



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Betydningen av ILO-169 i norsk rett

- En studie av konvensjonens gjennomslagskraft

Bendik Midtkandal

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, april 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Tema og siktemål	2
1.2	Problemstilling	3
1.3	Tilgrensede perspektiver og avgrensninger	4
1.4	Videre fremstilling	6
2	Nærmere om organisasjon og konvensjon	7
2.1	Bakgrunnen for ILO-169	7
2.2	Kort om ILOs organer	9
2.3	ILO-169: Struktur og innhold	11
3	Forholdet mellom norsk rett og folkerett	12
3.1	Innledning	12
3.2	Dualismegrunnsetningen	12
3.2.1	Noen utgangspunkter	12
3.2.2	Lovfesting av folkerettslige rettsreglers relevans	14
3.3	Presumsjonsprinsippet: En modifisering av dualismen	16
3.3.1	Noen utgangspunkter	16
3.3.2	Presumsjonsprinsippetets anvendelsesområde	17
3.3.3	Presumsjonsprinsippetets gjennomslagskraft	18
3.4	Lovfestede normer for avveining mellom norsk rett og folkerett	19
4	Kartlegging av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett	21
4.1	Innledning	21
4.2	Inkorporeringen av ILO-169 i norsk rett: En kategorisering	21
4.2.1	Noen utgangspunkter	21
4.2.2	Kategori A: Alminnelige sektormonistiske bestemmelser	22
4.2.3	Kategori B/C: Er lovbestemmelser som inneholder ordene «urfolk» og/eller «ILO-169» sektormonistiske eller kodifiserer de presumsjonsprinsippet?	24
4.3	Områder i norsk rett hvor ILO-169 ikke er inkorporert	42

4.4	Konklusjon.....	44
5	Betydningen av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett	45
5.1	Innledning	45
5.2	Hvilken betydning har ILO-169 på de områder den er inkorporert i norsk rett?.....	45
5.2.1	Finnes det mekanismer egnet til å begrense ILO-169s betydning på sektorinkorporerte områder?	45
5.2.2	ILO-169 på strafferettens område	53
5.2.3	ILO-169 og rettskartleggingen i Finnmark.....	55
5.2.4	Kort om de øvrige områdene i norsk rett hvor ILO-169 er inkorporert.....	60
5.3	Hvilken betydning har ILO-169 i norsk rett hvor den ikke er inkorporert?	62
5.3.1	Finnes mekanismer egnet til å begrense ILO-169s betydning på ikke-inkorporerte områder?.....	62
5.3.2	Presumsjonsprinsippet gir ILO-169 vesentlig betydning i norsk rett	63
5.4	ILO-169 og Grunnloven	66
5.4.1	Fremgangsmåte	66
5.4.2	Er ILO-169 omfattet av Grunnloven § 92?.....	66
5.4.3	Hvilken betydning har Grunnloven § 108 for ILO-169s rettslige status i norsk rett? 68	
5.5	ILO-169 som skranke for forvaltningens skjønnsutøvelse.....	71
5.6	Konklusjon.....	77
6	Hensiktsmessigheten av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett	79
6.1	Innledning	79
6.2	Hvilke krav stilles til innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett? Sammenlignende perspektiver.....	80
6.2.1	Fremgangsmåte	80
6.2.2	Folkerettslige krav til innarbeiding?	80
6.2.3	Norges relativiserte innarbeiding av menneskerettigheter	81

6.3	Er sektorinkorporering og presumsjonsprinsippet tilstrekkelig for å sikre nasjonal oppfyllelse av ILO-169?	84
6.3.1	Fremgangsmåte	84
6.3.2	Kvalitetsskille i ILO-169s gjennomslagskraft	85
6.3.3	Skinnet bedrar: Unødvendig mystifisering av retten.....	88
6.4	Bør ILO-169 få lik rettskildemessig status i norsk rett som SP?	90
6.4.1	Noen utgangspunkter og fremgangsmåte	90
6.4.2	Er konvensjonen «sentral»?	92
6.4.3	Er konvensjonen «egnet» for inkorporasjon?	95
6.4.4	Konkret vurdering	101
6.5	Avsluttende bemerkninger	103
Kilder	105

Forord

Da NRK1 viste dokumentarserien «Canada på tvers» med Lars Monsen for første gang i 2005, ble jeg introdusert for urfolk.¹ I løpet av ekspedisjonen besøkte Monsen flere canadiske urfolkslandsbyer, og én av disse var «Enkenes landsby» (Deline). Som navnet skulle tilsi, var en stor del av innbyggerne i denne indianerlandsbyen gamle enker. Under andre verdenskrig hadde deres ektemenn måtte bære uran i sekker ut av gruvene ved Store Bjørnesjø til USAs produksjon av atombomber. Uranstøvet de fikk på seg i forbindelse med arbeidet var kreftfremkallende. Alle mennene døde.² Da Monsen fortalte om denne landsbyens historie var jeg bare et lite barn. Historien festnet seg imidlertid i mitt minne og har i senere tid bidratt til min interesse for rettighetsvernet til Norges urfolk, samene.

¹ NRK, *Canada på tvers*, u.å., <https://tv.nrk.no/serie/canada-paa-tvers> (sjekket 19. august 2019).

² NRK, *Canada på tvers. 2. episode* [videoklipp], u.å., <https://tv.nrk.no/serie/canada-paa-tvers/sesong/1/episode/2-/avspiller> (sjekket 19. august 2019) 16:25.

1 Innledning

1.1 Tema og siktemål

Avhandlingens tema er forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169)³ og norsk rett. ILO-169 anerkjenner blant annet viktige konsultasjons- og landrettigheter for urfolk. Konvensjonen ble vedtatt 27. juni 1989. Norge ratifiserte den som første stat 20. juni 1990.

Det korte tidsintervallet fra vedtakelse til Norges ratifisering impliserer at norske myndigheter ikke kan ha foretatt noen detaljert analyse om hvilke rettslige konsekvenser ratifiseringen av konvensjonen ville innebære. Leif Dunfjeld uttalte at beslutningen om å ratifisere ILO-169 baserte seg på at norske myndigheter fant det nyttig å markere «sin holdning og sin respekt med hensyn til urfolks rettigheter».⁴ Han beskrev ratifiseringen av konvensjonen som en «lettvint gjerning» av norske myndigheter. Hva Dunfjeld la i ordene «lettvint gjerning», er usikkert. Det er imidlertid ingen tvil om at den raske ratifiseringen skyldtes andre årsaker enn møysommelige og kvalifiserte rettslige overveielser. Det er blant annet blitt hevdet at ratifiseringen fant sted så fort fordi daværende regjering ønsket å være i forkant av en verdensomspennende urfolkskonferanse som skulle avholdes i Tromsø august 1990.⁵

Selv om spørsmålene ikke var mange forut for ratifiseringen av ILO-169, har etterfølgende spørsmål om hvordan konvensjonen skal innarbeides i norsk rett ikke latt seg vente på. Denne avhandlingen tar sikte på å gi en strukturert analyse av ILO-169s gjennomslagskraft i norsk rett. Flere av spørsmålene som har oppstått i forbindelse med innarbeidingen av konvensjonen i det norske rettssystemet, blir drøftet og tatt stilling til i avhandlingen.

³ ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 27. juni 1989.

⁴ Valerius Hildonen-Nilsen, «Fjordfiskeutvalget – hva nå? del 9» [videoklipp], *Youtube* 19. oktober 2009, <https://www.youtube.com/watch?v=VkpIzYcbrs> (sjekket 19. august 2019) 8:10. Leif Dunfjeld (1943–2014) var en sørsamisk advokat og viktig bidragsyter til vedtakelsen av ILO-169, se Magne Ove Varsi, «Nekrolog: Leif Dunfjeld», *Aftenposten* 20. august 2014, <https://www.aftenposten.no/personalia/i/8wkE1/NekrologLeif-Dunfjeld> (sjekket 19. august 2019).

⁵ Ken Uggerud, «Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfeldige tilstedeværelse i norsk rett.» i *Dog Fred er ej det Bedste. Festskrift til Carl August Fleischer, 70 år*, Oslo 2006 s. 478–507 (s. 586) og Jon Gauslaa, «Norge etter år 2000 – fortsatt et urfolksrettslig foregangsland?», *Kritisk juss*, 1998 s. 157–182 (s. 161).

1.2 Problemstilling

Norge bygger på en *dualistisk* forståelse om at norsk rett og folkerett er to adskilte rettssystemer.⁶ Det betyr at folkerettslige forpliktelser i utgangspunktet ikke er en del av norsk rett og dermed ikke kan legges til grunn i norske domstoler. For at folkerettslige forpliktelser skal bli en del av nasjonal rett, må det være truffet vedtak om det av kompetent lovgivningsmyndighet.⁷ En velkjent metode for å innarbeide folkeretten i norsk rett, er *inkorporasjonsmetoden*. Denne metoden innebærer at norsk rett henviser til folkerettslige bestemmelser og på den måten vedtar at disse skal gjelde som norsk lov.⁸

Folkerettslige forpliktelser som ikke er innarbeidet i norsk rett, er likevel ikke uten betydning for den nasjonale rettsanvendelsen. Norsk rett bygger på et prinsipp om at norske rettsregler skal bli forsøkt tolket og anvendt – så langt det lar seg gjøre – slik at de er i overenstemmelse med våre forpliktende folkerettsregler (presumsjonsprinsippet).⁹

Problemstillingen i avhandlingen er hvilken *gjennomslagskraft* ILO-169 har i norsk rett. Med ordet «gjennomslagskraft» sikter jeg til i hvilken grad ILO-169 gjør seg gjeldende i norsk rettsanvendelse. ILO-169 er det viktigste folkerettslige traktatverket innenfor urfolksretten.¹⁰ Norske myndigheter har lagt til grunn at samene er et «urfolk» i konvensjonens forstand, jf. artikkel 1 nr. 1 bokstav b.¹¹

For å kunne besvare spørsmålet om konvensjonens gjennomslagskraft i norsk rett, må det redegjøres for *hvordan* og *hvorfor* ILO-169 er blitt håndtert av norske myndigheter slik den har blitt. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)¹² er et aktuelt sammenligningsobjekt i den anledning. Konvensjonens artikkel 27 er en sentral bestemmelse for samene i Norge. Det er utvilsomt at samene er en minoritet som omfattes av SP artikkel

⁶ Høyesterett har blant annet lagt dette til grunn i Rt. 2007 s. 234 (avs. 54). I kapittel 3 gis en mer omfattende fremstilling av forholdet mellom norsk rett og folkerett.

⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 39.

⁸ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018 s. 62.

⁹ Skoghøy (2018) s. 39. Presumsjonsprinsippet er lagt til grunn av Høyesterett blant annet i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) (s. 1826) og Rt. 2007 s. 234 (avs. 54). Det gjøres nærmere rede for prinsippet i punkt 3.3.

¹⁰ NOU 2007: 13 A Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget. Del I, II og III (kap. 1–15) s. 173.

¹¹ Rt. 2001 s. 769 (Selbu) (s. 791): «Det er ikke tvilsomt at samene etter denne definisjonen [ILO-169 artikkel 1 nr. 1 bokstav b] har status som urfolk i Norge, og at våre folkerettslige forpliktelser overfor dem etter konvensjonens artikkel 14 også gjelder i Sør-Trøndelag». Se også St.meld. nr. 28 (2007–2008) Samepolitikken s. 33. Som et tillegg, se Kirsti Strøm Bull og Carsten Smith, «Høyesterett og samiske rettigheter» i *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett, 200 år*, Oslo 2015 s. 478–507 (s. 502–503).

¹² International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966.

27.¹³ Det kan være interessant å se nærmere på forskjellene i konvensjonenes rettslige status i norsk rett. Konvensjoner med høy rettslig status i norsk rett har sterk *gjennomslagskraft*. Det innebærer at disse konvensjonene står sterkere i konflikt med annen norsk rett enn andre konvensjoner med lavere rettslig status. Det vil bli forsøkt avklart hvorfor ILO-169 er blitt innarbeidet i norsk rett på en begrenset og fragmentert måte.

Felles for de overnevnte problemstillingene er innvendingen mot dem; demokratiet. Frykten for å gi folkerettslige konvensjoner for stor gjennomslagskraft i intern rett er at det kan snevre inn det nasjonale demokratiet; domstolene og internasjonale tilsynsorganer kan få overført myndighet på bekostning av Stortinget, da domstolene kan overprøve Stortingets lovgivning.¹⁴

I tillegg til å gjøre rede for og analysere gjeldende rett (de lege lata), vil *hensiktsmessigheten* av hvordan konvensjonen er innarbeidet i norsk rett også bli diskutert (de lege ferenda).

1.3 Tilgrensede perspektiver og avgrensninger

Det kan skrives en hel del om hvilken gjennomslagskraft ILO-169 har i norsk rett. Temaet omfatter flere perspektiver enn det som kan forsvarlig behandles innenfor avhandlingens rammer. For å kunne gjøre en fornuftig avgrensning, må de tilgrensede perspektivene som ikke skal behandles, forklares nærmere.

Det er flere aspekter ved ILO-169 som spiller inn i vurderingen av hvilken gjennomslagskraft den vil ha i norsk rett. Konvensjonens materielle innhold vil være et åpenbart moment i fastleggelsen av dens gjennomslagskraft. En konvensjon som gir rettighetssubjektene et sterkt rettsvern vil naturligvis ha større betydning for denne gruppen mennesker sammenlignet med konvensjoner som gir et svakere rettsvern. For å kunne vurdere hvilken gjennomslagskraft en konvensjon har i norsk rett, kan man imidlertid ikke kun se på dens materielle innhold. Et sentralt moment i vurderingen er hvilken *rettslig status* konvensjonen er gitt i norsk rett. Er konvensjonen for det første ratifisert? Har den videre blitt innarbeidet i norsk rett ved for eksempel inkorporering, eller hviler dens rettslige status på presumsjonsprinsippet? Enkelte konvensjoner har ikke bare blitt inkorporert i norsk rett, men er videre gitt *forrang* for annen

¹³ Rt. 1982 s. 241 (Alta) (s. 292), HR-2017-2428-A (Sara) (avs. 55) og St.meld. nr. 28 (2007–2008) s. 33.

¹⁴ Uggerud (2006) s. 588.

norsk lovgivning. Dette gjelder blant annet SP med tilhørende protokoller, se menneskerettsloven¹⁵ § 3, jf. § 2 nr. 3.

Først når ILO-169s materielle innhold og rettslige status i norsk rett er klarlagt, vil man kunne slå fast hvilken gjennomslagskraft konvensjonen har i norsk rett. For å kunne klarlegge konvensjonsbestemmelsenes materielle innhold, anvendes folkerettslig metode.

Det vil enkelte plasser i avhandlingen bli vist til bestemmelser i ILO-169 for å gi konkrete eksempler på konvensjonens gjennomslagskraft i møte med norsk rett. Utover disse eksemplene som tjener illustrative formål, avgrenses det mot å vurdere ILO-169s materielle innhold. Av den grunn vil det heller ikke gjøres nærmere rede for folkerettslig metode.¹⁶ Som en konsekvens av at det materielle innholdet i ILO-169 ikke drøftes i avhandlingen, redegjøres det ikke for konvensjonens artikkel 12. Bestemmelsen gir urfolk adgang til håndhevelse ved at de kan reise sak for nasjonale domstoler for å verne effektivt om sine rettigheter.¹⁷

Umiddelbart kan det oppfattes som uhensiktsmessig at konvensjonens materielle innhold ikke skal drøftes nærmere, da det finnes flere uavklarte og spennende spørsmål. Likevel er det forskningsarbeidet som allerede er gjort vedrørende ILO-169 primært knyttet opp mot konvensjonens materielle innhold.¹⁸ Derimot er det ikke gjennomført noen analyse av konvensjonens rettslige status i norsk rett, slik avhandlingen tar sikte på å gjøre. På den måten kan forhåpentligvis avhandlingen bidra til å *komplementere* forskningsarbeidet som allerede er gjort; både som et forsøk på å danne et mer komplett bilde av konvensjonens betydning i norsk rett samt skape grobunn for videre forskning.

¹⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

¹⁶ Utgangspunktet for å tolke konvensjoner, herunder ILO-169, er Vienna Convention on the Law of Treaties (Wien-konvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969) artiklene 31–33, se blant annet Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avs. 28). Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men det er alminnelig antatt at reglene gir uttrykk for alminnelig sedvanerett.

¹⁷ For mer informasjon om dette, se blant annet Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 156–157, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 407–408 og NOU 1997: 5 Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett – bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget s. 63–64.

¹⁸ Blant annet Øyvind Ravna, *Same- og reindriftrrett*, Oslo 2019 s. 168–202 og Skogvang (2017) s. 119–158. I tillegg er det skrevet flere artikler hvor ILO-169 er berørt, blant annet av Kirsti Strøm Bull, Susanne Funderud Skogvang, Øyvind Ravna og Ken Uggerud. Flere av artiklene blir det henvist til i avhandlingen. Det er også nødvendig å nevne to sentrale offentlige utredninger, hvor ILO-169 er viet stor plass: NOU 1997: 5 og NOU 2007: 13.

1.4 Videre fremstilling

Kapittel 2 gir en kort oversikt over den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO)¹⁹ og bakgrunnen for vedtakelsen av ILO-169. Selv om ILO-169s materielle innhold ikke skal behandles nærmere i avhandlingen, foruten om ved enkelte illustrasjoner, gis det likevel et sammendrag av konvensjonens bestemmelser i punkt 2.3.

Forholdet mellom norsk rett og folkerett behandles generelt i kapittel 3. Det er riktignok gitt en summarisk forklaring av temaet i punkt 1.2. Formålet med kapittel 3 er imidlertid å gi en grundigere fremstilling av hvilket grunnsyn Norge har på forholdet mellom disse retts-systemene.

I kapittel 4 skal det gjøres en kartlegging av *hvor* og *hvordan* ILO-169 er innarbeidet i norsk rett. Resultatene fra analysen som gjøres i kapittel 4, utgjør fundamentet for drøftelsene i kapitlene 5 og 6.

Hvilken gjennomslagskraft ILO-169 har etter *gjeldende* norsk rett, forbeholdes drøftelsene i kapittel 5. Kapittel 6 går nærmere inn på *hensiktsmessigheten* av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett. For kapitlene 5 og 6 vil SP artikkel 27 brukes som sammenligningsobjekt.

¹⁹ The International Labour Organization.

2 Nærmere om organisasjon og konvensjon

2.1 Bakgrunnen for ILO-169

ILO-169 ble vedtatt på ILOs 76. arbeidskonferanse i Genève, Sveits, 27. juni 1989. Konvensjonen trådte i kraft 5. september 1991; ett år etter at Mexico, som andre medlemsstat, ratifiserte den, jf. ILO-169 artikkel 38 nr. 2. På dette tidspunktet hadde imidlertid ILOs arbeid for å styrke urfolks rettigheter allerede pågått i nærmere 70 år.

Tidlig på 1920-tallet begynte ILO å arbeide for å bedre urfolks arbeidskår.²⁰ Organisasjonens arbeid de kommende årene skulle vise seg som viktig i forsøket på å motvirke den utnyttelse av urfolk som fant sted verden over.²¹

ILOs arbeid for å styrke rettighetsvernet til urfolk resulterte i ILO-konvensjon nr. 107 om vern og integrering av urbefolkninger og andre folkegrupper som helt eller delvis lever under stammeforhold i uavhengige stater (ILO-107)²² i 1957. ILO-107 var det første folkerettslige instrumentet som fokuserte spesifikt på beskyttelse av urfolks rettigheter.²³ Konvensjonen reflekterer datidens oppfatning av urfolk som underutviklede folk.²⁴ Derfor er *integrasjon* av urfolk fremhevet som et sentralt formål i ILO-107. Konvensjonens undertittel «Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations» (min kursivering), tilsier at *assimileringsaspektet* står sterkt i ILO-107.²⁵ Dette understrekes også av sjette avsnitt i konvensjonens fortale, hvor det heter at rettighetssubjektene etter konvensjonen vil være populasjoner «which are not yet integrated» i det nasjonale samfunn. Sett i et retrospektivt lys

²⁰ Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, Cambridge 2007 s. 49.

²¹ Intercontinental Cry, «History of ILO Conventions on indigenous peoples» [videoklipp], *Youtube 24. februar 2012*, <https://www.youtube.com/watch?v=TjLjOHfjzxc> (sjekket 21. august 2019) 0:17. Lee Swepston, tidligere seniorrådgiver og leder for «Department of Fundamental Principles and Rights at Work» i ILO, forteller om ILOs arbeid for urfolk.

²² ILO Convention No. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, 26. juni 1957.

²³ Xanthaki (2007) s. 49.

²⁴ Intercontinental Cry (2012) 3:30. Se også Mattias Åhrén, *Indigenous peoples' status in the international legal system*, Oxford 2016 s. 36 («less advanced indigenous groups»).

²⁵ I dag er ILO-107 stengt for ny deltagelse. Den er likevel gyldig for de 17 medlemslandene til konvensjonen. Dette gjelder blant annet for India, som har over 80 millioner urfolk, se Asle Rønning, «Gir Indias kasteløse historien tilbake», *Forskning.no 24. august 2012*, <https://forskning.no/demokrati-etnisitet-utviklingsstudier/gir-indias-kastelose-historiene-tilbake/687474> (sjekket 21. august 2019). Til tross for sitt integrasjonsaspekt, vil ILO-107 kunne ha betydning for urfolk i India og i de øvrige signatarstatene.

kan tankegangen om urfolk i 1957 oppsummeres på følgende måte: Når urfolket en dag blir integrert i storsamfunnet, vil problemene knyttet til blant annet kulturkollisjoner forsvinne.²⁶

På bakgrunn av sin assimileringmålsetting ble ILO-107 møtt med kritikk i etterkant av vedtakelsen.²⁷ Dette til tross for at konvensjonen hadde vedtatt blant annet viktige kulturelle og landlige rettigheter for urfolk.²⁸ Urfolk verden over begynte tidlig på 1970-tallet å mobilisere for å gi kritikken mot ILO-107 mer slagkraft.²⁹ Som et resultat av den fremsatte kritikken, kalte ILO i 1985 inn til ekspertmøte for å diskutere utarbeidelsen av en ny urfolkskonvensjon.³⁰ World Council of Indigenous Peoples (WCIP), som er en verdensomspennende interesseorganisasjon for urfolk, nominerte en urfolkrepresentant som skulle bistå i forhandlingene.³¹ Den valgte representant var den sørsamiske advokaten Leif Dunfjeld.³² ILOs samarbeid med WCIP gav et frampek på at den senere vedtatte ILO-169 ville bli fundamentert på det motsatte av sin forgjenger, ILO-107; ikke *integrasjon*, men *tradisjon* og *bevaring*.

På ekspertmøtet i 1986 ble det konkludert med at assimileringsspektet i ILO-107 var utdatert og at anvendelsen av et assimileringssprinsipp var «destructive in the modern world».³³ I ILO-169 er ikke uttrykket «integration» eller lignende som gir assimileringssideer nevnt i fortalen (eller noen andre plasser i konvensjonen). Det er derimot kommet eksplisitt til uttrykk i fortalen til ILO-169 at man med denne konvensjonen har ønsket å gå bort fra ILO-107s assimileringssformål. I fortalens fjerde avsnitt heter det at man med konvensjonen tar sikte på å fjerne «the assimilationist orientation of the earlier standards».

Spørsmålet om ratifisering av ILO-107 var oppe til vurdering ved flere anledninger i Norge. Første gang var i 1958. Konvensjonen ble ikke ratifisert, da «det etter Regjeringens syn ikke fantes slike befolkningsgrupper i Norge som det K 107» omhandlet.³⁴ Det vil si at ILO-107 ble

²⁶ Intercontinental Cry (2012) 3:50. Åhrén (2016) s. 36 skriver at storsamfunnet oppfattet integrering av urfolk ikke bare som et uunngåelig faktum, men at det også var i urfolkets interesse.

²⁷ Skogvang (2017) s. 119–120.

²⁸ Se til eksempel ILO-107 artikkel 11 om landrettigheter.

²⁹ Intercontinental Cry (2012) 5:37.

³⁰ ILO, *ILO Convention on indigenous and tribal peoples, (1989 (No.169)): A manual*, Genève 2003 s. 4.

³¹ ILOs forståelse av hvilken nytteverdi samarbeid og diskusjon med gruppen den aktuelle konvensjonen skal verne om, finner man også igjen i selve konvensjonsteksten til ILO-169, se særlig artikkel 5 og 6.

³² Svein Jentoft, Henry Minde og Ragnar Nilsen, *Indigenous Peoples: Resource Management and Global rights*, Delft 2003 s. 96 og Gudmundur Alfredsson, Roxanne Dunbar-Ortiz, Dalee Sambo Dourough, Lee Swepston og Petter F. Wille (red.), *Indigenous peoples' rights in international law: emergence and application*, København 2011 s. 236 fotnote 14.

³³ ILO, *Working document for 1986 Meeting of Experts*, s.n. 1986, s. 1 [Henvist til i Xanthaki (2007) s. 69].

³⁴ NOU 1980: 53 Vern av urbefolkninger s. 7.

ansett av norske myndigheter ikke å omhandle samer. Alta-konflikten foranlediget ny diskusjon om ILO-107 skulle ratifiseres av Norge i 1980. Spørsmålet om norsk ratifikasjon av ILO-107 ble utredet i NOU 1980: 53 Vern av urbefolkninger. Dette var en *enkelpersonsutredning* skrevet av Einar Høgetveit. Denne gangen ble samene ansett for å være rettighetssubjekter etter ILO-107.³⁵ Spørsmålet om ratifikasjon ble imidlertid ikke fulgt opp, fordi konvensjonens assimileringformål ble ansett som utdatert av høringsinstansene.³⁶ Dessuten konkluderte Høgetveit med at Norge ikke oppfylte ILO-107s krav til anerkjennelse av landrettigheter for urfolk.³⁷ Ved ratifiseringen av ILO-169 ti år senere ble det paradoksalt nok lagt til grunn at Norge oppfylte den nye konvensjonens krav til anerkjennelse av landrettigheter for urfolk. Dette til tross for at ILO-169 ikke stilte lempeligere krav på dette området eller at norske myndigheter hadde gjort vesentlige grep i mellomtiden.

Det bemerkes at urfolk ikke var helt fornøyd med ILO-169.³⁸ Kritikken falmet imidlertid raskt, da det ble forstått at dette var det beste man kunne oppnå på daværende tidspunkt. Samenes populærbetegnelse på ILO-169 i dag er «kjærlighetskonvensjonen» (oversatt til norsk).³⁹

2.2 Kort om ILOs organer

For å kunne drøfte spørsmålene som befinner seg innenfor avhandlingens tema, behøves intet detaljert kapittel om ILOs organisatoriske struktur. Likevel vil flere av ILOs organer bli vist til senere i avhandlingen. På denne bakgrunn kan det være nyttig å gi en oversikt over hvordan ILO er bygd opp.

ILO ble opprettet i medhold av Versaillestraktaten 28. juni 1919 del XIII.⁴⁰ Formålet med konstitueringen av ILO var å sikre sosial rettferdighet for mennesker på arbeidsplassen.⁴¹ I kjølvannet av første verdenskrig ble sosial rettferdighet ansett som nødvendig for å sikre fred; et åpenbart mål etter fire år preget av forferdeligheter. Frem til slutten av andre verdenskrig var ILO del av Folkeforbundet.⁴²

³⁵ Ravna (2019) s. 169 med videre henvisning til NOU 1980: 53 s. 19–24.

³⁶ *Ibid.*, s. 169–170.

³⁷ *Ibid.*, s. 170 med videre henvisning til NOU 1980: 53 s. 38–41.

³⁸ Intercontinental Cry (2012) 7:27. Lee Swepston fremhever blant annet at enkelte urfolkrepresentanter ønsket vetorett i saker som gjaldt utvikling i urfolks landterritorier.

³⁹ Personlig meddelelse av Ánde Somby, førsteamanuensis ved det juridiske fakultet, UiT – Norges arktiske universitet, 11. september 2019.

⁴⁰ Treaty of peace with Germany (Treaty of Versailles).

⁴¹ ILO Constitution (på norsk: ILO-konstitusjonen, 29. oktober 1919) sin fortale første og andre avsnitt.

⁴² Ravna (2019) s. 168.

Starten på andre verdenskrig gjorde at ILO måtte søke eksil i Montreal, Canada. ILO dedikerte krigsårene til å reflektere over hva som var organisasjonens målsettinger og hva som skulle være dens rolle i rekonstruksjonen som ventet i etterkrigstidens samfunn.⁴³ En viktig hendelse i denne perioden var vedtakelsen av Philadelphia-erklæringen i 1944. I dag arbeider ILO etter denne erklæringen som blant annet fremmer viktigheten av menneskerettigheter i sosialpolitikken.⁴⁴ Den 14. desember 1946 ble ILO FNs første særorganisasjon.⁴⁵ ILO har i dag tilslutning fra 187 medlemsland og har hovedkvarter i Genève, Sveits.⁴⁶

I tråd med ILO-konstitusjonen artikkel 2 består organisasjonen av tre hovedorganer: Den internasjonale arbeidskonferansen («General Conference»), ILOs styre («Governing body») og det internasjonale arbeidsbyrået («International Labour Office»). ILOs organisasjonsvirksomhet baseres på et *trepartsprinsipp*. Det innebærer at både arbeidsgivere, arbeidstakere og myndighetene er representert og deltar på lik linje i de nevnte organer, jf. ILO-konstitusjonen artiklene 3.1, 4.1 og 7.1. Den internasjonale arbeidskonferansen er ILOs generalforsamling som igjen utpeker ILOs styre. Det internasjonale arbeidsbyrået står for den daglige driften av ILOs virksomhet.

I tillegg til de nevnte organer som utgjør grunnstrukturen i ILO, er det to underordnede komiteer som må trekkes frem: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) og Conference Committee on the Application of Standards (CAS eller «trepartskomiteen»).

CEACR overvåker gjennomføringen av ILO-konvensjonene i medlemsstatene, og utarbeider en årsrapport basert på observasjonene som gjøres. CAS undersøker CEACRs årsrapport og velger ut noen av de observasjoner som er gjort i årsrapporten for nærmere diskusjon i trepartskomiteen. CAS' drøftelser og konklusjoner publiseres i en egen rapport.⁴⁷ Det gjøres nærmere rede for hvordan ILOs klagesystem fungerer i punkt 6.4.3.

⁴³ Jean-Michel Bonvin, *L'organisation internationale du travail*, Paris 1998 s. 38. [Henvist til i Annan Voskuil, «The indigenous peoples convention. Perspectives offered by article 12 of ILO Convention No. 169», Norge 2009 s. 50.]

⁴⁴ Ravna (2019) s. 168. Philadelphia-erklæringen («The Declaration Concerning Aims and Purposes of the ILO») ble vedtatt på ILOs 26. konferanse i Philadelphia 10. mai 1944, se Ravna (2019) s. 168 fotnote 574.

⁴⁵ ILO, *OFFICIAL BULLETIN*, Vol. XXIX, No. 6, s.n. 1946 s. 384.

⁴⁶ FN, *Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO)*, u.å., <https://www.fn.no/Om-FN/FNs-organisasjoner-fond-og-programmer/Den-internasjonale-arbeidsorganisasjonen-ILO> (sjekket 1. februar 2020).

⁴⁷ ILO, *Indigenous and tribal peoples' rights in practice, A guide to the ILO Convention 169*, s.n. 2009, s. 178–179.

2.3 ILO-169: Struktur og innhold

ILO-169 gir urfolk rettigheter innenfor flere rettsområder. Konvensjonen består av ti deler. ILO har i sin egen manual om ILO-169 delt konvensjonens innhold i tre hoveddeler.⁴⁸

Den første hoveddelen av ILO-169 består av artiklene 1 til 12 som gjelder alminnelige retningslinjer («general policy»). Artikkel 1 fastslår hvem som er rettighetssubjekter etter konvensjonen. Artikkel 3 verner urfolk mot diskriminering, mens artikkel 4 gir urfolk krav på beskyttelse av «property» og «culture».⁴⁹ Kanskje de tre viktigste bestemmelsene i første hoveddel er artiklene 6, 7 og 8. Artikkel 6 forplikter staten til å rådføre seg med urfolk og opprette ordninger for at urfolket kan delta i beslutninger i saker som gjelder dem. Etter artikkel 7 har urfolk en rett til selv å prioritere og kontrollere sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling. Regler om hensyntagen til urfolks sedvaner og sedvanerett finnes i artikkel 8.⁵⁰

Den andre hoveddelen i ILO-169, bestående av artiklene 13–32, omhandler mer konkrete materielle rettigheter («substantive issues»). Rettighetene knytter seg til flere rettsområder. Konvensjonen anerkjenner rettigheter tilknyttet blant annet land (artiklene 13–19), trygd og helse (artiklene 24–25) og utdanning og kommunikasjon (artiklene 26–31). I Norge har det vært flest spørsmål vedrørende bestemmelsene om landrettigheter. Blant annet har spørsmålet om anerkjennelse av eksisterende rettigheter for samene til grunn og naturressurser vært et mye diskutert tema, jf. ILO-169 artikkel 14 nr. 2.⁵¹

Konvensjonens siste hoveddel, som består av artikkel 33, knytter seg til forvaltning og administrasjon («administration»). For øvrig bør artikkel 34 nevnes, som legger opp til en fleksibel gjennomføring av konvensjonen i signatarstatene. Forpliktelsene etter konvensjonen utgjør *minstestandarder*.⁵² Signatarstatene har ikke mulighet for å reservere seg mot deler av konvensjonens innhold.⁵³

⁴⁸ ILO (2003) s. 6: Første hoveddel omfatter del I. Andre hoveddel består av del II til del VII, mens del VIII utgjør tredje og siste hoveddel. Konvensjonen består riktignok av to deler til om generelle bestemmelser (del IX) og sluttbestemmelser (del X). I ILO-manualen står disse delene utenfor konvensjonens hoveddeler. Del IX og del X består av artikler av prosessuell karakter og gjelder registrering, ratifisering og implementering av konvensjonen.

⁴⁹ Skogvang (2017) s. 125

⁵⁰ Spørsmålet om vernet av samisk sedvane og sedvanerett, jf. ILO-169 artikkel 8, har vært diskusjonstema for Høyesterett flere ganger, se Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) og Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk).

⁵¹ Se blant annet NOU 2007: 13 s. 431 flg.

⁵² ILO (2009) s. 26: ILO-169 artikkel 35 sammenholdt med ILO-konstitusjonen artikkel 19 nr. 8 tilsier at ILO-169 bare oppstiller minstestandarder.

⁵³ *Ibid.*, s. 184.

3 Forholdet mellom norsk rett og folkerett

3.1 Innledning

Rettskildelaget i dag fremstår som mer kompleks sammenlignet med hva det gjorde på 1990-tallet.⁵⁴ Særlig innenfor menneskerettighetsområdet har det skjedd en betydelig utvikling. Blant annet er det vedtatt norske internrettslige regler, både på formell lovs nivå og grunnlovsnivå, som bidrar til at Norge oppfyller sine internasjonale menneskerettighetsforpliktelser.⁵⁵ Det store og stadig økende rettskildetilfanget innenfor menneskeretten medfører en rekke metodiske problemer som vanskelig lar seg løse basert på Eckhoffs tradisjonelle rettskildelære.⁵⁶ Det er derfor nødvendig å redegjøre for noen grunnleggende premisser om forholdet mellom norsk rett og folkerett.

3.2 Dualismegrunnsetningen

3.2.1 Noen utgangspunkter

Intern rett og folkerett utgjør to adskilte rettssystemer. For å forklare staters grunnsyn på forholdet mellom disse rettssystemene, tas det utgangspunkt i to uttrykk: *dualisme* og *monisme*. «Dualisme» er betegnelsen på at det finnes to uforenlige grunnbegrep innenfor én og samme teori.⁵⁷ Det motsatte av dualisme er *monisme*. Ved «monisme» finnes det bare ett grunnbegrep innenfor en teori. Stater med et monistisk grunnsyn vil ikke trekke et skille mellom anerkjent folkerett og nasjonal rett, men vil se på «dem som deler av et større, felles system».⁵⁸

I dualistiske stater fremstår intern rett og folkerett som separate rettssystemer. For at folkerett skal få *direkte virkning* i nasjonal rett, kreves det en spesiell innarbeidingsakt.⁵⁹ Med «direkte virkning» menes at folkeretten kan anvendes som *primært rettsgrunnlag* i rettsanvendelsen for norske domstoler.⁶⁰ «Primært rettsgrunnlag» kan defineres som den eller de rettskildedefaktorene som inneholder de vilkårene som må være oppfylt for at man skal kunne svare ja eller nei på et

⁵⁴ Bjarte Askeland, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018», *Lov og rett*, 2018 s. 519–536 (s. 525).

⁵⁵ *Ibid.*, s. 528–529.

⁵⁶ *Ibid.*, s. 525.

