



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

FNs erklæring om urfolks rettigheter art. 19 om fritt, forhåndsinformert samtykke – en sammenligning av implementering i Canada, Guatemala og Norge

Åse Embla Eriksen

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901 mai 2021

1 Innledning

| | | |
|-------|--|----|
| 1.1 | Tema og bakgrunn..... | 1 |
| 1.2 | Aktualitet..... | 4 |
| 1.3 | Problemstilling | 5 |
| 1.4 | Avgrensning | 5 |
| 1.5 | Videre fremstilling | 6 |
| 2 | Avhandlingens metode..... | 6 |
| 2.1 | Utgangspunkter | 6 |
| 2.2 | Folkerettslig metode..... | 9 |
| 2.3 | Komparativ metode..... | 12 |
| 3 | Presentasjon av de enkelte lands rettssystem | 15 |
| 3.1 | Særlig om norsk rett | 15 |
| 3.1.1 | Samerett..... | 17 |
| 3.2 | Særlig om canadisk rett..... | 18 |
| 3.2.1 | Aboriginal Title | 20 |
| 3.3 | Særlig om guatemalansk rett..... | 21 |
| 3.3.1 | Urfolksrett | 23 |
| 4 | FNs erklæring om urfolks rettigheter | 25 |
| 4.1 | Historisk bakgrunn | 25 |
| 4.1.1 | Cobo-rapporten..... | 26 |
| 4.1.2 | FNs arbeidsgruppe for verdens urfolk..... | 27 |
| 4.2 | Noen betraktninger om særlige rettigheter og begreper..... | 27 |
| 4.2.1 | Utgangspunkter | 27 |
| 4.2.2 | Urfolksbegrepet..... | 28 |
| 4.2.3 | Individuelle og kollektive rettigheter | 29 |
| 4.2.4 | Forholdet til andre menneskerettigheter..... | 31 |
| 4.2.5 | Landområder og territorium | 33 |

| | | |
|-------|--|----|
| 4.3 | Innholdet i fritt, forhåndsinformert samtykke | 34 |
| 4.3.1 | Utgangspunkter | 34 |
| 4.3.2 | Forholdet til konsultasjon jf. ILO 169..... | 35 |
| 4.3.3 | Samtykkekravet..... | 40 |
| 4.4 | Funksjon som folkerettslig instrument..... | 42 |
| 5 | Implementering av fritt, forhåndsinformert samtykke | 43 |
| 5.1 | Implementering i Norge | 43 |
| 5.1.1 | Utgangspunkter | 43 |
| 5.1.2 | Konstitusjonelt grunnlag for implementering | 44 |
| 5.1.3 | Nasjonal lovgivning | 45 |
| 5.1.4 | Praksis fra Høyesterett og Högsta domstolen | 53 |
| 5.1.5 | Betydningen av en nordisk samekonvensjon | 64 |
| 5.1.6 | Oppsummering | 65 |
| 5.2 | Implementering i Canada | 66 |
| 5.2.1 | Utgangspunkter | 66 |
| 5.2.2 | Konstitusjonelt grunnlag for implementering | 66 |
| 5.2.3 | Nasjonal lovgivning | 68 |
| 5.2.4 | Sentrale høyesterettsavgjørelser..... | 70 |
| 5.2.5 | Systematisering av konsultasjon mellom staten og urfolk..... | 74 |
| 5.2.6 | Oppsummering | 76 |
| 5.3 | Implementering i Guatemala..... | 78 |
| 5.3.1 | Utgangspunkter | 78 |
| 5.3.2 | Konstitusjonelt grunnlag for implementering | 79 |
| 5.3.3 | Nasjonal lovgivning | 80 |
| 5.3.4 | Consulta comunitaria – samfunnskonsultasjon..... | 86 |
| 5.3.5 | Avgjørelser fra Den konstitusjonelle domstolen..... | 87 |
| 5.3.6 | Oppsummering | 91 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 6 | Komparativ analyse..... | 93 |
| 6.1 | Utgangspunkter | 93 |
| 6.2 | Likheter og ulikheter | 93 |
| 6.2.1 | Implementering gjennom lovgivning | 93 |
| 6.2.2 | Implementering gjennom domstolpraksis | 94 |
| 6.2.3 | Annen implementering | 96 |
| 6.3 | Rettskulturell sammenligning | 96 |
| 6.3.1 | Internrettslige systemer og normproduksjon | 96 |
| 6.3.2 | System for utnevning av dommere..... | 98 |
| 6.3.3 | Normproduksjonens effekt | 102 |
| 7 | Avsluttende bemerkninger | 107 |
| 7.1 | Noen rettspolitiske betraktninger | 107 |
| 7.2 | Internasjonal urfolksrett og FPIC i utvikling | 108 |
| | Referanseliste | 111 |

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn

Avhandlingens tema er implementering av «free, prior and informed consent» (FPIC) i nasjonalstatene Canada, Guatemala og Norge. Hovedfokuset er rettet mot betydningen av FPIC slik det følger av FNs erklæring om urfolks rettigheter¹ (UNDRIP) art. 19. Oppgaven tar sikte på å redegjøre for urfolkserklæringens rettslige og politiske betydning i de tre utvalgte nasjonalstatene. Formålet er å gi en bredere forståelse av erklæringens plass i den nasjonale og internasjonale urfolksretten, samt drøfte grunnlaget for noen rettspolitiske vurderinger av hvordan implementering kan gjennomføres. Sammenligningen foretas gjennom komparativ metode, med fokus på internrettslig gjennomføring av FPIC og rettskultur. Konkret problemstilling defineres i punkt 1.3.

UNDRIP ble vedtatt som resultat av et mangeårig internasjonalt samarbeid mellom FN-systemets ekspertgruppe for urfolk og representanter for ulike urfolksgrupper². Erklæringen har fått stor tilslutning til tross for at veien mot endelig vedtak var lang og utfordrende. Enkelte urfolksrettigheter i erklæringen ble ansett som for vidtgående av flere stater, noe som krevde omfattende og langvarige forhandlinger. Den 13. september 2007 stemte 144 stater for og fire imot. De resterende 11 avsto. Imidlertid har alle statene som stemte imot senere endret sitt standpunkt.³

FNs arbeid for urfolks kollektive rettigheter ble igangsatt i 1982 ved at FNs økonomiske og sosiale råd (ECOSOC) oppnevnte en egen arbeidsgruppe for urfolk⁴. Arbeidsgruppens mandat var å utarbeide et sett med minstestandarder for urfolks beskyttelse, i form av en erklæring. Særlig punkter om rett til selvbestemmelse og kontroll over tradisjonelle landområder med tilhørende naturressurser bidro til å bremse utarbeidelsen av UNDRIP.

Det var i særdeleshet de fire landene som innledningsvis stemte imot urfolkserklæringen som uttrykte bekymring vedrørende rettigheter av slik karakter – Canada, Australia, New

¹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13. desember 2007, heretter UNDRIP, (urfolks)erklæringen.

² Skogvang (2017) s. 116

³ Ravna (2019) s. 203

⁴ S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (2004) s. 63

Zealand og USA (CANZUS). Til felles hadde de sin historiske bakgrunn som settler-stater⁵ med stor andel urfolk. Det var dermed både politiske og rettslige konflikter tilknyttet eiendom, bruk og selvbestemmelse innenfor statlige rammer, som bidro til å hemme prosessens fremdrift.

UNDRIP er formelt sett ikke et bindende folkerettslig dokument. Det hersker imidlertid enighet om at urfolkserklæringen er av vesentlig betydning både på nasjonalt og internasjonalt nivå, særlig grunnet dens store oppslutning, og at den reflekterer folkerettslige prinsipper.

Dette har blitt bekreftet av norsk Høyesterett jf. avgjørelsen i HR-2018-456-P⁶.

Holdepunktene for at UNDRIP er et effektivt urfolksrettslig instrument er samlet sett sterke. Det er likevel grunnlag for å stille spørsmål om i hvilken grad statene har implementert erklæringen i nasjonal rett, især art. 19 om FPIC. Et svar på dette betinger at bestemmelsens innhold og ordlyd settes i sammenheng med nasjonal lovgivning, rettspraksis og øvrig internasjonal rett.

Temaet for oppgaven reiser som nevnt spørsmål om den rettslige betydningen av erklæringen, noe som videre er nært knyttet til den enkelte stats politiske prioriteringer. Sistnevnte er noe som vil prege resultatet av saker som berører urfolk. Likeledes vil etablering av egne urfolksinstitusjoner og nasjonal særlovgivning om urfolksrettigheter kreve politisk vilje og handlekraft. Sammenhengen mellom juridiske og politiske faktorer blir dermed sentral i oppgaven. Enkelte rettshistoriske redegjørelser vil foretas i forbindelse med begrepsavklaring og rettslig plassering av internasjonal urfolksrett.

Canada, Guatemala og Norge er gjenstand for komparasjon av implementering. De nevnte statene er valgt fordi de er stater med urfolk og urfolksterritorium, hvor urfolks rettigheter i møte med staten er et relevant tema med potensiale for juridiske og politiske konflikter.

Videre har disse statene benyttet seg av ulike måter å implementere internasjonal urfolksrett

⁵ Settler colonial states, eller "settlerkolonier" oppsto ved kolonimaktens utsendelse av settlers (nybyggere) til bestemte områder, med hensikt om at de skulle bosette seg der. Dette er en særskilt type kolonialisme som har blitt gjennomført ved utdrivelse av urfolk fra urfolksterritorium. Over tid etablerer settlersamfunnet seg og sin identitet, og oppnår uavhengighet. Se Trond Ove Tøllefsen, «settlerkoloni», Store Norske Leksikon, 21. februar 2019, <https://snl.no/settlerkoloni> (lest 22. desember 2020) og Adam Barker og Emma Battell Lowman, Global Social Theory, Settler Colonialism, <https://globalsocialtheory.org/concepts/settler-colonialism/> (lest 22. desember 2020)

⁶ HR-2018-456-P avs. 97: «FNs urfolkserklæring (UNDRIP), vedtatt på FN's generalforsamling i 2007, må anses som et sentralt dokument innenfor urfolksretten, blant annet som følge av at den reflekterer folkerettslige prinsipper på området og har fått støtte fra svært mange stater».

på, kanskje først og fremst på grunn av sine ulike rettskulturer- og tradisjoner. Til tross for at Canada ikke tilsluttet seg UNDRIP før i 2016 er dette en stat som startet arbeidet med konstitusjonelt beskyttede urfolksrettigheter på 1980-tallet, i likhet med Norge og Guatemala. Både Norge og Guatemala var tidlig ute med å tilslutte seg UNDRIP – imidlertid har det interne implementeringsarbeidet i etterkant sett svært ulikt ut. Guatemala skiller seg i denne sammenhengen fra Norge, som har markert seg som urfolksrettslig pådriver og foregangsstat. I Guatemala har det statlige styret uttrykt manglende politisk vilje til å oppfølge erklæringens forpliktelser. Disse signalene har blant annet blitt tydeliggjort gjennom påbegynte forhandlinger om implementering og særavtaler, som sjeldent har blitt gjennomført.

Årsakene til ulikheter mellom de tre statene er sammensatte. Dette er et av temaene som belyses nærmere i avhandlingens komparative del. Hvilke økonomiske, politiske og rettslige ressurser statene har til å gjennomføre konkrete tiltak er en relevant faktor i implementeringsarbeidet. Internasjonalt har Norge blitt anerkjent for sine urfolksrettslige bidrag. Det kan likevel hevdes at den norske staten ikke har vært like aktiv som forventet når det gjelder rettslig gjennomføring av urfolkserklæringen. Norge har for øvrig gjentatte ganger forsøkt å bistå Guatemala i prosessen med å utarbeide en lovfestet prosedyre for hvordan internasjonale urfolksforpliktelser bør innarbeides i nasjonal rett, uten hell.⁷ Utviklingen i Canada har til sammenligning vært lovende etter at landet sluttet seg forbeholdsløst til erklæringen i 2016. Den seneste utviklingen nasjonalt omhandler implementering av UNDRIP i sin helhet. Lovforslaget *Bill C-15 – United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*⁸ ble lagt frem av Canadas liberale parti i desember 2020.

Utover dette er det overordnede formålet med oppgavens komparative del å få frem nyansene i de tre statenes rettslige prosesser, samt deres rettskulturelle utgangspunkter.

⁷ Dette i forbindelse med Norges bidrag til fredsbygging i Guatemala som har pågått siden 1996. For nærmere om temaet, se Mariel Aguilar-Støen og Benedicte Bulls studie, En oversikt over de viktigste norske bidrag til fredsbygging i Guatemala 1996-2016, s. 12: Betydningen av Norges innsats og Rettslig rettferdighet og rettsstaten https://www.sum.uio.no/forskning/aktuelt/arrangementer/gjesteforelesninger-og-seminarer/2017/guatemala_norsk_web.pdf (lest 11. desember 2020)

⁸ For seneste utgave av lovforslaget per 10. mars 2021, se Parliament of Canada, Government Bill (House of Commons), Bill C-15, 3. desember 2020, <https://parl.ca/DocumentViewer/en/43-2/bill/C-15/first-reading> (lest 10. mars 2020)

1.2 Aktualitet

Statlige institusjoner har hatt omfattende problemer med å etablere legitime rettslige og politiske ordninger for urfolk. Regulering og gjennomføring av urfolks rettigheter er komplisert, blant annet grunnet ulike kulturer, rettsoppfatninger, religioner, forståelse av eierskap mm. Det er i seg selv påfallende at undertrykking av urfolk og problemer med legitimitetsopplutning fra både urfolk og storsamfunnet ofte er regelen, og ikke unntaket. Nesten alle verdens urfolk har vært utsatt for ekstrem diskriminering og brudd på grunnleggende rettigheter, gjennomført av staten og storsamfunnet de er en del av⁹.

Tradisjonelt urfolksterritorium har blitt gjennomgående utnyttet ved at både statlige og private aktører har igangsatt prosesser som har fått store konsekvenser for urfolks eiendom og levemåte, gjerne uten å oppfylle konsultasjonsplikt. Tradisjonelt jordbruk vil i næringssammenheng ikke kunne konkurrere med det kapitalistiske markedet. I de tilfellene statlige tiltak for økonomisk utvikling må anses som nødvendig, bør det stilles klare krav til urfolks rettslige beskyttelse. UNDRIP oppstiller minstestandarder og krav om at FPIC i slike tilfeller skal bli ivaretatt.

I situasjoner hvor urfolk tvangsfjernes fra sine landområder ser man at deres kulturelle forankring og språk går tapt. Dette vitner om en fortsatt utilstrekkelig anerkjennelse av deres selvbestemmelsesrett, hvor deltakelse i beslutningsprosesser og FPIC er ment å utgjøre et viktig ledd. UNDRIP er basert på ideen om at urfolk har menneskerettigheter på lik linje som andre. Både individuelle, men også kollektive. Selvbestemmelse utgjør videre et grunnprinsipp i folkeretten og tildeles stater, nasjoner og folk jf. FN-pakten¹⁰ art. 1.2, SP¹¹ og ØSK¹² sin felles art. 1 og UNDRIP art. 3 og 4¹³. Gjennom vedtakelsen av UNDRIP anerkjente

⁹ Den norske kirkes engasjement for urfolksrettighetene, urfolksrettigheter, s. 73, <https://kirken.no/globalassets/kirken.no/om-kirken/slik-styres-kirken/mellomkirkelig-rad/2020/013%20urfolksrettigheter.pdf> (lest 13. mai 2021)

¹⁰ Charter of the United Nations, 26. juni 1945 (ikrafttredelse 24. oktober 1945)

¹¹ International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (ikrafttredelse 23. mars 1976)

¹² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (ikrafttredelse 3. januar 1976)

¹³ Dette følger av GA Res. 1514 (XV) 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, at alle folk har rett til selvbestemmelse i avkoloniseringsprosessen. Ifølge GA Res. 2625 (XXV) 1970 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, skal det foreligge like rettigheter og selvbestemmelse for alle folk. Se Maria Lundbergs forelesninger i jus5710/jur1710 ved UiO 2. sep–14. nov 2014, Institutions and Procedures, The Right of Self-Determination – UN Procedures, Scope of the right to self-determination (1) og (2), side 3 og 4. [https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5710/h15/undervisningsmateriale-/jus5710-jur1710\(2-11\)-self-determination.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5710/h15/undervisningsmateriale-/jus5710-jur1710(2-11)-self-determination.pdf) (lest 17. desember 2020)

FNs generalforsamling urfolks status som folk. Dermed anerkjentes også deres rett til å fritt bestemme sin politiske stilling og å fremme sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling, jf. art. 3. I art. 4 heter det at urfolk i utøvelsen av selvbestemmelse har rett til autonomi eller selvstyre i saker som angår deres indre og lokale anliggender, samt til ordninger for finansiering av sine autonome funksjoner.

Omfanget av erklæringens rettslige og politiske betydning er omdiskutert og fortsatt under avklaring. Den befinner seg innenfor et rettsområde som de siste årene har vært preget av konflikt, men også positiv utvikling. Som et av de viktigste prinsippene for urfolks selvbestemmelse er FPIC jf. art. 19 sentral.

1.3 Problemstilling

Avhandlingens problemstilling er følgende:

- (i) Hvilken rettslig betydning har UNDRIP artikkel 19 om «free, prior and informed consent» internasjonalt?
- (ii) Hvordan er UNDRIP artikkel 19 implementert i Canada, Guatemala og Norge?

Ved siden av dette vil oppgaven drøfte sentrale rettslige og politiske spørsmål knyttet til erklæringen på et mer generelt grunnlag. I tillegg er det en målsetting å avklare i hvilken grad hensynene bak UNDRIP ivaretas til tross for at den formelt sett ikke kan ratifiseres.

1.4 Avgrensning

Avhandlingen har UNDRIP art.19 om «free, prior and informed consent» og implementering av denne bestemmelsen som tema. Statene skal ifølge art. 19 konsultere og samarbeide med urfolk gjennom deres egne representative institusjoner for å oppnå deres frie og informerte forhåndssamtykke før vedtak og gjennomføring av lover eller administrative tiltak som kan berøre dem.

De øvrige bestemmelser i erklæringen som omhandler FPIC vil kort redegjøres for underveis, til tross for at disse ikke inngår i oppgavens hovedproblemstilling. Nevnte bestemmelser innbefatter art. 10, 11, 28 og 32. Det vil belyses i hvilken grad FPIC jf. art. 19 har betydning,

både på egenhånd og sett i sammenheng med andre internasjonale og nasjonale rettsregler. Oppgaven avgrenses ved å ta utgangspunkt i implementering og komparasjon av canadisk, guatemalansk og norsk rett.

Hensikten er ikke å avklare erklæringens betydning i sin helhet. Oppgaven avgrenses mot å gi en overordnet redegjørelse for følgene av erklæringen gjennom en rettslig plassering. Et særlig aktuelt spørsmål i den forbindelse er om UNDRIP kodifiserer internasjonal sedvanerett. Det må videre tas forbehold om at relevante rettsavgjørelser og annen implementering i øvrige land blir omtalt i oppgaven grunnet dens folkerettslige karakter. Visse redegjørelser for urfolksrett gjennom historien er nødvendig for å si noe om erklæringens rettslige funksjon samt internrettslige grunnlag for implementering. Med hensyn til avgrensning vil retthistoriske redegjørelser i hovedsak omhandle tiden etter 1900.

1.5 Videre fremstilling

Avhandlingen har syv kapitler. Det første består av innledning med presentasjon av tema og bakgrunn for oppgaven. Deretter beskrives metodespørsmål og særskilte rettskilder for oppgaven i kapittel to. En overordnet presentasjon av norsk, canadisk og guatemalansk rettssystem følger i kapittel tre. I oppgavens fjerde kapittel vil det redegjøres for urfolkserklæringens historie, bakenforliggende formål og hensyn. Dette inkluderer begrepsavklaring, gjennomgang av relevante bestemmelsers innhold og oversikt over UNDRIPs funksjon som folkerettslig instrument. Kapittel fem omhandler implementering av FPIC i Norge, Canada og Guatemala. Det gjøres videre en komparativ, rettskulturell analyse av implementeringen i kapittel seks. Til sist følger avsluttende bemerkninger i form av oppsummering samt enkelte rettspolitiske betraktninger i kapittel syv.

2 Avhandlingens metode

2.1 Utgangspunkter

Oppgaven reiser særlige metodespørsmål fordi UNDRIP i utgangspunktet er en ikke-bindende erklæring vedtatt av FNs generalforsamling, og ikke en konvensjon åpen for forpliktende ratifikasjon. I motsetning til i nasjonale rettssystemer er ikke statene pålagt en direkte plikt til tvisteløsning i juridiske konflikter¹⁴. I den grad folkeretten vedtas og håndheves, gjøres dette

¹⁴ Regjeringen, Utenriksdepartementet, «Folkerett», 31. januar 2020, <https://www.regjeringen.no/tema/utenriksaker/folkerett/folkerett/id2076280/> (lest 12. oktober 2020)

gjennom internasjonale organer som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)¹⁵, Den internasjonale domstolen i Haag¹⁶, Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen¹⁷ og FNs menneskerettighetskomité¹⁸. Folkeretten bygger på suverene staters samtykke, noe som kommer tydelig til uttrykk gjennom FN-pakten. En folkerettslig utfordring er dermed at den internasjonale retten utvikler seg og blir til over tid. Utarbeidelsen av en regel krever enten langvarig praksis eller bred enighet blant statene, som danner grunnlaget for en avtale¹⁹.

Et særtrekk ved vurderingen av UNDRIP og andre FN-erklæringers rekkevidde er at politiske spørsmål ofte er med å påvirke gjennomslagskraften, nærmere bestemt i hvilken grad implementering finner sted. Som nevnt vil dermed politiske redegjørelser tidvis prege analysene i avhandlingen, ved siden av alminnelig juridisk metode jf. eksempelvis Eckhoff og Skoghøy. Eckhoffs *Rettskildelære* har gitt en sentral fremstilling av metodelæren siden sin første utgivelse i 1971. Den bygger på Høyesteretts praksis, hvor bestemte rettskildeprinsipper gir anvisning på hvilke kilder som er relevante for å besvare et rettsspørsmål. Det er i følge Eckhoff syv hovedgrupper av rettskildefaktorer²⁰.

Endring har preget rettskildebildet de siste tiårene, særlig med tanke på at Norge i økende grad har påtatt seg internasjonale forpliktelser. Skoghøy har utarbeidet en ny metodelære som enklere kan tilpasses slike problemstillinger. I *Rett og rettsanvendelse* trekker han hovedskiller mellom lovfestet og ulovfestet rett, privat og offentlig rett, samt pliktregler, kompetanseregler og kvalifikasjonsregler²¹. Rettskildene er videre inndelt i primære og sekundære, hvorav sistnevnte kategori betegner rettskilder som ikke i seg selv har rettsnormerende kraft²². Eksempelvis vil en traktat som er inkorporert i norsk rett ved lov være en autoritativ rettskilde. Skoghøys lære vil benyttes i de videre analysene i avhandlingen, da den kan anvendes mer presist på folkerettslige spørsmål. Ved siden av dette

¹⁵ European Court of Human Rights, etablert i 1959, permanent i 1998.

¹⁶ International Court of Justice, etablert ved FN-pakten 23. juni 1945

¹⁷ Inter-American Court of Justice, etablert 22. mai 1979. Utgjør det amerikanske systemet for beskyttelse av menneskerettigheter jf. The American Declaration of the Rights and Duties of Man, 2. mai 1948 ved siden av Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) etablert i 1959 og Organization of American States (OAS), 30. april 1948.

¹⁸ UN Human Rights Committee – organ for overvåking av gjennomføringen av SP

¹⁹ Ruud og Ulfstein (2018) s. 20

²⁰ I disse hovedgruppene inngår lovtekst, forarbeider, rettspraksis (nærmere bestemt domstolenes praksis), andre myndigheters praksis, privates praksis, rettsoppfatninger og reelle hensyn. Se Eckhoff (1997) s. 22-24, elektronisk utgave, https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2010042106043 (sett 2. januar 2020)

²¹ Skoghøy (2018) s. 28

²² *Ibid.*, s. 38

tas det metodisk utgangspunkt i særlig Ulfstein og Ruuds fremstillinger i *Folkerett* samt sentral urfolksrettslig juridisk teori²³. Utover dette anses det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de metodiske fremstillingene.²⁴

Folkerettslige dokumenter som UNDRIP vises ofte til under termen *soft law*. De har som alminnelig funksjon å oppstille målsettinger eller oppfordringer²⁵. *Hard law* er på den annen side formelt bindende juridiske dokumenter i form av lov, avtale eller konvensjon, som gir statene rettigheter og forpliktelser. ICJ-statuttene tillegger kategorien hard law høyest relevans. Mattias Åhrén stiller spørsmål ved om det er hensiktsmessig å kategorisere soft law som en mindre relevant rettskilde når det kan argumenteres for at slike kilder har en rettslig funksjon. Det kan være gjennom å bidra til tolkningen av hard law, eller å spille en rolle i den internasjonale rettsutviklingen²⁶. Om dette sier Ruud og Ulfstein at soft law (i form av resolusjoner) ikke er formelt rettslig bindende, men kan gi uttrykk for hva som anses å være bindende folkerettslig sedvanerett.²⁷ Sondringen mellom disse begrepene er interessant med henblikk på UNDRIP, fordi erklæringen oftest kategoriseres som soft law; likevel har de rettslige ettervirkningene av den vært mange. Diskusjonen om innholdet i soft law kommer ikke til å utgreies nærmere av hensyn til avgrensning. For klarhetens skyld legges det imidlertid til grunn i avhandlingen at til tross for at betegnelsen inkluderer politiske erklæringer og målsettinger, kan det ikke utelukkes at slike dokumenter i større eller mindre grad er med på å danne grunnlag for rettigheter eller forpliktelser.

Ulikheter i implementering av UNDRIP kommer til uttrykk gjennom nasjonal lovgivning og rettspraksis fra øverste domstol i den aktuelle staten. Avgjørelser fra internasjonale overvåkingsorganer vil også være relevant. De mest sentrale i avhandlingen er Den internasjonale domstolen (ICJ) og Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen (OAS). Ved siden av dette har urfolksretten sine særegne metodespørsmål. Disse vil belyses på nasjonalt nivå i problemstillingen som tar for seg implementering av art. 19. For å skape en forståelse av hvordan FPIC har blitt innarbeidet vil de nevnte statenes rettssystemer og deres

²³ Herunder særlig Anaya, Ravna, Skogvang og Åhrén.

²⁴ For mer omfattende lesning om dette tema vises det til Eckhoff, *Rettslære og Skoghøy, Rett og rettsanvendelse*. Se også Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*.

²⁵ Erklæringer er imidlertid ifølge Skogvang soft law med karakter av «moralisk og politisk forpliktelse» som likevel er rettslige argumentkilder og må vurderes ved løsning av rettslige spørsmål. Se Skogvang (2017) s. 95

²⁶ Åhrén (2016) s. 65

²⁷ Ruud og Ulfstein (2018) s. 26

rettskultur innledningsvis bli kort redegjort for. Hensikten med dette er å belyse statenes utgangspunkt for implementering.

Avhandlingen inneholder mine oversettelser fra spansk til norsk, og engelsk til norsk. Det må i den forbindelse tas forbehold om at oversettelsene ikke er offisielle, til tross for at ordlyden og meningsinnholdet er forsøkt gjengitt så korrekt som mulig.

Oppsummert vil erklæringens betydning tolkes i samsvar med andre rettskilder som er relevante i folkeretten, herunder internasjonal sedvanerett, traktater og erklæringer, alminnelige rettsprinsipper, jus cogens, rettspraksis og teori. Eksempler på implementering av UNDRIP i nasjonal rett hos FNs medlemsstater illustrerer erklæringens betydning i praksis, på nasjonalt nivå.

2.2 Folkerettslig metode

Ifølge Opsahl er folkeretten «de rettsregler som er bindende for statene i deres innbyrdes forhold, og bindende i forhold til FN og andre internasjonale rettssubjekter»²⁸. Særlig i Norge og Norden er det vanlig å betrakte folkeretten i samsvar med den dualistiske lære, som adskiller folkerett som rettssystem fra intern rett²⁹. Motsetningsvis vil en monistisk tilnærming anse folkeretten som del av intern rett uten at det er behov for inkorporering³⁰. Stater med dualistisk tilnærming vil ikke bygge rettsregler direkte på folkeretten, men inkorporere folkerettslige forpliktelser i nasjonal rett. I Norge har særlig EU-samarbeidet skapt et mindre skille mellom intern rett og folkerett. Dette gjennom EU-organenes kompetanse til å treffe lovvedtak som skal være direkte bindende for borgerne i medlemslandene samt virksomheten til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).³¹ Utviklingen tyder på at folkerettslige regler blir stadig mer innarbeidet i statenes nasjonale lovgivning grunnet nødvendig internasjonalt samarbeid og statenes felles mål. Dette trekker i retning av at linjene mellom intern og internasjonal rett potensielt vil utviskes ytterligere i fremtiden.

²⁸ Ruud og Ulfstein (2018) s. 18 med videre henvisning til Opsahl, *Atomspørsmålet – folkerettens oppgave?*, Statsmakt og menneskerett bind 2 (1995) s. 385

²⁹ Ruud og Ulfstein, (2018) s. 55, se også Knut Einar Skodvin, «dualisme (jus)», Store Norske Leksikon, 8. februar 2021, https://snl.no/dualisme_-_jus (lest 10. mars 2021)

³⁰ I forbindelse med monisme skriver Ruud og Ulfstein (2018) s. 55 at det er «fullt mulig, iallfall teoretisk, å se folkeretten og de enkelte lands interne rett som deler av et større, universelt rettssystem».

³¹ *Ibid.*, s. 56

I følge Ruud og Ulfstein hersker det likevel enighet om at den dualistiske lære gir det mest korrekte bildet av forholdet mellom folkeretten og norsk rett i dag³². Som konsekvens er hovedregelen at norsk rett gis forrang dersom den skulle komme i konflikt med folkeretten. Konflikt kan i slike tilfeller modifieres eller unngås gjennom enten å:

- a) gjøre folkerett til norsk rett gjennom transformasjon eller inkorporasjon eller
- b) anvende presumsjonsprinsippet, som går ut på at norsk rett skal formodes å være i samsvar med folkeretten og tolkes deretter.

Rekkevidden av presumsjonsprinsippet er ikke fastsatt. Generelt kan man ifølge Ruud og Ulfstein anta at domstolene vil strekke seg langt for å unngå at konflikt oppstår, da enhver rettsanvendelse i strid med folkeretten representerer et folkerettsbrudd.³³ Gjennom statuettene for ICJ³⁴ gis et alminnelig uttrykk for de relevante rettskildene i folkeretten. Statuettene er formelt kun bindende for rettsanvendelsen til ICJ, men anses generelt som sentrale i tolkningen av all internasjonal rett³⁵. Det følger av art. 38.1 at a) internasjonale konvensjoner, b) internasjonal sedvanerett og c) alminnelige rettsprinsipper fungerer som selvstendige rettskilder. Bokstav d tillegger også rettspraksis og teori vekt. Sistnevnte vil riktignok kun være en relevant tolkningsfaktor på områder hvor andre selvstendige rettskilder ikke foreligger.

Det er videre anerkjent av verdenssamfunnet at jus cogens representerer grunnleggende, høyerestående sedvanerettsregler som ikke kan fravikes (til tross for at art. 38.1 ikke refererer eksplisitt til dette). Hvilke regler dette innebærer hersker det ikke alltid enighet om. Imidlertid er forbud mot rasediskriminering, folkemord og slaveri eksempler på regler med slik «høyere trinnhøyde», som det foreligger enighet om. Likeledes fastsetter FN-pakten i art. 103 at pakten skal gå foran andre internasjonale forpliktelser medlemslandene måtte ha.³⁶ Når en sedvanerettsregel blir jus cogens foreligger gjerne også *opinio juris* – troen på at en handling ble utført som en juridisk forpliktelse. Det anses videre tilstrekkelig at en klar majoritet av

³² Ruud og Ulfstein (2018) s. 55

³³ *Ibid.*, s. 68

³⁴ Statute of the International Court of Justice, vedtatt gjennom FN-pakten 1945

³⁵ Ruud og Ulfstein (2018) s. 71

³⁶ *Ibid.*, s. 73

statene, og ikke nødvendigvis alle, betrakter en sedvanerettsregel som jus cogens for at den skal oppnå slik status.³⁷

Om rettskildestatusen til traktater som verken er inkorporert eller transformert i norsk rett sier Skoghøy at traktatens autorisasjon som rettskilde utelukkende må bygge på traktatkompetansen:

Etter Grunnloven § 26 første ledd ligger kompetansen til å inngå traktater med fremmede stater som utgangspunkt til regjeringen (Kongen i statsråd). Traktater «om saker av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning», blir imidlertid etter § 26 andre ledd «først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil».³⁸

Dette innebærer at presumsjonsprinsippet også må gjelde de forpliktelser som følger av internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert, men ikke inkorporert. Konvensjoner med karakter av menneskerettslig innhold har særlig sterk gjennomslagskraft ifølge Skoghøy. Han trekker frem ILO konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater³⁹ (ILO 169), jf. Grl. § 92 som eksempel.⁴⁰ Vedrørende traktattolkning oppstiller folkerettslig juridisk metode bestemte prinsipper som følger av Wien-konvensjonen⁴¹, art. 31-32.⁴² Det heter jf. hovedregelen i art. 31 nr. 1:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

Tolkingen skal således foretas i god tro⁴³, og være i tråd med traktattekstens ordlyd, gjenstand og formål. Ordlyden eller deler av den kan gis en spesiell betydning dersom det foreligger en etablert enighet om dette mellom partene jf. art.31 nr. 4. Det åpnes i art. 32 for at traktatens forarbeider kan være supplerende tolkningsfaktorer ved tvetydighet eller åpenbart

³⁷ Åhrén (2016) s. 58-59

³⁸ Skoghøy (2018) s. 83

³⁹ ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples, 27. juni 1989 (ikrafttredelse 5. september 1991)

⁴⁰ Skoghøy (2018) s. 86

⁴¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969

⁴² Skogvang (2017) s. 50

⁴³ Jf. god tro slik det også følger av art. 26: “Pacta sunt servanda – Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”. Se Ulfstein og Ruud (2018) s. 86

urimelig resultat. Generelt er forarbeider likefullt tillagt lite vekt i folkeretten da de sjeldent er omfattende. Det heter i art. 33 at konvensjonene ofte utarbeides på flere språk, og at disse har samme autoritet. Ved motstrid skal den offisielle versjonen gå foran.⁴⁴

Oppsummert kan det konstateres at avtale og praksis som danner grunnlag for sedvane er de vanligste rettskildene i folkeretten. De menneskerettslige delene av folkeretten og jus cogens har generelt sterkere gjennomslagskraft. Videre oppleves folkeretten ifølge Ruud og Ulfstein som bindende for statene og respekteres i de fleste områder, til tross for at håndhevelsesapparatet er noe svakt sammenlignet med de nasjonale. Ruud og Ulfstein peker på at folkeretten oftere blir brutt i politiserte områder, men at slike brudd på ingen måte er hovedregelen.⁴⁵ I den forbindelse er det likevel nærliggende å betrakte statenes følelse av forpliktelse til folkeretten som relativ. Stater som er svakt demokratisk utrustet vil eksempelvis være mer tilbøyelig til å begå folkerettslige brudd. Disse bruddene kan være utfordrende for det internasjonale samfunnet å avdekke og sanksjonere i henhold til folkerettslige standarder.

2.3 Komparativ metode

Komparativ rett er sammenlignende rettsvitenskap. Prosessen leder til en systematisk studie av bestemte rettstradisjoner og rettsregler, med komparasjon som mål.⁴⁶ Flerfoldige sammenligninger vil i praksis kunne gjøres med ulike kombinasjoner av rett og rettssystem som objekt. Det er naturlig at valg av fremgangsmåte og metode vil variere avhengig av problemstilling. Studier av komparativ rett er således ofte begrenset til et bestemt spørsmål, og noen få land⁴⁷. Målet er å beskrive likheter og ulikheter og gjøre rede for årsakene til og følgene av disse⁴⁸. Tradisjonelt har det blitt oppstilt visse utgangspunkter for rettslig sammenligning som fortsatt er relevante i dag og kan oppsummeres slik⁴⁹:

⁴⁴ Skogvang (2017) s. 51

⁴⁵ Ruud og Ulfstein (2018) s. 21

⁴⁶ Zweigert (1998) s. 3

⁴⁷ Bogdan (2012) s. 6

⁴⁸ Jon Gisle, «komparativ rett», Store Norske Leksikon, 24. januar 2019, se https://snl.no/komparativ_rett (lest 22. januar 2021)

⁴⁹ De Cruz (2007) s. 7-8 med videre henvisning til Hug, The History of Comparative Law.

Enkelte hevder at det er komplisert å definere komparativ rett nettopp fordi forestillingene om hva den innebærer er mange og ulike. Disse alternativene representerer dermed ikke spesifikke rammer for komparativ metode, men viser til relevante faktorer som kan eller bør tas i betraktning, se Bogdan (2013) s. 5

- a) Sammenligning av utenlandsk og internrettslig system med formål om å avdekke likheter og ulikheter
- b) Objektiv og systematisk analyse av løsninger bestemte systemer åpner for, i relasjon til en bestemt juridisk problemstilling
- c) Studier som undersøker årsakssammenhengen for rettssystemers ulikheter
- d) Studier som sammenligner rettssystemers forskjellige faser
- e) Studier som søker å utforske rettslig utvikling generelt, i forhold til perioder og systemer (Egen oversettelse)

To overordnede former for komparasjon kan trekkes frem med utgangspunkt i oversikten. Den ene (jf. bokstav a og b) sammenligner rent juridiske faktorer som regler, system og rettsinstitutter. Av dette finner man frem til klare likheter og ulikheter. Slik komparativ kunnskap bidrar i følge Michalsen til økt forståelse av et rettsspørsmål, og kan gi materiale for rettspolitikk. Dette utgjør den alminnelige formen for komparativ rettslig metode. Riktignok skaper ikke en rent juridisk regelsammenligning en dypere forståelse av sammenhengen reglene inngår i, noe som bringer en videre til den andre komparasjonsformen (jf. bokstav c, d og e) som inkluderer historie, samfunn og kultur.⁵⁰ Slike sammenligninger er rettskulturelle, og har blitt et viktig hjelpemiddel for den rettskomparative forskningen siden 1990-tallet⁵¹.

Sundes metode vil benyttes for å belyse avhandlingens komparative problemstilling fra et rettskulturelt perspektiv⁵². Han hevder at en rettskultur dannes med grunnlag i observasjoner av handlinger som gjøres i et samfunn. Slike handlinger bygger gjerne på delte forestillinger innad i samfunnet om hva som er rett, og aktualiseres ofte av en myndighet. At rett er et «myndighetsinstrument» knytter det tettere opp mot makt enn andre kulturelementer. Det skaper også institusjonalisering i samfunnet. Autoriteter håndhever gjennom en slik struktur det som til enhver tid anses som lov eller normer. For å tydeliggjøre forskjellen på rettskultur og rettssystem peker Sunde på at rettskultur innebærer ubevisste, delte forestillinger om hva som er rett, noe som utgjør intellektuelle elementer for komparasjon. Et rettssystem er på den andre siden en bevisst institusjonell konstruksjon av rett. Denne todelte strukturen tilsier at man ikke kan forstå en rettskultur kun ved å se på dens materielle rett eller rettslige

⁵⁰ Michalsen, *Komparativ metode og rettslig internasjonalisering*, Lov og Rett, vol 46, 7, (2007) s. 386

⁵¹ Innføring i komparativ rett, Begrepet rettskultur, s. 19 i presentasjon fra forelesning holdt på Det juridiske fakultet i Tromsø, 2. mars 2020 av professor Søren Koch

⁵² Sunde (2017) s. 20

institusjoner – det må snarere søkes å forstå hvordan retten utøves i en rettskulturell ramme, herunder bakgrunnen for hvordan rett blir produsert og anvendt.

