOU 2008: 5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark (heretter ”NOU 2008: 5) s. 264

⁸² Lov 15. juni 2007 om reindrift § 2

⁸³ NOU 2008: 5 s. 264

settlement”). Det var uomtvistet at maoriene var en minoritetsgruppe og at bruk og kontroll av fiske var en ”essential element of their culture”.⁸⁴

Avgjørelsen viser at fiske etter sin art kan være en aktivitet som faller inn under artikkel 27. Komiteen viser i avsnitt 9.4 til at artikkel 27 beskytter ”traditional means of livelihood”. Til tross for at komiteen bruker ordlyden ”traditional”, kan ikke uttalelsen nødvendigvis tas til inntekt for at tradisjonell virksomhet generelt omfattes av artikkel 27. Dette fordi skillet mellom tradisjonell og kulturspesifikk næring ikke direkte er problematisert av Komiteen. Begrepsbruken ”tradisjonell ” og ”kulturspesifikk” er kommet til på bakgrunn av norske forhold og er anvendt nasjonalt. På den andre siden kan Komiteens manglende problematisering av begrepene tas til inntekt for at det ikke foreligger et skille.

Kystfiskeutvalget trekker fram at maorienes fiske framstår lik til resten av befolkningens fiskevirksomhet. Dette taler for at artikkel 27 ikke stiller krav om en kulturspesifikk form for at et inngrep potensielt kan være krenkende.⁸⁵

I Diergaardt-saken uttalte Komiteen at fedriften ikke var ”the result of a relationship that would have given rise to a distinctive culture”.⁸⁶ Uttalelsen kan gi assosiasjoner til det eksklusive preget som kulturspesifikk næring har. På den andre siden utelukket ikke Komiteen at fedrift som sådan kunne være en aktivitet som falt innenfor vernet i artikkel 27, slik som reindrift, men at minoritetsgruppens utøvelse i dette tilfellet ikke ga grunnlag for vern.⁸⁷ I tillegg la trolig Komiteen vekt på at det i saken var tale om en minoritetsgruppe og at deres bruk av landområder ikke har sammen tradisjonelle preg som for urfolk. På bakgrunn av dette fremstår ikke uttalelser fra Diergaardt til å gi særlig veiledning til spørsmålet.

Når det stilles spørsmål om tradisjonelle aktiviteter også omfattes av artikkel 27, fremstår det naturlig å se nærmere på hva som egentlig gjør en aktivitet kulturspesifikk og særegen for en kultur.

Reindrift er en næring som automatisk knyttes til samisk kultur, trolig fordi det kun er samer som får drive med rein etter norsk lov. Etter finsk rett stilles det ikke krav om å være samisk

⁸⁴ Apirana para 9.3

⁸⁵ NOU 2008: 5 s. 256

⁸⁶ Diergaardt para 10.6

⁸⁷ NOU 2007: 13 A s. 194

for å drive med rein, selv om de fleste som driver med rein er samisk.⁸⁸ Har nasjonal regulering og klassifisering av kulturen betydning for dens særegenhet? Dersom Norge regulerte fiske i Finnmark til gunst for sjøsamene, vil fiske da bli kulturspesifikk? Komiteen har i flere saker slått fast at reindrift i Finland omfattes av kulturbegrepet i artikkel 27.⁸⁹ Det bestrides ikke at reindrift er en del av samisk kultur, uavhengig av hvordan den er regulert nasjonalt. Poenget er at nasjonal regulering kan påvirke hvordan vi vurderer om noe er kulturspesifikt eller ikke, og en slik tilnærming er nødvendigvis ikke heldig eller korrekt. Særlig ikke hvis skillet mellom en kulturspesifikk- og tradisjonell aktivitet påvirker hvordan vi vurderer terskelen i artikkel 27. I punkt 3.6 vil betydningen av nasjonal klassifisering behandles nærmere.

Kystfiskeutvalget trekker i sin utredning frem at dersom artikkel 27 stiller krav om samisk egenart for å nyte vern etter artikkel 27, vil store deler av det materielle kulturgrunnlag i det samiske samfunnet falle utenfor. Utvalget mener skillet mellom kulturspesifikk- og tradisjonell næring ikke burde gis avgjørende vekt for hvordan vern aktiviteten gis. De begrunner sitt syn med at artikkel 27 pålegger staten et resultatansvar, der det sentrale er at staten ikke må gjøre inngrep i kulturen som medfører en nektelse. Dette resultatansvaret gjør seg gjeldene selv om det er tale om en tradisjonell næring.⁹⁰

På bakgrunn av manglende problematisering fra Komiteen, det faktum at skillet er et resultat av internrettslig regulering, og Kystfiskeutvalget sin oppfatning, mener jeg artikkel 27 ikke oppstiller et krav om kulturspesifikk næring. Hensynet bak bestemmelsen – minoritetsvern – taler etter min oppfatning, også for en slik løsning. En aktivitet kan være viktig for kulturen selv om den ikke eksklusivt utføres av urfolksgruppen. Jeg mener det sentrale for terskelen til artikkel 27 ikke er begrepsbruken, men heller hvor viktig aktiviteten har vært for kulturen.

3.4 Modernisering av kulturen

Kan modernisering i samfunnet, herunder utvikling av samiske tradisjoner og kultur ha betydning for terskelen i artikkel 27? Som nevnt ovenfor har samisk naturbruk utviklet seg til i mindre grad å være av økonomisk betydning, og begrunnes i dag av hensyn til tradisjon.

⁸⁸ Se Renskötsellagen av 1990 (848/1990) § 2. Se også NOU 2007:13 A s. 257

⁸⁹ Se Länsmann I-II og Äärelä

⁹⁰ NOU 2008: 5 s. 264 flg.

Ordlyden i artikkel 27 gir i seg selv ingen veiledning for om det er rom for modernisering av kulturen innenfor rammene av artikkel 27. Menneskerettighetskomiteen har ikke behandlet spørsmål om modernisering i tilknytning til utmarksbruk, men har behandlet det i relasjon til reindrift og bruk av moderne hjelpemidler.

I Länsman (I) var spørsmålet for komiteen om tillatt steinbruddvirksomhet berørte reindriften i området på en slik måte at terskelen for inngrep etter artikkel 27 var oppnådd. Komiteen viser i avsnitt 9.3 til at tilpassing av metoder og bruk av moderne teknologi i reindriften ikke forhindrer klagerne i å påberope seg artikkel 27. Også i Apirana viser Komiteen til at artikkel 27 tillater tilpassing av hjelpemidler til en moderne livsstil.⁹¹

Bruk av moderne hjelpemidler og moderne former for materielle kulturutøvelse fratar altså ikke næringen dens kulturelle preg.⁹² En slik tolkning fremstår etter mitt skjønn for å være i tråd med artikkel 27 sin dynamisk karakter. Et minoritetsvern som ikke kan tilpasses utviklingen i verden vil ikke gi et tilstrekkelig vern.

I Lubicon Lake Band mente urfolksgruppene cree-indianere at statens tillatelse til å utnytte landområder gjennom utvinning av olje og gass var i strid med deres jakt- og fiskerettigheter i området. Statens inngrep var omfattende nok til å utgjøre et brudd på artikkel 27, men fordi statens hadde framlagt tilfredsstillende forslag til tiltak som skulle gjenopprette situasjonene for urfolksgruppen, ble ikke brudd konstatert. Et mindretall, dommer Nisuke Ando, var uenig i at det i realiteten forelå et brudd. Han trakk fram at urfolks kultur vil påvirkes av verdensutvikling, særlig i tilknytning til tekniske utviklinger. Således vil retten til kultur ikke nødvendigvis gi rett til å bevare sin tradisjonelle livsstil for enhver pris, og det kan heller ikke stilles krav om en slik bevarelse. Mindretalletsvotum taler for at utvikling i urfolksgruppens kulturutøvelse ikke bare må godtas, men også kan være nødvendig.

Utvikling av samisk naturbruk må ses i sammenheng med samfunnsutviklingen generelt. Det er færre og færre som livnærer seg av utmarken og langt færre som lever en nomadisk livsstil. En naturlig følge av dette er at utmarksbruk ikke spiller en avgjørende økonomisk rolle i det daglige liv og dermed utnyttes i mindre grad og med et annet formål.

Endring av tradisjoner i takt med samfunnet og tiden medfører ikke nødvendigvis at eldre

⁹¹ Apirana para 9.4

⁹² NOU 2007: 13 A s. 198

tradisjoner mister sitt kulturelle preg. Lina Gaski beskriver samisk landskapsbruk som en del av samisk kultur og moderne identitet. Hun viser blant annet til at selv om landskapet ikke utnyttes kontinuerlig eller har samme funksjonelle betydning som for besteforeldregenerasjonen, har landskapet en symbolsk betydning for samisk identitet.⁹³

For utmarksbruk kan modernisering være relevant ved bruk av nye redskaper eller hjelpemidler for jakt og fisk. Bruk av gevær i stedet for snarefangst kan være et eksempel på bruk av moderne hjelpemidler i samisk utmarksbruk.⁹⁴ Det er ikke dermed utelukket at utvikling og modernisering av materiell kulturutøvelse kan ha betydning for inngrepsterskelen i artikkelen. Modernisering, enten det gjelder hjelpemidler eller annen endring i utnyttelsesmåten, kan oppfattes som å frata aktiviteten sitt tradisjonelle preg og således oppfattes som mindre viktig for kulturen. Som et utgangspunkt mener jeg det er nærliggende å legge til grunn at endringer som fratar aktiviteten sitt tradisjonspreg, vil ha mest betydning i en inngrepsvurdering etter artikkel 27.

