



Det juridiske fakultet

Skillet mellom vern mot inngrep utenfra og tiltak som samlet er ment å være til fordel for minoritetsgruppen

- **Hvor ligger terskelen for inngrep i reindrifftsrettigheter?**

Leif Isak Pulk

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Aktualitet	1
1.3 Metode	2
2 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27	3
2.1 Plikt og rettighetssubjekt	4
2.2 Positive og negative forpliktelser	4
2.3 Hva omfattes av kulturvernet?	7
2.4 Det materielle grunnlaget for kulturutøvelsen	10
3 Når innebærer et inngrep «nektelse» av retten til å utøve kultur?	11
3.1 Har reindriften et særlig vern mot inngrep?	15
3.2 Deltakelse i beslutningsprosesser	22
3.3 Skal fremtidige inngrep være med i vurderingen?	27
3.4 Oppsummering	29
4 I hvilken grad skiller artikkel 27 mellom inngrep som medfører nektelse og tiltak som samlet er ment til å være til fordel?	30
4.1 HR-2017-2428-A (Sara) Faktum og resultat	31
4.2 Vurdering av om reduksjonsvedtaket krenker artikkel 27	31
4.3 Vurdering av dommen	35
4.3.1 Er vedtaket i strid med artikkel 27?	35
4.3.2 Krav om økonomisk utbytte?	36
4.3.3 Krav til deltakelse i saker som gjelder interne forhold?	38
4.4 Når er nektelsen rettferdiggjort?	44
4.5 Lovgivningsprosessen	49
5 Konklusjon	52
Kilder	55

1. Tema og problemstilling

Teamet i masteroppgaven er skillett mellom vern mot inngrep utenfra og tiltak som samlet er ment å være til fordel for minoritetsgruppen. Oppgavens problemstilling er å finne ut om det er et skille mellom vernet mot inngrep utenfra og tiltak som samlet er ment til å være til fordel for reindriftens interesser, og i så fall hvilken grad FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter SP artikkel 27 skiller mellom disse to kategoriene. Åpner artikkel 27 for inngrep hvis de begrunnes utfra at det er rimelig og nødvendig for kulturens levedyktighet? Vil det ha betydning hvis det er tale om inngrep i saker som gjelder interne forhold i reindriften? Avhandlingen har hovedfokus på terskelen for inngrep i reindrifftsrettigheter og om de blir tilstrekkelig ivaretatt. Men for å synliggjøre hvordan artikkel 27 anvendes i spørsmål innenfor reindriften vil jeg også trekke inn enkelte saker som gjelder inngrep i andre former for kulturutøvelse, for å vise hvordan bestemmelsen begrenser inngrep i urfolks- og minoriteters kulturutøvelse.

SP artikkel 27 er en internasjonal regel som har stor rettslig betydning innenfor urfolksretten. Den kan påberopes ved inngrep i kultur, religion og språk. Norge har inkorporert denne bestemmelsen gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) jf. vedlegg 6, og har dermed en forpliktelse til å påse at samisk kultur ikke blir utsatt for alvorlige inngrep slik at samene minster sitt kulturgrunnlag. Avhandlingen skal undersøke hvor terskelen for inngrep ligger. SP artikkel 27 oppstiller ikke en klar grense for når inngrep anses som uforenelig med bestemmelsen og derfor må det undersøkes hvilke momenter som har betydning for spørsmålet. Formålet er å undersøke om reindrifftsutøverens rettsvern ivaretas. Det skal også undersøkes om norsk lovgivning som presumeres å være i samsvar med internasjonale regler, anvendes på samiske premisser. Når samerettslige spørsmål skal løses er det tre rettskulturer det må tas hensyn til, nasjonal norsk rett, folkerett og samisk rett.¹

1.2 Aktualitet

Reindriften er en grunnleggende del av samisk kultur. Den er viktig for videre utvikling av det samiske språk, utmarksbruk, kunst og håndverk.² Den tre delte politiske målsetningen jf. reindrifftsloven § 1 har vesentlig betydning i inngrepssaker i reindriften. På den ene siden har

¹ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utg. Universitetsforlaget 2017 s. 59.

² Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 13.

man målet om en økologisk bærekraftig reindrift og på den andre siden har man det økonomiske målet. I tillegg er det en målsetting om en kulturell bærekraftig reindrift. Beiteområder må bevares ved reguleringer av reintallet. Fordi mindre beiteressurser medfører mindre mat og ødeleggelser av områder. Dette har betydning for når et inngrep vil være uforenelig eller ikke med artikkel 27. Det er en konstant kamp for staten å harmonisere det kulturelle målet med de andre. Det kulturelle målet vil bli styrket med mange sysselsatte i næringen, samtidig som det vil komme i konflikt med inntektsmålet, sett i lys av at beiteressursene er en begrensende faktor. Små inngrep i reindriften kan medføre store konsekvenser for den enkelte utøver. Reindriften har gjennom historien vært svært utsatt for urimelige inngrep, i form av reguleringer og lovgivning generelt. Problemstillingen er særlig aktuell i saker som gjelder inngrep i reindriften, fordi terskelen for inngrep er uklar.

1.3 Metode og avgrensning

Oppgaven tar utgangspunkt i SP artikkel 27 og dens betydning for inngrep i minoritetens kulturutøvelse. På grunn av oppgavens omfang anses det hensiktsmessig å avgrense oppgaven slik at det som skal behandles grundig er skillet mellom vern mot inngrep utenfra og tiltak som samlet er ment til å fordel for tradisjonell samisk næringsutøvelse, hvor reindriften står sentralt. Det religiøse og språklige delen av artikkel 27 behandles ikke. Avhandlingen vil være en fremstilling av gjeldene rett. I sameretten er rettskildebildet annerledes enn i vanlig intern norsk rett.³ Norsk lovgivning er den viktigste rettskilden, men på samerettens område er internasjonale regler også viktige kilder. Og ved rettsanvendelsen må man forholde seg til disse.⁴

Praksis fra menneskerettighetskomiteen, norsk rettspraksis og utredninger rundt artikkel 27 i tilknytning til vernet mot inngrep i samisk bruk av natur vil imidlertid være viktige kilder for å besvare problemstillingen. Internasjonale kilder som ILO- konvensjonen nr. 169 og menneskerettighetskomiteens uttalelser vil ha stor betydning for spørsmålet. Andre nasjonale rettskilder som reindriftsloven med tilhørende forarbeider og samerettsutvalgets uttalelser vil også være svært relevant i redegjørelsen. Temaet reiser andre interessante spørsmål om samisk utmarksbruk generelt og om terskelen for inngrep er ulike, men jeg kommer ikke til å gå i dybden på dette fordi det er utenfor kjernen av det jeg skal behandle. Jeg skal analysere innholdet i artikkel 27 i tilknytning til reindriften og samisk naturbruk. Utgangspunktet er at artikkel 27 skal vurderes opp mot norsk rett og jeg skal se om norsk lovgivning ivaretar

³ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utg. Universitetsforlaget 2017, s. 46.

⁴ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utg. Universitetsforlaget 2017, s. 52.

reindriften. Jeg skal undersøke hvordan norske domstoler tolker artikkel 27 og om den er i samsvar med internasjonal rett.

Av tidligere litteratur og forskningsarbeid som behandler inngrep i samisk kultur, viser jeg til Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Susann F. Skogvang, *Samerett*, og Samerettsutvalgets NOU 2007: 13.

I del 1 vil jeg drøfte hva som vil føre til en krenkelse av SP artikkel 27. Det skal redegjøres for gjeldende rett når det gjelder terskelen for inngrep utenfra. For å vurdere dette vil det tas utgangspunkt i menneskerettighetskomiteens avgjørelser og norsk rettspraksis jf. HR-2017-2247-A, som illustrerer inngrep fra storsamfunnet og HR-2017-1230-A som illustrerer terskelen for inngrep fra grunneiere. Jeg skal drøfte når noen er «nektet» retten til å utøve sin kultur. For å besvare spørsmålet om det er et skille mellom inngrepsvernet og tiltak som samlet sett er ment å være til fordel, så må terskelen for inngrep redegjøres. Formålet i del 2 er å undersøke i hvilken grad det kan skilles mellom disse to kategoriene ved å analysere Jovsset Ante Sara-dommen. Dommen blir behandlet grundig, da saken er svært sentral for problemstillingen.

2.FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27

Minoritetsgrupper har stått i en svakere stilling enn majoritetsbefolkningen. Det tok lang tid før denne konvensjonen ble tatt til følge av vestlige og de sosialistiske stater, dette var på grunn av at de ikke var overbevist av dens nytteverdi. Det var først etter press fra tredjedelsland at de godkjente den.⁵ Bestemmelsen er viktig for å ivareta minoriteters kultur og deres rettigheter. Artikkel 27 er den mest sentrale internasjonale bestemmelsen som har betydning for minoriteter. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 3 i 1999, som innebærer at den har forrang foran annen norsk lovgivning ved motstrid. Dette innebærer at uttalelser gitt av FNs menneskerettighetskomite har betydelig vekt som rettskilde i norsk rett.⁶ I norsk oversettelse lyder bestemmelsen slik:

«I de stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke nektes retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin egen religion, eller bruke sitt eget språk.»⁷

⁵ Christian Tomuschat, "International Covenant on Civil and Political Rights", *Audiovisual Library of International Law*, <https://legal.un.org/avl/ha/iccpr/iccpr.html> (lest 14.03.21)

⁶ Rt. 2009 s. 1264 avsnitt 40-44.

⁷ Menneskerettsloven vedlegg 6 art 27.

Ordlyden er vag og gir lite veiledning på hvilke rettigheter som kan konstateres, men det kan fastslås at minoriteter har et generelt vern. Ved at bestemmelsen gir minoriteter en kultur, religion og språkvern. Jeg vil i det følgende redegjøre for innholdet i bestemmelsen.

2.1 Plikt og rettighetssubjekt for artikkel 27

Pliktsubjektet etter artikkelen er staten. Staten, med alle forvaltningsorgan er gjennom bestemmelsen forpliktet til å ivareta minoriteters rett til å utøve sin kultur. En slik forpliktelse fremgår også av ordlyden i SP artikkel 2.

Av ordlyden er rettighetssubjektet følgelig etniske, religiøse og språklige minoriteter som nyter et vern etter bestemmelsen. Det er klart at samer i Norge er en minoritet og er derfor beskyttet av bestemmelsen.⁸ Det er ikke kumulative vilkår, og artikkelen peker på at det er tale om individuelle rettigheter jf. «de som tilhører slike minoriteter». Det fremgår av rettspraksis fra menneskerettighetskomiteen (komiteen), Lovelace mot Canada avsnitt 14-17 at bestemmelsen beskytter individuelle rettigheter.⁹

Det fremgår av NOU: 13 A side 195 at bestemmelsen også har en kollektiv side, jf. «sammen med andre medlemmer av sin gruppe». Rettspraksis HR- 2017-2428-A avsnitt 55 har fastslått at bestemmelsen også gir kollektive rettigheter.

Komiteen har uttalt at selv om artikkel 27 er individuelle rettigheter, så avhenger kulturens eksistens på at alle i minoritetsgruppen dyrker kulturen jf. «... the minority group to maintain its culture». ¹⁰ Det er en naturlig sammenheng mellom bestemmelsens anerkjennelse av individuelle rettigheter og dens kollektive preg. En kultur kan ikke overleve av at kun ett menneske praktiserer den, den er avhengig av en gruppe mennesker.

2.2 Positive og negative forpliktelser etter artikkel 27

Artikkelen har en relativ og absolutt side. Den er relativ fordi den kan fravikes i nødtilstand som truer nasjonens liv når det er strengt nødvendig, dette følger av SP artikkel 4. Det kan også tenkes at artikkel 27 må vike på grunn av kollisjon mellom ulike rettigheter. Hvis dette skjer, må de motstridende rettighetene veies mot hverandre og harmoniseres.¹¹

Den absolutte siden viser seg ved at staten ikke kan fravike artikkelen og dermed gjøre inngrep i rettigheter utfra legitime formål som f.eks. inngrep i samisk kultur fordi det vil være

⁸ Rt. 1982 s. 241 på s. 299.

⁹ Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

¹⁰ Human Rights Committee, General Comment No. 23 (1994), avsnitt 6.2.

¹¹ NOU 2007: 13 A s. 195.

en økonomisk gevinst for samfunnet.. Artikkelen har ikke en skjønsmessig tolkningsmargin, noe som innebærer at staten ikke kan vurdere selv hvor grensen for inngrep går.¹²

Det fremgår av Länsmann (I) at det ikke foreligger noe skjønsmessig tolkningsmargin.¹³

Saken omhandlet spørsmålet om reindriften ble i så stor grad berørt av et steinbruddvirksomhet i området slik at artikkel 27 var krenket. Komiteen uttalte i avsnitt 9.4 at tiltak som medfører en nektelse til retten å utøve sin kultur ikke er forenelig med artikkel 27 og at staten ikke har skjønsmargin til å selv vurdere konsekvensene av et tiltak under artikkel 27.

Men på en annen side så kan det fra saken utledes at tiltak som økonomisk aktivitet som bare berører medlemmer av en gruppe i begrenset grad ikke vil være til hinder. Dette illustrerer at artikkel 27 ikke gir et ubetinget vern. Det ville gitt artikkelen en for stor gjennomslagskraft overfor andre motstridende rettigheter.

Ordlyden kan gi uttrykk for at bestemmelsen bare gir negative forpliktelser jf. «ikke nektes retten til» noe som taler for at staten skal påse at en rettighet etter bestemmelsen ikke skal nektes i praksis. På en annen side kan ordlyden peke på at staten har plikt til å støtte minoriteten aktivt slik at de kan bevare sin kultur, der det er nødvendig.

Det fremgår av samerettsutvalgets II uttalelser at den negative forpliktelsen er klar og at det foreligger til en viss grad plikt til positive tiltak overfor minoriteten.¹⁴ Mens rekkevidden og innholdet av statens forpliktelse til å iverksette positive tiltak er ikke avklart.

Det fremgår av komiteens General Comment No. 23 (1994)¹⁵ at bestemmelsen omtales som en negativ forpliktelse, men at det likevel må iverksettes positive tiltak for å beskytte rettigheter mot inngrep fra staten eller fra tredjepersoner. Videre i avsnitt 7 kan det utledes et slikt krav om positive tiltak der det vil være nødvendig for at kulturen skal kunne eksistere. Et av de viktigste formålene i reindriften § 1 annet ledd er å sikre reindriften sine beitearealer som er reindriften sine viktigste ressursgrunnlag. Dette er en positiv forpliktelse for staten. Reindriften er i stor grad viktig for den samiske kulturen og vil således være viktig å beskytte gjennom for eksempel særrettigheter så lang det er nødvendig for å oppfylle kravet til

¹² NOU 2007: 13 A s. 196.

¹³ NOU 2007: 13 A s. 196.

¹⁴ NOU 2007: 13 A s. 205.

¹⁵ General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27): . 08/04/94. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23. (General Comments) avsnitt 6.1.

kulturvern.¹⁶ Mens reindriften som anses som en tradisjonell næring, vil vernet mot inngrep være mest relevant, mens kravet til positive tiltak rettes mot minoritetens tradisjonelle bosettingsområder.

Artikkel 26 uttaler at alle er like for loven og forskjellsbehandling ikke skal skje, noe som innebærer at staten har en forpliktelse til å iverksette tiltak for å ivareta kravet om lik beskyttelse av bestemmelsen jf. første punkt. Artikkel 26 har betydning når artikkel 27 skal tolkes. Samerettsutvalget uttaler at artikkel 27 er unntaket fra artikkel 26, pga. at minoriteter har et krav på vern mot inngrep i sin kulturutøvelse.¹⁷ Dette har også støtte i FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 1 (4), Grl. §108 og ILO-konvensjon nr. 169, som åpner for forskjellsbehandling for minoriteter. Selve poenget med artikkel 27 er at den hjemler positiv diskriminering for minoriteter.¹⁸

Komiteen uttaler i General Comment No. 23 (1994) punkt 6.2 at så lenge disse positive tiltakene har som formål å rette forhold som hindrer eller svekker minoritetens mulighet til å utøve sine rettigheter etter artikkel 27 vil ikke diskrimineringsforbudet i artikkel 26 være krenket. Forutsatt at denne forskjellsbehandlingen er forankret i objektive og rimelige kriterier.

Dette må ses i sammenheng med formålet til artikkel 27, som er å gi minoriteter et inngrepsvern. Minoriteter har generelt stått i en svakere stilling enn majoritetsbefolkningen. Hvis alle skal behandles likt etter artikkel 26 vil dette kunne gå utover minoritetsgruppens mulighet for kulturutøvelse. På den andre siden så kan ikke minoriteten alltid ha fortrinnsrett. SP artikkel 46 og 47 har betydning ved tolkningen av konvensjonens artikler, hvor det uttales at det ikke skal foretas noen «innskrenkende tolkning i den iboende rett hos alle folk til fullt og fritt å dra fordel av og utnytte sine naturrikdommer og- forekomster» jf. artikkel 47. Mens artikkel 27 hjemler positiv forskjellsbehandling til fordel for en minoritet, står den i et spenningsforhold til artikkel 26 om prinsippet om likebehandling.

Rekkevidden av unntaket er ikke fast¹⁹ og en lik mulighet for kulturutøvelse for minoriteten og majoriteten bør også være et mål. I hvilken grad dette er gjennomførbart er derimot usikkert og vil variere fra enkelt saker.²⁰

¹⁶ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3.utgave, Oslo 2017 s. 178.

¹⁷ NOU 2007: 13 A s. 193.

¹⁸ Ot.prp. nr. 33 (1986-1987) s. 30.

¹⁹ NOU 2007: 13 A s. 205.

²⁰ Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/511/1992, avsnitt 9.4.

2.3 Hva omfattes av kulturvernet?

Det følger av artikkel 27 at det er retten til kulturutøvelse som er omfattet av vernet. Ordlyden gir lite veiledning på hva som anses som kultur. Men begrepet kultur har visse kjennetegn som blant annet tradisjoner, levemåter, historie, normer og verdier.

Det følger av komiteens uttalelser at kultur kommer til uttrykk i mange forskjellige former, inkludert levemåter som innebærer bruk av land og vann, spesielt for urfolk. Videre nevnes tradisjonelle aktiviteter som jakt og fiske og rett til å bosette seg på visse områder.²¹

Herunder vil det være naturlig å inkludere beiteområder for reindrift og samisk tradisjonell næringsvirksomhet som for eksempel reindrift. I sammenheng med urfolk er dette omtalt som det materielle grunnlaget for kulturutøvelsen. Det følger av forarbeidene til lov om sametinget og andre samiske rettsforhold Ot.prp. nr. 33 (1986-1987) s. 37 «at kultur også omfatter de materielle forutsetninger for kulturen».

Det følger av komiteens uttalelse at også spesielle leveveier knyttet til bruk av land og naturressurser omfattes av kulturbegrepet, herunder jakt og fiskerettigheter. Momenter som det økonomiske aspektet rundt kulturutøvelsen, eksklusivitet og utbredelse kan være av betydning for spørsmålet.²²

I Angela Poma mot Peru-saken ble kulturbegrepet drøftet.²³ Saken omhandlet et inngrep som førte til at beiteressurser gikk tapt. Minoritetsgruppen anførte at lamaoppdrett var en tradisjonell næring for dem. Komiteen uttalte at lamaoppdrett var en sentral del av gruppens kultur, da den hadde forankring i en gammel tradisjon, som ble videreført fra generasjon til generasjon.²⁴

I Lubicon Lake Band-saken mot Canada²⁵, gikk en indiansk folkegruppe til sak mot den kanadiske regjeringen fordi de hadde tillatt delstatsregjeringen i Alberta å ekspropriere områder slik at de kunne utnytte det til olje og gass utvinning. Indianerne påsto at områdene tilhørte dem, siden de hadde drevet med jakt og fiske der. Det ble fastslått at økonomiske aktiviteter som jakt og fiske, som indianere mente var en levemåte og kulturell tradisjon for de, gikk under begrepet «kultur» etter artikkel 27.²⁶

²¹ Human Rights Committee, General Comment No. 23 (1994), avsnitt 7.

²² Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, avsnitt 7.

²³ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006.

²⁴ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, avsnitt 7.3.

²⁵ Communication No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984.

²⁶ Communication No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 avsnitt 32.2.

Komiteens uttalelser i Kitok mot Sverige viser også hva som ligger i begrepet kultur. Det er ikke det mest sentrale spørsmålet i saken, men det er av betydning for å avklare hva som ligger i «kultur». I saken ble det drøftet om økonomiske aktiviteter og levemåter som reindrift var omfattet av kulturbegrepet. Komiteen uttalte at økonomiske aktiviteter kan dekkes av ordlyden, hvis aktiviteten er en essensiell del av gruppens kulturelle tradisjoner.²⁷ Det ble slått fast at samisk reindrift var en viktig del av gruppens kultur og var omfattet av kulturbegrepet etter artikkel 27.

Det kan være vanskelig og heller ikke ønskelig å definere hvilke aktiviteter som omfattes av kulturbegrepet og motsatt. Komiteen legger til grunn at hva som omfattes av kulturbegrepet ikke kan avgjøres i det abstrakte, men må drøftes i en kontekst²⁸. At det legges til grunn at kulturbegrepet ikke er håndfast, viser at komiteen har en bred tolkning av begrepet. Denne tolkningen viser at kultur kan manifestere seg i mange former, som komiteen har gitt uttrykk for.²⁹

Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er i hvilken grad kulturen må være tradisjonell? Beskytter artikkel 27 kun tradisjonelle utnyttelsesformer?

Ordlyden gir ingen veiledning, men det fremgår av samerettsutvalgets uttalelser at kulturbegrepet ikke er statisk, men dynamisk og at den også beskytter moderne utnyttelsesformer å utøve kulturen sin på. Kulturbegrepet vil altså utvikles i samsvar tiden og samfunnet.³⁰

Dette kan også utledes fra Ilmari Länsman saken. Komiteen uttalte at minoriteten kan ha endret på deres metoder ved utøvelsen av reindrift med tiden og deres praksis ved hjelp av moderne teknologi. Denne moderniseringen av reindriften medførte ikke at det falt utenfor det som er å anse som kultur etter artikkelen.³¹

Apirana Mahuika mot New Zealand viser at kulturbegrepet må tolkes vidt. Maoriene mente at fiskenæring var en hjørnestein i deres tradisjonelle kultur og at statens fiskereguleringer truet deres stammekultur. De ble lagt til grunn at stammens fiskenæring var en essensiell del i deres kultur, samtidig som de uttaler at økonomiske aktiviteter kan omfattes av ordlyden hvis det er en viktig del av kulturen. Dette fikk støtte av en fiskerikonvensjon som anerkjente maorienes

²⁷ Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988) avsnitt 9.2.

²⁸ Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988) avsnitt 9.3.

²⁹ Human Rights Committee, General comment No. 23 (1994), avsnitt 7.

³⁰ NOU 2007: 13 B Del 3 kap. 16-24, s. 858.

³¹ Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/511/1992, avsnitt. 9.3.

fiskerettigheter som en sentral del av deres kultur.³² Komiteen viderefører synet fra Länsman-saken.³³ Komiteen bekrefter at kulturbegrepet er dynamisk.

På den ene siden så kan ikke enhver aktivitet nyte et kulturvern. Utmarksbruk er ikke eksklusivt for samer, fiske og jakt er noe som er utbredt i hele Norge. Dette må anses som mer tradisjonell bruk og ikke en kulturspesifikk aktivitet kun samer har. Men det er ikke et krav om at bruken skal være kulturspesifikk.³⁴ Det kan vises til andejakt, som har vært en viktig næringsform for samene fra gammelt av, men er noe som nordmenn driver på med også, i motsetning til for eksempel reindrift som det er kun samer som kan drive på med etter norsk lov, jf. reindriften § 2.

Et annet eksempel er sjøsamisk fiske. Før skjedde fiske i robåter med årer og garn. Dagens fiske er ikke det samme, med tanke på større og bedre båter og bedre redskaper som hjelper med å fange fisk. Kystfiskeutvalget drøftet om det samiske fiske er en tradisjonell næring for samene i den grad at fisket er noe som kjennetegner samisk kultur og dermed nyter et kulturvern. Det ble fastslått at fiske er en tradisjonell næring for samene, men at fisket ikke er kulturspesifikk for samene i den forstand at de har drevet med fiske i større utstrekning og heller ikke på vesentlig annen måte enn andre bosatt på kysten langs Finnmark.³⁵ Sjøfiske er en næringsform som har blitt utøvd av store deler av kystbefolkningen i hele Norge og dermed ikke er en noe som er særegent for samisk kultur. Det kan tenkes at samer og ikke-samer har fisket i samme områder og på samme måte utøvd fisket. Skal den sjøsamiske befolkningens kystfiske ha et særlig vern når det ikke er kulturspesifikk? Dette svarer Kystfiskeutvalget bekreftende på.³⁶

Nessebydommen kan tjene som grunnlag for å svare på dette spørsmålet. I saken oppstod det tvist mellom lokalbefolkningen og FEFO om forvaltningen av en stor del av grunnen i Nesseby kommune. Lokalbefolkningen hevdet at de hadde bruksrettigheter pga. alders tids bruk, og derfor hadde rett til å forvalte naturressursene som bruksrettighetene var knyttet til. Det som kan utledes av dommen er at lokalbefolkningens bruk av tvisteområdet ikke hadde vært eksklusiv nok, fordi andre grupper hadde brukt området jf. avsnitt 150. Men dette var ikke til hinder for anerkjennelse av deres bruksrett, men innholdet av retten var begrenset.³⁷

³² Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt 9.3.

³³ Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt 9.4.

³⁴ NOU 2008: 5 s. 256.

³⁵ NOU 2008: 5 s. 264.

³⁶ NOU 2008: 5 s. 266.

³⁷ HR-2018-456-P avsnitt 152.

Dette tyder på at hvilke næringsformer som utøves ikke er avgjørende. Det avgjørende er om den tradisjonelle kulturutøvelsen er viktig for minoriteten. Dette kan utledes av komiteens praksis og kysfiskeutvalget.³⁸

Men en tradisjonell næringsutøvelse vil være omfattet av kulturbegrepet når det er en modernisering av den kulturen de har drevet på med, noe som legges til grunn i komiteens praksis.³⁹ Endringer i tradisjoner som skjer på grunn av samfunnet og modernisering medfører ikke at gamle tradisjoner mister sitt kulturelle preg. At kulturen også har blitt praktisert av nordmenn og sånn sett ikke kan sies at den er eksklusiv for samene, gjør den ikke mindre viktig for den samiske kulturen. Det kan tyde på at kjernen i forståelsen av kulturbegrepet er hvordan en minoritet praktiserer sin kultur.

2.4 Det materielle grunnlaget for urfolks kultur

Naturgrunnlaget er selve hjørnesteinen for samisk kultur. Inngrep i naturgrunnlaget som tjener som grunnlag for samisk kulturutøvelse, kan medføre brudd på artikkel 27. Det er et særlig vern av det materielle grunnlaget for urfolks kultur. I hvilken grad den utgjør en sentral del av deres livsstil vil ha betydning for vurderingen om det foreligger en krenkelse av artikkel 27. Dette kan være områder hvor økonomiske aktiviteter som tradisjonell reindrift og jakt, fangst og fiske foregår, eller hvor de bor og deres bruk av naturressursene, som land og vannområder. Utøvelse av kultur kan være hvordan en minoritet bruker naturgrunnlaget som sin levemåte.

Komiteen uttaler at det materielle grunnlaget for kulturutøvelsen, er utnyttelse av landressurser.⁴⁰ Dette tilsier at landområder, vann som brukes til fiske og naturen generelt som er av betydning for utøvelse av samisk kultur omfattes av bestemmelsen. At det materielle grunnlaget har stor betydning for samisk kultur, fremgår av NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur, kapittel 3.3.4. Samisk kultur er ikke bare en spesiell type aktiviteter, men land og vannområder er også en grunnleggende forutsetning for tradisjonelle kulturutøvelser som reindrift og fiske. I tillegg er utnyttelse av naturressursene, som bærplukking, trevirke, og jakt en del av dette.

Naturgrunnlaget må ha et vern slik at samisk kultur er sikret og får utvikle seg. Forarbeidene oppstiller en grense mellom hvilke inngrep i det materielle grunnlaget for samisk kultur som

³⁸ NOU 2008: 5 s. 266.

³⁹ Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/511/1992 (1994), avsnitt. 9.3.

⁴⁰ Human Rights Committee, General comment No. 23 (1994), avsnitt 7.

kan tillates og motsatt. Det påpekes at inngrep som hindrer eller vanskeliggjør bruken av naturgrunnlaget vil ikke være tillatt, men at vanlig utnyttelse av naturen som vil kunne ha konsekvenser for samekulturen må godtas. Dette tilsier at terskelen for inngrep er forskjellig utfra hvilket naturgrunnlag og kulturutøvelse som påvirkes.

Komiteens praksis har vist at økonomiske aktiviteter kan ha et vern, men også at det materielle grunnlaget for næringsutøvelsen også nyter et slik vern, fordi uten naturgrunnlaget vil ikke næringsutøvelsen overleve. Reindrift som mange samer har som hovednæring og eneste inntekt og bidrar til kulturens levedyktighet illustrerer av det at det økonomiske aspektet er relevant ved vurderingen. Reindrift som er særegent for den samiske kulturen vil uten tvil omfattes av det materielle kulturvernet etter artikkel 27.

3. Når innebærer et inngrep «nektelse» av retten til å utøve kultur?

3.1 Terskelen for inngrep

I denne delen skal jeg redegjøre for hvor langt vernet etter artikkel 27 strekker seg, og for å avklare dette må det tas stilling til når et inngrep er å anses som en nektelse av retten til kulturutøvelse. Dette er kjernen i bestemmelsen og hvilke inngrep som vil føre til en krenkelse av bestemmelsen vil bero på en konkret vurdering av inngrepets konsekvenser for de berørte. Formålet med artikkel 27 er nettopp å gi minoriteters kulturutøvelse et vern mot inngrep, men artikkel 27 gir ikke et absolutt forbud mot inngrep.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «nektes» retten til å dyrke sin kultur, kan peke på at staten ikke skal hindre minoriteten i å utøve sin kultur. Dette kan for eksempel være fysiske hindringer eller tiltak som innskrenker mulighetene for minoriteten til å praktisere kulturen, men hvor begrensninger og reguleringer i seg selv ikke fører til en total nektelse. For reindriften kan dette vises som innskrenkninger av beiteområder, midlertidig stengninger av flyttleier eller pålegg om store reduksjoner av reinflokker.

Det fremgår av Samerettsutvalget forståelse av bestemmelsen at det er en absolutt grense for hva staten kan gjøre i form av inngrep i samenes kultur. Enten er det tale om inngrep i deres tradisjonelle næringer eller i landområder som utgjør det materielle naturgrunnlaget for kulturutøvelsen. Men rekkevidden av hvor langt kulturvernet strekker er uavklart.⁴¹

⁴¹ NOU 2007: 13 A s. 203.

Det følger av rettspraksis jf. HR-2017-2247-A (Langsund) avsnitt 128 at bestemmelsen skal forstås slik at terskelen for inngrep er høy. Det skal en god del til før inngrep er av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 27 er krenket.

Det nærmere innholdet av vilkåret må løses på bakgrunn av komiteens praksis. For rettsanvendelsen i Norge er også norsk rettspraksis viktig. Det følger av komiteens General Comment No. 23 (1994) avsnitt 6.1 at krenkelse («violation») av retten til å utøve sin kultur omfattes av bestemmelsen. Bestemmelsen skal beskytte samers rett til kulturutøvelse mot «utilbørlige inngrep».⁴² Det vil si inngrep som strider mot det som er rett og rimelig.

Av FNs menneskerettighetskomites behandling av Länsman (1)⁴³ kan det utledes når et inngrep ikke anses som en nektelse etter artikkel 27. I punkt 9.4 fastslås det at «measures that have a certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the right under article 27» Altså at ikke ethvert inngrep vil være konvensjonsstridig, når inngrepet bare har en begrenset innvirkning på minoritetens levemåte. Faktum i saken var at et privat firma hadde fått tillatelse til å drive et steinbrudd i et område hvor 48 reindriftssamer hadde sine rein. Det var tale om et område på 0,1 km², hvor de også måtte transportere steinen gjennom reindriftssamenes reinbeiteområder. Spørsmålet i saken var om steinbruddvirksomheten var så omfattende at det faktisk medførte til at reindriftssamene ikke kunne utøve reindrift i tvisteområdet. Det ble lagt vekt på at tillatelsen for virksomheten var gitt med en forutsetning om at det skulle skje i begrenset omfang. Og at steinbrudd aktiviteten skulle primært skje utenfor periodene reindriftssamene brukte områdene til beite jf. punkt 9.7. Virksomheten ville altså ikke ifølge komiteen vanskeliggjøre utøvelsen av reindrift på en slik måte at det i realiteten førte til en nektelse. Det kan tyde på at omfanget av inngrepet må være stort.

Länsman II- saken omhandlet en lokal reindriftsgruppe som mente at det finske skogbruksstyret tillatelse gitt til hogst og veibygging i deres reinbeiteområder var en krenkelse av deres rett etter artikkel 27. Området dekket rundt 3000 hektar og dette lå midt i vinterbeitelandet deres. Området bestod av gamle urørte skoger, noe som innebærer at både bakken og trærne er dekket av reinlav. Simlene brukte området til kalving og reinlavet er svært viktig for reinen fordi det om vinteren er det mangel på mat. Det hadde allerede

⁴² NOU 2007: 13 A s. 171 og CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities) Adopted at the Fiftieth Session of the Human Rights Committee, on 8 April 1994 CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23. (General Comments).

⁴³ Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

forekommet tømmerhogging i tvisteområdet og komiteen uttalte i punkt 10.6 at ekstra arbeid og utgifter for reindriftsutøverne kunne godtas, fordi dette inngrepet ikke så ut til å true reindriftens eksistens. Det vil altså kunne godtas inngrep som vil føre til ekstra utgifter til en viss grad. Det bemerkes at komiteen ikke kunne konkludere på bakgrunn av de bevisene som var lagt frem om det forelå en nektelse etter artikkel 27, men de utelukket ikke det.⁴⁴

Poma-saken viser hvor terskelen ligger ved naturinngrep. Faktum i saken var at en kvinne av Aymara-folket som drev en alpakka gård anførte at Peru regjeringens inngrep i deres våtmarker var et konvensjonsbrudd.⁴⁵ Inngrepet som gjaldt bortledning av vann for å forsyne en nærliggende by, skjedde i deres beiteområder, noe som førte til ødelagte økosystemer og forringelse av land og uttørking av vannressursene. Dette førte igjen til at tusenvis av husdyr døde og lokalsamfunnets viktigste levebrød ble borte, som var lama og alpakkaoppdrett. Menneskerettighetskomiteen la vekt på at de berørte etter inngrepet ikke ville ha økonomisk utbytte av sin tradisjonelle næring. Videre konstaterer den en resultatssammenheng mellom tiltaket og konsekvensene av tiltaket, som i dette tilfellet var svært inngripende fordi urfolket mistet deres tradisjonelle næring. Saken viser at inngrep som medfører at minoriteten ikke kan leve av sin tradisjonelle næring vil medføre en krenkelse av artikkel 27. Videre vil det i saker som er av samme alvorlighetsgrad være sentralt i vurderingen om minoritetsparten har fått delta i beslutningsprosessen og om det er avgitt samtykke av minoritetens representative organ.⁴⁶ Har ikke dette skjedd vil det ifølge denne saken medføre en krenkelse av bestemmelsen. Denne saken er den hittil viktigste avgjørelsen fra komiteen fordi det er en relativ ny sak som tydeliggjør hvilke momenter som er sentrale i vurderingen av om det foreligger en «nektelse» og hvordan disse skal vektlegges.

Lubicon lake- saken omhandlet inngrep i landområder som minoriteten benyttet for sin kulturutøvelse. Klagerne anførte at ekspropriasjon av deres landområder, førte til at de ikke kunne dra nytte av sine naturressurser og ble derfor fratatt sin levemåte. Det ble lagt vekt på at det hadde skjedd historiske urettferdigheter og at nye utviklinger truer minoritetens livstil og kultur så lenge det pågår. Dette utgjorde en krenkelse av artikkel 27.⁴⁷

Terskelen for inngrep i økonomiske aktiviteter fremgår også av *Apirana vs. New Zealand*. Regjeringen innførte en ny fiskerilovgivning som hadde den konsekvens at den utelukket

⁴⁴ Communication No. 671/1995, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996), avsnitt 10.5 og 10.7.

⁴⁵ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006.

⁴⁶ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, avsnitt 7.6- 7.7

⁴⁷ Communication No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, avsnitt 33.

maorigrubbens tilgang til å fiske, både kommersielt og ikke-kommersielt. Loven var i strid med en fiskerikonvensjon som maorigruppen utledet sine fiskerettigheter av. Begrunnelsen for hvilke inngrep som kan tillates er om minoriteten kan fortsette å ha økonomisk utbytte av aktiviteten i ettertid og at alle i fellesskap har mulighet å fortsette med kulturutøvelsen.⁴⁸

Spørsmålet om hvor terskelen for inngrep ligger i reindriften har blitt behandlet av Høyesterett i Langsund-dommen, HR-2017-2247-A. Saken gjaldt tunellforbindelse til Reinøya i Troms med påfølgende bygging av et veiprojekt i et reinbeiteområde. Det hadde ikke blitt foretatt en konsekvensvurdering av byggingen av et fergeleie og utvidelse av vei. Høyesterett skulle ta stilling til om denne mangelen gjorde byggingen ulovlig. Den andre vurderingen i saken var om byggingen medførte konsekvenser for reindriften slik at byggingen var et inngrep som krenket artikkel 27. Høyesterett konkluderte med at det ikke forelå en krenkelse av bestemmelsen, med dissens 3-2. Ved tolkningen av artikkel 27 støttet domstolen seg på komiteens vurdering av terskelen for inngrep i minoritetens naturgrunnlag. Flertallet understreker at inngrep som bare har en begrenset innvirkning på kulturutøvelsen er tillatt. Men at inngrep som river bort hele livsgrunnlaget medfører en krenkelse av artikkel 27, jf. avsnitt 124-127 På bakgrunn av komiteens vurdering i de fire saker som legges frem, utleder Høyesterett i avsnitt 128 at terskelen er høy. Dette begrunnes i avsnitt 129 med fergeleiet vil ha begrensede konsekvenser fordi reinen nesten ikke bruker området. De viser til at reinen kun har vært i nærheten av tvisteområdet 3 ganger på 10 år og at fergeleiet ikke sperrer for flyttleier. Videre legges det vekt på at det var avbøtende tiltak for ulempene dette kunne medføre, som stans i anleggsvirksomhet hvis dette var nødvendig på grunn av landsetting av rein fra båt eller kalving i området jf. avsnitt 130. Dette viser at høyesterett har tatt hensyn til reindriftens utfordringer ved fastsettelsen av inngrepets grad. Men Høyesterett uttaler at veiomleggingen kan være til ulempe for reindriften, jf. avsnitt 131. Men det var «imidlertid tale om et begrenset område nokså nær eksisterende veg og bebyggelse, og i randsonen mot innmark».

I kartleggelsen av hvor terskelen for inngrep i naturgrunnlaget ligger, anses den utfra dommen å være høy, men under komiteens grense. Høyesterett har lagt til side den terskelen for inngrep som ble lagt til grunn i Rt. 1982 s. 241 på s. 299 at inngrepet må være «bastante og meget skadelige» før det foreligger konvensjonsbrudd. Skogvang mener vurderingskriteriene for om det forelå brudd på artikkel 27 i saken var feil. Ved vurderingen av inngrepets

⁴⁸ Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt 9.9.

alvorlighetsgrad ble det lagt avgjørende vekt på om «... hele den samiske kultur ble truet». En høyre terskel for inngrep enn komiteens praksis.⁴⁹ Terskelen er lavere nå, dette kan delvis begrunnes med at det har tatt lang tid å anerkjenne samiske rettigheter for norske domstoler og at komiteen har nyansert forståelsen av hva som kan anses som en nektelse.