Tuoris modell kan benyttes i rettskulturelle sammenligninger for å betrakte retten fra et tredelt perspektiv: Et overflatenivå, et midtnivå og et dypt nivå. Kultur og rettskultur er både statisk og dynamisk: Praksisen endrer seg ofte på overflaten, men sjeldent på midtnivå eller grunnivå. Sistnevnte representerer selve kjernen og grunntankene i retten. Med utgangspunkt i modellen kan man eksempelvis konstatere at internasjonal rett har hatt konstante og varige endringer i praksis og normer på overflatenivå siden midten av 1900-tallet. Disse endringene har med tiden endret oppfatningene som befinner seg på de to dypere nivåene, hvor man finner de grunnleggende forestillingene folkeretten bygger på. Samspillet mellom disse lagene kan gi en forståelse av endring i rettskultur over tid, i takt med andre kulturelle endringer.⁵³

Kommunikasjon er samtidig en viktig del av å skape og opprettholde en rettskultur. Dette er likeledes sentralt i avhandlingen, da fokuset i den komparative delen vil være rettet mot samspillet mellom internasjonal-, nasjonal- og urfolks rettskultur. Som eksemplifisert av Sunde har samene egen rettskultur basert på sine egne kommunikasjonsmønstre, innenfor sitt eget samfunn.⁵⁴ Samtidig har de i svært lang tid interagert med norske, svenske og russiske samfunn, og blitt påvirket av rettskulturen som kommuniseres derfra. På samme måte er canadisk rettskultur særlig preget av den britiske, og guatemalansk særlig av den spanske. Det er heller ikke utelukket at guatemalansk rettskultur har blitt påvirket av mayaenes rettssystem, som ble etablert lenge før koloniseringen.

Sundes modell for å analysere en rettskultur som helhet består av seks hovedpunkter:

Konfliktløsning, produksjon av normer, idéer om rettferdighet, juridisk metode, profesjonalisering og internasjonalisering. I korte trekk kan modellen forklares ved at den mest grunnleggende institusjonen i et samfunn er et maktorgan som løser konflikter (1). Som resultat av denne konfliktløsningen produseres normer(2). I en korrumpert stat hvor befolkningen har en svak rettsfølelse vil på den andre siden normproduksjonens effekt svekkes, og den ubevisste forestillingen om rettferdighet (3) vil sannsynligvis ikke være delt. Idéer om rettferdighet følger gjerne av bruken av juridisk metode (4). Den representerer profesjonalisering, fordi spesielle kriterier forutsettes for å kunne anvende rett – eksempelvis

⁵³ Sunde (2017) s. 16-17

⁵⁴ *Ibid.*, s. 19

juridisk utdanning eller praksis (5). Punktet om internasjonalisering representerer alle typer rettslig påvirkning av juridisk materiale som produseres utenfor jurisdiksjonelle grenser (6).⁵⁵

Avhandlingens komparative analyse består av to deler. I kapittel 6.2 sammenlignes internrettslig implementering av FPIC jf. alminnelig komparativ metode. En slik form tar utgangspunkt i en rent juridisk synsvinkel hvor det søkes å avdekke likheter og ulikheter, i dette tilfellet i metoder for implementering av UNDRIP art. 19. Sammenligningen utføres med lov og rettspraksis som utgangspunkt. Kapittel 6.3 sammenlignes statenes rettskulturelle grunnlag for implementering gjennom komparative analyser basert på Sundes modell. Det vil redegjøres for hvordan nasjonale maktorganer utøver sin myndighet i forhold til implementering av FPIC. Dernest følger en sammenligning av rettsfølelse innad i statene, et element som påvirker normproduksjonens effekt.

3 Presentasjon av de enkelte lands rettssystem

3.1 Særlig om norsk rett

Norge er en enhetsstat med jurisdiksjon basert på et sivil- og strafferettslig system. Staten er organisert i et konstitusjonelt monarki med parlamentarisme⁵⁶. Konstitusjonen består av Kongeriket Norges Grunnlov fra 1814 og de deler av den forfatningsrettslige praksis som danner konstitusjonell sedvanerett⁵⁷. Sentrale fundament for Grunnloven er folkesuverenitetsprinsippet⁵⁸ og maktfordelingsprinsippet⁵⁹. Sistnevnte fordeler den

⁵⁵ Sunde (2017) s. 23

⁵⁶ Dag Einar Thorsen, «Norges politiske system», Store Norske Leksikon, 29. april 2020, https://snl.no/Norges_politiske_system (lest 27. februar 2021)

⁵⁷ Konstitusjonell sedvanerett – forfatningsrettslig sedvane – spilte en stor rolle i tiden som fulgte overgangen til parlamentarisme etter 1884 fordi det ikke ble foretatt noen endringer i Grunnloven. Dette spiller imidlertid ikke noen stor praktisk rolle i dag ifølge Gisle og Holmøyvik, da de fremste eksemplene på konstitusjonell sedvanerett (f. eks. regjeringens og statsråders plikt til å gå av ved mistillitsvedtak) ble grunnlovsfestet mellom 2007 og 2015. Se Jon Giske og Erik Holmøyvik, «konstitusjonell sedvanerett», Store Norske Leksikon, 19. mars 2018, https://snl.no/konstitusjonell_sedvanerett (lest 13. januar 2021)

⁵⁸ Folkesuverenitet/folkesuverenitetsprinsippet er en statsfilosofisk lære om at all legitim myndighet stammer fra folket selv, som vanligvis utøver sin makt gjennom valgte representanter. En stat vil f.eks. gjennom valg ha blitt tildelt myndighet til å vedta lover som setter grenser for den enkelte borgers frihet. Statens makt utgår dermed fra folket. Se Folk og Forsvar, Leksikon, Folkesuverenitetsprinsippet <https://www.folkogforsvar.no/om-oss/folk-og-forsvar/> (lest 13. januar 2021) og Stortinget, ordbok, «folkesuverenitet» <https://stortinget.no/no/Stottemeny/Ordbok/?wid=128> (lest 13. januar 2021)

⁵⁹ Maktfordeling/maktfordelingsprinsippet er et politisk-juridisk prinsipp som går ut på at statsmakten skal fordeles på tre uavhengige institusjoner. Se Ole T. Berg, «maktfordelingsprinsippet», Store Norske Leksikon 31. desember 2019, <https://snl.no/maktfordelingsprinsippet> (lest 27. januar 2021)

lovgivende, utøvende og dømmende makt mellom henholdsvis Stortinget, Kongen i regjering og domstolene.

De alminnelige domstolene i Norge er:

- i. Høyesterett – siste instans
- ii. Lagmannsretten – andre instans
- iii. Tingretten – første instans

Domstolene dømmer i både sivilrettslige og strafferettslige saker. Enkelte særdomstoler har spesielt avgrenset kompetanse, eksempelvis jordskifterettene. De behandler saker knyttet til eiendom jf. lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av egedoms- og rettsløve på fast eiendom m.m. (jordskifteloven). Jordskifterettsavgjørelser kan ankes videre til lagmannsretten og Høyesterett.⁶⁰ Andre eksempler på særdomstoler er arbeidsretten og utmarksdomstolen for Finnmark. Sistnevnte er et ledd i prosessen med å kartlegge rettigheter til grunnen Finnmarkseiendommen (FeFo)⁶¹ overtok 1. juli 2006. Den behandler tvister som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen⁶² har utredet omfanget og innholdet av de rettighetene samer og andre har (på grunnlag av hevd eller alders tids bruk) til land og vann innen et spesifikt felt valgt av kommisjonen, jf. Finnmarksloven § 5 tredje ledd og § 30 første ledd. Forlikrådet er det første leddet i rettssystemet for sivile saker, og fungerer som meklingsinstitusjon med begrenset domsmyndighet⁶³. Det har som hovedoppgave å legge til rette for løsning av sivilrettslige saker gjennom mekling eller dom, før sakene eventuelt går videre til tingretten⁶⁴.

⁶⁰ Norges Domstoler, Rettsinstanser, <https://www.domstol.no/meddommere/slik-fungerer-rettssystemet/rettsinstanser/> (lest 27. februar 2021)

⁶¹ Finnmarkseiendommen Finnmarkkuopmodat (FeFo) er et eget rettssubjekt med sete i Finnmark som skal forvalte grunn og naturressurser mv. som den eier i samsvar med lovens formål jf. finnmarksloven § 6. FeFo forvalter 95% av grunnen i Finnmark. Se FeFo, Om Fefo, Hvem er vi?, <https://www.fefo.no/om-fefo/> (lest 15. mars 2021)

⁶² Oppnevnt av kongen i statsråd 14. mars 2008 med oppgave om å kartlegge eksisterende bruks- og eierrettigheter som folk i Finnmark har ervervet på grunnlag av langvarig bruk. Se Norges Domstoler, Finnmarkskommisjonen, Om kommisjonen, <https://www.domstol.no/finnmarkskommisjonen/om-kommisjonen/> (lest 15. mars 2021) og Regjeringen Stoltenberg II, Justis- og politidepartementet, pressemelding: «Finnmarkskommisjonen er oppnevnt», 14. mars 2008 <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/jd/Nyheter-og-pressemeldinger/pressemeldinger/2008/finnmarkskommisjonen-er-oppnevnt/id504106/> (lest 15. mars 2021)

⁶³ Norges Domstoler, Om domstolene, Særdomstoler og andre organer, Forlikrådet, <https://www.domstol.no/om-domstolene/domstollignende-organer/Forlikrådet/> (lest 27. februar 2021)

⁶⁴ Regjeringen, Justis- og beredskapsdepartementet, Om forlikrådet, 27. april 2021, <https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/innsikt/om-forlikrådet/id2537837/> (lest 13. mai 2021)

3.1.1 Samerett

Samene er Norges urfolk. Det finnes ifølge regjeringen ingen offisiell registrering av andelen samer i befolkningen. Derav eksisterer ikke et sikkert tall på hvor mange samer som er bosatt i Norge. Imidlertid ser man en jevn økning i Sametingets valgmanntall, som i 2017 hadde 16 958 registrerte personer. Etter lov 12. juni 1987 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven) § 2-6 kan alle som avgir erklæring om at de oppfatter seg selv som same, og som enten a) har samisk som hjemmespråk, eller b) har eller har hatt forelder, besteforelder eller oldeforelder med samisk som hjemmespråk, eller c) er barn av en person som står eller har stått i Sametingets valgmanntall, kreve seg innført. Forklaringen på den jevne økningen i samemantallet har sammenheng med fornorskingspolitikken som ble ført av norske myndigheter i tiden mellom 1850 og 1980 med hensikt om å assimilere samene i majoritetssamfunnet. Fornorskningen undertrykte alle former for samisk samfunnsliv. Som konsekvens av den omfattende diskrimineringen dette medførte avtok utøvelsen av samisk språk og kultur. Fornorskingsprosessen er dermed grunnen til at vilkårene om samisk tilknytning går flere slektsledd tilbake.⁶⁵

Sametinget er samenes eget folkevalgte parlament. Det fungerer som selvstendig organ, og ble opprettet i 1989 på bakgrunn av Samerettsutvalgets utredninger etter Alta-saken⁶⁶.

Utvalget ble oppnevnt av regjeringen 10. oktober 1980 for å utrede samiske kulturelle og politiske rettigheter. Utredningen i NOU 1984:18 hadde som grunnsyn at det var nødvendig å fremme samisk rett til kultur og likeverd. I den forbindelse ble det blant annet foreslått å innlemme en bestemmelse om samenes rettsstilling i Grunnloven. Som resultat ble Grunnloven § 108 (tidligere 110a) vedtatt 21. april 1988⁶⁷.

⁶⁵ Skogvang (2017) s. 207

⁶⁶ Politisk konflikt mellom 1968 og 1982 som omhandlet statens planlagte utbygging av Alta/Kautokeinovassdraget og konsekvensene dette ville medføre, spesielt for samisk reindrift og områdets særegne natur. Konflikten engasjerte både samer, lokalsamfunn og miljøverninteresserte. Disse dannet i 1978 *Folkeaksjonen mot utbygging av Alta/Kautokeinovassdraget*, som fremmet sin protest gjennom virkemidler som demonstrasjoner, underskriftskampanjer, sivil ulydighet og sultestreik. Utbyggingssaken ble til slutt behandlet av Høyesterett i plenum, hvor vedtaket om statsregulering av Altavassdraget ble kjent gyldig. Likevel markerte saken et tidsskille og begynnelsen på «den nye sameretten». Det fremsto et klart behov for lovendring og et nytt representasjonsorgan for samene. Se Rt. 1982 s. 241 P, Mikkel Berg-Nordlie og Knut Are Tvedt, «Alta-saken», Store Norske Leksikon, 5. august 2019, <https://snl.no/Alta-saken> (lest 15. mars 2021) og Norges domstoler, Foredrag om Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis v. Høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen, 8. februar 2017, s. 4-5 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/samerett-i-hoyesterett--bardsen-080217.pdf> (lest 15. mars 2021)

⁶⁷ Tidl. GrL. § 110 a, flyttet til § 108 ved grunnlovsrevisjonen i 2014. Bestemmelsen pålegger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv.

Sametinget styres etter det parlamentariske prinsipp og er et demokratisk instrument for samisk selvbestemmelse. Det følger av sameloven § 1-1 at lovens formål er å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe i Norge kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv. Videre er Sametingets arbeidsområde jf. § 2-1 alle saker som etter tingets oppfatning særlig berører den samiske folkegruppe. Stemmerett ved valg til Sametinget har alle med stemmerett i kommunestyrevalg jf. valgloven § 2-2, som på valgdagen står innført i Sametingets valgmannfall jf. sameloven § 2-6.

Samerett utgjør en egen rettsdisiplin i norsk rett og omhandler rettslige spørsmål som spesielt angår samer. Dette omfatter ifølge Skogvang også «de deler av norsk rett hvor den kulturelle eller språklige forskjellen mellom den samiske folkegruppe og den norske befolkning innebærer at rettsreglene fungerer forskjellig», hvilket ifølge Skogvang tilsier at all norsk rett i prinsippet kan være samerett⁶⁸. Hun beskriver samerett og samenes rettsstilling som tverrfaglig, sammensatt og dynamisk⁶⁹. Dette er på grunn av fagets behandling av tema som kan gå på tvers av de tradisjonelle rettsområder, og som reiser tverrfaglige problemstillinger. Tema for disse kan være både offentligrettslig og privatrettslig.

Samtidig er folkeretten ofte sentral ved siden av intern rett i løsningen av samerettslige spørsmål.⁷⁰ Dette følger blant annet av Norges internasjonale urfolksrettslige forpliktelser jf. FNs menneskerettighetserklæring⁷¹, ILO 169 og UNDRIP. Allerede nevnte historiske årsaker som fornorskingspolitikk og manglende anerkjennelse av samenes kultur og rettigheter, har bidratt til at norsk rett ikke alltid tar hensyn til den samiske rettstradisjonen eller tillegger den betydning i lovtolkningen. Et steg mot endring i denne praksisen kom med Selbu-dommen i Rt. 2001 s. 769, avsagt i plenum. Dommen fremla nye anvisninger for hvordan same- og reindriftsrettslige spørsmål skal besvares⁷².

3.2 Særlig om canadisk rett

Canada er en føderal stat med tradisjoner fra common law. Etter sjuårskrigen (1756-1763) og den britiske overtakelsen av det fransk-koloniserte Canada har særlig britisk rettskultur preget

⁶⁸ Susann Funderud Skogvang, «samerett», Store Norske Leksikon 27. april 2021, <https://snl.no/samerett> (lest 13. mai 2021)

⁶⁹ Skogvang (2017) s. 32

⁷⁰ Susann Funderud Skogvang, «samerett», Store Norske Leksikon 27. april 2021, <https://snl.no/samerett> (lest 13. mai 2021)

⁷¹ Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948

⁷² Ravna (2019) s. 136

samtidens lovgivning og rettssystem. Landets formelle statsoverhode, den britiske monark, sitter med den utøvende makt og er de facto representert ved en generalguvernør på føderalt nivå samt en viseguvernør tilhørende hver provins⁷³. Den reelle makten utøves av forbundsparlamentet med to kamre, overhuset (senatet med 105 medlemmer) og underhuset (House of Commons med 338 medlemmer)⁷⁴. Canadisk rett bærer således tydelig preg av sin fortid som koloni under det britiske imperiet med common law som fundament. Som i Storbritannia er statsforfatningen en blanding av formelle lover og uskreven sedvanerett. Innholdet i grunnloven, *Constitution Act 1867-1982*, har fem hovedtrekk: parlamentarisk demokrati, føderalisme, individuelle og kollektive rettigheter, urfolksrett og prinsippet om konstitusjonalisme; som innebærer at konstitusjonen er den høyeste lov, og at all statlig myndighetsutøvelse må overholde grunnloven⁷⁵. Organiseringen av domstolene er nedfelt i Constitution Act 1867 som fordeler makt mellom den føderale regjeringen og provinsregjeringene. De sistnevnte er gitt jurisdiksjon gjennom lovens seksjon 92.

Jurisdiksjonen omfatter imidlertid ikke utnevnelsen av dommere for samtlige domstoler – fullmakten til å utnevne dommere ved overordnede domstoler i provinsene gis til den føderale regjeringen⁷⁶. Myndighet over overordnede domstoler i hver provins deles dermed mellom provinsielle og føderale myndigheter. Dette ved at førstnevnte har jurisdiksjon over grunnloven samt organisering av domstolene, mens den føderale regjeringen har myndighet til å utnevne dommere. En slik todelt jurisdiksjon pålegger de føderale og provinsielle myndighetene å samarbeide i utøvelsen av sine respektive myndigheter, for å sikre domstolenes funksjon og effektivitet.⁷⁷ Den føderale regjeringen har likeledes myndighet over, og utnevner dommere til canadisk høyesterett, den føderale ankedomstolen, forbundsretten og Canadas skatterettslige domstol. Strukturen mellom disse er firetrinnet:

- i. Høyesterett, siste instans
- ii. Den føderale ankedomstolen og de provinsielle ankedomstolene

⁷³ Ole T. Berg, «Canadas politiske system», Store Norske Leksikon, 5. mars 2021, https://snl.no/Canadas_politiske_system (lest 13. mai 2021)

⁷⁴ Nils Petter Thuesen, «Canada», Store Norske Leksikon, 1. desember 2020, <https://snl.no/Canada> (lest 13. mai 2021)

⁷⁵ Macklem og Rogerson (2017) s. 4

⁷⁶ The Constitution Act, 1867 VII. JUDICATURE, 96, Appointment of Judges

⁷⁷ Supreme Court of Canada, The Canadian Judicial System, The Constitutional Framework, 15. februar 2018, <https://www.scc-csc.ca/court-cour/sys-eng.aspx> (lest 12. oktober 2020)

- iii. Den føderale domstolen, Canadas skatterettslige domstol og de overordnede provinsielle og territoriale domstoler med generell jurisdiksjon
- iv. De provinsielle (administrative) domstoler, første instans

Et særtrekk ved høyesterett er at den behandler anker fra både den føderale lagmannsretten og de provinsielle lagmannsrettene. Dette gjør den til en nasjonal og ikke kun føderal domstol i siste instans, i motsetning til i nabolandet USA hvor *U. S. Supreme Court* er domstol i siste instans på føderalt nivå og det etableres egne lover og domstoler innad i statene. Samspillet i det canadiske rettssystemet er komplekst og ofte gjenstand for politisk splittelse, spesielt grunnet forholdet mellom føderale og provinsielle myndigheter. Canadisk høyesterett har en mer vidstrakt og jurisdiksjon enn den i USA på bakgrunn av at den også dekker provinsene.

3.2.1 Aboriginal Title

Ifølge Canadas nasjonale statistikkbyrå⁷⁸ identifiserte 1 673 785 personer i Canada seg som urfolk per 2016⁷⁹, et antall som utgjør 4,9 prosent av befolkningen. Landets urfolk består av tre overordnede grupper: First Nations (opprinnelige nasjoner), inuitter og métiser. Fra begynnelsen av 1800-tallet ble arbeidet for å skape et common law-fundament for de nevnte urfolksgruppens rettigheter igangsatt. Deres rettslige stilling forble imidlertid uklar over lengre tid. Den daværende lovgivningen lyktes eksempelvis ikke med å avklare rettslige spørsmål med urfolk som parter, og forholdet mellom urfolk og staten. I et forsøk på å endre denne utviklingen ble kapitlet *Rights of the Aboriginal Peoples of Canada* innlemmet i Constitution Act 1982 del II.⁸⁰

Kapitlet innleder i Section 35 (1) med å anerkjenne og bekrefte eksisterende urfolksrettigheter og traktatrettigheter. En utfordring med denne ordlyden var imidlertid at det fortsatt hersket uklarhet rundt hvilke eksisterende rettigheter urfolk faktisk hadde, og hvilke spesifikke rettigheter bestemmelsen skulle ivareta. Etter flere resultatløse forsøk på å definere urfolksrettighetene gjennom nasjonale forhandlinger og mandater ble oppgaven tilkjent høyesterett⁸¹. Domstolene tok dernest stilling til hvilke traktat- eller særrettigheter som skulle

⁷⁸ Canada's National Statistical Agency – Statistics Canada

⁷⁹ Government of Canada, Statistics Canada, Statistics on Indigenous peoples, 5. oktober 2020, https://www.statcan.gc.ca/eng/subjects-start/indigenous_peoples%20 (lest 21. oktober 2020), hvorav First Nations: 977 230, métis: 587 545 og inuit 65 025 – totalt 1 673 785.

⁸⁰ Macklem og Rogerson (2017) s. 535-536

⁸¹ Ibid., s. 536

gjøre seg gjeldende for urfolk i ulike typetilfeller. Dermed har canadisk urfolksrettslig utvikling funnet sted gjennom generelle rettsregler eller rettssetninger utsagt av høyesterett, basert på grunnlovstolkning. I punkt 35 (2) defineres hvem som er «Aboriginal peoples of Canada». Definisjonen inkluderer «the Indian, Inuit and Métis peoples». Til tross for at Columbus-begrepet «indian» ofte erstattes med First Nations i dag, vedholdes det som en betegnelse med rettslig relevans i grunnloven. Bakgrunnen er tilknytningen enkelte urfolk har til *the Indian Act* fra 1876, det første dokumentet som definerte rettslige forhold mellom Canada og de 614 opprinnelige nasjonene.

Avtaler mellom staten og urfolk, særlig angående land- fiske-, og jaktrettigheter er også et viktig element i den canadiske urfolksretten.⁸² Slike avtaler er konstitusjonelt beskyttet gjennom Constitution Act 1982⁸³ og baserer seg på et sui generis-konsept om urfolks kollektive rettigheter gjennom Aboriginal Title. Tittelen representerer en iboende rettighet med utspring i urfolks bruk av det som i tiden før kolonisering var landområdene til deres forfedre. Dette innebærer i praksis at staten og urfolk forhandler om landrettigheter ut fra sine ulike interesser. Staten vil kunne anerkjenne deler av tradisjonelt urfolksland etter Aboriginal Title, men ikke nødvendigvis et helt område. Ved uenighet kan urfolk gå til retten for å avklare landrettigheter. I 2014 ble Aboriginal Title for første gang anerkjent i høyesterett i saken *Tsilhqot'in First Nation v. British Columbia*⁸⁴.

3.3 Særlig om guatemalansk rett

Guatemala er en enhetsstat med presidentsystem som danner en konstitusjonell republikk. Jurisdiksjonen er basert på sivilrett med innflytelser fra Spania. Landets grunnlov, *Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG)*⁸⁵, ble vedtatt i 1985. Den utøvende makten ligger hos presidenten, og kongressen med sin nasjonalforsamling har lovgivende makt. CPRG består av tre hoveddeler:

- i. *Dogmatisk del* – grunnleggende rettigheter og friheter

⁸² Government of Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, Treaties and agreements, Historic treaties, Modern treaties, 30. juli 2020, <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp2> (lest 15. mars 2021)

⁸³ The Constitution Act 1982 S. 35-35.1

⁸⁴ Andrea Bradley og Senwung Luk, Oklaw, In a first for a Canadian court, SCC recognizes Aboriginal title for Tsilhqot'in Nation, <https://www.oklaw.com/first-canadian-court-scc-recognizes-aboriginal-title-tsilhqotin-nation/> (lest 13. mai 2021)

⁸⁵ Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG), Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93

- ii. *Organisatorisk del* – organiseringen av staten og dens funksjon som lovgivende organ, forvaltningsorgan og rettsvesen
- iii. *Prosedyremessig, pragmatisk og praktisk del* – håndheving av rettighetene som er nedfelt i grunnloven, med formål om å forsvare den konstitusjonelle ordenen (Egen oversettelse)

Domstolsystemet er organisert i *El Organismo Judicial*. Institusjonen er grunnlagt jf. CPRG kapittel IV⁸⁶ og *Ley del Organismo Judicial*⁸⁷. Landets domstoler er uavhengige jf. CPRG art. 203-205. Domstolenes oppgaver kan inndeles i to hoveddeler: jurisdiksjon⁸⁸ og administrasjon⁸⁹. Jurisdiksjon tilfaller både høyesterett og øvrige domstoler i henhold til deres respektive myndighetsområder. Administrasjonsansvaret utøves av høyesterett og presidentskapet for Organismo Judicial med sine underordnede avdelinger jf. *Ley del Organismo Judicial* art. 53-55. Domstolenes struktur følger av art. 58 i samme lov:

- i. *Corte Suprema de Justicia y sus Cámaras* – Høyesterett og dens tre kamre, siste instans
- ii. *Corte de Apelaciones* – Ankedomstolen
- iii. *Sala de la Niñez y adolescencia* – Spesialdomstolen for barn og ungdom
- iv. *Tribunal de lo contencioso-administrativo* – Forvaltningsdomstolen
- v. *Tribunal de segunda instancia de cuentas* – Revisjonsdomstolen
- vi. *Juzgados de primera instancia* – Førsteinstansdomstolen
- vii. *Juzgados de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y Juzgados de Control de Ejecución de Medidas* – Spesialdomstolene for strafferettslige spørsmål eller tiltak relatert til barn og ungdom
- viii. *Juzgados de paz, o menores* – Fredsdomstolene, laveste domstolled
- ix. Øvrige domstoler loven oppstiller (Egen oversettelse)

Ved siden av Organismo Judicial eksisterer to frittstående, uavhengige domstoler. Den ene er konstitusjonsdomstolen, *Corte de Constitucionalidad de Guatemala*. Den har øverste

⁸⁶ CPRG, Capítulo IV, Organismo Judicial: Sección primaria, Disposiciones generales art. 203-213

⁸⁷ Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89. El Congreso de la República de Guatemala, 31. desember 1990

⁸⁸ Ley del Organismo Judicial, Título III, Capítulo I. Función Jurisdiccional, La jurisdicción en general, art. 57-73

⁸⁹ Ley del Organismo Judicial Título II, Capítulo II. Función administrativa, art. 53-56

myndighet i konstitusjonelle spørsmål og anses som forsvarer av den konstitusjonelle ordenen og landets fremste organ for grunnlovstolkning.⁹⁰ Videre i avhandlingen er det avgjørelser fra konstitusjonsdomstolen som er sentral. *Tribunal Supremo Electoral de Guatemala* er en egen valgdomstol, med øverste myndighet i spørsmål relatert til valg.

Ved vedtakelsen av CPRG hadde Guatemala nylig gått inn i sitt 25. år med borgerkrig. Fasen etter grunnloven innledet en demokratiserings- og fredsprosess preget av forhandlinger, internasjonalt samarbeid og betydelig nedskalering av hæren. Endelige fredsavtaler mellom regjeringen og den sosialistiske gruppen Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG)⁹¹ ble signert i 1996. Forhandlingene i forkant ble gjort under oppsyn av den fredsbevarende FN-styrken MINGUA⁹² for å kvalitetssikre prosessen. Fredsavtalene *Acuerdos de Paz* med sine 17 punkter hadde som formål å sikre en fredelig utvikling og en moderne fremtid for Guatemala⁹³. Ved siden av enigheten om våpenhvile inneholder fredsavtalene et omfattende sett avtaler om urfolksrettigheter, menneskerettigheter og landrettigheter. *Acuerdos de Paz* har senere tjent som modell for andre lands fred- og rettferdighetsprosesser. Imidlertid stagnerte den demokratiske utviklingen som resultat av ustabil økonomi og økende grad av korrupsjon i statsapparatet. Tilliten til myndighetene er som følge av dette svekket. Det rettslige fundamentet for effektiv implementering av urfolksrettigheter i Guatemala er således mer ustabil enn i Canada og Norge.

3.3.1 Urfolksrett

Kapittel tre i CPRG omhandler urfolkssamfunn og danner det konstitusjonelle grunnlaget for deres rettigheter. Hovedbestemmelsen i art. 66 om etniske grupper stadfester følgende:

Guatemala består av forskjellige etniske grupper, inkludert urfolksgrupper av mayaopprikkelse. Staten anerkjenner, respekterer og fremmer deres levemåte, skikker,

⁹⁰ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Misión, visión y valores (oppdrag, visjon og verdier), <https://cc.gob.gt/misionvisionyvalores/> (lest 22. mars 2021)

⁹¹ Politisk-militær organisasjon dannet 7. februar 1982 for å representere de fire sosialistiske geriljaorganisasjonene som markerte seg under borgerkrigen: Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP), las Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR), la Organización del Pueblo en Armas (ORPA) og el Partido Guatemalteco del Trabajo (PGT), se Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, Quienes somos, <https://www.urng-maiz.org.gt/quienes-somos/> (lest 30. november 2020)

⁹² Misión de Verificación de las Naciones Unidas – United Nations Verification Mission in Guatemala

⁹³ Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala (SNU), *Acuerdos de Paz*, <https://onu.org.gt/publicaciones/acuerdos-de-paz/> (lest 23. oktober 2020)

tradisjoner, former for sosial organisering, bruk av urfolksbekledning hos menn og kvinner og deres språk og dialekter. (Egen oversettelse)

I art. 67-70 nedfelles urfolks rett til jord, land og «beskyttelse i forbindelse med flytting og arbeid andre områder». Nærmere om grunnlovsbestemmelsenes innhold følger i kapittel 5.3.2. Den guatemalanske staten har tilsluttet seg FN-avtaler og erklæringer som ILO 169, UNDRIP og Den internasjonale konvensjonen om eliminering av alle former for rasediskriminering⁹⁴. Likevel er sosial ulikhet og diskriminering fortsatt utbredt. ILO 169 ble imidlertid gitt konstitusjonell rang i 2010⁹⁵, noe som har bedret utsiktene for å stille urfolksrettslige krav for retten.

FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR) fremla 17. januar 2020 en rapport om den menneskerettslige situasjonen i Guatemala. Rapporten viser at forrige offisielle folketelling ble publisert i 2019, med et befolkningstall på 14,9 millioner (et noe lavere tall enn anslått – estimert befolkning per 2020 er 17,9 millioner⁹⁶) hvorav 43,8 % identifiserte seg som urfolk. The International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA) legger imidlertid til grunn at om lag 60% eller mer av landets innbyggere sannsynligvis har urfolksbakgrunn⁹⁷. Lovgivningen berører dermed majoriteten av landets befolkning.

Rapporten fra OHCHR fastslår at særlig urfolk fortsetter å leve i ekstrem fattigdom i Guatemala, med alvorlige begrensninger i tilgangen på mat, vann, utdanning og eiendom. Denne utviklingen er økende, også i forskjellene mellom rurale og urbane områder. På landsbygda hvor urfolksmajoriteten er bosatt lever 35,3% i ekstrem fattigdom. Tilsvarende lever 11,2% i ekstrem fattigdom i storbyene. Hvorvidt fattigdom og generelt lavere levestandard blant guatemalansk urfolk kan knyttes direkte til utilstrekkelig anerkjennelse av deres rettigheter fra myndighetenes side, er et sammensatt spørsmål. De nevnte forhold illustrerer imidlertid at urfolk er en særlig utsatt gruppe. Guatemalansk urfolksrett er samtidig i en utviklingsfase som har perioder med fremdrift. Det er likevel utvilsomt at tilstanden fortsatt er alvorlig for landets urfolk.

⁹⁴ The UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21. desember 1965 (ikrafttredelse 4. januar 1969)

⁹⁵ Mamo (2020), s. 418

⁹⁶ Worldometer, Guatemala Demographics, <https://www.worldometers.info/demographics/guatemala-demographics/> (lest 5. november 2020)

⁹⁷ International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), Guatemala, <https://www.iwgia.org/en/guatemala.html> (lest 30. november 2020)

4 FNs erklæring om urfolks rettigheter

4.1 Historisk bakgrunn

Ved utviklingen på det menneskerettslige området ved midten av 1900-tallet fant fremveksten av en urfolksrettsbevegelse sted. Hvor det tidligere hadde vært vanlig å tenke på menneskerettigheter som et tilstrekkelig regelsett tiltenkt alle individer, oppsto et fokus rettet mot kollektive rettigheter tiltenkt bestemte grupper eller minoriteter. Ved utgangen av første verdenskrig ble Folkeforbundet grunnlagt⁹⁸. Som første internasjonale organisasjon med omfattende mellomstatlig samarbeid hadde Forbundet som formål å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet.

I Versaillestraktaten sto militær nedskalering og territorielle avtaler i fokus. Art. 23 nedfelte i tillegg et menneskerettslig punkt som «forpliktet medlemsstatene til å sikre og opprettholde rettferdige og menneskelige arbeidsforhold for menn, kvinner og barn, både i sine respektive land og andre». Statene forpliktet seg også til å sikre rettferdig behandling av «native inhabitants» i territorier underlagt deres kontroll. Gjennom Versaillestraktaten ble også Den internasjonale arbeidsorganisasjonen⁹⁹ (ILO) grunnlagt. ILO var den første internasjonale organisasjonen som adresserte urfolksspørsmål direkte, og anerkjente behovet for samarbeid og internasjonal oppmerksomhet på området¹⁰⁰.

Ved etableringen av FN i 1948 gikk den internasjonale urfolksretten inn i en ny fase. Samtidig som mange deler av folkeretten beveger seg sakte har det motsatte vist seg å være tilfelle med internasjonal urfolksrett – riktignok hovedsakelig i tiden etter 1980. Noen av grunnene til dette kan være flere staters ønske om å gjøre opp for undertrykkelse og diskriminering i fortiden. Verdens urfolk har i samarbeid med uavhengige organisasjoner og andre støttespillere selv stått for en stor del av det internasjonale presset for utbedring av sine rettigheter gjennom en omfattende bevegelse. I 1957 vedtok ILO konvensjon nr. 107 (ILO 107) under tittelen «Indigenous and Tribal Populations – Convention concerning the protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries». Innholdet i ILO 107 anses utdatert i dag, særlig synet på integrering av urfolk i majoritetssamfunnet som løsning på kulturelle og rettslige problemer.

⁹⁸ Treaty of Versailles, 10. februar 1920

⁹⁹ International Labor Organization

¹⁰⁰ UNDRIP – A Manual for National Human Rights Institutions, Background to the Declaration, s. 3
<https://www.ohchr.org/documents/issues/ipeoples/undripmanualforhris.pdf> (lest 28. oktober 2020)

Konvensjonen markerte likevel begynnelsen på internasjonale rettigheter spesielt rettet mot urfolk. Det var den første folkerettslige avtalen som åpnet for ratifisering og ga statene plikter ovenfor urfolkssamfunn.

4.1.1 Cobo-rapporten

Etter anbefaling fra FN gjennom The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities¹⁰¹ jf. FNs menneskerettighetskommisjon skulle det utarbeides en omfattende utredning om diskriminering av urfolk. FNs økonomiske og sosiale råd uttalte at målet var å gjøre en omfattende studie av problemet med urfolksdiskriminering, og å foreslå nødvendige nasjonale og internasjonale tiltak for å eliminere slik diskriminering – dette i samarbeid med andre organer innad i FN og relevante internasjonale organisasjoner.

Ecuadorianske José Martínez Cobo ble utnevnt som spesialrapportør og leder av studien som foregikk mellom 1971 og 1983. Den endelige rapporten som var ferdigstilt i 1986 inneholder grundige observasjoner om urfolks levestandard. Det ble gjort analyser av deres mulighet til å utøve sitt språk og egen kultur, religion og politiske rettigheter. Cobo-rapporten konkluderte med at internasjonale avtaler som ILO 107 ikke hadde vært effektiv og at et stort antall problemer måtte løses for å oppnå full implementering av urfolks rett til å utøve og utvikle sin kultur, og videreføre den til fremtidige generasjoner. I flere av rapportens punkter ble det sterkt oppfordret til å inkludere og rådføre seg med urfolk i beslutningsprosesser. Definisjoner angående urfolksspørsmål ble anbefalt overlatt til urfolkssamfunnene, noe som forklartes med at urfolk burde anerkjennes i henhold til sin egen oppfatning av seg selv i forhold til andre grupper – ikke oppfatningen til majoritetssamfunnet.

Cobo-rapporten fastslår at selvbestemmelse er en iboende del av urfolks kulturelle og juridiske arv som bidrar til å opprettholde deres sosiale og kulturelle tradisjoner. Den konkluderer at selvbestemmelse er en fundamental forutsetning for urfolks videreføring av sin kulturelle identitet¹⁰². Rapportens konkrete anbefaling for det fremtidige arbeidet med å forbedre urfolkssituasjonen, var opprettelse av en egen arbeidsgruppe for tiltak i FN.

¹⁰¹ F. o. m. 1999: Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights

¹⁰² Åhrén (2016) s. 85

4.1.2 FNs arbeidsgruppe for verdens urfolk

Arbeidsgruppen¹⁰³ ble opprettet av ECOSOC i 1982 som et underorgan for underkommisjonen. Mandatet til arbeidsgruppen var todelt og bygget på Cobos rapport som på tidspunktet var enestående i sitt omfang. På den ene siden skulle urfolks menneskerettigheter og grunnleggende friheter fremmes og beskyttes. Videre skulle oppmerksomhet rettes mot utviklingen av internasjonale standarder for urfolksrettigheter¹⁰⁴. I den forbindelse hadde Cobo-rapporten oppfordret til utforming av et utvalg grunnleggende prinsipper.

Uavhengige eksperter og medlemmer av underkommisjonen dannet arbeidsgruppen. Disse representerte hvert sitt geopolitiske område i verden. Siden opprettelsen i 1982 var gruppen åpen for samarbeid og dialog med alle urfolksrepresentanter, deres samfunn og andre organisasjoner. Urfolks deltakelse var en drivkraft gjennom alle faser av prosessen og dannet presedens for påfølgende forhandlinger med ikke-statlige enheter innenfor FN-systemet. Det var en banebrytende endring i datidens praksis å inkludere eksterne aktører på offisielle møter. Etableringen av arbeidsgruppen var dermed en viktig forutsetning for den internasjonale urfolksrettbevegelsens plass på menneskerettighetsagendaen, og urfolks deltakelse i beslutningsprosesser.¹⁰⁵ Den etablerte det første forumet som ga urfolk anledning til å uttrykke sine synspunkter i utformingen av folkerettslige avtaler som berørte deres kultur og livsgrunnlag.

4.2 Noen betraktninger om særlige rettigheter og begreper

4.2.1 Utgangspunkter

I det følgende gjøres noen betraktninger om deler av UNDRIPs innhold som har vært særlig omdiskutert både før og etter vedtakelse, herunder uenigheter rundt definisjonsspørsmål og rekkevidden av enkelte rettigheter. De følgende redegjørelsene har som formål å skape nyanser og gi en bredere forståelse av implementeringsgrunnlaget i de enkelte statene. Innflytelsesrike stater som Canada, New Zealand, Australia og USA var særlig kritisk til FPIC slik det fulgte av førsteutkastet. Ved siden av dette var det urfolksrettslige området

¹⁰³ UN Working Group on Indigenous Populations

¹⁰⁴ OHCHR, Working Group on Indigenous Peoples, Mandate, <https://www.ohchr.org/en/Issues/IPeoples/Pages/MandateWGIP.aspx> (lest 10. november 2020)

¹⁰⁵ Hohmann og Weller (2014), Anaya og Rodriguez-Piñero, s. 43

forholdsvist nytt, noe som skapte usikkerhet og debatt rundt hvordan de foreslåtte erklæringsbestemmelsene ville slå ut i praksis.