⁵⁷ I samme retning, se Gunnar Karlsen, «dualisme», *Store norske leksikon* 16. februar 2019, <https://snl.no/dualisme> (sjekket 26. august 2019).

⁵⁸ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning for norsk rett*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 52.

⁵⁹ I samme retning, se Jon Petter Johansen [Rui], «Ikke inkorporert folkerett i konflikt med norsk rett» i *Jubileumsskrift til Universitet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget*, Tromsø 2004 (s. 117–129) s. 117.

⁶⁰ Arnesen og Stenvik (2015) s. 53–54.

rettsspørsmål.⁶¹ I monistiske stater har anerkjent folkerett direkte virkning uten at den er innarbeidet i nasjonal rett.

Både høyesterettspraksis, forarbeider og nyere juridisk litteratur legger til grunn en dualistisk forståelse om at norsk rett og folkerett er to adskilte rettsområder.⁶² Blant annet i Rt. 2007 s. 234 la Høyesterett til grunn at dualismegrunnsetningen *eksisterer* i Norge:

«Jeg viser til at Norge ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten. Men for å unngå motstrid, praktiserer Norge i en viss utstrekning presumsjonsprinsippet ved at norsk rett presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.»⁶³

Uttalelsen illustrerer den tette forbindelsen mellom dualismen og presumsjonsprinsippet. I punkt 3.3 gjøres det nærmere rede for presumsjonsprinsippet. Høyesterettsuttalelsen fremhever også dualismegrunnsetningens *funksjon*: Ved motstrid vil folkeretten i ytterste konsekvens måtte vike for norsk rett. Dualismegrunnsetningen kan karakteriseres som en *konfliktløser*.

Det kan sondres mellom to former for motstrid: *tilsynelatende motstrid* og *total motstrid*. Uttrykket «tilsynelatende motstrid» brukes om tilfeller der det foreligger en konflikt mellom en norsk regel og folkerettslig regel, og konflikten kan løses ved hjelp av presumsjonsprinsippet.⁶⁴ «Total motstrid» er en betegnelse på en *uforenlig* motstrid mellom en norsk regel og en folkerettslig regel som presumsjonsprinsippet ikke kan bidra til å løse.⁶⁵ Det er i tilfellene hvor det oppstår total motstrid at det dualistiske prinsipp kommer til anvendelse.

⁶¹ En slik forståelse av «primært rettsgrunnlag» er i tråd med Nygaards definisjon, se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 177.

⁶² Rt. 1997 s. 580 (OFS) (s. 593), forutsetningsvis i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), Rt. 2007 s. 234 (avs. 54), NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett s. 63–64, NOU 1984: 18 s. 78, Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 12, Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 31, Skoghøy (2018) s. 39, Ruud og Ulfstein (2018) s. 59, Erik Magnus Boe, *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo 2010 s. 110, Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2006 s. 31–32 og s. 39 og forutsetningsvis i Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005 s. 359. Johansen (2004) s. 117–129 fremstiller et alternativt synspunkt.

⁶³ Rt. 2007 s. 234 (avs. 54).

⁶⁴ Boe (2010) s. 401. Se også Johansen (2004) s. 118.

⁶⁵ Torstein Eckhoff og Jan Erik Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 346. Se også Johansen (2004) s. 118.

Møse-utvalget drøftet tidlig på 1990-tallet om Norge burde forlate et dualistisk grunnsyn til fordel for monisme.⁶⁶ Transformasjonskomiteen hadde tjue år tidligere vurdert samme spørsmål og slått fast at det dualistiske system måtte stå.⁶⁷ Møse-utvalget var i konklusjonen enig med Transformasjonskomiteen, men understreket «at man må være varsom med å trekke for bastante konklusjoner på det praktiske området fra det teoretiske utgangspunkt man velger».⁶⁸ Sitatet er beskrivende for dagens rettstilstand. Selv om det dualistiske system ligger til grunn for forholdet mellom norsk rett og folkerett, gjelder ikke dette uten modifikasjoner. Særlig viktig er presumsjonsprinsippet som bidrar til å forene norsk rett og folkerett hvor det er tilsynelatende motstrid. Det er kun ved *total motstrid* – et sjeldent fenomen – dualismegrunnsetningens funksjon kommer til anvendelse ved at norsk rett får forrang for folkerett. Selv om det dualistiske prinsipp gjelder *absolutt*, kan det likevel omtales som en «hovedregel» på grunn av dets *tilhørende modifikasjoner*.⁶⁹ Kun i prinsippets *kjerne*, hvor ingen modifikasjoner er anvendelige, vil dualismegrunnsetningens forrangsregel for intern rett komme til anvendelse.

3.2.2 Lovfesting av folkerettslige rettsreglers relevans

Det finnes primært to metoder for å innarbeide folkerett i norsk rett: *transformasjon* og *inkorporasjon*.

«Transformasjon» vil si at folkeretten blir gjort om til norsk lov («transform»). Denne innarbeidingsmetoden kan videre deles inn i en *aktiv* og *passiv* variant. «Aktiv transformasjon» er betegnelsen på at folkerettslige forpliktelser *gjengis* i norsk lov – i norsk språkdrakt.⁷⁰ «Passiv transformasjon» kalles det når Norge konstaterer at gjeldende norsk rett allerede oppfyller kravene etter våre folkerettslige forpliktelser (konstatering av rettsharmoni).⁷¹

Ved «inkorporasjon» blir traktatforpliktelser gjort til norsk lov «ved at traktaten i seg selv blir gitt status som norsk lov».⁷² Til illustrasjon er SP inkorporert i norsk rett gjennom menneske-

⁶⁶ NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 75 flg.

⁶⁷ NOU 1972: 16 s. 63–64. Transformasjonskomiteen behandlet «problemene omkring den generelle oppfyllelse av traktatforpliktelser ved at disse gjøres til norsk rett», s. 7. Det bemerkes at ett medlem av utvalget, Nandrup Dahl, ønsket et monistisk system, s. 64.

⁶⁸ NOU 1984: 18 s. 78.

⁶⁹ Høyesteretts bruker ordet «hovedregel» i Rt. 2007 s. 234 (avs. 54), sitert foran.

⁷⁰ Ruud og Ulfstein (2018) s. 62.

⁷¹ *Ibid.*, s. 64. Se også Jan Erik Helgesen, *Teorier om folkerettens stilling*, Oslo 1982 s. 57.

⁷² Skoghøy (2018) s. 39.

rettsloven § 2 nr. 3. Videre bestemmer § 3 at «bestemmelser i konvensjoner og protokoller» nevnt i § 2, vil gå foran annen norsk lov ved motstrid.

En særegen variant av inkorporasjon er *sektormonisme*. Den finske professoren og tidligere medlem av FNs Menneskerettskomité, Martin Scheinin, definerer «sektormonisme» som «[a] domestic enactment includes a clause on the applicability or even priority of international treaties (or a specific treaty) in matters covered by the law in question».⁷³

Etter Scheinins definisjon kan altså en internrettslig lovregel bestemme at internasjonale traktater (eller en spesifikk traktat) gis direkte virkning i saker som omfattes av den aktuelle loven som den internrettslige lovregelen tilhører. Ordlyden «or even priority of» tilsier at det ikke er et krav om at internasjonale konvensjoner gis *forrang* for den nasjonale loven den er inkorporert innenfor, men at dette utgjør et *tilleggselement* sektormonistiske bestemmelser *kan* inneholde.

Scheinins definisjon synes å være noe *snever* for å kunne omfatte sektormonistiske bestemmelser i norsk rett. For denne avhandlingen har jeg dermed valgt å definere sektormonisme på følgende måte: En internrettslig lovregel bestemmer at internasjonale konvensjoner (eller en spesifikk konvensjon) og/eller andre folkerettslige forpliktelser gis direkte virkning – eller til og med prioritet – i saker innenfor det området den internrettslige lovregelen gir uttrykk for.

Definisjonen bygger videre på Scheinins definisjon, men tar i større grad hensyn til at sektormonistiske bestemmelser kan ha ulik *rekkevidde*. Med «rekkevidde» siktes det til både *hvilke deler av folkeretten* som inkorporeres og gis forrang etter den norske lovregelen, samt *hvilke deler av norsk rett* folkeretten inkorporeres og gis forrang for. For det første tar min definisjon hensyn til at *andre* folkerettslige forpliktelser enn bare internasjonale konvensjoner, kan sektorinkorporeres. For det andre mener jeg at det ikke er *hvor* den internrettslige lovregelen er *plassert* som er avgjørende for hvilke deler av norsk rett folkeretten er inkorporert innenfor, men at det beror på hva den internrettslige lovregelen *selv gir uttrykk for*.

⁷³ Martin Scheinin (red.), *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries*, Haag 1996 s. 14.

Straffeloven⁷⁴ § 2 er et eksempel på en sektormonistisk bestemmelse: «Straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig».⁷⁵ Bestemmelsen slår fast at straffelovgivningen må anvendes i tråd med forpliktende folkerettsregler, det vil si både vedtatte traktater og folkerettslig sedvanerett. Hvis det skulle vise seg ikke å være overensstemmelse mellom norsk straffelovgivning og folkerettslige forpliktelser, får sistnevnte forrang.

ILO-169 er ikke innarbeidet på alle rettsområder i norsk rett. Der konvensjonen imidlertid *er* innarbeidet i norsk rett, er det i all hovedsak inkorporeringsvarianten *sektormonisme* som er benyttet. I kapittel 4 skal sektormonismebestemmelsene i norsk rett av spesiell relevans for ILO-169, kartlegges. Den øvrige innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett vil ikke bli berørt i avhandlingen. En slik avgrensning begrunnes med at det kun er et fåtall av plasser hvor andre innarbeidingsmetoder enn sektormonisme er valgt for ILO-169s vedkommende. Det bemerkes dog at det på enkelte rettsområder er konstatert *rettsharmoni* mellom konvensjonens forpliktelser og norske regler. Dette gjelder for eksempel bestemmelsene i sameloven⁷⁶ kapittel 3 om samisk språk, også kjent som «språkloven». Bestemmelsene i språkloven går på mange områder lengre enn hva konvensjonen krever.⁷⁷

3.3 Presumsjonsprinsippet: En modifisering av dualismen

3.3.1 Noen utgangspunkter

Presumsjonsprinsippet ble definert av Høyesterett i Rt. 2007 s. 234 som at «norsk rett presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser».⁷⁸ Prinsippet er utviklet av Høyesterett.⁷⁹ Hensynet bak presumsjonsprinsippet er å forhindre folkerettsbrudd.⁸⁰

Presumsjonsprinsippet er en *modifisering* av det dualistiske grunnsynet om at nasjonal rett og folkerett er separerte rettsområder. Et sentralt poeng er likevel at prinsippet er *kompatibelt* med

⁷⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

⁷⁵ Det finnes flere andre lover med sektormonistiske bestemmelser. Disse gjengis imidlertid ikke her, da de vil gjennomgås i kapittel 4.

⁷⁶ Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven).

⁷⁷ NOU 1993: 18 s. 143.

⁷⁸ Rt. 2007 s. 234 (avs. 54). Et synonym for «å presumere» er «å formode».

⁷⁹ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) (s. 1829).

⁸⁰ Ruud og Ulfstein (2018) s. 68.

et dualistisk grunnsyn. Presumsjonsprinsippet angir ingen kollisjonsnorm, men har som funksjon å virke som en retningslinje for normene om slutning- og vekt-/harmoniseringsfasen.⁸¹

Ordlyden «folkerettslige forpliktelser» (sitert foran) sikter til de forpliktende *folkerettsreglene*, ikke de enkelte internasjonale *rettskildefaktorene*.⁸² Det vil si at norsk rett formodes å være i samsvar med en ferdig tolket folkerettsregel, ikke hver og én folkerettslig rettskildefaktor.⁸³ I praksis kan sontringen være vanskelig, men det er likevel en viktig teoretisk presisering som her gjøres.

3.3.2 Presumsjonsprinsippetets anvendelsesområde

Det er særlig i tre situasjoner presumsjonsprinsippet kommer til anvendelse. For det første brukes prinsippet når det ikke finnes noen norsk rettsregel som passer på den konkrete saken.⁸⁴ For det andre kommer det til anvendelse hvor den norske rettsregelen er uklar eller tvetydig. Det vil da være mulig å bruke presumsjonsprinsippet til å tolke den norske rettsregelen slik at den ikke kolliderer med norske folkerettslige forpliktelser. For det tredje er prinsippet anvendelig når det er to internrettslige regler som er i konflikt med hverandre. Presumsjonsprinsippet gir da en formodning om å velge den av rettsreglene som samsvarer best med Norges folkerettslige forpliktelser.

Ved *total motstrid* kan ikke presumsjonsprinsippet hjelpe.⁸⁵ Prinsippet brukes når det foreligger *tilsynelatende motstrid*. Det faktum at presumsjonsprinsippet ikke kan redde enhver rettskonflikt, illustrerer prinsippetets begrensninger i sitt anvendelsesområde.

Det kan legges til grunn som sikker rett at presumsjonsprinsippet gjelder ved traktater så vel som *folkerettslig sedvanerett*.⁸⁶ Med «folkerettslig sedvanerett» siktes det til alminnelige folkerettsregler som er bindende for alle stater, uten å være særskilt vedtatt.⁸⁷ Tidligere har det, blant annet av Carl August Fleischer, vært hevdet at presumsjonsprinsippet bare gjelder ved

⁸¹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 64. Både Eckhoff og Helgesen (2001) s. 22–30 og Nygaard (2004) s. 34–37 bygger i all hovedsak på en rettsanvendelsesprosess som kort fortalt består av relevans-slutning-vekt/harmonisering.

⁸² Arnesen og Stenvik (2015) s. 67. En «rettsregel» er sluttproduktet etter en tolkning av de *rettskildefaktorene* som er spesielt relevante i den konkrete sak. Rettsregelen brukes for å løse et konkret rettsspørsmål. «Rettskildefaktorer» er byggesteiner for innholdet i rettsregelen, se Nygaard (2004) s. 29.

⁸³ Arnesen og Stenvik (2015) s. 67.

⁸⁴ Ruud og Ulfstein (2018) s. 68 nevner dette, uten å eksemplifisere.

⁸⁵ Se blant annet Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) til illustrasjon.

⁸⁶ Skoghøy (2002) s. 338. Se også Arnesen og Stenvik (2015) s. 66.

⁸⁷ Fleischer (2005) s. 361. Se også Åhrén (2016) s. 61 flg.

folkerettslig sedvanerett, men ikke ved traktater.⁸⁸ Denne tradisjonelle oppfatningen om at presumsjonsprinsippet har et begrenset anvendelsesområde er imidlertid blitt imøtegått i senere tid. Høyesterett har i flere saker vist til presumsjonsprinsippet ved traktater, også i forbindelse med ILO-169.⁸⁹

3.3.3 Presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft

Presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft er relativ. I Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) formulerte Høyesterett et vurderingstema for bedømmelsen av prinsippet gjennomslagskraft: I hvilken grad presumsjonsprinsippet gjør seg gjeldende beror på en konkret skjønsmessig vurdering av «karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelsene og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til».⁹⁰

Høyesteretts bruk av ordet «karakteren» tilsier at det er det materielle innholdet i den folkerettslige forpliktelsen som må vurderes nærmere. Spørsmålet blir om den forpliktende folkerettsregelen verner om inngrep fra staten eller om den gjelder forpliktelser og rettigheter i privatrettslige forhold. Høyesterett fremholdt at presumsjonsprinsippet står sterkere dersom den folkerettslige forpliktelsen beskytter borgerne «mot inngrep fra det offentlige» enn i tilfeller hvor «en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold».⁹¹

I tillegg må det også ses hen til «hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til». Vurderingsmomentet har en nær tilknytning til det første momentet om den forpliktende folkerettsregelens karakter. På strafferettens område vil presumsjonsprinsippet ha stor betydning. Her vil norsk lov måtte tolkes innskrenkende dersom full anvendelse etter ordlyden vil være i strid med folkeretten. Strafferetten er et offentligrettslig område som regulerer myndighetenes inngrep overfor borgerne. Mindre betydning vil presumsjonsprinsippet ha eksempelvis på formuerettens område, som gjelder privatrettslige forhold.

⁸⁸ Fleisher (2005) s. 361.

⁸⁹ Blant annet HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 77) og HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 103 og 166).

⁹⁰ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) (s. 1829).

⁹¹ *Ibid.*

3.4 Lovfestede normer for avveining mellom norsk rett og folkerett

I norsk rett finnes det lovfestede normer for avveining mellom inkorporert folkerett og norsk intern rett. Hensynet til et konsekvent og harmonisk regelverk har medført at nasjonal rett i all hovedsak er i tråd med de folkerettslige forpliktelsene. Total motstrid skal kun erklæres når den er et uunngåelig faktum. Det er først i disse tilfellene internrettslige lovfestede normer for avveining mellom inkorporert folkerett og annen norsk rett får betydning.

I norske sektormonistiske bestemmelser er det ofte gjort en eksplisitt avveining mellom inkorporert folkerett og den aktuelle loven, som oftest med ordene «med de begrensninger». Når det foreligger konflikt mellom inkorporert folkerett og den norske loven i slike tilfeller, vil folkeretten ha forrang.

For bestemmelsene i SP er det bestemt i menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 3, at disse «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Tilsvarende gjelder for «[b]estemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter» EØS-avtalen⁹², jf. EØS-loven⁹³ § 2. Disse folkerettslige forpliktelsene står i utgangspunktet bare tilbake for Grunnlovens bestemmelser, jf. *lex superior*-prinsippet.⁹⁴

Etter Grunnlovsrevisjonen i 2014 oppstod det et spørsmål om Stortinget hadde ment å inkorporere alle Norges forpliktende menneskerettighetskonvensjoner på Grunnlovs nivå gjennom den nye ordlyden i § 92: Statens myndigheter skal «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Ordlyden «respektere og sikre» var uklar vedrørende spørsmålet. I HR-2016-2554-P (Holship) slo imidlertid Høyesterett fast at Grunnloven § 92 ikke inkorporerer menneskerettighetskonvensjonene på Grunnlovs nivå. Paragraf 92 gir kun staten et pålegg om å håndheve de internasjonale konvensjonene «på det nivå de er gjennomført i norsk rett». ⁹⁵ Som begrunnelse viste Høyesterett til uttalelsene i forarbeidene om at bestemmelsen ikke var ment å endre dagens rettstilstand (tidligere § 110 c).⁹⁶ Videre ble det pekt på at en bestemmelse som

⁹² Fullstendig norsk tittel er: «Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde», 1. januar 1994. På engelsk: «Agreement on the European Economic Area».

⁹³ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven).

⁹⁴ «Lex superior» er en norm som løser konflikter mellom rettsregler av høyere og lavere rang ved at førstnevnte har forrang, se Nygaard (2004) s. 134.

⁹⁵ HR-2016-2554-P (Holship) (avs. 70).

⁹⁶ *Ibid.*, avs. 68–69. Med videre henvisning til Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders

inkorporerte Norges forpliktende konvensjoner på grunnlovsnivå, ville gjort menneskerettsloven overflødig.⁹⁷

For folkerettslige forpliktelser som er *transformert* til norsk rett, foreligger det ikke alltid lovfestede normer for avveining ved konflikt. Total motstrid vil da måtte løses på bakgrunn av internrettslige kollisjonsregler: *lex superior* (høyere regler har forrang), *lex posterior* (nyere regler har forrang) og *lex specialis* (spesialregler har forrang).⁹⁸ Det samme gjelder også for folkerett som er blitt inkorporert i norsk rett uten at motstridstilfeller er uttrykkelig regulert.

Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV s. 22.

⁹⁷ HR-2016-2554-P (Holship) (avs. 68–69).

⁹⁸ Finn Arnesen og Hilde K. Ellingsen, «ILOs kjernekonvensjoner i menneskerettsloven», *utredningsoppdrag for LO*, u.å. s. 1–72 (s. 67).

4 Kartlegging av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal det gjennomføres en rettsdogmatisk analyse av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett. Det vil først redegjøres for *inkorporeringen* av ILO-169 ved bruk av sektormonistiske bestemmelser, se punkt 4.2. De forskjellige sektormonistiske bestemmelsene vil bli delt inn i A-, B- og C-kategorier. Punkt 4.3 er viet til å kartlegge områdene hvor ILO-169 ikke er innarbeidet i norsk rett, men vil kunne ha betydning etter *presumsjonsprinsippet*.

For å unngå misforståelser er det viktig å påpeke at kapittel 4 kun tar for seg hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett. Hvilken *betydning* innarbeidingen har for ILO-169s internrettslige gjennomslagskraft, forbeholdes drøftelsene i kapittel 5. Kapittel 6 vil på sin side vurdere hensiktsmessigheten av måten ILO-169 er innarbeidet på i norsk rett. Det rettsdogmatiske studiet i kapittel 4 utgjør således et viktig grunnlag for de vurderende betraktningene som gjøres i kapitlene 5 og 6.

4.2 Inkorporeringen av ILO-169 i norsk rett: En kategorisering

4.2.1 Noen utgangspunkter

ILO-169 har blitt inkorporert i norsk rett gjennom sektormonistiske bestemmelser i norske lover.⁹⁹ De sektormonistiske bestemmelsene som er valgt for å inkorporere ILO-169, vil bli kategorisert i A-, B- og C-kategorier:

- Kategori A: Almennelige sektormonistiske bestemmelser uten at «ILO-169» og/eller «urfolk» er nevnt eksplisitt i lovens ordlyd.
- Kategori B: Sektormonistiske bestemmelser hvor «ILO-169» og/eller «urfolk» er nevnt eksplisitt i lovens ordlyd.
- Kategori C: Ingen sektormonistisk bestemmelse, men stadfester presumsjonsprinsippet.

Det er på det rene at bestemmelser som inngår i kategori C ikke kan være sektormonistiske, all den tid slike bestemmelser ikke *inkorporerer* folkeretten i norsk rett. Kategori C er likevel tatt

⁹⁹ Sektormonisme er definert i punkt 3.2.2.

med i oppramsingen fordi det går en hårfin linje mellom når en bestemmelse er sektormonistisk og når den stadfester presumsjonsprinsippet. For eksempel er det usikkert om reindriftsloven¹⁰⁰ § 3 er en bestemmelse som hører til kategori B eller C, se punkt 4.2.3.3.

Det vil ikke gis en uttømmende liste over alle sektormonistiske bestemmelser i norsk rett. Først og fremst vil ikke det være nødvendig for avhandlingen; ILO-169s bestemmelser er ikke relevant for alle rettsområder hvor norske lover har sektormonistiske bestemmelser. For det andre ville en slik oppramsing tatt en uforholdsmessig stor del av avhandlingen.

Et rettskildesøk i Lovdata 6. mars 2020 i basen «Lover (NL)» med ordene «folkerett» og «begrensning» gav 60 resultater. Sektormonistiske bestemmelser er dermed brukt med stor utstrekning i norske lover. For denne avhandlingens del er det gjort et utvalg av bestemmelser basert på hvilken relevans ILO-169 har oppi det hele.

4.2.2 Kategori A: Alminnelige sektormonistiske bestemmelser

Både straffeloven, straffeprosessloven¹⁰¹ og tvisteloven¹⁰² har sektormonistiske regler som bestemmer at lovene gjelder med de begrensninger som følger av folkerettslige forpliktelser. Det finnes en rekke andre lover med lignende bestemmelser.¹⁰³ Det er imidlertid disse tre lovene sine sektormonistiske bestemmelser som vil bli vist til i det følgende.

I straffeloven § 2 heter det at: «Straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig». De sektormonistiske bestemmelsene i tvisteloven § 1-2 og straffeprosessloven § 4 første ledd følger samme mønster som straffeloven § 2, dog med noen minimale språklige variasjoner.¹⁰⁴ Også tvisteloven § 1-2

¹⁰⁰ Lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven).

¹⁰¹ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

¹⁰² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

¹⁰³ Det vises til blant annet lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) § 1-4, lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv. (lakse- og innlandsfiskeloven) § 2 siste ledd, lov 13. juni 1997 nr. 42 om Kystvakten (kystvaktloven) § 4, lov 21. juni 2019 nr. 70 om havner og farvann (havne- og farvannsloven) § 2 andre ledd og lov 22. mars 2019 nr. 7 om mineralvirksomhet på kontinentalsokkelen (havbunnsmineralloven) § 1-2 siste ledd. Et eksempel på en tilsvarende bestemmelse i nynorsk språkdrakt («med dei avgrensingane») finnes i lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av viltlevande marine ressursar (havressursloven) § 6. Den nynorske varianten innebærer ingen realitetsforskjell sammenlignet med bokmålsformen «med de begrensninger».

¹⁰⁴ I tvisteloven § 1-2 og straffeprosessloven § 4 første ledd er det byttet om på de to folkerettslige alternativene som har forrang for den norske loven, sml. straffeloven § 2.

og straffeprosessloven § 4 første ledd inneholder frasen «med de begrensninger», i tillegg til delen om at norsk rett begrenses av to folkerettslige alternativer.

Ordlyden «med de begrensninger» knesetter at folkeretten er sektorinkorporert og har forrang i kollisjon med lovens bestemmelser.¹⁰⁵ Bestemmelsen kan karakteriseres som en kollisjonsregel ved total motstrid for å unngå folkerettsbrudd.

Det er to folkerettslige alternativer som kan begrense den norske loven. Ordlyden «overenskomster med fremmede stater», jf. straffeloven § 2, peker hen på det første alternativet. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at alternativet omfatter konvensjoner Norge har ratifisert og således er bundet av. Justis- og politidepartementet legger til grunn samme forståelse av ordlyden.¹⁰⁶ ILO-169 er omfattet av dette alternativet. Det andre folkerettslige alternativet som setter begrensninger for straffelovgivningen, er øvrige folkerettslige forpliktelser, jf. ordlyden «folkeretten for øvrig». Dette innbefatter for eksempel internasjonal sedvanerett.

Verken straffeloven § 2, straffeprosessloven § 4 første ledd eller tvisteloven § 1-2 setter begrensninger i *tid* på hvilke forpliktende folkerettsregler som omfattes. Det kunne vært et spørsmål om den sektormonistiske bestemmelsen bare var ment å omfatte de forpliktende folkerettsregler som gjaldt på det tidspunktet loven den tilhørte ble vedtatt og sanksjonert. Bestemmelsenes ordlyd setter imidlertid ingen slik tidsbegrensning. Heller ikke i forarbeidene til lovene hvor det er inntatt sektormonistiske bestemmelser, gjøres det noen slike begrensninger.

De forpliktende folkerettsreglene vil bare få direkte virkning i norsk rett så langt den sektormonistiske hjemmelen gir uttrykk for. Særegent for straffeloven § 2 sammenlignet med straffeprosessloven § 4 første ledd og tvisteloven § 1-2, er at det er «[s]traffelovgivningen» som er underlagt de folkerettslige begrensningene og ikke bare «[l]oven» i bestemt form. Det medfører at sektormonismen får en større *rekkevidde* i straffeloven § 2, da det også vil omfatte strafferettslig regulering i spesiallover. For straffeprosessloven og tvisteloven er sektormonismen begrenset til lovenes regler. Forskjellen mellom straffelovens sektormonismebestemmelse og tilsvarende bestemmelser i prosesslovene er en følge av at spesiallovgivningen

¹⁰⁵ For straffeloven § 2 må «begrensninger» forstås som at forpliktende folkerettsregler må være til siktedes fordel for å ha forrang, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 168.

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 397.

har mange straffebud som supplerer straffeloven. Det gjelder ikke for prosesslovene. En bestemmelse om sektormonisme som bare gjaldt straffeloven og ikke spesiallovgivningen ville derfor vært ufullstendig på strafferettens område.

4.2.3 Kategori B/C: Er lovbestemmelser som inneholder ordene «urfolk» og/eller «ILO-169» sektormonistiske eller kodifiserer de presumsjonsprinsippet?

4.2.3.1 Fremgangsmåte

Det er fem lover som skal vurderes: finnmarksloven¹⁰⁷, reindriftsloven, tanaloven¹⁰⁸, deltakerloven¹⁰⁹ og mineralloven¹¹⁰. Dette er en *uttømmende* oversikt over lover med sektormonistiske bestemmelser (eller noe som ligner på det), hvor «urfolk» og/eller «ILO-169» er kommet til uttrykk i den aktuelle lovbestemmelsen. Det skal vurderes om bestemmelsene i lovene kan karakteriseres som sektormonistiske bestemmelser (kategori B) eller om de stadfester presumsjonsprinsippet (kategori C). Hver av disse lovene med sine aktuelle bestemmelser, behandles suksessivt i det følgende.

4.2.3.2 Finnmarksloven § 3

I finnmarksloven § 3 står det:

«Loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomster med fremmede stater om fisket i grensevassdragene.»

Kategori A-bestemmelsene er *alminnelig* utformet med tanke på de folkerettslige forpliktelsene. Finnmarksloven § 3 er begrenset til kun å gjelde *spesifikke deler* av folkeretten.

Om første punktum

Ordlyden «med de begrensninger» i finnmarksloven § 3 første punktum er lik som i kategori A-bestemmelsene, se punkt 4.2.2. Den gir en klar anvisning på normen for motstrid mellom folkerettslige forpliktelser og norsk rett; folkeretten først. Etter sin ordlyd må finnmarksloven

¹⁰⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (finnmarksloven).

¹⁰⁸ Lov 20. juni 2014 nr. 51 om fiskeretten i Tanavassdraget (tanaloven).

¹⁰⁹ Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven).

¹¹⁰ Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven).

§ 3 første punktum forstås som en inkorporeringsbestemmelse. Justiskomiteens flertall, Høyesterett og juridisk teori legger til grunn samme forståelse.¹¹¹ Det er således ikke problematisk å konstatere at finnmarksloven § 3 første punktum er en sektormonistisk bestemmelse. Det er videre klart at det *kun* er ILO-169 som inkorporeres, all den tid det er den eneste konvensjonen som er nevnt i bestemmelsens ordlyd.

Det som derimot har vært vanskeligere å bringe klarhet i, er hvilken *rekkevidde* inkorporeringsbestemmelsen i finnmarksloven § 3 første punktum har. Mer presist har problematikken knyttet seg til hvilke *deler av norsk rett* ILO-169 er inkorporert og gitt forrang overfor. Finnmarksloven § 3 første punktum sin ordlyd «[I]oven» utgjør det primære rettsgrunnlaget for å avgjøre hvilken rekkevidde inkorporeringsbestemmelsen har. Det er delte oppfatninger om hvordan uttrykket «[I]oven» skal forstås: På den ene siden kan «loven» forstås slik at ILO-169 kun gis forrang for finnmarkslovens egne bestemmelser. Det innebærer at ILO-169 gis forrang for det som er *direkte regulert* i loven. Den alternative forståelse av «[I]oven» bygger på at ordlyden må tolkes vidt til å omfatte også de *materielle reglene* som det er henvist til i finnmarksloven. Om en slik forståelse legges til grunn, kan det betegnes som at ILO-169 får forrang for hele finnmarkslovens *anvendelsesområde*.

Det er finnmarksloven § 5 som har skapt grobunn for diskusjonen om hvilken rekkevidde inkorporeringsbestemmelsen i finnmarksloven § 3 første punktum har. Paragraf 5 regulerer forholdet til *bestående rettigheter*:

«Samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.

Loven her gjør ikke inngrep i kollektive og individuelle rettigheter som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk. Dette gjelder også de rettighetene reindriftsutøvere har på slikt grunnlag eller etter reindriftsloven.

For å fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som samer og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag, opprettes en kommisjon

¹¹¹ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 75–76), HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 100–102), Innst.O. nr. 80 (2004–2005) Finnmarksloven s. 33–34, Ravna (2019) s. 173 og Skogvang (2017) s. 121.

som skal utrede rettigheter til land og vann i Finnmark, og en særdomstol som skal avgjøre tvister om slike rettigheter, jf. kapittel 5.»

I finnmarksloven § 5 tredje ledd er det inntatt en bestemmelse som viser til prosedyreordningen for å avklare rettigheter, jf. ordlyden «oppretted en kommisjon [...] og en særdomstol». Prosedyreordningen er nærmere regulert i finnmarksloven kapittel 5. Paragraf 5 tredje ledd gir ikke selv materielle rettigheter. Den bestemmer at det skal opprettes en kommisjon og domstol for å fastslå hvilke rettigheter samene har «på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag». En snever tolkning av «[l]oven» gir ILO-169 kun forrang for de prosessuelle reglene om *prosedyrene*. En alternativ vid tolkning av samme ordlyd gir ILO-169 også forrang for reglene om «hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag», i tillegg til prosessreglene for rettskartleggingen av Finnmark; ILO-169 gis med andre ord forrang for hele *rettsanvendelsen* på finnmarkslovens område. Den aktuelle problemstillingen er hvilken av de alternative forståelsene av ordlyden «[l]oven» som skal legges til grunn som *gjeldende rett*.

En naturlig språklig forståelse av «[l]oven» begrenser sektorinkorporeringen til finnmarkslovens egne bestemmelser. Det vil si de forhold som er *direkte regulert* i selve loven. Det innebærer at regler som bare er henvist til i finnmarksloven faller utenfor ordlyden «[l]oven». For § 5 tredje ledd innebærer det at ILO-169 kun gis forrang for finnmarkslovens bestemmelser om prosedyrer for rettskartleggingen av Finnmark. De materielle reglene *reguleres* ikke av finnmarksloven selv, og omfattes således ikke av «[l]oven». Det *henvises* kun til disse reglene for å forklare nærmere hva domstolen og kommisjonens arbeid går ut på.

Justiskomiteen har i sin innstilling uttalt hva som er deres forståelse av finnmarksloven § 3.¹¹² Komiteens flertall viste til konsultasjonene med Sametinget om forslaget til finnmarkslov. Sametinget hadde i sitt arbeidsdokument 2 foreslått inkorporering av ILO-169 i finnmarksloven § 3 «samt å gi den forrang foran både finnmarksloven og annen lovgivning».¹¹³ På bakgrunn av konsultasjonene med Sametinget og grundige overveielser, foreslo komiteens flertall en «begrenset inkorporering» av ILO-169 i finnmarksloven § 3 første punktum.¹¹⁴ Angående diskusjonen om ILO-169 skulle gis generell forrang for annen norsk lovgivning slik som SP

¹¹² Innst.O. nr. 80 (2004–2005) s. 33–34.

¹¹³ *Ibid.*, s. 33.

¹¹⁴ *Ibid.*, s. 33.

artikkel 27, ble dette ikke fulgt opp av justiskomiteéns flertall. ILO-169 ble funnet for «uklar» og det var dermed vanskelig å klarlegge konsekvensene av en slik handling.¹¹⁵

Vedrørende rekkevidden av den begrensede inkorporeringen av ILO-169 uttalte komiteens flertall:

«Formuleringen «med de begrensninger» vil innebære at ILO-konvensjonen går foran finnmarksloven hvis det skulle vise seg at bestemmelser i loven står i motstrid til bestemmelser i ILO-konvensjonen. Hvis man derimot kommer til, på bakgrunn av ILO-konvensjonen, at loven mangler bestemmelser av et visst innhold, vil dette være en oppgave for lovgiver. Domstolen skal med andre ord ikke bruke ILO-konvensjonen til å bygge ut finnmarksloven. Det vil være enklere å forutse konsekvensene av en slik begrenset inkorporering enn om man skulle gi ILO-konvensjonen generell forrang over all norsk lovgivning.»¹¹⁶

Komiteens flertall presiserer for det første at formuleringen «med de begrensninger» gir ILO-169 forrang ved motstrid mellom konvensjonens regler og «bestemmelser *i loven*» (min kursivering). Formuleringen «i loven» er det nærliggende å tolke dithen at det er tale om det som er *direkte regulert* i finnmarksloven. Dette medfører at «[l]oven» ikke kan tolkes utvidende til å omfatte de materielle reglene som finnmarksloven regulerer prosedyrene for. For det andre presiseres det at der hvor «loven mangler bestemmelser av et visst innhold», skal ILO-169 ikke brukes «til å bygge ut finnmarksloven». Det faktum at komiteens flertall gjør en slik presisering tilsier at sektorinkorporeringen er avgrenset mot det som ikke er direkte regulert i loven. ILO-169 får ikke direkte virkning hvor finnmarksloven «mangler bestemmelser av et visst innhold». Om det skulle være ønskelig å endre på noe, er det i så fall en lovgiveroppgave. For øvrig er det kommet eksplisitt til uttrykk i den konkrete merknaden om finnmarksloven § 5 at det ikke kan utledes rettigheter «direkte fra» ILO-169.¹¹⁷

Forarbeidsuttalelsene trekker således i samme retning som en naturlig språklig forståelse av ordlyden «[l]oven»; sektorinkorporeringen gir ILO-169 kun forrang for de forhold som er

¹¹⁵ Innst.O. nr. 80 (2004–2005) s. 33

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*, s. 36.

regulert i finnmarkslovens egne bestemmelser. Bestemmelsen gir ikke ILO-169 forrang for de materielle reglene rettighetene skal avklares på grunnlag av.

