



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Den rettskildemessige betydningen av FNs erklæring om urfolks rettigheter i norsk rett

Thor André Hansen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Historisk bakgrunn	4
1.3	Metode og rettskilder	6
1.4	Avgrensinger og videre fremstilling	8
2	Har UNDRIP relevans i norsk rett?.....	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Skal UNDRIP benyttes som rettskilde?	10
2.3	Er UNDRIP internasjonal sedvanerett?.....	13
2.3.1	Gir UNDRIP uttrykk for «general practise» blant stater?.....	14
2.3.2	Er UNDRIP «accepted as law» blant stater?.....	16
2.4	Konklusjon	20
2.5	Kan UNDRIP benyttes som rettskilde?.....	20
3	Slutningsprinsippene for UNDRIP.....	24
3.1	Innledning.....	24
3.2	UNDRIP tolket i «ordinary meaning»	26
3.3	UNDRIP tolket i «good faith»	28
3.4	UNDRIP tolket i «context»	30
3.5	UNDRIP tolket i «object and purpose».....	32
4	Vekten av UNDRIP i norsk rett	36
4.1	Innledning.....	36
4.2	Presumsjonsprinsippet: Vektnorm	38
4.3	Vekten av UNDRIP ved rettskildeharmoni.....	42
4.4	Vekten av UNDRIP ved motstrid.....	45
	Referanseliste	47
	Lover	47

Forarbeider	47
Rettspraksis	47
Internasjonale konvensjoner.....	48
Internasjonal praksis og øvrig internasjonale rettskilder.....	49
Juridisk Litteratur	49
Andre kilder.....	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Teamet i avhandlingen er hvilken rettskildemessig betydning United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) har i norsk rett.¹ UNDRIP representerer et viktig skritt i anerkjennelsen og beskyttelsen av urfolks rettigheter internasjonalt. Erklæringen er utformet av en ekspertgruppe for urfolk i FN-systemet.² Det er første gang FN³ har utarbeidet et dokument spesielt for urfolk.⁴ Den har derfor bestemmelser som kun gir rettigheter til urfolk.

Norge var blant flere stater en aktiv pådriver i utformingen og vedtakelsen av erklæringen.⁵ Den ble vedtatt i FNs generalforsamling i 2007. Hele 144 stater stemte for erklæringen, deriblant Norge. Canada, Australia, New Zealand og USA stemte imot erklæringen. Stater som stemt imot har senere endret standpunktet sitt. De viser nå støtte til erklæringen.⁶

Antallet stater som støtter erklæringen viser en voksende internasjonal enighet og felles forståelse for at urfolks rettigheter er viktige. Urfolks rettigheter krever internasjonal oppmerksomhet og handling. Vedtakelsen av urfolkserklæringen er ikke en isolert handling. Den reflekterer en større internasjonal bevegelse. Bevegelsen har vokst over tid og er påvirket av urfolks historiske urettferdighet.

Viktigheten av urfolks rettigheter gjenspeiles i erklæringens bestemmelser. Den har 46 artikler som gir urfolket rettigheter knyttet til blant annet kultur, land, utdanning, land, og selvbestemmelse. Rettighetene i erklæringen utgjør minstestandarder. Målsetningen er å sikre overlevelsen av verdens urfolk.⁷

¹ FNs erklæring om urfolksrettigheter, («The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples»), UNDRIP, erklæringen eller urfolkserklæringen i avhandlingen

² Skogvang, *Samerett* (2023) s. 130

³ Med «FN» menes De forente nasjoner («United Nations»)

⁴ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 130

⁵ Ravna, *Reindriftsrett* (2019) s. 203

⁶ For en fullstendig oversikt («Historical Overview»), se <https://social.desa.un.org/issues/indigenous-peoples/united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples> (sist lest 10. november 2023)

⁷ Se UNDRIPS artikkel 43

Rettslig sett er ikke urfolkserklæringen en internasjonal avtale som statene kan ratifisere.⁸ Med «ratifisere» menes en stat forpliktelser seg rettslig til å følge den aktuelle traktaten eller konvensjonen. Urfolkserklæringens rettslige status kan langt på vei sammenlignes med menneskerettighetserklæringen.⁹ Begge er grunnlagt på prinsippet om internasjonal beskyttelse av grunnleggende rettigheter.

Likevel har ikke de rettslig status som en internasjonal konvensjon eller traktat. Erklæringene er et politisk dokument («soft law») hvor stater nedfeller sin felles politiske intensjon.¹⁰ Utgangspunktet for urfolkserklæringen er dermed at den kun er politisk forpliktende for Norge.

Menneskerettighetserklæringen var en inspirasjonskilde og grunnlaget for en rekke senere internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Liknende tendenser ser vi i relasjon til urfolkserklæringen: Flere stater har eller skal vedta nasjonale lover som reflekterer prinsippene i urfolkserklæringen. Mange staters nasjonale domstoler benytter også urfolkserklæringen aktivt i rettsanvendelsen.¹¹

I Norge ser vi en økende tendens der urfolkserklæringen påberopes. Den er nevnt av Høyesterett i HR-2021-1429-A *Saarivuomi* og HR-2018-456-P *Nesseby*. I *Nesseby* skriver førstvoterende blant annet at erklæringen «reflekterer folkerettslige prinsipper».¹² Vi ser også at FNs menneskerettskomité bruker urfolkserklæringen i rettsanvendelsen.¹³

I juridisk litteratur hevder Skogvang at urfolkserklæringen har hatt rettslig betydning i flere sammenhenger.¹⁴ Hun skriver også at erklæringen *kan* gi uttrykk for internasjonal sedvanerett.¹⁵ Ravna legger mer kategorisk til grunn at det *synes* at erklæringen gjenspeiler

⁸ Se Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26. juni 1945 (i kraft 24. oktober 1945) artikkel 38 første ledd bokstav a

⁹ Universal Declaration of Human Rights

¹⁰ Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett* (2018) s. 74

¹¹ Avhandlingen tar for seg dette senere

¹² HR-2018-456-P avsnitt 97

¹³ *Tiina Sanila-Aikio v. Finland* Communication No. 2668/2015

¹⁴ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 131

¹⁵ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 132

internasjonal sedvanerett.¹⁶ Skogvang bruker ordet *kan*, hvilket kan tilsi at det må vurderes om erklæringen er etablert som internasjonal sedvanerett. Mens Ravna har forbeholdt seg med ordet *synes*, noe som kan tyde på at erklæringen er internasjonal sedvanerett basert på hans fremførte argumenter.

Regjeringen har lagt til grunn at urfolkserklæringen ikke er rettslig bindende.¹⁷ Derimot kan det anføres at regjeringen ikke har lovgivende myndighet i Norge. Dessuten er regjeringens uttalelse noe tilbake i tid. Retten er dynamisk og utvikler som sett. Det kan dermed spørres om uttalelsen fortsatt er aktuell i nyere tid.

I sum aktualiseres problemstillingen om hvilken rettskildemessig betydning urfolkserklæringen i norsk rett. Problemstillingen er vid nok til å reise tre underspørsmål. Samtidig presiserer den at fremstillingen er begrenset til norsk rett. De tre underspørsmålene er:

1. Har urfolkserklæringen *relevans* som rettskilde i norsk rett
2. Hvilke *slutningsprinsipper* og hvordan de skal anvendes for urfolkserklæringen
3. Hvilken *vekt* har urfolkserklæringen i norsk rett

Analysen i avhandlingen knytter seg i stor grad til disse tre spørsmålene. Likevel fordrer problemstillingen en viss forståelse av den historiske bakgrunnen for urfolks rettigheter i Norge. En historisk gjennomgang vil vise hvordan Norges forhold til urfolks rettigheter har forandret seg med tiden. Det faktum som etableres i neste kapittel er også grunnlaget for noen av drøftelsene senere i avhandlingen.

¹⁶ Ravna, Reindrifftsrett (2019) s. 206

¹⁷ St.meld. nr. 28 (2007-2008) s. 35

1.2 Historisk bakgrunn

Urfolk anerkjennes som noen av verdens mest sårbare, underpriviligerte og marginaliserte folk.¹⁸ Urfolk har blitt fjernet fra sine tradisjonelle land og territorier, undertrykkelse, ødeleggelse av deres kulturer og diskriminering som i sum utgjør omfattende brudd på deres rettigheter. Gjennom århundrene har de lidd av manglende anerkjennelse av deres egne politiske og kulturelle institusjoner, og integriteten til deres kulturer har blitt undervurdert. De blir også skadelig påvirket av statlige utviklingsprosesser, som utgjør en trussel mot deres fortsatt kulturelle eksistens. Urfolket kan derfor fortsatt anses som noen de mest sårbare folk.

Tidligere har norske myndigheter vist ingen eller liten interesse for å kartlegge urfolks rettigheter.¹⁹ Tvert imot var det klart at samene skulle assimileres i det norske samfunnet.²⁰ Assimileringspolitikken preget også urfolket og deres rettigheter i rettssystemet.²¹ For eksempel ble gårdbrukere favorisert på bekostning av reindriftsutøvere. Norske myndigheter hadde ingen tanker om at urfolket kan ha legitime krav og behov for særrettigheter. Det var en fremmed tanke for myndighetene frem til 1960-tallet.²²

Assimileringspolitikken er forlatt i nyere tid. Norske myndigheter er klar på at Norge er grunnlagt på territoriet til to folk: Urfolk og nordmenn.²³ Norge har vedtatt Grunnloven²⁴ § 108 som har siktemål at gammel urett ikke skjer igjen. Grunnlovsbestemmelsen markerer å fravike tidligere politiske holdninger. I tillegg har Norge ratifisert og/eller inkorporert en rekke internasjonale konvensjoner. Deriblant kan ILO-konvensjonen nr. 169²⁵ og konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter²⁶ nevnes. Konvensjonenes gir urfolket særlige rettigheter. Siktemålet er derfor å sikre og utvikle urfolkets overlevelse.

¹⁸ The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Manual for National Human Rights Institutions s. 3

¹⁹ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 29

²⁰ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 27

²¹ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 29

²² Se Skogvang, *Samerett* (2023) s. 29

²³ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 30

²⁴ LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

²⁵ ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 27. Juni 1989

²⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Slik sett kan det hevdes at urfolket i Norge har tilstrekkelig rettslig beskyttelse. Likevel kan det hevdes at flere av bestemmelsene i urfolkserklæringen gir bedre beskyttelse enn for eksempel ILO-169. Det gjelder særlig erklæringens artikkel 19 og 32 om fritt, forhåndsinformert samtykke.²⁷

I tillegg har Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM) i sin rapport fra 2022 lagt til grunn at det eksisterer negative holdninger overfor urbefolkningen i Norge. Det fører til tilfeller av hatprat og hets rettet mot denne gruppen.²⁸ Det følger eksempelvis av UNDRIPs artikkel 2 at statene skal forby enhver form for diskriminering, hatprat og hets som er grunnet i deres opprinnelse eller identitet som urfolk. Riktignok kan det tenkes at øvrige bestemmelser gir en likelydende rettslig beskyttelse. Poenget er uansett at man ikke kan kategorisk legge til grunn at urfolkserklæringen er unødvendig rettslig sett begrunnet i at urfolket får bedre eller tilsvarende rettigheter andre steder.

²⁷ Ravna, *Reindrifftsrett* (2019) s. 206

²⁸ NIMs rapport, *Holdninger til samer og nasjonale minoriteter i Norge*, s. 12

1.3 Metode og rettskilder

Målsetningen i avhandlingen er å avklare hvilken rettskildemessig betydning urfolkserklæringen har i norsk rett. Utgangspunktet for oppgaven er dermed alminnelig rettsdogmatisk metode.²⁹ Rettskildesituasjonen i Norge er at det er få kilder som tar for seg urfolkserklæringen. I juridisk litteratur er kun Skogvang, Ravna og Skoghøy identifisert som behandler den rettskildemessige betydningen til erklæringen.³⁰ Deres fremstilling gir imidlertid begrenset veiledning i relasjon til problemstillingen. Som allerede avslørt brukes de godt etablerte rettskildelære begrepene, *relevans*, *slutning* og *vekt*. Utgangspunkt i begrepene gjør at analysen blir mer konsentrert og systematisk. Samtidig bidrar det til at problemstillingen er mer avgrenset.

Norsk rett og folkerett er to adskilte rettssystemer.³¹ Folkeretten er ikke en del av norsk rett. En konsekvens av det er at kompetent lovgivermyndighet må treffe vedtak om gjennomføringen av folkeretten i norsk rett.³² Gjennomføringen kan være at folkeretten inkorporeres og/eller transformere i nasjonal lovgivning. Eksempelvis er konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter inkorporert³³ i menneskerettsloven § 2 tredje ledd.³⁴ Lovvedtaket, menneskerettsloven, legitimerer konvensjonen nasjonalt. Dermed har den et *legitimeringsgrunnlag* og har *relevans* som rettskilde i norsk rett.

Tilsvarende tilnærming brukes i spørsmålet om urfolkserklæringen har relevans.³⁵ En utfordring er imidlertid at urfolkserklæringen ikke har et eksplisitt legitimeringsgrunnlag i norsk rett. Fremstillingen tar derfor utgangspunkt i innholdet i relevansbegrepet.

²⁹ Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) s. 25

³⁰ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 130, Ravna, *Reindrifftsrett* (2019) s. 205 og Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) s. 40

³¹ Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54

³² Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) s. 39

³³ International Covenant on Civil and Political Rights (i kraft 23. mars 1976) (Sosiale og politiske rettigheter, SP)

³⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

³⁵ Tilnærmingen er inspirert av Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 270

Jeg har lagt til grunn at ordet «relevans» betyr om en rettskilde *kan* og/eller eventuelt *skal* benyttes.³⁶ For å avgjøre om urfolkserklæringen har «skal-relevans», er dens status som internasjonal sedvanerett undersøkt. I tillegg er betydningen av det dualistiske prinsipp for internasjonal sedvanerett vurdert. Når det gjelder erklæringens «kan-relevans», er det vurdert om Norge er rettslig forpliktet til å følge den.