3.5 Et kollektiv preg

Retten til kultur etter artikkel 27 er, som nevnt tidligere, en individuell rett. Likevel har kultur et kollektivt preg ved at den skapes av et fellesskap og må nytes ”in community with the other members of their group” jf. artikkel 27.

I sin General Comment viser Menneskerettighetskomiteen til at de individuelle rettigheten i artikkel 27 forutsettes en gruppe for å kunne ”maintain its culture”.⁹⁵ Det kollektive aspektet ved bestemmelsen er altså en rettslig karakteristikk ved kulturbegrepet. På hvilken måte kan bestemmelsens kollektive karakter virke inn på terskelen?

Lovelace-saken⁹⁶ illustrerer artikkel 27 sitt kollektive preget. Lovelace var fra fødsel registrert og ble etter kanadisk lov anerkjent som ”Maliseet Indian”. Når hun i voksen alder inngikk ekteskap med en ikke-indianer mistet hun, i tråd med kanadisk lov, sin status som Maliseet Indian. Etter skilsmisse ville hun tilbake til reservatet. På grunn av ekteskapets opprinnelse hadde hun etter kanadisk lovgivning ikke juridisk rett til å bosette på reservatet.

⁹³ Gaski, Lina, ”Landskap og identitet”, Fortidsvern nr. 2, 2000

⁹⁴ NOU 1993: 34 punkt 4.8.1

⁹⁵ General Comment No. 23 para 6.2

⁹⁶ Sandra Lovelace v. Canada (Communication No. R.6/24) (heretter ”Lovelace”)

Stammerådet tillot Lovelace fra tid til annen å bo hos foreldrene sine på reservatet. Stammerådet samtykket ikke til at Lovelace kunne bosette seg permanent og få støtte til å skaffe seg et hus, noe som registrerte indianere kunne søke om. Hovedproblemstillingen for komiteen var om kanadisk lovgivningen medfører en nektelse av Lovelace sin rett til kulturutøvelse.⁹⁷ Komiteen kom fram til at bosted på reservatet i dette konkrete tilfellet var nødvendig for klageren for å kunne nyte sin "native culture and language" i fellesskap med andre medlemmer.⁹⁸ Således kan utøvelse i fellesskapet være et vurderingsmoment for retten til å nyte sin kultur.

I Länsman III knytter Komiteen det kollektiv preget og inngrep i individets kultur sammen. Komiteen uttaler at krenkelse av retten til kultur kan være et resultat av "combined effect of a series of actions or measures taken by a State party over a period of time...".⁹⁹

Uttalelsen viser at virkningen av statens inngrep må vurderes samlet. I en situasjon der sentrale elementer i urfolkskulturen gjennom tiden er blitt rammet, for eksempel ved at tradisjonelle næringer eller aktiviteter har blitt påvirket av inngrep, kan det kollektive aspektet ved materiell kulturutøvelse få betydning for terskelen i artikkel 27. Terskelen for å anse et inngrep som en nektelse, kan påvirkes av levedyktigheten til andre sider ved kulturen. Tålegrensen til en aktivitet kan således påvirkes av det kollektive kulturvernsbehovet til urfolksgruppen som en helhet. Det er ikke dermed sagt at krenkelse av retten til kultur forutsetter eller krever at inngrepet påvirker gruppen som en helhet. Artikkel 27 gir individuelle rettigheter.¹⁰⁰

Det kollektive aspektet kan også få betydning for inngrepsvurderingen dersom aktivitetens utbredelse i urfolksgruppen og terskel for inngrep anses for å ha en sammenheng; stor oppslutning til aktiviteten anses for å være representativt med at aktiviteten er i kjernen av kulturen. På den andre siden vil oppslutning til utnyttelse av land og vann begrenses av naturens bærekraftighet og vil dermed selv legge føringer på utbredelse av aktiviteten i urfolksgruppen.

⁹⁷ Lovelace Para 13.2

⁹⁸ Lovelace para 15

⁹⁹ Länsman III para 10.2

¹⁰⁰ NOU 2007: 13 A s. 203

Høyesterett har tidligere gitt uttrykk for at det foreligge en sammenheng mellom utbredelse og dens kulturelle styrke. I ”Hjertestikk-saken”¹⁰¹ var spørsmålet om slakting av tamrein ved bruk av *giettâdit* – en samisk sedvane – var vernet av ILO nr. 169 artikkel 8 og således ikke straffbart, på tross av norsk dyrevernslovgivning. I avsnitt 59 påpeker mindretallet at avlivingsmetoden sin manglende drøftelse under behandlingen av krumknivforskriften – en annen avlivingsmetode – var begrunnet i at *giettâdi* var en lite utbredt avlivingsmetode, og at den ikke stod sentralt i samisk kultur. Mindretallet og flertallet om betydningen av krumknivforskriften. Hvorvidt Høyesterett mente sedvanens utbredelse var av betydning i avveiningen etter ILO artikkel 8, eller om det generelt kan settes et likhetstegn mellom utbredelse og kulturell betydning, er ikke helt klart.

Menneskerettighetskomiteen har i sin General Comment trukket frem at artikkel 27 skal bidra til minoritetsvern ved ”ensuring the survival and continued development of the cultural, religious and social identity of the minorities concerned”.¹⁰² Det kollektive aspektet ved kulturen mener jeg er et overordnet hensyn for artikkel 27; en kultur er avhengig av et fellesskap for å overleve og utvikle seg. Det kollektive aspektet vil ha betydning for terskelen i tilfeller der kulturen er særlig utsatt for inngrep og det er behov for å styrke kulturen generelt. Etter mitt skjønn bør ikke utgangspunktet være at oppslutning og kulturell betydning likestilles. En slik tilnærming kan føre til at stillingen til viktige kulturelle aktiviteter svekkes, og utbredelse anses ikke for å være representativt for betydningen av aktiviteten.

3.6 Nasjonal klassifisering

Som nevnt ovenfor framstår det som nasjonal regulering gis betydning om noe er kulturspesifikk eller tradisjonell næring. Spørsmålet som reises i punkt 3.6 er om nasjonal klassifisering gir rettslig karakteristikker som kan ha betydning for terskelen til materiell kulturutøvelse.

Apirana viser at fiske etter sin art kan omfattes av artikkel 27, men vil det kunne ha betydning for terskelen til artikkel 27 dersom norsk rett ikke anerkjenner urfolks rettigheter til saltvannsfiske på samme måte som New Zealand? Og vil en lignende tilnærming legges til grunn for utnyttelse av landområder, slik som utmarksbruk?

¹⁰¹ Rt. 2008 s. 1789

¹⁰² General Comment No. 23, para 9

3.6.1 Norske ervervsgrunnlag

Artikkel 27 gir ikke selv et selvstendig grunnlag for anerkjennelse av rettigheter til landområder og naturressurser.¹⁰³ I Gáldu Cála trekkes det frem at artikkel 27 ikke omhandler rett til eiendom, men at praksis fra Komiteen viser at retten til å dyrke sin kultur gir en viss beskyttelse av urfolks kollektive retter til landområder.¹⁰⁴ Artikkel 27 gir en beskyttelse mot inngrep i eksisterende rettigheter.¹⁰⁵ Disse rettighetene hjemles imidlertid i nasjonale hjemmelsgrunnlag.

Etter norske rett klassifiseres rettigheter til landområder enten som en bruks- eller eiendomsrett. Fra Komiteens praksis kan det ikke utledes at artikkel 27 gir selvstendig grunnlag for krav om anerkjennelse av eiendomsrett, dette medfører ikke at retten til kultur er nektet. Samerettsutvalget II mener det er mye mulig at artikkel 27 kan anføres som grunnlag for krav om anerkjennelse av bruksrettigheter i tradisjonelle reindriftsområder.¹⁰⁶ Etter utvalget sin oppfatning gir en norsk bruksrett et slikt vern, at den, i alle fall som et utgangspunkt, må anses for å oppfylle kravene til kulturvern i artikkel 27.¹⁰⁷

I Svartskog-saken ble det anført at dersom eiendomsrett ikke kunne bygges direkte på artikkel 27, sammenhold med ILO-konvensjonen artikkel 14, måtte kildene i alle fall ”tillegges vekt ved vurderingen av om vilkårene for rettserverv ved hevd eller alders tids bruk er oppfylt”. Det ble videre fremholdt at samenes kollektive ressursutnyttelse var ulik til nordmenns oppfatning av eiendomsforhold og at dette måtte tillegges vekt i vurderingen av norske regler for rettserverv.¹⁰⁸ Høyesterett viste til at bruken til befolkningen i Mandal ga grunnlag for en kollektiv eiendomsrett etter reglene om alders tids bruk, uavhengig av våre folkerettslige forpliktelser. Høyesterett tok hensyn til samisk rettsoppfatning og sedvane når de vurderte vilkårene for alders tids bruk. I godtro-vurderingen trekker blant annet Høyesterett fram at en

¹⁰³ Det har ikke vært noen saker der Komiteen har tilkjent rett til landområder med hjemmel i artikkel 27. Se også NOU 2007: 13 A s. 213 flg

¹⁰⁴ Eide, Asbjør, Urfolks rettigheter – folkerettsligenyvinnger de siste 25 årene, i Gáldu Cála - tidsskrift for urfolks rettigheter nr. 4/2007, s. 50

¹⁰⁵ ILO- konvensjonen artikkel 14 gir et vern til samiske rettigheter til land og vann ved krav om anerkjennelse til disse rettighetene

