



Urfolks rett til konsultasjoner i mineralutvinningsaker

*av Aila Biret Henriksen Selfors
JUR-3901*

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2013*

Innholdsfortegnelse

| | | |
|---------|--|----|
| 1 | Innledning | 3 |
| 1.1 | Presentasjon av tema | 3 |
| 1.2 | Konsultasjonsrettens begrunnelse | 5 |
| 1.3 | Temaets aktualitet | 6 |
| 1.4 | Konsultasjoner og FPIC | 8 |
| 1.5 | Videre fremstilling | 10 |
| 2 | Rettskilder og metode | 11 |
| 2.1 | Generelle bemerkninger om folkerettslig metode | 11 |
| 2.2 | Sedvanerett | 12 |
| 2.3 | Rettspraksis | 16 |
| 2.4 | Urfolkserklæringen | 17 |
| 2.5 | Folkerettslig litteratur | 18 |
| 3 | Den berørte rettighetens betydning for konsultasjonsplikten | 19 |
| 3.1 | Innledning | 19 |
| 3.2 | Retten til selvbestemmelse | 20 |
| 3.3 | Retten til kultur | 22 |
| 3.4 | Eiendoms- og bruksretten | 25 |
| 4 | Partene | 27 |
| 4.1 | Innledning | 27 |
| 4.2 | Urfolksparten | 29 |
| 4.2.1 | Den berørte urfolkgruppen | 29 |
| 4.2.2 | Flere berørte parter | 30 |
| 4.2.3 | Krav om representativitet | 32 |
| 4.2.4 | Eksempler på representative institusjoner | 35 |
| 4.2.4.1 | Urfolksparlamenter | 35 |
| 4.2.4.2 | De lokale urfolkssamfunnene | 37 |
| 4.2.4.3 | Representative institusjoner i reindriften | 39 |
| 4.2.4.4 | Andre aktuelle samiske næringer | 41 |
| 4.3 | Pliktsubjekt | 42 |
| 4.3.1 | Stat | 42 |
| 4.3.2 | Selvstendige rettssubjekter | 43 |
| 4.3.3 | Tiltakshaver | 44 |
| 5 | Krav til konsultasjonsprosessen | 46 |
| 5.1 | Innledning | 46 |
| 5.2 | Konsultasjoner skal foregå med god vilje | 48 |
| 5.2.1 | Innledende bemerkninger | 48 |
| 5.2.2 | Anerkjennelse av urfolks rettigheter | 48 |
| 5.2.3 | Tillit | 49 |
| 5.2.4 | Kulturell forståelse og respekt | 49 |
| 5.2.5 | Full åpenhet og god dialog | 50 |
| 5.3 | Konsultasjoner skal ha målsetning om å oppnå samtykke | 50 |
| 5.4 | Konsultasjoner skal foregå med hensiktsmessige prosedyrer | 54 |
| 5.4.1 | Generelt | 54 |
| 5.4.2 | Før konsultasjoner starter | 55 |
| 5.4.2.1 | Utrede materielle rettigheter | 55 |
| 5.4.2.2 | Regelfeste nasjonale prosedyrer/etablere nasjonale rammeverk | 57 |
| 5.4.2.3 | Kapasitets- og kompetansebygging | 59 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 5.4.3 | Ulike faser i konsultasjonsprosessen..... | 60 |
| 5.4.3.1 | Utarbeide konsultasjonsplan | 60 |
| 5.4.3.2 | Definere målet med konsultasjonene | 61 |
| 5.4.3.3 | Informasjonskrav | 62 |
| 5.4.3.4 | Interne konsultasjoner innenfor lokalsamfunnet..... | 63 |
| 5.4.3.5 | Når inntre konsultasjonsplikten? | 63 |
| 5.4.3.6 | Nærmere om konsultasjoner i planleggingsstadiet | 67 |
| 5.4.3.7 | Tidsramme for konsultasjoner | 68 |
| 5.4.3.8 | Håndtering av konflikter | 69 |
| 5.4.3.9 | Konsultasjoner under drift og evaluering av mineralvirksomheten..... | 69 |
| 5.4.4 | Oppsummering..... | 70 |
| 6 | Nektingsrett og rettslige konsekvenser av en konsultasjonsprosess..... | 71 |
| 6.1 | Innledning | 71 |
| 6.2 | Utgangspunktet for nektingsretten | 71 |
| 6.3 | Retten til kultur | 73 |
| 6.3.1 | SP artikkel 27 | 73 |
| 6.3.2 | ØSK artikkel 15 (1) (a) | 77 |
| 6.4 | Retten til eiendom | 80 |
| 6.4.1 | De regionale menneskerettighetskonvensjoner i Europa og Amerika | 80 |
| 6.4.1.1 | Maya Communities of the Toledo District v. Belize | 81 |
| 6.4.1.2 | Saramaka People v. Suriname..... | 82 |
| 6.4.1.3 | Four Ngöbe Indigenous Communities v. The Republic of Panama | 84 |
| 6.4.1.4 | Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador..... | 84 |
| 6.4.2 | RDK artikkel 5 (d) (v)..... | 85 |
| 6.5 | Inngrepets art som styrende for nektingsretten | 88 |
| 6.5.1 | Flytting av urfolk | 88 |
| 6.5.2 | Store prosjekter | 88 |
| 6.6 | Konsultasjonsrettens rettslige konsekvenser..... | 90 |
| 6.6.1 | Konsekvenser ved oppnådd samtykke | 90 |
| 6.6.2 | Konsekvenser ved brudd på konsultasjonsretten | 91 |
| 6.7 | Oppsummering..... | 93 |
| 7 | Konsultasjoner om mineralsaker i norsk rett..... | 94 |
| 7.1 | Innledning | 94 |
| 7.2 | Konsultasjonsavtalen | 95 |
| 7.3 | Mineralloven | 97 |
| 7.4 | Plan- og bygningsloven..... | 99 |
| 7.5 | Finnmarksloven § 4..... | 100 |
| 7.6 | Klargjøring av rettighetssituasjonen | 102 |
| 7.7 | Kravet til hensiktsmessige prosedyrer | 105 |
| 7.8 | Nektingsrett..... | 106 |
| 7.9 | Muligheter for rettslig overprøving..... | 109 |
| 7.10 | Konklusjon..... | 111 |
| 8 | Avslutning med rettspolitiske betraktninger..... | 111 |
| 8.1 | Om konsultasjonsordningen i Norge..... | 111 |
| 8.2 | Konsultasjoner som virkemiddel for effektiv deltakelse | 113 |
| 9 | Kilder | 115 |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Temaet for denne avhandlingen er Norges folkerettslige forpliktelser til å konsultere urfolk i mineralutvinningssaker. Urfolks konsultasjonsrett fremkommer i flere av Norges folkerettslige forpliktelser. Konvensjonen som direkte regulerer konsultasjonsretten er ILO-konvensjon nr. 169¹ om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (heretter ILO-169). Konsultasjonsretten kommer til uttrykk i flere av konvensjonens bestemmelser, men det er artikkel 6 som klart regulerer konsultasjonsretten. Bestemmelsen lyder som følger:

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

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

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

ILO-169 artikkel 6 vil sammen med ILO-169 artikkel 15 (2) danne grunnlaget for analysen av konsultasjonsretten. Artikkel 15 (2) fastsetter konsultasjonsplikt for myndighetene ved utvinning av mineralressurser.

Ved siden av disse to bestemmelsene analyseres også andre folkerettslige kilder som har betydning for norske myndigheters konsultasjonsplikt. Selv om FNs erklæring om urfolks rettigheter² (heretter urfolkserklæringen) ikke er et folkerettslig bindende dokument, har erklæringen en viss betydning som rettskildefaktor. Erklæringen har stadfestet en generell konsultasjonsrett i artikkel 19, med et stykke på vei

¹ ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, vedtatt 27. juni 1989.

² FNs erklæring om urfolksrettigheter, vedtatt 13. september 2007.

sammenfallende ordlyd som ILO-169 artikkel 6. Konsultasjonsretten i mineralutvinningssaker er presisert i erklæringens artikkel 32 (2), hvor det heter:

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

Målsetningen om samtykke er sterkere understreket i erklæringen enn hva den er etter ILO-169. Etter ILO-169 artikkel 6 (2) skal konsultasjonene skje med ”the objective of achieving agreement or consent”, mens det i urfolkserklæringen artikkel 19 og 32 (2) heter ”in order to obtain their free and informed consent”. Urfolkserklæringen kan gi uttrykk for at det har skjedd en utvikling av konsultasjonsretten. Det har blitt argumentert for at konsultasjonsretten har utviklet seg til å bli en internasjonal sedvanerett etter vedtakelsen av ILO-169.³ Urfolkserklæringen kan ha en særlig betydning i denne henseende. Det er derfor grunn til å behandle urfolkserklæringen sammenholdt med andre aktuelle rettskilder i analysen av konsultasjonsretten.

Avhandlingens hoveddel vil være en folkerettslig framstilling av konsultasjonsretten, der spesielt to sider ved konsultasjonsretten vil bli drøftet. Det gjelder først hvilke krav som stilles til konsultasjonsprosessens innhold. Deretter belyses hvordan konsultasjonsretten blir påvirket av den underliggende materielle retten, samt om manglende samtykke fra urfolk kan medføre en nektingsrett. I den siste delen av avhandlingen vurderes det om disse folkerettslige forpliktelsene er oppfylt i intern norsk rett. Fremstillingen avgrenses mot spørsmålet om konsultasjonsrettens anvendelsesområde. Dette fordi mineralutvinningssaker i praksis vil gjøre et så stort inngrep at det alltid vil medføre en rett til konsultasjoner.

³ James Anaya, ”Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”, *Arizona Journal of International & Comparative Law Vol 22, No. 1*, 2005 side 1; Paul Joffe, Canadas opposition to the UN Declaration i boken, ”Realizing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, Jackie Hartley, Paul Joffe og Jennifer Preston (red.) (Purich Publishing 2010) side 82.

For å spisse temaet er fremstillingen begrenset til å omhandle konsultasjonsretten i mineralutvinningssaker. Mange av de spørsmål som gjør seg gjeldene i mineralsaker vil også kunne gjøre seg gjeldende for andre typer inngrep i urfolksområder, eksempelvis skogdrift, vannkraftverk, kraftlinjer, hyttefelt, skianlegg og andre utvinningsprosjekter som for eksempel oljeutvinning. Fremstillingen vil derfor bidra til å belyse konsultasjonsrettens betydning og innhold også for andre type saker.

Formålet med oppgaven er å klargjøre innholdet av urfolks rett til konsultasjoner, slik at konsultasjonsretten i større grad kan ha gjennomslagskraft i intern norsk rett. Særlig viktig er det å tydeliggjøre konsultasjonsrettens innhold i mineralutvinningssaker, som ofte er omfattende prosjekter med stor betydning både for den lokale befolkningen og for selskapene. Klargjøring av konsultasjonsretten vil også bidra til mer forutsigbarhet i en mineralutvinningsprosess – noe som er blitt etterlyst av både urfolk og mineralnæringen. Videre vil en klargjøring av internasjonale regler kunne være et bidrag til at reglene blir anvendt likt i de forskjellige statene. Lik praksis vil kunne føre til forutsigbarhet og bedre konkurransevilkår i den internasjonale mineralnæringen, samtidig vil lik praksis ha en særlig fordel for urfolk med lite ressurser til å fremme sine krav.

1.2 Konsultasjonsrettens begrunnelse

Retten til effektiv deltakelse i beslutninger vedrørende egen fremtid står sentralt for urfolk i hele verden. Statens avgjørelser vedtas gjennom en demokratisk prosess hvor befolkningens interesser i utgangspunktet skal være tilstrekkelig ivaretatt. Det gjennomføres høringer for å forsterke representativiteten i den demokratiske prosessen. Når statlige avgjørelser påvirker urfolks rettigheter og interesser vil imidlertid ikke disse prosessene være tilstrekkelige for å oppnå en demokratisk prosess, ettersom urfolk er marginalisert i den politiske sfæren.⁴ Det er derfor nødvendig med differensierte prosedyrer for å sikre urfolks grunnleggende rett til effektiv deltakelse i de saker som angår dem. Dette er den demokratiske begrunnelsen for at det er etablert en rett til konsultasjoner med målsetning om at det berørte urfolk skal gi sitt samtykke.

⁴ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/12/34 avsnitt 42.

Retten til deltakelse kan sies å stamme fra det grunnleggende prinsippet om at enhver skal kunne bestemme over seg selv og sitt. Når reell selvbestemmelse er vanskelig, blir det tale om å gi medbestemmelse i form av deltakelse i beslutningsprosesser. På denne måten begrunnes konsultasjonsretten i tanken om selvbestemmelse. Norske myndigheter har også uttrykt at samenes selvbestemmelse handler om å gi samene en rett til effektiv deltakelse i avgjørelser som angår dem.⁵ Det er imidlertid argumentert for at en betydningsfull selvbestemmelsesrett må inkludere større kontroll, blant annet over tradisjonelle landområder og naturressurser.⁶ I en forlengelse av dette argumenteres det for at urfolk må ha en rett til å gi eller tilbakeholde samtykke til visse prosjekter på deres landområder.⁷ Det er således en glidende overgang mellom retten til deltakelse og økt selvbestemmelse.

1.3 Temaets aktualitet

Urfolks rett til konsultasjoner i mineralutvinningsaker er et svært aktuelt tema i internasjonal urfolksrett.⁸ Den økte etterspørselen etter mineraler, spesielt på urfolksområder, er en viktig årsak til dette. Etablering av ulike utvinningsprosjekter på urfolksområder bryter dessverre forholdsvis ofte med urfolks landrettigheter og retten til kulturutøvelse. Mineralutvinning og utvinning av andre naturressurser medfører derfor store bekymringer for urfolk verden over.⁹ Både FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter og FNs ekspertmekanisme for urfolksrettigheter har sett på dette som en alvorlig bekymring og har i sine siste undersøkelser satt fokus på urfolks rettigheter ved utvinningsprosjekter.¹⁰ Spesialrapportøren og ekspertmekanismen har i sine rapporter satt ekstra fokus på retten til konsultasjoner, da konsultasjonsretten er

⁵ St.meld. nr. 55 (2000-2001) side 36.

⁶ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument E/CN.4/Sub.2/2004/30 avsnitt 17.

⁷ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument E/CN.4/Sub.2/2004/30 avsnitt 38; Tara Ward, "The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2011 avsnitt 5.

⁸ Tara Ward, "The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2011, avsnitt 1.

⁹ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/21/47 avsnitt 34.

¹⁰ Rapporter fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokumentene A/HRC/18/35 og A/HRC/21/47.

en av rettighetene som hyppigst blir brutt ved utvinningsprosjekter. I denne sammenheng er det både av næringen og urfolk blitt uttrykt bekymring for at det ikke eksisterer en felles forståelse for hva konsultasjonsretten innebærer, noe som medfører betydelig uforutsigbarhet for alle parter.

Mineraletterspørselen har også medført at den norske regjeringen ønsker å satse stort på mineralvirksomhet i Norge og spesielt i Nord-Norge. Regjeringen har nylig lansert en mineralstrategi, som gir uttrykk for regjeringens offensive holdning for mineralvirksomhet.¹¹

Mineraldrift er ikke et nytt fenomen i de samiske områdene. Tidligere har de største mineralinngrep skjedd på svensk side (Kirunaområdet) og russisk side. Også på norsk territorium har det vært omfangsrike gruveprosjekter, både i sør (for eksempel Røros og Rana) og i nord (for eksempel Syd-Varanger Gruver i Kirkenesområdet). For øyeblikket er det spesielt de nye mineralprosjektene Nussir (Kvalsund) og Bieddjovágge (Kautokeino) som får oppmerksomhet. Med regjeringens satsing er det imidlertid grunn til å forvente flere virksomheter. Parallelt med den offensive mineralsatsingen har regjeringen varslet store reduksjoner av reintallet i Finnmark, med den begrunnelse at det ikke er plass til dagens antall reinsdyr. Disse konfliktene skaper naturligvis ekstra problemer når planlegging av mineraldrift starter.

Samtidig er det naturlig nok delte oppfatninger om mineraldrift også i de samiske samfunnene, ikke minst på grunn av behovet for nye arbeidsplasser. Også av denne grunn er det behov for gode prosesser, der de samiske samfunn kan delta i beslutningsprosessene gjennom konsultasjoner.

Selv om samenes konsultasjonsrett er anerkjent i Norge, viser det seg et behov for å drøfte konsultasjonsrettens betydning i mineralutvinningsaker. For å oppfylle ILO-konvensjonens konsultasjonsplikt ble det 11. mai 2005 inngått en konsultasjonsavtale mellom Sametinget og Regjeringen. Avtalen ble godkjent av Kongen i statsråd 1. juli samme år. Under lovarbeidet til mineralloven ble det gjennomført konsultasjoner

¹¹ Nærings- og handelsdepartementets notat ”Strategi for mineralnæringen” av 13. mars 2013.

mellom Sametinget og Næringsdepartementet etter konsultasjonsavtalen.¹² Det ble ikke oppnådd enighet mellom partene til et lovforslag, noe som resulterte i at Sametinget ikke ga sin tilslutning til mineralloven. Årsaken til dette var at Sametinget mente at lovforslaget ikke tilfredstilte folkerettens krav, blant annet urfolks rett til å bli konsultert etter ILO-169.¹³ I konsultasjonene med departementet vedrørende mineralloven forlangte Sametinget samtykkemyndighet for mineralvirksomhet med vesentlige virkninger for samisk kultur og næringsliv.¹⁴ Med fare for brudd på konsultasjonene modifiserte Sametinget kravet om samtykkemyndighet til et krav om en lovfestet konsultasjonsplikt i mineralloven.¹⁵ Også dette ble avvist av departementet med den begrunnelse at det foregikk et arbeid om lovfesting av en generell konsultasjonsplikt, og at konsultasjonsavtalen uansett kommer til anvendelse i mineralutvinningssaker.¹⁶ Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven) ble dermed vedtatt uten bestemmelser vedrørende samenes rett til konsultasjoner. Norges folkerettslige konsultasjonsforpliktelser er med andre ord en svært aktuell problemstilling.

1.4 Konsultasjoner og FPIC

Konsultasjonsretten har i økende grad blitt omtalt i sammenheng med ”free, prior and informed consent”, som forkortes FPIC.¹⁷ Det finnes ingen klar definisjon til begrepet FPIC, noe som har medført at begrepet har blitt brukt med et ulikt innhold. Tidvis har FPIC blitt anvendt synonymt med konsultasjoner. Andre har innfortolket vetorett i begrepet. Denne holdning kom blant annet frem gjennom statenes stemmeforklaring da urfolkserklæringen ble vedtatt. Bekymringen for at FPIC skulle kunne gi en vetorett ble anført av flere stater, inkludert stater som stemte for erklæringen.¹⁸ FPIC har også blitt brukt som et overordnet prinsipp styrende for konsultasjonene. På

¹² Ot.prp. nr. 43 (2008-2009) side 92.

¹³ *Ibid* side 93.

¹⁴ *Ibid* side 103.

¹⁵ *Ibid* side 106.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ Se for eksempel Tara Ward, ”The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2011.

¹⁸ FNs generalforsamling, *General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, FN-dokument GA/10612, 2007.

bakgrunn av dette vil det være nødvendig å gi en kort omtale over hvordan begrepsbruken vil være i denne oppgaven.

I forbindelse med deltakelsesretten har det vært et fokus på at det skal være et mål at urfolks deltakelse i beslutningsprosessen skal medføre at urfolket gir sitt samtykke til vedtaket, slik som det er i konsultasjoner. I denne sammenheng kan det tales om prinsippet om FPIC. Prinsippet medfører at målet om samtykke skal være styrende for konsultasjonene. Et slikt prinsipp er imidlertid innbakt i konsultasjonsinstituttet.¹⁹ Dette følger både av ILO-169 og urfolkserklæringen. Mange stater har imidlertid i praksis oppfattet ILO-169 slik at målsettingen om samtykke ikke har noe reelt innhold og at det ikke vil ha noen rettslige konsekvenser om enighet med urfolksparten ikke nås. Dette er en årsak til flere etter hvert har brukt FPIC som betegnelse på konsultasjonsretten, hvor fokuset da er på samtykkeprinsippet.²⁰

Dersom det tales om en rett til FPIC vil det være nærliggende å tolke dette som en rett til å nekte gjennomføringen av tiltaket. En rett til å nekte et inngrep er imidlertid i utgangspunktet knyttet til de materielle rettighetene. Retten til konsultasjon må på sin side anses som en mer prosessuell rett. Et brudd på de prosessuelle regler vil lettere kunne repareres, og på denne måte er det unaturlig at konsultasjonsretten utløser en varig rett til å nekte inngrepet. Ut fra mitt syn vil FPIC ikke i seg selv være en selvstendig rettighet, og den kan derfor ikke utløse en rett til veto. De forskjellige syn på begrepets rettslige innhold gjør det vanskelig å foreta en juridisk analyse av den.

I denne avhandlingen vil begrepet FPIC således ikke bli benyttet direkte. Prinsippetets kjerne er knyttet til urfolks samtykke, hvilket er det begrepet som vil benyttes i avhandlingen. Der hvor det er tale om en mulighet for veto, vil uttrykket nektingsrett benyttes.

¹⁹ For mer om dette vises det til punkt 5.3.

²⁰ Andrea Carmen, "The Right to Free, Prior, and Informed Consent - A Framework for Harmonious Relations and New Processes for Redress" i boken *Realizing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Boston 2010 side 124-125.

1.5 Videre fremstilling

Avhandlingen vil i kapittel 2 starte med en redegjørelse av de særlige spørsmål som oppstår ved anvendelsen av folkerettens kilder og metodebruk i urfolksrettslig sammenheng. Kapittel 3 inneholder en presentasjon av de tre mest sentrale underliggende materielle rettighetene som kan bli berørt av mineralvirksomhet. Dette er retten til kultur, eiendoms- og bruksretten og selvbestemmelsesretten. Da den underliggende materielle retten styrer konsultasjonsrettens innhold og omfang, vil kapitlet være en viktig premiss for avhandlingens hoveddel.

Avhandlingens hoveddel fremkommer i kapitlene 4, 5 og 6. I kapittel 4 redegjøres det for konsultasjonsprosessens parter. Deretter vil kapittel 5 bestå av en dypere analyse av hvilke krav som stilles til måten konsultasjonene skal gjennomføres på. Kapitlet er delt inn etter de tre konsultasjonsvilkårene. Først vurderes hva som ligger i kravet om at konsultasjonene skal skje med *god vilje*. Dernest vurderes hva som ligger i kravet om at konsultasjoner skal gjennomføres med et *mål om å oppnå enighet eller samtykke*. Endelig gjøres det en analyse av hva kravet om *hensiktsmessige prosedyrer* innebærer.

I kapittel 6 blir spørsmålet om urfolk har nektingsrett tatt opp. En eventuell nektingsrett kan anses som en konsekvens av brudd på enten den prosessuelle konsultasjonsretten eller materielle rettigheter. Kapitlet vil derfor ha det som et utgangspunkt å vurdere hvilke rettslige konsekvenser konsultasjonsprosessen vil kunne medføre.

Kapittel 7 består av en vurdering av hvordan Norge har forholdt seg til folkerettens regler om konsultasjoner og nektingsrett. Avslutningsvis gjøres det en kort rettspolitisk vurdering av konsultasjonsordningen i Norge og av konsultasjonsinstituttet som virkemiddel for effektiv deltakelse.

2 Rettskilder og metode

2.1 Generelle bemerkninger om folkerettslig metode

I dette kapittelet skal det redegjøres kort for hvilke rettskilder avhandlingens folkerettslige analyse bygger på, og om de spesielle rettskildemessige utfordringene som oppstår i forbindelse med internasjonal urfolksrett.

De tre primære rettskildene i folkerettslig metode er konvensjoner, sedvane og alminnelige rettsprinsipper, jf. statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) artikkel 38 (1). Dette vil også gjelde for den internasjonale urfolksrett. I vurderingen av hva som er folkerettslig bindende for Norge er det naturlig å ta utgangspunkt i de konvensjoner Norge har tilsluttet. De mest sentrale konvensjonene som vil bli drøftet i denne avhandlingen er ILO-169, Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller (heretter SP) og Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (heretter ØSK).

Når det gjelder ordlydsfortolkning må en være oppmerksom på at autentiske språkversjoner av konvensjonen ved motstrid går foran annen oversatt tekst. I denne avhandlingen vil det derfor tas utgangspunkt i de autentiske engelske konvensjonstekstene.

De tre rettskildene konvensjoner, sedvane og alminnelige rettsprinsipper utgjør et samspill, slik at de også kan fungere som sekundære rettskildefaktorer.²¹ Det betyr at alle tre kildene kan være relevante ved tolking av den primære rettskildefaktoren – dette være konvensjon, sedvane eller alminnelig rettsprinsipp. Den videre teksten vil belyse hvordan konvensjonsbestemmelser og sedvaneretten påvirker hverandre også når det gjelder konsultasjonsretten.

Hvilken type konvensjon en står overfor kan få stor betydning for tolkning og anvendelse av en bestemt konvensjon. Det kan skilles mellom harmoniseringskonvensjoner og minimumskonvensjoner.²²

²¹ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo 2006 side 71.

²² Finn Arnesen og Are Steinvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo 2009 side 38.

Harmoniseringskonvensjoner har et overordnet mål om rettslikhet i medlemslandene. Minimumskonvensjoner fastsetter derimot rammer for medlemsstatenes lovgivning og handlinger, og tar sikte på å heve rettsbeskyttelsen på et område til et visst minimumsnivå.²³ De ulike menneskerettighetskonvensjonene er typiske eksempler på minimumskonvensjoner. I denne oppgaven er det minimumskonvensjoner som skal drøftes og metodebruken må tilpasses dette.

Konvensjonsteksten i minimumskonvensjonene bærer preg av at ambisjonsnivået mellom forhandlingslandene er justert lavt for at medlemslandene skal være i stand til å oppnå enighet. De svært vagt utformede bestemmelsene gir særlige utfordringer knyttet til konvensjonsfortolkningen. Dette medfører at ordlyden i konvensjonsbestemmelsene kan gi lave minimumskrav til statene. Det er imidlertid ikke uvanlig at bestemmelsene har fått sitt innhold presisert og utviklet gjennom praksis fra internasjonale organer.²⁴ Et klart eksempel på dette er Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis. EMD har en svært dynamisk tolkningsstil, som særlig er begrunnet i effektivitetsprinsippet. Det samme gjelder Den Inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen (IACHR), som har hatt en dynamisk tolkningsstil i flere av urfolkssakene som domstolen har behandlet. Denne tolkningsstilen er av både EMD og IACHR begrunnet i at "human rights treaties are living instruments".²⁵ Rettspraksis er dermed et sentralt tolkningsmoment i vurderingen av menneskerettighetskonvensjoner. Dette taler også for at det i tolkningen av menneskerettigheter kan tillates en noe mer dynamisk tolkning enn hva som vil være mulig etter harmoniseringskonvensjoner.

2.2 Sedvanerett

Det synes å være enighet om at retten til konsultasjoner er en internasjonalt bindende sedvanerett.²⁶ For Norges del vil en bindende sedvane ha betydning i de tilfeller sedvanen har et videre innhold enn hva bindende konvensjoner har.

²³ *Ibid* side 20.

²⁴ *Ibid* side 42.

²⁵ *Sarayaku mot Ecuador*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2012) avsnitt 161.

²⁶ *Ibid* avsnitt 164.

For at en sedvane skal være folkerettslig bindende er det i utgangspunktet krav om at det foreligger statspraksis og at denne statspraksisen oppfattes som gjeldende rett, *opinio juris*, jf. statuttene for Den internasjonale domstol artikkel 38 (1) (b). Vilåret om statspraksis kan imidlertid vanskelig anvendes strengt på menneskerettens område.²⁷ Siden menneskerettigheter har et formål om å verne borgere mot overgrep fra staten, vil en sedvanerett til beskyttelse for menneskerettigheter ikke etableres før formålet allerede er oppnådd.

Vilåret om *opinio juris* vil derfor få en betydelig vekt i vurderingen av om det foreligger bindende internasjonale sedvanerettslige menneskerettigheter. På menneskerettighetsområdet må dette vilåret forstås ut i fra menneskerettighetenes karakter. Det er ikke uvanlig at stater uttrykker at menneskerettigheter respekteres, herunder urfolksrettigheter, samtidig som disse rettighetene blir brutt. Det foreligger altså ikke samsvar mellom statspraksis og statens offisielle politikk. I denne sammenheng må det legges betydelig vekt på vilåret om *opinio juris*. I denne retning går også Ruud og Ulfstein, som har uttalt at en utbredt praksis ikke vil være avgjørende i tilfeller hvor det foreligger en entydig folkerettsoppfatning om et bestemt tema, eksempelvis folkemord og tortur.²⁸

Hvilken oppfatningen som verserer i folkeretten kan avgjøres utfra oppfatninger både fra staten, internasjonale organer, samt internasjonale og nasjonal domstoler. Statenes teoretiske opptreden vil i denne sammenheng være avgjørende, som i taler og avstemninger i FNs generalforsamling.²⁹ Dette innebærer at deres talemåte kan bli like bindende som deres faktiske handlinger.³⁰ Urfolkserklæringen ble vedtatt med et overveldende flertall.³¹ Når kun fire stater stemte imot må det kunne slutes at erklæringen slår fast grunnleggende prinsipper. Statenes reservasjoner gikk spesielt på områder der erklæringen kan forstås som en inngripen i statenes suverenitet, herunder

²⁷ Dwight Newman, "Norms of Consultation with Indigenous Peoples: Decentralization of International Law Formation or Reinforcement of States' Roles?" i boken *International Law in New Age of Globalization*, Boston 2013 side 267-285.

²⁸ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo 2006 side 78.

²⁹ Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Oslo 2012 side 100.

³⁰ *Ibid* side 101.

³¹ Erklæringen ble vedtatt med 143 stemmer for, 4 stemmer mot og 11 avholdende. FNs generalforsamling, *General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, FN-dokument GA/10612, 2007.

retten til selvbestemmelse og muligheten for at FPIC kunne forstås som en vetorett.³² Generelle folkerettsoppfatninger vil med andre ord ofte komme til uttrykk gjennom ”soft law”. Av mangel på entydig statspraksis må det i vurderingen av en eventuell sedvanerett på urfolksrettsområde derfor i stor grad benyttes soft law. Rettsområder hvor denne typen utradisjonell fremstilling til internasjonal sedvanerett er benyttet, er eksempelvis internasjonal handelsrett, ved siden av menneskerettigheter.³³ Det er således ikke en helt fremmed tilnærming å bruke soft law som rettskilde i vurderingen av sedvaneretten.

Et argument for at urfolkserklæringen må få særlig betydning i vurderingen av om konsultasjonsretten er en internasjonal sedvanerett, er at erklæringen bygger på en prosess hvor både urfolk og stater deltok.³⁴ Legitimitet er av flere lagt inn som et viktig moment for utvikling av internasjonal sedvane.³⁵ Konsultasjonsnormen kan sies å bygge på en grunnleggende verdi om likeverdighet mellom partene. Uten en slik likeverdighet er det vanskelig å tenke seg reelle prosesser bygd på god vilje til å finne samlende løsninger. Konsultasjonsnormen er derfor også et eksempel på en norm der det kan synes meningsløst å bygge legitimiteten kun på statspartenes opinio iuris.

Det må også tas hensyn til at det kan eksistere lokal sedvanerett.³⁶

Menneskerettighetene kan komme forskjellig til uttrykk i de enkelte regioner, gjennom de regionale konvensjoner og respektive domstoler.³⁷ I urfolkssaker ser man en slik forskjell. Den internasjonale urfolksretten er klart mest utviklet i Amerika. I Afrika har man sett en viss utvikling den aller seneste tid,³⁸ mens utviklingen er kommet kortest i Asia. Det kan hevdes at en slik differensiering vil være urimelig for urfolkene i de minst utviklede regionene, men med det regionale menneskerettighetssystemet må dette likevel aksepteres.

³² FNs generalforsamling, *General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, FN-dokument GA/10612, 2007.

³³ Dwight Newman, ”Norms of Consultation with Indigenous Peoples: Decentralization of International Law Formation or Reinforcement of States' Roles?” i boken *International Law in New Age of Globalization*, Boston 2013 side 267-285.

³⁴ *Ibid* side 279.

³⁵ *Ibid* side 278.

³⁶ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo 2006 side 77.

³⁷ Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Oslo 2012.

³⁸ Dwight Newman, ”Norms of Consultation with Indigenous Peoples: Decentralization of International Law Formation or Reinforcement of States' Roles?” i boken *International Law in New Age of Globalization*, Boston 2013 side 277-273.