I HR-2016-2030-A (Stjernøya) var ett av spørsmålene for Høyesterett om reindriftssamenes bruk av øya under sommerbeite innebar at de hadde ervervet eiendomsrett til grunnen. Den ankende part, reindriftssamene, mente at ILO-169 artikkel 14 var inkorporert i norsk rett gjennom finnmarksloven § 3 første punktum og dermed fikk forrang for de tingsrettslige reglene om rettighetserverv som det er *henvist* til i § 5 tredje ledd. Høyesterett var ikke enig med reindriftssamene. Basert på uttalelsene til justiskomiteens flertall, kom Høyesterett frem til at rekkevidden av inkorporeringen var begrenset til finnmarkslovens reguleringer av «prosedyrerne for å avklare rettigheter».¹¹⁸ Finnmarksloven ble ikke ansett å regulere «de *materielle reglene* som rettighetene skal avklares på grunnlag av».¹¹⁹ Finnmarksloven § 5 tredje ledd om forholdet til bestående rettigheter gir regler om prosedyrer for å avklare rettigheter for samer, og *henviser* kun til tingsrettslige materielle regler. ILO-169 artikkel 14, som er en materiell regel om urfolks landrettigheter, ble dermed funnet ikke å ha noen ekvivalent i finnmarkslovens reguleringer av prosedyrene for rettskartleggingen av Finnmark.¹²⁰ Høyesterett mente at om de hadde kommet til motsatt resultat, ville det ha medført å «bygge ut finnmarksloven». En enstemmig Høyesterett i plenum la til grunn samme forståelse av finnmarksloven § 3 første punktum også i HR-2018-456-P (Nesseby).¹²¹

Både lovens ordlyd («[l]oven»), forarbeider og høyesterettspraksis taler for at rekkevidden av sektorinkorporeringen i finnmarksloven § 3 første punktum er begrenset til kun å omfatte finnmarkslovens egne reguleringer. Dette må således legges til grunn som gjeldende rett.

Ravna har kritisert Høyesteretts forståelse av finnmarksloven § 3.¹²² Han anfører at Høyesteretts oppfatning bygger på en for snever tolking av både lovens ordlyd og justiskomiteens uttalelser. I tillegg viser han til andre rettskildefaktorer. Kritikken til Ravna bygger på argumenter som er basert på en bred rettslig analyse av gjeldende rett. Han rubriserer kritikken sin som *rettspolitiske betraktninger* (de lege ferenda), men den kunne likeså godt blitt betegnet

¹¹⁸ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 76).

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Det gjøres nærmere rede for ILO-169 artikkel 14 i punkt 5.2.3.

¹²¹ HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 102).

¹²² Ravna (2019) s. 175–177.

som *de sententia ferenda-betraktninger*.¹²³ Det er også av denne grunn jeg velger å gjøre rede for kritikken hans i denne rettsdogmatiske delen av avhandlingen, fremfor å redegjøre for den i det rettspolitiske kapittel 6.¹²⁴ På denne måten blir også den rettsdogmatiske vurderingen av finnmarksloven § 3 første punktum gjenstand for en mer kritisk og samlet analyse enn den ellers ville blitt. Høyesteretts forståelse av finnmarksloven § 3 må uansett legges til grunn som gjeldende rett. Ravna er enig i dette.¹²⁵ Som han selv fremholder, må hans kritikk heller forstås som en *anbefaling* til domstolene om hva som bør legges til grunn som gjeldende rett ved neste korsveg.

Ravna fremholder at inkorporeringsbestemmelsen i finnmarksloven § 3 første punktum kan forstås slik at den gir ILO-169 forrang for hele lovens *anvendelsesområde*. Det innebærer at sektorinkorporeringen også «omfatter de materielle reglene som rettighetene skal avklares på grunnlag av».¹²⁶

For det første hevder Ravna at ordlyden i finnmarksloven § 3 første punktum og justiskomiteens flertall sine uttalelser kan forstås på en annen måte.¹²⁷ Han anfører blant annet at komitéflertallet bygget på de samme forutsetningene som Sametinget vedrørende inkorporeringen av konvensjonen i finnmarksloven § 3 første punktum. Om finnmarksloven § 3 første punktum, uttalte Sametinget i arbeidsdokument 3:

«ILO 169 skal inkorporeres og gis forrang foran annen norsk lovgivning. Dette betyr at Rettighetskomisjonens avgjørelser skal bygge på den forutsetning at begrepet gjeldende rett skal forstås som norsk rett anvendt med de begrensninger som følger av folkeretten, herunder ILO 169.»¹²⁸

Ravna anfører at det «må formodes at justiskomiteens flertall mente det samme [som Sametinget], all den stund det var enighet om dette punktet da loven ble fremforhandlet».¹²⁹

¹²³ Ravna (2019) s. 175. Fleischer skriver: «Påstander om gjeldende rett har da også vært definert som uttalelser angående hvordan det bør dømmes i domstolene på basis av det eksisterende rettskildematerialet (såkalte påstander «de sententia ferenda», om hvordan dommene bør bli, i motsetning til «de lege ferenda», om hvordan lovene bør være)», se Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 212.

¹²⁴ Flere av Ravnas argumenter vil likevel bli nevnt flere ganger senere i avhandlingen.

¹²⁵ Ravna (2019) s. 175.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 176.

¹²⁷ *Ibid.*, s. 175.

¹²⁸ Sametinget, Arbeidsdokument 3 Finnmarksloven, konsultasjoner mellom Sametinget og Stortingets justiskomite om finnmarksloven, 2004 s. 8.

¹²⁹ Ravna (2019) s. 176.

Dette er jeg ikke enig i. På bakgrunn av flertallet i justiskomiteén sine bemerkninger om sektorinkorporeringen (se foran), fremstår det som klart at den var ment å begrense seg til finnmarkslovens egne bestemmelser.

Videre hevder Ravna at justiskomiteens uttalelse om at ILO-169 ikke skal brukes til «å bygge ut finnmarksloven» (sisert foran), ikke avskjærer for at sektorinkorporeringen også omfatter de materielle rettighetene som ligger til grunn for prosedyrene som etableres i loven. Han peker på at rettskartleggingen i Finnmark er *regulert* i finnmarksloven; den skal skje «på grunnlag av hevd og alders tids bruk eller på annet grunnlag», jf. finnmarksloven § 5 tredje ledd. Derfor påstår Ravna at det ikke er tatt noe forbehold om forrang for ILO-169 på dette punktet.¹³⁰ Ravna har rett i at rettskartleggingen i Finnmark er regulert i finnmarksloven, men kun *delvis*. Det *materielle* innholdet er ikke *regulert* i finnmarksloven, snarere henvist til. Det faktum at andre norske rettsregler er henvist til eller *nevnt* i en lov, er ikke ensbetydende med at loven også regulerer disse spørsmål. Ravnas alternative forståelse av justiskomiteens innstilling kan således ikke føre frem.

Basert på effektivitets- og praktikabilitetshensyn, anfører Ravna at det er mer nærliggende å tolke finnmarksloven § 3 første punktum utvidende til også å omfatte de materielle reglene rettskartleggingen skal skje på grunnlag av. Han karakteriserer det som «formålsløst» å gi ILO-169 forrang bare overfor lovteksten: Inkorporeringen av ILO-169 gir etter en snever fortolkning av ordet «[l]oven» kun et vern «mot dårlig juridisk håndverk under utformingen av finnmarksloven, og ikke *et bidrag til å oppfylle de folkerettslige forpliktelsene på dette området*» (min kursivering).¹³¹ Her påpeker Ravna noe viktig. Hensynet bak inkorporering er å skulle gi et bidrag til oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser. Når sektorinkorporeringen av ILO-169 begrenses til regler om prosedyrer i finnmarksloven, utelukker den for å gi viktige bidrag til oppfyllelse av materielle folkerettsforpliktelser på et sentralt område. Selv om finnmarksloven § 3 første punktum *fremstår* som en ordinær sektormonistisk bestemmelse, er dens *praktiske betydning* redusert. Se mer om dette i punkt 5.2.3. Ravnas effektivitets- og praktikabilitetsbetraktninger understøttes av plikten Norge har etter ILO artikkel 14 nr. 3 til å iverksette nasjonale prosedyrer for rettskartleggingen. Det heter at «[a]dequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned».

¹³⁰ Ravna (2019) s. 176.

¹³¹ *Ibid.*

Ravna peker på at etter Høyesteretts forståelse av finnmarksloven § 3 første punktum «vil ikke rettskartleggingen i Finnmark utgjøre en hensiktsmessig ordning i nasjonal rett».¹³²

Videre viser Ravna til Miljøverndepartementets forståelse av finnmarksloven § 3 i forarbeidene til plan- og bygningsloven.¹³³ Der karakteriseres finnmarksloven § 3 første punktum som en «inkorporering innenfor lovens virkeområde av ILO-konvensjonen nr. 169».¹³⁴ Ravna tolker utsagnet til at sektorinkorporeringens rekkevidde omfatter mer enn lovens egne bestemmelser, formentlig på grunn av ordlyden «virkeområde».¹³⁵ Ravna påpeker at forarbeidsuttalelsen gir et tidsnært bilde av den oppfatning som må ha foreligget ved vedtakelsen av finnmarksloven, da uttalelsen fant sted «ett til to år etter at finnmarksloven ble vedtatt».¹³⁶ På den andre siden må det legges vekt på at uttalelsen i forarbeidene til plan- og bygningsloven må betraktes som *etterarbeider* for finnmarkslovens regler. Etterarbeidsuttalelser har som hovedregel begrenset vekt.¹³⁷ Spesielt må dette gjelde hvor uttalelsen er fremsatt av et *annet* departement enn det som var involvert i arbeidet med finnmarksloven. I tillegg kan det reises tvil om hvordan ordlyden «virkeområde» skal tolkes. Selv om finnmarksloven gjelder rettskartleggingen av Finnmark, er lovens virkeområde avgrenset til reguleringene av prosedyrer.¹³⁸

Kanskje det beste argumentet til Ravna fremkommer når han knytter noen bemerkninger til hvordan Høyesterett sonderer mellom reglene i finnmarksloven og de materielle reglene som rettighetene skal avklares på grunnlag av. Her stiller han spørsmålet om hvordan finnmarksloven burde vært omformulert for at sektorinkorporeringen også skulle omfattet de materielle reglene som rettskartleggingen av Finnmark skal bygge på.¹³⁹ Ravna foreslår at de materielle reglene som det er henvist til i § 5 tredje ledd kunne blitt gjentatt i lovens kapittel 5 slik at finnmarksloven § 3 første punktum også skulle omfatte disse. Dette ville vært mer hensiktsmessig enn at reglene om hevd og alders tids bruk blir henvist til i finnmarksloven § 5 tredje

¹³² Ravna (2019) s. 177.

¹³³ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) s. 33. Miljøverndepartementets konsultasjoner med Sametinget ledet ikke til sektorinkorporering av ILO-169 i plan- og bygningsloven.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Ravna (2019) s. 176.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Skoghøy (2018) s. 80–81.

¹³⁸ Finnmarksloven består ikke *kun* av regler om prosedyrene for rettskartleggingen av Finnmark. Loven har også regler om hvordan Finnmarkseiendommen skal forvalte rettighetene som er regulert i loven, jf. kapitlene 2 og 3. Sektorinkorporeringen av ILO-169 vil til en viss grad kunne ha konkret rettslig betydning for FeFos myndighetsutøvelse. Se punkt 5.2.3 for en kort omtale.

¹³⁹ Ravna (2019) s. 177.

ledd. Et problem med forslaget er imidlertid slik justiskomiteen fremholder at «[d]et kan vise seg å være svært vanskelig å gjengi gjeldende norsk rett på en tilfredsstillende måte i konkrete lovbestemmelser».¹⁴⁰ På denne bakgrunn argumenterer Ravna for at henvisningsmåten som er valgt i § 5 tredje ledd er tilstrekkelig for at materielle rettigheter også skal omfattes av finnmarksloven § 3 første punktum; en annen løsning ville blitt for komplisert. På den andre siden ville et alternativ vært ikke å kodifisere de materielle rettighetene i finnmarksloven, men heller *omformulere* finnmarksloven § 3 første punktum til å omfatte de materielle rettighetene. Forslag til utforming av finnmarksloven § 3 første punktum kunne vært:

«Loven samt de regler om hevd og alders tids bruk og andre grunnlag som rettighetskartleggingen av Finnmark skal skje i medhold av, gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater».

For å oppsummere er ILO-169 sektorinkorporert etter finnmarksloven § 3 første punktum. Til tross for den alternative tolkningen av ordlyden «[l]oven» som Ravna fremsetter, foreligger det enighet om at sektorinkorporeringen etter *gjeldende rett* er begrenset til finnmarkslovens egne reguleringer. Bestemmelsen oppfyller kriteriene for å anses som en kategori B-bestemmelse.

Om andre punktum

Avhandlingen knytter seg til inkorporeringen av ILO-169. Derfor er det fort gjort å tenke at det er unødvendig å redegjøre for finnmarksloven § 3 andre punktum når lovens forhold til ILO-169 er uttrykkelig regulert i første punktum. Siktemålet med redegjørelsen av andre punktum er å få en bedre forståelse av ordlyden «i samsvar med», og hvordan den er annerledes fra ordlyden «med de begrensninger». Denne sontringen vil være nyttig for de kommende drøftelsene i punkt 4.2.3.3 til 4.2.3.6.

Andre punktum er også avgrenset til finnmarkslovens bestemmelser, jf. ordlyden «loven». Den viser til «folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomster med fremmede stater om fisket i grensevassdragene». ILO-169 omfattes av alternativet «folkerettens regler om urfolk og minoriteter».

En naturlig språklig forståelse av «i samsvar med» i andre punktum tilsier at det skal søkes *harmoni* mellom finnmarksloven og forpliktende folkerettsregler om urfolk og minoriteter.

¹⁴⁰ Innst.O. nr. 80 (2004–2005) s. 36.

Ordlyden gir uttrykk for et presumsjonsprinsipp heller enn *inkorporering* av de folkerettslige forpliktelsene. Til sammenligning setter ordlyden «med de begrensninger» i første punktum et premiss om en forrangsordning ved kollisjon mellom norsk rett og folkerett. Det er intet *vilkår* for at en bestemmelse skal karakteriseres som sektormonistisk at den gir folkeretten *prioritet* i kollisjon ved annen norsk rett på området, se definisjonen i punkt 3.2.2. Dette er et *tilleggs-element* sektormonistiske bestemmelser *kan* inneholde. Det eneste krav til sektormonistiske bestemmelser er at folkerettslige forpliktelser blir inkorporert innenfor en sektor av norsk rett. Når ordlyden «med de begrensninger» i første punktum bestemmer at ILO-169 har forrang for finnmarkslovens egne regler, *impliserer* dette at ILO-169 er sektorinkorporert innenfor loven. Ordlyden «i samsvar med» gir derimot en anvisning på at norsk rett skal *tolkes* («anvendes») i samsvar med folkerettslige forpliktelser. Ordlyden kan ikke forstås slik at bestemmelsen *inkorporerer* disse folkerettslige forpliktelsene. Finnmarksloven § 3 andre punktum sin ordlyd taler dermed for at bestemmelsen kun stadfester presumsjonsprinsippet.

Et annet argument som trekker i retning av at ordlyden «i samsvar med» kun stadfester presumsjonsprinsippet, er det faktum at det er *valgt* en annen ordlyd i andre punktum enn i første punktum. Justis- og politidepartementet uttaler om andre punktum at folkerettens regler «vil være sentrale ved tolking og utfylling av loven».¹⁴¹ Disse uttalelsene trekker i retning av at andre punktum stadfester presumsjonsprinsippet. Flertallet i justiskomiteen er enig i departementets betraktninger vedrørende hvordan ordlyden «i samsvar med» skal forstås.¹⁴²

Høyesterett har også bidratt til å klarlegge meningsinnholdet i finnmarksloven § 3 andre punktum. Om hva bestemmelsen innebærer, ble det uttalt i Nesseby-dommen:

«Bestemmelsen i § 3 andre punktum innebærer at i den utstrekning ILO-konvensjonen ikke er inkorporert ved § 3 første punktum, vil den likevel få vesentlig betydning ved anvendelsen av loven. Dette vil også følge av det alminnelige presumsjonsprinsippet, som går ut på at norsk rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkeretten.»¹⁴³

Det kommer ikke eksplisitt til uttrykk at bestemmelsen stadfester presumsjonsprinsippet. Det står at ILO-169 i den utstrekning den ikke er inkorporert ved første punktum likevel får

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven) s. 121.

¹⁴² Innst.O. nr. 80 (2004–2005) s. 33–34.

¹⁴³ HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 103).

«vesentlig betydning» etter andre punktum. Ved å lese sitatet i *sammenheng* fremstår det imidlertid som klart at § 3 andre punktum kodifiserer presumsjonsprinsippet i norsk rett. En slik tolkning understøttes spesielt av frasen «[d]ette vil *også* følge av det alminnelige presumsjonsprinsippet» (min kursivering). Noe overraskende er Høyesteretts uttalelse om at § 3 andre punktum innebærer at ILO-169 får betydning ved anvendelsen av loven i den utstrekning den «ikke er inkorporert ved § 3 første punktum». Tatt i betraktning at både § 3 første punktum og andre punktum får bestemt sin rekkevidde etter samme ordlyd («loven»), er det bemerkelsesverdig at andre punktum kan komme til anvendelse der første punktum ble funnet å komme til kort. Det bemerkes at dette ikke er av annet enn teoretisk interesse. Det ville imidlertid vært mer logisk av Høyesterett kun å vise til det ulovfestede presumsjonsprinsippet i norsk rett, uten henvisning til § 3 andre punktum. Da ville system- og konsekvenshensyn blitt ivaretatt i større grad.

Finnmarksloven § 3 andre punktum bekrefter presumsjonsprinsippet, men inkorporerer ikke internasjonal urfolk- og minoritetsrett samt konvensjonsbestemmelser om fisket i grense- vassdragene. Finnmarksloven § 3 andre punktum er en kategori C-bestemmelse.

4.2.3.3 Reindrifftsloven § 3

Det heter i reindrifftsloven § 3: «Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter.»

Reindrifftslovens forhold til «folkerettens regler om urfolk og minoriteter» er begrenset til dens egne bestemmelser, jf. ordlyden «[l]oven».

Foran er det gjort rede for ordlyden «i samsvar med». Ordlyden trekker i retning av at reindrifftsloven § 3 stadfester presumsjonsprinsippet, og ikke inkorporerer folkerettslige regler om urfolk og minoriteter. Landbruks- og matdepartementets uttalelser i forarbeidene til reindrifftsloven har imidlertid ført til uenigheter om hvordan bestemmelsen skal forstås.¹⁴⁴ Der påpekes det at Sametinget og Norske reindriftssamers Landsforbund (NRL) ønsket samme ordlyd i reindrifftsloven § 3 som i finnmarksloven § 3 første punktum. Det vil si at det var et ønske om at det skulle stå eksplisitt at reindrifftsloven skulle gjelde «med de begrensninger» som fulgte av ILO-169. Departementet kom imidlertid til at en slik formulering ikke var formålstjenlig fordi dette blant annet kunne «reise spørsmål om rekkevidden av reindrifftslovens

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) Om lov om reindrift (reindrifftsloven) s. 53.

bestemmelser».¹⁴⁵ Her virker det som om departementet bevisst avviser formuleringen «med de begrensninger», fordi det ville medført at ILO-169 ville blitt sektorinkorporert og således kunne satt noen av reindrifftslovens bestemmelser til side. Departementets uttalelse må dermed tas til inntekt for at de ikke ønsket sektorinkorporering i § 3. Av den grunn er formuleringen «i samsvar med» foretrukket.

Selv om departementet ikke ønsket samme ordlyd i reindrifftsloven § 3 som i finnmarksloven § 3 første punktum, fremholdes det at rettsvernet likevel ikke blir «svekket ved at loven henviser til relevant folkerett som helhet».¹⁴⁶ Satt på spissen trekker uttalelsen i retning av at reindrifftsloven § 3 er ment som inkorporeringsbestemmelse. Formelt står folkeretten i en dårligere stilling om den har betydning etter presumsjonsprinsippet sammenlignet med om den er gjort til gjenstand for sektorinkorporering. Likevel må det vektlegges at man velger å *fravike* finnmarksloven § 3 første punktum sin ordlyd. Om den språklige variasjonen ikke ville medføre endringer i rettighetsvernet, er det mer logisk basert på system- og konsekvensbetraktninger å bruke finnmarksloven § 3 første punktum sin ordlyd også i reindrifftsloven § 3. Det fremstår som nærliggende å tro at departementet mener at en bekreftelse av presumsjonsprinsippet *de facto* ikke vil føre til at det folkerettslige rettsvernet blir *nevneverdig* «svekket» sammenlignet med finnmarksloven § 3 første punktum sin sektorinkorporering, se mer i kapittel 5. Forarbeidsuttalelsene kan dermed også tolkes på en måte som trekker i retning av at bestemmelsen kodifiserer presumsjonsprinsippet.

Også *tidspunktet* for vedtakelsen av reindrifftsloven er et relevant moment for å klarlegge § 3 sitt innhold. Loven er to år eldre enn finnmarksloven. Ved utformingen av reindrifftsloven kunne lovgiver derfor se til finnmarksloven og hvordan den hadde løst spørsmålet om sitt eget forhold til folkeretten. Når lovgiver da velger å nytte en annen ordlyd i reindrifftslovens bestemmelse om forholdet til folkeretten, er det også logisk å forstå den *annerledes* enn finnmarksloven § 3 første punktum. Dersom den nå opphevede reindrifftslov av 1978¹⁴⁷ fortsatt hadde vært gjeldende, kunne det vært aktuelt å tolke den *i lys av* den senere vedtatte finnmarksloven vedrørende lovens forhold til folkeretten. All den tid gjeldende reindrifftslov er vedtatt *i*

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) s. 53.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Opphevet: Lov 9. juni 1978 nr. 49 om reindrift.

etterkant av finnmarksloven, må det imidlertid anses som utelukket å tolke reindriftsloven § 3 i lys av finnmarksloven § 3 første punktum – særlig på grunn av deres forskjellige ordlyder.

Høyesterett har ikke tatt stilling til hvordan reindriftsloven § 3 skal forstås. I HR-2017-2428-A (Sara) gjaldt saken gyldigheten av et vedtak som påla en reineier å redusere flokken fra 116 til 75 dyr, jf. reindriftsloven § 60 tredje ledd andre punktum. Den nærmere problemstillingen var om vedtaket om forholdsmessig reduksjon var i strid med SP artikkel 27 og/eller EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1. Førstvoterende, som representerte flertallet, viste til at begge bestemmelsene har forrang for annen norsk formell lov i tilfelle motstrid, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.¹⁴⁸ Deretter uttalte førstvoterende, dommer Bergsjø: «Når det gjelder SP artikkel 27, viser jeg også til reindriftsloven § 3.» Det er vanskelig å trekke klare slutninger fra uttalelsen om reindriftsloven § 3 for vurderingen om bestemmelsen inkorporerer folkeretten eller stadfester presumsjonsprinsippet. Det som kan sies med sikkerhet er at henvisningen til reindriftsloven § 3 ble gjort, fordi bestemmelsen gir en anvisning på at folkerettslige rettsregler om minoriteter er *relevant* for vurderingen.

Heller ikke i HR-2018-872-A (Femund) ble det nærmere meningsinnholdet i reindriftsloven § 3 utdypet av Høyesterett. Saken knyttet seg til et erstatningskrav for skade voldt av rein på dyrket mark, jf. reindriftsloven § 67. For Høyesterett var det «ikke nødvendig å gå inn på» det nærmere innholdet i reindriftsloven § 3 om at loven skal «anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter».¹⁴⁹

Høyesterett har altså ikke gitt bidrag til hvordan reindriftsloven § 3 skal forstås. Årsaken til at Høyesterett ikke har gitt en nærmere forklaring på forholdet, er at spørsmålet ennå ikke har blitt satt på spissen i en sak. Av denne grunn skal man også være forsiktig med å spekulere i de knappe uttalelsene som er gitt. Hadde reindriftsloven § 3 inneholdt ordene «med de begrensninger», skal man likevel ikke se bort fra at Høyesterett kort hadde slått fast at det var tale om en inkorporeringsbestemmelse.

¹⁴⁸ HR-2017-2428-A (Sara) (avs. 31).

¹⁴⁹ HR-2018-872-A (Femund) (avs. 43).

I juridisk litteratur er reindrifftsloven § 3 ansett for å være en inkorporeringsbestemmelse.¹⁵⁰ Både Gauslaa og Skogvang har, til inntekt for deres syn på hvordan reindrifftsloven § 3 skal forstås, særlig lagt vekt på landbruks- og matdepartementets uttalelse:

«I 1999 ble lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedtatt. Dette innebærer blant annet at konvensjonen om sivile og politiske rettigheter skal gjelde som norsk lov og ha forrang ved motstrid. For reindrifften er det særlig artikkel 27 som har betydning fordi den berører vern av det materielle grunnlaget for samisk kultur, herunder rettsvernet for samisk reindrift. Denne artikkelen, sammen med ILO-konvensjonens bestemmelser, er *med på å sette begrensninger* for hvilke inngrep og tiltak som kan foretas ovenfor reindrifften.»¹⁵¹ (min kursivering)

Det fremgår av uttalelsen at *både* SP artikkel 27 og ILO-169s bestemmelser er «med på å sette begrensninger» for inngrep og tiltak overfor reindrifften. Samme syn på spørsmålet hadde næringskomiteen.¹⁵² Ordlyden «med på å sette begrensninger» trekker i retning av at de forpliktende folkerettsreglene inkorporeres med forrang for reindrifftslovens bestemmelser. Isolert sett er forarbeidsuttalelsen derfor et argument for at reindrifftsloven § 3 er en sektor-monistisk bestemmelse.

Det bemerkes at for SP artikkel 27 – som rent faktisk er viktigere enn ILO-169 når det gjelder arealvern – er det uten betydning hvordan reindrifftsloven § 3 skal forstås. Artikkel 27 er inkorporert og gitt forrang for annen norsk lovgivning, herunder reindrifftslovens bestemmelser, gjennom menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 3.

Som Skogvang skriver, fremgår det ikke uttrykkelig av forarbeidene til reindrifftsloven «at man *ikke* har ønsket å inkorporere ILO-169».¹⁵³ Slik jeg ser det fremgår det heller ikke uttrykkelig av forarbeidene at man *har ønsket* å inkorporere konvensjonen ved reindrifftsloven § 3. For å

¹⁵⁰ Susann Funderud Skogvang, «Ny minerallov og samiske rettigheter», *Lov og rett*, 2010 s. 47–67 (s. 57–60), Skogvang (2017) s. 122 og Jon Gauslaa, «Kommentar til reindrifftsloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata, 2018 (note 12 til reindrifftsloven § 3).

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) s. 14.

¹⁵² Innst.O. nr. 72 (2006–2007) Reindrifftsloven s. 15: Vedrørende § 3 har ikke komiteen noen merknader og viser til proposisjonen.

¹⁵³ Skogvang (2010) s. 58.

understøtte sitt syn om at reindrifftsloven § 3 er en inkorporeringsbestemmelse, trekker Skogvang frem at formuleringen «begrensninger» brukt i proposisjonen (sitert foran):

«... er velkjent fra andre sektormonismebestemmelser. Dette taler for at lovgiver også her uttrykte at reindrifftsloven ved motstrid må stå tilbake, ikke bare for SP art. 27, noe som uansett følger av menneskerettsloven § 3, men også ILO-169 og andre deler av folkeretten. Konsekvens- og harmonibetraktninger taler også for en slik tolkning.»¹⁵⁴

Skogvang har rett i at «begrensninger» er brukt i andre sektormonismebestemmelser, blant annet finnmarksloven § 3 første punktum og straffeloven § 2. En viktig distinksjon er imidlertid at mens «begrensninger» er brukt i *lovteksten* andre plasser, er ordet ikke kommet til uttrykk i reindrifftsloven § 3 sin lovtekst. Kun ved én anledning i reindrifftslovens *forarbeider* brukes ordet «begrensninger» om lovens forhold til folkeretten.

Heller ikke konsekvens- og harmonibetraktninger gjør seg sterkt gjeldende på forholdet mellom en enkeltuttalelse gitt av departementet i en proposisjon og en annen lovs ordlyd. Da er det mer naturlig å se på forholdet mellom finnmarksloven § 3 første punktum sin ordlyd («med de begrensninger») sammenlignet med reindrifftsloven § 3 sin ordlyd («i samsvar med»). Slik det er redegjort for foran, er den språklige variasjonen et argument *mot* at reindrifftsloven § 3 er en inkorporeringsbestemmelse. Skogvang mener imidlertid at det er ingen realitetsforskjell i ordlydene «med de begrensninger» og «i samsvar med», og at disse benyttes om hverandre av lovgiver.¹⁵⁵ Jeg stiller meg tvilende til denne påstanden. Basert på mine egne ordlydsfortolkninger som er gjort rede for foran, må ordlyden «i samsvar med» forstås annerledes enn ordlyden «med de begrensninger». Et ytterligere argument i samme retning er at om frasene hadde blitt benyttet om hverandre, er det lite trolig at diskusjonene i forarbeidene om lovteksternes språklige valør ville vært så møysommelige.

Reindrifftsloven § 3 stadfester presumsjonsprinsippet, men inkorporerer ikke folkerettens regler om urfolk og minoriteter. Reindrifftsloven § 3 er en kategori C-bestemmelse.

¹⁵⁴ Skogvang (2010) s. 58–59.

¹⁵⁵ *Ibid.*, s. 59.

4.2.3.4 Tanaloven § 3

Om forholdet til folkeretten, står det i tanaloven § 3:

«Loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomster med Finland om fisket i Tanavassdraget.»

Tanaloven § 3 er formulert etter inspirasjon fra finnmarksloven § 3. Det var i utgangspunktet foreslått at den gamle tanaloven fra 1888¹⁵⁶ skulle bli inntatt i finnmarksloven.¹⁵⁷ Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av energi- og miljøkomiteen på grunn av «innspill og synspunkter i høringsrunden» om at den gamle tanaloven burde videreføres som særlov.¹⁵⁸ Tilhengerne av å innta gamle tanaloven i finnmarksloven argumenterte mot at tanaloven skulle videreføres som særlov, fordi da ville ikke ILO-169 være inkorporert. Ved vedtakelsen av dagens tanalov ble det imidlertid tatt hensyn til ønsket om at ILO-169 gis forrang for tanalovens regler.¹⁵⁹

Den eneste forskjellen mellom finnmarksloven § 3 og tanaloven § 3 knytter seg til bestemmelsenes andre punktum; det andre folkerettslige alternativet i tanaloven § 3 andre punktum er presisert til bilaterale avtaler med «Finland om fisket i Tanavassdraget».

Etter tanaloven § 3 første punktum inkorporeres ILO-169. Det vil da være en kategori B-bestemmelse. Andre punktum kodifiserer presumsjonsprinsippet, og omfattes av kategori C.

4.2.3.5 Deltakerloven § 1 a

Det fremgår av deltakerloven § 1 a at: «Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter.»

Det er gjort rede for ordlyden «i samsvar med» foran. Ordlyden taler for at presumsjonsprinsippet blir kodifisert i stedet for at folkerettens regler om urfolk og minoriteter inkorporeres. Kystfiskeutvalget beskriver bestemmelsen som «ei stadfesting av at deltakerloven skal

¹⁵⁶ Lov 23. juni 1888 nr. 1 om Retten til Fiskeri i Tanavassdraget i Finnmarkens Amt (opphevet).

¹⁵⁷ Prop. 86 L (2011–2012) Endringer i lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v., lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold og lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke s. 6 og s. 52–53.

¹⁵⁸ Innst. 88. L (2012–2013) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om endringer i lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv., lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold og lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke s. 3.

¹⁵⁹ Prop. 58 L (2013–2014) Lov om fiskeretten i Tanavassdraget (Tanaloven) s. 6.

praktiserast i samsvar med Noregs folkerettslege plikter». ¹⁶⁰ Forarbeidsuttalelsene trekker i samme retning som ordlyden om at bestemmelsen kodifiserer presumsjonsprinsippet.

Deltakerloven § 1 a kodifiserer presumsjonsprinsippet og befinner seg i kategori C.

4.2.3.6 Mineralloven § 6

Forholdet til folkeretten blir beskrevet i mineralloven § 6 på følgende måte: «Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter.»

Ordlyden «i samsvar med» trekker i retning av at presumsjonsprinsippet kodifiseres. Nærings- og handelsdepartementet uttaler at det bør «ikke tas inn en bestemmelse om begrenset inkorporering av ILO-konvensjonen [ILO-169] i den nye mineralloven». ¹⁶¹ Dette til tross for at Sametinget ønsket en tilsvarende regel som i finnmarksloven § 3 første punktum. Begrunnelsen bak departementets uttalelse om at inkorporering ikke burde finne sted, er at «folkeretten er i utvikling» og «at det fortsatt er uklarheter om tolkning av ILO-konvensjonen». ¹⁶² Departementet uttaler for øvrig samme sted at det *kun* er finnmarksloven § 3 første punktum som har en inkorporeringsbestemmelse. Videre pekes det på at reindriftsloven § 3 har valgt å regulere forholdet til ILO-konvensjonen *uten inkorporering*. Forarbeidsuttalelsene trekker samlet klart i retning av at mineralloven § 6 må forstås som en kodifisering av presumsjonsprinsippet. For det andre understøtter minerallovens forarbeider den forståelse som ble lagt til grunn av reindriftsloven § 3 i punkt 4.2.3.3.

Også i departementets konkrete merknad til mineralloven § 6 vises det til at reindriftsloven § 3 er en *tilsvarende bestemmelse*. ¹⁶³ Det er foran lagt til grunn at reindriftsloven § 3 kun kodifiserer presumsjonsprinsippet.

Skogvang hevder at mineralloven § 6 er en inkorporasjonsbestemmelse. ¹⁶⁴ Hun er imidlertid enig i at departementsuttalelsene tilsier at de ikke har ment å inkorporere ILO-169. Skogvang mener dog at lovens ordlyd og uklarhetene i forarbeidene taler for at § 6 er en inkorporeringsbestemmelse. Hun påstår *for det første* at det ikke er noen realitetsforskjell mellom ordlydene «i samsvar med» og «med de begrensninger». *For det andre* hevder Skogvang at uttalelsene i

¹⁶⁰ Prop. 70 L (2011–2012) Endringer i deltakerloven, havressurslova og finnmarkslova (kystfiskeutvalet) s. 122.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) Om lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven) s. 101.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*, s. 131.

¹⁶⁴ Skogvang (2010) s. 59.

proposisjonen til mineralloven er «noe forvirrende». Ifølge henne fremstår det som uklart hvilket forhold lovgiver har ment mineralloven skal ha til folkeretten:

«Er § 6 en ren kodifisering av presumsjonsprinsippet, eller er dette en sektormonismebestemmelse (på tross av uttalelsene i forarbeidene om at en ikke ønsket inkorporering av ILO-169), eller er det noe midt imellom?»¹⁶⁵

For min del fremstår uttalelsene i forarbeidene til mineralloven som klare. Paragraf 6 kodifiserer presumsjonsprinsippet. For øvrig er det ytterst tvilsomt om at det kan finnes noe «midt imellom» presumsjonsprinsippet og sektormonistiske bestemmelser.¹⁶⁶ Uansett foreligger det enighet mellom Skogvang og meg om at ILO-169 bør vurderes inkorporert gjennom menneskerettsloven, men mer om dette i punkt 6.4.¹⁶⁷

For det tredje mener Skogvang at reindrifftsloven § 3 er en inkorporeringsbestemmelse. Det faktum at mineralloven § 6 har samme ordlyd som reindrifftsloven § 3 («i samsvar med»), blir dermed et argument *for* at mineralloven § 6 er en inkorporeringsbestemmelse, ifølge Skogvang.¹⁶⁸ Basert på system- og konsekvensbetraktninger er jeg av motsatt oppfatning: Etter mitt syn stadfester reindrifftsloven § 3 presumsjonsprinsippet. Det fører igjen til at mineralloven § 6 *også* må anses å kodifisere presumsjonsprinsippet.

På denne bakgrunn er min konklusjon at mineralloven § 6 kodifiserer presumsjonsprinsippet, og omfattes av kategori C.

¹⁶⁵ Skogvang (2010) s. 57.

¹⁶⁶ Dette drøftes nærmere i punkt 4.3.

¹⁶⁷ Skogvang (2010) s. 59–60.

¹⁶⁸ *Ibid.*, s. 58–59.