¹⁰⁶ NOU 2007: 13 A s. 213-214

¹⁰⁷ NOU 2007: 13 A s. 213-214

¹⁰⁸ Rt. 2001 s. 1229 s. 1239 (Svartskog-saken)

person var samisk og ”dermed tradisjonelt sett mindre opptatt av formelle spørsmål”.¹⁰⁹ Selv om Høyesterett ikke behandlet anførselen om artikkel 27 direkte, kan en se tilpasning av vilkårene til samisk kultur, som å tillegge de folkerettslige kildene vekt. Det materielle grunnlaget for samisk kultur vil gis et sterkere vern dersom anerkjennelse av rettigheter til land og naturressurser tilpasses samisk bruk. Også i Selbu-saken ble innholdet i ervervsgrunnlaget alders tids bruk tilpasset de særlige forhold som reindriften bringer med seg.¹¹⁰

Norge har i sin oppdateringsrapport til Komiteen, senest i september 2017, vist til at samiske rettigheter til land og naturressurser i tradisjonelle områder må vurderes etter norske ervervsregler, slik som hevd og alders tids bruk, men at disse reglene må tilpasses samisk bruk.¹¹¹

For at de norske reglene om hevd og alders tids bruk skal anses for å være i overensstemmelse med forpliktelsene etter artikkel 27, må de virke slik at de gir et vern til samisk kultur. I vurderingen av om bruken skal gi grunnlag for en bruksrett, bør den faktiske utøvelsen tillegges vekt i stedet for den formelle vurderingen av den. Dersom minoritetsvernet skal ha en realitet kan ikke majoritetsbefolkningens lovgivning være avgjørende for om aktiviteten anses som kultur og således nyter vern etter artikkel 27.

FNs Rasediskrimineringskomite (CERD)¹¹² har uttrykt bekymring rundt anerkjennelse av samiske rettigheter til land og naturressurser. De viser til at selv om Finnmarksloven anerkjenner at samene har kollektive- og individuell rettigheter til land og naturressurser, er det store problemer med den praktiske utførelsen, noe som igjen svekker vernet til samiske landrettigheter.¹¹³ CERD sin uttalelse, selv om organet befatter seg med en annen konvensjon, viser de en problematikk rundt urfolks landrettigheter som også gjør seg gjeldene for SP

¹⁰⁹ Svartskog-saken s. 1247

¹¹⁰ Rt. 2001 s. 769 (Selbu-saken)

¹¹¹Se Norges ”LOIPR”, CCPR/c/NOR/7. Bruk av ”LOIPR” er en ny rapporteringsprosedyre der Komiteen først sender statene en liste over problemer de vil ha besvart (LOIs), og statene sender så sitt svar på denne listen gjennom (LOIPR). Se <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/SimplifiedReportingProcedure.aspx>

¹¹² CERD er et uavhengig ekspertorgan som overvåker implementering av International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination, entry into force 4 January 1969

¹¹³ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observation on the twenty-first and twenty- second periodic reports of Norway (CERD/C/NOR/CO/21-22)

artikkel 27. Vernet i artikkel 27 mister sitt innhold dersom rettigheter til land og vann formelt kan anerkjennes, men prosessen rundt anerkjennelsen ikke i tilstrekkelig grad oppfylles.

3.6.2 Sedvanebegrepet

En sentral rettskilde for den samiske folkegruppen er samiske sedvaner. Samisk sedvane er i dag anerkjent som en relevant rettskilde etter ILO-konvensjonen nr. 169 artikkel 8.¹¹⁴ I litteratur er samisk sedvane definert som ”faktisk adferd, praksis, bruk og andre handlinger som har sitt utspring i samisk kultur, samfunnsliv og næringsutøvelse”¹¹⁵. Hva skiller egentlig samiske sedvaner fra kultur etter artikkel 27?

Definisjonen av samiske sedvane er, slik som kulturbegrepet, vidt og kan omfatte en rekke ulike handlinger. Noen samiske sedvaner er også en del av den samisk rettskultur, og Skogvang mener artikkel 27 verner samisk rettskultur.¹¹⁶ Selbu-saken og Svartskog-saken gir uttrykk for at samisk rettskultur har betydning for rettsanvendelsen. I sakene legges det blant annet vekt på at samisk kultur er muntlig og at det må tas hensyn til reindriftens særlige forhold når vilkårene for alders tids bruk skal vurderes.¹¹⁷

Samisk sedvane og hva som vernes etter 27 er ikke sammenfallende. Skogvang trekker fram at en sedvane som er ”vital og sentral” kan omfattes av artikkel 27.¹¹⁸ Hvorvidt utnyttelse av utmark både kan anses for å være en samisk sedvane og materielle kulturutøvelse, vil ikke denne avhandlingen gi en endelig konklusjon på. Formålet med denne drøftelsen er å trekke frem at nasjonal klassifisering av rettskilder kan påvirke hvilke vekt bruken skal tillegges i motstrid med andre rettigheter og hvilket vern bruken gis.

Hvorvidt en aktivitet klassifiseres som en samisk sedvane eller omfattes av kulturbegrepet i artikkel 27, vil det ha stor betydning for hvilket vern aktivitetens gis. Artikkel 27 skal etter menneskerettsloven § 3 gis forrang for annen norsk lovgivning og bestemmelsen åpner ikke for en avveining av hensyn. Til sammenligning skal samisk sedvane etter ILO-konvensjonen artikkel 8 tillegges tilbørlig vekt og er en avveiningsregel. Praksis fra Høyesterett viser at i hvilken grad en samisk sedvane vektes i stor grad varierer ut i fra rettsområdet.

¹¹⁴ Se ILO-konvensjonen artikkel 8

¹¹⁵ Skogvang (2009) s. 55. Hun trekker også frem at samisk rettskultur vernes av artikkel 27, se s. 59.

¹¹⁶ Skogvang s. 59

¹¹⁷ Se Eriksen, Gunnar (2004) s. 289- 304, se også Skogvang s. 66

¹¹⁸ Hjertesukk om Hjertestikk (2009)

Det er selvfølgelig ikke gitt at en sedvane som omfattes av artikkel 27 vil ”vinne fram” i en motstridssituasjon, fordi det ikke nødvendigvis foreligger en nektelse. Som tidligere nevnt, gir ikke artikkel 27 et absolutt vern mot inngrep i kulturen – eller for samiske sedvaner.

Nasjonal klassifisering kan medfører at en ”glemmer” å anvende artikkel 27 på samiske sedvaner som også er materiell kulturutøvelse. For en domstol er partene selv ansvarlig for å påberope seg aktuelle rettsregler, og nasjonal klassifisering kan påvirke hvilke rettslige grunnlag som fremstår som relevant for parter. Det har vært saker for Høyesterett der det kan tenkes at artikkel 27 kunne vært prosedert på, i stede for ILO artikkel 8. For eksempel Hjerestetikk-saken¹¹⁹ som omhandlet en avlivingsmetode av reinsdyr, Båndtvang-saken¹²⁰ og Andejaktsaken¹²¹. Det fremheves at det ikke dermed er sagt at sedvanene i de nevnte sakene ville blitt gitt medhold. Det fremheves også at Høyesterett vil trolig være tilbakeholden med å anvende artikkel 27 dersom nasjonale rettskilder kan løse konflikten. Dette gjør de naturlig nok for å unngå et folkerettsbrudd, og en eventuell påfølgende erstatningssak.

3.7 Ytterligere rettslige vilkår

Når rettigheter til utmarkens ressurser skal vurderes er det naturlig å se på bruken i et historisk perspektiv.¹²² Det er den historiske bruken som medfører at lamaoppdrett ikke er en del av det materielle grunnlaget for samisk kultur, selv om det er det for aymarafolket i Peru.¹²³ I dette punktet vil det gis en kort presenteres av generelle vilkår som jeg mener kan være av interesse for terskelen til inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen. Jeg mener det er viktig å presentere momentene selv om det knytter seg en del usikkerhet til de.

¹¹⁹ Rt. 2008 s. 1789

¹²⁰ Rt. 2011 s. 1116

¹²¹ Rt. 1988 s. 377

¹²² Ravna, Øyvind, ”Adgangen til å regulere småviltjakt på Finnmarkseiendommens grunn” LoR vol. 49, 1-2, 2010 s. 27-46

¹²³ Se Poma Poma

I Kitok-saken viste Komiteen til at reindrift er en "essential element of their culture"¹²⁴, og i Diergaardt-saken trekkes det frem at minoritetsgruppen sin bruk av landområdet, som stammet 125 år tilbake i tid, ikke hadde "given rise to a distinctive culture"¹²⁵.

Menneskerettighetskomiteen har aldri sagt noe konkret om sider ved bruken har betydning, for hvilke vern den gis, for eksempel om kulturutøvelsen sin "levetid" eller brukens intensitet kan tillegges vekt.

3.7.1 Tid

Vil det ha betydning for terskelen til artikkel 27 hvor lenge den materielle kulturutøvelsen har vært en del av kulturen? I Samerettsutvalgets drøftelse vises det at artikkel 27 kunne vært anført som hjemmel for å anerkjenne reindriftssamenes bruksrettigheter, i tradisjonelle reindriftsområder hvor "*det fra gammelt av*" har vært reindrift.¹²⁶ Vil "brukstiden" ha betydning for terskelen? Ved hevd har brukstid betydning¹²⁷, og selv om reglene om alders tids bruk ikke oppstiller en eksakt årsgrense, anses en brukstid på over 100 år å oppfylle vilkåret om tid.¹²⁸

Etter min mening kan brukstid gi en indikasjon på kulturutøvelsens betydning for urfolksgruppen og således påvirke terskelen. Imidlertid er det vanskelig å gi konkrete holdepunkter for hvor lenge bruken må ha vært utøvet for at den skal få nevneverdig betydning for terskelen.