Komparativ metode er benyttet for å identifisere internasjonal sedvanerett. Samtidig er det praktisk sett umulig innenfor rammene av avhandlingen å etablere tilstrekkelig opplyst faktum. Videre har språkbarrierer gjort det utfordrende å vurdere materialet. Derfor er det også sett til subsidiære midler som blant annet juridisk litteratur.³⁷ Det er få eksempler fra Høyesterett hvor det vurderes om internasjonal sedvanerett er etablert. Likevel er det to relativt nye dommer i HR-2019-610-A *Tidal* og HR-2020-1340-A *Fremmedkriger* som vurderer det. *Tidal* viser et metodisk poeng at det er lettere å motbevise enn å bevise at internasjonal sedvanerett er etablert.³⁸ Utover det gir dommene begrenset veiledning.

Videre brukes folkerettslig metode til å analysere slutningsprinsippene for tolkning av urfolkserklæringen. Wien-konvensjonen³⁹ om traktatretten er grunnlaget for traktattolkning. Eksempler fra Høyesterett og Den internasjonale domstolen illustrerer tolkningsmetoden. Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2017-2428-A *Sara* er konfrontert. Konfrontasjonen belyser viktigheten av å følge slutningsprinsippene. Mangelen på konkrete eksempler at prinsippene er benyttet i anvendelsen av urfolkserklæringen gjør fremstillingen noe mer generell.

For å analysere hvilken vekt urfolkserklæringen har i norsk rett er alminnelig juridisk metode benyttet. Det er også her ingen eksempler fra norske domstoler som kan brukes. Derfor er eget konstruert eksempel benyttet.

³⁶ Slik også Boe, *Rettskildelære under debatt* (2021) s. 329 og Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 270, Skoghøy har lagt til grunn en annen forståelse av *relevans*, se Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) s. 37

³⁷ Se Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 58

³⁸ HR-2019-610-A avsnitt 50-58, se også Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 69

³⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties, 22. mai 1969 (Wien-konvensjonen)

1.4 Avgrensinger og videre fremstilling

Hvilken rettskildemessig betydning urfolkserklæringen har i norsk rett reiser flere spørsmål. Tilgrenset perspektiv kan være å undersøke det materielle innholdet i erklæringen. Dersom erklæringen gir urfolket et sterkt rettsvern vil den ha større betydning enn motsatt. Ravna har forsket på det materielle innholdet i noen av bestemmelsene i erklæringen.⁴⁰ Det vil i avhandlingen vises til bestemmelser i erklæringen for å illustrere eksempler. I tillegg kunne man vurdert om norsk rett i samsvar med erklæringen. Det avgrenses imidlertid mot å gi en systematisk vurdering av det materielle innholdet i erklæringen og om norsk rett er i samsvar med den.

Det kan også spørres hvem rettighetssubjektet i erklæringen er. I Norge er det klart at samene er et urfolk. Dermed er samene rettighetssubjektet i erklæringen i norsk rett. Derfor avgrenses det også mot en nærmere vurdering av begrepene «samene» og «urfolk» i en rettslig kontekst. Det avgrenses også mot å gi en fremstilling om tilblivelseshistorien til erklæringen.

Den videre fremstillingen tar utgangspunkt i de tre nevnte underspørsmålene. I kapittel 2 vurderes om erklæringen har relevans i norsk rett. Kapitlet begynner med «skal-relevans» vurderingen. Før internasjonal sedvanerett undersøkes, er det vurdert betydningen av det dualistiske prinsipp. Kapitlet avslutter med «kan-relevans» vurderingen.

I kapittel 3 undersøkes slutningsprinsippene for anvendelsen av urfolkserklæringen. Kapitlet bygger på de fire begrepene om hvordan ordlyden skal tolkes i «ordinary meaning», «good faith», «context» og «object and purpose».

I kapittel 4 vurderes hvilken vekt urfolkserklæringen har i norsk rett. Kapitlet er delt i tre. Det første kapitlet vurderer presumsjonsprinsippet som vekt norm. Det andre tar for seg vekten av UNDRIP ved rettskildeharmoni. Det tredje tar for seg dens vekt ved motstrid.

Ellers har alle hovedkapitlene (2, 3 og 4) egen innledning der nærmere avgrensinger og avklaringer foretas.

⁴⁰ Se Ravna, *Reindrifftsrett* (2019) s. 207-212

2 Har UNDRIP relevans i norsk rett?

2.1 Innledning

I dette kapittelet er spørsmålet om UNDRIP har relevans som rettskilde i norsk rett. Med «relevans» menes om en rettskilde *kan*, eller eventuelt *skal*, benyttes som rettskilde i rettsanvendelsen.⁴¹ Videre trekker relevansbegrepet grenser mot hva som ikke er relevant rettskilde.⁴² Med «rettsanvendelse» menes prosessen fra identifisering av rettsspørsmålet til fastleggelse av rettsregelen.⁴³ Relevansbegrepet har dermed to funksjoner: For det første gir det retningslinjer for hvilke rettskilder som kan eller skal benyttes. For det andre angir relevansbegrepet rettskilder som ikke kan eller skal brukes.

Relevansbegrepets to funksjoner kan vises i følgende eksempel. Den negative funksjonen er at visse kilder ikke kan benyttes i rettsanvendelsen. Eksempelvis er ikke rettsanvenderens personlige meninger eller politiske syn relevant.⁴⁴ Den positive funksjonen er at de vanlige og kjente rettskildene som lov, lovforarbeider og høyesterettspraksis *kan* på generelt grunnlag benyttes i rettsanvendelsen. Opphavet til disse kildene er Grunnloven.⁴⁵ Rettskilder som har grunnlag i Grunnloven ivaretar hensynet til blant annet demokratiet og maktfordeling. Lov, lovforarbeider og høyesterettspraksis har dermed demokratisk legitimitet, autoritet og motvirker vilkårlig rettsanvendelse.⁴⁶ Derimot ivaretas ikke hensynet til demokrati, maktfordeling og statssuverenitet i anvendelsen av folkerett som ikke har relevans i norsk rett.

Hvorvidt en rettskilde har «skal-relevans» kan ikke svares på et generelt grunnlag. Innenfor strafferettens område følger det av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 96 at ingen kan «dømmes uten etter lov [...]». Legalitetsprinsippet bestemmer at lovtekst har «skal-relevans». Rettsgrunnlag i dannelsen av rettsregelen skal derfor være loven. Likevel er det innenfor dømmende myndighet at lovforarbeider og høyesterettspraksis har «kan-relevans», men de

⁴¹ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 270

⁴² Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 270

⁴³ Se også Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 16

⁴⁴ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 270

⁴⁵ Se LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven eller Grl.) § 49, jf. § 75 flg., Grunnloven § 88

⁴⁶ Se også Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 219–220

kan ikke danne rettsregelen i seg selv. Slik sett viser eksemplet at Grunnloven kan ha en funksjon som peker ut enkelte rettskilder som har «skal-relevans». For å belyse problemstillingen er det dermed forutsatt i avhandlingen at internasjonal relevans har lignende funksjon.

Videre er det i juridisk litteratur vanlig å kategorisere rettskilder som «primære» eller «sekundære». Skoghøy legger til grunn at «sekundære rettskilder» er avledet og bygger på primære rettskilder.⁴⁷ Slik kategorisering er ikke treffende for urfolkserklæringen. Den bygger ikke på og er ikke avledet av andre rettskilder. Her legges det til grunn at erklæringen er en argumentasjonsressurs i kraft av å være en rettskilde.⁴⁸

2.2 Skal UNDRIP benyttes som rettskilde?

I dette kapittelet er spørsmålet om UNDRIP skal benyttes som rettskilde. Det rettslige utgangspunktet det dualistiske prinsipp; norsk rett og folkerett er to adskilte rettssystemer. Prinsippet er bekreftet av Høyesterett i flere dommer. For eksempel i Rt. 2007 s. 234 fremgår det at «norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten».⁴⁹ Det bekrefter at prinsippets eksistens. I tillegg viser uttalelsen prinsippet er normgivende ved motstrid mellom norsk rett og folkerett. I HR-2016-2030-A *Stjernøya* var det at ILO-169 er inkorporert i norsk rett etter finnmarksloven⁵⁰ § 3 første setning. Hvoretter rettsgrunnlaget for spørsmålet om eiendomsverv er ILO-169 artikkel 14. Høyesterett var ikke enig og mente at inkorporeringen begrenser seg til de «prosedyrene for å avklare rettigheter».⁵¹ *Stjernøya* viser at det dualistiske prinsippet også er normgivende for folkerettens relevans.

⁴⁷ Se for eksempel Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) s. 36, Skoghøy definerer «primære rettskilder» som argumentkilde som i seg selv kan danne rettsregler, mens «sekundære rettskilder» ikke kan danne rettsregler i seg selv, og er avledet av og bygger på primære rettskilder

⁴⁸ Se Med «argumentasjonsressurs» menes at det er en kilde hvor det kan utledes argumenter fra, se også Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 270,

⁴⁹ Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54

⁵⁰ LOV-2005-06-17-85 Lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (Finnmarksloven)

⁵¹ HR-2016-2030-A avsnitt 76

I juridisk litteratur skriver Ulfstein og Ruud at «[e]n konsekvens av dualismen og den tradisjonelle lære [...] at folkeretten må gjøres til del av norsk rett for at den skal kunne få direkte anvendelse for domstoler».⁵² Hvilket bekrefter at en internasjonale avtale må «gjøres til del av norsk rett» for å være relevant rettskilde. Skoghøy forutsetter også at relevansen av folkeretten forutsettes av at det «treffes vedtak om det av kompetent lovgivningsmyndighet».⁵³ Det er ikke truffet vedtak om at urfolkserklæringen er en del av norsk rett. Tvert imot har både regjeringen og Høyesterett lagt til grunn at den ikke er rettslig bindende.⁵⁴ Det dualistiske prinsipp er dermed et argument mot at urfolkserklæringen ikke skal benyttes i rettsanvendelsen.

At det kreves lovgivende myndighet peker på den rettslige begrunnelsen for det dualistiske prinsipp er statenes suverenitet; stater skal ikke underkaste noen annen vilje enn sin egen.⁵⁵ Prinsippet ivaretar også konstitusjonelle hensyn som demokrati og maktfordeling. At det er fundamentale konstitusjonelle hensyn begrunner det dualistiske prinsipp kan også forankres i at Stortinget har kompetanse til å inngå internasjonale avtaler med rettslig bindende virkning, jf. Grunnloven § 26 andre ledd, jf. § 49 første ledd.

Som nevnt har både Ravna og Skogvang anført at urfolkserklæringen kan gi uttrykk for internasjonal sedvanerett. De to reflekterer imidlertid ikke over hvilken konsekvens det har for de hensyn som begrunner det dualistiske prinsipp. Er det slik at hensynene ikke gjør seg gjeldende i relasjon til internasjonal sedvanerett?

Hensynet til staters suverenitet. En forutsetning for internasjonal sedvanerett er at det utvikles som følge av staters konsekvente praksis og rettslig overbevisning. Fordi sedvaneretten har grunnlag i frivillig og konsistent oppførsel av stater over tid, er det i samsvar med prinsippet om at stater ikke skal underkaste seg noen annen vilje enn sin egen. Internasjonal sedvanerett reflekterer derfor en kollektiv anerkjennelse for staters suverenitet.

Videre kan det spørres om internasjonal sedvanerett har demokratisk legitimitet. Stortinget har den formelle lovgivendemyndighet og konstitusjonell demokratisk forankring. Likevel

⁵² Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett* (2018) s. 61

⁵³ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 39

⁵⁴ St.meld. nr. 28 (2007-2008) s. 35 og HR-2018-456-P avsnitt 97

⁵⁵ Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett* (2018) s. 21

kan det anføres at langvarig statspraksis også kan forankres demokratisk. Konsekvent statspraksis er et resultat av politiske beslutninger som reflekterer statenes politiske ståsted. Regjeringen foretar politiske beslutninger, som igjen er formet av demokratiske valg. Internasjonale sedvanerett kan dermed også ha demokratisk legitimitet.

Maktfordeling sikrer en balanse mellom de ulike statsmaktene; lovgivende, utøvende og dømmende. Internasjonal sedvanerett kan gjøre utøvende- og/eller dømmende makt til lovgiver. For eksempel når domstolene anvender eller tolker internasjonal sedvanerett kan den bli rettslig bindende. Internasjonal sedvanerett vokser gradvis frem. Internasjonal sedvanerett reflekterer statsmaktenes samhandlinger i et internasjonalt rettsfellesskap. Dermed kan det anføres at anvendelse av internasjonal sedvanerett ikke gjør domstolen til lovgivende makt.

I juridisk litteratur kan det eksempelvis vises til at Smith og Smith skriver at «transformasjon er unødvendig i forhold til den folkerettslige sedvanerett».⁵⁶ Fliflet og Andenæs synes å være av samme oppfatning idet de hevder at det dualistiske prinsipp ikke gjelder «for den generelle folkeretts vedkommende».⁵⁷ Forfatterne reflekterer ikke over de ovennevnte hensynene. Uttalelsene kan likevel utgjøre et argument for at det dualistiske prinsipp ikke gjelder for internasjonal sedvanerett.

Etter dette ser vi at internasjonal sedvanerett langt på vei ivaretar grunnleggende konstitusjonelle hensyn. Det dualistiske prinsipp som relevansnorm yter derfor liten motstand. Prinsippet er derfor ikke i vene for at internasjonal sedvanerett har «skal-relevans». Spørsmålet videre er dermed om UNDRIP er etablert som internasjonal sedvanerett.

⁵⁶ Smith og Smith, *Norsk rett og folkeretten* (1982) s. 151

⁵⁷ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (2017) s. 34

2.3 Er UNDRIP internasjonal sedvanerett?

Folkeretten har i likhet med nasjonal rett relevansprinsippet.⁵⁸ I nasjonal rett er relevansbegrepet utviklet av Høyesterett og juridisk litteratur. Relevansbegrepet i folkeretten er kodifisert i Statuttene for Den internasjonale domstol art. 38 (1). Denne bestemmelsen er i utgangspunktet kun bindende for rettsanvendelsen til ICJ⁵⁹. Den blir imidlertid ansett å gi alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten.⁶⁰ Bestemmelsen er dermed også bindende for Norge.

