



**Forholdet mellom finnmarksloven og ILO-konvensjon
nr. 169, eksemplifisert gjennom lovens regler om jakt
og fiske på Finnmarkseiendommens grunn**

av Simon Christiansen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Våren 2008

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	6
1.1	Bakgrunn og aktualitet	6
1.2	Tema, avgrensning og problemstilling	7
1.3	Rettskildebildet	8
1.4	Metodespørsmål	9
1.5	Veien videre	12
2	Finnmarksloven	13
2.1	Bakgrunn og historikk	13
2.2	Nærmere om finnmarksloven § 3	18
2.2.1	Innledning	18
2.2.2	Ordlyden i finnmarksloven § 3	19
2.2.3	Gir finnmarksloven § 3 uttrykk for en forrangsregel?	21
3	Folkerettslige instrumenter og deres betydning for finnmarkslovens regler om jakt og fiske	24
3.1	Rettskildemessige utfordringer med folkerettslige tekster	24
3.1.1	Dualisme og monisme	24
3.1.2	Presumsjonsprinsippet	25
3.1.3	Innkorporerte konvensjoner og forrangsbestemmelser	26
3.1.4	Folkerettslige kilder og traktattolkning	27
3.2	ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater	29
3.2.1	Generelt om International Labor Organisation og ILO-169	29
3.2.2	Den rettskildemessige betydning av ILO-169 generelt	30
3.2.3	Den rettskildemessige betydning av ILO-169 i lys av finnmarkslovens § 3	33
3.2.4	Finnmarksloven § 3 og sameer bosatt utenfor Finnmark	35
3.2.5	Hvordan skal vage eller uklare bestemmelser i ILO-169 tolkes?	36
3.2.6	Må det tolkningsresultat som følger av ILO-169 kunne fastslås på en bestemt måte for å ha forrang foran bestemmelsene om jakt og fiske i finnmarksloven?	38
3.3	FNs urfolksdeklarasjon	41
3.4	Utkast til en nordisk samekonvensjon	42
3.5	Minoritetsvern etter SP artikkel 27	43

4	Hvilke skranker setter ILO-169 på ressursforvaltningsområdet, og er finnmarkslovens regler om jakt og fiske innenfor det ILO krever i forhold til lovgivningen?	45
4.1	Innledning	45
4.2	Er samiske rettigheter til jakt og fiske beskyttet av konvensjonen?	46
4.3	Er ILO-169 til hinder for at de rettigheter som samene har etter konvensjonen, utformes som "områderettigheter" uten hensyn til etnisk opprinnelse?	48
4.4	Er det tatt tilstrekkelig hensyn til samiske sedvaner og sedvanerett ved utformingen av bestemmelsene om fornybare ressurser på Finnmarkseiendommens grunn?	50
4.4.1	Innledning	50
4.4.2	Bestemmelsene i finnmarkslovens kapittel 3	51
4.4.2.1	Innledning	51
4.4.2.2	Forvaltningsrettslige hovedprinsipper	51
4.4.2.3	Rettigheter for personer bosatt innenfor Finnmark fylke	52
4.4.2.4	Rettigheter for personer bosatt utenfor Finnmark fylke	54
4.5	Rettigheter til naturressurser etter ILO-169 artikkel 14 og 15	56
4.5.1	Innledning	56
4.5.2	Hvilke typer rettigheter kan utledes av "rights to ownership and possession"	56
4.5.3	Nærmere om uttrykket "traditionally occupy"	58
4.5.4	Stiller ILO-169 krav om at urfolkets utnyttelse av området må ha vært eksklusiv for at eier og besittelsesrettigheter skal anerkjennes?	59
4.5.5	Rett til ressursutnyttelse i områder med eier- og besittelsesrettigheter jf. artikkel 14 nr. 1 første punktum.	60
4.5.6	Sikring av bruksrettigheter etter artikkel 14 nr. 1 annet punktum	61
4.5.6.1	I hvilke områder er det tale om å anerkjenne bruksrettigheter?	61
4.5.6.2	Må den aktuelle bruk ha vedvart frem til nåtiden for at den skal kunne sikres?	62
4.5.6.3	Det nærmere innhold i bruksrettighetene	63
4.5.6.4	Hva ligger i begrepet "lands"?	64
4.5.6.5	Hvem har krav på å få anerkjent bruksrettigheter?	65
4.5.7	Sikring av naturressurser etter artikkel 15 nr. 1	66
4.6	Norske myndigheters plikt til å ta hensyn til samiske sedvaner etter artikkel 8	69
4.6.1	Ordlyden i artikkel 8 og dens rettslige kontekst	69
4.6.2	Hva ligger i begrepene sedvaner og sedvanerett?	70
4.6.3	Det nærmere innhold i bestemmelsen	72
4.6.4	Samiske jaktsedvaner i norsk rettspraksis	76
4.7	Anerkjennelse av jakt, fangst og fiske med videre i artikkel 23	78

4.7.1	Ordlyd og kontekst.....	78
4.7.2	Det nærmere innhold i artikkel 23	79
5	Har norske myndigheter gjort tilstrekkelig for å styrke samiske tradisjoner i forhold til jakt og fiske?	80
5.1	Innledning	80
5.2	Sammenlikning av finnmarkslovens bestemmelser med Norges folkerettslike forpliktelser	81
5.2.1	Innledning	81
5.2.2	Finnmarkslovens regler om jakt og fiske i forhold til områder hvor det skal anerkjennes bruksrettigheter	81
5.2.3	Finnmarkslovens regler om jakt og fiske i forhold til områder hvor det skal anerkjennes eier- og besittelsesrettigheter	84
5.2.4	Er det ved styresammensetningen i Finnmarkseiendommen tatt tilstrekkelig hensyn til samenes rett til å delta i bruk, styring bevaring av naturressursene i deres landområder?	88
5.3	Hva kan gjøres for å oppnå bedre samsvar mellom finnmarksloven og ILO-169?	90
5.3.1	Innledning	90
5.3.2	Burde ILO-169 inkorporeres i norsk lov på lik linje som EMK, SP, ØSK og barnekonvensjonen i menneskerettsloven § 2?	90
5.3.3	Burde ILO-169 gis generell forrang foran annen lovgivning?	92
6	Oppsummering	96
7	Kilder	98

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og aktualitet

Vedtakelsen av finnmarksloven¹ var et resultat av mange års politisk dragkamp om rettighetene til land og vann i Finnmark. Lovens formål er å ”legge til rette for at grunn og naturressurser i Finnmark fylke forvaltes på en balansert og økologisk bærekraftig måte til beste for innbyggerne i fylket og særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv” jf. § 1. Dette gjøres blant annet gjennom å overføre grunnbokshjemmelen til den umatrikulerte grunn i Finnmark fra tidligere Statskog SF til Finnmarkseiendommen. Områdene utgjør drøyt 46 000 km² og tilsvarer ca. 95 % av det totale landareal i Finnmark. Det nye rettssubjektet skal forvalte grunn og naturressurser i samsvar med lovens formål, se § 6 jf. § 49. Samtidig slås det fast at samene ”har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark” jf. § 5 første ledd. Videre er det på det rene at loven ikke gjør inngrep i ”rettigheter som samer og andre har opparbeidet gjennom hevd eller alders tids bruk” jf. andre ledd, og at det ”opprettes en kommisjon som skal utrede rettigheter til land og vann i Finnmark, og en særdomstol som skal avgjøre tvister om slike rettigheter” etter § 5 tredje ledd jf. kapittel 5.

Selv om finnmarksloven er et produkt av en lang prosess, er stridighetene om rettighetene til land og vann på langt nær over i Finnmark. Finnmarkskommisjonens kartlegging av bruks- og eierrettigheter etter kapittel 5, vil trolig gi grobunn for ytterligere diskusjon når kommisjonen kommer i gang med sitt arbeid.² Finnmarkseiendommen disponerer derfor grunnen i Finnmark på midlertidig basis og må være forsiktige i sine disposisjoner så de ikke griper inn i allerede eksisterende rettigheter.³ Kartleggingsprosessen vil kreve mye arbeidsinnsats fra jurister, og behovet for arbeidskraft med juridisk bakgrunn vil være stort i mange år fremover. Bestemmelsene i loven er således aktuelle, og det er et stort behov for å se nærmere på hvilke rettigheter som berøres.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke.

² Lovens kapittel V trådte i kraft 14. mars 2008 jf. del I i forskrift om endring i forskrift om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark. I statsråd samme dag ble medlemmene av Finnmarkskommisjonen ble oppnevnt. Kommisjonen skal bestå av Jon Gauslaa (leder), Anne Marit Pedersen, Hilde Agathe Heggelund, Ole Henrik Magga og Kjell Næss, se pressemelding nr. 32- 2008. (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/pressepresenter/pressemeldinger/2008/finnmarkskommisjonen-er-oppnevnt.html?id=504106>).

³ Strøm Bull, *Finnmarksloven - Finnmarkseiendommen og kartlegging av rettigheter i Finnmark*, Lov og Rett 46, Nr. 9, 2007, s. 545-561.

1.2 Tema, avgrensning og problemstilling

Denne oppgaven vil forsøke å belyse forholdet mellom finnmarksloven og folkeretten, særlig med henblikk på finnmarkslovens regler om jakt og fiske. Finnmarksloven gir bestemmelser som regulerer forvaltningen av rettigheter til fornybare ressurser i kapittel 3. Rettighetene er gitt som ”områderettigheter”. Dette innebærer at alle som er bosatt innenfor området, tilkjennes rettigheter i medhold av loven, uten hensyn til etnisitet. Loven skiller således ikke mellom samer og personer uten samisk opprinnelse. Foruten å angi hovedprinsipper for forvaltningen (§ 21), blir det oppregnet hvilke rettigheter som tilligger personer bosatt i kommunen (§ 22) og hvilke rettigheter som tilkommer fylkets innbyggere (§ 23). Videre er det åpnet for kommunal tildeling av særskilte rettigheter etter § 24 og allmennhetens rettstilling er regulert av § 25.

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater⁴ (heretter ILO-169) inneholder bestemmelser som blant annet forplikter Norge til å anerkjenne, respektere og sikre urfolks tradisjoner i forbindelse med jakt og fiske. Oppgaven vil ta for seg hvordan finnmarkslovens bestemmelser om jakt og fiske oppfyller disse folkerettslige forpliktelsene. Arbeidet vil dels bestå i å redegjøre for hva som kan utledes av de aktuelle bestemmelser, og dels i å drøfte hva som kan gjøres for å rette opp eventuell motstrid med folkeretten.

Rettighetene til fornybare ressurser i Finnmark er omstridte, og i forhold til jakt og fiske er det mange interessenter involvert. For eksempel ønsker Sametinget anerkjennelse av samiske sedvaner, mens Norges Jeger- og Fiskerforbund (NJFF) ønsker at ressursene skal være tilgjengelig for allmennheten. I lys av dette må det kunne sies å være både ønskelig og nødvendig at det settes et folkerettslig søkelys på jakt- og fiskebestemmelsene i finnmarksloven.

Temaet kan også tenkes å reise EØS- rettslige problemstillinger, men det vil fare for langt å gå nærmere inn på disse spørsmål i denne avhandlingen.⁵ Likeledes må oppgaven avgrenses mot rettigheter til sjøfiske. Finnmarksloven tar bare for seg rettigheter til naturressurser på

⁴ ILO Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries.

⁵ For ordens skyld kan det nevnes at Samerettsutvalget II tar opp EØS-rettslige problemstillinger hvor de gir en ”oversikt over regler og problemstillinger som etter Samerettsutvalgets vurdering særlig kan tenkes å ha relevans for retten til og disponeringen og bruken av land og vann i de tradisjonelle samiske områdene utenfor Finnmark”, se kapittel 7 i NOU 2007: 13.

Finnmarkseiendommens grunn. At rettigheter til sjøfiske ble unntatt var et bevisst valg av lovgiver. Retten til fiske i havet utenfor Finnmark har i stedet vært gjenstand for en egen undersøkelse, og er tittelen på Kystfiskeutvalget for Finnmark sin utredning i NOU 2008: 5.⁶

På denne bakgrunn er problemstillingen for denne avhandlingen følgende:

”Forholdet mellom finnmarksloven og ILO-konvensjon nr. 169, eksemplifisert gjennom lovens regler om jakt og fiske på Finnmarkseiendommens grunn”

1.3 Rettskildebildet

Finnmarksloven er forholdsvis ny, og som nevnt ovenfor trådte deler av loven i kraft så sent som i mars 2008. Dette er nok noe av grunnen til at det hittil ikke er et stort utvalg av publiserte forskningsarbeider på området. Nils Oskal og Hans- Kristian Hernes skulle etter planen utgi boken *Finnmarksloven* i 2006, men den er i skrivende stund utsatt på ubestemt tid.⁷ Susann Funderud Skogvangs lærebok i samerett⁸ er skrevet før finnmarksloven ble vedtatt og problematiserer derfor ikke lovens bestemmelser. Derimot er det skrevet enkelte studentavhandlinger⁹ og artikler¹⁰ om finnmarksloven, både av forfattere med og uten juridisk bakgrunn.

At det ikke er skrevet så mye om finnmarkslovens bestemmelser om jakt og fiske, betyr ikke at temaet ikke har vært gjenstand for forskning. Finnmarksloven er et produkt av en lang og omfattende politisk prosess. I forkant av lovutkastet ble det foretatt en rekke offentlige utredninger, herunder NOU 1984: 18 Om samers rettsstilling, NOU 1993: 34 Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark, NOU 1994: 21 Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv. NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur, NOU 1997: 5 Urfolks

⁶ Utredningen er tilgjengelig på regjeringens nettsider, se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fkd/dok/NOUer/2008/NOU-2008-5/12.html?id=500218>.

⁷ Per 29.4.2008 er den fremdeles ikke utkommet.

⁸ Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002).

⁹ Jannicke Persen har skrevet en liten masteroppgave jus ved universitetet i Tromsø med tittelen ”*Finnmarksloven og Norges oppfyllelse av samenes rettigheter – En analyse av Finnmarksloven § 5*”. I Bergen har Ingrid Aamodt skrevet en liten masteroppgave om ”*Forholdet mellom ILO.konvensjon nr. 169 og finnmarksloven- En rettslig analyse av finnmarkslovens § 3*”. Videre har Helga Østveit skrevet ”*Rett og politikk. En studie av prosessen frem til vedtakelsen av Finnmarksloven*”, en stor masteroppgave i sammenliknende politikk som ble levert i desember 2007.

¹⁰ Se for eksempel Strøm Bull, ’*Finnmarksloven - Finnmarkseiendommen og kartlegging av rettigheter i Finnmark*’, 2007 s. 545-561. Josefsen, ’*Finnmarksloven - En normalisering av rettsforhold*’, 2007 s. 42-47, samt diverse artikler av Øyvind Ravna.

landrettigheter etter folkeretten utenlandsk rett og NOU 2001: 34 Samiske sedvaner og rettsoppfatninger.¹¹ I denne prosessen ble det også tatt opp folkerettslige problemstillinger, men blant folkerettsekspertene, var det stor uenighet omkring hvorvidt forslaget til finnmarkslov oppfylte Norges folkerettslige forpliktelser.¹²

Oppgaven vil særlig belyse folkerettslige bestemmelser som har betydning for utøvelsen av jakt- og fiskerettigheter. Herunder vil særlig innholdet i ILO-169 artikkel 8, 14, 15 og 23 analyseres. Sistnevnte er sentral for temaet i denne oppgaven, men det foreligger lite kildemateriale rundt bestemmelsen. Det meste av litteratur om konvensjonen omhandler artiklene 14 og 15 om eiendoms- og besittelsesrettigheter og bruksrettigheter.

1.4 Metodespørsmål

Når nasjonal rett møter folkerettslige regler, oppstår det særlige metodespørsmål. Både ulike rettsregler og ulike rettstradisjoner kan by på vanskelige tolkningsspørsmål. Det samme er tilfellet når den tradisjonelle norske rettskultur møter den samiske. Innledningsvis vil derfor den tradisjonelle norske rettskildelære kort presenteres, sammen med særegenheter ved den samiske rettskultur.

Rettskildelære er læren om ”hva man bygger på og hvordan man resonnerer når man tar standpunkt til” gjeldende rett.¹³ Læren gir anvisning på hvilke kilder det er tillatt å ta i betraktning, hvordan man tolker disse, og hvordan man avveier eventuelle ulike tolkningsresultater mot hverandre. Dette utgjør rettskildesprinsipper som tradisjonelt har vært vanlig å omtale som ”relevans”-, ”slutnings-” og ”vektfaser”.