Men på en annen side så er nok begrensninger som til en viss grad påvirker samisk kulturutøvelse som utmarksbruk, ikke til hinder. HR-2018-456-P slo fast at lokalbefolkningen i Nesseby hadde bruksrettigheter som bygget på selvstendig grunnlag, men at rettigheten ikke omfattet retten til ressursforvaltningen på grunn av manglende eksklusivitet. Det medførte at deres rettigheter ikke var unntatt reglene i Finnmarksloven kapittel 3. Høyesterett konkluderte med at lokalbefolkningen ikke hadde rettigheter som hadde grunnlag i «særlige rettsforhold» jf. avsnitt 156. Dommen er for øvrig kritisert i litteraturen, fordi den i realiteten innskrenker samiske rettigheter. Betydningen av samisk naturbruk, sedvaner og ILO-konvensjonen nr. 169 er redusert.⁵⁰

Det vises til komiteens uttalelse i *Howard vs. Canada*, som gjaldt tvist om fiskerettigheter. En indianerstamme hevdet at statens reguleringer som i praksis innskrenket deres fiskerett var i strid med artikkel 27, men klagen førte ikke frem. Det fremgår av punkt 12.7 at staten kan innføre reguleringer for aktiviteter som er et vesentlig element i en minoritets kultur, forutsatt at reguleringen ikke vil medføre en faktisk nektelse av deres rett. At klageren måtte skaffe seg et fiskekort for å kunne fiske var ikke et brudd på artikkel 27, da bakgrunnen for reguleringen var å sikre videre bærekraftighet, slik at andre som fisker og indianerstammen selv kunne fortsette å dra nytte av ressursene.

3.1 Har reindriften et særlig vern mot inngrep?

Kysfiskeutvalget understreker at det oppstår et tolkningsproblem ved anvendelsen av artikkel 27. Det er om det må kreves at næringsutøvelsen har en samisk egenart.⁵¹ Spørsmålet som oppstår er om det er et skille mellom vern mot inngrep i kulturspesifikke næringer sammenlignet med tradisjonelle næringer. Utvalget trekker frem at dette skillet bør tillegges liten vekt, og begrunner dette med at artikkel 27 innebærer et resultatansvar for staten. Det avgjørende er om minoriteten får muligheten å utøve sin kultur gjennom statlige tiltak.⁵²

⁴⁹ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*. 3. utgave s. 166 og 175.

⁵⁰ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 446.

⁵¹ NOU 2008: 5 punkt 8.8.

⁵² NOU 2008: 5 s. 265.

Reindriften har et vern gjennom internasjonale forpliktelser og nasjonal lovgivning jf. reindriftsloven § 3. De forpliktelsene staten har påtatt seg helt grunnleggende for å sikre at reindriften har et sterkt vern mot inngrep. Retten til å utøve reindrift er ikke noe som hviler på loven, men på alders tids bruk jf. reindriftsloven § 4. Dette er slått fast i Rt. 2001 s. 769, på s. 788. Det vil si at staten ikke kan regulere og begrense reindriften som de selv ønsker utfra lovgivningen. Dette er også uttrykt i HR-2017-1230-A avsnitt 23 at reindriften har sitt selvstendige grunnlag og denne retten setter begrensninger for lovgiver.

Et annet viktig prinsipp som er nedfelt i reindriftsloven § 4 (3) er ekspropriasjonsvernet. Ekspropriasjon betyr at noen tar over eiendomsretten eller rettigheter til en eiendom uten reelt samtykke fra eieren, forutsatt gyldig ekspropriasjonsvedtak, og at eieren skal få full erstatning jf. Grunnloven § 105. Men vernet etter SP artikkel 27 strekker seg lengre enn ekspropriasjonsvernet. For eksempel kan inngrep som oppfyller vilkårene til et ekspropriasjonsvedtak, medføre en krenkelse av artikkel 27.

Dette er svært viktig ved inngrep i reinbeiteområder, for eksempel ved utbygginger. Det følger av reindriftsloven § 4 (3) at ved slike inngrep skal full erstatnings gis etter de alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsippene, som betyr at den som rammes skal få sitt tap dekket. Noe som tilser at reindriften er likestilt med andre næringer og har et like sterkt vern som når det foretas inngrep i eiendomsretten.⁵³ At reindriften har et sterkt ekspropriasjonsvern, er slått fast i Altevann-dommen.⁵⁴

Men reindriften har ikke et absolutt vern mot slike inngrep. Hvis inngrepet har et fornuftig formål, vil det kunne skje. Det følger av oereigningslova § 2 at inngrepet må «utvilsomt være mer til fordel enn skade». Et slikt formål kan være bygging av vei eller institusjoner, se oereigningslova § 2 for liste med ulike formål. Men selv om en utbygger vil bygge i et reinbeitedistrikt, og forhandler med distriktet og sier at de får x antall millioner for å godta inngrepet, vil ikke inngrepet bli mer lovlig av den grunn. Men på en annen side hvis saken har stor støtte fra den samiske befolkningen og at sametinget og NRL mener inngrepet er fornuftig, vil inngrepet kunne være lovlig. I motsetning til om det bare er en siida som mener inngrepet er greit. Å kjøpe seg bort fra folkerettslige forpliktelser går ikke. Staten har en forpliktelse til å sikre og legge til rette for utvikling av samisk kulturutøvelse, jf. Grl. § 108.

⁵³ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 274.

⁵⁴ Rt. 1968 s. 429 på s. 438.

Bestemmelsen har sin bakgrunn i artikkel 27, og har således en grense for hvilke inngrep som kan godtas i reindriften og samisk kultur for øvrig.

Seiland-dommen Rt. 2001 s. 1578 er interessant for spørsmålet. Saken gjaldt et erstatningskrav fra en reindriftssiida for tap av beiteområde på bakgrunn av bygging av ny kraftstasjon. Høyesterett kom under dissens til at reinbeitedistriktet hadde krav på erstatning for tap av beiteland. Høyesterett la til grunn at reindriftdistriktet har en tilpasningsplikt, som er i samsvar med alminnelige ekspropriasjons prinsipper. Men denne plikten skal ikke medføre vesentlige ulemper utover den alminnelige tålegrensen, jf. s. 1586. I vurderingen tok Høyesterett for seg konsekvensene reguleringen av Oldervikvannet hadde medført for Kemi-gruppen. De viste til en bred kartlegging av konsekvenser gjennom sakkyndige rapporter og vurderingsnormen utledet av annen rettspraksis, og hva de tapte beitearealene har vært brukt til. Området hadde vært benyttet som vårbeite for okserein og ungdyr, og på bakgrunn av dette la Høyesterett avgjørende vekt på at tapet av beiteområdet ville gjøre dem mer sårbar overfor fremtidige inngrep og at tapet av beitet ville medføre merarbeid for dem jf. s. 1591. Fordi ved å la både simler og oksedyr beite sammen ville det medføre til mere uro og hvis gruppen måtte bruke andre beiteområder vil skilling fra andre driftsgrupper medføre merarbeid jf. s. 1592.

Det som kan utledes av dommen er at hvis inngrepet medfører merarbeid for en reindriftsgruppe i form av tap av en ikke ubetydelig del av vårbeite sitt og alle ulemper dette innebærer som blant annet tap av dyr, vil tålegrensen for tilpasningsplikten være overskredet. Men merarbeidet trenger ikke å være omfattende før erstatnings må gis, men hvis det medfører økonomisk tap av et visst omfang for reindriftsgruppen vil de ha krav på erstatning. Høyesterett synes å legge stor vekt på reindriften betydning for samisk kultur og næring, og at inngrep i beiteland vil ha konsekvenser, fordi dette er reindriften viktigste ressursgrunnlag. Juridisk teori viser til at inngrep i økonomisk aktivitet kan medføre erstatning og at inngrepets alvorlighetsgrad videre kan medføre brudd på artikkel 27.⁵⁵

Et annet spørsmål er hvor grensen for hva grunneier kan gjøre med egen eiendom i et reinbeiteområde. Mens inngrepsvernet for ekspropriasjon er sterk, er inngrep fra grunneiere mere usikkert. Det følger av reindriften § 63 at grunneier eller bruksberettiget ikke må utnytte sin eiendom i et reinbeiteområde slik at det er til «vesentlig skade eller ulempe» for reindriften. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det skal skje en

⁵⁵ Øyvind Ravna, *Same- og reindriften*, Oslo 2019 s. 278-279.

helhetsvurdering av det konkrete tiltaket. Alt som kan være negativt for utøvelsen kan ikke omfattes. Tiltak som hindrer utøvelsen som sperringer eller ødeleggelse av flyttlei, innskrenkninger av sentrale beiteområder eller forstyrrende tiltak vil være lovstridig. Det følger videre av andre punkt at vanlig utnyttning til jordbruksformål, skogsbruk og landbruksformål er lov. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at oppdyrking av utmarksområder er tillatt.⁵⁶

Forarbeidene uttrykker at første punkt skal forstås slik at tiltak som hindrer reindriftsutøverne å utøve sine rettigheter ikke er tillatt, som sperring eller forringelse av flyttlei, innskrenkninger av viktige beiteområder og forstyrrelser.⁵⁷ Og hva som er vanlig utnyttelse av eiendom, ikke er et statisk begrep. Videre uttales det at hyttebygging, etablering av hyttefelt, anlegg av skitrek og andre turistanlegg, som krever byggetillatelse etter plan -og bygningsloven eller vedtatt i reguleringsplan ikke er omfattet av ordlyden.⁵⁸

I HR-2017-1230-A ble grunneieres utnyttelse av eiendom i et reinbeiteområde drøftet. I saken ble det åpnet for hyttebygging til en viss grad. På den ene siden så ville dette føre til åpenbare vanskeligheter for reindriftsamenes driveplikt. Men på den andre siden så hadde reindriftssamenes hensyn vært vurdert og ivaretatt, fordi det var tale om bare noen få hytter på et eksisterende hyttefelt og ingen bygging av vei jf. avsnitt 47. Men det må tas hensyn til graden av utnyttelse av eiendommen. Og videre at det ikke er et naturinngrep i et beiteområde som har tidligere vært uberørt jf. avsnitt 48.⁵⁹ Men Høyesterett uttaler at mange isolert små tiltak samlet sett kan medføre alvorlige konsekvenser for reindriften. Fordi noen hytter vil ikke være urimelig, men hvis det åpnes for mange flere i fremtiden kan virkningen være at reindriftssamene i praksis nektes å utøve sin reindrift. Dette vil da kunne anses som brudd på artikkel 27 og tidligere praksis fra komiteen viser at slike inngrep i reindriftsnæringen kan være lovstridig.

Ifølge Høyesterett må det foretas en konkret vurdering av om utnyttelsen er til vesentlig skade eller ulempe etter ordlyden, og Høyesterett forankrer dette i forarbeidene, som de tolker slik at det foreligger en viss terskel før utnyttelsen er til vesentlig skade eller ulempe jf. avsnitt 37-38. Høyesterett la stor vekt på at reindriftsnæringen har vært betydelig involvert i planprosessen, og reindriftens hensyn har vært grundig vurdert jf. avsnitt 44, noe som er i

⁵⁶ Hjemmeeksamen JUR-3616 kandidatnummer 2.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 28 (1994-1995) s. 47.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 28 (1994-1995) s. 48.

⁵⁹ Hjemmeeksamen JUR-3616 kandidatnummer 2.

samsvar med internasjonale forpliktelser og retten til deltakelse i beslutningsprosesser. Dommen kan tas til inntekt for at SP artikkel 27 kan komme inn ved spørsmålet om rekkevidden av grunneiers rett. Artikkel 27 sier at hvis noen blir nektet retten til å utøve sin kultur, noe reindrift er, vil utnyttelsen av eiendommen kunne bli lovstridig. Utbyggingen skjer i et område distriktet har brukt i lang tid. Det følger også av reindriftsloven § 22 reindriften fritt og uhindret kan drive med reinen der den lovlig kan ferdes og at flytting kan skje etter tradisjonelle flyttleier. Det vil være svært tyngende for et reindriftdistrikt hvis beiteområdet de har brukte i mange år blir nedbygd og utsatt for stor menneskelig aktivitet. Det kan føre til en innskrenkning av deres reinbeiteområde. Reindriftsloven § 22 som anses som den viktigste bestemmelsen etter loven, sammenholdt med urfolks rett til å besitte og eie landområder de tradisjonelt lever⁶⁰, sammenlignet med resultatet i dommen. Taler for at reindriften vern mot grunneiers inngrep står svakere enn inngrep fra staten. Men på en annen side så skal ikke eier være avskåret fra å utnytte sin eiendom pga. reindrift i nærheten, det vil være urimelig. Det kan vises til Servituttloven § 2 om at begge rettighetene som foreligger skal respekteres og er likestilt, taler for at eiendommen kan utnyttes til vanlig bruk.

Kystfiskeutvalget trekker frem at samisk bosetning i de samiske lokalsamfunn som et sentralt vilkår for vern og utvikling av samisk kultur, når det understrekes at sjøsamisk fiske er selve grunnlaget for akkurat dette. I utredningen legges det til grunn av skillet mellom kulturspesifikke og tradisjonelle næringer, henholdsvis reindrift og sjøsamisk fiske er av mindre betydning fordi begge næringene bidrar til å sikre samisk kultur.⁶¹

Annen samisk kulturutøvelse som det kan sammenlignes med er vårjakt på ender, som er en lang tradisjon i Kautokeino. Den historiske bruken kan være relevant for å se på for terskelen for inngrep i de materielle grunnlaget for kulturen. At reindrift er en hjørnestein i samisk kultur er ikke tvilsomt, noe komiteen uttrykte i Kitok-saken. Reindrift var en viktig del av minoritetens kultur, «essential element in the culture».⁶² Mens reindriften er eksklusiv for samene, jf. reindriftsloven § 2, er ikke all samisk naturbruk det. Før Selbudommen og Svartskogsdommen som tilpasset norske regler på samiske premisser⁶³ var rettsoppfatningen at samisk bruk var for lite eksklusiv og intensiv for at samenes rettigheter skulle anerkjennes.⁶⁴ Noe som til en viss grad enda eksisterer for den tradisjonelle vårjakten.

⁶⁰ ILO konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, artikkel 14.

⁶¹ NOU 2008: 5 s. 281.

⁶² Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), avsnitt 9.2.

⁶³ Rt. 2001 s. 769 på s. 789 og Rt. 2000 s. 1229 på s. 1247.

⁶⁴ Rt. 1981 s. 1215 på s. 1225, Rt. 1988 s. 1217 på s. 1225, og Rt. 1997 s. 1608 på s. 1616.

Grensen for hvilke inngrep som kan godtas i denne kulturutøvelsen anses som høyere enn i reindriften.

Kystfiskeutvalget understreker at hvis kulturvernet i hovedsak kun skulle gjelde reindriften som faktisk er den eneste virkelige kulturspesifikke næringen, vil artikkel 27 miste sitt innhold og bidra til å svekke kultursikringen.⁶⁵ Dette vil kunne medføre at andre tradisjonelle kulturutøvelser ikke får et tilstrekkelig vern. Men på den andre siden så vil det kunne anføres at tradisjonelle næringer uten kulturell egenart kan ha et mindre vern. Fordi jo lengre man fjerner seg fra artikkel 27 sin kjernesone blir konklusjonen mer usikker.⁶⁶ Artikkel 27 gir reindriften, som er kulturspesifikk og tradisjonell, et større vern enn andre tradisjonelle næringer, ifølge Kystfiskeutvalget tolkning av denne uttalelsen. Men dette kan få negative konsekvenser, fordi det understrekes at samisk kultur er sterkt knyttet til naturen i de samiske bosettings- og bruksområder. Derfor må det avgjørende være at det fortsatt kan utøves tradisjonell næringsvirksomhet i disse områder.⁶⁷

Beskyttelse av sjøsamisk kultur, som har vesentlig betydning for sysselsettingen i sjøsamiske bosettingsområder vil ha betydning for den samlede samekultur.⁶⁸ Hensynet til levedyktigheten for samisk kultur generelt tilser at alle former for næringer som har betydning for samisk kultur bør ha et likt vern. Hvis det kun er reindriften som har et særlig vern mot inngrep fordi den er så grunnleggende for samisk kultur, kan dette medføre at andre samiske næringsformer kan bli utsatt for inngripende vedtak. At samisk utmarksbruk og tradisjonelle næringer skal sikres, uttrykkes i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 23 (1) «... tradisjonell virksomhet for vedkommende folk, som jakt, fiske, fangst og sanking, skal anerkjennes som viktige faktorer for å opprettholde deres kultur».

Hvis det skal være et sterkere vern for reindriften sammenlignet med tradisjonelle næringer som jakt, fangst, fiske og utmarksbruk generelt vil dette stå i et motsetningsforhold til komiteens General Comment No. 23 (1994) avsnitt 7. Kultur kan således manifestere seg i mange former og at denne retten innebærer å kunne nyte en bestemt kultur. Samisk kultur er sterkt knyttet til naturen og dens ressurser, og dette er selve grunnlaget for at det fortsatt eksisterer samiske lokalsamfunn.⁶⁹ Mister minoriteten sitt materielle grunnlag for kulturutøvelsen, vil formålet med artikkel 27 som er å gi minoriteter en rett til å dyrke sin

⁶⁵ NOU 2008: 5 s. 266.

⁶⁶ NOU 2008: 5 s. 264.

⁶⁷ NOU 2008: 5 s. 265 punkt 8.8.2.

⁶⁸ NOU 2008: 5 s. 266.

⁶⁹ NOU 2008: 5 s. 265.

kultur, miste sitt innhold. Kysfiskeutvalget understreker betydningen av at det er i samhandling mellom samer at samisk kultur videreføres og utvikles.⁷⁰ Dette er avgjørende for at utmarksbruk og andre tradisjonelle næringer, som jakt og fiske, videreføres.

Tradisjonelle næringer, som fiske, er også en viktig kulturbærer for samisk kultur, noe som kommer til uttrykk i Havressurslova § 7 annet ledd bokstav G jf. deltakerloven § 1a. Et annet eksempel på at tradisjonelle næringer er viktige finnes i Finnmarksloven § 1 jf. § 3. Loven skal sikre at samisk kultur sikres, og utmarksbruk og næringsutøvelse omfattes av ordlyden.

På den ene siden så er hovedregelen likhet for loven og åpner ikke for noe form for forskjellsbehandling. jf. konvensjonens artikkel 26. At samer skal få lov til å jakte på våren bare fordi dette har vært en tradisjon, taler for et brudd på kravet artikkel 26 oppstiller. At samer skal få jakte på våren mens resten av befolkningen i Norge ikke får det, er ikke likhet for loven. Det er også hekketid på våren, en slik jakt vil være i strid med mot viltlovens prinsipp om forbud mot jakt i hekke og yngletid, dette er også nedfelt i Bernkonvensjonen art. 6 bokstav c, som Norge har ratifisert.⁷¹

På den andre siden så plikter staten seg til å positivt forskjellsbehandle når formålet er å korrigere forhold som hindrer eller svekker retten til å utøve sin kultur jf. HR-2017-2428-A avsnitt 59. Det foreligger faktisk spesiallovgivning i Kautokeino, jf. forskrift om kvoteregulert vårjakt på ender⁷², hjemlet i viltloven § 15. Dette er lovgivning som er til fordel for samisk kultur og er et eksempel på positiv forskjellsbehandling. Men på den andre siden så er denne forskriften svært begrenset, med tanke på kvoter og jaktbare arter og tidsrom, sammenlignet med høstjakten som er tillat i Norge. Det er ikke en total nektelse, men forskriften er så streng at den i praksis kan anses som en nektelse, fordi den hindrer den samiske befolkningen i å utøve sin rett sammenlignet med hvordan den historisk sett har vært utøvd. Det er ikke samme nødvendighet som før, vårjakten i gamle dager var nødvendig for å få mat på bordet, noe som ikke er problem i dag. Det økonomiske aspektet taler mot at vårjakten har et like sterkt vern som reindriften. Høstingskulturen i dag er ikke en hovednæring for folk, Andejakt er noe som nordmenn driver med også. Og slik sett taler det for at jakten ikke er i kjernen av samisk kultur. Dette kan illustreres med reindriften, som mange samer har som hovednæring og eneste inntekt og bidrar til kulturens levedyktighet. Dette er noe som er særegent for den

⁷⁰ NOU 2008: 5 s. 269.