4.2.3.7 Resultat

Drøftelsene som er gjort foran, resulterer i følgende tabell:

Kategori A (ikke-uttømmende liste)	Kategori B	Kategori C
Straffeloven § 2	Finnmarksloven § 3 (1)	Finnmarksloven § 3 (2)
Straffeprosessloven § 4 (1)	Tanaloven § 3 (1)	Tanaloven § 3 (2)
Tvisteloven § 1-2		Reindrifftsloven § 3
		Deltakerloven § 1 a
		Mineralloven § 6

Det kan for øvrig nevnes at Kommunal- og moderniseringsdepartementet i 2018 foreslo å innta en bestemmelse om forholdet til folkeretten i sameloven.¹⁶⁹ Den foreslåtte bestemmelsen har samme ordlyd som finnmarksloven § 3, og er ønsket inntatt som et nytt andre ledd i sameloven § 1-1.¹⁷⁰ Det er også her eksplisitt kommet til uttrykk i forarbeidene at sektorinkorporeringen skal være begrenset, slik at ILO-169 ikke kan fylle ut sameloven om den skulle mangle bestemmelser av et visst innhold.¹⁷¹

Dersom forslaget om ny § 1-1 andre ledd i sameloven skulle bli vedtatt, vil bestemmelsens første punktum utgjøre en kategori B-bestemmelse, mens andre punktum er en kategori C-bestemmelse.

4.3 Områder i norsk rett hvor ILO-169 ikke er inkorporert

ILO-169 er ikke inkorporert i norsk rett på generelt grunnlag. Bare de plasser i norsk lov hvor det finnes kategori A- eller kategori B-bestemmelser, er ILO-169 inkorporert. For den øvrige del av norsk rett vil ILO-169 ha betydning ved presumsjonsprinsippet. Mer presist er det *rettsregler* som kan utledes av ILO-169 som vil få betydning i norsk rett ved prinsippet.

¹⁶⁹ Prop. 116 L (2017–2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 43–44 og s. 102.

¹⁷⁰ *Ibid.*, s. 43.

¹⁷¹ *Ibid.*, s. 43.

Som en folkerettslig konvensjon Norge er tilsluttet, er ILO-169 anvendelig på forhold landet over; ikke kun i Troms og Finnmark. Avgjørende for om presumsjonsprinsippet kommer til anvendelse, er om ILO-169 har regler som er *relevant* for det omtvistede rettsforholdet. ILO-169 har et vidt anvendelsesområde.¹⁷²

På enkelte av rettsområdene hvor ILO-169 får betydning ved presumsjonsprinsippet, er det inntatt bestemmelser i lovgivningen som knesetter prinsippet. Reindrifftsloven § 3 er et eksempel på dette. Slike bestemmelser kan ikke anses å medføre at ILO-169 uten videre får *større* betydning for rettsanvendelsen på disse rettsområder sammenlignet med på andre områder hvor slike bestemmelser ikke eksisterer. Konvensjonens betydning fastslås utelukkende på grunn av presumsjonsprinsippet. Det finnes heller ikke et eget nivå «midt imellom» presumsjonsprinsippet og sektorinkorporering.¹⁷³

Man kan likevel ikke kontant avvise at bestemmelser som stadfester presumsjonsprinsippet er helt uten rettslig betydning. I punkt 3.3.3 er det slått fast at Høyesterett har relativisert presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft. Hvor sterkt presumsjonsprinsippet gjør seg gjeldende beror på en konkret skjønnsmessig vurdering av den forpliktende folkerettsregelens karakter og «hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til».¹⁷⁴

Den aktuelle problemstillingen er om bestemmelser som stadfester presumsjonsprinsippet, for eksempel reindrifftsloven § 3, kan være et moment i den konkrete vurderingen av hvilken *gjennomslagskraft* prinsippet skal ha. Det anføres at det kan tas med i vurderingen under momentet om hvilket nasjonalt rettsområde rettskonflikten hører til. Rettsområdene hvor det er inntatt bestemmelser som stadfester presumsjonsprinsippet, er særlig relevante for ILO-169. På denne bakgrunn vil det være hensiktsmessig om presumsjonsprinsippet gjør seg sterkt gjeldende i rettskonflikter mellom for eksempel norsk reindrifftslovgivning og ILO-169. Enklere sagt: På de rettsområder hvor det finnes bestemmelser som stadfester presumsjonsprinsippet, vil dette alene være et argument *for* at presumsjonsprinsippet skal gjøre seg sterkt gjeldende i saken. Det kan være at det er dette Skogvang sikter til med sin uttalelse om at det kanskje finnes noe «midt imellom» presumsjonsprinsippet og sektormonisme.¹⁷⁵ Etter mitt syn

¹⁷² Se punkt 2.3.

¹⁷³ Skogvang virker imidlertid ikke å avvise ideen om at det kan foreligge et slikt «mellomnivå», se Skogvang (2010) s. 57.

¹⁷⁴ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) (s. 1829). Se punkt 3.3.3 presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft.

¹⁷⁵ Skogvangs uttalelse er sitert i punkt 4.2.3.6.

er imidlertid ikke formuleringen «midt imellom» helt treffende for situasjonen, fordi det går et klart skille mellom presumsjonsprinsippet og sektormonisme.

4.4 Konklusjon

Kartleggingen av hvordan ILO-169 er gjennomført i norsk rett, viser en fragmentert inkorporering av konvensjonen. Det finnes riktignok flere alminnelige sektormonistiske bestemmelser (kategori A) som inkorporerer ILO-169. Men på særlige viktige områder som reindrifts- og minerallovgivningen er ILO-169 ikke inkorporert, men bare fått kodifisert presumsjonsprinsippet i lovbestemmelsen (kategori C). Kun i finnmarksloven og tanaloven finner man sektormonistiske bestemmelser hvor «ILO» og/eller «urfolk» eksplisitt er kommet til uttrykk (kategori B). Bortsett fra på rettsområdene med sektormonistiske bestemmelser vil ILO-169 ha betydning i norsk rett ved presumsjonsprinsippet.

5 Betydningen av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett

5.1 Innledning

Hvor og hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett, ble kartlagt i kapittel 4. I kapittel 5 tas det utgangspunkt i de observasjonene som ble gjort i forrige kapittel, for å finne frem til hvilken *betydning* ILO-169 har i norsk rett. Med «betydning» siktes det primært til en vurdering av hvilken gjennomslagskraft konvensjonen har i norsk rettsanvendelse. I fremstillingen brukes SP artikkel 27 som sammenligningsobjekt.

5.2 Hvilken betydning har ILO-169 på de områder den er inkorporert i norsk rett?

5.2.1 Finnes det mekanismer egnet til å begrense ILO-169s betydning på sektorinkorporerte områder?

ILO-169 er delvis inkorporert i norsk rett ved sektormonistiske bestemmelser, se blant annet straffeloven § 2 og finnmarksloven § 3 første punktum. De sektormonistiske bestemmelsene gir en anvisning på at norsk rett innenfor sektormonistiske områder ikke må anvendes i strid med ILO-169. Ved total motstrid må den nasjonale regelen vike til fordel for den folkerettslige regelen.

Det har skjedd en utvikling i den juridiske metoden som anvendes for å løse konflikter mellom norske rettsregler og inkorporerte folkerettsregler. I et forsøk på å begrense folkerettens betydning for nasjonal rett, ble det tidligere oppstilt forskjellige *begrensningsmekanismer* og *filtre* i rettsanvendelsen hos norske domstoler.¹⁷⁶ Blant annet ble det stilt krav til de inkorporerte folkerettsreglene sitt *innhold* for at de skulle få forrang for annen norsk rett. I det følgende skal det ses nærmere på den utviklingen som har funnet sted i rettskildelæren om forholdet mellom norsk rett og inkorporert folkerett. Mer presist skal det vurderes om det etter gjeldende rett finnes noen *mekanismer* som er egnet til å *begrense* ILO-169s betydning på sektorinkorporerte områder i norsk rett.

¹⁷⁶ Termene «begrensningsmekanisme» og «filter» er hentet fra Mads Andenæs og Eirik Bjørge, «Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene», *Jussens venner*, 2011 s. 251–286 (s. 276).

Den første begrensningsmekanismen ble introdusert av Høyesterett i Rt. 1994 s. 610 (bølgepapp). Saken gjaldt fremleggelse av dokumentbevis i straffesak. De tiltalte hadde avgitt forklaringer overfor Prisdirektoraktet, jf. prisloven¹⁷⁷ § 15. Fra deres side ble det anført at det ville stride mot EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g å tillate at forklaringene skulle bli brukt som bevis i straffesaken. Før førstvoterende gikk nærmere inn på innholdet i de internasjonale menneskerettsbestemmelsene, gjorde han rede for sektorinkorporeringen i straffeprosessloven § 4 første ledd. Førstvoterende fremholdt at bestemmelsen kan gi grunnlag for å måtte «fravike det som følger av nasjonale prosessregler», dersom det foreligger motstrid med forpliktende folkerettsregler. Men for at «den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder» skal kunne ha forrang, må den «fremtre som tilstrekkelig klar og entydig».¹⁷⁸ Høyesterett stilte her opp et krav for den folkerettslige regelen om at den må være «klar» for at den skal kunne sette til side en motstridende norsk regel. Folkerettsregler som var sektorinkorporert gjennom straffeprosessloven § 4 første ledd, ble dermed underlagt en begrensningsmekanisme i form av et *klarhetskrav*.¹⁷⁹ Kravet til klarhet ble fulgt opp av flertallet (3–2) i Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengsel).¹⁸⁰

For inkorporerte folkerettsregler utgjør et klarhetskrav en vesentlig begrensning for deres betydning i norsk intern rett. Bestemmelsene i folkerettslige konvensjoner er som oftest generelt utformet. I tillegg uttaler de internasjonale håndhevingsorganene seg vanligvis i brede ordelag om konvensjonsbestemmelsenes innhold. På denne bakgrunn fremstår folkerettsregler kun unntaksvis som «tilstrekkelige klare og entydige». Også for ILO-169s del ville et klarhetskrav i norsk rett gjort et innhugg i konvensjonens anvendelsesområde. Norske myndigheter har tidligere uttalt at det «er mye uklarhet rundt tolkningen av» ILO-169.¹⁸¹ På lik linje med andre av våre folkerettslige forpliktelser, ville dermed også ILO-169 fått mindre betydning på de områder hvor den er inkorporert i norsk rett dersom det gjaldt et klarhetskrav.

Tiden gikk og klarhetskravet i norsk rett vedvarte. Med tiden fikk imidlertid menneskerettighetene gradvis en mer sentral plass i norsk rett. Menneskerettighetenes inntog i norsk rett på 1990-tallet kulminerte i menneskerettsloven av 1999. Med loven ble sentrale folkerettslige

¹⁷⁷ Lov 26. juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven). Loven er opphevet.

¹⁷⁸ Rt. 1994 s. 610 (bølgepapp) (s. 616–617).

¹⁷⁹ Blant annet Skoghøy betegner det som et «klarhetskrav», se Skoghøy (2002) s. 339.

¹⁸⁰ Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengsel) (s. 1251).

¹⁸¹ Innst.O. nr. 80 (2004–2005) s. 33.

konvensjoner, blant annet SP, inkorporert i norsk rett og fikk forrang for annen formell lov, jf. henholdsvis §§ 2 og 3. ILO-169 ble foreslått inkorporert i menneskerettsloven, men forslaget ble ikke fulgt opp.¹⁸²

I Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) kom spørsmålet om forholdet mellom inkorporerte folkerettsregler og annen norsk rett opp på nytt for Høyesterett. I perioden mellom 1994 og 2000 hadde menneskerettighetenes stilling i norsk rett vært gjenstand for utvikling. Tatt i betraktning at norske rettsanvendere var blitt mer fortrolige med å anvende og praktisere menneskerettigheter, lå det i luften at klarhetskravets tid snart var omme. Allerede i 1999 hadde Høyesterett, om enn bare ved én enkelt dommer (dissens 4–1), gitt uttrykk for at det ikke lenger kunne opereres med noe klarhetskrav i norsk rett, se Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia).¹⁸³ I et retrospektivt lys står dommer Skoghøys mindretallsvotum i Rest-Jugoslavia-kjennelsen som et frampek på *paradigmeskiftet* som ventet med Bøhler-dommen. Uttrykket «fremtiden ligger i dissensen»¹⁸⁴ gir en dekkende beskrivelse av situasjonen.

Bøhler-dommen gjaldt ileggelse av forhøyet tilleggsskatt for skatteunndragelse i ligningsårene 1987 og 1988. Spørsmålet for Høyesterett var om den lange saksbehandlingstiden, henholdsvis åtte år for ligningsåret 1987 og elleve år for ligningsåret 1988, var i strid med retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. I den anledning måtte Høyesterett vurdere hvordan menneskerettsloven § 3 skulle forstås, og følgelig ta «klarhetsprinsippet opp til eksplisitt drøftelse».¹⁸⁵

Om menneskerettsloven § 3 viste Høyesterett først til forarbeidene til menneskerettsloven. Der blir formålet med loven beskrevet som «at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis».¹⁸⁶ Etter å ha vist til hva som står i forarbeidene, uttalte Høyesterett:

«Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolking av de

¹⁸² Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 27–31 under punkt 7.3 Bør særkonvensjoner inkorporeres nå?

¹⁸³ Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia) (s. 971).

¹⁸⁴ Uttrykket er hentet fra Arnfinn Bårdsen, «Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis», *Høyesteretts nettsider*, 2017 nr. 2 (avs. 34).

¹⁸⁵ Skoghøy (2002) s. 345.

¹⁸⁶ Høyesterett viste til Innst.O. nr. 51 (1998–1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven) side 6, se Bøhler-dommen (s. 1007).

aktuelle rettsregler. Ved harmonisering gjennom tolking kan en tilsynelatende motstrid falle bort.»¹⁸⁷

Her ble klarhetskravet fraveket. Det ble fremholdt at vurderingen vil bero på en nærmere tolkning av de aktuelle rettsregler.¹⁸⁸ Skoghøy kaller den tolkningsmetode som Høyesterett anlegger i Bøhler-dommen for «prinsippet om selvstendig tolking».¹⁸⁹ Med det mener Skoghøy at domstolene i Norge må gjøre selvstendige tolkinger av den folkerettslige regelen basert på folkerettslig metodelære. Om det tolkningsresultatet domstolen kommer frem til ved bruk av denne metoden «ikke er forenlig med den nasjonale rettsregelen, må den folkerettslige regelen gå foran».¹⁹⁰ Høyesterett avgrenset drøftelsen til forholdet mellom en «inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett». Det vil si at selv om Høyesterett i Bøhler-dommen fravek klarhetskravet for inkorporerte folkerettsregler, er det ikke avklart om kravet til klarhet gjelder for ikke-inkorporerte konvensjoner. Dette spørsmålet drøftes nærmere i punkt 5.3.1, hvor det skal vurderes hvilken betydning ILO-169 har på de områder den ikke er inkorporert i norsk rett.

For ILO-169 gjelder det dermed ikke et klarhetskrav som kan svekke konvensjonens betydning på de områder hvor den er inkorporert i norsk rett. Det faktum at Høyesterett har lagt til grunn at det skal anvendes en selvstendig tolkningsnorm for å finne frem til den folkerettslige rettsregelen, har stor betydning. Blant annet medfører det at norske domstoler ikke kan veie de enkelte folkerettslige rettskildefaktorene «én for én», og vurdere dem *isolert* opp mot norske rettsregler.¹⁹¹ Det vil være den folkerettslige *rettsregelen* som vil måtte vurderes mot den norske rettsregelen.

Selv om det ikke eksisterer et klarhetskrav i gjeldende rett for inkorporerte folkerettslige konvensjoner, kan det spørres om det foreligger noen andre *begrensningsmekanismer*: Finnes det noen andre mekanismer som kan begrense ILO-169s betydning på de områder den er sektor-inkorporert i norsk rett?

¹⁸⁷ Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) (s. 1007).

¹⁸⁸ Høyesteretts uttalelse er gjentatt flere ganger senere, se blant annet Rt. 2001 s. 1006 (KRL) (s. 1015–1016), Rt. 2002 s. 557 (dobbelstraff I) (s. 565) og Rt. 2005 s. 833 (avs. 45).

¹⁸⁹ Skoghøy (2002) s. 342.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Uggerud (2006) s. 580.

Menneskerettsloven gir blant annet SP forrang for annen formell lov, jf. § 3, jf. § 2 nr. 3. Det er blitt hevdet at siden forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 ikke har Grunnlovs rang, vil lovgiver kunne «oppheve eller fravike den ved senere lovvedtak». ¹⁹² Menneskerettsloven § 3 sin ordlyd «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning» trekker i retning av at forrangsregelen er *absolutt*. Det vil si at det ikke kan gjøres unntak fra den. I forarbeidene til menneskerettsloven er det dog kommet til uttrykk at det kan gjøres unntak fra forrangsregelen dersom «lovgiver ved loven *klart* har satt en konvensjonsbestemmelse til side» (min kursivering). ¹⁹³ Forarbeidsuttalelsen taler for at forrangsregelen i menneskerettsloven § 3 kan settes til side, og følgelig gi annen norsk lov forrang for en inkorporert konvensjonsbestemmelse. Sett i et konstitusjonelt perspektiv er det heller ingenting som skulle hindre lovgiver fra å gi lover som setter konvensjonsbestemmelser inntatt i menneskerettsloven til side. Det faktum at menneskerettsloven er vedtatt i formell lovs form, jf. Grunnloven §§ 76 flg., tilsier at det også kan gjøres *endringer* eller *unntak* i samme vedtaksform. ¹⁹⁴

Skoghøy presiserer at adgangen til å kunne gjøre unntak fra forrangsregelen i menneskerettsloven § 3 bør forbeholdes særskilte tilfeller. Han argumenterer for at dersom konvensjonsbestemmelser skal settes til side for annen norsk lov, må det «for det første være et vilkår at dette utvetydig og bevisst er fastsatt av lovgiver». ¹⁹⁵ Skoghøy oppstiller følgelig bestemte krav til hvor «klart» det må komme til uttrykk at en annen norsk lov setter til side en konvensjonsbestemmelse som er inkorporert i menneskerettsloven. Sammenholder man forarbeidsuttalelsene til menneskerettsloven med Skoghøys argumentasjon, betyr det at det må komme eksplisitt til uttrykk – ikke nødvendigvis i lovteksten, men i forarbeidene – at loven setter til side en spesifikk konvensjonsbestemmelse.

For det andre oppstiller Skoghøy et vilkår om at domstolene uansett ikke kan «være med på å legitimere brudd på fundamentale menneskerettigheter». ¹⁹⁶ Med det siktes det til at den harde kjerne blant menneskerettighetene uansett ikke kan settes til side, selv om annen formell lov skulle tilsi noe annet. Skoghøy mener således at det gjelder en *øvre grense* for hvilke menneskerettigheter det kan gjøres unntak fra.

¹⁹² Skoghøy (2002) s. 340. Se også Eivind Smith, «Semi-konstitusjonell karakter?», *Lov og rett*, 2001 s. 385–386. Smith mener at et semi-konstitusjonelt syn på menneskerettsloven ikke er berettiget.

¹⁹³ NOU 1993: 18 s. 170.

¹⁹⁴ Smith (2001) s. 385.

¹⁹⁵ Skoghøy (2002) s. 340.

¹⁹⁶ *Ibid.*, s. 341.

Både i et rettsstats- og i et forfatningsperspektiv har de nærmere presiseringer Skoghøy gjør av ordlyden «klart», gode grunner for seg. Ut fra et rettsstatsperspektiv er det et viktig retts-sikkerhetskonsyn at forpliktende folkerettsregler oppfylles. Om det først skal gjøres unntak ved annen lov, er det nødvendig at dette kommer «utvetydig» og «bevisst» til uttrykk. Hensynet til forutberegnelighet taler for at ordlyden «klart» må forstås strengt. Rettsstatsperspektivet er videre med på å begrunne forbudet mot å sette til side fundamentale menneskerettigheter. Disse menneskerettighetene vil i all hovedsak også ha et konstitusjonelt vern. Ved 2014-revisjonen av Grunnloven ble sentrale menneskerettigheter inntatt i forfatningens del E. Disse fundamentale rettighetene kan ikke settes til side ved formell lovgivning, jf. *lex superior*-regelen.

Oppsummert *kan* konvensjoner som er inkorporert i menneskerettsloven, settes til side ved annen lovgivning. Det er imidlertid et krav om at lovgiver må gjøre dette «utvetydig og bevisst». Fundamentale menneskerettigheter kan ikke settes til side.

Det finnes ikke eksempler på at inkorporerte konvensjoner i menneskerettsloven har blitt satt til side på grunn av annen lovgivning. I Rt. 2005 s. 833 kom dog spørsmålet på spissen for Høyesterett. Saken knyttet seg til om et objektivt straffbarhetsvilkår i straffeloven 1902¹⁹⁷ § 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Etter straffebudets ordlyd fritok ikke villfarelse om barnets alder for straff for seksuell omgang med noen under 14 år. Til tross for at straffebudet bygget «på en klar og sterk norsk lovgivervilje, og som etter ordlyden ikke gir grunnlag for tolkningstvil eller innskrenkende tolkning», kom Høyesterett likevel frem til at det måtte innfortolkes et strengt aktsomhetskrav i § 195 tredje ledd.¹⁹⁸ Årsaken til at Høyesterett kom frem til at det måtte innfortolkes en aktsomhetsvurdering i straffebudet, var for å «oppfylle uskyldspresumsjonen i EMK».¹⁹⁹ Forholdet mellom § 195 tredje ledd og uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 var ikke vurdert i forbindelse med lovrevisjonene eller arbeidet med ny straffelov.²⁰⁰ Paragraf 195 tredje ledd sin klare og sterke norske lovgivervilje gikk derfor ikke ut på at det *skulle gjøres unntak* fra forrangsregelen i menneskerettsloven § 3, men på å *beholde* det objektive straffbarhetsvilkåret i straffebudet.

¹⁹⁷ Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902).

¹⁹⁸ Rt. 2005 s. 833 (avs. 46).

¹⁹⁹ *Ibid.*, avs. 88. Rt. 2005 s. 833 førte ikke til lovendring, men bare til endret tolkning av den aktuelle bestemmelsen i straffeloven. Det opplyses om at EMD i en senere avvisningsavgjørelse fant alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved samleie ved mindreårige ikke å krenke uskyldspresumsjonen, se EMDs dom 30. august 2011 *G. mot Storbritannia* avsnitt 29–30 (saksnummer 37334/08).

²⁰⁰ Rt. 2005 s. 833 (avs. 40).

Høyesterett lot ikke et utvetydig straffebud som bygget på «en klar og sterk norsk lovgivervilje» gjøre unntak fra en konvensjonsbestemmelse som er inkorporert i menneskerettsloven. Hvordan kunne Høyesterett komme til et slikt resultat all den tid det her forelå en klar norsk lovgivervilje om å beholde straffbarhetsvilkåret i § 195 tredje ledd? Det var fordi Høyesterett mente at *også* bak menneskerettsloven § 3 «ligger det en klar lovgivervilje».²⁰¹ Høyesteretts uttalelser innebærer at det skal ganske så mye til for at annen norsk lov skal sette til side inkorporerte konvensjonsbestemmelser i menneskerettsloven. Den *klare lovgiverviljen* som ligger bak menneskerettsloven § 3 medfører at adgangen for å gjøre unntak fra forrangsregelen, er meget snever.

Hva med de sektormonistiske bestemmelsene? Det er jo gjennom disse bestemmelsene ILO-169 er sektorinkorporert og gitt forrang for øvrig norsk lov på området. I motsetning til arbeidet med menneskerettsloven, er det ikke foretatt like møysommelige vurderinger med hensyn til hvilke folkerettslige konvensjoner som skal inkorporeres gjennom de sektormonistiske bestemmelsene. Særlig gjelder dette for de alminnelige sektormonistiske bestemmelsene (kategori A), for eksempel straffeprosessloven § 4 første ledd, straffeloven § 2 og tvisteloven § 1-2. Som følge av at *all* forpliktet folkerett inkorporeres i disse bestemmelsene, kan en slik sektorinkorporering betegnes som «dristigere» enn menneskerettsloven som kun inkorporerer et fåtall av menneskerettskonvensjonene.²⁰²

Spørsmålet som oppstilles er om det er «enklere» å gjøre unntak fra ILO-169s bestemmelser, som er sektorinkorporert, sammenlignet med konvensjonsbestemmelser som er inkorporert i menneskerettsloven. Også hvor det finnes sektormonistiske bestemmelser må det foreligge en adgang for å gjøre unntak fra regelen om at folkeretten får forrang ved total motstrid. Sektormonistiske regler gis i medhold av Grunnloven §§ 76 flg. *Endringer og unntak* fra regelen kan således gjøres i samme vedtaksform. Tatt i betraktning rettssikkerhetshensynet om å oppfylle våre folkerettslige forpliktelser, må det – i likhet med menneskerettsloven § 3 – komme «utvetydig og bevisst» til uttrykk i senere lovgivning at sektorinkorporerte konvensjonsbestemmelser skal settes til side. Fundamentale menneskerettigheter som er kodifisert på konstitusjonell trinnhøyde, kan det uansett ikke gjøres unntak fra, jf. *lex superior*-regelen.

²⁰¹ Rt. 2005 s. 833 (avs. 42). Se Uggerud (2006) s. 581–582.

²⁰² Uggerud (2006) s. 583.

Likt for konvensjonsbestemmelsene som er sektorinkorporert og de som er inkorporert gjennom menneskerettsloven, er forrangsnormen; ved motstrid skal folkeretten gå foran. Det er imidlertid ulikheter vedrørende hvor klar *lovgiverviljen* er bak de forskjellige forrangsnormene.²⁰³ Konvensjonsbestemmelsene som er inkorporert i menneskerettsloven og gitt forrang for annen formell lov, bygger på en «klar lovgivervilje».²⁰⁴ Det samme er ikke tilfellet for konvensjonene som er sektorinkorporert. Mer presist er det en mindre «klar lovgivervilje» som ligger bak *hver enkelt* konvensjon som er inkorporert gjennom sektormonistiske lovbestemmelser. Hvis lovgiver uttrykker en klar og sterk vilje til å bryte med en konvensjon som er sektorinkorporert, vil denne stå i en dårligere stilling sammenlignet med konvensjoner inntatt i menneskerettsloven. Det innebærer at det skal mindre til for å sette til side en sektormonistisk inkorporert konvensjon enn hva som er tilfelle for konvensjoner som er inkorporert gjennom menneskerettsloven. Konsekvensen er at det kreves mindre for at ILO-169 som er inkorporert ved sektormonistiske bestemmelser, vil kunne settes til side – og følgelig få mindre betydning i norsk rett – sammenlignet med SP artikkel 27 som er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

Det er nå konstatert at SP artikkel 27 har sterkere gjennomslagskraft i norsk rett sammenlignet med den inkorporerte delen av ILO-169. I motsetning til den klare lovgiverviljen som ligger bak menneskerettsloven, er lovgiverviljen mindre klar tilknyttet *hver enkelt* konvensjon i sektorinkorporeringstilfellene. På denne bakgrunn hevdes det at det foreligger en *lovgivermekanisme* som potensielt kan begrense betydningen for den inkorporerte delen av ILO-169 i norsk rett. Det faktum at lovgiver har valgt ikke å inkorporere ILO-169 i menneskerettsloven, men ved sektorinkorporering, begrenser ILO-169s gjennomslagskraft i norsk rett sammenlignet med SP artikkel 27.

I kapittel 4 ble de relevante sektormonistiske bestemmelsene for ILO-169 delt inn i kategori A og kategori B. I kategori A finnes de alminnelige sektormonistiske bestemmelsene hvor «ILO-169» og/eller «urfolk» ikke er nevnt, blant annet straffeloven § 2. Kategori B består av de sektormonistiske bestemmelsene som eksplisitt nevner «ILO-169» og/eller «urfolk», herunder finnmarksloven § 3 første punktum. Kan det argumenteres for at lovgiverviljen bak forrangsnormen for ILO-169 fremstår som mer klar for kategori B-bestemmelsene enn kategori

²⁰³ Uggerud (2006) s. 583.

²⁰⁴ Rt. 2005 s. 833 (avs. 42).

A-bestemmelsene? Mens kategori A-bestemmelsene skjærer alle forpliktende folkerettslige konvensjoner og sedvaner over én kam, er det kun én særskilt folkerettskonvensjon – ILO-169 – som blir inkorporert og gitt forrang i kategori B-bestemmelsene. Situasjonen for kategori B-bestemmelsene kan på mange måter minne om inkorporeringen i menneskerettsloven, hvor inkorporeringen var avgrenset til å gjelde et fåtall konvensjoner. Med hensyn til denne parallellen kategori B-bestemmelsene har til menneskerettsloven § 3, er det grunnlag for å hevde at lovgiverviljen bak forrangsnormen for ILO-169 fremstår som mer klar for kategori B-bestemmelser enn kategori A-bestemmelsene.

5.2.2 ILO-169 på strafferettens område

Høyesterett har ved to anledninger måtte vurdere forholdet mellom ILO-169 og straffeloven. På strafferettens område er det et strengt krav om lovhjemmel, jf. Grunnloven § 96 første ledd.²⁰⁵ Sektorinkorporeringen av ILO-169 i straffeloven § 2 (tidligere straffeloven 1902 § 1 andre ledd²⁰⁶) sammenholdt med det strafferettslige legalitetsprinsippet innebærer at straffebed må tolkes innskrenkende når det er nødvendig for å unngå total motstrid med ILO-169. I både Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) og Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) var det spørsmål om ILO-169 artikkel 8 gav grunnlag for å tolke et straffebed innskrenkende slik at det ikke fikk anvendelse på tiltaltes forhold, jf. straffeloven 1902 § 1 andre ledd.

ILO-169 artikkel 8 har følgende ordlyd:

1. In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary laws.
2. These peoples shall have the right to retain their own customs and institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognized human rights. Procedures shall be established, whenever necessary, to resolve conflicts which may arise in the application of this principle.

²⁰⁵ Rt. 2014 s. 238 (hønsehauk) (avs. 15–18). Se også Bårdsen (2017) avs. 48.

²⁰⁶ Bestemmelsen har en tilnærmet identisk formulering som gjeldende straffelov § 2.

3. The application of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not prevent members of these peoples from exercising the rights granted to all citizens and from assuming the corresponding duties.

Etter artikkel 8 nr. 1 skal det tas tilbørlig hensyn («due regard») til urfolks sedvaner eller sedvanerett ved anvendelsen av nasjonal rett. Artikkel 8 nr. 2 bestemmer at urfolk skal beholde sine sedvaner og institusjoner såfremt disse ikke strider med grunnleggende nasjonale rettsprinsipper og internasjonalt anerkjente menneskerettigheter.²⁰⁷ Samlet sett verner artikkel 8 om samiske rettstradisjoner. Bestemmelsen kan anses å være et utslag av alminnelige prinsipper om vern av urfolks kultur og selvbestemmelsesrett.²⁰⁸

I båndtvang-kjennelsen var spørsmålet om det kunne gjøres unntak fra regelen om båndtvang for hund i viltloven²⁰⁹ § 56, jf. § 52 andre ledd. Det ble anført av tiltalte at det var en samisk sedvane ikke å ha hunden i bånd i utmark. Han fikk ikke medhold. Under tvil kom Høyesterett frem til at forholdet var utslag av en samisk sedvane.²¹⁰ Selv om sedvanens eksistens ble anerkjent, var dens kvalitet og begrunnelse ikke sterk nok til å «skulle få gjennomslag overfor viltloven § 52 andre ledd».²¹¹ Høyesterett la også vekt på formålsregelen i viltloven § 1 første ledd om å bevare «naturens produktivitet og artsrikdom». Viltlovens formål fremstod for Høyesterett som forenlig med det samiske syn på viltforvaltning.²¹²

I hjertestikk-saken hadde en reindriftssame slaktet tamrein ved å stikke en samekniv rett inn i hjertet på dyret uten forutgående bedøvelse. Han ble tiltalt for overtredelse av dagjeldende dyrevernav²¹³ § 31, jf. § 9, for å ha påført reinen unødige lidelser. Det ble anført at slaktemetoden var en samisk sedvane. Den aktuelle problemstillingen ble dermed om denne samiske slaktemetoden hadde forrang for norsk strafferett på grunn av ILO-169 artikkel 8, jf. straffeloven 1902 § 1 andre ledd. Tiltalte fikk heller ikke her medhold. Det var skarp dissens (3–2) om begrunnelsen for resultatet, da det var uenighet blant dommerne om hvordan forholdet

²⁰⁷ Skogvang (2017) s. 132.

²⁰⁸ Ann Gøril Johansen, «Introduksjon: konferansen om samenes selvbestemmelse som urfolk. Rapport fra Konferansen om samenes selvbestemmelse som urfolk», *Det juridiske fakultet og senter for samiske studier*, Tromsø 2002 s. 9 [Henvist til i Benny Solheim, *ILO-konvensjonen nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur: Illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse*, publisert i *Rt. 2001 s. 1116*, Tromsø 2003 s. 20.]

²⁰⁹ Lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (viltloven). Dagjeldende § 52 er opphevet.

²¹⁰ *Rt. 2001 s. 1116* (båndtvang) (s. 1119).

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ Lov 20. desember 1974 nr. 73 om dyrevernav (dyrevernavloven).

mellom ILO-169 artikkel 8 nr. 1 og nr. 2 skulle forstås. Det vil imidlertid være å gå utenfor avhandlingens rammer å utdype om artikkel 8 sitt materielle innhold.²¹⁴ Flertallet og mindretallet var uansett enig om at det praktiske og økonomiske behovet som begrunnet denne slaktemetoden likeså godt kunne bli ivaretatt gjennom den aksepterte forskriftsmessige metoden ved bruk av krumkniv.

Både båndtvang-kjennelsen og hjertestikk-saken bidrar til å illustrere forholdet mellom ILO-169 og straffelovgivningen. Det klare utgangspunktet er at norsk straffelovgivning må vike for ILO-169 om det skulle foreligge en uunngåelig konflikt. Som båndtvang-kjennelsen illustrerer må den samiske sedvanen være «klar i sitt innhold og ha en særlig kvalitet» for å sette til side norsk straffelovgivning.²¹⁵ Dette er en begrensingsmekanisme som gjelder den *samiske sedvanens innhold*. Det er altså *ikke* en begrensingsmekanisme for ILO-169 artikkel 8 sin gjennomslagskraft innenfor norsk straffelovgivning. Det er helt naturlig at det stilles krav om at en sedvane er av en viss kvalitet og klarhet for at den skal komme til anvendelse.²¹⁶ Dette gjelder også for samiske sedvaner hvor det ofte foreligger dokumentasjonsvansker.²¹⁷ Det er imidlertid viktig å presisere at vurderingen av om en samisk sedvane har en viss kvalitet og klarhet, må skje ut ifra et samisk kulturettlig perspektiv.

5.2.3 ILO-169 og rettskartleggingen i Finnmark

Slik det ble redegjort for i kapittel 4 er ILO-169 inkorporert i finnmarksloven, jf. § 3 første punktum. I HR-2016-2030-A (Stjernøya) og HR-2018-456-P (Nesseby) ble det lagt til grunn av Høyesterett at det med § 3 første punktum ikke var ment at ILO-169 skulle brukes til «å bygge ut finnmarksloven».²¹⁸ Sektorinkorporeringen er således begrenset til det som er direkte regulert i finnmarkslovens egne bestemmelser. Den aktuelle problemstillingen er hvilken betydning ILO-169 har for rettskartleggingen i Finnmark, tatt i betraktning hvordan konvensjonen er innarbeidet i finnmarksloven.

²¹⁴ For mer informasjon om ILO-169 artikkel 8 sitt materielle innhold og forholdet mellom nr. 1 og nr. 2, se Solheim (2003) s. 18–42, Skogvang (2017) s. 130–133 og Susanne Funderud Skogvang, «Hjertesukk om hjertestikk – noen refleksjoner i tilknytning til Høyesteretts dom inntatt i Rt-2008-1789 («Hjertestikk-saken»)», *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 373–389.

²¹⁵ Øyvind Ravna, «Retten til domstoler med kvalifikasjoner i samisk rett», *Kritisk juss*, 2011 s. 219–242 (s. 232–233), med videre henvisning til Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) (s. 1120).

²¹⁶ NOU 2007: 13 s. 223, hvor det heter at urfolkssedvanens gjennomslagskraft vil «bero på en konkret vurdering, hvor en blant annet vil måtte se hen til sedvanens innhold og kvalitet».

²¹⁷ Ravna (2011) s. 233.

²¹⁸ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 76) og HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 102). Se punkt 4.2.3.2.