Situasjonen i Europa er på sin side spesiell i den forstand at urfolkssakene i praksis er begrenset til samenes rettigheter. Situasjonen for urfolkene i Russland er påvirket av den russiske posisjon som tidligere supermakt med skepsis til å underlegge seg begrensninger fra internasjonale organer.³⁹ På motsatt side har inuittene i Grønland utstrakt selvstyre og dermed mindre behov for konsultasjoner. Spørsmålet blir derfor om Norge kan bli folkerettslig bundet av en eventuell sedvane om konsultasjoner eksisterende i Amerika eller eventuelt Latin-Amerika.

Generelt sett må det legges til grunn at menneskerettighetene er minst like utviklet i Europa som i Amerika. Dette kan konkluderes utfra en sammenligning av konvensjonsbestemmelsene og hvordan de er blitt utviklet gjennom de respektive domstoler.⁴⁰ Verken Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) eller Den amerikanske menneskerettskonvensjonen inneholder egne spesifikke bestemmelser om urfolksrettigheter. I det amerikanske system er det likevel utviklet spesifikke urfolksstandarder, da domstolen og kommisjonen, med støtte i ILO-169, urfolkserklæringen og uttalelser fra FNs overvåkningsorganer, har tolket konvensjonsbestemmelsene slik at de får reell betydning for urfolks behov. Dette synes også være gangbart i Europa. På samme måte som IACHR ofte trekker inn EMDs avgjørelser, vil det være svært nærliggende at det samme vil gjelde motsatt vei i vurderingen av de europeiske urfolkenes menneskerettigheter.

I vurderingen av urfolkssedvaner vil altså spesielt uttalelser fra FNs generalforsamling, FNs spesialrapportør for urfolkssaker og FNs ekspertmekanisme om urfolkssaker ha betydning. FNs generalforsamling har truffet relativt mange ikke-bindende vedtak i form av anbefalinger til statene som vil ha betydning. Videre vil urfolkserklæringens bestemmelser kunne ha betydning, samt internasjonale domstolsavgjørelser.

³⁹ Tilsvarende for USA og Kina.

⁴⁰ I det interamerikanske systemet må også kommisjonens uttalelser anses som en del av rettspraksis.

2.3 Rettspraksis

I vurderingen av en konvensjons innhold vil rettspraksis spille en betydelig rolle, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 (3).⁴¹ For de konvensjoner som drøftes i avhandlingen er det ikke etablert egne domstoler, men konvensjonene blir overvåket av egne overvåkingsorganer. Disse overvåkingsorganers uttalelser vil ha stor betydning for vurderingen av innholdet i de ulike konvensjonene.

For ILO-169 er det ILOs styre som er overvåkingsorganet.⁴² I tillegg er det etablert en ekspertkomité som tar seg av spørsmål fra statene og kontrollerer rapporter om gjennomføring av ILO-konvensjonene. Videre har også ILO-systemet etablert klageadgang for individer, jf. ILOs konstitusjon artikkel 24.⁴³

Også de tre FN-konvensjonene SP, ØSK og den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (heretter RDK), har egne overvåkingsorganer. Gjennom SP artikkel 28 (1) er menneskerettskomiteen etablert som konvensjonens håndhevelsesorgan. Komiteen kan komme med både rapporter, generelle kommentarer og avgjørelser i enkeltsaker, jf. SPs første tilleggsprotokoll. Disse er ikke rettslig bindende overfor statene, slik som for eksempel de internasjonale domstolenes avgjørelser vil være. Rasediskrimineringskomiteen er organet som overvåker gjennomføringen av rasediskrimineringskonvensjonen, jf. RDK artikkel 8. Norge har akseptert komiteens myndighet til å behandle individklager etter konvensjonens artikkel 14. FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ble etablert gjennom Det økonomiske og sosiale råds resolusjon 1985/17, for å gjennomføre den overvåkingsfunksjonen som er tilkjent rådet gjennom ØSK del IV. Komiteens overvåkingsfunksjon er begrenset til å kontrollere statenes etterlevelse gjennom behandling av statsrapporter.

⁴¹ Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

⁴² For en oversikt over ILOs menneskerettssystem og dens overvåkingsorganer se Utenriksdepartementets nettsider http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/menneskerettigheter/mr_internasjonalt/-ilos-menneskerettighetssystem.html?id=447081 (april 2013).

⁴³ Constitution of the International Labour Organisation. Tilgjengelig på nettsiden <http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/constitution.pdf>. (april 2013).

Disse organene har gjennom sine uttalelser og avgjørelser utviklet de respektive konvensjonene. Slike uttalelser og avgjørelser vil være sentrale rettskilder i denne oppgaven.

Når det gjelder rettspraksis begrenser ikke artikkel 38 i statuttene for Den internasjonale domstol dette til praksis fra det aktuelle konvensjonsorganet. Også praksis fra andre internasjonale domstoler og organer vil være relevant i tolkningen av både konvensjoner og sedvanerett. Også avgjørelser av nasjonale domstoler om menneskerettigheter kan være anvendelige som sekundære kilder. Som nevnt i punkt 2.2 vil det i denne avhandlingen spesielt benyttes praksis fra IACHR.

2.4 Urfolkserklæringen

Selv om urfolkserklæringen ikke er rettslig bindende er den, som nevnt, av stor betydning i tolkning av urfolksrettslige spørsmål.⁴⁴ Erklæringen kan gi uttrykk for statenes oppfatning av gjeldende urfolks rettigheter, eller eventuelt i hvilken retning utviklingen går. Noen oppfatter til og med erklæringen slik at den gir uttrykk for allerede eksisterende sedvanerett. Det er også trukket frem at erklæringen har form som en konvensjon og at den bærer preg av å kodifisere allerede eksisterende folkerettslige prinsipper.⁴⁵ Utgangspunktet må være at erklæringen anvendes lojalt, slik at den ikke binder statene. Slik som det er nevnt under 2.2, kan det imidlertid argumenteres for sedvanerett med støtte fra urfolkserklæringen. Det må da vurderes konkret om erklæringen gir støtte for den bestemte tolkningen. En gjennomgang av statenes stemmegivning vil i denne forbindelse være sentral.

Når det gjelder spørsmålet om konsultasjonsretten har en sedvanerettslig forankring, vil urfolkserklæringen kunne ha særskilt betydning. Det faktum at erklæringen inneholder flere bestemmelser hvor konsultasjoner er tatt med, taler for at konsultasjoner kan anses som en internasjonal sedvanerett. Videre taler stemmegivningene for at det i alle fall må foreligge en regional sedvanerett bindende

⁴⁴ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 106.

⁴⁵ Mauro Barelli, "The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *Cambridge journals* (ICLQ vol 58, oktober 2009) side 957-983.

for Amerika og Europa.⁴⁶ Konsultasjonsrettens innhold og omfang synes det imidlertid å være uenigheter om. Urfolkserklæringen artikkel 19 og 32 (2) taler om konsultasjoner ”for å oppnå deres frie og informerte forhåndssamtykke”. Flere stater fryktet for at dette ville gi urfolk vetorett, og tok derfor forbehold mot dette.⁴⁷

Særlig vil urfolkserklæringen kunne ha betydning i vurderingen av Norges folkerettslige forpliktelser, da norske myndigheter deltok aktivt i arbeidet med erklæringen. I tillegg har den norske regjeringen gitt uttrykk for at erklæringen er i tråd med regjeringens samepolitikk.⁴⁸

Urfolkserklæringen vil derfor vektlegges i denne avhandlingen, men det vil bli foretatt en konkret vurdering av dens betydning under de bestemte drøftelsene.

2.5 Folkerettslig litteratur

Retten til konsultasjon er i svært liten grad behandlet i norsk juridisk litteratur. Den bredeste norske analysen av konsultasjonsretten er Samerettsutvalget II sin utredning, inntatt i NOU 2007: 13. Deres analyse er imidlertid begrenset til ILO-169 og SP, og har naturlig nok ikke fått med den senere tids utvikling av konsultasjonsretten, basert på deklarasjonen, nyere dommer, uttalelser og litteratur. I samisk sammenheng vil også utkastet til nordisk samekonvensjon ha betydning.⁴⁹

I engelskspråklig litteratur er det imidlertid blitt gjort flere framstillinger om konsultasjonsretten. Folkerettslig litteratur vil derfor være en sentral kilde i tolkningen av urfolks konsultasjonsrett.

⁴⁶ Både de nordiske stater og den Europeiske Union har gitt klar støtte til deklarasjonen. Se pressemelding fra den norske regjering på Arbeidsdepartementets internettside, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/pressesenter/pressemeldinger/2007/111.html?id=480895> (april 2013).

⁴⁷ FNs generalforsamling, *General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, FN-dokument GA/10612, 2007.

⁴⁸ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 121.

⁴⁹ En nordisk ekspertgruppe overleverte høsten 2005 et utkast til en nordisk samekonvensjon (26. oktober 2005).

3 Den berørte rettighetens betydning for konsultasjonsplikten

3.1 Innledning

Urfolks spesielle forhold til naturgrunnlaget gjør at mineralvirksomhet vil kunne påvirke flere forskjellige typer rettigheter.⁵⁰ Spesielt gjelder dette retten til kultur, eiendoms- og bruksretten og selvbestemmelsesretten. Dette er rettigheter som er internasjonalt anerkjent gjennom ulike konvensjoner og domstols- og komitéavgjørelser.

Retten til konsultasjoner har preg av å være en prosessuell rettighet, og er derfor i utgangspunktet ikke en rettighet som står for seg selv.⁵¹ Den hviler på materielle rettigheter, og sees på som et verktøy for å oppfylle og virkeliggjøre disse materielle rettighetene på en effektiv måte.⁵² Det er derfor en misforståelse å tro at oppfyllelse av konsultasjonsplikten er tilstrekkelig for at et tiltak skal være i samsvar med de materielle urfolksrettighetene. Dette er viktig å ha i bakhodet, kanskje spesielt i mineralnæringen, som kan gjøre store skader og medføre kritiske situasjoner for urfolk.⁵³ Det er de materielle rettighetene som gir det reelle vernet for urfolk.

Det er også den potensielt berørte retten som utløser en rett til å bli konsultert.⁵⁴ I utgangspunktet er det derfor innehaveren av den materielle retten som også er rettighetssubjekt i konsultasjoner. Eksempelvis vil et tiltak som berører eiendomsretten til en urfolksgruppe, medføre at det er denne gruppen som også innehar den prosessuelle retten til å bli konsultert.

Den bakenforliggende materielle retten er også viktig for forståelsen av innholdet og omfanget av konsultasjonsretten. Vurderingen av konsultasjonsrettens innhold og

⁵⁰ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/21/47 avsnitt 50.

⁵¹ *Ibid* avsnitt 49.

⁵² Se for eksempel *Saramaka mot Suriname*, Inter-Amerikanske Menneskerettighetsdomstolen (2007) avsnitt 129-137.

⁵³ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/21/47 avsnitt 48.

⁵⁴ *Ibid* avsnitt 51.

omfang vil derfor alltid være avhengig av den berørte materielle retten.

Konsultasjonsretten vil dermed ha et varierende innhold. I denne avhandlingen vil disse variasjonene bli forsøkt belyst i den grad det har betydning for konsultasjonene i mineralutvinningsaker.

I tillegg er det viktig å nevne at konsultasjoner ikke er det eneste virkemiddelet som pålegges staten for å sikre urfolks materielle rettigheter. Andre virkemidler er blant annet konsekvensutredninger, skadebegrensningstiltak, kompensasjoner og utbyttedeling.⁵⁵ Dette faller imidlertid utenfor denne avhandlingens tema.

Det er primært selvbestemmelsesretten, eiendomsretten og retten til kultur som kan gi urfolk rett til å bli konsultert. I det følgende blir disse presentert for å belyse forholdet mellom de materielle rettighetene og retten til konsultasjoner. Fremstillingen vil vise at det er en innbyrdes sammenheng mellom de tre materielle rettighetene, og at det derfor vil være problematisk å trekke et klart skille mellom rettighetene.

3.2 Retten til selvbestemmelse

Det er en grunnleggende verdi i et demokratisk samfunn at et folk har mulighet selv til å råde over egen statsform, kultur, forvaltning, lovgivning og lignende uten innblanding fra andre.⁵⁶ Tradisjonelt er selvbestemmelsesretten blitt anvendt i avkoloniseringen og okkuperte staters rett til uavhengighet.⁵⁷ Denne tankegangen er gradvis blitt forlatt, og siden vedtakelsen av SP og ØSK i 1966 ble selvbestemmelsesretten ansett som en kollektiv rettighet som skulle tilfalle alle folk. I dag anses selvbestemmelsesretten som *jus cogens*.⁵⁸ Det var imidlertid først i 2007, gjennom vedtakelsen av urfolkserklæringen, at det ble internasjonalt anerkjent at selvbestemmelsesretten også tilkommer urfolkene. Selvbestemmelsesretten er fastslått i erklæringens artikkel 3, som nærmest er identisk med bestemmelsen i SP og ØSK.

⁵⁵ Se for eksempel *Saramaka mot Suriname*, Inter-Amerikanske Menneskerettighetsdomstolen (2007).

⁵⁶ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 103.

⁵⁷ St.meld. nr. 55 (2000-2001) side 35.

⁵⁸ Definisjon

Det er dermed klart at samene som et urfolk har selvbestemmelsesrett.⁵⁹ Denne rettens nærmere innhold er imidlertid fortsatt uavklart.⁶⁰ Her er det tilstrekkelig å vise til utgangspunktet om at selvbestemmelsesretten gir folket rett til å fritt bestemme sin politiske stilling og fremme fritt sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling, jf. SP og ØSK artikkel 1 og urfolkserklæringen artikkel 3. ILO-169 gir ikke grunnlag for en selvbestemmelsesrett. Konvensjonen forutsetter likevel at urfolk har en viss grad av selvbestemmelsesrett. Spesielt gjelder dette artikkel 7, hvor det fastslås at urfolk har rett til å vedta sine egne prioriteringer og til så langt som mulig å utøve kontroll med sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling.

Ettersom selvbestemmelsesretten er nært knyttet til landområder og naturressurser, jf. SP og ØSK artikkel 1 nr. 2, oppstår det et spørsmål om mineralutvinningssaker på urfolksområder berører urfolks selvbestemmelsesrett. Uten å gå nærmere inn på dette må det nevnes at hvis så er tilfelle, er det urfolket som sådan som er part i konsultasjonene. Selvbestemmelsesretten er en kollektiv menneskerettighet som tilkommer hele folkeslaget som en enhet. Rettighetssubjektet er således folkeslaget som sådan. Dersom lovgivning eller administrative tiltak kan ha direkte betydning for urfolkets selvbestemmelsesrett, vil folket dermed være den som har rett til å bli konsultert.

Et sentralt element i selvbestemmelsesretten er den politiske friheten og muligheten til å kunne velge sine folkevalgte organer som skal fremme utviklingen til folket. Det er dermed naturlig at det er det folkevalgte organet som styrer selvbestemmelsesretten. I de landene som har etablert urfolksparlamenter, vil parlamentene være representative for urfolket. Parlamentet skal da delta i konsultasjoner med mål om å ivareta urfolkets allmenne interesser.

⁵⁹ Se blant annet Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 108 og St.meld. nr. 55 (2000-2001) side 36.

⁶⁰ Se blant annet Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 108 og St.meld. nr. 55 (2000-2001) side 34.

3.3 Retten til kultur

Retten til kultur er en av de mest grunnleggende rettigheter som tilkommer urfolk. Et folk som ikke har egen stat er særlig truet av å miste sin kultur. Urfolk verden over lever derfor med faren for at deres kultur skal forsvinne. Tiltak som kan medføre at urfolk ikke kan utøve deres kultur vil kunne true selve eksistensen av urfolket.⁶¹ Uten kultur vil identiteten til urfolket forsvinne.

I SP artikkel 27 heter det:

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

Bakgrunnen for bestemmelsen er en erkjennelse av at det grunnleggende likhetsprinsippet som ligger til grunn for de universelle menneskerettighetene og som kommer til uttrykk i SP artikkel 26, ikke gir tilstrekkelig vern for minoriteter.⁶² Det sentrale formålet med artikkel 27 er å sikre at personer tilhørende en minoritetsbefolkning skal være reelt – og ikke bare formelt – likestilt med resten av befolkningen.⁶³ Verdens urfolk er i dag som oftest minoriteter i deres eget land, og nyter derfor rettslig vern for sin kultur etter SP artikkel 27. Samene er anerkjent som både urfolk og som etnisk og språklig minoritet.⁶⁴

Utviklingen har gått fra å kun være et passivt vern, det vil si et vern mot inngrep, til å også gjelde statlig aktivitetsplikt og til minoritetsgruppens rett til aktiv deltakelse i beslutningsprosesser.⁶⁵ I FN's menneskerettighetskomitees generelle tolkningsuttalelse

⁶¹ Se for eksempel *Saramaka mot Suriname*, Inter-Amerikanske Menneskerettighetsdomstolen (2007) avsnitt 128, hvor domstolen uttalte at nektelse av tradisjoner kan true eksistensen av stammefolket.

⁶² Jon Gauslaa, ”Vernet av grunnlaget for samisk kultur etter SP art. 27 og dets betydning ved bruk av jordskiftevirkemidlene”, *Perspektiver på jordskifte*, 2009 s. 184- (s. 185).

⁶³ NOU 2007: 13 pkt 5.5.3.2.

⁶⁴ Dette er blant annet slått fast i Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken) og menneskerettskomiteens avgjørelse *Ivan Kitok v. Sweden* (Communication no. 197/1985) (1988).

⁶⁵ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 166.

vektlegges særlig urfolks sterke kulturelle tilknytning til landområder og naturressurser, og at:

“The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them”.⁶⁶

Praksis fra komiteen viser at konsultasjoner har fått en sentral betydning i avgjørelsen om retten til kultur er overholdt etter SP artikkel 27.⁶⁷ Basert på vurderingstemaene i tidligere praksis formulerte komiteen i avgjørelsene *Apirana Mahuika et al. vs. New Zealand* og *Ángela Poma Poma v. Peru* med klarere tale om hvilke vilkår som kreves for at artikkel 27 skal være oppfylt. I den sistnevnte avgjørelsen uttalte komiteen:

“[T]he admissibility of measures which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community depends on whether the members of the community in question have had the opportunity to participate in the decision-making process in relation to these measures and whether they will continue to benefit from their traditional economy”.⁶⁸

Ifølge denne uttalelsen må to vilkår være oppfylt for at et tiltak som i vesentlig grad griper inn i kulturelt viktige økonomiske aktiviteter skal være berettiget. For det første må urfolksparten ha hatt mulighet til å delta i beslutningsprosessen av tiltaket. For det andre må urfolksparten fortsette å dra økonomisk nytte av tradisjonelle næringsveier.

Hva er så bakgrunnen for at menneskerettighetskomiteen har statuert en konsultasjons- og deltakelsesrett med grunnlag i kulturvernet?

⁶⁶ General Comment No. 23, *Article 27* FN-dokument CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 avsnitt 7.

⁶⁷ Se særlig sakene *Ilmari Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 511/1992); *Jouni E. Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 671/1995); *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* (Communication No. 547/1993).

⁶⁸ *Ángela Poma Poma v. Peru* (Communication No. 1457/2006) avsnitt 7.6. Mer om denne avgjørelsen i kapittel X.

Først og fremst er konsultasjoner i seg selv en effektiv måte å gjennomføre et kulturvern på. Flere saker viser at konsultasjoner har ført til endringer av gjennomføringsmåten av tiltaket.⁶⁹ Sakene viser at resultatene av konsultasjonene bar preg av at urfolket hadde innflytelse i prosessen og at innvirkningene på urfolkenes kulturgrunnlag således ble minsket.

Vilkårene som komiteen har statuert viser imidlertid at retten til kultur er uløselig linket til selvbestemmelsesretten. Kravet om deltakelse synes å være koblet sammen med selvbestemmelsesrettens politiske dimensjon, mens kravet om bærekraftig næring kan kobles til selvbestemmelsesrettens økonomiske dimensjon.⁷⁰

Retten til kultur etter SP artikkel 27 er imidlertid i utgangspunktet en individuell rettighet. Det vil si at den tilkommer det enkelte minoritetsmedlem, i motsetning til selvbestemmelsesretten. Dette fremgår av SP artikkel 27, jf. formuleringen ”persons belonging to”, samt av menneskerettskomiteens praksis.⁷¹ Rettens kollektive preg fremkommer av bestemmelsen formulering ”right, in community with the other members of their group”. Den enkeltes mulighet til kulturutøvelse vil nødvendigvis avhenge av gruppens og samfunnets mulighet til kulturutøvelse.⁷² Forsvinner kulturgrunnlaget vil dette påvirke det aktuelle samfunnet, og dermed også den enkeltes mulighet til å utøve kulturen.

Rettighetens kollektive preg kommer også frem i bestemmelsens klageadgang i konvensjonens valgfrie protokoll artikkel 2. Opprinnelig var det antatt at det bare var enkeltindivider som kunne bringe inn en klagesak for menneskerettskomiteen.⁷³ I *Lubicon Lake Band mot Canada* godtok imidlertid menneskerettskomiteen at høvdingen reiste saken på vegne av stammen.⁷⁴ Også i *Jonassen mot Norge* ble det

⁶⁹ *Ilmari Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 511/1992); *Jouni E. Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 671/1995).

⁷⁰ Martin Scheinin, ”The Right to Self-Determination under the Covenant on Civil and Political Rights”, i boken *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Åbo, Finland 2000 s. 179-199 (s. 193).

⁷¹ *Lubicon Lake Band v. Canada* (Communication No. 167/1984).

⁷² NOU 2007: 13 side 194.

⁷³ *Ibid* side 195.

⁷⁴ *Lubicon Lake Band v. Canada* (Communication No. 167/1984).

tillatt at en gruppe reiste sak. Saken ble reist av et reinbeitedistrikt ved distriktets leder.⁷⁵

Dette betyr at både enkeltindivider og minoritetsgrupper kan være rettighetshavere etter SP artikkel 27. Selv om komiteen har avvist klagesaker basert på retten til selvbestemmelse i SP artikkel 1, har selvbestemmelsesretten flere ganger blitt anvendt som en tolkningsfaktor for artikkel 27. I eksempelvis *Apirana Mahuika et al. vs. New Zealand* uttalte komiteen: “the provisions of article 1 may be relevant in the interpretation of other rights protected by the Covenant, in particular article 27”.⁷⁶ I saken trekkes også en klar kobling mellom det materielle kulturvernet og konsultasjoner.⁷⁷ Grensen mellom den kollektive selvbestemmelsesretten og det individuelle kulturvernet er dermed noe uklart.

3.4 Eiendoms- og bruksretten

Urfolks spesielle tilknytning til landområder og naturressurser er ansett som en del av urfolks kultur. Tilknytningen til landområder og naturressurser fikk dermed vern etter SP artikkel 27.⁷⁸ Det har imidlertid skjedd en utvikling internasjonalt når det gjelder urfolks rett til landområder og naturressurser. Retten til landområder og naturressurser er gradvis blitt koblet sammen med det alminnelige eiendomsrettslige vernet.⁷⁹

Eiendomsretten er blant annet slått fast i EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1 (P1-1).⁸⁰ For ordens skyld kan det også nevnes at EMK og dens første tilleggsprotokoll er inkorporert og gitt forrang fremfor annen norsk lov, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Vern av eiendomsrett er også fastslått i den amerikanske menneskerettskonvensjonen artikkel 21. Videre forbyr RDK artikkel 5 (d) (v) diskriminering med hensyn til retten til å eie eiendom alene eller sammen med andre.

⁷⁵ *Mr. Jarle Jonassen v. Norway* (Communication No. 942/2000).

⁷⁶ *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* (Communication No. 547/1993) avsnitt 9.2.

⁷⁷ *Ibid* avsnitt 9.6 og 9.8.

⁷⁸ General Comment No. 23, *Article 27*, FN-dokument CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 avsnitt 7.

⁷⁹ I denne oppgaven vil begrepet eiendomsrett benyttes som det engelske uttrykket ”property rights”.

⁸⁰ Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, vedtatt 20. mars 1952.

Tradisjonelt har ikke urfolks bruk og livsstil vært et legitimt grunnlag for å opparbeide seg eiendomsrett, og urfolk har således ikke nytt et eiendomsrettslig vern. Med bakgrunn i ikke-diskrimineringsprinsippet har imidlertid særlig den Inter-amerikanske menneskerettsdomstolen utviklet eiendomsrettens anvendelse til å også gjelde for urfolk.⁸¹ Eiendomsretten er ikke absolutt, da den kan eksproprieres etter nærmere bestemte vilkår. Den Inter-amerikanske domstolen har imidlertid bestemt at ekspropriasjonsinngrep i urfolks eiendomsrett vil være brudd på menneskerettighetsgarantier dersom effektive konsultasjoner ikke har funnet sted før et slikt inngrep.⁸² På denne måten etablerte domstolen en kobling mellom konsultasjonsretten og eiendomsretten.

Både eiendomsretten og retten til kultur gir altså grunnlag for konsultasjoner. Eiendomsretten kan sies å omfatte et videre vern enn kulturvernet, ved at det skal mye til før kulturvernet kommer til anvendelse. Kulturvernet gir imidlertid et mye sterkere vern ved at det er absolutt, i motsetning til eiendomsrettens vern. Dette viser at den underliggende materielle retten vil være styrende for innholdet og omfanget av konsultasjonsretten.

Eiendomsretten kan både gi individuelle og kollektive rettigheter. Det spesielle med urfolkskulturen er dens kollektive bruk av land og naturressurser. Dersom konsultasjonsretten skal komme til anvendelse må det derfor som hovedregel dreie seg om en kollektiv rett. Det er ikke uvanlig at urfolkssamfunn i fellesskap har benyttet seg av landområdene og naturressursene hvor de bor. I saker hvor urfolk har konsultasjonsrett legges det derfor ofte til grunn av det er lokalsamfunnet som skal konsulteres. Dette er imidlertid ikke en selvfølge, noe som også er bakgrunnen til at eiendomsrettslige forhold bør utredes før det eventuelt iverksettes tiltak som påvirker rettighetene.

⁸¹ Den første saken var *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Inter-Amerikanske menneskerettsdomstolen (2001).

⁸² Se blant annet *Saramaka People v. Suriname*, Inter-Amerikanske menneskerettsdomstolen (2007).

4 Partene

4.1 Innledning

I ILO-169 artikkel 6 heter det at ”governments shall ... consult the peoples concerned”. Det samme er slått fast i ILO-169 artikkel 15 (2) og urfolkserklæringen artikkel 32 (2). I konsultasjoner er staten pliktsubjektet, mens det berørte urfolket eller den berørte urfolksgruppen er rettighetssubjekt. Konsultasjoner i mineralsaker forutsetter deltakelse av tiltakshaveren. Tiltakshaveren vil derfor også være part i konsultasjonene, selv om det ikke foreligger en folkerettslig konsultasjonsplikt for private selskap.

Pliktsubjektet reiser i prinsippet ikke særlig tvil, i og med at det er staten som har ansvaret for at det konsulteres. I noen tilfeller kan det bli et spørsmål om delstater, regionale organer eller statlige foretak kan eller bør konsultere sammen eller på vegne av staten. I mineralsaker må det avklares hvordan rollefordelingen mellom stat og mineralselskapet skal være i de forskjellige faser. Dette drøftes nærmere i punkt 4.3.

Når det gjelder urfolksparten, kan situasjonen være mer uoversiktlig. Vurderingen om hvem som skal konsulteres må skje med utgangspunkt i den underliggende materielle rettigheten, slik at det er rettighetshaveren av denne retten som er konsultasjonsberettiget. For å kunne avgjøre hvem som innehar konsultasjonsretten må det dermed undersøkes hvilke materielle rettigheter som kan bli berørt av tiltaket. Dette er spesielt en utfordring ved etablering av tiltak på urfolksområder, både på grunn av at mange sentrale urfolksrettigheter er uavklarte, slik som eksempelvis selvbestemmelsesretten, og fordi det ikke er uvanlig at staten ikke anerkjenner urfolkets rettigheter. Folkerettslig sett er det imidlertid uten betydning for konsultasjonsplikten om staten har anerkjent den underliggende materielle retten eller ikke.⁸³ Dersom myndigheten har mistanke om at urfolks materielle rettigheter kan bli berørt av et tiltak, må det undersøkes om det faktisk foreligger slike rettigheter. Dette må gjøres før den reelle konsultasjonsprosessen starter, slik at myndighetene vet om

⁸³ Slik som i *Saramaka People v. Suriname*, Inter-Amerikanske menneskerettsdomstolen (2007).

det skal konsulteres og eventuelt hvem det skal konsulteres med. De ulike problemstillingen i forbindelse med urfolksparten drøftes under punkt 4.2.

En konsultasjonsprosess i mineralutvinningsaker eller andre større prosjekter vil ofte ha mange involverte aktører med hver sine roller. På statens side kan det være flere departementer som skal delta. I mineralprosjekter vil nok oftest departementet med ansvaret for mineralsaker lede konsultasjonene, men det er også sannsynlig at departementet med ansvaret for miljøaker har en rolle. Ved inngrep i urfolksområder kan i tillegg departement med ansvaret for urfolkssaker være en aktør.

På selskapssiden kan det også være mange involverte. Gruveindustrien utgjør ofte internasjonale selskaper, noe som kan komplisere deres deltakelse og skape usikkerhet om hvem som er de egentlige beslutningstakere innad i selskapet.

Urfolksparten vil typisk være de berørte lokalsamfunn. Men også her kan det være mange ulike aktører. Mange samfunn vil ha en formell organisering i form av lokalt myndighetsapparat eller lokal forvaltning, men det kan også foreligge mer tradisjonelle strukturer med eldreråd og lignende. Innad i lokalsamfunnet vil det dessuten kunne være forskjellige næringsinteresser, som innbefattes av både tradisjonelle og moderne næringsveier.

I noen tilfeller kan også mer utenforstående interessegrupper ønske å delta i konsultasjonene. Dette kan for eksempel være miljøorganisasjoner og menneskerettsorganisasjoner som støtter urfolkenes interesser og bistår med juridisk eller annen veiledning. Det sammensatte bildet gjør at det er viktig å klargjøre de enkeltes roller.⁸⁴ Det må imidlertid understrekes at konsultasjonsretten er en rett som tilkommer urfolk, og at andre aktører derfor ikke har noen krav på å delta i konsultasjonsprosessen. I det følgende skal noen problemstillinger angående konsultasjonspartene belyses.

⁸⁴ Se illustrasjon av konsultasjonenes kompleksitet i Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 66.

4.2 Urfolksparten

4.2.1 Den berørte urfolksgruppen

Det er ”the peoples concerned” som er part i konsultasjoner, jf. ILO-169 artikkel 6 og 15 (2) og urfolkserklæringen artikkel 19 og 32 (2). Av dette følger det at rettighetssubjektet er urfolksgruppen som vil bli berørt av det aktuelle tiltaket, det vil si rettighetshaveren av den underliggende materielle retten. Dette belyses også av et eksempel i ILO-manualen med et tilfelle hvor det planlegges en motorvei gjennom områder hvor urfolk er bosatt, så er det befolkningen som bor der byggingen finner sted som har rett til å bli konsultert.⁸⁵ Uttrykket ”vedkommende folkegruppe” skal i denne kontekst forstås som noe annet enn urfolket i sin helhet. Dette innebærer at det ikke bare kan konsulteres med representanter for urfolket som helhet, selv om dette skulle være et urfolksparlament.

Samerettsutvalget II har uttalt at ”samiske lokalsamfunn, rettighetshavere og brukerinteresser har en selvstendig rett til å bli konsultert ved siden av Sametinget, når det planlegges tiltak som kan få direkte betydning for disse”.⁸⁶ Samerettsutvalget II uttaler videre at dette vil:

”måtte gjøres ved siden av, og kanskje i stedet for konsultasjoner med Sametinget. Ved tiltak som særlig vil ha lokale virkninger, vil Sametinget neppe alltid ha kapasitet til å delta i konsultasjoner, og trolig heller ikke alltid ha den påkrevde representativiteten. Det synes som et rimelig utgangspunkt at Sametinget primært må konsulteres i større og/eller prinsipielle saker, mens det i lokale saker uten prinsipiell interesse vil være både mindre praktisk og mindre aktuelt å konsultere Sametinget.”⁸⁷

Mineralutvinningsaker berører, som tidligere nevnt, det lokale samfunnet. Som utgangspunkt er det derfor disse som skal konsulteres. Som utvalget har uttalt, vil urfolksparlamenter trolig ikke være representativ i slike lokale saker. Et urfolksparlament eller andre institusjoner kan dermed ikke uten videre tre inn i stedet for de lokale rettighetshavere. Det kan likevel tenkes at noen mineralutvinningsaker

⁸⁵ ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk, 1989: Håndbok, side 17.

⁸⁶ NOU 2007: 13 side 834.

