

Hvordan forholder Høyesterett seg til urfolkserklæringen, ILO-169 og SP artikkel 27?

Bendik Midtkandal, stipendiat ved det juridiske fakultet (UiT). Ferdigstilt 9. juni 2023.

1. Innledning¹

Anerkjent som et urfolk og en minoritet av både norske styresmakter og internasjonale tolkningsorganer, er samene rettighetssubjekter etter flere folkerettslige instrumenter.² Ofte vist til er deres rettigheter etter FNs erklæring om urfolks rettigheter (urfolkserklæringen),³ ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169)⁴ og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27.⁵ Her undersøker jeg hvordan Norges øverste domstol, Høyesterett, forholder seg til dem når den avgjør samerettslige saker.

Ved bruk av rettsdogmatisk metode skal jeg identifisere positive og negative utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildemessige tilnærming i møte med disse folkerettslige instrumentene. For *utvikling* har naturlig nok funnet sted. På samme måte som menneskelige relasjoner utvikler seg over tid, er en jurists forhold til rettskildene under kontinuerlig forvandling. Det er spesielt etter tusenårsskiftet at Høyesterett har kommet i kontakt med våre tre undersøkelsesobjekter. I kraft av å tilhøre internasjonal urfolks- og minoritetsrett, som har vært (og fremdeles må sies å være) et nokså ukjent rettsområde for norske jurister, kan disse instrumentene sies å ha bydd på spesielle rettskildemessige utfordringer.

I forannevnte rekkefølge presenteres og undersøkes de folkerettslige instrumentene hver for seg i punktene 2–4. Det gjøres sammenligninger fortløpende. Mest plass blir viet til SP artikkel 27, som Høyesterett for første gang fant å være brutt i HR-2021-1975-S (Fosen) i oktober 2021.

¹ Artikkelen baserer seg på et foredrag jeg holdt på Advokatforeningen Tromsø krets' *Juslunch* 10. mai 2022, og retter seg primært mot studenter og andre som ikke har vært så mye borti sameretten før. Kildematerialet er ikke oppdatert siden tidspunktet for presentasjonen.

² I St.meld. nr. 52 (1992–1993) Om norsk samepolitikk s. 21 legges det til grunn at samene er rettighetssubjekter etter SP artikkel 27 og ILO-169. Se også St.meld. nr. 55 (2000) Om samepolitikken s. 3 og 23, hvor det uttrykkes at «[s]amene er anerkjent som urfolk». I Rt. 2001 s. 769 (Selbu) (s. 791) blir det uttalt at det ikke er «tvilsomt at samene etter denne definisjonen [ILO-169 artikkel 1 nr. 1 bokstav b] har status som urfolk i Norge». Høyesterett har gjentatte ganger lagt til grunn at samene er en minoritet etter SP artikkel 27, senest i HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 101). Det samme har FNs Menneskerettskomité (MRK) gjort, se blant annet *Länsman et al. mot Finland* (CCPR-1992-511) (avs. 9.2). ILOs ekspertkomité (CEACR) uttalte i 1995 at «[t]he Sami Parliament is a representative body of the country's indigenous Sami population», se ILO, «Observation (CEACR) - adopted 1995, published 82nd ILC session (1995)», https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTR Y_ID:2139363,102785 (lest 7. mai 2022).

³ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (urfolkserklæringen), New York, 13. september 2007, A/RES/61/295.

⁴ ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO-169), Genève, 27. juni 1989 (i kraft 5. september 1991).

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16. desember 1966 (i kraft 23. mars 1976).

2. Urfolkserklæringen

2.1 Generelt om erklæringen

Urfolkserklæringen ble vedtatt av FNs Generalforsamling 13. september 2007. 144 stater stemte for erklæringen, deriblant Norge. Elleve stater avstod fra å stemme. Australia, Canada, New Zealand og USA stemte imot. Disse fire nybyggerstatene har i senere tid endret syn, og viser nå støtte til erklæringen.⁶

Bestemmelsene i urfolkserklæringen er ment som minstestandarder for å sikre overlevelsen, verdigheten og velferden til verdens urfolk, se artikkel 43. Erklæringen består av 46 artikler, som anerkjenner rettigheter for urfolk til blant annet selvbestemmelse, kultur, utdanning og arbeid, og ikke minst land og vann. Spesielt viktig er artikkel 3, som gir urfolk rett til selvbestemmelse. Tatt i betraktning at ingenting i erklæringen skal forstås slik at det utfordrer staters suverenitet, se artikkel 46 nr. 1, er det snakk om en *intern* selvbestemmelsesrett. Det betyr at urfolk har rett til selv å bestemme over egne økonomiske, sosiale og kulturelle anliggender, men ikke til å danne sin egen stat.

Urfolkserklæringen er ikke i seg selv rettslig forpliktende for Norge eller andre stater. Den er ikke en internasjonal konvensjon som stater kan ratifisere. Likevel er det flere som hevder at i hvert fall enkelte av bestemmelsene i erklæringen uansett er folkerettslig bindende for alle stater, fordi de anses å gi uttrykk for *internasjonal sedvanerett*.⁷ Etter vedtektene for Den internasjonale domstol (ICJ-statuttene)⁸ artikkel 38 nr. 1 bokstav b er internasjonal sedvanerett en formell rettskilde i folkeretten. Kort forklart innebærer vil det en styrking av urfolkserklæringens rettslige status, hvis dens bestemmelser anses for å gi uttrykk for internasjonal sedvanerett.

Rett etter vedtakelsen av urfolkserklæringen utnevnte den ideelle organisasjonen International Law Association en komité for å undersøke blant annet erklæringens status i folkeretten.⁹ Komitéens endelige rapport ble presentert i 2012. Der står det at erklæringen som *helhet* («as a

⁶ Se den historiske oversikten («Historical Overview») i FN, «United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> (lest 27. april 2022).

⁷ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 118, S. James Anaya og Luis Rodríguez-Piñero, «Part I The UNDRIP's Relationship to Existing International Law, Ch.2 The Making of UNDRIP», Jessie Hohmann og Marc Weller (red.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A Commentary*, Oxford University Press 2018, s. 38–62 (s. 62). DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780199673223.003.0020>. For sin påstand viser Anaya og Rodríguez-Piñero til International Law Association, Conclusions and Recommendation of The Committee on the Rights of Indigenous Peoples, 75th Conference, Resolution No. 5/2012, Sofia 2012 avs. 2.

⁸ Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26. juni 1945 (i kraft 24. oktober 1945).

⁹ International Law Association, Rights of Indigenous Peoples: First Report, Conference, Rio de Janeiro 2008.

whole») ikke ennå kan sies å reflektere internasjonal sedvanerett.¹⁰ Likevel mener komitéen at flere av erklæringens bestemmelser allerede har oppnådd slik status, blant annet selvbestemmelsesretten i artikkel 3.¹¹ Det kan også legges til at internasjonale tolkningsorganer, som FNs Menneskerettskomité (MRK), har vist til erklæringen i sine uttalelser i individklagesaker.¹² Urfolkserklæringen er derfor et viktig instrument i internasjonal urfolksrett.