⁷¹ Praksisrapport kandidatnummer 60.

⁷² Forskrift om kvoteregulert vårjakt på ender fra og med år 2013 til og med år 2022.

samiske levemåten. Vårjakten gir ikke et vesentlig bidrag til husholdningen og fremmer ikke samisk kultur på samme måte som reindriften.⁷³

Den kan tyde på at reindriften som er en så viktig del av samisk kultur vil ha et sterkere vern enn annen samisk utmarksbruk. Men samisk utmarksbruk er å anse som materiell kulturutøvelse og vil derfor ha et vern mot inngrep etter artikkel 27. Imidlertid virker det utfra komiteens praksis jf. Mahuika-saken, at det avgjørende er om kulturutøvelsen er viktig for minoriteten og ikke om det er særegent.

3.2 Deltakelse i beslutningsprosesser

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater er av særlig betydning for samenes rettigheter. Den har sentrale bestemmelser om konsultasjonsplikt overfor urfolket og om landrettigheter. Det følger av artikkel 2 at staten skal sørge for at urfolket skal kunne videreutvikle sin kultur, sørge for at urfolket blir konsultert i saker som angår dem og at staten skal beskytte deres rettigheter gjennom tiltak. At en slik konvensjon finnes, er for å sikre at urfolks rettigheter ivaretas og at de skal ha selvbestemmelsesrett over sine rettigheter og interesser. Samtidig oppstille retningslinjer for rettsanvendelsen, slik at urfolks rettsoppfatninger og sedvaner blir tatt hensyn til. Hvis ikke vil det være vanskelig for urfolk å påberope seg lovgivning som støtter deres sak, når rettigheter skal klarlegges. Staten som kan endre på lov, slik at den har loven på sin side, kan påvirke urfolks levemåter. Derfor er internasjonale forpliktelser viktig. Norge har ratifisert konvensjonen, men ikke inkorporert den gjennom menneskerettsloven § 2 som vil si at den gjelder som norsk lov etter sin ordlyd. Men den er delvis inkorporert gjennom Finnmarksloven jf. § 3. Den vil bare ha betydning på finnmarkslovens område og det er uttalt at ILO-konvensjon nr. 169 går foran finnmarksloven ved motstrid mellom disse.⁷⁴ Dette er lagt til grunn i HR-2016-2030-A avsnitt 76 der Høyesterett uttaler at den kun gjelder på finnmarkslovens egne bestemmelser og at rettigheter ikke kan utledes direkte fra ILO-konvensjonen.

Selv om Norge ikke har inkorporert ILO-konvensjonen nr. 169 vil den uansett ha stor rettskildemessig vekt for samiske rettsspørsmål. Dette kan utledes av HR-2018-456, hvor ILO-konvensjonen ble brukt som tolkningsmoment til kartleggelsen av retten til å forvalte naturressurser. Det følger det av de dualistiske prinsippet, som innebærer at norsk lovgivning presumeres å være i samsvar med internasjonale forpliktelser. Og ved motstrid vil norsk

⁷³ Praksisrapport kandidatnummer 60

⁷⁴ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) punkt. 7.4.3.

lovgivning måtte vike. Et viktig virkemiddel for å unngå dette er å tolke nasjonal lovgivning innskrenkende eller at den tolkes slik at den er i samsvar med folkeretten.

De viktigste bestemmelsene som regulerer urfolks rett til å delta i beslutningsprosesser er artikkel 6 og 7. Disse er helt fundamentale for at urfolks rettigheter bevares. Uten disse vil deres rettsvern ikke kunne ivaretas, og det legges til grunn at statens konsultasjonsplikt og urfolks rett til deltakelse i saker som angår dem er helt nødvendig for å sikre at deres rettigheter og interesser beskyttes. Jeg skal videre redegjøre for artikkel 6 jf. artikkel 7 og ved hjelp av komiteens praksis og norsk rettspraksis vise rekkevidden av bestemmelsen og i hvilken grad konsultasjoner har betydning for spørsmålet om en minoritet har blitt nektet å utøve sin kultur etter SP artikkel 27.

Det følger av artikkel 6 bokstav a, at når det overveies å innføre lovgivning eller tiltak som kan få direkte betydning for urfolket, skal de konsulteres. Ordlyden tilsier at staten har en konsultasjonsplikt. Og at dette gjelder i alle tilfeller hvor et tiltak kan få betydning for dem. Som for eksempel inngrep i landrettigheter og andre tiltak som berører det materielle grunnlaget for kulturutøvelsen. Konsultasjonsplikten er ikke begrenset kun til bestemmelsene i konvensjonen, men at den også inntreffer ved tiltak som ikke knytter seg til konvensjonens bestemmelser, men som likevel påvirker vedkommende urfolk direkte.⁷⁵ Plikten blir også gjeldene hvis samiske interesser vil kunne påvirkes direkte av tiltaket.⁷⁶ Ordlyden gir lite veiledning på hvem som skal konsulteres, men, det kan antas at sametinget er ofte det rette organ til å representere samiske interesser. Det følger videre av artikkel 6 nr. 1 b at urfolket skal få delta på alle beslutningsnivåer. Dette er viktig fordi en lovendring eller et tiltak er en lang prosess hvor det er mange hensyn som skal veies mot hverandre og hvis urfolket bare har rett til å delta på slutten av prosessen, kan det hende at deres interesser ikke har påvirket resultatet. Det kan være allerede overveiende hensyn som taler for denne endringen eller tiltak som vil medføre konsekvenser for de berørte. Formålet med konsultasjonen er å «oppnå enighet om eller samtykke til de foreslåtte tiltakene».⁷⁷ Ofte kan dette by på problemer og om faktisk enighet oppnås eller ikke, er ikke et krav. Men graden på tiltaket er av betydning. Hvis det i praksis fører til en nektelse jf. SP artikkel 27, vil manglende enighet om løsningen være problematisk. Samerettsutvalget uttaler konsultasjonspliktens omfang vil avhenge av i hvilken grad urfolket blir berørt. Samtidig legges det vekt på at konsultasjons- og deltakelsesrettens

⁷⁵ Prop. 116 L (2017-2018) s. 28.

⁷⁶ Prop. 116 L (2017-2018) s. 62 punkt. 6.4.1.

⁷⁷ ILO- konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, artikkel 6 nr. 2.

innhold og omfang må være av en slik art at den vil være et egnet redskap til å oppnå enighet og at riktig organ er blitt konsultert.⁷⁸ Er urfolkets rolle mer som en passiv rolle, hvor deres meninger ikke kommer til uttrykk i det aktuelle tiltaket eller lovgivningen, taler dette for at kravet ikke er oppfylt.

Det følger av General Comment No. 23 (1994) punkt 7 at konsultasjoner er svært viktig. «... ensure the effective participation». For at minoriteter skal kunne nyte sine rettigheter, kan tiltak som sørger for effektiv deltakelse i beslutninger som påvirker dem være påkrevd. Dette tilsier at minoriteten skal få delta aktivt i prosessen og deres syn på saken skal ha mulighet til å påvirke utfallet. Det må være reelle konsultasjoner. Om det faktisk har vært deltakelse i beslutningsprosessen er noe komiteen har uttrykt er sentralt, i flere saker. I det følgende vil det redegjøres for hva effektiv deltakelse innebærer og når kravet til dette anses oppfylt.

Länsman (1) viser at konsultasjoner er viktig før utviklingsaktiviteter kan fortsette. Komiteen uttalte i pkt. 9.6 at det hadde vært konsultasjoner med de berørte før steinbruddtillatelsen ble gitt og at deres syn ble vurdert nøye og konklusjonen var at reindriften i området ikke ble påvirket i stor grad. De berørte hadde deltatt i prosessen og blitt hørt. Saken viser at minoriteter skal ha en aktiv deltakelse og at deres syn og interesser skal være med i vurderingen før inngrep kan skje. I begge Länsman-sakene har komiteen lagt stor vekt på konsultasjonene. Dette er en viktig utvikling som slår fast betydningen av det å få frem de berørtes syn.

I Apirana Mahuika-saken kan det utledes et krav til positive tiltak som sikrer effektiv deltakelse i saker som berører minoriteter. Det legges stor vekt på om minoriteten har hatt mulighet til å delta i avgjørelsesprosessen.⁷⁹ I saken hadde staten gjennomført en lang konsultasjonsprosess og samtidig sikret stor oppslutning hos maori gruppen. De hadde blitt konsultert og deres syn på saken hadde faktisk påvirket resultatet. Av spesiell betydning for konsultasjonen var den kulturelle og religiøse betydningen av fisket. Det ble uttrykt bekymring fordi det hadde oppstått uenigheter mellom maorifolkene, men det kunne ikke få betydning når det hadde vært en bred konsultasjonsprosess med stor vekt på bærekraften til gruppen fiskeaktiviteter. Saken viser at konsultasjoner er et viktig virkemiddel for å sikre at minoritetens hensyn blir ivaretatt. Slik at deres kultur og levemåte ikke blir utsatt for uforholdsmessige tiltak. Retten til selvbestemmelse jf. SP artikkel 1 (2) vil være relevant

⁷⁸ NUO 2007: 13 A punkt. 5.6.3.3. s. 220.

⁷⁹ Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt 9.5.

angående retten til å delta i beslutninger som har betydning for minoritetens og deres områder. Saken viser at det er et vilkår om det har skjedd konsultasjoner etter artikkel 27.

Poma-saken illustrerer kravet til deltakelse i beslutningsprosesser. Saken omhandlet inngrep i økonomiske aktiviteter. Komiteen uttaler at det i noen saker i tillegg kreves fritt forhåndsinformert samtykke fra minoriteten. Det er altså ikke nok med en formell konsultasjon. Det tyder på at inngrepets omfang avgjør om dette er nødvendig. Videre må det være forholdsmessighet mellom tiltaket og konsekvensene av det. Hvis minoriteten mister sitt kulturgrunnlag, vil det være for inngripende.⁸⁰ Men hvis det foreligger samtykke fra de berørte, kan det foretas inngrep uten at det medfører tilbrudd på artikkel 27. Dette prinsippet har senere blitt uttrykt i urfolkserklæringen av 2007 artikkel 19 og 32 (2), at minoriteten har rett til å gi et forhåndssamtykke før inngrep. Av relevans er også artikkel 3 om retten til selvbestemmelse og artikkel 18 om retten til å delta i beslutningsprosesser. Men i foreliggende sak ble ikke klageren eller minoritetssamfunnet i det heletatt konsultert om byggingen. Heller ikke ble det foretatt en konsekvensutredning. Det ble lagt stor vekt på manglende konsultasjoner ved vurderingen om artikkel 27 var krenket.

Betydningen av konsultasjoner kan være avgjørende for om et inngrep kan godtas. Det er viktig å få ulike syn på saken. Dette vil medføre at inngrep kan gjennomføres med begrensninger slik at begge parter vil kunne bli fornøyd. Konsultasjoner er også viktig for å forhindre at minoriteten blir nektet å utøve sin kultur. Om omfanget av konsultasjonsplikten kan det vises til Kitok og Lovelace-saken, som ikke drøfter betydningen av manglende konsultasjoner med de berørte. Noe som taler for at konsultasjoner ikke alltid er nødvendig, ut fra hva saken handler om og hvordan staten har behandlet saken.

I Langsund-dommen er også konsultasjonsplikten drøftet. Høyesterett uttaler at det er etter komiteens praksis klart at det har betydning om, og i hvilken grad, minoriteten har fått uttale seg og blitt trukket inn i prosessen.⁸¹ I vurderingen har Høyesterett lagt vekt på at reindriftsinteressene har fått god anledning til å gjøre sitt syn kjent, skriftlig, på møter, og under befarung. Selv om Høyesterett legger til grunn at det er av betydning om de berørte har fått uttale seg, så sier de ikke noe om kravet om retten til effektiv deltakelse i beslutningsprosesser. De viser til komiteens praksis, men ikke noe konkret, og unnlater å utdype hva denne retten innebærer. Men «god anledning» tyder på at de berørte har fått uttale

⁸⁰ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009), avsnitt 7.6.

⁸¹ HR-2017-2247-A avsnitt 121.

seg i god tid før vedtaket. Men Høyesterett drøfter ikke dette noe mer. De berørte etterspurte en konsekvensutredning tidlig i prosessen, men dette kravet førte ikke frem. Høyesterett uttaler at en slik konsekvensutredning ikke ville hatt noe betydning for utfallet i saken. Men dette står i et spenningsforhold til komiteens krav til effektiv og aktiv deltakelse i beslutningsprosessene. Artikkel 27 har et proporsjonalitetskrav mellom inngrep og konsekvensene, noe som er slått fast i komiteens praksis også. Samerettsutvalgets uttalelser legger vekt på å begrense konsekvensene ved å sette skadebegrensende vilkår⁸² og at retten til deltakelse har faktisk virket inn på avgjørelsens innhold.⁸³ Når myndighetene ikke tok til følge reindriftingsinteressenes mening om hvor det var best å legge veitraseen, tilsier dette at kravet som er oppstilt etter komiteens praksis, ikke er oppfylt.

I HR-2018-456-P drøftes rekkevidden av ILO-konvensjonen nr. 169 deltakelseskrav. I vurderingen om ILO-konvensjonens bestemmelser var oppfylt, støttet Høyesterett seg på den grundige utformingen av finnmarksloven og at formålet med loven var å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser jf. avsnitt 181. I avsnitt 194 konkluderer Høyesterett med at kravene etter ILO-konvensjonen er oppfylt, gjennom reglene i finnmarksloven. Dette begrunnes med at lovens system gir betydelig samisk representasjon og vilkår om samisk tilslutning for at visse vedtak skal kunne fattes. De viser til at loven bygger på omfattende konsultasjoner med sametinget, jf. avsnitt 193. Videre uttaler de at ILO-konvensjonen ikke har et krav om at «... lokalbefolkningen innenfor ethvert geografisk område skal ha rett til å delta i beslutninger om den generelle forvaltningen av naturressursene innenfor dette området», fordi dette er noe som hører til forvaltningsmyndigheten til FEFO. Men det understrekes også at det må gjennomføres konsultasjoner med rettighetshaverne før vedtak slutes jf. avsnitt 195. Det vil altså være et krav om konsultasjoner med lokalbefolkningen før vedtak som vil berøre dem gjennomføres.

Dommen kan tas til inntekt for at deltakelseskravet i utgangspunktet gjelder saker som direkte berører dem. Men at det kan åpnes for at lokale grupper kan ha rett til å delta i beslutninger om den generelle forvaltningen av naturressursene hvis sakens forhold tilsier det. Lokale grupper trenger ikke å involveres direkte i saker om forvaltningen av naturressurser fordi FEFO`s forvaltningsordning som følger av finnmarksloven oppfylder deltakelses og representativitetskravet.

⁸² NOU 2007: 13 A s. 206.

⁸³ NOU 2007: 13 A s. 207.

3.3 Skal fremtidige inngrep være med i vurderingen?

Ordlyden i artikkel 27 gir ingen veiledning på om fremtidige inngrep man for eksempel ikke kjenner konsekvensene av, skal tas med i vurderingen om det foreligger en «nektelse» etter artikkel 27. Foreligger det ingen reelle bevis for at fremtidige tiltak kan ha negative konsekvenser tilsier dette at momentet har begrenset betydning for vurderingen. Saken stiller seg annerledes hvis det er tale om planlagte inngrep. Men om inngrep som ikke nødvendigvis utgjør en krenkelse av artikkel 27, medfører større innvirkning i fremtiden vil det kunne oppstå tvilstilfeller. Men hvis sakens omstendigheter samlet sett tilsier at en minoritet blir nektet, tilsier dette at fremtidige inngrep bør tas med i vurderingen.

I *Lubicon lake band v. Canada* uttalte komiteen at gruppen hadde vært utsatt for historiske ulikheter og at nyere utviklingstrekk som truer gruppens kultur vil være et brudd på artikkel 27, hvis de fortsetter.⁸⁴ Komiteen legger til grunn at fortidige inngrep og inngrep som pågår samlet sett, er et brudd på artikkel 27. Utfallet i saken ble derimot at det ikke forelå brudd på artikkel 27 på bakgrunn av at staten hadde gitt avbøtende tiltak.⁸⁵ Samerettsutvalget la til grunn at komiteen foretok en samlet vurdering av historiske urettferdigheter og fremtidige forhold som grunnlag for deres konklusjon. Samerettsutvalget mener at tidligere inngrep som for eksempel fornorskningspolitikken, kan være relevant i vurderingen av om et inngrep vil medføre et brudd på artikkel 27. Innenfor reindriften kan det også vises til historiske urettferdigheter jf. «historical inequities». Det har tatt lang tid å anerkjenne samiske land og vannrettigheter, begrunnelsen for dette er at reindriften lenge var ansett som tålt bruk. Og deres bruk ikke ble ansett som intensiv og sammenhengende nok for å kunne erverve bruksrettigheter. Det var først etter Rt. 2001 s. 769 det ble en tydelig endring i rettsoppfatningen rundt dette spørsmålet.

I *Länsman (1)* uttalte komiteen at fremtidige aktiviteter kan føre til brudd på artikkel 27. I saken ble det lagt vekt på at hvis gruvedriften skulle bli godkjent i området, på en mye større skala og betydelig utvidet enn hva tillatelsene tilsa, kunne dette være et brudd på artikkel 27. Plikten til å ta dette med i vurderingen, ble fremhevet som viktig for fremtidige aktiviteter.⁸⁶

Länsman (2) trekker også inn betydningen av fremtidige inngrep. Komiteen slo fast at de inngrepene som allerede hadde funnet sted, og de fremtidige inngrepene ikke utgjorde et brudd på artikkel 27. Men denne konklusjonen kom på bakgrunn av manglende bevis i

⁸⁴ Communication No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984.

⁸⁵ Communication No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984, avsnitt. 24.1.

⁸⁶ Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/511/1992, avsnitt. 9.8.

saken.⁸⁷ Men litt merarbeid på grunn av fremtidig tømmerhogst, måtte godtas. Komiteen har samme synspunkt på fremtidige inngrep som i den første saken, men bemerker at hvis de allerede planlagte inngrepene er mer alvorlig enn forutsett, kan det medføre brudd på artikkel 27. Komiteen foretar en samlet vurdering av inngrep som er gjort og fremtidige inngrep, og foretar en proporsjonalitetsvurdering av inngrep og skade.⁸⁸

I Länsman (3) vurderer komiteen om det foreligger brudd, ved å se på de kombinerte virkningene av flere tiltak over en periode og i flere områder. De uttaler at de samlede effektene av tiltakene må vurderes grundig, ikke bare rett før eller etter tiltakene er gjort. Men også virkningen av fortidige, nåværende og fremtidige inngrep.⁸⁹ Komiteen utvider vurderingskriteriene, ved at vurderingen ikke knytter seg til et bestemt tidspunkt og at mindre tiltak som ikke har særlig betydning for saken, likevel trekkes inn i vurderingen om det foreligger brudd på artikkel 27. Det må ses på om små tiltak samlet sett fratar de berørte det materielle grunnlaget for kulturutøvelsen. Länsman-sakene gjelder inngrep i reindriften, og komiteen har oppstilt en rekke nye momenter som er relevante i vurderingen om det foreligger brudd på artikkel 27, og har derfor overføringsverdi til andre reindriftssaker. At de kumulative virkningene av ulike inngrep er relevant for vurderingen, kan utledes av RG 2003/1.