⁸⁷ *Ibid.*

er særlig store eller av prinsipiell betydning. I slike tilfeller vil det kunne være av interesse for hele urfolket å bli konsultert, og da vil urfolksparlamentet være representativt, se punkt 4.2.4.1. Det er imidlertid avgjørende å ikke ta disse utgangspunktene for gitt, da det er rettighetshavere til de berørte materielle rettighetene som skal konsulteres. Ved mineralprosjekter vil konsultasjonene derfor som regel kunne begrenses til de som har eiendoms- eller bruksrettigheter på områdene. Dette kan for eksempel være næringsutøvere eller de berørte by- eller bygdesamfunn. Likevel må det også vurderes om mineralvirksomheten kan påvirke andre rettigheter, slik som urfolks rett til kulturutøvelse og selvbestemmelse.

4.2.2 Flere berørte parter

Dersom det er flere materielle urfolksrettigheter som vil bli berørt av en mineraldrift, skal alle berørte rettighetshavere konsulteres. Da flere urfolk er nomader kan prosessen sjeldent begrenses til lokalsamfunnene som ligger i de områdene som blir direkte berørt. Rettighetshavere som ikke bor på de områdene men som likevel blir påvirket av inngrepet må konsulteres.

Inngrep i samiske områder vil normalt påvirke flere ulike rettigheter. De to mest omstridte mineralsakene i samiske områder i Norge, Nussir-prosjektet og saken i Biedjovággi, er eksempler på dette. Nussir-prosjektet er planlagt etablert i Kvalsund kommune, som er et gammelt sjøsamisk samfunn. Selve gruva skal etableres på områder brukt til reinbeite av to distrikter. Videre har prosjektet planer om å etablere et sjødeponi i Repparfjorden for avgangsmasse fra produksjonen, noe som vil påvirke både fisken i fjorden og Repparfjordelva. I tillegg vil lokalsamfunnets rettigheter til sine nærområder bli påvirket. Nussir-prosjektet er et eksempel på hvor mange ulike aktører som må konsulteres før et mineralprosjekt kan iverksettes.⁸⁸

Den andre omstridte mineralsaken er mineralprosjektet i Biedjovággi i Kautokeino kommune. Kautokeino blir ansett som et av to samiske kulturelle hovedseter i Norge. Det samiske og det norske språket er likestilt i kommunen, men det er det samiske språket som i all hovedsak praktiseres. Reindriften er den viktigste næringen i

⁸⁸ For mer informasjon om Nussir-prosjektet se prosjektets internettsider <http://www.nussir.no> (april 2013).

kommunen.⁸⁹ Kautokeino er således den kommunen i Norge med sterkest samisk samfunn. Den planlagte graven skal etableres midt i reindriftingsområder. Videre vil jakt og fiske i områdene bli begrenset, sammen med hele lokalsamfunnets områderettigheter. Det er dermed i alle fall både reindriften og lokalsamfunnet som er rettighetssubjekter i konsultasjoner.

De forskjellige rettighetshaverne vil naturligvis kunne ha ulike interesser i saken. I saker hvor det er flere rettighetshavere kan det derfor være at partene er uenige om tiltaket. Det kan i utgangspunktet ikke kreves at disse partene skal bli enige om hvilket standpunkt de skal ta. Hver rettighetshaver skal ha mulighet til å forsvare sine egne rettigheter og interesser. Det kan likevel være grunn til at motstridende interesser innad blant urfolket bør forsøkes løses internt før de inngår i konsultasjonene.⁹⁰ Dette kan medføre større gjennomslagskraft for urfolkets meninger. Enighet kan også være viktig for å unngå konflikter i lokalsamfunnet. Typiske urfolkssamfunn er mindre lokalsamfunn hvor miljøet ofte er basert på tillit til hverandre og lojalitet overfor sine medborgere. Omfattende inngrep, slik som mineralutvinning, skaper usikkerhet og redsel. Dette kan være ødeleggende for et skjørt lokalsamfunn. Konflikter og uenigheter kan splitte samfunnet, og i verste fall også familier og slekt. Det kan derfor være hensiktsmessig å sette stor innsats i å forsøke og oppnå enighet innad blant urfolket.

En særlig utfordring i konsultasjoner med flere parter er at konsultasjonsprosessens innhold og omfang må tilpasses hver rettighetshaver, utfra rettighetshaverens underliggende materielle rett. En konsekvens av dette er blant annet at det er mulig at partene i ulik grad kan påvirke det endelige utfallet av saken, se blant annet kapittel 6.

Dersom det skulle være uenighet mellom den institusjonen som utøver selvbestemmelsesretten og de som innehar bruks- eller eiendomsrett, vil denne konflikten kunne løses ved for eksempel ekspropriasjon. Det må da foretas en interesseavveining mellom urfolkets samlede behov sammenholdt med interessen til

⁸⁹ Se Kautokeino kommunes internettsider (<http://www.kautokeino.kommune.no>) (april 2013).

⁹⁰ Rapport fra FNs ekspertmekanisme for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/EMRIP/2012/2 Annex avsnitt 17.

de lokale rettighetshavere, hvor det overordnede hensynet til en bærekraftig urfolkskultur må tilkjennes særlig vekt, jf. SP artikkel 27.

4.2.3 Krav om representativitet

Det følger av ILO-169 artikkel 6 (1) (a) at myndighetene skal konsultere “the peoples concerned ... particular through their representative institutions”. Dette betyr at det er representanter for rettighetshaveren av konsultasjonsretten som skal konsulteres, slik at det for eksempel ikke alltid vil være tilstrekkelig å konsultere representanter for hele urfolket.

Det er slått fast av ILO-komiteene at å konsultere med representative institusjoner er et absolutt krav.⁹¹ I en klagesak mot Ecuador fra 2001 drøfter ILOs trepartskomité representativitetsvilkåret. Saken gjaldt blant annet manglende konsultasjoner i et gassutvinningsprosjekt på områder som dekket 70% av territoriet til Shuar-folket i Ecuador. Shuar-folket hadde et uavhengig representativt forbund. Dette forbundet ble verken informert eller konsultert om prosjektet. Tiltakshaverne hadde imidlertid inngått forhandlinger med enkeltpersoner i samfunnet, i tillegg til andre organisasjoner i lokalsamfunnet. Uten hell forsøkte det offentlige Shuar-forbundet å stoppe disse forhandlingene, da det etter deres mening splittet lokalsamfunnet. ILO-komiteen uttalte:

“The Committee is aware that it could be difficult in many circumstances to determine who represents any given community. However, if an appropriate consultation process is not developed with the indigenous and tribal institutions or organizations that are *truly* representative of the communities affected, the resulting consultations will not comply with the requirements of the Convention” (min kursivering).⁹²

⁹¹ Se blant annet klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001) avsnitt 44; De tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 102.

⁹² *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) avsnitt 44.

I saken var ikke personene og organisasjonene som deltok i forhandlingene representative for hele det berørte lokalsamfunnet, som i denne saken var rettighetshaveren til konsultasjonsretten. Denne saken er illustrerende for hvordan utvinningsprosjekter ofte utvikler seg. Tiltakshaveren innleder forhandlinger med enkeltpersoner i lokalsamfunnet og organisasjoner som stiller seg positive til prosjektet. Det er mulig at disse i utgangspunktet kan bli oppfattet som representative, men en situasjon hvor det ikke er offentlig klarhet om hvem som skal representere vedkommende folk, vil kunne føre til mistillit blant vedkommende folk og splittelser i lokalsamfunnet. Saken viser at representativitetsspørsmålet kan ha store konsekvenser for legitimiteten til hele konsultasjonsprosessen, og at staten eller tiltakshaveren ikke selv kan velge hvem de konsultere med.

Vedkommende urfolksgruppe skal selv utpeke hvem som skal representere dem.⁹³

I tre felles klagesaker mot Mexico ble kravet til dette beskrevet slik:

”the important thing is that they should be the result of a process carried out by the indigenous peoples themselves. ... it is essential to ensure that the consultations are held with the institutions that are truly representative of the peoples concerned.”⁹⁴

Uttalelsen må innebære at den berørte urfolksgruppe selv må stå bak eller å ha deltatt aktivt i oppnevningen eller sammensetningen av de gruppene eller institusjonene som deltar i konsultasjonene.⁹⁵

Der den berørte gruppen ikke har en institusjon eller et organ som kan fremstå som representativ, vil det være nødvendig å etablere en sammenslutning som er representativ for gruppen, slik at konsultasjonsprosessen kan gjennomføres. Fra Sápmi kan *Čáhput siida* fremstå som eksempel. Her ble det holdt folkemøte for de fastboende i Manndalen, hvor det ble bestemt å etablere en forening som på vegne av

⁹³ De tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 102; FN-dokument A/HRC/EMRIP/2010/2 avsnitt 21; FN-dokument A/HRC/EMRIP/2012/2 vedlegg: ”Advice No. 4 (2012): Indigenous peoples and the right to participate in decision-making, with a focus on extractive industries” avsnitt 15.

⁹⁴ De tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 102.

⁹⁵ NOU 2007: 13 side 834.

Manndalens befolkning skulle stå som juridisk eier og forvalter av eiendommen Svartskogen. Čáhput Siida ble av den grunn dannet.⁹⁶

I tilfeller hvor det allerede eksisterer institusjoner, må det foretas en prosess for å bestemme hvilken institusjon som virkelig er representativ. Denne beslutningsprosessen må tilpasses lokalsamfunnet ved at urfolksgruppens kultur og tradisjonelle beslutningsprosedyrer blir benyttet. Den mest kjente måten å foreta beslutninger på i vestlige samfunn er å gjennomføre valg. Blant urfolk har det imidlertid vært vanlig med en beslutningsprosess som leder til konsensus.⁹⁷ Det norske Sametinget, som ellers bygger på et flertallsprinsipp, deltar for eksempel ofte i konsultasjoner med både posisjonen og opposisjonen. Fordelen med konsensus er at enhver stemme blir hørt, og at en blir tvunget til å oppnå enighet. Den klare ulempen med prosessen er den praktiske gjennomføringen. Dersom det er en stor gruppe som skal bestemme den representative institusjonen, kan det være hensiktsmessig at det innad i gruppen velges noen personer som skal delta i konsultasjonsprosessen. Det kan blant annet være en familie, en slekt eller et nabofellesskap.

Representasjonsspørsmålet kan være særlig vanskelig hvor et inngrep berører urfolksområder på tvers av landegrensene. Eksempler på slike utfordringer eksisterer i samisk sammenheng i tilknytning til reinbeiting over grensen mellom Sverige og Norge, samt i forbindelse med laksefiske i Tanavassdraget. Når det gjelder mineralprosjekter kan problemstillingen bli aktuell dersom et prosjekt har gruveområdet på den ene siden av grensen og annen infrastruktur helt eller delvis på den andre siden av grensen. Gruvedriften i Kirunaområdet med utskipning fra Narvik er her et eksempel. En annen situasjonen hvor problemstillingen vil være aktuell er i de tilfeller det etableres mineraldrift i et område der reindriftsutøvere fra et annet land har rettigheter. Mineraldrift i Indre Troms vil her være et eksempel, da reindriftssiidaer fra svensk side vil bli berørt. I den norske regjeringens mineralveileder er det fastslått at det i enkelte saker vil være naturlig å konsultere

⁹⁶ Se Manndalens internettider <http://www.manndalen.no/ahput-siida.273210-40011.html> (mars 2013).

⁹⁷ Rapport fra FN's ekspertmekanisme for urfolksrettigheter A/HRC/EMRIP/2010/2 avsnitt 46.

svenske samebyer med beiterett i Norge.⁹⁸ Derimot har ikke regjeringen konsultasjonsplikt overfor det svenske Sametinget.⁹⁹

Dersom en rettighet som tilkommer et folk, typisk selvbestemmelsesretten, blir krenket av et slikt tiltak, blir det aktuelt å konsultere med en institusjon som er representativ for hele det vedkommende urfolk. I samisk sammenheng vil aktuelle institusjoner være nordisk sameråd¹⁰⁰ og samisk parlamentarisk råd.¹⁰¹ Hvilket organ som fremtrer som mest representativt må vurderes konkret. Det kan også være aktuelt å konsultere alle tre sametingene, eller at sametingene velger et visst antall representanter hver som deltar sammen i konsultasjonene.

4.2.4 Eksempler på representative institusjoner

4.2.4.1 Urfolksparlamenter

I saker som omhandler lovgivning og andre type reguleringer, er det naturlig at representanter for urfolket som sådan blir konsultert. Dette er gjerne tiltak som berører selvbestemmelsesretten i SP og ØSK artikkel 1 og deltakelsesretten i ILO-169 artikkel 7. I denne type saker kan det trekkes paralleller til vanlige nasjonale lovgivningsprosesser. Det er folkets oppgave, gjennom deres folkevalgte organ, å bestemme hvilke lover og regler som skal regulere deres samfunn. Dette er derfor saker som bør avgjøres gjennom konsultasjoner med urfolksparlamenter. Sametingene i de ulike landene vil således være representative for samene i de respektive landene.

Sametinget er norske samers folkevalgte organ, jf. sameloven § 1-2, og er dermed norske samers representative organ. Alle samer bosatt i Norge har stemmerett etter nærmere bestemte kriterier, jf. § 2-5. Sametingets arbeidsområde er ifølge sameloven

⁹⁸ Arbeids- og inkluderingsdepartementet, "Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser" 23. juni 2006 side 16.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Samerådet ble etablert i 1956 og har fungert som en overordnet nordisk samepolitisk organisasjon. Hele det samiske folket er representert gjennom Rådet, ved at det fungerer som en samarbeidsorgan for de samiske organisasjonene i Finland, Norge, Sverige og Russland. Rådets overordnede formål er blant annet å ivareta samenes interesser som ett folk.

¹⁰¹ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 39. Samisk Parlamentarisk Råd er som samarbeidsråd for de folkevalgte sameparlamentene mer representativ enn Samerådet ut fra en vestlig, demokratisk synsvinkel. Rådet har imidlertid liten formell myndighet.

§ 2-1 første ledd alle saker som etter tingets oppfatning særlig berører den samiske folkegruppe. Alle disse sakene er dermed konsultasjonspliktige, med mindre Sametinget har beslutningsmyndighet i sakene.

Også Sverige og Finland har sameting, som er svenske og finske samers representative folkevalgte forsamlinger. Riktignok har sametingene ulike arbeidsoppgaver og beslutningsmyndighet, men alle tre sametingene er representative for samene innenfor nasjonenes grenser. Den 12. desember 2010 ble det etablert en representativ forsamling for samer i Russland. Forsamlingen består av 9 representanter, som ble stemt frem av 73 delegater representerende for samiske lokalsamfunn på Kolahalvøya.¹⁰² Denne forsamlingen vil sannsynligvis være den som er mest representativ for samene i Russland.

Som det samiske folkets representative organer, er sametingene naturlige forvaltere av samenes selvbestemmelsesrett.¹⁰³ I mange saker vil også sametingene fremstå som den naturlige konsultasjonsparten. Som påpekt tidligere er dette ikke en selvfølge. Problemer oppstår når et sameting opptrer som eneste representative institusjon i situasjoner hvor det er bestemte rettighetshavere som blir berørt. Sametinget vil ha som mål å komme frem til ordninger som vil gagne hele det samiske folket, og vil i utgangspunktet ikke være egnet til å ivareta vedkommende gruppes særskilte interesser. Ettersom det er opp til den berørte gruppen å avgjøre hvem som skal konsultere, kan de selvsagt be om å bli representert av Sametinget. Klare eksempler på tilfeller hvor særskilte samiske grupper selv kan ha interesse av å konsultere, er hvor det vurderes lovgivning eller administrative retningslinjer eller beslutninger som påvirker samiske næringer, som for eksempel reindriften, fjordfiske, elvefiske og samiske småbruk.

Det vil således være problematisk hvis Sametinget starter forhandlinger direkte med selskapet som planlegger mineraldrift på områder med samiske bruks- og eiendomsrettigheter, dersom forhandlingene kan gripe inn i disse rettighetene. Det vil

¹⁰² Se internettsidene til Indigenous Peoples in the Barents Euro-Arctic Region, The Norwegian Barents Secretariat, <http://www.barentsindigenous.org/saami-assembly-in-murmansk-oblast.4860165-111496.html> (april 2013).

¹⁰³ Utkast til Nordisk samekonvensjon side 216.

også kunne være svært negativt for rettighetshaverne dersom Sametinget uttrykker seg positiv til en planlagt virksomhet som rettighetshaverne er i mot. Dette vil medvirke til at rettighetshaverne vil få det svært vanskelig å påvirke beslutningsprosessen.

Sametinget i Norge har utviklet en praksis med å forhandle frem såkalte intensjonsavtaler med mineralselskaper som planlegger mineraldrift på samiske områder. Det kan diskuteres om denne praksisen foregriper rettighetshavernes konsultasjonsrett. Dette vil imidlertid være avhengig av innholdet i avtalene.

Som nevnt under punkt 4.2.1, vil sametingene kunne være konsultasjonspart i mineralutvinningssaker som er av prinsipiell betydning eller som er av særlig størrelse. Dette må vurderes ut fra om det er samenes rettigheter som et folk som blir berørt.

4.2.4.2 De lokale urfolkssamfunnene

Som tidligere nevnt, er det i mineralsaker som hovedregel lokalsamfunnets rettigheter og interesser som blir påvirket, og således lokalsamfunnet som skal konsulteres. Bakgrunnen for at det ofte tales om lokalsamfunnets rett til konsultasjoner, er at det ofte er lokalsamfunnet som har benyttet de spesifikke landområdene og dermed opparbeidet seg rettigheter i disse.

Det er urfolkene bosatt i områdene, som utnytter landområdene og naturressursene og som utøver kulturen gjennom tilgang til sine områder. Det er dermed disse som blir påvirket av mineralvirksomhet på sine områder. Mineralsaker kan også medføre store ringvirkninger for lokalsamfunnet. Lokalsamfunnets mening bør derfor få betydning, avhengig av graden av påvirkningen dette har for lokalsamfunnet.

Representativitetsspørsmålet blir problematisk når det er visse grupper i lokalsamfunnet som i særlig grad blir påvirket av en eventuell mineraldrift. Ytterligere kan spørsmålet kompliseres dersom det dreier seg om et samfunn bestående av både urfolk og andre. Det er derfor ingen automatikk i at en representativ institusjon for lokalsamfunnet vil være representativ for de særskilt berørte partene.

For lokale urfolkssamfunn oppstår det også utfordringer da det kan eksistere en kombinasjon av statsbaserte lokale myndigheter og mer tradisjonell urfolksorganiseringer, basert på for eksempel familie, slekt, klan eller andre type sammenslutninger. Den offisielle lokale myndigheten kan være ulik den tradisjonelle urfolksorganiseringen, eksempelvis den territoriale avgrensning, rett til deltakelse og valgsystemer. Lokale valg kan dessuten være basert på det statlige demokratiske system med fare for at urfolkets syn blir marginalisert.

Et eksempel på en typisk tradisjonell institusjon for samene er en siida. Siida er et fellesskap mellom noen familier som utnytter et bestemt naturområde sammen. I dag brukes siidaen mest i reindriftnæringen, hvor begrepet blir brukt om en sammenslutning av reindriftsutøvere som driver reindrift i fellesskap på bestemte områder.¹⁰⁴ Et eksempel hvor siidaen blir brukt utenfor reindriften er Čáhput Siida. Til Čáhput Siida tilhører alle fastboende i Manndalen. Siidaen ble etablert etter at Manndalens befolkning fikk tilkjent eiendomsrett til området kalt Svartskogen.¹⁰⁵ Etter hvert har det norske systemet med kommuner overtatt, delvis basert på siidaenes områder. Over tid har dette endret seg, blant annet med kommunesammenslåinger. Det må også tas hensyn til at kommunene i dag er basert på tjenesteyting og ikke som organisasjoner som skal ivareta urfolkens rettigheter.

I den grad de offisielle lokale myndighetene skal representere urfolkens lokalsamfunn, må det derfor være ut fra en lokal aksept. Slik aksept kan man naturlig nok lettere få dersom lokalmyndighetene oppfattes som representative for urfolkene. Situasjonen kan være annerledes dersom de lokale myndigheter ikke er valgt med deltakelse fra urfolkene, eller at urfolkssamfunnene er i mindretall eller marginalisert av andre årsaker. I samisk sammenheng ser man at det er forskjell på de lokale myndigheter. I Kautokeino hvor samene er i klart flertall har det vært lite spørsmål om representativiteten, mens situasjonen er annerledes i for eksempel Tysfjord.

¹⁰⁴ Se lov 5. juni 2007 nr. 40 om reindrift § 51.

¹⁰⁵ Rt. 2001 s. 1229.

4.2.4.3 *Representative institusjoner i reindriften*

I mange tilfeller er det de lokale urfolkssamfunn som sammen bærer både retten til kulturutøvelse og retten til naturressursene i sine tradisjonelle områder. Men retten kan også være delt mellom ulike typer næringsutøvelse, der forskjellige grupper har rett til hver sin del av naturressursene. I samisk sammenheng har man en slik situasjon, der retten til reinbeite tilhører en bestemt gruppe samer. Situasjonen i reindriftnæringen kan på mange måter gi et bilde av de representativitetsutfordringene som kan oppstå.

Slik som forøvrig ved vurderingen av representativiteten, er det avgjørende hvem som er rettighetshaveren til den materielle retten som kan bli krenket. I reindriften er det flere ulike rettighetshavere, avhengig av hvilken type rettighet det er snakk om.

Dagens reindrift er regulert i lov 5. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven). Reindriftsretten hviler imidlertid på et selvstendig rettsgrunnlag basert på alders tids bruk, jf. reindriftsloven § 4. Retten til å eie og drive reindrift er en individuell rettighet som tilkommer personer som oppfyller vilkårene i reindriftsloven § 9. Rettigheten har imidlertid et sterkt kollektivt preg ettersom driften må være knyttet til en siidaandel, jf. § 9 annet ledd. Hver siidaandel skal ha en ansvarlig leder, men i en siidaandel kan det inngå flere andre reineiere i tillegg. Samtlige reineiere er igjen en del av en siida, jf. § 10 første ledd.

I forbindelse med reindriften betyr ”siida” en gruppe av reineiere som driver reindrift i fellesskap på bestemte områder, jf. reindriftsloven § 51 første ledd. Selve utøvelsen av reindriften skjer altså i fellesskap med resten av siidaens medlemmer.

Siidamedlemmene er personlige eiere av merket rein og utstyr, mens beiterettigheter og andre rettigheter tilkommer siidaen, det vil si medlemmene i fellesskap.¹⁰⁶

Reindriftsloven skiller også mellom sommersiida og vintersiida.

I tillegg bestemmer loven at reinbeiteområdene skal inndeles i reinbeitedistrikter, jf. § 42 første ledd. Hvert reinbeitedistrikt ledes av et såkalt distriktsstyre, jf. reindriftsloven § 43 første ledd. Styret velges av stemmeberettigede reindriftsutøvere i

¹⁰⁶ NOU 2007:13 side 380.

distriktet, jf. § 43. Ifølge lovens § 44 første ledd representerer distriktsstyret reindriftsinteressene i reinbeitedistriktet. Videre følger det av annet ledd at styret kan inngå forlik, saksøke og saksøkes på vegne av reindriftsutøverne i distriktets felles anliggender, inkludert vern av arealer. Disse reinbeitedistriktene er i utgangspunktet administrative enheter, men som helt eller delvis kan ha sammenfallende grenser med siidaene.

Reindriftsloven skiller altså mellom ulike rettighetssubjekter. Spørsmålet blir da hvem som er representativt organ med rett til å delta i konsultasjonene de tilfeller reindriften blir påvirket av et tiltak. Det må også i dette tilfellet vurderes hvilke rettighetssubjekter som faktisk blir berørt. Etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2000 s. 1578, er det antatt at selve reinbeiteretten tilhører siidaen.¹⁰⁷ I denne saken dreide det seg om en sommersiida. Det er også mulig at en vintersiida kan ha beiterettigheter og dermed være et selvstendig rettssubjekt.¹⁰⁸ Det må derfor være den eller de berørte siidaer som er konsultasjonsberettigede.

I prinsippet kan det tenkes at alle reineiere i siidaen møtte i konsultasjonene. Av praktiske årsaker vil det imidlertid være naturlig å velge ut representanter for siidaen. Reindriftsloven bestemmer at det i sommersiidaen skal velges et styre, jf. § 52. Stemmeberettiget er den enkelte siidaandel, jf. § 53 annet ledd. For vintersiidaen er det ikke særskilte regler, men i en sak for Indre Finnmark tingrett ble det antatt at dette ikke var til hinder for partsevne.¹⁰⁹ I vurderingen av hvem som representerte siidaen, ble det tatt hensyn til den tradisjonelle organiseringen ved at ”siidaisit” (”siidaoverhode”) ble antatt å ha en sentral rolle.

Ved mineralinngrep er det sannsynlig at flere siidaer blir berørt i større eller mindre grad. I så fall må alle disse konsulteres. I praksis må det trolig foretas en samordning før konsultasjonene starter. I noen tilfeller vil trolig reinbeitedistriktet kunne representere siidaene, men i så fall må dette være i tråd med en fullmakt fra siidaene.

¹⁰⁷ Høyesterett brukt ikke ordet siida, men det fremkommer av sammenhengen at den aktuelle gruppen reineiere var en sommersiida.

¹⁰⁸ TINFI-2007-41493 – RG-2008-232.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Fastsetting av generelle hensiktsmessige prosedyrer for mineralsaker vil være en form for lovgivning som påvirker reindriften generelt. I slike konsultasjoner er det naturlig at organer som er representativ for hele reindriften deltar. Reindriftsloven inneholder ingen regler om hvem som kan være alle norske reindriftsutøvernes representative organ, men i praksis er Norske reindriftssamers landsforbund godtatt som reindriftssamenes egen næringsorganisasjon. Forbundet vil fremstå som den naturlige representative institusjonen. Også Sametinget kan være aktuelt som konsultasjonsinstitusjon i slike type saker.

4.2.4.4 Andre aktuelle samiske næringer

Det er selvsagt mange andre samiske næringer og andre interesser som kan bli påvirket av ulike tiltak. Spørsmålet vil kunne bli aktualisert gjennom spesialiseringen av næringsvirksomheten som ofte utvikler seg. I samisk sammenheng er sjøfiske en sentral tradisjonell næringsvei for samene i kyst- og fjordområdene. Sjøfiske ble tradisjonelt gjerne kombinert med småbruk. Den sjøsamiske fangst- og fiskeriorganisasjonen Bivdi kan anses å være representativ i konsultasjonen som berører næringen generelt. Den kan neppe automatisk anses å være representativ i bestemte inngrepssaker, hvor den berørte gruppens særskilte interesser skal beskyttes. I slike saker kan det imidlertid være hensiktsmessig at Bivdi bidrar i de tilfeller gruppen ønsker det.

Andre samiske binæringer er laksefiske, multebærplukking, jakt og fangst. Disse næringsveier er ikke på samme måte som reindriftnæringen, akseptert som en særnamisk næring. Organiseringen er derfor ikke like sterk. Det kan likevel eksistere lokale interessegrupper, eksempelvis sauebeitelag, utmarkslag og lignede. I så fall vil disse kunne ha rett til å delta i konsultasjonene. I veilederen til konsultasjonsavtalen er det forutsatt at Sametinget kan være representative for disse.¹¹⁰ En slik løsning er lite heldig, da rollen til Sametinget heller må være å samordne de ulike samiske interessene. En slik samordning blir vanskelig, dersom Sametinget også skal representere enkelte av disse interessene direkte under konsultasjonene.

¹¹⁰ Arbeids- og inkluderingsdepartementet, "Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser" 23. juni 2006 side 16.

Dersom de enkelte samiske næringsinteressene ikke er organisert på en måte som gjør de i stand til å konsultere selv, vil det være naturlig å samordne disse med lokalsamfunnets øvrige interesser. I samenes del vil de såkalte bygdelag være en mulig part. Sametingets rolle vil her kunne være å støtte opp om at bygdelagene eller andre lokale institusjoner kan bli i stand til å konsultere, samt bidra til intern samordning av de forskjellige interesser.

4.3 Pliktsubjekt

4.3.1 Stat

Det er staten som er pliktsubjektet i de folkerettslige forpliktelsene. Ifølge ILO-169 artikkel 6 og 15 (2) og urfolkserklæringen er det myndighetene som plikter å konsultere. Plikten gjelder også andre organer som er underlagt det statlige forvaltningshierarkiet, slik som departementer, tilsyn, direktorater, styrer, råd og andre statlige forvaltningsorganer som har myndighet til å utforme regelverk, treffe beslutninger eller gjennomføre virksomhet som kan få direkte betydning for urfolket.¹¹¹ En plikt til å konsultere har også regionale og lokale statlige forvaltningsorganer, for eksempel reindriftens områdestyrer og fylkesmennene.¹¹²

Selv om kommuner og fylkeskommuner ikke er direkte underlagt regjeringens eller andre statlige organers instruksjonsmyndighet, og således ikke er bundet av statens folkerettslige forpliktelser, er staten ansvarlig for at kommunene og fylkeskommunene opptrer i samsvar med slike plikter.¹¹³ I tilfeller hvor kommuner eller fylkeskommuner utøver myndighet, for eksempel innen arealdisponeringen i tradisjonelle samiske områder, vil staten således være ansvarlig for at berørte samiske interesser blir konsultert.¹¹⁴ Konsultasjonsplikten vil derfor i realiteten også gjelde for kommuner og fylkeskommuner.

¹¹¹ NOU 2007: 13 side 835.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ NOU 2007: 13 side 835. Se også Carl August Fleischer, *Folkerett*, 8. utgave, Oslo 2005 side 206.

¹¹⁴ NOU 2007: 13 side 835.

Spørsmålet om Stortinget er konsultasjonspliktig oppstår ved Stortingets behandling av lovsaker som kan få direkte betydning for samene og dersom det er aktuelt å gjøre materielle endringer i lovforslaget. Dette spørsmålet ble ganske inngående drøftet av Samerettsutvalget II, som konkluderte med at Stortinget har en slik konsultasjonsplikt.¹¹⁵

4.3.2 Selvstendige rettssubjekter

Et aktuelt spørsmål er om konsultasjonsplikten også gjelder for selvstendige rettssubjekter som i kraft av lovgivning eller eierrådighet opptrer på vegne av det offentlige, og som er organisert som statsforetak eller liknende.¹¹⁶ Statskog SF er et slikt selvstendig rettssubjekt. Paralleller kan trekkes til Finnmarkseiendommen (FeFo), som består av et styre med representanter fra Finnmark fylkesting og fra Sametinget. Både Statskog SF og FeFo disponerer, i kraft av sin eierrådighet, over land og vann i de tradisjonelle samiske områdene. Dersom Statskog SF eller FeFo for eksempel inngår avtaler med gruveselskaper om undersøkelser og drift i samiske områder, kan dette få direkte betydning for samiske interesser. Et annet eksempel som vil kunne ha direkte betydning for samiske interesser, særlig reindriftnæringen, er salg av eiendommer.

Klagesaken mot Bolivia for ILO-organene er illustrerende.¹¹⁷ Saken gjaldt klage over administrative vedtak truffet av ”National Forestry Superintendency”, som gjaldt 27 utstedte skogsdriftskonsesjoner på tradisjonelle urfolksområder.¹¹⁸ Konsultasjoner var ikke gjennomført før utstedelsene, så ILO-komiteen anmodet regjeringen om å inngå i konsultasjoner med de berørte urfolkene.¹¹⁹ Selv om det ikke fremkommer om organet som utstedte skogsdriftskonsesjonene er et offentlig organ eller et selvstendig rettssubjekt, viser saken at konsesjoner som utstedes og tiltak som iverksettes i forbindelse med driften av statseide skogs- og utmarksområder kan være omfattet av konsultasjonsplikten.¹²⁰

¹¹⁵ *Ibid* side 836- 839.

¹¹⁶ *Ibid* side 835.

¹¹⁷ *The Bolivian Central of Workers (COB) v. Bolivia* (GB.272/8/1):(GB.274/16/7) (1999).

¹¹⁸ *Ibid* avsnitt 36

¹¹⁹ *Ibid* avsnitt 44 b.

¹²⁰ NOU 2007: 13 side 835.

For spørsmålet om det gjelder en konsultasjonsplikt for selvstendige statlige rettssubjekter må ILOs ekspertkomitéuttalelse til den norske regjeringen fra 1995 få en avgjørende betydning.¹²¹ Det uttales at det kan være fare for krenkelse av samiske rettigheter over landområder, særlig dersom Statskog SF iverksetter tiltak som ikke samsvarer med konsultasjonsplikten i artikkel 6.¹²² Dette må forstås slik at også Statskog SF, FeFo og andre lignende organer er forpliktet til å konsultere etter artikkel 6.¹²³

4.3.3 Tiltakshaver

I mineralutvinningsaker vil det være en forutsetning for reelle konsultasjoner at også tiltakshaveren deltar i konsultasjonene. Selv om det i dag forventes at også private selskaper overholder internasjonale menneskerettigheter, foreligger det ingen direkte plikt for selskapene å konsultere.¹²⁴ Det er likevel vanlig at tiltakshaveren konsulterer lokalsamfunnet, enten ved at de selv tar initiativ til dette eller fordi myndighetene ber om det.