4.2.2 Urfolksbegrepet

Det finnes ifølge regjeringen ingen generell, internasjonalt akseptert definisjon av begrepet urfolk. Vanlige kjennetegn er imidlertid at de 1) ikke er det dominerende folket i det større samfunnet de er en del av og 2) har bodd i områdene statenes grenser blir fastlagt i fra langt tilbake av, og 3) har en egenartet kultur basert på naturressursene.¹⁰⁶ Det er naturlig å anta at sistnevnte kjennetegn refererer til urfolks nære tilknytning til sine tradisjonelle landområder som de gjennom tiden har forvaltet på bærekraftig vis. Urfolk kan i tråd med dette betegnes som et folk som har hatt tilhold i en region før den ble kolonisert av eller innlemmet i en stat dominert av andre folkegrupper¹⁰⁷. Videre er det vanlig at urfolk utgjør en minoritet i samfunnet, uten at dette nødvendigvis er et vilkår. Enkelte latinamerikanske land har urfolk som utgjør rundt halve befolkningen eller mer, eksempelvis Guatemala.

For å kunne tillegge UNDRIPs ordlyd og urfolksbegrepet riktig betydning må innholdet leses i en historisk kontekst. Skillet mellom klassisk internasjonal rett og moderne internasjonal rett, og dette skillet betydning for terminologien i UNDRIP, er stor¹⁰⁸. Enhver analyse av hvilke kollektive rettigheter urfolk har i dag er ifølge Åhrén forbundet med hvordan internasjonal rett konvensjonelt sett har forstått begrepet «peoples»¹⁰⁹. Dette fordi det moderne internasjonale rettssystemet har adoptert terminologi og oppfatninger om stater og folk fra klassisk internasjonal rett. Terminologien i erklæringen er således ikke tilfeldig, og det fremsto ikke som en selvfølge å bruke formuleringen «Indigenous peoples». Selve erklæringen inneholder heller ikke en definisjon av hvem som er urfolk, men det er naturlig å anta at bruken av «peoples» og ordets innhold bygger på definisjonen i Cobos rapport, slik også ILO 169. Konvensjonens art. 1 definerer urfolk på følgende måte:

Folk i selvstendige stater som er ansett som opprinnelige fordi de nedstammer fra de folk som bebodde landet eller en geografisk region som landet hører til da erobring

¹⁰⁶ Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Hvem er urfolk?, 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtspalte/hvem-er-urfolk/id451320/> (lest 12. mars 2021)

¹⁰⁷ John Schackt og Espen Wæhle, «urfolk», Store Norske Leksikon, 3. mars 2021, <https://snl.no/urfolk> (lest 13. mai 2021)

¹⁰⁸ Åhrén (2016) s. 7

¹⁰⁹ *Ibid.*

eller kolonisering fant sted eller da de nåværende statsgrenser ble fastlagt, og som - uansett deres rettslige stilling - har beholdt alle eller noen av sine egne sosiale, økonomiske, kulturelle og politiske institusjoner¹¹⁰

Dette samsvarer med, og bygger på, en foreslått definisjon i Cobo-rapporten på s. 29 pkt. 378-380:

Urfolkssamfunn, -folk og -nasjoner er de som, med historisk kontinuitet, pre-invasjon og pre-koloniale samfunn som utviklet seg videre på deres territorier, anser seg adskilt fra andre sektorer i samfunnene som nå hersker i disse områdene, eller deler av dem. De representerer i dag ikke-dominerende sektorer i samfunnet og vil for fremtidige generasjoner bevare, utvikle og overføre sine forfedres territorier, og sin etniske identitet som grunnlag for sin fortsatte eksistens som folk, i samsvar med sine egne kulturelle mønstre, sosiale institusjoner og rettssystemer. (Egen oversettelse)

Mangelen ved disse definisjonene og et misforstått kriterium, er henvisningen til pre-koloniale samfunn. Den folkerettslige betegnelsen «urfolk» forutsetter ikke at «vedkommende folk må ha vært de første menneskene på stedet, og at dette arkeologiske eller kulturhistoriske spørsmål er avgjørende for hvem som i dag har rett til hva»¹¹¹. De rettslige rammene for urfolksrettslig status eller identitet er dermed ikke så firkantet som de kan fremstå, selv om ordlyden har skapt noe uklarhet. I Norge er det for øvrig slått fast gjennom Høyesterettsdommen i Rt. 2001 s. 769 at samene utvilsomt har urfolksstatus.¹¹² Canada og Guatemala har anerkjent urfolks status konstitusjonelt.

4.2.3 Individuelle og kollektive rettigheter

UNDRIP gir både individuelle og kollektive rettigheter. I erklæringens fortale «erkjenner og stadfester» FN's generalforsamling at individer som er urfolk har rett til å nyte godt av alle de menneskerettigheter som anerkjennes i folkeretten, uten diskriminering, og at urfolk har

¹¹⁰ Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Hvem er urfolk?, 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtspalte/hvem-er-urfolk/id451320/> (lest 9. november 2020)

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Rt. 2001 s. 769 P, s. 792: «Det er ikke tvilsomt at samene etter denne definisjonen har status som urfolk i Norge, og at våre folkerettslige forpliktelser overfor dem etter konvensjonens artikkel 14 også gjelder i Sør-Trøndelag»

kollektive rettigheter som er uunnværlige for deres eksistens, velferd og helhetlige utvikling som folk. Erklæringens art.1 lyder:

Urfolk har, som kollektiv og individ, rett til å nyte fullt ut godt av alle de menneskerettigheter og grunnleggende friheter som anerkjenner i De forente nasjoners pakt, Verdenserklæringen om menneskerettighetene og internasjonale menneskerettighetsbestemmelser.¹¹³

Av art. 7 (2) følger det videre at urfolk har en kollektiv rett til å leve i frihet, fred og sikkerhet som eget folk, og ikke skal utsettes for folkemord eller annen form for vold. Urfolk gis samtidig etter art. 40 rett til tilgang på raske avgjørelser gjennom rimelige og rettferdige prosedyrer for å løse konflikter eller tvister med en stat eller annen part, og rett til effektiv avhjelping ved enhver form for krenkelse av deres individuelle og kollektive rettigheter.

Dersom man betrakter UNDRIP med kritisk blikk har det i sontringen mellom individuelle og kollektive rettigheter har oppstått visse uklarheter. Under utviklingen av internasjonale urfolksrettigheter var forskjellen på minoritet og urfolk et tema, særlig innenfor FN. En minoritet kan i denne sammenhengen defineres som en folkegruppe som utgjør et mindretall av et lands befolkning. Folkegruppen deler religion, språk eller kultur, og opplever ulikhet i makt og politisk innflytelse i forhold til majoriteten av befolkningen¹¹⁴. Ved multikulturalismens fremvekst ble konvensjonelle liberalistiske idéer utfordret. Det ble i politiske fagmiljø stilt spørsmålsteget ved hvorvidt staten er kapabel til å forholde seg nøytral mellom kulturer, eller om den indirekte tilgodeser majoriteten¹¹⁵. Ved at minoritetsrettigheter ble vedtatt innenfor menneskerettighetssystemet anerkjentes det at statene måtte være forpliktet å beskytte medlemmer av minoritetsgrupper. «Indirekte beskyttelse» eller «kollektivisering» av en gruppe gir imidlertid ikke uten videre kollektive rettigheter i seg selv.¹¹⁶

Det skilles således mellom minoritetsrettigheter og urfolksrettigheter, som har noe ulikt innhold. Minoritetsrettigheter er individuelle der også kollektive rettigheter følger av

¹¹³ Jf. den offisielle norske oversettelsen

¹¹⁴ Espen Wæhle, «minoritet», Store Norske Leksikon, 22. august 2018, <https://snl.no/minoritet> (lest 12. desember 2020)

¹¹⁵ Åhrén (2016) s. 87

¹¹⁶ *Ibid.*, s. 89-90

urfolksretten¹¹⁷. Bakgrunnen for dette er at urfolk til tross for kolonisering og assimilering i stor grad har bevart sine samfunn og sin kultur, og at deres levemåte er dypt forankret i deres tilknytning til land. Deres forhold til naturen har en sterk symbolsk side som ofte forstås som et bindeledd mellom de levende og deres forfedre¹¹⁸. Urfolks kulturutøvelse og identitet er som følge av dette nært tilknyttet spesifikke geografiske områder. Det ble etter hvert anerkjent i FN-systemet at marginaliseringen av urfolk i stor grad handlet om tap av tradisjonelt land. Fortsatt adgang til disse områdene ble følgelig ansett som en nødvendighet for både kulturell og fysisk overlevelse¹¹⁹. I den videre utviklingen var det dermed slike faktorer som demonstrerte behovet for en kollektivisering av deres rettigheter.

4.2.4 Forholdet til andre menneskerettigheter

Samtidig som UNDRIP gir urfolk kollektive rettigheter som gruppe, kan det hevdes at den ikke inneholder en eksplisitt klausul som sikrer ivaretagelse av de individuelle menneskerettighetene. På områder hvor erklæringen gir kollektive rettigheter har det blitt uttalt at det er kritikkverdig å unnlate å si noe om i hvilken grad menneskerettighetene skal respekteres innenfor utøvelsen av for eksempel selvbestemmelse. Fysisk avstraffelse, negativ sosial kontroll eller tvangsekteskap er eksempler på kulturelle elementer som ikke er forenlig med de individuelle menneskerettighetene. I forhold til dette har enkelte stater uttrykt bekymring rundt at menneskerettighetsbrudd kan gjøres innenfor statlige rammer, gjennom urfolks selvbestemmelsesrett og rett til kulturutøvelse. I 2006 uttalte New Zealands ambassadør og faste representant for FN i New York følgende i en uttalelse på vegne av CANZUS, etter omfattende endringer i erklæringsutkastet:

Det ser ut til at alle individers menneskerettigheter, som er nedfelt i folkeretten, er et sekundært hensyn i denne teksten [...] arbeidsgruppen har vært tydelig på at menneskerettigheter, slik som alltid har vært tilfelle, er universelle og gjelder i like stor grad for alle individer. Dette betyr at en gruppe ikke kan ha menneskerettigheter som nektes andre grupper innenfor samme nasjonalstat.¹²⁰ (Egen oversettelse)

¹¹⁷ Skogvang (2017) s. 160-161

¹¹⁸ Jon Schackt og Espen Wæhle, «urfolk», Store Norske Leksikon, 3. mars 2021, <https://snl.no/urfolk> (lest 13. mai 2021)

¹¹⁹ Åhrén (2016) s. 84

¹²⁰ Engle (2011) s. 149. Se også Permanent Mission of Australia to the United Nations NY, Statement by H.E. Ms. Rosemary Banks, Ambassador and Permanent Representative of New Zealand, on behalf of Australia, New Zealand and the United States (as delivered): https://unmy.mission.gov.au/unmy/Soc_161006.html (lest 3. februar 2021)

Engle bemerker at et slikt syn begrenser muligheten til å anerkjenne urfolks kollektive rettigheter på en måte som utfordrer menneskerettighetenes «individuelle liberale rettighetsparadigme» – som igjen resulterer i at UNDRIP-rettighetene til slutt defineres av en menneskerettighetsramme som er basert på de premissene de er ment å utfordre¹²¹. Ifølge Scheinin og Åhrén er det imidlertid høyst usannsynlig at urfolks rett til selvbestemmelse jf. art. 3 og art. 4 anerkjennes av statene, dersom det ikke garanteres at en slik rett utøves i henhold til menneskerettighetene. Dette med bakgrunn i at staten ansvarliggjøres for menneskerettighetsbrudd som finner sted innenfor dens jurisdiksjon – uavhengig av om de aktuelle bruddene begås i et urfolkssamfunn (gjennom praktisering av selvbestemmelse).¹²² Det hersker imidlertid en viss enighet om at art. 46 (2) må forstås som menneskerettslig sikkerhetsklausul, især sett i sammenheng med formuleringene i erklæringens fortale. Bestemmelsen lyder:

In the exercise of the rights enunciated in the present Declaration, human rights and fundamental freedoms of all shall be respected. The exercise of the rights set forth in this Declaration shall be subject only to such limitations as are determined by law and in accordance with international human rights obligations. Any such limitations shall be non-discriminatory and strictly necessary solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and for meeting the just and most compelling requirements of a democratic society.

Det finnes på den ene siden holdepunkter for å anse art. 46 som et tilstrekkelig menneskerettighetsvern¹²³. Med historisk blick fremstår det som tydelig at bestemmelsens hensikt er å innfri menneskerettighetskravet. Dette ble underbygd av flere uavhengige organisasjoner¹²⁴ som før vedtakelse støttet erklæringen i en offentlig uttalelse. Uttalelsen benektet CANZUS' påstand om at UNDRIP ville undergrave eksisterende rettigheter og interesser, og hevdet at erklæringen måtte tolkes i henhold til andre eksisterende menneskerettigheter og statlige forpliktelser¹²⁵. Dersom man tar forbehold om at

¹²¹ Engle (2011) s. 149

¹²² Hohmann og Weller (2014) s. 80

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Disse inkluderte: Amnesty International, Canadian Friends Service Committee (Quakers), International Service for Human Rights, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), Kairos: Canadian Ecumenical Justice Initiatives, Netherlands Centre for Indigenous Peoples (NCIV) og Rights & Democracy

¹²⁵ Engle (2011) s. 150. Se også International Service for Human Rights, Public statement 30. Nov 2006, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Human rights organizations condemn efforts for block vital

menneskerettighetene er tilstrekkelig beskyttet jf. fortalen og art. 46 innebærer dette at det enkelte urfolk forpliktet til å respektere menneskerettighetene til sine individuelle medlemmer, innenfor utøvelsen av selvbestemmelse¹²⁶. Legitime innskrenkninger av individuelle menneskerettigheter må imidlertid alltid vurderes i en sosial kontekst, noe som i dette tilfellet taler for fleksibilitet i lovtolkningen når det gjelder spørsmål om urfolksrett.¹²⁷

4.2.5 Landområder og territorium

Cobo-rapportens endelige konklusjoner inneholder et eget kapittel om landrettigheter. Kapitlet innledes med en påstand om at det er helt essensielt å forstå at urfolk har en spesiell tilknytning til sine landområder (jf. ovenfor i kap. 4.2.3), og at denne tilknytningen er grunnleggende for deres tro og deres skikker, tradisjoner og kultur¹²⁸. Likeledes er det ifølge rapporten essensielt å øke forståelsen av hva urfolk opplever når landet de har vært bundet til som folk blir fratatt dem. Det ble oppfordret til opphør av systematiske brudd på urfolksrettigheter til land og naturressurser.¹²⁹ En av oppfordringene til arbeidsgruppen i utformingen av UNDRIP var å «ta alle nødvendige skritt for å beskytte eiendomsrettighetene til urfolk, gjennom lov og praksis». Dette har gitt utslag i erklæringens art. 26:

1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired.
2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.
3. States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned.

human rights instrument: http://olddoc.ishr.ch/hrm/archive/CHRWG/WGDDIP/AI_CanadaQuakers_30Nov.pdf (lest 24. november 2020)

¹²⁶ Hohmann og Weller (2014) s. 82

¹²⁷ *Ibid.*, s. 83

¹²⁸ Rapportens pkt. 509, se

<https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH01a2/55590d02.dir/Martinez-Cobo-a-1.pdf> (lest 27. november 2020)

¹²⁹ *Ibid.*, pkt. 510

Funnene i Cobo-rapporten bekreftet en manglende anerkjennelse av urfolks landrettigheter som til dags dato fortsatt er under avklaring i de fleste urfolksstatene, inkludert Norge, Canada og Guatemala. Hvordan retten til land har blitt tolket i disse statene vil omtales nærmere i delene om nasjonal rettspraksis kapittel 5.

4.3 Innholdet i fritt, forhåndsinformert samtykke

4.3.1 Utgangspunkter

I det følgende vil det gjøres en rettslig plassering av FPIC. Prinsippet om fritt, forhåndsinformert samtykke er nært tilknyttet allerede eksisterende traktatsrettslige normer jf. FNs høykommissær for menneskerettigheter (OHCHR), herunder særlig retten til selvbestemmelse. En offisiell definisjon av innholdet i «free, prior and informed consent» finnes ikke. Urfolksrettslige dokumenter har imidlertid bidratt til å videreutvikle og presisere prinsippets ulike komponenter, og betydningen av disse. Dermed er det ifølge Barelli mulig å oppnå en felles, praktisk forståelse av prinsippets innhold¹³⁰.

«Free, prior and informed consent» kan på norsk oversettes til «fritt, forhåndsinformert samtykke» eller «fritt, informert forhåndssamtykke». En naturlig språklig forståelse av «free consent», er at samtykke ikke innhentes under tvang, press eller andre midler for påvirkning. Dette forutsetter fravær av trusler, økonomiske tilskyndelser, begunstigelser, personlige avtaler og «splitt og hersk»-teknikker¹³¹. Videre viser ordlyden i «prior» til at de eller den det gjelder skal orienteres i forkant av en eventuell avgjørelse. Forhåndsinformering skal forstås som mulighet til å gjøre seg kjent med en sak og dens følger tidlig i prosessen. Om «prior» skriver Carmen at det må foreligge tid til informasjonsinnhenting og delingsprosesser¹³² i fasen mellom initiering og fullføring. Tiden skal være tilstrekkelig, og uten begrensninger. Med «informed» menes ikke kun å bli informert i enkel forstand: Alle relevante synspunkter i saken skal i prinsippet være belyst og tilgjengelig for tilbakemeldinger.¹³³

Med «consent» menes samtykke eller enighet. Samtykke oppstår i sin alminnelige forstand når en part frivillig godtar et forslag eller et ønske fra en annen. I denne sammenhengen innebærer samtykke et klart og overbevisende uttrykk for enighet fra urfolkets side, om at de

¹³⁰ Hohmann og Weller (2012) s. 250

¹³¹ Gunn (2011) s. 19

¹³² Som f.eks. oversettelser til tradisjonelle språk og formidling tilpasset beslutningsprosessene til de urfolk det er snakk om. De berørte menneskene skal være nådd.

¹³³ Gunn (2011) s. 19

godtar tiltaket som er under vurdering. Fremgangsmåten som benyttes for å komme til enighet skal være avtalt med det berørte urfolk. Den må være i samsvar med deres beslutningsstrukturer og kriterier, for eksempel tradisjonelle prosedyrer. Avtaler må oppnås med «the full and effective participation» fra urfolks ledere, deres representanter eller andre institusjoner som er autorisert av urfolket selv.¹³⁴

4.3.2 Forholdet til konsultasjon jf. ILO 169

ILO 169 er det mest omfattende folkerettslige dokumentet på urfolksrettens område som åpner for ratifikasjon. Kjernen i konvensjonen er urfolks medinnflytelse og beslutningsmyndighet i saker som angår dem, og en hovedmålsetting er å ivareta urfolks rett til å bevare sin identitet som folkegruppe under aktiv støtte fra myndighetene¹³⁵.

Konvensjonens mål er å overkomme diskriminerende praksis som fratrar urfolk muligheten til deltakelse i beslutninger som angår dem. Med bakgrunn i dette utgjør de grunnleggende prinsippene for konsultasjon og deltakelse hjørnesteinen i konvensjonen.¹³⁶ ILO 169 pålegger jf. art. 2 (1) regjeringene ansvar for utvikling av, med deltakelse av vedkommende urfolk, samordnede og systematiske tiltak for å verne disse folks rettigheter og for å garantere at deres integritet blir respektert. Hovedprinsippene i konvensjonen må kunne anses som uttrykk for internasjonal urfolksrett. Forholdsvis få land har sluttet seg til den, men ratifikasjonsstatene er imidlertid land med stor urbefolkning.¹³⁷

Ratifikasjonsstatene dekker områder med en estimering på over 50 millioner urfolk. ILO 169 er i tillegg et internasjonalt referanseverk som benyttes av FN-systemet, menneskerettighetsorganer og nasjonale domstoler.¹³⁸ At konvensjonen representerer internasjonal urfolksrett underbygges videre av at nesten 150 stater har tilsluttet seg UNDRIP, som inneholder flere av de samme rettslige prinsipper ILO 169 oppstiller¹³⁹. Det kan dermed hevdes at erklæringen fungerer som en rettslig forlengelse av konvensjonen, med en videreformulering av prinsipper som er i tråd med ønskene og ambisjonene til urfolk selv. Forholdet mellom UNDRIP og konvensjonen er av stor betydning særlig for statene som har

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Susann Funderud Skogvang, «ILO-konvensjonen om urfolk og stammefolk», Store Norske Leksikon, 5. februar 2021, se https://snl.no/ILO-konvensjonen_om_urfolk_og_stammefolk (lest 9. februar 2021)

¹³⁶ Handbook for ILO Tripartite Constituents (2013), Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 No. 169, s. 1, se også Ravna (2019) s. 178

¹³⁷ Ravna, (2019) s. 169

¹³⁸ Handbook for ILO Tripartite Constituents (2013) s. 5

¹³⁹ Øyvind Ravna, Arctic Review (2020), The Duty to Consult the Sámi in Norwegian Law, s. 235

ratifisert den, som følge av de sammenfallende prinsippene. Konsultasjoner og aktiv deltakelse i beslutningsprosesser framgår av konvensjonens art. 6, 7 og 15 som er helt sentrale for anvendelsen av ILO 169¹⁴⁰ – og derav i enkelte tilfeller UNDRIP art. 19.

Konsultasjonsplikt pålegges statene jf. hovedregelen i art. 6 (1) bokstav a, med følgende ordlyd:

1. In applying the provisions of this Convention, governments shall:

(a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly;

(b) establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them;

(c) establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.

I art. 6 (2) presiseres det nærmere hvordan konsultasjon skal utføres:

2. The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.

Bestemmelsen oppstiller tre vilkår for konsultasjonene. Det må først og fremst være en viss tilknytning mellom det aktuelle tiltaket og vedkommende urfolk ved at de blir berørt i større eller mindre grad. Videre må prosedyren rundt konsultasjonen være et egnet redskap for å oppnå enighet. Til sist må det konsulteres med representative organer for det aktuelle urfolk.¹⁴¹ Partene som er i kjerneområdet for anvendelse av konseptet om konsultasjon og deltakelse er urfolk og stater. For å innfri de praktiske kravene art. 6 oppstiller bør det etableres institusjonaliserte mekanismer for konsultasjon med urfolk som blir berørt. Dette i tråd med anbefalinger fra ILOs ekspertkomité for gjennomføring av konvensjoner og

¹⁴⁰ Skogvang (2017) s. 127 med videre henvisning til også ILO-guide (1996) s. 8 og ILO-manual (2003) s. 15

¹⁴¹ Skogvang (2017) s. 128. Se også Ravna (2019) s. 180 med videre henvisning til ILO-manual (2003) s. 17

anbefalinger (CEACR)¹⁴². Ekspertkomiteen bemerket i sin generelle observasjon¹⁴³ fra 2010 to hovedutfordringer knyttet til konsultasjonsbestemmelsene i ILO 169. For det første hvorvidt «appropriate consultation» ble gjennomført i forkant for tiltak som direkte ville berøre urfolk. For det andre forelå utfordringer med å implementere bestemmelser om forhåndskonsultasjon i lovgivning, særlig vedrørende saker om utvinning av naturressurser.¹⁴⁴

I forarbeidene til art. 6 fremkommer enkelte målsettinger for urfolks deltakelse. Det følger her at den skal være effektiv gjennom å gi urfolk reell anledning til å bli hørt og ha innvirkning på beslutninger som tas. For å sikre effektiviteten erklæres det nødvendig med prosessuelle mekanismer på nasjonalt nivå, som sikrer implementering i samsvar med nasjonale forhold. Gjennomføring av deltakelse i beslutningsprosesser ble videre foreslått tilpasset det enkelte urfolk, med formål om å bevare deres kontroll over sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling i størst mulig grad.¹⁴⁵ Under utarbeidelsen av art. 6 hersket det debatt om hvordan disse målsettingene skulle komme til uttrykk i den endelige konvensjonsteksten. Etter ILOs første tekstforslag skulle myndighetene «seek the consent of the peoples concerned». Dette skapte diskusjon under påfølgende ILO-konferanse, hvor ordlyden ble foreslått endret til «consult fully the (peoples/population) concerned». Endelig ble «fully» fjernet fra teksten. Det ble fremmet forslag om å heller tillegge artikkelen et pkt. 2 – som var ment å presisere ordlyden i art. 6 (1) bokstav a. Slik ble teksten vedtatt under neste konferanse, til tross for enkelte motsetninger. Disse ble fra ILOs side avvist med bakgrunn i at det allerede var oppnådd enighet om at konsultasjon skulle gjøres «in good faith», noe som måtte anses tilstrekkelig. ILOs representant hadde ved siden av dette uttrykt at ordlyden i art. 6 (2) ikke stilte krav om at konsultasjonene måtte resultere i «the obtaining of agreement or consent». Den uttrykte snarere en målsetting for konsultasjonene.¹⁴⁶

Det fremgår av det ovennevnte at det ikke gjøres gjeldende noe form for vetorett til å stoppe tiltak etter konvensjonen. Bakgrunnen er at oppnådd enighet eller samtykke fra urfolk ikke er et uavhengig krav. På den annen side har ILO-organene uttalt at «enkle informasjonsmøter»

¹⁴² Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations

¹⁴³ Observation 2010/81, CEACR, s. 6 og 7, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_305958.pdf (lest 3. mai 2021)

¹⁴⁴ *Ibid.*, s. 6-7

¹⁴⁵ Observation 2010/81, CEACR, s. 4 jf. ILO 75th Session 1988 Report VI (1): Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107) s. 30

¹⁴⁶ Observation 2010/81 s. 4-5 jf. utdrag fra ILC, 76th Session, 1989, Provisional Record No. 25, para. 68 og ILC, 76th Session, 1989, Provisional Record No. 25, para. 74. Se observasjonsrapportens side 22.

hvor urfolk får anledning til å bli hørt uten reell mulighet til å påvirke avgjørelser, ikke kan anses å være i tråd med konvensjonen.¹⁴⁷

Når det gjelder ordlyden i «good faith» oversettes den til «god tro» på norsk i regjeringens uoffisielle oversettelse¹⁴⁸. Det kan imidlertid hevdes at «god vilje» utgjør et mer passende begrep, da statene jf. art. 6 (2) skal gå inn i konsultasjon med oppnåelse av enighet eller samtykke som sin hensikt¹⁴⁹. «God tro» benyttes som alminnelig juridisk standard relatert til handlinger som er gjort bona fide¹⁵⁰. Å gå inn i konsultasjonsprosesser i «god tro» jf. nevnte type rettslig standard, vil ikke være tilstrekkelig etter kravet i art. 6 (2). Som påpekt av Ravna er det heller ikke tilstrekkelig at urfolksparten har fått anledning til «å gjøre sitt syn kjent»¹⁵¹.

Konsultasjonsplikten jf. art. 6 henger sammen med art. 7, som gir urfolk rett til effektiv deltakelse i beslutningsprosesser som angår dem¹⁵². Bestemmelsen lyder:

1. The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programmes for national and regional development which may affect them directly.
2. The improvement of the conditions of life and work and levels of health and education of the peoples concerned, with their participation and co-operation, shall be a matter of priority in plans for the overall economic development of areas they

¹⁴⁷ Handbook for ILO Tripartite Constituents, Understanding the C. 169, Is there a requirement to reach consent? s. 16

¹⁴⁸ Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk I selvstendige stater (revidert uoffisiell oversettelse per 2. juni 2017), <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtpalte/ilokonvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-o/id451312/> (lest 2. mars 2021)

¹⁴⁹ Eller «ekte vilje», se Ravna (2019) s. 180. Det sentrale vil være en genuin hensikt om og vilje til å oppnå enighet eller samtykke.

¹⁵⁰ Jon Gisle, «god tro», Store Norske Leksikon, 2. april 2020: «at en person på grunn av villfarelse eller uvitenhet har vært ukjent med faktiske eller rettslige omstendigheter, som danner grunnlaget for en bestemt rettstilstand», https://snl.no/god_tro (lest 2. mars 2021)

¹⁵¹ Se Ravna (2019) s. 180. Ravna viser her til at dommen i HR-2017-2247-A (Langsund) kan gi inntrykk av at «å gjøre sitt syn kjent er tilstrekkelig». Nærmere om dommen følger i kap. 5.1.4.3

¹⁵² Skogvang (2017) s. 129

inhabit. Special projects for development of the areas in question shall also be so designed as to promote such improvement.

3. Governments shall ensure that, whenever appropriate, studies are carried out, in co-operation with the peoples concerned, to assess the social, spiritual, cultural and environmental impact on them of planned development activities. The results of these studies shall be considered as fundamental criteria for the implementation of these activities.

4. Governments shall take measures, in co-operation with the peoples concerned, to protect and preserve the environment of the territories they inhabit.

Art. 7 kan tilknyttet SP artikkel 1 som stadfester at alle folk har selvbestemmelsesrett og således fritt bestemmer sin politiske stilling og fremmer sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling. Skogvang skriver at deltakelse og konsultasjoner jf. art. 6 og art. 7 henger sammen, og gir uttrykk for ulike retningslinjer for saksbehandlingen i saker som berører urfolk.¹⁵³ Ifølge Ravna kan art. 7 betraktes som en «utbygging» av forpliktelsene til konsultasjoner og deltakelse i art. 6. Elementet av selvbestemmelse kommer blant annet til uttrykk i art. 7 (1) gjennom retten til å vedta sine egne prioriteringer når det gjelder prosesser om utvikling som berører deres levemåte, tro og institusjoner. Ravna påpeker at rett til å delta i utvikling også omfatter bruken av tradisjonelle landområder, slik det er lagt til grunn i ILO-guiden fra 2009.¹⁵⁴

Oppsummert forutsetter således ikke konsultasjon og deltakelse i tråd med ILO 169 art. 6 og art. 7 *oppnådd* enighet eller samtykke. Likevel skal det foreligge en genuin dialog mellom stater og urfolk. Dialogen skal være basert på kommunikasjon, forståelse, gjensidig respekt, god vilje og et oppriktig ønske om å oppnå enighet. Prosessuelle mekanismer tilpasset omstendighetene skal være etablert på nasjonalt nivå. Konsultasjon skal gjennomføres med urfolks representative institusjoner, med sikte på enighet eller samtykke til de foreslåtte tiltak.¹⁵⁵ Fritt, informert samtykke kommer utover dette til uttrykk i ILO 169 art. 16 som omhandler flytting av urfolk. Det følger av bestemmelsens første punkt at vedkommende folk

¹⁵³ *Ibid.*, s. 130

¹⁵⁴ Ravna (2019) s. 183 og 184 med videre henvisning til *Indigenous & Tribal People's Rights in Practice, A guide to ILO Convention No. 169 (2009)* s. 118

¹⁵⁵ *Handbook for ILO Tripartite Constituents, Understanding the C. 169*, s. 13

ikke skal flyttes fra landområder der de lever, med de begrensninger som følger av øvrige bestemmelser. Det heter i art. 16 pkt. 2:

Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.

Bestemmelsen svarer til UNDRIP art. 10 og 11. I forholdet mellom erklæringen og konvensjonen er det imidlertid art. 19 og konvensjonens hovedregler om konsultasjon i art. 6 og 7 som vil stå i fokus i den videre analysen.

4.3.3 Samtykkekravet

FPIC kommer til uttrykk i fem av UNDRIPS totalt 46 artikler. Utformingen av bestemmelsene er todelt, og skiller de artikler som oppstiller krav om *samtykke*, og de som oppstiller krav om konsultasjon *med hensikt om* å oppnå samtykke. Art. 10 har følgende ordlyd:

Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. *No relocation shall take place without the free, prior and informed consent* of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return. (Min kursivering)

Videre heter det i art. 11 (2): «States shall provide redress through effective mechanisms [...] with respect to their cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free, prior and informed consent». Krav om samtykke følger også av art. 29 (2): «States shall take effective measures to ensure that no storage or disposal of hazardous materials shall take place in the lands or territories of indigenous peoples without their free, prior and informed consent». Art. 28 (1) fastslår at urfolk har rett til restitusjon eller rimelig kompensasjon i de tilfeller urfolksterritorium er konfiskert, overtatt, okkupert eller ødelagt uten at FPIC foreligger. De nevnte bestemmelsene har til felles at de oppstiller eksplisitte krav for hvordan statene skal eller ikke skal handle og oppgir spesifikke tilfeller for krav om FPIC. På den andre siden skal det etter art. 19 og art. 32 (2) gjennomføres *konsultasjon i god vilje med hensikt om å oppnå* FPIC. Det er tolkningen av disse reglene som er interessant i forbindelse

med spørsmål om hvor langt statene kan gå i å fatte vedtak som berører urfolk. Fremst følger det av art. 19:

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them. (Min kursivering)

«Consent» forutsettes ikke i eksplisitt forstand, i likhet med konsultasjonskravet som følger av ILO 169 art. 6. UNDRIP art. 32 (2) lyder:

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources. (Min kursivering)

I sammenheng med interessen for ressursutvinning i urfolks landområder og under hvilke omstendigheter tradisjonelt land kan være gjenstand for ekspropriasjon, skriver Åhrén at det er ukorrekt å henwise til FPIC som en frittstående rettighet. Dette forklarer han ved at retten til å samtykke eller la være alltid vil være «a result of the applicability of an underlying material right». Dermed må det eksempelvis i eiendomsrettslig sammenheng fremst avklares om urfolkssamfunnet faktisk har materiell eiendomsrett til et territorium.¹⁵⁶

Dette er en interessant synsvinkel med tanke på at urfolks rett til å gi samtykke eller å la være ofte diskuteres i juridisk teori og i rettspraksis, uten at det er rettet mye fokus mot det materielle grunnlaget Åhrén nevner. Dersom avklaring av slike grunnrettigheter hadde vært viet mer oppmerksomhet, kan det argumenteres for at det ville fremstått som tydeligere hvilke typetilfeller som krever FPIC, noe som kunne åpnet for en bredere bruk av samtykkekrav jf. art. 19 som rettskilde både i nasjonal og internasjonal rett. I dag er en utfordring med urfolkserklæringens gjennomslagskraft at de fleste tilslutningsstatene ikke anser at verken art. 19 eller art. 32 (2) utløser en vetorett i form av å kunne nekte samtykke, selv ved svært inngripende vedtak. Dette vil problematiseres nærmere nedenfor.

¹⁵⁶ Åhrén (2016) s. 205-206

4.4 Funksjon som folkerettslig instrument

Et sentralt spørsmål er hvorvidt UNDRIP kodifiserer internasjonal sedvanerett på urfolksrettens område, og således må anses bindende eller delvis bindende for statene. Ifølge Ruud og Ulfstein kan soft law gi uttrykk for hva som anses å være bindende folkerettslig sedvanerett, eller inneholde anbefalinger som over tid utvikler seg til å bli sedvanerett.¹⁵⁷ Sett i lys av at hovedprinsippene i ILO 169 gir uttrykk for internasjonal urfolksrett¹⁵⁸ og at erklæringen oppstiller flere av de samme prinsippene, er det ikke unaturlig å betrakte disse delene av UNDRIPs innhold som bindende. Erklæringens viktigste bestemmelser i denne sammenhengen er likevel de menneskerettslige, særlig relatert til selvbestemmelse, som det kan argumenteres for at er jus cogens – en rettighet av overordnet internasjonal karakter.¹⁵⁹ Slike rettigheter er uskrevne, folkerettslige normer. De anses å være så grunnleggende at de ikke kan fravikes.¹⁶⁰

Det kan neppe hevdes at bestemmelsen om FPIC i art. 19 i sin helhet er jus cogens. Dette på bakgrunn av at flere stater har vært kritisk til samtykkekrav og omfanget av urfolks deltakelse. Alle aspekter av bestemmelsen gjennomføres derfor ikke i praksis internrettlig, noe som vil diskuteres nærmere i kapittel 5 om implementering. Samtidig må det kunne legges til grunn at statenes plikt til å konsultere med urfolk er ufravikelig etter læren om jus cogens. ILO 169 art. 6 og 7, UNDRIP art. 19 og utviklingen som har funnet sted de siste årene underbygger et slikt synspunkt. Konsultasjon utgjør videre en såpass sentral del av ethvert folks rett til selvbestemmelse at det ikke ville samsvare med internasjonale standarder å la slike prosedyrer utebli i forbindelse med planlagte inngrep. I forhold til konsultasjonspraksisen gjennomføres imidlertid ofte inngrep til tross for uttrykt motstand fra urfolks side.

Poma Poma-saken fra FNs menneskerettighetskomité¹⁶¹ utgjør et eksempel på terskelen for inngrep jf. SP art. 27. Det følger av bestemmelsen:

¹⁵⁷ Ruud og Ulfstein (2018) s. 26

¹⁵⁸ Ravna (2019) s. 168 med videre henvisning til Dokument 16 (2011-2012) s. 215 og Samerettsutvalget II i NOU 2007: 13 s. 214

¹⁵⁹ Skogvang (2017) s. 105

¹⁶⁰ Ruud og Ulfstein (2018) s. 73

¹⁶¹ UNHCR, Ángela Poma Poma v. Peru, communication no. 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

Saken ble fremmet av Ángela Poma Poma, et medlem av aymarafolket i Peru som holder til i Andesfjellene. Hun drev en alpakkafarm og hadde blitt utsatt for ødeleggende inngrep i vannressursene hun og familien benyttet seg av til daglig og i forbindelse med gårdsbruket. Dette medførte at livsgrunnlaget til familien falt bort fordi de livnærte seg av dyreholdet. Poma Poma vant på grunn av dette frem i saken, og inngrepet ble erklært rettsstridig. I den forbindelse kan det argumenteres for at inngrep som medfører bortfall av urfolks livsgrunnlag ikke kan aksepteres folkerettslig, noe som i hvert fall medfører at urfolk må ha anledning til å nedlegge veto i konsultasjoner om slike tiltak. Terskelen jf. Poma Poma-saken er imidlertid høy, og det skal mye til for at livsgrunnlaget anses krenket i tilsvarende grad. Nærmere om dette følger i kapittel 5.1.4.2 om Sara-saken fra norsk Høyesterett.

Oppsummert kan det legges til grunn at UNDRIP delvis kodifiserer internasjonal sedvanerett, med tanke på de menneskerettslige punktene den oppstiller relatert til selvbestemmelse samt rett til å utøve sin kultur og sitt språk. Gjeldende FPIC må konsultasjon med urfolk i forbindelse med vedtak som kan berøre dem kunne anses som et sentralt urfolksrettslig prinsipp. FPIC gjennomføres imidlertid trolig ikke i tilstrekkelig grad per i dag til at det faller inn under læren om cogens. Dette til tross for at FPIC representerer en standard som må kunne betraktes som rimelig i forhold til urfolks selvbestemmelsesrett og rett til deltakelse i beslutningsprosesser. Likevel kan det ikke utelukkes at FPIC utføres i større grad i fremtiden og dermed over tid utvikler seg til et sedvanerettslig prinsipp. Det kan etter dette konkluderes med at UNDRIP delvis kodifiserer internasjonal sedvanerett og delvis er bindende for statene, særlig med tanke på en generell konsultasjonsplikt.

5 Implementering av fritt, forhåndsinformert samtykke

5.1 Implementering i Norge

5.1.1 Utgangspunkter

Som bemerket i kapittel 2.2 betraktes norsk rett og folkerett som to separate rettssystemer jf. den dualistiske lære. Konsekvensen av dette er at folkerettslige regler må innarbeides i norsk rett for å kunne anvendes direkte av norske domstoler. Innarbeidelsen realiseres typisk

gjennom inkorporeringsmetoden eller ved transformasjon. Videre vil domstolene gjennom presumsjonsprinsippet legge til grunn at norsk lov er i tråd med folkeretten, og anvende retten deretter. Dette ved å tolke norsk lov i henhold til folkerettslige forpliktelser.¹⁶²

At grunnprinsipper i folkeretten må anses som del av intern norsk rett til tross for manglende inkorporering, vil i de fleste tilfeller likevel medføre riktighet. Enkelte av disse prinsippene sammenfaller samtidig med Grunnlovens menneskerettighetskapittel (E). Også prinsippet om jus cogens underbygger et slikt synspunkt. UNDRIP er ikke implementert i norsk lovgivning gjennom transformasjon av lovtekst. Visse prinsipper som følger av erklæringen er imidlertid allerede formelt forpliktende for Norge gjennom ratifiseringen av ILO 169. Dette gjelder blant annet krav om konsultasjon og deltakelse i beslutningsprosesser. Det er på det rene at UNDRIP anses som et sentralt urfolksrettslig dokument i Norge. Til tross for dette har direkte norsk anvendelse av erklæringen hittil vært forholdsvis begrenset. I det følgende vil implementeringen av art. 19 analyseres med utgangspunkt i lovgivning, rettspraksis og status som enkeltstående kilde i urfolksspørsmål.