Saken gjaldt et erstatningssøksmål fra et reindriftsdistrikt angående hytteutbygging. Det hadde vært omfattende hyttebygging og i tillegg andre inngrep som E-6 og to kraftlinjer. Distriktet var rammet av flere inngrep, og samlet sett innebar disse inngrepene at tålegrensen var overskredet jf. «det er uomtvistet at utbyggingen av hyttefelt har påført reindriften skader og ulemper utover tålegrensen».⁹⁰ Men kravet førte ikke frem. Så hvis et reinbeitedistrikt har blitt utsatt for ulike inngrep over tid, men inngrepene isolert sett ikke medfører brudd, vil ytterligere inngrep, som utbygginger, etablering av vindkraftverk eller gruvedrift samlet sett medføre brudd på artikkel 27 hvis reinbeiteområdene blir innskrenket. I HR-2017-2247-A avsnitt 133 er det uttrykt at fremtidige inngreps belastninger vil være relevant for vurderingen, men hvor tungt dette skal vektlegges drøftes ikke. I saken ble det ikke foretatt en samlet vurdering av planlagte og fremtidige inngrep på bakgrunn av manglende opplysninger.

⁸⁷ Communication No. 671/1995, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996), avsnitt. 10.5.

⁸⁸ Communication No. 671/1995, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996), avsnitt. 10.4.

⁸⁹ Communication No. 1023/2001, U.N. Doc. CCPR/C/83/D/1023/2001, avsnitt. 10.2.

⁹⁰ LH-2001-812 (RG-2003-1).

Høyesterett berører i HR-2017-1230-A spørsmålet om virkningen av den samlede effekten av ulike inngrep, og at dette bør tas med i vurderingen. Konsekvensene av gradvis utbygging kan medføre at reindriftssamene mister sine beiteområder. Men Høyesterett foretar ikke en samlet vurdering, hvor fremtidige inngrep tas med. Dette begrunnes den gradvise utbyggingen må håndteres på politisk nivå.⁹¹ Komiteens praksis og samerettsutvalgets uttalelser viser at betydningen av fortidige, nåværende og fremtidige inngrep bør være med i vurderingen. Høyesterett virker å følge samme metode, men vektlegger ikke dette like mye som komiteen gjør i sine vurderinger av om det foreligger en krenkelse av artikkel 27.

3.4 Oppsummering

Terskelen for inngrep er ikke statisk. Hvilke inngrep som medfører en krenkelse, vil derfor måtte vurderes i hver enkel sak. Det må foretas en helhetsvurdering. Vurderingskriteriene som er oppstilt i komiteens praksis som gjelder utmarksbruk og andre næringsutøvelser har overføringsverdi i saker som gjelder inngrep i reindriften. Terskelen for inngrep virker å være høy når inngrepet bare har en begrenset påvirkning på kulturutøvelsen og om det foreligger avbøtende tiltak, som er lagt til grunn i Länsman (1) og (2).⁹² Men er det tale om inngrep i en kulturutøvelse som utgjør en sentral del av minoritetens kultur, vil terskelen for inngrep være lav. Samtidig er det slått fast at økonomiske aktiviteter er vernet hvis den er essensiell del av kulturen, jf. Apirana Mahuika-saken.⁹³ Komiteens uttalelse uttrykker at det kan foreligge både en krenkelse på individ og på gruppenivå.⁹⁴ Det kan tenkes at inngrepets omfang har liten påvirkning for en gruppe reindriftsutøvere, slik at det ikke foreligger et brudd på artikkel 27. Men det kan ha store konsekvenser på individnivå. Innskrenkinger i beiteområder kan føre til økt konkurranse om ressursene, og dette kan medføre at enkeltpersoner i realiteten ikke kan leve av reindriften. Det kan tenkes at det vanskeliggjør driften så mye at det ikke blir lønnsomt å fortsette. Samerettsutvalget påpeker at det avgjørende er om inngrepet fører til en nektelse på individnivå og gruppens kulturutøvelse som helhet.⁹⁵ Komiteens praksis viser at det er et krav at de berørte skal kunne leve av kulturen etter inngrepet. Det er lagt til grunn at det må foretas en samlet vurdering om det foreligger et brudd. Av betydning er allerede gjennomførte inngrep og fremtidige inngrep.

⁹¹ HR-2017-1230-A avsnitt 52.

⁹² Communication No. 511/1992 avsnitt. 9.4, 9.7 og Communication No. 671/1995 avsnitt. 10.3.

⁹³ Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt. 9.3.

⁹⁴ Human Rights Committee, General Comment No. 23 (1994), avsnitt. 6.2.

⁹⁵ NOU 2007: 13 A s. 203

I hvilken grad det er foretatt konsultasjoner har vesentlig betydning i vurderingen av om et inngrep medfører en krenkelse. I Poma-saken ble det ikke foretatt noen konsultasjoner med de berørte, noe som hadde stor betydning for utfallet i saken. Apirana Mahuika-saken viser betydningen av retten til deltakelse i beslutningsprosesser, og om minoriteten har påvirket innholdet av reguleringene. Det er et krav om forutgående konsultasjoner.⁹⁶ Staten kan ikke konsultere seg bort fra forpliktelsene etter artikkel 27, noe komiteen har uttrykt.⁹⁷ I svært inngripende tilfeller, som i Poma-saken, der livsgrunnlaget ble revet bort, må det foreligge samtykke fra minoriteten før staten kan gjennomføre tiltaket.⁹⁸ Samerettsutvalget påpeker betydningen av å særlig vektlegge hensynet til samisk kultur når et vedtak ikke utgjør en nektelse, men den likevel begrenser kulturutøvelsen.⁹⁹ Hensynet til samisk kultur skal vektlegges tyngre enn andre relevante hensyn i inngrepsvurderingen. Grl. § 108 vil også ha stor vekt i vurderingen av om inngrepet kan anses som en nektelse, jf. HR-2018-456-P avsnitt 91 og HR-2018-872-A avsnitt 39. Hvis hensynet til beiteressursene tilsier at det må foretas en reintallreduksjon i et distrikt, kan Grl. §108 tjene som et argument for om tiltaket kan gjennomføres eller ikke. På den ene siden kommer hensynet til økologisk bærekraftighet og på den andre siden finner man økonomisk og kulturell bærekraftighet jf. reindriftsloven § 1. Å «legge forholdene til rette» for samisk kulturutøvelse vil innebære at motstridende hensyn må veies mot hverandre, men at samiske hensyn skal ha særskilt vekt, men tanke på rettighetens art, særlige forhold innenfor reindriften, og dens betydning for samisk kulturutøvelse.

4 I hvilken grad skiller artikkel 27 mellom inngrep som medfører nektelse og tiltak som samlet er ment til å være til fordel?

I denne delen skal jeg undersøke om det er et klart skille mellom vernet mot inngrep utenfra tiltak som samlet er ment til å være til fordel for minoritetsgruppen. For å svare på problemstillingen tar jeg utgangspunkt i norsk rettspraksis da det er vanskelig å finne veiledning i praksis fra menneskerettighetskomiteen. Det er videre også lite norsk rettspraksis som besvarer dette spørsmålet. Jeg vil derfor analysere én høyesterettsdom, samt se på komiteens forståelse av artikkel 27. Det skal undersøkes hvordan Høyesterett drøfter artikkel 27 i forbindelse med inngrep overfor reindriften og hvor terskelen for krenkelse ligger. Jeg skal se på hvordan Høyesterett forholder seg til forpliktelsen og andre rettskilder, for å vurdere om Saras rettigheter er ivaretatt.

⁹⁶ NOU 2008: 5 s. 272.

⁹⁷ Eighty-fifth session, CCPR/C/CAN/CO/5 20 April 2006 avsnitt 9.

⁹⁸ Prop. 116 L (2017-2018) s. 49.

⁹⁹ NOU 2007: 13 A s. 209.

4.1 HR-2017-2428-A (Sara)

Spørsmålet i saken gjaldt gyldigheten av et vedtak som krevde at Jovsset Ante Sara måtte redusere reintallet sitt fra 116 til 75 dyr. Reinbeitedistriktet hadde ikke blitt enige om en reduksjonsplan og det ble dermed fattet vedtak av Landbruks- og matdepartementet om at alle siidaandelene skulle redusere det overskytende antallet forholdsmessig.¹⁰⁰ Høyesterett vurderte om denne forholdsmessige reduksjonen jf. reindriftsloven § 60 tredje ledd innebar en krenkelse av SP artikkel 27 og/eller EMK P1-1. Dommen er avsagt i dissens, hvor flertallet på fire mente at inngrepet ikke krenket artikkel 27 da det hadde en rimelig og objektiv begrunnelse. Mindretallet mente inngrepet var så alvorlig at det i praksis nektet Sara å utøve reindrift. Høyesterett kom enstemmig til at vedtaket ikke krenket eiendomsvernet etter EMK P1-1.

4.2 Vurdering av om reduksjonsvedtaket krenker artikkel 27

Førstvoterende stiller i avsnitt 31 opp om vedtaket om forholdsmessig reduksjon av reintallet er i strid med artikkel 27. Før redegjørelsen for innholdet av artikkel 27 tar førstvoterende utgangspunkt i lovgivningsprosessen til reindriftsloven og spesielle hensyn reindriftsloven § 60 er ment å ivareta. Det vises først til lovens tredelte målsetting og at ansvaret for reintall reduksjon er noe som siidaen selv har. Førstvoterende legger til grunn at loven legger opp til et lokalt selvstyre jf. avsnitt 36. Han påpeker at det ikke forelå enighet om en reduksjonsplan og at forholdsmessig reduksjon er siste utvei. I vurderingen legges det også vekt på at distriktet har myndighet til å skjerme de minste siidaandelene jf. avsnitt 37. Han vektlegger at loven skal sikre økologisk bærekraft, men også at den åpner for forskjellsbehandling av siidaandeler, dette tyder på at de legger stor vekt på det indre selvstyret. Noe som har betydning i vurderingen av om det foreligger brudd på artikkel 27. Førstvoterende viser så til betydningen av lovgivningsprosessen for vurderingen av om vedtaket krenker artikkel 27. Det vises til et lovforslag om at de med mindre enn 200 rein skulle skjermes jf. avsnitt 40, noe sametinget og NRL stilte seg bak, men forslaget ble ikke vedtatt. Førstvoterende viser videre til at under lovgivningsprosessen ble det avholdt sju konsultasjoner med sametinget, i tillegg var det løpende kontakt på administrativt nivå jf. avsnitt 44. Det fremheves at det har vært en åpen dialog og at berørte aktører har fått delta i beslutningsprosessen frem til vedtakelsen av loven. Førstvoterende viser til at det er en stor utfordring mellom utformingen av regler som ivaretar lokalt selvstyre og statens ansvar for både en bærekraftig reindrift og andre

¹⁰⁰ HR-2017-2428-A avsnitt 4.

samfunnshensyn jf. avsnitt 49. På bakgrunn av disse hensynene la førstvoterende avgjørende vekt på at en slik reduksjon er nødvendig for å oppnå økologisk bærekraft. Den har demokratisk legitimitet jf. avsnitt 103. Det legges stor vekt på at reintallet er for høyt og at regelverket utvilsomt er gitt i reindriftssamenes interesse jf. avsnitt 80.

Etter å ha lagt til grunn at reindriftingsinteresser har vært konsultert under lovgivningsprosessen går førstvoterende over på redegjørelsen av innholdet i artikkel 27. Det konstateres at etter ordlyden vil også inngrep som ikke utgjør en total nektelse, kunne medføre en krenkelse av bestemmelsen. Utgangspunktet for Høyesteretts vurdering av om det foreligger en krenkelse er HR-2017-2247-A (Langsunde). Det «skal en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 27 er krenket», jf. avsnitt 56. Høyesterett skiller i Sara-dommen mellom inngrep ut fra storsamfunnet behov og interne forhold i reindriften, nærmere bestemt tiltak som er ment til å være til fordel for reindriften. Høyesterett påpeker at tidligere rettspraksis rundt artikkel 27 har begrenset vekt i denne saken fordi de tidligere sakene gjelder inngrep utenfra. De hadde ikke som mål å sikre næringens bærekraft jf. avsnitt 56.

Førstvoterende trekker frem 5 saker fra komiteen, samt dens uttalelser i General Comment No. 23 (1994) jf. avsnitt 57-58, som støtte ved tolkningen av artikkel 27. Førstvoterende forstår artikkel 27 slik at tiltak som samlet sett er ment til å være til fordel for minoriteten, vil kunne anses som legitime, hvis de er forankret i fornuftige og objektive kriterier jf. avsnitt 59. Det virker som at førstvoterende legger til grunn at reindriftingslovens bestemmelse om forholdsmessig reduksjon ikke krenker artikkel 27, fordi bestemmelsen er basert på å sikre en økologisk bærekraftig reindrift.

Den første saken som trekkes frem er Lovelace mot Canada.¹⁰¹ Det fremheves at reguleringen må være nødvendig av hensyn til minoriteten, «necessary to preserve the identity of the tribe» jf. avsnitt 63. Den må være basert på fornuftige og objektive kriterier. Førstvoterende trekker frem denne saken for å synliggjøre at det må skilles mellom inngrep utenfra og interne forhold som har som mål og ivareta næringen. Han bruker komiteens praksis som gjelder interne forhold for å vise at det foreligger andre vurderingskriterier. Den neste saken som gjelder interne forhold er Kitok mot Sverige.¹⁰² Det fremheves at inngrepet Kitok ble utsatt for, ikke medførte en total nektelse. Han hadde fått adgang til reinbeite, fiske og fangst. Siden formålet med lovgivningen var basert på økonomiske og økologiske grunner som ville sikre levedyktigheten til gruppen var inngrepet forenelig med artikkel 27. Førstvoterende

¹⁰¹ Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977.

¹⁰² Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

innfortolker et nødvendighetsvilkår i begge sakene. Den tredje saken er Mahuika mot New Zealand.¹⁰³ Saken gjaldt en fiskeriregulering som fratok en mindre gruppe sin selvbestemmelses rett over sine fiskerettigheter. Det fremheves at så lenge en slik regulering er ment å ivareta minoritetens kultur, er inngrepet tillatt. Førstvoterende uttaler at det ikke uttrykkelig oppstilles et vilkår om at tiltaket må være nødvendig av hensyn til minoritetsgruppen som helhet jf. avsnitt 67. Førstoverende tolker det dithen at siden det ikke foreligger et nødvendighetsvilkår, kan dette gi uttrykk for en rettsutvikling. Men det påpekes at nyere saker normalt har større vekt. Likevel legger førstvoterende mindre vekt på om det må oppstilles et slik vilkår.

Den fjerde saken som trekkes frem er Poma-saken.¹⁰⁴ Førstvoterende viser til at saken handler om inngrep fra storsamfunnet mot en minoritetsinteresse og at i den saken ble livsgrunnet fullstendig ødelagt. Den siste saken som nevnes er Länsmän (1).¹⁰⁵ Det fremheves i saken at inngrep i naturgrunnet kan medføre en krenkelse. Førstvoterende legger til grunn at saker som gjelder naturinngrep, slik som Poma og Länsmän-saken ikke uten videre kan overføres på interne forhold. Førstvoterende støtter seg på de andre 3 sakene, og mener at det ikke er et krav om økonomisk utbytte i saker som gjelder interne forhold jf. avsnitt 71. Fordi det ikke er formulert et krav om økonomisk utbytte i disse sakene mener førstvoterende at interne forhold ikke har like strenge krav som inngrep utført av staten har.¹⁰⁶ Men det understrekes at de økonomiske konsekvensene for Sara må være med i vurderingen.

Før førstvoterende drøfter konsultasjonsplikten understreker han noe svært viktig for drøftelsen av saken. Han skiller mellom inngrep fra storsamfunnet og såkalte interne forhold. Førstvoterende uttaler her at det som har betydning for vurderingen er hvordan en regulering om reintallsreduksjon som er ment å ivareta reindriftssamenes interesser skal fordeles mellom dem. Med utgangspunkt i komiteens praksis i saker som gjelder interne forhold som er gjort til fordel for minoriteten trekker førstvoterende en slutning om at slike saker har rom for avveininger om inngrepet er forenelig med artikkel 27 ut fra hensynet til minoriteten jf. avsnitt 68. Førstvoterende understreker at inngrep som er gjort til fordel for minoriteten og inngrep fra staten har forskjellige vurderingskriterier, begrunnet i at det er andre hensyn som skal veies mot hverandre. Dette skillet vektlegger førstvoterende i vurderingen om

¹⁰³ Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

¹⁰⁴ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006.

¹⁰⁵ Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/511/1992.

¹⁰⁶ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 384.

deltakelseskravet og økonomisk utbytte, jf. avsnitt 71. Skillet har vesentlig betydning for saken og dette gjennomgås i punkt 4.3.

Den neste som vurderes er betydningen av retten til deltakelse i beslutningsprosesser. Førstvoterende understreker betydningen av om de berørte er konsultert, det vises til HR-2017-2247-A som legger til grunn at staten har en konsultasjonsplikt. Det tas utgangspunkt i komiteens praksis for å avklare omfanget av plikten. På denne bakgrunn legger førstvoterende stor vekt på at inngrep som ikke fullstendig river bort livsgrunnlaget, ikke krever at det er innhentet samtykke på forhånd. Det er heller ikke et ubetinget krav om at minoritetens deltakelse må ha virket inn på avgjørelsen jf. avsnitt 74. Poma-saken gjaldt et inngrep fra myndighetene som fullstendig rev bort livsgrunnlaget, i slike saker må det være innhentet et samtykke på forhånd. Men førstvoterende tolker komiteens uttalelser i General Comment No. 23 (1994) slik at det er et krav om effektiv deltakelse, men ikke et krav om at minoriteten faktisk har påvirket avgjørelsen. Det legges avgjørende vekt på at det er tilstrekkelig at minoriteten er konsultert ut fra et ønske om å finne en løsning jf. avsnitt 75. Førstvoterende har en annen forståelse av kravet til effektiv deltakelse, enn lagmannsretten. Ifølge førstvoterende må det foretas en helhetsvurdering av tiltakets virkning. Det som må vurderes er om tiltaket er i minoritetens interesse som helhet og om inngrepet er rimelig og objektiv holdt opp mot enkeltindividet. Er disse kravene oppfylt foreligger det ikke en krenkelse. Men førstvoterende understreker at tiltaket må ha et nødvendighetsyn før det kan gjennomføres, jf. avsnitt 76.

Ved vurderingen av om vedtaket var rimelig og objektiv begrunnet, la førstvoterende vekt på hvilke virkninger de ville ha for Sara, han påpekte at driften hadde gått opp og ned, og fra 2012 hadde gått med underskudd, jf. avsnitt 84. Og at reguleringen rammer alle og de med mest må redusere mere. Tiltaket var saklig, rimelig og nødvendig for å sikre videre utvikling av deres kultur, jf. avsnitt 94. Heller ikke var EMK P1-1 krenket, førstvoterende vurderer om reguleringen er uforholdsmessig. Begrunnelsen forankres i at vedtakets virkning ikke er totalt ødeleggende, formålet med reduksjonen og hensynene bak loven. Mindretallets begrunnelse for sin dissens var at de sakene som ble brukt, alle gjaldt tilfeller hvor inngrepet var gjort til fordel for andre enn minoriteten selv. Mindretallet kunne ikke se at terskelen prinsipielt sett er annerledes i Saras tilfelle.