Relevansfasen tar for seg hvilke rettskilder som er tillatt å ta i betraktning. Torstein Eckhoff har med sin bok *Rettskildelære* vært en sentral formidler av det dominerende rettskildesyn i Norge. Sentralt i hans lære står inndelingen i 7 typer relevante rettskildedefaktorer: Lovtekster, forarbeider mv, rettspraksis, andre myndigheters praksis, privates praksis, rettsoppfatninger

¹¹ Heretter bare omtalt som henholdsvis NOU 1984: 18, NOU 1993: 34, NOU 1994: 21, NOU 1997: 4, NOU 1997: 5 og NOU 2001: 34. Se nærmere om utredningene nedenfor i omtalen av finnmarksloven.

¹² Se nærmere om uenigheten nedenfor i omtalen av finnmarksloven og bestemmelsene i ILO-169.

¹³ Eckhoff og Helgesen, *Rettskildelære* (2001) s. 15.

og reelle hensyn.¹⁴ Rettskildefaktorene er i stor grad skriftlige og kan forklares ut fra behovet for forutberegnelighet og bevismessige hensyn.

Fasen hvor de ulike rettskildefaktorene blir tolket, omtales som slutningsfasen.

Rettskildefaktorene blir analysert hver for seg med sikte på å utlede juridiske argumenter. En lovtekst analyseres med sikte på om ordlyden gir indikasjon på en spesiell løsning. Skulle lovteksten gi rom for flere tolkninger, kan svaret ofte søkes i lovens forarbeider. Er det aktuell rettspraksis på området, må de aktuelle dommene analyseres i forhold til argumenter som de gir anvisning på og så videre.

Ikke sjelden resulterer tolkingene av rettskildene i motstridende tolkningsresultater.

Slutningene må derfor avveies mot hverandre i det som omtales som vektfasen. Hva som skal vektlegges, kan variere fra tilfelle til tilfelle, men noen generelle prinsipper gir retningslinjer for avveiningen. Lover og lovforarbeider er som utgangspunkt skrevne kilder med stor autoritet. Stortingets rolle som folkevalgt organ gir disse rettskildene demokratisk legitimitet, og hensynet til forutberegnelighet taler sterkt for at de skal tillegges stor vekt. Den konkrete sak kan likevel ligge slik an at disse kildene ikke gir anvisning på noe spesielt resultat. Da kan for eksempel privates praksis eller oppfatninger i den juridiske teori få stor betydning.

Det foreligger også rettskildeprinsipper for de tilfeller hvor samme typer rettskildefaktorer gir anvisning på forskjellige resultat. Gamle prinsipper sier at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang (*lex superior*), at nye regler går foran eldre (*lex posterior*), og at spesielle går foran generelle (*lex posterior*).

Etter avveining er foretatt i tråd med overnevnte prinsipper, sitter man igjen med en rettsregel. Denne er så klar til å anvendes på det konkrete saksforhold i det som gjerne omtales som

¹⁴ Reelle hensyn definerer Eckhoff som ”vurderinger av resultatets godhet”, og var en nyskapning ved hans rettskildelære. Andre forfattere opererer med en annen systematikk enn Eckhoff. Nygård har for eksempel, en mer privatrettslig tilnærming til rettskildelæren, hvor han tar utgangspunkt i det ønskede resultat og ser så på hvilke kilder som kan tjene som ”primært rettsgrunnlag” for resultatet. (Nygård, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 62 flg.) Selv om systematikken og terminologien er noe annerledes, er det de samme typer rettskildefaktorer de finner relevante.

subsumsjonsfasen. Tradisjonelt blir altså rettsanvendelsen omtalt som en prosess i fem stadier med utarbeidelse av rettsregel og subsumsjon som de to siste.¹⁵

Som nevnt ovenfor er den tradisjonelle norske rettskildelære i stor grad konsentrert rundt skrevne rettskilder. Den samiske rettskultur er i stor grad muntlig og praktisk orientert, noe som skaper utfordringer i forhold til tradisjonell metodelære. En slik rettskultur vil på en annen måte formidle tradisjon og verdier. Samiske sedvaner og rettsoppfatninger kan tenkes formidlet på ulike måter, for eksempel gjennom fortellinger, sagn, joik, handlinger, bruksmønstre med videre.¹⁶ Problemstillingen er ikke ukjent i norsk rett, og i 2001 ble det publisert et omfattende forskningsarbeid i en utredning om samiske sedvaner og rettsoppfatninger i NOU 2001: 34. Utredningen avdekket en rekke tilfeller av privat praksis/sedvanerett, uten at det ble tatt stilling til hvilke rettslige konsekvenser dette skulle ha.¹⁷

Samene har en tradisjon for konfliktløsning som kan virke fremmed sett fra norsk rettsvesen. Fra gammelt av har samene løst problemer innad i miljøet og hatt særegne sanksjonsmåter. Siida-systemet utgjorde lenge et eget konfliktløsningsorgan hos samene. Siidaen var et fellesorgan/samfunn bestående av ulike slekter innenfor et bestemt geografisk område der medlemmene bodde eller flyttet rundt. Innad i siidaen ble det satt sammen et eget organ bestående av slektsoverhodene eller de eldste blant medlemmene. Dette organet ble kalt ”norráz” og fant løsninger i både sivil- og strafferettslige konflikter.¹⁸ I de samiske områdene har det også lenge vært tradisjon for å finne løsning på konflikter gjennom å benytte en form for private voldgiftsdommere eller fredsmeklere. Dette kan skje ved at partene blir enige om å legge saken frem for en klok person som de begge har tillit til, og som prøver å finne frem til en løsning på problemet.¹⁹

I Høyesteretts avgjørelser i Selbu- og Svartskogsaken inntatt i henholdsvis Rt. 2001 s. 769 og Rt. 2001 s. 1229, ble det åpnet for å tillegge muntlige kilder vekt:

”I saker av denne art står man ovenfor et særlig metodespørsmål: Ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur hadde ikke reindriftssamene noe sterkt behov for å ta

¹⁵ De ulike stadier henger nært sammen med hverandre, og oppdelingen kan nok vel så mye være et pedagogisk hjelpeverktøy, som en reell beskrivelse av hvordan en erfaren dommer går frem. I virkeligheten foregår hele prosessen automatisk og i et tempo som gjør at denne inndeling i fem stadier kan fremstå som noe misvisende.

¹⁶ Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 29-31.

¹⁷ NOU 2001: 34 s. 28 i kapittel 4 i del I.

¹⁸ Se nærmere om siidaen og samisk konfliktløsning i Sunde, *Speculum legale - Rettspegele* (2005) s. 78-80.

¹⁹ Se *ibid.* s. 79-80 og Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002).

skriftspråket i bruk [...] På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende muntlige overleveringer. Slike overleveringer må vurderes nøye, men kan generelt ikke avvises. Og dersom de får støtte av andre opplysninger, kan de få økt vekt”.²⁰

At Høyesterett åpner for å legge vekt på muntlige samiske kilder på denne måten, vitner om et endret syn på samiske sedvaner og rettsoppfatninger. Der de tidligere ble omtalt som ”rettslig irrelevante”, er det nå uomtvistet at de kan tas med i vurderingen og at de kan tillegges vekt.

Også andre forhold gjør at tradisjonelle norske rettstenkning passer dårlig på samiske forhold. Samene har blant annet ikke tradisjon for å uttale seg like eksplisitt som det som kan forventes i norsk rettstenkning.²¹ Videre har de hatt et noe annet syn hva gjelder rettigheter til grunn enn hva tilfellet har vært blant den norske befolkning. Samene har tradisjonelt sett på rettighetene som noe som tilkommer fellesskapet og ”har [...] med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett”, som Høyesterett uttrykker det i Svartskogsaken.²² I denne dommen kan det synes som Høyesterett tilpasser eller lempet på vilkårene for alders tids bruk til de særegne samiske forholdene. Brukerne av det aktuelle området hadde gjennomgående beskrevet sin rett som en bruksrett, og ikke en eiendomsrett. Dette la likevel ikke retten vekt på, og vilkåret om god tro ble funnet å være innfridd. Om den utnyttelse som hadde blitt utøvd utalte retten følgende:

”Etter min mening må den altomfattende bruken som er beskrevet foran, få større rettslige konsekvenser: Hadde en tilsvarende bruk vært utøvd av personer med annen bakgrunn, ville den ha avspeilt at de mente å eie området.”

Dette viser at domstolene tar de særegne forhold blant samene i betraktning. Med andre ord er hensynet til spesielle samiske sedvaner rettsoppfatninger relevant og kan tillegges adskillig rettskildemessig vekt.

1.5 Veien videre

Problemstillingen for oppgaven kan sies å være todelt. Dels består den av en generell undersøkelse av finnmarksloves forhold til folkeretten, dels består den av en særlig analyse av

²⁰ Rt. 2001 s. 769 (Selbu- dommen) på s. 792. Det er vist til de refererte uttalelser også i Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogsaken) på s. 1249.

²¹ Se Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 32-34.

²² Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogsaken) på s. 1252.

lovens bestemmelser om jakt- og fiskerettigheter. For oversiktens skyld kan det derfor være hensiktsmessig å angi oppgavens videre oppbygning.

Innledningsvis vil oppgaven i punkt 2 behandle finnmarksloven generelt og § 3 om forholdet til folkeretten spesielt. Deretter vil folkerettslige instrumenter og deres betydning for finnmarkslovens regler om jakt og fiske være tema i 3. I punkt 4 vil ILO-169 analyseres nærmere med sikte på hvilke skranker konvensjonen setter på ressursforvaltningsområdet. Avslutningsvis vil det i 5 foretas en vurdering av hvorvidt norske myndigheter gjennom finnmarksloven har gjort tilstrekkelig for å oppfylle konvensjonens krav og hva som eventuelt kan gjøres for å skape større samsvar.

2 Finnmarksloven

2.1 Bakgrunn og historikk

Forhistorien til finnmarksloven er lang og omfattende. I det følgende skal det kort gjøres rede for lovens bakgrunn.²³

Den samiske befolkning er et urfolk som har hatt tilhold i de nordlige deler av dagens Norge, Sverige, Finland og Russland i lang tid.²⁴ Som stat regnes Norge som dannet gjennom Harald Hårfagres samling av landet i år 872 e. Kr., men norske bosetninger i Finnmark er ikke å spore før 1300-tallet.²⁵ Deler av Finnmark kom heller ikke under norsk herredømme før grensen mot henholdsvis Sverige og Russland ble fastlagt ved grenseavtaler i 1751 og 1826.²⁶ Til tross for dette vokste det på midten av 1800-tallet frem en oppfatning av at Kongen var eier av grunnen i Finnmark, den såkalte ”læren om statens grunn”. Læren gikk kort fortalt ut på at staten var eier av all usolgt grunn uten påheft av noen form for bruksrettigheter.²⁷

²³ Se nærmere om den historiske utvikling av retten til land og vann i Finnmark i Ravna, *Samiske landrettigheter og lovgivning* (2006) s. 5-10.

²⁴ Det hersker noe usikkerhet om hvor samene kom fra og når de etablerte seg i området. Se nærmere om dette i Eriksen, *Tilvenningen til samisk kultur og rettsenkning i norsk høyesterettspraksis*, 2002 s. 231-233.

²⁵ Ravna, *Samiske landrettigheter og lovgivning* (2006).

²⁶ Se nærmere om grensedragningen i Gunnar Sandviks vedlegg om statens grunn i Finnmark i NOU 1993: 34 på s. 335 annen spalte.

²⁷ Se Ravna, *Samiske landrettigheter og lovgivning* (2006) s. 5. Se nærmere om ”læren om Statens grunn” i Sandvik, *Statens grunn i Finnmark. Et historisk perspektiv* (inntatt i NOU 1993: 34 s. 334-380.)

Ved jordutvisingsresolusjonen av 1775²⁸ og jordsalgslovene av 1863²⁹ og 1902³⁰ ble det åpnet for salg av matrikler til lokalbefolkningen i form av et organisert salg til privatpersoner.³¹ Lov 12. mars 1965 om statens umatrikulerte grunn i Finnmark videreførte denne adgangen og var gjeldende rett helt frem til vedtakelsen av finmarksloven 17. juni 2005. I § 2 første ledd het det at "[s]tatens umatrikulerte grunn kan selges eller festes bort". De eneste unntak var etter annet ledd grunnarealer som av det offentlige ble antatt å være beiteområder for reinsdyr (a), flyttveier (b) og områder som av miljømessige hensyn burde være i statens eie (c). Staten sto således forholdsvis fritt med tanke på disponeringen av grunnen. I forhold til jakt og fangst ble etter hvert ressursutnyttelsen regulert av viltloven, mens forvaltning av lakse- og innlandsfisk ble regulert av lakse- og innlandsfiskeloven.³²

Perioden 1848-1945 kan omtales som "det mørke århundret" for samene.³³ I perioden førte norske myndigheter en aggressiv fornorskningsspolitikk. Assimileringsstanken gikk ut på å integrere samene i det norske samfunnet, blant annet ved innføring av obligatorisk norskundervisning i skolen. Møtet med et fremmed språk og en annen kultur ble hard og vanskelig for mange samer.

Mange tradisjonelle høstingsformer ble forbudt og likeledes den samiske tradisjonen med vårjakt på ender i Kautokeino (selv om dette skjedde først i 1954). Forbudet ble ikke respektert av alle, og mange samer fortsatte vårjakten som en form for sivil ulydighet. Så sent som i 1988 måtte Høyesteretts kjæremålutvalg ta stilling til en anførsel om at det forelå lokal sedvanerett for vårjakt på ender i Kautokeino.³⁴ På samme måte er de samiske tradisjonene med snarefangst blitt kritisert. Selv om denne formen for fangst er liten i forhold til det totale antall felte ryper, er det blitt hevdet at snarefangst truer rypebestanden. Enkelte fremholder også fangstmetoden som uetisk og mener rypene lider unødvendig.

²⁸ Kongelig Resolution ang. Jorddelingen i Finnmarken samt Bopladses Udvisning og skyldlægning ammesteds af 27de Mai 1775.

²⁹ Lov 22de Juni 1863 om avhendelse af Statens jord i Finnmarkens Landdistrict.

³⁰ Lov 22. mai 1902 nr. 7 om afhændelse av statens jord og grund i Finnmarkens amts landdistrict.

³¹ Se nærmere om jordsalgsordningen i NOU 1993: 34 s. 412 flg. i kapittel 2 i del 2- Forvaltning av land og vann i Finnmark.

³² Se lov 29. mai 1981 nr. 38 om viltet og lov 15. mai 1992 nr. 42 om laksefisk og innlandsfisk m.v. Jakt og fangst ble tidligere regulert av jaktloven av 20. mai 1899 nr. 2 og fra 1920 i fjelloven av 12. mars 1920 nr. 5 som ble avløst av jaktloven av 14. desember 1951 nr. 7. Fisket var lenge regulert av 1775- resolusjonen, men denne ble delvis avløst av lakse- og innlandsfiskeloven av 6. mars 1964 før denne igjen ble avlyst av 1992-loven.

³³ Eriksen, *Tilvenningen til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis*, 2002 s. 235.

³⁴ Rt. 1988 s. 377 (Vårjakt-kjennelsen). Kjæremålsutvalget avslo anførselen, se nærmere omtale av kjennelsen nedenfor i punkt 4.6.4.

Domstolene fastslo flere ganger i denne perioden at samisk bruk ikke var rettsdannende.³⁵ I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1931 s. 57 (Dergafjeld-dommen) ble en grunneier funnet berettiget til å kreve et stabbur og en gamme som tilhørte flyttsamer flyttet. Dette selv om flyttsamene ved alders tids bruk var antatt å ha rett til slik oppføring på den aktuelle eiendommen. Rt. 1955 s. 361 (Marsfjell-dommen) omhandlet både adgang til oppsetting av gamme og fiske på privatgrunn. Saksøkeren fikk medhold i kravet om gammeoppsetting, men ble funnet uberettiget til fiske på den private grunn. Selv om det ikke var tvilsomt at reindriftssamer hadde benyttet det aktuelle området i lang tid før fast bosetning kom til på 1800-tallet, mente Høyesterett at det ikke var tilstrekkelig for at rettigheter var opparbeidet uavhengig av reindrifftsloven av 12. mai 1933.