2.2 Erklæringen i Høyesterett

Urfolkserklæringen er nevnt av Høyesterett i to avgjørelser: HR-2018-456-P (Nesseby) og HR-2021-1429-A (Saarivuomi).¹³ I sistnevnte blir det bare henvist til den og andre folkerettslige instrumenter for å understreke at samisk reindriftsnæring har et spesielt rettslig vern.¹⁴ I Nesseby-saken kommer derimot Høyesterett i plenum med noen interessante uttalelser om erklæringen. Spørsmålet i saken er om det er lokalbefolkningen eller Finnmarkseiendommen som har rett til å forvalte en betydelig del av grunnen i Nesseby kommune. Her blir erklæringen for første gang nevnt av Høyesterett:

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. Statene bekreftet i 2014 støtten til erklæringen gjennom en særskilt resolusjon på generalforsamlingen (69/2 Outcome document). 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. 169.¹⁵

Høyesterett gir ingen *fullstendig* begrunnelse for hvorfor den anser urfolkserklæringen som «et sentralt dokument innenfor urfolksretten», jf. formuleringen «blant annet». Bare to grunner blir fremhevet: Den første er at erklæringen «reflekterer folkerettslige prinsipper på området». Det er interessant at Høyesterett bruker formuleringen «folkerettslige prinsipper» i stedet for «internasjonale sedvanerett». Det er nærliggende å tolke formuleringen «folkerettslige prinsipper» slik at det siktes til *internasjonale alminnelige rettsprinsipper*, som – i hvert fall teoretisk sett – er noe annet enn internasjonal sedvanerett. Selv om også alminnelige retts-

¹⁰ International Law Association (2012) avs. 2.

¹¹ International Law Association (2012) avs. 4.

¹² Tiina Sanila-Aikio mot Finland (CCPR-2668-2015) (avs. 6.6).

¹³ I HR-2017-2428-A (Sara) (avs. 26) viser saksøkte til urfolkserklæringen i sine anførsler uten at Høyesterett nevner den i sin avgjørelse.

¹⁴ HR-2021-1429-A (Saarivuomi) (avs. 61). Andrevoterende viser i tillegg til en anførsel fra saksøker der erklæringen nevnes, men kommenterer det ikke, se avs. 192.

¹⁵ HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 97).

prinsipper er en formell rettskilde i folkeretten, jf. ICJ-statuttene artikkel 38 nr. 1 bokstav c, har de muligens noe lavere rettskildemessig status enn internasjonal sedvanerett.¹⁶ For øvrig er Høyesterett taus om i hvilken grad erklæringen reflekterer slike «folkerettslige prinsipper»: Gjelder det for hele eller kun deler av erklæringen?

Den andre grunnen for at Høyesterett anser erklæringen som viktig innenfor urfolksretten er at den «har fått støtte fra svært mange stater». Høyesterett kommenterer ikke om erklæringens høye antall signatarstater er et bevis på eksistensen eller fremveksten av det som den selv kaller for «folkerettslige prinsipper».¹⁷ Det er uansett ubestridt at erklæringens omfattende internasjonale støtte gjør at den i praksis har en sentral posisjon innenfor urfolksretten.

Til tross for Høyesteretts positive innledende bemerkninger om urfolkserklæringens viktighet, finner ikke domstolen at erklæringen er «av direkte betydning» for å løse spørsmålene i Nesseby-saken. Begrunnelsen som blir gitt er interessant: For det første mener Høyesterett at erklæringen «ikke er rettslig bindende». Det er riktig at erklæringen i seg selv ikke er rettslig bindende. Problemet er at Høyesterett tre setninger tidligere uttaler at erklæringen «reflekterer folkerettslige prinsipper», som er rettslig bindende. Det er derfor vanskelig å forene disse to uttalelsene med hverandre. For det andre hevder Høyesterett at «de enkelte bestemmelsene i erklæringen synes ikke å gå lenger enn det som følger av bindende konvensjoner, i første rekke ILO-konvensjon nr. 169». Det er en påstand som på generelt grunnlag er feil. Det finnes bestemmelser i erklæringen som går lengre enn deres motstykker i ILO-169. For eksempel oppstiller urfolkserklæringen artikkel 10, i motsetning til ILO-169 artikkel 16 nr. 2, et absolutt krav om å innhente urfolkets frie og informerte forhåndssamtykke (FPIC) for å flytte dem. Samtidig kan det tenkes at Høyesteretts uttalelse ikke er ment som en komplett sammenligning av de internasjonale instrumentenes materielle innhold, men begrenser seg til de bestemmelsene som er spesielt relevante for Nesseby-saken.

Tatt i betraktning at urfolkserklæringen bare har blitt vist til i et fåtall av høyesterettsavgjørelser, er det vanskelig å spore noen klare utviklingstrekk i Høyesteretts forhold til erklæringen. Derimot kan jeg kommentere domstolens første møte med erklæringen i Nesseby-saken. Det første og viktigste poenget mener jeg er at erklæringen blir anerkjent som et sentralt dokument

¹⁶ Sveriges Høyesterett bruker en lignende formulering i Girjas-saken: Domstolen anser ILO-169 artikkel 8 nr. 1 for å gi uttrykk for «en allmän folkrättslig princip», jf. Högsta domstolens dom 23. januar 2020 i mål nr. T 853-18 (Girjas) (avs. 130).

¹⁷ Den internasjonale domstolen (ICJ) har i en rådgivende uttalelse gitt uttrykk for at erklæringer fra FNs generalforsamling kan tjene som bevis på at det finnes forpliktende folkerettsregler, se *Legality of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* (ICJ Reports 1996 s. 254–255 (avs. 70)). ISBN 92-1-070743-5.

i urfolksretten, og derfor også for sameretten i Norge. Det andre poenget er at Høyesterett gir sin tilslutning til at erklæringen inneholder forpliktende regler gjennom å reflektere «folkerettslige prinsipper». Samtidig mister sistnevnte poeng noe av sin kraft gjennom den senere uforenlige uttalelsen om at erklæringen «ikke er rettslig bindende». I fremtiden er det viktig at Høyesterett rydder opp i sin egen uklarhet.

3. ILO-169

3.1 Generelt om konvensjonen

ILO-169 ble vedtatt på Den internasjonale arbeidsorganisasjonens generalkonferanse sin 76. sesjon i Genève 27. juni 1989. Konvensjonen står som et synlig bevis på at fra det tidspunktet ble urfolks levemåter betraktet som verdifulle i seg selv, og at man gikk bort fra assimileringsvinklingen som i sterk(-ere) grad preget de tidligere urfolksstandardene.¹⁸ Norge ratifiserte konvensjonen som første land i verden 20. juni 1990, og 23 stater har fulgt etter. Sist ut var Tyskland 23. juni 2021.¹⁹

I likhet med urfolkserklæringen, skal også bestemmelsene i ILO-169 forstås som minstestandarder.²⁰ Konvensjonen består av 44 bestemmelser, og består kort fortalt av tre hoveddeler: Del I (artiklene 1–12) oppstiller generelle retningslinjer («general policy»). Del II (artiklene 13–32) gir spesielle materielle rettigheter til blant annet trygd og helse, utdanning og ikke minst land. Del III (artiklene 33–44) inneholder blant annet regler om hvordan konvensjonen skal gjennomføres.

ILO-169 er rettslig forpliktende for Norge. Konvensjonen er sektorinkorporert på flere områder i norsk rett, som for eksempel gjennom straffeloven²¹ og Finnmarksloven.²² Med «sektorinkorporering» menes at en folkerettslig forpliktelse er gjort til norsk lov innenfor et begrenset område i norsk rett. Innenfor de områder ILO-169 er sektorinkorporert i norsk rett kan den brukes som primært rettsgrunnlag i rettsanvendelsen. Der konvensjonen ikke er sektor-

¹⁸ Se femte avsnitt i ILO-169s fortale.

¹⁹ ILO, «Germany ratifies ILO Convention, 1989 (No. 169) as a strong expression of solidarity for the protection of indigenous and tribal peoples' rights», 25. juni 2021, *ILO*, https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_807508/lang--en/index.htm (lest 7. mars 2023).