5.1.2 Konstitusjonelt grunnlag for implementering

Grunnloven § 108 (tidligere § 110 a) ble som tidligere nevnt først vedtatt i 1988 og er et uttrykk for ønsket om å verne den samiske folkegruppens interesser¹⁶³. Den fastlegger en rettslig, politisk og moralsk forpliktelse overfor samene¹⁶⁴. Grunnlovsbestemmelsen lyder:

Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv.

Til tross for at det har hersket en oppfatning om at paragrafen primært har et politisk og moralsk innhold, oppstiller den rettslige forpliktelser til utvikling og sikring av samenes kultur.¹⁶⁵ Dette vil særlig gjøre seg gjeldende for samisk reindrift, som følge av den nære tilknytningen reindriften har til samisk språk og kultur. FPIC er et særlig aktuelt tema når det kommer til Norges tilslutning til UNDRIP, ved at staten har uttrykt politisk tilslutning til å

¹⁶² Ruud og Ulfstein (2018) s. 68

¹⁶³ Rapport fra arbeidsgruppen til domstoladministrasjonen: Den samiske dimensjonen i rettsvesenet, 14. januar 2011, s. 6

¹⁶⁴ Statsforvalteren, Grunnlovens § 108 og folkeretten, 31. mars 2017, <https://www.statsforvalteren.no/nb/Nordland/landbruk-og-reindrift/Reindrift/Regelverk-om-reindrift/Grunnlovens--108-og-folkeretten/> (lest 23. mars 2021)

¹⁶⁵ Øyvind Ravna, Samerett og samiske rettigheter i Norge s. 158 med videre henvisning til NOU 2007:13 Den nye sameretten s. 190 og Andenæs og Fliflet, Statsforfatningen i Norge, s. 477

innhente fritt og forhåndsinformert samtykke ved planer som berører reindriftssamer, eller deres områder.¹⁶⁶ I St. prp. nr. 1 (2007-2008) ble det uttalt av regjeringen at «Norges samepolitikk anses å være i overensstemmelse med urfolkserklæringen».¹⁶⁷

Grunnloven § 108 har selvstendig betydning ved tolkningen av lover og ved anvendelse av sedvanerettslige regler, likeledes kan den være et selvstendig rettsgrunnlag der andre rettskilder ikke gir noe svar.¹⁶⁸ Skogvang bemerker likevel at det må tas forbehold om at bestemmelsen inneholder flere uklare begreper og at det slik sett kan være vanskelig å se hvem som er rettighetssubjekt for § 108 og hvilket vern den gir.¹⁶⁹

5.1.3 Nasjonal lovgivning

5.1.3.1 Utgangspunkter

I Norge er mange av erklæringsrettighetene gjennomført som resultat av ratifiseringen av ILO 169 og lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (Finnmarksloven). Sistnevnte og konsultasjonsavtalen som ble inngått mellom regjeringen og Sametinget 11. mai 2005¹⁷⁰ utgjør en sammenhengende utvidelse av regelverket som ble vedtatt innenfor samme periode. Et spørsmål som diskuteres nærmere i kapittel 5.1.4.4 er om FPIC kan utledes direkte fra disse reglene.

Sametinget er som nevnt samenes folkevalgte representative organ. Konsultasjon og FPIC i den grad det praktiseres jf. art. 19 i Norge, foregår dermed oftest mellom staten og Sametinget gjennom rutinemessige konsultasjonsmøter og rapporter. Imidlertid vil det forekomme tilfeller hvor det er nødvendig å konsultere med enkeltpersoner eller bestemte urfolkssamfunn i spesifikke saker. Som nærmere omtalt nedenfor i kap. 5.1.4.2 har Poma Poma-saken og dommen i HR-2017-2428-A hatt betydning for hvordan slike prosesser skal foregå i Norge. Samerettsutvalget II uttalte i NOU fra 2007 at urfolkserklæringens viktigste betydning på kortere sikt ikke vil være at den går særlig mye lenger enn det som allerede følger av ILO

¹⁶⁶ Statsforvalteren, Grunnlovens § 108 og folkeretten, 31. mars 2017, <https://www.statsforvalteren.no/nb/Nordland/landbruk-og-reindrift/Reindrift/Regelverk-om-reindrift/Grunnlovens--108-og-folkeretten/> (lest 23. mars 2021)

¹⁶⁷ Skogvang (2017) s. 118

¹⁶⁸ Ravna (2019) s. 126 med videre henvisning til HR-2018-456-P avs. 91, HR-2018-872-A avs. 39 og Skogvang (2017) s. 188. Skogvang skriver at «den [sameparagrafen] vil være en retningslinje for Stortingets lovgivende myndighet i samespørsmål, den vil legge bånd på forvaltningens skjønnsutøvelse i samesaker, være et viktig moment ved tolkningen av samerettslige regler samt være selvstendig rettsgrunnlag der andre rettskilder ikke gir noe svar».

¹⁶⁹ Skogvang (2017) s. 190

¹⁷⁰ Nærmere om dette i kap. 5.1.3.2.

169, men at den vil bidra til å øke den generelle internasjonale oppslutningen om prinsippene som er regulert i konvensjonen. I kombinasjon med sin brede oppslutning, styrker dermed UNDRIP grunnlaget og legitimiteten rettighetene ILO 169 regulerer. Her konkluderer utvalget med at den brede tilslutningen også vil kunne påvirke ytterligere utvikling i retning av dannelse av folkerettslig sedvanerett og utarbeidelse av nye konvensjoner.¹⁷¹

Det slås fast i UNDRIP art. 46 (2) at erklæringen skal anvendes i samsvar med folkeretten.¹⁷² Det innebærer at rekkevidden av erklæringens art. 19 må avklares ut fra tolkningen av tilsvarende konsultasjonsforpliktelser i andre folkerettslige dokumenter, og i lys av for eksempel uttalelser fra FNs menneskerettskomité eller ILO-organene.¹⁷³ Hva gjelder samepolitikk i Norge er det på det rene at den rett til selvbestemmelse erklæringen oppstiller, er anerkjent av staten og skal utøves innenfor rammen av statens territorielle integritet¹⁷⁴. Det er et etablert faktum at konsultasjon og deltakelse er en sentral del av selvbestemmelsesretten. Art. 19 bør dermed i Norge være utslagsgivende når det kommer til samiske interessers innflytelse og medbestemmelse.

Heller ikke ILO 169 har vært gjenstand for noen generell inkorporasjon i norsk rett¹⁷⁵. I den grad inkorporering foreligger har den primært funnet sted gjennom Finnmarksloven og lov 20. juni 2014 nr. 51 om fiskeretten i Tanavassdraget (Tanaloven). Finnmarkslovens formål er å legge til rette for at grunn og naturressurser i Finnmark forvaltes på en balansert og økologisk bærekraftig måte til beste for innbyggerne i Finnmark og særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsniv. Bestemmelsen i § 3 fastlegger forholdet til folkeretten og lyder slik:

Loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens

¹⁷¹ NOU 2007:13 A s. 190. UNDRIP ble for øvrig vedtatt samme år. Det må således tas forbehold om at utvalget ikke hadde observert erklæringens effektivitet over lengre tid på daværende tidspunkt.

¹⁷² Det heter i bestemmelsen: «De rettigheter som anerkjennes i denne erklæring, skal utøves med respekt for alles menneskerettigheter og grunnleggende friheter. Utøvelse av de rettigheter som er nevnt i denne erklæring, skal ikke være gjenstand for andre begrensninger enn de som er fastsatt ved lov og er i samsvar med internasjonale menneskerettslige forpliktelser. Enhver slik begrensning skal være ikke-diskriminerende og strengt nødvendig, og skal utelukkende ha til hensikt å sikre at andre menneskers rettigheter og friheter blir behørig anerkjent og respektert, og å oppfylle rettferdige og de mest tungtveiende krav i et demokratisk samfunn.»

¹⁷³ Prop. 86 L (2020-2029) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner) s. 44

¹⁷⁴ Prop. 116 L (2017-2018), s. 33-34

¹⁷⁵ NOU 2007:13 A s. 215

regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomster med fremmede stater om fisket i grensevassdragene.

Forarbeidet i Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) har et folkerettslig kapittel i punkt 5, hvor det følger at materialet fra Samerettsutvalgets utredningsarbeid på tidspunktet viste et «til dels stort sprik i oppfatningen av gjeldende folkerett» samt hvor samiske rettigheter forelå geografisk, noe som medførte et særlig problem ved anvendelsen av folkerettsreglene. I punkt 3 gis en oversikt over sentrale rettskilder i nasjonal rett som er relevante ved vurderingen av samenes rettigheter til land og vann i Finnmark. Det heter på s. 77:

Innenfor folkeretten er det særlig to kilder som står sentralt: FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 27, og bestemmelsene om landrettigheter i ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Det finnes også andre folkerettslige regler som Norge er bundet av og som kan tenkes å være av betydning generelt for samiske spørsmål. For spørsmålet om samiske rettigheter til land og vann er det imidlertid de to nevnte konvensjonene som er av særlig interesse, og gjennomgangen begrenses til disse.¹⁷⁶

Angående rekkevidden av inkorporeringen viser Høyesterett i HR-2018-456-P til forarbeidet i Innst. O. nr. 80 (2004-2005)¹⁷⁷ og stadfester at det er tale om en delvis inkorporering. Det følger av justiskomiteens uttalelser at ILO 169 uavhengig av inkorporering vil være en viktig rettskildefaktor ved anvendelsen av Finnmarksloven. Dette på bakgrunn av presumsjonsprinsippet, og at Norge har ratifisert konvensjonen og dermed er folkerettslig forpliktet til å følge den. Justiskomiteen bemerker videre:

Etter grundige overveielser har flertallet derfor [ref. at det ble oppfattet som viktig for Sametinget med en henvisning til ILO 169 i lovs form] funnet det hensiktsmessig å foreslå en begrenset inkorporering av konvensjonen ved å ta inn en regel i § 3 om at loven skal gjelde 'med de begrensninger' som følger av ILO-konvensjonen. Dette vil samtidig synliggjøre lovens folkerettslige bakgrunn på en god måte [...] Formuleringen 'med de begrensninger' vil innebære at ILO-konvensjonen går foran finnmarksloven hvis det skulle vise seg at bestemmelser i loven står i motstrid til bestemmelser i ILO-

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 77

¹⁷⁷ Avs. 101

konvensjonen. Hvis man derimot kommer til, på bakgrunn av ILO-konvensjonen, at loven mangler bestemmelser av et visst innhold, vil dette være en oppgave for lovgiver.

Domstolen skal med andre ord ikke bruke ILO-konvensjonen til å bygge ut finnmarksloven. Det vil være enklere å forutse konsekvensene av en slik begrenset inkorporering enn om man skulle gi ILO-konvensjonen generell forrang over all norsk lovgivning.

Høyesterett henviser etter dette til dommen i HR-2016-2030-A (Stjernøya) avs. 46, for en nærmere beskrivelse av hva en delvis inkorporering innebærer:

Uttalelsen om at ILO-konvensjonen ikke skal brukes til 'å bygge ut finnmarksloven' understreker at inkorporeringen var ment å begrense seg til finnmarkslovens egne bestemmelser. Selv om loven regulerer prosedyrene for å avklare rettigheter, regulerer den ikke de *materielle reglene* som rettighetene skal avklares på grunnlag av. At rettigheter ikke kan utledes 'direkte fra ILO-konvensjonen', er dessuten uttrykkelig presisert i flertallets merknader til lovens § 5 på side 36 i innstillingen.

Nærmere om betydningen av HR-2018-456-P følger i kapittel 5.1.4.4.

5.1.3.2 Konsultasjonsavtalen med Sametinget

I Norge har samenes rett til å bli konsultert i saker som kan få direkte betydning for dem blitt løst gjennom avtalen om prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget. Avtalen ble inngått 11. mai 2005. Sametingets plenum sluttet seg til prosedyrene 1. juni samme år, og det ble stadfestet at de avtalte prosedyrene skal gjelde for hele statsforvaltningen.¹⁷⁸ Prosedyrenes formål ifølge avtalens punkt 1 er å bidra til en praktisk gjennomføring av statens folkerettslige forpliktelse til å konsultere med urfolk, samt søke å oppnå enighet mellom statlige myndigheter og Sametinget når det overveies å innføre lover eller tiltak som kan påvirke samiske interesser direkte. Et videre formål er å «legge til rette for utviklingen av et partnerskapsperspektiv» mellom myndighetene og Sametinget, som virker til styrking av samisk kultur og samfunn. Dette innebærer å utvikle en felles forståelse for situasjonen og utviklingsbehovet i samiske samfunn.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Konsultasjonsplikt i samiske saker, 7. september 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtpalte/konsultasjonsplikt-i-samiske-saker/id86931/> (lest 8. mars 2021)

¹⁷⁹ Se avtalens punkt 1

Det heter i punkt 2 at konsultasjonsprosedyrene gjelder for regjeringen, departementer, direktorater og andre underliggende virksomheter. Med «saker som vil kunne påvirke samiske interesser direkte» menes sakstyper som lover, forskrifter, enkeltvedtak, tiltak og beslutninger, og disse kan omfatte «alle ideelle og materielle former for samisk kultur». Saker av generell karakter vil i utgangspunktet ikke omfattes av konsultasjonsplikten. Avtalen stiller krav til full informasjon om den aktuelle saken og relevante forhold i alle stadier av saksbehandlingen, så tidlig som mulig. Konsultasjonene skal foregå i «god tro» og med målsetting om å oppnå enighet om foreslåtte tiltak.¹⁸⁰ Som tidligere nevnt er antagelig «god vilje» en mer treffende oversettelse av «good faith», med tanke på formuleringene i UNDRIP og ILO 169.¹⁸¹

Systematiseringen av konsultasjon er ordnet i faste politiske møter mellom statsråden for samiske saker og Sametingspresidenten hvert halvår. Det avholdes i tillegg halvårlige møter mellom Sametinget og det interdepartementale samordningsutvalget for samiske saker.¹⁸² En slik ordning har vist seg å være vellykket, og er i tråd med folkerettslige veiledningsdokumenter som fastholder at systematikk og institusjonalisering er nødvendig for tilfredsstillende gjennomføring av effektiv konsultasjon. Andre tiltak avtalen oppstiller for å sikre tilfredsstillende konsultasjon inkluderer føring av protokoll (punkt 7) og årlig rapport om situasjon og utviklingstrekk i samiske samfunn, utarbeidet av kommunal- og regionaldepartementet¹⁸³ og Sametingets felles faglige analysegruppe (punkt 8). Etter å ha blitt informert om en sak gir Sametinget tilbakemelding om hvorvidt videre konsultasjoner er ønskelig. Samtidig kan også Sametinget ta opp saker dersom de ønsker å gjennomføre konsultasjoner. Det skal tilrettelegges for at ytterligere konsultasjonsmøter kan avholdes ved behov, og at saker ikke avsluttes så lenge partene antar at det er mulig å oppnå enighet.¹⁸⁴

I 2007 utførte arbeids- og inkluderingsdepartementet¹⁸⁵ en undersøkelse om erfaringene rundt konsultasjonsprosedyrene. Allerede på dette tidspunktet kom det fram at det hadde blitt enklere for statlige instanser å kontakte Sametinget, og at relasjonsbyggingen disse instansene

¹⁸⁰ Se avtalens punkt 6

¹⁸¹ Imidlertid kan det tenkes at dette ikke har større praktisk betydning når avtalen presiserer at konsultasjoner skal foregå med målsetting om å oppnå enighet. Et slikt utgangspunkt vil i seg selv forutsette god vilje. Nærmere om det følger i neste kapittel.

¹⁸² Se avtalens punkt 5

¹⁸³ I dag kommunal- og moderniseringsdepartementet

¹⁸⁴ Se avtalens punkt 6

¹⁸⁵ I dag arbeids- og sosialdepartementet

imellom hadde hatt en positiv virkning. I dag er konsultasjonsordningen godt etablert og avtalen har på mange måter vært effektiv. Imidlertid foreligger det et ønske fra Sametingets og samiske interessers hold om lovfesting av konsultasjonsplikten, som hittil ikke har funnet sted. Slik tilbakeholdenhet på det samiskrettslige området trekker i retning av at Sametingets uttrykte synspunkter ikke blir tatt til etterretning i tilstrekkelig grad. Full gjennomføring av FPIC foreligger ikke i form av at det heller ikke hersker noe etablert rett til å nedlegge veto i særlig inngripende saker.

5.1.3.3 Lovendringer- og forslag relatert til FPIC

Det arbeides på nåværende tidspunkt med en lovfestet implementering av konsultasjonsplikt og prosedyrer rettet mot staten i saker som kan berøre urfolk. Arbeidet har foregått i lang tid: En omfattende utredning med lovforslag om blant annet konsultasjon ble innledet i 2001 ved gjenoppnevningen av Samerettsutvalget. I tiden som har fulgt siden Samerettsutvalgets opprinnelige mandat, foreligger større endringer i rettsstilstanden både i Norge og internasjonalt. Blant annet Grl. § 108, utvidelser i sameloven og vedtakelsen av lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) har kommet til i nasjonal lovgivning i tiden som fulgte.¹⁸⁶ Internasjonalt har flere urfolksrettslige prinsipper blitt anerkjent som folkerettslig sedvane som er bindende for statene.

Utvalgets arbeid i forbindelse med gjenoppnevningen skulle dermed skje på bakgrunn av disse forholdene. Arbeidet innebar en fremstilling av rettsutviklingen og rettsstilstanden på området, samt en vurdering av hvilke endringer i rettsstilstanden som ellers var ønskelige. Det var særlig den samiske befolkningens rettslige stilling i forhold til land, vann og naturressurser som skulle være gjenstand for utredning. Utvalget la i NOU 2007:13 frem forslag om nye lover gjeldende kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til land og vann, ny forvaltningsordning for statsgrunn i Troms og Finnmark, og om saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få innvirkning i de tradisjonelle samiske områdene i Norge. Sistnevnte var begrunnet med Norges folkerettslige plikt til å konsultere samene i saker som gjelder dem. I utredningen følger videre en omfattende gjennomgang av gjeldende rett og

¹⁸⁶ Regjeringen, Justis- og beredskapsdepartementet, Bakgrunn og mandat for Samerettsutvalgets arbeid, 29. mai 2009, <https://www.regjeringen.no/no/dep/jd/org/styre-rad-og-utval/innstillinger/innstillinger-fra-utvalg/innstillinger-levert-i-2007-2/samerettsutvalget/bakgrunn-og-mandat-for-samerettsutvalget/id457045/> (lest 18. mars 2021)

ønskelige endringer i rettstilstanden. Den foreslåtte saksbehandlings- og konsultasjonsloven er nært tilknyttet folkerettens bestemmelser om urfolk og minoriteter og skulle ha som formål å anvendes i samsvar med disse. Forslaget bygde særlig på ILO 169 og SP. Av § 16 følger hensikten med konsultasjonene: de skal «gjennomføres med god vilje, og med sikte på å oppnå enighet om eller tilslutning til den foreslåtte lovgivningen eller de foreslåtte tiltakene».¹⁸⁷ Om valg av formulering sa utvalget følgende:

Utvalget har imidlertid funnet det hensiktsmessig å legge seg nærmere opp til formuleringen i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 6 (2) enn hva konsultasjonsavtalen gjør på dette punktet. Uttrykket «i god tro» har i norsk juridisk terminologi et betydningsinnhold som avviker fra innholdet i uttrykket «in good faith» slik dette er brukt i artikkel 6 (2). Det vil derfor etter utvalgets mening være mer dekkende å bruke uttrykket «med god vilje».

Her benyttes UNDRIP-formuleringen «in good faith». I sin helhet oppstiller lovforslaget bestemmelser som samsvarer med FPIC jf. urfolkserklæringen, som ble vedtatt samme år. Det fulgte riktignok ikke krav om enighet eller samtykke i bestemte tilfeller. Oppfølging av konsultasjonslovgivningen i NOU 2007:13 kom ikke i form av et videreført lovforslag før i 2018, da regjeringen fremla Prop. 116 L (2017-2018) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner).¹⁸⁸ Kommunal- og moderniseringsdepartementet foreslår i denne proposisjonen et eget kapittel om konsultasjoner i sameloven (i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser), fremfor en detaljert lov om konsultasjoner og saksbehandling. På kommunalt og fylkeskommunalt nivå foreslås det å kun lovfeste hovedprinsippene i konsultasjonsplikten, med hensyn til nødvendig fleksibilitet¹⁸⁹. I forblindelse med en slik løsning vil det utarbeides en skriftlig veileder som skal bidra til tolkning av lov, forskrift mv. for å sikre forutsigbarhet og forenkling for konsultasjonspartene.¹⁹⁰ Konsultasjoner på statlig nivå blir foreslått lovfestet og nærmere regulert i forskrift. Den 9. mai 2019 vedtok Stortinget å sende proposisjonen tilbake til regjeringen. Stortinget ba om at den ble sendt på alminnelig høring før saken skulle fremmes på nytt. Den oppgitte grunnen til dette var at det var gått lang

¹⁸⁷ NOU 2007:13 Den nye sameretten s. 54-59, Lov om saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for naturgrunnlaget i tradisjonelle samiske områder (saksbehandlings- og konsultasjonsloven)

¹⁸⁸ Meld. St. 31 (2018-2019) Samisk språk, kultur og samfunnsliv s. 45

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Prop. 116 L (2017-2018) s. 43-46

tid siden samerettsutvalgets utredning var på høring.¹⁹¹ I forbindelse med Meld. St. 31 (2018-2019) om samisk språk, kultur og samfunnsliv uttalte Sametinget at «det er en stor utfordring at store deler av forslagene til samerettsutvalget har blitt liggende i mange år i departementene under ulike regjeringer», og at det derfor er viktig at disse forslagene følges opp snart.

På nåværende tidspunkt er forslaget til inne til behandling under Prop. 86 L (2020-2021). Dersom lovendringen vedtas vil den utgjøre et nytt kapittel 4 i sameloven. Kapitlet skal inneholde regler om hvilke saker som utløser plikt til konsultasjon (lovgivning, forskrifter og andre beslutninger eller tiltak som vil kunne påvirke samiske interesser direkte, ekskludert statsbudsjettet og saker av generell karakter), rett og plikt til å konsultere og bli konsultert, varsling om saker som kan bli gjenstand for konsultasjoner samt innholdet i og formålet med konsultasjonene. Formålsparagrafen i sameloven § 1-1 blir foreslått utvidet gjennom et tillegg i andre ledd:

Loven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter.

Foreslått § 4-6 er bestemmelsen som er nærmest tilknyttet FPIC. Den lyder:

Konsultasjonene skal gjennomføres i god tro og med formål om å oppnå enighet. Det organet som har konsultasjonsplikt, skal gi full informasjon om relevante forhold på alle stadier i behandlingen av saken.

Her benyttes fortsatt formuleringen «god tro» fremfor «god vilje». Loven inneholder ikke ytterligere bestemmelser som regulerer saker hvor samtykke bør kreves. Dermed vil det etter forslaget i utgangspunktet være tilstrekkelig å konsultere med urfolk om inngripende vedtak, uten at det foreligger et krav om å komme til enighet eller oppnå samtykke. Konsultasjonene skal imidlertid begynne så tidlig at partene har reell mulighet til å oppnå enighet om beslutningen, og ikke avsluttes så lenge partene antar at det er mulig å oppnå enighet om saken.

Oppsummeringsvis taler omstendighetene i retning av at ferdigstillingen av arbeidet med Den nye sameretten og en konsultasjonslov har tatt lang tid av gode grunner. Arbeidet er utvilsomt

¹⁹¹ Prop. 86 L (2020-2021) s. 30

tidkrevende med tanke på nødvendigheten av grundige utredninger om rettstilstanden slik den foreligger nasjonalt, men også i forhold til folkeretten. Mye av dette arbeidet ble imidlertid gjort allerede ved samerettsutvalgets NOU i 2007 og de påfølgende høringene. Samtidig har den internasjonale utviklingen langt på vei lagt videre føringer for hva som kreves fra statlig hold i urfolksspørsmål. Det er dermed grunn til å betrakte den langvarige prosessen med kritisk blikk til tross for at konsultasjonsavtalen med Sametinget og lignende samarbeid på mange måter har vist seg å være vellykket. Med tanke på de siste tiårenes folkerettslige fremdrift er det noe påfallende at Norge som en aktiv pådriver i utarbeidelsen og anerkjennelsen av urfolks rettigheter, ikke selv har inkorporert eller delvis inkorporert relevante avtaler og erklæringer i nasjonal rett.

5.1.4 Praksis fra Høyesterett og Högsta domstolen

Hvordan Høyesterett stiller seg til UNDRIP har stor betydning for implementering og erklæringens gjennomslag i norsk rett. Ved siden av dette strekker Sápmi seg over fire stater, noe som ikke utelukker at sentrale samerettslige avgjørelser fra andre domstoler kan ha relevans i Norge. Derfor er en svensk høyesterettsdom inkludert i dette kapitlet. Tilknytningen mellom norsk og svensk rett – og særlig samerett – forklares nærmere i kapittel 5.1.4.5.

På nåværende tidspunkt er det som allerede nevnt på det rene at UNDRIP anses som et sentralt dokument innenfor urfolksretten, både av Høyesterett og andre instanser.

Rekkevidden av et slikt standpunkt fra Høyesterett vil avhenge av hvordan erklæringen benyttes som rettskilde i fremtidige avgjørelser. På den ene siden kan erklæringen anvendes som støtte for å underbygge eller tolke annen rett. En mer vidstrakt bruk vil innebære direkte bruk av erklæringen som rettsgrunnlag. Denne typen anvendelse vil sannsynligvis bygge på en forståelse av at reglene UNDRIP oppstiller delvis gjenspeiler og kodifiserer internasjonal sedvanerett, og dermed har et formelt bindende innhold, jf. ovenfor i kapittel 4.4.

Høyesterettsavgjørelser om konsultasjon og samtykke i tiden i før UNDRIP innbefattes i oversikten over norsk (kap. 5.1.4.1) og canadisk (kap. 5.2.4.1) rett. Dette fordi utviklingen av urfolksrettslige konsultasjonsprinsipper påbegyntes i forkant for erklæringens offisielle vedtakelse i 2007. Videre nedfeller som påpekt ILO 169 et bindende konsultasjonselement jf. art. 6 og 7 for statene som har ratifisert konvensjonen. Særskilte spørsmål om konsultasjon har vært hyppig gjenstand for domstolsbehandling, hvorav enkelte avgjørelser omtaler temaet på et mer generelt plan. Uttalelsene er imidlertid ofte prinsipielle, og uttrykker domstolene

syn på de folkerettslige reglene statene er bundet av. Dommene redegjøres for i kronologisk rekkefølge basert på årstall,

5.1.4.1 Prinsipielle samerettslige Høyesterettsavgjørelser

I avgjørelsen Rt. 2001 s. 1229 (Svartskog) gjaldt saken spørsmål om eiendomsrett til et utmarksområde i Mandalen i Kåfjord kommune i Troms. Partene var grunneiere og rettighetshavere i Mandalen, og staten. Høyesterett gjorde i denne dommen en historisk gjennomgang av hvilken bruk som var utøvd i det gjeldende området og hvor lenge den hadde foregått. Resultatet i avgjørelsen var at kravene til brukens omfang og varighet oppfylte kravene for brukernes erverv av eiendomsrett. Dette inkluderte krav om god tro, som ble ansett oppfylt. God tro-vurderingen i saken var spesiell ved at den var tilpasset samisk kultur. Høyesterett uttalte at dersom en tilsvarende bruk som den i saken hadde vært utøvd av personer med annen bakgrunn, «ville den ha avspeilt at de mente å eie området». At samene med sin kollektive ressursutnyttelse ikke hadde samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett kunne dermed ikke hindre rettserverv. Dette på grunnlag av at samenes rådighetsutøvelse slik sett ville blitt satt i en «ugunstig særstilling i forhold til befolkningen for øvrig».¹⁹²

De påberopte internasjonale rettskilder fant Høyesterett det unødvendig å gå inn på. Imidlertid påpekte Høyesterett som støtte for sitt standpunkt at det var i godt samsvar med reglene i ILO 169 og de hensyn regelen i art. 14 nr. 1 skal ivareta¹⁹³. Uten å gå nærmere inn på Høyesteretts redegjørelser for bruken i området i denne sammenhengen, utgjør Svartskogensaken ved siden av Rt. 2001 s. 769 (Selbusaken) et «paradigmeskifte»¹⁹⁴ i sameretten. Med dette menes at Høyesterett i begge dommene har vektlagt samisk bruk og samiske sedvaner i anvendelsen av norsk rett.¹⁹⁵ Gjenstand for tvist i Selbusaken var spørsmål om Essand og Riast/Hylling reinbeitedistrikter hadde beiterett for sine rein i private utmarksområder innenfor distriktsgrensene i Selbu kommune i Sør-Trøndelag. Saken ble behandlet i plenum. Flertallet kom frem til at de norske rettskildene, med den tilpasning som må gjøres med hensyn til

¹⁹² Dommen s. 1253

¹⁹³ Høyesterett uttaler på s. 1235: «Uavhengig av Norges folkerettslige forpliktelser tilsier dette at bruken gir grunnlag for rettserverv ved alders tids bruk, og at statens eiendomsrett til Svartskogen ikke er forenlig med de rettigheter som Mandalens befolkning har ervervet. Det støtter imidlertid det standpunktet jeg er kommet til, at det er i godt samsvar med reglene i ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater artikkel 14 nr. 1 første punktum og de hensyn denne regelen skal ivareta»

¹⁹⁴ Gunnar Eriksen, Kart og Plan, vol. 62, *Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis, 4.3 Selbu- og Svartskogensaken fra 2001. Et paradigmeskifte?* (2002) s. 242-243

¹⁹⁵ Susann Funderud Skogvang, «Svartskogen-saken», Store Norske Leksikon, 5. februar 2021, <https://snl.no/Svartskogen-saken> (lest 13. mai 2021)

reindriften, var tilstrekkelig til å begrunne beiterett i områdene. Høyesterett fastslår i dommen at det er «utvilsomt» at samene har status som urfolk i Norge jf. definisjonen i ILO 169 art. 1 nr. 1 bokstav b¹⁹⁶. Førstvoterende sier på dommens side 793 at man i saker av denne art står ovenfor et særlig metodespørsmål:

Ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur hadde ikke reindriftssamene noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk [...] På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende, muntlige overleveringer. Slike overleveringer må vurderes nøye, men kan ikke generelt avvises. Og dersom de støttes av andre opplysninger, kan de få økt vekt. Videre viser jeg til at da samene var nomader og stort sett brukte organiske materialer som går i forråtnelse, vil det også kunne være vanskelig å finne fysiske spor etter reindriften.

Det fastslås videre at disse forholdene tilsier varsomhet med å trekke slutninger av at man mangler konkrete opplysninger om samenes tilstedeværelse i et område, noe som ikke minst må gjøres gjeldende i Selbu hvor «undersøkelsene etter samiske kulturminner har hatt et beskjedent omfang». Likeledes uttaler førstvoterende at det må tas hensyn til at det kan oppstå misforståelser i kommunikasjon mellom nordmenn og samer. Dette fordi språklige og kulturelle forskjeller kan medføre at man oppfatter hverandre på en uriktig måte.

I Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) blir sentrale momenter i disse dommene kommentert av komiteen:

Det man kan utlede av disse dommene er at Høyesterett anvender velkjente tingsrettslige prinsipper, men på samiske premisser og i tråd med folkeretten. Det synes som Høyesterett [i Svartskogsaken] anvendte den rettsnormen en fortolkning av de folkerettslige tekstene gir i den konkrete tingsrettslige analysen. Dette medførte at samisk bruk og det samiske syn på og holdning til eierposisjon ble lagt til grunn for avgjørelsen. I Selbudommen var dette særlig tydelig i vurderingen av nomadisk bruk og i Svartskogdommen kom dette til uttrykk i vurderingen av god tro og i forhold til tradisjonell samisk rettsoppfatning av eiendomsbegrepet.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Dommen s. 792

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 44. Se også Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 36 om samme tema hvor det blant annet uttales: «Det er flertallets vurdering at bevisbedømmelsen i nyere rettspraksis har vært tilfredsstillende.

En slik anvendelse samsvarer med synspunktene Sametinget senere fremmet i sitt vedtak til justiskomiteens innstilling om Finnmarksloven¹⁹⁸. Sametinget fremhever her at «anerkjennelse av samisk sedvanemessig bruk vil bidra til at kommende generasjoner samer sikres en trygg framtid med bakgrunn i deres forfedres bruk av deres tradisjonelle områder». Svartskog- og Selbuavgjørelsene fra 2001 blir imidlertid stående som to av de mest sentrale Høyesterettsdommene som anerkjenner samisk bruk og sedvane.

5.1.4.2 HR-2017-2428-A (Sara)

I denne saken hadde reindriftsmyndighetene vedtatt at reineieren Sara som var leder av en sidaandel måtte redusere antall rein i flokken. Vedtaket var hjemlet i reindriftsloven § 60 tredje ledd andre punktum og flokken skulle gå fra 116 til 75 dyr, hvilket tilsvarte en reduksjon på 35,6 prosent. I motsetning til de tidligere instansene kom Høyesterett med et flertall på fire dommere til at vedtaket var gyldig. Som grunnlag for avgjørelsen viste Høyesterett til at vedtaket ikke krenket reineiernes rettigheter jf. SP art. 27, til tross for at det ikke var mulig å drive lønnsomt med et så lavt reintall. For Sara forelå ikke noen rett til utbytte, overskudd eller berettiget forventning om å kunne utvide til en stor flokk i gjeldende tilfelle. Bakgrunnen var at reintallet i området allerede var for høyt da han ble leder av siidaandelen. Reineierens rettigheter ble tilsvarende ikke ansett krenket jf. EMK P1-1.

I forhold til FPIC er saken interessant på bakgrunn av Høyesteretts generelle forståelse av SP art. 27 og hvorvidt reineiernes rettigheter har blitt krenket etter bestemmelsen eller ikke. I avs. 72 uttaler førstvoterende at det er på det rene at det i denne vurderingen har betydning om minoriteten «har fått uttale seg og blitt trukket inn i prosessen»¹⁹⁹. Det konstateres at myndighetene har en konsultasjonsplikt, hvor det påfølgende spørsmålet i dommen er hva som ligger i denne konsultasjonsplikten. Lagmannsretten hadde i sin avgjørelse tatt utgangspunkt i Poma Poma-saken samt oppstilt krav om at deltakelsen må ha virket inn på avgjørelsens innhold. Videre antydte lagmannsretten en plikt til å innhente informert forhåndssamtykke. Høyesterett stiller seg uenig i disse vurderingene i dommens avsnitt 74:

Poma Poma-saken gjaldt som nevnt et inngrep fra myndighetene som fullstendig rev bort livsgrunnlaget for klageren og de øvrige medlemmene av minoritetssamfunnet

Nyere norsk rettspraksis, særlig Selbu- og Svartskogdommen, har gitt anvisning på hvordan tradisjonell samisk bruk skal anses som grunnlag for rettsverv. Det vil være viktige rettskilder for kommisjonen og domstolen».

¹⁹⁸ Innst. O. nr. 80 (2004-2005), vedlegg 3

¹⁹⁹ jf. HR-2017-2247-A (Reinøy) avs. 121.

hun tilhørte. I et slikt tilfelle synes det klart at krenkelse må konstateres, hvis det ikke er innhentet samtykke fra minoriteten på forhånd. Men dette kan ikke overføres til en sak som vår.²⁰⁰

Det ble i avs. 71 henvist til saker som gjelder «interne forhold», blant annet Mahuika-saken²⁰¹ der menneskerettighetskomiteen uttalte at de aktuelle medlemmene i minoriteten må ha fått «the opportunity to participate». I Lovelace- og Kitok-sakene²⁰² ble ikke problematikken rundt konsultasjoner berørt. Dermed konkluderer førstvoterende i avs. 74 at det «i hvert fall ikke kan oppstilles noe ubetinget krav om at minoritetenes deltakelse må ha virket inn på avgjørelsen». Dermed stiller Høyesterett opp et skille mellom inngripende tiltak fra storsamfunnet og «interne forhold» der formålet er å bedre situasjonen for minoriteten samlet sett. Videre bemerkes det i avs. 75 at menneskerettighetskomiteens General Comment nr. 23 pkt. 7 krever «measures to ensure the effective participation of member of minority communities in decisions which affect them», noe som også er lagt til grunn i Mahuika-saken. Høyesterett finner etter dette ikke grunnlag for å kreve at minoriteten faktisk har påvirket avgjørelsen, men anser at det må være tilstrekkelig at minoriteten er konsultert ut fra et ønske om å finne en omforent løsning.

Forståelsen av art. 27 oppsummeres i avs. 76 med at det enkelte tilfelle må vurderes konkret ut fra tiltakets innvirkning på enkeltindividet:

I en sak som denne må det tas stilling til om tiltaket er i minoritetens interesse som gruppe, og om det har en rimelig og objektiv begrunnelse holdt opp mot enkeltindividet. Enkelte uttalelser kan tyde på at tiltaket må være nødvendig av hensyn til minoritetsgruppen som helhet. Et krav om effektiv deltakelse i beslutningsprosessen inngår i vurderingen.

I spørsmålet om reieneierens rettigheter var krenket jf. SP art. 27 uttaler førstvoterende:

²⁰⁰ Om dette skriver for øvrig Ravna at en slik uttalelse ikke er uproblematisk, da den «kan gi inntrykk av at dersom det innhentes forhåndssamtykke, kan det gjøres inngrep som ‘fullstendig [river] bort livsgrunlaget til klageren’», se Ravna (2019) s. 165.

²⁰¹ Saken omhandlet syv maorisamfunns rett til selvbestemmelse og kontroll over tradisjonelt fiske i Waitangi-området. Se *Apirana Mahuika et al. V. New Zealand*, CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

²⁰² Se *Sandra Lovelace v. Canada*, CCPR/C/13/D24/1977 (1981) og *Ivan Kitok v. Sweden*, CCPR/C/33/D197/1985 (1988).

Oppsummeringsvis ser jeg det slik at den forholdsmessige reintallsreduksjonen ivaretar reindriftssamenes interesse som gruppe. Reguleringen rammer alle og slik at utøvere med størst flokk må redusere med flest dyr. Ordningen fremstår som saklig, rimelig og nødvendig for å ivareta reindriftssamene som gruppe [...] Selv om Sametinget ikke har fått gjennomslag for sitt syn på alle punkter, gjennomfører regelverket en betydelig grad av selvstyre. Jeg har på denne bakgrunn kommet til at Saras rettigheter etter SP artikkel 27 ikke er krenket.²⁰³

Ifølge Ravna er gjeldende norsk rett på området (inntil Høyesterett måtte komme til noe annet) at det stilles krav om forhåndssamtykke i saker som gjelder vesentlige inngrep i minoriteters og urfolks mulighet til å utøve sin kultur, om det er et naturinngrep fra andre interessenter. Dette kravet gjelder på den annen side ikke i saker hvor det er myndighetene som gjør inngrep mot enkeltindivider eller grupper av minoriteten, så lenge myndighetene anser at inngrepet samlet sett gjøres til fordel for minoriteten. I et slikt tilfelle vil konsultasjon med minoriteten være tilstrekkelig så sant det ikke framstår som usaklig, urimelig og unødvendig.²⁰⁴

Flere vil antagelig mene at et utgangspunkt hvor staten eller andre myndigheter skal vurdere hva som er samenes beste ikke samsvarer med formålene bak verken nasjonal eller internasjonal urfolksrettslig lovgivning, særlig når det gjelder retten til selvbestemmelse og deltakelse i beslutningsprosesser som forlengelse av denne. Om dommen uttalte Sametinget i sin rapport til CERD i 2018:

Sametinget mener dette ikke samsvarer med samisk rettsoppfatning. Sametinget mener Høyesterett legger for dagen en underliggende holdning som vi kjenner igjen fra tiden der fornorskingspolitikken ble brukt som et aktivt redskap for å undertrykke samisk kultur og samfunnsliv [...] For Sametinget vil det være viktig at denne saken følges opp internasjonalt på den rettslige arena slik at de folkerettslige vurderinger som er gjort av høyesteretts flertall kan etterprøves.²⁰⁵

²⁰³ Avs. 94

²⁰⁴ Ravna (2019) s. 165

²⁰⁵ Sametinget, Sametingets rapport til CERD for perioden 2014-2018 s. 15 avsnitt 51, med videre henvisning til Ravna (2019) s. 166

5.1.4.3 HR-2017-2247-A (Langsund)

Twisten gjaldt en vedtatt reguleringsplan for et veiprojekt, Langsundforbindelsen, mellom Ringvassøya og Reinøya i Karlsøy kommune. Gjennomføring av veiprojektet ville få konsekvenser for reindriften i området. Parter i saken var Troms fylkeskommune v/regionvegkontoret og Reinøy reinbeitedistrikt. Reineierne hevdet at ekspropriasjonsvedtak jf. lov 21. juni 1963 nr. 23 om vegar (veglova) § 50 som fulgte etter vedtakelse av reguleringsplanen var ugyldig, grunnet manglende konsekvensutredning forut for vedtaket. Høyesteretts flertall med dissens 3-2 ga ikke medhold. Bakgrunnen var at kostnadene som skulle vurderes i forbindelse med prosjektet ikke var tilstrekkelig høy på vedtakstidspunktet til å begrunne konsekvensutredning²⁰⁶. Ekspropriasjonsvedtaket kjentes ikke ugyldig etter forvaltningsloven § 41²⁰⁷. Det ble videre vurdert om ekspropriasjonsvedtaket var i strid med SP art. 27. Førstvoterende viste innledningsvis til at Grl. § 108 bygger på art. 27, og at avgjørelser fra FNs menneskerettighetskomité²⁰⁸ ville være av interesse for saken.