Det følger av ICJ artikkel 38 (1) bokstav b at internasjonal sedvanerett etableres ved «general practise» og at den er «accepted as law». Vilklårene for internasjonal sedvanerett synes å være nært beslektet. FNs folkerettskommisjon (ILC) har i 2018 ferdigstilt arbeidet sitt i *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* som gir «methodology for identifying rules of customary international law».⁶¹ Videre legger ILC til grunn at vurderingen «requires an inquiry into to distinct».⁶² Bestemmelsen fordrer dermed to ulike vurderinger. For å avgjøre om urfolkserklæringen er etablert som sedvanerett må derfor to separate prinsipielle vurderinger foretas.⁶³ Det første spørsmålet er om erklæringen er etablert som «general practise» blant stater. Det andre spørsmålet er om den er «accepted as law». Disse spørsmålene skal behandles i det følgende etter tur.

⁵⁸ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 274

⁵⁹ The International Court of Justice

⁶⁰ Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett* (2018) s. 71

⁶¹ «Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries» (2018), A/73/10 s. 122, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf (sist lest 5. desember)

⁶² Op.cit. s. 125 avsnitt (1)

⁶³ Se også Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 38 – 41

2.3.1 Gir UNDRIP uttrykk for «general practise» blant stater?

Ordlyden «general practise» tilsier at det må foreligge en konsekvent og utbredt praksis blant stater. Praksisen kan ikke være isolert eller tilfeldig. Tvert imot må den reflektere et vanlig mønster i staters adferd. Eksempelvis kan handlingene være reaksjoner, lovgivning, rettsavgjørelser, offentlig myndighetsutøvelse og diplomatisk korrespondanse. Det avgjørende er imidlertid at det foreligger handlinger og den handlingen eller handlinger er utført av staten.⁶⁴ I tillegg må relevant statspraksis være «sufficiently widespread and representative».⁶⁵ Hvilket tilsier at praksisen må være utbredt og representativ blant stater. Det er imidlertid ikke nødvendig at alle stater har deltatt. Praksisen må likevel være tilstrekkelig «sufficiently» at den gjenspeiler at den er utbredt og representativ.⁶⁶ Vurderingstemaet er dermed om handlinger utført av en stat. Der sentrale vurderingsmomenter er om den er «sufficiently widespread and representative» og tilstrekkelig «sufficiently».

Högsta förvaltningsdomstolen i Finland anvendt erklæringen i rettsanvendelsen, se HFD2021:83.⁶⁷ Finland har i 2014 forpliktet seg på nytt til å følge erklæringen. Finland har imidlertid ikke inkorporert urfolkserklæringen i nasjonal lovgivning. Det finske Sametinget er likevel i forhandlingene med Finland for å inkorporere deler av urfolkserklæringen i nasjonal. Urfolkserklæringen har hatt indirekte betydning for hvordan Finland løser spørsmål om urfolksrettigheter nasjonalt. I tillegg har det finske Sametinget foreslått at Finland skal lage en plan for en fullstendig inkorporering av erklæringen i nasjonal lovgivning. Det har imidlertid ikke ført frem så langt.⁶⁸

⁶⁴ Se «Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries» (2018), A/73/10, Conclusion 6 *Form of practice* avsnitt 2 s. 133

⁶⁵ Op.cit. s. 135

⁶⁶ Se Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 48

⁶⁷ Se også Skogvang, *Samerett* (2023) s. 130

⁶⁸ Tuomas Aslak Juuso, Committee Hansard, Canberra, 10 February 2023, s. 25

https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Aboriginal_and_Torres_Strait_Islander_Affairs/UNDRIP/Report/Chapter_3_-_International_Applications_of_UNDRIP#_ftn105 (sist lest 2. desember)

Høyesterett i New Zealand har i flere avgjørelser henvist til urfolkserklæringen. New Zealand har i likhet med Finland ikke inkorporert urfolkserklæringen i nasjonal lovgivning.⁶⁹ Et ytterligere eksempel på at urfolkserklæringen benyttes i rettsanvendelsen av dømmende statsmyndighet er at Høyesterett i Belize la avgjørende vekt på urfolkserklæringen ved anerkjennelsen av landrettigheter for Mayafolket.⁷⁰ Så vidt det er undersøkt, har ikke Belize inkorporert urfolkserklæringen i nasjonal lovgivning.

Videre har Bolivia som første stat inkorporert erklæringen til nasjonal lov i No. 3760 i november 2007. Colombia har i lov No. 1448 inkorporert erklæringens prinsipper om konsultasjon.⁷¹ Canada har kommet med forslag til lovvedtak 3. desember 2020. Målsetningen er å inkorporere erklæringen i canadisk rett. Canadiske myndigheter har imidlertid uttalt at prosessen frem til at loven vedtas kan ta tid. Den 20. juni 2023 ble den siste handlingsplanen for 2023-2028 publisert. Handlingsplanen er startpunktet for at urfolkserklæringen skal inkorporeres i nasjonal lovgivning.⁷² Tilsvarende prosess synes å være igangsatt i Australia.⁷³

Ellers har en rekke land foretatt andre tiltak som blant annet endringer i politikken og forbedring av eksisterende systemer for anerkjennelse av urfolks rettigheter i tråd med urfolkserklæringen. Deriblant Chile (2016), Nicaragua (2014), El Salvador (2014), Costa Rica

⁶⁹ Inquiry into the application of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Australia s. 48

https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/committees/reportjnt/RB000083/toc_pdf/InquiryintotheapplicationoftheUnitedNationsDeclarationontheRightsofIndigenousPeoplesinAustralia.pdf

⁷⁰ Consolidated claims no. 171/2007 og 172/2007, Aurelio Cal et al. v. Atteroney General of Belize, Decision from the Supreme court of Belize, October 18. 2007

⁷¹ United Nations, State of the World's Indigenous Peoples: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, New York, 2019, s. 9 (<https://social.un.org/unpfii/sowip-vol4-web.pdf>)

⁷² Department of Justice Canada, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act Action Plan, 2023, s. 19, (https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/ap-pa/ah/pdf/2023-06-20_UNDA_Action_Plan_EN.pdf)

⁷³ Se for eksempel <https://humanrights.gov.au/about/news/opinions/incorporating-undrip-australian-law-would-kickstart-important-progress> (sist lest 1. desember)

(2014), Sverige (2011), Marokko (2011), Mexico (2011), Kenya (2010), Ecuador (2008) og Kongo (2006).⁷⁴

Til slutt kan det nevnes at norske domstoler har i HR-2018-456-P, HR-2021-1429-A, TOSFI-2019-103225 og UTMA-2021-86077-5 i ulik grad henvist til urfolkserklæringen.

Statspraksisen relatert til urfolkserklæringen som er identifisert i ulike land, fra anvendelsen i rettsavgjørelser til initiativer for å inkorporere prinsippene i nasjonal lovgivning, tyder på utbredt og konsistent statspraksis. Den geografiske variasjonen, fra Finland og New Zealand til Bolivia og Canada, trekker i retning av at praksisen er både utbredt og representativ. Selv om erklæringen ikke er rettslig bindende, formelt sett, synes statspraksisen å indikere at prinsippene i den fungerer som normgivende for hvilke handlinger eller handlinger statene foretar seg overfor deres urfolk.

Etter dette viser den identifiserte statspraksisen en utvikling for anerkjennelsen av urfolkserklæringens prinsipper som internasjonal sedvanerett.

2.3.2 Er UNDRIP «accepted as law» blant stater?

Ordlyden «accepted as law» angir at statene følger praksisen konsekvent i den tro at det er rettslig bindende. Hvilket tilsier statene implisitt eller eksplisitt anerkjenner praksisen som en folkerettslig rettsregel. Statene må ha fulgt i den tro at «de var rettslig forpliktet til å følge den».⁷⁵ At statene anerkjenner statspraksis som «accepted as law» identifiseres ved blant annet at:

«public statements made on behalf of States; Official publications; government legal opinions, diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions».⁷⁶

Med andre det flere måter statenes «accepted as law» kommer til uttrykk. Momentene er ikke uttømmende som illustrert i ICJ har i *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*,

⁷⁴ United Nations, *State of the World's Indigenous Peoples: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, New York, 2019 s. 9-11

⁷⁵ Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 50

⁷⁶ ILC, «Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries» avsnitt 10.2, se også Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 53

1974) avsnitt 58⁷⁷. ICJ fremhevet at det var omfattende aksept («widespread of acceptance») blant stater om de relevante sedvanerettslige prinsippene. På avgjørelsestidspunktet (1974) var reglene om grensene for fiskerijurisdiksjon under utvikling. Statspraksisen var disharmonisk og divergerende. Domstolen anså graden av motstand eller aksept blant stater som relevant for etableringen av internasjonal sedvanerett. Statenes kollektive handlinger i det internasjonale rettssamfunnet er dermed også relevant i vurderingen om internasjonal sedvanerett er etablert.

Urfolkserklæringen har som kjent fått bred aksept blant stater. Den har ikke, etter vedtakelse, fått motstand. FNs spesialrapportør har tvert imot lagt til grunn at erklæringen reflekterer internasjonalt aksepterte minimumsstandarder for urfolks rettigheter.⁷⁸ Ut fra *Fisheries Jurisdiction* kan det være at argument for at det foreligger «widespread of acceptance» blant stater. Utover dette er ingen statspraksis identifisert som har gitt uttrykk for at erklæringen er etablert som internasjonal sedvanerett. Derfor vil det videre ses hen til subsidiære midler.

International Law Association (ILA) har i 2012 lagt til grunn i sin rapport at erklæringen «as a whole cannot yet be considered as a statement of existing customary international law».⁷⁹ Likevel er noen av bestemmelsene i erklæringen etablert som internasjonal sedvanerett. Det gjelder særlig «the right of indigenous peoples to self-determination».⁸⁰ ILA skriver at retten til selvbestemmelse er «compliance with relevant rules of international law».⁸¹ Ordet «compliance» indikerer at urfolks rett til selvbestemmelse oppfølges av relevante regler i internasjonal rett. Det er ikke én bestemt regel, men flere «rules». Skogvang skriver eksempelvis at «selvbestemmelsesretten er en rettighet av overordnet internasjonal karakter».⁸² Poenget er at urfolks selvbestemmelse eksisterer uavhengig av urfolkserklæringen.

⁷⁷ ICJ, *Fisheries Jurisdiction* [1974] ICJ Rep s. 3 (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/55/055-19740725-JUD-01-00-EN.pdf>)

⁷⁸ FN-dok.: A/HRC/9/9, 11. august 2008: «Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development» s. 10-12

⁷⁹ Resolution No. 5/2012 Rights of indigenous people avsnitt 2, (https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-resolution-english-sofia-2012-4)

⁸⁰ Op.cit. avsnitt 4

⁸¹ Op.cit. avsnitt 4

⁸² Skogvang, *Samerett* (2023) s. 118

Det kan imidlertid anføres at erklæringen kodifiserer etablert internasjonal sedvanerett idet den «includes several key provisions which correspond to existing State obligations under customary international law». ⁸³ I så fall reflekterer erklæringens bestemmelser om selvbestemmelse en etablert internasjonal sedvanerett. Likevel er ikke det erklæringen i seg selv som er grunnlaget for etableringen. Motstanden internasjonalt mot erklæringen knytter seg til urfolks selvbestemmelse. ⁸⁴ Graden av motstand er som nevnt et relevant moment i *Fisheries Jurisdiction*. Fordi det er stor motstand internasjonalt indikerer det at erklæringen ikke er «accepted as law» blant tilstrekkelig stater til at internasjonal sedvanerett er etablert. At graden av motstand er et relevant moment, kan begrunnes i hensynet til statenes suverenitet. Dersom stater blir rettslig bundet til tross for motstand ivaretas ikke suvereniteten.

I juridisk litteratur er det argumentert for at erklæringen er internasjonal sedvanerett. Deriblant hevder Ravna at erklæringen «synes [...] å gjenspeile internasjonal sedvanerett på urfolkrettens område». ⁸⁵ Ravna sine argumenter kan sammenfattes slik:

«Uttalelsen til førstvoterende i Nesseby-dommen [...], samt måten FNs menneskerettighetskomite anvender erklæringen i *Tiina Sanila-Aiko vs Finland* det er ikke uforpliktende for Norge som en aktiv pådriver å signere erklæringen, blant annet ut fra det man argumenterer for internasjonalt, også må forutsettes å gjelde nasjonalt». ⁸⁶

Det første argumentet til Ravna er uttalelsen i HR-2018-456-P avsnitt 97 at «[erklæringen] reflekterer folkerettslige prinsipper på området». Hvorvidt internasjonal sedvanerett er etablert må under alle omstendigheter vurderes slik ICJ artikkel 38 (1) bokstav b foreskriver. Dersom Høyesterett hadde erkjent at urfolkserklæringen er internasjonal sedvanerett anses det i folkerettslig forstand at én stat har akseptert den. I HR-2018-456-P avsnitt 97 skriver også Høyesterett at urfolkserklæringen ikke er «rettslig bindende». Tilsvarende har regjeringen lagt til grunn. ⁸⁷ Dommen er derfor et argument mot at Norge har akseptert erklæringen som

⁸³ Op.cit. avsnitt 2

⁸⁴ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 118

⁸⁵ Ravna, *reindrifftsrett* (2019) s. 206

⁸⁶ Ravna, *reindrifftsrett* (2019) s. 205–206

⁸⁷ St.meld.nr. 28. (2007-2008) s. 35

internasjonal sedvanerett. Riktignok står det at erklæringen reflekterer «folkerettslige prinsipper». Problemet er at «folkerettslige prinsipper» og «internasjonal sedvanerett» er to ikke sammenfallende rettslige begreper, jf. ICJ artikkel 38 nr. 1 bokstav b og c.