²⁰ ILO-169 artikkel 35 sammenholdt med Constitution of the International Labour Organisation, Versailles, 1. april 1919 (i kraft 28. juni 1919) (ILO-konstitusjonen) artikkel 19 nr. 8 tilsier at ILO-169 bare oppstiller minstestandarder.

²¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 2.

²² Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (Finnmarksloven) § 3 første setning.

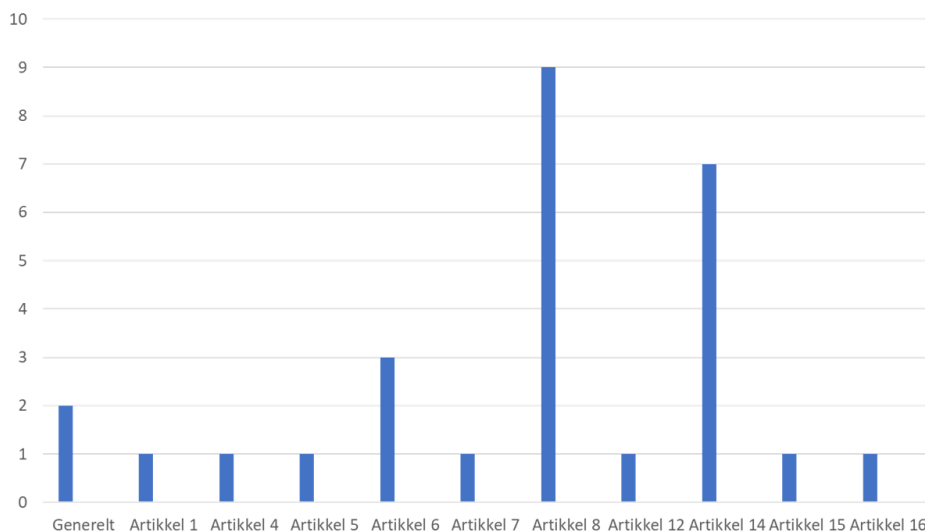
inkorporert i norsk rett, vil den bare ha betydning som tolkningsbidrag eller støtteargument, jf. presumsjonsprinsippet.²³

3.2 Konvensjonen i Høyesterett

3.2.1 Statistikk

Det er over 30 år siden ILO-169 trådte i kraft i Norge. Siden den gang er konvensjonen nevnt i Høyesteretts premisser i 18 avgjørelser.²⁴ Kun artikkel 8 har blitt *direkte håndhevet* av Høyesterett. Det har skjedd i 5 straffesaker.²⁵ I de 13 resterende sakene har konvensjonens bestemmelser bare blitt henvist til, eller i beste fall blitt brukt som tolkningsmiddel eller støtteargument for å klarlegge innholdet i norske internrettslige regler. Bare i 2 av disse 13 sakene har konvensjonens bestemmelser vært gjenstand for inngående tolkning: I HR-2016-2030-A (Stjernøya) og HR-2018-456-P (Nesseby) blir artikkel 14 om urfolks landrettigheter tolket grundig av Høyesterett.²⁶

Figur: ILO-169s bestemmelser nevnt i Høyesteretts premisser i de 18 avgjørelsene



²³ For mer informasjon om innarbeidingen av ILO-169 i norsk rett, se Bendik Midtkandal, *Betydningen av ILO-169 i norsk rett – En studie av konvensjonens gjennomslagskraft*, Tromsø 2020.

²⁴ Rt. 1992 s. 1037 (militærnekter) (s. 1039), Rt. 1996 s. 1232 (Tysfjord) (s. 1248 og 1250), Rt. 2001 s. 769 (Selbu) (s. 785–786 og 790–791), Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) (s. 1118–1120), Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen) (s. 1252), Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya) (avs. 74), Rt. 2006 s. 957 (salonggevær) (avs. 19), Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avs. 24–45 og 48–61), Rt. 2011 s. 1101 (fiske) (avs. 9–14), Rt. 2011 s. 1180 (dødsbo) (avs. 47), Rt. 2015 s. 838 (skutertur) (avs. 16), HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 60, 74–85 og 115), HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 86, 96–104, 125, 165–179, 194 og 197), HR-2018-872-A (Femund) (avs. 43, 44 og 90), HR-2020-1956-A (Sametinget) (avs. 79), HR-2021-863-U (vårjakt) (avs. 9–10), HR-2021-1429-A (Saarivuomi) (avs. 61, 131, 133, 192–193 og 230) og HR-2021-1472-U (reintelling) (avs. 17–18).

²⁵ Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) (s. 1118–1120), Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avs. 24–45 og 48–61), Rt. 2011 s. 1101 (fiske) (avs. 9–14), HR-2021-863-U (vårjakt) (avs. 9–10) og HR-2021-1472-U (reintelling) (avs. 17–18).

²⁶ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 60, 74–85 og 115) og HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 86, 96–104, 125, 165–179, 194 og 197). Med å tolke «grundig» mener jeg her at Høyesterett tar i bruk andre rettskilder enn bare ordlyd for å tolke konvensjonsbestemmelsene.

Som figuren viser, er det artiklene 8 og 14 i ILO-169 som oftest er nevnt i Høyesteretts premisser.²⁷ I det følgende begrenser jeg meg til å undersøke domstolens rettskildemessige tilnærming i møte med artikkel 8. For undersøkelsen tar jeg utgangspunkt i Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk) der en reindriftssame er tiltalt for brudd på dagjeldende dyrevelferdslov²⁸ etter å ha avlivet tamrein til eget bruk (nisterein) ved hjertestikk uten forutgående bedøvelse. Tiltalte hevder at slaktemetoden er en samisk sedvane, og dermed er beskyttet av ILO-169 artikkel 8. Isolert sett blir forholdet funnet å være straffbart. Det interessante spørsmålet for Høyesterett er om ILO-169 artikkel 8, jf. straffeloven av 1902²⁹ sin sektorinkorporeringsregel, gjør at tiltalte likevel ikke skal straffes. En enstemmig Høyesterett besvarer spørsmålet benektende, men dommerne deler seg (3-2) i sin tolkning av artikkel 8.

3.2.2 Artikkel 8

Det står i ILO-169 artikkel 8 nr. 1 og 2:³⁰

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

I en norsk kontekst bestemmer nr. 1 at det skal tas *tilbørlig hensyn* («due regard») til samiske sedvaner og sedvaneretter når norsk rett skal brukes. Etter nr. 2 skal samene få beholde sine sedvaner og institusjoner hvis disse ikke er i strid med grunnleggende nasjonale rettsprinsipper og internasjonalt anerkjente menneskerettigheter.

ILO-169 artikkel 8 stiller krav til norsk rettskildelære på to måter: For det første skal samiske sedvaner og sedvaneretter anerkjennes som relevante rettskilder. For det andre skal disse samiske rettskildene også ha krav på en viss vekt i møte med vanlig norsk rett. Samlet etablerer

²⁷ Artikkel 8 er nevnt i begrunnelsen til ni av Høyesteretts avgjørelser: Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) (s. 1118–1120), Rt. 2006 s. 957 (salonggevær) (avs. 19), Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk) (avs. 24–45 og 48–61), Rt. 2011 s. 1101 (fiske) (avs. 9–14), Rt. 2011 s. 1180 (dødsbo) (avs. 47), HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 85), HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 125), HR-2021-863-U (vårjakt) (avs. 9–10) og HR-2021-1472-U (reintelling) (avs. 17–18). Artikkel 14 er derimot nevnt syv ganger, se Rt. 1996 s. 1232 (Tysfjord) (s. 1248 og 1250), Rt. 2001 s. 769 (Selbu) (s. 790–791), Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen) (s. 1252), Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya) (avs. 74), HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 60, 74–85 og 115), HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 165–179) og HR-2021-1429-A (Saarivuoma) (avs. 61, 131 og 192–193).