Etter en gjennomgang (av tre finske saker samt Poma Poma-saken) konkluderes det med at praksisen viser at det skal «en god del til» før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad at art. 27 er krenket. Inngrepene i forbindelse med ekspropriasjonsvedtaket i saken ble ikke ansett å utgjøre en krenkelse av art. 27.

5.1.4.4 HR-2018-456-P (Nesseby)

Partene i saken var et bygdelag i Nesseby kommune i Finnmark og FeFo. Bygdelaget hadde uomtvistet omfattende bruksrettigheter basert på alders tids bruk i en betydelig del av kommunen, og gjorde gjeldende at de selv – ikke FeFo jf. finnmarksloven § 5 – hadde rett til å forvalte de fornybare naturressursene bruksrettighetene knyttet seg til. Saken ble behandlet av Høyesterett i plenum. I motsetning til utmarksdomstolen for Finnmark kom Høyesterett frem til at lokalbefolkningen ikke hadde utøvd sine bruksrettigheter på en slik måte at det gjennom alders tids bruk var etablert bruksrettigheter som også omfattet rett til forvaltning av naturressursene. Dermed var det FeFos forvaltningsmyndighet som grunneier jf. Finnmarksloven kap. 3 som ville gjøre seg gjeldende som rettighetsinnehaver. Dommen var

²⁰⁶ Avs. 77-79

²⁰⁷ Avs. 116

²⁰⁸ Om betydningen av avgjørelsene viser Høyesterett uttalelsen i Rt. 2008 s. 1764 (Reinøy) avs. 81: «På bakgrunn av det jeg her har gjennomgått av forarbeidene til menneskerettsloven, finner jeg det klart at en konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde»

enstemmig og konkluderte at verken ILO 169 eller andre folkerettslige regler kunne føre til noe annet resultat i saken. I forbindelse med ILO 169 ble det imidlertid fremhevet i avsnitt 166 at i den utstrekning konvensjonen ikke er inkorporert, vil den ha betydning som følge av Finnmarksloven § 3 andre punktum og det alminnelige presumsjonsprinsippet.

Det henvises i dommens avs. 179 til Samerettsutvalgets oppsummering av konsultasjonsforpliktelsene som følger av ILO 169 art. 6, 7 og 15. Disse gir ifølge utvalget utslag av en «felles forpliktelse, som pålegger statene å konsultere sine urfolk og sørge for at disse gjennom reelle konsultasjoner og på annen måte sikres deltakelse i beslutningsprosesser som kan få direkte betydning for vedkommende urfolk». Videre gjenstand for vurdering var det samiske folkets deltakelse i beslutningsprosessene knyttet til forvaltningen av naturressursene. Her gjennomgår Høyesterett Sametingets rolle i utformingen av Finnmarksloven, som ifølge dommen utvilsomt tilfredstilte kravet i art. 6 om «good faith». Etter en gjennomgang av deler av konsultasjonene med Sametinget følger det i avsnitt 191-192:

Dette må forstås slik at Sametingets syn var at den endelige loven, slik den ble lydende etter konsultasjonene mellom Sametinget og justiskomiteen, oppfylte de forutsetningene som Sametinget ga uttrykk for i det jeg har sitert. Som jeg tidligere har vært inne på, kan det ikke sees slik at det var en forutsetning fra Sametingets side at FeFos forvaltning skulle være midlertidig frem til kartleggingsprosessen ble gjennomført.

Siste punktum omhandler FeFos rolle som rettighetshaver og grunneier i Finnmark, og i hvilken grad styringssystemet innad har gitt lokalbefolkningen i Nesseby rett til deltakelse i forvaltningen FeFo utøver. Sistnevntes rolle er et tema det har hersket uenighet om. Nesseby bygdelag hevdet i denne saken at den styring som er tillagt FeFo ikke gjelder for bruksrettigheter som bygger på et selvstendig grunnlag. Høyesteretts synspunkt i saken var at kravene som følger av ILO 169 er oppfylt ved den deltakelsen i beslutningsprosesser som det samiske folket er sikret gjennom reglene i Finnmarksloven, og at bestemmelsene i ILO 169 «ikke kan forstås slik at det kreves at lokalbefolkningen innenfor ethvert geografisk område

skal ha rett til å delta i beslutninger om den generelle forvaltningen av naturressursene innenfor dette området»²⁰⁹. Samtidig sier dommen følgende om UNDRIP i avsnitt 97:

FNs urfolkserklæring (UNDRIP), vedtatt på FNs generalforsamling i 2007, må anses som et sentralt dokument innenfor urfolksretten, blant annet som følge av at den reflekterer folkerettslige prinsipper på området og har fått støtte fra svært mange stater. Urfolkserklæringen er likevel ikke av direkte betydning for de spørsmålene som foreligger i denne saken. Den er ikke rettslig bindende, og de enkelte bestemmelsene i erklæringen synes ikke å gå lenger enn det som følger av bindende konvensjoner, i første rekke ILO-konvensjon nr. 169.

I forbindelse med FPIC er avgjørelsen interessant og viktig på flere måter, først og fremst grunnet uttalelser om de folkerettslige konsultasjonsbestemmelsene. Det følger av dommen at bestemmelsene i ILO 169 ikke kan forstås på en måte som krever at lokalbefolkningen innenfor ethvert geografisk område har rett til å delta i beslutninger om den generelle forvaltningen av naturressursene i området. Dersom de enkelte bestemmelsene i erklæringen ikke går lenger enn bestemmelsene i ILO 169, vil samtidig dette innebære at FPIC jf. art. 19 kan utledes av i ILO 169 og særlig art. 6 og 7. Angående FeFos forvaltning og hensynet til bruksrettigheter uttales det i dommens avs. 160-161:

Prosessfullmektigen har videre gitt uttrykk for at det vil måtte etableres retningslinjer for hvordan FeFos forvaltning skal hensynta bruksrettighetene, samt prosedyrer for konsultasjon og samarbeid mellom lokalbefolkningen og FeFo. Det er opplyst at årsaken til at retningslinjer og prosedyrer foreløpig ikke er etablert, er den rettstvisten som nå behandles i Høyesterett. Jeg er enig i denne tilnærmingen.

Det bemerkes videre at konsultasjonsgjennomføring og forhåndsvarsel er nødvendig i forkant for FeFos vedtak i de tilfeller de kan ha rettslige eller faktiske konsekvenser for rettighetshaverne:

Lokalbefolkningens stilling er sikret ved at deres bruksrettigheter er anerkjent og må respekteres slik jeg har beskrevet. Det vil være nødvendig å gjennomføre konsultasjoner mellom rettighetshaverne og FeFo, slik FeFos prosessfullmektig har

²⁰⁹ Avs. 194

gjort rede for i skranken for Høyesterett. Det følger dessuten av finnmarksloven § 18 at FeFo skal gi rettighetshaverne i et område forhåndsvarsel og adgang til å uttale seg før FeFo treffer vedtak som kan ha rettslige eller faktiske konsekvenser for dem.²¹⁰

For det første synes det kanskje ikke åpenbart at lokalbefolkningen i Nesseby ikke har rett til å delta i beslutningsprosesser om forvaltning av naturressursene i området (som de i tillegg har en etablert bruksrett til), dersom FPIC kan utledes av bestemmelsene i ILO 169. «Free, prior and informed consent» fra urfolk skal ifølge art. 19 foreligge «before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them». For det andre er det under slike omstendigheter heller ikke utvilsomt tilstrekkelig at konsultasjonen i saken ledes tilbake til Sametingets involvering i utarbeidelsen av Finnmarksloven. «The indigenous peoples concerned» er i dette tilfellet de samiske innbyggerne i Nesseby. Det fremstår samtidig som noe skjevt å benytte Sametingets uttalelser ti år tilbake for å underbygge FeFos enerett til forvaltning av grunn og naturressurser i området, som det kan stilles spørsmål ved om til enhver tid forvaltes «til beste for innbyggerne i Finnmark og særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv» jf. formålet i Finnmarksloven § 1.

5.1.4.5 Högsta domstolens mål NJA 2020 s. 3 (Girjas sameby)

I januar 2020 ble det avsagt dom i Sveriges høyesterett – Högsta domstolen, hvor Girjas sameby vant fram mot den svenske staten. Avgjørelsen har vært gjenstand for oppmerksomhet da den blant annet går langt i å benytte internasjonale rettskilder som ILO 169 og UNDRIP som rettsgrunnlag, hvilket innebærer en betydelig utvikling på området for samisk rett. Saken ble fremmet for retten første gang i 2009 og har siden blitt behandlet i svenske domstoler over en periode på over 10 år. Tvistens kjerne gjaldt rett til forvaltning av småviltjakt og fiske i området – *åretrundmarker* beliggende i nordre Gällivare kommune og dels sørlige Kiruna kommune, Norrbotten län. Samebyen hevdet eneretten til bruk og forvaltning av jakt og fiske i sine områder tilknyttet *odlingsgränsen*, grenseområdet for landbruk og beite. Den svenske reindriftsloven eller *urminnes hävd* ble anført som grunnlaget for slik rett. Staten hevdet på sin side at utelukkende den som grunneier kunne utøve slik rett.

²¹⁰ Avs. 195

I likhet med i Norge har rettigheter til jakt og fiske i svenske reindriftsområder (*renskötselrätt*) vært nedfelt i en egen reindriftslov. Det følger av *rennäringslagen* § 1 at «den som är av samisk härkomst (same) får använda mark och vatten till underhåll för sig och sina renar enligt bestämmelserna i lagen». Av bestämmelsens andre ledd følger at slik rett til jakt og fiske tilkommer den samiske befolkningen og bygger på *urminnes hävd* – hevd gjennom alders tids bruk.²¹¹ Derimot åpner ikke lovgivningen (verken den svenske eller norske) for at det gjeldende samiske samfunnet eller dets medlemmer selv kan avgjøre om andre skal få jakt- og fisketillatelse i de tradisjonelle landområdene. Slik myndighet er tillagt fylkesnemnda og er forankret i prinsipper som er nedfelt i en reindriftslov fra 1886, som ikke lenger er gjeldende i Sverige. Girjas-dommen stadfester at Girjas sameby har enerett til å forvalte jakt og fiske i sitt område, til tross for at dette ikke følger av reindriftslovgivningen. Det tilsier at Girjas sameby, og ikke staten, kan utstede jakt- og fisketillatelse i området. Høyesteretts slutninger ble forankret i samisk sedvanerett, *urminnes hävd* og Sveriges folkerettslige forpliktelser.²¹²

Enligt artikel 8.1 i ILO:s konvention nr 169 ska vid tillämpningen av nationell lagstiftning vederbörlig hänsyn tas till urfolks sed- vänjor och sedvanerätt. Konventionen har inte ratificerats av Sverige men får i denna del anses ge uttryck för en allmän folkrättslig princip. En tillämpning av denna princip vid lösandet av tvister med koppling till markrättigheter som berör samer medför alltså att en samisk sedvana som har konstaterats ska beaktas.²¹³

Om UNDRIP og SP sier høyesterett:

Enligt artikel 26 i FN:s deklarasjon om urfolks rettigheter har ett urfolk rett til de land, territorier og resurser som det tradisjonelt har ägt, besuttit eller på annat sätt använt eller förvärvat. Frågan behandlas också i FN:s konvention om medborgerlige og politiske rettigheter. Av artikel 27 følger att medlemmar av minoritetsgrupper har rett att utöva sin kultur. Om det utgör en förutsättning för vidmakthållandet av kulturen, kan det därför vara nödvändigt att tillförsäkra dem fortsatt tillgång till mark som de tradisjonelt har brukat. I internationell praksis har sedvanerättsliga principer tillmätts

²¹¹ Dommen s. 8, avs. 16, Allmänt om renskötselrätt

²¹² Ravna (2020) s. 19.

²¹³ Dommen s. 42 avs. 130 «Sedvanan og dens betydelse»

særskild betydelse vid fastställandet av sådana markrättigheter. Även detta medför att den sedvana som har tillämpats vid samernas utnyttjande av lappmarkerna måste beaktas.²¹⁴

Avgjørelser fra andre nordiske land som Sverige, vil vanligvis ha begrenset betydning i norsk rett. Det er imidlertid gode grunner til å anta at dette stiller seg annerledes på samerettens område. Den samiske befolkningen deler kultur, språk og tradisjon på tvers av landegrensene. Sedvane i forhold til bruksrett, eiendomsrett og levemåte må likeledes gjøres gjeldende som samiske fellesnevner i de områdene samene er bosatt: Territorier innenfor landegrensene til Norge, Sverige, Finland og Russland. At svensk høyesterett benytter UNDRIP og ILO 169 aktivt i rettsanvendelsen er noe overraskende fordi Sverige ikke har ratifisert konvensjonen. Dette kan legge press på norske domstoler i fremtidige samerettslige avgjørelser, og viser at UNDRIP og ILO 169 representerer internasjonal sedvanerett.

5.1.5 Betydningen av en nordisk samekonvensjon

I NOU 2016:18 (Hjertespråket) nevnes det at FNs tidligere spesialrapportør for urfolks rettigheter, Victoria Tauli-Corpuz i 2015 har uttrykt at en samekonvensjon utarbeidet i samarbeid mellom Norge, Sverige og Finland «kan bli et eksempel til etterfølgelse med hensyn til å implementere [urfolks]erklæringen». Tauli-Corpuz uttalte følgende:

As the process to negotiate the Nordic Sami Convention is now in its final stages, I will follow it with great interest and I sincerely hope that full agreement can be reached, particularly on the right to self-determination and the rights to lands, territories and natural resources. I encourage all parties involved to follow through on their commitment to adopt this Convention by March 2016.²¹⁵

Konvensjonen har fortsatt ikke kommet på plass, men det er naturlig å anta at den ved vedtak vil styrke FPIC for urfolk i Norden. 2017-utkastets art. 17 om konsultasjon sier følgende:

Ved lovgivning, beslutninger eller andre tiltak som kan få særlig betydning for samene, skal staten konsultere Sametinget. Konsultasjon skal finne sted i god tro, og

²¹⁴ Dommen s. 42 avs. 131

²¹⁵ NOU 2016:18 Hjertespråket: Forslag til lovverk, tiltak og ordninger for samiske språk s. 222. Se også publikasjon fra FNs høykommissær for menneskerettigheter, OHCHR, Land and resource rights are key to Sami people's self-determination, UN expert says, 28. august 2015, <https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16361&LangID=E> (lest 22. mars 2021)

enighet med eller samtykke fra Sametinget skal etterstrebes før beslutninger treffes. Statene skal snarest mulig informere Sametinget når de starter arbeidet med slike spørsmål.

Bestemmelsen samsvarer med FPIC jf. UNDRIP art. 19, særlig angående presiseringen om at enighet eller samtykke skal etterstrebes.

5.1.6 Oppsummering

Konsultasjon reguleres og gjennomføres i stor grad gjennom avtalen mellom staten og Sametinget. Dersom man reflekterer rundt muligheter for forbedring, er det mulig at ordningen gir for liten grad av reell mulighet til å fremme samiske interesser og bærer preg av systematikk. Eksempler på en slik utvikling ses når planlagte vedtak som i stor grad berører samer på en negativ måte, fører til grundig konsultasjon og meningsutveksling som likevel blir stående uten resultater som fremmer eller imøtegår samiske interesser. Med henblikk på materialet fra norske domstoler ville det vært interessant med en videre avklaring av konsultasjonsplikt og FPIC i Høyesterett. Et spørsmål med høy relevans er hvorvidt vedtak som må anses svært ødeleggende for samisk kultur og levemåte burde kunne utløse en vetorett, også i tilfeller hvor staten anser at dette er til det beste for urfolkssamfunnet jf. avgjørelsen i Sara-dommen. I den forbindelse er det kritikkverdige at Høyesteretts flertall i nevnte sak avgjorde hva som er saklig, rimelig og nødvendig for å ivareta reindriftssamene som gruppe, med tanke på at reindriften er en utelukkende kulturspesifikk samisk næring. Høyesteretts anvendelse av praksis fra menneskerettighetskomiteen har også blitt kritisert i samerettslige fagmiljøer.²¹⁶

Norske myndigheter, Sametinget og andre samiske organisasjoner var pådrivere for å få fram en urfolkserklæring. Dermed er den et viktig signal om statens generelle holdning til urfolks rettigheter²¹⁷. Det har blitt uttalt gjentatte ganger – både av departementer, i rettspraksis og juridisk teori – at UNDRIP gir uttrykk for internasjonal urfolksrettslig sedvane, og at urfolksrettslige problemstillinger må tolkes i tråd med erklæringen. Norske domstoler har

²¹⁶ Ravna (2019) bemerker på s. 166 at det er grunnlag for å kritisere skillet høyesterett drar opp mellom interne saker myntet på å forbedre minoriteters situasjon til å utøve sin kultur, og inngrep fra storsamfunnet. Det påpekes videre at Jon Gauslaa og Kirsti Strøm Bull har vært kritisk til anvendelsen av uttalelser fra menneskerettighetskomiteen, og tilt spørsmål ved grunnlaget for å dra opp et slikt skille.

²¹⁷ St. meld. nr. 28 (2007-2008) Samepolitikken s. 35

etter dette fortsatt en vei å gå dersom målet er en mer utstrakt bruk og gjennomføring av FPIC og erklæringen. Det er Girjas-dommen et illustrerende eksempel på.

5.2 Implementering i Canada

5.2.1 Utgangspunkter

Til tross for at det ikke er anledning til å ratifisere UNDRIP på lik linje med en formelt sett bindende traktat, har den føderale regjeringen i Canada vært positiv til å forplikte seg til erklæringen juridisk. Dette fulgte av myndighetenes uttalelser i forbindelse med tilslutningen i 2016. Regjeringen kom blant annet med klare henvisninger til Canadas konstitusjonelle rammeverk for urfolksrettigheter og grunnlovens S. 35, som ble beskrevet som hjørnesteinen i arbeidet med å fremme og beskytte rettighetene til landets urfolk²¹⁸. Allerede i 2010 under Harper-regjeringens tale fra tronen²¹⁹ tilknyttet parlamentsmøte 3. mars, framgikk et ønske om å inkludere UNDRIP i urfolkspolitikken:

We are a country with an Aboriginal heritage. A growing number of states have given qualified recognition to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Our Government will take steps to endorse this aspirational document in a manner fully consistent with Canada's Constitution and laws.²²⁰

Det er nettopp konstitusjonen og videre Høyesterettspraksis som har dannet det lovmessige grunnlaget for konsultasjon og FPIC i landet.

5.2.2 Konstitusjonelt grunnlag for implementering

Konstitusjonelt beskyttede urfolksrettigheter følger av Constitution Act 1982 S. 35, som danner det konstitusjonelle grunnlaget for implementering av UNDRIP. I tiden etter canadisk

²¹⁸ The Impact Assessment Agency of Canada (IAAC), føderalt organ tilknyttet ministeren for miljø og klimaendringer, The law of Canada in relation to UNDRIP s. 1, <https://ceaa-acee.gc.ca/050/documents/p63928/92200E.pdf> (lest 2. februar 2021)

²¹⁹ «The Speech from the Throne» eller talen fra tronen, åpner ethvert parlamentsmøte i Canada. Formålet er å presentere regjeringens retning og mål i kommende periode, samt hvordan regjeringen vil arbeide for at disse målene blir oppnådd. Senatet og Underhuset kan ikke drive offentlig virksomhet før Canadas statsoverhode eller deres representant har lest talen. Se Government of Canada, About the Speech from the Throne, 23. september 2020, <https://www.canada.ca/en/privy-council/campaigns/speech-throne/info-speech-from-throne.html> (lest 23. mars 2021)

²²⁰ Jf. IAAC, The law of Canada in relation to UNDRIP. Talen kan leses i sin helhet på POLTEXT, Textual Data for Policy Analysis, 40th legislature, 3rd session – 3. March 2010 <https://www.poltext.org/en/part-1-electronic-political-texts/canadian-throne-speeches> (lest 23. mars 2021)

tilslutning til erklæringen har det blitt avklart at grunnloven er i tråd med FPIC og andre rettigheter som følger av erklæringen. Det følger av bestemmelsen i S. 35:

Recognition of existing aboriginal and treaty rights

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Definition of “aboriginal peoples of Canada”

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. Land claims agreements

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired. Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

I første punktum anerkjennes de *allerede eksisterende* urfolks- og traktatrettigheter. Som tidligere nevnt hersket det i lengre tid tvil om hva som var det presise innholdet i disse rettighetene. Arbeidet med å avklare rettsstillingen på området ble tildelt høyesterett. Problemstillingen inkluderte eksempelvis spørsmål om hvilke eldre traktatrettigheter som fortsatt gjorde seg gjeldende (nærmere om rettspraksis følger i kapittel 5.2.4). Bestemmelsen anerkjenner videre at «Aboriginal rights» eksisterer. Betydningen av «existing rights» ble redegjort for i den prinsipielle saken R. v. Sparrow:

Section 35(1) applies to rights in existence when the Constitution Act, 1982 came into effect; it does not revive extinguished rights. An existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The phrase “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time.

Det følger av høyesteretts uttalelse at S. 35 (1) retter seg mot de eksisterende rettighetene som forelå ved ikrafttreddelsen av Constitution Act 1982. Den videre tolkningen og reguleringen av slike rettigheter må foretas på en fleksibel måte som tillater utvikling over tid. Det er naturlig

å legge til grunn at høyesterett her sikter til både samfunnsmessig og urfolksrettslig utvikling som har funnet sted siden 1982. Når det gjelder UNDRIP mener den føderale regjeringen at implementering er i tråd med S. 35. Dette fordi grunnloven anerkjenner og bekrefter urfolks rettigheter, og fordi forsoning med First Nations, Inuit og Métis-befolkningen uttales å være det grunnleggende formålet med S. 35. Basert på løftet om urfolksrettigheter bestemmelsen oppstiller, anser regjeringen at staten har et ansvar for å iverksette tiltak i tråd med det som må anses som en «grunnleggende konstitusjonell bestemmelse»²²¹. Regjeringen bemerker at arbeidet med forsoning og anerkjennelse av urfolks rettigheter bør skje gjennom gjensidig samarbeid og forhandling. Implementering av UNDRIP vil hjelpe denne prosessen ved å sikre at urfolksrettighetene den fremlegger i samsvar med konstitusjonen, blir beskyttet og fremmet.²²²

Senere rettspraksis som omtales nærmere nedenfor i kap. 5.2.4 bygger på de prinsipielle uttalelsene i Sparrow-saken.

5.2.3 Nasjonal lovgivning

I kapittel 2.4.2 nevnes det at avtaler mellom staten og urfolk, særlig angående land- fiske-, og jaktrettigheter, danner kjernen i canadisk urfolksrett. Flere av disse traktatrettighetene baserte seg på eldre avtaler fra tiden før 1900. Gyldigheten av avtalene måtte dermed avklares av høyesterett, basert på områder og de enkelte sakenes karakter. Konsultasjon med urfolk er således hovedsakelig regulert og formet gjennom rettspraksis og konstitusjonelt grunnlag – ikke alminnelig lovtekst, noe som også følger av Canadas common law-system. Dersom et lovforslag som nå er oppe til vurdering i parlamentet blir godkjent vil imidlertid dette endre seg, hvilket vil innebære et lovfestet krav om FPIC. Utover det nevnte finnes enkelte retningslinjer og forskrifter rettet mot myndighetene om hvordan konsultasjonsprosessen skal foregå. Disse redegjøres for i kapittel 5.2.5.

5.2.3.1 Bill C-15 – An Act respecting the United Nations declaration on the Rights of Indigenous Peoples

Det ble 3. desember 2020 lagt fram forslag om implementering av UNDRIP i canadisk lov gjennom *Bill C-15*. Loven har som formål å sikre full gjennomføring av erklæringen, og

²²¹ Government of Canada, Why Implement the Declaration?, 12. april 2021, <https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/why-pourquoi.html> (lest 13. mai 2021)

²²² Government of Canada, Why Implement the Declaration?, 12. april 2021, <https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/why-pourquoi.html> (lest 13. mai 2021)

beskrives som en viktig byggestein i å anerkjenne, respektere, beskytte og oppfylle urfolks rettigheter²²³. En eventuell vedtakelse av loven vil måtte anses som både et viktig steg i retning av tilstrekkelige urfolksrettigheter, og et rammeverk for forsoning mellom canadisk urfolk og staten. Blant flere organisasjoner har den canadiske sannhets- og forsoningskommisjonen og det nasjonale undersøkelsesorganet for savnede og drepte urfolkskvinner, støttet lovforslaget og oppfordret den føderale regjeringen til å implementere erklæringen.²²⁴

Bestemte tiltak fremlegges i lovforslagets fortale med hensikt om å sikre at C-15 er i samsvar med øvrig lovgivning og oppnår erklæringens målsettinger. Det følger her at canadiske myndigheter gjennom konsultasjon og samarbeid med urfolk skal sikre samsvar mellom canadisk lov og UNDRIP. Gjennom konsultasjon og samarbeid skal det samtidig utarbeides og gjennomføres en handlingsplan for målsettingene erklæringen oppstiller. Hovedtrekkene i handlingsplanens innhold er at den skal fremme tiltak for å:

- i) håndtere urettferdighet, bekjempe fordommer og eliminere alle former for vold og diskriminering, inkludert systematisk diskriminering rettet mot urfolk; både eldre, ungdom, barn, kvinner, menn, personer med nedsatt funksjonsevne, kjønnsdiverse personer og to-åndelige²²⁵ personer, og
- ii) fremme gjensidig respekt, forståelse, gode relasjoner, menneskerettslig læring,
- iii) sikre gjennomføring i henhold til erklæringen,
- iv) sikre jevnlig revidering, gjennomgang og nødvendige endringer i handlingsplanen samt
- v) sette tre års frist for utarbeidelse og presentasjon av handlingsplan for parlamentet²²⁶ (Egen oversettelse)

²²³ Bill C-15 First Reading December 2. 2020: Purpose of Act 4 a), b)

²²⁴ Government of Canada, Implementing the UNDRIP, 10. mai 2021, <https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/index.html> (lest 13. mai 2021)

²²⁵ Uttrykk som benyttes av enkelte urfolk i Nord-Amerika om identiteten til samfunnsmedlemmer som har en tradisjonell, seremoniell eller sosial rolle fra tredje kjønn i sine kulturer. Se Michelle Filice, «Two-Spirit», The Canadian Encyclopedia, 3. juli 2020, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/two-spirit> (lest 4. april 2021)

²²⁶ Bill C-15 First Reading, December 3. 2020: Measures for Consistency of Laws and Achieving the Objectives of the Declaration (5-6)

De sentrale bestemmelsene i lovforslaget er art. 18 og 19 som gjenspeiler FPIC jf. UNDRIP art. 19:

Article 18

Indigenous peoples have the right to participate in decision-making in matters which would affect their rights, through representatives chosen by themselves in accordance with their own procedures, as well as to maintain and develop their own indigenous decision-making institutions.

Article 19

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them.

Dersom loven vedtas utgjør dette en vidstrakt rett til FPIC i Canada. Forslaget er fortsatt til behandling.

5.2.4 Sentrale høyesterettsavgjørelser

Både før og etter Canadas tilslutning til UNDRIP har høyesterett vært tydelig på at statens konstitusjonelle rammeverk ikke gir urfolk noe form for vetorett i spørsmål hvor FPIC kreves. Det er særlig saker om landrettigheter gjennom Aboriginal Title som har vært oppe for retten grunnet den nære tilknytningen mellom tiltak som omhandler eiendom og bruk, og eventuelle negative konsekvenser for urfolk. Canadisk høyesterett har oppstilt bestemte krav til konsultasjon som samtidig er ment å ivareta regjeringens «rett til å utøve myndighet». Ved siden av dette er «reconciliation» – en grunnleggende målsetting om forsoning mellom urfolk og staten jf. grunnloven – betegnet som et sentralt formål i prosessen.²²⁷

Høyesterettsdommen som ble avsagt i R. v. Sparrow omhandlet beskyttelse av urfolks rettigheter jf. Constitution Act 1982 S. 35 (1) – herunder regulering eller nektelse av bestemte rettigheter, i dette tilfellet fiske. Formuleringene «existing [rights]» og «recognised and affirmed [rights]» slik de følger av konstitusjonen ble vurdert. Ved spørsmål om hvorvidt

²²⁷ Government of Canada, IAAC, The Law of Canada in relation to UNDRIP, <https://ceaa-acee.gc.ca/050/documents/p63928/92200E.pdf> (lest 4. april 2021)

reguleringen av urfolks fiskerett var en *prima facie* overtredelse av Grunnloven S. 35 (1) oppstilte høyesterett enkelte kontrollspørsmål som senere har blitt brukt og referert til som «the Sparrow test» i lignende saker.²²⁸ I Sparrow-saken ble reguleringen ansett som en *prima facie*-overtredelse fordi den utgjorde en ugunstig begrensning i urfolks rett til å fiske; noe som ledet høyesterett til å oppstille spesifikke krav til «justification» av overtredelsen. I forbindelse med kravene var dette den første dommen i Canada som tok opp en plikt til konsultasjon, til tross for at den nærmest ble nevnt «i forbifarten»²²⁹. Høyesterett uttalte:

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries.²³⁰

Det bemerkes avslutningsvis at det ikke er ønskelig å gi en uttømmende liste over faktorer som skal vurderes i spørsmål om «justification», men anses tilstrekkelig å uttale at «recognition and affirmation requires sensitivity and respect for the rights of aboriginal peoples on behalf of the government, courts and indeed all Canadians».

5.2.4.1 Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) 2004

Spørsmålet om konsultasjon ble oppfulgt og nærmere avklart i canadiske domstoler i 2004, over ti år før landets tilslutning til UNDRIP. Haida-saken er sentral fordi den har fungert som prejudikat med presedens for påfølgende avgjørelser.²³¹ Tvisten gjaldt hvorvidt staten har plikt til å «konsultere og imøtekomme» urfolk før den tar beslutninger som kan påvirke deres

²²⁸ Spørsmålene må tilpasses det bestemte tilfellet og gjelder hvorvidt en begrensning eller regulering av rettigheter er: a) *unreasonable*, b) *impose undue hardship*, c) *deny the holders of the right their preferred means of exercising that right*.

²²⁹ Bankes (2020) s. 257, Arctic Review, The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation: «almost in passing».

²³⁰ Se dommens punkter *Analysis* og *Section 35 (1) and the Regulation of the Fisheries*.

²³¹ Bankes (2020) s. 256

rettigheter og Aboriginal Title, og om slik plikt også kan pålegges tredjepart. Hvorvidt nevnte rettigheter sto seg var også gjenstand for prøving i saken.

Haidafolket hadde i mer enn 100 år hevdet rettigheter til landområder med tilhørende innsjøer i øygruppen Haida Gwaii i Britisk Columbia-provinsen. Ifølge høyesterett var rettighetene Haidafolket påberopte seg gjennom Aboriginal Title på tidspunktet ikke rettslig anerkjent. Tvisten ble innledet ved at Britisk Columbia utstedte en Tree Farm License²³² (TFL 39) til et skogbruksfirma i 1961. Lisensen tillot firmaet å felle trær til produksjon av tømmer i et område av Haida Gwaii. Området ble kalt blokk 6. I 1981, 1995 og 2000 ble TFL 39 i blokk 6 fornyet, og i 1999 godkjente statsråden en overføring av TFL 39 til skogbruksfirmaet Weyerhaeuser Co. Haidafolket hevdet at disse tillatelsene og rettighetsoverføringene ble vedtatt uten deres samtykke. Siden senest 1994 hadde produksjon også blitt gjennomført til tross for deres tydelige innvendinger. De ba om at tillatelsene og rettighetsoverføringen ble tilsidesatt. Begjæringen ble først avvist. Likevel fant retten at regjeringen hadde en moralsk, men ikke juridisk plikt til å forhandle med Haidafolket. Ankesdomstolen omgjorde dernest avgjørelsen, og erklærte at både regjeringen og Weyerhaeuser Co. hadde plikt til å «konsultere og imøtekomme» Haidafolket i spørsmål om tømmerproduksjon fra blokk 6.

Av høyesteretts dom fulgte at regjeringens plikt til å konsultere med urfolk og imøtekomme deres interesser er nedfelt i «the Principle of the Honour of the Crown»²³³, «which must be understood generously». De påberopte rettighetene til Haidafolket ble ikke isolert sett ansett tilstrekkelig spesifikk til å «forvaltes og beskyttes» av staten. Imidlertid ville staten heller ikke på redelig vis kunne unnlate å ta stilling urfolks interesser i spørsmål som angår dem. Plikten til å konsultere og imøtekomme urfolk ble dermed beskrevet som en del av den pågående prosessen med å oppnå rettferdig forhandling og forsoning, som nedfelt i grunnloven. Slik plikt inntreffer i tilfeller hvor staten har reell eller underliggende kunnskap om at et tiltak kan påvirke potensielt eksisterende urfolksrettigheter eller Aboriginal title negativt. Høyesterett uttalte at konsultasjon før endelig avgjørelse i slike saker skal gjennomføres for å ivareta

²³² Områdebasert tillatelse som over en bestemt periode gir tilnærmet enerett til å høste tømmer samt forvalte skog, ferdsel og kulturminner på et spesifisert landområde. Se British Columbia, Farming, natural resources and industry, Tree Farm Licences: <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/industry/forestry/forest-tenures/timber-harvesting-rights/tfl> (lest 29. mars 2021)

²³³ Med «the Principle of the Honour of the Crown» menes et grunnleggende prinsipp om ærefull opptreden, som i bestemte tilfeller pålegges staten.

urfolks interesser, og er en viktig følge av den hederlige forsoningsprosessen mellom staten og urfolk som kreves jf. Constitution Act 1982 S. 35.

Dommen er fulgt opp i en rekke avgjørelser som presiserer det nærmere innholdet i konsultasjonsplikten samt hvordan den slår ut i spesifikke tilfeller.²³⁴

5.2.4.2 Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council) 2018

Et sentralt spørsmål i dommen var i hvilken grad konsultasjonsplikt foreligger under utarbeidelse av ny lovgivning. Saken ble innledet i april 2012 ved at to omnibus-lover²³⁵ med innvirkning på Canadas miljøvernregime ble lagt frem i parlamentet. Mikisewfolket ble ikke konsultert i prosessen verken før, underveis eller etter at loven ble vedtatt. Mikisew fremholdt at Kronen hadde plikt til å konsultere med dem om lovgivningen, da den potensielt kunne påvirke deres traktatrettigheter til jakt, fangst og fiske. Dette utløste en meningsutveksling i høyesterett om i hvilken grad konsultasjonsplikt bør kunne påvirke føderale lovgivningsprosesser. Flertallet mente at utarbeidelse og vedtak av lovgivning ikke kan utløse noe form for konsultasjonsplikt. Dette på bakgrunn av at der Høyesterett har anledning til å oppheve lovfestet rett som må anses uforenlig med grunnloven, kan ikke domstolene på samme måte ta stilling til hvordan prosessen skal foregå når det kommer til selve utarbeidelsen av lov:

The duty to consult is ill-suited for legislative action. It is rarely appropriate for courts to scrutinize the law-making process, which includes the development legislation by ministers. Longstanding constitutional principles underlie this reluctance to supervise the law-making process. The separation of powers is an essential feature of Canada's Constitution [...] Recognizing that a duty to consult applies during the law-making process may require courts to improperly trespass into the legislature's domain.

Høyesterett bemerket likevel at det ville være i tråd med god regjeringsskikk å konsultere med urfolk før vedtakelse av lovgivning som kan berøre dem, men at en slik plikt ikke kan være lovpålagt. *The honour of the Crown* ville heller ikke kunne anses bindende for parlamentet,

²³⁴ Noen sentrale avgjørelser i den videre utviklingen er Hupacasath First Nation v. British Columbia (2005), Louis v. British Columbia (2011) og Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (2014).

²³⁵ Parliament of Canada, Library of Parliament, Research publications, Omnibus Bills, «A bill consisting of a number of related but separate parts that seeks to amend and/or repeal one or several existing Acts and/or to enact one or several new Acts», 1. desember 2012, https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201279E#a2 (lest 22. april 2021)

etter flertallets synspunkt. Dommerne i saken var imidlertid uenig på tvers av flere spørsmål, noe som gir et noe uavklart inntrykk av rekkevidden til både *The honour of the Crown* og konsultasjon i forbindelse med lovgivningsprosesser. Dette er noe som inviterer til ytterligere avklaring i domstolene i fremtiden.²³⁶

Angående dommernes ulike synspunkter, hvorav kun to dommere mente at det burde foreligge konsultasjonsplikt, påpeker Bankes at det er bemerkelsesverdig at ingen dommere i saken viser til FPIC jf. urfolkserklæringen. Art.19 trekker her ikke noe skille mellom lovgivningsmessige (parlamentariske) vedtak og delegert lovgivning (forskrifter gitt av utøvende myndighet), når det kommer til konsultasjon.²³⁷

5.2.5 Systematisering av konsultasjon mellom staten og urfolk

Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada (CIRNAC) er departementet som arbeider med forholdet mellom myndighetene og urfolk, strukturer for å støtte urfolks selvbestemmelse og forhold i den nordre regionen.²³⁸ Departementet går blant annet i dialog med enkeltpersoner, foreninger organisasjoner mv. sammen med Indigenous Services Canada, for regelmessige tilbakemeldinger fra First Nations-, Inuit- og Métisgrupper. Møtene bærer preg av uformell diskusjon, men kan ifølge departementet utløse mindre lovendringer i enkelte tilfeller.²³⁹ CIRNAC veileder også føderalt ansatte i konsultasjonsplikts innhold, for eksempel hva den består av og når den kan inntre. Dette foregår gjennom en tilpasset opplæring om rettspraksis, Aboriginal Title, «Crown conduct»²⁴⁰, hva som kjennetegner meningsfulle konsultasjonsprosesser samt hvordan man identifiserer potensielt skadelige følger av føderale tiltak.

Gjennom utarbeidelsen av Aboriginal and Treaty Rights Information Systems (ATRIS) og The Consultation Information Service (CIS) har prosessen blitt noe forenklet og digitalisert.

²³⁶ Kaitlin Long og Samantha Jenkins, Norton Rose Fulbright, Case summary: Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council), oktober 2018, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/24b304a6/case-summary-mikisew-cree-first-nation-v-canada-governor-general-in-council> (lest 22. april 2021)

²³⁷ Bankes (2020) s. 260

²³⁸ Government of Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, 5. mai 2021, <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs.html> (lest 13. mai 2021)

²³⁹ Government of Canada, Consultation and engagement at Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada and Indigenous Services Canada, 29. januar 2021, <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1307644732392/1609248890929#sec1> (lest 21. april 2021)

²⁴⁰ Prinsipp formet gjennom rettspraksis. I saker hvor *Crown conduct* – Kronens handlinger eller planlagte handlinger – kan berøre urfolk på en negativ måte, vil konsultasjonsplikt inntreffe.