Etter annen verdenskrig skjedde det gradvis en holdningsendring hos myndighetene i synet på samenes rettigheter. I 1956 ble det oppnevnt en egen komité (Samekomiteen) som tre år senere presenterte en innstilling om de prinsipielle sider ved samenes samfunnsmessige stilling.³⁶ Norsk Sameråd ble etter forslag fra komiteen opprettet i 1964 og skulle tjene som et rådgivende organ for myndighetene i samiske spørsmål. Sverre Tønnesen skapte akademisk oppsikt med sin doktoravhandling om retten til jorden i Finnmark,³⁷ og Alta-saken (1979-1982) forårsaket for alvor en offentlig debatt rundt samenes rettigheter.³⁸

På denne bakgrunn ble Samerettsutvalget oppnevnt i 1980, og de fikk blant annet i mandat å utrede spørsmålet om den samiske befolkningens rettigheter til land og vann.³⁹ Etter få år ble det opprettet en særskilt arbeidsgruppe av fagfolk som skulle se på rettsforholdene rundt grunnen i Finnmark ("Rettsgruppa"). I lys av utvalgets arbeid ble sameloven⁴⁰ vedtatt i 1987, og samene fikk et eget folkevalgt organ i form av Sametinget. Året etter ble det i Grunnloven inntatt en egen sameparagraf (Grunnloven § 110 a), og Norge som første stat, ratifiserte ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater 20. juni 1990.⁴¹

³⁵ For en grundig gjennomgang av rettspraksis rundt samisk bruk av naturressurser med videre, se Eriksen, *Alders tids bruk* (2007) s. 304-318 i punkt 14.1 til 14.3.

³⁶ Innstillingen er inntatt som vedlegg til St. meld. nr 21 (1962-1963) og delvis gjengitt i NOU 2001: 35 s. 31 i punkt 4.2.

³⁷ Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark, Rettsreglene om den såkalte "statens umatrikulerte grunn"- en undersøkelse med særlig sikte på samenes rettigheter* (1972).

³⁸ Se nærmere om Alta-saken i NOU 1984: 18 s. 50 flg., Rt. 1982 s. 241 og i Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 21-22.

³⁹ NOU 1984: 18 s. 42 første spalte.

⁴⁰ Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold

⁴¹ Jf. Ratifiseringsproposisjonen i St.prp. nr. 102 (1989-90). Konvensjonen trådte i kraft 5.9.1991, ett år etter Mexico som 2. stat ratifiserte den jf. artikkel 38 nr. 2.

At vinden så ut til å ha snudd i samepolitiske spørsmål, kom også til uttrykk i rettspraksis. Ved Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1979 s. 492 (Varfjell/Stifjell-dommen) ble et erstatningskrav ansett å være foreldet, men på grunn av uklare regler om statens rett til umatrikulert grunn og samenes særstilling som minoritetsgruppe, ble rettsuvidenhet godtatt som unnskyldningsgrunn. I forhold til reinbeiting kom Høyesterett i Rt. 2001 s. 769 (Selbu-saken) til at daværende reindriftslov⁴² § 2 første ledd tredje punktum tilla grunneierne bevisbyrden for at bruken av området ikke var tilstrekkelig til å anses som lovlig reindriftsareal. Svartskogsaken inntatt Rt. 2001 s. 1229 viste at bruk av statens område i lang tid gav grunnlag for eiendomsrett. Lokalbefolkningen (hvorav mange samer) sin bruk av det aktuelle området ble antatt å oppfylle vilkårene for rettserverv ved alders tids bruk, både hva omhandlet omfang og intensitet av bruk, samt vilkåret om god tro. På hver sin måte gir disse dommene et uttrykk for en større aksept av samiske tradisjoner i rettsvesenet.

Samerettsutvalgets arbeid resulterte i flere utredninger, delutredninger og innstillinger.⁴³ I forhold til finnmarksloven er flere av dem av sentral betydning. I NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark, konkluderte flertallet i Rettsgruppa med at ”staten må anses som eier av de tidligere umatrikulerte arealer i Finnmark”.⁴⁴ Dette måtte gjelde selv om statens eierposisjon ”ikke bygger på avtale, klare ekspropriasjons- eller lovvedtak, men har sin rot i misforståelser”.⁴⁵ Derimot åpnet de for at bygdelag kunne ha ervervet bruksrettigheter gjennom lokal sedvanerett eller reglene om alders tids bruk.⁴⁶

Utredningen ble møtt med mye kritikk. Det ble særlig hevdet at samiske rettsoppfatninger og statens folkerettslige forpliktelser var tillagt for liten vekt. På bakgrunn av dette ble det i NOU 1997: 5 Urfolks landerettigheter etter folkeretten og utenlandsk rett,⁴⁷ satt et grundig søkelys på Norges folkerettslige forpliktelser.⁴⁸ Samtidig avga Samerettsutvalget sin andre utredning i form av NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur. Her ble det tatt til orde for innføring av en ny forvaltningsordning for grunnen i Finnmark som skulle gi ”en *sterkere lokal*

⁴² Lov 9. juni 1978 nr 49 om reindrift. Loven er nå opphevet og erstattet av en ny lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift.

⁴³ Se blant annet NOU 1984: 18, NOU 1985: 18, NOU 1985: 24, NOU 1987: 34, NOU 1993: 34, NOU 1994: 21, NOU 1997: 4, NOU 1997: 5 og NOU 1997:4.

⁴⁴ NOU 1993: 34 s. 266 annen spalte.

⁴⁵ *ibid.* s. 263 første spalte.

⁴⁶ Se blant annet *ibid.* s. 261 første spalte.

⁴⁷ Heretter NOU 1997: 5. Utredningen ble foretatt av en fagkyndig gruppe (folkerettsgruppen) på oppdrag for samerettsutvalget, se nærmere i utredningen s. 19 og 20 i punkt 2.2.

⁴⁸ Se *ibid.* s. 10 i punkt 1.1.

styring”.⁴⁹ Et flertall i utvalget ønsket en modell hvor det ble opprettet et selvstendig rettssubjekt som skulle fristilles fra daværende Statskog SF og tillegges hjemmel som eier av den umatrikulerte grunn i fylket.⁵⁰ Ved NOU 2001: 35 Samiske sedvaner og rettsoppfatninger gav Samerettsutvalgets sin siste store utredning før regjeringen fremsatte et lovforslag.

I Ot.prp. nr. 53 (2002-2003)⁵¹ fremmet regjeringen Bondevik et lovforslag som medførte at det skulle opprettes et nytt og selvstendig organ som skulle få overført eierrådigheten over den grunn som da lå under Statskog SF. Samtidig ble ikke Samerettsutvalgets ønske om faktisk anerkjennelse av bygdefolks rettigheter gjennom opprettelse av bygdebruksområder innvilget.⁵² Lovforslaget ble møtt med kritikk både fra norsk og samisk hold, og Sametinget forkastet lovforslaget i mai 2003 mot tre stemmer.⁵³

Det oppstod også tvil hvorvidt forslaget var i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser overfor den samiske befolkning. På grunn av dette oppnevnte Stortingets Justiskomite professorene Geir Ulfstein og Hans Petter Graver til å gi en vurdering av lovforslaget i forhold til folkeretten. De konkluderte i sin utredning med at lovforslaget ikke var i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.⁵⁴ Herunder at lovutkastets bestemmelser om lokalbefolkningens ressursutnyttelse (§§ 22-24) ”ikke oppfyller kravene til eier- eller besittelsesrettigheter eller bruksrettigheter i artikkel 14 første og andre punktum”.⁵⁵ Professor Carl August Fleischer ble i lys av dette oppnevnt av regjeringen til å gjøre tilsvarende vurdering, men han kom til at forslaget var ”godt innenfor det folkeretten [...] krever”.⁵⁶

I etterkant av kritikken og debatten om forslaget var i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser ble det i 2004 og 2005 gjennomført konsultasjoner mellom Sametinget,

⁴⁹ NOU 1997: 4 i punkt 4.3.1.4 (Utvalgets kursivering).

⁵⁰ NOU 1997: 4 i punkt 4.1.4 og 4.3.3.2

⁵¹ Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven).

⁵² Se ibid. s. 99-100 i punkt 6.3.3 og 6.3.4. Motsetningsvis samerettsutvalgets forslag i NOU 1997: 4 s. 239 i punkt 5.3 flg.

⁵³ Se nærmere om kritikken i Ravna, 'Forslag til "Finnmarkslov" og bygdefolks rettigheter', 2004 s. 35-57.

⁵⁴ Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003). Dokumentet er tilgjengelig på regjeringens hjemmeside www.odin.dep.no og pr 16.10.07 på webadressen http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/Folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til.html?id=278377.

⁵⁵ Se ibid. under innledningen av punktet ”ILO-konvensjonen og Finnmarksloven”.

⁵⁶ Fleischer, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11- 2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov"* (2003) s. 1. i punkt II. Dokumentet er per 16.10.07 tilgjengelig på webadressen: <http://64.233.183.104/search?q=cache:Ag9IkAV3nZYJ:www.nsr.no/Files/Dokumentmappe/fleischerutredning.doc+%22vurdering+av+dokument+offentliggjort%22&hl=no&ct=clnk&cd=1&gl=no>. Uenigheten mellom professorene skyldes i hovedsak et forskjellig syn på hvilke rettigheter som kan utledes av ILO-169 artikkel 14 nr. 1.

Finnmark fylkesting og Stortingets Justiskomité. Konsultasjonene utgjorde en ”konstitusjonell nyvinning” og oppfylte rådføringsplikten i ILO- 169 artikkel 6.⁵⁷ Resultatet av konsultasjonene ble at det nye lovforslaget som ble fremlagt innebar en rekke endringer i forhold til regjeringens proposisjon som ble godtatt både av Finnmark fylkesting og Sametinget.⁵⁸ Stortinget godtok innstillingen og vedtok finnmarksloven 24. mai (Odelstinget) og 8. juni (Lagtinget) 2005. Deretter ble loven stadfestet og sanksjonert av Kongen i statsråd 17. juni 2005.

2.2 Nærmere om finnmarksloven § 3

2.2.1 Innledning

Finnmarksloven etterfølger som nevnt lov om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fra 1965. Bestemmelsene har lovs rang og vil derfor i utgangspunktet ha betydelig rettskildemessig verdi.⁵⁹ Omstendighetene rundt loven vil imidlertid kunne styrke betydningen. Ett av formålene bak arbeidet med den nye loven var å lovfeste en forvaltningsordning i Finnmark som var i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser med hensyn til den samiske befolkning. I lys av dette vil både ILO-169 og Grunnloven §§ 110 c og 110 a ha betydning ved tolkning av finnmarksloven. Å fravike finnmarksloven i disfavør av samene vil derfor kunne tenkes å stride mot grunnlovsbestemmelsene.

Finnmarksloven § 3 tar opp forholdet til folkeretten og har følgende ordlyd:

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

I det følgende skal gjøres rede for den spesielle bakgrunnen for at bestemmelsen fikk denne ordlyden, og det vil problematiseres hvorvidt bestemmelsen gir uttrykk for en

⁵⁷ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) Innstilling fra Justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) s. 15 i punkt 7.1 og Hernes, *Konsultasjoner besvært eller mulighet*, 2006.

⁵⁸ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 49 i kapittel 9 og s. 66-68 i vedlegg 3 og 4. Se nærmere om endringene i Ragna, *Samiske landrettigheter og lovgivning* (2006) s. 17-22.

⁵⁹ Se nærmere om rettskildelære ovenfor i punkt 1.4.

forrangsbestemmelse. Den rettskildemessige betydningen og andre virkinger av bestemmelsen er drøftet nærmere nedenfor i punktene 3.2.3 og 3.2.4 i forbindelse med ILO-169.

2.2.2 Ordlyden i finnmarksloven § 3

Veien frem til vedtakelsen av finnmarksloven § 3 med dagens ordlyd var ikke uproblematisk. Opprinnelig inneholdt ikke regjeringens lovforslag noen henvisning til ILO-169 i utkastet til § 3. Om forholdet til folkeretten ble det kun fastslått at "[l]oven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter og bestemmelser i overenskomster med fremmede stater om fisket i grensevassdragene". I forhold til bestemmelsen ble uttalt at den "ble tatt inn som en naturlig følge av folkerettens sentrale plass på det området som loven skal regulere."⁶⁰ Dette fører til at kommentarene til bestemmelsen i odelstingsproposisjonen gir liten veiledning ved tolkningen av § 3. I stedet må det ses hen til Justiskomiteens merknader til bestemmelsen i Innst. O. nr. 80 (2004-2005).

I konsultasjonene mellom Justiskomiteen, Finnmark fylkesting og Sametinget ble det fra sistnevnte tatt sterkt til orde for en inkorporering av ILO-169. Det mest ønskelige var en "generell" henvisning til ILO-169 etter modell av menneskerettsloven⁶¹ og dens "generelle" inkorporering av EMK, SP og ØSK og Barnekonvensjonen i lovens § 2. Forslaget innebar også at ILO-169 skulle ha forrang, både foran finnmarksloven og annen lovgivning. Justiskomiteen kom imidlertid til at det var "mye uklarhet rundt tolkningen av ILO-konvensjon nr. 169" og at den derfor var "lite egnet til inkorporasjon". Det ble også vist til at lovgivers oppgave var "å finne gode løsninger i loven som også er i samsvar med folkeretten", og at ILO-169 uavhengig av inkorporasjon, ville være en viktig rettskildefaktor ved anvendelsen av finnmarksloven på grunn av presumsjonsprinsippet.⁶²

På bakgrunn av dette kan det spørres om hva som var årsaken til at § 3 likevel fikk en henvisning til ILO-169. Av forarbeidene går det frem at Justiskomiteens flertall "oppfattet at en henvisning til ILO-konvensjon nr. 169 i lovs form er viktig for Sametinget", og at de

⁶⁰ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. i punkt 7.3.3.

⁶¹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

⁶² Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 i punkt 7.4.3 til § 3. Motestningsvis Arbeidsdokument 1 s. 6 og 7. Se også Arbeidsdokument 2 s. 8. Arbeidsdokumentene er tilgjengelig på Sametingets nettsider og per 20.2.08 på webadressen <http://www.sametinget.no/Artikkel.aspx?AId=249&back=1&Mid1=12&Mid2=302>.

derfor ”[e]tter grundige overveielser har [...] funnet det hensiktsmessig å foreslå en begrenset inkorporering av konvensjonen”.⁶³

Det kan tenkes flere grunner til at Justiskomiteen valgte en slik delvis innfrielse av Sametingets ønske. Internasjonalt var det i denne perioden et økt fokus på urfolks rettigheter. Sametinget benyttet aktivt både FNs Spesialrapportør for urfolks rettigheter (Rodolfo Stavenhagen) og ILOs ekspertkomité under prosessen fram mot endelig lov. Førstnevnte besøkte Finnmark i 2003 etter invitasjon fra Sametinget,⁶⁴ mens Norge fikk kritikk fra ekspertkomiteen i 2004.⁶⁵ Rapporten slo blant annet fast at daværende lovforslag ikke oppfylte ILO-169 artikkel 14, men kunne tenkes å oppfylle pliktene etter artikkel 15:

”As concerns the substance of the proposal for the Finnmark Estate, it appears to go beyond what is permitted under Article 14 of the Convention, though under proper circumstances it could be in conformity with Article 15.”⁶⁶

Videre ble det fremholdt at Sametinget kunne samtykke til opprettelsen av Finnmarkseiendommen, men at en opprettelse uten samtykke ville være en ekspropriasjon av anerkjente rettigheter:

”It appears to the Committee that if the Sami Parliament, as the acknowledged representative of the Sami people of Norway, were to agree to the proposal, they could accept this solution as a resolution of the claims of land rights which have long been the subject of negotiation between the Sami and the Government. The adoption of the Finnmark Estate without such agreement amounts, however, to an expropriation of rights recognized in judicial decisions in Norway and under the Convention.”⁶⁷

Det sterke ønsket om en forrangsbestemmelse fra samisk hold og anmodningen fra ILO om å forhandle med Sametinget i tråd med ILO-169 artikkel 6 og 7, har utvilsomt påvirket Justiskomiteen til å gi ILO-konvensjonen delvis forrang gjennom § 3. Prosessen med finnmarksloven hadde vært lang og omfattende, og det var ønskelig å komme frem til

⁶³ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 i punkt 7.4.3 til § 3.

⁶⁴ Ravna, *Samiske landrettigheter og lovgivning* (2006) s. 16.