²⁸ Lov 20. desember 1974 nr. 73 om dyrevernav (dyrevernavloven) § 9, jf. § 31. Loven er nå opphevet.

²⁹ Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902) § 1 andre ledd. Loven er nå opphevet. Bestemmelsen er tilnærmet lik dagens sektorinkorporeringsregel i straffeloven § 2.

³⁰ Siste ledd i artikkel 8 (nr. 3) er ikke relevant for denne drøftelsen.

artikkel 8 et vern om samiske rettstradisjoner, og i den forlengelse også samisk kultur. Formålet er å sikre at samene skal få bruke sin egen rett til å løse sine konflikter.

Som en internasjonal konvensjonsbestemmelse skal ILO-169 artikkel 8 tolkes i tråd med folkerettslig metodelære, slik den er angitt i Wien-konvensjonen om traktatretten³¹ artiklene 31 og 32. Dette blir også uttalt av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk).³² Et problem her er at Høyesterett i den saken tar utgangspunkt i en unøyaktig norsk oversettelse i stedet for den autoritative engelske (eller franske) versjonen av konvensjonsteksten, jf. ILO-169 artikkel 44, for å tolke artikkel 8.³³ Som Susann Funderud Skogvang flere ganger har påpekt, er risikoen større for å tolke en internasjonal konvensjon feil når det gjøres med utgangspunkt i en (norsk) oversettelse.³⁴ Til tross for denne kritikken er det likevel den norske oversettelsen Høyesterett uten unntak benyttet seg av både i tiden før og etter hjerestetikk-saken.³⁵ Til sammenligning er den engelske versjonen blitt brukt av Høyesterett i nyere tid for å tolke ILO-169 artikkel 14.³⁶

Det er ikke bare Høyesteretts bruk av en norsk oversettelse for å tolke artikkel 8 som har blitt kritisert. Også domstolens konkrete tolkning av bestemmelsen har vært gjenstand for kritikk. I hjerestetikk-saken forstår flertallet skillet mellom de to bestemmelsene i artikkel 8 slik at nr. 1 regulerer de *eksterne* sedvanene, mens nr. 2 bare gjelder for de *interne* sedvanene.³⁷ Kort fortalt innebærer skillet at hvis den samiske sedvanen blir kategorisert som et internt samisk forhold vil den stå sterkere i møte med norske lovregler enn hvis den betraktes som eksternt. Spørsmålet er så hva som bestemmer om en samisk sedvane skal klassifiseres som enten intern eller eksternt. Flertallet kommer til at slaktemetoden er et eksternt forhold, fordi det er «tale om anvendelsen av [norske] lovregler som gjelder generelt i Norge, og da må spørsmålet om straffrihet avgjøres etter den avveining som artikkel 8 nr. 1 anviser».³⁸ Med andre ord klassifiserer flertallet den samiske sedvanen ikke ut fra den alene, men basert på den norske regelen, som den er i konflikt med, sitt anvendelsesområde. På grunn av at den norske regelen «gjelder generelt i Norge»,

³¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969 (i kraft 27. januar 1980).

³² Rt. 2008 s. 1798 (hjerestetikk) (avs. 28).

³³ Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avs. 25). Susann Funderud Skogvang, «Hjertesukk om hjerestetikk» i *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 373–389 (s. 378–379) og Skogvang (2017) s. 73–74 forklarer hva som er unøyaktig med den norske oversettelsen.

³⁴ Se Susann Funderud Skogvang, «Hjertesukk om hjerestetikk» i *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 373–389 (s. 378–379) og Skogvang (2017) s. 73–74, som også forklarer hva som er unøyaktig med den norske oversettelsen. Wien-konvensjonen artikkel 33 legger opp til at tolkning av konvensjoner skal skje ved bruk av autoritative versjoner.

³⁵ Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) (s. 1118), Rt. 2011 s. 1101 (fiske) (avs. 9) og HR-2021-863-U (vårjakt) (avs. 9). Også i HR-2021-1472-U (reintelling) (avs. 17) bruker Høyesterett en norsk oversettelse. Denne oversettelsen fremstår likevel som noe oppdatert, fordi ordet «skikker» er erstattet med «sedvaner» innledningsvis i nr. 2.

³⁶ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avs. 78) og HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 168).

³⁷ Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avs. 38).

³⁸ Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avs. 40).

nyter den samiske sedvanen et svakere vern enn det den ville gjort om den hadde blitt klassifisert som intern.

Mindretallet mener på sin side at det er galt å avgjøre om den samiske sedvanen skal klassifiseres som enten ekstern eller intern basert på om den norske regelen som sedvanen er i konflikt med, er generell eller spesielt rettet mot det samiske folk. Ifølge mindretallet vil flertallets fremgangsmåte «i realiteten kunne bane vei for den samme integrasjonslinje som man ved ILO-konvensjon nr. 169 – og særlig ved endringen av artikkel 8 nr. 2 – nettopp tok sikte på å legge om».³⁹ Skogvang går ett skritt lengre, og spør om det i det hele tatt er hjemmel for å operere med et skille mellom interne og eksterne sedvaner.⁴⁰ Hun legger til at det er «få arenaer som er så vidt interne at sedvaner på slike områder ikke har betydning for forholdet til samfunnet for øvrig».⁴¹

Jeg velger ikke her å gå detalj om hvordan Høyesterett i senere avgjørelser har tolket ILO-169 artikkel 8. Etter å ha lest disse avgjørelsene sitter jeg likevel igjen med et inntrykk av at flertallets tolkning av bestemmelsen i hjertestikk-saken virker å bli lagt til grunn. Det er et problem at forannevnte svakheter ikke er ryddet av banen i senere høyesterettsavgjørelser. Etter min mening kan det sies at Høyesteretts forhold til artikkel 8 har *stagnert*. Et slikt stopp i utviklingen er problematisk sett fra et samerettslig ståsted, fordi nåværende tilstand potensielt gir samene et svakere rettighetsvern enn det de har krav på etter folkeretten.

3.2.3 Generelt

Når det gjelder Høyesteretts behandling av ILO-169 mer generelt, vil jeg kun påpeke én ting: I både tidligere høyesterettsavgjørelser og i andre offentlige dokumenter kommer det gjerne til uttrykk at konvensjonens innhold ikke er spesielt klart.⁴² Det jeg lurer på er om Høyesteretts uttalelser i Nesseby-saken tilsier at det har skjedd en endring i denne oppfatningen.

Som nevnt foran uttaler Høyesterett i Nesseby-saken at urfolkserklæringen ikke var «av direkte betydning», blant annet på grunn av at erklæringens bestemmelser «synes ikke å gå lenger enn det som følger av bindende konvensjoner, i første rekke ILO-konvensjon nr. 169». Høyesterett

³⁹ Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk) (avs. 57). Arnfinn Bårdsen, som representerer mindretallet, har også i ettertid gitt uttrykk for at han mener mindretallets forståelse av artikkel 8 er den riktige, se Arnfinn Bårdsen, «Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis», Domstolen, 8. februar 2017, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/samerett-i-hoyesterett---bardsen-080217.pdf> (lest 7. juni 2023).

⁴⁰ Skogvang (2009) s. 383 flg.

⁴¹ Skogvang (2009) s. 385.

⁴² Se blant annet Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang) (s. 1119), Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk) (avs. 48), NOU 1993: 18 Lovgivning om Menneskerettigheter s. 143 og Innst.O nr.80 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) s. 33.

mener altså at urfolkserklæringen ikke går lengre enn ILO-169. Min mening er at en slik påstand forutsetter at Høyesterett oppfatter konvensjonens (og erklæringens) innhold for å være noenlunde klart. Kanskje kan det derfor hevdes at Høyesterett har gått fra å oppfatte konvensjonen for å ha et uklart innhold til å ha et klart (i hvert fall klarere) innhold.⁴³ Det vil være naturlig at både Høyesterett og andre norske rettsanvendere mener at de har fått en klarere oppfatning om innholdet i ILO-169 i løpet av de tre tiårene den har hatt virkning i Norge.