For myndighetene kan det være nærliggende å overlate konsultasjonsansvaret til det selskapet som planlegger et prosjekt for selv å slippe konsultasjonene, og siden det kan virke mer hensiktsmessig at tiltakshaveren konsulterer. Staten kan imidlertid ikke unnvike sine folkerettslige forpliktelser ved å overlate disse til private rettssubjekter.¹²⁵ Siden staten ikke har instruksjonsmyndighet over slike private rettssubjekter vil staten ikke kunne kontrollere at forpliktelsene oppfylles. Ettersom

¹²¹ Direct Request (CEACR) Norge (1995), avsnitt 18.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Slik også Samerettsutvalget II har konkludert i NOU 2007: 13 på side 836.

¹²⁴ Selv om det ikke foreligger en plikt overfor private selskaper til å konsultere urfolk, arbeider FNs menneskerettighetsekspertene med å klargjøre selskapenes ansvar for å overholde menneskerettigheter. Dette arbeidet har ledet til vedtakelse av veiledende prinsipper for business og menneskerettigheter, se rapporten fra "the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie": "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework", FN-dokument A/HRC/17/31 (2011).

¹²⁵ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter FN-dokument A/HRC/12/34 avsnitt 54.

private selskap ikke kan bli folkerettslig ansvarlig for brudd på forpliktelsene, vil det være enkelt for staten å omgå konsultasjonsplikten ved å delegere den bort. Det er derfor klart at staten ikke kan delegere konsultasjonsplikten til tiltakshaveren. Staten kan dermed heller ikke bruke de gjennomførte konsultasjonene som argument for at konsultasjonsplikten er oppfylt.

Det kan tenkes at staten overlater konsultasjonene til tiltakshaveren i håp om at de skal komme til enighet med den berørte urfolksgruppen, og at myndighetene først kobles inn dersom enighet ikke oppnås. I mineralnæringen har det også utviklet seg en praksis hvor selskaper tar kontakt med de berørte urfolkene for å starte forhandlinger direkte med dem.¹²⁶ Denne utviklingen kan skyldes flere forhold. Først og fremst har den positive rettsutviklingen innen urfolksrettigheter medført at private selskaper føler et visst ansvar for å overholde rettighetene. Vedtakelsen av urfolkserklæringen har ført til at noen selskaper vurderer å implementere en FPIC-policy for å forsikre at urfolksrettigheter ikke blir brutt gjennom deres arbeid.¹²⁷ Den økende konsultasjonsviljen hos selskapene skyldes også et ønske om å oppnå en sosial aksept til mineralprosjektet. Aksept fra lokalsamfunnet vil gjøre det betydelig enklere å gjennomføre et mineralutvinningsprosjekt på urfolksområder. For selskapets del vil det altså medføre en rekke fordeler å oppnå et samtykke fra lokalsamfunnet før mineralprosjektet starter. Slike forhandlinger kan også være positive for urfolksgruppen da dette gir dem reelle forhandlingsmuligheter for å stille krav og vilkår i avtalen.

Det bør imidlertid settes spørsmålstegn ved denne typen praksis, hvor selskapene av eget initiativ inviterer urfolkene til konsultasjoner og forhandlinger. Først og fremst kan den skjeve maktbalansen mellom partene i seg selv medføre at resultatet blir skjevt fordelte avtaler, og at urfolk kommer dårlig ut av slike avtaler. I de fleste tilfeller vil ikke urfolk ha tilstrekkelig med midler til å kunne ansette eksperter med kjennskap til de aktuelle juridiske problemstillingene og gode forhandlingsteknikker.

¹²⁶ Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010, side 6.

¹²⁷ Talisman Energy er et av selskapene som vurderer å implementere FPIC, se Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010.

En annen faktor er at rammevilkårene, for eksempel urfolkernes rett til kompensasjon og utbytteandel, kan være uavklart. Kravet om utbyttedeling var en av årsakene til at det ikke ble oppnådd enighet om den nye mineralloven.¹²⁸ Mangel på nasjonale rammevilkår gjør at det for selskapene vil kunne være vanskelig å inngå avtaler på det tidspunktet retten til undersøkelser og prøveuttak gis.¹²⁹ På dette tidspunkt vil det være vanskelig å forutsi konsekvensene av utvinningsprosjektet.¹³⁰ Før undersøkelser er foretatt vil det dessuten være uklart om, og eventuelt hvor mye ressurser som finnes, samt prosjektets omfang og levetid. Det vil således foreligge lite forhandlingsgrunnlag. Dessuten vil detaljerte diskusjoner om prosjektets innvirkning og avtaler om samfunnsnytt og økonomiske fordeler kunne skape falske forventninger blant den berørte urfolksgruppen. Partene vil imidlertid kunne inngå foreløpige avtaler som gir adgang til å foreta undersøkelser og eventuelt prøvesprengninger der hvor det er nødvendig.

Det er derfor klart at selskapene ikke kan gjennomføre konsultasjonsprosessen uten tilsyn fra staten. Staten må i det minste delta for å klargjøre rammevilkår, blant annet om utbyttedeling og lignende, samt hvordan myndighetenes behandling av søknad om driftstillatelse skal forholde seg til konsultasjonene mellom selskap og urfolksparter. Staten kan derfor ikke utstede tillatelser til mineraldrift uten å sikre at urfolks rettigheter, herunder konsultasjonsretten, sikres. Dette følger direkte av statens folkerettslige plikt til å sørge for dette. En måte å sikre dette på er å sette vilkår i konsesjonene om at det skal konsulteres.¹³¹

5 Krav til konsultasjonsprosessen

5.1 Innledning

Etter ILO-169 artikkel 6 skal det konsulteres “through appropriate procedures”, og konsultasjonene skal gjennomføres “in good faith and in a form appropriate to the

¹²⁸ Kravet til utbyttedeling var ett av de forholdene som gjorde at det ikke ble enighet om den nye mineralloven, se Ot.prp. nr. 43 (2008-2009) side 92.

¹²⁹ For en nærmere beskrivelse av fasene i et mineralprosjekt vises det til kapitel 5.

¹³⁰ Se Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010, side 31.

¹³¹ NOU 2007: 13 side 840.

circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures”. Disse kravene følger også av urfolkserklæringen.

Konsultasjonsprosessen styres altså av de tre vilkårene om hensiktsmessige prosedyrer, god vilje og målsetning om samtykke. Vilkårene må vurderes i lys av konsultasjonsrettens formål, nemlig at konsultasjoner skal bidra til effektiv deltakelsesadgang for urfolk. I de enkelte konsultasjonene gjenspeiles dette formålet ved at konsultasjonene skal ha som målsetning å komme til enighet eller å oppnå samtykke. De tre vilkårene er nært knyttet til hverandre, men for en nærmere analyse er det hensiktsmessig å betrakte dem hver for seg.

De to vilkårene om god tro og målsetning om samtykke, er elementære for at konsultasjonsinstituttet skal fungere etter sin hensikt. Vilkårene er imidlertid vanskelig å kontrollere, samtidig som det er et sterkt behov for en slik kontroll. Dette kan avhjelpest ved å skape klare prosedyrer som utformes slik at det forplikter myndighetene og selskaper til i større grad å konsultere med god vilje og med målsetning om å oppnå samtykke.

Utviklingen som har skjedd de senere år har nødvendigvis medført strengere krav til innholdet av disse vilkårene.¹³² Som tidligere nevnt vil innholdet av konsultasjonsplikten avhenge av den underliggende materielle retten. Ettersom urfolks materielle rettigheter varierer stort, vil dette også være tilfellet med rekkevidden av konsultasjonsretten.¹³³ Konsultasjonsvilkårene må tolkes med dette for øye. Vilkårene vil derfor i denne avhandlingen analyseres ut i fra hvordan de bør tolkes i mineralutvinningsaker.

¹³² Særlig vedtakelsen av urfolkserklæringen og praksis fra IACHR, menneskerettighetskomiteen og andre overvåkningsorganer.

¹³³ James Anaya, ”Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”, *Arizona Journal of International & Comparative Law* Vol 22, No. 1, 2005 side 11.

5.2 Konsultasjoner skal foregå med god vilje

5.2.1 Innledende bemerkninger

Kravet om at konsultasjoner skal foregå med god vilje¹³⁴, jf. ILO-169 artikkel 6 (2), stiller krav til hvordan myndighetene skal opptre i konsultasjonene. Konsultasjonene skal gjennomføres ved at myndighetene gjør sitt ytterste for å la urfolket delta effektivt i beslutningsprosessene. Med andre ord skal ikke konsultasjonene gjennomføres av ren formalitet.

Av vilkåret om god vilje følger det noen grunnleggende prinsipper som kan anses som nødvendige omstendigheter i en hensiktsmessig konsultasjonsprosedyre. Prinsippene må derfor gjenspeiles i konsultasjonsprosedurene. I det følgende redegjøres det for de mest grunnleggende prinsipper.

5.2.2 Anerkjennelse av urfolks rettigheter

Anerkjennelse av urfolks konsultasjonsrett og de materielle rettighetene er en forutsetning for at urfolksparten i konsultasjonene skal føle at deres rettigheter blir ivaretatt. Dersom myndighetene ikke vil anerkjenne urfolksrettigheter, vil det vanskelig kunne sies at konsultasjonene gjennomføres med god vilje. Konsultasjoner vil lett kunne oppfattes kun som et spill for galleriet. Det må også foreligge en plikt for myndighetene å informere urfolket om deres rettigheter i saker hvor de ikke har oversikt over disse.¹³⁵

¹³⁴ Det engelske begrepet ”good faith” har også vært oversatt med ”god tro” på norsk. Etter min mening er ”god vilje” et mer dekkende ord.

¹³⁵ Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010, side 33-34.

5.2.3 Tillit

Tillit partene imellom er en grunnleggende forutsetning for at konsultasjonene skal fungere etter sin hensikt.¹³⁶ Det er imidlertid også et av de største problemene i konsultasjonsprosessene. Av historiske årsaker mangler mange urfolk tillit til både staten og mineralindustrien. Myndighetene må derfor jobbe med å gjenvinne tilliten hos urfolket, slik at konsultasjoner blir gjennomførbare. Urfolkserklæringen kan her ses på som en milepæl ved at urfolkene ble anerkjent som parter med egne rettigheter, blant annet retten til konsultasjoner. Dersom tilliten skal opprettholdes er det nødvendig at konsultasjonsordningen utbygges med akseptable prosedyrer. Dette må også gjøres i en tillitsfull dialog, basert på en åpen og respektfull kommunikasjon.

Når prosedyrene er på plass må konsultasjonene om det enkelte prosjektet også skje på den samme tillitsfulle måte. Dette forutsetter at prosessen følger de opptrukne prosedyrer og at det settes av nødvendig tid for dette. Den grunnleggende test på tillitsforholdet vil imidlertid være at urfolkernes meninger respekteres. Dersom erfaringene viser at urfolkernes krav i de fleste tilfeller blir satt til side, sier det seg selv at tilliten og grunnlaget for videre konsultasjon faller bort.

5.2.4 Kulturell forståelse og respekt

Effektive konsultasjoner mellom parter fra ulike kulturer krever forståelse og respekt for hverandres kulturer.¹³⁷ I mineralprosjekter møtes to totalt ulike kulturer, hvor partene har ofte har ulike verdisyn, interesser og behov. Særlig vanlig er det at urfolket opplever at deres kultur ikke blir respektert. Kulturell forståelse og respekt

¹³⁶ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 75. Se også klagesak for ILO, de tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 107.

¹³⁷ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 76. Se også *ILO Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No.169): A manual* Geneva, International Labour Office, 2003 side 16.

krever grundig kompetansebygging, spesielt for mineralselskapene og myndighetene.¹³⁸

5.2.5 Full åpenhet og god dialog

Full åpenhet er en forutsetning for tillit mellom partene. For at konsultasjonene skal kunne gjennomføres må prosessen derfor bære preg av full åpenhet. Dette betyr at partene må dele relevant informasjon med hverandre. Mer om informasjonsutveksling se punkt 5.4.3.3.

God dialog er et element som skal være styrende for all kommunikasjon som finner sted partene imellom. God dialog består av toveiskommunikasjon, som skal lede til genuine og konstruktive forhandlinger. Det må settes av tilstrekkelig tid, og konsultasjonene må gjennomføres med kontinuitet, slik at gode dialoger kan finne sted.¹³⁹

5.3 Konsultasjoner skal ha målsetning om å oppnå samtykke

Kravet om at konsultasjoner skal ha målsetning om å oppnå samtykke kommer av at deltakelsen skal være effektiv. Effektiv deltakelse innebærer at deltakelsen må ha virket inn på avgjørelsens innhold.¹⁴⁰

Vilkåret om at konsultasjoner skal ha målsetning om å oppnå samtykke er fastslått i ILO-169 artikkel 6 (2). Hvordan dette vilkåret skal forstås har ILO-organene uttalt at det ikke gir en vetorett, men en reell deltakelsesadgang i alle stadier av prosessen.¹⁴¹ Dette vilkåret kan belyses nærmere av klagesaken mot Ecuador.¹⁴² Saken omhandlet

¹³⁸ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 76.

¹³⁹ ILOs klagesakspraksis, se de tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 96.

¹⁴⁰ NOU 2007: 13 side 207.

¹⁴¹ *Central Unitary Workers' Union (CUT) v. Colombia* (GB.276/17/1):(GB.282/14/3) (2001) avsnitt 77-78.

¹⁴² Se blant annet klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001).

utstedelse av tillatelse til utvinning av hydrokarboner på Shuar-folkets tradisjonelle landområder. Shuar-folket påstod at de verken var informert eller konsultert om planene før det ble gitt tillatelse til utvinningen. Komiteen uttalte:

”the concept of consulting the indigenous communities that could be affected by the exploration or exploitation of natural resources includes establishing a genuine dialogue between both parties characterized by communication and understanding, mutual respect, good faith and the sincere wish to reach a common accord”.¹⁴³

Det ble ikke foretatt en vurdering av om Shuar-folkets materielle rettigheter til grunnen var krenket. Komiteens understreking av artikkel 6 (2) sin betydning i saker som gjelder utvinning av naturressurser, kan tyde på at samtykke skal søkes oppnådd i større grad i disse sakene enn ellers. Bakgrunnen for dette er det spesielle forholdet urfolkets har til landområdene og naturressursene. Den foreliggende sak kan forstås slik at komiteen tolker vilkåret om målsetning om samtykke med bakgrunn i materielle eiendomsrettigheter og alvorlighetsgraden av inngrep.¹⁴⁴

ILO-169 artikkel 15 kan også være et eksempel på at graden av inngrepets alvorlighet påvirker vilkåret om målsetning om samtykke. Ifølge bestemmelsen skal urfolkets rett til naturressurser på deres landområder sikres, noe som blant annet omfatter en rett til bruk, styring og bevaring av disse ressursene. I de tilfellene hvor staten har forbeholdt eiendomsretten til ressurser i undergrunnen, oppfører artikkel 15 (2) en konsultasjonsplikt for myndighetene ”with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands” (min kursivering). Det skal konsulteres for å finne ut i hvilken grad deres interesser blir berørt. Dette kan forstås slik at behovet for konsultasjoner avhenger av

¹⁴³ *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001) avsnitt 38.

¹⁴⁴ James Anaya har også tolket avgjørelsen på denne måte, se James Anaya, ”Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”, *Arizona Journal of International & Comparative Law Vol 22, No. 1*, 2005 side 11.

alvorlighetsgraden av det foreslåtte inngrepet.¹⁴⁵ Jo alvorligere inngrep, desto større krav stilles det til konsultasjonene. Dersom konsultasjoner viser at urfolks rettigheter og interesser blir påvirket i alvorlig grad vil det tale for at inngrepet ikke kan finne sted med mindre samtykke fra urfolksparten blir oppnådd. Dette er imidlertid ikke bekreftet av ILO-organene.

Verken ILOs konvensjonstekst eller praksis stiller noen konkrete krav til innholdet av konsultasjonene. På grunn av dette har ikke vilkåret om samtykke hatt en klar gjennomslagskraft mot proforma konsultasjoner.

Det er imidlertid klart at proforma konsultasjoner, der konsultasjonene ikke medfører noen reelle endringer av prosjektet, ikke vil tilfredsstillende kravet om at konsultasjonene skal være effektive. Det må dermed kunne kreves at myndighetene kan vise til at urfolkens synspunkter klart er hensyntatt for at vilkåret skal anses oppfylt. På denne måten vurderes menneskerettskomiteen om vilkåret er oppfylt. Avgjørelsen *Apirana Mahuika et al. vs. New Zealand* er ett eksempel. Et av spørsmålene komiteen tok stilling til var om konsultasjonene mellom maoriene og myndighetene var gjennomført på en tilfredsstillende måte. Komiteen uttalte:

“The Committee notes that the State party undertook a complicated process of consultation in order to secure broad Maori support to a nation-wide settlement and regulation of fishing activities. Maori communities and national Maori organizations were consulted and their proposals did affect the design of the arrangement”.¹⁴⁶

At maorienes krav hadde påvirket det endelige utfallet viser at det hadde skjedd en effektiv deltakelse og at myndighetene hadde målsetning om å oppnå enighet med maoriene. På denne måten kan kravet om samtykket få et reelt innhold som forplikter statene til i større grad å imøtekomme urfolks krav og interesser.

¹⁴⁵ Mauro Barelli, ”Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: developments and challenges ahead”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, No. 1, 2012 side 10.

¹⁴⁶ *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* (Communication No. 547/1993) avsnitt 9.6.

Konsultasjonsbestemmelsene i urfolkserklæringen tyder på at det har skjedd en utvikling i retning av en mer forpliktende forståelse av samtykkekravet. Etter urfolkserklæringen artikkel 19 og 32 (2) skal det konsulteres ”in order to obtain” samtykke. Etter ordlyden er det ingen krav om at samtykke skal oppnås, men den gir uttrykk for en noe sterkere forpliktelse enn hva ILO-169 artikkel 6 (2) gjør.

Også FNs spesialrapportør for urfolkssaker har uttalt at kravene til samtykke vil variere ut fra det aktuelle tiltakets effekt for urfolksparten. Hvor forpliktende det er å oppnå et samtykke vil variere ut i fra omstendighetene og de materielle rettighetene til urfolket som er involvert, samt graden og arten av inngrepet.¹⁴⁷ Plikten til å oppnå samtykke vil bli sterkere dess større skadevirkningene vil kunne bli for urfolksparten. En alvorlig og direkte påvirkning av urfolks liv eller landområder etablerer en streng presumsjon for at det foreslåtte inngrepet ikke bør gjennomføres uten urfolkspartens samtykke.¹⁴⁸ Dersom myndighetene likevel velger å gjennomføre tiltaket, må det kreves gode begrunnelser for dette. I noen sammenhenger kan samtykkevilkåret utvikle seg til forbud mot å gjennomføre tiltaket uten urfolks samtykke, altså en nektingsrett.¹⁴⁹ Se nærmere om dette i kapittel 6.

Samme retning synes utviklingen å gå i Canada. En god illustrasjon på samtykkekravet vises av den matrisetabellen regjeringen i den Canadiske delstat Saskatchewan inkluderte i sitt forslag til konsultasjonspolitisk rammeverk.¹⁵⁰ Matrisen deler inn prosjektene ut fra størrelse (”Major, Large/Moderate og Minor”) sett i forhold til innvirkningen for urfolk (”No, Low, Occasional, Moderate og Intensive”). For de store og mellomstore prosjekter som samtidig har middels og stor effekt for urfolksparten skal det gjennomføres forsterkende konsultasjoner. Selv om

¹⁴⁷ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/12/34 avsnitt 47. Se også James Anaya, ”Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 22, No. 1, 2005.

¹⁴⁸ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/12/34 avsnitt 47.

¹⁴⁹ Rapporter fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokumentene A/HRC/12/34 avsnitt 47 og A/HRC/18/42 Annex avsnitt 2; og James Anaya, ”Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”, *Arizona Journal of International & Comparative Law Vol 22, No. 1, 2005* side 17.

¹⁵⁰ Dwight G. Newman, *The Duty to Consult*, Purish Publishing 2009 side 56.

konsultasjonsreglene heller ikke etter Canadisk rettspraksis i seg selv gir en nektingsrett¹⁵¹, så kan slike intensive konsultasjoner vanskelig gjennomføres uten at staten eller selskapet tar vesentlig hensyn til urfolkernes rettigheter og interesser.

Ut fra dette må det konkluderes med at ILO-169 artikkel 6 (2) må tolkes med hensyn til den senere utviklingen av samtykkevilkåret. Om vilkåret er oppfylt må vurderes konkret på bakgrunn av inngrepets art om myndighetene i tilstrekkelig grad har imøtekommet urfolkernes krav.

5.4 Konsultasjoner skal foregå med hensiktsmessige prosedyrer

5.4.1 Generelt

Det er ikke hvilken som helst konsultasjonsordning som samsvarer med folkerettens krav. I henhold til ILO-169 artikkel 6 (1) (a) skal konsultasjonene foregå ved ”appropriate procedures”. Begrunnelsen for kravet om hensiktsmessige prosedyrer er rett og slett at klare prosedyrer skal bidra til effektiv deltakelse av urfolksparten. Fruktbare dialoger partene imellom er en forutsetning for dette. Prosedyrene skal derfor formes på en måte som etablerer et godt grunnlag for en slik toveiskommunikasjon.¹⁵² ILOs trepartskomiteé har uttrykt kravet om hensiktsmessige prosedyrer slik:

”Appropriate procedures are those that create the conditions necessary to reach an agreement or consent concerning the proposed measures. This means that the expression appropriate procedures must be understood in relation to the aims of the consultation.”¹⁵³

En prosedyre er formet hensiktsmessig når den er et egnet virkemiddel til å oppnå reell deltakelse og urfolkspartens samtykke. Dette forutsetter møter der hensikten er reelle dialoger hvor urfolket får mulighet til å forstå hvordan de vil bli påvirket av

¹⁵¹ *Ibid* side 63

¹⁵² Klagesak for ILO, *The Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF) v. Brazil (GB.295/17):(GB.304/14/7)* (2009) avsnitt 42.

¹⁵³ *The Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF) v. Brazil (GB.295/17):(GB.304/14/7)* (2009) avsnitt 42. Identiske uttalelser finnes i de tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 89.

tiltaket og undersøke tiltakets konsekvenser. Reell deltakelse forutsetter også et reelt ønske om å finne frem til hensiktsmessige løsninger og kompensasjonstiltak for urfolket. Det er imidlertid ikke i samsvar med vilkåret om hensiktsmessige prosedyrer så lenge prosessen ikke har det overordnede målet om samtykke fra urfolksparten. Konsultasjonene må med andre ord organiseres med tanke på at urfolksparten skal få et grunnlag til å si ja eller nei til inngrepet, eventuelt bli enige om endringer av tiltaket.¹⁵⁴

En mineralutvinningsprosess er kompleks og består av flere faser. De berørte urfolksgruppene skal kunne delta effektivt i alle disse fasene – fra planleggingsfasen til den endelige gjennomføringen, driften og kontrollen med virksomheten. I det følgende skal det redegjøres for de omstendigheter som vil kunne være nødvendig i en konsultasjonsprosess for å oppnå et samtykke fra urfolksparten – med andre ord for å oppfyllet kravet om hensiktsmessige prosedyrer. Den senere tid har det kommet flere eksempler på utforming av konsultasjonsprosedyrer, også prosedyrer som er bransjetilpasset.¹⁵⁵ Det er også laget teoretiske fremstillinger om behovet for prosedyrer. Blant annet har Whiteman og Mamen gjennomført en analyse av konsultasjonsprosesser mellom urfolk, selskaper og myndigheter i mineralutvinningssaker.¹⁵⁶

5.4.2 Før konsultasjoner starter

5.4.2.1 Utrede materielle rettigheter

Før konsultasjonene starter må myndighetene utrede hvilke materielle rettigheter som kan bli påvirket av en eventuell mineralvirksomhet. Dette skal først og fremst gjøres da det er et krav i seg selv at de materielle rettighetene blir utredet og anerkjent uavhengig av konsultasjonsplikten. Det er en feil oppfatning at konsultasjoner er tilstrekkelig for å ivareta urfolks rettigheter. Videre vil det være avgjørende for

¹⁵⁴ *Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT) v. Colombia* (GB.276/17/1):(GB.282/14/3) (2001) avsnitt 88-90.

¹⁵⁵ Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010.

¹⁵⁶ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002.

innholdet av konsultasjonsretten at de materielle rettighetene er klargjort.¹⁵⁷ Følgelig vil utredning av materielle rettigheter være en absolutt nødvendighet før konsultasjoner starter, spesielt gjelder dette utredning av landrettigheter.¹⁵⁸

Dette er også slått fast av IACHR i en sak hvor urfolkspartens rettigheter til landområder ikke var anerkjent. Domstolen uttalte i saken at frem til urfolks landområder var offentlig anerkjent ved grensedragnings og tinglysning, måtte myndighetene avstå fra all aktivitet, og tillatelser til aktivitet, som kunne påvirke eksistensen, verdien eller bruken av disse områdene.¹⁵⁹

I denne retning går også FNs rasediskrimineringskomité, som ved et tilfelle uttalte:

”develop appropriate protective measures, such as a delay in the issuance of a concession on lands inhabited by indigenous communities who have applied to be registered legally in order to obtain land titles until the issue of collective ownership titles and indigenous peoples’ rights to possess, develop, control and use their communal lands, where at issue, has been assessed and determined, and after consultation with and the informed consent of the indigenous peoples”.¹⁶⁰

Komiteen foreslår at tillatelser til mineralvirksomheter utsettes frem til landrettigheter av urfolket er avklart.

I forbindelse med mineralutvinning er det særlig retten til landområder og naturressurser som står i fare for å bli krenket. I mange stater med urfolk er ikke urfolkets landrettigheter anerkjent og utredet.¹⁶¹ Utredning av materielle rettigheter har også blitt etterlyst av den delen av mineralnæringen som er opptatt av å respektere

¹⁵⁷ Blant annet har FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter understreket dette en rekke ganger, se for eksempel FN-dokument A/HRC/21/47 avsnitt 53.

¹⁵⁸ *Ibid* avsnitt 64.

¹⁵⁹ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2001) avsnitt 153.

¹⁶⁰ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Cambodia*, FN-dokument CERD/C/KHM/CO/8-13 (2010) avsnitt 16.

¹⁶¹ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/18/35 avsnitt 48-49; Rapport fra FNs ekspertmekanisme for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/EMRIP/2012/2.

menneskerettigheter.¹⁶² Begrunnelsen for dette er også det at uklare urfolksrettigheter skaper betydelig usikkerhet og således også en økonomisk risiko for selskapene.

5.4.2.2 Regelfeste nasjonale prosedyrer/etablere nasjonale rammeverk

For å kunne anvende konsultasjonsinstituttet på en effektiv og forpliktende måte er det nødvendig med nasjonale prosedyrer fastsatt ved lov. Dette vil særlig være nødvendig når andre enn statlige organer skal delta, slik det ofte vil være tilfelle i mineralutvinningsaker. Mangelen på prosedyrer er ofte årsaken til at mange konsultasjonsprosesser ikke utføres i samsvar med de folkerettslige standardene.¹⁶³

Kravet til nasjonalt rammeverk forutsettes også av ILO-169 når konsultasjonsplikten i artikkel 6 og 15 (2) leses i sammenheng med artikkel 2 (1) og 33. Dette innebærer at konvensjonen skal anvendes systematisk og koordinert i samarbeid med urfolket, hvor passende organer er etablert for dette formål. Med andre ord må det etableres nasjonale konsultasjonsprosedyrer som skal anvendes når mineralvirksomhet vurderes iverksatt på urfolks områder, slik det også kommer frem av følgende uttalelse fra ILOs ekspertkomité: “appropriate procedural mechanisms have to be put in place at the national level and they have to be in a form appropriate to the circumstances”.¹⁶⁴

Spørsmålet er så om det kreves særskilte konsultasjonsprosedyrer for mineralutvinningsaker. Konsultasjonsprosedyrene skal tilpasses den konkrete saken, jf. ILO-169 artikkel 6 (2), hvor det heter at konsultasjonene skal skje ”in a form appropriate to the circumstances”. Arten av tiltaket vil også kunne kreve ulike modeller for prosedyrene. Forskjellen på eksempelvis lovsaker og mineralsaker er så betydelig at det vil kreve forskjellige modeller for prosedyrene.

I henhold til ILO-169 artikkel 15 (2) skal det etableres prosedyrer for hvordan konsultasjoner skal gjennomføres i forbindelse med en mineralutvinningsprosess.

¹⁶² Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/18/35 avsnitt 49.

¹⁶³ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 64.

¹⁶⁴ Rapport fra ILOs ekspertkomité, dokument ILC.100/III/1A (2011) side 788.

Prosedyrerne må tilpasses utfordringene som oppstår i mineralsaker, hvor konsultasjonene har et større mål om å fastslå i hvilken grad de berørtes interesser kan bli skadelidende, jf. artikkel 15 (2). Ifølge ILO-169 artikkel 15 (2) skal myndighetene før det gis tillatelse til undersøkelser eller utvinning av mineraler ”establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced”.

En nyere avgjørelse fra ILOs trepartskomité behandler forholdet mellom artikkel 6 og artikkel 15 (2).¹⁶⁵ De to hovedspørsmålene i saken var om en lov om offentlig skogforvaltning og mineralvirksomhet skulle ha vært gjenstand for konsultasjoner, samt om konsultasjonsplikten gjaldt ved anvendelsen av loven, altså ved utstedelser av tillatelser til undersøkelser og utvinning av mineralforekomster. Det første spørsmålet blir drøftet med bakgrunn i artikkel 6, mens det andre med grunnlag i artikkel 15 (2). Komiteen uttalte at ILO-konvensjonen artikkel 15 (2), sammenholdt med artikkel 7, krever spesifikke konsultasjons- og deltakelsesmidler.¹⁶⁶ Vedrørende artikkel 15 (2) uttalte komiteen at myndighetene skal konsultere de berørte urfolkene om mineralutvinning på deres landområder, før det gis tillatelse til undersøkelser eller utvinning av mineralressurser, med hensikt om å klarlegge om og i hvilken grad deres interesser vil bli berørt.¹⁶⁷ Videre uttalte komiteen at den berørte urfolksgruppen skal så langt som mulig delta i fordelene av slike prosjekter, samt motta erstatning for eventuell tap og skade.¹⁶⁸ Komiteen uttalte dermed at ”the Government should adopt additional regulatory and practical measures to ensure that the consultation provided for in Article 15(2) takes place, including the procedural requirements stipulated in Article 6, before licences are granted”.¹⁶⁹

Ut i fra denne avgjørelsen må ILO-169 artikkel 15 (2) tolkes slik at det kreves egne særskilte prosedyrer for mineralutvinningsaker. Prosedyrene skal komme til anvendelse i mineralutvinningsaker på urfolksområder, og prosedyrene skal ha et siktemål om å avgjøre hvordan urfolk kan bli påvirket av inngrepet. Prosedyrene skal

¹⁶⁵ *The Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF) v. Brazil* (GB.295/17):(GB.304/14/7) (2009).

¹⁶⁶ *Ibid* avsnitt 45 og 49.

¹⁶⁷ *Ibid* avsnitt 50.

¹⁶⁸ *Ibid*.

¹⁶⁹ *Ibid*.

imidlertid også oppfylle kravene fastslått i artikkel 6, hvor det overordnede målet er å oppnå urfolkspartens samtykke.

Mineralutvinningsaker er svært komplekse med flere aktører inne i bildet. Det sier seg selv at konsultasjoner uten avklarte prosedyrer vil ha små sjanser til å lykkes. Også kravet til effektiv deltakelse tilsier at det etableres prosedyrer særskilt tilpasset denne typen saker.

ILO-organene har ikke funnet det hensiktsmessig å etablere noen bestemt modell for hvordan konsultasjonene skal gjennomføres.¹⁷⁰ ILO-komiteen har uttalt at det i etableringen av prosedyrer bør tas hensyn til nasjonale omstendigheter, omstendigheter angående urfolket, samt arten av det tiltaket som er gjenstand for konsultasjonsprosessen.¹⁷¹ Det følger også av ILO-169 artikkel 34 at konvensjonen skal implementeres ”in a flexible manner, having regard to the conditions characteristic of each country”. Dette kan imidlertid ikke forstås slik at statene står fritt til å fravike de kravene konvensjonen stiller. Fleksibiliteten innebærer imidlertid at prosedyrene skal kunne tilpasses nasjonale systemer, deriblant det nasjonale politiske systemet og rettssystemet, samtidig som det skal ta hensyn til urfolket.