ILO-169 artikkel 14 nr. 1 første punktum brukes for å illustrere hvilken betydning konvensjonens bestemmelser om landrettigheter har for norske tingsrettslige regler som er relevant for rettskartleggingen i Finnmark. Artikkel 14 nr. 1 første punktum har ikke forrang for de materielle reglene som finnmarksloven § 5 tredje ledd henviser til.²¹⁹

I motsetning til ILO-169 artikkel 14 nr. 1 andre punktum som gjelder anerkjennelse av urfolks bruksrettigheter, gjelder første punktum eiendoms- og besittelsesrettigheter. Bestemmelsen forplikter Norge til å anerkjenne «[t]he rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy». Med «lands which they traditionally occupy» siktes det til områder urfolk råder over eller tradisjonelt besitter. Graver og Ulfstein oversetter frasen til de «*områder de tradisjonelt befolker*».²²⁰

Samme ordlyd («traditionally occupy») gir videre bidrag til å kunne besvare spørsmålet om urfolkets besittelse eller rådighet over området må ha stått ved lag frem til vår tid. «[O]ccupy» står i presens, noe som taler for at rådigheten fortsatt må stå ved lag.²²¹ Ordlyden kan imidlertid ikke tolkes bokstavelig.²²² Et viktig formål med ILO-169 er «å gjenopprette de samfunns- og næringsforhold som har vanskeliggjort utøvelsen av urfolks levemåter».²²³ Ved å tolke ordlyden «occupy» i lys av konvensjonens formål, vil det ikke være avgjørende om bruken har vedvart inn i nåtiden.²²⁴ Også ILO selv har lagt til grunn en slik forståelse av ordlyden i sin manual og guide til konvensjonen.²²⁵ At artikkel 14 nr. 1 første punktum har en gjenopprettende funksjon, er et synspunkt som Høyesterett sluttet seg til i Nesseby-dommen.²²⁶

Artikkel 14 nr. 1 første punktum sin gjenopprettende funksjon har fått konkret betydning i norsk rettsanvendelse.²²⁷ I Finnmarkskommisjonens rapport felt 4 Karasjok ble det konstatert at lokalbefolkningen i Karasjok i 1751 hadde en rett som kan sammenlignes med det man i dag ville ha betegnet som en kollektiv eiendomsrett til sine tradisjonelle bruksområder.²²⁸ Spørsmålet

²¹⁹ Se punkt 4.2.3.2 for en nærmere redegjørelse av finnmarksloven § 5 tredje ledd.

²²⁰ Hans Petter Graver og Geir Ulfstein, «Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov», *Justis- og politidepartementet*, 2003 s. 2 under delen om ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Graver og Ulfsteins uttalelse er også sitert i HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 82).

²²¹ Også Skogvang tolker ordlyden på en slik måte, se Skogvang (2017) s. 138.

²²² *Ibid.*

²²³ Ravna (2019) s. 190.

²²⁴ Skogvang (2017) s. 138 og HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 173).

²²⁵ ILO (2003) s. 31 og ILO (2009) s. 94.

²²⁶ HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 173).

²²⁷ Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 4 Karasjok*, bind 1, 2019 s. 203–205.

²²⁸ *Ibid.*, s. 118.

ble deretter om denne retten var i behold eller om statens disposisjoner fra år 1751 til 1980 hadde ført til erverv av eiendomsrett basert på festnede rettsforhold.²²⁹ For den usolgte grunnen i Karasjok, fant kommisjonen at denne måtte omfattes av kriteriet «traditionally occupy» i artikkel 14 nr. 1 første punktum.²³⁰ Med hensyn til bestemmelsens gjenopprettende funksjon, ble statens rådighetsutøvelse i tidsperioden 1900–1980 ikke funnet å være tilstrekkelig for å ha brutt ned lokalbefolkningens rett som forelå i år 1751.²³¹

For norske tingsrettslige regler har det betydning at artikkel 14 nr. 1 første punktum inneholder en gjenopprettende funksjon. Det medfører blant annet at det skal en god del til for at statlige disposisjoner skal etablere rett der hvor samiske rettighetspretender allerede har oppfylt vilkåret om «traditionally occupy».²³² Dette har som konsekvens at norske tingsrettslige regler om bortfall av rettigheter i fast eiendom på grunnlag av motbruk overfor samiske rettighetspretender må tolkes i samsvar med forpliktelsene etter ILO-169.²³³

Artikkel 14 nr. 1 første punktum stiller heller ikke krav om god tro for ervervelse av tinglige rettigheter. For norske regler om hevd og alders tids bruk er erververs gode tro et sentralt vilkår.²³⁴ Finnmarkskommisjonen fremholdt at artikkel 14 nr. 1 første punktum sin utelatelse av et godtrokrav «må i alle fall – sammenholdt med artikkel 8 – medføre at det internrettslige godtrokravet må praktiseres mildt».²³⁵ Kommisjonens uttalelse om hvordan artiklene 14 nr. 1 og 8 påvirker det norske alminnelige godtrokravet, er et utslag av presumsjonsprinsippet.

Med hensyn til ILO-169 artikkel 34 om fleksibel gjennomføring av konvensjonens forpliktelser, oppstilte kommisjonen et alternativt synspunkt vedrørende godtrokravets forhold til artikkel 14 nr. 1 første punktum:

²²⁹ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 187. Statlige disposisjoner etter 1980 kunne ikke tillegges vekt ved vurderingen. Det ble lagt til grunn at 1980 dannet et ytterpunkt for vurderingen, fordi det var da Samerettsutvalgets mandat ble utformet.

²³⁰ *Ibid.*, s. 204.

²³¹ *Ibid.*, s. 204. Dette var kommisjonens *flertall* sitt synspunkt, mens mindretallet mente noe annet.

²³² *Ibid.*, s. 186.

²³³ Den lovfestede formen for motbruk er mothevd i lov 12. september 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova) § 9. Den ulovfestede formen for motbruk er festnede rettsforhold, se nærmere Øyvind Ravna, «Rettslige disposisjoner som grunnlag for bortfall av rettigheter», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2016 s. 50–67.

²³⁴ Se blant annet Rt. 2001 s. 769 (Selbu) (s. 788–789). For festnede rettsforhold er kravet om god tro hos rettighetspretendenten nedtonet, se Finnmarkskommisjonen (2019) s. 69.

²³⁵ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 77.

«Når norsk rett i sin alminnelighet opererer med et krav om god tro, kan det derfor hevdes at det ikke uten videre vil være konvensjonsstridig å anvende et slikt krav også i saker om samiske rettserverv, så fremt de nasjonale reglene ikke blir anvendt på en diskriminerende måte. Rekkevidden av et slikt synspunkt er likevel usikker. Prinsippet i artikkel 34 kan ikke trekkes så langt at det setter konvensjonen ut av kraft.»²³⁶

I uttalelsen blir det hevdet at det ikke *nødvendigvis* vil være konvensjonsstridig å anvende et godtrokrav i saker om samiske rettserverv, forutsatt at nasjonale regler ikke anvendes på en diskriminerende måte. Kommisjonen uttalte at det foreligger usikkerhet om «rekkevidden av et slikt synspunkt». Det ble også tatt forbehold ved formuleringene «kan det derfor hevdes» og «ikke uten videre».

Kommisjonen mente det var vanskelig å konkludere på spørsmålet om det er forenlig med internasjonal urfolksrett å opprettholde «et godtrokrav i saker om samiske rettighetsserverv i tradisjonelle samiske områder».²³⁷ Kommisjonen vil måtte ta stilling til en lang rekke rettighetsspørsmål av til dels ulik art og med ulikt innhold. I tillegg vil rettsgrunnlaget også kunne variere.²³⁸ Derfor var det vanskelig for kommisjonen å drøfte spørsmålet på generelt grunnlag. Det ble imidlertid fremholdt at hvor sterkt «den internrettslige begrunnelse for godtrokravet» står i den konkrete saken kan være bestemmende for hvilken betydning godtrokravet skal tillegges.²³⁹ I de tilfeller hvor den internrettslige begrunnelsen for godtrokravet ikke slår til, kan kravet tillegges mindre betydning – vice versa.

Jeg mener at artikkel 34 ikke kan sies å oppstille en adgang for opprettholdelse av et internrettslig krav om god tro med den begrunnelse at intern rett i sin alminnelighet opererer med et slikt krav. Mitt standpunkt begrunnes med at artikkel 34 ikke gir signatarstater rett til å «underminere de rettighetene som følger av artikkel 14».²⁴⁰ Dersom man i norsk rettsanvendelse opprettholder et krav om god tro *uten unntak*, kan de konkrete forholdene i (sjeldne) enkeltsaker medføre at forpliktelsene etter artikkel 14 nr. 1 første punktum ikke blir oppfylt.

²³⁶ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 79.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Graver og Ulfstein (2003) s. 6. Fremheves også av Finnmarkskommisjonen (2019) s. 79.

Ravnas alternative forståelse av finnmarksloven § 3 første punktum ville gitt ILO-169 forrang for både finnmarkslovens egne regler *samt* «de materielle reglene som eksisterende rettigheter i Finnmark skal avklares på grunnlag av i rettskartleggingsprosessen».²⁴¹ Det ville medført at artikkel 14 nr. 1 første punktum kunne blitt anvendt som selvstendig rettsgrunnlag i norsk rett. Etter gjeldende rett er bestemmelsen imidlertid begrenset til å utgjøre et tolkningsmoment ved anvendelsen av norske tingsrettslige regler etter presumsjonsprinsippet.

I Stjernøya-dommen tok ikke Høyesterett stilling til hvilke rettigheter som eventuelt ville følge av artikkel 14 om den hadde hatt prioritet for annen norsk rett. Bårdsen fremholder at også selv om artikkel 14 kunne blitt påberopt som selvstendig rettsgrunnlag av reindriftsamene, er det ikke sikkert dem ville stått sterkere slik Høyesterett vurderte saken.²⁴² Selv om reindriftssamene i Stjernøya-saken ikke nødvendigvis ville stått sterkere dersom artikkel 14 ble anvendt som selvstendig rettsgrunnlag, kunne det stilt seg annerledes i andre situasjoner. Bårdsens uttalelse er fremsatt med hensyn på én enkeltsak og dens konkrete omstendigheter, og kan derfor ikke – og er trolig heller ikke ment – å ha generell overføringsverdi til andre forhold.

Høyesterett har vært påpasselige med å ta hensyn til ILO-169 ved anvendelsen av norske tingsrettslige regler helt siden tusenårsskiftet. Selv om ikke Høyesterett kunne anvende artikkel 14 nr. 1 som et direkte rettsgrunnlag i Stjernøya-dommen, tyder domstolens uttalelser på at bestemmelsen hadde betydning for den konkrete rettsanvendelsen.²⁴³ Det er likevel grunn til å tro at det vil oppstå situasjoner hvor det vil kunne være av stor betydning om ILO-169s bestemmelser kan anvendes som selvstendig rettsgrunnlag. I så henseende er artikkel 14 nr. 1 første punktum særlig aktuell.

Riktignok vil sektorinkorporeringen av ILO-169 i finnmarksloven kunne medføre enkelte forpliktelser for Finnmarkseiendommen (FeFo). Dette gjelder blant annet for konsultasjoner mv. med lokale rettighetshavere i forbindelse med at FeFo utøver myndighet etter lovens kapittel 3.²⁴⁴

²⁴¹ Ravna (2019) s. 177.

²⁴² Bårdsen (2017) avs. 41.

²⁴³ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 78, hvor kommisjonen viser videre til Rt. 2001 s. 1229 (Svartskog) og Rt. 2001 s. 769 (Selbu). Det kan imidlertid bemerkes at Høyesterett ikke i nevneverdig grad har *drøftet* inngående innholdet i artikkel 14.

²⁴⁴ Høyesterett er kort inne på dette i HR-2018-456-P (Nesseby) uten at det blir vist uttrykkelig til konsultasjonsreglene i ILO-169 (avs. 160–161 og 195).

Som Ravna fremholder vil imidlertid sektorinkorporeringen *i all hovedsak* kun «være en sikring mot dårlig juridisk håndverk under utformingen av finnmarksloven», og følgelig ikke bidra til å oppfylle de folkerettslige forpliktelsene etter ILO-169.²⁴⁵ Med andre ord vil ikke inkorporeringen av ILO-169 i realiteten få «vesentlig praktisk betydning» for rettskartleggingen i Finnmark.²⁴⁶ I alle fall ikke en slik praktisk betydning Sametinget utvilsomt ønsket at inkorporeringen skulle få. Det sektormonistiske innpass ILO-169 tilsynelatende er gitt i finnmarksloven § 3 første punktum viser dermed at «skinnet kan bedra».

Selv om *hensiktsmessigheten* av hvordan ILO-169 er gjennomført i norsk rett først behandles i kapittel 6, er det allerede her viktig å slå fast at *betydningen* til den gjorte inkorporeringen i finnmarksloven § 3 første punktum er minimal. Sektorinkorporeringen av ILO-169 i finnmarksloven burde gi de folkerettslige forpliktelsene større gjennomslagskraft enn det som er realiteten. Av Høyesterett og justiskomiteen blir inkorporeringen av ILO-169 i § 3 første punktum omtalt som en form for «begrenset inkorporering». Rent formelt er termen på sett og vis riktig. Ser man dog på hvilke *realitetsendringer* den gjorte inkorporeringen medfører isolert sett, bør terminologien vurderes endret til «kunstig inkorporering».

5.2.4 Kort om de øvrige områdene i norsk rett hvor ILO-169 er inkorporert

Av de områdene hvor ILO-169 er inkorporert i norsk rett, er det straffelovgivning og finnmarkslovens forhold til konvensjonen som er viet størst oppmerksomhet så langt. Selv om inkorporeringen av ILO-169 i tanaloven, tviste- og straffeprosessloven har fått mindre omtale, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med at konvensjonen er av liten betydning på disse rettsområdene.

Denne drøftelsen begrenses til *ett rent teoretisk* eksempel på at ILO-169 har betydning for norske prosesslover. Det går ikke nærmere inn på ILO-169s betydning for tanaloven.²⁴⁷

²⁴⁵ Ravna (2019) s. 176.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Bakgrunnen for at tanalovens forhold til ILO-169 ikke har blitt aktualisert i så stor grad, kan skyldes at loven er forholdsvis ny. En sak om at lokale rettighetshavere hevder at deres fiskerett blir krenket ved at Norge og Finland har inngått en bilateral avtale om regulering av fiske i Tanavassdraget (Tana-avtalen), er dog under oppseiling. 5. juli 2019 ble det tatt ut stevning mot staten v/ Klima- og miljødepartementet, se Ságat, *Stevning til Sis-Finnmárkku diggedoddi – Indre Finnmark tingrett*, u.å., https://www.sagat.no/filarkiv/Stevning_05.07.19.pdf (sjekket 13. april 2020). Det er trolig at ILO-169s bestemmelser blir påberopt i saken.

Både tviste- og straffeprosessloven er utformet for å oppfylle folkerettslige forpliktelser i den enkelte sak.²⁴⁸ Der hvor det foreligger total motstrid mellom nasjonale prosesslover og ILO-169, har sistnevnte prioritet, jf. henholdsvis § 1-2 og § 4 første ledd. Særlig vil konvensjonens artikkel 8, som verner om samiske sedvaner og sedvanerett, få betydning for de nasjonale prosesslovenes regler om vitneplikt. I forarbeidene til tvisteloven heter det om artikkel 8 nr. 1 at den blant annet må «forstås slik at i tvister mellom samiske parter må saken kunne løses på grunnlag av samisk sedvane», med mindre det er i strid med ufravikelig lov.²⁴⁹

Både tvisteloven § 21-5 og straffeprosessloven § 108 oppstiller en hovedregel om vitneplikt for «[e]nhver» om faktiske forhold. Det gjøres imidlertid unntak fra vitneplikten blant annet i tvisteloven § 22-8 og straffeprosessloven § 122 for *nærstående* av henholdsvis part og siktede. Det er gitt en *uttømmende* oppregning over hvem som skal betraktes som «nærstående» i lovenes forstand. Tatt i betraktning at slektninger i samiske samfunn defineres «betydelig lenger ut enn man gjør i norske samfunn», kan de norske prosesslovenes definisjon av uttrykket «nærstående» være for *snevert* i et samisk perspektiv.²⁵⁰ På grunn av deres klare ordlyd og uttømmende regulering, vil ikke tvisteloven § 22-8 og straffeprosessloven § 122 kunne tolkes utvidende med hensyn til tradisjonelle samiske slektskap og relasjoner, jf. artikkel 8, i medhold av presumsjonsprinsippet.²⁵¹ Det medfører at det her *kan* oppstå total motstrid mellom samisk sedvane i henhold til ILO-169 artikkel 8 og norsk prosesslovgivning. I ytterste konsekvens kan det medføre at samisk sedvane får forrang for norske bevisregler.

Skogvang fremsetter imidlertid et alternativ for å unngå total motstrid.²⁵² Straffeprosessloven § 123 tredje punktum og tvisteloven § 22-9 tredje ledd oppstiller en relativ bevisfritaksregel på grunn av blant annet «fare for vesentlig tap av sosialt omdømme». Hvorvidt retten kan fritas for å gi tilgang til bevis på dette grunnlag, beror på en konkret helhetsvurdering av momentene som er opplistet i bestemmelsen. Skogvang mener at «denne skjønnsmessige adgangen for retten til å fritas for vitneplikt» *kan* – basert på de konkrete forholdene – anvendes i «saker hvor parter og/eller vitner er samiske».²⁵³ Dette er jeg enig i.

²⁴⁸ For tvisteloven er en slik målsetting kommet til uttrykk i NOU 2001: 32 A Rett på sak; Lov om tvisteløsning (tvisteloven) s. 156–157.

²⁴⁹ *Ibid.*, s. 166.

²⁵⁰ Skogvang (2017) s. 87.

²⁵¹ *Ibid.*, s. 87–88.

²⁵² *Ibid.*, s. 88.

²⁵³ *Ibid.*, s. 88.

5.3 Hvilken betydning har ILO-169 i norsk rett hvor den ikke er inkorporert?

5.3.1 Finnes mekanismer egnet til å begrense ILO-169s betydning på ikke-inkorporerte områder?

Utenfor de områder i norsk rett hvor ILO-169 er inkorporert, har konvensjonen betydning på grunnlag av det ulovfestede *presumsjonsprinsippet*; norsk rett skal tolkes og anvendes i samsvar med Norges forpliktende folkerettsregler «så langt våre nasjonale kilder ikke er til hinder for det».²⁵⁴

Samme spørsmål blir stilt for ILO-169 hvor den ikke er inkorporert i norsk rett som for der hvor konvensjonen er sektorinkorporert: Finnes det noen mekanismer som kan begrense betydningen av ILO-169 i norsk rett hvor den ikke er inkorporert?

Det ble slått fast i punkt 5.2.1 at det ikke gjelder et *klarhetskrav* for inkorporerte konvensjoner, herunder ILO-169. Gjelder et slikt krav derimot for ILO-169 hvor den ikke er inkorporert i norsk rett? I Bøhler-dommen var drøftelsen om klarhetskravet avgrenset til inkorporerte folkerettskonvensjoner. Det vil si at spørsmålet enda ikke er avklart for ikke-inkorporerte konvensjoners del.

Det blir feil å stille spørsmålet om det *fortsatt* gjelder et klarhetskrav for ikke-inkorporerte konvensjoner. I bølgepapp-kjennelsen uttalte Høyesterett at for at en norsk domstol skal kunne *fravike* det som følger av nasjonale regler, «må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig».²⁵⁵ Avvikende ikke-inkorporerte folkerettsregler *kan ikke* medføre at nasjonale regler må fravikes, jf. det dualistiske prinsipp. Det innebærer at uttalelsen i bølgepapp-kjennelsen ikke gjaldt for ikke-inkorporerte konvensjoner. Med andre ord blir ikke spørsmålet om det *fortsatt* gjelder et slikt klarhetskrav, men *om* det gjelder.²⁵⁶

Spørsmålet virker ikke ha blitt drøftet verken i rettspraksis eller teori. Samerettsutvalget II mener det er «usikkert» om det gjelder et klarhetskrav for ILO-169, men vurderer ikke

²⁵⁴ Bårdsen (2017) avs. 47. Presumsjonsprinsippet er gjort rede for i punkt 3.3.

²⁵⁵ Rt. 1994 s. 610 (bølgepapp) (s. 610).

²⁵⁶ Det innebærer at Samerettsutvalget II tar et feil utgangspunkt i vurderingen om det gjelder et klarhetskrav for ikke-inkorporerte konvensjoner, se NOU 2007: 13 s. 178. Dette er uansett uten betydning for den nærmere vurderingen.

spørsmålet nærmere.²⁵⁷ Et argument *for* at klarhetskravet gjelder for ikke-inkorporerte konvensjoner er at et slikt krav *tidligere* gjaldt for inkorporerte konvensjoner. Konvensjoner som er *gjort* til del av norsk rett har større betydning for norsk rettsanvendelse sammenlignet med ikke-inkorporerte konvensjoner. På denne måten må klarhetskravet som ble stilt til de overordnede inkorporerte konvensjonene, også gjelde for de underordnede ikke-inkorporerte konvensjoner.

På den andre siden taler hensynet til å oppfylle forpliktende folkerettsregler *mot* at det gjelder et klarhetskrav for konvensjoner som ikke er inkorporert i norsk rett. Ikke-inkorporerte konvensjoner er *utelukket* fra å gå foran norsk lov ved total motstrid. Presumsjonsprinsippet er kun et *rettskildепrinsipp* for slutnings- og avveiningsfasen i juridisk metodelære. For at ikke-inkorporerte forpliktende folkerettsregler skal kunne oppfylles i størst mulig grad, vil et klarhetskrav bare være en unødvendig begrensning. For ILO-169s del ville et klarhetskrav for konvensjonen på områder hvor den ikke er inkorporert vært særlig ugunstig, all den tid det samtidig *ikke* gjelder et slikt krav for konvensjonen hvor den er sektorinkorporert. Konsekvens- og systembetragtninger trekker dermed i retning av at det heller ikke foreligger et klarhetskrav for ILO-169 hvor den ikke er sektorinkorporert.

Hensynet til å oppfylle folkerettslige forpliktelser og konsekvens- og systembetragtninger gjør at det kan konkluderes med at det ikke foreligger et klarhetskrav for ILO-169 hvor den ikke er inkorporert i norsk rett.

5.3.2 Presumsjonsprinsippet gir ILO-169 vesentlig betydning i norsk rett

Presumsjonsprinsippet har blitt fremhevet av Høyesterett i forbindelse med ILO-169 i både Stjernøya- og Nesseby-dommen.²⁵⁸ Selv om inkorporeringen i finnmarksloven ikke omfatter de materielle rettighetene som § 5 tredje ledd viser til, vil ILO-169 likevel være av vesentlig betydning for vurderingen av disse rettighetene. Det er dermed viktig å få frem at selv om ILO-169 er «begrenset inkorporert» i finnmarksloven, jf. dens § 3 første punktum, betyr det ikke at den har *begrenset betydning* for den rettsanvendelsen finnmarksloven foreskriver; ILO-169 har vesentlig betydning for de materielle rettighetene som rettskartleggingen av Finnmark skal skje på bakgrunn av, jf. presumsjonsprinsippet.

²⁵⁷ NOU 2007: 13 s. 178.

²⁵⁸ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 77) og HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 103).

Også utenfor Finnmark og finnmarksloven vil ILO-169 ha stor betydning ved presumsjonsprinsippet. Konvensjonens betydning avhenger av dens *relevans* i de juridiske spørsmål som reises. Særlig innenfor de rettsområdene hvor det er inntatt lovbestemmelser som knesetter presumsjonsprinsippet (kategori C), vil ILO-169 være særlig relevant og dermed ha vesentlig betydning. Det vises til noen eksempler i det følgende.

For det første påvirkes reindriftsloven av ILO-169. Reindriftsloven § 3 stadfester presumsjonsprinsippet i relasjon til folkerettslige urfolks- og minoritetsforpliktelser. ILO-169 verner om samisk kultur. Det innebærer at konvensjonens regler vil kunne få betydning i saker som omhandler samisk reindrift, som utgjør en sentral del av samisk kulturutøvelse. I HR-2018-872-A (Femund) tok Høyesterett stilling til om den erstatningsrettslige ansvarsordningen reindriftsloven § 67 oppstiller, diskriminerte samiske reindriftsutøvere i forhold til eiere av andre beitedyr.²⁵⁹ I sin konkrete vurdering tok Høyesterett særlig hensyntagen til vern av samisk kultur.²⁶⁰ Det ble i den anledning vist til ILO-169 artikkelene 4, 5 og 6, som på hver sin måte verner om samisk kultur.²⁶¹

ILO-169 har *for det andre* betydning for mineralloven. Paragraf 6 stadfester presumsjonsprinsippet. I Nærings- og handelsdepartementets merknad til mineralloven § 6 er det fremhevet at loven «gjelder et område hvor folkerettens regler om urfolk og minoriteter har betydning».²⁶² Flere av ILO-169s bestemmelser gjør seg gjeldende i forbindelse med mineralressursforvaltning. Det førte til store uenigheter om utformingen av gjeldende minerallov. Et spesielt kontroversielt tema var reglene om utbyttedeling. ILO-169 artikkel 15 nr. 2 andre punktum bestemmer at:

«The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.»

Bestemmelsen pålegger Norge å gi – så langt som mulig – samene del i utbyttet ved mineralvirksomhet. I tillegg skal økonomiske skader på grunn av inngrep gjort i virksomheten, kompenseres.

²⁵⁹ HR-2018-872-A (Femund) (avs. 35).

²⁶⁰ *Ibid.*, avs. 44.

²⁶¹ *Ibid.*, avs. 44.

²⁶² Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) s. 131.

Samers rett på deltakelse i utbytte ved mineralvirksomhet etter ILO-169 artikkel 15 nr. 2 andre punktum har blitt forsøkt ivaretatt gjennom mineralloven § 58:

«For utvinning av statens mineraler på Finnmarkseiendommens grunn kan departementet ved forskrift fastsette en høyere årsavgift til grunneier enn angitt i § 57 første ledd første punktum.»

Paragraf 58 bestemmer at Finnmarkseiendommen (FeFo) kan tilkjennes et forhøyet grunneiervederlag ved utvinning av mineraler på dens grunn. I forarbeidene omtales dette som «urfolksvederlag» med grunnlag i ILO-169 artikkel 15.²⁶³ Både Ravna og Skogvang har tatt til orde for at den norske regelen om utbyttedeling i mineralloven § 58 ikke oppfyller forpliktelsene etter ILO-169: For det første har det blitt pekt på at å tilkjenne et forhøyet grunneiervederlag til FeFo, som kun har en «resteieendomsrett» til grunnen i Finnmark, ikke oppfyller artikkel 15 nr. 2 andre punktum om å tilkjenne utbytte til «[t]he peoples concerned». For det andre vises det til at mineralloven § 58 er avgrenset til Finnmark.²⁶⁴ ILO-169 gjelder over hele Norge.

ILO-169 er ikke inkorporert og gitt forrang for minerallovens bestemmelser. Det medfører at minerallovens regler vil ha prioritet for forpliktende folkerettsregler etter ILO-169 i de tilfeller det oppstår motstrid som presumsjonsprinsippet ikke kan bidra til å løse. Eksemplet foran om forholdet mellom ILO-169 artikkel 15 nr. 2 andre punktum og mineralloven § 58 er et tilfelle hvor det *kan* oppstå total motstrid. Dette viser hvilken betydning manglende inkorporering av ILO-169 kan ha for nasjonal oppfyllelse av konvensjonens forpliktelser.

For det tredje har ILO-169 betydning for *konsultasjonsavtalen* mellom regjeringen og Sametinget av 11. mai 2005. Konsultasjonsavtalen ble vedtatt ved kongelig resolusjon 1. juli 2005, og kommer til anvendelse når det «overveies å innføre lovgivning eller administrative tiltak som kan få direkte betydning for samene», se avtalen punkt 1. Den er en direkte oppfyllelse av ILO-169 artikkel 6 som pålegger statene en generell plikt til å konsultere urfolk. Konsultasjonsavtalen har ikke lovs rang, men er med på å illustrere ILO-169s betydning for norsk rett og politikk. Det er fremsatt forslag om å lovfeste en mer omfattende konsultasjonsordning sammenlignet med dagens konsultasjonsavtale. Lovforslaget innebærer en utvidet

²⁶³ Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) s. 108.

²⁶⁴ Se nærmere Ravna (2019) s. 200 og Skogvang (2010) s. 61–62 og s. 63–67, hvor sistnevnte drøfter temaet inngående.

konsultasjonsordning mellom statlige organer og Sametinget samt andre representative for samiske interesser. Det er foreslått å innta lovforslaget som et nytt kapittel 4 i sameloven.²⁶⁵ Det vil ikke gjøres nærmere rede for konsultasjonsavtalen eller lovforslaget i avhandlingen.

5.4 ILO-169 og Grunnloven

5.4.1 Fremgangsmåte

Her skal det tas stilling til to spørsmål: Det første spørsmålet er om ILO-169 er omfattet av Grunnloven § 92. Det andre spørsmålet er hvilken betydning Grunnloven § 108 har for ILO-169s rettslige status i norsk rett.

5.4.2 Er ILO-169 omfattet av Grunnloven § 92?

Etter Grunnloven § 92 skal statens myndigheter «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

Den aktuelle problemstillingen er om ILO-169 omfattes av ordlyden «bindende traktater om menneskerettigheter». Det er nokså klart at ILO-169 er en bindende traktat for Norge. Det springende punktet blir dermed om ILO-169 anses som en traktat «om menneskerettigheter» etter Grunnloven § 92.

I 2017 stilte Bårdsen spørsmål om ILO-169 er omfattet av Grunnloven § 92.²⁶⁶ Bakgrunnen for at Bårdsen stilte nettopp dette spørsmålet, knyttet seg til den «forståelse Stjernøya-dommen forutsetningsvis kan oppfattes å bygge på».²⁶⁷ Bårdsen skriver at:

«Den forståelse Stjernøya-dommen forutsetningsvis kan oppfattes å bygge på er at Grunnloven § 92 ikke innebærer at ILO 169 er inkorporert på Grunnlovs nivå. Stjernøyadommen sier ikke om årsaken i tilfellet er at ILO 169 ikke er en slik konvensjon som § 92 sikter til (altså at den ikke er en «menneskerettskonvensjon» i Grunnlovens forstand), eller om § 92 likevel ikke er en bestemmelse som inkorporerer menneskerettighetskonvensjonene på grunnlovs nivå.»²⁶⁸

Bårdsen stiller her opp to alternativer som kan forklare den forståelsen som ligger implisitt til grunn i Stjernøya-dommen om at Grunnloven § 92 ikke inkorporerer ILO-169 på Grunnlovs

²⁶⁵ Prop. 116 L (2017–2018) og Innst. 253 L (2018–2019) Innstilling til Stortinget fra kommunal- og forvaltningskomiteen.

²⁶⁶ Bårdsen (2017) avs. 44.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

nivå. Enten er det fordi ILO-169 ikke er omfattet av § 92, eller så er det fordi bestemmelsen ikke inkorporerer menneskerettighetskonvensjonene på Grunnlovs nivå.

I Høyesteretts plenumsdom HR-2016-2554-P (Holship) ble det avklart at Grunnloven § 92 ikke inkorporerer menneskerettighetskonvensjonene på Grunnlovs nivå. Bestemmelsen er ment «som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett».²⁶⁹ Spørsmålet Bårdsen stiller om Grunnloven § 92 inkorporerer menneskerettighetskonvensjonene på Grunnlovs nivå, må dermed anses avklart.²⁷⁰ Det må likevel vurderes om ILO-169 er en konvensjon «om menneskerettigheter» i Grunnloven § 92 sin forstand.

Tvilen knyttet til om ILO-169 omfattes av Grunnloven § 92 har sin grobunn i Høyesteretts uttalelser i Stjernøya-dommen, eller rettere sagt *fraværet* av uttalelser om spørsmålet. Stjernøya-dommen kom omtrent tre måneder før Holship-dommen. I Stjernøya-dommen forholdt Høyesterett seg taus om både spørsmålet om ILO-169 omfattes av Grunnloven § 92, samt spørsmålet om Grunnloven § 92 er en inkorporeringsbestemmelse. Etter at Høyesterett slo fast at ILO-169 artikkel 14 ikke har forrang for de tingsrettslige reglene om rettighetsserverv, ble det uttalt at artikkel 14 nr. 1 likevel får «betydning gjennom anvendelsen av det såkalte presumsjonsprinsippet».²⁷¹ ILO-169s forhold til Grunnloven § 92 ble ikke problematisert.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «om menneskerettigheter» tilsier at Grunnloven § 92 omfatter alle konvensjoner som gir mennesker rettigheter. I første rekke står de generelle konvensjonene som gir *universelle* menneskerettigheter, for eksempel EMK og SP. Likevel er ikke *særkonvensjoner* som gir en bestemt gruppe mennesker rettigheter, avskåret etter ordlyden i § 92. ILO-169 er en *urfolkskonvensjon*. Grunnloven § 92 sin generelle utforming tilsier at også særkonvensjoner som ILO-169, omfattes.

I forarbeidene til 2014-revisjonen av Grunnloven inntas ILO-169 i oversikten over menneskerettskonvensjoner som gir internasjonalt menneskerettsvern.²⁷² Det faktum at konvensjonen

²⁶⁹ HR-2016-2554-P (Holship) (avs. 70).

²⁷⁰ Bårdsen (2017) avs. 45.

²⁷¹ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 77).

²⁷² Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 27–28.

gjennomgående er betraktet som en menneskerettighetskonvensjon i forarbeidene, trekker i retning av at konvensjonen omfattes av Grunnloven § 92.²⁷³

Det vil være å anlegge en for snever ordlydsfortolkning av Grunnloven § 92 dersom kun generelle menneskerettighetskonvensjoner skal omfattes. Dette synes også Høyesterett å ha lagt til grunn. Vedrørende hvilke traktater Grunnloven § 92 viser til, uttalte Høyesterett i Nessebydommen at bestemmelsen «omfatter også traktater som sikrer samenes rettigheter».²⁷⁴

Høyesterett sa ikke eksplisitt at Grunnloven § 92 viser til ILO-169. I uttalelsen brukte Høyesterett ordet «traktater» (ubestemt flertallsform). En restriktiv ordlydsfortolkning av uttalelsen tilsier at ikke nødvendigvis *alle traktatene* som sikrer samenes rettigheter omfattes av Grunnloven § 92, men at også enkelte av disse traktatene vil omfattes. Dersom man leser høyesterettsuttalelsen i *kontekst* er det imidlertid ulogisk å hevde at ILO-169 ikke skal være omfattet av Grunnloven § 92, da det vises både til SP og ILO-169 i Høyesteretts påfølgende premisser.²⁷⁵ Det vil i tillegg være å anlegge en *for* restriktiv tolkning av Høyesteretts uttalelse om det innebærer at man må sondre mellom hvilke av traktatene, som sikrer samenes rettigheter, som vil omfattes av Grunnloven § 92. Det er mer naturlig å forstå uttalelsen slik at *alle* traktater som sikrer samiske rettigheter er omfattet av Grunnloven § 92, forutsatt at de er ratifisert. Dette inkluderer selvfølgelig også ILO-169.

På denne bakgrunn må det konkluderes med at ILO-169 omfattes av Grunnloven § 92. Konvensjonen er ikke inkorporert på Grunnlovs nivå av den grunn, fordi § 92 er ikke en inkorporeringsbestemmelse. Paragraf 92 pålegger imidlertid domstolene og andre myndigheter en plikt til å håndheve rettighetene etter ILO-169 slik de er gjennomført i norsk rett.

5.4.3 Hvilken betydning har Grunnloven § 108 for ILO-169s rettslige status i norsk rett?

Grunnloven § 108 gir uttrykk for at statens myndigheter skal «legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv».

Populærbetegnelsen på Grunnloven § 108 er «sameparagrafen».²⁷⁶ Av alle rettskildedefaktorer som knytter seg til samiske rettigheter, er sameparagrafen den rettskildedefaktoren av høyest rang.

²⁷³ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 27–28, s. 33 og s. 215.

²⁷⁴ HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 92).

²⁷⁵ *Ibid.*, avs. 93–104.

²⁷⁶ Skogvang (2017) s. 185 og Ravna (2019) s. 148.

Spørsmålet som oppstilles her er om sameparagrafen har betydning for gjennomslagskraften til ILO-169 i norsk rett. Innledningsvis må det redegjøres kort for hva slags type grunnlovsbestemmelse sameparagrafen er.

Norge er etablert på territoriet til to folk: samer og nordmenn. Det innebærer at «begge folkene har den samme rett til og det samme krav på å utvikle sin kultur og sitt språk».²⁷⁷ Dette er grunnlaget for norsk samepolitikk i dag.²⁷⁸

Skogvang hevder at et av hovedhensynene bak vedtakelsen av sameparagrafen «var å gjøre godt igjen gammel urett overfor samene».²⁷⁹ Den *utløsende* årsaken for diskusjonen om en grunnlovsbestemmelse for samene var Alta-konflikten sent på 1970-tallet og tidlig på 1980-tallet.²⁸⁰ På Norske samers riksforbunds landsmøte i 1982 ble det vedtatt forslag om å innta en sameparagraf som et tillegg i Grunnloven § 1.²⁸¹ Forslaget ble videre fulgt opp i NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling.²⁸² Sameparagrafen ble vedtatt av Stortinget 21. april 1988 og tilføyd ved grunnlovsbestemmelse § 110 a 27. mai 1988 (etter grunnlovsrevisjonen i 2014: § 108). På den måten hadde samene fått en bestemmelse av høyeste rangorden som vernet om deres kultur, språk og samfunnsliv.