Førstnevnte er et nettbasert informasjonssystem som viser plasseringen til urfolkssamfunn og gir informasjon om deres potensielle eller etablerte traktatrettigheter. Systemet skal fungere som en kartlegging av potensielle urfolksrettigheter som kan slå inn basert på område – uten at det er ment å gi direkte juridisk rådgivning eller erstatte direkte kommunikasjon og samarbeid med urfolkssamfunn. CIS består av regionale eksperter som fungerer som rådgivere og kan assistere føderalt ansatte i bruken av ATRIS.²⁴¹

I Canada benyttes administrative dokumenter – *guidelines/guidance directives*, som støtte for praktisering av lov og forskrift²⁴². I likhet med norske rundskriv er slike dokumenter rettslig uforpliktende, men bidrar til tolkning og forståelse av gjeldende rett. På området for konsultasjon har CIRNAC utarbeidet retningslinjer for «Aboriginal Consultation and Accommodation»²⁴³ primært rettet mot føderalt ansatte. Retningslinjene gjennomgår konsultasjonsplikten slik den følger av konstitusjonen, rettspraksis samt nasjonal og internasjonal rett. Del B omhandler prosessen i forkant for «consultation and accommodation». En påfølgende veileder til selve konsultasjonen følger i del C. Her gjennomgås alle faser i prosessen. Om den internasjonale rettstilstanden heter det i kapittel IV punkt 3:

On November 12, 2010 Canada issued a Statement of Support endorsing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous peoples (Declaration), an aspirational document, in a manner fully consistent with Canada's Constitution and laws. The Declaration describes a number of principles such as equality, partnership, good faith and mutual respect. Canada strongly supports these principles and believes that they are consistent with the Government's approach to working with Aboriginal peoples. However, Canada has concerns with some of the principles in the Declaration and has placed on record its concerns with free, prior and informed consent when interpreted as a veto. As noted in Canada's Statement of Support, the Declaration is a non-legally

²⁴¹ Government of Canada, Aboriginal and Treaty Rights Information System (ATRIS), 1. april 2021, https://sidait-atris.aadnc-aandc.gc.ca/atris_online/home-accueil.aspx (lest 21. april 2021)

²⁴² Government of Canada, Guidelines, 9. april 2021 <https://www.canada.ca/en/health-canada/corporate/about-health-canada/legislation-guidelines/guidelines.html> (lest 22. april 2021)

²⁴³ Aboriginal Consultation and Accommodation – Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult, Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, 15. september 2010, <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100014664/1609421824729> (lest 15. mars 2021)

binding document that does not change Canadian laws. Therefore, it does not alter the legal duty to consult.

Retningslinjene er sist oppdatert i 2011 og reflekterer de føderale myndighetenes syn på UNDRIP på dette tidspunktet. Med tanke på Canadas tilslutning til UNDRIP i 2016 og et mulig lovvedtak av Bill C-15, er det ikke gitt at konsultasjon vil være delvis systematisert på denne måten i Canada i fremtiden. Retningslinjene har ikke blitt oppdatert etter 2011. CIRNAC-ministerens spesialrepresentant utsendte imidlertid en rapport om anbefalinger for forbedring i 2016. Det ble blant annet oppfordret til å bedre systemets gjennomsiktighet, forbedre konsultasjonen om politiske og lovgivningsmessige endringer samt styrke urfolks kapasitet gjennom konsultasjonsprosessen.²⁴⁴ Ved siden av dette har føderale departementer i enkelte områder utviklet egne retningslinjer for konsultasjon. Ifølge parlamentet har The Canadian Environmental Assessment Agency eksempelvis etablert en praksis hvor konsultasjon med urfolk er en del av miljøvurderingsprosesser og beslutningstaking.²⁴⁵

5.2.6 Oppsummering

Da Haidasaken ble avsagt i Høyesterett i 2004 var det ifølge Nigel Bankes «little if any discussion of free, prior and informed consent as an alternative or parallel formulation to the duty to consult». Først i 2014 ble FPIC omtalt i domstolene gjennom Sunneymuxw-saken.²⁴⁶ Rettsskapende virksomhet relatert til konsultasjon har i størst grad foregått gjennom nettopp domstolsbehandling og basert seg på konstitusjonen. Sparrowsaken, Haidasaken og Mikisew Cree-saken er sentrale høyesterettsdommer som har bidratt til å avklare i hvilke tilfeller konsultasjonsplikt inntreffer og hvordan konsultasjonen skal gjennomføres. Det har blitt stadfestet at konsultasjonsplikten er forankret i et konstitusjonelt prinsipp om the Honour of the Crown. Omfanget av «Crown conduct» må vurderes i den enkelte sak, basert på hvordan et tiltak kan berøre urfolks rettigheter.²⁴⁷ Konsultasjon anses etter dette som en konstitusjonell plikt. «Reconciliation» – forsoning mellom staten og urfolk – er likeledes en sentral

²⁴⁴ Parliament of Canada, Library of Parliament, The Duty to Consult Indigenous Peoples, 4 Consultation Policies and Guidelines, https://bdp.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201917E (lest 23. april 2021)

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Bankes (2020) s. 257

²⁴⁷ Aboriginal Consultation and Accommodation – Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult, Part A, II, Common Law Duty to Consult, Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, 15. september 2010, <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100014664/1609421824729> (lest 22. april 2021)

målsetting som konsultasjonen skal bidra til å oppfylle. Når det kommer til god vilje og hensikt om å oppnå samtykke, hersker det enighet i domstolene om at konsultasjon ikke innebærer mulighet til å nedlegge veto. Dersom urfolk er uenig i et prosjekt eller et tiltak som kan berøre dem vil således ikke staten generelt sett være pliktet å ta dette til etterretning. Dette stiller seg imidlertid annerledes dersom et urfolk har etablert Aboriginal Title til det gjeldende området.²⁴⁸ I Haidasaken ble det uttalt:

[The] process of reconciliation flows from the Crown's duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people.²⁴⁹

Bankes henviser i sin artikkel til kritikken fra Hamilton og Nichols, som mener at et slikt standpunkt fra domstolene (om grunnlaget for konsultasjon), bidrar til å opprettholde en systemisk maktbalanse. Dette på bakgrunn av at den teoretiske begrunnelsen for konsultasjonsplikt og forsoning baseres på the honour of the Crown – som igjen bygger på en «de facto Crown sovereignty». Å unnlate å stille spørsmål ved legitimiteten av en slik suverenitetspåstand «makes it easy for the Court to conclude that there can be no Indigenous veto».²⁵⁰ På den ene siden utgjør konstitusjonelle prinsipper om statens forhold til urfolk det viktigste fundamentet i den canadiske konsultasjonsretten. I den forbindelse må det likevel kunne hevdes at «the Crown's assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control over land and areas that were formerly in control of that people» er en kritikkverdig formulering i dag, med en uklar historisk forankring. Den systemiske maktbalansen Hamilton og Nicholas peker på, videreføres gjennom ideer om staten som de facto myndighetsutøver over både urfolk og urfolksterritorium. Høyesteretts uttalelse ser samtidig ut til å forutsette at staten har suverent eierskap til disse landområdene.

At Canadiske myndigheter fra 2010 uttrykte et ønske om å adoptere UNDRIP utløste diskusjoner om hvordan tilslutning kunne gjennomføres. Det må betraktes som et betydelig fremskritt at landet sluttet seg til UNDRIP forbeholdsløst i 2016. Det gjenstår fortsatt å se hvilken virkning dette vil ha på den videre rettsutviklingen både i domstolene og i nasjonal

²⁴⁸ Bankes (2020) s. 261

²⁴⁹ Avs. 32

²⁵⁰ Bankes (2020) s. 265 med videre henvisning til Robert Hamilton og Joshua Nichols, *The Tin Ear of the Court: Ktunaxa Nation and the Foundation of the Duty to Consult* (2019) s. 729 og 737

lovgivning ellers. Imidlertid står naturlig nok både prinsippet om FPIC og urfolkserklæringen generelt sett sterkere i Canada etter tilslutningen – uavhengig av om Bill C-15 blir vedtatt i parlamentet eller ikke.

5.3 Implementering i Guatemala

5.3.1 Utgangspunkter

Implementeringsprosessen i Guatemala har vært preget av manglende politisk handlekraft sett i sammenheng med internasjonale forpliktelser som påhviler staten. Dette har skapt en alvorlig situasjon med tanke på at omtrent halve befolkningen identifiserer seg som urfolk og at deres rettigheter ikke ivaretas. I kraft av FN-lovgivningen, Guatemalas ratifisering av ILO 169 og tilslutning til både UNDRIP og Den amerikanske urfolkserklæringen²⁵¹ er gjennomføringen åpenbart mangelfull. Et slikt utgangspunkt har ført til at urfolk i Guatemala er betydelig mer utsatt for menneskerettighetsbrudd og diskriminering. Situasjonen må til dels kunne antas å være resultatet av ustabil demokrati og urolighet i regionen over lengre tid. Ettervirkningene av borgerkrigen forutsetter en forsoningsprosess for bedring i forholdet mellom urfolk og staten. Dette har ikke blitt forsøkt oppnådd på lik linje som i Canada, med unntak av Acuerdos de Paz – fredsavtalene, hvis virkning kan se ut til å ha stagnert.

Til tross for utfordrende utgangspunkter står mayafolket i en unik posisjon når det kommer til kulturbevaring. Gjenværende urfolkssamfunn som ikke har blitt drevet bort fra landområdene sine praktiserer ulike mayaspråk og organiserer i høy grad samfunnet i tråd med tradisjonelle mayalevemåter. Flere steder innebærer dette praktisering av mayaenes rettssystem med tilhørende lover og egne domstoler. Likevel vil det kreves tiltak for beskyttelse av deres rettigheter dersom mayakulturen skal overleve i majoritetssamfunnet på sikt, særlig grunnet økt utvinningsvirksomhet i urfolksterritorium. At FPIC uteblir i disse prosessene har vist seg å være svært ødeleggende og har medført fare for liv og helse.

En ulovfestet konsultasjonspraksis har samtidig vokst frem mellom ledere av urfolksgrupper og kommunale ledere, på partenes eget initiativ. Praksisen har av noen blitt betraktet som kontroversiell, og har fått navnet *consultas comunitarias* – samfunnskonsultasjoner²⁵². Særlig gruvedrift er en virksomhet som berører tradisjonelt urfolksterritorium. Siden 2004 har

²⁵¹ The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 15. juni 2016

²⁵² M. Guisela Mayén, Guatemala: *El Derecho a la Consulta Previa*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 2012, s. 119

samfunnskonsultasjonene blitt initiert spesielt i forbindelse med planlagt ressursutvinning og utbygging av gruver. Gjennom konsultasjonene får urfolk mulighet til å uttrykke motstand mot prosjektene gjennom sine egne institusjoner. Myndighetenes manglende oppfølging av konsultasjonsplikten har samtidig blitt kritisert i folkemøtene som arrangeres i forbindelse med samfunnskonsultasjonen.²⁵³ Kapittel 5.3.5 tar for seg implementering gjennom domstolpraksis. Sakene som omtales har blitt behandlet i Den konstitusjonelle domstolen.

5.3.2 Konstitusjonelt grunnlag for implementering

Som tidligere nevnt har CPRG – Guatemalas grunnlov som har vært i kraft siden 1985, et eget kapittel om urfolks rettigheter. Ved siden av hovedbestemmelsen i art. 66 som anerkjenner at Guatemalas befolkning består av ulike etniske grupper²⁵⁴ har art. 67 som formål å sikre beskyttelse av urfolks jordbruksarealer og eiendomsrett.²⁵⁵ Det følger av bestemmelsen:

Land som tilhører kooperativer, urfolkssamfunn eller andre former for felles eller kollektiv besittelse av land og jordbruk, så vel som familiens arv og *bolig under utbygging*²⁵⁶, vil nyte spesiell beskyttelse fra staten i form av kredittassistanse og fortrinnsrett som garanterer deres besittelse og utvikling, med hensikt om å sikre alle innbyggere bedre livskvalitet. (Egen oversettelse)

Videre omhandler art. 68 statlig tildeling av land. Etter bestemmelsen vil staten «gjennom særskilte tiltak og tilpasset lovgivning gi statlig land til urfolkssamfunn som trenger det for sin utvikling». Art. 69 regulerer arbeidsvirksomhet som involverer overføring av arbeidere utenfor deres samfunn. Slik flytting krever særskilt beskyttelse etter bestemmelsen. Til sist slås det fast i art. 70 at spesiallovgivning vil regulere de nærmere forhold i grunnloven. Særlig tre fundamentale folkerettslige prinsipper er innlemmet i konstitusjonen²⁵⁷:

²⁵³ Mayén (2012) s. 120

²⁵⁴ Her nevnes urfolksgrupper av maya-avstamning: «Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya».

²⁵⁵ Mayén (2012) s. 127

²⁵⁶ Med typen bolig det vises til, *vivienda popular*, menes utbygging av boliger som foregår samtidig som eierne/familien eller en gruppe bebor eiendommen. Dette utgjør en typisk fremgangsmåte for boligkonstruksjon i lavinntektssamfunn, hvor bebyggelsen utvikles i takt med inntekten til medlemmene. Se Guzmán-Ramírez og Ochoa-Ramírez, Definición tipológica de la vivienda popular auto-producida, Introducción, Sobre el concepto de vivienda popular auto-producida, 25. mai 2018,

<https://www.redalyc.org/jatsRepo/4779/477957975012/html/index.html> (lest 26. april 2021)

²⁵⁷ Rodolfo Valdeavellano, utredning for FNs høykommissær for menneskerettigheter, Tendenser i rettspraksis på området for menneskerettigheter i den konstitusjonelle domstolen, 2010, s. 13,

<http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Publicaciones/Tendencias.pdf> (lest 26. april 2021)

Art. 44 – Iboende rettigheter tilhørende ethvert menneske. Rettighetene og garantiene grunnloven oppstiller ekskluderer ikke andre iboende rettigheter som ikke er uttrykkelig nevnt i denne lov. Lover, statlige forskrifter eller andre ordrer som reduserer, begrenser eller endrer rettighetene som garanteres i konstitusjonen, er ugyldige *ipso jure*.

Art. 46 – Folkerettens forrang. Som generelt prinsipp skal rettigheter som følger av traktater og konvensjoner Guatemala har ratifisert, gis forrang fremfor nasjonal lovgivning i menneskerettsspørsmål.

Art. 149 – Om internasjonale relasjoner. Guatemala vil regulere sine relasjoner til andre stater i samsvar med internasjonale prinsipper, regler og sedvaner med formål om å bidra til opprettholdelse av fred og frihet, i respekt for og beskyttelse av menneskerettighetene, styrking av demokratiske prosesser og de internasjonale institusjoner som sikrer statenes likeverd og rettferdighet. (Egen oversettelse)

Den samlede betydningen av art. 44, 46 og 149 bekrefter ifølge tidligere dommer i Den konstitusjonelle domstolen Rodolfo R. Valdeavellano at jus cogens er fullt bindende for den guatemalanske staten i menneskerettslige spørsmål.²⁵⁸ Med forbehold om at urfolkserklæringen delvis representerer internasjonal sedvanerett utgjør det konstitusjonelle rammeverket et forholdsvis sterkt fundament for implementering og gjennomføring av FPIC. Til tross for utgangspunktet grunnloven oppstiller foreligger flere utfordringer med grunnlovstolkningen som gjennomgås i kap. 5.3.5.

5.3.3 Nasjonal lovgivning

5.3.3.1 Lov nr. 12-2002 om kommuner

*Código municipal*²⁵⁹ (kommuneloven) har som formål å videreutvikle de konstitusjonelle prinsippene i grunnloven tilknyttet organisering, myndighetsutøvelse, administrasjon og drift av kommuner og andre lokale enheter, samt innholdet i kompetansen som blir delegert fra myndighetene. Regler om konsultasjon mellom kommunen og borgerne kommer til uttrykk i lovens art. 63-66, kapittel 4 del 1, som omhandler borgernes tilgang til informasjon samt

²⁵⁸ Valdeavellano (2010), s. 13, 1. Principios del derecho internacional de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de la República

²⁵⁹ Código Municipal, Decreto número 12-2002

borgernes deltakelse²⁶⁰. Etter art. 60 skal kommunestyrene gi bredest mulig informasjon om muligheter for borgerdeltakelse og kommunale aktiviteter ellers, rettet mot alle i det lokale livet. Videre skal formene og prosedyrene for borgerdeltakelse etablert av de kommunale utviklingsrådene ikke undergrave beslutningsmyndigheten som er tillagt kommunestyret, ordføreren og andre representasjonsorganer som er regulert av loven. Art. 62 omhandler retten til informasjon, i form av at enhver innbygger har rett til å be om kopier og sertifiseringer av kommunestyrets avtaler og økonomiske og regnskapsmessige arkiv og poster, i henhold til grunnloven art. 30.

Etter de administrative bestemmelsene i art. 60-62 følger i art. 63 kommunens plikt til å konsultere innbyggerne i bestemte tilfeller. Innbyggerne kan selv be kommunestyret om å holde konsultasjoner om saker av generell karakter dersom saken berører alle innbyggere i kommunen jf. art. 64. I så tilfelle må søknaden om konsultasjon være signert av minst 10% av kommunens registrerte innbyggere, og resultatet av konsultasjonen er bindende dersom minst 20% av de registrerte innbyggerne deltar i konsultasjonen og flertallet stemmer positivt på spørsmålet som stilles. Art. 65 gjelder konsultasjoner med urfolkssamfunn eller urfolks representanter. Bestemmelsen lyder:

Dersom en saks karakter særlig berører rettighetene og interessene til urfolkssamfunn i kommunen, skal kommunestyret gjennomføre konsultasjoner på forespørsel fra urfolkssamfunnet eller deres representanter. Konsultasjonen skal gjennomføres i samsvar med det gjeldende urfolks skikker og tradisjoner. (Egen oversettelse)

I art. 66 følger retningslinjer for hvordan konsultasjon jf. art. 64 og art. 65 skal foregå. Det heter her at dersom konsultasjon gjennomføres ved avstemning, noe som oftest er tilfelle, skal stemmesedlene som benyttes være spesielt utformet etter formålet og merkes med sakens tema samt dato og sted for konsultasjonen. Resultatet av konsultasjonen er bindende dersom minst 50% av de registrerte innbyggerne svarer positivt på spørsmålet som stilles. Den kommunale konsultasjonslovgivningen bærer preg av folkeavstemning om spesifikke spørsmål, hvor deltakerne svarer positivt eller negativt – ikke en reell meningsutveksling. Lovgivningen inneholder ikke elementer av FPIC. Den pålegger heller ikke kommunen plikt

²⁶⁰ Mayén (2012) s. 117

til å konsultere med urfolk, som selv må ta initiativ til å bli konsultert. Dette står i motsetning til konsultasjonsplikten som inntreffer overfor innbyggerne generelt i art. 63.

5.3.3.2 Lov nr. 11-2002 om rådgivning i forbindelse med urban og rural utvikling

*Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural*²⁶¹ (utviklingsrådsloven) ble vedtatt i 2002 på bakgrunn av fredsavtalene og CPRG art. 119 bokstav b og art. 224.

Grunnlovsbestemmelsene nedfeller statens plikt til å «systematisk fremme økonomisk-administrativ desentralisering for å oppnå tilpasset regional utvikling». Med dette menes at republikkens territorium er inndelt i regionalt administrerte, desentraliserte enheter; i såkalte utviklingsregioner vil det settes økonomiske, sosiale og kulturelle målsettinger for å fremme jevn utvikling i landet. Ved siden av dette regulerer loven by- og arealplanlegging.

Det følger av lovens forarbeider at det er nødvendig å sikre bred deltakelse fra samtlige sektorer i det guatemalanske samfunnet når det kommer til behandling av utviklings spørsmål. Dette for å oppnå løsninger som er tilpasset befolkningens behov. Ved anvendelse av utviklingsrådsloven skal bestemmelsene i grunnloven, internasjonale traktater og konvensjoner om menneskerettigheter og annen relatert lovgivning slik som kommuneloven, overholdes. Lovgivningen består av fem organisatoriske nivåer: nasjonalt nivå, regionalt nivå, departementalt nivå, kommunalt nivå og samfunnsnivå. Sistnevnte bygger på fredsavtalenes grunnforestilling om at alle deler av befolkningen skal inkluderes i beslutningsprosesser, representanter for Maya-, Xinca- og Garífunafolkene innbefattet. Prosessene skal foregå uten diskriminering av noe slag. Det følger av lovens art. 1 om natur:

Utviklingsrådssystemet er det viktigste middel for deltakelse fra Maya-, Xinca og Garífuna-befolkningen samt den øvrige befolkningen i prosesser for demokratisk utviklingsplanlegging ledet av det offentlige, under hensyn til prinsipper om multinasjonalt, flerkulturelt og flerspråklig fellesskap i den guatemalanske nasjonen.
(Egen oversettelse)

I art. 2 fastslås de generelle prinsippene utviklingsrådssystemet bygger på:

- a) Respekt for kulturene til de ulike folkegruppene som eksisterer sammen i Guatemala
- b) Målsetting av harmoni i interkulturelle forhold

²⁶¹ Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto número 11-2012

- c) Optimalisering av effektivitet på alle nivåer av offentlig forvaltning
- d) Tilpasset sakstildeling i offentlig forvaltning basert på sakens kompleksitet og karakter. Målsetting om demokratisk deltakelse i beslutningsprosesser, likeverdige muligheter og likeverdig behandling for Maya-, Xinka og Garífunafolkene og øvrig befolkning, uten diskriminering
- e) Balansert bevaring og vedlikehold av miljøet og den menneskelige utviklingen, basert på verdensbildene til Maya-, Xinka- og Garífunafolkene og øvrig befolkning, uten diskriminering
- f) Likestilling; forstått som ikke-diskriminering av kvinner og effektiv deltakelse fra både menn og kvinner (Egen oversettelse)

Målet med utviklingsrådssystemet er ifølge art. 3 å organisere og koordinere offentlig forvaltning ved å utarbeide utviklingspolitikk, budsjettplaner- og programmer, og å fremme mellominstitusjonell offentlig og privat koordinering. Konsultasjon med urfolk følger av lovens art. 26, som sier at Maya-, Xinka- og Garífunafolkene etter denne lov skal konsulteres om utviklingsvedtak som fattes av forvaltningen og som direkte berører dem. Konsultasjonen skal gjennomføres mellom utviklingsrådet og representanter for det gjeldende urfolk. Saker som behandles etter loven omhandler ofte tiltak for regulering av regionale og kommunale naturområder jf. art. 1 som tilsvarende ofte berører tradisjonelt urfolksland.

5.3.3.3 Lovforslag om FPIC

Det guatemalanske lovgivningsdirektoratet²⁶² fremmet forslag om implementering av konsultasjon i tråd med UNDRIP og ILO 169 den 9. august 2018, under tittelen *Ley que garantiza el derecho de consulta de buena fe, libre, previa e informada a pueblos indígenas* – Lov som sikrer urfolks rett til fri, forhåndsinformert konsultasjon gjennomført i god vilje. Loven ble ikke vedtatt i kongressen. Den stadfester likevel Guatemalas internasjonale forpliktelser og fremlegger reelle muligheter for systematisert gjennomføring av konsultasjon med urfolk i guatemalansk lovgivning.

Lovforslaget bygger på prinsipper FPIC oppstiller. Forslaget har imidlertid «konsultasjon i god tro» som sin kjerne. Ordlyden «consent» påfølger ikke, noe som ekskluderer en klar formulering om samtykke som målsetting. Tilsvarende utelukker lovforslaget at et potensielt samtykkekrav vil kunne slå inn i særlig inngripende saker. Dermed er det etter lovforslaget

²⁶² Congreso de la República de Guatemala – Departamento de Información Legislativa, Control de Iniciativas

ikke tale om fullt FPIC slik det følger av erklæringens art. 19, men en modifisering av denne regelen. Som bakgrunn for forslaget viser direktoratet innledningsvis til de universelle menneskerettighetene og menneskerettighetserklæringens art. 1, som stadfester at alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd. I den sammenheng bemerkes det at menneskerettighetene inndeles i både individuelle og kollektive: Hvor førstnevnte gjelder alle individer. Det uttales følgelig at urfolks rettigheter er av både individuell og kollektiv karakter, og utgjør en grunnleggende del av den menneskerettslige rammen.

Hensikten bak lovforslaget er ifølge fortalen å respektere, beskytte og fremme urfolks individuelle og kollektive rettigheter, noe som vil gjennomføres gjennom anvendelse av urfolks egne rettssystem og tradisjoner. Direktoratet henviser samtidig til utviklingen i den internasjonale debatten om urfolks rettigheter, og krav om at disse må anerkjennes og beskyttes. For at statene skal kunne respektere og fremme urfolks rettigheter anses det som nødvendig å etablere et juridisk rammeverk på nasjonalt nivå, likt det som allerede foreligger internasjonalt gjennom ILO 169 og UNDRIP. Om lovens formål sier art. 1 følgende:

Lovens formål er å garantere full gjennomføring av retten urfolk og urfolkssamfunn har til å bli konsultert. Staten skal overholde sine forpliktelser til å konsultere med urfolk og urfolkssamfunn om administrative eller lovgivningsmessige tiltak som kan påvirke deres rettigheter. (Egen oversettelse)

Dersom bestemmelsen leses i tråd med de internasjonale forpliktelsene forarbeidet viser til, må «konsultasjonsretten» forstås slik den følger av ILO 169, UNDRIP og Den amerikanske erklæringen om urfolks rettigheter (ADRIP)²⁶³. Sistnevnte ble vedtatt av OAS i 2016. ADRIP bygger på grunnlaget UNDRIP og ILO 169 utgjør²⁶⁴, samt anerkjenner urfolks kollektive rettigheter, urfolks rett til selvbestemmelse og prinsippet om FPIC. Tydeligst kommer dette til uttrykk gjennom kap. 4, art. 23 punkt 2. Regelen baserer seg på ordlyden jf. UNDRIP art. 19. Den lyder:

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and

²⁶³ American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 15. juni 2016

²⁶⁴ Det heter i erklæringens fortale: «BEARING IN MIND the progress achieved at the international level in recognizing the rights of indigenous peoples, especially the 169 ILO Convention and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples»

informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them.

Om loven var tiltenkt tolkning i samsvar med nevnte avtaler og erklæringer, er det i forslaget tale om en fullstendig rett til FPIC, inkludert målsettingen om samtykke. ADRIP må anses som et sentralt dokument, da alle uavhengige stater i nordlige til sørlige Amerika er medlemmer av OAS. Art. 2 lyder:

Konsultasjon med urfolk skal forstås som statens forpliktelse til å konsultere i god vilje under frie, forhåndsinformerte omstendigheter. Urfolk og urfolkssamfunn skal konsulteres gjennom sine egne institusjoner angående ethvert administrativt, lovgivningsmessig eller annet tiltak staten har til hensikt å gjennomføre og som kan påvirke disse folks rettigheter. (Egen oversettelse)

Av art. 3 følger videre at urfolk, urfolkssamfunn eller deres representanter i hele det nasjonale territoriet, skal konsulteres. Staten og alle dens institusjoner som fatter tiltak, vedtak eller avgjørelser som kan eller vil påvirke urfolks rettigheter er pliktet å konsultere. Som institusjoner for håndheving foreslås et eget menneskerettighetsombud, Den øverste valgdomstolen og *La Academia de Lenguas Mayas* – Mayaenes språkakademi. Krav til konsultasjonen stilles i art. 4:

- a) Konsultasjon med urfolk og urfolkssamfunn må gjennomføres før det tas noen administrativ eller lovgivningsmessig beslutning som en statlig institusjon har til hensikt å gjennomføre [der tiltak kan eller vil påvirke gjeldende urfolk]. Institusjonen som har ansvaret for den aktuelle saken vil innkalle til konsultasjon og varsle institusjonene som skal yte bistand: Menneskerettighetsombudet, Den øverste valgdomstolen og Mayaenes språkakademi
- b) Konsultasjon med urfolk og urfolkssamfunn må gjennomføres etter prinsippene om god vilje og fri, forhåndsinformert konsultasjon.
- c) Konsultasjonen med urfolk og urfolkssamfunn skal pågå inntil de som er underlagt konsultasjon er fullstendig informert om saken. (Egen oversettelse)

Det er naturlig å anta at nevnte prinsipp om fri, forhåndsinformert *konsultasjon* bygger på høyesteretts avgjørelser på området. Spørsmål om «consulta» har vært hyppig gjenstand for domstolsbehandling, uten at lignende krav om *samtykke*, altså FPIC, har vært involvert i

denne utviklingen. Etter art. 5 i lovforslaget er resultatene også bindende, og de skal kunne bli kjent ugyldig jf. art. 6 dersom konsultasjonskravene ikke har blitt oppfylt. I dag er det imidlertid ikke noe som taler for at denne loven vil vedtas på kort sikt.

5.3.4 Consulta comunitaria – samfunnskonsultasjon

Dette fenomenet hadde sin fremvekst i 2004, da det ble gjennomført vellykkede konsultasjoner om gruvedrift mellom urfolk og statlige myndigheter i Totonicapán-departementet. Totonicapán var historisk sett den nest viktigste byen for K'iche'-mayaene i prekolonial tid, og anses i dag som et av de guatemalanske områdene hvor mayakulturen står sterkest²⁶⁵. Samfunnskonsultasjonene var tilsynelatende uoffisielle sett i lys av at de ikke var lovfestet, fulgte særskilte protokoller eller var statlig initiert. Urfolkssamfunnene hevdet imidlertid at samfunnskonsultasjon er forankret i urfolksrettslig sedvane, noe som støtter prinsippet om at konsultasjon med urfolk skal gjennomføres gjennom deres egne institusjoner. Ved siden av dette har urfolk som tidligere nevnt en etablert rett til å fremme og utøve sin kultur og sine tradisjoner.²⁶⁶

Urfolksgrupper i landet beskriver konsultasjonen som en flere tusen år gammel sedvanerettslig skikk som har til hensikt å løse samfunnsspørsmål. Praksisen er utviklet fra generasjon til generasjon og er nedfelt i hellige bøker – konsultasjonene bør dermed ikke nødvendigvis betraktes som et isolert fenomen, men snarere en videreutvikling av svært gammel praksis som også er nært tilknyttet mayaenes eget rettssystem. Mellom 2004 og 2012 ble det foretatt 67 samfunnskonsultasjoner (primært relatert til gruvedrift). Majoriteten av disse ble gjennomført i Huehuetenango- og San Marcos-departementene.²⁶⁷ Det foreligger ikke tilgjengelig statistikk på antallet gjennomførte samfunnskonsultasjoner de siste ti årene. De praktiseres imidlertid fortsatt aktivt, og anses i urfolksrettslige fagmiljø generelt sett som styrkende for demokratiet og urfolks deltakelse i saker som angår dem. Flere hevder at

²⁶⁵ Særlig språket og samfunnsorganiseringen til K'iche'-folket. Se *Minority Rights: Guatemala, Maya*, januar 2018, <https://minorityrights.org/minorities/maya-2/> (lest 28. april 2021)

²⁶⁶ Jf. eksempelvis UNDRIP artikkel 34: «Indigenous peoples have the right to promote, develop and maintain their institutional structures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, in the cases where they exist, juridical systems or customs, in accordance with international human rights standards».

²⁶⁷ Mayén (2012) s. 121-122 med videre henvisning til *Informe: El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala: la ruptura entre el discurso y la práctica*, Guatemala 2010 s. 50

samfunnskonsultasjonene har bidratt til en bedring i urfolks selvbestemmelsesrett der relevante bestemmelser etter øvrig lovgivning ikke følges opp.²⁶⁸

5.3.5 Avgjørelser fra Den konstitusjonelle domstolen

Guatemalansk rettspraksis på området for konsultasjon omfatter i hovedsak avgjørelser relatert til gruvedrift, de mest omfattende fra 2007 til dags dato. Et utvalg av gruvesakene som illustrerer utviklingen gjennomgås i det følgende, hvor særlig Marlin-saken som har vært oppe for retten flere ganger er sentral. Avgjørelsene er fra Den konstitusjonelle domstolen, som benyttes i spørsmål om saker som kan være grunnlovsstridige. Med bakgrunn i at ILO 169 er konstitusjonelt beskyttet i Guatemala behandles saker gjeldende konsultasjon jf. art. 6 og 7 i Den konstitusjonelle domstolen. For øvrig ble det avklart i sak nr. 199-95 år 1995 at ILO 169 anses å være i samsvar med den guatemalanske grunnloven.

5.3.5.1 Expediente no. 123-2007 (Marlin) 2007

Det ble i 1998 gjort betydelige mineralfunn i et større geografisk område som strakte seg over de to kommunene San Miguel Ixtahuacán og Sipacapa i San Marcos-departementet. I 2005 ble en nyåpnet gruve solgt til det canadiske gullutvinningsselskapet Goldcorp. På tidspunktet hadde en miljøkonsekvensutredning av graven allerede blitt vurdert av direktoratet for miljø og naturressurser. Direktoratet hadde fattet påfølgende vedtak om gruvekonsesjon med 25 års varighet. Lovligheten av dette ble vurdert i saken. Tvistens kjerne omhandlet gruvens lokalisering i tradisjonelle urfolksområder, og at driften hadde blitt innvilget uten hensyn til befolkningen. Det forelå heller ikke objektive, tekniske undersøkelser av effekten av åpen gruvedrift i regionen i forkant for konsesjonen.

Konsultasjon i forbindelse med vedtaket hadde ikke blitt gjennomført. Utover følgene gruveutbyggingen hadde for naturområdene, urfolk og deres bosteder, hadde driften også forårsaket forurensning i landsbyenes brønnsystemer og i Tzala-elven, som utgjorde en sentral vannkilde. I forbindelse med innbyggernes konsesjonsklager rettet mot myndighetene ble det tatt vannprøver som viste svært høye jern- og aluminiumverdier i vannet.

Miljøorganisasjoners undersøkelser i området viste at vannforurensningen skyldtes at gruvedriften ikke hadde et tilstrekkelig fungerende avløpssystem. Urfolksgruppene i regionen *v/Asociación Civil Colectivo Madre Selva* hevdet på disse grunnlag at driften medførte alvorlig

²⁶⁸ Bl. a. Mayén og Anaya støtter et slikt standpunkt. Se Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, 7. juni 2011, A/HRC/18/35/Add3.

fare for liv og helse, brudd på menneskerettighetene og brudd på Guatemalas internasjonale forpliktelser jf. blant annet ILO 169. De krevde gruvedriften avvirket.

Staten v/direktoratet for miljø og naturressurser anførte på sin side at konsesjonsvedtaket var gyldig samt at gruen hadde blitt driftet i samsvar med *Ley de Minería* (gruveloven) og øvrig miljølovgivning. Det ble avvist at urfolksgruppene hadde innsendt klager, og at staten hadde mottatt vannprøver som viste forurensning i Tzalá-elven og brønnvannet. Staten viste til at urfolksgruppene ikke hadde uttrykt sin motstand på en tilstrekkelig måte i forkant for konsesjonsvedtaket, og at driften var i tråd med miljøkonsekvensutredningen som ble foretatt i forkant for driftens oppstart. Det ble videre hevdet at rapporter for miljømessig kontroll og overvåking av området hadde foregått i tråd med *Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente* (miljøvern- og miljøforbedringsloven), og at disse rapportene ikke viste noen avvik. Domstolen fant at konsesjonsprosedyren hadde blitt overholdt i samsvar med bestemmelsene i gruveloven. Av samme lov følger en rett til å uttale seg om eventuelle motsetninger mot planlagt gruvedrift, noe retten ikke anså at hadde blitt gjort i dette tilfellet. Konsesjonen ble dermed erklært gyldig. De påberopte rettighetene etter ILO 169 ble ikke vurdert i dommen.

5.3.5.2 Expediente no. 3878-2007 (Cementos Progreso) 2009

Sakens parter var urfolket kaqchiquel og kommunen i San Juan Sacatepéquez. Det guatemalanske firmaet Cementos Progreso var tredjepart i tvisten. Firmaet arbeidet med sementproduksjon og hadde i den forbindelse fått tillatelse av kommunen til å drive virksomhet i regionen. Urfolksgrupper i området motsatte seg dette, da produksjonen berørte deres tradisjonelle landområder. Motstanden hadde ved flere anledninger blitt uttrykt gjennom skriftlige klager i henhold til kommuneloven. Det hadde ved siden av dette blitt holdt en innbyggerkonsultasjon med avstemning jf. samme lov i forkant for tillatelsen, som ikke hadde blitt tatt til etterretning. Urfolksgruppene mente at dette var lovstridig og at konsultasjon etter bestemmelser i kommuneloven ikke var tilstrekkelig. Kommunen hevdet at nødvendige konsekvensutredninger var foretatt før tillatelse ble gitt. Det ble anført at fremgangsmåten for konsultasjon var i tråd med kommuneloven og at kommunen utøvet sin myndighet i samsvar med grunnloven art. 126²⁶⁹ om utvinning. Kommunen vant frem i saken.

²⁶⁹ Det heter i artikkel 126 at det er «helt nødvendig og av sosial interesse med planting og forvaltning av skog, for å gjenoppbygge landets skoger. Loven skal oppstille form og krav til utnytting av ulike skogressurser og

I dommen gjøres det først og fremst en bred tolkning av regelverket i kommuneloven, som anses å være i samsvar med tillatelsen, før retten kommer med uttalelser av mer generell karakter. Her er det av interesse at retten fremmet sitt syn på Guatemalas internasjonale forpliktelser, særlig gjeldende konsultasjon med urfolk. ILO 169 og UNDRIP ble nevnt som sentrale juridiske dokumenter i konsultasjonssammenheng. Videre uttaltes det at det hittil ikke har lyktes å få på plass en nasjonal, juridisk plattform som effektivt regulerer retten til å bli konsultert. I forhold til dette siterte domstolen en tidligere konstitusjonell avgjørelse i expediente no. 1179-2007, hvor det ble uttalt:

Lovgivningen som regulerer konsultasjon slik det følger av ILO konvensjon nr. 169 – utviklingsrådsloven og kommuneloven – er vidstrakt, men lite presis når det kommer til utvikling av konsultasjonsprosedyrene [...] I denne forbindelse oppfordres staten Guatemala til følgende [...] For å effektivisere urfolks rett til å bli konsultert jf. ILO 169 artikkel 15 og utviklingsrådsloven artikkel 26, må formen for konsultasjon og konsultasjonsprosedyrer lovfestes. Bestemmelsene bør regulere hvem som skal være innkallingsorgan og initiere konsultasjonen, hvem som skal delta, når konsultasjon skal skje og effekten av oppnådd resultat. (Egen oversettelse)

Det påpekes dernest at retten til å bli konsultert er grunnleggende og av kollektiv karakter, samt at en slik rett har oppstått som resultat av internasjonal bevissthet rundt behovet for beskyttelse av urfolk – på bakgrunn av marginaliseringen de historisk har vært utsatt for grunnet sin kulturelle identitet. Det presiseres videre at det nevnte medfører en statlig forpliktelse til å institusjonalisere og anvende tilpassede prosedyrer i forkant for handlinger som kan berøre denne delen av befolkningen. På dette grunnlaget gir retten en oversikt over hva som bør kreves i konsultasjonsprosesser med urfolk:

- a. Konsultasjonen skal være forhåndsinformert
- b. Informering alene anses ikke som tilstrekkelig konsultasjon
- c. Konsultasjonen må gjennomføres i god vilje, gjennom en prosess som bidrar til å skape tillit mellom partene

fornyelse av tillatelser samt fremme skogsindustrien [...] Skog og vegetasjon ved bredden av elver og innsjøer, og i nærheten av vannkilder, vil være spesielt beskyttet».