4. SP artikkel 27

4.1 Generelt om minoritetsbestemmelsen

Den 16. desember 1966 ble SP vedtatt av FNs Generalforsamling. Konvensjonen er ratifisert av 173 stater, deriblant Norge.⁴⁴ Artikkel 27 verner om minoriteter. Grunnleggende uenigheter om i hvilken grad og på hvilken måte minoriteter skulle beskyttes mot majoritetsbefolkningen, resulterte i en bestemmelse med en vag ordlyd:⁴⁵

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.

Mens urfolkserklæringen og ILO-169 er kollektivt orienterte, er SP artikkel 27 i utgangspunktet individorientert. Ordet «persons» tilsier at det er *minoritetsindividene*, og ikke minoriteten som et hele, som er rettighetsbærere etter bestemmelsen. Samtidig har bestemmelsen også en kollektiv dimensjon, jf. formuleringen «in community with the other members of their group».

Minoritetsindividenes rettighetsvern er negativt formulert, jf. formuleringen «shall not be denied the right». Det negative rettighetsvernet pålegger statene en plikt til ikke å nekte minoritetsindivider å utøve sin kultur, religion og sitt språk. Derimot kan det ikke utledes direkte av ordlyden at staten har positive plikter overfor minoritetsindividene, som for eksempel å tilrettelegge for deres kulturutøvelse eller å forhindre at andre borgere krenker deres rettigheter. Artikkel 27s negative formulering begrenser mulighetene for å pålegge statene

⁴³ Det kan også legges til at Høyesterett heller ikke anser SP artikkel 1 å få selvstendig betydning i Nesseby-saken blant annet på grunn av de «vesentlig mer konkrete bestemmelsene som finnes i ILO-konvensjon nr. 169», jf. HR-2018-456-P (Nesseby) (avs. 96). Etter mitt syn er også denne påstanden betenkelig, uten at jeg går inn på det her.

⁴⁴ OCHCR, «View the ratification status by country or by treaty», u.å., OCHCR, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en (lest 31. mai 2023).

⁴⁵ Manfred Nowack, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2. utgave, Kehl 2005 s. 640.

positive plikter overfor minoritetsindividene. MRK, som er konvensjonens tolkningsorgan, har likevel innfortolket enkelte slike positive plikter.⁴⁶

Terskelen for krenkelse av minoritetsindividenes rettigheter følger av ordet «denied». Selv om ordlyden alene vitner om en svært høy terskel for konvensjonsbrudd, er det likevel klart at også andre inngrep enn totale nektelser kan føre til krenkelse. Ifølge MRK er det avgjørende om inngrepet har «a substantive negative impact» på minoritetsindividenes rettigheter.⁴⁷ Hvis spørsmålet besvares bekreftende, foreligger det konvensjonsbrudd.

SP artikkel 27 er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven⁴⁸ § 2 nr. 3, og har etter § 3 forrang for alt annet av norsk lovgivning utenom Grunnloven. Den solide innarbeidingen av minoritetsbestemmelsen i norsk rett gir den bedre forutsetninger for å få sitt innhold realisert i domstolene enn det som er tilfellet for urfolkserklæringen og ILO-169.

4.2 Minoritetsbestemmelsen i Høyesterett

4.2.1 Rt. 1982 s. 241 (Alta)

SP artikkel 27 har blitt nevnt i Høyesteretts premisser i 15 avgjørelser.⁴⁹ I 8 av disse avgjørelsene er bestemmelsen blitt direkte håndhevet av Høyesterett.⁵⁰ Første gang dette skjer er i Rt. 1982 s. 241 (Alta). Saken handler om gyldigheten av den kongelige resolusjonen 15. juni 1979 om statsregulering av Altavassdraget. De samiske ankende parter hevder at Norges folkerettslige forpliktelser er til hinder for vedtakets gyldighet, deriblant SP artikkel 27. Høyesterett i plenum var uenig:

Heller ikke når det gjelder de påberopte minoritetsrettigheter kan jeg se at avgjørelsen byr på tvil. Avgjørende for mitt syn på dette spørsmål er det faktiske omfang av det inngrep som her gjøres i de samiske interesser. En forutsetning for at det overhodet kunne oppstå noe folkerettslig

⁴⁶ General Comment No. 23 (1994): The rights of minorities (Art. 27) (GC-1994-23) (avs. 6.1 og 7).

⁴⁷ Ángela Poma Poma mot Peru (CCPR-2006-1457) (avs. 7.5).

⁴⁸ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

⁴⁹ 13. januar 2022 gjorde jeg et rettskildesøk ved bruk av Lovdata Avansert søk (HRA. Lovhenvisning: «lov-1999-05-21-30-sp-a27*»). Huket av for «Utvid søket med synonymer» og «Søk med åpen endelse». Søket ga 25 treff. De tre sakene Rt. 2014 s. 976, HR-2019-788-U og HR-2021-475-A handler ikke om samer, og er derfor ikke relevante. I de syv sakene Rt. 1981 s. 35, Rt. 1998 s. 811 (gjeterhytte), Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen), Rt. 2003 s. 1013, Rt. 2006 s. 1382 (Utsi), HR-2017-1230-A (Hjertind) og HR-2018-862-U ble artikkel 27 ikke nevnt i Høyesteretts premisser, men bare i partenes anførsler. Derfor er heller ikke disse dommene relevante.

⁵⁰ Rt. 1982 s. 241 (Alta), Rt. 1992 s. 1037 (militærnekter), Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya), HR-2017-2247 (Reinøya), HR-2017-2428-A (Sara), HR-2018-456-P (Nesseby), HR-2021-1429-A (Saarivuomi) og HR-2021-1975-S (Fosen). De tre sakene HR-2017-827-U, HR-2017-1141-F og HR-2021-54-U er alle prosessuelle beslutninger, hvor det bare nevnes at saken handler om mulig brudd på SP artikkel 27. Disse sakene er derfor ikke relevante. I de fire sakene Rt. 2001 s. 769 (Selbu), HR-2016-1587-U (Spiertagaisa), HR-2018-872-A (Femund) og HR-2021-1429-A (Saarivuomi) nevner Høyesterett artikkel 27, men drøfter ikke om bestemmelsen er krenket på selvstendig grunnlag. På grunn av at disse sakene i liten grad bidrar til å belyse spørsmålet om hvordan domstolen bruker artikkel 27, går jeg ikke nærmere inn på disse sakene her.

spørsmål i en regulerings sak, måtte i alle fall være at reguleringen medførte bastante og meget skadelige inngrep i slike interesser. Først da kunne man reise spørsmål om den nevnte art. 27 var gått for nær, fordi inngrepet i reindriftsnæringen var så stort at det truet samenes kultur. Det inngrep som her finner sted, er imidlertid langt fra av denne alvorlige karakter.⁵¹

Ifølge Høyesterett er det klart at inngrepet ikke innebar en krenkelse av artikkel 27. For å bestemme terskelen for krenkelse, innleder Høyesterett med å uttale at det er «[e]n forutsetning» at inngrepet «medførte bastante og meget skadelige inngrep i slike interesser». Dette fremstår som et *inngangsvilkår* for i det hele tatt å kunne vurdere om bestemmelsen er krenket, jf. ordlyden «forutsetning». Selve terskelen for krenkelse befinner seg på et enda høyere nivå. Først når inngrepet er «så stort at det truet samenes kultur», mener Høyesterett at bestemmelsen vil være krenket. Terskelen Høyesterett anlegger i Alta-saken er åpenbart høy; kun helt unntaksvis vil det være grunnlag for å hevde at artikkel 27 er krenket.