4.3 Vurdering av dommen

4.3.1 Er vedtaket i strid med artikkel 27?

Når det gjelder vurderingen av om *inngrepet utgjør et brudd* på artikkel 27, tar Høyesterett utgangspunkt i om vedtaket utgjør en nektelse. Men de nevner også at inngrep som er av et mindre omfang som krenkelser, omfattes av ordlyden. Høyesterett vurderer tidligere rettspraksis, men understreker at det var inngrep utfra samfunnets behov. Høyesterett trekker en slutning om at det må skilles mellom inngrep fra storsamfunnet og interne forhold i reindriften. Høyesterett anser tidligere reindriftssaker¹⁰⁷ som omhandlet vurderinger av om artikkel 27 var krenket som lite relevant i foreliggende sak. Dette begrunnes med at denne saken har en vesentlig forskjell, da den gjelder sikring av reindriftens ressursgrunnlag og næringens bærekraft. Førstvoterende synes å legge stor vekt på om tiltaket samlet sett er til fordel for distriktet og begrunner dette med at «bestemmelsen om forholdsmessig reduksjon er gitt i reindriftsutøverens interesse» jf. avsnitt 82. Det de sier er at reindriftslovens reduksjonsregler ikke vil utgjøre en nektelse eller krenkelse av Saras rettigheter etter artikkel 27 fordi bestemmelsen er nødvendig for å redusere et allerede for høyt reintall. Dette er betenkelig, når inngrepet vil være uopprettelig for han, fordi han har lite rein i utgangspunktet. Hvis inngrepet truer reindriftens overlevelse, vil inngrepet være et brudd på artikkel 27.¹⁰⁸ Han vil ikke få mulighet til å videre utvikle driften. Det kan i verstefall resultere i tvangsavvikling hvis han i fem år har hatt et reintall under 50, jf. reindriftsloven § 16. Sara kan bli tvunget ut av næringen, noe som kan være i strid med artikkel 27.¹⁰⁹

Høyesterett fremhever at komiteens tolkning av artikkel 27 og praksis har en betydelig vekt som rettskilde ved terskelvurderingen. De argumenterer for sitt syn, at saker som gjelder inngrep utenfra ikke er helt treffende på denne saken. Det tyder på at Høyesterett ikke anser all praksis fra komiteen som relevant jf. avsnitt 61. Høyesterett bruker kun saker fra komiteen som omhandler interne forhold, når de argumenterer for at vedtaket ikke krenker artikkel 27. Slutningen om at komiteens praksis uttrykker en ny rettsutvikling angående nødvendighetsvilkåret, taler for at Høyesterett ikke anser det som et vilkår i denne saken, jf. avsnitt 68.

¹⁰⁷ Rt. 1982 s. 241, Rt. 2004 s. 1092 og HR-2017-2247-A.

¹⁰⁸ NOU 2007: 13 A s. 202-203.

¹⁰⁹ NOU 2007: 13 A s. 203-204.

4.3.2 Krav om økonomisk utbytte?

Det neste momentet som førstvoterende fremhever, er om Sara må sikres et økonomisk utbytte fra virksomheten. Dette er en sentral del av vurderingen av om inngrepet utgjør et brudd på artikkel 27. Poma-saken fremheves, og det neste som må undersøkes er hvordan Høyesterett har forholdt seg til normene som er oppstilt i Poma-saken. Komiteen uttalte at minoriteten skal kunne fortsatt dra nytte økonomisk av næringen etter inngrepet, hvis ikke dette er mulig vil inngrepet krenke artikkel 27. Lagmannsrettens dom bygger på komiteens uttalelse i Poma-saken. Det er ikke mulig å drive med underskudd, og dette tilser at det foreligger et brudd på bestemmelsen. Førstvoterende er ikke enig og går nye veier. Han avviser at det er et krav om økonomisk utbytte i denne saken. Med henvisning til Poma-saken, Länsman (1994) og samerettsutvalgets uttalelser, begrunner førstvoterende avvisningen med at disse sakene ikke har relevans, idet det gjaldt et naturinngrep fra storsamfunnet. Dermed kan ikke de brukes på saker som gjelder interne forhold, samtidig understrekes det at rettssetninger i saker om naturinngrep ikke uten videre kan overføres på denne saken jf. avsnitt 71. Normen fra Poma-saken som blant annet legger til grunn at hvis et minoritetsmedlem mister muligheten å utøve sin tradisjonelle næring, eller sitt materielle grunnlag for kulturen, etter inngrep fra storsamfunnet, vil inngrepet være et brudd på artikkel 27.¹¹⁰

Det fremgår av Poma-saken at inngrep som bare har en begrenset innvirkning på livsstilen og levebrødet til de berørte, ikke utgjør en nektelse i et hvert tilfelle.¹¹¹ På den ene siden vil reguleringen ha negative konsekvenser for Saras økonomiske utbytte av næringen, men på en annen side så peker komiteens praksis på at inngrep som har en begrenset påvirkning ikke vil utgjøre en nektelse. Han vil fortsatt kunne utøve reindrift. Førstvoterende mener det ikke er et krav om at det skal være mulighet for å leve av sin næring, i saker som gjelder reguleringer av interne forhold. Dette standpunktet begrunnes med uttalelsene i komiteens praksis i saker som gjelder interne forhold. Poma-saken viderefører uttalelsene i Länsman (1994) avsnitt 9.8 om at inngrep i reindriften må gjøres på en slik måte at de berørte fortsatt kan ha et økonomisk utbytte. Førstvoterende virker å godta at det er et krav hvis det er tale om inngrep utenfra. Det er grunn til å stille seg noe kritisk til denne slutningen, Høyesterett unnlater å nevne at i Mahuika-saken ble det understreket betydningen av kravet om at de berørte fortsatt er sikret et økonomisk utbytte etter inngrepet.¹¹² Dette synspunktet har også blitt understreket i senere

¹¹⁰ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, avsnitt 7.6.

¹¹¹ Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, avsnitt 7.4.

¹¹² Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt 9.5.

praksis fra komiteen, hvor det ble fremhevet at utøvelsen av reindriften etter inngrepet skulle fortsette å være økonomisk bærekraftig.¹¹³ Og komiteen fremhevet i Mahuika-saken hvor terskelen for inngrep ligger ved å vise til en sak som gjaldt inngrep fra myndighetene.¹¹⁴ Dette taler for at det ikke er forskjell i vurderingskriteriene mellom inngrep utenfra og interne forhold, som førstvoterende legger til grunn.

Om spørsmålet om hvor mange rein man må ha for å kunne leve av reindriften, er det lagt til grunn i lagmannsrettens dom at en utøver må ha ca. 200-300 rein. Mindretallet støttet dette standpunktet jf. avsnitt 117-118. Mindretallet mener at Poma-saken og komiteens praksis om økonomisk utbytte for øvrig må legges til grunn, fordi det ikke er mulig å drive med underskudd og at dette vil i realiteten være en nektelse. Dette har Samerettsutvalget også understreket betydningen av.

I General Comment No. 23 (1994) viser komiteen til at kultur manifesterer seg i mange former og at dette omfatter økonomiske aktiviteter, noe som også er uttrykk i tidligere praksis. Det er altså krav om økonomisk utbytte. I to av tre saker høyesterett viser til er ikke dette kravet drøftet i komiteens praksis, de bruker Kitok og Lovelace-saken som støtte for at det ikke foreligger et slik krav.¹¹⁵ Høyesterett legger stor vekt på gammel praksis fra før komiteen stilte opp krav om økonomisk utbytte. De legger ikke særlig vekt på nyere rettspraksis, dette virker betenkelig når komiteen selv har uttrykt det motsatte. I juridisk teori er metoden som Høyesterett bruker for å legge til grunn at det ikke foreligger et krav til økonomisk utbytte kritisert. I disse gamle sakene som flertallet bruker for sitt standpunkt gjaldt ikke inngrep i økonomisk virksomhet, og derfor foreligger det ikke et slikt krav¹¹⁶.

Høyesterett har i saken uttrykt at komiteens uttalelser og praksis har stor rettslig betydning, men unnlater å bruke praksis som beskriver rettsutviklingen. Komiteens praksis har atskillig interrettslig vekt ved forståelsen av artikkel 27 og norske domstoler må vektlegge dens praksis.¹¹⁷ Dette understrekes i Rt. 2008 s. 1746 avsnitt 81 «konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde».¹¹⁸ Høyesterett unnlater å problematisere dette kravet ytterligere, men understreker at de økonomiske konsekvensene må trekkes inn i vurderingen. Dette gir grunn til å sette spørsmålstegn ved deres rettskildebruk.

¹¹³ Communication No. 779/1997, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997, avsnitt 7.6.

¹¹⁴ Communication No. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), avsnitt 9.4.

¹¹⁵ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 158.

¹¹⁶ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 384.

¹¹⁷ NOU 2007: 13 A s. 177.

¹¹⁸ Rt. 2013 s. 374 avsnitt 47, HR-2015-2103-A (Rt. 2015 s. 1142) avsnitt 31.

På den ene siden mener de at praksis viser at det ikke foreligger et slikt krav. Det skal ikke uten videre legges avgjørende vekt på en uttalelse eller praksis fra komiteen hvis ikke den er klar og saksforholdet er lik den saken som Høyesterett skal løse¹¹⁹. Dette tilsier at Høyesterett har dekning for sin slutning, fordi to av sakene som nevner økonomisk utbytte er ulik denne saken. Vekten av komiteens praksis er drøftet av departementet, og de uttrykker at det i tvistetilfeller må legges en viss vekt på at FNs komite ikke treffer rettslig bindende avgjørelser, dersom det er spørsmål om å sette til side en norsk lovbestemmelse. Men på en annen side så legges det også til grunn at synspunktene til FNs komiteer har stor vekt.¹²⁰ På en annen side så kan det virke som at det ligger et viss tolkningsrom jf. ordlyden «betydelig vekt». Og at det kan åpnes for en annen forståelse enn komiteens tolkning av artikkel 27. Hvis nasjonal lovgivning jf. *reindriftsloven formålsbestemmelser*, har gode grunner til å legge til grunn en annen forståelse, kan dette være i tråd med artikkel 27. Forutsatt at resultatet bygger på en objektiv og rimelig begrunnelse.

Praksis fra komiteen tyder på at det er ikke sikkert det er et konvensjonsbudd selv om Sara ikke får økonomisk utbytte med 75 rein, jf. «continue to benefit» noe som tilsier at hvis driften gikk med underskudd før inngrepet, kan det ikke være et krav om fortsatt økonomisk utbytte. Lagmannsretten standpunkt uttrykker at det må foreligge et krav til økonomisk utbytte uavhengig av om driften gikk med underskudd.¹²¹ Men på den andre siden anerkjenner Høyesterett at ved vurderingen har dette relevans, men nøyer seg med å understreke at driften har gått med underskudd siden 2012 og dermed må vurderingen nyanseres. Samerettsutvalget legger til grunn at hvis inngrepet medfører at kulturen ikke lengre kan utøves på en økonomisk bærekraftig måte vil dette være en nektelse.¹²²

4.3.3 Krav til deltakelse i saker som gjelder interne forhold?

Det neste som må vurderes er Høyesteretts drøftelse av konsultasjonsplikten. General Comment No. 23 (1994) understreker betydningen av kravet om rett til å delta i beslutningsprosesser som direkte angår minoriteten. Dette innebærer krav om reell og aktiv deltakelse. Grunnen til at førstvoterende ikke tar stilling til om det er innhentet et informert forhåndssamtykke i foreliggende sak, jf. Poma-saken, er at førstvoterende mener at det må være tilstrekkelig at de berørte er konsultert ut ifra et ønske om å finne en omforent løsning. Det tyder på at førstvoterende legger betydelig vekt på ulikhetene på inngrepet i foreliggende

¹¹⁹ NOU 2007: 13 A s. 177

¹²⁰ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 69-70.

¹²¹ LH-2016-92975 avsnitt 6.7

¹²² NOU 2007: 13 A s. 211.

sak og Poma-saken. Poma-saken understreker at i vurderingen av om det foreligger et brudd på artikkel 27, skal det legges stor vekt på om de berørte er konsultert, og om de faktisk har påvirket avgjørelsen. Høyesterett har en annen forståelse artikkel 27 når det er tale om kravet til deltakelse. «... ble ikke problematikken rundt konsultasjoner berørt, noe som tilsier at det i hvert fall ikke kan oppstilles noe ubetinget krav om at minoriteten deltakelse må ha virket inn på avgjørelsen». Høyesterett bruker gammel praksis fra komiteen jf. Kitok og Lovelace-saken for sitt standpunkt. De sentrale rettskildene Høyesterett bruker er forut General Comment No. 23 (1994) som har klargjort kravet om deltakelse. I juridisk teori er det stilt spørsmål ved Høyesteretts metode, og det argumenteres for at konsultasjonsplikten i saker som gjelder interne forhold er like omfattende som saker som gjelder inngrep utenfra.¹²³

Komiteens uttalelser i Poma-saken uttrykker at tiltak som i vesentlig grad kompromitterer eller forstyrrer kulturutøvelsen, må det ha vært reell og effektiv deltakelse fra minoritetens side jf. avsnitt 7.6. På den ene siden så vil omfanget av deltakelsesretten variere.¹²⁴ Er det tale om et statlig reguleringstiltak, vil det legges vekt på om de berørte har hatt innflytelse på innholdet av reguleringene jf. Mahuika-saken avsnitt 9.8. I saken ble det gjennomført en omfattende konsultasjonsprosess før vedtaket, som hadde betydelig vekt når komiteen konkluderte med at det ikke forelå brudd på artikkel 27. Førstvoterende bruker komiteens uttalelse om at minoriteten må ha fått «the opportunity to participate», men tolker det slik at kravet til deltakelse fra minoritetens side er ikke like streng i saker som gjelder interne forhold. Men likevel skal det være en reel deltakelse, men sett i lys av hvilke interesser jf. hensynet til reindriften, som formålet med inngrepet ivaretar så er ikke kravet lik som i Poma-saken. Førstvoterende viser til Mahuika-saken for å belyse at når det foreligger en bred konsultasjon med de berørte, og disse har faktisk påvirket innholdet i lovbestemmelsen så foreligger det ikke et brudd på artikkel 27.

I foreliggende sak så er det blitt gjennomført syv konsultasjoner med sametinget og løpende kontakt under lovgivningsprosessen noe som taler for at kravet er oppfylt. Men på en annen side så har de berørtes innspill ikke påvirket lov utformingen slik de ville. Førstvoterende virker ikke å vurdere ulikhetene i den saken han bruker og foreliggende sak. Mindretallet understreker at Mahuika-saken var situasjonsbestemt og at kriteriene ikke er endret jf. avsnitt 124. Fordi det ikke foreligger uenigheter innad i gruppen som i Mahuika-saken så er deltakelseskravet som er lagt til grunn i den saken lite anvendelig på Saras tilfelle. Hadde

¹²³ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019, s. 385.

¹²⁴ NOU 2007: 13 A s. 207.

sametinget og de andre reindrifstutøverne ment at de med få rein ikke skulle beskyttes av loven, ville saken derimot vært svært lik Mahuika-saken. Det er også ved helhetsvurderingen av om det foreligger en krenkelse av artikkel 27, særdeles tungtveiende om resultatet av konsultasjonene har ført frem til bedre løsninger for minoriteten.¹²⁵

SP artikkel 1 om folkets selvbestemmelsesrett vil være av betydning når artikkel 27 skal tolkes, og innebærer at folk skal ha rett til å bestemme over sin egen kulturelle utvikling. Kysfiskeutvalget legger til grunn at artikkel 1 har hatt betydelig vekt for utfallet i Mahuika-saken, selv om det ikke eksplisitt fremkommer.¹²⁶ Samerettsutvalget påpeker også dette, men at den konkrete betydningen artikkel 1 kan ha for tolkningen av artikkel 27 ikke fremgår av komiteens praksis.¹²⁷ Dette taler for SP artikkel 1 ikke er så vesentlig i slike sammenhenger. Førstvoterende støtter seg på Mahuika-saken fordi den gjelder interne forhold, men det er underlig at utfallet i Sara-saken blir annerledes. På den ene siden trekker førstvoterende en slutning fra Mahuika-saken om at det er et krav til reell deltakelse, men på den andre siden så har ikke de samiske interessene påvirket lov utformingen i slik grad som maori-folket gjorde. Førstvoterende drøfter ikke SP artikkel 1 sin relevans i Sara-saken og når førstvoterende legger til grunn at saker som gjelder interne forhold ikke har et krav om at minoriteten faktisk har påvirket avgjørelsen, jf. avsnitt 75, virker hans bruk av Mahuika-saken uoversiktlig. Men på den ene siden så kan det virke som han unnlater å trekke inn artikkel 1 fordi det rettslige innholdet av bestemmelsen er uklart, noe som samerettsutvalget understreker. Men på en annen side så vil selvbestemmelsesretten være et grunnleggende vilkår for overholdelse av rettighetene etter artikkel 27.¹²⁸ En annen grunn til å ikke drøfte artikkel 1 kan begrunnes med at artikkel 1 ikke hjemler konkrete rettigheter og plikter, og mulige overtredelse ikke kan påklages av individer.¹²⁹ Men sammenhengen mellom artikkel 1 og artikkel 27 ses i begrunnelsen for utfallet i Mahuika-saken, som også harmoniserer godt med ILO-konvensjonen nr. 169 artikkel 6 og 7, som understreker betydningen av konsultasjoner.¹³⁰ Også reindrifstloven § 3 gir anføringer som tilsier at kravet til deltakelse ikke er forskjellige fra interne forhold og inngrep utenfra. Samlet sett taler komiteens praksis og uttalelser for at konsultasjonsplikten i saker som gjelder interne forhold hvor tiltak som er ment å sikre levedyktigheten til minoritetens kultur, er av samme omfang som inngrep utenfra.

¹²⁵ NOU 2008: 5 s. 276.

¹²⁶ NOU 2007: 13 B s. 1090.

¹²⁷ NOU 2007: 13 A s. 183.

¹²⁸ NOU 2007: 13 A s. 183.

¹²⁹ NOU 2007: 13 A s. 186-187.

¹³⁰ NOU 2007: 13 A s. 207.

Poma-saken forsterker kravet til reell og aktiv deltakelse fra minoritetens side, noe lagmannsretten understreker. De mener at konsultasjoner i denne saken ikke er tilstrekkelig når det er et betydelig inngrep i en betydningsfull kulturell økonomisk aktivitet¹³¹. Lagmannsretten har lagt til grunn at sametinget og NRL under lovgivningsprosessen ikke har påvirket loven, og dermed er konsultasjonskravet ikke oppfylt. Førstvoterende avviser dette, og viser til at kravet til effektiv deltakelse i beslutningsprosesser er oppfylt fordi reindriftsloven § 60 har demokratisk legitimitet. Den er vedtatt av stortinget etter en grundig prosess, hvor reindriftsinteressene er hørt. Syv konsultasjoner, og i tillegg løpende kontakt på administrativt nivå taler for at de berøre har hatt reell mulighet til å påvirke loven. Det viker som Høyesterett mener det var nok å spørre de berørte hva de mente om loven, men noe mer var ikke nødvendig. De godtar en passiv rolle fra representative organer. På den ene siden kan det virke som Høyesterett gir staten en for stor skjønnsmargin med tanke på kravet til konsultasjoner, når de mener at det er nok at de berørtes mening er hørt. Så lenge det har vært en viss enighet om en løsning som ivaretar begge parter så er dette nok, fordi saker som gjelder interne forhold ikke har samme krav til at minoriteten har påvirket regelverket. Dette forankres i samerettsutvalgets uttalelser, noe som viker å styrke deres syn på saken, jf. avsnitt 75. Når et samisk utvalg mener deltakelsesretten vil variere, tyder på at Høyesterett mener at kravet er innskrenket i slike saker.

Kystfiskeutvalget påpeker at hvis staten kan godtgjøre at reguleringen er gitt for å sikre en fortsatt økologisk bærekraftig næring, og staten har konsultert med sametinget og andre relevante interesser for å minske skadevirkningene av tiltaket, vil det være et større spillerom i forhold til artikkel 27 enn om slike konsultasjoner ikke er gjennomført.¹³² På den ene siden så er det gjennomført konsultasjoner med sametinget og reindriftslovens § 60 om reintallsreduksjon er utformet med hensikt å sikre næringens fremtid. Men på en annen side så kan det spørres om disse konsultasjonene har gitt noe særlig utslag.

Det fremgår av Urfolkserklæringen¹³³ artikkel 4 jf. at samene har rett til selvstyre i saker som angår deres interne og lokale anliggender. Dette tilsier at i en sak som denne må det legges særlig vekt på samenes syn på saken. Konsultasjonsplikten jf. urfolkserklæringen artikkel 19 oppstiller krav til at konsultasjonene skal ha som formål å oppnå samenes forhånsamtykke før gjennomføring av lover eller inngrep. Slik som Poma-saken legger til grunn. Men på en

¹³¹ LH-2016-92975 pkt. 6.4.

¹³² NOU 2007: 13 B s. 1097.

¹³³ FN's erklæring om urfolks rettigheter (UNDRIP).

annen side så er ordlyden i urfolkserklæringen ikke absolutt eller rettslig bindene, slik at faktisk enighet må foreligge.