⁶⁵ Se ekspertkomiteens rapport publisert som CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Norway (ratification: 1990) Published: 2004*. Dokumentet er tilgjengelig på www.ilo.org og per 21.2.08 på webadressen <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=7630&chapter=6&query=Norway%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>.

⁶⁶ Jf. rapportens punkt 16.

⁶⁷ Jf. rapportens punkt 19.

løsninger. Politisk lå det nok også prestisje i å få gjennom loven. Finnmarksloven § 3 er således et resultat av et vanskelig politisk kompromiss. Den ordlyd som ble vedtatt er ikke klar og må tolkes når det gjelder finnmarkslovens forhold til folkeretten.

2.2.3 Gir finnmarksloven § 3 uttrykk for en forrangsregel?

Dersom finnmarksloven § 3 gir uttrykk for en forrangsregel, kan det knyttes spørsmål til om lovens regler om jakt og fiske (spesielt den lovfestede adgangen til jakt og fiske som allmennheten har) faktisk er i tråd med konvensjonens krav på dette området.

Når loven ”gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169”, innebærer dette at finnmarksloven bare kan få anvendelse i den grad ILO-169 ikke er til hinder for det. Dette indikerer at ILO-169 skal ha betydelig gjennomslagskraft ved anvendelse av finnmarkslovens bestemmelser. I Justiskomiteens merknader til formuleringen heter det at ”ILO-konvensjonen går foran finnmarksloven hvis det skulle vise seg at bestemmelser i loven står i motstrid til bestemmelser i ILO-konvensjonen”.⁶⁸ I motsatt fall vil konvensjonen vanskelig kunne legge ”begrensninger” på lovens anvendelse. Forarbeidene trekker således i retning av at bestemmelsen gir konvensjonen forrang.

Det kan ikke trekkes klare konklusjoner ut fra norske domstolers praksis rundt tolkning av sektormonismebestemmelser. I Høyesteretts kjennelse i ”Kvinnefengselsaken” inntatt i Rt. 1994 s. 620, ble det fra saksøker anført at daværende tvistemålslov § 36 a måtte medføre at folkeretten hadde forrang. Rettens flertall (3-2) kom imidlertid til at bestemmelsens rekkevidde var ”usikker”, blant annet som følge av manglende holdepunkter i bestemmelsens forarbeider, og at menneskerettighetenes stilling tradisjonelt hadde stått svakere i sivilprosessen.⁶⁹ Mindretallet var imidlertid uenig og mente at folkeretten skulle ha forrang.⁷⁰ Høyesteretts kjennelse ble avsagt med disens (3-2) og er relativt gammel, sett i henhold til utviklingen i norsk rett på menneskerettighetenes område. Etter vedtakelsen av menneskerettsloven har Høyesterett i flere tilfeller understreket at menneskerettighetene har

⁶⁸ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 i punkt 7.4.3 til § 3.

⁶⁹ Jf. Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengselsaken) på s. 1251-1252.

⁷⁰ Se dommens s. 1255-1256.

en sterk stilling i norsk rett.⁷¹ Den rettskildemessige betydning av kjennelsen er således noe begrenset.

Ved vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 ble det i lovens formålsbestemmelse i § 1 fremholdt at menneskerettighetene skulle styrkes i norsk rett. Av forarbeidene går det frem at denne styrkingen ikke bare hadde de konvensjoner som ble inkorporert gjennom lovens § 2 for øye. Også de menneskerettskonvensjoner som ikke ble inkorporert, omfattes av formålsbestemmelsen.⁷² ILO-169 kan således hevdes å ha fått en sterkere stilling i norsk rett etter vedtakelsen av menneskerettsloven.

Det kan anføres hensyn både for og imot å anse § 3 som en forrangsbestemmelse. På den ene side vil forrangsbestemmelser på generelt grunnlag kunne være betenkelig ut fra demokratihensyn. Ved inkorporering er det konvensjonstekstens bestemmelser på konvensjonens autentiske språk som implementeres. Norske statsborgere vil derfor ikke ha samme påvirkningskraft på innholdet som de har gjennom en ordinær lovgivningsprosess på Stortinget. Videre kan lovteksten bli mindre tilgjengelig og brukervennlig for allmennheten ved at norske bestemmelser viser til folkerettslige konvensjoner uten å gjengi innholdet. På den annen side står hensynet til å styrke menneskerettighetene sterkt i norsk rett jf. ovenfor. Likeledes kan hensynet til harmoni i lovgivningen tale for at § 3 skal anses som en forrangsbestemmelse. Det kan anføres at det er en uheldig situasjon at enkelte menneskerettskonvensjoner har forrang, mens andre ikke har det.

I lys av de siterte uttalelsene fra Justiskomiteen, nyere rettspraksis og reelle hensyn, må det derfor kunne hevdes at ILO-169 har forrang fremfor bestemmelsene i finnmarksloven.⁷³

Derimot er det ingenting i ordlyden som tyder på at ILO-169 på generelt grunnlag skal gå foran annen lovgivning. "Loven" i bestemt form, sikter til finnmarksloven og ikke til lovgivningen generelt. Den forrangsregel som måtte leses ut av loven, gjelder således bare i forhold til finnmarksloven, ikke i forhold til annen lovgivning.

⁷¹ Se om utviklingen i rettspraksis i Skoghøy, *'Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettigheter'*, 2002.

⁷² Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) s. 60 i kapittel 12 til § 1.

⁷³ For en grundigere analyse av spørsmålet om forrang, se Aamodt, *Forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 169 og finnmarksloven- En rettslig analyse av finnmarksloven § 3* (2006) s. 19-25.

Hvorvidt ILO-169 har en ubetinget forrang i forhold til finnmarksloven kan også diskuteres. Det går uttrykkelig frem av flertallets fremstilling i Justiskomiteens innstilling at det bare er i tilfeller hvor det er tale om rettskollisjon at ILO-169 vil ha forrang:

”Hvis man derimot kommer til, på bakgrunn av ILO-konvensjonen, at loven mangler bestemmelser av et visst innhold, vil dette være en oppgave for lovgiver. Domstolen skal med andre ord ikke bruke ILO-konvensjonen til å bygge ut finnmarksloven. Det vil være enklere å forutse konsekvensene av en slik begrenset inkorporering enn om man skulle gi ILO-konvensjonen generell forrang over all norsk lovgivning”.⁷⁴

Alle bestemmelsene i ILO-169 kan derfor vanskelig anses inkorporert gjennom finnmarksloven § 3. Hvilke deler som kan anses inkorporert, vil derfor bero på en tolkning av ordlyden i de enkelte bestemmelser. Dette kommer jeg imidlertid tilbake til nedenfor i forbindelse med ILO-169.⁷⁵

Som tidligere nevnt har Kystfiskeutvalget for Finnmark foreslått en liknende bestemmelse i forslaget til lov om retten til havet utenfor Finnmark. I forslaget § 5 første punktum heter det at loven ”gjelder med de begrensninger som følger av overenskomst med fremmed stat eller annen folkerett”. Spørsmålet om forrang er løst ved at annet punktum uttrykkelig sier at ”[v]ed motstrid skal folkerettens regler gå foran”.⁷⁶ Ifølge utvalget er dette gjort ”dels av prinsipielle grunner, dels for å unngå at forskjellige forrangsregler innenfor lovens virkeområde skal reise tvilsspørsmål i rettsanvendelsen.”⁷⁷ Rettighetene til fiske i havet utenfor Finnmark er på samme måte som rettigheter til naturressurser på Finnmarkseiendommens grunn et betent politisk spørsmål. Når en sektormonismebestemmelse på noenlunde samme rettsområde uttrykkelig gir folkeretten forrang, taler også dette for å tolke finnmarkslovens § 3 dit hen at ILO-169 også skal ha forrang.

Etter dette må det kunne konkluderes med at § 3 innebærer en begrenset inkorporering av ILO-169 med forrang i rettskollisjonstilfeller.

⁷⁴ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 punkt 7.4.3 til § 3.

⁷⁵ Se nærmere i punkt 3.2.3.

⁷⁶ NOU 2008: 5 i punkt 13- Utvalgets lovforslag.

⁷⁷ Jf. NOU 2008: 5 i punkt 14 ved merknadene til § 5.

3 Folkerettslige instrumenter og deres betydning for finnmarkslovens regler om jakt og fiske

3.1 Rettskildemessige utfordringer med folkerettslige tekster

Begrepet 'folkerett' er ikke et entydig begrep og lar seg vanskelig definere uttømmende i en setning.⁷⁸ I teorien har folkerett tradisjonelt blitt definert som "den del av retten som regulerer retten mellom stater, i deres egenskap av stater".⁷⁹ Men begrepet må også kunne sies å favne om en stats myndighetsutøvelse i forhold til internasjonale organisasjoner og individer.⁸⁰

Mange rettsområder som tradisjonelt har beskjeftiget seg med nasjonale rettskilder, har i den nyere tid møtt utfordringer i form av internasjonale traktater og konvensjoner som Norge har sluttet seg til. Dette skaper utfordringer i forhold til den tradisjonelle juridiske metodelære. Ved internrettslige problemstillinger står som nevnt lover, forarbeid og rettspraksis sentralt. Dette er skrevne kilder som blant annet på grunn av demokratihensyn tradisjonelt tillegges stor rettskildemessig vekt.

I folkeretten er situasjonen en annen. Suverenitetsprinsippet går kort fortalt ut på at alle stater er selvstendige og ikke underlagt andres vilje enn sin egen. Med unntak for folkerettslige sedvaner og alminnelige rettsgrunnsetninger er det således bare gjennom aktiv tilslutning at en stat kan binde seg.⁸¹ Og selv om en stat har inngått folkerettslige forpliktelser, er ikke det ensbetydende med at forpliktelsene anses som gjeldende internrett.

3.1.1 Dualisme og monisme

For at folkerettslige regler skal anses som gjeldende norsk rett, kreves det som utgangspunkt at reglene gjøres til norsk rett gjennom en særskilt rettsakt. Dette kan skje gjennom aktiv transformasjon (oversetting), inkorporering (henvisning) eller konstatering av rettsharmoni.⁸² Nasjonal rett og folkerett ses i denne sammenhengen som to prinsipielt forskjellige rettssystemer. Dette omtales som dualisme og innebærer at folkerettslige regler ikke får

⁷⁸ Se Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett* (2006) s. 17-18 og Fleischer, *Folkerett* (2005) s. 19.

⁷⁹ Se Castberg, *Folkerett* (1948) s. 1.

⁸⁰ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett* (2006) s. 18.

⁸¹ *ibid.* s. 22.

⁸² Se *ibid.* s. 58-63 for nærmere beskrivelse av rettsaktene.

direkte internrettslig virkning. Motstykket til dualisme er monisme. Et monistisk system innebærer at internasjonale bestemmelser direkte blir en del av nasjonal rett fra det øyeblikk ratifikasjon finner sted. Nasjonal rett og folkerett anses da som deler av samme rettssystem.

3.1.2 Presumsjonsprinsippet

Det dualistiske prinsipp er som nevnt utgangspunktet i norsk rett.⁸³ Er det klar motstrid mellom folkeretten og norsk rett, vil norsk rett gå foran. At norsk rett på denne måten går foran, omtales gjerne som forrangsprinsippet.⁸⁴ Dette utgangspunktet er imidlertid betydelig modifisert av presumsjonsprinsippet. Som navnet tilsier går prinsippet ut på at norsk rett eller antas eller formodes å være i samsvar med folkeretten. Dette får stor betydning når det oppstår motstrid mellom en internrettslig bestemmelse og en ikke-inkorporert folkerettslig bestemmelse. Presumsjonsprinsippet fungerer da som et tolkningsprinsipp der norske regler så vidt mulig skal tolkes slik at det ikke oppstår motstrid med folkeretten.

Hvor langt presumsjonsprinsippet rekker er vanskelig å besvare generelt. I Høyesteretts plenumsavgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) var dette et sentralt tema, og førstvoterende uttalte generelt at gjennomslagskraften vil

”være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige prinsipper og av hvilket rettområde den nasjonale rettsregel er knyttet til. [...] Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig bestemmelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra de offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold.”⁸⁵

Gjennomslagskraften til presumsjonsprinsippet er således relativ og må vurderes særskilt for hver situasjon. Rettighetene til naturressurser i ILO-169 kan på den ene siden hevdes å være av privatrettslig art og at presumsjonsprinsippet derfor står i en svakere stilling jf. ovenfor. På en annen side tar konvensjonen sikte på et styrket vern om urfolk, og dette kan tale for større gjennomslagskraft.

⁸³ Det har tidligere vært en viss debatt rundt dualisme/monisme. På 1970 tallet ble det sågar fremsatt forslag om grunnlovsendring for å innføre et monistisk system jf. NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett s. 60 flg. Se også nærmere om debatten i NOU 1993:18. s. 75 flg.

⁸⁴ Se Møse, *Menneskerettigheter* (2002) s. 172.

⁸⁵ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på s. 1829

I lys av dette kan det ikke konkluderes entydig med hensyn til hvordan presumsjonsprinsippet skal vektlegges i forhold til bestemmelsene i ILO-169.

3.1.3 Innkorporerte konvensjoner og forrangsbestemmelser

Situasjonen blir en annen i tilfeller hvor det er særskilte lovbestemmelser som inkorporerer folkeretten. Både straffeprosessloven⁸⁶ (§ 4), tvisteloven⁸⁷ (§2-1) straffeloven⁸⁸ (§ 1) og tvangsfullbyrdelsesloven⁸⁹ (§ 1-4) inneholder formuleringer om at bestemmelsene i vedkommende lov gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten. I disse tilfellene står norsk rett generelt tilbake for folkeretten, og forholdet omtales gjerne som sektormonisme.⁹⁰ Finnmarksloven § 3 har som tidligere omtalt en liknende ordlyd ettersom den slår fast at loven ”gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater”. For øvrig kan det nevnes at Kystfiskesutvalget for Finnmark har forelått en liknende bestemmelse i deres forslag til finnmarksfiskelov.⁹¹

Menneskerettsloven § 2 fastslår nå at fire menneskerettskonvensjoner inkorporeres i norsk rett og gjelder som norsk lov. EMK, ØSK og SP ble først inkorporert,⁹² og senere har disse fått selskap av FNs konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen). Når særskilte deler av folkeretten gjøres til norsk rett på denne måten, er det vanlig å omtale situasjonen som del-monisme eller begrenset monisme.⁹³ Videre følger det av lovens § 3 at bestemmelser i disse konvensjonene ”skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” Dersom den folkerettslige regel er klar, må den norske regel vike til side. I tilfeller hvor det er uklart hva den folkerettslige regel sier, må norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonsbestemmelsene. Med henvisning til tidligere praksis oppsummerer Høyesterett fremgangsmåten i Rt. 2001 s. 1006 (KRL-saken) på s. 1016:

⁸⁶ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

⁸⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker.

⁸⁸ Almindelig borgelig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

⁸⁹ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring.

⁹⁰ Møse, *Menneskerettigheter* (2002) s. 178.

⁹¹ NOU 2008: 5. Retten til fiske i havet utenfor Finnmark i kapittel 13 om utvalgets lovforslag til § 5.

⁹² Med offisielle navn Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, International covenant on Economic, Social and Cultural Rights og International Covenant on Civil and Political Rights.

⁹³ Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 27.

”Ved denne tolking av EMK må domstolen anvende de samme prinsipper for tolking som EMD og forholde seg til konvensjonsteksten og denne domstols avgjørelser. Norske domstoler kan bygge på formålsbetraktninger og andre reelle hensyn, men skal i alminnelighet ikke bygge inn sikkerhetsmarginer for å hindre at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. De verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lov og rettspraksis, kan trekkes inn innen rammen av den metode EMD benytter. I samsvar med alminnelig prejudikatlære må det ved behandling av menneskerettighetsdomstolens avgjørelser legges vekt på hvor parallelle saksforholdene er.”⁹⁴

3.1.4 Folkerettslige kilder og traktattolkning

I norsk rett er rettskildeprinsippene om hvilke rettskildefaktorer som kan tas i betraktning uskrevne. I folkeretten er det imidlertid foretatt en opprømsing av kilder i statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) artikkel 38 nr. 1.⁹⁵ Selv om statuttene formelt bare er bindende for rettsanvendelsen i domstolen, er det alminnelig antatt at statuttene gjenspeiler kildene i folkeretten.⁹⁶

I artikkel 38 nr. 1 bokstavene a, b og c nevnes konvensjoner, sedvaner og alminnelige rettsprinsipper som rettskilder. Av bokstav d går det frem at rettspraksis og juridisk teori også er relevante kilder. Det vanlige er at man tar utgangspunkt i en konvensjonstekst. I fravær av konvensjonstekster vil sedvanen danne et naturlig utgangspunkt, mens generelle rettsgrunnsetninger er nærliggende å anvende dersom verken konvensjon eller sedvane er å oppdrive. Rettspraksis og juridisk teori vil i større grad komme inn som supplerende kilder.⁹⁷

Oppregningen i artikkel 38 er ikke en uttømmende liste over rettskildene i folkeretten, men den angir de mest sentrale. Øvrige kilder kan komme inn som tolkningsfaktorer, herunder vedtak av internasjonale organisasjoner, for- og etterarbeider, samt generelle rimelighetsbetraktninger (reelle hensyn).