5.4.2.3 Kapasitets- og kompetansebygging

For reelle konsultasjoner i mineralutvinningsaker må urfolksparten ha tilstrekkelig kunnskap om dette. Det må derfor opprettes tiltak for kapasitets- og kompetansebygging.¹⁷² Dette kan gjøres på flere måter. Det kan gjennomføres tiltak for kompetansebygging for den bestemte urfolksparten. Det kan tilbys bistand fra

¹⁷⁰ Se blant annet *The Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF) v. Brazil* (GB.295/17):(GB.304/14/7) (2009) avsnitt 42; de tre parallelle klagesakene *mo Mexico* (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 90.

¹⁷¹ *The Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF) v. Brazil* (GB.295/17):(GB.304/14/7) (2009) avsnitt 42.

¹⁷² Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 83; Foaly Hoag

sakkyndige.¹⁷³ Ulike tiltak for å styrke relevante urfolksorganisasjoner kan også bidra til kompetanseutvikling.

Det er også en forutsetning at myndighetene og selskapene opparbeider seg tilstrekkelig kunnskap slik at de kan være i stand til å forstå urfolkspartens meninger og bekymringer. Det bør derfor igangsettes kompetansebygging også for disse.

5.4.3 Ulike faser i konsultasjonsprosessen

5.4.3.1 Utarbeide konsultasjonsplan

Mineralprosjektene kan naturlig nok være svært forskjellige. Selv om det foreligger et rammeverk på forhånd, vil det derfor være behov for å lage en egen plan for gjennomføringen av konsultasjonene i det enkelte tilfelle. Det første som bør gjøres når partene møtes, er å utarbeide en konsultasjonsplan, det vil si en slags fremdriftsplan for konsultasjonene.

ILO-169 artikkel 15 (2) fastslår at det skal etableres prosedyrer for hvordan konsultasjoner skal gjennomføres i forbindelse med en mineralutvinningsprosess. Dette må leses slik at det både gjelder et krav om å etablere generelle nasjonale prosedyrer og prosedyrer for enkeltsaker. At partene skal utarbeide en konsultasjonsplan er også uttalt av spesialrapportøren for urfolkssaker og ekspertmekanismen for urfolkssaker.¹⁷⁴

Momenter som må vurderes for å forme selve konsultasjonsprosessen er blant annet hvor omfattende konsultasjonen skal være, hvor mange og lange møter det er behov for, hvem som møter, hvordan møtene gjennomføres, kontinuiteten i prosessen og språket som benyttes. Hvor omfattende konsultasjoner som må gjennomføres i det enkelte tilfellet, må vurderes i lys av kravet om å oppnå enighet og samtykke fra urfolksparten. I prosessen må det tas hensyn til at det skal bli satt av tilstrekkelig tid

¹⁷³ Dette er foreslått i Nærings- og handelsdepartementets ”Strategi for mineralnæringen” side 69.

¹⁷⁴ Se blant annet rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/12/34 avsnitt 51.

til urfolkens egne beslutningsprosesser. Dette fordi det må være mulig for urfolksparten å foreta en intern beslutningsprosess for å samordne forskjellige synspunkter internt i de berørte urfolkssamfunn. Det må videre avklares hvor og hvordan de enkelte møter skal gjennomføres, blant annet om konsultasjonsprosessen bør skje på lokalt nivå, ved en sammensetning av både større offentlige møter og mindre møter, eller på andre måter. Det må også vurderes om de ulike urfolkspartene (lokalsamfunn, andre interesser og urfolksparlamenter) skal delta på samme eller separate møter.

Siden det er store ulikheter i verdier, referansesystemer, til og med hvordan konsultasjoner oppfattes, vil etablering av klare kriterier for konsultasjonsform og prosedyrer gjøre det mer sannsynlig at samtykke oppnådd.¹⁷⁵

5.4.3.2 Definere målet med konsultasjonene

Samtidig som det utarbeides en fremdriftsplan for konsultasjonene, bør urfolksparten og myndighetene i samråd med selskapet definere hva målsetningen med konsultasjonene er.¹⁷⁶ Klarhet i målsetningene vil kunne være utslagsgivende for om partene klarer å komme frem til en enighet. Partene vil naturlig nok ha ulike målsetninger. Mens selskapets – men også ofte myndighetenes – overordnede målsetning vil være å få iverksatt den foreslåtte mineralvirksomheten, vil urfolksparten kunne være imot mineralvirksomheten. Definerings av undermålsetninger vil imidlertid kunne medføre at løsninger kan oppnås gjennom kompromisser eller alternative løsninger. Slike undermålsetninger vil for eksempel kunne være etablering av arbeidsplasser, helsetilbud, infrastruktur, endre prosjekter og økte inntekter til lokalsamfunnet.

¹⁷⁵ De tre parallelle klagesakene mot Mexico (GB.289/17/3) (2004) avsnitt 105.

¹⁷⁶ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 77.

5.4.3.3 Informasjonskrav

Reelle konsultasjoner forutsetter at urfolksparten blir informert om alle sider av et foreslått tiltak.¹⁷⁷ Et av de viktigste målene med konsultasjoner er derfor å ha en prosess basert på fullstendig informasjonsutveksling. Informasjonsutveksling er særlig viktig når det vurderes iverksettelse av betydelige inngrep med store konsekvenser, slik som mineralutvinningsprosjekter. Relevant informasjon vil blant annet være arten, formålet, varigheten, størrelsen, reversibilitet og omfanget av det foreslåtte prosjektet, samt hvilke områder som vil bli påvirket.¹⁷⁸ Informasjonen må selvsagt inneholde både de positive og de negative konsekvensene av et prosjekt, samt risikoen ved å innføre mineralvirksomhet. I denne forbindelse stilles det krav til at det gjennomføres undersøkelser av de sannsynlige økonomiske, sosiale, kulturelle og miljømessige konsekvensene av tiltaket, jf. ILO-169 artikkel 7 (3). En slik konsekvensutredning skal ifølge bestemmelsen skje i samarbeid med urfolket. Dette innebærer blant annet at konsekvensutredninger som er innhentet av selskapet alene ikke vil samsvare med bestemmelsen.

Informasjonsgrunnet vil variere avhengig av hvor langt prosessen har kommet. Frem til en konsekvensutredning er foretatt vil informasjonen være begrenset. Selskapet vil likevel få grundigere og sikrere informasjon underveis gjennom hele planleggingsprosessen. Det bør derfor skje fortløpende informasjonsutveksling mellom partene.

Det er også viktig å understreke at det skal tas hensyn til at urfolksparten skal ha tilstrekkelig mulighet til også å gi relevant informasjon til myndighetene og selskapene.

¹⁷⁷ Rapport fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter, FN-dokument A/HRC/18/42 Annex avsnitt 8.

¹⁷⁸ Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010, side 33.

5.4.3.4 Interne konsultasjoner innenfor lokalsamfunnet

Kravet om at urfolksparten skal kunne gi samtykke innebærer at interne drøftelser må være inkludert i konsultasjonsprosessen.¹⁷⁹ Uenigheter innenfor et lokalsamfunn i spørsmålet om det skal etableres mineralvirksomhet, vil kunne utvikle seg til konflikter og splittelser i samfunnet. Dette kan igjen utnyttes av myndighet eller selskap ved en klassisk ”splitt- og hersketeknikk”. Det sier seg selv at slike prosesser må unngås. Gjennomføring av konstruktive drøftelser innad blant lokalsamfunnet vil være avgjørende for å unngå dette. Tiltak for å gjennomføre interne drøftelser kan for eksempel være å utforme konsultasjonsretningslinjer for lokalsamfunnet. Slike tiltak må finansieres av staten eller av tiltakshaveren.

5.4.3.5 Når inntre konsultasjonsplikten?

En rekke internasjonalt juridisk bindende standarder, samt konsultasjonsretningslinjer for forskjellige selskaper, fastslår at konsultasjoner skal finne sted i startfasen av et mineralprosjekt. Fra myndighetenes side kan en så tidlig involvering av urfolk oppfattes som unødvendig ressursbruk, da det på dette stadiet ikke er sikkert at prosjektet vil bli realisert.¹⁸⁰ Det er imidlertid flere begrunnelser for at konsultasjonene skal inntre helt i startfasen av et prosjekt. Først og fremst er tidlig deltakelse ofte en forutsetning for effektivitet og reelle konsultasjoner. Dette fordi det viser seg at presset for å gjennomføre prosjektet gradvis øker i takt med de investerte ressurser. Senere i prosjektet vil det derfor bli vanskeligere å gjennomføre de endringer som urfolkene foreslår. Tidlig deltakelse vil på sin side klargjøre hovedproblemene ved prosjektet på et stadium der endringer er lettere å få til, og som dermed også vil være ressursbesparende for alle parter, ikke minst mineralselskapene.¹⁸¹

¹⁷⁹ Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002 side 70.

¹⁸⁰ Amy K. Lehr og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook July 2010, side 32.

¹⁸¹ Rapport av Environmental Law Institute *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C. 2004 side 34.

En tidlig inkludering av urfolk vil også være hensiktsmessig for den senere konsultasjonsprosessen, da dette kan bidra til å skape et betydelig bedre samarbeidsklima. Erfaringer viser at i de sakene hvor urfolk ikke har blitt inkludert i prosessen på et tidlig stadium, har dette skapt mistro og motstand mot prosjektet.

I ILO-169 artikkel 6 (1) (a) heter det at myndighetene skal ”consult ... whenever consideration is being given to legislative or administrative measures” (“konsultere ... når det overveies å innføre lovgivning eller administrative tiltak”). I henhold til dette skal konsultasjoner gjennomføres før tiltakene iverksettes.¹⁸² ILO-komiteen har uttalt at “consultations on relevant legislative or administrative measures [should] take place sufficiently early to ensure that they are effective and meaningful”.¹⁸³ Denne uttalelsen gir ikke noen klar veiledning til når konsultasjonene bør igangsettes. Poenget er imidlertid at konsultasjonene skal skje så tidlig i prosessen at konsultasjonene blir effektive og betydningsfulle.

Som tidligere poengtert, er et av formålene med konsultasjoner å skape et samarbeid, hvor partene kommer frem til felles beslutninger. Dette må fungere som et bakenforliggende hensyn i alle saker hvor det er aktuelt å konsultere urfolk, slik at konsultasjonene blir satt i gang i tilstrekkelig tid. Dette vil kreve en likeverdighet mellom partene, noe som forutsetter at konsultasjonene blir satt i gang tilstrekkelig tidlig. Hvor myndighetene internt har bestemt seg for hva beslutningen i saken blir, men uten å formelt ha gjennomført beslutningsprosessen, vil det være for sent å gjennomføre konsultasjoner. Dette vil for øvrig også være i strid med vilkårene om å gjennomføre konsultasjonene i god vilje og med mål om å oppnå enighet.

ILO-169 artikkel 15 (2) presiserer tidspunktet for konsultasjonene i mineralsaker. Ifølge bestemmelsen skal det konsulteres ”before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation” av mineraler. Følgelig er det et vilkår at det gjennomføres konsultasjoner før det utstedes tillatelse til undersøkelser og utvinning av mineraler.

¹⁸² NOU 2007: 13 side 841. Se blant klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001) avsnitt 39.

¹⁸³ *Education Workers Union of Río Negro (UNTER), local section affiliated to the Confederation of Education Workers of Argentina (CTERA) v. Argentina* (GB.297/20/1):(GB.303/19/7) (2008) avsnitt 64.

Dette er også blitt bekreftet av ILO-komiteen. I en klagesak mot Ecuador uttalte komiteen:

”Articles 2(1), 2(2)(b), 6, 7 and 15(2) imply the obligation to develop a process of prior consultation with the indigenous peoples of the country before taking measures that might affect them directly, such as the signature of an agreement authorizing activities relating to the exploration or exploitation of hydrocarbons on their ancestral territory.”¹⁸⁴

Videre uttalte komiteen at: “the consultation should occur beforehand, which implies that the communities affected should participate as early as possible in the process, including in the preparation of environmental impact studies”.¹⁸⁵ Utfra dette kan det sies at det er et minimumskrav at konsultasjonene skal gjennomføres før det utstedes tillatelser til undersøkelser og prøveboringer, og om mulig enda tidligere i prosessen. Normalt gjøres konsekvensutredninger før det gis konsesjon til drift, men etter at undersøkelser er gjennomført. Konsultasjoner skal derfor starte før konsekvensutredninger gjøres. Hvis ikke er dette et klart brudd på konsultasjonsplikten.

Det avgjørende for når konsultasjonene skal starte, kan ikke være betegnelsen av de ulike fasene i det nasjonale systemet. Formålet med ordlyden i ILO-169 artikkel 15 (2) må være å understreke at det ikke bare skal konsulteres før det gis tillatelse til selve driften, men også foran de prosessene som leder til undersøkelsesarbeider. Den ovennevnte uttalelsen om at det skal konsulteres så tidlig som mulig, må derfor være veiledende for vurderingen av når konsultasjoner skal starte.

Om det nærmere tidspunkt for når konsultasjoner må igangsettes, vises til ILO-169 artikkel 15 (2), der det forutsettes at det også skal konsulteres i prosessen hvor det skal bestemmes om undersøkelser av bestemte områder skal tillates. Undersøkelser medfører et konkret inngrep i bestemte områder, noe som tilsier at det skal skje konsultasjoner om slike inngrep skal tillates.

¹⁸⁴ Klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001) avsnitt 39.

¹⁸⁵ Klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001) avsnitt 38. Lignende uttalelse i klagesaken *Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT) v. Colombia* (GB.276/17/1):(GB.282/14/3) (2001) avsnitt 90.

Et annet moment som vil ha betydning for spørsmålet om når konsultasjoner senest må starte, er om den aktuelle tillatelsen kan utløse en videre undersøkelses- eller utvinningsrett til søkeren. Utstedelse av tillatelse i slike tilfeller vil i realiteten avskjære urfolkets mulighet til å delta i den videre beslutningsprosessen. Tidspunktet for når konsultasjoner skal starte vil altså også være avhengig av hvilke rettigheter en søker får tilkjent gjennom diverse tillatelser.

Systemet i Northern Territory i Australia illustrerer dette.¹⁸⁶ Aboriginene i dette området har gjennom loven fått tilkjent eiendomsrett over sine landområder samtidig som de har en nektingsrett i saker om mineraldrift.¹⁸⁷ Aboriginene har benyttet seg av sin vetorett til å stoppe en rekke undersøkelser av mineralselskaper. Selv om regjeringen kan tilsidesette aboriginenes veto, har dette ikke blitt gjort.¹⁸⁸ Loven er imidlertid slik at aboriginene kun har rett til veto i fasen hvor det søkes om undersøkelser. Dersom de først samtykker til undersøkelser, vil de ikke kunne ombestemme seg. De kan altså ikke trekke tilbake samtykket under fasen hvor spørsmålet om det skal gis endelig tillatelse til å starte mineralutvinning behandles. Siden undersøkelsestillatelse her utløser en rett til å starte drift, vil konsultasjonsprosessen måtte gjennomføres før det utstedes undersøkelsestillatelse.

Kartlegging av mineralske forekomster over større områder er derimot noe som normalt ikke berører bestemte områder og lokalsamfunn. Hensikten med slik kartlegging er å få en oversikt over hvilke områder som har mineralske forekomster. Det vil ikke være hensiktsmessig å starte konsultasjoner før undersøkelser planlegges på bestemte områder. Det er derfor når myndighetene mottar undersøkelsessøknader til bestemte områder, at de skal starte en konsultasjonsprosess.

Redegjørelsen ovenfor viser at konsultasjonene i utgangspunktet må gjennomføres så tidlig som mulig, og senest før det gis tillatelse til undersøkelser som vil medføre inngrep eller som vil utløse en videre rett til andre tillatelser.

¹⁸⁶ Rapport av Environmental Law Institute *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C. 2004 side 7.

¹⁸⁷ Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act of 1976.

¹⁸⁸ Rapport av Environmental Law Institute *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C. 2004 side 7.

5.4.3.6 Nærmere om konsultasjoner i planleggingsstadiet

Mineralprosjektets planleggingsstadium består av søknadsprosesser. Det skal for eksempel utstedes tillatelser til både undersøkelser, prøveboring, utvinning, samtidig som det skjer en parallell prosess i henhold til blant annet miljøkrav, samt utredning av konsekvenser. Spørsmålet er når det i planleggingsfasen skal konsulteres.

Det skal gjennomføres konsultasjoner under saksbehandlingen i de besluttede organene frem til en avgjørelse tas.¹⁸⁹ Det vil si at konsultasjonsplikten gjelder både mens mineralsaken er i den innledende fasen, og mens den er til behandling i vedtaksorganet.¹⁹⁰ Dette er også bekreftet av ILOs praksis.¹⁹¹ I den grad behovet tilsier det, kan det være praktisk å avholde særskilte møter og utveksle skriftlig materiale mellom forvaltningsorganet og den berørte urfolksgruppen.¹⁹²

I mineralsaker vil det først være aktuelt å konsultere om undersøkelsestillatelse skal gis eller ikke. Dersom undersøkelses- eller driftsrettigheter blir solgt fra et selskap til et annet selskap vil dette også måtte konsulteres om. Det viktigste vil imidlertid ofte være å delta i prosessen som leder til den endelige avgjørelsen av om det skal startes utvinning, og en eventuell planlegging av mineraldrift. Undersøkelser og konsekvensutredninger kan gi andre forutsetninger for avtaler enn hva partene hadde forestilt seg før dette.

Et eksempel som er illustrerende er den tidligere nevnte vetorettordningen i Australia. Lokalsamfunnet har en rett til forhåndssamtykke bare på undersøkelsesstadiet, og ikke på et senere stadium. Følgelig vil et samtykke til undersøkelser binde urfolket til å godta den etterfølgende mineralvirksomheten. Australias Høyesterett vedtok i 1992 at aboriginene ikke kunne kreve forhåndssamtykke på et senere stadium, heller ikke i de tilfellene hvor selskapet selv samtykket til en slik klausul.¹⁹³ Ikke bare svekker dette aboriginernes mulighet til gode forhandlinger, det fratrer dem også mulighet til å delta

¹⁸⁹ NOU 2007: 13 side 841.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001) avsnitt 39. Også *Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice – a guide to ILO Convention No. 169* side. 60.

¹⁹² NOU 2007: 13 side 841.

¹⁹³ Rapport av Environmental Law Institute *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C. 2004 side 8.

i den resterende delen av prosjektet. Dette samsvarer dermed ikke med urfolks rett til konsultasjoner gjennom hele prosessen.

5.4.3.7 Tidsramme for konsultasjoner

Flere casestudier viser at det ikke er et unormalt problem at det settes av for liten tid til konsultasjonene. Urfolksgruppen dermed sitter igjen med en følelse av at det ikke var tilstrekkelig tid til å forstå og undersøke hvilken innvirkning en mineralvirksomhet vil ha.¹⁹⁴ For å oppnå effektiv deltakelse av urfolk må det settes av tilstrekkelig tid til konsultasjonene med myndighetene og eventuelt selskapet. Videre er det en forutsetning for reelle konsultasjoner at den berørte urfolksgruppen har tilstrekkelig tid til å forberede seg til konsultasjonene, til å undersøke forslagene fra selskapene og etablere strategi, og til å gjennomføre dette basert på deres egne beslutningsprosesser.¹⁹⁵ Hvor lang tid som blir satt av til konsultasjonene vil dermed være et avgjørende moment for å oppnå en suksessfull konsultasjonsprosess.¹⁹⁶

I Australia Northern Territory har det blitt satt av 12 måneder til forhandlinger mellom partene.¹⁹⁷ I utgangspunktet kunne dette vært en tilstrekkelig tidsramme. Det er imidlertid betenkelig at denne tidsrammen kan innskrenkes av myndighetene, og at denne retten anvendes regelmessig.¹⁹⁸

Hvor lenge konsultasjonene bør vare, må vurderes konkret i hver enkel sak. Etter konsultasjonsavtalen skal det konsulteres så lenge partene antar at det er mulig å oppnå enighet.¹⁹⁹ Dette vil også være hensiktsmessig etter ILO-169. I mineralsaker kan det være særlig krevende å oppnå enighet, og konsultasjoner kan fra begge parter virke unødvendig da partene står så langt fra hverandre med tanke på om tillatelse til mineraldrift skal gis. I denne forbindelse er det viktig å vise til konsultasjonsvilkårene som krever at konsultasjonene skal foregå med god vilje og med mål om å oppnå

¹⁹⁴ *Ibid* side 35.

¹⁹⁵ FNs permanente forum for urfolk, *Report of the International Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, FN-dokument E/C.19/2005/3 avsnitt 46.

¹⁹⁶ Rapport av Environmental Law Institute *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C. 2004 side 35.

¹⁹⁷ *Ibid* side 8.

¹⁹⁸ *Ibid* side 36.

¹⁹⁹ Konsultasjonsavtalen punkt 6 sjettede ledd.

enighet, slik at det skal etableres god dialog basert på informasjonsutveksling og løsningsorientert tilnærming til forhandlingene.

Det kan ut i fra dette konkluderes med at tidsrammen for konsultasjonene må fastsettes ut i fra en helhetsvurdering hvor det tas hensyn til tiden urfolksgruppen trenger for å kunne ha en effektiv deltakelse i mineralprosessen.

5.4.3.8 Håndtering av konflikter

Det er en betydelig risiko for at mineralsaker kan skape konflikter mellom konsultasjonspartene. En konsultasjonsprosess bør derfor å ha klart for seg hvordan konflikter skal håndteres. Et eksempel på konfliktløsningsmekanisme er mekling, under ledelse av en nøytral mekler. Avtalte meklingsordninger vil også bidra til likeverdighet mellom selskapet og urfolkspart, ved at det signaliserer at selskapet tar prinsippet om urfolkenes samtykke på alvor.

5.4.3.9 Konsultasjoner under drift og evaluering av mineralvirksomheten

Urfolk har en rett til å bli konsultert i alle stadier av en beslutningsprosess. Det skal konsulteres både under planlegging, gjennomføring og evaluering av tiltaket. Dette er slått fast både gjennom konvensjonspraksis, ILO-manualen og ILO-guiden.²⁰⁰ Det har vært lite fokus på dette aspektet av konsultasjonsretten. Det viser seg at konsultasjoner ofte består av forhandlinger gjennomført i startfasen av prosjektet og at konsultasjoner sjeldent fortsetter i de senere stadier av mineralprosessen.²⁰¹ Det kan være vel så viktig for et lokalsamfunn å delta i mineralprosessen etter at beslutning om mineralvirksomhet er tatt og driften er i gang. På denne måten kan urfolk sikre at deres rettigheter og interesser er ivaretatt, samtidig som de vil kunne påvirke

²⁰⁰ Klagesaken *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador* (GB.282/14/2) (2001); *ILO Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No.169): A manual* Geneva, International Labour Office, 2003 side 15; *Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice – a guide to ILO Convention No. 169* side 111.

²⁰¹ Rapport av Environmental Law Institute *Prior Informed Consent and Mining: Promoting the Sustainable Development of Local Communities*, Washington D.C. 2004 side 38.

beslutninger som tas underveis i mineraldriften.²⁰² Det er heller ikke usannsynlig at det under driften oppstår uforutsette miljømessige, sosiale og økonomiske innvirkninger av virksomheten, slik at det vil være nødvendig å innlede nye konsultasjoner.²⁰³

Et eksempel på senere deltakelse er etablering av et miljøforvaltningsstyre i et utvinningsprosjekt i Labrador i Canada.²⁰⁴ Styret bestod av medlemmer av urfolksgruppen, og dens oppgave var å rådføre regjeringen om blant annet søknader, leieavtaler, konstruksjons- og driftsplaner, og planer om nedleggelse. Selv om styrets mandat var begrenset til miljøspørsmål og dermed også dens mulighet til deltakelse noe begrenset, fikk urfolket mulighet til å delta i mineralprosessen gjennom hele prosjektets levetid.²⁰⁵ Andre måter å gjennomføre etterfølgende konsultasjoner på kan være å ha åpne informasjonsmøter jevnlig med lokalsamfunnet, og eventuelt regelmessige konsultasjoner med representanter for de berørte urfolkene. Konsultasjoner angående virkningene av en gjennomført mineraldrift kan for eksempel bestå i at de berørte deltar i evalueringen av disse virkningene.²⁰⁶

5.4.4 Oppsummering

For å gjennomføre urfolks rett til effektiv deltakelse må det anses å være en plikt for staten å lage et rammeverk for konsultasjonsprosedyrer, hvor det stilles klare krav til de nødvendige omstendighetene som må være tilstede for hensiktsmessige prosedyrer. Det er her gjennomgått en del momenter som kan anses nødvendig i prosedyrene. Noen momenter vil alltid være nødvendige, mens andre nevnte momenter ikke vil være nødvendige i alle saker. Hvilke omstendigheter som faktisk vil være nødvendig kan imidlertid staten langt på vei vurdere selv, jf. ILO-169 artikkel 34. Det kan derfor ikke stilles noen krav til det eksakte innhold av prosedyrene. Det må dog være et krav at prosedyrene samlet sett gir et tilstrekkelig grunnlag for at konsultasjonene kan fungere som et verktøy for effektiv deltakelsesadgang.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ NOU 2007: 13 side 841.

Når det gjelder utarbeidelsen av prosedyrene må disse være gjenstand for konsultasjoner. Etableringen av nasjonale rammeverk skal konsulteres med representanter for urfolket. I de land hvor det er etablert urfolksparlamenter, vil dette være en rolle for parlamentet. Prosedyrene i de enkelte sakene må konsulteres med den berørte urfolksparten.

6 Nektingsrett og rettslige konsekvenser av en konsultasjonsprosess

6.1 Innledning

I dette kapitlet drøftes spørsmålet om konsultasjonsprosessens rettslige konsekvenser. Hovedproblemstillingen er om nektingsrett kan være en konsekvens av konsultasjonsprosessen. Dette vil bli drøftet i punktene 6.2 til 6.5. I punkt 6.6 blir spørsmålet om andre rettslige konsekvenser av konsultasjonsprosessen tatt opp. Avslutningsvis gis det en oppsummering i punkt 6.7.

6.2 Utgangspunktet for nektingsretten

Det omstridte ved konsultasjonsretten er om koblingen til samtykke ("consent") innebærer en vetorett – eller nektingsrett som det i det følgende vil kalles. Stater har uttrykt at en slik forståelse vil være en krenkelse av statens suverenitet, mens private selskaper er bekymret for at urfolk vil utøve veto overfor deres prosjekter. På den andre siden mener enkelte urfolkrepresentanter at forholdet til samtykke må tolkes slik at det gir en rett til samtykke og følgelig en rett til å nekte tiltaket.

Både i henhold til konvensjonstekstens ordlyd og praksisen til konvensjonens overvåkningsorganer er det klart at konsultasjonsretten etter ILO-169 ikke i seg selv gir en nektingsrett. Det må også være klart at heller ikke urfolkserklæringen kan forstås slik at retten til konsultasjon og prinsippet om samtykke er det samme som en

nektingsrett. Dette følger av vedtakelsen av urfolkserklæringen, som viste stor motstand fra statene om at samtykke skulle forstås som en nektingsrett.²⁰⁷

Nektingsretten vil være mer aktuelt når det tas utgangspunkt i de materielle rettigheter som blir berørt av inngrepet og som det skal konsulteres om. Det er når en til tross for prosessuelt riktig gjennomførte konsultasjoner står igjen med tiltak som bryter med de materielle rettigheter, at det er aktuelt å tale om en nektingsrett i forbindelse med konsultasjoner. Dette betyr likevel ikke at reglene om konsultasjoner ikke har betydning for lovligheten av tiltaket, se punkt 6.6. Hensikten med å skille ut de materielle rettigheter som grunnlag for nektingsrett, er å få tydeligere fram at urfolk har visse rettigheter som staten ikke kan konsultere seg bort fra. Dette vil ha særlig betydning når man skal konsultere om store inngrep med vidtgående konsekvenser for urfolk, ettersom dette også er saker der det fra statenes side vil kunne være sterke interesser. I mindre saker er det tilsvarende lettere for staten å ta hensyn til urfolksinteressene. Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger nektingsrett vil imidlertid ikke bare være den underliggende materielle retten, men også i hvilken grad inngrepet vil gripe inn i rettigheten.²⁰⁸

Det er de tre nevnte rettighetene redegjort for i kapittel 3, som er aktuelle for urfolks nektingsrett. Verdens urfolk argumenterer prinsipalt for at det er selvbestemmelsesretten som gir grunnlag for nektingsrett i visse tilfeller, mens internasjonale domstoler og organisasjoner bygger nektingsretten på eiendomsretten og retten til kultur.²⁰⁹ Da det rettslige innholdet av selvbestemmelsesretten fortsatt er uavklart, vil det i det følgende tas utgangspunkt i de to andre rettighetene. Disse to grunnlagene vil det redegjøres for ved å analysere praksis fra organer underlagt de ulike konvensjoner, samtidig som det vil vurderes hvilken rettskildemessig betydning praksisen har.

²⁰⁷ FNs generalforsamling, *General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, FN-dokument GA/10612, 2007.

²⁰⁸ James Anaya, "Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources", *Arizona Journal of International & Comparative Law Vol 22, No. 1*, 2005 side 11.

²⁰⁹ Tara Ward "The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2011, avsnitt 6.

I det følgende skal det først analyseres i hvilken grad urfolksparten kan ha nektingsrett i konsultasjonene med grunnlag i retten til kultur. Deretter vurderes det andre rettsgrunnlaget for en nektingsrett, som er basert på retten til eiendom. Det andre momentet i nektingsretten, nemlig inngrepets art, blir vurdert i punkt 6.5. I denne delen av kapitlet gjøres det et forsøk på å vise når inngrepets alvorlighetsgrad vil kunne lede til nektingsrett. Dette vil være avgjørende i de tilfeller hvor det er urfolks rett til eiendom som blir berørt.

6.3 Retten til kultur

6.3.1 SP artikkel 27

Menneskerettskomiteen har i flere saker understreket at konsultasjoner ikke kan undergrave kulturvernet i SP artikkel 27. Blant annet ble dette uttrykt i avgjørelsen *Lubicon Lake Band v. Canada*, hvor det ble sagt at myndighetene "should consult with the Band before granting licences for economic exploitation of the disputed land, and ensure that in no case such exploitation jeopardizes the rights recognized under the Covenant."²¹⁰ Dette betyr at konsultasjoner ikke alene er tilstrekkelig for å oppfylle artikkel 27, og at kulturvernet i artikkel 27 derfor er et absolutt krav.²¹¹ Konsultasjoner kan med andre ord ikke lede til avgjørelser som krenker den materielle kulturetten, med mindre det gis samtykke til dette. Ut ifra komiteens praksis må det legges til grunn at det etter SP artikkel 27 foreligger en nektingsrett for inngrep som vil lede til brudd på den materielle retten til kultur.²¹²

Samerettsutvalget II har konkludert med at artikkel 27 innebærer at statene må avstå fra å iverksette tiltak som griper inn i minoritetenes kulturelle rettigheter på en måte som kan likestilles med en nektelse av kulturutøvelse.²¹³ Dette er i samsvar med tidligere praksis fra menneskerettskomiteen, hvor vurderingstemaet var om et inngrep

²¹⁰ *Lubicon Lake Band v. Canada* (Communication No. 167/1984) avsnitt 9.

²¹¹ NOU 2008: 5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark, side 272.

²¹² Også tolket slik at Barelli, se Mauro Barelli, "Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: developments and challenges ahead", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, No. 1, 2012 s. 1-24 (s. 8).

²¹³ NOU 2007: 13 side 202.

faktisk sett kunne sidestilles med en nektelse av retten til kulturutøvelse.²¹⁴ Det blir imidlertid et spørsmål om nektelse av kulturutøvelse skal forstås så strengt at artikkel 27 bare rammer de forhold der urfolksgruppen blir totalt utestengt fra sin kulturutøvelse, eller om det også kan ramme forhold der det skjer et vesentlig inngrep i retten til kulturutøvelse.

Tiltak for kulturvern og rett til deltakelse er to nødvendige vilkår etter SP artikkel 27. Praksis fra menneskerettskomiteen viser imidlertid at det gjerne blir foretatt en samlet vurdering av vilkårene.²¹⁵ Det er derfor vanskelig å vurdere grensene for når vilkårene er oppfylt. I en forholdsvis nylig avgjørelse vurderte komiteen noe bredere hva som ligger i disse vurderingene.

I *Ángela Poma Poma v. Peru* talte komiteen for første gang om FPIC.²¹⁶ I det følgende vil det analyseres om avgjørelsen har medført et utvidende anvendelsesområde for nektingsretten. Spørsmålet i saken var om utbygging av et vannsystem, som medførte tørke av jordene til et lokalsamfunn som drev med lama- bruk, var i strid med kulturvernet i artikkel 27.

I avgjørelsen viste komiteen til tidligere komitépraksis og uttalte at tiltak som medfører nektelse av lokalsamfunnets rett til å utøve kultur er i strid med artikkel 27, mens tiltak som bare i begrenset grad påvirker livsoppholdet til personer i dette lokalsamfunnet, ikke nødvendigvis vil stride med artikkel 27. Videre uttalte komiteen:

“the question is whether the consequences of the water diversion authorized by the State party as far as llama-raising is concerned are such as to have a *substantive negative impact* on the author's enjoyment of her right to enjoy the cultural life of the community to which she belongs.”²¹⁷ (Min kursivering).