Høyesterett mener altså at de samiske hensynene er ivaretatt. Det sentrale argumentet til Høyesterett virker å være at selv om forslaget om bunnfradrag ikke ble inntatt i loven, så har de likevel hatt reel innflytelse på loven fordi de har fått gjennomslag for sitt ønske om selvstyre. Loven bygger på at siidaen selv skal utforme en reduksjonsplan jf. avsnitt 92. På den ene siden tyder dette på at deltakelseskravet er oppfylt. Det vises til begrunnelsen for bruksreglene. Større selvstyring innen reindriften, vil ivareta den økonomiske og kulturelle delen i næringen. De som sitter med best kunnskap, skal også få ansvaret for utformingen av regelverket. Dette sikrer at ressursene forvaltes på en økologisk bærekraftig måte. Høyesterett mener det er motstridene interesser innad i distriktet, som i Kitok og Lovelace-sakene. Det tyder på at flertallet har lagt vekt på at utøverne selv ikke kom til enighet, og at de kunne ha valgt å fordele reduksjonen fritt, noe loven har tatt hensyn til. Dette taler for at det de berørte faktisk har påvirket lov utformingen, flertallet viser til at reindriftsloven § 60 fjerde ledd gir mulighet til å skjerme de minste siidaandelene jf. avsnitt 93. Begrunnelsen virker og være at det ikke nødvendig med en bunnfradragregel som ble foreslått under konsultasjonene, når loven likevel har en skjermingsregel som ligner på den som ble foreslått. Dette er langt på vei en lov som virker å ha funnet en god løsning i forbindelse med selvstyremuligheten og at reindriftsinteressene er ivaretatt under konsultasjonene. Samerettsutvalget har påpekt at en av grunne at det ikke forelå et brudd på artikkel 27 i Kitok-saken var at saken angikk et forhold som samene selv styrte. Terskelen for å anse artikkel 27 som krenket var høyere enn om det hadde dreiet seg om et tilfelle der begrensningen i kulturutøvelsen var styrt av myndighetene.¹³⁴

Når det skjer en lovendring kan bakgrunnen være at loven ikke gir et bra nok rettsvern for rettssubjektet. Og dette ligger til grunn for reindriftslovens endringer. En av grunnene for behovet for endringer var å utforme bestemmelser for de interne forhold i reindriften som var bedre enn daværende lov.¹³⁵ Og sikre en større grad av internt selvstyre i næringen.¹³⁶

Formålet med lovendringen var at den skulle styrke utøvernes rettssikkerhet, fordi den ikke hadde nok forutberegnelighet.¹³⁷ Forarbeidene viser lovgivers intensjon og hva som er

¹³⁴ NOU 2007: 13 A s. 200.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 20.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 6.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 20.

meningen med loven.¹³⁸ Og når lovgiver har hatt som formål å forbedre utøverens rettigheter, men likevel ikke viderefører en tidligere bestemmelse om en nedre grense på 200 rein som tidligere reindriftslover hadde jf. tilleggslappeloven av 1897 § 10 og reindriftsloven av 1933 § 8 hadde er dette noe underlig. Under lovgivningsprosessen ble ikke forslaget om videreføring av dette unntaket tatt til følge. I juridisk teori er reduksjonsreglene kritisert, og det understrekes at gjeldene bestemmelse er den strengeste som har eksistert i norsk reindriftslovgivning.¹³⁹ Sametinget understreket at en slik skjermingsregel vil bidra til å sikre økonomisk bærekraftig reindrift for alle reindriftsutøvere, og spesielt de i etableringsfasen. Og sametinget som er et representativt organ for den samiske befolkningen vil kunne komme med innspill fordi de har innsikt i hva som er best for næringen og samtidig utviklingen av kulturen. Mindretallet fremhever akkurat betydningen av dette. «... naturlig å ta utgangspunkt i det syn som entydig har kommet fra det samiske samfunnet selv»

Samerettsutvalget trekker frem Länsman-saken for å fremheve rekkevidden av konsultasjonsplikten. De uttaler at i saken ble hadde myndighetene konsultert de berørte reindriftsutøverne og forsøkt å begrense de negative konsekvensene for disse ved å sette skadebegrensende vilkår, og derfor forelå de ikke brudd på artikkel 27.¹⁴⁰ Hensynet til samisk kultur kan også gjøre seg gjeldene, noe som kan tilsi at tiltak ikke kan gjennomføres fordi det vil i realiteten medføre en nektelse. Men på en annen side kan utfallet bli at tiltaket gjennomføres fordi det er tale om små virkninger.¹⁴¹ Ut fra dette kan det virke som konsultasjonene under lovgivningsprosessen har medført at samiske hensyn har påvirket loven. Fordi under lovgivningsprosessen ble det påpekt av reintallet måtte ned, noe som igjen vil stimulere økonomisk og kulturell bærekraft. Dette ble også understreket av sametinget jf. avsnitt 80. Konsultasjoner på enkeltnivå om gjennomføringen av reintallreduksjonen ville vært naturlig i denne saken. De kunne ha funnet en mindre inngripende løsning for Sara og de siidaer hvor reguleringen kan true driften slik at den kan sidestilles med en nektelse. Men på en annen side så er vedtaket i denne saken en direkte konsekvens av *reindriftslovens bestemmelser* som er vedtatt etter en bred konsultasjon og konsultasjoner på individnivå kan virke å ha liten betydning.

På en annen side kan det vises til at det har skjedd store endringer i reindriftsloven.

Områdestyrene ble avvirket, og alt ble underlagt fylkesmannen. Dette har skjedd uten reelle

¹³⁸ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgåve, Oslo 2017 s. 197.

¹³⁹ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019, s. 378.

¹⁴⁰ NOU 2007: 13 A s. 206.

¹⁴¹ NOU 2007: 13 A s. 210.

konsultasjoner med sametinget og utøverne. Dette er problematisk i forhold til kravet til deltakelse i beslutningsprosesser. Endringene kan sies å ha medført en svekket samisk styring og deres faglige kompetanse får mindre vekt i spørsmål om forvaltningen av reindriften. Det kan vises til HR-2019-2395-A som gjaldt tvist om et reinbeitedistrikt hadde adgang til å fastsette et øvre reintall når det ikke var enighet i distriktet, dommen understreker at distriktet ikke har myndighet å vedta bindende flertallsvedtak om dette. Og når det ikke er enighet skal reindriften § 60 tredje ledd brukes. Dette taler for at distriktet har begrenset myndighet hvis det ikke foreligger enighet mellom utøverne. Det kan virke som loven ikke har den tilslutningen som førstvoterende påpeker. Lovforslaget om å skjerme de som har under 200 rein ble ikke tatt til følge, noe som taler for at deltakelseskravet ikke er tilstrekkelig jf. avsnitt 91. Også Sameloven § 2-1 første ledd kan ses i lys av selvbestemmelsesretten, som uttrykker at sametingets arbeidsområde er alle saker som særlig berører den samiske befolkning. I saker som er av vesentlig betydning for samer, vil det være sentralt å sørge for at sametinget får en reell deltakelse i beslutningsprosesser og mulighet til å påvirke utfallet.

4.4 Når er nektelsen rettfærdiggjort?

Poma-saken oppstiller et proporsjonalitetskrav mellom inngrepet og konsekvensene.¹⁴² Det ser ut til at Høyesterett har tatt hensyn til reindriften interessene. Høyesterett henter støtte i fra komiteens praksis jf. Kitok og Mahuika-saken, når de legger til grunn at tiltak som begrenser et individs rettigheter er forenlig med artikkel 27 hvis de er rimelig og objektiv begrunnet. Her kan Kitok-saken tjene som støtte for at vedtaket ikke krenker artikkel 27. Faktum i saken var at Ivan Kitok som tilhørte en samisk familie som hadde drevet med reindrift i over 100 år anførte å ha arvet bruksrettigheter fra sine forfedre til land og vannområder. Han anførte at han hadde blitt nektet å utøve disse rettighetene fordi han hadde mistet sitt medlemskap i samebyen fordi han jobbet med noe annet enn reindrift i tre år og var bare halvsamisk. Ikke-medlemmer hadde ingen rett til de rettighetene til land og vannområdene som samebyen hadde. Det var en gammel svensk lov som uttrykte at ikke-medlemmer ikke kunne drive reindrift eller nytte seg av jakt og fiskerettighetene. Formålet med loven var å begrense antall utøvere utfra økologisk og økonomisk bærekraftighet. Det sentrale var om denne nektelsen til medlemskap i samebyen førte i realiteten til en nektelse av retten til å utøve sin kultur. Det ble argumentert for at han i praksis kunne fortsette med reindriften, selv om han ikke hadde den samme beskyttelsen av rettigheten som de som var medlemmer av samebyen. Komiteen uttalte at regulering av en økonomisk aktivitet var noe som normalt staten hadde ansvar for,

¹⁴² Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009), avsnitt 7.6.

men at det kunne falle under artikkel 27.¹⁴³ Av betydning for spørsmålet om det foreligger en nektelse, utfra denne saken, er om lovgivning som utestenger en som tidligere har drevet med reindrift, er konvensjonsstridig. Komiteen uttalte at så lenge den er objektiv og rimelig begrunnet, og nødvendig for kulturens levedyktighet for minoriteten, er det ikke et brudd på artikkel 27.¹⁴⁴

Hensynet til minoritetens levedyktighet går foran enkeltindividets rettigheter. Det fremheves i General Comment No. 23 (1994) avsnitt 9 annet punkt, at beskyttelse av rettighetene under artikkel 27 er rettet mot å sørge for kulturens overlevelse og videre utvikling for de berørte. Formålet med artikkel 27 kan åpne for at dette inngrepet ikke medfører en nektelse.

En annen sak fra komiteen som kan gi veiledning på hva som anses som en krenkelse av artikkel 27 er Lovelace mot Canada. En indianer kvinne som bodde på et reservat, giftet seg med en ikke-indisk mann. Etter ekteskapets slutt kom kvinnen tilbake til reservatet for å bo sammen med foreldrene igjen. Hun ville kjøpe en bolig på reservatet, men dette var forbeholdt medlemmer av gruppen. Bakgrunnen for nektelsen var den kanadiske lovgivningen som uttrykte at hvis en indianer kvinne giftet seg med en ikke-indisk mann, falt den indianske statusen bort og retten til å eie bolig og benytte seg av tradisjonelle jakt og fiskerettigheter falt bort. Hun mistet altså sine kulturelle rettigheter. Spørsmålet i saken var om disse fordelene som hun ble nektet innebar en krenkelse av artikkel 27. Komiteen drøftet om restriksjoner på retten til å bo på reservatet gjennom nasjonal lovgivning var noe artikkel 27 regulerte. Formålet med den nasjonale lovgivningen var å beskytte minoritetens ressurser og bevaring av sin identitet.¹⁴⁵

Komiteens vurderingskriterier er altså om lovgivningen er rimelig og objektivt begrunnet og i samsvar med artikkel 27 for å godta en nektelse og på den andre siden klagerens tidligere tilknytning til reservatet. De la avgjørende vekt på at hennes ekteskap var over og at hun hadde tilknytning til miljøet. Ved at den nasjonale lovgivningen i praksis hindret henne å være en del av gruppen og således ikke kunne benytte seg av gruppens rettigheter, var en uforsvarlig nektelse etter artikkel 27. Det som kan utledes av saken er at en person som har tilknytning til en minoritetsgruppe ikke mister sine rettigheter etter å ha mistet sitt medlemskap til miljøet. Hvis nasjonal lovgivning sitt formål er urimelig og hindrer eller vanskeliggjør det for en person å dra nytte av sine kulturelle rettigheter, vil det kunne anses

¹⁴³ Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), avsnitt 9.2.

¹⁴⁴ Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), avsnitt 9.8.

¹⁴⁵ Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977, avsnitt 15.

som et brudd på artikkel 27.¹⁴⁶ Men er reglingen basert på hensynet til minoritetsgruppen kan inngrepet være forenelig med artikkel 27.

Førstvoterende legger til grunn at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret og inngrepets konsekvens for enkeltindividet. Dette er i samsvar med komiteens vurderingskriterier fra inngrep fra myndighetene. Samerettsutvalget påpeker at det skal mindre til for at det foreligger en krenkelse i saker som gjelder enkeltindivider enn i saker der større eller mindre minoritetsgrupper anses å ha blitt nektet retten til å utøve sin kultur.¹⁴⁷

Det første som må vurderes er om formålet med tiltaket er gitt i reindriftnutøverens interesser. Det virker som førstvoterende anser formålene i *Reindriftsloven* som et fundament for hans begrunnelse. Lovens § 1 første ledd har særskilte hensyn som skal ivaretas, på den ene siden finnes de samiske interesser og på den andre siden har man storsamfunnets interesser. Det betyr at reindriften må ta hensyn til øvrige samfunnsinteresser samtidig som disse må være seg bevisst og ta nødvendig hensyn til reindriften og særlige behov gjør seg gjeldene.¹⁴⁸ En naturlig språklig forståelse av dette tilsier at når legitime behov som å sikre næringens videre utvikling, kan myndighetene foreta tiltak som samlet sett er til fordel for minoriteten. For at næringen skal være bærekraftig og at den skal kunne fortsette å være en viktig del av samisk kultur, så må beiteressursene ivaretas. En økologisk bærekraftig reindrift er selve grunnlaget for kulturen overlevelse. Problemet med overbeiting fremheves som et avgjørende argument som begrunner hvorfor lovbestemmelsen er gitt i reindriftnutøvernes interesser.

Reindriftsloven § 1 annet ledd fremhever at sikring av reindriftsarealene, som er reindriftns viktigste ressursgrunnlag er et delt ansvar mellom utøverne og staten. Videre skal loven også sikre forsvarlig dyrevelferd for tamrein, dette henger sammen med beiteressursene i det aktuelle reinbeitedistriktet. Et for stort reintall vil medføre lite tilgang på mat, og dette kan lede til sult og død.

Førstvoterende understreker et tungt veiende hensyn bak regelen om forholdsmessig reduksjon. Det å kunne drive en økonomisk forsvarlig reindrift vil kunne bli vanskelig hvis det hadde vært et unntak for utøvere med et reintall under 200 og en uheldig næringsstruktur. Hensynet til økonomi er sentralt for vurderingen, fordi det skal fortsatt være en næring. Og den må kunne vise til produksjon og verdiskapning. Uten dette kan reindriften miste sitt innhold og bidra til at det faktiske grunnlaget for den særlige beskyttelse reindriften og samisk

¹⁴⁶ Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977, avsnitt 17.

¹⁴⁷ NOU 2007: 13 A s. 195.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 52.

kultur har svekkes.¹⁴⁹ Likhhet for loven fremheves ved vurderingen om nektelsen er rettfærdiggjort, og f6rstvoterende legger til grunn at de med mange rein i utgangspunktet i en forholdsmessig reduksjon mÅ ta en st6rre del av den vedtatte reduksjonen. F6rstvoterende legger stor vekt pÅ at det skal vÅre likhet. Argumentet for dette er at en skjermingsregel kan vÅre uheldig for nÅringen generelt, og kan medf6re at andre reineiere kan komme ned pÅ et kritisk lavt nivÅ og dette kan lede til sp6rsmÅl om deres rettigheter er krenket. Sett i lys av at lovens utgangspunkt er at siidaen selv skal bestemme hvordan en reduksjon skal gjennomf6res, taler dette for at vedtaket er rimelig og objektivt begrunnet. Ut fra f6rstvoterendes dr6ftelse om vedtaket er gitt i reindriftsut6verens interesser sÅ virker det som at han legger stor vekt pÅ uttalelsene i Kitok-saken. Fordi formÅlet med reglene i Kitok-saken var utformet pÅ en slik mÅte at de skulle bidra til sikre at samisk reindrift og kulturen generelt skulle overleve.¹⁵⁰ Og dette er nettopp et at formÅlene bak lovbestemmelsen i foreliggende sak.

HR-2017-2247-A avsnitt 128 understreker at terskelen for Å konstatere en krenkelse av artikkel 27 er h6y og det avgj6rende er om inngrepets virkning i praksis medf6rer en nektelse. Mindretallet i Sara-saken fremhever at hvis det er Årsaker som 6konomiske eller 6kologiske forhold som medf6rer dÅrlig l6nnsomhet kan dette rettfærdiggj6re inngrepet jf. avsnitt 116. Og det virker som f6rstvoterende legger til grunn beiteressursenes begrensning som en rimelig begrunnelse for inngrepet. Kysfiskeutvalget pÅpeker at dersom Årsaken til tapet av 6konomisk bÅrekraft er forhold utenfor statens herred6mme og ikke selve beslutningen kan inngrepet vÅre forenelig med artikkel 27.¹⁵¹ Dette tilsier at nektelsen er rettfærdiggjort, akkurat for Å sikre levedyktigheten for nÅringen som helhet. Dette hensynet understrekes av komiteens praksis og General Comment No. 23 (1994) avsnitt 9. Samerettsutvalget konkluderer med at de faktiske forhold er like avgj6rende som de formelle. PÅ den ene siden sÅ blir ikke Sara fratatt muligheten til Å drive reindrift som i Kitok-saken, men pÅ en annen side kan det i saker hvor han faktisk sett blir fratatt muligheten Å drive reindrift selv om han har retten i behold, medf6re en krenkelse av artikkel 27.¹⁵² Komiteen har understreket viktigheten av kravet til fortsatt 6konomisk utbytte ved vurderingen av om det foreligger en nektelse, og det kan da sp6rres hvorfor ikke f6rstvoterende tillegger dette samme vekt, nÅr han likevel nevner at de 6konomiske konsekvensene er en del av vurderingen i saken.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 32.

¹⁵⁰ NOU 2007: 13 A s. 200.

¹⁵¹ NOU 2008: 5 s. 1091.

¹⁵² NOU 2007: 13 A s. 200.

Resonnementet til førstvoterende virker å være at selv om han fratras muligheten å videre utvikle driften, som medfører at han ikke går med overskudd. Så er det økonomiske hensynet, som skal forhindre at den totale lønnsomheten i distriktet går ned og hensynet til økologiske forhold, noe som tilsier at tiltaket samlet sett er til fordel for næringen som helhet. Førstvoterende argumenterer for at selv om de har muligheten å bestemme selv, så må staten kunne gripe inn når det ikke oppnås en løsning, når hensynet til beiteressursene og når reintallet er for høyt. I juridisk teori settets det spørsmålsteget på om det er storsamfunnets interesser som ivaretas mest ved dette vedtaket.¹⁵³ Fordi det ligger i myndighetenes politikk jf. forvaltningsansvaret etter reindriften loven § 1 om å redusere reintallet slik at reindriften er bærekraftig. Dette kan gå foran enkeltindividets rettigheter, noe flertallet mener er en legitim grunn når det er tale om et internt forhold som har som mål å ivareta samisk kultur. I et slikt tilfelle så virker det og være en større skjønnsmargin. Reindriften loven hjemler altså et slikt inngrep fordi det er basert på et nødvendig tiltak som bidrar til å beskytte kulturen, noe som samsvarer med komiteens uttalelse i General Comment No. 23 (1994) avsnitt 6.2 «... measures are aimed at correcting conditions which prevent or impair», som kan tolkes slik at tiltak som er ment å forbedre minoritetens situasjon er i samsvar med ordlyden. Det er også en plikt til å gjennomføre positive tiltak for å beskytte minoriteten og ut fra sakens faktum virker førstvoterende å legge vekt på hva som er det beste for hele distriktet i et langsiktig perspektiv. Det kan vises til andre områder hvor begrensninger utfra ressursene hjemler et inngrep. Kystfiskeutvalget understreker at staten kan foreta nødvendige reguleringer av hensynet til fiskeressursene i havet. Når reguleringene begrunnes i dette hensynet er reguleringene ikke et inngrep i, men et vern av kulturgrunnlaget.¹⁵⁴

Høyesterett nevner den tre delte målsettingen som loven skal fremme. Høyesterett argumenterer for at reindriften loven § 60 er utformet slik at den skal ivareta lovens formål, samtidig som den legger opp til selvstyre. Fordi det er utøverne selv som vet best hvordan reindriften fungerer. Men på en annen side så er dette en utsatt stilling som kan medføre konflikter innad i siidaen. Å måtte redusere reintallet er i utgangspunktet noe ingen vil, fordi mindre flokk vil bety lavere økonomisk utbytte. Dette kan skape utfordringer, lovgiver har utformet et lovverk som samene selv i utgangspunktet skal forvalte og løse selv. Dette er en byrde ingen vil ha og dette kan medføre at fordelingen preges av et for stort fokus på hver enkeltes rettighet.¹⁵⁵ Og økonomiske interesser vil ha vesentlig betydning her, mange vil

¹⁵³ Øyvind Ravna, *Same- og reindriften rett*, Oslo 2019 s. 384.