3.7.2 Intensitet

En tidligere utfordring rundt anerkjennelse av samisk bruk har vært at den ikke er eksklusiv eller intensiv nok. For reindrift har dette vilkåret i senere år vært avhjulpet ved at reindriftens nomadiske livsstil og andre egenskaper ved den samiske kulturen tillegges vekt i vurderingen av vilkåret.¹²⁹

¹²⁴ Se Kitok para 9.2 .

¹²⁵ Diergaardt-saken para 10.6

¹²⁶ NOU 2007:13 A s. 213

¹²⁷ Etter hevdslova § 2 må den som hevder ha en ting som sin egen i 20 år

¹²⁸ Rt. 1961 s. 1133

¹²⁹ Se blant annet Rt. 2001 s. 769 (Selbudommen)

På lik linje med reindrift vil ikke utmarksbruk være eksklusiv eller av intensiv karakter. Tilpassing av norske regler, slik som gjort i Selbu- og Svartskogdommen, anses for å gi uttrykk for et skifte i norsk rettsoppfatning i tilknytning til anerkjennelse av samiske bruk og sedvaner i relasjon til tingsrettslige regler.¹³⁰ En annen tilnærming vil være lite forenelig med bestemmelsens formål.

3.7.3 Bevisbyrde

Dersom det skulle være uenighet om den historiske bruken eller betydningen av kulturutøvelsen vil dette trolig følge alminnelige internrettslige regler om bevisbyrde. Det foreligger ingen praksis fra Komiteen som indikerer en annen tilnærming.

Konvensjonspartene har naturlig nok adgang til selv å oppstille særlige regler om bevisbyrden, slik som i reindriftsloven § 4 annet ledd.

Äärelä- saken¹³¹ viser at Komiteen vil avstå fra å konstatere krenkelse dersom virkningen av inngrepet er uklart. Komiteen er avhengig av informasjon fra partene om faktum og faktiske forhold for å kunne ta stilling til saken. Det er nærliggende at en lignende problematikk ville oppstått ved stor uenighet brukstid og intensiteten av bruken.

4 Vurderingsmomenter for om noen er ”nektet” sin kultur

4.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis er analyse av terskelen for inngrep i artikkel 27, med henblikk på utmarksbruk, en to-steps prosess, der rettslige karakteristikk for kulturbegrepet i artikkel 27 må identifiseres, og relevante vurderingsmomenter for om noen er ”nektet” sin kultur må analyseres. Del 4 befatter seg med relevante vurderingsmomenter for når noen er ”nektet” sin kultur. Med inngrep menes et tiltak, enten lov, vedtak, eller en tillatelse.

Komiteen har uttalt at retten til å nyte sin kultur ikke kan avgjøres ”in abstracto” men må plasseres i en sammenheng.¹³² Hvorvidt et inngrep medfører en ”nektet” må bero på en

¹³⁰ Kritisk juss 2004 s. 289- 304, Eriksen, Gunnar (2004) ,

¹³¹ Äärelä para 7.6

¹³² Se blant annet Kitok, para 9.3

konkret vurdering. Samerettsutvalget II trekker frem at det er vanskelig å angi hvor omfattende et inngrep må være for at det medfører en krenkelse av retten til kultur.¹³³

Formålet med denne delen av avhandlingen vil således være å oppstilles vurderingsmomenter som kan anvendes når det skal tas stilling til om et inngrep i samisk naturbruk er av slik karakter at det medfører en nektelse av kulturen. Komiteens praksis har vært den primære kilden for å identifisere disse vurderingsmomentene.

Staten har både en negativ- og en positiv plikt til å verne om urfolks kultur. Statens negative plikt utgjør kjernen i artikkel 27, og det er den negative plikten som har vært vurdert i Komiteen sin praksis. Rekkevidden og innholdet i statens positive plikter er i liten grad avklart, og fokuset i del 4 vil derfor være på statens negative plikt, i stedet for å analysere når fravær av positive tiltak vil medføre en krenkelse av artikkel 27.¹³⁴

4.2 Terskel for inngrep

I punkt 4.1 vil noen typetilfeller av inngrep som *ikke* medfører en nektelse av kulturen presenteres.

Länsman (I) presenterer en vurderingsnorm som gir uttrykk for når et inngrep ikke medfører en krenkelse. I avsnitt 9.4 uttales det at: ”measures that have a certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the right under article 27”.¹³⁵ Uttalelsen viser at enhver begrensning av kulturutøvelsen ikke medfører en krenkelse. Visse tiltak som påvirker muligheten til å utøve kulturen, eller som vanskeliggjør utøvelsen, kan godtas. Artikkel 27 har en absolutt side, men gir altså ikke et absolutt vern mot inngrep i urfolk sin kultur.¹³⁶ En adgang til å gjøre visse inngrep anser jeg som helt nødvendig, ettersom artikkel 27 ikke tillater en statlig skjønnsmargin.

Visse inngrep i utmarksbruk vil naturlig nok også aksepteres. For eksempel kan regulering som innfører fikse- og jaktkort være en type inngrep som aksepteres. Dette ble tillatt i

¹³³ NOU 2007: 13 A s. 202

¹³⁴ NOU 2007: 13 A s. 205

¹³⁵ Uggerud (2000) s. 62

¹³⁶ NOU 2007: 13 A s. 196

Howard-saken¹³⁷, der et stammemedlem ikke fikk medhold i at statens regulering av lisenser, fangst- og jaktbegrensninger samt sesongbegrensninger var en krenkelse av artikkel 27.

I Kitok-saken ble det av komiteen godtatt at Ivan Kitok måtte betale noen tusen kroner for å jakte, fiske og drive med reinsdyr. Saken skiller seg på noen punkter fra alminnelig utmarksbruk. For det første var Kitok sin tillatelse til jakt- og fiske ikke likestilt med øvrige svensker, men i kraft av at Kitok ble ansett som halvt-samisk etter svensk lovgivning. I tillegg var konflikten hovedsakelig mellom samebyen og Kitok. På tross av ulikhetene taler dommen for at innføring av jakt- og fiskekort ikke nødvendigvis vil være en krenkelse av samisk utmarksbruk.

I Länsman II-saken slår komiteen fast at inngrep som medfører *ekstra utgifter* kan godtas, så fremst utgiftene ikke truer overlevelsen av næringsvirksomheten. Selv om saken gjaldt reindrift, anses uttalelsen for å ha overføringsverdi til utmarksbruk. Etter mitt skjønnvil reguleringer som medfører ekstra utgifter, slik som jaktkort eller avgifter for å plukke bær, trolig godtas.

En annen form for begrensning kan være å måtte dele utmarkens ressurser med resten av befolkningen, og på lik linje med den. Desto flere som utnytter naturen, desto større mulighet er det for at begrensninger i utnyttelsen må innføres av hensyn til naturens bærekraftighet. Etter Finnmarksloven §§ 21 og 22 er adgangen til utmarksutnyttelse likestilt for den samiske befolkningen og øvrige beboere i Finnmark. Regelen medfører at utmarksbruk- og begrensninger av bruken er likestilt for nordmenn og samer i Finnmark. Ved ressursknapphet vil ikke den samiske befolkningen gis en "fortrinnsrett" ved utnyttelse.

Høyesterett har nylig presisert at det skal "en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad" at det foreligger en krenkelse av artikkel 27.¹³⁸ Spørsmålet i saken var om gjennomføring av et veiprojekt medførte konsekvenser for samisk reindrift, på en slik måte at det forelå brudd på artikkel 27. I avsnitt 129-133 viser Høyesterett til at fergeleiet og en veiomlegging, som var en del av veiprojektet, kun medførte begrensende konsekvenser for reindriften. Det ble ikke konkludert med brudd på artikkel 27.

På bakgrunn av Høyesteretts uttalelse anses det for å være en høy terskel for å konstatere

¹³⁷ Howard v. Canada (Communication No. 879/1999) (heretter "Howard-saken")

¹³⁸ HR-2017-2247-A avsnitt 128

krenkelse, også for utmarksbruk. Høyesterett sin oppfatning av terskelen for inngrep har endret seg med tiden, i Alta-saken viste de til at inngrepet måtte medføre ”bastante og meget skadelige inngrep” for å konstatere en krenkelse.¹³⁹

4.3 Fortidige- og framtidige tiltak

Komiteen tar vanligvis stilling til *virkingen* av et konkret inngrep, enten det gjelder et vedtak, en lov, en handling utført av det offentlige eller en privatpersoners handlinger, for å avgjøre om noen er nektet sin kultur. Når det skal vurderes om et konkret tiltak medfører en nektelse av kulturen, kan både fortidig- og framtidig inngrep trekkes inn. I punkt 4.3 vil det redegjøres for betydningen av fortidige- og framtidige inngrep i tilknytning til utmarksbruk.

I Lubicon Lake Band slo komiteen fast at fortidige handlinger fra myndighetenes side kan trekkes inn i vurderingen av en påstått krenkelse. Med fortidige handlinger siktet Komiteen til historiske urettferdigheter som myndigheten har påført urfolksgruppen. Samerettsutvalget sin har i sin utredning trukket frem at begrepet ”historiske urettferdigheter” er vidt og kan blant annet inkludere den tidligere fornorskingspolitikken.¹⁴⁰

På lik linje med andre inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen, kan historiske urettferdigheter være relevant for inngrep i samisk utmarksutnyttelse. Den norske assimileringspolitikken, manglende anerkjennelse av samiske rettigheter til land- og vann og senere års politiske konflikter, vil være relevante urettferdigheter. For utmarksbruk vil det etter min mening særlig kunne trekkes fram at samisk utnyttelse i lang tid ble sett på som tålt bruk og at dette har påvirket samisk utmarksutnyttelse og deres rettigheter til den.