Grensedragningen mellom hva som tillates og hva som ikke tillates etter artikkel 27

²¹⁴ Se for eksempel *Ilmari Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 511/1992), *Jouni E. Länsman et al. v. Finland* (Communication No. 671/1995), og *Jouni E. Länsman et al. v. Finland II* (Communication No. 1023/2001).

²¹⁵ NOU 2008: 5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark, side 272.

²¹⁶ *Ángela Poma Poma v. Peru* (Communication No. 1457/2006).

²¹⁷ *Ibid* avsnitt 7.5.

må etter dette skje ut i fra en vurdering av om tiltaket har en vesentlig negativ innvirkning på klagerens kulturutøvelse. I den foreliggende sak hadde prosjektet medført at 10 000 hektar jord hadde tørket ut, og tusenvis av lamaer hadde dødd som følge av dette. Klageren og andre i lokalsamfunnet hadde dermed fått ødelagt deres livsgrunnlag og deres økonomiske sikkerhet. Komiteen går derfor direkte i vurderingen av rettmessigheten ved situasjoner hvor næringsvirksomheter er utsatt. Tiltak som påvirker andre kulturelle forhold blir ikke drøftet. Komiteen uttalte at dersom tiltak som i vesentlig grad går på bekostning av urfolksgruppers sentrale kulturelle næringsvirksomheter, må to vilkår være oppfylt for at tiltaket skal være i samsvar med SP artikkel 27:

“In the Committee's view, the admissibility of measures which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community depends on whether the members of the community in question have had the opportunity to *participate in the decision-making process* in relation to these measures and whether they will continue to *benefit from their traditional economy*. The Committee considers that participation in the decision-making process must be *effective, which requires not mere consultation but the free, prior and informed consent* of the members of the community. In addition, the measures must respect the principle of proportionality so as not to endanger the very survival of the community and its members.”²¹⁸ (Mine kursiveringer).

Det første vilkåret er at medlemmene i lokalsamfunnet må ha hatt mulighet til å delta i beslutningsprosessen. For det andre må de berørtes tradisjonelle næring fortsatt være økonomisk bærekraftig. I tillegg kreves det at det gjøres en proporsjonalitetsvurdering, slik at selve eksistensen av lokalsamfunnet ikke settes i fare. I foreliggende sak var det ikke foretatt konsultasjoner, og de berørte hadde ikke mulighet til å fortsette med sin tradisjonelle næring. Det var således klart at inngrepet var i strid med SP artikkel 27.

²¹⁸ *Ibid* avsnitt 7.6.

Det interessante med denne saken er komiteens uttalelse om at effektiv deltakelse krever lokalsamfunnets samtykke, og at konsultasjoner i seg selv ikke vil være tilstrekkelig. I henhold til tidligere praksis fra menneskerettskomiteen har konsultasjoner vært et vilkår innfortolket i retten til kultur. I denne saken tales det imidlertid om konsultasjoner og samtykke til et tiltak som bryter med denne retten. Sannsynligvis vil det likevel gjelde en vanlig konsultasjonsplikt i de andre saker. Begrepet FPIC må i avgjørelsen forstås som nektingsrett, ellers vil avgjørelsen medføre et svakere vern for urfolket enn hva som var tilfellet før avgjørelsen ble truffet.

Ifølge avgjørelsen *Ángela Poma Poma v. Peru* er terskelen for at et tiltak bryter med artikkel 27, at tiltaket har vesentlig negativ innvirkning på kulturutøvelsen. I praksis medfører dette at terskelen for brudd på artikkel 27 er noe senket, og at dersom et inngrep befinner seg over denne terskelen kreves det samtykke fra urfolksparten for å reparere bruddet. Hva som ligger i vilkåret ”vesentlig negativ innvirkning”, er imidlertid fortsatt noe usikkert. Det er likevel klart at et inngrep kan ha vesentlig negativ innvirkning på kulturutøvelsen uten at det svarer til en nektelsesadgang. Forståelsen av hvilke inngrep som vil være i strid med artikkel 27 kan etter *Ángela Poma Poma v. Peru* derfor være noe endret fra praksisen som forelå tidligere. Konsekvensen av dette er at kulturvernet, og dermed også nektingsretten, vil få et noe videre anvendelsesområde enn hva tilfellet var tidligere.

Spørsmålet er så hvilken betydning denne saken har for tolking av det rettslige innholdet av SP artikkel 27. For å besvare dette spørsmålet må det vurderes hvilken rettskildemessig betydning en uttalelse fra komiteen har. Generelt må det legges til grunn at konvensjoners håndhevelsesorganer er de som i første rekke utvikler innholdet av konvensjonsbestemmelser, som eksempelvis EMD. Samerettsutvalget II har uttalt at menneskerettskomiteens uttalelser har betydelig rettskildemessig vekt for forståelsen av innholdet i SP.²¹⁹ I saken *Ángela Poma Poma v. Peru* uttalte komiteen seg på et generelt grunnlag i avsnitt 7.6, noe som taler for at avsnittet er ment som en prinsipiell uttalelse om forståelsen av innholdet av SP artikkel 27. Komiteen uttalte seg forholdsvis klart om vilkårene, slik at uttalelsen må forstås som en

²¹⁹ NOU 2007: 13 punkt 5.3.3.1.

tolkningsuttalelse, og ikke som en tilrådning om god konvensjonspraksis. Uttalelsen må derfor tillegges avgjørende vekt ved tolkingen av SP artikkel 27.

SP artikkel 27 må dermed tolkes slik at inngrep som medfører vesentlig negativ innvirkning på kulturutøvelsen ikke vil være rettmessig uten lokalsamfunnets tillatelse. Det betyr at urfolk i praksis har nektingsrett over inngrep som krenker retten til kultur etter SP artikkel 27.

Et eksempel på en nektingsrett som i stor grad bygger på SP artikkel 27, finner vi i forslaget til nordisk samekonvensjon.²²⁰ Etter forslaget artikkel 36 tredje ledd heter det:

“Tillatelse til undersøkning eller utvinning av naturressurser skal ikke gis dersom virksomheten skulle gjøre det umulig eller vesentlig vanskeligere for samene å fortsette med å utnytte de aktuelle områder, og denne utnyttelsen er vesentlig for samisk kultur, for så vidt ikke sametinget og de berørte samer samtykker til dette.”

Det er nærliggende å anse denne bestemmelsen til å omhandle inngrep som det etter SP artikkel 27 i utgangspunktet ikke er tillatt å gjennomføre.²²¹ Utkastet til konvensjonen kom før menneskerettskomiteens avgjørelse *Ángela Poma Poma v. Peru*. Terskelen for ulovlige tiltak synes likevel å være omtrent likt. Samtykkeretten vil også være i samsvar med det menneskerettskomiteen har kommet frem til i *Ángela Poma Poma v. Peru*. Dersom forslaget får gjennomslag vil bestemmelsen forplikte norske myndigheter ytterligere til å sikre den samiske kulturen.

6.3.2 ØSK artikkel 15 (1) (a)

ØSK artikkel 15 (1) (a) anerkjenner en rett for alle til å delta i det kulturelle liv. Siden retten til kultur også er fastslått i SP og det ikke er etablert individuell klageadgang etter ØSK, er det bestemmelsen i SP som er mest utviklet og dermed mest anvendt av minoriteter og urfolk. FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har

²²⁰ Nordisk samekonvensjon, utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgruppe, side 259.

²²¹ NOU 2007: 13 side 866.

imidlertid, gjennom dens behandling av statsrapporter, ved flere anledninger uttalt seg om samtykke (FPIC). Det er derfor grunn til å se nærmere på om hvorvidt ØSK artikkel 15 (1) (a) kan være et grunnlag for nektingsrett.

Komiteens uttalelser er nok et tilfelle på at urfolks kultur blir vurdert med bakgrunn i deres tilgang til landområder og naturressurser. Komiteen har hatt fokus på urfolks deltakelsesrett i sammenheng med deres rett til landområder og naturressurser. Komiteen har ved flere anledninger uttrykt bekymring for manglende samtykke fra berørte urfolk i forbindelse med utvinningsprosjekter. Allerede i 2001 observerte komiteen: ”with regret that the traditional lands of indigenous peoples have been reduced or occupied, without their consent, by timber, mining and oil companies”.²²² I den forbindelse anmodet komiteen om å sikre urfolks deltakelsesrett, og at urfolk spesielt i mineralutvinningsaker konsulteres, hvor samtykke søkes oppnådd i samsvar med ILO-169.²²³ Ved et annet tilfelle uttalte komiteen at den er ”deeply concerned that natural extracting concessions have been granted to international companies without the full consent of the concerned communities”.²²⁴ Heller ikke her ble det forlangt noe annet enn konsultasjoner med mål om samtykke.

Etter vedtakelsen av urfolkserklæringen har komiteen uttrykt seg med en klarere tone. I sin generelle kommentar nr. 21 ba komiteen om at det gjennomføres tiltak som sikrer at retten til kultur blir gjennomført på en måte som tar hensyn til de verdier som den aktuelle kulturen bygger på. Det ble understreket at for urfolk gjelder dette spesielt forholdet til landområder. Videre uttalte komiteen:

”Indigenous peoples’ cultural values and rights associated with their ancestral lands and their relationship with nature should be regarded with respect and protected, in order to prevent the degradation of their particular way of life, including their means of subsistence, the loss of their natural resources and, ultimately, their cultural identity. States parties must therefore take measures to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control

²²² CESCR, *Concluding Observations: Colombia*, FN-dokument E/C.12/1/Add.74 (2001) avsnitt 12.

²²³ *Ibid* avsnitt 33.

²²⁴ CESCR, *Concluding Observations: Ecuador*, FN-dokument E/C.12/1/Add.100 (2004) avsnitt 12.

and use their communal lands, territories and resources, and, where they have been otherwise inhabited or used without their free and informed consent, take steps to return these lands and territories.”²²⁵

Urfolks rett til å eie, utnytte, kontrollere og bruke sine landområder og naturressurser begrunnes i faren for at urfolks kultur skal gå tapt. Komiteen anerkjenner derfor urfolks rett til landområder og naturressurser gjennom retten til å delta i det kulturelle liv. På bakgrunn av dette innfortolket komiteen rett til samtykke i urfolks rett til landområder og naturressurser. Uttalelsen viser hvordan retten til kultur er koblet sammen med urfolks rett til landområder og naturressurser.

I neste avsnitt, hvor andre materielle rettigheter omtales, uttalte komiteen: ”States parties should respect the principle of free, prior and informed consent of indigenous peoples in all matters covered by their specific rights.”²²⁶ I denne sammenheng henviste komiteen til ILO-169 artikkel 6 (1) (a), noe som tyder på at komiteen tolker prinsippet om samtykke i samsvar med konsultasjonsplikten i ILO-169. Etter dette kan det synes som at komiteen mener at den generelle konsultasjonsretten utvikler seg til å gjelde en rett til samtykke i saker hvor urfolks rett til land og naturressurser blir berørt. Utfra ordleggelsen i komiteens uttalelse må retten til samtykket tolkes til å gjelde en nektingsrett.

Likevel krevde ikke komiteen uttrykkelig en rett til samtykke. Komiteen listet opp noen grunnleggende vilkår etter ØSK artikkel 15 (a). Krav som komiteen stilte til saker som berører urfolk var:

”To allow and encourage the participation of persons belonging to minority groups, indigenous peoples or to other communities in the design and implementation of laws and policies that affect them. In particular, States parties should obtain their free and informed prior consent when the

²²⁵ CESCR, *General Comment No. 21 Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para 1. (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)* FN-dokument E/C.12/GC/21 (2009) avsnitt 36. Siste setning er hentet fra FNs rasediskrimineringskomité *General Recommendation 23: Indigenous Peoples*, FN-dokument A/52/18 (1997) avsnitt 5.

²²⁶ *Ibid* avsnitt 37.

preservation of their cultural resources, especially those associated with their way of life and cultural expression, are at risk.”²²⁷

Ordinære deltakelser gjelder altså i forbindelse med etablering av lover eller andre regler. Når det gjelder samtykke blir ikke dette formulert som et krav, jf. formuleringen ”should obtain”. Dette synes derfor å være forslag til god praksis, og ikke etablering av klare krav. Dessuten blir samtykke bare trukket frem i saker hvor urfolks materielle kulturgrunnlag er i fare. Det første sitatet fra foreliggende uttalelse viser imidlertid at det synes som at komiteen mener det skal lite til før et inngrep i urfolks landområder kan medføre fare for kulturgrunnlaget. Dette kan derfor oppfattes som en støtte til synspunktet om at terskelen for å konstatere krenkelse av retten til kultur er senket, slik saken *Ángela Poma Poma v. Peru* er forstått. Grensen for brudd på vernet etter ØSK er imidlertid fortsatt uklar.

Konklusjonen må bli at retten til kultur etter ØSK artikkel 15 (a) er en absolutt rett, og at urfolksparten i konsultasjoner har nektingsrett over et planlagt tiltak som bryter med denne retten.

6.4 Retten til eiendom

6.4.1 De regionale menneskerettighetskonvensjoner i Europa og Amerika

Retten til eiendom er utviklet gjennom de regionale konvensjoner i Europa og Amerika (henholdsvis EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1, Protection of Property og AMK artikkel 21 Right to Property). I urfolkssammenheng er forholdet til eiendomsretten utviklet i Amerika, og bare i mindre grad i Europa. Ingen av disse konvensjonene har egne bestemmelser om urfolk. Den inter-amerikanske menneskerettighetsdomstol og -kommisjon²²⁸ har likevel utviklet en nokså avansert urfolksrett, særlig basert på den generelle bestemmelse om rett til eiendom, se punkt 3.4. Utviklingen har skjedd ut fra en tolking av bestemmelsen slik at den blir relevant

²²⁷ *Ibid* avsnitt 55 (e).

²²⁸ Det interamerikanske menneskerettighetssystem har en ordning der kommisjonen behandler og siler saker for domstolen.

for urfolk. Med retten til eiendom må man forstå urfolkssamfunnets kollektive rett til sitt naturgrunnlag.

EMD har på sin side i liten grad hatt prinsipielle saker i urfolksrett. I intern norsk rett er det likevel anerkjent at bestemmelsene i EMK må forstås slik at de er relevant for urfolk.²²⁹ Noen avgjørelser fra Europa om dette eksisterer ikke. Som nevnt innledningsvis om rettskildesituasjonen, må imidlertid avgjørelser fra den Inter-amerikanske domstolen og kommisjonen ha en betydning også i Europa.

I dette avsnittet behandles fire avgjørelsene som berører spørsmålet om retten til eiendom kan medføre en nektingsrett.

6.4.1.1 Maya Communities of the Toledo District v. Belize

Saken *Maya Communities of the Toledo District v. Belize* ble behandlet i den Inter-amerikanske menneskerettskommisjonen.²³⁰ Saken omhandlet konsesjon til utvinning av naturressurser utstedt til utenlandske selskap på landområder som tradisjonelt tilhørte og var brukt av Maya-samfunn. Kommisjonen kom til at staten hadde brutt disse lokalsamfunnenes eiendomsrettigheter ved ikke å utrede og anerkjenne disse landrettighetene.²³¹ Videre hadde staten brutt eiendomsrettighetene ved å utstede konsesjon i disse områdene ”in the absence of effective consultations with and the informed consent of the Maya people”.²³² I begrunnelsen uttalte kommisjonen at:

“one of the central elements to the protection of indigenous property rights is the requirement that states undertake effective and fully informed consultations with indigenous communities regarding acts or decisions that may affect their traditional territories.

...

American Declaration specially oblige a member state to ensure that any determination of the extent to which indigenous claimants maintain interests in

²²⁹ Rt. 2006 s.1382, der retten til reindrift ble ansett beskyttet av EMK P1-1.

²³⁰ *Maya Communities of the Toledo District v. Belize*, Inter-Amerikanske menneskerettighetskommisjonen (2004).

²³¹ *Ibid* avsnitt 193.

²³² *Ibid* avsnitt 194.

the lands to which they have traditionally held title and have occupied and used is based upon a *process of fully informed consent* on the part of the indigenous community as a whole. This requires, at a minimum, that all of the members of the community are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate individually or as collectives.” (Min kursivering)²³³

Uttalelsen viser at kommisjonen knytter retten til konsultasjoner til retten til eiendom ved at konsultasjonsretten oppstår i kraft av eiendomsretten. Kommisjonen taler også om samtykke, men ved at det kun kreves en konsultasjonsprosess med samtykke som målsetning.

6.4.1.2 Saramaka People v. Suriname

Saken *Saramaka People v. Suriname* er den sentrale saken som behandler spørsmålet om nektingsrett.²³⁴ Saken gjaldt blant annet spørsmålet om utstedte konsesjoner til mineralutvinning og skogdrift til fordel for private selskaper krenket Saramaka-folket sine rettigheter til landområder. Domstolen svarte i utgangspunktet bekreftende på dette, men viste til tidligere praksis fra domstolen som uttalte at ”a State may restrict the use and enjoyment of the right to property where the restrictions are: a) previously established by law; b) necessary; c) proportional, and d) with the aim of achieving a legitimate objective in a democratic society”.²³⁵ Under visse omstendigheter kan statene dermed innskrenke den private eiendomsretten. Eiendomsretten nyter således ikke et absolutt vern.

For restriksjoner på urfolksområder forlanget domstolen imidlertid at det i tillegg vurderes ”whether the restriction amounts to a denial of their traditions and customs in a way that endangers the very survival of the group and of its members”.²³⁶

Domstolen statuerte tre vilkår for å sikre at restriksjoner i urfolks landområder ikke

²³³ *Ibid* avsnitt 142.

²³⁴ *Saramaka People v. Suriname*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2007).

²³⁵ *Ibid* avsnitt 127.

²³⁶ *Ibid* avsnitt 128.

skal true eksistensen av vedkommende gruppe.²³⁷ For det første skal staten sikre effektiv deltakelse for den berørte urfolksgruppen. Det andre vilkåret er at gruppen skal motta en del av utbytte (benefit-sharing) ved et eventuelt inngrep i deres områder. Et tredje vilkår er at det skal gjennomføres en konsekvensutredning av en nøytral part med tilsyn av staten før det gis konsesjon til inngrepet.

Det første vilkåret er av spesiell interesse for spørsmålet om nektingsrett. Om effektiv deltakelse henviste domstolen til konsultasjonsinstituttet med de krav som den oppstiller. Videre uttalte den:

”regarding large-scale development or investment projects that would have a major impact within Saramaka territory, the State has a duty, not only to consult with the Saramakas, but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions”.²³⁸

Denne uttalelsen må forstås slik at det fastsettes et klart krav om at dersom det skal etableres store utvinningsprosjekter på urfolks landområder må urfolksparten ha samtykket til dette. Urfolk vil dermed i praksis ha nektingsrett i slike tilfeller. Domstolen begrunnet kravet ved å si at effektiv deltakelse i store utvinningsprosjekter, som kan ha inngående innvirkning på urfolks rett til landområder, må forstås slik at et samtykke til den berørte urfolksgruppen må oppnås, før tiltaket kan gjennomføres. Domstolen bygger altså kravet om samtykke på en relativ forståelse av uttrykket ”effektiv deltakelse”. Hvilke virkemidler som er nødvendig for å oppfylle kravet om effektiv deltakelse vil variere både ut i fra hvilken type rettighet og hvilken type sak det dreier seg om. Som vist tidligere, er konsultasjoner et veletablert virkemiddel for å oppnå det overordnede formålet om effektiv deltakelse. Domstolen mente imidlertid i denne saken at konsultasjoner ikke ville være tilstrekkelig for å gi Saramaka-folket en effektiv deltakelsesmulighet.

Denne saken er et klart eksempel på at nektingsrett bygger på en materiell rettighet, samt graden av inngrepet. Saken er prinsipiell da den setter konsultasjonsprosessene inn som én av tre sikkerhetskrav for at staten ikke skal kunne sette til side urfolkenes rett til eiendom. Domstolen gjør dessuten et klart skille mellom konsultasjoner og

²³⁷ *Ibid* avsnitt 129.

²³⁸ *Ibid* avsnitt 134.

kravet til samtykke. Domstolen foretar deretter en ytterligere klargjøring ved å spesifisere at samtykke alltid er nødvendig når det er tale om store prosjekter som griper vesentlig inn i urfolkets rett til eiendom med virkning for en stor del av deres område.

6.4.1.3 *Four Ngöbe Indigenous Communities v. The Republic of Panama*

Den Inter-amerikanske menneskerettskommisjonen ba domstolen om midlertidig forføyning i saken *Four Ngöbe Indigenous Communities and their Members v. The Republic of Panama*.²³⁹ Domstolen avviste kravet da vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt.²⁴⁰ I et obiter dictum gjentok imidlertid domstolen de tre vilkårene som ble statuert i Saramaka-saken, og presiserte samtidig at restriksjoner i urfolkets landrettigheter krever at det gjennomføres “consultations with the affected communities regarding the development projects carried out in the traditionally occupied territories; and, when dealing with large-scale development or investment plans, obtain the free, informed and prior consent of the communities”.²⁴¹ Uttalelsen viser at domstolen fortsatt holder fast ved den praksisen den innførte ved Saramaka-saken.

6.4.1.4 *Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador*

Saken *Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador* gjaldt blant annet utstedelse av konsesjon til et privat oljeselskap for å lete og utvinne olje i områder tilhørende Sarayaku-folket, uten at Sarayaku-folket var blitt konsultert eller uten at deres samtykke forelå.²⁴² Domstolen omtalte ikke retten til samtykke, men baserte hele avgjørelsen på konsultasjonsplikten. Domstolen kom til at staten, ved å ikke konsultere Sarayaku-folket i forbindelse med utvinningsprosjektet, hadde brutt deres landrettigheter. Saken berører derfor ikke direkte retten til samtykke. Sett i sammenheng med Saramaka-saken styrker avgjørelsen likevel oppfatningen av at det

²³⁹ Om midlertidig forføyning se lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) kapittel 34.

²⁴⁰ Request for provisional measures by the Inter-American Commission on Human Rights regarding the Republic of Panama, *Four Ngöbe Indigenous Communities and their Members v. The Republic of Panama*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2010).

²⁴¹ *Ibid* avsnitt 18.

²⁴² *Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2012).

foreligger en nektingsrett for inngrep med store virkninger for den berørte urfolksgruppens landrettigheter.

6.4.2 RDK artikkel 5 (d) (v)

I tolkingen av RDK artikkel 5 (d) (v), om retten til eiendom, har FNs rasediskrimineringskomité i stor grad fremmet urfolksrettigheter, se punkt 3.4.

Når det gjelder urfolks rett til deltakelse uttalte komiteen allerede i 1997 gjennom den generelle kommentar nr. 23 at stater skal "[e]nsure that members of indigenous peoples have equal rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent".²⁴³ Videre uttaler komiteen det utsagnet som FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter gjentok i sin generelle uttalelse, om at urfolk har krav på restitusjon eller returnering av landområder i saker som er vedtatt uten deres samtykke.

"The Committee especially calls upon States parties to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories."

Etter disse uttalelsene skal samtykke oppnås i alle saker som direkte angår urfolk, og spesielt i saker som påvirker deres rett til landområder og naturressurser. Denne svært liberale tolkningen har imidlertid blitt moderert i komiteens etterfølgende praksis.²⁴⁴

²⁴³ FNs rasediskrimineringskomité *General Recommendation 23: Indigenous Peoples*, FN-dokument A/52/18 (1997).

²⁴⁴ Se blant annet FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Guatemala*, FN-dokument CERD/C/GTM/CO/11 (2006); *United States of America*, FN-dokument CERD/C/USA/CO/6 (2008); *Namibia*, FN-dokument CERD/C/NAM/CO/12 (2008); *Colombia*, FN-dokument CERD/C/COL/CO/14 (2009).

I rapporten mot Guyana uttalte komiteen at staten skal sikre at “the representatives of indigenous communities be consulted, and their informed consent *sought*”.²⁴⁵ Også i forbindelse med landrettigheter hadde komiteen en mild tilnærming til kravet om samtykke: ”It also recommends that the State party confine the taking of indigenous property to cases where this is strictly necessary, following consultation with the communities concerned, with a *view to securing their informed consent*”.²⁴⁶ Heller ikke i mineralsaker ville komiteen kreve at samtykke faktisk blir oppnådd. Komiteen uttalte at staten bør ”*seek the informed consent of concerned indigenous communities prior to authorizing any mining or similar operations*” (mine kursiveringer).²⁴⁷

I sine rapporter til Ecuador og Peru viste imidlertid komiteen til sin generelle kommentar og fordømte statene for ikke å respektere urfolks rett til å bli konsultert og til å gi samtykke til utvinningsprosjekter og andre lignende inngrep.²⁴⁸ I rapporten til Chile forlanget komiteen at staten skal holde: “effective consultations with indigenous peoples on all projects related to their ancestral lands and to *obtain* their consent prior to implementation of projects for the extraction of natural resources” (min kursivering).²⁴⁹ Også i rapporten til Guatemala fra 2009 uttalte komiteen at staten skal “consult the indigenous population groups concerned at each stage of the process and that it obtain their consent before executing projects involving the extraction of natural resources”.²⁵⁰

Videre praksis fra komiteen viser ikke en entydig holdning. I en rapport mot Mexico uttalte komiteen at myndighetene skal ”Ensure that effective consultations are carried out at each stage of the process with communities likely to be affected by projects to develop and exploit natural resources, with the *aim of obtaining their free, prior and*

²⁴⁵ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Gyana*, FN-dokument CERD/C/GUY/CO/14 (2006) avsnitt 14.

²⁴⁶ *Ibid* avsnitt 17.

²⁴⁷ *Ibid* avsnitt 19.

²⁴⁸ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Ecuador*, FN-dokument CERD/C/ECU/CO/19 (2008) avsnitt 16; FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Peru*, FN-dokument CERD/C/PER/CO/14-17 (2009) avsnitt 14.

²⁴⁹ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Chile*, FN-dokument CERD/C/CHL/CO/15-18 (2009) avsnitt 22.

²⁵⁰ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Guatemala*, FN-dokument CERD/C/GTM/CO/12-13 (2010) avsnitt 14.

informed consent, particularly in the case of mining projects.”²⁵¹ (Min kursivering).

Omtrent samtidig kom komiteen med denne uttalelsen:

“the Committee recommends that the State party recognise the rights of Maya indigenous people, in particular of the Toledo district, to their traditional lands, and stop granting leases and oil concessions without obtaining the prior, free and informed consent of Maya people, in full compliance with the ruling of the Supreme Court and the recommendations of the Inter-American Commission.”²⁵²

I rapporten til Finland viser komiteen til mineralloven og vannloven og uttrykker bekymring for at “the land rights of the Sámi people have not been satisfactorily settled and that various projects and activities, such as mining and logging, continue to be carried out in the traditional lands of Sámi people without their prior, free and informed consent”.²⁵³ I sine anbefalinger ønsker komiteen en løsning på konflikten om landrettighetene til samene, og viser til at denne gjennomføringen bør skje i samsvar med ILO-169.

Komiteens uttalelser bærer preg av at den har et uklart skille mellom juss og politikk. Bakgrunnen for dette er at FNs komiteer har som oppgave om å gjennomføre urfolkserklæringen, samt å promotere god statspraksis. Nektingsrett kan derfor neppe innfortolkes direkte i RDK artikkel 5 (d) (v). Praksis viser imidlertid at urfolks spesielle forhold til sine landområder kan være grunnlag for nektingsrett. Dette må imidlertid vurderes konkret ut i fra inngrepets art.

²⁵¹ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Mexico*, FN-dokument CERD/C/MEX/CO/16-17 (2012) avsnitt 17.

²⁵² FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Belize*, FN-dokument CERD/C/BLZ/CO/1 (2012) avsnitt 10.

²⁵³ FNs rasediskrimineringskomité, *Concluding observations, Finland*, FN-dokument CERD/C/FIN/CO/20-22 (2012) avsnitt 13.

6.5 Inngrepets art som styrende for nektingsretten

6.5.1 Flytting av urfolk

I ILO-169 artikkel 16 (2) heter det:

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

I ILO-konvensjonen er dette den eneste bestemmelsen som uttrykkelig krever samtykke fra de berørte urfolkene. Konvensjonen har altså innført nektingsrett i de tilfeller hvor det er tale om flytting av en urfolksgruppe. Flytting skjer ofte i forbindelse med ulike utbyggingsprosjekter eller andre inngrep på landområder, eksempelvis ved mineraldrift. Nektingsretten må sannsynligvis forutsette at det skjer en fullstendig flytting, og ikke bare ved en båndleggelse av et område. På den annen side vil SP artikkel 27 også beskytte individer, slik at tiltak som ikke rammer urfolks kulturutøvelse som helhet særlig hardt, også kan være konvensjonsstridige.²⁵⁴

6.5.2 Store prosjekter

Gjennomgangen av praksis fra IAHR og overvåkningsorganene har vist at nektingsretten i utgangspunktet kommer til anvendelse når det dreier seg om store prosjekter (“large scale projects”), slik IACHR viste til i Saramaka-saken med henvisning til spesialrapportørens nærmere beskrivelse.²⁵⁵ Av spesialrapportørens beskrivelse fremkommer det følgende:

²⁵⁴ NOU 2007: 13 side 858.

²⁵⁵ *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen*, FN-dokument E/CN.4/2003/90.

”Wherever such developments occur in areas occupied by indigenous peoples it is likely that their communities will undergo profound social and economic changes that are frequently not well understood, much less foreseen, by the authorities in charge of promoting them. Large-scale development projects will inevitably affect the conditions of living of indigenous peoples. Sometimes the impact will be beneficial, very often it is devastating, but it is never negligible. Indigenous peoples are said to bear disproportionately the costs of resource-intensive and resource-extractive industries, large dams and other infrastructure projects, logging and plantations, bio-prospecting, industrial fishing and farming, and also eco-tourism and imposed conservation projects.

... The principal human rights effects of these projects for indigenous peoples relate to loss of traditional territories and land, eviction, migration and eventual resettlement, depletion of resources necessary for physical and cultural survival, destruction and pollution of the traditional environment, social and community disorganization, long-term negative health and nutritional impacts as well as, in some cases, harassment and violence.”

Spesialrapportørens beskrivelse er en god oppsummering av når nektingsretten vil kunne utløses. Det vises til at slike store prosjekter kan ha innvirkning både på naturgrunnlaget og for det sosiale samfunnsliv. Denne type prosjekter vil på sikt kunne få slik effekt at det kan sidestilles med en nektelse av retten til kulturutøvelse og sine naturressurser. Hvilke prosjekter som konkret vil omfattes av begrepet er imidlertid fortsatt usikkert.

Et annet problem ved å knytte nektingsretten til store prosjekter er at den ikke direkte fanger opp de situasjoner der det aktuelle inngrepet isolert sett ikke er så stort, men at det som siste inngrep i en kjede av andre inngrep vil få den virkning spesialrapportøren beskriver. Det må imidlertid være klart at det aktuelle inngrepet

må ses i sammenheng med øvrige foretatte og planlagte inngrep, og at selv et mindre inngrep derfor i visse situasjoner må vil kunne utløse en nektingsrett.²⁵⁶

Såfremt de samlede virkninger har den samme effekt som ett stort inngrep, må det også i disse tilfeller gjelde en absolutt nektingsrett. Noe annet vil være nokså meningsløst. Det kan eksempelvis tenkes en situasjon der det planlegges flere forskjellige mineralprosjekter i området til en urfolksgruppe. Det må da være den samlede effekt og ikke det enkelte prosjekt som må vurderes. Den samme situasjon vil kunne oppstå dersom et nytt mineralprosjekt kommer i tillegg til allerede eksisterende mineraldrifter. Da vil det måtte foretas bredere vurderinger, der det også vil vurderes om urfolksgruppene har hatt muligheter til å tilpasse seg og nytt godt av de allerede eksisterende prosjekter.

Det er uklart om manglende samtykke kan ha betydning for andre og mindre omfattende inngrepssaker, for eksempel for inngrep som ligger nært opp til å ha en slik skadelig effekt at nektingsrett utløses. I slike saker må det imidlertid antas at det i større grad kan tas hensyn til statens samlede interesse i at inngrepet blir foretatt, slik at ekspropriasjon eller annen tilsidesettelse av urfolkenes rett til eiendom i større grad kan gjøres. Målsettingen om samtykke og kravet til god vilje vil likevel være en begrensende faktor.