Videre skriver førstvoterende at erklæringen «synes ikke å gå lengre enn det som følger av bindende konvensjoner, i første rekke ILO-konvensjon nr. 169».⁸⁸ Noe som tyder på at Høyesterett mener at prinsippene i urfolkserklæringen er inkorporert i norsk rett gjennom andre rettskilder. Det kan for eksempel være sameloven, finnmarksloven og ILO-169.⁸⁹ Rettsoppfatningen i Høyesterett synes derfor å være at det er unødvendig å anvende urfolkserklæringen.

Det andre argumentet til Ravna er måten FNs menneskerettighetskomite anvender erklæringen i *Tiina Sanila-Aiko vs Finland*.⁹⁰ ICJ artikkel 38 (1) bokstav b fordrer at vurderingssubjektet er stater. FNs klageorganer er ikke en selvstendig stat i folkerettslig forstand. Hvorvidt FNs menneskerettskomité mener at erklæringen er internasjonal sedvanerett er uansett ikke rettslig bindende for stater. Likevel kan det til en viss grad være normgivende.

I *Tiina Sanila-Aiko vs Finland* var spørsmålet om klagerens rettigheter etter SP artiklene 25 og 27 var krenket. Komitéen viser først til artiklene 33, 9 og 8 (1) i erklæringen.⁹¹ Det rettslige grunnlaget er imidlertid SP artikkel 27. Den blir «interpreted in the light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» for å komme til at urfolks rett til å bestemme sin politiske status omfattes av SP artikkel 27.⁹² Rettsanvendelsen bekrefter at erklæringen ikke danner rettsregler i seg selv. Dersom erklæringen hadde blitt brukt for å danne rettsregler i seg selv kan det være et normativt argument i retning av at internasjonal sedvanerett er etablert.

Etter dette er det få eller ingen holdepunkter for at erklæringen er «accepted as law» blant stater. Statene og FN virker å være samstemte at erklæringen ikke er rettslig bindende. Det

⁸⁸ HR-2019-456-P *Nesseby* avsnitt 97

⁸⁹ LOV-1987-06-12-56 Lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven)

⁹⁰ *Tiina Sanila-Aikio vs. Finland* (Communication No. 2668/2015)

⁹¹ *Op.cit.* avsnitt 6.6

⁹² *Op.cit.* avsnitt 6.8

reflekteres i den store variasjonen i statspraksis og at det ikke er funnet noe som kan indikerer motsatt. Likevel er ikke det utelukket i fremtiden kan det etableres et faktum som taler for at erklæringen anses rettslig bindende.

2.4 Konklusjon

På bakgrunn av at urfolkserklæringen ikke er etablert som internasjonal sedvanerett har ikke den «skal-relevans». Likevel kan det argumenteres for at bestemmelsene om urfolks rett til selvbestemmelse er rettskilder som har «skal-relevans». Samtidig er utgangspunktet om at erklæringen ikke er rettslig bindende den generelle holdningen blant statene. For å øke rettssikkerheten og forutberegneligheten til verdens urfolk er det klare rådet at flest mulige stater inkorporere erklæringen i nasjonal lovgivningen. Vi skal videre se om erklæringen har «kan-relevans».

2.5 Kan UNDRIP benyttes som rettskilde?

I dette kapitlet er spørsmålet om UNDRIP kan benyttes som rettskilde. Det rettslige utgangspunktet er også her det dualistiske prinsipp. Prinsippet krever at det er grunnlag i nasjonal rett for at en rettskilde har relevans. Presumsjonsprinsippet kan tilsynelatende være et grunnlag for relevans. I juridisk litteratur kan det for eksempel stå at folkerett har relevans gjennom presumsjonsprinsippet. Prinsippet formuleres ofte som at norsk rett presumeres, antas eller antageligvis er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.⁹³ Formuleringen kan umiddelbart leses som at presumsjonsprinsippet kan anvendes som grunnlag for relevans.

Presumsjonsprinsippet som grunnlag for relevans medfører ikke riktig rettsanvendelse.

Prinsippet benyttes som en vektnorm i rettsanvendelsen. Vektnormen gjenspeiles i at prinsippets gjennomslagskraft varierer basert på nærmere angitte vurderingsmomenter.⁹⁴ En rettskilde har ikke lite, mye eller veldig mye relevans. Det er et spørsmål om vekten av rettskilden. Presumsjonsprinsippet som vektnorm kommer vi tilbake til senere.

Poenget her er at anvendelse av presumsjonsprinsippet forutsetter at Norge er forpliktet til den aktuelle folkeretten. Grunnlaget for folkerettens relevans er *forpliktelsen* i seg selv. Hvilken

⁹³ Se for eksempel HR-2016-2591-A avsnitt 48

⁹⁴ Se for eksempel Rt 2000 s. 1811 *Finanger I*, vurderingsmomentene behandles senere i avhandlingen

vekt forpliktelsen har i rettsanvendelsesprosessen bestemmes nærmere av presumsjonsprinsippet.

Norge kan forplikte seg til folkerett på flere måter. Likevel er den vanlige prosessen at Norge først undertegner et internasjonalt dokument. Konsekvensen av undertegnelsen er at Norge forplikter seg politisk.⁹⁵ Deretter ratifiseres dokumentet. Som følge av ratifikasjonen blir Norge rettslig forpliktet.⁹⁶ Til slutt kan dokumentet gjennom føres i norsk rett. Gjennomføringen skjer ved transformasjon og/eller inkorporasjon. Folkerett som er inkorporert eller transformert kan i seg selv danne rettsregler i norsk rett. Samlet sett illustrerer dette det dualistiske prinsippets funksjon som norm for relevans.

Norge har undertegnet urfolkserklæringen. Norge er dermed politisk forpliktet og ikke rettslig av erklæringen. Mæhle og Aarli skriver at uttrykket «folkerettslige forpliktelser er ikke begrenset til forpliktelser som bygger på internasjonalt avtalegrunnlag».⁹⁷ Arnesen og Stenvik mener at det dualistiske prinsipp «bare er et utgangspunkt».⁹⁸ Mæhle og Aarli synes likevel å konkludere med at mulige grunnlag for folkerettslige forpliktelser er internasjonale avtaler, internasjonal sedvanerett og/eller jus cogens.⁹⁹ Som vi har sett ovenfor; urfolkserklæringen er ikke etablert som internasjonal sedvanerett. Enkelte bestemmelser, selvbestemmelse, kan imidlertid være jus cogens. I så fall kan det tale for at erklæringen har relevans i norsk rett.

FNs rasediskrimineringskomité har i anvendelsen av urfolkserklæringen ansett at det var relevant at «Sweden voted in favour of» erklæringen.¹⁰⁰ Uttalelsen kan tyde på at Sverige som stemte for erklæringen er rettslig bundet av den. Den kan imidlertid ikke overføres Norges relasjon til erklæringen av hensyn til det dualistiske prinsipp.

I Rt. 1997 s. 1019 som gjaldt rettergangsbot etter bestemmelsene i domstolsloven¹⁰¹ § 202, jf. § 215 første ledd andre punktum. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om den som risikerte rettergangsbot hadde «saavidt mulig» gitt anledning til å uttale seg på forhånd, jf.

⁹⁵ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 157

⁹⁶ Op.cit. s. 157

⁹⁷ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 160

⁹⁸ Arnesen og Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015) s. 52

⁹⁹ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 165

¹⁰⁰ Lars-Anders Ågren vs. Sweden (Communication No.54/2013) avsnitt 6.3

¹⁰¹ LOV-1915-08-13-5 Lov om domstolene (domstoloven)

domstolsloven § 215 første setning.¹⁰² Høyesterett kom til at vedkommende ikke hadde «saavidt mulig» gitt anledning til kontradiksjon, jf. EMK art. 6. Selv om EMK ikke var inkorporert på avgjørelsestidspunktet anså førstvoterende at EMK har relevans. Fordi Norge ratifiserte EMK 15. januar 1952 har imidlertid førstvoterendes begrenset overføringsverdi i relasjon til urfolkserklæringen.¹⁰³ Den bekrefter likevel teorien om at ratifikasjon forutsettes for rettslig forpliktelse.

Norge er etter Grunnloven § 108¹⁰⁴ konstitusjonelt forpliktet til å «legge forholdene til rette for at det samiske folk, som urfolk, kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv». Ordlyden «sikre og utvikle» kan tyde på en anerkjennelse om at urfolkets grunnleggende rettigheter er eller har vært truet. Tidligere assimilasjonspolitikken bekrefter at urfolkets tradisjonelle kunnskaper og kulturell identitet kan være truet. I tillegg kan begrenset politisk representasjon og deltakelse i beslutningsprosesser som direkte påvirker urfolkets samfunnsliv føre til at deres behov og interesser ikke blir tilstrekkelig ivaretatt i nasjonal lovgivning og politikk. Grunnloven § 108 er derfor en anerkjennelse av disse truslene og en forpliktelse til aktive tiltak for å beskytte og fremme urfolks grunnleggende rettigheter.

At truslene anerkjennes kommer også til uttrykk i at den ønskede effekten i vedtakelsen av Grunnloven § 108 er blant annet at den «representerer den prinsipielt sett sterkest mulige understrekning av de norske myndigheters ansvar for at den samiske kultur opprettholdes og gis utviklingsmuligheter».¹⁰⁵ I anledning vedtakelsen er det også uttalt at «En sameparagraf i Grunnloven vil være et klart uttrykk for at Norge er i tråd med internasjonale krav til minoritetsvern».¹⁰⁶ De hensyn som begrunner Grunnloven § 108 kan dermed tolkes i retning av at Norges tidligere behandling av urfolket ikke var i samsvar med internasjonale minstestandarder. Grunnloven § 108 kan derfor reflektere et ønske om at nasjonal rett skal følge utviklingen i internasjonal urfolksrett. Den økende, som sett tidligere, trenden internasjonalt er at nasjonale domstoler anvender urfolkserklæringen i rettsanvendelsen. Det

¹⁰² Rt. 1997 s. 1019 på s. 1023

¹⁰³ Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) s. 60

¹⁰⁴ Tidligere Grunnloven § 110a

¹⁰⁵ NOU 1984: 18 s. 445

¹⁰⁶ Op.cit., s. 445-446

kan derfor anføres at Norge er forpliktet til gjennom Grunnloven § 108 til å følge rettsutviklingen internasjonalt.

Videre er Grunnloven § 108 inspirert av SP artikkel 27.¹⁰⁷ Dessuten hevder Skogvang at SP artikkel 27 kan være et tolkningsmoment «ved fastleggelsen av innholdet i Grunnloven § 108».¹⁰⁸ Skogvang synes å bygge det på at «[f]olkerettslige kilder var sentrale under forberedelsene av sameparagrafen [Grunnloven § 108]».¹⁰⁹ Vi har sett tidligere at FNs menneskerettskomité i *Tiina Sanila-Aiko vs. Finland* benyttet urfolkserklæringen som tolkningsmoment. Et ytterligere eksempel fra menneskerettskomitéen er *Billy vs. Australia* som gjaldt blant annet at klagers kulturvern i SP art. 27 var påstått krenket.¹¹⁰ I likhet med *Tiina Sanila-Aiko vs. Finland* tolket komitéen i *Billy vs. Australia* SP artikkel 27 i lys av urfolkserklæringen:

«Article 27 of the Covenant, interpreted in the light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, enshrines the inalienable right of indigenous peoples to enjoy the territories and natural resources that they have traditionally used for their subsistence and cultural identity».¹¹¹

Det er Likevel problematisk ut fra et juridisk metodistisk perspektiv at FNs menneskerettskomité skal «metodesmitte» norske rettsanvendere. Riktignok har Høyesterett i blant annet HR-2021-1975-S *Fosen* avsnitt 102 fremholdt at uttalelser fra menneskerettskomité har relevans. Relevansen gjelder imidlertid ved tolkningen av SP artikkel 27 og ikke Grunnloven § 108. Det er bekreftet av Høyesterett i Rt. 2015 s. 93 *Maria* avsnitt 57 at Høyesterett har «ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnloven [...]». Det synspunktet kan også forankres i Grunnloven § 88.

Et ytterligere poeng er at dersom Grunnloven § 108 forplikter Norge til å følge urfolkserklæringen betyr det teoretisk sett at erklæringens materielle innhold kan få grunnlovshøyde. Det er ingen holdepunkter for at det var tilsiktet av lovgiver.

¹⁰⁷ NOU 1993: 18 s. 128

¹⁰⁸ Skogvang, *Samerett* (2023) s. 205

¹⁰⁹ Op.cit. 205

¹¹⁰ *Daniel Billy vs. Australia* (Communication No. 3624/2019)

¹¹¹ Op.cit., avsnitt 8.13

Ettersom FNs menneskerettighetskomité bruker erklæringen som tolkningsmoment eller støtteargument i anvendelsen av SP art. 27 kan det anføres at Norge er forpliktet av den etter menneskerettsloven § 2 tredje ledd. Slik vi kjenner har Den europeiske menneskerettsdomstolen innflytelse både på det materielle innholdet og metoden i tolkningen av EMK. Tilsvarende betydning kan komitéen tillegges i anvendelsen av SP art. 27. Slik sett er det imidlertid viktig å bemerke seg at Norges forpliktelse i relasjon til erklæringen gjelder utelukkende i anvendelse av SP artikkel 27.

Videre har Høyesterett i HR-2021-1429-A *Saarivuomi* avsnitt 61 henvist til urfolkserklæringen som støtteargument eller opplysningskilde. Anvendelsen av erklæringen slik, er ikke i et spenningsforhold til de hensyn som begrunner det dualistiske prinsipp. Å anvende erklæringen som støtteargument eller opplysningskilde er innenfor rammene av dømmende myndighet. Derimot er ikke det innenfor rammene av domstolene å anvende erklæringen som at den kan danne rettsregler i seg selv nasjonalt.