Framtidige forhold er også relevant når inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen skal vurderes. I Länsman (I) trekker komiteen fram statens forpliktelse om å ta i betraktning framtidige tiltak. I saken konkluderte Komiteen med at selv om nåværende steinbrudds virksomhet ikke representerte en krenkelse av artikkel 27, kunne fremtidig tillatelse til å utvide steinbrudds virksomheten medføre at retten til kultur var nektet.¹⁴¹

¹³⁹ Alta- saken s. 299, også Skogvang (2009) viser på s. 169 til at Høyesteretts oppfatning av terskelen til artikkel 27 i Alta-saken er forbigått av den internasjonale utviklingen av urfolksrettigheter.

¹⁴⁰ NOU 2007: 13 A s. 197

¹⁴¹ Länsman I para 9.8

I Länsman (III) utvides omfanget til å også gjelde den kumulative virkningen av ulike inngrep. Komiteen påpeker at krenkelse av retten til kultur kan være et resultat av ”combined effect of a series of actions or measures taken by a State party over a period of time...”.

Tiltakets innvirkning på kulturen, kan etter Komiteens oppfatning, ikke knyttes til et gitt tidspunkt, men må vurderes ut i fra dens fortidige- og framtidige effekt.¹⁴² For det første tas uttalelsen til inntekt for at virkningen av ulike inngrep må vurderes samlet. For det andre kan uttalelsen tas til inntekt for at tiltak som ikke direkte angår saken kan trekkes inn i helhetsvurderingen. For eksempel ville det i Länsmann (I) kunne vært trukket inn andre forhold enn steinbrudds virksomheten, dersom andre tiltak, enten det gjelder reguleringer, privatpersoners handlinger eller forvaltningsvedtak, virket inn på det materielle grunnlaget for kulturen.

Et spørsmål som kan reises er hvorvidt forhold som staten ikke styrer over må trekkes inn, slik som knapphet av ressurser grunnet en dårlig bærsesong. Dersom en kommune vurderer hvorvidt en turoperatør skal gis tillatelse til å bringe turister ut i naturen og plukke bær, vil knapphet om ressurser måtte tillegges vekt i en vurdering etter artikkel 27? I så fall gis samisk ressursutnyttelse en form for fortrinnsrett. Det er ikke sikkert slike forhold må vektlegges etter artikkel 27, men hensyn til naturens bærekraftighet og samisk kultur er relevante hensyn etter ulike forvaltningsrettslige regler.¹⁴³

Den kumulative karakter av inngrepsvurderingen kan stå sentralt for utmarksbruk.

Lovregulering av retten til naturressursen, overføring av tidligere statsgrunn til Finnmarkseiendommen¹⁴⁴, tillatelser til private foretak for å drive på områder som har kulturell betydning for samisk naturbruk, vil alle være momenter som kan trekkes inn.

4.4 Om tiltaket har en vesentlig negativ innvirkning

Det sentrale vurderingsmomentet for om det foreligger en krenkelse er om inngrepet har en *vesentlig negativ* innvirkning på muligheten til å utøve kulturen.

I Länsman-saken oppstiller Komiteen vurderingsnormen for om inngrepet medfører en krenkelse til: ”is so substantial that it effectively deny” klageren retten til å utøve kultur i

¹⁴² Länsman III para 10.2

¹⁴³ Se blant annet lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling § 3-1 første ledd bokstav c

¹⁴⁴ Se Finnmarksloven § 6

området.¹⁴⁵ Uttalelsen anses for å være av generell karakter selv om saken gjaldt reindrift, og har således overføringsverdi til annen utmarksbruk. Vurderingsnormen anses for å indikere en relativt høy terskel for krenkelse av artikkel 27, slik som også Høyesterett har uttalt.¹⁴⁶

I Länsman (I) var en viktig grunn til at Komiteen mente reindriften ikke var blitt ”adversely affected”, at myndighetene hadde satt som vilkår for steinbrudds virksomheten at den ikke skulle foregå mens rein var i området.¹⁴⁷ Slike avbøtende tiltak er også vektlagt i HR-2017-2247-A, se avsnitt 130. Det var blant annet fastsatt at anleggsvirksomhet skulle stanses ved kalving og når rein ble landsatt i området.

I Poma Poma viser komiteen til en liknende vurderingsnorm som i ovennevnte saker. Den viser til at det avgjørende er om inngrepet medfører en ”substantive negative impact” på kulturen.¹⁴⁸ Også her anses vurderingen for å være av generell karakter og ikke betinget av kulturell næringsvirksomhet. Angela Poma hadde mistet flere tusen dyr på grunn av brønnene og måtte avslutte sin alpakkannæring og flytte fra sitt bosted. En slik innvirkning mente Komiteen utgjorde en krenkelse av retten til kultur.

I Lubicon Lake band trakk et mindretall, Dommer Nisuke Ando, fram at urfolks kultur vil påvirkes av verdensutvikling, særlig i tilknytning til tekniske utviklinger. Mr. Aldo trekker frem at retten til kultur ikke nødvendigvis gir en rett til å bevare sin tradisjonelle livsstil for enhver pris. En slik tilnærming kan ha betydning for terskelen. For eksempel kan inngrep begrunnet i modernisering og utvikling, slik som den stadig voksende turistnæringen, påvirke om inngrepet medfører en ”substantive negative impact” på kulturen. Et argument mot en slik tilnærming er at den i realiteten er en forholdsmessighetsvurdering, der staten gis en skjønnsmargin for inngrep som er begrunnet i modernisering og utvikling.

I Poma-saken oppstiller Komiteen et ytterligere krav om at urfolksmedlemmet må ”continue to benefit” fra deres tradisjonelle næring etter tiltaket.¹⁴⁹ En slik vurderingsnorm er også fulgt opp i norsk rettspraksis. Hålogaland Lagmannsrett behandlet nylig en sak mellom en reiner

¹⁴⁵ Para 9.5

¹⁴⁶ HR-2017-2247-A

¹⁴⁷ Länsman I para 9.6 og Uggerud (2000) s. 60.

¹⁴⁸ Poma Poma, para 7.5.

¹⁴⁹ Poma Poma para 7.6. Vilkåret ble først innført i Länsman I, se para 9.8

og staten. Reindriftseieren gikk til sak etter han måtte foreta en reinsdyrreduksjon på 36,6% av flokken. Lagmannsretten avgjorde saken på bakgrunn av artikkel 27 og sentralt for avgjørelsen var at reieneieren ikke ville ha et fortsatt økonomisk utnytte av reindriften etter reduksjonen.¹⁵⁰ Utmarksbruk har ikke det samme økonomiske aspektet over seg som kulturell næringsutøvelse. Et krav om fortsatt økonomisk utbytte vil ikke gjør seg gjeldene når økonomisk inntekt av en viss størrelse er et grunnleggende premiss for å drive med aktiviteten.

Det er ikke gitt hvilke type inngrep i utmarksbruk som kan være så *betydelig* at inngrepet i realiteten medført en nektelse. Begrensninger i adgangen til å benytte seg av utmarken, enten det gjelder arealområdet som kan benyttes, eller begrensninger i type redskap som tillates brukt, kan anses for å være et *betydelig* inngrep. Tillatelse for andre til å utnytte naturressursene på en slik måte at de overbelastes og dermed ikke gir et tilstrekkelig materielt grunnlag for kulturutøvelse, kan også representere en ”substantive negative impact” som vist til i Poma Poma. Innføring av fiske-og jaktkort innebærer i utgangspunktet ikke en nektelse av kulturen, men dersom kontingentavgiften var ekstremt høy, kunne dette i realiteten vært en nektelse av samisk naturbruk. På den andre siden viser praksis fra Komiteen at det skal mye til for å konstatere krenkelse av artikkel 27. For at det skal foreligge en nektelse må inngrepet ha en så omfattende innvirkninger på utmarksbruken, at tilgangen til utmarken i realiteten blir nektet. Ett eksempel på dette vil kunne være en situasjon der store utmarksområder blir avstengt for offentligheten av hensyn til næringsvirksomhet.

Samerettsutvalget II har trukket frem at det har betydning for terskelen om saken gjelder *enkeltindividers* rett til kultur eller en større eller mindre gruppe sin rett. Terskelen for å konstatere krenkelse er lavere for inngrep i enkeltindividers rett til kultur.¹⁵¹ Lagmannsretten fremstår for å tillegge dette vekt i ”Jovsset Ante Sara”-saken.¹⁵² Rettigheter til samisk naturbruk til ofte ha et kollektiv preg, slik som i ”Svartskog-saken”, noe som etter utvalgets syn vil ha betydning for terskelen.

¹⁵⁰ LH-2016-92975 punkt 6.7, (Heretter ”Jovsset Ante Sara-saken”). Saken skal til opp behandling i Høyesterett i desember 2017

¹⁵¹ NOU 2007: 13 A s. 195

¹⁵² se punkt 6.10

4.5 Konsultasjon og informert forhåndsgitt samtykke

Menneskerettighetskomiteens praksis har vist at konsultasjon mellom partene forut for inngrepet kan være et relevant vurderingsmoment for om inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen medfører en nektelse av kulturen etter artikkel 27.