Som tidligere nevnt avspeiler den tradisjonelle juridiske metode en systematisk måte å angripe rettsspørsmål på som er sterkt inspirert av Høyesterett og fremgangsmåten der.

⁹⁴ Se nærmere i Skoghøy, *'Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettigheter'*, 2002 s. 338-354 for en nærmere analyse av KRL-saken og øvrige dommer om dette tema.

⁹⁵ Statute of the International Court of Justice.

⁹⁶ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett* (2006) s. 70.

⁹⁷ *ibid.* kapittel 4.

Høyesterett har en rekke ganger den siste tiden vært nødt til å ta for seg folkerettslige traktater i forbindelse med menneskerettslige rettsspørsmål. Av Høyesteretts plenumsavgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 996 kan det utledes flere teser om hvilke tolkningsprinsipper som skal legges til grunn i tilfeller hvor det er ”begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås”.⁹⁸ I både denne og andre avgjørelser fra Høyesterett, er det gitt uttrykk for at folkerettslige tekster må tolkes på bakgrunn av folkerettslig juridisk metode.⁹⁹

Ved saker som gjelder bestemmelser i EMK, vil praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) stå sentralt. I en del andre folkerettslige spørsmål har man ikke et godt utbygd domstolsapparat som gir retningslinjer for traktattolkningen. I disse tilfellene må det ses hen til hva som er folkerettslig sedvane i forhold til traktattolkning. Wien-konvensjonen¹⁰⁰ inneholder enkelte bestemmelser i forhold til tolkning av konvensjoner. Norge har riktignok ikke ratifisert konvensjonen, men det er antatt at konvensjonen gir uttrykk for gjeldende uskreven folkerettslig metode.¹⁰¹

Artikkel 31 nr. 1 slår fast at det klare utgangspunkt er traktatens ordlyd. Som i tradisjonell norsk metodelære er det den naturlige språklige forståelse av teksten som søkes ved at teksten leses i lys av traktatens gjenstand og formål (”shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”) Hva som utgjør konteksten er nærmere forklart i artikkel 31 nr. 2. Etterfølgende avtaler, praksis og relevant internasjonal lovgivning kan tas i betraktning etter artikkel 31 nr. 3, og teksten kan tillegges en spesiell mening dersom det fastslås at dette var partenes intensjon jf. nr. 4.

Traktater blir ofte til som et resultat av lange prosesser hvor motstridende interesser på hver sin måte påvirker sluttresultatet. Til tross for dette er det ikke tradisjon for at forarbeider og øvrig forhistorie tillegges vekt i folkeretten. Dels skyldes det at det sjelden finnes omfattende (publiserte) forarbeider, og dels kan det skyldes at motstridende interesser ville gjort det vanskelig å trekke klare slutninger. Wien-konvensjonen artikkel 32 gir uttrykk for dette ved å omtale forarbeidene som supplerende (”supplementary”) tolkningsfaktorer. Formålet ved konvensjoner vil for øvrig ofte være omtalt i konvensjoners fortaler (preambler). Disse har

⁹⁸ Se nærmere om dette i Skoghøy, *'Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettigheter'*, 2002 s. 337-354.

⁹⁹ Se for eksempel Rt. 2000 s. 996 (Bøhler- dommen), Rt. 2001 s. 428 (strafferegistreringssaken) og Rt. 2001 s. 1006 (KRL- saken).

¹⁰⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties.

¹⁰¹ Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett* (2006) s. 74.

ikke selvstendig betydning, men inngår i ordlydens kontekst og kan trekkes inn som et moment i tolkningen.

Det er ikke uvanlig at traktattekster utformes på flere språk eller oversettes. I sistnevnte tilfelle er de(t) offisielle språk som danner utgangspunktet for tolkningen.

Konvensjonsbegrepene er autonome og skal ikke kunne uthules som følge av at de ikke samsvarer med internrettslig bruk av begrepet. I tilfelle motstrid må derfor betydningen i den offisielle teksten gå foran. Dersom det er flere autoriserte språk, er de som utgangspunkt likestilt jf. Wien-konvensjonen artikkel 33 nr. 1. For det tilfelle at bestemmelsen på det uoffisielle språk i større grad oppfyller konvensjonens formål, skal imidlertid denne gå foran jf. artikkel 33 nr. 4.

3.2 ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater

3.2.1 Generelt om International Labor Organisation og ILO-169

Den internasjonale arbeidsorganisasjon (International Labor Organisation- ILO) er en særorganisasjon innen FN-systemet. Organisasjonen ble grunnlagt i 1919 i forbindelse med Versailles-traktaten og har fast tilholdssted i Genève i Sveits. Tre organer utgjør hovedorganene i organisasjonen: Den internasjonale arbeidskonferansen, ILOs styre (The Governing Body), og det internasjonale arbeidsbyrå. I tillegg til disse kommer ekspertkomiteen som tar seg av spørsmål fra statene og kontrollerer rapporter om gjennomføring av konvensjonene. ILO har imidlertid ikke et eget domstolsapparat slik EMK har gjennom EMD. På den annen side har organisasjonen nedfelt en klageadgang i sin konstitusjon, og statene er også forpliktet til å avgi periodiske rapporter om gjennomføringen av ratifiserte konvensjoner.¹⁰²

Selv om målgruppen for ILO er alle arbeidstakere, ble organisasjonen tidlig interessert i arbeidssituasjonen for urfolk. I starten arbeidet de med å forhindre slavearbeid i kolonistater,

¹⁰²Se ILO-konstitusjonen art 26 flg. Konstitusjonen er fra 1919, men har gjennomgått enkelte endringer etter den tid. Per 21. mars 2008 er den tilgjengelig på webadressen <http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>.

men senere har arbeidet utviklet seg til å gjelde så vel levekår, helse, utdanningsmuligheter som tradisjonelle arbeidslivsrettigheter.¹⁰³

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169) ble vedtatt 27. juni 1989. Konvensjonen var en revisjon av ILO-konvensjon nr. 107 om vern og integrering av urfolk og andre stammegrupper som helt eller delvis lever under stammeforhold (ILO-107) fra 1957.¹⁰⁴ Mens ILO-107 tok sikte på å fremme materiell velstand og legge til rette for økonomisk og kulturell integrasjon, er formålet noe annet i ILO-169. Der kan hovedformålet sies å være sikring av urfolks rett til bevaring og videreutvikling av deres identitet, livsform og kultur.¹⁰⁵

ILO-107 ble aldri ratifisert av Norge da man på daværende tidspunkt ikke mente at det fantes folkegrupper i Norge som ble omfattet av betegnelsen stammefolk. I forbindelse med Alta-saken (1979-1982) ble spørsmålet om ratifikasjon belyst på ny, og man mente da at Norge ikke tilfredsstilte kravene i deler av ILO-107 med tanke på enkelte samiske områder i Finnmark.¹⁰⁶ Alta-saken var et ledd i en prosess som ledet til at samiske rettigheter for alvor ble gjenstand for offentlig debatt,¹⁰⁷ og med stridighetene rundt saken friskt i minne, ratifiserte Norge ILO-169 som første stat 20. juni 1990.¹⁰⁸ Konvensjonen trådte i kraft 5. september 1991, ett år etter Mexico som annen stat ratifiserte den jf. artikkel 38 nr. 2.

3.2.2 Den rettskildemessige betydning av ILO-169 generelt

Norge ratifiserte som nevnt konvensjonen som første stat i 1990. Dette innebærer at staten er folkerettslig forpliktet av ILO-169 på lik linje med øvrige konvensjoner. Norske myndigheter er således gjennom folkeretten forpliktet til å bringe norsk rett i samsvar med de krav som

¹⁰³ For en større gjennomgang av bakgrunn og historie, se www.ilo.org og Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 1. De ulike konvensjonene er også tilgjengelig på nevnte webadresse.

¹⁰⁴ ILO Convention 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries.

¹⁰⁵ Se NOU 1997: 5 s. 32 annen spalte i punkt 3.3.2 og i Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 2 og 3

¹⁰⁶ Se nærmere i NOU 1980: 53 s. 38-41 og 51-56 i kapittel 5.7.

¹⁰⁷ Se nærmere om utviklingen nedenfor under bakgrunn og historikk i forbindelse med finnmarksloven.

¹⁰⁸ Jf. St.prp. nr. 102 (1989-90) og NOU 1997: 5 s. 32 første spalte i punkt 3.3.1. Per mars 2008 er konvensjonen ratifisert av 20 stater: Norge, Mexico, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Peru, Honduras, Danmark, Guatemala, Nederland, Fiji, Ecuador, Argentina, Bolivarian Republic of Venezuela, Dominica, Brasil, Spania, Nepal og Chile.

ILO-169 oppstiller. Den rettskildemessige betydning av ILO-169 avhenger imidlertid av hvilken gjennomslagskraft den har som gjeldende norsk rett.

Som nevnt ovenfor bygger norsk rett på det dualistiske prinsipp. Dette innebærer at bestemmelsene i ILO-169 som utgangspunkt må gjøres til norsk rett gjennom en særskilt rettsakt for at de skal få fullt ut gjennomslag som gjeldende internrett. I forbindelse med arbeidet med menneskerettsloven ble det vurdert å inkorporere ILO-169 og en del andre konvensjoner sammen med SP, ØSK og EMK. På bakgrunn av at konvensjonen var ny, at den på daværende tidspunkt var ratifisert av få (fire) stater, samt at det ikke forelå entydig praksis i henhold til konvensjonen, ble det den gang konkludert med at det ikke var ønskelig å inkorporere konvensjonen. Samtidig ble det fremhevet at behovet ikke var påtrengende som følge av at samisk kultur hadde et sterkt vern gjennom sameloven og Grunnloven § 110 a.¹⁰⁹ Den rettskildemessige rekkevidden av ILO-169 er således avhengig av hvor langt man er villige til å strekke presumsjonsprinsippet i den konkrete sak.

Selv om ikke ILO-169 ble inkorporert, er ILO-169 en sentral rettskilde på grunn av Grunnloven § 110 c og § 110 a. Etter førstnevnte har statens myndigheter plikt til ”at respektere og sikre Menneskerettighetene” og etter § 110 a skal de ”lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.”

Ordlyden begrenser plikten til å gjelde ”statens myndigheter”, men dette uttrykket er vagt og kan ved vanlig språklig forståelse forveksles med ”offentlige myndigheter”. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at uttrykket ikke skal tolkes så vidt.¹¹⁰ Kommunale og fylkeskommunale myndigheter vil således ikke omfattes av bestemmelsen. Høyesterett har i denne sammenheng uttalt at ”bestemmelsen i § 110 a, [...] først og fremst retter seg mot Stortinget og regjeringen”.¹¹¹

Hva gjelder innholdet i § 110 a, gir begrepene rom for forskjellige tolkninger. Begrepet ”Sprog” står i entall, men det er lite tvilsomt at vernet omfatter alle samiske dialektstyper.¹¹² I forarbeidene er det forutsatt at begrepet ”Kultur” skal tolkes vidt i relasjon til bestemmelsen, og at begrepet skal forstås dynamisk og tilpasses samfunnsutviklingen. For å understreke at

¹⁰⁹ Se NOU 1993: 18 s. 143.

¹¹⁰ NOU 1984: 18 s. 439 første spalte.

¹¹¹ Rt. 1992 s. 1037 (Militærnektter-kjennelsen).

¹¹² Jf. NOU 1984: 18 s. 435. Se også Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 105-108.

kulturbegrepet ikke skulle tolkes for snevert, ble også begrepet ”Samfunnsliv” tatt med i bestemmelsen.¹¹³

I forlengelsen av dette kan det spørres om kulturbegrepet også omfatter materielle rettigheter til jakt og fiske, og om bestemmelsen krever beskyttelse av samiske sedvaner. Formuleringen ”Kultur og sit Samfundsliv” er vid nok til også å omfavne et vern om materielle kulturgrunnlag. Riktignok ble det i utredningen om samers rettstilling i 1984 konkludert med at grunnlovsbestemmelsen ikke burde ha med en regel om samiske næringer.¹¹⁴ Bakgrunnen for denne konklusjonen var at det ville være vanskelig å gi en presis definisjon av samiske næringer og at en grunnlovsbestemmelse som fremhevet samiske næringer, ville medføre en stor grad av usikkerhet. Med henvisning til statens plikt til å sikre et materielt kulturgrunnlag etter SP artikkel 27 ble det likevel lagt til grunn at bestemmelsen ”gir det nødvendige vern for det materielle kulturgrunnlag.”¹¹⁵ Dette vil imidlertid ikke innebære et automatisk grunnlovsmessig vern av samiske tradisjoner og sedvaner i forhold til jakt og fiske. I forarbeidene er det uttrykkelig fremholdt som et vilkår ”at vedkommende aktiviteter bidrar til det samiske særpreg for å bli omfattet av verneregelen.”¹¹⁶ Jakt og fiske har således bare vern etter Grunnloven § 110 a i den grad utnyttelsen kan karakteriseres som særegent samisk og på den måte være en form for samisk kulturbærer.

”Menneskerettsparagrafen” og ”Sameparagrafen” kan på den ene side kritiseres for å være politiske programerklæringer uten å gi konkrete rettigheter. De er av den nye generasjonen grunnlovsbestemmelser, som skiller seg fra de mer tradisjonelle ved ikke å inneholde konkrete sanksjoner i forhold til statens forpliktelser.¹¹⁷ På den annen side er det gjennom bestemmelsene gitt et autoritært uttrykk for en styrking av menneskerettighetene og samisk språk, kultur og samfunnsliv. At dette er kommet til uttrykk i Grunnlovs form, legger bånd på statens myndigheter i form retningslinjer som i praksis vil være bindende.¹¹⁸ Lex superior-prinsippet innebærer at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang. Innholdet i en grunnlovsbestemmelse vil således være en viktig og vektig kilde ved tolkning av

¹¹³ NOU 1984: 18 s. 381-382 og 435-437

¹¹⁴ *ibid.* s. 430-431.

¹¹⁵ *ibid.* s. 438 første spalte.

¹¹⁶ *ibid.* s. 437 første spalte.

¹¹⁷ Det var diskusjon om hvorvidt det skulle gis en grunnlovsbestemmelse om samisk kultur og hva den evt. skulle inneholde. Se nærmere om denne i NOU 1984: 18 s. 388 flg. og Skogvang, *Samerett- Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 93-97.

¹¹⁸ Se nærmere om dette i NOU 1984: 18 s. 432-433 og Skogvang s. 95-96.

lovbestemmelser av lavere rang. Og oppstår det motstrid, vil domstolene gjennom sin prøvelsesrett måtte underkjenne lovgivning av lavere rang.

På denne bakgrunn må det kunne hevdes at ILO-169 har stor gjennomslagsrett i norsk rett og at den rettskildemessige betydning av konvensjonen er betydelig.

3.2.3 Den rettskildemessige betydning av ILO-169 i lys av finnmarkslovens § 3

I finnmarksloven § 3 første punktum heter det at loven ”gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater”. Dette innebærer som nevnt en delvis inkorporering av konvensjonen, og i tilfeller motstrid, vil det tolkningsresultat som følger av finnmarksloven måtte vike.¹¹⁹ I forlengelsen av dette kan det imidlertid spørres hva som ligger i at konvensjonen blir delvis inkorporert, eller nærmere bestemt hvilke deler av ILO-169 som gjennom finnmarksloven § 3 er inkorporert med forrang.¹²⁰

Denne problemstillingen tar for det første for seg hvilke konvensjonsbestemmelser som rent materielt kan anses inkorporert på grunnlag av innholdet i finnmarkslovens bestemmelser. Etter Høyesteretts praksis er det en forutsetning for at en folkerettslig bestemmelse skal kunne gis forrang, at den folkerettslige ”bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter”.¹²¹ I lys av dette vil problemstillingen også kunne belyse hvilke konvensjonsbestemmelser som er egnet for inkorporering. Det vil imidlertid føre for langt å analysere samtlige bestemmelser i ILO-169 med dette for øye i denne avhandlingen. Temaet i det følgende er således hvilke bestemmelser i ILO-169 som rent teoretisk kan tilside sette bestemmelser i finnmarksloven.