Grunnloven § 108 har en vag ordlyd. Det er således vanskelig å si at bestemmelsen har et konkret rettslig innhold som kan være gjenstand for håndheving hos domstolene. I forarbeidene er det kommet til uttrykk at sameparagrafen skal gi en «begrenset rettsplikt».²⁸³ Samerettsutvalget I forklarer «begrenset rettsplikt» med at bestemmelsen først og fremst er en moralsk og politisk forpliktelse overfor de norske samene, men samtidig vil den «innføre en viss rettslig forpliktelse for statsmyndighetene».²⁸⁴ I forbindelse med 2014-revisjonen av Grunnloven uttalte Menneskerettighetsutvalget seg om Grunnloven § 108. Utvalget mente sameparagrafen kan «få betydning ved tolkningen av lover og ved anvendelse av sedvanerettslige regler, for eksempel som en retningsgivende bestemmelse for forvaltningens skjønnsutøvelse».²⁸⁵ Det er

²⁷⁷ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 214.

²⁷⁸ Ravna (2019) s. 147.

²⁷⁹ Skogvang (2017) s. 185.

²⁸⁰ Ravna (2019) s. 148.

²⁸¹ NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling s. 432.

²⁸² *Ibid.*, s. 451.

²⁸³ *Ibid.*, s. 432–433.

²⁸⁴ *Ibid.*, s. 432.

²⁸⁵ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 215.

også lagt til grunn av Høyesterett at sameparagrafen etter forholdene kan være et moment ved tolkingen av andre bestemmelser.²⁸⁶

Selv om bestemmelsen innholdsmessig ikke sier så mye, legger den i det minste opp til at norske myndigheter skal «legge forholdene til rette» for at samene selv skal kunne få «sikre og utvikle» egen kultur og eget språk. Det foreligger med andre ord en aktivitetsplikt for staten. Politikk som strider med de retningslinjer sameparagrafen gir en anvisning på, er det dermed ikke rettslig adgang for norske myndigheter til å føre.

Samene er et urfolk, og har krav på særlige rettigheter etter ILO-169. Norske myndigheter er folkerettslig forpliktet til å «legge forholdene til rette» for å anerkjenne samene rettigheter de har krav på etter folkeretten. Det innebærer at rettighetene som kan utledes av ILO-169, må – med hjemmel i Grunnloven § 108 – være retningsgivende og tas tilbørlig hensyn til i maktutøvelsen hos både den lovgivende og den utøvende myndighet. For den dømmende myndighet vil Grunnloven § 108 også være relevant ved fastleggelsen av ILO-169s betydning i norsk rett: For det første vil Grunnloven § 108 være en *påminnelse* for norske domstoler om å anvende nasjonal rett i tråd med forpliktelsene som følger av ILO-169. For det andre vil Grunnloven § 108 sammen med § 92 bidra til å gi urfolksrettighetene i ILO-169 sterk gjennomslagskraft i norsk rett. *Motsatt* vil også ILO-169s materielle innhold kunne ha betydning for tolkingen av Grunnloven § 108. Grunnlovens menneskerettsbestemmelser skal tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder.²⁸⁷ Det er SP artikkel 27 som har inspirert innholdet i Grunnloven § 108.²⁸⁸ ILO-169 vil likevel være en relevant tolkningsfaktor for å klarlegge Grunnloven § 108 sitt materielle innhold – særlig der hvor SP artikkel 27 er taus. Selv om de folkerettslige forbildene er relevante tolkningsfaktorer, må det presiseres at det til syvende og sist er Høyesterett «som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».²⁸⁹

²⁸⁶ HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 91) og HR-2018-472-A (Femund) (avs. 39). I sistnevnte dom legges det til grunn at bestemmelsen også kan «være et selvstendig rettsgrunnlag der andre rettskilder ikke gir noe svar» med henvisning til Skogvang (2017) s. 188.

²⁸⁷ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 90.

²⁸⁸ NOU 1993: 18 s. 128 og Skogvang (2017) s. 185 og s. 188.

²⁸⁹ Rt. 2015 s. 93 (Maria) (avs. 57).

5.5 ILO-169 som skranke for forvaltningens skjønnsutøvelse

Folkerettslige forpliktelser stiller krav til den lovgivende, utøvende og dømmende makt.²⁹⁰ Ved at Norge forplikter seg til folkerettslige konvensjoner, innsnevres handlingsrommet for norske myndigheter. For forvaltningens praksis har folkerettslige forpliktelser betydning «både ved utformingen av generelle forskrifter og ved tolkning eller skjønnsutøvelse i enkeltsaker».²⁹¹ Det er flere grunner til at forvaltningsvedtak kan være folkerettsstridig; både hensynene som ligger til grunn for vedtaket, de rettigheter og plikter vedtaket etablerer og saksbehandlingen er alle *elementer* som *kan* gjøre et forvaltningsvedtak folkerettsstridig.²⁹² Om et forvaltningsvedtak er folkerettsstridig, er kun et *delspørsmål* som må tas stilling til for å kunne besvare hovedspørsmålet «om folkerettsstrid kan lede til tilsidesettelse av forvaltningsvedtak[et]».²⁹³ For å besvare hovedspørsmålet må tre delspørsmål drøftes og tas stilling til:

1. Er forvaltningsvedtaket folkerettsstridig?
2. Kvalifiserer folkerettsstrid som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak?
3. Hva vil være rettsvirkningen av at forvaltningsvedtaket anses som ugyldig på grunn av folkerettsstrid?²⁹⁴

Det første delspørsmålet er et *materielt* spørsmål, og vil derfor ikke behandles i denne avhandlingen. Heller ikke det tredje delspørsmålet blir nærmere redegjort for, da det er av ren forvaltningsrettslig art.²⁹⁵ Igjen står delspørsmål nummer to. Tatt i betraktning at ILO-169 er *objektet* for avhandlingen, omformuleres delspørsmål nummer to til: Kvalifiserer krenkelse av ILO-169 som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak?

Før den videre drøftelse må det gjøres et skille mellom to typer forvaltningsvedtak: *strengt lovbundne* forvaltningsvedtak og forvaltningsvedtak som inneholder *forvaltningsskjønn*.²⁹⁶ Strengt lovbundne forvaltningsvedtak er fattet *utelukkende* basert på rettsanvendelsesskjønn.²⁹⁷ Disse har ikke rom for forvaltningsskjønn og er gjenstand for fullstendig domstolskontroll. Strengt lovbundne forvaltningsvedtak sitt forhold til ILO-169 har således mest til felles med

²⁹⁰ NOU 1993: 18 s. 68.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Arnesen og Stenvik (2015) s. 125.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Se generelt Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014 s. 475 flg.

²⁹⁶ *Ibid.*, s. 524.

²⁹⁷ *Ibid.*, s. 524.

vurderingen om ILO-169s betydning for norske *rettsregler*, se punktene 5.2 og 5.3.²⁹⁸ I denne drøftelsen vil fokus ligge på forvaltningsvedtak som inneholder *forvaltnings skjønn*. Domstolenes kontroll vedrørende forvaltningens skjønnsutøvelse er begrenset.²⁹⁹ Domstoler tar primært stilling til forvaltningens rettsanvendelsesskjønn, det vil si forhold knyttet til den konkrete *rettsregelen*. Når det ikke er *rettsregelen* som er problemet, men forvaltningens *skjønnsutøvelse* som er folkerettskonfliktmakeren, er domstolenes prøvingsintensitet begrenset. Og det er nettopp dét som er stridens kjerne i denne drøftelsen: Kan domstolene vurdere *konvensjonsmessigheten* av forvaltningens skjønnsutøvelse ved utformingen av forvaltningsvedtak?

Selv om domstolenes adgang til å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse er vesentlig begrenset, finnes det likevel noen *rettsnormer* som innskrenker forvaltningens frie skjønn. For eksempel *må* forvaltningsvedtak ha hjemmel i lov for å være gyldig.³⁰⁰ Dersom forvaltningens skjønnsutøvelse er i strid med *inkorporerte* folkerettslige forpliktelser med forrang for annen norsk rett, vil forvaltningsvedtaket ikke ha hjemmel i lov. Det er en ugyldighetsgrunn.

SP artikkel 27 har forrang for annen formell lov, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 3. Et vedtak *må* i enda større grad enn lov stå tilbake for folkerettslige forpliktelser i tilfelle motstrid.³⁰¹ Det innebærer at forvaltningsvedtak kan bli ugyldig om forvaltningens skjønnsutøvelse krenker SP artikkel 27.³⁰² ILO-169 er sektorinkorporert blant annet i finnmarksloven § 3 første punktum og tanaloven § 3 første punktum. På disse rettsområdene har ILO-169 forrang for annen norsk rett. Derfor *må* forvaltningsvedtak gitt i medhold av finnmarksloven og tanaloven ikke krenke rettsregler utledet av ILO-169. Sammen med SP artikkel 27, setter

²⁹⁸ Arnesen og Stenvik gjør en lignende avgrensning i sin drøftelse, men da med hensyn til *alle* Norges folkerettslige forpliktelser, se Arnesen og Stenvik (2015) s. 125. Også Haukeland Fredriksen og Mathisen gjør samme avgrensning, men da strengt avgrenset til EØS-forpliktelser, se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 2. utgave, Bergen 2014 s. 319.

²⁹⁹ Blant annet Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett: Bind 1*, 2. utgave, Bergen 2015 s. 352–353 og Eckhoff og Smith (2014) s. 520–526.

³⁰⁰ Blant annet Eckhoff og Smith (2014) s. 520–522.

³⁰¹ Ken Uggerud, «Folkerett, samefelt og skytefelt – en utredning om de menneskerettslige aspekter knyttet til en utvidelse av Mauken og Blåtind skytefelt», *Institutt for offentlig rett*, 2000a, s. 1–93 (s. 75).

³⁰² Til illustrasjon vises det til Olje- og Energidepartementets klagebehandling av Kalvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner, 11. november 2016. Det var påklaget et forvaltningsvedtak som gav konsesjon til vindkraftverk, jf. lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven). Departementet tok klagen til følge med henvisning til SP artikkel 27 (s. 13), <http://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/200801262/1905272> (sjekket 4. november 2019).

dermed ILO-169 – på de områder i norsk rett den er sektorinkorporert – skranker for forvaltningens skjønnsetning ved forvaltningsvedtak.

Det er altså ikke tvilsomt at det kvalifiserer som ugyldighetsgrunn for et forvaltningsvedtak dersom forvaltningens skjønnsetning krenker ILO-169 hvor den er inkorporert i norsk rett eller SP artikkel 27. Det er mer tvil knyttet til om ILO-169 setter skranker for forvaltningens skjønnsetning på de områder av norsk rett hvor konvensjonen ikke er inkorporert. Den aktuelle problemstillingen er om forvaltningsskjønn som krenker det materielle innholdet til ILO-169 på områder hvor den *ikke* er inkorporert i norsk rett, kvalifiserer som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak.

Hva gjelder forvaltningens frie skjønn, kommer *ikke* presumsjonsprinsippet til unnsetning for ILO-169 der hvor konvensjonen ikke er inkorporert i norsk rett. Presumsjonsprinsippet er et ulovfestet tolkningsprinsipp som gjelder forholdet mellom en norsk *rettsregel* og en folkerettslig *rettsregel*. Forholdet mellom forvaltningens *skjønnsetning* og en folkerettslig rettsregel, må løses på et annet grunnlag.

Det er alminnelig antatt som sikker rett at forvaltningsvedtak som krenker ikke-inkorporerte folkerettslige forpliktelser, kvalifiserer som en ugyldighetsgrunn.³⁰³ Rt. 1982 s. 241 (Alta) utgjør det sentrale prejudikatet for at også ikke-inkorporert folkerett utgjør en skranke for forvaltningens skjønnsetning i forvaltningsvedtak.³⁰⁴ Kort fortalt var spørsmålet i Alta-saken om en kongelig resolusjon om statsregulering av Altavassdraget var gyldig. Relevant for denne drøftelsen er det at Høyesterett uttalte:

«Reglene om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene fullt ut prøver om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler.»³⁰⁵

Høyesterett uttalte at domstolene vil ha *adgang* til å vurdere konvensjonsmessigheten for forvaltningsvedtak. Det stilles ikke vilkår om at de folkerettslige forpliktelsene må være *inkorporert* for at domstolen skal vurdere om forvaltningsvedtaket er i strid med folkeretts-

³⁰³ Arnesen og Stenvik (2015) s. 126. Et slikt synspunkt understøttes videre av Haukeland Fredriksen og Mathisen (2014) s. 319 og Uggerud (2000a) s. 75–76 med videre henvisninger til NOU 1993: 18 s. 68.

³⁰⁴ Arnesen og Stenvik (2015) s. 126. Se også Haukeland og Mathisen (2014) s. 319.

³⁰⁵ Rt. 1982 s. 241 (Alta) (s. 257–258). Høyesterett forklarer på side 347 i dommen at reguleringsvedtaket er «langtfra av en så alvorlig karakter» at det kan komme i strid med folkerettslig regler.

reglene. Dette kan tas til inntekt for at *alle* folkerettslige forpliktelser, også ikke-inkorporerte forpliktelser, setter skranker for forvaltningens skjønnsutøvelse.

Selv om Høyesterett sa at det forelå en adgang for å prøve om forvaltningsvedtak er i strid med folkerettslige forpliktelser, kom det likevel ikke *eksplisitt* til uttrykk at domstolene kan kjenne forvaltningsvedtak som *ugyldig* om det foreligger krenkelse. Det må imidlertid ligge implisitt i det siterte premisset at dersom domstolene først kan *prøve* konvensjonsmessigheten av forvaltningsvedtaket, må domstolene også kunne kjenne vedtaket *ugyldig* ved krenkelse.³⁰⁶ En slik forståelse av høyesterettsuttalelsen legges også til grunn i forarbeidene til EØS-loven.³⁰⁷ Der forklarer Utenriksdepartementet at de hadde forstått Høyesteretts uttalelse i Alta-saken på følgende måte:

«Dette kan vanskelig forstås på annen måte enn at forvaltningsvedtak som er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser, kan bli kjent ugyldige uten hensyn til om de folkerettslige forpliktelser er gjort til norsk lov eller forskrift, og selv om forvaltningsvedtaket er i overensstemmelse med øvrige lover og forskrifter som finnes.»³⁰⁸

Selv om Utenriksdepartementet kommer med denne uttalelsen i forbindelse med sitt arbeid om EØS-loven, er den utformet såpass generelt at den vil omfatte alle Norges folkerettslige forpliktelser.

I Alta-dommen konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå folkerettsstrid. Det var derfor ikke *nødvendig* for Høyesterett med hensyn til resultatet å vurdere om folkerettsstrid kvalifiserte som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak. Av denne grunn må høyesterettsuttalelsen anses som et *obiter dictum*.³⁰⁹ Det kan dermed anføres at uttalelsen har mindre vekt. Høyesterett har imidlertid flere ganger senere gitt uttrykk for at forvaltningsvedtak kan få prøvd sin konvensjonsmessighet.³¹⁰

³⁰⁶ Arnesen og Stenvik mener at «en slik regel kan vanskelig utledes av denne avgjørelsen alene», se Arnesen og Stenvik (2015) s. 126.

³⁰⁷ Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv. s. 4.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 126. *Obiter dictum* er betegnelse på en uttalelse som ikke hørte med begrunnelsen for dommens resultat. Denne formen for uttalelser har tradisjonelt vært ansett for å ha mindre vekt enn uttalelser av betydning for domsresultatet (*ratio decidendi*). Se i samme retning Nygaard (2004) s. 79.

³¹⁰ Arnesen og Stenvik (2015) s. 126 med videre henvisning til Rt. 1984 s. 1175, Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengsel) og Rt. 1996 s. 551 (utvisning I). Arnesen og Stenvik skriver at «[f]elles for disse avgjørelsene er at de dreide seg

Høyesteretts uttalelse sammenholdt med departementets forarbeidsuttalelser, trekker i retning av at forvaltningen må utøve sin skjønnsutøvelse i tråd med forpliktelsene etter ILO-169, også der hvor konvensjonen ikke er inkorporert i norsk rett. Dersom forvaltningens skjønnsutøvelse krenker ILO-169s bestemmelser, kvalifiserer det som en ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak.

I juridisk litteratur er det særlig to argumenter som er tatt til inntekt *for* at krenkelse av ikke-inkorporerte folkerettslige forpliktelser utgjør en ugyldighetsgrunn: For det første pekes det på at «folkerettslige forpliktelser vitterlig eksisterer». For det andre vises det til at aksepten «av den folkerettslige forpliktelsen kan [...] forstås som en generell instruks til forvaltningen».³¹¹ Det gjøres nærmere rede for argumentene i den gitte rekkefølge.

Norges folkerettslige forpliktelser setter skranke for forvaltningens handlingsrom. Det følger av Grunnloven § 92 at norske myndigheter skal «respekttere og sikre» blant annet rettighetene som følger av ILO-169.³¹² Ordlyden «respekttere og sikre» trekker i retning av at statens myndigheter plikter å *velge* å overholde folkerettslige forpliktelser når de også har andre valgmuligheter. En lignende «plikt» kan også utledes av Grunnloven § 108, hvor det heter at staten skal «legge forholdene til rette» for at samer skal få utvikle sitt språk og sin kultur. Menneskerettsutvalget uttalte i forbindelse med 2014-revisjonen av Grunnloven at sameparagrafen har rettslig betydning «som en retningsgivende bestemmelse for forvaltningens skjønnsutøvelse».³¹³ Endelig kan det også vises til ILO-169 artikkel 2 nr. 1, som stiller krav om at myndighetene «shall have the responsibility for [...] systematic action to protect the rights of these peoples».

Både konstitusjonelle bestemmelser og forpliktende bestemmelser i ILO-169 legger opp til at staten skal *sikre* at rettighetene i ILO-169 blir overholdt. Ikke-inkorporerte konvensjoner er like mye forpliktende for staten Norge som inkorporerte konvensjoner.³¹⁴ Dersom forvaltningen ikke respekterer landets folkerettslige forpliktelser fordi de ikke er inkorporert, medfører det at norske myndigheter favoriserer inkorporerte konvensjoner over ikke-inkorporerte konvensjoner; dette på grunn av en *internrettslig* mekanisme som er irrelevant i et folkerettslig

om folkerettslige forpliktelser av klar menneskerettslig karakter» og derfor begrenses rekkevidden av dommene. I punkt 5.4.2 er det slått fast at ILO-169 er en «traktat om menneskerettigheter», jf. Grunnloven § 92.

³¹¹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 126–127.

³¹² Se punkt 5.4.2.

³¹³ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 215.

³¹⁴ Uggerud (2000a) s. 75.

perspektiv. Særlig for ILO-169s del er det også et argument at det ville være meget uheldig om konvensjonen kun fungerte som skranke for forvaltningens skjønnsutøvelse der hvor den var inkorporert i norsk rett, mens den ikke skulle ha samme funksjon utenfor disse rettsområdene.

Argumentet om at den folkerettslige forpliktelsen må anses som en generell instruks til forvaltningen, får begrenset betydning når fokuset her ligger på forvaltningens *skjønnsutøvelse*. Dette argumentet har større betydning om man ser på folkerettsforpliktelsenes betydning for *saksbehandlingsreglene*. Dette henger sammen med at hovedregelen i norsk forvaltningsrett er at brudd på slike interne instruksjoner om skjønnsutøvelse ikke får betydning for et forvaltningsvedtaks gyldighet.³¹⁵ Arnesen og Stenvik fremholder imidlertid at folkerettsstrid må anses som en skranke av mer betydning enn instruksjoner, da folkerettslige forpliktelser «også har betydning for tolkningen av *kompetans hjemmelen*». Det anføres at dette særlig må gjelde når folkeretten først ble *forpliktende* etter innhenting av Stortingets samtykke.³¹⁶ Det faktum at ILO-169 ble ratifisert ved stortingsvedtak 20. juni 1990 tilsier at konvensjonen er mer forpliktende enn generelle instruksjoner. Arnesen og Stenvik fremholder også at for konvensjoner som Stortinget har gitt sitt samtykke til, vil samtykket måtte ses på «som en uttalelse om hvordan lovverket heretter skal praktiseres».³¹⁷

Som argument *mot* at folkerettsstrid skal utgjøre en ugyldighetsgrunn, er det blitt pekt på maktfordelings- og forutberegnelighetshensyn.³¹⁸ Det trekkes frem at dersom ikke-inkorporerte konvensjoner skal sette skranke for forvaltningens skjønnsutøvelse *uten* at Stortinget har gitt et slikt samtykke til internrettslig virkning, vil det kunne medføre forrykkelse i maktfordelingen. Når Stortinget ikke har gitt samtykke til internrettslig virkning, vil dette i tillegg kunne begrense forutberegneligheten. For ILO-169s del har Stortinget imidlertid gitt sitt samtykke til ratifikasjon, og således har maktfordelings- og forutberegnelighetshensynene ingen relevans for nærværende drøftelse. Det bemerkes dog at forutberegnelighetshensyn uansett ikke står sterkt. Forutberegnelighetshensyn kan likeså godt være et argument for at folkerettsstrid skal utgjøre en ugyldighetsgrunn: Borgerne må kunne forvente at folkerettslige

³¹⁵ Arnesen og Stenvik (2015) s. 127 med videre henvisning til Eckhoff og Smith (2014) s. 156–159 og Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015 s. 176–178.

³¹⁶ *Ibid.*, s. 127–128.

³¹⁷ *Ibid.*, s. 128.

³¹⁸ *Ibid.*, s. 128–129 med videre henvisning til Helgesen (1982) s. 98.

forpliktelser blir overholdt ved forvaltningens skjønnsutøvelse. Dette er også en form for retts-sikkerhetshensyn.

På bakgrunn av drøftelsene gjort foran fremstår det som klart at forvaltnings-skjønn som krenker ILO-169s materielle innhold, kvalifiserer som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak. Dette gjelder både på sektorinkorporerte og ikke-inkorporerte områder i norsk rett. I det følgende skal det kort knyttes noen prinsipielle synspunkter om *generelle forskrifter*.

Det kan spørres om folkerettsstrid som ugyldighetsgrunn skal behandles likt for generelle forskrifter og enkeltvedtak. Generelle forskrifter har flere likhetstrekk med formelle lover sammenlignet med enkeltvedtak. Dette kan tale for at vurderingen av folkerettsstrid ved generelle forskrifter bør legges nærmere opp til vurderingen av om en formell lov er i strid med folkerettslige forpliktelser. Blant annet spiller innrettelseshensynet en større rolle for generelle forskrifter enn for enkeltvedtak.³¹⁹ Likevel er det egentlig lite som skulle tilsi at generelle forskrifter og enkeltvedtak skal behandles annerledes i vurderingen av om folkerettsstrid utgjør en ugyldighetsgrunn. Som Arnesen og Stenvik fremholder, åpner hjemmelsloven «for å gi folkerettskonforme forskrifter».³²⁰ Når loven ikke utgjør et hinder for å gi en folkerettskonform forskrift, vil forskriften måtte være i tråd med folkerettslige forpliktelser. Det er dermed ingen grunn for at generelle forskrifter og enkeltvedtak skal behandles forskjellig ved vurderingen av om folkerettsstrid utgjør en ugyldighetsgrunn. ILO-169 utgjør dermed som den store hovedregel en like betydelig skranke for både utformingen av generelle forskrifter og enkeltvedtak.

5.6 Konklusjon

Det gjelder ikke et klarhetskrav for ILO-169 i norsk rett. Tatt i betraktning den klare lovgiverviljen som ligger bak inkorporeringen av SP i menneskerettsloven, kan det anføres at SP har sterkere gjennomslagskraft enn ILO-169 – også på de områder i norsk rett hvor sistnevnte er inkorporert. For øvrig gir ikke sektorinkorporeringen av ILO-169 i finnmarksloven § 3 første punktum et særlig bidrag til folkerettslig oppfyllelse av konvensjonens materielle innhold i forbindelse med rettskartleggingen i Finnmark.

Når det gjelder ILO-169s forhold til Grunnloven, kan det fastslås to ting: For det første er ILO-169 omfattet av Grunnloven § 92. For det andre har Grunnloven § 108 betydning for

³¹⁹ Arnesen og Stenvik (2015) s. 131: Drøfter dog særskilt om forskrifter innenfor EØS-avtalens slagfelt.

³²⁰ *Ibid.*

behandlingen av ILO-169 i norsk rett. Samtidig kan konvensjonens bestemmelser også virke som tolkningsfaktorer til å klarlegge sameparagrafens materielle innhold.

Krenkelse av ILO-169 i forvaltningens skjønnsutøvelse kvalifiserer som ugyldighetsgrunn for forvaltningsvedtak. Det gjelder så vel for generelle forskrifter som for enkeltvedtak.

6 Hensiktsmessigheten av hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett

6.1 Innledning

Utviklingen av menneskerettigheter kan beskrives som en prosess bestående av tre faser: *idealisering*, *positivering* og *realisering*.³²¹ Fasene er elastiske, noe som innebærer at de påvirker hverandre og glir over i hverandre.³²² For urfolksrettighetene har denne prosessen vært særlig lang og kronglete.

Tanken om urfolksrettigheter kan spores tilbake til den europeiske koloniseringen av Sør-Amerika på 1500-tallet.³²³ Likevel var det ikke før på 1970- og 80-tallet idealiseringen om urfolksrettigheter fant sted som et fremtvingende internasjonalt ønske.³²⁴ Manglende kunnskap om urfolks *kultur* (forstått i vid forstand) medførte at det tok lang tid fra idealisering til *egnet* positivering av urfolksrettigheter. ILO-169 er i dag det viktigste *positiverte* internasjonale urfolksinstrumentet.³²⁵ I kapittel 2 ble det kort redegjort for konvensjonens bakgrunn og materielle innhold. Der introduserte jeg *idealiseringen* og *positiveringen* av urfolksrettigheter tilknyttet én enkelt konvensjon, ILO-169. Ved å kartlegge og vurdere betydningen av hvordan konvensjonen er innarbeidet i intern rett, gav kapitlene 4 og 5 et metodisk innblikk i hvordan ILO-169s rettigheter er blitt *realisert* i norsk rett. Hensikten med kapittel 6 er å vurdere om måten ILO-169 har blitt realisert på internrettslig, er *hensiktsmessig*.

Det gjøres først rede for hvilke krav som stilles til innarbeidningen av ILO-169 i norsk rett, se punkt 6.2. Vurderingen skjer i både et nasjonalt og folkerettslig perspektiv. I punkt 6.3 følger en drøftelse om sektorinkorporering og et presumsjonsprinsipp er tilstrekkelig for å sikre nasjonal oppfyllelse av konvensjonen. Endelig redegjøres det for spørsmålet om ILO-169 burde få lik rettskildemessig status i norsk rett som SP, se punkt 6.4. Dette innebærer å måtte drøfte og ta stilling til om konvensjonen skal inkorporeres i menneskerettsloven og følgelig få forrang for annen norsk lovgivning.

³²¹ Asbjørn Eide, *Fattig, ufri og mishandlet: om det internasjonale menneskerettighetsvernet*, Oslo 1978 s. 30–31.

³²² NOU 1993: 18 s. 20.

³²³ NOU 2007: 13 s. 173.

³²⁴ Åhrén (2016) s. 83 flg.

³²⁵ NOU 2007: 13 s. 173.

6.2 Hvilke krav stilles til innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett? Sammenlignende perspektiver

6.2.1 Fremgangsmåte

Her skal det drøftes hvilke krav som stilles til innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett. Siktemålet med drøftelsen er å vise at folkeretten og nasjonal rett stiller forskjellige krav til hvordan internasjonale menneskerettigheter skal innarbeides i den interne rett.

6.2.2 Folkerettslige krav til innarbeiding?

Hensikten med menneskerettigheter er å sikre individer mot handlinger og unnlaterer fra statens myndigheter.³²⁶ Ved å ratifisere en folkerettslig konvensjon, tar signatarstaten på seg et ansvar om å oppfylle de forpliktelsene konvensjonen gir en anvisning på. ILO-169 oppstiller bare *minstestandarder*.³²⁷ Det vil si at Norge ikke kan begrense rettighetene som følger av konvensjonen, men kan naturligvis gi samene sterkere rettigheter.

Folkerettslig sedvanerett stiller ikke krav til hvordan folkerettslige forpliktelser skal innarbeides i den interne rett.³²⁸ Det avgjørende i et folkerettslig perspektiv er om konvensjonen oppfylles i god tro, jf. Wien-konvensjonen artikkel 26. Likevel *kan* en traktat selv fastsette en bestemt form for innarbeiding i signatarstatenes interne rett.³²⁹ For internasjonale *menneskerettighetskonvensjoner* finnes det imidlertid ingen eksempler på at det stilles uttrykkelig påbud om at menneskerettighetsstandardene skal innarbeides på en bestemt måte i nasjonal lovgivning.³³⁰ Dette er også tilfellet for ILO-169. Konvensjonen stiller ikke egne krav til hvordan den skal innarbeides internrettslig hos signatarstatene. Det er lagt opp til fleksibel innarbeiding av konvensjonen, jf. ILO-169 artikkel 34.

Selv om det ikke stilles folkerettslige krav til hvordan en konvensjon skal innarbeides internrettslig, vil inkorporering og andre innarbeidingsmetoder bli «ansett for å være en særlig lojal oppfyllelse» av konvensjonsrettighetene som skal etterleves.³³¹ ILOs ekspertkomité,

³²⁶ Se blant annet Carsten Smith, «Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2005 s. 433–440 (s. 433).

³²⁷ ILO (2009) s. 26: ILO-169 artikkel 35 sammenholdt med ILO-konstitusjonen artikkel 19 nr. 8 tilsier at konvensjonen bare oppstiller minstestandarder.

³²⁸ NOU 1993: 18 s. 36.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Marius Emberland, «Internasjonale tilsynsorganers synspunkter på oppfølgingen av Norges menneskerettigheter», *Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter*, 2004 s. 206–221 (s. 215).

³³¹ *Ibid.*

CEACR, trekker for eksempel frem sektorinkorporeringen av ILO-169 i finnmarksloven § 3 første punktum i sin omtale av rettskartleggingen i Finnmark.³³²

Bakgrunnen for at ILO ikke ønsker å stille mer presise krav til *hvordan* konvensjonen skal innarbeides internrettslig, knytter seg til at dette er noe den enkelte signatarstat må vurdere sammen med urfolket. De karakteristiske sosiale, kulturelle, økonomiske og historiske forhold hos hver enkelt signatarstat medfører at innarbeidingsmetoden må tilpasses hver stats rettssystem.³³³ Det bemerkes at ILO-169 artikkel 2 nr. 1 stiller krav til statens myndigheter om å verne urfolks rettigheter. Tatt i betraktning det brede mangfoldet av rettigheter som følger av ILO-169, må signatarstatene møysommelig vurdere hvordan konvensjonen skal innarbeides i intern rett.³³⁴

Det stilles altså ikke særlige folkerettslige krav til innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett, annet enn at den skal gjøres i «god tro». Utover dette står Norge fritt til å bestemme hvordan konvensjonen skal innarbeides, men det må skje på en måte som bidrar til oppfyllelse av de folkerettslige forpliktelsene.

6.2.3 Norges relativiserte innarbeiding av menneskerettigheter

Om menneskerettigheter uttalte Carsten Smith: «Vil man menneskerettigheter, må man også ville en styrking av domstolene».³³⁵ Smiths ord er også relevant når man ser på hvordan ILO-169 er blitt gjennomført i norsk rett og hvilken betydning konvensjonen har hatt. Det bør dog gjøres en presisering av sitatet: «Vil majoritetssamfunnet urfolksrettigheter, må majoritetssamfunnet også ville en styrking av domstolene, og i forlengelsen av dette internasjonale menneskerettighetskomiteer.» I hvilken grad storsamfunnet har tillatt at samene skal få et sterkere rettsvern – og i den anledning har åpnet dørene for en maktforskyvning i retning domstolene på bekostning av lovgiver – får man et inntrykk av ved å se nærmere på innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett.

³³² CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples – adopted 2009*, 99th ILC session, 2010 femte avsnitt.

³³³ ILO, *Handbook for ILO Tripartite Constituents: Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Conventions, 1989 (No. 169)*, Genève 2013 s. 6.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ Smith (2005) s. 434.

Hvordan internasjonale menneskerettigheter blir innarbeidet i intern rett er helt sentralt for å avgjøre deres gjennomslagskraft.³³⁶ Man kan spore en utvikling i Norge hva gjelder vårt forhold til internasjonale menneskerettigheter. I dag gjelder ikke de samme begrensingsmekanismene i norsk rett som på 1990-tallet begrenset internasjonale menneskerettighetskonvensjoners gjennomslagskraft.³³⁷ Dette tyder på at internasjonale menneskerettigheters rettslige status i norsk rett på generelt nivå er styrket.

Det kan imidlertid spørres om denne «styrkingen» av menneskerettigheter også omfatter de mindre sentrale menneskerettskonvensjonene, deriblant ILO-169. Det er utvilsomt at SP innehar en høyere rettslig status i dag enn for 25 år siden. Gjelder dette også for ILO-169? Spørsmålet henger tett sammen med hvilken verdi internasjonale menneskerettigheter har; menneskerettigheters *egentlige verdi* kommer først til uttrykk hvor det «koster noe» for staten å gi etter for disse rettighetene.³³⁸ Det vil si der staten har egne interesser som helt eller delvis strider med menneskerettighetene. Det er da menneskerettighetenes egentlige verdi kommer eksplisitt til uttrykk. Billedlig forklart er det ikke på solskinnsdager menneskerettighetenes verdi blir satt på spissen. På slike dager blir riktignok menneskerettigheter ofte gitt positiv omtale i det offentlige rom. Den egentlige verdien til menneskerettigheter aktualiseres imidlertid først på regntunge dager når menneskerettighetene står opp mot statens egne økonomiske og realpolitiske interesser. Da det ikke lenger holder å si at alt er fint og flott.

Vedrørende de konvensjonene som ikke ble foreslått inkorporert i menneskerettsloven, uttalte Møse-utvalget at utelatelsen fra menneskerettsloven ikke innebar «noen svekkelse i forhold til den stilling den har i dag».³³⁹ ILO-169 har således ikke fått svekket sin rettslige status på grunn av utelatelsen fra menneskerettsloven. Justis- og politidepartementet fremholder at ILO-169s betydning i norsk rett faktisk er blitt styrket ved menneskerettsloven.³⁴⁰ Departementet hevder at ordlyden «styrke menneskerettighetenes stilling» i menneskerettsloven § 1 understreker at også ikke-inkorporerte menneskerettskonvensjoner er tungtveiende rettskildefaktorer i norsk rett.³⁴¹

³³⁶ Smith (2005) s. 433.

³³⁷ Punktene 5.2.1 og 5.3.1.

³³⁸ Ken Uggerud, «Uønskede menneskerettigheter», *Retfærd*, 2000b s. 21–45 (sammendrag).

³³⁹ NOU 1993: 18 s. 87.

³⁴⁰ Justis- og politidepartementets rundskriv 31. mai 1999 (G-1999-45) pkt. 2 Menneskerettsloven Til § 1.

³⁴¹ *Ibid.*

For å kunne gi urfolksrettigheter sterkere gjennomslagskraft i norsk rett, er det en viktig ting som kan gjøres: ILO-169 må inkorporeres i norsk lov med forrang for annen norsk rett. Dersom konvensjonen blir inkorporert i norsk lov *uten* forrang eller skal ivaretas gjennom presumsjonsprinsippet, vil den ikke være sikret eller synliggjort på et tilstrekkelig nivå.³⁴² Den rettslige status er avgjørende for hvilken gjennomslagskraft menneskerettighetene får i norsk rett ved total motstrid. For ILO-169, som i all hovedsak baserer sin rettslige status på et presumsjonsprinsipp, kan utfallet i saker fort bli negativt. Men er det ikke akkurat i slike tilfeller ILO-169 burde ha fått gjennomslag? Konvensjonen får positiv omtale i forarbeider og i andre offentlige dokumenter, men når en reell konflikt plutselig oppstår skal den likevel måtte vike? Det er en brutal realitet. Det bør koste staten noe å overholde urfolksrettigheter.