I denne delen vil betydning av om det er foretatt konsultasjon eller gitt informert forhåndsgitt vurderes. Sistnevnte anses for å være en videreutvikling av førstnevnte, og det er dermed naturlig å drøfte konsultasjon først.

4.5.1 Konsultasjon

I General Comment No. 23 fremhever Komiteen betydningen av konsultasjon. De trekker frem at etterlevelse av artikkel 27 kan innebære tiltak for å ”ensure the effective participation” av minoritetsgruppens medlemmer i saker som påvirker de.¹⁵³ Komiteen har gjentatte ganger lagt vekt på om det har vært en reell konsultasjon mellom partene.¹⁵⁴

I Apirana ble det trukket frem at konsultasjonen må være reell: urfolksgruppens mening må bli hørt og tillagt vekt. I Apirana viser Komiteen til at maoriene var konsultert og deres forslag påvirket utformingen av forslaget.¹⁵⁵ Flertallet av medlemmene i Maori-gruppen var enig med statens lovforslag. Komiteen mente staten ved å ”engaging itself in the process of broad consultation before proceeding to legislate, and by paying specific attention to the sustainability of Maori fishing activities” hadde sikret at lovgivningen var i samsvar med artikkel 27.¹⁵⁶ Konsultasjon kan oppfattes for å være en nødvendig forutsetning for å oppfylle artikkel 27.¹⁵⁷

Konsultasjon er også vektlagt i norsk rettspraksis, i HR-2017-2247-A viser Høyesterett til at det har vært ”god anledning til å gjøre sitt syn kjent. Det har skjedd skriftlig, på møter og under befarings”, jf. avsnitt 121.

Konsultasjon i saker om samisk utmarksbruk vil også være et relevant vurderingsmoment. Konsultasjon mellom parter er viktig vurderingsmoment fordi det gir uttrykk for samarbeid,

¹⁵³ General Comment No. 23 para 7

¹⁵⁴ Länsman I para 9.6 og 9.7, Länsman II para 7.8 og 7.9 og Äärelä para 7.6

¹⁵⁵ Apirana para 9.6 , se også LH-2016-92975 punkt 9.4

¹⁵⁶ Apirana para 9.8

¹⁵⁷ NOU 2007: 13 A s. 208

evaluering og tillit. Konsultasjon bidrar også til at ulike perspektiver kommer til uttrykk og at berørte partene blir hørt. Gjennom konsultasjon kan partene unngå at det oppstår en situasjon der kulturen blir nektet. I tillegg til konsultasjon i kraft av SP artikkel 27 er Norge forpliktet til å konsultere med den samiske folkegruppen i kraft av ILO-konvensjonen artikkel 6, 7 og 15, og Konsultasjonsavtalen av 2005¹⁵⁸. Komiteen har tidligere ønsket Konsultasjonsavtalen velkommen og ansett den for å være i tråd med artikkel 1 og artikkel 27.¹⁵⁹ Vernet til samisk kultur styrkes ved at konsultasjon er pålagt etter flere ulike rettskilder. Konsultasjon etter SP artikkel 27 er særlig viktig ettersom det er en folkerettslig bestemmelse som ikke tillater staten en skjønnsmargin og er gitt forrang, jf. menneskerettsloven § 3.

4.5.2 Informert forhåndsgitt samtykke

I forlengelsen av konsultasjonskravet, oppstiller artikkel 27 i visse tilfeller også et krav om forhåndsinformert samtykke fra den berørte urfolksgruppen. I Apirana, der krav om konsultasjon bli drøftet, gir Komiteen uttrykk for at den aktuelle lovgivningen "limit" klagerens rett til kultur.¹⁶⁰ I Poma-saken, som vil drøftes nærmere følgerig, oppstår krav til forhåndsinformert samtykke når tiltaket "substantially compromise or interfere" med kulturell næring.¹⁶¹ Omfanget av inngrep er altså av betydning for om det stilles krav om informert forhåndsgitt samtykke.

I Poma Poma viser Komiteen til at deltagelsen innebærer "not mere consultation but the free, prior and informed consent" av "the members of the community", og videre oppstilles det krav om at tiltaket må være proporsjonalt ved at det ikke kan true overlevelsen av urfolksgruppen. Krav om forhåndsgitt samtykke kan anses som en "vetorett" for urfolksgruppen, som de kan benytte seg av når tiltak "substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities".¹⁶² Dette gjør at informert forhåndssamtykke ha stor betydning for om et inngrep medfører en krenkelse.

¹⁵⁸ Avtale om prosedyrar for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, inngått mellom kommunalt- og regionalministeren og sametingspresident 11. mai 2005

¹⁵⁹ Human Rights Committee, Eighty-sixth session, CCPR/C/NOR/CO/5. 25 April 2006, para. 5.

¹⁶⁰ Apirana para 9.5

¹⁶¹ Poma Poma para 7.6

¹⁶² Katja Göcke: The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee. The Concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights

Det er ikke klart ut i fra Poma Poma hvorvidt Komiteen mener *den berørte gruppen* må gi sitt samtykke eller om det er tilstrekkelig at et representativt organ samtykker på vegne av gruppen. I Poma Poma hadde verken hadde verken klageren eller andre medlemmer fra gruppen samtykket til inngrepet.

I ”Jovsset Ante Sara-saken” har Lagmannsretten vist til at verken individer eller Sametinget var direkte konsultert. Lagmannsretten trekker frem at reintallsreduksjonen var en direkte følge av en lovbestemmelse og at konsultasjon på enkeltnivå dermed ikke var like aktuelt i den saken. Imidlertid trekker Lagmannsretten frem at konsultasjon vedrørende gjennomføringen og konsultasjon med siidaer, som ble vesentlig påvirket av reduksjonen, ikke ville vært unaturlig.¹⁶³

Samisk naturbruk og kulturell næringsutøvelse sin utnyttelse av det materielle grunnlaget for kulturen er ikke av samme økonomisk karakter og kravet til informert forhåndssamtykke må nyanseres. Som nevnt tidligere medførte de aktuelle inngrepene i Poma Poma at klageren mistet flere tusen dyr og måtte slutte med næringen. En lignende situasjon vil ikke oppstå ved nektelse av samisk utmarksbruk. Kulturell næringsutøvelse er i denne sammenheng bærende for både kulturen – og livsopphold, noe som medfører at det gis et sterkere vern. Utgangspunktet må etter min mening være at informert forhåndssamtykke ikke kan oppstilles som et krav ved inngrep i samisk naturbruk. Unntak kan være aktuelt dersom et inngrep i samisk naturbruk ”substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities”.

Som nevnt ovenfor oppstilles et tilleggskrav om proporsjonalitetskrav i Poma Poma.¹⁶⁴ Det er naturlig å anta at det er tale om forholdsmessighet mellom behovet for tiltaket og omfanget av inngrepet, slik som Lagmannsretten har lagt til grunn i ”Jovvset Ante Sara”-saken.¹⁶⁵ Det er uklart om kravet bare gjør seg gjeldende for tilfeller med informert forhåndssamtykke eller om proporsjonalitet oppstilles som et selvstendig krav for inngrep i kulturen. I avgjørelsen vises det til at det må være proporsjonalitet slik at tiltaket ikke truer overlevelsen av gruppen

to the Protection and Promotion of Indigenous People's Rights”, i Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 14, 2010 s. 358

¹⁶³ LH- 2016- 92975 punkt 6.8

¹⁶⁴ Poma para 7.6

¹⁶⁵ ”Jovvset Ante Sara-saken” avsnitt 6.4

og dets medlemmer. Jeg mener proporsjonalitetskravet kan anses som et tilleggskrav til forhåndsgitt samtykke, slik at gruppen ikke kan samtykke til et inngrep som truer deres overlevelse.¹⁶⁶ På den andre siden kan krav om proporsjonalitet anses for å være et selvstendig vurderingsmoment. Imidlertid må ikke proporsjonalitet anses for å være en ”unntakshjemmel” for inngrep som i realiteten er en nektelse av kulturen. Et proporsjonalitetsprinsipp må ikke i gi staten en skjult skjønnsmargin. Dersom det foreligger et selvstendig krav om proporsjonalitet, må dette anses å være et relevant vurderingsmoment også for samisk naturbruk. Ofte vil regulering av naturen og dens ressurser være av hensyn til naturen bærekraftighet, således vil regulering ofte være proporsjonalt. Private tiltakshavere sin virksomhet kan måtte finne seg i et annet resultat.

4.6 Hensynet til flertallet i urfolksgruppen

Artikkel 27 er en folkerettslig konvensjonsbestemmelse og staten er pliktsubjekt for slike bestemmelser. Dette gjelder også når inngrep i kulturen er begrunnet i en privat part sine handlinger, for eksempel en tømmervirksomhet sin innvirkning på reindrift.

I noen tilfeller står konflikten i realitet mellom flertallet i urfolksgruppen og et gruppemedlem, selv om staten er innklaget. I Kitok anførte Sverige at saken var en intern konflikt i den samiske folkegruppen, og at staten skulle holdes utenfor saken. Statens anførsel ble ikke tatt til følge av Menneskerettighetskomiteen, som påpekte at den svenske stat, i kraft av sin lovgivermyndighet, ble involvert når den omstridte loven ble vedtatt.¹⁶⁷

Spørsmålet for denne drøftelsen er hvilken betydning det har for vurderingen av om noe er nektet sin kultur, at flertallet i urfolksgruppen ikke er i mot det omstridte inngrepet.