Et ytterligere argument for at Norge er folkerettslig forpliktet til urfolkserklæringen kan forankres i at den gjenspeiler folkerettslige prinsipper, jf. *Nesseby*. Dermed omfattes erklæringen av paraplybegrepet «general International law».¹¹²

Oppsummert er det klarlagt at UNDRIP kan benyttes som rettskilde i norsk rett. Grunnlaget for relevansen er menneskerettsloven § 2 tredje ledd. I tillegg kan UNDRIP benyttes som støtteargument eller opplysningskilde i rettsanvendelsen. Grunnlaget for det er Høyesteretts funksjon som prejudikatdomstol, jf. Grunnloven § 88 og tvl. § 30-4.¹¹³

3 Slutningsprinsippene for UNDRIP

3.1 Innledning

I dette kapittelet skal vi undersøke ulike slutningsprinsipper som kan benyttes ved tolkningen av urfolkserklæringen. I norsk rett har det juridiske fagfellesskapet utviklet faste slutningsprinsipper. Med «slutningsprinsipper» menes hvordan relevante rettskilder skal

¹¹² Se Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 130

¹¹³ LOV-2005-06-17-90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvl.)

tolkes for å utforme argumenter i rettsanvendelsen.¹¹⁴ Slike rettskilder kan være lovtekst, lovforarbeider og rettsavgjørelser. I Norge er det ingen lovbestemmelser som sier noe om hvordan eksempelvis lovtekst skal tolkes.

I folkeretten er det en generell bestemmelse om hvordan traktater skal tolkes i Wienkonvensjonen art. 31-33. Norge er ikke bundet av denne bestemmelsen. Den anses likevel å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett.¹¹⁵ FNs folkerettskommisjon har fremholdt at ingen regelregimer kan anses isolert fra den alminnelige folkeretten.¹¹⁶ Fordi det er ulike folkerettslige overvåkningsorganer som tolker særskilte rettsregler, kan det oppstå ulike slutningsprinsipper. Det er likevel snakk om små forskjeller. Det er dermed ikke grunnlag for å hevde at det er flere enn én alminnelige folkerettslige slutningsprinsipper.¹¹⁷ Av den grunn legges det til grunn at Wienkonvensjonen også gjelder for tolkningen av urfolkserklæringen.

Den generelle regelen om tolkningen av folkerettslige rettskilder kommer til uttrykk i Wienkonvensjonen artikkel 31 (1) som lyder:

«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*.» [Mine uthevinger]

Bestemmelsen angir fire momenter som for den generelle regelen i tolkningen av folkerettens rettskilder. Disse fire momentene er fremhevet i teksten ovenfor; «good faith», «ordinary meaning», «context» og «object and purpose».

Det er likevel viktig at artikkel 31 første-, andre- og tredje ledd anvendes og leses som en helhet.¹¹⁸ Rekkefølgen av de fire tolkningsmomentene gir ikke uttrykk for et hierarki. Det må dermed tas hensyn til alle momentene i en «singel combined operation». Derfor skal man ikke

¹¹⁴ Mæhle og Aarli, *Fra lov til rett* (2022) s. 278

¹¹⁵ HR-2019-292-S avsnitt 48 og HR-2023-491-P avsnitt 100

¹¹⁶ International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law* (13. April 2006) FN-dokument A/CN.4/L.682 avsnitt 191-193

¹¹⁷ Se for eksempel Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 177

¹¹⁸ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. utgave, Cambridge 2013 s. 208 og Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2. utgave, Oxford 2015 s. 202

isolert fokusere på enkeltbestemmelser eller ordlyd. Tolkningsmomentene skal anvendes i samspill med hverandre for å oppnå en balansert og helhetlig forståelse av rettskildens innhold og hensikt. Hvilket bidrar til å sikre en forutsigbar, rettferdig og enhetlig anvendelse av folkeretten.

Ambisjonen videre er ikke å gi en uttømmende fremstilling av slutningsprinsippene i folkeretten. Fokuset er å fremstille hovedlinjene for slutningsprinsippene i anvendelsen av urfolkserklæringen. Analyseobjektet har først og fremst vært Høyesterett og ICJ i et rettskildelære perspektiv. Det er ingen dommer som kan analyseres for å konfrontere domstolenes anvendelse av slutningsprinsippene i relasjon til urfolkserklæringen. Fremstillingen har derfor noe mer generell fremstilling. Vi skal i det følgende se på hvordan urfolkserklæringen kan tolkes i «good fait», «ordinary meaning», «context» og «object and purpose» etter tur.

3.2 UNDRIP tolket i «ordinary meaning»

Både i nasjonal og internasjonal rett er ordlyden i lovteksten helt sentralt for å utlede argumenter i rettsanvendelsen. Den skal tolkes i samsvar med en naturlig språklig forståelse («ordinary meaning»), jf. Wienkonvensjonen art. 31 (1). Lovtekster er vurdert grundig og er et resultat av omfattende forhandlinger, debatter og revisjoner før de blir vedtatt av lovgiver. Tilsvarende gjelder lovtekster internasjonalt, forskjellen er at folkeretten har ingen lovgiver, men statene samtykker og dermed blir bundet av lovteksten. At lovteksten er utgangspunktet for rettsanvendelsen begrunnes nasjonalt av flere hensyn, deriblant demokratiet, internasjonalt må statene samtykke av hensyn til statenes suverenitet. Selv om det er ulike underliggende hensyn, tåler lovtekster av denne grunn, både nasjonalt og internasjonalt, en streng og bokstavelig tolkning.

Det er eksempler på at både ICJ og Høyesterett tolker lovtekster strengt og bokstavelig. Høyesterett har i Rt. 1997 s. 1341 *Hønsehauk*, som gjaldt tolkningen av ordlyden «bufe» i den gamle viltloven § 11. Førstvoterende peker på at «[s]pråklig sett synes det å herske en viss usikkerhet om det eksakte innhold i begrepet [bufe]».¹¹⁹ Noe som tyder på at en naturlig språklig forståelse av ordet «bufe» ikke gir bidrag for tolkningen. Videre bruker Høyesterett «[n]orsk landbruksordbok» som tolkningsmoment for å utlede den endelige slutningen av

¹¹⁹ Rt. 1997 s. 1341 på s. 1343

ordet «bufe» og uttaler «[u]t fra dette, og ut fra en alminnelig norsk språkforståelse, heller jeg til at høner og annet fjærkre ikke kan regnes som bufe».¹²⁰ Selv om førstvoterende ikke skriver det uttrykkelig, er det klart at det avgjørende var den leksikalske betydningen av ordet «bufe». Tilsvarende ser vi av ICJ i *Aegean Sea Continental Shelf* (Hellas mot Tyrkia, 1978)¹²¹, der den leksikalske betydningen av ordet «notamment» var avgjørende for forståelsen av ordlyden.¹²² I sum er dommene illustrerende for at domstolene følger en streng og bokstavelig i fortolkningen av lovttekster.

Ytterligere eksempler viser imidlertid at det ikke er alltid den naturlige språklige («ordinary meaning») som er avgjørende. Slik sett er dommen inntatt i HR-2019-282-S illustrerende. Der var spørsmålet blant annet om forståelsen av ordlyden «sedentær art». Det var anført at «sedentær art» ut fra en naturlig språklig forståelse tilsier en «organisme som oppholder seg på ett sted».¹²³ Førstvoterende er «enig i at betydningen av «sedentær» språklig sett ligger nær «ubevegelig» eller «stedfast».

Likevel mener førstvoterende at «ordet ikke kan ses isolert».¹²⁴ Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 inneholder en nærmere definisjon av begrepet «sedentær art». Høyesterett valgte dermed den slutningen som er i samsvar med traktatens «egne ord og uttrykk for hva som er en sedentær art» og «hva som [...] er vanlig språk forståelse, er derfor av mindre interesse».¹²⁵ Høyesteretts rettsanvendelse er i samsvar med ICJ artikkel 31 første ledd om at tolkningsresultatet skal «be given to the terms of the treaty».

At Høyesterett legger til grunn konvensjonens egne ord og uttrykk tyder på at det sentrale hensynet er respekten for at statene samtykker og binder seg til ord og uttrykk, slik de er forstått i teksten. Disse hensynene anses bekreftet i HR-2023-491-P fordi førstvoterende fremhever at utgangspunktet for tolkningen av ord og uttrykk er det statene har valgt; «disse anses å gi klareste uttrykk hva de [statene] er enige om».¹²⁶

¹²⁰ Op.cit.

¹²¹ Dommen kan leses her: <https://www.icj-cij.org/case/62>

¹²² Op.cit. avsnitt 50 til 58

¹²³ HR-2019-282-S avsnitt 51

¹²⁴ Op.cit. avsnitt 52

¹²⁵ Op.cit.

¹²⁶ HR-2023-491-P avsnitt 111

Et ytterligere poeng fra HR-2023-491-P er at ordlyden kan tolkes dynamisk, såfremt tolkningsresultatet kan «forankres i den forståelse partene hadde eller må antas å ha hatt da traktaten ble inngått».¹²⁷ Etersom Høyesterett anser statens forståelse sentral i tolkningen av ord og uttrykk i en folkerettslig kontekst, forsterker det viktigheten av statens intensjoner og enighet i folkerettslige avtaler. Samtidig ivaretar en dynamisk tolkning behovet for en viss grad av fleksibilitet, slik at rettskildene er effektive og relevante også etter rettslig utvikling og samfunnsendringer for øvrig.

Oppsummert viser dette hvordan erklæringens ordlyd kan tolkes. Utgangspunktet er som alltid en naturlig språklig forståelse. Likevel gir det rom for ulike slutninger av ordlyden. Ord og uttrykk som er legaldefinert kan strekke ordlyden noe mer.

3.3 UNDRIP tolket i «good faith»

Etter Wienkonvensjonens artikkel 31 (1) skal ordlyden også tolkes i god tro («good faith»). Ordlyden «god tro» tilsier for det første at rettskilden skal tolkes med lojalitet og ærlighet. For det andre skal ikke tolkningsresultatet føre til åpenbare urimelige og absurde løsninger. Folkerettens rettskilder tolket i god tro bidrar til respekt for og opprettholdelse av den internasjonale rettsorden. Slik sett kan kravet om «good faith» betegnes som at statene har en lojalitetsplikt til å sikre at bundet folkerett har effektivitet.

Høyesterett har i HR-2023-491-P fremholdt at tolkningsresultatet må være «overens med partenes felles intensjoner [...] «[g]ood faith» er også uttrykk for at tolkningen må søke å realisere traktatens formål».¹²⁸ Denne uttalelsen gir ikke mer veiledning enn det som kan utledes fra ordlyden. Det er sjeldent at domstolene skriver presist om «good faith» generelle innhold.¹²⁹ Kravet om god tro må uansett følges under hele tolkningsprosessen av alle relevante kilder.¹³⁰

¹²⁷ Op.cit. avsnitt 121

¹²⁸ HR-2023-491-P avsnitt 109

¹²⁹ Dörr og Schmalenbach, *Vienna Convention of the Law of Treaties* (2012), s. 548

¹³⁰ Dörr og Schmalenbach, *Vienna Convention of the Law of Treaties* (2012), s. 548

Kravik, Johansen og Hjort henviser til uttalelsen i *Georges Pinson France v. United Mexican States*¹³¹ og skriver at:

«Det må skilles mellom, på den ene side, å løse tolkningsuklarhet basert på rimelighet, og, på den annen side, å påføre partene nye forpliktelser for å oppnå et rimelig resultat. Kun det første er tillatt, selv om skillet i blant kan være vanskelig å trekke. Det sentrale i slike situasjoner er at rimelighet kan vektlegges i den utstrekning det begrunner en løsning forenelig med de øvrige tolkningsfaktorene i Wien-konvensjonen artikkelene 31 til 33». ¹³²

Det er med andre ord akseptert og i tråd med god tro å bruke *rimelighet* som et slutningsprinsipp for å løse uklarheter i ordlyden eller intensjon. Derimot er ikke det tillatt å bruke rimelighet som en begrunnelse for å tillegge statene nye forpliktelser som ikke fremgår av ordlyden. Rimelighet kan og bør derfor brukes for å støtte en tolkning som er i samsvar med traktatens ordlyd, kontekst og formål. Fordi det er en fin linje mellom å tolke ordlyden på en rimelig måte og utvide eller endre det rettslige innholdet kan det by på metodistiske utfordringer. Poenget er uansett at ordlyden ikke kan tolkes utvidende basert på rimelighetsbetraktninger. At det ikke er tillatt å bruke *rimelighet* for å tillegge statene nye forpliktelser og rettigheter må også forankres i hensynet til statenes suverenitet.

Urfolkserklæringen må dermed tolkes i «good faith», hvilket tilsier at man kan bruke rimelighet som et verktøy i tolkningsprosessen for å løse uklarheter. Tolkningsresultatet basert på rimelighet må kunne forankres i slutningsprinsippene i Wien-konvensjonen artikkelene 31-33.

Urfolkserklæringen kan ikke tolkes i retning av at den påfører statene flere plikter enn det som følger av ordlyden. De fleste bestemmelsene i erklæringen har en vag og vid ordlyd. Dermed er det liten sannsynlighet for at det oppstår situasjoner der erklæringen bør tolkes utvidende. Samtidig er det viktigste poenget at erklæringen skal under ingen omstendigheter tolkes helt eller delvis innskrenkende i disfavør urfolket basert på rimelighet.

¹³¹ *Georges Pinson France v United Mexican States*, Reports of International Arbitral volume V, 34 side 327-466, voldgiftsdom av 19. Oktober 1928, avsnitt 50 (2)

¹³² Kravik, Johansen, Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 92

3.4 UNDRIP tolket i «context»

Folkerettslige rettskilder skal tolkes kontekstuellt («context»), se Wienkonvensjonen artikkel 31 (1). Videre fremgår det av Wienkonvensjonen artikkel 31 (2) hvilke tolkningsmomenter skal vektlegges i en kontekstuell tolkningsprosess:

- «2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by other parties as an instrument related to the treaty.»

For det første er det hele lovteksten, lovtittelen, fortalen, eventuelle vedlegg og protokoller til loven. For det andre må det også tas hensyn til lovens systematikk; hvordan ord og uttrykk tolkes i dens kontekst.