- d. Konsultasjonen må være tilstrekkelig og skal gjennomføres gjennom representative urfolksinstitusjoner
- e. Konsultasjon må gjennomføres på en systematisk og transparent måte
- f. Omfang – Konsultasjonene som gjennomføres etter anvendelse av denne avtalen må gjennomføres i god vilje og på en måte som er hensiktsmessig under omstendighetene, for å oppnå enighet eller innhente samtykke angående de foreslåtte tiltakene

Om dommens resultat sett i lys av disse karakteristikene uttaler retten følgende:

Under de spesielle omstendighetene med analysen av denne spesifikke situasjonen, er det nødvendig [...] å fordype seg i det faktum at det er mulig å anerkjenne urfolks rett til konsultasjon og samtidig måle denne rettens kompatibilitet med andre interesser og rettigheter som de ser ut til å havne i konflikt med. Dette spesielt på grunn av lovfestede hensyn som fremmer ressursutvinning gjennom gruvedrift og andre prosjekter, et spørsmål som har utløst intens debatt ikke bare fra et juridisk perspektiv – men også fra et politisk, sosialt, økonomisk og kulturelt perspektiv i latinamerikanske land med urfolk. (Egen oversettelse)

Det heter i slutningen at utvinning av naturressurser i urfolks territorier gjør det nødvendig å harmonisere to motstridende interesser: På den ene siden behovet for å planlegge forvaltning og bruk av naturressurser for å sikre bærekraftig utvikling, bevaring og restaurering, og på den andre siden beskyttelse av den etniske, kulturelle, sosiale og økonomiske integriteten til urfolkssamfunnene som «okkuperer nevnte territorier». Med andre ord må det søkes å finne en balanse mellom dette og den økonomiske utviklingen i landet «som er en forutsetning for at menneskene kan eksistere». Til sist bemerkes det at konsultasjon likevel skal gjennomføres når tiltak kan berøre urfolk i henhold til ILO 169 art. 6.

5.3.5.3 Expediente no. 4419-2011 (Hidroeléctrica Entre Ríos) 2013

I denne saken hadde bedriften Corrientes del Río fått tillatelse til å realisere et vannkraft-prosjekt, Hidroeléctrica Entre Ríos, i kommunen San Agustín Lanquín i Alta Verapaz-departementet. Parter var urfolkssamfunnene i kommunen og staten. Gjenstand for tvist var tillatelsens fullmakt til å benytte offentlig eiendom til utbyggingen av vannkraftverket. Urfolkssamfunnene anførte at tillatelsen berørte tradisjonelle landområder og var i strid med reglene om konsultasjon. Driften påvirket særlig Lanquín-elven, som fungerte som grense

mellom vannkraftverket og eiendommene til urfolkssamfunnene. Elven hadde vært sentral for innbyggernes levemåte siden uminnelige tider. Ved utviklingen av Hidroeléctrica Entre Ríos-prosjektet ble flere av deres eiendommer oversvømt og utsatt for irreversibel skade, også utenfor det opprinnelige området som var oppgitt i driftstillatelsen. Konsultasjon i forkant for vedtaket var gjort med statlig ansatte under en konsekvensutredning, ikke urfolkssamfunnene eller deres representative institusjoner.

Staten hevdet at konsekvensutredninger og juridiske uttalelser fra energiministerne og miljø- og energidepartementet var i tråd med *Ley General de Electricidad* – elektrisitetsloven, som også oppstiller rett til å fremme innvendinger mot planlagte prosjekter i likhet med gruvedriftloven. Staten anså ikke at urfolkssamfunnene hadde fremmet en slik rett, og hevdet at elektrisitetsloven måtte gjøres gjeldende grunnet sakens karakter, ikke ILO 169. Dette fordi statlige organer som var innblandet i saken hadde handlet i tråd med lovfestet myndighet jf. grunnloven art. 126.

Etter noe tvil rundt sakens dokumenter vant staten til slutt frem. Urfolkssamfunnene ble fritatt for saksomkostninger på grunnlag av at de hadde «handlet i åpenbar god tro». Det fremstår som noe uklart i dommen hva dette innebærer. Imidlertid hersket det ikke tvil etter sakens dokumenter om at vannkraftverket hadde forårsaket ødeleggelser i naturområder som var svært viktig for urfolk. Domstolen anerkjente utover dette innholdet i konsultasjonsrettighetene som følger av guatemalansk lovgivning, ILO 169 og folkeretten for øvrig. Samtidig ble det igjen påpekt at konsultasjon ikke innebærer vetorett. Avslutningsvis ble det på ny rettet en oppfordring mot den guatemalanske staten om å effektivisere den nasjonale konsultasjonslovgivningen gjennom lovfestede prosedyrer.

5.3.6 Oppsummering

Gjennom konsesjon for gruvedrift i urfolksområder som blir vedtatt av myndighetene uten urfolks samtykke blir ifølge Mayén ikke bare urfolksland stående ubeskyttet, men land- og bruksrettigheter til privat eiendom blir også krenket.²⁷⁰ Det hersker ikke tvil om at konfliktnivået mellom urfolk og staten er høyt i Guatemala når det gjelder spørsmål om landrettigheter og ressursutvinning. Avgjørelsene som har blitt omtalt ovenfor er noen av de mest sentrale i en mengde lignende saker om utvinning og annen produksjon i tradisjonelt

²⁷⁰ Mayén (2012) s. 127

land. Et fellestrekk for avgjørelsene er at konsultasjon slik det følger av enkelte forvaltningsbestemmelser i kommuneloven og utviklingsrådsloven, ser ut til å sammen med grunnloven art. 126 utgjøre en konstitusjonell «rett til å utøve myndighet», som havner i konflikt med både andre grunnlovsbestemmelser og folkerettslige regler. Tendensen i domstolene er 1) at hensyn til økonomi og utvikling gjennom ressursutvinning kan gå foran urfolksrettigheter når det vurderes riktig etter konstitusjonelt, kommunalt eller statlig skjønn og 2) at konsultasjon «i seg selv» jf. eksempelvis utviklingsrådsloven anses tilstrekkelig i domstolene. Samtidig forekommer det at kravene ILO 169 og UNDRIP oppstiller anerkjennes, men ikke oppfølges.

Klarest gjenstand for motstrid ser ut til å være særlovgivningen om ressursutvinning og grunnloven art. 126 på den ene siden, med folkeretten og grunnloven art. 66 på den andre. I forbindelse med dette bør det problematiseres at Den konstitusjonelle domstolen legitimerer vedtakene til statlige organer i slike saker til tross for at de innebærer menneskerettighetsbrudd. Dette var eksempelvis tilfelle i Marlin-saken. Situasjonens alvor ble omtalt i en rapport foretatt av tidligere spesialrapportør James Anaya og ILO-organet²⁷¹. Saken ble også behandlet i den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen i 2010 under saksnr. MC 260/07. Kommisjonen krevde gruvedriften og andre lisenser tilknyttet Goldcorps virksomhet i området stanset.²⁷²

At vedtakelsen av en nasjonal konsultasjonslov uteblir er ikke overraskende sett i lys av næringspolitikken i landet. Imidlertid øker det internasjonale presset for å få en slik lov på plass²⁷³, slik også Konstitusjonsdomstolen har oppfordret til ved flere anledninger. På nåværende tidspunkt er det grunn til å være kritisk til at konsultasjon gjennomføres i liten skala fra et både folkerettslig og internrettslig perspektiv. Et slikt synspunkt forsterkes med forbehold om at CPRG art. 66 og 67 er i samsvar med internasjonal sedvanerett og jus cogens – noe som jo burde tilsi at et prinsipp om FPIC står sterkt og konstitusjonelt sett er fullt bindende for staten.

²⁷¹ Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, 7. juni 2011, A/HRC/18/35/Add.3. ILO beordret gruvedriften stanset i Observation (CEACR), adopted 2011, published 101st ILC session (2012), Development of the consultation process in specific cases: San Juan de Sacatepéquez (cement company), municipalities of Sipacapa and San Miguel de Ixtahuacán (Marlin mine), (lest 30. april 2021)

²⁷² *Ibid.*,

²⁷³ Gjennom eksempelvis både den nevnte ILO-observasjonen og tidligere spesialrapportør Anayas rapport A/HRC/18/35/Add.3

6 Komparativ analyse

6.1 Utgangspunkter

Metodisk fremgangsmåte for denne delen av oppgaven er redegjort for i kapittel 2.4. Oppsummert vil det i det følgende gjøres en komparativ analyse av implementering av FPIC. Sammenligningen tar først og fremst utgangspunkt i alminnelig komparativ metode med formål om å gi en sammenfattet oversikt over likheter og ulikheter ved implementeringen, slik den er fremstilt i kapittel 5. Dernest følger en rettskulturell sammenligning i kapittel 6.3, som belyser andre strukturelle grunnlag for implementering. Dette inkluderer historiske og politiske forhold sett i sammenheng med internrettslige systemer.

6.2 Likheter og ulikheter

6.2.1 Implementering gjennom lovgivning

Dersom man ser til det konstitusjonelle grunnlaget for gjennomføring av FPIC har både Canada, Guatemala og Norge en eller flere grunnlovsbestemmelser som anerkjenner landets urfolk og oppstiller statlige forpliktelser overfor disse gruppene. Den lovfestede implementeringen er imidlertid av begrenset art på nåværende tidspunkt, og har sett noe ulik ut. At konsultasjon med urfolk hovedsakelig har blitt tolket og regulert gjennom domstolpraksis og grunnlovstolkning i Canada har ført til lite lovtekst på området. Det foreligger retningslinjer vedtatt i forskrift rettet mot statlig ansatte, som gir en oversikt over fremgangsmåten i konsultasjonsprosesser – samt en veileder i å fange opp potensielle konsultasjonssaker. Norge og Guatemala har på den andre siden løst sine forpliktelser til ILO 169 gjennom henholdsvis Finnmarksloven og utviklingsråds- og kommuneloven. Det er tale om en delvis inkorporering i begge tilfeller, hvor videre avklaring har blitt overlatt til høyesterett og Konstitusjonsdomstolen. En fullstendig, lovfestet implementering av urfolkserklæringen har ikke vært oppe til vurdering i disse to landene.

Noe overraskende er det dermed at canadiske myndigheter allerede har uttrykt gjennom regjeringsuttalelser og i form av lovforslag at full implementering av UNDRIP og FPIC er et ønskelig alternativ, med tanke på tidligere tilbakeholdenhet rundt tilslutning til erklæringen. I den sammenhengen har prosesser om konsultasjonslovgivning vært under utarbeidelse i Norge siden NOU 2007:13, med 2020/2021-proposisjonen²⁷⁴ som nyeste ledd. Forslaget

²⁷⁴ Prop. 86 L (2020-2021)

oppstiller bestemmelser som er i tråd med FPIC, men et endelig vedtak har fortsatt ikke funnet sted.

Den guatemalanske staten har på sin side mottatt gjentatte oppfordringer fra det internasjonale samfunnet²⁷⁵ om å effektivisere gjennomføringen av konsultasjon gjennom lovfestede prosedyrer. Bakgrunnen for en slik anmodning er på den ene siden stadige menneskerettighetsbrudd²⁷⁶ og tilsynelatende motstrid i nasjonalt regelverk, som har komplisert gjennomføringen av tilstrekkelig konsultasjon. At 2018-lovforslaget om en lovfestet, forholdsvis vidstrakt konsultasjonsrett ikke ble vedtatt, var dermed forventet. På samme måte som canadiske myndigheter tidligere har uttrykt ser det også i Guatemala ut til stadig å herske bekymring rundt følgene lovfestet FPIC kan få med tanke på en eventuell vetorett. Per i dag er forslaget om konsultasjonslov arkivert, og det er ikke noe som tyder på at det vil tas opp til gjentatt behandling i kongressen i nær fremtid. Dette er imidlertid noe som raskt kan endre seg i takt med økt internasjonalt press.

6.2.2 Implementering gjennom domstolpraksis

Canadiske og guatemalanske domstoler driver rettskapende virksomhet i likhet med norsk Høyesterett. På området for konsultasjon med urfolk er mengden rettspraksis betydelig større i både Canada og Guatemala, noe som på den ene siden kan være en følge av virksomheten i det canadiske common law-systemet²⁷⁷ og på den andre konsultasjonsavtalen mellom norske myndigheter og Sametinget. Avtalen har medført en systematisering av prosedyrer som langt på vei avklarer spørsmål om innhold og krav til konsultasjon fra statens side. På den andre siden regulerer blant annet Finnmarksloven og sameloven områder som ellers kunne vært gjenstand for tvist.

Den canadiske domstolpraksisen er noe særegen i forhold den norske og guatemalanske, for det første grunnet at ILO 169 ikke er ratifisert og staten dermed ikke anser seg direkte

²⁷⁵ Herunder FN og ILO. Disse oppfordringene ble opptrappet i 2011-2012 ved høyt konfliktnivå i Guatemala og avdekkingen av menneskerettighetsbrudd i gruvene, se f.eks. UN General Assembly, HR/CT/745, Concluding Discussion of Guatemala's Report, Human Rights Experts Pose Questions on Human Rights Defenders, Addressing Conflict's Aftermath, Indigenous Rights, 20. mars 2012, <https://www.un.org/press/en/2012/hrct745.doc.htm> (lest 2. februar 2021)

²⁷⁶ Særlig som konsekvens av den omfattende ressursutvinningen i landet som berører urfolksterritorium, som vist gjennom sakene i kap. 5.3.5

²⁷⁷ Normproduksjonen i common law er i hovedsak domstolskapt og bygger på sedvane. Avgjørelser i siste instans anses som juridisk bindende, og skaper presedens og rettslige prinsipper. Domstolhierarkiet er således sentralt for normproduksjon gjennom den rettskapende og rettsavklarende funksjonen til de canadiske domstolene. Se Sunde (2017) om common law som system s. 47-48.

forpliktet til konsultasjon med urfolk²⁷⁸. For det andre har betydningen og rekkevidden av S. 35 i Constitution Act blitt opp til domstolene å avklare. Som tidligere nevnt gjaldt dette særlig gyldigheten av eldre traktatrettigheter og innholdet i disse, samt hvilke faktiske forpliktelser staten hadde overfor landets urfolk. Som en konsekvens var de domstolskapte prinsippene for konsultasjon i lang tid ganske innskrenket målt opp mot de som følger av urfolkserklæringens art. 19 og FPIC. I den grad det forelå et mål om å oppnå enighet og fremme forsoning mellom staten og urfolk²⁷⁹ kunne det ikke i noe tilfelle nedlegges veto mot inngrepene vedtak. Samtidig ville urfolks rettigheter i en slik sammenheng ofte være avhengig av Aboriginal Title, en rett det gjerne er opp til domstolene å anerkjenne i en enkeltsak.

At den guatemalanske Konstitusjonsdomstolen har behandlet en høy andel konsultasjonsspørsmål sammenfaller på samme vis med manglende lovregulering, og motstrid i regelverk. Et særtrekk er det tilbakevendende standpunktet om at CPRG art. 126 ser ut til å ha forrang for CPRG art. 66-68, og øvrige folkerettslige konsultasjonsrettigheter²⁸⁰. Dette synspunktet har blitt forankret i statens konstitusjonelle «rett til å utøve myndighet». En slik rett har for øvrig også blitt nevnt av canadisk høyesterett i forbindelse med UNDRIP og konsultasjon. Der ble det uttalt at retten til myndighetsutøvelse måtte ivaretas og at andre tiltak (enn FPIC) måtte iverksettes for å oppnå den konstitusjonelle målsettingen om forsoning.²⁸¹

Fra et norsk ståsted har Høyesterett vært tilbakeholden med å benytte UNDRIP som kilde i lovtolkningen, om man ser bort fra generelle bemerkninger om at erklæringen er et sentralt urfolksrettslig dokument. Rettspraksisen på området bærer mindre preg av konstitusjonelle vurderinger sammenlignet med i Canada og Guatemala, og har til en viss grad avklart gjennomslagskraften til folkerettslige dokumenter som ILO 169 og SP art. 27 i norsk rett. Dette er en prosess som motsetningsvis framstår som langsom i Guatemala. Mest interessant i

²⁷⁸ Sett bort fra menneskerettighetene og de og forpliktelser som tross alt følger av internasjonal urfolksrettslig sedvane (som har et innhold det i utgangspunktet hersker bred enighet om i det internasjonale samfunnet)

²⁷⁹ Slik det er oppstilt i grunnloven S. 35 og prinsippet om the Honour of the Crown

²⁸⁰ Som påpekt tidligere er det anerkjent i konstitusjonsdomstolen at ILO 169 er i tråd med guatemalansk grunnlov.

²⁸¹ Government of Canada, The Law of Canada in relation to UNDRIP: «The Supreme Court of Canada has been clear – both before and after the UNDRIP was endorsed - that our constitutional framework does not give aboriginal groups a veto right in respect of asserted rights and title. Instead, the Court has imposed other requirements to achieve reconciliation while still recognizing government's right to govern», <https://ceaa-acee.gc.ca/050/documents/p63928/92200E.pdf> (lest 1. mai 2021)

forhold til uttalelser om FPIC i norsk Høyesterett er kanskje Nessebysaken, hvor det uttales at de enkelte bestemmelsene i erklæringen «ikke synes å gå lenger enn det som følger av bindende konvensjoner, i første rekke ILO 169». Om denne uttalelsen forutsetter at eksempelvis UNDRIP art. 19 og ILO 169 art. 6 som begge omhandler konsultasjoner samsvarer i rekkevidde, burde det tilsi at en rett til FPIC står sterkt i norsk rett i medhold av ILO 169.

6.2.3 Annen implementering

Sametinget og den tilhørende konsultasjonsavtalen med Stortinget utgjør en internrettslig systematisering som skiller seg fra de to øvrige landene. Som selvstendig, representativt samisk organ er Sametinget beviselig en svært viktig forutsetning for samisk selvbestemmelse. Det er samtidig sannsynlig at lovtillegget i Prop. 86 L (2020-2021) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner), som er omtalt ovenfor i kapittel 5.1.3.3, blir vedtatt i nær framtid. En nordisk samekonvensjon vil forsterke FPIC og konsultasjonsrettighetene ytterligere. Systematisering i lik skala uteblir foreløpig i Canada og Guatemala. Det hersker imidlertid ikke tvil om at et slikt behov foreligger, noe de guatemalanske samfunnskonsultasjonene har demonstrert. Til tross for at disse konsultasjonene ikke er lovfestet har de vært viktig for organiseringen av guatemalansk urfolk og oppmerksomhet rundt deres rettigheter. Ordningen har også vist at staten er villig til å konsultere med urfolk i flere saker. Med henblikk på canadisk utvikling i etterkant av UNDRIP-tilslutningen har myndighetene gitt indikasjoner på at de ønsker å samarbeide med urfolk og gjennomføre erklæringen internrettslig. For øyeblikket kommer imidlertid implementeringsarbeidet til uttrykk gjennom uttalelser og forslag slik som Bill C-15, som det gjenstår å offisielt vedta.

6.3 Rettskulturell sammenligning

6.3.1 Internrettslige systemer og normproduksjon

Statenes metoder for konfliktløsning er etablert gjennom rettslige organer som er konstitusjonelt forankret. Som beskrevet ovenfor dømmer Høyesterett og The Supreme Court i siste instans internrettslig i Norge og Canada der hvor Guatemala benytter en egen konstitusjonsdomstol i saker som krever grunnlovsmessige vurderinger. Forpliktelser relatert

til konsultasjon og FPIC i Norge er i all hovedsak folkerettslig forankret²⁸², hvilket også er tilfelle i Guatemala²⁸³.

Canadiskrettslig følger disse forpliktelsene primært av intern rett og urfolksrettigheter som er nedfelt i konstitusjonen. Om dette skriver Bankes: «it is evident that international law has had no discernible direct influence on the development of the duty to consult and accommodate» (ved siden av de generelle følgene av at Canada ikke har ratifisert ILO 169)²⁸⁴. I stedet for formuleringer om FPIC og konsultasjon har prinsipper om «consultation and accomodation» vokst frem nasjonalt: En plikt til å konsultere med og imøtegå urfolk. Ifølge Bankes er dette delvis et resultat av «a deeper reflection on the relationship between Indigenous peoples and settler society and settler society's claims to sovereignty». Den nærmest fullstendig internrettslige utviklingen på området står således i stor kontrast til særlig Norges folkerettslige forankring av konsultasjon.

Guatemala kommer svakest ut når det gjelder gjennomføring av konsultasjonsforpliktelser og FPIC som enten er lovfestet eller følger av folkeretten. Imidlertid er en interessant ulikhet at graden av selvbestemmelse innad i urfolksgruppene er betydelig mer tilstedeværende i Guatemala enn i Norge og Canada. Mayasamfunnene håndhever ofte sine egne lover gjennom eget rettssystem, noe som bidrar på en positiv måte til bevaring av deres kultur. Det er nok også en av grunnene til at mayaenes språk fortsatt står sterkt i dag. Baksiden med dette er at i den grad ulovfestet konsultasjon og samtykke foregår mellom staten og urfolk gjennom samfunnskonsultasjon, er ikke konsultasjonen nødvendigvis «fri». Manglende prosedyrer og overvåking medfører en økt risiko for at avtaler gjøres på grunnlag av press, tjenester, personlige relasjoner og andre midler. At det frie elementet uteblir er noe som umuliggjør et resultat som samsvarer med de demokratiske selvbestemmelsesstandardene som er kjernen i FPIC.

Når det gjelder domstolenes rolle samsvarer imidlertid statenes system for normproduksjon, ved at sentral rettspraksis i alle de tre landene skaper presedens for fremtidige avgjørelser og

²⁸² Som påpekt av Bankes (202) s. 270 særlig gjennom ILO 169 og SP art. 27

²⁸³ Det er imidlertid viktig å bemerke at art. 66 i den guatemalanske grunnloven langt på vei anerkjenner urfolks rettigheter. Likevel har ILO 169 markert seg om en helt nødvendig internasjonal forpliktelse for å sikre gjennomføringen av urfolks rettigheter. Dette grunnet motstridsproblematikken som tidligere er nevnt. Klare oppfordringer fra internasjonalt hold om å effektivisere implementering fremstår som sentralt for fremdrift i det nasjonale regelverket.

²⁸⁴ Bankes (2020) s. 270

er med på å forme rettsutviklingen. Som nevnt i kapittel 6.2.2 er dette særskilt utpreget i det canadiske common law-systemet grunnet viktigheten av domstolskapte prinsipper og presedenser. Angående dommersammensetning er denne ulikt systematisert, noe som medfører enkelte ulikheter. Den vil derfor kort redegjøres for.

6.3.2 System for utnevning av dommere

Ifølge den norske lov om domstolene (dl.) § 54 første ledd må Høyesterettsdommere ha fylt 30 år og ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap. Høyesterett består av totalt 20 dommere hvorav én høyesterettsjustitiarius jf. Grl. § 88. I den enkelte sak blir retten satt med fem dommere. Høyesterettsdommere utnevnes som embetsmenn av Kongen etter Gr. § 21 jf. dl. § 55. Det følger av samme bestemmelse at til dommere bør utnevnes personer som tilfredsstiller høye krav til faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper. Dommere bør rekrutteres blant jurister med forskjellig yrkesbakgrunn. En dommer skal jf. tredje ledd være uavhengig i sin dømmende virksomhet og utføre sin dommergjerning upartisk på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt. Dommere kan ikke sies opp eller forflyttes mot sin vilje og kan bare avskjediges etter rettergang og dom. Innstilling av dommere foretas av et innstillingsråd jf. dl. § 55 bokstav a første ledd, som består av tre dommere fra Høyesterett, lagmannsrettene eller tingrettene, en advokat, en jurist ansatt i det offentlige og to medlemmer som ikke er jurister. Kongen oppnevner medlemmene av Innstillingsrådet med personlige varamedlemmer og fastsetter hvilket medlem som kan være leder for Innstillingsrådet.

Lov om organiseringen av canadisk høyesterett følger av *Supreme Court Act* (SCA) fra 1985 og består av ni dommere hvorav én er overrettsdommer. Det heter i SCA § 4 andre ledd: «The judges shall be appointed by the Governor in Council by letters patent under the Great Seal». Om hvem som kan bli innstilt til dommer sier § 5: «Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province». Minst tre av høyesterettsdommerne skal innstilles fra enten ankedomstolen eller Quebec-provinsens øverste dommere eller talsmenn. Avskjedigelse kan kun foretas av dommeren selv eller Senatet og Underhuset jf § 9 (1): «Subject to subsection, the judges hold office during good behaviour, but are removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons».

Kapittel 4 i den guatemalanske grunnloven omhandler organiseringen av Konstitusjonsdomstolen, som består av 12 dommere. Det følger av art. 268 at den er en permanent domstol hvis vesentlige funksjon er å forsvare den konstitusjonelle ordenen. Den

fungerer som en kollegial domstol med uavhengighet fra andre statlige organer, og utøver eksklusiv jurisdiksjon som er tildelt den gjennom grunnloven og materiell lov.

Konstitusjonsdomstolen består jf. CPRG art. 269 av fem alminnelige dommere med respektive varadommere. I prinsipielle saker utvides dommersammensetningen til syv ved at to varadommere trer inn. Samme bestemmelse fastslår at dommerembetet varer i fem år.

Innstilling og utnevning av dommere gjøres av henholdsvis høyesteretts plenum, kongressen, presidentens ministerråd, øverste universitetsråd ved Universidad de San Carlos de Guatemala og advokatforeningens forsamling. For å bli utnevnt må dommerkandidater jf. art. 271 ha guatemalansk opprinnelse, advokattittel, anerkjent ærverdighet og minst 15 gjennomførte år i juridisk embete. Dommerne rullerer på å opptre i retten gjennom ettårige intervaller.

Det har betydning for rettsavgjørelsene i Guatemala at dommerne utnevnes av forsamlinger som ikke er uavhengige og tillegg sitter for fem år av gangen, i motsetning til i Norge og Canada hvor det skal svært mye til for å avskjedige en dommer før pensjonsalder. En nylig utvikling som illustrerer dette er den forsinkede iverksettelsen av Gloria Porras' dommerverv i Den konstitusjonelle domstolen. Hun ble utnevnt for sin tredje periode i mars 2021 og er kjent for å fremme menneskerettigheter og urfolksrettigheter. Angående innsettelsen 13. april 2021 hevder Porras følgende:

In March, I was elected to a third consecutive term on the court. And yet, on April 13, Congress blocked me from swearing in. The move, based on a technicality, citing irregularities in my election by Guatemala's Supreme University Council and the fact that I'm not a university professor, follows requests from the same coalition of lawmakers to remove my legal immunity as a judge. Together, these efforts to punish me for my decisions on the bench are an affront to judicial independence.²⁸⁵

FNs spesialrapportør for uavhengigheten til dommere og advokater, Diego García-Sayán, uttrykte 19. november 2020 bekymring for gjentatte angrep mot enkeltmedlemmer av den guatemalanske konstitusjonsdomstolen samt kongressens forsinkelser i utnevningen av domstolmedlemmer:

²⁸⁵ Gloria Porras, Americas Quarterly, Opinion, Guatemala's Justice System is at a Breaking Point, 20. april 2021, <https://www.americasquarterly.org/article/guatemalas-justice-system-is-at-a-breaking-point/> (lest 4. mai 2021).

The State is under an obligation to prevent attacks against judges for carrying out their functions and must avoid political interference in the Constitutional Court [...] I observe with concern that the programming of sessions in Congress to advance the process of the selection of judges is indefinitely prolonged and has not resulted in the elections taking place [...] Actions by Congress are not only in violation of the order by the Constitutional Court. More generally, it constitutes an attack delegitimizing the function of the institution in a way that is unacceptable in any society governed by the rule of law.²⁸⁶

En særlig utfordring i de guatemalanske domstolene er at den manglende gjennomsiktigheten har foregått over lengre tid, noe som har ført til en frykttkultur blant enkeltdommere for å fremme syn som ikke er i tråd med kongressens politiske ønsker. Blant annet Valdeavellano kritiserer at konstitusjonsdomstolens flertall konsekvent hevder at internasjonale menneskerettighetstraktater ikke samsvarer med landets grunnlov. Praksisen fører til at sekundær lovgivning og andre generelle bestemmelser ikke kan få gjennomslag på grunn av en «konstitusjonsblokkering». Han påpeker at domstolen er lovmessig forpliktet å implementere menneskerettigheter, men at disse ikke beskyttes når det unnlates å oppheve tidligere domstolsavgjørelser som ikke kan aksepteres etter prinsippene i både nasjonal og internasjonal rett.²⁸⁷

IACHR oppfordret 11. februar 2021 Guatemala til å garantere gjennomsiktighet og samsvar med internasjonale standarder i forbindelse med årets nye dommerutnevnelser til konstitusjonsdomstolen. Kommisjonen bemerker i likhet med Valdeavellano at Guatemala har representative demokratiske institusjoner som er kapabel til å garantere stabilitet, fred og utvikling for den guatemalanske befolkningen. Imidlertid forårsaker manglende gjennomsiktighet i domstolprosessene, særlig i forhold til dommerutnevning, at rettsstaten og landets demokratiske institusjoner undergraves.²⁸⁸

²⁸⁶ OHCHR, News and Events, Guatemala: Attacks against Constitutional Court and delays in appointment of judges to high courts must stop, 19. november 2020,

<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26521&LangID=E> (lest 4. mai 2021)

²⁸⁷ Valdeavellano (2010) s. 541 og 542. Det uttales på s. 538 at guatemalansk lovgivning i utgangspunktet har et velutviklet system for beskyttelse av menneskerettighetene gjennom både grunnloven, og den konstitusjonelle loven om beskyttelse (*Ley de Amparo*) samt rett til habeas corpus (*Exhibición Nacional*).

²⁸⁸ OAS, IACHR Urges Guatemala to Guarantee Transparency and Compliance with International Standards in the Selection Process for the Constitutional Court, 11. februar 2021, https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/media_center/PReleases/2021/031.asp (lest 13. mai

Et alminnelig rettsprinsipp er at en skal dømmes av sine likemenn²⁸⁹. Urfolk er likevel generelt underrepresentert – eller ikke representert i det hele tatt, i domstolene. I Norge var likemannsprinsippet et tema i debatter rundt juryordningen, som ble avviklet i 2017²⁹⁰. Ifølge dl. § 67 skal «utvalgene av meddommere ha en allsidig sammensetning, slik at de best mulig representerer alle deler av befolkningen». En lignende ordning finnes ikke i Guatemala, men Canada benytter jury særlig i straffesaker med potensiell strafferamme på over fem år. Passende jurymedlemmer utvelges etter innkalling til *jury duty*, og juryen består av 12 personer²⁹¹. At urfolk systematisk er underrepresentert i juryene har vært gjenstand for omfattende kritikk i Canada.

Dette var eksempelvis et omtalt tema i forbindelse med Kokopenance-saken²⁹², hvor tiltalte som var medlem av et First Nations-samfunn ble siktet og dømt for andregrads drap etter en rettssak som ble ført med jury. Før straffutmålingen hadde siktedes advokat blitt kjent med at det kunne ha vært problemer med «the inclusion of Aboriginal on-serve residents on the jury roll» i Kenora-distriktet. Dette reiste spørsmål om juryens representativitet i siktedes sak. Høyesterett fant under dissens at til tross for at representativitet er et viktig trekk ved jurysystemet, må betydningen av representasjon begrenses. Det ble uttalt at representasjon ikke vil ikke innebære å målrettet innhente bestemte grupper til juryen, og at staten er ikke pålagt å adressere historiske og systematiske «wrongs» mot urfolk gjennom juryordningen.²⁹³

Det er rimelig å legge til grunn at betydningen av representasjon (av alle deler av befolkningen) i domstolene og juryene tidvis vil måtte begrenses, og at manglende oppfølging kan bero på rent praktiske omstendigheter. Likevel bør det settes et minstekrav til

2021). Se også OAS, Misión Especial en Guatemala, del 27 de noviembre al 2 de diciembre, s. 10, La necesidad de garantizar un procedimiento transparente para la renovación de la Corte de Constitucionalidad https://www.minex.gob.gt/userfiles/Informe_Mision_Especial_OEA_en_Guatemala_12_2021.pdf (lest 13. mai 2021)

²⁸⁹ Borgarting lagmannsrett, Lekdommer, Prinsippet om likemenn, <https://www.domstol.no/enkelt-domstol/borgarting-lagmannsrett/nar-jeg-skal-til-retten/meddommer/> (lest 13. mai 2021)

²⁹⁰ John Christian Elden, «jury», Store Norske Leksikon, 11. mai 2021, <https://snl.no/jury> (lest 13. mai 2021)

²⁹¹ Government of Canada, The Role of the Public, Jury Duty: Trial by Duty, 16. oktober 2019, <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/12.html> (lest 5. mars 2021) – De enkelte provinsene har ellers egne lovverk som regulerer nærmere utnevning av jurymedlemmer.

²⁹² R. v. Kokopenance, [2015] 2 SCR 398

²⁹³ Avs. 48: «Since s. 11(d) focuses on the independence and impartiality of the tribunal, the role of representativeness under this guarantee is necessarily limited to its effect on these concepts. A problem with representativeness that does not undermine independence or impartiality will not violate s. 11(d). The parties in this case focused on the impartiality aspect of s. 11(d). Accordingly, I will limit my comments to this concept. »

urfolksrettslig tilrettelegging i rettsvesenet også når det kommer til representasjon, av hensyn til urfolks rettssikkerhet og rettsfølelse. Sistnevnte begrep er tema for neste kapittel.

6.3.3 Normproduksjonens effekt

6.3.3.1 Rettsfølelse i samfunnet

Effekten av normene som produseres gjennom internrettslige systemer vil delvis avhenge av ideer om rettferdighet²⁹⁴. Befolkningens rettsfølelse er likeledes sentral.²⁹⁵ Hva som menes med rettsfølelse eller rettsoppfatning og hvor ledende et slikt begrep er i praksis er noe omdiskutert²⁹⁶. I denne sammenhengen menes hva folk flest i samfunnet anser som rimelig, og hva som etter en allmenn oppfatning er rett og galt. Urfolksretten er spesiell fordi store deler av den er folkerettslig forankret. Det betyr at ideer om rettferdighet innad i en nasjonalstat ikke nødvendigvis samsvarer med de som er utviklet gjennom folkerettslige prinsipper. Ved siden av dette kommer det frem i analysen ovenfor i kapittel fem at majoritetssamfunnet tidvis har andre rettsoppfatninger enn urfolk når det kommer til hvilke rettigheter urfolk skal ha. Dette er ikke nødvendigvis alltid tilfelle, men på et generelt grunnlag kan det hevdes at rettsfølelsen i statene bærer preg av å være noe delt, hvilket antagelig var et større problem i forkant for moderne tid. Likevel fremstår det fortsatt som en utfordring å fullt ut implementere FPIC internrettslig. Som tidligere beskrevet forekommer det at urfolks livsgrunnlag ødelegges uten at de har fått reell mulighet til å uttrykke sine synspunkter. Ved særlig inngripende tiltak hersker det enighet om at forhåndssamtykke bør være et krav. I sontringen mellom statenes autonomi og urfolks rett til selvbestemmelse oppstår det dermed en konflikt; urfolks fundamentale rettigheter uteblir stadig gjennom blant annet manglende konsultasjon, til tross for at de har selvbestemmelsesrett på lik linje med ethvert folk. Fra et slikt synspunkt kan det hevdes at urfolks rettsfølelse stadig blir krenket

²⁹⁴ Sunde (2017) s. 15 definerer rettskultur som «ideas and expectations of the law made operational by institutional(-like) practices. Ideer om rettferdighet er del av rettskulturens intellektuelle struktur (som nevnt ovenfor i kap. 2.3 baseres den institusjonelle strukturen på konfliktløsningssystem og systemet for normproduksjon).

²⁹⁵ I norsk rett tas det eksempelvis stilling til om visse vurderinger kan støte «den allmenne rettsfølelse», i blant annet lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 172.

²⁹⁶ Jesper Rydberg skriver i *Rettsfølelsen i strafferettssystemet – perspektiver fra teori og praksis* (2016), s. 30: «Et innledende spørsmål, der må reise sig, når man skal vurdere, om henvisninger til retsfølelse udgør et rimeligt hensyn, når der skal træffes beslutninger på det kriminalpolitiske område, er naturligvis, hvad der overhovedet menes med *retsfølelse*. Selvom henvisninger til retsfølelsen er utallige, er det bemærkelsesværdigt sjældent, at disse henvisninger suppleres af kommentarer, der kan medvirke til at afklare, hvad der mere præcist er på tale».

ved at ideer om rettferdighet i majoritetssamfunnet ikke til enhver tid reflekterer innholdet i menneskerettsloven og særlig SP art. 1.

6.3.3.2 Lovtekst, avtale og samfunnskonsultasjon

Av de tre statene som sammenlignes har Norge hatt den mest omfattende urfolksrettslige normproduksjonen i form av vedtatt lov og særlig konsultasjonsavtalen med Sametinget. Sistnevnte er fortsatt det fremste konsultasjonsverktøyet for samene i Norge, og både Finnmarksloven, reindriftsloven, plan- og bygningsloven og mineralloven ble utarbeidet etter konsultasjoner nedfelt avtalen. Avtalen har blitt referert til som en konstitusjonell nyvinning.²⁹⁷ Ravna påpeker imidlertid at internasjonal urfolksrett har utviklet seg betydelig siden 2005, noe som gjør at avtalen ikke lenger er «in the forefront of international law».²⁹⁸ Det bør samtidig bemerkes at den internrettslige normproduksjonen i Norge har hatt god effekt i lang tid og dannet grunnlag for gode muligheter for utbygging av regelverket, hvor særlig vedtakelse av konsultasjonsbestemmelsene jf. Prop. 86 L (2020-2021) er aktuelt.

Ved siden av de foreslåtte konsultasjonsbestemmelsene som er redegjort for i kapittel 5.1.3.3 bør det også påpekes at forslaget inkluderer egne saksbehandlingsregler som vil «forsterke de alminnelige saksbehandlingsreglene» gjennom en egen bestemmelse med følgende ordlyd: «Brudd på reglene om saksbehandling i loven her kan gi grunnlag for ulydighet i samsvar med alminnelige folkerettslige prinsipper jf. forvaltningsloven § 41». Det innebærer at brudd på reglene om konsultasjoner vil kunne «medføre at et vedtak kjennes ugyldig etter alminnelige forvaltningsrettslige for ulydighet, uavhengig av om det tas inn en egen bestemmelse om det i sameloven».²⁹⁹ Dersom lovforslaget vedtas vil effekten av den urfolksrettslige normproduksjonen stå betydelig sterkere sammen med håndhevingsbestemmelsen i § 26, og kanskje igjen bære preg av nyvinning avhengig av hvordan den anvendes i domstolene og ellers.

Effekten av Guatemalas lovfestede konsultasjonsbestemmelser fremstår som liten etter internasjonale standarder. For det første følger dette av at det alminnelige regelverket (hovedsakelig utviklingsrådsloven og kommuneloven) er svakt utrustet til å ivareta FPIC.

²⁹⁷ Ravna (2020) s. 245 med videre henvisning til Innst. O. nr. 80 (2004-2005) kapittel 7.1 s. 15 hvor det uttales: «Flertallet viser til at det på justiskomiteens initiativ er gjennomført fire konsultasjoner med Sametinget og Finnmark fylkesting i løpet av 2004 og 2005. Norges folkerettslige forpliktelse om å konsultere samene er på denne måten tatt inn i Stortingets arbeid. Dette er en konstitusjonell nyvinning.»

²⁹⁸ Ravna (2020) s. 245

²⁹⁹ Prop. 86 L (2020-2021) s. 101

Prosedyrene legger opp til at det i praksis er tilstrekkelig å konsultere (i forholdsvis begrensede tilfeller), hvor at det ikke stilles særskilte krav til konsultasjonenes omfang, tidspunkt og resultat. CPRG oppstiller på den annen side konstitusjonelle urfolksrettigheter av ganske bredt omfang. Disse kommer imidlertid sjeldent til sin rett på grunn av den domstolskapte «konstitusjonsblokkeringen». For det andre svekker det normproduksjonens effekt at den guatemalanske befolkningen, herunder særlig urfolk, har blitt utsatt for gjentatte menneskerettighetsbrudd.

Som avhandlingen tidligere har vært inne på er korrupsjon et generelt problem i landet, og dette berører også lovgivning og domstoler. Som følge av slike faktorer er det naturlig å anta at befolkningens rettsfølelse er betydelig svekket, noe som leder analysen inn på grunnlaget for samfunnskonsultasjonene. Ved siden av at initiativet er historisk forankret i mayatradisjon har det utviklet seg til det som beskrives som en kampmekanisme og demokratisk prosess³⁰⁰, hvor urfolk får muligheten til å yte innflytelse på politiske spørsmål. Effekten av konsultasjonenes resultat har det likevel hersket uenighet rundt som følge av at de representerer urfolkssamfunnenes synspunkter, men likevel ikke er juridisk bindende etter guatemalansk lov. Det er gode holdepunkter for å mene at samfunnskonsultasjonene burde anerkjennes av domstolene, først og fremst på grunn av sin positive virkning på urfolks rettssikkerhet og deltakelse. Graden av legitimitet og forpliktelse vil også styrkes for begge parter dersom samfunnskonsultasjonene får formell karakter, med fare for at de ellers kan betraktes som politiske demonstrasjoner uten lovmessig grunnlag.