Kitok-saken er illustrerende for betydningen av en ”intern konflikt”. Svensk lovgivning regulerte adgangen til å drive med reindrift gjennom å gjøre medlemskap i Samebyen til et vilkår for å drive med reindrift. Dersom et medlem engasjerte seg i annen næring enn reindrift i mer enn 3 år, frafalt medlemskapet. Klageren mente lovgivning avskjært han fra muligheten til å drive med reindrift og var dermed i strid med hans rett til kultur. I avsnitt 9.8 presiserer Komiteen at konflikten står mellom en lov som beskytter urfolksgruppen som en helhet, og individets rett til kultur. Komiteen trekker frem at begrensninger i individets rett til kultur må

¹⁶⁶ I NOU 2007:13 A s. 209

¹⁶⁷ Kitok para 9.4

være "reasonable and objective justification and to be necessary for the continued viability and welfare of the minority as a whole".¹⁶⁸

I Kitok-saken var det ubestridt at regulering av reindrift var nødvendig av hensyn til en levedyktig reindriftsøkonomi og naturhensyn, og at den skulle beskytte velværet til urfolksgruppen. Under sterk tvil konkluderer Komiteen med at reguleringen ikke krenket retten til kultur etter artikkel 27.

Ved en intern konflikt innføres altså en annen vurderingsnorm, der det tillegges vekt om inngrepet i individets rett er rimelig og objektivt begrunnet, og om inngrepet er nødvendig for levedyktighet og velferden til minoriteten. En slik vurderingsnorm er ikke oppstilt i saker der urfolksgruppen og staten er uenig.¹⁶⁹

I Lovelace, der vurderingsnormen først ble introdusert, uttaler Komiteen at det ikke er nødvendig å oppstille generelle typetilfeller for når vurderingsnormen gis gjennomslag.¹⁷⁰ I foreliggende sak ble nektelsen av bosted på reservatet ikke ansett for å være "reasonable, or necessary to preserve the identity of the tribe".¹⁷¹

Både i Kitok og Lovelace gjør vurderingsnormen seg gjeldene når inngrepet legger "restriction" på retten til kultur. Det er ikke klart hvilke type situasjoner som medfører en *begrensning* av kulturen, eller om vurderingsnormen også kan anvendes ved større inngrep i individets kultur. Dersom vurderingsnormen gjør seg gjeldene for inngrep som i realiteten medfører en nektelse, oppstiller vurderingsnormen i realiteten en unntakshjemmel.

Hensynet til gruppen som sådan vil således kunne reparere en krenkelse av et individs rett til kultur. Et individs rett til kultur er avhengig av en levedyktig kultur, og således kan en unntaksregel anses for å være i tråd med formålet om minoritetsvern. På den andre siden kan en slik regel være i strid mot artikkel 27 sin absolutte karakter. Hvorvidt vurderingsnormen er en unntakshjemmel eller et resultat av en utvidende tolkning av ordlyden "nektet" – som ikke støter dens absolutte karakter –, er av mindre betydning. Ut i fra foreliggende praksis kan det ikke sies å foreligge en unntakshjemmel for interne konflikter, bare en annen vurderingsnorm.

¹⁶⁸ Vurderingsnormen ble først oppstilt i Lovelace-saken, se para 16.

¹⁶⁹ Se blant annet Länsmann I-III, og Poma Poma

¹⁷⁰ Lovelace, para 16

¹⁷¹ Lovelace para 17

Et viktig moment for Komiteen i Kitok, var at klageren fikk lov til å beite og oppdrette reinsdyr, samt drive med jakt og fiske, på tross av manglende formell tillatelse. Således kan den reelle muligheten til å utøve sin kultur tillegges vekt i vurderingen, selv om virkningen av de formelle inngrep i retten til kultur var gjenstand for drøftelse.

Vurderingsnormen oppstilt i Lovelace og Kitok anses for å være anvendelig for inngrep i samisk naturbruk dersom det foreligger en intern konflikt. For eksempel kan det oppstå situasjoner rundt forvaltningen til utmarksområder der individets rett til kultur må vike for urfolksgruppen som sådan. Det presiseres at vurderingsnormen ikke kan anvendes i konflikter som står mellom individet og samfunnet ellers, dette ville vært å tillate staten en skjønnsmargin.¹⁷²

4.7 Artikkel 1 som tolkningsmoment

Menneskerettighetskomiteen har i flere avgjørelser vist til at artikkel 1 kan ha betydning for tolkning av de individuelle rettighetene i konvensjonen. Både i Diergaardt-saken og Apirana-saken ble det trukket fram at artikkel 1 kan være relevant for tolkningen av artikkel 27.

Imidlertid har ikke Komiteen presisert artikkelens betydning for tolkningen av artikkel 27 eller hvilke rettslig innhold artikkel 1 har. Samerettsutvalget II påker i sin utredning at Komiteens utvidende tolkning av artikkel 27 i Apirana-saken, som resulterte i et innfortolket krav om forhåndssamtykke, delvis var begrunnet i artikkel 1.¹⁷³

Slik som innholdet i artikkel 1, er det uklart hvilken betydning artikkelen har for terskelen til artikkel 27. Slik status er nå er det imidlertid vanskelig å si hvordan betydning artikkel 1 ar for terskelen til samisk naturbruk.

4.8 Avhjelpende tiltak

Lubicon Lake Band kan tas til inntekt for at planlagte tiltak som medfører en krenkelse av artikkel 27, kan gjennomføres dersom urfolksgruppen kultur hensyntas og det gjøres nødvendige endringer.¹⁷⁴ I saken avsatte Canada et område på 250 km² og utbetalte en erstatning tilsvarende 45 millioner canadiske dollar.

¹⁷² NOU 2007: 13 A s. 200, jf. s. 196

¹⁷³ NOU 2007: 13 A s. 183

¹⁷⁴ NOU 2007: 13 A s. 197

Avhjelpende tiltak kan også være aktuelt ved inngrep i samisk utmarksbruk. Noen inngrep vil dog være av en slik karakter at de ikke kan repareres, for eksempel uomstøtelig inngrep i naturen.

5 Konklusjon

Terskelen for inngrep i samisk naturbruk kan ikke angis eksakt, den er relativ. Hvilke inngrep i det samisk naturbruk som vil medfører en nektelse av kulturen, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Selv om det ikke kan gis en liste over gitte situasjoner som medfører en nektelse, mener jeg det kan trekkes opp noen sentrale retningslinjer for terskelen til samisk naturbruk.

For det første må terskelen for samisk naturbruk ikke forveksles med terskelen til kulturspesifikk næringsutøvelse, selv om vurderingsmomentene kan være til dels sammenfallende. De rettslige karakteristikkene som er presentert i del 3 er de særlige vurderingsmomentene som gjør seg gjeldende for terskelen til samisk naturbruk og artikkel 27.

Det er viktig å trekke frem at artikkel 27, slik den fremstår for meg, ikke stiller krav om at utnyttelse av landområder må skje i form av næringsutøvelse for å nyte vern. En kulturspesifikk næring vil imidlertid ofte anses for å være en "essential element of their culture"¹⁷⁵, og dette får betydning for terskelen. Desto nærmere kjernen av kulturen utnyttelsen er, desto lavere tålegrense legges til grunn. En slik tilnærming anses – etter min oppfatning – for å være forenelig med formålet til artikkel 27.

¹⁷⁵ Vurderingsnormen er brukt i både Kitok og Apirana

Jeg mener også det er viktig å trekke frem at nasjonal klassifisering, slik som sedvane og tradisjonell næring, ikke må påvirke hvordan terskel vi legger til grunn. Det er ikke den nasjonale klassifiseringen som er avgjørende, men heller bruken og dens kulturelle betydningen for samisk kultur. Nasjonal klassifisering er utviklet av majoritetsbefolkningen og hensynet til minoriteter er nødvendigvis ikke tatt høyde for i utviklingen av begrepsbruken. Nasjonal klassifisering kan ikke være veiledende for hva som er i kjernen av samisk kultur og således påvirke tålegrensen for inngrep i utmarksbruk.

Foruten at kulturspesifikk næringsutøvelse i stor grad omfattes av artikkel 27, hviler det stor usikkerhet rundt annen utnyttelse av det materielle grunnlaget for kulturen og artikkel 27. Det forhold at Komiteen bare har behandlet utnyttelse av det materielle grunnlaget for kulturen i relasjon til næringsutøvelse kan tale for at terskelen for inngrep i annen utnyttelse er så stor at den i liten grad har aktualisert seg. Jeg mener imidlertid at manglende praksis ikke kan tas til inntekt for at terskelen til annen utnyttelse ligger så høyt, at artikkel 27 i realiteten bare verner kulturspesifikk næringsutøvelse. En slik tolkning mener jeg støttes opp av Komiteens uttalelse om at ”culture manifests itself in many form”.

Jeg tror et vanskelig vurderingspunkt er hvilken betydning utvikling og modernisering av kulturen skal tillegges. Som trukket frem i punkt 3.2 begrunnes ikke samisk utmarksbruk i økonomiske hensyn i like stor grad som før. En naturlig følge av utvikling og teknologifremvekst vil være at også samiske utmarksbruk endrer seg, enten det gjelder redskap eller motivasjon. Hvilke betydning disse utviklingene anses for å ha på brukens ”kulturelle tyngde” vil ha stor innvirkning på terskelen. Desto større ”kulturell tyngde”, desto lavere vil terskelen for å konstatere krenkelse være.

Noen vurderingsmomenter gjør seg ikke gjeldene ved samisk utmarksbruk, eller tillegges i alle fall liten vekt. Krav om fortsatt utbytte og informert forhåndsgitt samtykke er eksempler på dette.