6.6 Konsultasjonsrettens rettslige konsekvenser

6.6.1 Konsekvenser ved oppnådd samtykke

Dersom konsultasjoner har ledet frem til samtykke fra urfolksparten, må dette tolkes som en avtale. Ved etterfølgende uenighet må denne avtalen tolkes. Både avtalens gyldighet og innhold må tolkes. Det foreligger neppe noen formkrav til en slik avtale. Tolkningen må foregå etter tradisjonelle tolkningsmetoder. Dersom det ikke er inngått skriftlig avtale som regulerer samtykket, må partens mening vurderes blant annet gjennom forhandlingsmaterialet slik som møtereferater.

²⁵⁶ Se omtalen i NOU 1997: 4 side 835, der problemstillingen drøftes grundig og med forslag om lovfesting. Se også utkast til nordisk samekonvensjon side 220.

For å oppnå bedre forutsigbarhet bør imidlertid konsultasjoner avsluttes ved at det utformes en detaljert skriftlig avtale. Urfolksparten må kunne kreve at slik avtale utformes. Dersom tiltakshaveren motsetter seg dette, kan det oppfattes som et forsøk på å skaffe seg frihet til å unndra seg urfolkspartens vilkår for samtykket. I så fall kan det konstateres et brudd på forutsetningen om at konsultasjonen skal skje i god vilje og med målsettingen om samtykke.

Detaljert skriftlig avtale kan være spesielt viktig i mineralutvinningssaker, hvor det er flere momenter som bør avklares partene imellom. I disse sakene vil det imidlertid også være vanskelig å forutse alle aktuelle problemstillinger. Avtalen bør likevel utformes så detaljert som mulig, herunder inneholde alle omstendigheter og vilkår, deriblant en klausul om hvordan fremtidige rettstvister skal løses. Siden myndighetene eller tiltakshaver ofte er den profesjonelle parten, bør de ta initiativ til dette.

6.6.2 Konsekvenser ved brudd på konsultasjonsretten

Konsultasjoner kan også ha ledet til at den berørte urfolksgruppen ikke gir sin tilslutning til inngrepet. Et vedtak som blir truffet mot urfolkspartens samtykke, vil kunne ha svekket legitimitet blant den berørte befolkningen og dermed lide av praktiske gjennomføringsproblemer. Spørsmålet er imidlertid hvilke konsekvenser brudd på de prosessuelle kravene i konsultasjonsretten vil medføre.

For at et folkerettsbrudd skal gi noen rettslige konsekvenser, er det en forutsetning at bruddet kan bringes inn for domstoler. Det er etablert klagesystemer innenfor menneskerettighetsområdet, hvor stater kan bli dømt for menneskerettsbrudd. På denne måten kan stater presses til å forholde seg til folkeretten. For Norges folkerettslige forpliktelser på menneskerettsområdet gjelder dette spesielt EMK og dens klageordning. Etter EMK artikkel 34 kan EMD motta klager fra individer, organisasjoner og grupper av individer som hevder å være utsatt for brudd på konvensjonsrettighetene. Norge har godtatt EMDs kompetanse. Samer kan derfor klage inn brudd på rettighetene nedfestet i EMK. EMK har som nevnt ingen særrettigheter for urfolk, men det er flere bestemmelser som likevel kan benyttes. Det

er nærliggende å anta at EMD også vil kunne benytte seg av den samme juridiske fremgangsmåten som IACHR har gjort i de urfolkssakene den har behandlet. Deres tilnærming består i å anvende de ordinære bestemmelsene med et urfolksrettslig perspektiv. På denne måten har domstolen kunnet innfortolke retten til konsultasjoner og krav til samtykke i den materielle retten til eiendom.

Hvilke rettslige virkninger brudd på retten til konsultasjoner kan medføre, vil variere fra sak til sak. Ved brudd på retten til kultur etter SP artikkel 27 har menneskerettskomiteen krevet at staten etter artikkel 2 (3) (a) skal sikre effektiv rettsmiddel, samt at det skal gjøres reparasjonstiltak som samsvarer med skaden som er inntruffet.²⁵⁷ I praksis betyr dette at tiltaket skal stoppes, eventuelt rettes opp så langt som mulig.

I sak om brutt eiendomsrett for IACHR har domstolen krevd at vedkommende urfolk skal få anerkjent eiendomsretten. Dersom det allerede var utstedt konsesjon for inngrep i områdene, ba domstolen om at staten måtte behandle konsesjonssøknaden på nytt, hvor det blant annet skal konsulteres og oppnås samtykke der hvor det er nødvendig.²⁵⁸ Det kan også kreves midlertidig forføyning der hvor det innen kort tid skal gjennomføres et alvorlig inngrep.²⁵⁹

ILOs trepartskomiteé avsier bare anbefalinger. De går stort sett ut på at komiteen ber staten om å gjenoppta konsultasjonene, men med krav om at staten etablerer tilfredsstillende prosedyrer for disse.

Dersom myndighetene eller tiltakshaveren ikke har fulgt de prosessuelle vilkårene, herunder ikke gjort nok for å oppnå samtykke fra urfolkene, vil man stå overfor en situasjon der brudd på konsultasjonsreglene kan benyttes som et grunnlag for å imøtegå at inngrepet blir gjennomført. En ser gjennom rettspraksis, spesielt fra IACHR, at den faktiske konsekvensen av dette er en slags tidsbegrenset nektingsrett til urfolksparten. Det vil si at urfolksparten kan stoppe et planlagt

²⁵⁷ *Ángela Poma Poma v. Peru* (Communication No. 1457/2006), avsnitt 9.

²⁵⁸ *Saramaka v. Suriname*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2007).

²⁵⁹ Se for eksempel saken *Four Ngöbe Indigenous Communities and their Members v. The Republic of Panama*, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2010).

mineralutvinningsprosjekt ved å gå til domstolen med påstand om at konsultasjonene ikke har vært rettmessig gjennomført. En slik nektingsrett vil likevel bare være midlertidig. Dette fordi det kan gjennomføres ny konsultasjoner med den virkning at tiltaket likevel kan iverksettes.

De folkerettslige konsekvensene kan imidlertid ikke tvangsfullbyrdes da folkeretten mangler tvangsmakt. Dersom statene velger å ignorere den konkrete avgjørelsen vil dette ikke i seg selv medføre noen juridiske konsekvenser. Det politiske presset som en avgjørelse vil medføre skal imidlertid ikke undervurderes. Særlig gjelder dette land som ser på seg selv som foregangsland når det gjelder menneskerettigheter, slik som Norge. Brudd på folkerettslige forpliktelser vil generelt svekke avgjørelsens legitimitet, noe som kan gi negative utslag i form av manglende tiltro til myndighetene og uro blant befolkningen, og til sist kunne undergrave konsultasjonsrettens betydning for urfolkens rett til deltakelse.

6.7 Oppsummering

Gjennomgangen viser at den underliggende materielle rettigheten vil kunne gi urfolksparten en nektingsrett i konsultasjonene. Brudd på både retten til kultur og retten til eiendom vil potensielt kunne gi en nektingsrett. Da eiendomsretten ikke har et absolutt vern, vil alvorlighetsgraden av inngrepet måtte vurderes for å bestemme om det foreligger en nektingsrett. Retten til kultur har derimot en absolutt rett som ikke kan tilsidesettes på samme måte som eiendomsretten.

Gjennomgangen viser likevel at det ikke er et klart skille mellom de prosessuelle og materielle rettighetene, og at det gjøres svært sammensatte vurderinger av både de prosessuelle og materielle rettighetene. Det er ofte brudd på den prosessuelle retten til konsultasjoner som leder til brudd på den materielle retten, se blant annet *Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador*. Som vist i punkt 6.6 vil imidlertid ikke dette i seg selv gi en nektingsrett av hele tiltaket. Det blir derimot tale om en tidsbegrenset nektingsrett, ved at det foreslåtte tiltaket ikke kan påbegynnes før konsultasjoner er gjennomført rettmessig.

Konsultasjonsreglene har, som tidligere nevnt, klare likhetstrekk med saksbehandlingsregler. Forskjellen til materielle regler er blant annet det at brudd lettere kan rettes opp underveis i prosessen, ved at konsultasjonene gjenopptas og deretter gjennomføres på en riktig måte. Man har derimot ingen klare avgjørelser for hvilke konsekvenser mer alvorlige brudd på konsultasjonsreglene skal få, for eksempel der stat eller tiltakshaver i for liten grad har vært villig til å justere prosjektet for å oppnå samtykke. Ved slike brudd kan det være vanskelig å gjenoppta konsultasjonsprosessen uten videre, da kravet til god vilje kan synes lite realistisk. I så fall må man etter min mening starte opp på nytt med et justert prosjekt og en grundig gjennomgang av de nærmere prosedyrer for den aktuelle konsultasjonsprosessen.

En viktig begrunnelse for dette er at konsultasjonsprosessene også må ses som et virkemiddel for forsoning og bygging av et gjensidig tillitsforhold.²⁶⁰ Dette stiller selvsagt også krav til urfolkspartene. Erfaringene viser imidlertid at stater og tiltakshavere helt fram til den senere tid har marginalisert urfolkenes interesser og vist liten vilje til å ta hensyn til deres tradisjonelle levevis. Med mindre staten og tiltakshaveren i praksis viser at urfolkenes syn kan vinne frem, vil konsultasjonene neppe bli det virkemiddel for deltakelse som er ønsket.

7 Konsultasjoner om mineralsaker i norsk rett

7.1 Innledning

I norsk rett gjelder det dualistiske prinsipp, som vil si at nasjonal rett og folkerett blir ansett som to fraskilte rettssystemer. Det følger av dette at norsk rett går foran folkeretten dersom det foreligger en klar motstrid. Dette utgangspunktet modifiseres gjennom presumsjonsprinsippet, hvoretter innholdet av norsk rett skal så langt det lar seg gjøre, tolkes i samsvar med folkeretten.²⁶¹ Gjennom presumsjonsprinsippet ser en at folkeretten har stor betydning i norsk rett. Forholdet mellom folkerett og intern nasjonal rett krever ofte brede og sammensatte vurderinger.

²⁶⁰ Dwight G. Newman, *The Duty to Consult*, Purish Publishing 2009 side 94.

²⁶¹ NOU 1997: 5 punkt 3.8.

På samerettens område er Selbudommen, Rt. 2001 s. 769 (reinbeiterettigheter) og Svartskogdommen, Rt. 2001 s.1229 (bygdefolks rettigheter) de sentrale avgjørelser. Disse dommene ble i hovedsak avgjort på grunnlag av internrettslige regler om alders tids bruk. Det er derfor ingen klar rettspraksis på hvordan presumsjonsprinsippet vil bli brukt når det gjelder internasjonal urfolksrett.²⁶² Det er heller ingen avgjørelser vedrørende spørsmålet om folkerettens bestemmelser om konsultasjon kan få avgjørende betydning i norske rettssaker, for eksempel i mineralsaker.

En grundigere fremstilling om forholdet mellom internasjonal urfolksrett og norsk internrett vil være et for omfattende tema å komme inn på. Fremstillingen i dette kapitlet begrenses derfor til en vurdering av om norsk minerallovgivning sammen med konsultasjonsavtalen isolert sett er i samsvar med gjeldende folkerett, slik den er beskrevet i avhandlingen. Først vil konsultasjonsavtalen bli vurdert i punkt 7.2. Med norsk minerallovgivning menes først og fremst mineralloven. Minerallovens stilling i forhold til folkeretten behandles i punkt 7.3. Som del av norsk minerallovgivning vil også saksbehandlingsreglene i plan- og bygningsloven og i finnmarksloven § 4 kort kommenteres i punktene 7.4 til 7.5. Etter disse generelle vurderingene vil noen bestemte temaer vurderes nærmere. I punkt 7.6 vil det drøftes nærmere om klargjøring av rettighetssituasjonen. Deretter vil det i punkt 7.7 undersøkes om kravet til hensiktsmessige konsultasjonsprosedyrer er gjennomført i norsk rett. Punkt 7.8 behandler spørsmålet om nektingsrettens plass i norsk rett. I punkt 7.9 vil muligheten for nasjonal overprøving av folkerettslige konsultasjonsregler drøftes. Avslutningsvis gjøres det en sammenfattet konklusjon på spørsmålet om norsk minerallovgivning er i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene om å konsultere urfolk.

7.2 Konsultasjonsavtalen

Samenes konsultasjonsrett er ikke fastslått i norsk lovgivning per dags dato.

Samerettsutvalget II har foreslått lovfesting av konsultasjonsplikten gjennom en lov om saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for

²⁶² Forholdet mellom norsk lov og ILO-169 artikkel 8 har vært oppe i en del straffesaker, men disse dommene gjelder nokså spesielle forhold og har derfor begrenset prinsipiell betydning. Den siste dommen (Rt. 2008 s. 1789, hjertestikk) er dessuten kritisert i juridisk teori, se Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, Oslo 2009 side 74.

naturgrunnlaget i tradisjonelle samiske områder.²⁶³ Frem til loven eventuelt blir vedtatt, er det konsultasjonsavtalen som regulerer myndighetenes konsultasjonsplikt.²⁶⁴ Det må derfor vurderes hvorvidt de folkerettslige konsultasjonsreglene oppfylles ved konsultasjonsavtalen.

Konsultasjonsavtalen ble inngått mellom Sametinget og Regjeringen den 11. mai 2005 – ”Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget”. Ved kongelig resolusjon 1. juli 2005 ble det stadfestet at de avtalte prosedyrene skal gjelde for hele statsforvaltningen²⁶⁵. Avtalen er et virkemiddel for å gjennomføre forpliktelsene i ILO-169 artikkel 6 i nasjonal rett. Formålet med prosedyrene er å bidra til en praktisk gjennomføring av statens folkerettslige forpliktelser til å konsultere urfolk, jf. avtalens punkt 1 første kulepunkt. De folkerettslige forpliktelsene som gjaldt på tidspunktet avtalen ble forhandlet frem, var begrenset til ILO-169 artikkel 6.²⁶⁶ Avtalen inneholder derfor ikke de mer bestemte forpliktelsene som har utviklet seg etter 2005.

For det første medfører det en betydelig svakhet at avtalen i hovedsak bare regulerer konsultasjonene mellom Sametinget og de statlige myndigheter. Spesielt i mineralutvinningssaker, og i andre inngrepssaker, er det som hovedregel rettighetshaverne av eiendoms- og bruksrettigheter som skal konsulteres. Om dette har konsultasjonsavtalen en henvisning i punkt 9, hvor det implisitt fremkommer at det kan bli aktuelt at samiske lokalsamfunn og særskilte samiske interesser må konsulteres. I veilederen til konsultasjonsavtalen er dette noe mer utdypet, særlig om reindriftens interesser.²⁶⁷ Om andre interesser heter det i veilederen at ”når det gjelder øvrige samiske interesser, må utgangspunktet være at Sametinget ivaretar disse interessene”.²⁶⁸ På dette punkt kan avtalen gi grunnlag for misforståelser ved at det i avtalen nærmest presumeres at Sametinget er konsultasjonspart i de aller fleste saker,

²⁶³ NOU 2007: 13.

²⁶⁴ Ot.prp. nr. 43 (2008-2009) punkt 14.8.3.

²⁶⁵ Regjeringen, departementer, direktorater og andre underliggende virksomheter, jf. konsultasjonsavtalen punkt 2.

²⁶⁶ Rapport fra arbeidsgruppe: Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter Sametinget, side 4.

²⁶⁷ Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 23. juni 2006, side 16.

²⁶⁸ *Ibid.*

unntatt de som berører reindriften særskilt. Dette vil være klart i strid med de forskjellige lokalsamfunns og andre rettighetshaveres rett til konsultasjoner.

Regulering av konsultasjoner gjennom konsultasjonsavtalen medfører problemer ved at selskapet som søker om tillatelse til et inngrep, typisk et mineralselskap, ikke har klart etablerte forpliktelser til å konsultere de berørte samene. Det er ofte en forutsetning at også selskapet er konsultasjonspliktig for at urfolks rett til konsultasjoner skal være reelt. At det kan gis vilkår om konsultasjoner i tillatelser gir altså ikke et tilstrekkelig vern.

Avslutningsvis må det poengteres at avtalen er utformet for generelt til å kunne være i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene utredet i avhandlingens kapittel 5. Det vises spesielt til at de tradisjonelle konsultasjonsvilkårene om hensiktsmessige prosedyrer og målsetningen om å oppnå samtykke, ikke er tilpasset utviklingen de senere år. Det er heller ikke tatt hensyn til den utviklingen som har skjedd angående nektingsadgangen, slik som drøftet under avhandlingens kapittel 6.

7.3 Mineralloven

Minerallovens bestemmelser gjelder for hele landet, med noen særskilte bestemmelser for Finnmark. Begrunnelsen for å ha særskilte regler for Finnmark er at reglene skal ivareta samiske interesser ved mineralaktivitet.²⁶⁹ Bortsett fra reglene for Finnmark inneholder loven klare bestemmelser med ingen skjønnsmessige vurderinger. Begrunnelsen for klare og enkle regler er at loven skal gi bedre rammevilkår for mineralnæringen, slik at det stimuleres til økt mineralaktivitet.²⁷⁰

Etter mineralloven er saksgangen delt i fire deler: leting, undersøkelse, utvinning og driftskonsesjon. For områdene utenfor Finnmark er det klart at regelverket ikke for noen av disse fasene gir rom for konsultasjoner.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 43 (2008-2009) side 102.

²⁷⁰ *Ibid* side 10.

Når det gjelder mineralvirksomhet i Finnmark har mineralloven en egen vektingsregel i § 17 som skal ivareta samiske interesser. Bestemmelsen gjelder for søknad om særskilte tillatelser til undersøkelser, prøveuttak, utvinning og drift i Finnmark, jf. §§ 17 første ledd, 20 annet ledd, 30 og 43 fjerde ledd. Det følger av lovens § 17 tredje ledd at Direktoratet for mineralforvaltning kan avslå søknaden dersom hensynet til samiske interesser tilsier det. I forarbeidene heter det at direktoratets avgjørelser på om det gis tillatelse eller ikke, vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering.²⁷¹ I vurderingen om tillatelse skal gis, skal hensynet til samiske interesser tillegges vesentlig vekt, jf. § 17 tredje ledd annet punktum. Dette betyr at samiske hensyn ikke nødvendigvis tillegges avgjørende betydning dersom andre hensyn er vesentlig mer tungtveiende. I forarbeidene er vektleggingsregelen beskrevet slik:

” I tilfeller der samiske interesser taler mot at søknaden innvilges, mens andre interesser taler i motsatt retning, må det foretas en avveining mellom på den ene siden i hvilket omfang samiske interesser vil bli skadelidende, og på den andre siden i hvilken utstrekning andre hensyn vil bli ivaretatt av tiltaket. I avveiningen skal samiske interesser tillegges vesentlig vekt, men ikke avgjørende betydning dersom de hensynene som trekker i motsatt retning er vesentlig mer tungtveiende enn hensynet til de samiske interessene.”²⁷²

Dette kan i utgangspunktet forstås som en vektleggingsregel til fordel for de berørte samiske interesser. På den annen side er regelen svært lite konkret da det ikke gis noen eksempler på når mineralprosjekter har tung vekt eller ikke. Det er heller ikke gitt noen eksempler på hvilke kriterier som kan inntas i vurderingen. Dersom økonomiske hensyn skal trekkes inn vil mineralprosjektene i nærmest alle saker være ”vesentlig mer tungtveiende”. Dette betyr at samiske hensyn ikke nødvendigvis tillegges avgjørende betydning og at forvaltningen kan ha et betydelig rom for fri skjønnsutøvelse.

Paragraf 17 fjerde ledd fastsetter at Direktoratet ved behandling av søknaden skal gi grunneier (som ofte vil være FeFo), Sametinget, kommunen og det aktuelle områdestyret og distriktsstyret for reindriften anledning til å uttale seg. I forarbeidene

²⁷¹ *Ibid* side 135.

²⁷² *Ibid*.

fremkommer det at det ikke er meningen at dette skal være en uttømmende liste over hvem som skal få anledning til å uttale seg, men det ble ansett som de viktigste interessentene som vil kunne bli berørt. Direktoratet kan derfor også gi andre berørte parter mulighet til å komme med uttalelser.²⁷³ Etter § 17 femte ledd kan Sametinget og grunneier gå imot innvilgelse av tillatelse. Søknaden avgjøres da av departementet, som er klageberettiget til Kongen, jf. § 17 sjette ledd.

Mineralloven § 17 gir berørte samiske parter en relativt omfattende mulighet til å delta som høringsorgan. Som avhandlingens kapittel 5 viser vil ikke høringer tilfredsstille de kravene som stilles til konsultasjoner etter folkeretten.

Vektingsregelen i § 17 tredje ledd gir rom for at berørte samiske grupper kan bli konsultert. I minerallovens forarbeider er det vist til at konsultasjonsavtalen også gjelder i mineralutvinningsaker. Dette kan imidlertid ikke være tilstrekkelig for å oppfylle folkerettens krav.

I veilederen til konsultasjonsavtalen er det uttalt at staten og Sametinget i fellesskap kan velge å fravike prosedyrene på saksområder der det er etablert egne regler som både departementet og Sametinget mener ivaretar urfolksinteressene på en like god måte som konsultasjonsprosedyrene.²⁷⁴ De særskilte bestemmelsene om mineralvirksomhet i Finnmark er i denne forbindelse brukt som eksempel. Det følger av det ovennevnte at dette synspunktet ikke vil være holdbart i henhold til de folkerettslige forpliktelser.

7.4 Plan- og bygningsloven

Det er en nær sammenheng mellom mineralloven og lov 26. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven). De nødvendige tillatelser etter plan- og bygningsloven må være på plass før en mineralvirksomhet kan starte.²⁷⁵ Det må derfor undersøkes om plan- og bygningsloven kan gi rom for konsultasjoner.

²⁷³ Ot.prp. nr. 43 (2008-2009) kapittel 18 merknad til § 17.

²⁷⁴ Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 23. juni 2006, side 3.

²⁷⁵ Ot.prp. nr. 43 (2008-2009) side 98.

Plan- og bygningsloven krever ulike avklaringer, herunder en arealmessig avklaring. Den arealmessige avklaringen innebærer at driftsområdet må være satt av til råstoffutvinning i kommuneplanens arealdel, jf. plan- og bygningsloven § 11-7 annet ledd punkt 1. Dersom dette ikke er tilfelle, vil ikke drift kunne igangsettes. I de aller fleste tilfellene vil det også være en forutsetning for mineralutvinning at det foreligger en godkjent reguleringsplan. Det følger av plan- og bygningsloven § 12-1 tredje ledd at det er krav om reguleringsplan for ”større bygge- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn”.

Dersom Sametinget er uenig med arealplanen eller reguleringsplanen, kan Sametinget få prøvd vedtaket av departementet, på samme måte som andre statlige og regionale organer har mulighet til, jf. plan- og bygningsloven §§ 11-16 og 12-13, jf. § 5-4 tredje ledd. For reindriftsfaglige spørsmål er det områdestyrene for de enkelte reinbeiteområdene som er innsigelsesmyndighet i henhold til instruks gitt av Landbruks- og matdepartementet.²⁷⁶ Før det aktuelle vedtaket blir sendt til departementet, skal det gjennomføres mekling, jf. § 5-6.

Det kan trekkes sammenligninger mellom mekling og innsigelsesadgang etter plan- og bygningsloven og konsultasjonsprosessen. Det må likevel være klart at reglene etter plan- og bygningsloven ikke tilfredsstillende de folkerettslige kravene. Mekling og innsigelsesadgangen er en generell adgang for alle berørte myndigheter til å klage, og den tar ikke hensyn til de spesielle omstendighetene ved urfolksspørsmål.

7.5 Finnmarksloven § 4

Sametinget har med hjemmel i lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) § 4 annet ledd etablert retningslinjer for vurderingen av samiske hensyn ved endret bruk av utmark i Finnmark.²⁷⁷ Retningslinjene kommer til anvendelse ved blant annet mineraldrift, jf.

²⁷⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) side 192.

²⁷⁷ Sametingets retningslinjer for vurderingen av samiske hensyn ved endret bruk av meahcci/utmark i Finnmark. Fastsatt av Sametinget 24. mai 2007 og godkjent av Arbeids- og

retningslinjene § 3 fjerde ledd. Videre kommer retningslinjene til anvendelse i kommunens areal- og reguleringsplaner som vil medføre at tradisjonell samisk bruk innskrenkes eller på andre måter hindres, jf. § 3 annet ledd.

Det følger av retningslinjene at vedtak om endret bruk av utmark bør treffes etter forutgående konsultasjoner med rettighetshavere, brukere av området eller berørte samiske interesser i området, jf. § 4 annet ledd. Større endringer eller endringer av store områder som kan ha vesentlig betydning for samisk kultur, samfunnsliv, reindrift, utmarksbruk eller næringsliv, krever også at Sametinget skal konsulteres i henhold til konsultasjonsavtalen og ILO-169 artikkel 6, 7 og 15, jf. § 4 tredje ledd. Retningslinjene viser til at etablering av mineraldrift er et eksempel på hva som vil omfattes av Sametingets konsultasjonsrett, jf. § 4 tredje ledd siste punktum. Som det fremgår av avhandlingens kapittel 4, er det ingen selvfølge at Sametinget er konsultasjonspart i mineralutvinningsaker. En slik bestemmelse vil derfor kunne krenke rettighetshavernes konsultasjonsrett.

Retningslinjene omtaler også samtykke i § 4 annet ledd. Om dette heter det at de berørte:

”kan samtykke i forslaget, og samtidig stille vilkår for iverksettelsen av planen og den videre utvikling av tiltaket som må oppfylles for at de berørte kan anses for å ha samtykket. I de tilfeller det ikke foreligger samtykke fra de berørte interesser, skal nytteverdien av planen eller tiltaket som medfører endret bruk av utmark, alltid vurderes mot de ulemper planen eller tiltaket har som materielt grunnlag for samisk kultur og samfunnsliv.”

Retningslinjene er formulert på en meget forsiktig måte. At de berørte ”kan” samtykke er i denne sammenheng ganske selvsagt, og endog mindre forpliktende enn folkerettens krav om at konsultasjonene skal skje med målsetning om å oppnå samtykke. Like selvsagt og uforpliktende er det at tiltaket skal vurderes opp mot samiske interesser når samtykke ikke oppnås.

Retningslinjene er underlagt finnmarksloven § 4, der det i forarbeidene bemerkes at ”Retningslinjene vil angi hvilke sentrale samiske hensyn som Finnmarkseiendommen og offentlige myndigheter må vurdere. De vil imidlertid ikke være avgjørende for avveilingen av samiske interesser mot andre interesser”.²⁷⁸ Retningslinjene inneholder dermed ingen vektleggingsregel. Heller ikke har retningslinjene noen andre krav for å ivareta konsultasjonsretten. Retningslinjene vil dermed ikke innebære en oppfyllelse av folkerettens krav.

Både mineralloven, plan- og bygningsloven og finnmarksloven inneholder saksbehandlingsregler som fastslår at samiske hensyn skal ivaretas. Generelt må det imidlertid konkluderes med at saksbehandlingsreglene ikke tilfredsstiller konsultasjonsretten. Konsultasjoner inneholder et forhandlingselement, hvor toveiskommunikasjon er en forutsetning. Dette er det ikke gitt rom for i de gjennomgåtte saksbehandlingsreglene. Videre er ikke de andre konsultasjonsvilkår oppfylt.

Det kan være verdt å poengtere at konsultasjoner har en sammenheng med andre saksbehandlingsregler. Jo strengere saksbehandlingsreglene er, og jo mer myndighetene plikter å ta hensyn til hva samiske organer mener, jo mindre behov vil det kunne være for konsultasjoner. Dagens saksbehandlingsregler på mineralsaksområdet gir svært vide skjønnsmessige vurderinger. Det vil derfor fortsatt være stort behov for konsultasjoner.

7.6 Klargjøring av rettighetssituasjonen

Som det fremgår av avhandlingen er det en forutsetning for reelle konsultasjoner å klargjøre hvilke rettigheter det skal konsulteres om og hvem som er rettighetshaver. Kartlegging av samenes eiendoms- og bruksrettigheter har vært et sentralt spørsmål i de to samerettsutredningene som er utført. Gjennom finnmarksloven er denne oppgaven tillagt Finnmarkskommisjonen, jf. finnmarksloven § 29. Tilsvarende

²⁷⁸ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 121. Finnmarksloven ble under behandlingen i Stortinget betydelig justert for å bli mer i samsvar med folkerettens krav. Utkastet til Finnmarksloven § 4 ble imidlertid opprettholdt som foreslått av Regjeringen.

ordning om kartlegging av rettigheter er foreslått av Samerettsutvalget II for områdene utenfor Finnmark.

I skrivende stund er Finnmarkskommisjonen i gang med kartleggingsarbeidet. Det er imidlertid ikke startet en prosess for utredning av samiske rettigheter utenfor Finnmark. Mineraldrift på områder som ikke er utredet for samiske rettigheter vil med stor sannsynlighet kunne krenke både eksisterende materielle rettigheter og prosessuelle rettigheter. Ettersom den norske stat er folkerettslig forpliktet til å utrede samiske rettigheter, bør det ikke åpnes for mineraldrift på samiske områder før dette er gjennomført. Et absolutt minimumskrav er at det foretas en rettighetsutredning i de områdene som blir påvirket av det konkrete tiltaket. Det må imidlertid vises stor varsomhet i hvordan dette gjøres, da det er en forutsetning å ha en god og kontradiktorisk prosess.

Dersom Finnmarkskommisjonen oppnår målet om å avklare samiske rettigheter vil dette bane vei for en rettferdig mineralprosess i fremtiden. Finnmarkskommisjonen har i skrivende stund avgitt to rapporter der rettighetene for Stjernøya, Seiland og Nesseby er utredet. Kommisjonen har konkludert med at eiendomsretten tilligger Finnmarkseiendommen, mens områdets reindriftssiidaer har en eksklusiv rett til reinbeite. Når det gjelder de fastboende sine rettigheter har kommisjonen konkludert med at de innehar en bruksrett til ressursene. Kommisjonen beskriver denne retten på følgende måte: ”Den retten som anerkjennes er ikke en eksklusiv eller særlig rett innenfor bygdelagets område, men en generell rett av opprinnelig karakter som kan utøves innenfor lovens rammer, og slik at den lokale bruken har krav på en viss rettsbeskyttelse.”²⁷⁹ Om rettsbeskyttelsen uttaler kommisjonen at ”FeFo må unngå å disponere over rettighetene slik at de lokale rettighetshaverne fortrenses fra sine tradisjonelle bruks- og høstingsområder”.²⁸⁰ Begrepet ”lokale rettighetshavere” synes å være knyttet til de bosatte i feltområdet, men det er tatt forbehold om at også personer bosatt utenfor kan ha slike rettigheter.²⁸¹ Rapportene viser at lokalsamfunn i områdene har opparbeidet seg bruksrettigheter.

²⁷⁹ Finnmarkskommisjonen, Rapport Felt 2, Nesseby, side 130.

²⁸⁰ *Ibid* side 122.

²⁸¹ *Ibid* side 123.

Kommisjonens behandling av reinbeiterettigheter stadfester det som tidligere har vært gjeldende. Nemlig at reindriftssiidaer har beiterett i sine tradisjonelle områder. Et hovedproblem i reindriften er de uavklarte interne beitegrenser mellom siidaer. Finnmarkskommisjonen kan behandle disse dersom noen siidaer krever det, jf. forskrift om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark § 5. Hittil har imidlertid ikke dette vært krevd. Når reindriftsrettigheter blir berørt vil kravet om identifisering av parter kunne skape problemer for konsultasjonsprosessen.

Uten å foreta en nærmere vurdering av om rapportene faktisk avklarer rettighetene tilstrekkelig, kan det konstateres at det synes noe usikkert hvilken type rettigheter det dreier seg om, samt hvem som skal være konsultasjonsparter. Kommisjonens vedtak synes dermed ikke å ha vært avklarende nok. Med den uavklarte situasjonen kan det tenkes at både grunneier (Fefo), reindriftssiidaer, kommunen og bygdefolk kan være aktuelle parter i en konsultasjonsprosess. I en liten samisk kommune som eksempelvis Nesseby, vil muligens bygdene akseptere at kommunen er part i konsultasjonene. Situasjonen kan være en annen for bygdefolket på Stjernøya og Seiland, der kommunene vil kunne ha andre interesser enn bygdefolket. Som drøftet i kapittel 4 vil dette måtte vurderes konkret i hver enkel sak.

Det er også tenkelig at urfolks rett til selvbestemmelse kan bli påvirket av mineraldrift på urfolksområder. Urfolkserklæringen artikkel 3 bestemmer at urfolk i kraft av sin selvbestemmelsesrett fritt kan fremme sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling. I ILO-169 artikkel 7 og urfolkserklæringen artikkel 32 heter det også at urfolk selv skal bestemme prioriteringer over deres landområder og naturressurser. Innholdet av urfolks selvbestemmelsesrett er fortsatt uavklart. Dersom det viser seg at mineraldrift på urfolksområder er noe som kan berøre urfolkets selvbestemmelsesrett, vil urfolket i kraft av sin selvbestemmelsesrett ha en rett til å bli konsultert og muligens en rett til å nekte at mineraldrift på samiske områder dersom de vil det. Inntil selvbestemmelsesretten er avklart, må det legges til grunn at det ikke er det samiske folk som sådan som er rettighetshaver i konsultasjonsretten.