Man kan kategorisere menneskerettighetenes stilling i norsk rett på samme måte som sektormonistiske bestemmelser (eller lignende bestemmelser) ble kategorisert i kapittel 4. Grovt sett kan menneskerettighetenes stilling inndeles i en A- og B-gruppe.³⁴³ A-gruppen består av menneskerettigheter som er inkorporert i menneskerettsloven eller har Grunnlovs rang. B-gruppen utgjør de resterende menneskerettighetene som ikke har generell forrang for annen norsk rett. Det man ser er at det eksisterer et *kvalitetsskille* i menneskerettighetskonvensjonenes gjennomslagskraft i norsk rett. Konsekvensen av at forpliktende menneskerettigheter har forskjellig gjennomslagskraft er tredelt: I et nasjonalt perspektiv gir forskjellene i gjennomslagskraft norske myndigheter muligheten til å omgå menneskerettigheter når de kan være «bryssomme».³⁴⁴ I et folkerettslig perspektiv kan inkorporering av en menneskerettighetskonvensjon på et «lavere» nivå enn menneskerettsloven, fremstå som mindre lojalt all den tid det *kunne* vært valgt å inkorporere den på et «høyere» nivå. Endelig medfører det at staten vil stå i «spagat» ved å forsøke å forene den formelle respekt på internasjonalt nivå med den reelle respekt på nasjonalt nivå.

Folkeretten stiller altså krav om folkerettslig oppfyllelse av bestemmelsene i ILO-169, men intet krav til hvordan konvensjonen skal innarbeides i norsk rett. Også i et nasjonalt perspektiv er folkerettslig oppfyllelse av bestemmelsene i ILO-169 et naturlig mål. Kvalitetsskillet i gjennomslagskraften mellom de generelle menneskerettskonvensjonene (SP) og spesialkonvensjonene (ILO-169) tilsier imidlertid at den reelle respekten for disse konvensjonene er

³⁴² Smith (2005) s. 434.

³⁴³ Ken Uggerud (2000b) s. 43.

³⁴⁴ *Ibid.*, s. 44.

forskjellig. Dette kan også bidra til reaksjoner på det internasjonale plan. Det kan skapes en oppfatning om at SP er *viktigere* enn ILO-169 i Norge. Til dels skjules forskjellene i konvensjonenes rettslige status gjennom positiv omtale av de mindre «sentrale» konvensjonene i forarbeider og andre offentlige dokumenter. Den rettsdogmatiske studien gjort i kapittel 4 om hvordan ILO-169 er innarbeidet i norsk rett, viser imidlertid at realiteten for denne mindre «sentrale» konvensjonen er mer dyster enn hva førsteinntrykket skulle tilsi.

Det faktum at kun et fåtall av Norges forpliktende konvensjoner har blitt inntatt i menneskerettsloven, har fått internasjonal oppmerksomhet. På grunn av at Norge har valgt å relativisere gjennomslagskraften til disse konvensjonene, har det blitt fremsatt *ønsker* fra det internasjonale plan om at også andre konvensjoner bør inntas i menneskerettsloven. Dette gjelder for eksempel FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.³⁴⁵ I sine observasjonuttalelser til Norge 14. desember 2018, bemerker FNs rasediskrimineringskomité at konvensjonen ikke er inkorporert i menneskerettsloven. På den bakgrunn mener komiteen at konvensjonen ikke er behandlet på samme grunnlag («treated on the same basis») i norsk rett som konvensjonene inntatt i menneskerettsloven.³⁴⁶

6.3 Er sektorinkorporering og presumsjonsprinsippet tilstrekkelig for å sikre nasjonal oppfyllelse av ILO-169?

6.3.1 Fremgangsmåte

Det skal vurderes om sektorinkorporeringen av ILO-169 og presumsjonsprinsippet gir konvensjonen tilstrekkelig gjennomslagskraft i intern rett slik at dens rettigheter rent faktisk blir oppfylt i norsk rett. ILO-169 er inkorporert i flere norske lover ved sektormonistiske bestemmelser. På disse rettsområdene har ILO-169 også blitt gitt forrang for annen norsk formell lov. De forskjellige inkorporeringsbestemmelsene er i punkt 4.2 blitt inndelt i kategoriene A og B. Foruten om der hvor ILO-169 er sektorinkorporert i norsk rett, er det presumsjonsprinsippet som bestemmer konvensjonens betydning for norsk rettsanvendelse. På rettsområder hvor internasjonale urfolksrettigheter betraktes som særlig relevante, er det inntatt

³⁴⁵ Autentisk engelsk tittel: «International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», 7. mars 1966.

³⁴⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations on the combined twenty third and twenty fourth periodic reports of Norway*, 14. desember 2018 s. 2.

bestemmelser som stadfester presumsjonsprinsippet, se blant annet reindrifftsloven § 3 og mineralloven § 6 (kategori C).

I punkt 6.3.2 tas det utgangspunkt i kategoriene A, B og C.³⁴⁷ Der skal det drøftes om innarbeidingen av ILO-169 innenfor hver enkelt kategori, er hensiktsmessig. Punkt 6.3.3 er viet til en vurdering av hvorvidt den samlede innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett i realiteten har bidratt til rettssikkerhet eller *rettsusikkerhet*.

6.3.2 Kvalitetsskille i ILO-169s gjennomslagskraft

Inkorporering med forrang for annen norsk formell lov gir sterk gjennomslagskraft. Presumsjonsprinsippet gir svakere gjennomslagskraft. For å kunne ta stilling til spørsmålet om ILO-169s gjennomslagskraft i norsk rett er hensiktsmessig, må det også vurderes i hvilken grad konvensjonen er *relevant og aktuell* på de områdene i norsk rett hvor den er innarbeidet. Det vil være uten betydning å gi konvensjonen sterk gjennomslagskraft på et rettsområde hvor den er uten relevans og aktualitet – og vice versa.

Sektorinkorporeringen av ILO-169 for kategori A-tilfellene gir konvensjonen forrang for en bestemt del av norsk rett. Dette gjelder blant annet for straffelovgivningen, jf. straffeloven § 2. I punkt 5.2.2 ble det undersøkt hvilken betydning ILO-169 har på strafferettens område. Det klare utgangspunktet er at norsk straffelovgivning må settes til side for ILO-169 ved total motstrid. I både Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) og Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) vurderte Høyesterett om samiske sedvaner medførte at straffebud måtte tolkes innskrenkende, jf. ILO-169 artikkel 8, jf. straffeloven § 2. Selv om spørsmålet ble besvart benektende i begge tilfeller, skyldtes ikke det at ILO-169 har svak gjennomslagskraft på strafferettens område. Begrunnelsen for resultatet var at de samiske sedvanene ikke hadde god nok *kvalitet* for at straffebudene måtte tolkes innskrenkende.

Sektorinkorporeringen av ILO-169 i kategori A-bestemmelsene fremstår som hensiktsmessig. Bestemmelsene gir konvensjonen sterk gjennomslagskraft, da den får forrang for annen lovgivning på området ved total motstrid. I tillegg er de *rettsområder* som ILO-169 er inkorporert og gitt forrang overfor, relevante og aktuelle med hensyn til konvensjonens materielle innhold. For avhandlingens del er det primært straffeloven som har blitt nyttet som

³⁴⁷ Se kategoriseringen i punkt 4.2.

eksempel for kategori A. Det må imidlertid legges til grunn at innarbeidingen av ILO-169 i de øvrige kategori A-bestemmelsene er hensiktsmessig.³⁴⁸

Også i kategori B-bestemmelsene er ILO-169 inkorporert og gitt forrang for en bestemt del av norsk rett. Forskjellen fra kategori A er at bestemmelsene i kategori B nevner «urfolk» og/eller «ILO-169» eksplisitt i lovens ordlyd. Det ble lagt til grunn i punkt 4.2.3 at ILO-169 er inkorporert gjennom finnmarksloven § 3 første punktum og tanaloven § 3 første punktum og gitt forrang for lovenes egne bestemmelser.

ILO-169 har i medhold av finnmarksloven § 3 første punktum sterk gjennomslagskraft overfor finnmarkslovens egne bestemmelser. Likevel kan ikke innarbeidingen av ILO-169 i finnmarksloven anses som *hensiktsmessig*. Et slikt standpunkt begrunnes med at ILO-169 har mindre relevans og aktualitet i møte med finnmarkslovens egne bestemmelser sammenlignet med hele *rettsanvendelsesområde* finnmarksloven foreskriver. Det er altså ikke ILO-169s gjennomslagskraft som medfører at inkorporeringen av konvensjonen i finnmarksloven § 3 første punktum, fremstår som formålsløs. Den svekkede gjennomslagskraften til ILO-169 knytter seg heller til *rekkevidden* av intern rett konvensjonen er gitt forrang overfor. All den tid inkorporeringen av ILO-169 begrenser seg til finnmarkslovens egne bestemmelser, virker den i all hovedsak kun som «sikring mot dårlig juridisk håndverk under utformingen av finnmarksloven».³⁴⁹

Man skulle tro at inkorporeringen av ILO-169 i kategori B-bestemmelsene ville fremstå som hensiktsmessig. Det er *kun* ILO-169 som inkorporeres gjennom disse bestemmelsene. Når én konvensjon er viet den fulle oppmerksomhet i lovgivningsarbeidet, forventes det at inkorporeringen fremstår som hensiktsmessig og *logisk*. Foran er det lagt til grunn at ILO-169 er hensiktsmessig gjennomført på straffelovens område. Der er den inkorporert gjennom en generelt utformet bestemmelse – uten særlig fokus på ILO-169. Det fremstår da som et paradoks at der ILO-169 er alene i fokus for inkorporeringen i finnmarksloven, er den inkorporert og gitt forrang for bestemmelser som ikke aktualiserer konvensjonens materielle innhold i særlig grad.

Det kan således slås fast at ILO-169 har sterk gjennomslagskraft på finnmarkslovens område. Problemet er at konvensjonen er lite aktuell i møte med finnmarkslovens egne bestemmelser.

³⁴⁸ Punkt 5.2.4.

³⁴⁹ Ravna (2019) s. 176. Formuleringen må imidlertid leses i sammenheng med den nyanseringen som er gjort i punkt 5.2.3.

Det faktum at sektorinkorporeringen av ILO-169 er begrenset slik at den ikke omfatter de materielle reglene rettskartleggingen i Finnmark skal avklares på grunnlag av, fører til en vesentlig begrensning i konvensjonens muligheter til å påvirke rettskartleggingen i Finnmark. Sammenlignet med hvilken betydning ILO-169 ville ha hatt dersom konvensjonen var inkorporert og gitt forrang for hele rettskartleggingen i Finnmark, fremstår gjeldende sektorinkorporering som illusorisk. Av denne grunn er ikke sektorinkorporeringen gjennom finnmarksloven § 3 første punktum *hensiktsmessig*. Som Ravna fremholder bør ILO-169 ikke bare få forrang for lovteksten, men også *rettsanvendelsen* finnmarksloven foreskriver.³⁵⁰ I punkt 4.2.3 er det gitt et forslag til utforming av finnmarksloven § 3 første punktum slik at ILO-169 inkorporeres og gis forrang også for de materielle reglene som rettskartleggingen i Finnmark skal avklares på grunnlag av. Et annet alternativ er selvfølgelig å inkorporere ILO-169 i menneskerettsloven og på den måten gi konvensjonen generell forrang for annen norsk lovgivning, se mer om dette i punkt 6.4.

Kategori C-bestemmelsene kjennetegnes ved at de ikke inkorporerer ILO-169, men kun stadfester presumsjonsprinsippet. Som på alle andre rettsområder i norsk rett hvor ILO-169 ikke er inkorporert, får konvensjonen her sin betydning for norsk rettsanvendelse bestemt ved presumsjonsprinsippet.³⁵¹

Både reindriftsloven og mineralloven inneholder en bestemmelse om at «[I]oven skal anvendes i samsvar» med blant annet ILO-169, se henholdsvis § 3 og § 6. I punkt 4.2.3 ble bestemmelsene kartlagt, og de ble ansett for å stadfeste presumsjonsprinsippet (kategori C). Som følge av at ILO-169 ikke er inkorporert i reindrifts- eller mineralloven, har konvensjonen svak gjennomslagskraft i møte med to norske regelverk hvor den er relevant og aktuell.³⁵² Sammenlignet med den begrensede inkorporeringen av ILO-169 i finnmarksloven § 3 første punktum, er situasjonen for konvensjonen på reindrifts- og minerallovens område stikk motsatt: Overfor finnmarkslovens *egne regler*, har ILO-169 sterk gjennomslagskraft, jf. § 3 første punktum, som gir konvensjonens bestemmelser prioritet ved motstrid. Problemet med inkorporeringen av konvensjonen er at den har mindre relevans og aktualitet overfor finnmarkslovens egne regler sammenlignet med hva den ville hatt overfor hele rettskartleggingen i

³⁵⁰ Ravna (2019) s. 176.

³⁵¹ Punkt 5.3.

³⁵² I både forarbeidene til reindriftsloven og mineralloven fremheves betydningen av ILO-169 på disse rettsområdene, se henholdsvis Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) s. 53 og Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) s. 131.

Finnmark.³⁵³ Når det gjelder reindriffts- og mineralloven, har ILO-169 svakere gjennomslagskraft, da konvensjonen ikke er inkorporert eller gitt forrang for lovenes bestemmelser. I motsetning til hva som gjelder finnmarksloven, har konvensjonen stor relevans og aktualitet overfor reindriffts- og minerallovens *egne regler*.

For øvrig i møte med norsk rett får ILO-169s gjennomslagskraft i medhold av presumsjonsprinsippet. ILO-169s gjennomslagskraft på disse områdene må karakteriseres som svakere enn der konvensjonen er sektorinkorporert i norsk rett.

6.3.3 Skinnet bedrar: Unødvendig mystifisering av retten

I bunn og grunn er formålet med både sektorinkorporering og presumsjonsprinsippet å gi et bidrag til oppfyllelse av forpliktende folkerettsregler i norsk rett. Det er også et rettssikkerhets-hensyn at norsk rett blir anvendt i tråd med den forpliktende folkerett. Den aktuelle problemstillingen er om sektorinkorporeringen av ILO-169 i finnmarksloven og stadfestelsen av presumsjonsprinsippet i reindriffts- og mineralloven, bidrar til å *oppfylle* eller *forhindre* formålet om at norsk rett skal anvendes i tråd med folkeretten.

Reindriffts- og mineralloven stadfester presumsjonsprinsippet. Det er allerede påpekt at en slik stadfestelse ikke gir ILO-169 sterk gjennomslagskraft. En stadfestelse av et presumsjonsprinsipp bidrar imidlertid i noen grad til oppfyllelse av internasjonale urfolksrettigheter. For det første gir bestemmelsen en *forhåpning* om at norsk rett vil være i tråd med folkeretten; et slags forutberegnelighetshensyn. For det andre virker den som en *påminnelse* for rettsanvendere om at internasjonale urfolksrettigheter er spesielt viktig på rettsområdet. I et omfattende og uoversiktlig norsk rettssystem kan slike påminnelser være formålstjenlige. I utgangspunktet bidrar altså en stadfestelse av presumsjonsprinsippet til *oppfyllelse* av ILO-169s rettigheter på reindriffts- og minerallovens område.

Tvilen omkring hvilken gjennomslagskraft ILO-169 har etter reindrifftsloven § 3 og mineralloven § 6, kan på den andre siden bidra til å *forhindre* oppfyllelse av ILO-169. Vurderingen av hvordan ILO-169 er gjennomført i reindriffts- og mineralloven i punkt 4.2.3, var komplisert og tvilsom. Særlig skyldtes det vidløftige uttrykk og vage formuleringer i forarbeidsuttalelsene til disse lovene. Om mineralloven § 6 uttalte Skogvang at det er «noe

³⁵³ ILO-169 er dog aktuell for FeFos myndighetsutøvelse i medhold av finnmarksloven kapittel 3, se mer om dette i punkt 5.2.3.

forvirrende hvilket forhold lovgiver har ment at mineralloven skal ha til folkerettslige regler om urfolk og minoriteter». ³⁵⁴ Slik forvirring og uvisshet bidrar ikke til oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser, men skaper rettsusikkerhet. Tatt i betraktning at Sametinget blir konsultert og kommer med egne råd til gjennomføringen av folkerett i nasjonal rett, er det viktig at norske myndigheter er klare i sine uttalelser om Sametingets forslag blir fulgt eller ikke. Vage formuleringer resulterer i omgående drøftelser som verken tjener Sametinget eller norske myndigheter i det lange løp.

Til illustrasjon: Sametinget uttalte i arbeidet med reindriftsloven at om ikke samme formulering som i finnmarksloven § 3 første punktum også ble inntatt i reindriftsloven § 3, «vil det rettsvernet reindriften har gjennom internasjonale forpliktelser undergraves». ³⁵⁵ Mat- og landbruksdepartementet mente at rettsvernet etter internasjonale konvensjoner ikke blir svekket «ved at loven henviser til relevant folkerett som helhet». ³⁵⁶ Videre ble det uttalt at det rettsvernet reindriften har «verken kan eller skal settes til side av reindriftsloven». ³⁵⁷ Departementets uttalelser fremstår som at rettsvernet etter forpliktende folkerettsregler er like solid i reindriftsloven som i finnmarksloven. Basert på utlegningen av gjeldende rett i punkt 4.2.3, er ikke dette korrekt. Samers internasjonale rettsvern etter ILO-169 er mindre solid der hvor konvensjonen ikke er inkorporert sammenlignet med der hvor konvensjonen er inkorporert. Departementet har nok rett i at det *som oftest* vil være slik at nasjonal rett er i samsvar med forpliktelsene etter ILO-169. Men de få gangene det oppstår total motstrid mellom nasjonal rett og ILO-169, får ikke konvensjonen direkte virkning i norsk rett.

Det samme kan man se i forarbeidene til mineralloven § 6. Nærings- og handelsdepartementet fremhever at formålet med bestemmelsen «er å sikre at loven blir anvendt i overensstemmelse med» reglene i ILO-169. ³⁵⁸ Riktignok vil loven som oftest være i tråd med ILO-169. Likevel er stadfestelse av et presumsjonsprinsipp ingen ubetinget sikkerhet for folkerettslig overholdelse ved nasjonal rettsanvendelse.

Reindriftsloven § 3 og mineralloven § 6 sin stadfestelse av presumsjonsprinsippet bidrar på den ene siden til folkerettslig oppfyllelse av ILO-169. På den andre siden forhindrer den *usikkerhet*

³⁵⁴ Skogvang (2010) s. 57.

³⁵⁵ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) s. 53.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) s. 131.

om hva bestemmelsene gir uttrykk for, fra å oppnå samme formål. Lovenes ordlyd lest i sammenheng med forarbeidsuttalelsene gir inntrykk av at det tegnes et *slør* for manglende inkorporering av ILO-169 på sentrale områder. Forsøk på å «skjule» en sentral urfolkskonvensjons stilling på viktige rettsområder bidrar ikke til rettssikkerhet, men *rettsusikkerhet*.

Det samme gjelder også for finnmarksloven § 3 første punktum. Bestemmelsen gir en forhåpning om at *hele* rettskartleggingen av Finnmark skal skje med de begrensninger som følger av ILO-169. I forarbeidene til reindriftsloven, som da må karakteriseres som etterarbeider til finnmarksloven, uttaler departementet at årsaken til at ILO-169 er nevnt eksplisitt i finnmarksloven, knytter seg til «behovet for avklaring av andre rettsforhold».³⁵⁹ Med «andre rettsforhold» er det nærliggende å tro at departementet sikter til rettskartleggingen av Finnmark. Når ILO-169 ikke får direkte virkning overfor rettskartleggingen av Finnmark, illustrerer det at en sektorinkorporeringsbestemmelse som i utgangspunktet skal bidra til oppfyllelse av konvensjonens forpliktelser, i *realiteten* bidrar til rettsusikkerhet. Når det *reelle* formålet med sektorinkorporeringsbestemmelser – å bidra til oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser – blir undergravet, gjør det regelverket uforutsigbart. Selvsagt er det ikke ofte det vil forekomme total motstrid mellom ILO-169 og norsk rett. Presumsjonsprinsippet vil bidra til å redde tilsynelatende konflikter. Det kommer derfor oftest til å gå bra. Men ikke alltid. I de tilfellene hvor konflikten er *uunngåelig* bør internasjonale konvensjoner ha tilstrekkelig gjennomslagskraft for å sikre nasjonal oppfyllelse av de folkerettslige forpliktelsene.

6.4 Bør ILO-169 få lik rettskildemessig status i norsk rett som SP?

6.4.1 Noen utgangspunkter og fremgangsmåte

Blant konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven, finner vi SP, jf. § 2 nr. 3. Etter menneskerettsloven § 3 får bestemmelsene i SP forrang for «bestemmelser i annen lovgivning» ved total motstrid. Det innebærer at minoritetsbestemmelsen i SP artikkel 27 har forrang for alle formelle norske lover, blant annet reindriftsloven, finnmarksloven og mineralloven. Dersom bestemmelsene i disse norske lovene ikke er i tråd med SP artikkel 27 sitt materielle innhold, må de vike. Artikkel 27 har således sterk gjennomslagskraft i norsk rett. Som den store hovedregel er det kun Grunnlovens bestemmelser som kan sette SP artikkel 27 til side.³⁶⁰

³⁵⁹ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) s. 53.

³⁶⁰ Se punkt 5.2.1.

Den nærmere problemstillingen er om ILO-169 bør få nytte godt av tilsvarende rettslige status som SP artikkel 27 har i norsk rett. Mer presist skal det drøftes og tas stilling til om ILO-169 bør inkorporeres i menneskerettsloven og følgelig få forrang for annen norsk lovgivning.

I utredningen som ligger til grunn for menneskerettsloven vurderte Møse-utvalget tidlig på 1990-tallet om ILO-169 burde bli inkorporert i loven. Der ble det konkludert med at det kunne «være klokt å vente noen tid med et eventuelt inkorporasjonsvedtak» for ILO-169s vedkommende.³⁶¹ På det tidspunktet ble det funnet ikke å være et påtrengende behov for å inkorporere denne urfolkskonvensjonen som bare kort tid før hadde blitt vedtatt og ratifisert av Norge.³⁶²

I år er det 30 år siden ILO-169 ble ratifisert av Norge. Det er også snart tre tiår siden Møse-utvalget drøftet spørsmålet om inkorporering av ILO-169 i menneskerettsloven. Siden den gang har det skjedd en hel del innenfor same- og urfolksretten – både på nasjonalt og internasjonalt nivå. Det er derfor grunn til å spørre om den utviklingen som har funnet sted over denne tidsperioden, har bidratt med nye argumenter til diskusjonen om ILO-169 burde inkorporeres i menneskerettsloven.

For denne vurderingen tas det utgangspunkt i de samme kriterier Møse-utvalget brukte i sin bedømmelse. Utvalgets forslag til menneskerettighetskonvensjoner som burde innarbeides i menneskerettsloven, berodde på en helhetsvurdering.³⁶³ Tre kriterier var sentrale for vurderingen: Er Norge bundet av konvensjon? Er konvensjonen «sentral»? Er konvensjonen «egnet» for innarbeidelse?³⁶⁴ Det første kriteriet ble ansett for å være et absolutt vilkår for å kunne bli inkorporert i menneskerettsloven.³⁶⁵ Norge har ratifisert ILO-169. Det første kriteriet er utvilsomt oppfylt. De to øvrige kriteriene bygger på vage uttrykk («sentral» og «egnet»). Disse presenteres og vurderes hver for seg i henholdsvis punkt 6.4.2 og 6.4.3. Vagheten i tilknytning til disse kriteriene tilsier at de ikke kan forstås å gi uttrykk for absolutte vilkår, men

³⁶¹ NOU 1993: 18 s. 143.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*, s. 113.

³⁶⁴ *Ibid.*, s. 101–108.

³⁶⁵ *Ibid.*, s. 101 og s. 113.

må heller ses på som momenter i en helhetsvurdering. I bedømmelsen vil det også kunne trekkes inn «særlige hensyn som knytter seg til den enkelte konvensjon».³⁶⁶

6.4.2 Er konvensjonen «sentral»?

Å vurdere noen menneskerettighetskonvensjoner som mer «sentrale» enn andre, er et nasjonalt fenomen. I et rent folkerettslig perspektiv finnes det «ingen rettslig rangorden mellom menneskerettighetskonvensjonene».³⁶⁷ Begrepet «sentral» må dermed forstås som et *nasjonalt krav* til menneskerettighetskonvensjonene for inkorporering i menneskerettsloven.

Som Møse-utvalget påpekte kan ordlyden «sentral» forstås på mange måter. For eksempel kan *hovedkonvensjoner* som SP anses som mer «sentral» enn *spesialkonvensjoner* som ILO-169. Kriteriets ordlyd kan også defineres slik at det beror på konvensjonens antall tilsluttede stater. Utvalget fremholdt at perspektivet som anlegges er vurderingsbestemt, og at det legges opp til en «fleksibel» vurdering hva gjelder hvilke konvensjoner som må anses «sentrale».³⁶⁸

For den konkrete vurderingen av om ILO-169 er «sentral», uttalte Møse-utvalget at konvensjonen ikke kan sies å være «sentral» på *et internasjonalt plan*. Det ble vist til dens lave antall signatarstater – fire signatarstater per 31. desember 1991.³⁶⁹ Likevel ble det fremholdt at den da nylig vedtatte ILO-169 *kan bli* en sentral internasjonal konvensjon. Etter sitt innhold ble den ansett for å være «helt sentral på det området den gjelder».³⁷⁰ Selv om ikke konvensjonen kunne anses som «sentral» på et internasjonalt plan, mente utvalget at konvensjonen måtte betraktes som sentral i Norge fordi «vi har en urbefolkning – samene».³⁷¹

Den aktuelle problemstillingen er om ILO-169 er «sentral» i dag.

For det første har antallet signatarstater økt til 23. ILO-169 har i dag vært i kraft i nesten 30 år, og dagens antall medlemsstater må anses å gi «et dekkende bilde av den internasjonale oppslutning om den».³⁷² Tatt i betraktning at ILO-169 er en *spesialkonvensjon*, kan det ikke

³⁶⁶ NOU 1993: 18 s. 113.

³⁶⁷ *Ibid.*, s. 103.

³⁶⁸ *Ibid.*, s. 104.

³⁶⁹ *Ibid.*, s. 142.

³⁷⁰ *Ibid.*, s. 142.

³⁷¹ *Ibid.*, s. 142.

³⁷² *Ibid.*, s. 104.

forventes at antallet signatarstater er på høyde med mer generelle konvensjoner som SP.³⁷³ Heller ikke antallet stater som stemte for urfolkserklæringen³⁷⁴ kan tjene som et aktuelt sammenligningsobjekt for vurderingen av om ILO-169s antall signatarstater gjør den til en «sentral» menneskerettighetskonvensjon. Urfolkserklæringen er ikke formelt rettslig bindende. Det innebærer at staten ikke er folkerettslig forpliktet til å overholde erklæringens rettigheter. Av den grunn skal det mindre til for at en stat stemmer for erklæringen sammenlignet med å ratifisere ILO-169. Det bemerkes dog at erklæringen har flere bestemmelser som er innholdsmessig sammenfallende med ILO-169s materielle regler. Det gjelder blant annet reglene om landrettigheter.³⁷⁵

Verken SP eller urfolkserklæringen er aktuelle sammenligningsobjekter. Dersom man skal sammenligne med andre konvensjoners antall signatarstater, bør det være lignende konvensjoner innenfor samme rettsområde. Innenfor internasjonal urfolksrett er ILO-107 særlig aktuell. Det var 27 stater som ratifiserte ILO-107.³⁷⁶ ILO-169 har omtrent like mange medlemsstater som sin forgjenger. Innenfor sitt spesialområde trekker antallet signatarstater dermed i retning av at ILO-169 er en «sentral» menneskerettskonvensjon.

I tillegg må det vektlegges at ILO-169 uttrykker minstestandarden for internasjonale urfolksrettigheter.³⁷⁷ Konvensjonens hovedprinsipper anses å gi uttrykk for *folkerettslige prinsipper*. Det vil si regler som er bindende for alle stater uten særskilt vedtakelse – også kjent som folkerettslig sedvane.³⁷⁸ Eksempelvis erkjente Högsta Domstolen i Sverige at ILO-169 artikkel 8 nr. 1 «anses ge uttryck för en allmän folkrättslig princip».³⁷⁹ Högsta domstolens erkjennelse er et utslag av en *oppfatning* om å være juridisk forpliktet til å hensynte prinsippet i den

³⁷³ 173 stater har ratifisert SP, se OHCHR, *Status of ratification: International Covenant on Civil and Political Rights*, 30. september 2019, <https://indicators.ohchr.org/> (sjekket 17. oktober 2019).

³⁷⁴ Den autentiske engelske tittelen er: «United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples». Fullstendig norsk oversettelse: «FNs erklæring om urfolks rettigheter», 13. september 2007. 144 stater adopterte urfolkserklæringen på FNs generalforsamling 13. september 2007, se UN, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, u.å., <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> (sjekket 28. november 2019).

³⁷⁵ Se blant annet urfolkserklæringen artikkel 26.

³⁷⁶ Ti av signatarstatene har fordømt konvensjonens innhold i senere tid, se ILO, *Ratifications of C107 - Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000-11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252 (sjekket 17. oktober 2019).

³⁷⁷ ILO (2009) s. 26.

³⁷⁸ Fleischer (2005) s. 361.

³⁷⁹ Högsta domstolens dom 23. januar 2020 i mål nr. T 853-18 (Girjas) (avs. 130).

nasjonale lovanvendelsen på bakgrunn av en merkbar praksis mellom flere stater. Det er altså ikke en erkjennelse basert (utelukkende) på domstolens *vilje*.³⁸⁰

Den aktuelle problemstillingen i saken var om Girjas sameby hadde *enerett overfor staten* til å *forvalte* jakt- og fiskerettigheter i sine tradisjonelle områder. Domstolen besvarte problemstillingen bekreftende. Det faktum at Högsta Domstolen i Sverige, som ikke har ratifisert ILO-169, fant grunn til å legge vekt på det folkerettslige prinsippet ILO-169 artikkel 8 nr. 1 gir uttrykk for, tilsier at konvensjonens hovedprinsipper er forpliktende for flere stater enn de som har ratifisert konvensjonen. Antallet signatarstater er dermed ikke nødvendigvis *representativt* for antallet stater som er forpliktet av konvensjonens anerkjente rettigheter. Også Lønningutvalget gav uttrykk for at ILO-169s hovedprinsipper må «kunne anees som uttrykk for alminnelig internasjonal urfolksrett».³⁸¹ Det faktum at ILO-169s hovedprinsipper uttrykker alminnelig internasjonal urfolksrett, understøtter en forståelse om at ILO-169 må anses som «sentral» - også i et internasjonalt perspektiv.³⁸²

Uttrykket «sentral» kan ikke forstås slik at det skal trekkes et skille mellom hoved- og spesialkonvensjoner. ILO-169 er sentral innenfor sitt område. Konvensjonen er det «hittil viktigste internasjonale traktatverket på disse feltene».³⁸³ Også på det nasjonale plan må ILO-169 anses som «sentral», da vi har urbefolkning i form av samer.

Basert på de samme momentene utvalget la vekt på i sin vurdering av om ILO-169 var «sentral» i 1991, må konvensjonen betraktes som «sentral» i dag. Dette er utvilsomt på det nasjonale plan. Den utvikling som har skjedd på internasjonalt felt, tilsier at ILO-169 også må anses som «sentral» ut fra et slikt perspektiv. I denne sammenheng legges det særlig vekt på at konvensjonens hovedprinsipper gir uttrykk for alminnelig internasjonal urfolksrett. Det faktum at ILO-169 betraktes som en «sentral» konvensjon, taler for at den bør inkorporeres i menneskerettsloven.

³⁸⁰ Åhrén (2016) s. 61.

³⁸¹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 215 med videre henvisning til NOU 2007: 13 s. 214.

³⁸² Skogvang (2017) s. 123 mener at dette er én av flere grunner til at konvensjonen må «ha betydelig rettskildemessig vekt i norsk rett».

³⁸³ NOU 2007: 13 s. 173.

6.4.3 Er konvensjonen «egnet» for inkorporasjon?

Også uttrykket «egnet» er vagt. Man skulle tro at alle menneskerettighetskonvensjoner er «egnet» til inkorporering. Norge har jo forpliktet seg folkerettslig til å følge *alle* disse, og deres formål er å sikre individets rettigheter. Kan man da «sondre mellom mer eller mindre «egnede» menneskerettighetskonvensjoner»?³⁸⁴ Spørsmålet om en konvensjon er «egnet» for inkorporering må dog holdes adskilt fra spørsmålet om konvensjonen er «egnet» til å oppfylle menneskerettighetene.³⁸⁵ Det gjelder riktignok et prinsipp om at menneskerettigheter utgjør et udelelig og umistelig hele.³⁸⁶ For Norge med sitt dualistiske grunnsyn er imidlertid ikke dette ensbetydende med at alle menneskerettighetskonvensjoner *skal* inkorporeres i menneskerettsloven.

I likhet med kriteriet «sentral» er også kriteriet om egnethet et *nasjonalt* krav til menneskerettskonvensjonene for inkorporering. Møse-utvalget fant det vanskelig å gi ordlyden «egnet» et klart meningsinnhold. For den konkrete vurderingen av om ILO-169 er «egnet» til å bli inkorporert i menneskerettsloven, uttalte utvalget:

«Konvensjonen inneholder både rettighetsbestemmelser og målsettingsbestemmelser hvor mye overlates til myndighetenes skjønn med hensyn til hvilke midler som er mest tjenlige for å nå målsettingene. Dette behøver imidlertid ikke være noe avgjørende argument mot å inkorporere».³⁸⁷

Det faktum at ILO-169 inneholder målsettingsbestemmelser, mente utvalget trakk i retning av at konvensjonen ikke anses som «egnet» for inkorporering i menneskerettsloven. Bakgrunnen for en slik slutning er at det i norsk rettstenkning tradisjonelt har blitt stilt krav om at traktatbestemmelsen er «så fullstendig og uttømmende at den uten videre lar seg anvende».³⁸⁸ Som utvalget dog påpekte består konvensjonen også av rettighetsbestemmelser. At det i tillegg er inntatt noen målsettingsbestemmelser, behøvde ifølge Møse-utvalget ikke å være et avgjørende argument mot inkorporering. For eksempel ble FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter³⁸⁹ inkorporert i menneskerettsloven med forrang, til tross for at

³⁸⁴ NOU 1993: 18 s. 104.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Anne Hellum, «Hvorfor kvinnekongressjonen bør inkorporeres gjennom menneskerettsloven. Fast spalte – nytt fra likestillingsombudet», *Kritisk juss*, 2004 s. 64–66 (s. 64).

³⁸⁷ NOU 1993: 18 s. 143.

³⁸⁸ *Ibid.*, s. 106.

³⁸⁹ Engelsk tittel: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966.

den har mange bestemmelser som ikke er spesielt godt egnet for håndheving ved domstolene eller andre håndhevingsorganer.

I tillegg til å måtte se på om konvensjonen gir konkrete rettigheter, må det i den sammenheng også vurderes om konvensjonens håndhevelsessystem kan bidra til å klarlegge innholdet i vage bestemmelser.³⁹⁰ Konvensjonsbestemmelsenes klarhet kan ikke vurderes isolert, men må ses i lys av relevant tolkningspraksis. Også medlemsstatenes praksis kan bidra til å fastlegge konvensjonens innhold.³⁹¹ Utvalget mente inkorporering av ILO-169 i menneskerettsloven burde bli satt på vent til konvensjonens innhold var «klarere fastlagt gjennom ILOs håndhevelsesorganers og statenes praksis».³⁹² Dette gjaldt særlig i tilknytning til det omdiskuterte spørsmålet om hvilken rekkevidde konvensjonens bestemmelser om rett til land har.³⁹³

Den aktuelle problemstillingen er om ILO-169 er «egnet» for inkorporasjon i menneskerettsloven i dag.

Innledningsvis legges det til grunn at i likhet med de andre internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven, er det den norske stat som har plikter etter ILO-169 overfor samene.³⁹⁴ Det er lagt til grunn av både norske myndigheter og ILO at det er statene som er *pliktsubjektet* etter konvensjonen.³⁹⁵

Siden vedtakelsen av ILO-169 i 1989 har det ikke skjedd endringer i konvensjonens materielle innhold. Den består fortsatt av både rettighets- og målsettingsbestemmelser. Slik det ble fremholdt av Møse-utvalget, kan det ikke være et avgjørende argument mot inkorporering at konvensjonen *også* inneholder målsettingsbestemmelser.

Det er i korte trekk redegjort for konvensjonens innhold i punkt 2.3. Der ble det forklart at ILO-169 gir et bredt omfang av rettigheter. Spesielt viktig er del II om landrettigheter, men for øvrig finnes det også bestemmelser om blant annet forvaltning, arbeidsliv, trygd, helse og utdanning.

³⁹⁰ NOU 1993: 18 s. 108.

³⁹¹ *Ibid.*, s. 143.

³⁹² *Ibid.*, s. 143.

³⁹³ *Ibid.*, s. 143.

³⁹⁴ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 46 omtaler pliktsubjekt generelt for internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.

³⁹⁵ Innst. 253 L (2018–2019) s. 9 og ILO (2013) s. 25.