Det kan for eksempel vises til HR-2019-282-S for en kontekstuell tolkning basert på lovens systematikk. Dommen brukt ovenfor for å illustrere at legaldefinisjoner kan brukes i å tolke lovens ord og uttrykk. Her er poenget *hvordan* Høyesterett tolker konvensjonen kontekstuell. Det var anført at en kontekstuell tolkning tilsier at «sedentære arter» er «immobile» og «unable to move». ¹³³ Førstvoterende var ikke enig i et slikt tolkningsresultat, men mente at vurderingstemaet er sedentære arters «naturlige bevegelsesmønster». ¹³⁴ En slik forståelse mener førstvoterende støttes av at det «fremgår uttrykkelig av konvensjonen at både ubevegelige arter og arter som beveger seg i konstant kontakt med havbunnen, er sedentære». ¹³⁵

Førstvoterendes rettsanvendelse for det første at kontekstuell tolkning brukes for å utlede momenter i tolkningsprosessen av en tvetydig og/eller vag lovtekst. For det viser det også at

¹³³ HR-2019-282-S avsnitt 51

¹³⁴ Op.cit. avsnitt 53

¹³⁵ Op.cit. avsnitt 55

kontekstuelle tolkninger kan føre til disharmonerende tolkningsresultater. Adgangen til kontekstuelle tolkninger bør derfor benyttes der ordlyden kan tolkes på flere måter.

Videre kan vi se på hvordan urfolkserklæringens artikkel 3 kan tolkes kontekstuet som lyder:

«[i]ndigenous peoples have the right to self-determination».

Ordet «self-determination» kan tolkes at urfolks rett til selvbestemmelse er ubegrenset. Slik at de har rett til en egen konstitusjon. Ordlyden tolket kontekstuet kan ikke «self-determination» tolkes slik at statenes suverenitet utfordres, jf. artikkel 46 første ledd.

Det rettslige innholdet i «self-determination» er at statene skal konsultere med urfolket før vedtakelsen av lover eller annet som direkte eller indirekte kan berøre de, se artikkel 19.

Urfolk rett til å opprette og ha kontroll over sitt eget utdanningsystem, se artikkel 14. De har rett til å bestemme og utforme strategier til å utvikle eller bruke egne landområder, se artikkel 32.

Urfolkserklæringen tolket kontekstuet tilsier dermed at selvbestemmelsesretten kan avgrenses oppad mot opprettelsen av en egen konstitusjon og nedad deltakelse og samtykke i deres anliggende. Eksemplet viser hvordan man kan utlede det nærmere materielle innholdet i selvbestemmelsesretten. Slik sett blir tolkningsresultatet av erklæringens rett til selvbestemmelse basert på en kontekstuell tolkning.

Videre følger det av Wienkonvensjonen artikkel 31 (3) øvrige tolkningsmomenter som kan vektlegges i en kontekstuell tolkningsprosess:

- «3. There shall be taken into account together with the context:
- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relation between parties».

Disse tolkningsmomentene skal vektlegges i tolkningsprosessen tilsvarende momentene som er nevnt i annet ledd ovenfor. Ordlyden «subsequent agreements» og «subsequent practise» tilsier at statene seg imellom kan senere avtale eller bruke etterfølgende statspraksis for å avklare eller utvikle innholdet i en lov. Momentene er ment for rettsregler som forplikter eller

gir rettigheter til statene seg imellom. De har dermed liten betydning i relasjon til urfolkserklæringen. Følgelig belyses de ikke ytterligere i denne sammenheng.

3.5 UNDRIP tolket i «object and purpose»

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31 (1) er det siste tolkningsmomentet *gjenstand og formål* («object and purpose»). Ordlyden «gjenstand» og «formål» tilsier at statenes hensikt og bakgrunnen for loven skal vektlegges i tolkningsprosessen.

Ordlyden tilsier at tolkningsresultatet skal sikre at lovens formål oppnås. Dermed fordres en tolkningsprosess i søken etter den overordnede målsetningen med loven. Man kan derfor ikke kun forholde seg til en vanlig språkforståelse. Ordlyd tolket i lys av «object and purpose» blir da mer dynamisk og fleksibel. Rettsregelens formål har da også gjennomslagskraft ved samfunnsendringer eller rettsutvikling.

Likevel er ikke gjenstand og formål selvstendige tolkningsmomenter. De benyttes for å klargjøre en uklar ordlyd og gir ikke grunnlag for å fravike en klar ordlyd, se for eksempel HR-2023-491-P avsnitt 125.

I juridisk litteratur er det omdiskutert om man skal skille mellom begrepene «object» and «purpose». ¹³⁶ Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at begrepene skal vurderes under ett, fordi de ofte glir over i hverandre. ¹³⁷

Utgangspunktet er dermed at det («object and purpose») er et slutningsprinsipp som anvendes for å presisere uklar, vag eller flertydig ordlyd. Samtidig tar det sikte på å sikre at folkeretten har gjennomslagskraft i nåtid og fremtid.

Det er eksempler fra ICJ der en klar ordlyd er fraveket. Slik sett er ICJ sine uttalelser i *South West Africa* fra 1962 illustrerende. ¹³⁸ Sakens problemstilling var om ICJ kunne behandle sakens realiteter. Sør-Afrika anførte blant annet at Etiopia og Liberia ikke har rettslig interesse, fordi kun «another Member of the League of Nations» har tilstrekkelig tilknytning til kravet. ¹³⁹ ICJ uttalte at en slik forståelse kan «be based upon the natural and ordinary

¹³⁶ Kravik, Johansen, Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 86

¹³⁷ HR-2023-491-P avsnitt 124

¹³⁸ International Court of Justice, *South West Africa* 1962 på s. 336

¹³⁹ Op.cit. på s. 335

meaning of the words». Likevel er ikke et slikt tolkningsresultat «rule of interpretation [...] not an absolute one» og at tolkningsresultater som er «incompatible with the spirits, purpose and context [...] no reliance can be validly placed on it». Selv om «the language [«another Member of the League of Nations»] is broad, clear and precise» var det avgjørende for domstolen at «for the manifest scope and purport of the provisions of this Article indicate that the members of the League were understood to have a legal right or interest».

ICJs tilnærming i denne saken demonstrerer at domstolene vanligvis vektlegger en klar ordlyd. Det er likevel situasjoner hvor domstolen viker fra det. ICJ anerkjente at ordlyden «another Member of the League of Nations» var bred, klar og presis, men det var nødvendig å vurdere også lovens formål. Tolkningsresultater som er klart i strid med lovens formål og gjenstand, bør og kan domstolen vurdere å komme til et mer formålsrettet resultat. Dommen viser derfor at lovens formål kan tjene som et slutningsprinsipp i særlige tilfeller, selv når ordlyden synes å være klar og utvetydig.

Høyesterett bruker ikke formål og gjenstand som tolkningsmomenter i den såkalte *Sara* inntatt i HR-2017-2428-A. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak som påla en reindrifstøver å redusere reintallet. Reindrifstøveren anførte blant annet at vedtaket er i strid med SP artikkel 27. Flertallet kom til at vedtaket ikke krenker reindrifstøverens rett til kulturutøvelse, hvoretter det omtvistede uttrykket var «denied», jf. SP artikkel 27.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn i sin bevisvurdering at reindrifstøveren ikke vil kunne drive reindrift med økonomisk overskudd dersom vedtaket blir kjent gyldig.¹⁴⁰ En forutsetning for reindrifstøvelse skal bevares er at det er økonomisk bærekraftig, jf. reindrifstøvelsen § 1. Dessuten er forvaltningenes skjønnsutøvelse begrenset av kulturvernet i SP art. 27, jf. menneskerettsloven § 2 tredje ledd, jf. § 3. Domstolene skal dermed påse at ingen lovvedtak, forvaltningsvedtak og lignende myndighetsutøvelse er i strid med artikkel 27.

Førstvoterende tolker ikke ordet «denied» isolert og selvstendig,¹⁴¹ slik slutningsprinsippene etter Wienkonvensjonen art. 31 forutsetter. Utgangspunktet for rettsanvendelsen er

¹⁴⁰ LH-2016-92975 se punkt 5. i dommen

¹⁴¹ HR-2017-2428-A avsnitt 55

lovteksten.¹⁴² Folkerettslig metode skal brukes ved anvendelse av bestemmelsene i SP.¹⁴³ Tolkningsmomenter som skal vektlegges er kontekst, formål og god tro. Disse bidrar til å klarlegge vage og tvetydige ord. Rettsregler som er etablert på svikende folkerettslig metode er mindre legitimert og overbevisende. Slike rettsregler bidrar ikke til forutberegnelighet og rettsenhet. Tvert imot blir rettsanvendelsen og rettsreglene mer vilkårlig. Vi skal i det følgende se på et eksempel hvordan ordet «denied» kan tolkes i lys av dets «object and purpose». Fordi førstvoterende i *Sara* ikke tolker ordet «denied» selvstending blir terskelen for at påstått krenkelse av SP art. 27 altfor høyt.

En naturlig språkligforståelse av «denied» tilsier å avvise, nekte eller avslå noe. Det brukes typisk for å markere avslag og/eller bortfall på rettigheter eller lignende. Teleologisk tolkning av ordet «denied» antyder at bestemmelsen har for øye å beskytte kulturutøvelse som reindrift. For å ivareta kulturutøvelsen har FNs menneskerettighetskomité uttalt at «[t]he enjoyment of those rights may require positive legal measures». Formålet med reindriftsloven er at reindriften «skal bevares som et viktig grunnlag for samisk kultur», se reindriftsloven § 1.

Basert på formålsbetraktninger følger det at staten bør iverksette positive tiltak for å beskytte rettighetssubjektets, reindriftsutøvere, kulturutøvelse. Dermed er terskelen for inngrep lavere enn hva en naturlig språkligforståelse av ordet «denied» umiddelbart antyder.

Høyesteretts syn på de rettslige utgangspunktene er at «vedtaket først og fremst som et element i en regulering av forholdet mellom reindriftssamer»¹⁴⁴ og at vedtaket er «ment å sikre reindriften ressursgrunnlag og næringens bærekraft».¹⁴⁵ Siden førstvoterende ikke tolker «denied» teleologisk blir de utgangspunktene ubalanserte og unyanserte til fordel for reindriftsutøveren.

Følgelig synes førstvoterende, enten bevisst eller ubevisst, å overse formålsbetraktninger krever en overveielse mellom statens plikt til å sikre kulturutøvelse mot hensynet til reindriften bærekraft.

¹⁴² Se Kravik, Johansen og Hjort, *Folkerettslig metode* (2023) s. 177

¹⁴³ Se Skogvang, *Samerett* (2023) s. 182 med videre henvisninger

¹⁴⁴ HR-2017-2428-A avsnitt 78

¹⁴⁵ HR-2017-2428 A avsnitt 56

Rettsanvendelsen i HR-2021-1975-S illustrerer at dommeren allerede i tolkningen av ordet «denied» uttrykker at formålet med SP artikkel 27 er at statene har «en plikt til å sørge for at urfolks rettigheter til kulturutøvelse beskyttes».¹⁴⁶ Tilsvarende rettsanvendelse ser vi av lovutvalget i NOU 2022:8 Ny minerallov:

«Ut fra ordlyden «not be denied» («ikke nektes») innebærer artikkel 27 først og fremst en «negativ» forpliktelse for staten: Staten må sørge for at det ikke skjer inngrep som rammer samisk kulturutøvelse for hardt».¹⁴⁷

Først når ordlyd er tolket språklig, formål, god tro og kontekstuellt gås det videre til øvrige rettskilder. Norske rettsanvendere bruker lovforarbeider nasjonalt som tolkningsmoment mer enn slutningsprinsippene i folkerettslig metode forutsetter. Dermed har ikke forarbeider tilsvarende rolle i tolkningsprosessen av folkerett. Det kan ha bidratt til at norske domstoler og øvrige rettsanvendere overser viktigheten av å utlede tolkningsmomenter fra lovens ord internasjonalt. Hvorvidt det er slik, forblir et rettsfilosofisk spørsmål i denne sammenheng.

¹⁴⁶ HR-2021-1975-S *Fosen* avsnitt 111

¹⁴⁷ NOU 2022:8 Ny minerallov på s. 111

4 Vekten av UNDRIP i norsk rett

4.1 Innledning

I dette kapittelet undersøkes vekten av UNDRIP i norsk rett. Spørsmålet om hvilken vekt internasjonal rett har i norsk rett oppstår i to tilfeller. Det første tilfellet er ved rettskildeharmoni. Med «rettskildeharmoni» menes argumenter som kan utledes av både internasjonale- og nasjonale rettskilder identifiseres. Dersom disse argumentene er i harmoni kan de sammen begrunne en rettsregel som anvendes i nasjonal rett.¹⁴⁸

Det andre tilfellet er ved *motstrid*. Med «motstrid» menes at den internasjonale rettsregelen ikke kan harmoniseres med den nasjonale rettsregelen. Slik at det må avgjøres hvilken rettsregel skal tillegges mest vekt i norsk rett.¹⁴⁹

Spørsmålet om rettskildeharmoni og motstrid holdes ikke alltid adskilt i juridisk litteratur. Likevel er det klart at det dreier seg om to ulike spørsmål både analytisk og prinsipielt.¹⁵⁰ For å undersøke hvilken vekt UNDRIP har i norsk rett må dermed både tilfeller ved rettskildeharmoni og motstrid belyses.

Enkelte bestemmelser i erklæringen kan ha ulik vekt i forhold til hverandre. Eksempelvis kan det anføres at bestemmelsene om urfolksrett til selvbestemmelse i erklæringen har mer vekt i forhold til bestemmelsene for øvrig.¹⁵¹ Dermed kan erklæringens vekt undersøkes på «regelnivå» og/eller «rettskildenivå». Med «rettskildenivå» menes erklæringen som sådan. Med «regelnivå» menes de enkelte bestemmelsene i erklæringen.