Forarbeidene til finnmarksloven gir ikke klare indikasjoner på hvilke deler av ILO-169 som kan anses inkorporert gjennom finnmarkslovens § 3. I Justiskomiteens merknader til de enkelte bestemmelser uttales følgende:

¹¹⁹ Se nærmere om forrangsspørsmålet ovenfor i punkt 2.2.3.

¹²⁰ Denne problemstillingen er gjenstand for en grundigere analyse i Aamodt, *Forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 169 og finnmarksloven - En rettslig analyse av finnmarksloven § 3* (2006).

¹²¹ Se Rt. 2001 s. 1006 (KRL- saken) s. 1015.

”Flertallet har imidlertid oppfattet at en henvisning til ILO-konvensjon nr. 169 i lovs form er viktig for Sametinget. Etter grundige overveielser har flertallet derfor funnet det hensiktsmessig å foreslå en begrenset inkorporering av konvensjonen ved å ta inn en regel i § 3 om at loven skal gjelde « med de begrensninger » som følger av ILO-konvensjonen. Dette vil samtidig synliggjøre lovens folkerettslige bakgrunn på en god måte.

Formuleringen « med de begrensninger » vil innebære at ILO-konvensjonen går foran finnmarksloven hvis det skulle vise seg at bestemmelser i loven står i motstrid til bestemmelser i ILO-konvensjonen. Hvis man derimot kommer til, på bakgrunn av ILO-konvensjonen, at loven mangler bestemmelser av et visst innhold, vil dette være en oppgave for lovgiver. Domstolen skal med andre ord ikke bruke ILO-konvensjonen til å bygge ut finnmarksloven. Det vil være enklere å forutse konsekvensene av en slik begrenset inkorporering enn om man skulle gi ILO-konvensjonen generell forrang over all norsk lovgivning.”¹²²

At ILO-169 ikke skal benyttes til utbygging av finnmarksloven angir en begrensning. Dette kan tyde på at det bare er de deler av ILO-169 som har relevans for finnmarksloven som er inkorporert. Med andre ord kan det synes som om finnmarksloven angir en saklig avgrensning av hvilke konvensjonsbestemmelser som kan anses inkorporert.

Finnmarkslovens virkeområde går frem av § 2:

”Loven gjelder for fast eiendom og vassdrag med naturressurser i Finnmark fylke. I strandlinjen gjelder loven så langt ut i sjøen som den private eiendomsretten strekker seg.”

Denne definisjonen av lovens virkeområde må innebære at størsteparten av konvensjonens del II om landrettigheter med videre må anses inkorporert ved finnmarksloven § 3. Disse bestemmelsene var sentrale ved utformingen av finnmarksloven, og ble drøftet inngående i flere av utredningene. Med unntak av artikkel 18 omhandler alle bestemmelsene landrettigheter og naturressurser på en eller annen måte. Også bestemmelser utenfor del II, må kunne anses inkorporert i den grad de gjelder naturressurser. Dette vil for eksempel være tilfellet med bestemmelser om sedvaner i artikkel 8 og artikkel 23.

Det kan også anføres gode grunner for at konvensjonens generelle bestemmelser i del I og IX er inkorporert. Bestemmelsene i disse delene av konvensjonen vil ofte trekkes inn i tolkningen og gjennomføringen av forpliktelsene som de spesielle delene av konvensjonen gir anvisning

¹²² Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 i punkt 7.4.3.

på. Det kan derfor være vanskelig å se bort fra disse bestemmelsene ved anvendelsen av bestemmelsene om landrettigheter og naturressurser i del II. Hvorvidt de skal anses inkorporert må bero på en tolkning av den aktuelle bestemmelse i forhold til finnmarkslovens virkeområde.

Bestemmelser som etter sin art ikke kan utgjøre begrensninger for finnmarkslovens anvendelse, vil ikke kunne anses inkorporert. I store trekk vil dette gjelde for konvensjonens del III om sysselsetting og arbeidsliv, del IV om yrkesopplæring mv, del V om trygd og helse, del VI om utdanning og kommunikasjon, del VII om internasjonalt samarbeid og del VIII om forvaltning. Innholdet i disse bestemmelsene kan imidlertid ha betydning i forhold til annen lovgivning. Sameloven gir for eksempel flere bestemmelser om Sametinget (kapittel 2) og samisk språk (kapittel 3).

På denne bakgrunn kan det slås fast at betydelige deler av ILO-169 er inkorporert gjennom finnmarksloven § 3. Så fremt innholdet i disse bestemmelsene kan ”konkretiseres til rettigheter og plikter”¹²³, vil de gå foran bestemmelsene i finnmarksloven. I Finnmark har således ILO-169 en enda sterkere stilling i norsk rett etter vedtakelsen av finnmarksloven.

3.2.4 Finnmarksloven § 3 og samer bosatt utenfor Finnmark

Etter finnmarksloven § 2 første punktum gjelder loven for ”fast eiendom og vassdrag med naturressurser i Finnmark fylke”. Den begrensede inkorporering av ILO-169 med forrang vil derfor bare ha betydning for praktisering av loven innenfor fylket. Som følge av dette kan det hevdes at det oppstår en ulik rettstilstand i forhold til samiske befolkninger bosatt utenfor Finnmark. Utenfor fylket må samer fortsatt sette sin lit til presumsjonsprinsippet for at konvensjonens rettigheter skal komme dem til gode.

Om dette fører til realitetsforskjeller er et annet spørsmål. Når det gjelder rettigheter til landområder, er det først og fremst i Finnmark at samene har hevdet å ha krav på anerkjennelse av eier- og besittelsesrettigheter. Presumsjonsprinsippet innebærer at ILO-169 vil ha stor rettskildemessig betydning også utenfor Finnmark. Det er således liten sannsynlighet for at konvensjonens delvise forrang i forhold til finnmarksloven, rent faktisk

¹²³ Jf. Rt. 2001 s. 1006 (KRL-saken) på side 1015.

innebærer et svakere vern for samene. I denne sammenheng kan det vises til den tidligere omtalte Svartskogsaken, hvor det ble antatt at lokalbefolkningen som i stor grad bestod av samer, hadde ervervet eiendomsrett til et område i Kåfjord kommune i Troms fylke.

På en annen side kan det ikke utelukkes at det foreligger både bruks- og eierrettigheter i tradisjonelle samiske områder utenfor Finnmark. Om det anlegges en sak om samiske eierrettigheter til landområder i slike områder utenfor Finnmark, har ikke ILO-169 noen forrang. Selv om det kanskje ikke medfører praktiske forskjeller, vil dette kunne føles urettferdig for samer utenfor Finnmark. Hensynet til harmoni i lovgivningen tilsier også at det er uheldig med en slik forskjell. Det er derfor ikke oppsiktsvekkende at Samerettsutvalget tar til orde for en forrangsregel for ILO-169 også når det gjelder eiendoms- og bruksrettigheter i tradisjonelle samiske områder utenfor Finnmark.¹²⁴

3.2.5 Hvordan skal vage eller uklare bestemmelser i ILO-169 tolkes?

Ved vage eller uklare folkerettslige bestemmelser har Høyesterett flere ganger uttalt seg om forholdet til EMK. Som tidligere nevnt oppsummerer Høyesteretts avgjørelse i ”KRL-saken” inntatt i Rt. 2001 s. 1006 hvordan domstolene skal angripe spørsmål om motstrid mellom nasjonale bestemmelser og bestemmelser i konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven § 2. For det første må det vurderes hvorvidt den folkerettslige bestemmelse ”er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter” da dette er en forutsetning for direkte anvendelse. Deretter kan det tas stilling til forholdet mellom konvensjonsbestemmelse(n) og norsk rett. For det tilfelle at domstolen kommer til at tolkningsresultatet som kan utledes fra konvensjonsbestemmelsene fremstår som rimelig klart, må konvensjonsbestemmelsene ha forrang jf. menneskerettsloven § 3. Dersom tolkningsresultatet fremstår som uklart, må imidlertid domstolen foreta en selvstendig tolkning av konvensjonsbestemmelsen. Som nevnt ovenfor innebærer dette at domstolene må anvende den samme metode og ta hensyn til praksis fra EMD. Formålsbetraktninger og reelle

¹²⁴ I NOU 2007: 13 har samerettsutvalget II utredet ”spørsmålene om den samiske befolkningens rettslige stilling når det gjelder retten til og disponeringen og bruken av land og vann i tradisjonelle samiske områder fra og med Troms fylke og sørover”(jf. punkt 2.1.1) Utvalget har foreslått en kartleggings- og anerkjennelseslov i forhold til grunn og naturressurser i disse områdene, i tillegg til en del endringer i andre lover. Lovforslaget har en oppbygning som likner finnmarksloven og om forholdet til folkeretten er lovforslagets § 3 en ordrett kopi av finnmarksloven § 3 (med unntak av at det ikke er noen henvisning til overenskomster med fremmede stater om fiske i grensevassdrag), se utvalgets lovforlag i utredningens kapittel 1.

hensyn kan riktignok tas med i vurderingen, men domstolene må holde seg ”innen rammen av den metode EMD benytter”.¹²⁵

Som nevnt er disse uttalelsene avgitt hvor spørsmålet har vært motstrid mellom internrettslige bestemmelser og EMK. Det generelle som kan utledes fra disse uttalelsene, vil derfor i utgangspunktet gjelde EMK og de andre konvensjonene som er inkorporert i menneskerettsloven § 2. I forhold til ILO-169 er det flere forskjeller sammenliknet med disse konvensjonene. Mens menneskerettslovens konvensjoner får generell forrang etter menneskerettsloven § 3, er ILO-169s forrang etter finnmarksloven § 3, begrenset til å gjelde bestemmelsene i finnmarksloven. I førstnevnte tilfelle er det tale om del-monisme eller begrenset monisme, mens finnmarksloven § 3 kan omtales som en sektormonismebestemmelse.

I forhold til bestemmelsene i ILO-169 er det på det rene at norske domstoler må foreta en selvstendig fortolkning av de aktuelle konvensjonsbestemmelsene. Til forskjell fra menneskerettsloven og EMK, finnes det imidlertid ikke et godt utbygd domstolssystem å støtte seg til i tolkingsprosessen. Om norske domstoler skulle stå helt fritt i forbindelse med tolkingen, kan det tenkes at særnorske fortolkninger av konvensjonen ville oppstå. For å få en enhetlig fortolkning av konvensjonen blant medlemsstatene, er det derfor viktig at statene går frem på noenlunde samme måte når de tolker bestemmelsene.

Dette angår også spørsmålet om maktbalanse mellom politisk valgte myndigheter og domstolen. For så vidt kan det spørres om ikke domstolenes tolkning av ILO-169, med den følge at finnmarksloven må vike, gir domstolene en politisk myndighet som ikke er hjemlet i Grunnloven.¹²⁶ Det vi imidlertid føre for langt om denne oppgaven skulle begi seg inn på en nærmere drøftelse av disse spørsmål.

Det er således den folkerettslige metode som må anvendes, og konvensjonen må derfor tolkes i tråd med prinsippene som er kodifisert gjennom Wien-konvensjonen, se nærmere om dette ovenfor.¹²⁷

¹²⁵ Rt. 2001 s. 1006 (KRL- saken) på s. 1015-1016. Se også ovenfor i 3.1.3.

¹²⁶ I St. meld. nr. 17 (2004- 2005) Makt og demokrati, uttrykker regjeringen Bondevik II bekymring over at Stortingets handlefrihet de senere år er blitt betydelig svekket som følge av rettsliggjøring av politikken og at Norge er bundet av mange internasjonale konvensjoner, se nærmere i meldingens punkt 3.8.

¹²⁷ Se ovenfor vedrørende traktattolkning i punkt 3.1.4.

3.2.6 Må det tolkningsresultat som følger av ILO-169 kunne fastslås på en bestemt måte for å ha forrang foran bestemmelsene om jakt og fiske i finnmarksloven?

Den umiddelbare betydning av at finnmarksloven § 3 delvis inkorporerer ILO-169 og gir konvensjonen forrang, er som omtalt ovenfor at finnmarkslovens bestemmelser må vike dersom det er motstrid i forhold til reglene i ILO-169. Enkelte bestemmelser i ILO-169 kan imidlertid fremstå som vage og uklare, og det kan det stilles spørsmål ved hvilken virkning disse vil ha i forhold til finnmarksloven.

I forhold til EMK ble det i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappsaken) oppstilt et krav om at en folkerettslig bestemmelse er klar for at den skulle kunne sette til side norsk lovgivning. Etter først å ha bemerket at norske domstoler må anvende straffeprosessens regler i samsvar med folkeretten og at det kunne bli aktuelt å tilsidesette norske regler i motstridssituasjoner, uttalte førstvoterende følgende:

”For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges en slik virkning.”¹²⁸

Dette kravet ble senere omtalt som klarhetsprinsippet og fikk kritikk i etterkant av inkorporeringen av EMK, SP og ØSK i menneskerettsloven i 1999. I Rest-Jugoslavia saken inntatt i Rt. 1999 s. 961 mente førstvoterende at et slikt krav ville være i strid med menneskerettsloven. Flertallet kom imidlertid til at det var ”verken nødvendig eller ønskelig å markere avstand til det som er sagt i bølgepappkjennelsen.”¹²⁹ Året etter kom imidlertid Høyesterett til at det ikke var grunnlag for å opprettholde klarhetsprinsippet i en Bøhlerdommen inntatt i Rt. 2000 s. 996:

”Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler.”¹³⁰

Klarhetskravet i bølgepappsaken ble fremsatt før den generelle inkorporeringen av menneskerettskonvensjonene. Saken gjaldt bevisføring, og den aktuelle inkorporering av

¹²⁸ Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen) på s. 616-617.

¹²⁹ Rt. 1999 s. 961 (Rest- Jugoslavia-kjennelsen) henholdsvis på s. 971 og 973.

¹³⁰ Rt. 2000 s. 996 (Bøhler- dommen) på s. 1007.

EMK som det var tale om, var straffeprosessloven § 4 som slo fast at lovens regler gjaldt ”med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.” Det var med andre ord tale om en ”sektormonisme”- bestemmelse med en ordlyd ikke ulik finnmarksloven § 3. De overnevnte dommer som har gått bort fra ”klarhetsprinsippet”, har imidlertid bare uttalt seg i forhold til EMK, og uttalelsene er avgitt etter konvensjonen fikk en generell henvisning gjennom menneskerettsloven. Høyesterett har således ikke tatt uttrykkelig avstand fra at det må stilles krav til øvrige folkerettslige bestemmelser for at de skal kunne fravike norske regler. I lys av dette kan det spørres om klarhetsprinsippet fortsatt gjelder i forholdet mellom ILO-169 og finnmarkslovens bestemmelser.

I Samerettsutvalget II sin utredning i NOU 2007: 13 drøftes det også hvorvidt klarhetskravet kan sies å bestå i forhold til ILO-169:

”Klarhetsprinsippet er altså forlatt når det gjelder den [sic] inkorporerte konvensjonene. Om prinsippet (fortsatt) gjelder for de ikke inkorporerte konvensjonene, herunder ILO-konvensjonen nr. 169, er derimot mer usikkert.”¹³¹

Mot dette utsagnet kan det for det første hevdes at ILO-169 nå må anses som delvis inkorporert gjennom finnmarksloven § 3. Det kan også hevdes at formålsbestemmelsen i menneskerettsloven § 1 har styrking av alle menneskerettigheter for øye, ikke bare de som er inkorporert gjennom lovens § 2. Bruken av ’inkorporert’ i denne henseende synes imidlertid å referere til de konvensjoner som er inkorporert gjennom menneskerettsloven og ikke inkorporering i generell forstand. Det knytter seg også visse betenkeligheter ved å legge vekt på menneskerettslovens formålsbestemmelse i et spørsmål som dette.