Høyesteretts uttalelser i Alta-saken kan tjene som et sammenligningsgrunnlag når vi nedenfor skal se på hvordan SP artikkel 27 er blitt behandlet av domstolen i to nyere saker: HR-2017-2247-A (Reinøya) og HR-2021-1975-S (Fosen). I likhet med Alta-saken, handler dem om inngrep i samiske bruksområder. I de tre tiårene mellom de tre sakene har det funnet sted to viktige hendelser: For det første står som nevnt artikkel 27 nå i menneskerettsloven. For det andre har omfanget av tolkningspraksis fra MRK økt i betydelig grad.

Det er tre momenter fra Alta-saken vi tar med oss videre. For det første baserer Høyesterett sin tolkning utelukkende på egen ordlydsfortolkning. MRK-praksis vises det ikke til, noe som ikke kan sies å være overraskende tatt i betraktning at komiteen bare hadde uttalt seg i én individklagesak på daværende tidspunkt.⁵² For det andre anlegger som nevnt Høyesterett en svært høy terskel for krenkelse. For det tredje blir det sagt lite om hvilke faktorer som spiller inn på vurderingen av om terskelen er nådd eller ikke.

4.2.2 HR-2017-2247-A (Reinøya)

I HR-2017-2247-A (Reinøya) påstår et reinbeitedistrikt at et ekspropriasjonsvedtak i forbindelse med gjennomføring av et vegprosjekt, er ugyldig. Det blir blant annet hevdet at det

⁵¹ Rt. 1982 s. 241 (Alta) (s. 299–300).

⁵² Lovelace mot Canada (CCPR-1977-24).

planlagte veianlegget strider mot SP artikkel 27 på grunn av konsekvensene det vil få for samisk reinbeitedrift. Høyesterett kommer til at bestemmelsen er overholdt.⁵³

Etter å ha sitert den engelske versjonen av SP artikkel 27 innledningsvis,⁵⁴ setter Høyesterett i gang med å undersøke MRK-praksis. Gjennom henvising til en tidligere høyesterettsavgjørelse (Rt. 2008 s. 1764 (avs. 81)), blir det understreket at komitépraksis skal tillegges «betydelig vekt» når minoritetsbestemmelsen skal tolkes i samerettslige saker.⁵⁵ Høyesterett følger så opp med en interessant uttalelse som handler om hvordan å finne frem til terskelen for krenkelse:

Spørsmålet i saken er om inngrepet har et slikt omfang og betydning at det fører til at samenes rettigheter etter artikkelen har blitt nektet dem – «denied» – *slik dette uttrykket er tolket av Menneskerettskomiteen*.⁵⁶ (min kursivering)

Formuleringen «slik dette uttrykket er tolket av Menneskerettskomiteen» tyder på at Høyesterett nå anser det for å være komitéens oppgave å fastlegge terskelen for krenkelse av. Komitépraksis virker derfor å få *avgjørende*, og ikke bare betydelig, vekt for terskelvurderingen. Høyesterett avgrensner på denne måten sin egen oppgave til å være å identifisere terskelen komitéen har bestemt, og deretter vurdere om den er overtrådt i den konkrete saken.

Reinøya-saken er første gang Høyesterett bruker MRK-praksis til å tolke SP artikkel 27 i en samerettslig sak. Interessant er det at komitépraksis er eneste rettskilden som brukes for å finne frem til terskelen for krenkelse i saken. Etter sin gjennomgang av praksisen, konkluderer Høyesterett med «at det skal en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetskarakter at artikkel 27 er krenket».⁵⁷ Selv om det er vanskelig å si noe klart om hva som menes med «en god del», kan det nok argumenteres for at denne terskelen er lavere enn den som ble oppstilt i Alta-saken.

Det er også verdt å merke seg at Høyesterett i Reinøya-saken peker på noen av momentene som inngår i vurderingstemaet for å vurdere om artikkel 27 er krenket. For eksempel blir det uttalt at det må tas hensyn til den *samlede effekt* av både tidligere og planlagte

⁵³ Et mindretall på to dommere kommer frem til at ekspropriasjonsvedtaket er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil. Mindretallet er likevel enig i flertallets «generelle forståelse av konvensjonsbestemmelsen», se HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 150).

⁵⁴ HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 118).

⁵⁵ HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 119).

⁵⁶ HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 122).

⁵⁷ HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 128).

inngrep må tas hensyn til.⁵⁸ Også plikten til å konsultere de berørte samiske partene, legger Høyesterett til grunn uten nærmere diskusjon.⁵⁹

Etter mitt syn innebærer Reinøya-saken et *paradigmeskifte*. Fra nå av ser Høyesterett på det som MRKs oppgave å avklare og utvikle det materielle innholdet i minoritetsbestemmelsen.

4.2.3 HR-2021-1975-S (Fosen)

I HR-2021-1975-S (Fosen) er spørsmålet for Høyesterett i storkammer om Olje- og energidepartementets vedtak om konsesjon og ekspropriasjon til vindkraftutbygging på Fosenhalvøya er ugyldig, og at ekspropriasjonsskjønnet derfor må nektes fremmet. De allerede etablerte vindkraftverkene ligger innenfor området til Fosen reinbeitedistrikt, hvor Sør-Fosen sijte (siida) og Nord-Fosen sijte holder til.

Fosen-saken reiser flere interessante prosess- og forvaltningsrettslige spørsmål. Jeg begrenser meg til å se på hvordan Høyesterett forholder seg til siidaenes anførsel om at utbyggingen av vindkraftanleggene krenker deres rettigheter etter SP artikkel 27.⁶⁰

For å ta stilling til anførselen begynner Høyesterett med å sitere den engelske versjonen av minoritetsbestemmelsen.⁶¹ Deretter gis en kortfattet fremstilling av tre viktige utgangspunkter for den videre tolkingen: at bestemmelsen er innarbeidet i menneskerettsloven, at reindrift er en konvensjonsvernet kulturutøvelse og at MRK-praksis har betydelig vekt som rettskilde.⁶²

Det er som nevnt minoritetsindividene som er rettighetssubjekter etter artikkel 27. Et prosessuelt inngangsspørsmål er om de to siidaene, som er kollektive enheter, kan påberope seg sine medlemmers individuelle rettigheter etter bestemmelsen. Staten, som opptrer som partshjelper for vindkraftutbyggerne, anfører at siidaene ikke har slik prosessuell kompetanse. Anførselen fører ikke frem. Tatt i betraktning artikkel 27s kollektive dimensjon, kommer Høyesterett frem til at siidaene har begrenset partsevne i saken.⁶³

Etter at de innledende avklaringene er unnagjorte, tar Høyesterett stilling til det materiellrettslige spørsmålet om det foreligger konvensjonsbrudd. Den begynner med å klarlegge terskelen for krenkelse. På samme måte som i Reinøya-saken, er det i all hovedsak praksis fra

⁵⁸ HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 126).

⁵⁹ HR-2017-2247-A (Reinøya) (avs. 121).

⁶⁰ Det blir også anført at FNs konvensjon om rasediskriminering artikkel 5 bokstav d romertall v er krenket. Anførselen står ubesvart, fordi det konkluderes med brudd på SP artikkel 27, se HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 154).

⁶¹ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 98).

⁶² HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 100–102).

⁶³ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 103–110).

FNs Menneskerettskomité som brukes for å identifisere terskelen. Det er interessant at Høyesterett både bruker komitéens generelle kommentarer («General Comments») og dens uttalelser i individklagesaker uten å skille mellom dem. Etter mitt syn betyr det at begge formene for komitepraksis har «betydelig vekt».