7.7 Kravet til hensiktsmessige prosedyrer

Som tidligere nevnt er konsultasjonsavtalen svært generelt utformet. De overordnede prosedyrer som fremkommer i avtalen, kan passe for konsultasjoner om lovsaker og andre generelle drøftingssaker mellom Sametinget og statlige organer.

Konsultasjonsavtalen er imidlertid overhodet ikke tilpasset mineralsaker, der konsultasjonspartene er mineralselskapet og de berørte lokalsamfunn og rettighetshavere, med myndighetene som en kontrollfunksjon. Prosedyrene i avtalen er heller ikke tilpasset mineralprosessene.

Sametinget har på sin side tatt et initiativ i retning av en klargjøring gjennom sin egen mineralveileder.²⁸² Ifølge mineralveilederen punkt 4 skal selskaper:

”som vil foreta faktiske undersøkelsesarbeider og prøveuttak, og den som vil søke om driftskonsesjon etter minerallovens §§ 13, 20 og 43, kontakter Sametinget for å avtale nærmere om gjennomføring av forhandlinger om dette. Det gjennomføres egne forhandlinger for faktiske undersøkelsesarbeider, for planer om søknad om prøveuttak, og for planer om søknad om driftskonsesjon. Ved planer om søknad om utvinningsrett utarbeides felles dokument om at forhandlinger gjennomføres i forkant av eventuell søknad om driftskonsesjon.”

På Sametingets nettsted fremkommer det at det allerede er inngått flere intensjonsavtaler mellom Sametinget, gruveselskaper og berørte reinbeitedistrikter. Et stykke på vei kan veilederen og intensjonsavtalene ses på som et forsøk på å avklare de manglende prosedyrer i lovverket. Veilederen synes likevel i for liten grad å gå inn på de mere konfliktfylte saksområder og hvordan konsultasjonene skal gjennomføres mer detaljert, blant annet krav til informasjon, utredninger mv. Det er heller ikke avklart hvem som skal representere lokalsamfunnene og hvordan mulige interessemotsetninger mellom lokalsamfunn og reindriftssiidaer skal håndteres. Et hovedproblem er selvsagt også at Sametingets reelle innflytelse er begrenset.

²⁸² Sametingets mineralveileder for undersøkelser og drift på mineralressurser, vedtatt juni 2010.

Samerettsutvalget II har kommet med forslag til en konsultasjonslov.²⁸³ Det er ikke i lovforslaget tatt med bestemmelser som fastsetter prosedyrer for konsultasjonene. I forslaget § 21 er det foreslått en bestemmelse om at partene i fellesskap skal søke å bli enige om hvordan konsultasjonene skal gjennomføres i den enkelte sak. Denne friheten til å selv bestemme prosedyrene begrunner utvalget med at konsultasjonsloven vil omfatte en rekke ulike saker og at konsultasjonenes innhold dermed også vil variere fra sak til sak.²⁸⁴ Slik lovutkastet fremstår vil den inneholde meget kortfattede henvisninger til hva konsultasjonsprosedyrene skal inneholde. Sammenlignet med de kravene som stilles i folkeretten er lovforslaget for vagt formulert. Vage formuleringer vil også gi mindre muligheter for etterfølgende domstolskontroll, noe som vil være uheldig i henhold til at konsultasjonene skal være et effektivt redskap for å sikre de berørte rettighetshavernes interesser.

I § 21 annet ledd er det åpnet for at Kongen ved forskrift kan gi mer detaljerte regler om gjennomføringer av konsultasjoner for ulike sakstyper.²⁸⁵ Som konkludert i punkt 5.4 må det kreves at det fastsettes bestemte prosedyrer for mineralutvinningsaker. At det etter annet ledd "kan" vedtas forskrift om dette vil ikke være tilstrekkelig. For å få en konsultasjonslov som er i samsvar med folkerettslige forpliktelser, må det tas inn mer konkrete bestemmelser om konsultasjonsprosedyrer enn det utvalget har foreslått.

7.8 Nektingsrett

Som nevnt tidligere er risikoen med konsultasjonene at urfolks materielle rettigheter ikke ivaretas. Bakgrunnen for dette er at fokuset ligger i at samtykke kun er et mål i konsultasjonsprosessen og ikke et krav. I den forbindelse kan det bli behov å etablere en nektingsrett, slik den kommer til uttrykk i avhandlingens kapittel 6. Det kan stettes spørsmåltegn ved ivaretagelsen av samenes materielle rettigheter i konsultasjonsprosessen. Særlig gjelder dette i mineralutvinningsaker, som kan gjøre potensielt store naturinngrep.

²⁸³ NOU 2007: 13 side 54.

²⁸⁴ *Ibid* side 1257.

²⁸⁵ *Ibid* side 54.

I den første samerettsutredningen foreslo flertallet at Sametinget på visse vilkår skulle gis myndighet til å forhindre vedtak som medfører betydelige naturinngrep i samiske bruksområder.²⁸⁶ Virkningen av nektingsretten ble foreslått avgrenset til å gjelde seks år avgangen. Videre skulle Sametingets nektingsvedtak kunne settes til side av Stortinget, men samerettsutvalget forutsatte at dette blir gjort i samsvar med statens ”grunnlovsmessige og folkerettslige forpliktelser”.²⁸⁷ En tidsbegrenset nektingsrett skulle på denne måten imøtekomme behovet for betydelig samisk innflytelse ved naturinngrep, men uten at samiske interesser skulle gis et ubetinget fortrinn.²⁸⁸ Et annet viktig forslag av betydning for nektingsretten, var forslaget om å endre ekspropriasjonsloven slik at det ikke skulle kunne iverksettes ekspropriasjonsinngrep i forbindelse med leting etter og utvinning av mineraler i Finnmark.²⁸⁹ På denne måten skulle ikke myndighetene kunne overprøve grunneierorganets nekting av inngrepet.

Disse forslagene kunne et stykke på vei ha oppfylt folkerettens krav til beskyttelse av de materielle rettighetene, som nektingsretten bygger på. Forslagene ble imidlertid tilsidesatt uten en nærmere begrunnelse for dette.²⁹⁰ Som erstatning kom bestemmelsen i finnmarksloven § 4. Som uttalt i punkt 7.5 ivaretar imidlertid ikke bestemmelsen verken de materielle eller prosessuelle urfolksrettighetene.

Samerettsutvalget II har i forslaget til en konsultasjonslov foreslått en bestemmelse som er ment å ivareta forpliktelsene etter SP artikkel 27. Forslagets § 10 lyder som følger:

“Tiltak som planlegges lokalisert i områder som er særlig viktige for samisk materiell kulturutøvelse, så som områder hvor det er anerkjent eller vil bli anerkjent eierrettigheter i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser, og områder som har vesentlig betydning for utøvelse av reindrift, kyst- og fjordfiske, eller annen samisk materiell kulturutøvelse, og som kan få betydelig negativ innvirkning på den fremtidige bruken av disse områdene, kan bare iverksettes dersom tungtveiende samfunnshensyn tilsier det.

²⁸⁶ NOU 1997: 4 kapittel 8.

²⁸⁷ *Ibid* side 837.

²⁸⁸ *Ibid* side 623.

²⁸⁹ *Ibid* side 214.

²⁹⁰ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) side 102.

Når det overveies å iverksette tiltak som nevnt i første ledd, skal det gjennomføres konsultasjoner med Sametinget og de berørte samiske brukerinteressene, jf. §§ 13 flg. Oppnås det ikke enighet om hvordan tiltaket skal gjennomføres, skal det som hovedregel ikke tillates gjennomført.”

Det ble funnet nødvendig å vedta særskilt beskyttelse av områder som er ”særlig viktige for samisk materiell kulturutøvelse” og hvor planlagte inngrep kan få ”betydelig negativ innvirkning” på den fremtidige bruken av områdene.²⁹¹ Dersom disse to vilkårene er til stede, kan tiltaket ikke iverksettes med mindre det foreligger kvalifisert interesseovervekt i form av ”tungtveiende samfunnshensyn” for tiltaket.²⁹² Vilråene er meget strengt formulert, men bestemmelsen synes å gi beskyttelse for den typen inngrep som ikke samsvarer med SP artikkel 27. At bestemmelsen unntaksvis tillater slike inngrep, kan imidlertid ikke være i samsvar med kulturvernet, se punkt 6.3. Etter bestemmelsens annet ledd skal det som hovedregel ikke gis tillatelse til de tiltakene som omfattes av første ledd, dersom Sametinget og de berørte samiske brukerinteresser samtykker til det. Det er i forslaget presisert at dette ikke skal forstås som en nektingsrett, men som en understreking av at det i disse tilfellene gjelder et krav om særlig kvalifisert interesseovervekt.²⁹³

Bestemmelsen er positiv i så måte at den gir en beskyttelse for alvorlige inngrep i viktige samiske områder. En slik lovfesting knyttet til konsultasjonsprosessen, sikrer en minimumsbeskyttelse av samiske interesser. På den annen side åpnes det for at slike inngrep unntaksvis kan tillates. Dette må anses å være i strid med kulturvernet i artikkel 27. Bestemmelsen fanger heller ikke opp beskyttelse av eiendoms- og bruksrettigheter.

Det må derfor konkluderes med at verken dagens rettstilstand eller den foreslåtte konsultasjonsloven gir en nektingsrett for samene, slik som påkrevd etter kapittel 6.

²⁹¹ NOU 2007: 13 side 1243.

²⁹² *Ibid* side 1243-1244.

²⁹³ *Ibid* side 1244.

7.9 Muligheter for rettslig overprøving

På grunn av presumsjonsprinsippet har folkeretten en nokså sterk plassering i norsk rett. En forutsetning for at den samiske befolkningen kan kreve beskyttelse av rettighetene er imidlertid at det kan reises søksmål for domstolene vedrørende brudd på folkerettslige forpliktelser. For at det skal kunne reises sak ved norske domstoler skal en rekke prosessforutsetninger være oppfylt. Prøving av konsultasjonsretten i domstolene reiser potensielt flere særskilte problemstillinger, slik som partsevne, representativitet og rettskrav.²⁹⁴ Det vil imidlertid føre for langt å drøfte disse. Som utgangspunkt må det likevel kunne hevdes at de norske prosessreglene ikke burde skape spesielle vanskeligheter for å få prøvd saker om mineralutvinning for domstolene i Norge. Slike saker vil kunne reises som et søksmål om ugyldig forvaltningsvedtak der brudd på retten til konsultasjon må kunne anføres. Domstolene må i så fall vurdere prejudisielt om bestemmelsene om konsultasjon i ILO-169 er overholdt og om det foreligger en forpliktelse etter internasjonal sedvanerett med grunnlag i urfolkserklæringen, internasjonal domstolspraksis og annen praksis. Når det foreligger en avtale om samtykke til mineralutvinning vil det også kunne reises sak om avtalebrudd. Det vil også være mulig å begjære en midlertidig forføyning etter reglene i tvisteloven kapittel 34.²⁹⁵

Et spørsmål som blir drøftet innen sivilprosessen er om det kan reises påstand om brudd på internasjonale forpliktelser. Spørsmålet om en sak kan bringes inn for domstolene handler i folkerettslig sammenheng om å oppfylle konvensjonskravene om et effektivt og nasjonalt rettsmiddel. Denne retten er slått fast i både EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 (3). Retten til et effektivt rettsmiddel går ut på at det skal etableres nasjonale mekanismer for prøving av brudd på konvensjonsforpliktelsene.²⁹⁶ Etter norsk rett vil det kunne kreves dom for brudd på rettigheter fastslått i EMK og SP.²⁹⁷ Stillingen er imidlertid annerledes for alminnelige folkerettsbrudd. Hovedregelen i

²⁹⁴ Se for eksempel Stian Ørbeck Sørheim og Jussi Pederesen ”Hvem kan representere kollektiver i tvistemål?” i boken *Juss i nord: Hav, fisk og urfolk*, Oslo 2012 s. 272-293.

²⁹⁵ Se for eksempel NOU 2007: 13 punkt 18.4.11. Her foreslås rettsvirkningene av brudd på konsultasjonsplikt ugyldig forvaltningsvedtak, eventuelt midlertidig forføyning.

²⁹⁶ NOU 2001: 32 Rett på sak, punkt 4.3.4.

²⁹⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning – domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, Oslo 2010 side 363.

norsk rett er at det ikke kan kreves dom for alminnelige folkerettsbrudd.²⁹⁸ Dette begrunnes i at brudd på alminnelige folkerettslige forpliktelser ikke medfører noen umiddelbare rettsvirkninger, og oppfyller således ikke vilkåret om rettskraft i tvisteloven § 1-3 (1).²⁹⁹

Også ILO-169 krever et effektivt nasjonalt rettsmiddel for prøving av konvensjonsrettighetene. I artikkel 12 er det fastslått at urfolk skal ha mulighet til å reise søksmål for nasjonale domstoler for å kunne få et effektivt vern av sine rettigheter. Det norske tvistemålsutvalget har vurdert det slik at ILO-konvensjonen gir en forholdsvis sterk rett til effektivt rettsmiddel, og uttaler om dette:

”I noen grad er dette en parallell til artikkel 13 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon om rett til et effektivt rettsmiddel ved påstand om konvensjonskrenkelse, jf. ovenfor i dette kapitlet II.4.3.4. Urbefolkningskonvensjonen inneholder likevel enkelte strengere krav. Særlig viktig er det at ordlyden i artikkel 12 gir en ubetinget rett til rettsmidler ved domstolene. I relasjon til EMK artikkel 13 vil administrative rettsmidler kunne være nok. Det kan også hevdes at Urbefolkningskonvensjonen artikkel 12 fordrer at den rettslige prøvingen skal foregå direkte i forhold til konvensjonens regler, og at det ikke vil være tilstrekkelig at spørsmålet om krenkelse prøves prejudisielt.”³⁰⁰

Siden Norge har ratifisert konvensjonen, må tvisteloven tolkes slik at den gir adgang til å reise søksmål fra urfolk med krav om brudd på rettigheter fastslått i konvensjonen.³⁰¹

Dersom saken blir avvist av nasjonale domstoler, eller det ikke blir konstatert brudd på konsultasjonsretten, kan sakene bringes inn for konvensjonenes overprøvingsorganer.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid* side 364.

³⁰⁰ NOU 2001: 32 Rett på sak, side 165.

³⁰¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning – domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, Oslo 2010 side 364.

7.10 Konklusjon

Konsultasjonsinstituttet er gjennomført i norsk rett gjennom konsultasjonsavtalen. Gjennomgangen i dette kapitlet viser imidlertid at de kravene som folkeretten stiller til konsultasjonsplikten ikke i tilstrekkelig grad er gjennomført i norsk rett. Dette gjelder spesielt mangelen på konsultasjonsprosedyrer tilpasset mineralutvinningssaker. Det er også blitt påpekt at de materielle rettighetene ikke i tilstrekkelig grad blir beskyttet i konsultasjoner. Vurderingene i dette kapitlet viser også at norsk rett tidvis er i direkte strid med konsultasjonsretten. Spesielt gjelder dette minerallovgivningen, som ikke gir rom for å gjennomføre konsultasjoner.

8 Avslutning med rettspolitiske betraktninger

8.1 Om konsultasjonsordningen i Norge

I denne avhandlingen har jeg forsøkt å klarlegge innholdet i urfolks konsultasjonsrett i mineralutvinningssaker, herunder hvem konsultasjonene skal bestå mellom, hvilke konkrete krav som stilles og hvordan denne prosessuelle retten styres av den underliggende materielle retten. Analysen av hvordan konsultasjonsinstituttet er gjennomført i den norske minerallovgivningen, viste at det ikke er fullt ut i samsvar med de folkerettslige konsultasjonsforpliktelsene.

For å gjennomføre de folkerettslige forpliktelsene har samerettsutvalget II foreslått egen saksbehandlings- og konsultasjonslov.³⁰² De foreslåtte konsultasjonsreglene må i hovedsak anses å være et godt utgangspunkt. Det er likevel påpekt ovenfor to områder som ikke synes å tilfredsstille de folkerettslige krav. Lovarbeidet må også ta hensyn til at det siden 2007 har skjedd en betydelig utvikling i folkeretten, særlig som følge av urfolkserklæringens innvirkning på internasjonal sedvanerett i form av krav om mer kvalifiserte konsultasjonsprosesser i viktige saker. I denne sammenheng kan det vises til lovutkastets § 16, som sier at konsultasjonene skal ”gjennomføres med god vilje, og med sikte på å oppnå enighet eller tilslutning”. Som det fremkommer i avhandlingens punkt 5.3 bør det stilles strengere krav til at konsultasjonene må

³⁰² NOU 2007: 13 side 54.

gjennomføres ut fra det siktemål å oppnå samtykke. På denne måten kan det i praksis stilles krav til at staten i større grad må imøtekomme de samiske interesser.

Det er videre behov for egne prosedyrer i mineralsaker. Konsultasjonslovforslaget forutsetter at dette kan gjøres ved egen forskrift, jf. lovutkastet § 21 annet ledd. Det kan i og for seg være naturlig at egne bransjeprosedyrer fastsettes ved forskrift. Det er likevel nødvendig at lovutkastet, eventuelt ved egne merknader, beskriver behovet nærmere. Det kan her tas utgangspunkt i de prosedyrer som allerede er utarbeidet i andre land.³⁰³ De internasjonale studiene om god konsultasjonspraksis i mineralsaker vil også kunne gi gode innspill.

Ut fra dette bør prosedyrene blant annet inneholde:

- avklaring av materielle rettigheter i områdene hvor det planlegges å iverksette mineralvirksomhet;
- regulering av de private tiltakshavernes konsultasjonsplikt;
- samiske konsultasjonsparters mulighet til å samordne sine interesser gjennom særskilte prosesser, med bistand fra nødvendig juridisk og annen aktuell ekspertise finansiert av myndighetene eller av tiltakshaveren;
- temaer det kan og skal konsulteres om, herunder del av utbytte og andre tiltak for at lokalsamfunnet skal ta fullverdig del i virksomheten som arbeidstaker eller som leverandør;
- krav om at deltakerne i konsultasjonene skal ha den nødvendige kunnskap om og respekt for hverandres verdier og grunnleggende levemåte, og om nødvendig gjennomføre egen opplæringsprogram;
- krav om at det, med mindre partene finner dette unødvendig, skal gjennomføres konsultasjoner på alle forskjellige trinn i mineralprosjektets utvikling.

I mineralstrategien uttales det at Regjeringen ønsker at Norge skal være et attraktivt land å drive mineralvirksomhet i.³⁰⁴ Mineralstrategien presenteres som en offensiv strategi med sikte på å gi grunnlag for nye mineralprosjekter ikke minst i samiske

³⁰³ For eksempel delstatene i Canada.

³⁰⁴ Nærings- og handelsdepartementets strateginotat av 13. mars 2013.

områder. Samtidig er forholdet til reindrift og andre samiske interesser uavklart og konfliktfylt. Dersom Regjeringen ønsker økt mineralvirksomhet i samiske områder må dette først og fremst klargjøres med de berørte samiske gruppene. Det vil være svært problematisk og lite ønskelig å presse mineralvirksomhet på samfunn som er imot dette. Regjeringen ønsker også å legge til rette for en mest mulig effektiv prosess. Dette vil imidlertid kunne være i strid med de folkerettslige krav til konsultasjonenes gjennomføring. Når det står vitale samiske interesser på spill vil det tvert imot kunne være nødvendig med grundige prosesser som muligens vil være tidskrevende. Dette gjelder både konsultasjonene om nye konsultasjonsregler og selvfølgelig også konsultasjonene om de enkelte mineralprosjekter. En slik grundig prosess bør også være i mineralnæringens langsiktige interesse.

Den planlagte mineralvirksomheten vil også stille krav om at det fra samisk side foretas en så god intern avklaring som mulig. Sametinget har gjennom sin mineralveileder trukket opp flere prinsipper, og blant annet advart mot ”splitt og hersk”-prosesser.³⁰⁵ Den beste måten å unngå dette på, vil trolig være å ha åpne prosesser internt i det samiske samfunn, der det erkjennes at de berørte rettighetshavere kan ha ulike interesser. Sametinget kan bidra med en overordnet samisk mineralpolitikk. Det vil trolig likevel være behov for gode lokale samordningsprosesser.³⁰⁶ Det bør her vurderes om Sametinget, som et politisk organ, er den rette til å lede de lokale samordningsprosesser eller om det i større grad kan gjennomføres meklingsprosesser lokalsamfunnene imellom.³⁰⁷

8.2 Konsultasjoner som virkemiddel for effektiv deltakelse

Avslutningsvis vil også noen ord om konsultasjonsinstituttet være på sin plass. Konsultasjoner bidrar ikke bare til å oppfylle dens formål om å gi urfolk mulighet til å delta i beslutningsprosesser i sakene som angår dem. Konsultasjoner bidrar også til å bygge tillit mellom urfolk og myndighetene dersom konsultasjonene blir gjennomført

³⁰⁵ Sametingets mineralveileder for undersøkelser og drift på mineralressurser, vedtatt juni 2010 side 9.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Slik som i Gail Whiteman og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, Ottawa, Canada 2002.

på et riktig vis. På denne måten fungerer konsultasjonene som en forsoningsprosess. Konsultasjoner vil også kunne bidra til løsninger som begge parter kan leve med og som vil være i samsvar med de aktuelle materielle rettigheter.

For å realisere en slik overordnet målsetting må de grunnleggende forutsetninger om gjensidig tillit, god vilje og målsettingen om enighet tas på alvor, både av statene og urfolkene selv. I stater der urfolkspolitikken er marginalisert kan det være vanskelig å skape forståelse for dette. Det kan også reises spørsmål om det er mulig å nå frem bare gjennom det politiske system eller om det også er nødvendig med rettslige avklaringer, slik det eksempelvis er gjort i Canada og gjennom avgjørelsene til IACHR.

Ulempene med konsultasjoner er at de er tidkrevende og at de dermed er vanskelig å tilpasse samfunnets effektivitetskrav. Det må i denne forbindelse tas hensyn til at konsultasjoner vil kreve en kompetansebygging og at urfolks interne interessekonflikter må avklares på en god måte. Videre vil ikke konsultasjoner i seg selv bidra til effektiv deltakelse av urfolk, da urfolk ofte mangler forutsetningene for å faktisk kunne påvirke prosessen, blant annet gjelder det manglende ressurser og kompetanse.

I Norge er erfaringene at det ofte ikke oppnås enighet i saker av vesentlig betydning for samisk kultur. Ved siden av mineralloven, gjelder dette sjøsamenes rett til sjøfiske og de siste endringene av reindriftsloven. Dette kan tyde på at konsultasjonsordningen er blitt en slags sovepute for den videre utvikling av samepolitikken. Det kan derfor diskuteres om konsultasjoner virkelig er et egnet virkemiddel for å gjennomføre deltakelsesretten og retten til selvbestemmelse. Alternativt kan det innføres delvis selvbestemmelse over visse områder og sakstyper, for eksempel i mineralutvinningssaker. Dette vil kunne gi både større effektivitet og forutberegnelighet, noe som slik sett vil være en fordel for alle parter.

9 Kilder

Litteratur

Anaya, James, "Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol 22, No. 1, 2005.

Arnesen, Finn og Are Steinvik, *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett* (Oslo 2009).

Barelli, Mauro, "Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: developments and challenges ahead", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 16, No. 1, 2012 s. 1-24.

Environmental Law Institute, *Prior Informed Consent and Mining – Promoting the Sustainable Development of Local Communities* (Washington D.C. 2004).

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

Gauslaa, Jon, "Vernet av grunnlaget for samisk kultur etter SP art. 27 og dets betydning ved bruk av jordskiftevirkemidlene", *Perspektiver på jordskifte*, 2009 s. 184-.

Graver, Hans Petter og Geir Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2005).

Hartley, Jackie Hartley, Paul Joffe og Jennifer Preston, *Realizing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Purich Publishing 2010).

Henriksen, John B., "Samisk selvbestemmelse – innhold og gjennomføring" *Gáldu Cála – Tidsskrift for urfolks rettigheter* nr. 2/2008.

Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave (Oslo 2012).

Lehr, Amy K. og Gare A. Smith, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges*, Foley Hoag eBook (July 2010).

Newman, Dwight G., *The Duty to Consult* (Purish Publishing 2009).

Ravna, Øyvind, "I hvilken utstrekning er samenes rett til reindrift vernet av EMK P1-1?" *Retfærd Årgang 32 2009 Nr. 2/125* s. 24-45.

Ruud, Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave (Oslo 2006).

Scheinin, Martin, "The Right to Self-Determination under the Covenant on Civil and Political Rights", i boken *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Pekka Aikio og Martin Scheinin (red.) (Åbo, Finland 2000) s. 179-199.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning – domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis* (Oslo 2010).

Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 2. utgave (Oslo 2009).

Skogvang, Susann Funderud, ”Ny minerallov og samiske rettigheter” *Lov og Rett*, 2010 s. 47-67.

Sørheim, Stian Ørbeck og Jussi Pederesen ”Hvem kan representere kollektiver i tvistemål?” i boken *Juss i nord: Hav, fisk og urfolk*, Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.) (Oslo 2012) s. 272-293.

Ward, Tara, ”The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples’ Participation Rights within International Law”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2011.

Whiteman, Gail og Katy Mamen, *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*, (Ottawa, Canada 2002).

Forarbeider og utredninger med videre

NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur*.

NOU 2003: 24 *Mer effektiv bygningslovgivning*.

NOU 2007:13 *Den nye sameretten*.

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

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

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

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

St.meld. nr. 55 (2000-2001) *Om samepolitikken*.

Nærings- og handelsdepartementets notat ”Strategi for mineralnæringen” av 13. mars 2013.

Nordisk samekonvensjon, utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgruppe, (26. oktober 2005).

Lover

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

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

Lov 26. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

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

Rettspraksis

Rt. 1982 s. 241.

Rt. 2000 s. 1578.

Rt. 2001 s. 769.

Rt. 2001 s. 1229.

Rt. 2006 s.1382.

Rt. 2008 s. 1789.

TINFI-2007-41493 – RG-2008-232.

Internasjonale konvensjoner med mer

Charter of the United Nations, De forente nasjoners pakt av 26. juni 1945.

Statute of the International Court of Justice, statuttene for Den internasjonale domstol.

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, vedtatt 20. mars 1952.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, vedtatt 21. desember 1965.

International Covenant on Civil and Political rights, Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) vedtatt 16. desember 1966.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) vedtatt 16. desember 1966.

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political rights, valgfri protokoll til den Internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter vedtatt 16. desember 1966.

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

ILO Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater vedtatt den 27. juni 1989.

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

FN-organers praksis, uttalelser med videre

FNs Menneskerettskomité

Ivan Kitok v. Sweden (Communication no. 197/1985) (1988).

Lubicon Lake Band mot Canada (Communication No. 167/1984) (1990).

Ilmari Länsman et al. vs. Finland (Communication No. 511/1992) (1994).

Jouni E. Länsman et al. vs. Finland (Communication No. 671/1995) (1996).

Apirana Mahuika et al. vs. New Zealand (Communication No. 547/1993) (2000).

Mr. Jarle Jonassen v. Norway (Communication No. 942/2000) (2002).

Jouni E. Länsman et al. v. Finland II (Communication No. 1023/2001) (2005).

Ángela Poma Poma vs. Peru (Communication No. 1457/2006) (2009).

General Comment No. 23, FN-dokument CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

FN-dokument CCPR/C/79/Add.105 (1999).

FN-dokument CCPR/C/79/Add.112 (1999).

FNs rasediskrimineringskomité

FN-dokument CERD/C/GUY/CO/14 (2006).

FN-dokument CERD/C/GTM/CO/11 (2006).

FN-dokument CERD/C/USA/CO/6 (2008).

FN-dokument CERD/C/NAM/CO/12 (2008).

FN-dokument CERD/C/ECU/CO/19 (2008).

FN-dokument CERD/C/COL/CO/14 (2009).
FN-dokument CERD/C/PER/CO/14-17 (2009).
FN-dokument CERD/C/CHL/CO/15-18 (2009).
FN-dokument CERD/C/KHM/CO/8-13 (2010).
FN-dokument CERD/C/GTM/CO/12-13 (2010).
FN-dokument CERD/C/MEX/CO/16-17 (2012).
FN-dokument CERD/C/BLZ/CO/1 (2012).
FN-dokument CERD/C/FIN/CO/20-22 (2012).

FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

FN-dokument E/C.12/1/Add.74 (2001).
FN-dokument E/C.12/1/Add.100 (2004).
General Comment No. 21, FN-dokument E/C.12/GC/21 (2009).

FNs spesialrapportør for urfolks rettigheter

FN-dokument A/HRC/21/47.
FN-dokument A/HRC/12/34.
FN-dokument A/HRC/18/35.
FN-dokument A/HRC/18/42.
FN-dokument E/CN.4/Sub.2/2004/30.

FNs ekspertmekanisme for urfolks rettigheter

FN-dokument A/HRC/EMRIP/2010/2.
FN-dokument A/HRC/EMRIP/2011/2.
FN-dokument A/HRC/EMRIP/2012/2.

Andre FN-dokumenter

FNs permanente forum for urfolk, *Report of the International Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, FN-dokument E/C.19/2005/3.

FNs kommisjon for menneskerettigheter, Underkommisjon om “the Promotion and Protection of Human Rights Working Group on Indigenous Populations”,

Arbeidsnotat: Standard-Setting: Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent, FN-dokument E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1 (2005).

FNs generalforsamling, *General Assembly adopts Declaration on Rights of Indigenous Peoples*, FN-dokument GA/10612 (2007).

Rapport fra ”the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie”: ”Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework”, FN-dokument A/HRC/17/31 (2011).

ILO-organers praksis med mer

Bolivian Central of Workers (COB) v. Bolivia (GB.272/8/1):(GB.274/16/7) (1999).

Central Unitary Workers’ Union (CUT) v. Colombia (GB.276/17/1):(GB.282/14/3) (2001).

Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres v. Ecuador (CEOSL) (GB.277/18/4):(GB.282/14/2) (2001).

Union of Academics of the National Institute of Anthropology and History (SAINAH), by the Union of Workers of the Autonomous University of Mexico (STUNAM) and the Independent Union of Workers of La Jornada (SITRAJOR), and by the Authentic Workers’ Front (FAT) v. Mexico (2004).

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

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

Direct Request (CEACR) Norge (1995).

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, dokument ILC.100/III/1A (2011).

ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169): A manual (2003).

Indigenous and Tribal Peoples’ Rights in Practice – a guide to ILO Convention No. 169.

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk, 1989: Håndbok.

Internasjonale domstolsavgjørelser

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2001).

Maya Communities of the Toledo District v. Belize, Inter-Amerikanske menneskerettighetskommissjonen (2004).

Saramaka People v. Suriname, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2007).

Four Ngöbe Indigenous Communities and their Members, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2010).

Kichwa People of Sarayaku v. Ecuador, Inter-Amerikanske menneskerettighetsdomstolen (2012).

Andre dokumenter

Veileder for statlige myndigheters konsultasjoner med Sametinget og eventuelle øvrige samiske interesser, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 23. juni 2006.

Sametingets retningslinjer for vurderingen av samiske hensyn ved endret bruk av meahcci/utmark i Finnmark. Fastsatt av Sametinget 24. mai 2007 og godkjent av Arbeids- og inkluderingsdepartementet 11. juni 2007.

Sametingets mineralveileder for undersøkelser og drift på mineralressurser, vedtatt juni 2010.

Sametingets mineralveileder – Mineralveileder for undersøkelser og drift på mineralressurser. Med kommentarer.

Finnmarkskommisjonen, Rapport Felt 1, Stjerneøya/Seiland.

Finnmarkskommisjonen, Rapport Felt 2, Nesseby.

Internettsider

Utenriksdepartementets nettsider

http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/tema/menneskerettigheter/mr_internasjonalt/-ilos-menneskerettighetssystem.html?id=447081 (april 2013).

Constitution of the International Labour Organisation. Tilgjengelig på nettsiden <http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/download/constitution.pdf>. (april 2013).

Arbeidsdepartementets nettsider,

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/pressemeldinger/pressemeldinger/2007/111.html?id=480895> (april 2013).

Nussir-prosjektets internettsider <http://www.nussir.no> (april 2013).

Kautokeino kommunes internettsider (<http://www.kautokeino.kommune.no>) (april 2013).

Manndalens internettsider <http://www.manndalen.no/ahput-siida.273210-40011.html> (mars 2013).

Internettsidene til Indigenous Peoples in the Barents Euro-Arctic Region, The Norwegian Barents Secretariat, <http://www.barentsindigenous.org/saami-assembly-in-murmansk-oblast.4860165-111496.html> (april 2013).