I 1991 mente utvalget at konvensjonen var «for ny til å ha fått sitt innhold» klarlagt.³⁹⁶ I løpet av de tre siste tiårene har konvensjonens bestemmelser vært gjenstand for tolking og presisering. Det kan imidlertid spørres om ILOs håndhevelsesorganer og medlemsstatenes praksis i tilstrekkelig grad har bidratt til å gi konvensjonens bestemmelser et klart meningsinnhold. Med hensyn til Møse-utvalgets vurderinger, vil det være særlig viktig at rekkevidden til bestemmelsene om rett til land har blitt klarlagt.

I likhet med traktatororganer i tilknytning til andre menneskerettighetskonvensjoner, kommer også ILOs håndhevelsesorganer med primært tre typer uttalelser av betydning for tolkingen av bestemmelsene i ILO-169.³⁹⁷ For det første vedtar CEACR individuelle observasjoner i egen rapport («individual observations») basert på statenes periodiske rapporter om gjennomføringen av ILO-169, jf. ILO-konstitusjonen artikkel 22. For det andre kan CEACR komme med uttalelser av rettskildemessig betydning i sine direkte forespørsler («individual direct requests»). Endelig gis det uttalelser i organisasjonsklagesaker, jf. ILO-konstitusjonen artikkel 24, med tilslutning av ILOs styre. For øvrig nevnes det at CAS gjennomgår rapportene til CEACR og «foretar en utvelgelse av stater som skal forklare seg for den» («individual cases»)³⁹⁸.

CEACR har uttalt seg i «individual observations» vedrørende Norges periodiske rapporter ved fem anledninger siden konvensjonens ikrafttredelse i 1991.³⁹⁹ CEACRs uttalelser bidrar ikke i særlig grad til å klarlegge innholdet til ILO-169s bestemmelser. Uttalelsene bærer preg av at komiteens faktiske vurderingsgrunnlag er nokså spinkelt og at de er utformet med et vagt innhold.⁴⁰⁰ Dette gjelder også for CEACRs individuelle direkte forespørsler.⁴⁰¹ Samlet sett gir CEACRs uttalelser lite bidrag til å klargjøre hva som ligger i konvensjonens bestemmelser. De

³⁹⁶ NOU 1993: 18 s. 143.

³⁹⁷ Geir Ulfstein, «Høyesteretts anvendelse av traktatororganers tolkningspraksis», *Lov og rett*, 2016 s. 395–404 (s. 396).

³⁹⁸ NOU 1993: 18 s. 136.

³⁹⁹ ILO, *Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) – Norway (Ratification 1990)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3175673 (sjekket 18. oktober 2019).

⁴⁰⁰ NOU 2007: 13 s. 179.

⁴⁰¹ CEACR har kommet med tre «individual direct requests» til Norge siden vedtakelsen av konvensjonen, se ILO, *Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) – Norway (Ratification 1990)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3175673 (sjekket 18. oktober 2019).

kan ikke karakteriseres som tolkningsuttalelser, men heller observasjoner omkring de statlige forhold og forespørsler om hva som ønskes innrapportert.

Uttalelsene avgitt i klagesaker er av større betydning for klargjøringen av det rettslige innholdet i ILO-169s bestemmelser. Samerettsutvalget II uttaler at:

«Dette vil derimot ikke i samme grad gjelder for uttalelser avgitt i klagesaker. Disse har vært gjenstand for en atskillig grundigere og bredere behandling og vurderingene er ofte også bedre egnet til å kaste lys over forståelsen av de bestemmelsene som omhandles. De har i større grad har (sic!) preg av å være reelle tolkningsuttalelser, mens ekspertkomiteens uttalelser ofte er begrenset til å peke på bestemmelser i konvensjonen, og stille spørsmål om hvilke tiltak staten vil iverksette for å etterleve sine forpliktelser, men uten å signalisere hvordan dette kan gjøres i praksis.»⁴⁰²

Grundigheten både i det faktiske vurderingsgrunnlaget og i tolkningsuttalelsene tilsier at uttalelsene avgitt i klagesakene har betydning for klarleggingen av bestemmelsenes rettslige innhold. Til sammen er det i dag 20 klagesaker ILOs styre har behandlet om ILO-169.⁴⁰³ Tatt i betraktning at ILO-169 har vært i kraft i snart tre tiår, kan ikke den foreliggende klagesakspraksis karakteriseres som omfattende. Den er imidlertid grundig og detaljert.

ILO-169 artikkel 14 om rett til land har vært oppe til vurdering i klagesakene ved flere anledninger. Bidrag til vurderingen av hvilken rekkevidde bestemmelsene om rett til land har, kan dermed finnes i ILOs egen håndhevelsespraksis. Det må imidlertid bemerkes at det ikke gis vesentlige bidrag til tolkningen av artikkel 14 nr. 1 i klagesakene. I all hovedsak bekrefte det som fremgår av ordlyden.⁴⁰⁴

⁴⁰² NOU 2007: 13 s. 179.

⁴⁰³ ILO, *Representations* (Art. 24), u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50010:::NO:50010:P50010_ARTICLE_NO:24 (sjekket 18. oktober 2019). Riktignok er én av klagesakene ikke endelig avgjort («closed»), se Nepal v. NEPAL Telecom Employees' Union (2018) (GB.333/INS/8/2). ILOs styre har satt opp en trepartskomité for å vurdere saken.

⁴⁰⁴ Jon Gauslaa, «Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltningen og rettspleie», *Areal og eiendomsrett*, 2007 s. 151–180 (s. 165). Dette må også anses å gjeldende for klagepraksisen også i årene etter 2007. Se for eksempel Union of Engineers of the Federal District v. Brazil (2009) (GB.295/17):(GB.304/14/7), Federation of Country and City Workers v. Guatemala (2007) (GB.294/17/1):(GB.299/6/1), Education of Workers Union of Río Negro, local selection affiliated to the Confederation of Education Workers in Argentina v. Argentina (2008) (GB.297/20/1):(GB.303/19/7) og International Trade Union Confederation, the Trade Union Confederation of the Americas and the Autonomous

I tillegg har ILO kommet med generelle fremstillinger av konvensjonens bestemmelser som kan fungere som tolkningsmomenter.⁴⁰⁵ En viss veiledning kan også finnes i konvensjonens forarbeider.⁴⁰⁶ I henhold til Wien-konvensjonen artikkel 32 vil forarbeidsuttalelsene kun være en supplerende tolkningsfaktor.

Sammenligner man tolkningspraksisen om ILO-169 med den praksis som foreligger i forbindelse med SP artikkel 27, er det klare forskjeller. For SPs vedkommende er det FNs menneskerettskomité som i første rekke kartlegger innholdet i konvensjonens bestemmelser. Komiteen er opprettet i medhold av SP artikkel 28 nr. 1 første punktum. Den avgir både generelle kommentarer om tolkningen av SP («General Comments»), jf. artikkel 40, samt uttalelser i klagesaker, jf. SP artikkel 41 (statsklager) og SPs første tilleggsprotokoll⁴⁰⁷ (individklager). Komiteen har gitt én «General Comment» om tolkningen av SP artikkel 27.⁴⁰⁸ I tillegg har bestemmelsen vært oppe til vurdering i 48 individuelle klagesaker.⁴⁰⁹ Den omfattende rettspraksis tilsier at «[k]omiteens generelle kommentarer og avgjørelser i saker angående individklager har betydelig rettskildemessig vekt for den folkerettslige forståelsen av» artikkel 27.⁴¹⁰

Også for den interne rettsanvendelsen for norske domstoler har FNs menneskerettskomites uttalelser stor betydning. Ved flere anledninger har Høyesterett gitt uttrykk for at FNs menneskerettskomité sine konvensjonstolkninger må tillegges «betydelig vekt» internrettslig.⁴¹¹ Til sammenligning er det ikke vist til ILOs håndhevelsesorganers uttalelser om ILO-169 i Høyesteretts praksis. I Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk) ble det imidlertid vist til ILO-169s forarbeider til støtte for førstvoterendes ordlydsfortolkning.⁴¹² Bare i én sak for Utmarksdomstolen for Finnmark, UTMA-2014-164739 (Nesseby), er det blitt vist til CEACRs uttalelser

Workers' Confederation of Peru (CATP) v. Peru (2016) (GB.307/17/4);(GB.313/INS/12/5,03/2012), hvor det er påstått at ILO-169 artikkel 14 er krenket.

⁴⁰⁵ Blant annet ILO (2003) og ILO (2009) som er henholdsvis en manual og guide til ILO-169, jf. NOU 2007: 13 s. 178.

⁴⁰⁶ NOU 2007: 13 s. 178.

⁴⁰⁷ Dens engelske tittel er: Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights.

⁴⁰⁸ CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities).

⁴⁰⁹ OHCHR, *search results*, u.å., <https://juris.ohchr.org/search/results> (sjekket 18. oktober 2019).

⁴¹⁰ NOU 2007: 13 s. 177.

⁴¹¹ Blant annet Rt. 2008 s. 1764 (avs. 81). Senere gjentatt i HR-2017-2428-A (Sara) (avs. 57).

⁴¹² Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk) (avs. 37).

ved individuell observasjon mot Norge i 2010 og 2015; uten at de virker å ha vært av betydning for domsresultatet.⁴¹³ Dette har trolig sammenheng med at CEACRs uttalelser er nokså vage.

Samlet sett gir ILOs egen håndhevelsespraksis få konkrete bidrag til klarleggingen av konvensjonens innhold. Internrettslig vil det også måtte antas at uttalelser fra FNs menneskerettskomité om SP artikkel 27, vil ha større vekt enn tolkningsuttalelsene fra ILOs håndhevelsesorganer om ILO-169.⁴¹⁴ Manglende tolkningsbidrag fra ILOs egne håndhevelsesorganer vedrørende ILO-169s materielle innhold, taler for at konvensjonen ikke bør inkorporeres i menneskerettsloven.

I tillegg til «ILOs håndhevelsesorganer», skal det også ses hen til «statenes praksis» for vurderingen av om ILO-169 er «egnet» til å bli inkorporert i menneskerettsloven. For det første må det påpekes at Norge har begynt å opparbeide seg solid kunnskap om ILO-169s materielle innhold. Spørsmål om ILO-169 har vært oppe til vurdering for Høyesterett ved flere anledninger. I tillegg foreligger det flere utførlige offentlige utredninger om konvensjonens materielle innhold.⁴¹⁵ Både norsk rettspraksis, offentlige utredninger og juridisk litteratur har bidratt til økt forståelse av ILO-169s materielle innhold sammenlignet med kunnskapsnivået for nesten 30 år siden. Dette trekker i retning av at ILO-169 bør inkorporeres i menneskerettsloven. Når det gjelder andre medlemsstaters praksis, er det mer komplisert, da det foreligger et problem med *tilgjengeligheten*. Mange av signatarstatene befinner seg i Sør-Amerika og det vil være vanskelig å oppspore og forstå disse avgjørelsene. I tillegg vil betydningen av rettspraksis fra søramerikanske land være begrenset for Norges del, fordi ILO-169 artikkel 34 legger opp til fleksibel gjennomføring av konvensjonen for hver enkelt signatarstat.⁴¹⁶

Danmark har ratifisert ILO-169, men den foreliggende rettspraksis om konvensjonen fremstår som tilsynelatende begrenset. Kun ved én anledning har ILO-169 vært oppe til behandling for Høyesteret.⁴¹⁷ Dersom Sverige eller Finland hadde ratifisert ILO-169, ville deres praksis vært særlig relevant, da praksisen ville knyttet seg til samme urfolksgruppe som i Norge, samene.

⁴¹³ UTMA-2014-164739 (Nesseby) (avs. 11 under punkt 6.1 Observasjoner med utgangspunkt i folkeretten).

⁴¹⁴ NOU 2007: 13 s. 179.

⁴¹⁵ Se blant annet NOU 1997: 5 og NOU 2007: 13.

⁴¹⁶ Graver og Ulfstein (2003) s. 2 mener artikkel 34 om fleksibel gjennomføring av konvensjonen kan bidra til å «begrense presedensvirkningen av uttalelser [fra ILO] i forhold til andre land».

⁴¹⁷ U.2004.382H (Thule). Saken gjaldt ekspropriasjonsinngrep i eskimoiske områder i forbindelse med etablering og utvidelse av en militærbase i Thule-distriktet på Grønland. Høyesteret bestemte at inngrepet var lovlig.

Til tross for at ILOs egen håndhevelsespraksis er begrenset hva gjelder forståelsen av ILO-169s materielle innhold, har Norge bidratt med både rettspraksis og utførlige utredninger om konvensjonens innhold. Av den grunn er ikke rettskildematerialet like ukjent i dag som det var for 30 år siden. Selv om rettskildemateriale ikke er like omfattende som for SP artikkel 27s vedkommende, kan ikke manglende internasjonal håndhevelsespraksis om konvensjonen være et avgjørende argument mot at ILO-169 bør inkorporeres i menneskerettsloven. I den anledning bør det også tas i betraktning at ILO-169 er en *spesialkonvensjon*. For en slik konvensjon er det naturlig at omfanget av praksis er mindre sammenlignet med en generell *hovedkonvensjon* som SP.

Det faktum at ILO-169 inneholder målsettingsbestemmelser i tillegg til rettighetsbestemmelser, samt at det foreligger lite internasjonal tolkningspraksis om konvensjonens innhold, tilsier at konvensjonen er mindre «egnet» til inkorporering i menneskerettsloven enn SP artikkel 27. Dette kan imidlertid ikke være noe avgjørende argument mot at den bør inkorporeres. ILO-169 gir for det første samene viktige rettigheter og det foreligger et omfattende nasjonalt rettskildemateriale som bidrar til å klarlegge konvensjonens innhold.

Vurderingen angående kriteriet «egnet» tilsier at ILO-169 ikke er avskåret fra å burde bli inkorporert i menneskerettsloven.

6.4.4 Konkret vurdering

Det er foran lagt til grunn at ILO-169 må betraktes som «sentral». Vurderingen av om den er «egnet» for inkorporering er mer tvilsom. Motargumentene som er redegjort for foran, betraktes uansett ikke for å kunne være avgjørende argumenter mot at konvensjonen bør inkorporeres i menneskerettsloven. Motargumentene må likevel tas med i den konkrete helhetsvurderingen: ILO-169 inneholder målsettingsbestemmelser ved siden av rettighetsbestemmelser. I tillegg har ILOs egne håndhevelsesorganer i liten grad bidratt til å klarlegge konvensjonens innhold. Sammenlignet med de «etablerte» menneskerettskonvensjonene, fremstår ILO-169 således som mindre «egnet» til inkorporering.

I tillegg må det trekkes frem at ILO-169 er en særkonvensjon. Det kan anføres at dersom ILO-169 skal inkorporeres i menneskerettsloven, bør også en rekke andre mindre «sentrale» menneskerettskonvensjoner også inkorporeres på samme nivå. Spørsmålet om inkorporering av én særkonvensjon, er dermed politisk betent og av prinsipiell betydning. På den andre siden

må det bemerkes at både FNs barne- og kvinnekonvensjon⁴¹⁸ med tilhørende protokoller i senere tid har blitt inkorporert i menneskerettsloven, se menneskerettsloven § 2 fjerde og femte ledd. Møse-utvalget mente FNs barne- og kvinnekonvensjon ikke skulle inkorporeres i menneskerettsloven fordi disse var *særkonvensjoner*: «En inkorporering av hovedkonvensjonene stiller alle særkonvensjoner likt».⁴¹⁹ Det faktum at FNs barne- og kvinnekonvensjonen nå er inkorporert i menneskerettsloven, er et argument for at også ILO-169 bør inkorporeres i samme lov. I sin vurdering av om barnekonvensjonen burde inkorporeres i menneskerettsloven, erkjente Justisdepartementet at forholdet til ikke-inkorporerte konvensjoner måtte tas i betraktning:

«Selv om inkorporasjon av enkelte konvensjoner ikke formelt sett fører til at andre konvensjoner får en svakere stilling enn de har i dag, vil det bli mer nærliggende å legge vekt på at en konvensjon ikke er inkorporert jo flere konvensjoner som er inkorporert.»⁴²⁰

Departementet begrunnet imidlertid inkorporeringen av den enkelte særkonvensjonen ved at barnekonvensjonen står «i en særlig stilling» på grunn av barns særlige behov for et ekstra sterkt vern.⁴²¹

Det finnes imidlertid også særegenheter ved ILO-169 som gjør at den står i en «særlig stilling» og følgelig bør inkorporeres i menneskerettsloven. Som Møse-utvalget presiserte vil «signal-effekten internasjonalt og i forhold til den samiske folkegruppe tale for å inkorporere konvensjonen».⁴²² Norge har vært et foregangsland for urfolksrettigheter. Å gi konvensjonen generell forrang for annen norsk lovgivning ville satt et solid eksempel til etterlevelse for både andre signatarstater, men spesielt for de øvrige landene med samisk bosettelse. I tillegg er et sterkt folkerettslig rettsvern særlig viktig for et urfolk i minoritet. Samene er ikke representert på Stortinget. Når manglende gjennomslag foreligger hos det lovgivende parlament, vil et solid rettsvern for minsterettigheter i rettssystemet være enda viktigere. Endelig kan en inkorporering

⁴¹⁸ Convention on the rights of child (norsk oversettelse: De forente nasjoners internasjonale konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989) og Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (norsk oversettelse: De forente nasjoners internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979).

⁴¹⁹ NOU 1993: 18 s. 162.

⁴²⁰ Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) s. 25.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² NOU 1993: 18 s. 143.

av ILO-169 også være første steg på vegen bort fra det kvalitetsskille som har oppstått omkring konvensjonens internrettslige status.

ILO-169 bør på denne bakgrunn inkorporeres i menneskerettsloven, og følgelig få forrang for annen formell norsk lovgivning.

6.5 Avsluttende bemerkninger

Basert på undersøkelsene som er gjort i denne avhandlingen, fremstår det som om det eksisterer en internasjonal *enighet* om viktigheten av folkerettslige urfolksrettigheter. Dog foreligger det samtidig en *uenighet* på det nasjonale plan om hvilken internrettslig gjennomslagskraft disse folkerettslige urfolksrettighetene skal ha i det norske rettssystemet. Denne uenigheten har resultert i en fragmentert og uhensiktsmessig innarbeiding av ILO-169 i norsk rett.

På flere rettsområder er konvensjonen inkorporert og gitt forrang for norsk rett på en hensiktsmessig måte. I tillegg er presumsjonsprinsippet sentralt i norsk rett og bidrar til å forhindre tilsynelatende rettslige konflikter som oppstår. På enkelte punkter kan vurderingene i kapittel 6 således ha tegnet et uforholdsmessig dystert bilde av dagens rettstilstand. *Siktemålet* med kapitlet har imidlertid vært å sette fokus på hvordan konvensjonen stiller seg i de vanskelige, men sjeldne motstridstilfellene; de tilfellene hvor konflikten mellom ILO-169 og norsk rett er så sterk at presumsjonsprinsippet ikke kan hjelpe.

Menneskerettigheter skal sikre individer mot handlinger og unnlater fra statens myndigheter. Det er spesielt viktig at denne funksjonen som menneskerettigheter har, også gjelder i de tilfeller hvor staten har motstridende interesser. For å sikre at et urfolk som samene får sine rettigheter vernet om, bør ILO-169 inkorporeres i menneskerettsloven og følgelig få forrang for annen norsk lovgivning. Det vil gi ILO-169 sterkere gjennomslagskraft i norsk rett sammenlignet med dagens rettstilstand.

Norge har vært ansett som et foregangsland innenfor internasjonal urfolksrett. Med hensyn til ILO-169, har det to *implikasjoner* for Norge å være innehaver av en slik rolle. For det første må Norge *overfor de øvrige signatarstatene* vise at konvensjonens rettigheter tas på alvor internrettslig. Dette gjøres ved å innarbeide konvensjonen på et nivå som gir den hensiktsmessig gjennomslagskraft. For det andre har Norge også et særegent ansvar *overfor samene* om å bidra til folkerettslig oppfyllelse av ILO-169s forpliktelser innenfor statene hvor samene oppholder seg. Som følge av at samene oppholder seg i både Norge, Sverige og Finland, vil Norges anerkjennelse av ILO-169s rettigheter kunne få ringvirkninger innenfor våre nabolands retts-

systemer.⁴²³ Det nære forholdet i topografi, rettssystem og urfolksgruppe mellom Norge, Sverige og Finland, medfører at internasjonale urfolksrettslige forpliktelser for det ene landet, vanskelig kan unngås av det andre.

Som Dunfjeld fremhevet, fant norske myndigheter det nyttig å markere «sin holdning og sin respekt med hensyn til urfolks rettigheter» ved å ratifisere ILO-169 som første stat 20. juni 1990.⁴²⁴ Basert på observasjonene gjort i denne avhandlingen er det ikke tilstrekkelig å ratifisere ILO-169 for å sikre folkerettslig oppfyllelse av konvensjonens forpliktelser. For å oppnå dette formål kreves det at konvensjonen innarbeides på en hensiktsmessig måte i norsk rett som gir den tilstrekkelig gjennomslagskraft. For at Norge i dag – tretti år etter ratifisering av ILO-169 – skal *opprettholde* sin respekt og holdning for urfolksrettigheter, er det på det internrettslige plan endringer må gjøres.

⁴²³ Det finnes også samer i Russland.

⁴²⁴ Hildonen-Nilsen (2009) 8:10.

Kilder

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov

Annen formell norsk lov

Opphevet: Lov 23. juni 1888 nr. 1 om Retten til Fiskeri i Tanavasdraget i Finmarkens Amt.

Opphevet: Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902).

Opphevet: Lov 26. juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven).

Opphevet: Lov 20. desember 1974 nr. 73 om dyrevern (dyrevernloven).

Opphevet: Lov 9. juni 1978 nr. 49 om reindrift.

Lov 12. september 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (viltloven).

Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven).

Lov 29. juni 1990 nr. 50 om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven).

Lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv. (lakse- og innlandsfiskeloven).

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v (EØS-loven).

Lov 13. juni 1997 nr. 42 om Kystvakten (kystvaktloven).

Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindrifftsloven).

Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av viltlevande marine ressursar (havressursloven).

Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven).

Lov 20. juni 2014 nr. 51 om fiskeretten i Tanavassdraget (tanaloven).

Lov 22. mars 2019 nr. 7 om mineralvirksomhet på kontinentalsokkelen (havbunnsmineralloven).

Lov 21. juni 2019 nr. 70 om havner og farvann (havne- og farvannsloven).

Norske lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett.

NOU 1980: 53 Vern av urbefolkninger.

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling.

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter.

NOU 1997: 5 Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett – bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget.

NOU 2001: 32 A Rett på sak; Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

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

Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven).

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven).

Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) Om lov om reindrift (reindriftsloven).

Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

Ot.prp. nr. 43 (2008–2009) Om lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven).

Prop. 70 L (2011–2012) Endringer i deltakerloven, havressurslova og finnmarkslova (kystfiskeutvalet).

Prop. 86 L (2011–2012) Endringer i lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk m.v., lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold og lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke.

Prop. 58 L (2013–2014) Lov om fiskeretten i Tanavassdraget (Tanaloven).

Prop. 116 L (2017–2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner).

Innst.O. nr. 51 (1998–1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Innst.O. nr. 80 (2004–2005) Finnmarksloven.

Innst.O. nr. 72 (2006–2007) Reindriftsloven.

Innst. 88 L (2012–2013) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om endringer i lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv., lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold og lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke.

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Innst. 253 L (2018–2019) Innstilling til Stortinget fra kommunal- og forvaltningskomiteen.

Justis- og politidepartementets rundskriv 31. mai 1999 (G-1999-45).

Sametinget, Arbeidsdokument 3 Finnmarksloven, konsultasjoner mellom Sametinget og Stortingets justiskomite om finnmarksloven (2004).

St.meld. nr. 28 (2007–2008) Samepolitikken.

Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Norsk rettspraksis, forvaltningspraksis og rapport fra Finnmarkskommisjonen

Høyesterettspraksis

Rt. 1982 s. 241 (Alta).

Rt. 1984 s. 1175.

Rt. 1994 s. 610 (bølgepapp).

Rt. 1994 s. 1244 (kvinnefengsel).

Rt. 1996 s. 551 (utvisning I).

Rt. 1997 s. 580 (OFS).

Rt. 1999 s. 961 (Rest-Jugoslavia).

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler).

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).

Rt. 2001 s. 769 (Selbu).

Rt. 2001 s. 1006 (KRL).

Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang).

Rt. 2002 s. 557 (dobbelstraff I).

Rt. 2005 s. 833.

Rt. 2007 s. 234.

Rt. 2008 s. 1764.

Rt. 2008 s. 1789 (hjerTESTIKK).

Rt. 2014 s. 238 (høNSEHAUK).

Rt. 2015 s. 93 (Maria).

HR-2016-2030-A (Stjernøya).

HR-2016-2554-P (Holship).

HR-2017-2428-A (Sara).

HR-2018-456-P (Nesseby).

HR-2018-872-A (Femund).

Utmarksdomstolen for Finnmark

UTMA-2014-164739 (Nesseby).

Forvaltningspraksis

Olje- og Energidepartementet, Fred. Olsen Renewables AS - Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namsskogan kommuner - klagesak, 11. november 2016, <http://webfileservice.-nve.no/API/PublishedFiles/Download/200801262/1905272> (sjekket 4. november 2019).

Rapport fra Finnmarkskommisjonen

Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 4 Karasjok*, bind 1 (2019).

Internasjonale konvensjoner og erklæringer

Treaty of peace with Germany (Treaty of Versailles) / Versaillestraktaten, 28. juni 1919.

ILO Constitution / ILO-konstitusjonen, 29. oktober 1919.

The Declaration Concerning Aims and Purposes of the ILO («Declaration of Philadelphia») / Philadelphia-erklæringen, 10. mai 1944.

ILO Convention No. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries / ILO-konvensjon nr. 107 om vern og integrering av urbefolkninger og andre folkegrupper som helt eller delvis lever under stammeforhold i uavhengige stater, 26. juni 1957.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination / FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, 7. mars 1966.

International Covenant on Civil and Political Rights / FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights / Valgfri protokoll til den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights / FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966.

Vienna Convention on the Law of Treaties / Wien-konvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women / De forente nasjoners internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979.

ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries / ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, 27. juni 1989.

Convention on the rights of child / De forente nasjoners internasjonale konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989.

Agreement on the European Economic Area / Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1. januar 1994.

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples / FNs erklæring om urfolks rettigheter, 13. september 2007.

Øvrige internasjonale rettskilder og andre lands rettskilder

CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities).

CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples – adopted 2009, 99th ILC session (2010).*

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations on the combined twenty third and twenty fourth periodic reports of Norway*, 14. desember 2018.

Danmarks Højesteret, U.2004.382H (Thule).

Education of Workers Union of Río Negro, local selection affiliated to the Confederation of Education Workers in Argentina v. Argentina (2008) (GB.297/20/1):(GB.303/19/7).

EMDs dom 30. august 2011 *G. mot Storbritannia* (saksnummer 37334/08).

Federation of Country and City Workers v. Guatemala (2007) (GB.294/17/1):(GB.299/6/1).

ILO, *OFFICIAL BULLETIN*, Vol. XXIX, No. 6 (s.n. 1946).

ILO, *Working document for 1986 Meeting of Experts* (s.n. 1986) [Henvist til i Xanthaki (2007) s. 69].

ILO, *ILO Convention on indigenous and tribal peoples, (1989 (No.169)): A manual* (Genève 2003).

ILO, *Indigenous and tribal peoples' rights in practice, A guide to the ILO Convention 169* (s.n. 2009).

ILO, *Handbook for Tripartite Constituents: Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Conventions, 1989 (No. 169)* (Genève 2013).

International Trade Union Confederation, the Trade Union Confederation of the Americas and the Autonomous Workers' Confederation of Peru v. Peru (2016) (GB.307/17/4);- (GB.313/INS/12/5, 03/2012).

Nepal v. NEPAL Telecom Employees' Union (2018) (GB.333/INS/8/2).

Sveriges Högsta domstols dom 23. januar 2020 i mål nr. T 853-18 (Girjas)

Union of Engineers of the Federal District v. Brazil (2009) (GB.295/17):(GB.304/14/7).

Juridisk litteratur

Alfredsson, Gudmundur, Roxanne Dunbar-Ortiz, Dalee Sambo Dourough, Lee Swepston og Petter F. Wille (red.), *Indigenous peoples' rights in international law: emergence and application* (København 2011).

Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave (Oslo 2006).

Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, «Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene», *Jussens venner*, 2011 s. 251–286.

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning for norsk rett*, 2. utgave (Oslo 2015).

Arnesen, Finn og Hilde K. Ellingsen, «ILOS kjernekonvensjoner i menneskerettsloven», *utredningsoppdrag for LO*, u.å. s. 1–72.

Askeland, Bjarte, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018», *Lov og rett*, 2018 s. 519–536.

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett: Bind 1*, 2. utgave (Bergen 2015).

Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave (Oslo 2010).

Bonvin, Jean-Michel, *L'organisation internationale du travail* (Paris 1998). [Henvist til i Annan Voskuil, «*The indigenous peoples convention. Perspectives offered by article 12 of ILO Convention No. 169*» (Norge 2009)].

Bull, Kirsti Strøm og Carsten Smith, «Høyesterett og samiske rettigheter» i *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett, 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.) (Oslo 2015) s. 478–507.

Bårdsen, Arnfinn, «Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis», *Høyesteretts nettsider*, 2017 nr. 2.

Eckhoff, Torstein og Jan Erik Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave (Oslo 2014).

Eide, Asbjørn, *Fattig, ufri og mishandlet: om det internasjonale menneskerettighetsvernet* (Oslo 1978).

Emberland, Marius, «Internasjonale tilsynsorganers synspunkter på oppfølgingen av Norges menneskerettigheter», *Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter*, 2004 s. 206–221.

Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode* (Oslo 1998).

Fleischer, Carl August, *Folkerett*, 8. utgave (Oslo 2005).

Gauslaa, Jon, «Norge etter år 2000 – fortsatt et urfolksrettslig foregangsland?», *Kritisk juss*, 1998 s. 157–182.

Gauslaa, Jon, «Utviklingen av sameretten de siste 25 årene og betydningen for arealforvaltningen og rettspleie», *Areal og eiendomsrett*, 2007 s. 151–180.

Gauslaa, Jon, «Kommentar til reindriftsloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata (2018).

Graver, Hans Petter og Geir Ulfstein, «Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov», *Justis- og politidepartementet* (2003).

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015).

Haukeland Fredriksen, Halvard og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave (Bergen 2014).

Helgesen, Jan Erik, *Teorier om folkerettens stilling* (Oslo 1982).

Hellum, Anne, «Hvorfor kvinnekonvensjonen bør inkorporeres gjennom menneskerettsloven. Fast spalte – nytt fra likestillingsombudet», *Kritisk juss*, 2004 s. 64–66.

Jakhelln, Henning, «Menneskerettigheter – nei takk?», *Lov og rett*, 1997 s. 577.

Jentoft, Svein, Henry Minde og Ragnar Nilsen, *Indigenous Peoples: Resource Management and Global rights* (Delft 2003).

Johansen, Ann Gøril, «Introduksjon: konferansen om samenes selvbestemmelse som urfolk. Rapport fra Konferansen om samenes selvbestemmelse som urfolk», *Det juridiske fakultet og senter for samiske studier*, Tromsø 2002 s. 9 [Henvist til i Benny Solheims særavhandling, *ILO-konvensjonen nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur: Illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 s. 1116*, Tromsø 2003].

Johansen [Rui], Jon Petter, «Ikke inkorporert folkerett i konflikt med norsk rett» i *Jubileumsskrift til Universitet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget*, Per Christiansen (red.) (Tromsø 2004) s. 117–129.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004).

Ravna, Øyvind, «Retten til domstoler med kvalifikasjoner i samisk rett», *Kritisk juss*, 2011 s. 219–242.

Ravna, Øyvind, «Rettslige disposisjoner som grunnlag for bortfall av rettigheter», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2016 s. 50–67.

Ravna, Øyvind, *Same- og reindriftsrett* (Oslo 2019).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave (Oslo 2018).

Scheinin, Martin (red.), *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries* (Haag 1996).

Skoghøy, Jens Edvin A., «Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner», *Lov og rett*, 2002 s. 337–354.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018).

Skogvang, Susann Funderud, «Hjertesukk om hjertestikk – noen refleksjoner i tilknytning til Høyesteretts dom inntatt i Rt-2008-1789 («Hjertestikk-saken»)», *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 373–389.

Skogvang, Susann Funderud, «Ny minerallov og samiske rettigheter», *Lov og rett*, 2010 s. 47–67.

Skogvang, Susann Funderud, *Sameretten*, 3. utgave (Oslo 2017).

Solheim, Benny, *ILO-konvensjonen nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur: Illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 s. 1116* (Tromsø 2003).

Smith, Carsten, «Om Høyesteretts forhold til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2005 s. 433–440.

Smith, Eivind, «Semi-konstitusjonell karakter?», *Lov og rett*, 2001 s. 385–386.

Ulfstein, Geir, «Høyesteretts anvendelse av traktatorganers tolkningspraksis», *Lov og rett*, 2016 s. 395–404.

Uggerud, Ken, «Folkerett, samefelt og skytefelt – en utredning om de menneskerettslige aspekter knyttet til en utvidelse av Mauken og Blåtind skytefelt», *Institutt for offentlig rett*, 2000a s. 1–93.

Uggerud, Ken, «Uønskede menneskerettigheter», *Retfærd*, 2000b s. 21–45.

Uggerud, Ken, «Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfeldige tilstedeværelse i norsk rett.» i *Dog Fred er ej det Bedste. Festskrift til Carl August Fleischer, 70 år*, Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.) (Oslo 2006) s. 478–507.

Xanthaki, Alexandra, *Indigenous Rights and United Nations Standards* (Cambridge 2007).

Áhrén, Mattias, *Indigenous peoples' status in the international legal system* (Oxford 2016).

Andre kilder

FN, *Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO)*, u.å., <https://www.fn.no/Om-FN/FNs-organisasjoner-fond-og-programmer/Den-internasjonale-arbeidsorganisasjonen-ILO> (sjekket 1. februar 2020).

Hildonen-Nilsen, Valerius, «Fjordfiskeutvalget – hva nå? del 9» [videoklipp], *Youtube 19. oktober 2009*, <https://www.youtube.com/watch?v=VkpIzYcbrs> (sjekket 19. august 2019).

Intercontinental Cry, «History of ILO Conventions on indigenous peoples» [videoklipp], *Youtube 24. februar 2012*, <https://www.youtube.com/watch?v=TjLjOHfjzXk> (sjekket 21. august 2019).

ILO, *Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) – Norway (Ratification 1990)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101-COMMENT_ID:3175673 (sjekket 18. oktober 2019).

ILO, *Ratifications of C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314 (sjekket 2. september 2019).

ILO, *Ratifications of C107 - Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252 (sjekket 17. oktober 2019).

ILO, *Representations (Art. 24)*, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50010:::NO:50010:P50010_ARTICLE_NO:24 (sjekket 18. oktober 2019).

Karlsen, Gunnar, «dualisme», *Store norske leksikon* 16. februar 2019, <https://snl.no/dualisme> (sjekket 26. august 2019).

NRK, *Canada på tvers*, u.å., <https://tv.nrk.no/serie/canada-paa-tvers> (sjekket 19. august 2019).

NRK, *Canada på tvers*. 2. episode [videoklipp], u.å., <https://tv.nrk.no/serie/canada-paa-tvers/sesong/1/episode/2/avspiller> (sjekket 19. august 2019).

OHCHR, *search results*, u.å., <https://juris.ohchr.org/search/results> (sjekket 18. oktober 2019).

OHCHR, *Status of ratification: International Covenant on Civil and Political Rights*, 30. september 2019, <https://indicators.ohchr.org/> (sjekket 17. oktober 2019).

Rønning, Asle, «Gir Indias kasteløse historien tilbake», *Forskning.no* 24. august 2012, <https://forskning.no/demokrati-etnisitet-utviklingsstudier/gir-indias-kastelose-historiene-tilbake/687474> (sjekket 21. august 2019).

Sáгат, *Stevning til Sis-Finnmárkku diggedoddi – Indre Finnmark tingrett*, u.å., https://www.-sagat.no/filarkiv/Stevning_05.07.19.pdf (sjekket 13. april 2020).

Somby, Ánde, førsteamanuensis ved det juridiske fakultet, UiT – Norges arktiske universitet, 11. september 2019 [personlig meddelelse].

UN, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, u.å., <https://www.un.-org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> (sjekket 28. november 2019).

Varsi, Magne Ove, «Nekrolog:Leif Dunfjeld», *Aftenposten*, 20. august 2014, <https://www.-aftenposten.no/personalia/i/8wkE1/NekrologLeif-Dunfjeld> (sjekket 19. august 2019).