I Fosen-saken blir rettssetningen om terskelvurderingen *videreutviklet* fra Reinøya-saken. Mens det står i Reinøya-saken at det «skal en god del til» for at konvensjonsbrudd skal foreligge, er formuleringen i Fosen-saken at inngrepet må føre til «vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse».⁶⁴ Denne videreutviklingen skjer ikke på grunnlag av at MRK har kommet med nye relevante uttalelser i tiden *etter* Reinøya-saken. Det er med andre ord tale om samme rettskildematerial som brukes i både Fosen- og Reinøya-saken. Høyesteretts «nye» rettssetning ligner språklig sett på komitéens uttalelse i saken Poma Poma mot Peru om at inngrepet må ha «a substantive negative impact on the author's enjoyment of her right to enjoy the cultural life ...».⁶⁵ Samtidig presiserer Høyesterett at «innvirkningen trenger ikke å være så alvorlig som i Poma Poma-avgjørelsen, hvor tusenvis av husdyr var døde som følge av myndighetstiltak, og klageren var blitt tvunget til å forlate sitt område».⁶⁶

Inngrepets *konsekvenser* anser Høyesterett som det sentrale vurderingsmomentet for å avgjøre om minoritetsbestemmelsen er krenket.⁶⁷ I Fosen-saken pekes det på at vindkraftutbyggingen har ført til at senvinterbeiteområder har gått tapt, og at disse ikke er mulig å kompensere fullt ut. På lengre sikt vil det mest sannsynlig føre til at reintallet må «reduseres betraktelig».⁶⁸

Mulighetene for at reindriften fortsatt kan gi utbytte er et viktig element for å vurdere tiltakets konsekvenser. Høyesterett presiserer at det først og fremst er kulturutøvelsen som er vernet, og ikke det økonomiske utbyttet. Tatt i betraktning at reindriften både er en kulturutøvelse og en måte å livnære seg på, er økonomien likevel relevant.⁶⁹ Høyesterett formulerer seg slik:

Betydningen må vurderes konkret i den enkelte sak og må blant annet bero på hvordan økonomien påvirker kulturutøvelsen. Etter mitt syn vil artikkel 27 i alle fall være brutt hvis en reduksjon av beitearealet fratrar reieneierne muligheten til å fortsette med noe som naturlig kan karakteriseres som næringsvirksomhet.⁷⁰

⁶⁴ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 119).

⁶⁵ Poma Poma mot Peru (CCPR-2006-1457) (avs. 7.5).

⁶⁶ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 119).

⁶⁷ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 120).

⁶⁸ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 136).

⁶⁹ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 134).

⁷⁰ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 134).

Høyesterett er ikke enig med Fosen Vind i at det er andre årsaker enn inngrepet som gir den vesentlige negative effekten for reindrifftsutøvernes økonomi. Domstolen anser tilskuddsordningen som en del av reindrifftsutøvernes inntekt.⁷¹ Det skal derfor tas hensyn til hvordan inngrepet påvirker størrelsen på mottatt statlig tilskudd. For reindrifftsutøverne på Fosen-halvøya finner Høyesterett det bevist at inngrepet vil føre til en reduksjon i statlig tilskudd.⁷² At reindriffts-næringen allerede fra før av driver på «små marginer», innebærer at det skal mindre til for at et inngrep skal overstige terskelen for krenkelse.⁷³ Etter mitt syn er en slik kontekstsensitiv tilnærming, som Høyesterett her anlegger, helt nødvendig for å kunne gi reell beskyttelse av reindriftssamene.

At reindriftssamene på Fosen tilhører en «særlig sårbar» sørsamisk kultur, betrakter Høyesterett som et «moment i vurderingen». Domstoler virker å mene at reindriften på Fosen er spesielt viktig å beskytte all den tid «[d]en tradisjonelle reindriffts-næringen er bærebjelken for denne kulturen og for det sørsamiske språket».⁷⁴ Jeg har to kritiske kommentarer til disse uttalelsene: For det første mener jeg at det kan være problematisk å bruke hensynet til minoriteten som et hele som et argument *for* at de berørte minoritetsindividenes rettigheter er krenket. Problemet ligger i muligheten som åpner seg for å bruke samme hensyn som argument *mot* krenkelse der de berørte individene tilhører en minoritetsgruppe som betraktes som mindre sårbar; skal det da måtte mer til for at individrettighetene blir krenket? Jeg mener nei. Slik jeg tolker Høyesteretts uttalelse, fremstår hensynet til den sørsamiske kulturens sårbarhet mer som et støtteargument. For det andre virker Høyesterett spesielt opptatt av å beskytte reindriften, fordi den er «bærebjelken» i sørsamisk kultur. En viktig presisering her er at også andre tradisjonelle samiske kulturaktiviteter er beskyttet av artikkel 27, og at det ikke bare er den kulturspesifikke reindriften som har rettslig vern.⁷⁵

Konsultasjoner er et annet moment for å vurdere om det foreligger konvensjonsbrudd. Som Fosen-saken viser, kan ikke konsultasjoner i seg selv forhindre krenkelse hvis «konsekvensene av inngrepet er store nok».⁷⁶ Etter mitt syn viser denne uttalelsen at de prosessuelle *kravene* spiller en mer tilbaketrukket rolle for vurderingen enn de materielle aspektene.

⁷¹ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 138).

⁷² HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 140).

⁷³ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 137).

⁷⁴ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 141).

⁷⁵ Kitok mot Sverige (CCPR-1984-197) (avs. 9.2) og Mahuika mfl. mot New Zealand (CCPR-1993-547) (avs. 9.3).

⁷⁶ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 121 og 142).

Høyesterett bekrefter at artikkel 27 ikke innvilger statene en skjønnsmargin, og at forholdsmessighetsvurderinger i utgangspunktet ikke er tillatte.⁷⁷ Likevel åpnes det for at minoritetsbestemmelsen kan måtte avveies mot andre rettigheter «etter konvensjonen» og «andre grunnleggende rettigheter» ved konflikt.⁷⁸ Selv om det er usikkert hvilke «andre grunnleggende rettigheter» det er snakk om, er det nokså klart at retten til miljø er et eksempel på dette. I Fosen-saken anser Høyesterett det likevel ikke for å være en konflikt mellom miljørettighetene og minoritetsvernet, fordi hensynet til ‘det grønne skiftet’ kunne blitt ivaretatt ved å velge andre utbyggingsalternativer.⁷⁹

Etter å ha konkludert med «at vindkraftutbyggingen vil ha en vesentlig negativ effekt på reiseiernes mulighet for å dyrke sin kultur på Fosen, vurderer Høyesterett om det eksisterer tilfredsstillende *avbøtende tiltak* og eventuelle *tilpasningsplikter* som konvensjonsbrudd. Det er forskjell på «avbøtende tiltak» og «tilpasningsplikt». Mens avbøtende tiltak er tiltak som skal hjelpe de berørte i få redusert sine ulemper ved et inngrep, er tilpasningsplikt krav som kan stilles til de berørte. Høyesterett uttaler at avbøtende tiltak er et relevant moment ved vurderingen av om artikkel 27 er krenket.⁸⁰ Motsatt tas det ikke klart stilling til om i hvilken grad tilpasningsplikten er relevant å se til.⁸¹

En vinterfôringsmodell som innebar å holde halve reinflokken i 90 dager innenfor en «relativt liten innhengning», ble av lagmannsretten betraktet som et viktig avbøtende tiltak. Høyesterett er mer tvilende. Bekymret over vinterfôringsmodellens forenlighet med tradisjonell, nomadisk reindrift gjør at Høyesterett ikke ser på det som et avbøtende tiltak.⁸² Etter mitt syn må et tiltak være kulturtilpasset for å kunne klassifiseres som avbøtende i en inngrepssak. Uten slik kulturtilpasning vil tiltaket ikke hjelpe de berørtes kulturutøvelse. Da vil tiltaket heller måtte ses i lys av tilpasningsplikten. Når Høyesterett er usikker på om vinterfôringsmodellen er forenlig med samisk reindrift, mener jeg at den gjør rett i ikke å se på tiltaket som avbøtende. Riktignok finner Høyesterett andre avbøtende tiltak for å være relevante, som tilskudd til slakteanlegg, elektronisk reinmerking og sperregjerder, men konkluderer med at disse ikke i tilstrekkelig grad veier opp for de negative konsekvensene ved inngrepet.⁸³

⁷⁷ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 129).