Canada har inntil ganske nylig gått bort fra særlovgivning om urfolks deltakelse og overlatt avklaringen av konsultasjonsplikt- og innhold til høyesterett. Noe lignende kunne antagelig ha skjedd i Norge med tanke på at ideen om rettferdighet ifølge Sunde er fleksibel og til en viss grad uforutsigbar i den norske rettskulturen³⁰¹. Dette i form av at det godtas at Høyesterett har rettsskapende virkning og i enkelte tilfeller kan justere lovtolkningen i tråd med sakens karakter for å oppnå best mulig resultat. Imidlertid vil nok canadisk høyesterett gå lengre enn

³⁰⁰ Edwin J. D. Araujo, *Construyendo Democracia* (2013) s. 11 og 12. Publiseringen er en intervjuserie av urfolksledere i Huehuetenango-departementet som viser at lokalbefolkningen har lyktes med å forhindre flere ressursutvinningsprosjekter, og diskuterer samfunnskonsultasjonene som demokratisk verktøy, <https://www.url.edu.gt/publicacionesurl/FileCS.ashx?Id=40897> (lest 1. mai 2021)

³⁰¹ Sunde (2017) s. 22

den norske i direkte rettsutvikling gjennom domstolen.³⁰² Det er videre særskilt for Canada i sammenligningen at landet ikke har ratifisert ILO 169 og således har hatt større rom til å styre utviklingen internrettslig. Slik sett har normproduksjonen i høyesterett vært effektiv med tanke på systematisk utarbeidelse av prinsipper for konsultasjon. De går imidlertid ikke like langt som FPIC, spesielt angående samtykkekrav ved tiltak som er særskilt inngripende eller ødeleggende for urfolks kultur og livsgrunnlag.

6.3.3.3 Rettspraksis

Den norske Domstolkommisjonen har ved flere anledninger uttalt seg om domstolenes rolle i møte med samiske problemstillinger i retten. I NOU 2020:11 heter det blant annet at samerettslige problemstillinger kan oppstå på alle rettsområder, og at alle domstoler dermed har et ansvar for å sikre dommerne kunnskap om det samiske folkets særtrekk, sedvaner og sentrale elementer i samisk kultur. Derfor bør det også være et generelt mål å øke rekrutteringen av samiske dommere.³⁰³

Domstoladministrasjonen³⁰⁴ opprettet i 2010 en arbeidsgruppe som skulle gjøre nærmere rede for hvilke rettslige forpliktelser domstolene og Domstoladministrasjonen har overfor den samiske befolkningen i Norge, og beskrive statusen i forhold til nevnte forpliktelser. Rapporten avdekket blant annet at forpliktelser av språklig art kun ble aktivt ivaretatt i Indre Finnmark tingrett, som ble opprettet i 2004 etter den første Domstolkommisjonens utredning samt utredningen til Strukturutvalget for herreds- og byrettene³⁰⁵. En rekke tiltak, forslag og målsettinger ble presentert. UNDRIP art. 40 blir trukket fram i utredningens kapittel 2 om rettslige forpliktelser for norske domstoler i møte med samisk befolkning. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Indigenous peoples have the right to access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and collective

³⁰² Høyesterett vil i enkelte tilfeller henvide til lovgiver eller domstolenes begrensede prøvingsrett i saker hvor utfallet kan tale for at lovendring bør vurderes, se f.eks. HR-2015-1093-A avs. 57, HR-2020-1776-A avs. 39, HR-2020-2126-A avs. 25 og HR-2020-2472-P

³⁰³ NOU 2020: 11 s. 298

³⁰⁴ Domstolenes selvstendige forvaltningsorgan utenfor politisk styring eller kontroll, etablert i 2002. Opprettet med bakgrunn i Grl. § 95 hvor det oppstilles krav til domstolenes uavhengighet. «Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid» jf. bestemmelsens første punktum. Se Norges domstoler, Domstoladministrasjonen, Organisering, <https://www.domstol.no/domstoladministrasjonen/organisering/> (lest 24. april 2021)

³⁰⁵ Se NOU 1999: 22

rights. Such a decision shall give due consideration to the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights.

Art. 40 oppstilles således av arbeidsgruppen som en av flere sentrale folkerettslige bestemmelser de norske domstolene må legge vekt på. Organiseringen gjennomgikk deretter en reformering på begynnelsen av 2000-tallet, med fokus rettet mot å sikre uavhengighet for dommerne og domstolene som statsmakt og en reduksjon av førsteinstansdomstoler. Domstolkommisjonen ble i forbindelse med reformeringen oppnevnt i august 2017 for å utrede domstolenes organisering og uavhengighet. Med henblikk på domstolstruktur gjennomgås sentrale bestemmelser som vedrører den samiske dimensjonen. Grl. § 108 sett i sammenheng med folkerettslige forpliktelser og sameloven danner en viktig kjerne her. Internasjonale kilder innbefatter SP art. 27, ILO 169 og FNs rasediskrimineringskonvensjon. UNDRIP og særlig art. 40, fremheves som de sentrale folkerettslige reglene. Kommisjonen bemerker at erklæringen ikke er rettslig bindende, men likevel er et sentralt dokument innenfor urfolksretten.

Det heter i rapporten at det ved utformingen av fremtidens domstolstruktur må tas sikte på at saker med samiske interesser behandles av dommere og domstoler som oppfyller de samme høye krav til kvalitet som i andre saker. Kompetansebygging om samisk språk, samisk kultur, samisk samfunnsliv og samiske rettstradisjoner vil således kreves. Det bemerkes at et særskilt ansvar hviler på domstolene i områder der samisk språk og kultur har tilstedeværelse i dag. Retten til reell likebehandling mellom samer og nordmenn i domstolene «gjelder imidlertid for alle samer i Norge, uavhengig av hvilken rettskrets de sokner til». Domstolkommisjonen uttaler deretter at den mener flere tiltak må iverksettes på et overordnet nivå for å imøtekomme likebehandlingshensynet.³⁰⁶

Det hersker ikke tvil rundt omfanget av de norske domstolenes forpliktelser overfor samisk befolkning i møte med rettsvesenet, slik de følger av både intern rett og folkerett. Når det kommer til domstolenes normproduksjon fra et samerettslig synspunkt er Svartskog- og Selbudommene viktige eksempler på vektlegging av det samiske perspektivet i rettsanvendelsen. Effektiviteten av høyesteretts normproduksjon er god når det gjelder tillit til

³⁰⁶ NOU 2019:17 Domstolstruktur, s. 101

norsk rettsvesen og befolkningens rettsfølelse. Når det kommer til konsultasjonsavgjørelsene kunne domstolene imidlertid gått lenger i å anvende både UNDRIP og FPIC som prinsipp.

I likhet med Norge er Canada en velfungerende rettsstat med befolkning som har tillit til domstolene, som vanligvis dømmer i tråd med den allmenne rettsfølelse. At mye av den nasjonale urfolksretten har blitt utviklet i høyesterett gjennom ordningen med Aboriginal Title og eldre traktatrettigheter har likevel tidvis medført et konfliktfylt forhold mellom urfolkssamfunn og myndighetene, særlig i Britisk Columbia. Det kan kanskje også hevdes at urfolks anledning til å påberope seg Aboriginal Title gjennom domstolene i for stor grad har berodd på sistnevntes forståelse av historien, ikke utelukkende juridiske vurderinger, noe som naturlig nok ofte vil være i strid med rettsoppfatningen til urfolk.

Fra et guatemalansk ståsted er det viktig å trekke frem at det finnes et urfolksrettslig fagmiljø med høy kompetanse blant både dommere i konstitusjonsdomstolen, representanter i advokatforeningen og politikken ellers. Konsultasjonslovgivningen og FPIC har imidlertid blitt umuliggjort gjennom konstitusjonsblokkeringen som går ut på at art. 126 i CPRG medfører at både art. 66-68 om urfolks rettigheter og andre konstitusjonelle bestemmelser om miljøvern må vike. Det har foreløpig ikke lyktes å slå ned på den politiske utpressingen som forekommer innad i domstolsystemet, noe som gjør at det ikke er uvanlig at normproduksjonen er ineffektiv og må anses å være i strid med menneskerettighetene.

7 Avsluttende bemerkninger

7.1 Noen rettspolitiske betraktninger

Det er lagt til grunn i avhandlingen at de deler av UNDRIP som kodifiserer internasjonal sedvanerett må anses bindende for statene. Dette følger særlig av jus cogens. Til tross for at fritt, forhåndsinformert samtykke jf. art. 19 per i dag ikke praktiseres fullt ut internasjonalt – herunder i verken Canada, Guatemala eller Norge – må det betraktes som et prinsipp som er så sentralt for urfolks selvbestemmelse og likeverd at det bør behandles som ufravikelig. I en slik sammenheng er det som nevnt kritikkverdigg at UNDRIP ikke er inkorporert i større grad i Norge med tanke på gode muligheter for gjennomføring, manglende bruk av erklæringen som rettskilde i domstolene samt Norges internasjonale forpliktelser overfor samene. Både i Norge, Canada og Guatemala tolkes konsultasjonslovgivningen ofte på statlige premisser, noe som strider mot kjernen i FPIC.

Sett i lys av den demokratiske og økonomiske stabiliteten i vesten, er Norge og Canada stater med større ansvar enn Guatemala som internasjonale pådrivere for urfolks rettigheter. Pådriverrollen er imidlertid uforenlig med norsk og canadisk virksomhet i Guatemala. Det canadiske selskapet Goldcorp som ble nevnt i forbindelse med Marlin-gruven, driver fortsatt produksjon i Guatemala. Dette på bekostning av livsgrunnetilgjengelighet for mayafolket som forholder seg til et svært svakt utbygget regelverk. Norske investeringer i Guatemala gjennom Oljefondet og Norfund har blant annet finansiert Goldcorp³⁰⁷. Dette viser på den ene siden hvor alvorlig urfolks situasjon er i regioner med utilstrekkelig lovverk og overvåking. Det illustrerer også nødvendigheten av internasjonalt samarbeid og statenes felles ansvar for å sikre at urfolks rettigheter ivaretas.

Fritt, forhåndsinformert samtykke gjennom konsultasjon med urfolk i god vilje jf. UNDRIP art. 19 er en forutsetning for urfolks rett til å kunne nyte fullt ut alle de menneskerettigheter og grunnleggende friheter som anerkjennes i FN-pakten, menneskerettighetserklæringen og andre internasjonale menneskerettighetsbestemmelser jf. UNDRIP art. 1. Etter mitt synspunkt vil dette måtte inkludere en rett til å nedlegge veto i konsultasjoner som gjelder inngripende tiltak, der enighet ikke oppnås. Især gjeldende spørsmål om flytting av urfolk fra deres eget landområde eller territorium, konfiskering eller bruk av deres landområder eller andre tiltak som utvilsomt berører dem, deres selvbestemmelse eller deres rett til å fremme egen økonomisk, sosial og kulturell utvikling.

7.2 Internasjonal urfolksrett og FPIC i utvikling

Opprettelsen av FNs arbeidsgruppe for verdens urfolk i 1982 markerte begynnelsen på et ønske fra majoritetssamfunnet om å anerkjenne urfolks rettigheter. Urfolksbevegelsen som vokste frem i samme tidsrom skapte oppmerksomhet rundt temaet hos både verdens ledere og innenfor FN-systemet, noe som innledet samarbeid og dialog med urfolks egne ledere og representanter. Dette er utgangspunktet for konsultasjonslovgivningen som gjøres gjeldende i dag. Det internasjonale urfolksrettslige rammeverket som har blitt utarbeidet bygger på menneskerettslige prinsipper om likeverd og selvbestemmelse. ILO 169 må i den forbindelse trekkes frem som et viktig juridisk dokument som er åpnet for ratifikasjon og dermed er

³⁰⁷ For nærmere om temaet, se Foreningen for internasjonale vannstudier (FIVAS), Hva er aktivt ved Oljefondets eierskap?, <http://fivas.org/nyhetsklipp/hva-er-aktivt-ved-oljefondets-eierskap/> (lest 13. mai 2021) og Studentenes og Akademikernes Internasjonale Hjelpesfond (SAIH), Kampanje 2014, Ny SAIH-rapport: Ta først, spørre etterpå, s. 22, <https://saih.no/assets/docs/saihrapport2014web.pdf> (lest 13. mai 2021)

formelt bindende for statene. Konvensjonen har vist seg å være et godt fundament som i stor grad egner seg til inkorporering i internrettslige systemer.

Bestemmelsene i ILO 169 var progressive ved vedtakelsen i 1989, særlig når det gjelder landrettigheter, kulturutøvelse og konsultasjon. Dette er rettigheter som er like sentrale i dag. Imidlertid vil antagelig mange mene at de kun er grunnleggende, og representerer en minstestandard. Som avhandlingen i gjentatte sammenhenger har vært inne på er prinsippene som ILO 169 oppstiller nært tilknyttet de som også følger av UNDRIP. Ved første øyekast kan urfolkserklæringen fremstå som en forlengelse av konvensjonen med mer vidstrakte bestemmelser. Norsk Høyesterett har likevel kommet med uttalelser som ikke utelukker at FPIC jf. art. 19 ikke går særlig lengre enn art. 6 i ILO 169. Det er således ikke utenkelig at fritt, forhåndsinformert samtykke i realiteten bør praktiseres i større grad enn på nåværende tidspunkt, spesielt i statene som har ratifisert konvensjonen. Videre avklaring av dette vil imidlertid følge av fremtidige avgjørelser internrettslig og internasjonalt.

Urfolkserklæringen stadfester i art. 43:

The rights recognized herein constitute the minimum standards for the survival, dignity and well-being of the indigenous peoples of the world.

At 144 stater har tilsluttet seg UNDRIP og dens bestemmelser uttrykker anerkjennelse av de oppstilte rettighetene og vilje til å følge opp disse. Erklæringen har vist seg å være svært viktig for stater med stor andel urfolk. Den fullstendige implementeringen som vurderes i Canada har blant annet blitt gjort i Bolivia, som var det første landet som gjorde urfolkserklæringen til lov i 2007³⁰⁸. Høyesterett i Belize la avgjørende vekt på UNDRIP i en sak om anerkjennelsen av urfolks landrettigheter, på bakgrunn av at erklæringen reflekterer generelle urfolksrettslige prinsipper.³⁰⁹ Girjas-dommen er den eneste samerettslige dommen som har anvendt UNDRIP direkte som rettskilde.

Skogvang påpeker at UNDRIP art. 38 krever at statene i samarbeid med urfolk «treffer passende tiltak, herunder lovmessige, for å oppnå erklæringens målsettinger» – og at et slikt tiltak kan være å gjøre erklæringen til lov, slik som Bolivia.³¹⁰ Selv om UNDRIP ikke er en

³⁰⁸ Ley no. 3760, Gaceta oficial no. 3039, 07/11/2007

³⁰⁹ Skogvang (2017) s. 117 med videre henvisning til Consolidated claims no. 171/2007 og 172/2007, Aurelio Cal et al. v Attorney General of Belize, Decision from the Supreme court of Belize, October 18, 2007

³¹⁰ Skogvang (2017) s. 119

konvensjon statene kan ratifisere, har den betydelig vekt ved tolkningen av bindende internasjonale konvensjoner. Ved siden av at den oppstiller bestemmelser som beskytter urfolks rettigheter setter den også søkelyset på moderne utfordringer og har sosioøkonomiske, politiske og kulturelle ambisjoner.³¹¹

Forutsetningene er tilstede for en fortsatt bedring av urfolks rettigheter, som har hatt positiv utvikling siden begynnelsen av den urfolksrettslige bevegelsen. Full gjennomføring av FPIC kan finne sted i teori og praksis både i Canada, Guatemala og Norge. Dette vil først og fremst kreve politisk vilje til implementering i internrettslig lovverk, og vedtak av klare prosedyrer for gjennomføringen. I Norge kan en nordisk samekonvensjon få positiv betydning. I løpet av 2021 har også Tyskland ratifisert ILO 169³¹², noe som kan legge ytterligere press på gjennomføringen av urfolks rettigheter i Europa. Canada har gjort mye på den forholdsvis korte tiden siden tilslutningen til UNDRIP, og har en konstitusjonell målsetting om forsoning som har bidratt til å bedre forholdet mellom urfolk og staten. Et lignende fokus på forsoning har trolig ikke vært like tilstedeværende i Norge og Guatemala. Avtalen mellom myndighetene og Sametinget er likevel det mest funksjonelle konsultasjonsverktøyet i de tre nasjonalstatene hittil. Anerkjennelse av erklæringen i sin helhet samt full gjennomføring av FPIC i fremtiden, vil imidlertid kunne tilrettelegge for et likeverdig samarbeid mellom urfolk og stater – og representere en vesentlig forbedring av urfolks rettigheter.

³¹¹ Ravna (2019) s. 204

³¹² Øyvind Ravna, uttalelse i Sáogat, «Tyskland har ratifisert ILO 169: – Setter press på Norden» <https://www.sogat.no/tyskland-har-ratifisert-ilo-169-setter-press-pa-norden/19.27039> (lest 22. april 2021)

Referanseliste

Norske rettskilder

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 21. juni 1963 nr. 23 om vegar (veglova)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

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

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

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

Lov 28. juni 2002 nr. 57 om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre (valgloven)

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

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

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

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

Lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eiendom m.m. (jordskiftelova)

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

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling

NOU 1999: 22 Domstolene i første instans

NOU 2007: 13 Den nye sameretten

NOU 2016: 18 Hjertespråket (lovverk, tiltak mv. for samiske språk)

NOU 2019: 17 Domstolstruktur

NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring

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

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

Prop. 86 L (2020-2021) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner)

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

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

Meld.St. nr. 31 (2018-2019) Samisk språk, kultur og samfunnsliv

Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, 11. mai 2005

Domstoladministrasjonen, Rapport: Den samiske dimensjonen i rettsvesenet, 2011

Sametingets rapport til CERD for perioden 2014 til og med 2018, 2018

Rettspraksis

Rt. 1982 s. 241 P (Alta)

Rt. 2001 s. 769 P (Selbu)

Rt. 2001 s. 1229 A (Svartskog)

Rt. 2008 s. 1764 S

HR-2015-1093-A

HR-2016-2030-A (Stjernøya)

HR-2017-2247-A (Reinøy)

HR-2017-2428-A (Sara)

HR-2018-456-P (Nesseby)

HR-2020-1776-A

HR-2020-2126-A

HR-2020-2472-P

Canadiske rettskilder

Lover og lovforslag

The Constitution Acts 1867-1982

Supreme Court Act, RSC c. S-26

Bill C-15 – An Act respecting the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: House of Commons of Canada, Second Session, Forty-third Parliament, 69 Elizabeth II, 2020

Rettspraksis

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), [2004] 3 SCR 511

Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director), [2004] 3 SCR 550

Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines and Petroleum Resources), [2013] BCCA 412

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, [2014], 2 SCR 257

Hupacasath First Nation v. Canada (Minister of Foreign Affairs), [2015] FCA 4

R. v. Kokopenance, [2015] 2 SCR 398

Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council), [2018] 2 SCR 765

Guatemalanske rettskilder

Lover og lovforslag

Constitución Política de la Republica de Guatemala

Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto número 68-86

Ley del Organismo Judicial, Decreto número 2-89

Ley General de Electricidad, Decreto número 93-96

Ley de minería, Decreto número 48-97

Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, Decreto número 11-2002

Código Municipal, Decreto número 12-2002

Ley que Garantiza el Derecho de Consulta da Buena Fe, Libre, Previa, e Informada a Pueblos Indigenas, Dirección legislativa, Número de registro 5450

Guatemalansk rettspraksis

Corte de Constitucionalidad, Expediente número 199-95

Corte de Constitucionalidad, Expediente número 123-2007

Corte de Constitucionalidad, Expediente número 3878-2007

Corte de Constitucionalidad, Expediente número 4419-2011

Internasjonale konvensjoner og erklæringer

Treaty of Versailles, 10. februar 1920

Charter of the United Nations, 26. juni 1945

The American Declaration of the Rights and Duties of Man, 2. mai 1948

The Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948

ILO Convention no. 107 on Indigenous and Tribal Populations

The UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21. desember 1965

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

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969

ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples, 27. juni 1989

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13. desember 2007

The American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 15. juni 2016

Øvrige internasjonale rettskilder og andre lands rettskilder

Anaya, James S., Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, 7. juni 2011, A/HRC/18/35/Add.3

GA Res. 1514 (XV) 1960 Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples

GA Res. 2625 (XXV) 1970 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in accordance with the Charter of the United Nations

ILC, 76th Session, 1989, Provisional Record No. 25

ILO, 75th Session 1988 Report VI (1): Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 No. 107

Observation (CEACR) 2010/81, Indigenous and tribal populations

Observation (CEACR), 2011, Development of the consultation process in specific cases: San Juan de Sacatepéquez (cement company), municipalities of Sipacapa and San Miguel de Ixtahuacán (Marlin mine)

UNHRC, Sandra Lovelace v. Canada, communication no. 24/1977, CCPR/C/13/D24/1977 (1981)

UNHRC, Ivan Kitok v. Sweden, communication no. 197/1985, CCPR/C/33/D197/1985 (1988)

UNHRC, Apirana Mahuika et al. V. New Zealand, communication no. 547/1993, CCPR/C/70/D/547/1993 (2000)

UNHCR, Ángela Poma Poma v. Peru, communication no. 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006

Belize, Consolidated claims no. 171/2007 og 172/2007, Aurelio Cal et al. v Attorney General of Belize, Decision from the Supreme court of Belize, October 18, 2007

Belize, Ley no. 3760, Gaceta oficial no. 3039, 07/11/2007

Sverige, NJA 2020 s. 3 (Girjas sameby), avgjørelse fra Högsta Domstolen

Sverige, Rennäringslagen 1971:437 (Sverige)

Litteratur

Anaya, S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. Utg., Oxford University Press 2004

Bankes, Nigel, «*The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation*», Arctic Review on Law and Politics, vol 11, 2020, s. 256-279

Bogdan (2013) Bogdan, Michael, *Concise Introduction to Comparative Law*, Europa Law Publishing 2013

Eriksen, Gunnar, «*Tilvenningen til samisk kultur og rettstenking i norsk høyesterettspraksis, 4.3 Selbu- og Svartskogsakene fra 2001. Et paradigmeskifte?*», Kart og Plan, vol. 62, 4, 2002

Brenda, Gunn, *Understanding and implementing the UNDRIP, An Introductory Handbook*, Indigenous Bar Association 2011

De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, 3. utg., Routledge-Cavendish 2010

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 9. utg., Universitetsforlaget 2001

Engle, Karen, «*On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights*», The European Journal of International Law, vol. 22, no. 1, 2011

Hamilton, Robert og Nichols, Joshua, «*The Tin Ear of the Court: Ktunaxa Nation and the Foundation of the Duty to Consult*», Law, Justice and Reconciliation in Canada, vol 56, 3, 2019

Hohmann, Jessie og Weller, Marc et al., *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – A Commentary*, Oxford University Press 2018

Hug, Walther, *The History of Comparative Law*, Harvard Law Review Association 1932

Macklem og Rogerson (2017) Macklem, Patrick og Rogerson, Carol, *Canadian Constitutional Law*, 5. utg., Emond Montgomery Publications Limited 2017

Mamo, Dwayne et al. (2020), *The Indigenous World*, 34. utg., IWGIA 2020

Mayén, M. Guisela, *Guatemala: El derecho a la consulta previa*, Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 2012

Michalsen, Dag, «*Komparativ metode og rettslig internasjonalisering*», Lov og Rett, vol 46, 7, 2007

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004

Opsahl, Torkel, *Statsmakt og menneskerett*, Gyldendal 1995

Ravna, Øyvind, *Same- og reindrifftsrett*, Gyldendal Juridisk 2019

Ravna, Øyvind, «*The Duty to Consult the Sámi in Norwegian Law*», *Arctic Review on Law and Politics*, vol 11, 2020 s. 233-255

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2018

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018

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

Sunde, Jørn Øyrehagen, Koch, Søren og Skodvin, Knut Einar, *Comparing Legal Cultures*, Vigmostad & Bjørke 2017

Wandall, Rasmus H. (red.), *Rettsfølelsen i strafferettssystemet – perspektiver fra teori og praksis*, Gyldendal Juridisk 2016

Zweigert, Konrad, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press 1998

Mattias, Áhrén, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, Oxford University Press 2016

Nettsider

Den norske regjeringen og Norges domstoler

Regjeringen, Justis- og beredskapsdepartementet, Bakgrunn og mandat for Samerettsutvalgets arbeid, 29. mai 2009, <https://www.regjeringen.no/no/dep/jd/org/styre-rad-og-utval/innstillinger/innstillinger-fra-utvalg/innstillinger-levert-i-2007-2/samerettsutvalget/bakgrunn-og-mandat-for-samerettsutvalget/id457045/>

(lest 18. mars 2021)

Regjeringen, Justis- og beredskapsdepartementet, Om forlikrådet, 27. april 2021, <https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/innsikt/om-forlikrsadet/id2537837/>

(lest 27. april 2021)

Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Hvem er urfolk?, 13. februar 2020,

<https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtpalte/hvem-er-urfolk/id451320/> (lest 12. mars 2021)

Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk I selvstendige stater (revidert uoffisiell oversettelse per 2. juni 2017), <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtpalte/ilokonvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-o/id451312/> (lest 2. mars 2021)

Regjeringen, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Konsultasjonsplikt i samiske saker, 7. september 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtpalte/konsultasjonsplikt-i-samiske-saker/id86931/> (lest 8. mars 2021)

Regjeringen Stoltenberg II, Justis- og politidepartementet, pressemelding: «Finnmarkskommisjonen er oppnevnt», 14. mars 2008 <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/jd/Nyheter-og-pressemeldinger/pressemeldinger/2008/finnmarkskommisjonen-er-oppnevnt/id504106/> (lest 15. mars 2021)

Regjeringen, Utenriksdepartementet, «Folkerett», 31. januar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/folkerett/folkerett/id2076280/> (lest 12. oktober 2020)

Norges domstoler, Domstoladministrasjonen, Organisering, <https://www.domstol.no/domstoladministrasjonen/organisering/> (lest 24. april 2021)

Norges Domstoler, Finnmarkskommisjonen, Om kommisjonen, <https://www.domstol.no/finnmarkskommisjonen/om-kommisjonen/> (lest 15. mars 2021)

Norges domstoler, Foredrag om Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis v. Høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen, 8. februar 2017, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/samerett-i-hoyesterett--bardsen-080217.pdf> (lest 15. mars 2021)

Norges Domstoler, Om domstolene, Særdomstoler og andre organer, Forlikrådet,
<https://www.domstol.no/om-domstolene/domstollignende-organer/Forlikrådet/>
(lest 27. februar 2021)

Norges Domstoler, Rettsinstanser,
<https://www.domstol.no/meddommere/slik-fungerer-rettssystemet/rettsinstanser/>
(lest 27. februar 2021)

Government of Canada og Parliament of Canada

Government of Canada, Aboriginal and Treaty Rights Information System, 1. april 2021,
https://sidait-atris.aadnc-aandc.gc.ca/atris_online/home-accueil.aspx (lest 21. april 2021)

Government of Canada, Aboriginal Consultation and Accommodation – Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult, Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, 15. september 2010
<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100014664/1609421824729> (lest 15. mars 2021)

Government of Canada, About the Speech from the Throne, 23. september 2020
<https://www.canada.ca/en/privy-council/campaigns/speech-throne/info-speech-from-throne.html> (lest 23. mars 2021)

Government of Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, 5. mai 2021, <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs.html> (lest 13. mai 2021)

Government of Canada, Consultation and engagement at Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada and Indigenous Services Canada, 29. januar 2021
<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1307644732392/1609248890929#sec1>
(lest 21. april 2021)

Government of Canada, Crown-Indigenous Relations and Northern Affairs Canada, Treaties and agreements, Historic treaties, Modern treaties, 30. juli 2020,
<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp2>
(lest 15. mars 2021)

Government of Canada, Impact Assessment Agency of Canada, The Law of Canada in relation to UNDRIP,

<https://ceaa-acee.gc.ca/050/documents/p63928/92200E.pdf> (lest 2. februar 2021)

Government of Canada, Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Canada, 10. mai 2021,

<https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/index.html> (lest 13. mai 2021)

Government of Canada, Statistics Canada, Statistics on Indigenous peoples, 5. oktober 2020,

https://www.statcan.gc.ca/eng/subjects-start/indigenous_peoples (lest 21. oktober 2021)

Government of Canada, The Role of the Public, Jury Duty: Trial by Duty, 16. oktober 2019

<https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/12.html> (lest 5. mars 2021)

Government of Canada, Why Implement the Declaration?, 12. april 2021

<https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/why-pourquoi.html> (lest 13. mai 2021)

Parliament of Canada, Government Bill (House of Commons), Bill C-15, 3. desember 2020,

<https://parl.ca/DocumentViewer/en/43-2/bill/C-15/first-reading> (lest 10. mars 2021)

Parliament of Canada, Library of Parliament, Research publications, Omnibus Bills, 1. desember 2012

https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201279E#a2

(lest 22. april 2021)

Parliament of Canada, Library of Parliament, The Duty to Consult Indigenous Peoples, 4. Consultation Policies and Guidelines,

https://bdp.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201917E

(lest 23. april 2021)

Store Norske Leksikon

Berg, Ole T., «Canadas politiske system», 5. mars 2021,

https://snl.no/Canadas_politiske_system (lest 13. mai 2021)

Berg, Ole T., «maktfordelingsprinsippet», 31. desember 2019,
<https://snl.no/maktfordelingsprinsippet> (lest 27. januar 2021)

Berg-Nordlie, Mikkel og Tvedt, Knut Are, «Alta-saken», 5. august 2019,
<https://snl.no/Alta-saken> (lest 15. mars 2021)

Elden, Jon Christian, «jury», 11. mai 2021,
<https://snl.no/jury> (lest 13. mai 2021)

Gisle, Jon, «god tro», 8. april 2020,
https://snl.no/god_tro (lest 2. mars 2021)

Gisle, Jon, «komparativ rett», 24. januar 2019,
https://snl.no/komparativ_rett (lest 22. januar 2021)

Gisle, Jon og Holmøyvik, Eirik, «konstitusjonell sedvanerett», 19. mars 2018,
https://snl.no/konstitusjonell_sedvanerett (lest 13. januar 2021)

Schackt, Jon og Wæhle, Espen, «urfolk», 3. mars 2021,
<https://snl.no/urfolk> (lest 13. mai 2021)

Skodvin, Knut Eiar, «dualisme», 8. februar 2021,
https://snl.no/dualisme_-_jus (lest 10. mars 2021)

Skogvang, Susann Funderud, «ILO-konvensjonen om urfolk og stammefolk», 5. februar 2021,
https://snl.no/ILO-konvensjonen_om_urfolk_og_stammefolk (lest 9. februar 2021)

Skogvang, Susann Funderud, «samerett», 27. april 2021,
<https://snl.no/samerett> (lest 13. mai 2021)

Skogvang, Susann Funderud, «Svartskogen-saken», 5. februar 2021,
<https://snl.no/Svartskogen-saken> (lest 13. mai 2021)

Thorsen, Dag Einar, «Norges politiske system», 29. april 2020,
https://snl.no/Norges_politiske_system (lest 27. februar 2021)

Thuesen, Nils Petter, «Canada», 1. desember 2020,
<https://snl.no/Canada> (lest 13. mai 2021)

Tøllefsen, Trond Ove, «settlerkoloni», 21. februar 2019,
<https://snl.no/settlerkoloni> (lest 22. desember 2020)

Wæhle, Espen, «minoritet», 22. august 2018,
<https://snl.no/minoritet> (lest 12. desember 2020)

Andre kilder

Aguilar-Støen, Mariel og Bull, Benedicte, En oversikt over de viktigste norske bidrag til fredsbygging i Guatemala 1996-2016, s. 12: Betydningen av Norges innsats og Rettslig rettferdighet og rettsstaten,
https://www.sum.uio.no/forskning/aktuelt/arrangementer/gjesteforelesninger-og-seminarer/2017/guatemala_norsk_web.pdf (lest 11. desember 2020)

Araujo, Edwin J. D., *Construyendo Democracia* (2013),
<https://www.url.edu.gt/publicacionesurl/FileCS.ashx?Id=40897> (lest 1. mai 2021)

Barker, Adam og Battell Lowman, Emma, *Global Social Theory, Settler Colonialism*
<https://globalsocialtheory.org/concepts/settler-colonialism/> (lest 22. desember 2020)

Bradley, Andrea og Luk, Senwung, Oktlaw, *In a first for a Canadian court, SCC recognizes Aboriginal title for Tsilhqot'in Nation*,
<https://www.oktlaw.com/first-canadian-court-scc-recognizes-aboriginal-title-tsilhqotin-nation/>
(lest 13. mai 2021)

Cobo, José R. Martínez, Report, *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*, 1987, vol. 5, Conclusions, Proposals and recommendation,
<https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH01a2/55590d02.dir/Martinez-Cobo-a-1.pdf> (lest 27. november 2020)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære* (1997), Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, elektronisk utgave, https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2010042106043
(lest 2. januar 2021)

Filice, Michelle, «Two-Spirit», The Canadian Encyclopedia, 3. juli 2020,
<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/two-spirit> (lest 4. april 2021)

Guzmán-Ramírez og Ochoa-Ramírez, Definición tipológica de la vivienda popular auto-producida, Introducción, Sobre el concepto de vivienda popular auto-producida, 25. mai 2018,
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/4779/477957975012/html/index.html> (lest 26. april 2021)

Long, Kaitlin og Jenkins, Samantha, Norton Rose Fulbright, Case summary: Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council), oktober 2018,
<https://www.nortonrosefulbright.com/en-ca/knowledge/publications/24b304a6/case-summary-mikisew-cree-first-nation-v-canada-governor-general-in-council>
(lest 22. april 2021)

Lundberg, Maria, forelesninger i jus5710/jur1710 ved UiO, 2. Sep–14 nov. 2014, Institutions and Procedures, The Right of Self-Determination – UN Procedures, Scope of the right to self-determination (1) og (2), UiO 2. sep-14. nov 2014,
[https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5710/h15/undervisningsmateriale-/jus5710-jur1710\(2-11\)-self-determination.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5710/h15/undervisningsmateriale-/jus5710-jur1710(2-11)-self-determination.pdf) (lest 17. desember 2020)

Porras, Gloria, Americas Quarterly, Opinion, Guatemala's Justice System is at a Breaking Point, 20. april 2021,
<https://www.americasquarterly.org/article/guatemalas-justice-system-is-at-a-breaking-point/>
(lest 4. mai 2021)

Ravna, Øyvind, uttalelse i Ságat, «Tyskland har ratifisert ILO 169: – Setter press på Norden»,
<https://www.sagat.no/tyskland-har-ratifisert-ilo-169-setter-press-pa-norden/19.27039> (lest 22. april 2021)

Valdeavellano, Rodolfo, utredning for FNs høykommissær for menneskerettigheter, Tendenser i rettspraksis på området for menneskerettigheter i den konstitusjonelle domstolen, 2010, <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Publicaciones/Tendencias.pdf>
(lest 26. april 2021)

Folk og Forsvar, Leksikon, Folkesuverenitetsprinsippet, <https://www.folkogforsvar.no/om-oss/folk-og-forsvar/> (lest 13. januar 2021)

Akademikernes Internasjonale Hjelpfond (SAIH), Kampanje 2014, Ny SAIH-rapport: Ta først, spørre etterpå, <https://saih.no/assets/docs/saihrapport2014web.pdf> (lest 13. mai 2021)

British Columbia, Farming, natural resources and industry, Tree Farm Licences, <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/industry/forestry/forest-tenures/timber-harvesting-rights/tfl> (lest 29. mars 2021)

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Misión, visión y valores, <https://cc.gob.gt/misionvisionyvalores/> (lest 22. mars 2021)

Den norske kirkes engasjement for urfolksrettighetene, Urfolksrettigheter, <https://kirken.no/globalassets/kirken.no/om-kirken/slik-styres-kirken/mellomkirkelig-rad/2020/013%20urfolksrettigheter.pdf> (lest 13. mai 2021)

FeFo, Om Fefo, Hvem er vi?, <https://www.fefo.no/om-fefo/> (lest 15. mars 2021)

Foreningen for internasjonale vannstudier (FIVAS), Hva er aktivt ved Oljefondets eierskap?, <http://fivas.org/nyhetsklipp/hva-er-aktivt-ved-oljefondets-eierskap/> (lest 13. mai 2021)

International Service for Human Rights, Public statement 30. Nov 2006, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Human rights organizations condemn efforts for block vital human rights instrument, http://olddoc.ishr.ch/hrm/archive/CHRWG/WGDDIP/AI_CanadaQuakers_30Nov.pdf (lest 24. november 2020)

International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), Guatemala, <https://www.iwgia.org/en/guatemala.html> (lest 30. november 2020)

Minority Rights: Guatemala, Maya, januar 2018, <https://minorityrights.org/minorities/maya-2/> (lest 28. april 2021)

OAS, Misión Especial en Guatemala, del 27 de noviembre al 2 de diciembre, s. 10, La necesidad de garantizar un procedimiento transparente para la renovación de la Corte de Constitucionalidad, 27. nov–2. des. 2020, https://www.minex.gob.gt/userfiles/Informe_Mision_Especial_OEA_en_Guatemala_12_2021.pdf (lest 13. mai 2021)

OAS, IACHR Urges Guatemala to Guarantee Transparency and Compliance with International Standards in the Selection Process for the Constitutional Court, 11. februar 2021,

https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/media_center/PReleases/2021/031.asp (lest 13. mai 2021)

OHCHR, News and Events, Guatemala: Attacks against Constitutional Court and delays in appointment of judges to high courts must stop, 19. november 2020,

<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26521&LangID=E> (lest 4. mai 2021)

OHCHR, News and events, Land and resource rights are key to Sami people's self-determination, UN expert says, 28. august 2015

<https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16361&LangID=E> (lest 22. mars 2021)

OHCHR, Working Group on Indigenous Peoples, Mandate,

<https://www.ohchr.org/en/Issues/IPeoples/Pages/MandateWGIP.aspx> (lest 10. november 2020)

Permanent Mission of Australia to the United Nations NY, Statement by H.E. Ms. Rosemary Banks, Ambassador and Permanent Representative of New Zealand, on behalf of Australia, New Zealand and the United States, https://unmy.mission.gov.au/unmy/Soc_161006.html (lest 3. februar 2021)

POLTEXT, Textual Data for Policy Analysis, Canadian Throne Speeches, 40th legislature, 3rd session – 3. March 2010, 2010, <https://www.poltext.org/en/part-1-electronic-political-texts/canadian-throne-speeches> (lest 23. mars 2021)

UN General Assembly, Meetings Coverage, HR/CT/745, Concluding Discussion of Guatemala's Report, Human Rights Experts Pose Questions on Human Rights Defenders, Addressing Conflict's Aftermath, Indigenous Rights, 20. mars 2012,

<https://www.un.org/press/en/2012/hrct745.doc.htm> (lest 2. februar 2021)

Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala (SNU), Acuerdos de Paz, <https://onu.org.gt/publicaciones/acuerdos-de-paz/> (lest 23. oktober 2020)

Statsforvalteren, Grunnlovens § 108 og folkeretten, 31. mars 2017, <https://www.statsforvalteren.no/nb/Nordland/landbruk-og-reindrift/Reindrift/Regelverk-om-reindrift/Grunnlovens--108-og-folkeretten/> (lest 23. mars 2021)

Stortinget, ordbok, «folkesuverenitet», <https://stortinget.no/no/Stottemeny/Ordbok/?wid=128> (lest 13. januar 2021)

Supreme Court of Canada, The Canadian Judicial System, The Constitutional Framework, 15. februar 2018, <https://www.scc-csc.ca/court-cour/sys-eng.aspx> (lest 12. oktober 2020)

UNDRIP – A Manual for National Human Rights Institutions, <https://www.ohchr.org/documents/issues/ipeoples/undripmanualfornhris.pdf> (lest 28. oktober 2020)

Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, Quienes somos, <https://www.urng-maiz.org.gt/quienes-somos/> (lest 30. November 2020)

Worldometer, Guatemala Demographics, <https://www.worldometers.info/demographics/guatemala-demographics/> (lest 5. november 2020)