Det kan også variere hvilken vekt urfolkserklæringen har i forhold til ulike nasjonale rettskilder. Eksempelvis kan det være at erklæringen tillegges mindre vekt i konflikt med

¹⁴⁸ Arnesen og Steinvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015) s. 78

¹⁴⁹ Arnesen og Steinvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015) s. 78

¹⁵⁰ Arnesen og Steinvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015) s. 78

¹⁵¹ Vi har sett tidligere at selvbestemmelsesretten i erklæringen kan være kodifisert internasjonal sedvanerett

lovtekst enn lovforarbeider. I tillegg kan det være at de kjente kollisjonsprinsippene¹⁵² kan benyttes ved motstrid mellom urfolkserklæringen og norsk rett.¹⁵³

Kapitteloverskriften er vid nok til å omfatte alle disse mulige problemstillingene. En analyse av alle problemstillingene er ikke mulig i denne sammenheng. Det avgrenses derfor mot regelnivå, kollisjonsprinsipper, og en systematisk drøftelse av hvilken vekt UNDRIP har i forhold til ulike norske rettskilder. Hovedfokuset i analysen er presumsjonsprinsippet som vektnorm. En presis problemformulering kan være:

Hvilken vekt har UNDRIP i norsk rett på rettskildnivå med grunnlag i presumsjonsprinsippet.

Vi skal i det følgende først se på presumsjonsprinsippet som vektnorm. Deretter drøftes vekten av UNDRIP ved rettskildeharmoni. Til slutt drøftes vekten av UNDRIP ved motstrid.

¹⁵² Med «kollisjonsprinsipper» menes lex-prinsippene: Lex-posterior, lex-specialis og lex-superior

¹⁵³ Se for eksempel Rt. 2007 s. 234 avsnitt 56 og HR-2016-2591 avsnitt 60

4.2 Presumsjonsprinsippet: Vektnorm

Presumsjonsprinsippet er godt etablert vektnorm i norsk rett. Det kan eksempelvis vises til Finanger dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1811 der det fremgår at «norsk lov så vidt [som] mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser». ¹⁵⁴ Tilsvarende formulering finner vi i HR-2016-2591-A at det følger av «presumsjonsprinsippet at vergemålsloven § 22 så vidt mulig skal tolkes i samsvar med folkerettslige forpliktelser». ¹⁵⁵

I juridisk litteratur er også presumsjonsprinsippet godt dekket. Skoghøy skriver eksempelvis at «norske rettsregler så vidt mulig [...] tolkes slik at de ikke kolliderer med folkerettslige regler som Norge er bundet av, selv om de ikke har fått formell status som norsk lov». ¹⁵⁶ En forutsetning for presumsjonsprinsippet er imidlertid at Norge er forpliktet av den aktuelle folkerettsregelen. Her vises det til det som er skrevet tidligere i avhandlingen.

Det er ingen konkrete eksempler fra norske domstoler som bruker presumsjonsprinsippet for å tolke norsk rett i samsvar med urfolkserklæringen. Høyesterett har imidlertid flere ganger eksplisitt og/eller implisitt tolket norske rettsregler i samsvar med ILO-169. To eksempler fra Høyesterett er Rt. 2001 s. 769 *Selbu* og Rt. 2001 s. 1229 *Svartskog*. Her henviser ikke Høyesterett direkte til presumsjonsprinsippet. Likevel er det klart at førstvoterende i *Svartskog* velger det tolkningsresultatet som «er i samsvar med reglene i ILO-konvensjonen nr. 169». ¹⁵⁷

Ytterligere eksempler som kan nevnes er HR-2018-456-P *Nesseby* og HR-2016-2030-A *Stjernøya*. ¹⁵⁸ Dommene viser at presumsjonsprinsippet nevnes eksplisitt for å tolke norsk rett i samsvar med ikke inkorporert folkerett, ILO-169. Skoghøy skriver i samme retning at «også ikke-inkorporerte folkerettslige regler [er] en tungtveiende rettskildefaktor ved anvendelse av norsk rett». ¹⁵⁹ Videre har Skoghøy lagt til grunn at «erklæringene [urfolkserklæringen]» må «tillegges vekt» som rettskilde. ¹⁶⁰ Tilsvarende må derfor også gjelde for UNDRIP:

¹⁵⁴ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826

¹⁵⁵ HR-2016-2591-A avsnitt 48

¹⁵⁶ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2023) s. 45

¹⁵⁷ Rt. 2001 s. 1229 på s. 1252

¹⁵⁸ HR-2018-456-P avsnitt 103 og 166, HR-2016-2030-A avsnitt 77

¹⁵⁹ Skoghøy 2002a s. 733

¹⁶⁰ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018) s. 238

Presumsjonsprinsippet krever at norsk rett er i samsvar med urfolkserklæringen. Et tolkningsresultat som er utenfor rammene av urfolkserklæringen utgjør presumsjonsprinsippet et argument mot å legge det til grunn.¹⁶¹

Videre indikerer uttrykket «så vidt mulig» at det i visse tilfeller kan være nødvendig å velge et tolkningsresultat som ikke samsvarer med folkeretten. Det bekreftes i Rt. 2007 s. 234 der det fremgår at «motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsipp som innebærer at norsk rett går foran folkeretten».¹⁶² I HR-2016-2591-A ble også den norske «lovens løsning [lagt] til grunn selv om den skulle være folkerettsstridig».¹⁶³

Presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft begrenses av det dualistiske prinsipp. Med andre ord angir det dualistiske prinsipp at direkte anvendelse av folkerett uten inkorporasjon ikke aksepteres. I tillegg krever det dualistiske prinsipp at norske rett skal ha forrang ved motstrid.

Likevel må presumsjonsprinsippet gjennomslagskraft vurderes konkret. I Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* skriver førstvoterende at «[g]jennomslagskraften» av prinsippet er «avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til».¹⁶⁴ Videre er det presist at «norske rettsregel» yter «liten motstand» hvis det er tale om «folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige».¹⁶⁵ Tilsvarende er også lagt til grunn i Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54 og HR-2016-2591-A 62.

Videre er den rettslige begrunnelsen for presumsjonsprinsippet et ønske om å forhindre folkerettsbrudd.¹⁶⁶ Likevel er det klart at norske myndigheter har konstitusjonell kompetanse til myndighetsutøvelse som kan føre til folkerettsbrudd. Eksempelvis kan Stortinget fatte lovvedtak som er folkerettsstridig.¹⁶⁷ Høyesterett kan avsi dommer i strid med folkeretten.¹⁶⁸

¹⁶¹ Tilsvarende Arnesen og Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015) s. 86

¹⁶² Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54

¹⁶³ HR-2016-2591-A avsnitt 63

¹⁶⁴ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829

¹⁶⁵ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1829

¹⁶⁶ Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett* (2018) s. 68

¹⁶⁷ Se Grunnloven § 75 følgende

¹⁶⁸ Se Grunnloven § 88

Flere dommer fra Høyesterett illustrere at hensynet til lovgiver er et viktig moment i vurderingen av presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft i norsk rett. Eksempler på det er HR-2016-2030-A, Rt. 2009 s. 1055 og HR-2016-2591-A.

For å vurdere presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft i konkrete tilfeller må de underliggende hensynene identifiseres. Hensynet bak presumsjonsprinsippet er et ønske å forhindre folkerettsbrudd.¹⁶⁹ Det er klart at Norge ingen under omstendigheter ønsker å bryte folkerettens regler. Likevel skjer det at norske statsmyndigheter bryter slike regler.

Eksempelvis kan Stortinget fatte lovvedtak som er folkerettsstridig.¹⁷⁰ Høyesterett kan avsi avgjørelser som er i strid med folkeretten.¹⁷¹ Flere avgjørelser viser at Høyesterett synes å søke etter lovgiver viljen ved anvendelse av presumsjonsprinsippet. Slik at rettsanvendelsen fremhever at lovgiver har en intensjon å overholde den aktuelle folkerettsregelen. Det kan for eksempel vises til HR-2016-2030-A, Rt. 2009 s. 1055 og HR-2016-2591-A.¹⁷² I sistnevnte dom er det uttalt:

«Lovgiver har altså ønsket at loven skal være i samsvar med våre konvensjonsforpliktelser. Dette tilsier at loven, så langt det er mulig, fortolkes og anvendes i samsvar med disse forpliktelsene».¹⁷³

Det tyder på at dersom lovgiverviljen kommer til uttrykk styrkes gjennomslagskraften til presumsjonsprinsippet. Med andre ord er prinsippets gjennomslagskraft styrt av Stortinget. En konsekvens av det er at prinsippets gjennomslagskraft svekkes dersom lovgiverviljen ikke kan identifiseres. Rettsanvendere kan derfor bli altfor opptatte å finne lovgiverviljen. Hvis den ikke kommer til uttrykk konkluderer rettsanvenderen med at presumsjonsprinsippet har lite gjennomslagskraft. I sum fører det til langt flere folkerettsbrudd.

Et argument mot lovgiver hensynet kommer til uttrykk i hvordan den rettslige begrunnelsen for presumsjonsprinsippet er formulert: Forhindre folkerettsbrudd. Formuleringen tilsier at å forhindre folkerettsbrudd utgjør også et hensyn i norsk rett. Vi må langt tilbake i tid for å

¹⁶⁹ Ulfstein og Ruud, *Innføring i folkerett* (2018) s. 68

¹⁷⁰ Se Grunnloven § 75 følgende

¹⁷¹ Se Grunnloven § 88

¹⁷² HR-2016-2030-A avsnitt 60-61, Rt. 2009 s. 1055 avsnitt 27 og HR-2016-2591-A avsnitt 95-96

¹⁷³ HR-2016-2591-A avsnitt 96

finne første gang presumsjonsprinsippet kom til uttrykk i norsk rett. I Rt. 1938 s. 584 uttalte førstvoterende at:

«Utvalget antar at almindelig anerkjente folkerettsregler, som norsk rett må forutsettes å falle sammen med».¹⁷⁴

Hvilket bekrefter at hensynet til å forhindre folkerettsbrudd er et viktig hensyn. Ytterligere i samme retning kommer til uttrykk i Grunnloven §§ 92 og 115. I sistnevnte bestemmelse angis «internasjonal rettsorden og samarbeid» skal fremheves. I juridisk litteratur skriver Arnesen og Steinsvik at statens myndigheter kan «bygge rett på egen urett» dersom det gis mindre rettigheter til individer enn det følger av folkeretten.¹⁷⁵

Etter dette er gjennomslagskraften til presumsjonsprinsippet en overveielse mellom hensynet til lovgiver og forhindre folkerettsbrudd. Formodningen er at folkerett som gir individer rettigheter tillegges hensynet til å forhindre folkerettsbrudd mye vekt. Lovgiverviljen tillegges mer vekt i tvister mellom to private parter. Den konkrete vurderingen av gjennomslagskraften til presumsjonsprinsippet er teoretisk sett en overveielse på den ene siden hensynet til individets grunnleggende rettigheter. På den annen side hensynet til demokratiet, maktfordeling og statssuverenitet.

¹⁷⁴ Rt. 1938 s. 584 på s. 585

¹⁷⁵ Arnesen og Steinsvik, *Internasjonalisering og juridisk metode* (2015) s. 149

4.3 Vekten av UNDRIP ved rettskildeharmoni

I dette kapitlet vurderes hvilken vekt urfolkserklæringen har ved rettskildeharmoni. Det forutsettes dermed at bestemmelsene i erklæringen er i harmoni med norsk rett. For å vurdere vekten til erklæringen er sentrale momenter det som er lagt til grunn i forrige kapittel om presumsjonsprinsippet. Vi skal først etablere et fiktivt faktisk grunnlag. Deretter brukes det faktiske grunnlaget i drøftelsen av vekten til urfolkserklæringen.

Gruveselskapet Nordic Minerals AS hadde hørt at Svenskebakken i Karasjok kommune er en lovende beliggenhet for utvinning av et sjeldent mineral. Mineralet er særlig verdifullt i utviklingen av avanserte teknologier og har egenskaper for energilagring. På svenskebakken har flere lokale reineiere beiterettigheter. Nordic Minerals anså ikke det problematisk. Dessuten tenkte Nordic Minerals å dumpe avfall i elva nedenfor Svenskebakken.

Selskapet sendte dermed søknaden om undersøkelsesrett for mineraler på Svenskebakken til Direktoratet for mineralforvaltning, jf. mineralloven § 13 første ledd.¹⁷⁶ Direktoratet må derfor vurdere om gruveselskapet skal få undersøkelsesrett, jf. mineralloven § 17 første ledd. Direktoratet etablerte et faktum som er tilstrekkelig opplyst, jf. mineralloven § 17 andre ledd. Direktoratet anmodet de berørte reineierne om å uttale seg, jf. mineralloven § 17 fjerde ledd. Reineierne gikk imot søknaden.

Mineralloven § 17 femte ledd foreskriver imidlertid at enten «Sametinget» og/eller «grunneieren» må gå imot søknaden for at den skal avgjøres av departementet. Erklæringens artikkel 29 (2) krever at det foreligger «frie og informerte forhåndssamtykke» også fra reineierne. Et argument mot å legge tolkningsresultatet som følger isolert av mineralloven § 17 til grunn er presumsjonsprinsippet. Derfor må prinsippets gjennomslagskraft vurderes.

Twisten er tilsynelatende mellom gruveselskapet og reineierne. Fordi staten er pliktsubjektet, er tvisten mellom staten og reineierne. Ettersom lovgiver ikke har inkludert reineierne i ordlyden i mineralloven § 17 femte ledd kan det virke som at lovgiverviljen er et argument mot presumsjonsprinsippet.

Lovgiver har imidlertid for det første fremhevet at mineralloven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk, jf. mineralloven § 6. Samiske hensyn er helt fundamental i

¹⁷⁶ LOV-2009-06-19-101 Lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven)

anvendelsen av loven, jf. blant annet § 2 bokstav b. For det andre er staten forpliktet til å sikre og utvikle reindrift i Grunnloven § 108. Inngrepet om mineralutvinning kan derfor være et inngrep i reineiernes grunnleggende rettigheter. Ettersom de grunnleggende rettighetene har rettsgrunnlag i nasjonal lovgiving er hensynet til demokratiet, maktfordeling og statssuverenitet ivaretatt. Det tillegges derfor mest vekt på hensynet til å forhindre folkerettsbrudd.