⁷⁸ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 130–131).

⁷⁹ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 143).

⁸⁰ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 147).

⁸¹ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 148).

⁸² HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 149).

⁸³ HR-2021-1975-S (Fosen) (avs. 147 og 151).

4.2.4 Oppsummert

Utviklingen fra Alta-saken til Fosen-saken viser at SP artikkel 27 har gått fra å være en ukjent folkerettslig rettskilde til å oppnå en høy status i norsk rett. Verken urfolkserklæringen eller ILO-169 har tilsvarende status.

Høyesteretts inngående behandling av MRK-praksis i Fosen-saken bør ikke tenkes på som en selvfølgelighet. Det er som nevnt bare seks år siden komitépraksis ble brukt i en samerettslig høyesterettsavgjørelse for første gang. Den iherdige innsatsen for å finne frem til artikkel 27s folkerettslige innhold, slik det er forstått av MRK, vitner om en tjenstvillighet hos vår øverste domstol som kanskje ikke alltid er like fremtredende innenfor sameretten. Den grundige og pedagogiske fremstillingen i Fosen-saken gjør at vi spør om Høyesterett tar sikte på å inngå *dialog* med komitéen på samme måte som med Den europeiske menneskerettsdomstol. Fraværet av statlig skjønnsmargin etter artikkel 27 kan utgjøre en hindring for slik dialog.

Det skal ikke undervurderes hvilken betydning Fosen-saken kan ha for andre lands domstoler når de skal behandle minoritetsspørsmål. Spesielt aktuell er den nok for svenske og finske domstoler. Her vil jeg legge til at finske myndigheter i deres tilsvarende svar i individklagesaker til MRK tidligere har vist til Høyesteretts forståelse av artikkel 27 i Alta-saken.⁸⁴ Fremover bør det heller vises til Fosen-saken.

⁸⁴ Länsman mfl. mot Finland (CCPR-1995-671) (avs. 6.8) og Äärela og Näkkäljärvi mot Finland (CCPR-1997-779) (avs. 4.3).

Kildeliste

Norske lover

Grunnloven.

Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902). Loven er nå opphevet.

Lov 20. desember 1974 nr. 73 om dyrevern (dyrevernloven). Loven er nå opphevet.

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

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

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

Norske forarbeider og andre offentlige dokumenter

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

NOU 1993: 18 Lovgivning om Menneskerettigheter.

St.meld. nr. 52 (1992–1993) Om norsk samepolitikk.

St.meld. nr. 55 (2000) Om samepolitikken.

Norsk høyesterettspraksis

Rt. 1981 s. 35.

Rt. 1982 s. 241 (Alta).

Rt. 1992 s. 1037 (militærnekter).

Rt. 1996 s. 1232 (Tysfjord).

Rt. 1998 s. 811 (gjeterhytte).

Rt. 2001 s. 769 (Selbu).

Rt. 2001 s. 1116 (båndtvang).

Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen).

Rt. 2003 s. 1013.

Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya).

Rt. 2006 s. 957 (salonggevær).

Rt. 2006 s. 1382 (Utsi).

Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk).

Rt. 2011 s. 1101 (fiske).

Rt. 2011 s. 1180 (dødsbo).

Rt. 2015 s. 838 (skutertur).

HR-2016-2030-A (Stjernøya).

HR-2017-1230-A (Hjertind).

HR-2017-2247 (Reinøya).

HR-2017-2428-A (Sara).

HR-2018-456-P (Nesseby).

HR-2018-862-U.

HR-2018-872-A (Femund).

HR-2020-1956-A (Sametinget).

HR-2021-863-U (vårjakt).

HR-2021-1429-A (Saarivuomi).

HR-2021-1472-U (reintelling).

HR-2021-1975-S (Fosen).

Internasjonale konvensjoner og erklæringer

Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26. juni 1945 (i kraft 24. oktober 1945).

ILO Convention no. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, Genève, 5. juni 1957 (i kraft 2. juni 1959).

International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16. desember 1966 (i kraft 23. mars 1976).

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969 (i kraft 27. januar 1980).

ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO-169), Genève, 27. juni 1989 (i kraft 5. september 1991).

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (urfolkserklæringen), New York, 13. september 2007, A/RES/61/295.

Praksis fra FNs Menneskerettskomité:

General Comment No. 23 (1994): The rights of minorities (Art. 27) (GC-1994-23).

Lovelace mot Canada (CCPR-1977-24).

Kitok mot Sverige (CCPR-1984-197).

Länsman et al. mot Finland (CCPR-1992-511).

Mahuika mfl. mot New Zealand (CCPR-1993-547).

Länsman et.al. v. Finland (CCPR-1995-671).

Äärela og Näkkäljärvi mot Finland (CCPR-1997-779).

Tiina Sanila-Aikio mot Finland (CCPR-2668-2015).

Poma Poma mot Peru (CCPR-2006-1457).

Juridisk litteratur

Anaya, S. James og Luis Rodríguez-Piñero, «Part I The UNDRIP's Relationship to Existing International Law, Ch.2 The Making of UNDRIP», Jessie Hohmann og Marc Weller (red.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A Commentary*, Oxford University Press 2018, s. 38–62. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780199673223.003.0020>.

Bårdsen, Arnfinn, «Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis», Domstolen, 8. februar 2017, <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/samerett-i-hoyesterett---bardsen-080217.pdf> (lest 2. juni 2023).

Midtkandal, Bendik, *Betydningen av ILO-169 i norsk rett – En studie av konvensjonens gjennomslagskraft*, Tromsø 2020.

Nowack, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2. utgave, Kehl 2005.

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

Skogvang, Susann Funderud, «Hjertesukk om hjertestikk» i *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 373–389. <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2009-03-04>.

Andre kilder

FN, «United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», United Nations – Department of Economic and Social Affairs, u.å., <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> (lest 5. juni 2022).

Høgsta domstolens dom 23. januar 2020 i mål nr. T 853-18 (Girjas).

ILO, «Germany ratifies ILO Convention, 1989 (No. 169) as a strong expression of solidarity for the protection of indigenous and tribal peoples' rights», ILO, 25. juni 2021, https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_807508/lang--en/index.htm (lest 7. juni 2023).

ILO, «Observation (CEACR) - adopted 1995, published 82nd ILC session (1995)», ILO, u.å., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2139363,102785 (lest 5. juni 2023).

International Law Association, Conclusions and Recommendation of The Committee on the Rights of Indigenous Peoples, 75th Conference, Resolution No. 5/2012, Sofia 2012.

International Law Association, Rights of Indigenous Peoples: First Report, Conference, Rio de Janeiro 2008.

Legality of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (ICJ Reports 1996 s. 254–255 (avs. 70)). ISBN 92- 1-070743-5.

OCHCR, «View the ratification status by country or by treaty», OCHCR, u.å., https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en (lest 31. mai 2023).