Av de vurderingsmomentene som er oppstilt i del 4, er punkt 4.4 angående inngrepets vesentlige negative innvirkning, det viktigste for inngrepsterskelen i samisk naturbruk. Dersom inngrepet medfører vesentlig negative innvirkninger på kulturen vil inngrepet overstige tålegrensen til artikkel 27. Etter min mening skal det mye til for å oppfylle vesentlighetskriteriet for inngrep i samisk naturbruk. Norge har interne reguleringer som gjør at hensynet til samisk kultur og miljø skal ivaretas, for eksempel pålegger Grunnloven §108

og § 112 staten å ivareta samisk kultur, og miljø. Videre har vi interne reguleringer som skal sikre konsultasjon mellom det samiske folket og staten, jf. blant annet konsultasjonsavtalen. Selv om det ikke er gitt at disse nasjonale reguleringene gir samisk kultur et ideelt vern, vil de bidra til at inngrep i den samiske kulturen ikke overstiger tålegrensen i artikkel 27.

Konsultasjon og den kumulative effekten av inngrep vil etter min mening være sentrale ”suppleringsmomenter” som kan trekkes inn. Det minnes om at statens har et resultatansvar etter artikkel 27.¹⁷⁶ Det vil således ikke være avgjørende for terskelen om inngrepet er gjort av en privatperson eller en lov, så fremst resultatet medfører en nektelse av kulturen.

Avslutningsvis trekkes det fram at jeg mener terskelen for når det foreligger et inngrep som medfører en nektelse av kulturen i relasjon til samisk naturbruk, er svært høy. Terskelen kan naturlig nok variere ut i fra hvilke type samisk naturbruk det er tale om, men virkningene av inngrepet må være omfattende for at tålegrensen i artikkel 27 skal være overskredet.

”Nesseby-saken” vil kunne gi ytterligere avklaring rundt terskelen til artikkel 27 ved samisk naturbruk. Utover avklaring om SP artikkel 27 fra intern rett, vil avgjørelser fra Komiteen naturlig nok være av stor betydning.

¹⁷⁶ NOU 2008: 5 s. 265

Kildeliste

Internasjonale konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)

International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination, Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, entry into force 4 January 1969 (Rasediskrimineringskonvensjonen)

Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen)

International Covenant on Civil and Political rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49 (SP)

Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries (Entry into force: 02 Jun 1959)

International Labour Organisation Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, adopted at 76th ilc session in Geneva, 27 June 1989, into force 5 Sep 1991 («ILO-konvensjonen nr. 169»)

Norske lover

Grunnloven

Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll 17. mai 1814.

Hevdslova	Lov 9. desember 1966 nr. 1
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett
Finnmarksloven	Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark
Reindriftsloven	Lov 15. Juni 2007 nr. 40 om reindrift
Plan- og bygningsloven	lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling
Andre kilder	
General Comment No. 23	Human Rights Committee, General Comment No. 23, Article 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994), adopted on 50th Session, 08/04/1994
Konsultasjonsavtalen	Avtale om prosedyrar for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, inngått mellom kommunalt- og regionalministeren og sametingspresident 11. mai 2005
Concluding Observation	Human Rights Committee, Eighty-sixth session, CCPR/C/NOR/CO/5. 25 April 2006

CERD (2015)

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observation on the twenty-first and twenty-second periodic reports of Norway (CERD/C/NOR/CO/21-22)

LOIPR 2017

”Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure”, Sevent periodic report of States parties due i 2017, Norway, CCPR/c/NOR/7.

Sluttrapport arbeidsgruppe

Sluttrapport fra Sametingets arbeidsgruppe for utmark, ”Meahcci- et grunnlag for identitet, kultur og birgejupmi” 29.02.2016

Praksis fra Menneskerettighetskomiteen

(Lovelace)

Lovelace v. Canada (Communication No. R.6/24/1977)

(Lubicon Lake Band)

Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada (Communication No. 167/1984)

(Kitok)

Kitok v. Sweden (Communication No. 197/1985)

(Apirana)	Apirana Mahuika et al. v. New Zealand (Communication No. 547 / 1993)
(Länsman I)	Länsman et al. v. Finland (I) ^[1] _{SEP} (Communication No. 511/1992)
(Länsman II)	Länsman et al. v. Finland (II) (Communication No. 671/1995)
(Diergaardt)	Diergaardt et al. v. Namibia ^[1] _{SEP} (Communication No. 760/1997)
(Äärelä)	Äärelä and Näkkäläjärvi v. Finland (Communication No. 779/1997)
(Länsmann III)	Jouni Länsman et al. (III) v. Finland (Communication No. 1023/2001)
(Poma Poma)	Poma Poma v. Peru (Communication No. 1457/2006)

Rettspraksis fra International Court of Justice

Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo, judgement of 20 november 2010, para 66

Rettspraksis fra Norge

Høyesterettspraksis

Rt. 1982 s. 241 (Altasaken)

Rt. 2001 s. 769 (Selbuddommen)

Rt. 2001 s. 1764 (Svartskogsaken)

Rt. 2008 s.1764 (Ankenektelsessaken)

Rt. 2008 s. 1789

Rt. 2008 s. 513 (Dar-saken)

Rt. 2011 s. 1116

HR-2017-1397-U

HR-2017-1205-U (Nesseby)

Underrettspraksis

LH 2016 s. 92975 (Hålogaland)

Forarbeider og utredninger med videre

Ot.prp. nr. 22(1986-87) om lov om sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven)

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling

NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark

NOU 1994: 21 bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv, bakgrunns materialet for Samerettsutvalget

NOU 1997:4 Naturgrunnlaget for samisk kultur

NOU 2007: 13 A Den nye sameretten: Utredning fra Samerettsutvalget Del I, II og III (kap. 1-15)

NOU 2007: 13 B Den nye sameretten: Utredning fra Samerettsutvalget Del III – kapittel 16-24

NOU 2008: 5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark

Litteratur

Bøker

Nowak (1993)

Nowak, M. *UN Covenant on Civil and Political Rights*, Kluwer

- and Rhein, Strasburg; Engel (ed),
1993
- Burchill (2004) Burchill, Richard m.fl. *Defining civil and political rights , the jurisprudence of the united nations human rights committee*, 2004
- Hanski&Scheinin (2007) Raija Hanski og Martin Scheinin, *Leading Cases of the human rights Committee*, 2. Utg., Turku 2007
- Steiner m.fl. (2008) Henry J. Steiner, Ryan Goodman og Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 3. utg., Oxford 2008
- Skogvang (2009) Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 2. utg.,2009
- Ulfstein&Keller (2012) Geir Ulfstein, «Individual Complaints» i Helen Keller og Geir Ulfstein (red.), UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy, Cambridge 2012 s. 73-116 (s. 100).

Ruud & Ulfstein (2011)

Ruud, Morten, Ulfstein, Geir,
Innføring i folkerett, 4. Utgave
(2011)

Kälin

Walter, Kälin, "Examination of
state reports», i UN Human Rights
Treaty Bodies. Law and
Legitimacy, s. 16-73

Føllestad (2017)

Føllestad, Andreas, mfl. (red)
*Menneskerettighetene og Norge –
rettsutvikling, rettsliggjøring og
demokrati*, 2017

Artikler

Uggerud (2000)

Uggerud, Ken, "Folkerett, samerett og
skytefelt- en utredning om de
menneskerettslige aspekter knyttet til en
eventuell utvidelse av Mauken og Blåtind
skytefelt", Institutt for offentlig retts
skifteserie nr. 7/2000

Gaski (2000)

Gaski, Lina, "Landskap og identitet",
Fortidsvern nr. 2, 2000.

Eriksen, Gunnar (2004)

"Samiske sedvaner og bruk av
naturressurser før og etter Selbu- og
Svartskogdommen fra 2001", *Kritisk Juss*
2004 s. 289-304 Gunnar Eriksen,
2004

Gáldu Cála (2007)

Eide, Asbjør, Urfolks rettigheter –
folkerettsligenyvinnger de siste 25 årene, i

- Gáldu Cála - tidsskrift for urfolks rettigheter nr. 4/2007.
- Gauslaa (2009) Gauslaa, Jon, ”Vernet av grunnlaget for samisk kultur etter SP art. 27 og dets betydning ved bruk av jordskiftevirkemidlene”, Perspektiver på jordskifte 2009 s. 184- 214 (JUB-2009-jord-84)
- Ravna (2010) Ravna, Øyvind, ”Adgangen til å regulere småviltjakt på Finnmarkseiendommens grunn” LoR vol. 49, 1-2, 2010 s. 27-46
- Göcke (2010) Katja Göcke: ”The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee. The Concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous People's Rights”, i Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 14, 2010
- Hjertesukk om hjertestikk (2009) ”Hjertesukk om hjertestikk”, Tidsskrift for Strafferett 2009 s. 373-389 - (TFST-2009-373)
- Ulfstein (2012) Ulfstein, Geir ”den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer”, Lov og rett 2012 s. 552-570- (LOR-2012-552)

Nettbaserte kilder

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/iccpr/id88149/> (sist besøkt 9.okt 2017)

<https://lovdata.no/dokument/TRAKTAT/traktat/1966-12-16-1> (sist besøkt 10.okt 2017)

<https://snl.no/kultur> (sist besøkt 7. November 2017)

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/SimplifiedReportingProcedure.aspx> (sist besøkt 11.des. 2017)

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/SimplifiedReportingProcedure.aspx> (sist besøkt 11. desember 2017)

<https://snl.no/kultur> (sist besøkt 13. desember 2017)