Skoghøy uttaler i en artikkel i Lov og Rett fra 2002 at menneskerettsloven har ført til en betydelig større gjennomslagskraft for internasjonale menneskerettigheter, også på sektormonistiske områder.¹³² Det han uttaler om klarhetsprinsippet er imidlertid knyttet opp mot Høyesteretts avgjørelser i saker om EMK. Hans uttalelser kan derfor ikke ukritisk tas til inntekt for at han mener klarhetskravet også er bortfalt i forhold til sektormonistiske bestemmelser.

¹³¹ Sitatet fremkommer i punkt 5.3.3.2 i NOU 2007: 13. Det følger dessuten indirekte av innledningspunkt 5.5.1 at et klarhetskrav forutsettes å foreligge for konvensjoner som ikke er inkorporert gjennom menneskerettsloven.

¹³² Skoghøy, *Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettigheter*, 2002 s. 352-353.

I lys av dette kan det ikke på prinsipielt grunnlag utelukkes at klarhetsprinsippet fortsatt gjelder med hensyn til spørsmålet om motstrid mellom norske bestemmelser og ILO-169.

Som prinsippet er formulert i bølgepappsaken, kan uttrykket ”den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder” forstås på to måter. På den ene side kan uttrykket peke tilbake på bestemmelsenes ordlyd og kreve at ordlyden som sådan må fremstå som tilstrekkelig klar og entydig. På en annen side kan uttrykket henseile på den folkerettslige *rettsregel*, med andre ord at tolkningsresultatet som kan utledes av den folkerettslige bestemmelse, må fremstå tilstrekkelig klar og entydig. Sistnevnte måte synes å være den mest naturlige måten å forstå uttalelsen i bølgepappsaken. For det tilfelle at ”klarhetskravet” fortsatt gjelder, oppstår spørsmålet om hvilke konsekvenser dette har for samenes rettigheter etter ILO-169.

For samenes krav på sikring av bruksrettigheter etter ILO-169 artikkel 14 nr. 1 annet punktum, vil et klarhetskrav neppe ha noen betydning. Når ordlyden taler om en ”right [...] to use” kan dette neppe forstås som noe annet enn bruksrettigheter.¹³³ Derimot er det mer uklart hva som ligger i begrepet ”rights of ownership and possession” jf. artikkel 14 nr. 1 første punktum.¹³⁴ Dette kan innebære den noe uheldige situasjon at artikkel 14 nr.1 annet punktum vil gå foran den norske regel, mens bestemmelsens første punktum vil måtte vike.

Likeledes er det en del usikkerhet rundt hva som ligger i å ta hensyn til samiske sedvaner og kulturuttrykk etter artikkel 8 og 23.¹³⁵ Den konvensjonspraksis som foreligger er i hovedsak knyttet til konsultasjonsrett og rett til deltakelse i beslutningsprosesser. Det rettslige innhold i nevnte artikler er derfor forholdsvis uavklart. Et eventuelt klarhetskrav kan således innebære at også disse bestemmelsene må vike for finnmarkslovens regler.

Sammenliknet med artikkel 14 er situasjonen litt annerledes ved artikkel 8 og 23. Ved disse bestemmelsene vil det ikke nødvendigvis være tale om direkte motstrid, ettersom det ofte ikke er hjemmelsbestemmelsen selv, men anvendelsen av denne som kan være folkerettsstridig. Det er for eksempel ikke i strid med ILO-169 at samisk kultur og samfunnsliv bare er ett av flere momenter som skal hensyntas ved forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark jf. formålet i § 1. Derimot kan det være i strid med artikkel 8 dersom Finnmarkseiendommen i medhold av lovens formål, treffer avgjørelser som ikke i tilstrekkelig grad har tar hensyn til

¹³³ Jf. også Uggerud, *Folkerett, samerett og skytefelt en utredning om de menneskerettslige aspekter knyttet til en eventuell utvidelse av Mauken og Blåtind skytefelt* (2000) s. 76-77.

¹³⁴ Se nærmere nedenfor under punkt 4.5 for en nærmere analyse av bestemmelsene.

¹³⁵ Se nærmere nedenfor i punkt 4.6 og 4.7.

samiske kultur og sedvaner. Kravene til klarhet vil muligens ikke være like strenge i slike situasjoner som i de ”egentlige” motstridstilfeller.¹³⁶

Uansett er det uheldig at gjennomslagskraften til ILO-169 er usikker, særlig med tanke på hvor sentral spørsmålene om eier- og besittelsesrettigheter var i forkant av finnmarkslovens vedtakelse.

3.3 FNs urfolksdeklarasjon

Arbeidet med en deklarasjon om urfolks rettigheter går over et kvart århundre tilbake i tid. I 1982 ble nedsatt en egen arbeidsgruppe i FN som skulle se på urfolks rettigheter, men arbeidet med deklarasjonen skulle vise seg å bli både komplisert og langvarig. Selve arbeidet ble ikke påbegynt før i 1985, og første utkast til deklarasjon ble først fremlagt i 1996. Etter dette skulle det ta 11 nye år før deklarasjonen ble vedtatt med bred oppslutning på den 61. generalforsamling i FN 13. september 2007.¹³⁷

Urfolksdeklarasjonen må kunne sies å være en viktig milepæl for verdens urfolk. Den rettslige betydning av at deklarasjonen er vedtatt av FNs Generalforsamling, er imidlertid begrenset. Det fremgår av FN-paktens¹³⁸ artikkel 10 at Generalforsamlingens kompetanse er begrenset til å kunne vedta anbefalinger. Generalforsamlingen kan med andre ord ikke treffe bindende vedtak, og urfolksdeklarasjonen vil således ikke være folkerettslig bindende, i motsetning til en folkerettslig konvensjon.

På en annen side vil deklarasjonen kunne virke moralsk forpliktende, ettersom innholdet i deklarasjonen samler det som finnes av urfolks rettigheter. Den brede oppslutningen om deklarasjonene representerer en viktig anerkjennelse av urfolks rettigheter. For Norge og de 143 andre nasjonene som stemte for deklarasjonen, vil det således påhvile et politisk og moralsk ansvar for å handle i tråd med dens innhold. I denne sammenheng kan det for så vidt

¹³⁶ Se NOU 2007: 13 i punkt 5.3.3.2.

¹³⁷ Vedtakelsen skjedde med 143 mot 4 stemmer og 11 blanke stemmer. De fire statene som stemte mot var Canada, Australia, New Zealand og USA, mens Aserbajdsjan, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Russland, Samoa og Ukraina avsto fra å stemme. 34 medlemsland, hvorav mange afrikanske, var ikke til stede ved avstemningen. Opplysningene baserer seg på NOU 2007: 13 punkt 5.1 og note 1 i dette kapittelet samt en artikkel skrevet av Ole Morten Orset, på vegne av Galdu - Kompetansesenteret for urfolks rettigheter: Orset, *Urfolksdeklarasjonen vedtatt – hva nå?* (2007). Artikkelen er per 4.3.2008 tilgjengelig på web- adressen <http://www.galdu.org/web/index.php?odas=2267&giella1=nor>.

¹³⁸ Charter of the United Nations.

vises til den internasjonale menneskerettighetserklæring og den betydning som denne deklarasjonen har hatt internasjonalt. Videre vil naturligvis deklarasjonen få stor internrettslig betydning dersom den inkorporeres i nasjonal rett, noe Bolivia gjorde allerede i november 2007.¹³⁹ For Norges del blir det spennende å se om myndighetene velger å implementere innholdet i deklarasjonen. I forbindelse med ILO-169 var det som nevnt mye oppstyr før konvensjonen delvis ble inkorporert gjennom finnmarksloven § 3, se ovenfor i punkt 2.2.2.

Deklarasjonen består av en rekke bestemmelser som på ulike måter tar sikte på å styrke urfolks rettigheter. For jakt og fiske er særlig artiklene 26 til 28 av betydning. Bestemmelsene krever både anerkjennelse av eiendoms- og bruksrettigheter (artikkel 26), etablering av fremgangsmåter for identifisering av rettigheter (artikkel 27) og kompensasjon i tilfeller hvor urfolket har blitt fratatt sine rettigheter (artikkel 28). I tillegg inneholder deklarasjonen flere bestemmelser om urfolks sedvaner, herunder artikkel 11 som slår fast at urfolk har rett til å praktisere og oppfriske sine kulturelle tradisjoner og sedvaner. Det nærmere innhold i disse bestemmelsene vil imidlertid bli behandlet senere ved drøftelsen av Norges oppfyllelse av ILO-169.

3.4 Utkast til en nordisk samekonvensjon

I Norden har det i den senere tid vært et ønske om å samarbeide om styrking av samenes rettigheter. På denne bakgrunn ble en finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgruppe oppnevnt for å utarbeide utkast til en nordisk samekonvensjon 13. november 2002. Ekspertgruppen med Carsten Smith som leder, avga sitt utkast 26. oktober 2005. For tiden er utkastet til vurdering hos de ulike lands regjeringer, og det er ikke urealistisk at konvensjonen vil bli ratifisert i overskuelig fremtid. Enkelte av bestemmelsene har imidlertid vært gjenstand for inngående drøftelser blant medlemmene i ekspertgruppen, og de finske representanter fra regjeringssiden har blant annet hatt vanskeligheter med å godkjenne visse deler av konvensjonen.¹⁴⁰

¹³⁹ Bolivia var første nasjon til å inkorporere Urfolkskonvensjonen som nasjonal lov 7.11.2007 i følge en artikkel av Hadi Lile på vegne av Galdu: Lile, *Bolivia gjør FN-erklæringen til nasjonal lov* (2007). Artikkelen er per 4.3.08 tilgjengelig på webadressen <http://www.galdu.org/web/index.php?odas=2433&giella1=nor>.

¹⁴⁰ Se utkast til nordisk samekonvensjon s. 2. Dokumentet er per medio mars 2008 tilgjengelig på webadressen http://www.regjeringen.no/Upload/AID/temadokumenter/sami/sami_samekonvensjon_norsk.pdf.

I utkastets artikkel 34 omtales samenes tradisjonelle bruk av land og vann. I første ledd slås det fast at "[l]angvarig bruk av land- eller vannområder utgjør grunnlag for samenes individuelle eller kollektive eiendomsrett til disse områdene". For jakt og fiske er imidlertid annet ledd av like stor interesse. I områder hvor samene ikke anses som eiere, men har brukt områdene til jakt og fiske, "skal de ha rett til å inneha og bruke områdene i samme utstrekning som tidligere". Videre slås det fast at statene plikter å "treffe nødvendige tiltak for effektivt vern" av disse rettighetene i artikkel 35, og det presiseres at samenes rett til naturressursene skal vernes særskilt i artikkel 37. På samme måte som ILO-169 og Urfolksdeklarasjonen, inneholder også nordisk samekonvensjon om samiske sedvaner. I forslaget artikkel 9 første ledd slås det fast at statene skal vise tilbørlig respekt for samenes rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner. I likhet med urfolksdeklarasjonen vil også forslaget til samekonvensjon være gjenstand for nærmere drøftelse avslutningsvis i oppgaven.

3.5 Minoritetsvern etter SP artikkel 27

Et eldre folkerettslig instrument med relevans for samisk kultur og sedvaneutøvelse er å finne i SP¹⁴¹ artikkel 27. Konvensjonens bestemmelser er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 og det følger av § 3 at konvensjonen skal gå foran annen lovgivning i motstridstilfeller. Artikkel 27 har følgende ordlyd:

"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."

Det er således ikke tale om et rent urfolksvern, men et generelt vern for etniske, religiøse og språklige minoriteter. Selv om konvensjonen ikke definerer minoritetsbegrepet, er det uomtvistet at samene utgjør en minoritet i Norge og nyter beskyttelse av bestemmelsen.¹⁴² Det nærmere innhold i bestemmelsen har imidlertid vært gjenstand for diskusjon, herunder hvilke begrensninger som gjelder for bestemmelsens geografiske anvendelsesområde, om bestemmelsen gir individuelle eller kollektive rettigheter, om den gir uttrykk for absolutte eller relative rettigheter, hvilke former for kulturutøvelse bestemmelsen beskytter, hvordan statene er forpliktet, og hvor langt beskyttelsen rekker. Det vil imidlertid fare for langt å gå

¹⁴¹ International Covenant on Civil and Political Rights.

¹⁴² Se Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken) på s. 299.

inn på alle disse spørsmålene her. I lys av oppgavens tema er det således bare kulturvernet som kort skal omtales.¹⁴³

Ordlyden taler om en rett til kulturutøvelse ("the right [...] to enjoy their own culture"), samtidig som statens forpliktelser er "negativt" utformet ved at samene ikke skal nektes ("shall not be denied") retten til kulturutøvelse. Hva som nærmere ligger i dette er imidlertid ikke konkretisert. I NOU 1984: 18 uttalte Samerettsutvalget at bestemmelsen beskytter både ideelle kulturytringer (språk og joik mv) og materielle kulturytringer (reindrift og andre former for tradisjonell næringsutøvelse). Om rekkevidden av bestemmelsen fant utvalget det vanskelig å si noe om, men det ble uttalt at artikkel 27 har en kjernesone som beskytter mot inngrep. Staten ville i alle tilfeller være forpliktet til å avstå fra handlinger som i omfattende grad ville vanskeliggjøre samenes tradisjonelle kulturutøvelse, og trolig også til å hindre private i slik inngripen.¹⁴⁴

Senere praksis har i stor grad bekreftet denne tolkningen av bestemmelsen. Ved saker som gjelder naturinngrep, har FNs Menneskerettskomité ved flere anledninger uttalt at urfolks tradisjonelle næringsvirksomhet anses som en del av deres kultur, og at artikkel 27 gir beskyttelse mot naturinngrep i tradisjonelle urfolksområder.¹⁴⁵ I *Lubicon Lake Band v. Canada* var saken at den kanadiske regjeringen hadde tillatt delstatsregjeringen i Alberta å ekspropriere bestemte områder for gass- og olje utnyttelse. En indianerstamme med tilhold i nærheten drev jakt, fangst og fiske i de aktuelle områdene, og hevdet at områdene tilhørte dem. Et flertall (16-2) i Menneskerettskomiteen kom til at forholdet utgjorde en krenkelse av artikkel 27.¹⁴⁶

Det må således være klart at artikkel 27 oppstiller et materielt kulturvern hvor også jakt- og fiskerettigheter er beskyttet. Den nærmere betydning av vernet må imidlertid vurderes konkret i hver sak.¹⁴⁷

¹⁴³ For nærmere redegjørelse for bestemmelsens innhold og de nevnte spørsmål, se NOU 1984: 18 s. 270 flg., NOU 2007: 13 i punkt 5.5, Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 38-56. Samt en rekke andre teoretiske fremstillinger, se note 14 i NOU 2007: 13 punkt 5.5.3.1.

¹⁴⁴ Se NOU 1984: 18 s. 276 flg.

¹⁴⁵ Se *Lubicon Lake Band v. Canada* (1990), Communication No. 167/1984; *Ilmari Länsman v. Finland* (2001), Communication No. 511/1992; *Jouni E. Länsman* Communication No. 671/1995; *Jouni E. Länsman (II) v. Finland* (2005), Communication No. 1023/2001. Se også Committee, *General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27) : 08/04/94.CCPR/C/21/Rev.1/Add.5* i avsnitt. 3.2 og 7.

¹⁴⁶ *Lubicon Lake Band v. Canada* (Communication No. 167/1984) i avsnitt 33.

¹⁴⁷ Se NOU 2007: 13 i punkt 5.5.3.9.

I den grad SP artikkel 27 er nevnt kan det for oversiktens skyld også ha verdi å vise til samme konvensjons artikkel 1 om selvbestemmelse med videre, som for øvrig er identisk med ordlyden i ØSK artikkel 1. Bestemmelsen fastslår folkenes rett til selvbestemmelse ("right to self-determination") jf. artikkel 1 nr. 1. Videre taler bestemmelsen om folkenes rett til fritt å råde over sine naturressurser jf. nr. 2 og at konvensjonsstatene skal arbeide for vireliggjøring og respektering av selvbestemmelsesretten jf. nr. 3.

I forhold til urfolk og andre minoriteter i nasjonalstater oppstår spørsmålet om disse befolkningsgrupper kan anses som "folk" i relasjon til konvensjonen. Ordlyden gir liten veiledning og dette spørsmål har gitt grunnlag til diskusjon vedrørende samenes stilling i Norge.¹⁴⁸ En nærmere drøftelse av spørsmålet om samenes selvbestemmelsesrett vil imidlertid falle utenfor denne oppgavens tema. Bestemmelsen i SP artikkel 1 er generelt utformet og vil etter all sannsynlighet ikke ha betydning i forhold til jakt og fiske utover de rettigheter som kan utledes av ILO-169, SP artikkel 27, urfolksdeklarasjonen og utkastet til nordisk samekonvensjon.