Etter dette tolker Direktoratet mineralloven § 6 i samsvar med erklæringens artikkel 29 (2). Det er ikke motstrid mellom bestemmelsene. De kan harmoniseres til å gi en felles begrunnelse for en nasjonal rettsregel som benyttes på det forelagte faktum. Ordet «vekt» kan indikerer at det skjer en avveieelse mellom bestemmelsene. Overveielsen skjer imidlertid av de underliggende hensynene som illustrert ovenfor. At erklæringen er tillagt mye vekt vil vise seg i at den utgjør sentral del i tolkningen av bestemmelsene i mineralloven § 17.

Dommen inntatt i HR-2016-2030-A *Stjernøya* er illustrerende for at ILO-169 er tillagt mye vekt. Vekten vises implisitt i at ILO-169 utgjør en sentral rolle i tolkningen av de norske alminnelige tingsrettslige reglene. I saken krevde reindriftsutøvere eiendomsrett til deler av Stjernøya i Finnmark. Påstandsgrunnlaget for kravet var reindriftsutøvernes bruk av øya som sommerbeite. Førstvoterende skriver at:

«Ved anvendelsen av de [norske] tingsrettslige reglene om rettighetsserverv [...] [ILO-169] artikkel 14 nr. 1 få betydning gjennom anvendelsen av det såkalte presumsjonsprinsippet».¹⁷⁷

Høyesterett tar utgangspunkt i presumsjonsprinsippet som en vektnorm for tolkningsprosessen. Førstvoterende tilstreber dermed et tolkningsresultat som ikke er i strid med artikkel 14. nr. 1. Videre tolker førstvoterende ordlyden og slutningen er:

«Artikkelens første punktum gjelder eiendoms- og besittelsesrettigheter, mens andre og tredje punktum gjelder bruksrettigheter. Sammenhengen mellom bestemmelsene viser at rettighetsservervets omfang vil avhenge av om rådigheten over det aktuelle området har vært eksklusiv».¹⁷⁸

¹⁷⁷ HR-2016-2030-A avsnitt 77

¹⁷⁸ HR-2016-2030-A avsnitt 79

Førstvoterende tolker ordlyden kontekstuellet for å fastlegge terskelen for rettighetserverv ved å skille mellom ulike typer rettigheter. For å erverve eiendomsrett kreves det mer intens bruk i forhold til bruksrettigheter. Eksklusiv bruk styrker argumentet for at rettighetservervet er eiendomsrett. Ordlyden peker derfor i retning av at det kreves eksklusiv rådighet for eiendomserverv.

Førstvoterende viser imidlertid videre til NOU 1997:5, NOU 2007:13 og juridisk litteratur.¹⁷⁹ Ut fra disse er slutningen til dommeren at «det gjelder ikke noe absolutt krav om at urfolkets bruk av et område har vært eksklusiv for å tilfredsstille rådighetskravet i konvensjonens artikkel 14 nr. 1 første punktum».¹⁸⁰ Dermed er tolkningsresultatet at terskelen for å erverve eiendomsrett noe lavere enn det ordlyden kontekstuellet tolket indikerer.

Videre slår førstvoterende fast at ILO-169 artikkel nr. 14 kan samordnes med den norske rettsregelen idet «begrenset bruk av andre ikke er til hinder for eiendomserverv gjennom utøvelse av eierrådighet i alders tid».¹⁸¹ Slik at hvilke krav som stilles for eiendomserverv kan konkretiseres ut fra ILO-169. Det er imidlertid viktig å bemerke seg at ILO-169 artikkel 14 nr. 1 ikke har et vilkår om *god tro* i motsetning til den norske rettsregelen. Hvilken betydning det har kom ikke på spissen i *Stjernøya*, fordi bruksvilkåret ikke var oppfylt.¹⁸²

Til slutt kan det bemerkes at det synes som at det avgjørende for at ILO-169 vektlegges i førstvoterendes rettsanvendelsen er lovgiverviljen. Førstvoterende viser til Ot.prp.nr.53 (2002-2003) som gir uttrykk for at det er lovgivers intensjon at «tingsrettslige prinsipper skal anvendes på samiske premisser».

¹⁷⁹ HR-2016-2030-A avsnitt 80, 81 og 82

¹⁸⁰ HR-2016-2030-A avsnitt 80

¹⁸¹ HR-2016-2030-A avsnitt 83

¹⁸² HR-2016-2030-A avsnitt 112

4.4 Vekten av UNDRIP ved motstrid

Spørsmålet her er hvilken vekt UNDRIP har ved motstrid. Det forutsettes dermed at det er motstrid mellom urfolkserklæringen og norsk rett. Presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft er begrenset av det dualistiske prinsipp som nevnt ovenfor. Presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft må likevel vurderes konkret med utgangspunkt i vurderingsmomentene ovenfor.

Karakteren av den folkerettslige forpliktelsen. Det må med andre ord vurderes om forpliktelsene i urfolkserklæringen er av en slik karakter at de bør ha forrang over norsk rett ved motstrid. For å vurdere karakteren av urfolkserklæringen må både det rettslige innholdet og dens internasjonale betydning analyseres. Overordnet kan det legges til grunn at urfolkserklæringen gir grunnleggende rettigheter til urfolket. Rettighetene har til formål å sikre og utvikle deres overlevelse. Det rettslige innholdet i urfolkserklæringen er dermed et argument som trekker i retning av at erklæringen skal ha forrang ved motstrid.

Det kan også hevdes at tolkningsresultater som er i strid med urfolkserklæringen kan være brudd på Grunnloven § 108. Situasjonen kan være slik: En formell lov tolkes i strid med urfolkserklæringen. Slik at lex superior-prinsippet krever at Grunnloven § 108 har forrang og derigjennom urfolkserklæringen.

Argumentet som kan trekke i motsatt retning er at urfolkserklæringen ikke er rettslig bindende. Erklæringen kan anses å være normativ og veiledende for politikken i Norge. Likevel har erklæringen stor tilslutning blant stater. Noe som reflekterer en internasjonal konsensus om minstestandarder for urfolket. Fordi erklæringen har bred internasjonal anerkjennelse er antakelsen om at den ikke er rettslig bindende. Hvoretter det tolkningsresultatet som velges er i strid med urfolkserklæringen. Sikt tolkningsresultat kan være i strid med hensynet til å unngå folkerettsbrudd.

Dessuten kan det være tvil om regjeringens meninger om erklæringen skal vektlegges. Urfolkserklæringen kan på mange måter begrense regjeringen som utøvende makt. Maktfordelingsprinsippet angir at dømmende makt er uavhengig av utøvende makt. Hvilket tilsier at rettsanvendere ikke ukritisk skal legge til grunn det regjeringen fremholder. Høyesteretts praksis virker å være varierende i hvilken grad regjeringens uttalelser vektlegges. Poenget må dermed være at uttalelsen i St.meld. mister noe av sin betydning rettslig sett.

Ytterligere argument som trekker i retning av at norsk rett skal ha forrang foran urfolkserklæringen ved motstrid er det dualistiske prinsipp: Prinsippet begrenser gjennomslagskraften til presumsjonsprinsippet. Hvilket betyr at norsk rett skal ha forrang for urfolkserklæringen ved motstrid. De hensyn som begrunner det dualistiske prinsipp er hensynet til maktfordeling, demokratiet og statsuverenitet.

Maktfordeling fordrer at makten mellom lovgivende, utøvende og dømmende myndighet er separert. Det forhindrer maktmisbruk. Dersom erklæringen har forrang, kan det utfordre lovgivende makts selvstendighet.

Videre er det forutsatt at all makt kommer fra folket. Folkevalgte vedtar og endrer lover i Stortinget. Lovgivers lovvedtak reflekterer flertallets folkevilje i Norge. Urfolkserklæringen er ikke underlagt den samme demokratiske prosessen. Slik at erklæringen mangler demokratisk legitimitet. Dersom urfolkserklæringen har forrang ved motstrid, kan det være en omgåelse av demokratiet. I tillegg utfordrer at urfolkserklæringen har forrang statsuvernitetsprinsippet. Med andre ord kan FN regulere norske interne anliggender uten beslutningsmyndighet.

I sum viser det at dualistiske prinsipp verner om fundamentale og grunnleggende konstitusjonelle hensyn. Derimot kan det hevdes at hensynet til maktfordeling kun gjelder traktater. Grunnloven forutsetter at Stortinget kan inngå traktater, jf. Grunnloven § 26 andre ledd. Internasjonal sedvanerett inngås ikke etter konstitusjonellkompetanse, men de blir gradvis til. Dersom rettsanvenderen vektlegger urfolkserklæringen foran norsk rett vil ikke det gjøre eksempelvis domstolen til lovgiver. Likevel er det ingenting som tyder på at, per dags dato, at urfolkserklæringen gir uttrykk for internasjonal sedvanerett.

Oppsummert virker det som at norsk rett skal ha forrang i motstrid med urfolkserklæringen. Likevel er ikke det utenkelig, forutsatt at erklæringen blir internasjonal sedvanerett, at det kan endre seg.

Referanseliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

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

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 (reindriftsloven)

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

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

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

Forarbeider

NOU 2022: 8 Ny minerallov

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling

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

Rettspraksis

HR-2023-491-P *Snøkrabbe*

HR-2021-1975-S *Fosen*

HR-2020-1340-A *Fremmedkriger*

HR-2019-282-S *Snøkrabbe*

HR-2019-610-A *Tidal*

HR-2018-456-P *Nesseby*

HR-2017-2428-A *Sara* eller *Reintallsreduksjon*

HR-2016-2591-A *Psykatrisk pasient*

Rt. 2014 s. 769

Rt. 2009 s. 1055

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2001 s. 1229

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger*

Rt. 1997 s. 1019

Rt. 1997 s. 1341

Rt. 1997 s. 1608

Rt. 1938 s. 584

Internasjonale konvensjoner

ILO Constitution/ILO-konstitusjonen, 29. oktober 1919

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

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

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

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

Internasjonal praksis og øvrig internasjonale rettskilder

Tiina Sanila-Aikio vs. Finland (2015) Communication No. 2668/2015 (Fra FNs Menneskerettighetskomité)

Lars Anders Ågren vs. Sweden Communication No. 54/2013 (fra FNs rasediskrimineringskomité)

Daniel Billy vs. Australia Communication No. 3624/2019 (Fra FNs menneskerettighetskomité)

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

International Court of Justice Case concerning Fisheries Jurisdiction (UK og Nord-Irland mot Island) ICJ (Judgement) 25 juli 1974

International Court of Justice Case concerning South West Africa (Etiopia mot Sør-Afrika; Liberia mot Sør-Afrika) 21. desember 1962 (Preliminary objections)

International Court of Justice Case concerning Aegean Sea Continental Shelf (Hellas mot Tyrkia) 19. desember 1978 (Judgement)

Juridisk Litteratur

Ravna, Øyvind, Same- og reindrifftsrett, Gyldendal 2019

Mæhle Sæther, Synne og Ragna Aarli, Fra lov til rett, 3. utgave, Gyldendal 2022

Ruud, Morten, og Geir Ulfstein, Innføring i Folkerett, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2018

Skogvang, Susann Funderud, Samerett, 4. utgave, Universitetsforlaget 2023

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

Skoghøy, Jens Edvin A., Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2018

Skoghøy, Jens Edvin A., Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget 2023

Skoghøy, Jens Edvin A., Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven, Rettsteori og rettsliv, Universitetsforlaget 2002

Åhrén, Mattias, *Indigenous peoples' status in the international legal system*, Oxford University Press 2016

Arnesen, Finn og Arne Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning for norsk rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2015

Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2021

Kravik, Andreas Motzfeldt, Stian Øby Johansen og Audun Lunnan Hjort, *Folkerettslig metode*, Universitetsforlaget 2023

Smith, Carsten og Lucy Smith, *Norsk rett og folkeretten*, 2. utgave, Universitetsforlaget 1982

Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2017

Dörr, Oliver og Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer Verlag 2012

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. utgave, Cambridge 2013

Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, 2. utgave, Oxford 2015 s. 202

Narvestad, Anders, *Høyesterett og folkeretten*, Universitetsforlaget 2023

Andre kilder

Historical Overview: (Sist lest 10. November) <https://social.desa.un.org/issues/indigenous-peoples/united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples>

FNs erklæring om urfolksrettigheter, («The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples»)

FNs erklæring om menneskerettigheter («Universal Declaration of Human Rights»)

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

The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Manual for National Human Rights Institutions

NIMs rapport, *Holdninger til samer og nasjonale minoriteter i Norge*:

<https://www.nhri.no/holdninger-til-samer-og-nasjonale-minoriteter/>

«Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries»

(2018), A/73/10:

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf

Tuomas Aslak Juuso, Committee Hansard, Canberra, 10 February 2023:

https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Aboriginal_and_Torres_Strait_Islander_Affairs/UNDRIP/Report/Chapter_3_-_International_Applications_of_UNDRIP#_ftn105

Inquiry into the application of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Australia:

https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/committees/reportjnt/RB000083/toc_pdf/InquiryintotheapplicationoftheUnitedNationsDeclarationontheRightsofIndigenousPeoplesinAustralia.pdf

United Nations, State of the World's Indigenous Peoples: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, New York, 2019:

<https://social.un.org/unpfii/sowip-vol4-web.pdf>

Department of Justice Canada, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act Action Plan, 2023: https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/ap-pa/ah/pdf/2023-06-20_UNDA_Action_Plan_EN.pdf

Lest 1. desember <https://humanrights.gov.au/about/news/opinions/incorporating-undrip-australian-law-would-kickstart-important-progress>

FN-dok.: A/HRC/9/9, 11. august 2008: «Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development»

Resolution No. 5/2012 Rights of indigenous people: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-resolution-english-sofia-2012-4