¹⁵⁴ NOU 2008: 5 s. 281.

¹⁵⁵ Øyvind Ravna, *Same- og reindriften rett*, Oslo 2019 s. 368.

ivareta sine egne interesser før andres. I juridisk teori er det fremhevet at § 60 pålegger et for stort ansvar på sidaene for å løse kompliserte og ofte omtvistede forhold.¹⁵⁶ Det kan påpekes at bestemmelsen om reduksjon har skapt problemer, fordi myndighetenes syn på økologisk bærekraftig reindrift ikke samsvarer med reindriftssamenes syn.¹⁵⁷ Det tyder på at Høyesterett anser det som en utfordring at siidaen selv har ansvaret for å gjennomføre en reintallsreduksjon, men på en annen side så er likevel loven oppbygd slik at den gir utøverne selvbestemmelsesrett. Og slik sett har bestemmelsen forankring i legitime hensyn.

4.5 Lovgivningsprosessen

Når det gjelder lovgivningsprosessen viser høyesterett til at sametinget i sitt posisjonsnotat 2, 10. februar 2006 mente det var nødvendig at grensen på 200 rein ikke ble tatt inn i loven. Men at de likevel støttet ordningen om å skjerme de med lavest flokk, men at det skulle være på et mer fleksibelt grunnlag. Som åpner for endringer for hvem som skal skjermes mest.

Høyesterett virker å trekke inn for sitt syn på saken, at sametinget gikk inn for en ordning som innbar at minste enhetene ikke skulle skjermes fullstendig ved reintallreduksjon. Men det forelå en klar oppfordring fra sametinget og NRL om at de enhetene med 200 eller mindre skulle skjermes. Men dette ble ikke tatt til følge. Hadde denne lovendringen blitt vedtatt, hadde Sara ikke blitt rammet. Det å ha en skjermingsgrense slik at siidaandeler med mindre enn 200 rein er unntatt reduksjonen, vil støtte den økonomiske målsettingen. Flere vil kunne utøve reindrift, fordi det forutsettes å ha et visst antall rein før det blir lønnsomt. Flere reineiere, men med mindre flokker vil støtte opp mot den kulturelle målsettingen om flest mulig samer i næringen. På den andre siden så kan dette være et problem. Dette vil føre til at de med størst flokk må ta den største andelen av en forholdsmessig reduksjon. Dette vil medføre at den totale og gjennomsnittlige lønnsomheten i siidaen svekkes på sikt.¹⁵⁸

Dette vil også medføre færre sysselsatte innenfor næringen. Høyesterett gir et oversiktlig bilde av de ulike interessene som har hatt betydning under lovgivningsprosessen. På den ene siden er reindriftsinteressene og på den andre siden er statens politikk, som skal sikre en bærekraftig reindrift. Men økologisk bærekraft trekkes frem om det mest tungtveiende hensynet. Det underliggende premisset virker å være at en slik reduksjon er nødvendig for å oppnå økologisk bærekraft.

¹⁵⁶ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 376.

¹⁵⁷ Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Oslo 2019 s. 374.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 46.

På den andre siden så kan det virke som førstvoterende legger for stor vekt på to av komiteens avgjørelser som gjaldt interne forhold. Han argumenterer for at denne saken har likhetstrekk med Mahuika og Kitok-saken, som begge gjaldt motstridene interesser innad i minoritetsgruppen. På den ene siden er det avgjørende for om det foreligger krenkelse om han i realiteten nektes å utøve reindrift. Og derfor er disse to sakenes vurderingskriterier relevante for terskelvurderingen i denne saken. På en annen side så er det ikke interessene til Sara som står i et motsetningsforhold til gruppen som helhet. Og når førstvoterende legger til grunn at det er uenigheter innad i gruppen, kan det virke som det er større rom for avveininger for hva som medfører en krenkelse etter artikkel 27. I motsetning til inngrep fra storsamfunnet som har klare retningslinjer. Samerettsutvalget skiller mellom motstridende interesser i minoritetsgruppen og minoritetsgruppen/individet interesser mot storsamfunnet. Er det tale om førstnevnte kan inngrep begrunnes hvis det er rimelig og objektivt begrunnet og er nødvendig for gruppens levedyktighet. Er det tale om sistnevnte foreligger det ikke en skjønnsmargin.¹⁵⁹

I Mahuika-saken forelå det ingen krenkelse nettopp fordi minoritetsgruppen hadde påvirket innholdet av reguleringene, men i foreliggende sak så har ikke departementet tatt til følge hva sametinget og de berørte mente under lovgivningsprosessen. I Mahuika-saken var det et bredt flertall som støttet lovgivningen.¹⁶⁰ Et annet sentralt moment i Mahuika-saken var at det under konsultasjonene hadde staten og minoriteten faktisk kommet frem til løsninger som styrket minoritetens deltakelse i fisket generelt og i fiskeriforvaltningen.¹⁶¹ Reguleringene fremstod som rimelige fordi de hadde som formål å forbedre minoritetens mulighet å utøve sin kultur, til tross for at noen var imot reguleringene. Førstvoterende bruker denne saken som støtte for sitt argument om at reguleringen er gitt i reindriftnutøvernes interesser. Men hvorfor understreker han at det i saker som gjelder interne forhold, er tilstrekkelig at det har vært et ønske om å finne en omforent løsning under konsultasjonene, men ikke et krav. Men likevel bruker han praksis som gjelder interne forhold som viser til at artikkel 27 ikke var krenket, nettopp på grunn av at flertallet av de berørte var positive til reguleringene etter en bred konsultasjon.¹⁶² Samerettsutvalget legger til grunn at artikkel 27 ikke åpner for at legitime behov kan begrunne et inngrep.¹⁶³ Førstvoterende virker ikke å problematisere det at i Kitok-saken ble uttrykt av komiteen at det var en åpenbar konflikt mellom lovens formål som vernet

¹⁵⁹ NOU 2007: 13 A s. 200.

¹⁶⁰ NOU 2007: 13 B s. 1087.

¹⁶¹ NOU 2007: 13 B s. 1089.

¹⁶² NOU 2007: 13 A s. 201.

¹⁶³ NOU 2007: 13 A s. 196.

om rettighetene for hele minoriteten og lovens anvendelse overfor et enkelt medlem av minoriteten.¹⁶⁴

Førstvoterendes premiss om at en slik reduksjon er nødvendig utfra næringens levedyktighet virker tvilsom, sett i lys av prinsippet om forholdsmessighet mellom behovet for reduksjonen og konsekvensene av inngrepet. Det påpekes av mindretallet at inngrepet ikke er rimelig og nødvendig for å sikre levedyktigheten til næringen fordi de med et reintall under 200 bare utgjorde etter en reduksjon 5,5 prosent av det totale reintallet jf. avsnitt 134-135 og at virkningen av tiltaket har liten betydning for reinbeiteområdet generelt. Når det understrekes av mindretallet at det er usikkert hva som ville ha skjedd i distriktet uten en slik reduksjon jf. avsnitt 120, tilsier dette at inngrepet ikke er rimelig ut fra hensynet til en bærekraftig reindrift. Inngrepets omfang virker å ha liten betydning for næringen som helhet, til tross for at reintallet må ned og er derfor nødvendig. Men inngrep som har liten betydning for samisk kulturutøvelse samlet sett kan være i strid med artikkel 27 dersom det innebærer eller kan likestilles med en faktisk nektelse av klagerens rettigheter etter bestemmelsen.¹⁶⁵ Dette tilsier at reduksjonsvedtaket som medfører at Sara ikke får et økonomisk utbytte etter reduksjonen, er en faktisk nektelse. Kan ikke kulturen utøves på en økonomisk bærekraftig måte kan dette være et brudd på artikkel 27¹⁶⁶

At reduksjonen vil kunne fremstå som et mer omfattende inngrep overfor en reieneier som har få rein i utgangspunktet må tas med i vurderingen. Samerettsutvalget understreker at det er hvilke virkninger tiltaket har for den eller de tiltaket mer direkte berører og ikke minoriteten som helhet og dette gjelder også i interne konflikter.¹⁶⁷ Et argument for at førstvoterende gir forvaltningen en for stor skjønnsmargin er at staten har et ansvar i kraft av reindriftslovgivningen som gir dem rett til å fastsette reintall og utføre reduksjoner. Og derfor kan dette anses som et statlig reguleringsvedtak og ikke en sak som gjelder interne forhold innen reindriften, noe som også gjelder i Kitok-saken.¹⁶⁸ Derfor anses det som mest nærliggende å forholde seg til komiteen vurderingskriterier oppstilt i saker som behandler inngrep fra staten. På en annen side så virker det som at en av grunnene til at lovbestemmelsen om forholdsmessig reduksjon ikke krenker artikkel 27, at den har som formål å sikre en mer hensiktsmessig næringsstruktur. I vurderingen av om vedtaket er

¹⁶⁴ LH-2016-92975 punkt 6.5

¹⁶⁵ NOU 2007: 13 A s. 211.

¹⁶⁶ NOU 2007: 13 A s. 211.

¹⁶⁷ NOU 2007: 13 A s. 210.

¹⁶⁸ Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), avsnitt 9.4.

uforholdsmessig jf. drøftelsen om vedtaket krenker EMK P1-1, bruker førstvoterende EMDs praksis, som viser til at staten har stor skjønnsmargin i reguleringssaker hvor formålet har et legitimt formål jf. avsnitt 102. Førstvoterende bruker praksis som viser at EMK P1-1 åpner for en betydelig skjønnsmargin i saker hvor det skal vurderes hva som er i samsvar med generelle interessen, særlig når kulturelle hensyn gjør seg gjeldene.¹⁶⁹ Førstvoterende virker å legge stor vekt på at EMK P1-1 også åpner for inngrep når de er rimelig og objektivt begrunnet, i likhet med artikkel 27.

Kysfiskeutvalget fremhever at det ikke er nok at lover og vedtak, hver for seg, ikke krenker internasjonale regler. Det er den summen av den samlede samepolitikk som gir samer mulighet å sikre og utvikle sin kultur som skal vurderes opp mot for eksempel artikkel 27. Altså må staten vurdere til enhver tid om lover og vedtak ivaretar den samiske kultursituasjonen.¹⁷⁰ Gjør ikke staten dette kan dette medføre en krenkelse av artikkel 27. Ufra dette tilsier det at loven ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til de samiske hensynene under lovgivningsprosessen, når staten ikke tok til følge sametingets ønsker om en skjermingsregel. Det virke underlig når Høyesterett legger til grunn at reindriftsloven lovbestemmelse skal sikre en hensiktsmessig næringsstruktur, men inngrepet overfor Sara vil medføre at han ikke får et økonomisk utbytte. Artikkel 27 pålegger staten en plikt til å medvirke til at samisk kultur blir videreført, og at det avgjørende er ikke bare størrelsen av inngrepet, men hvilket kulturgrunnlag som står igjen etter inngrepet.¹⁷¹ Dette samsvarer med komiteens praksis.¹⁷²

5 Konklusjon

Terskelen for inngrep virker å være dynamisk. Hva som fører til en krenkelse av artikkel 27 vil variere fra sak til sak. I vurderingen om noen er nektet retten til å utøve sin kultur, kan det utledes fra komiteens praksis at det må foretas en helhetsvurdering. Det trenger ikke å foreligge en total nektelse før artikkel 27 er krenket. Det kan legges til grunn at hvis næringsutøvelsen er en essensiell del av minoritetens kultur vil terskelen for inngrep være lav. Et avgjørende moment i vurderingen er om minoriteten kan fortsette å dra nytte av kulturutøvelsen etter inngrepet. I dette forutsettes det at minoriteten fortsatt har et økonomisk utbytte av sin næring, og hvis ikke, vil dette sidestilles som en faktisk nektelse av kulturutøvelsen. Videre er det et krav til reell deltakelse fra minoritetens side i beslutningsprosesser i saker som angår dem. I vurderingen av om dette kravet er oppfylt, vil

¹⁶⁹ EMD-2007-32794 avsnitt 106.

¹⁷⁰ NOU 2008: 5 s. 267.

¹⁷¹ NOU 2008: 5 s. 267.

¹⁷² Communication No. 1457/2006, U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, avsnitt 7.7.

det være av vesentlig betydning om et representativt organ for minoriteten faktisk har blitt hørt og planene er blitt endret. Har ikke minoriteten påvirket utfallet i saken vil det lett foreligge en krenkelse av artikkel 27. Praksis fra komiteen synes å vise at kravet til reell deltakelse i saker som gjelder interne forhold i minoritetsgruppen er like strengt som i saker som gjelder inngrep fra staten. Inngrepets omfang vil også ha vesentlig betydning for hvor langt konsultasjonskravet strekker seg. Ved vesentlige inngrep i en viktig økonomisk aktivitet vil det være et krav om informert forhåndssamtykke.

Høyesteretts tolkning av artikkel 27 viser at det skilles mellom tiltak som er nødvendig av hensyn til minoriteten og tiltak som utgjør et inngrep fra storsamfunnet. Men skillet mellom inngrep som medfører en nektelse og tiltak som samlet sett er til fordel for reindriftsnæringen synes å være uklar.

Høyesterett skiller mellom interne forhold og inngrep utenfra, og vurderingskriteriene virker å være mindre streng i interne forhold. Komiteens praksis viser at terskelen for inngrep er relativ høy. Hvis inngrepet har begrensede innvirkninger på kulturutøvelsen, medfører dette ikke en nektelse. Høyesterett virker å legge til grunn en høyere terskel for inngrep. Mens komiteen understreker at artikkel 27 ikke har en skjønnsmargin og at inngrep begrunnet i legitime formål ikke er tillatt, fraviker Høyesterett fra dette. Selv om det kan utledes fra komiteens praksis at det foreligger et forholdsmessighetsprinsipp mellom inngrepet og konsekvensene. Så oppstiller artikkel 27 en absolutt grense for hvilke tiltak som kan tillates. I Sara-saken kan det anføres at han nektes retten til å utøve reindrift, hvis komiteens praksis og General comment No. 23 (1994) legges til grunn, jf. kravet om reell deltakelse fra minoritetens side og økonomisk utbytte. Ut fra dommen kan det virke som at terskelen for hva som anses som en krenkelse av artikkel 27 heves.

Gjennomgangen av komiteens praksis og Sara-saken viser en vesentlig forskjell ved anvendelsen av artikkel 27. Komiteens praksis viser at det ikke er et skille mellom vernet mot inngrep utenfra og tiltak som samlet er ment å være til fordel for minoritetsgruppen. Det er kun Norges Høyesterett som uttrykker at det foreligger et slik skille i vurderingen av om en minoritet har blitt nektet retten til å utøve sin kultur. I komiteens terskelvurdering er det avgjørende om inngrepet faktisk utgjør en nektelse eller en krenkelse av retten til kulturutøvelse. Hvis dette er tilfellet så kan ikke inngrepet gjennomføres til tross for at gode grunner taler for dette.

Norges Høyesterett mener hensynet til reindriftssamene som gruppe kan åpne for en større skjønnsmargin i interne forhold. Tiltak som er til fordel for gruppen som helhet, kan i realiteten ha store innvirkninger på enkeltindividet, slik at tiltaket kan sidestilles med en nektelse.

Høyesterett uttrykker at dersom inngrepet er saklig, rimelig og nødvendig for å ivareta reindriftnæringen og de berørte er konsultert ut fra et ønske å finne en omforent løsning, vil det være forenelig med artikkel 27. Av forarbeidene til reindriftsloven forutsettes at det rettsvernet reindriften har, ikke skal settes til side av reindriftsloven. Og at loven må anvendes i samsvar med folkeretten.¹⁷³ Og her virker Høyesteretts tolkning og anvendelse av artikkel 27 å avvike fra komiteen. Sara-saken viser at terskelen for inngrep i reindriften er høy.

Således kan det konkluderes med at Norges Høyesterett legger til grunn at det er et skille mellom disse to kategoriene.

Det må bemerkes at Sara-saken er brakt inn for FNs menneskerettighetskomité for behandling. Når saken er ferdig behandlet vil vi vite mer om det er et skille mellom interne forhold og inngrep utenfra, som Høyesterett legger til grunn.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) kapittel 10, merknad til § 3.

Kildeliste

Norske lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven).

Opphevet: Lov 25. juli 1897 indeholdende Tillægsbestemmelser angaaende Lapperne og Rensdyrdriften inden de søndenfor Finmarkens Amt liggende Landsdele (Tillegglappeloven).

Opphevet: Lov 12. mai 1933 nr. 3 lov om reindriften.

Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast egedom (oreigningslova).

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

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

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

Forarbeider m. m

Innst. O. nr. 80 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling.

NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur.

NOU 1997: 5 Urfolksrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett- bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget.

NOU 2001: 35 Forslag til endringer i reindrifftsloven.

NOU 2007: 13 A Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget

Del I, II og III (kap. 1-15).

NOU 2007: 13 B Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget

Del III – kapittel 16-24.

NOU 2008: 5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark.

Ot.prp. nr. 33 (1986-1987) Om lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven).

Ot.prp. nr. 28 (1994-1995) Om lov om endringer i reindrifftsloven, jordskifteloven og viltloven.

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

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

Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) Om lov om reindrift (reindrifftsloven).

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

Forskrifter

FOR-2013-06-03-573 Forskrift om kvoteregulert vårjakt på ender fra og med år 2013 til og med år 2022, Kautokeino kommune, Finnmark.

Rettspraksis

Rt. 1968 s. 429 (Altevann).

Rt. 1982 s. 241 (Altasaken).

Rt. 2001 s. 769 (Selbu).

Rt. 2000 s. 1578 (Seiland).

HR-2017-1230-A (Hjerttind).

HR-2017-2247-A (Langsund).

HR-2017-2428-A (Sara).

HR-2018-456-P (Nesseby).

HR-2018-872-A (Femund).

HR-2019-2395-A.

Underrettspraksis

LH-2016-92975.

LH-2001-812 (RG-2003-1).

EMD avgjørelser

Matczyński mot Polen (EMD-2007-32794).

Internasjonale kilder

ILO Convention No 169 concerning indigenous and tribal peoples in independent countries, 27. June 1989.

ETS 104- Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, 19/09/1979.

General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27): 08/04/94.

CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, General Comment No. 23. (General Comments).

Eighty-fifth session, CCPR/C/CAN/CO/5 20 April 2006.

FNs erklæring om urfolksrettigheter/ The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People (UNDRIP), 13. September 2007.

International convention on the elimination of all forms of racial discrimination – ICERD.

FNs menneskerettighetskomites praksis

Sandra Lovelace v. Canada (Communication No. 24/1977).

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

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

Ilmari Länsman v. Finland (Communication No. 511/1992).

Apriana Mahuika et al. v. New Zealand (Communication No. 547/1993).

Jouni Länsman v. Finland (Communication No. 671/1995).

Äärelä and Näkkäläjärvi v. Finland (Communication No. 779/1997).

Howard v. Canada (Communication No. 879/1999).

Jouni Länsman v. Finland (Communication No. 1023/2001).

Ángela Poma Poma v. Peru (Communication No. 1457/2006).

Litteraturliste

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 5. opplag, Universitetsforlaget 2017.

Ravna, Øyvind, *Same- og reindrifftsrett*, 1. utgave, 1. opplag, Gyldendal 2019.

Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017.

Artikler

Christian Tomuschat, “International Covenant on Civil and Political Rights”, Audiovisual Library of International Law, <https://legal.un.org/avl/ha/iccpr/iccpr.html> (lest 14.03.21).

Andre kilder

Hjemmeeksamen JUR-3616 kandidatnummer 2.

Praksisrapport kandidatnummer 60.