4 Hvilke skranker setter ILO-169 på ressursforvaltningsområdet, og er finnmarkslovens regler om jakt og fiske innenfor det ILO krever i forhold til lovgivningen?

4.1 Innledning

ILO-konvensjon nr. 169 gjelder for urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater jf. artikkel 1 nr. 1. At samene er urfolk er uomtvistet og ble lagt til grunn som sikker rett ved ratifikasjonen.¹⁴⁹ Senere er dette fulgt opp i forarbeidene til finnmarksloven og fastslått av

¹⁴⁸ I sin første utredning kom Samerettsutvalget til at samene ikke kunne "antas å gå inn under retten til selvbestemmelse slik den er utformet i [...] art. 1", men samtidig åpnet de for at prinsippet om selvbestemmelsesrett kunne få indirekte betydning for samene ved å være et tolkningsmoment i relasjon til SP artikkel 27, se NOU 1984: 18 s. 263-264. I lys av nyere Menneskerettighetskomiteens de siste ti år kan det etter Samerettsutvalget II sin utredning fra 2007 synes som om urfolk har fått anerkjent en viss *form* for selvbestemmelsesrett etter artikkel 1. Utvalget åpner for at det i relasjon til artikkel 1 kan ha utviklet seg en særlig selvbestemmelsesrett for urfolk, men understreker at denne for Norges vedkommende neppe ligger noe mer i dette enn det som følger av SP artikkel 27 og ILO-169, se NOU 2007: 13 i punkt 5.4 flg. (og særlig om urfolk i 5.4.4).

¹⁴⁹ St.prp. nr. 102 (1989-1990) s. 42.

Høyesterett.¹⁵⁰ De nyere utredningene fra Samerettsutvalget II og Kystfiskeutvalget for Finnmark legger også til grunn at samene må oppfattes som urfolk og nyte beskyttelse av ILO-169.¹⁵¹ Konvensjonen oppstiller minstestandarder, og i det følgende skal søkelyset rettes mot konvensjonens krav til norske myndigheter og finnmarkslovens bestemmelser om jakt og fiske.

4.2 Er samiske rettigheter til jakt og fiske beskyttet av konvensjonen?

En forutsetning for å drøfte hvorvidt jakt- og fiskebestemmelsene i finnmarksloven er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser etter ILO-169, er at disse godene nyter et selvstendig rettsvern gjennom konvensjonen. Innledningsvis skal det derfor ses nærmere på hva slags type rettigheter jakt og fiske er, og hvilke bestemmelser i konvensjonen som kan tenkes å verne om disse rettighetene.

Med jaktrettigheter forstås i denne oppgaven en rett til å spore opp og felle vilt¹⁵² som er tillatt å jakte på.¹⁵³ Fiskerettigheter forstås som rett til fiske i vassdrag og innsjøer etter innlandsfisk og anadrome laksefisk. Fiske i sjøen og eventuell jakt på sjøfugl med videre i slike områder faller utenfor denne oppgaven å belyse.

Jakt- og fiskerettigheter kan ha flere grunnlag. Grunneiere kan ha rett til jakt og fiske i kraft av å være grunneiere. Dette følger for eksempel av viltloven § 27 og lakse- og innlandsfiskeoven¹⁵⁴ §§ 16 og 17. Jaktrett vil også personer som leier eiendom hos grunneier antas å ha, dersom ikke annet er avtalt jf. viltloven § 28. Videre kan jakt og fiske foreligge som bruksrettigheter i kraft av avtale, hevd eller alders tids bruk.

¹⁵⁰ Se for eksempel NOU 1997: 5 s. 32 annen spalte og Selbuddommen (Rt. 2001 s. 769) på s. 791.

¹⁵¹ Se NOU 2007:13 i punkt 5.6.2.1 og NOU 2008: 5 i punkt 8.1.1. Enkelte politikeres utsagn om at samene "ikke kom først" og at samene har tilpasset seg det moderne samfunn, kan ikke rokke ved dette utgangspunkt. Uttalelsene må ses i lys av at den norske stat møter utfordringer ved gjennomføring av urfolkrettslige forpliktelser, og at enkelte forsøker å slå politisk mynt på dette, se NOU 2008: 5 i note 6 til punkt 5.6.2.1.

¹⁵² Det vil si "alle viltlevende landpattedyr og fugler, amfibier og krypdyr" sml. definisjonen i viltloven § 2.

¹⁵³ I medhold av viltl. § 9 har Kongen ved Miljøverndepartementet delegert kompetansen til å fastsette jaktbare arter og jakttider til Direktoratet for naturforvaltning jf. delegeringsvedtak 2. april 1982 nr. 592 jf. delegeringsvedtak 30. april 2001 nr. 1670. Jaktbare arter og jakttider går således frem av direktoratets forskrift om jakt- og fangsttider samt sanking av egg og dun for jaktsesongene fra 1. april 2007 til og med 31. mars 2012.

¹⁵⁴ Lov 15. mai 1992 nr. 42 om laksefisk og innlandsfisk m.v.

I bygdeallmenninger er jakt og fiske regulert av bygdeallmenningsloven¹⁵⁵, henholdsvis kapittel 7 og 8. I slike områder er jakt- og fiskerettigheter begrenset til personer som ” utøver bruksrett i allmenningen for eiendom med tilliggende bruksrett” og enkelte andre med familiær eller driftsmessig tilknytning til driften, se §§ 7-1 og 8-1. I statsallmenninger er jakt- og fiskerettigheter henholdsvis regulert av fjelloven¹⁵⁶ kapittel XI og XII. Her kan alle personer som har vært bosatt i Norge det siste året, drive jakt og fiske mot løsing av henholdsvis jakt- og fiskekort jf. §§ 23 første ledd og 28 første ledd. På øvrig statsgrunn følger det en rett til jakt og fangst for norske statsborgere og personer som det siste året har vært og er bosatt i riket jf. viltloven § 31, og likeledes for fiske etter laks- og innlandsfiskeoven § 22.

På Finnmarkseiendommens grunn kan det tenkes flere rettslige grunnlag for jakt- fiskerettigheter. I områder hvor det etter ILO-169 artikkel 14 nr. 1 første punktum skal anerkjennes eier og besittelsesrettigheter, kan det hevdes at jakt og fiske er rettigheter som urfolket må få anerkjent i like stor utstrekning som enhver annen grunneier.

Videre kan samene gjennom utøvd bruk ha krav på få anerkjent bruksrettigheter i visse områder etter artikkel 14 nr. 1 annet punktum jf. også artikkel 15, selv om de ikke skulle kunne anses som eiere av de aktuelle områdene. Slike rettigheter kan for det første tenkes å være hevdet med hjemmel i hevdsloven¹⁵⁷ § 2. For det andre kan slike rettigheter tenkes ervervet gjennom ulovfestede regler om alders tids bruk.¹⁵⁸ Anerkjennelse av eiendoms- og bruksrettigheter etter overnevnte artikler, kan derfor sies å bygge på et tingsrettlig sedvanegrunnlag.

ILO-169 omtaler imidlertid også andre sedvaner enn de rene eiendoms- og bruksrettigheter. Mens ILO-107 hadde som siktemål å beskytte urfolk og integrere dem i samfunnet, er som tidligere nevnt formålet noe annet ved ILO-169. Sikring av utfolks rett til bevaring og videreutvikling av sin identitet, livsform og kultur kan sies å være hovedmålsetningen ved den

¹⁵⁵ Lov 19. juni 1992 nr. 59 om bygdeallmenninger.

¹⁵⁶ Lov 6. juni 1975 nr. 31 om utnyttning av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane.

¹⁵⁷ Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd.

¹⁵⁸ Se for eksempel. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogsaken). En grundig analyse av ervervs måten alders tids bruk er gitt ved en doktorgradsavhandling av Gunnar Ketil Eriksen i Tromsø i 2007. Avhandlingen tar også opp spørsmålet om hvor anvendbare reglene er i forhold til samisk bruk av naturressurser, se Eriksen, *Alders tids bruk* (2007) s. 304 flg. i kapittel 14. (Per medio april 2008 er avhandlingen ikke publisert, men en publisering skal i følge Eriksen selv være ”rett rundt hjørnet”.)

nye konvensjonen, hvilket innebærer en sterkere stilling for urfolks skikker, tradisjoner og sedvaner.¹⁵⁹

I selve konvensjonen er jakt og fiske nevnt uttrykkelig i artikkel 23 som et eksempel på tradisjonell virksomhet som skal anerkjennes som en viktig faktor for å opprettholde og bevare urfolkets kultur, økonomiske bæreevne og utvikling. I forbindelse med lovgiving overfor urfolk, skal det etter artikkel 8 nr. 1 tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner og deres sedvanerett. Sedvaner i disse sammenhengene har et videre nedslagsfelt enn de tingsrettslige sedvaner. Det kan for eksempel være tale om bestemte handlingsmønstre eller tradisjoner i forhold til redskapsbruk med videre. Denne form for sedvaner kan også tenkes anført som et grunnlag for jakt- og fiskerettigheter.

ILO-169 må kunne sies å beskytte begge kategorier av sedvaner. Den følgende drøftelse vil således forsøke å belyse både eiendoms- og bruksrettighetene i artikkel 14 og 15, og de krav som artikkel 8 og 23 setter i forhold til å ta hensyn til urfolks sedvaner, tradisjonelle skikker og kultur.

4.3 Er ILO-169 til hinder for at de rettigheter som samene har etter konvensjonen, utformes som ”områderettigheter” uten hensyn til etnisk opprinnelse?

ILO-169 tar sikte på å beskytte folkegrupper som kan karakteriseres som urfolk og stammefolk jf. artikkel 1. Rettighetene som samene har krav på å få anerkjent etter ILO-169, er imidlertid utformet som ”områderettigheter” i finnmarksloven. Det foretas med andre ord ikke noe skille mellom folkegrupper ut fra etnisk opprinnelse når det skal avgjøres hvem som har rettigheter etter loven. I lys av dette kan det spørres om det utgjør et konvensjonsbrudd at samenes rettigheter etter ILO-169 er utformet på denne måten i finnmarksloven.

ILO-169 inneholder ikke detaljerte bestemmelser om gjennomføringen av konvensjonen. I stedet legger artikkel 34 opp til en smidig og situasjonsavhengig gjennomføring av konvensjonen hvor det tas hensyn til hvert lands særegne forhold:

¹⁵⁹ Se Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 2 og 3.

”The nature and scope of the measures to be taken to give effect to this Convention shall be determined in a flexible manner, having regard to the conditions characteristic of each country.”

Ordlyden åpner således for en veldig fleksibel gjennomføring av konvensjonens bestemmelser. Til tross for dette kan ikke myndighetene stå helt fritt ved gjennomføringen. Bestemmelsen tar bare i betraktning at det kan være store forskjeller mellom urfolks og stammefolks situasjoner i forskjellige land.¹⁶⁰ I tråd med formålene bak ILO-169, må det derfor være en forutsetning at gjennomføringen av bestemmelsene innebærer en reell styrking av urfolks rettigheter. Under ingen omstendighet kan det derfor godtas en ordning i Finnmark som svekker samenes rettigheter.

I NOU 1997: 5 ble det drøftet hvorvidt konvensjonen var til hinder for en slik ordning. Folkerettsgruppen kom til at det måtte sonderes mellom bruksrettigheter på den ene side og eier- og besittelsesrettigheter på den annen. For bruksrettigheter var ikke ILO-169 til hinder for at rettighetene kunne tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse, såfremt ”en slik ordning i tilstrekkelig grad vil sikre vedkommende urfolks muligheter til å bevare og videreutvikle sin livsform og kultur.”¹⁶¹ Dersom ressursgrunnlaget var stort nok til at både urfolket og andre i området kunne utnytte ressursen, var ikke ILO-169 til hinder for at rettighetene ble utformet som områderettigheter. I forhold til eiendoms- og besittelsesrettigheter kom gruppen i utgangspunktet til motsatt slutning:

”Når de vilkår som konvensjonen oppstiller for at en urfolksgruppe skal ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til et område, er oppfylt, har urfolksgruppen krav på å bli kjent reelt berettiget til å utøve alle eller de vesentligste av de faktiske beføyelser som normalt tilligger en eier [...] Som utgangspunkt vil dette måtte være til hinder for at urfolksgruppen kan pålegges å dele slike rettigheter med den øvrige befolkning.”¹⁶²

Dette kunne imidlertid ikke gjelde ubetinget, og med henvisning til ILO-169 artikkel 34 og de særlige forhold i Finnmark med samisk og ikke-samisk bosetting i samme områder, åpnet gruppen for at det ikke ville være konvensjonsstridig at rettighetene ble tilkjent som områderettigheter. Forutsetningen var imidlertid at det ble stilt krav om ”at det rettssubjekt som rettighetene blir lagt til, har et styre hvor flertallet av styremedlemmene blir oppnevnt av

¹⁶⁰ *ibid.* s. 26.

¹⁶¹ Se NOU 1997: 5 s. 42 første spalte i punkt 3.3.7.

¹⁶² Se *ibid.*

samiske organer”.¹⁶³ Videre ble det fremholdt at en overføring av rettighetene til rettssubjektet, bare kunne skje under forutsetning av at ordningen ikke gikk ”ut over samenes muligheter til å videreutvikle sin livsform og kultur”, at Sametinget som representant for samene ble forespurt jf. ILO-169 artikkel 17 nr. 2, samt at en eventuell avtale ble inngått med Sametinget, ettersom de måtte anses å ha kompetanse til å disponere over rettighetene som samene etter konvensjonen hadde krav på å få anerkjent.¹⁶⁴

Ulempene ved at samenes rett til anerkjennelse av eier- og besittelsesrettigheter utformes som områderettigheter, må veies opp mot fordelene ved at samene får muligheten til å influere forvaltningen av større områder. I områder hvor samene bare har bruksrettigheter i form av rett til jakt og fiske, kan det for eksempel være gunstig med en økt innflytelse. Samtidig kan samiske reindriftsutøvere tenkes å tjene på en ordning hvor de i større grad får innflytelse på forvaltningen av store deler av Finnmark. Selv i områder hvor samer utgjør flesteparten av befolkningen, vil det likevel være betydelige innslag av folk som ikke er samisk. Dersom disse ekskluderes som rettighetshavere på grunn av at de ikke er av samisk opprinnelse, kan det tenkes å oppstå konflikter. Dette kan igjen vekke liv i gamle fordommer og bidra til misnøye. Slike tilstander kan ikke sies å være intensjonen med ILO-169.

I sum må dette innebære at ILO-169 ikke er til hinder for at samenes rettigheter etter konvensjonen utformes som ”områderettigheter”.

4.4 Er det tatt tilstrekkelig hensyn til samiske sedvaner og sedvanerett ved utformingen av bestemmelsene om fornybare ressurser på Finnmarkseiendommens grunn?

4.4.1 Innledning

I finnmarksloven er hensynet til samiske sedvaner og sedvanerett forsøkt ivaretatt. Lovens § 5 fastslår i første ledd at samene har ”kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark”. Videre påpekes det uttrykkelig at loven ikke gjør inngrep i rettigheter opparbeidet ved hevd eller alders tidsbruk i annet ledd første punktum. I forbindelse med jakt og fiske er hensynet til urfolkets sedvaner og sedvanerett forsøkt ivaretatt gjennom bestemmelsene i lovens kapittel 3 om fornybare ressurser på

¹⁶³ ibid. s. 42 annen spalte i punkt 3.3.7.

¹⁶⁴ ibid. s. 44 annen spalte i punkt 3.3.7.

Finnmarkseiendommens grunn. For oversiktens del skal derfor innholdet i de enkelte bestemmelsene kort gjengis innledningsvis.

4.4.2 Bestemmelsene i finnmarkslovens kapittel 3

4.4.2.1 Innledning

Finnmarkslovens kapittel 3 tar for seg fornybare utmarksressurser på Finnmarkseiendommens grunn. Kapitlet gir både bestemmelser om forvaltningen av ressursene og regler om hvem som har rettigheter til dem. I tråd med Samerettsutvalgets forslag i NOU 1997: 4¹⁶⁵ gir kapitlet uttrykk for en felles forvaltnings- og rettighetsordning for de fornybare utmarksressursene i fylket. Det gjøres således ikke noe skille ut fra etnisk opprinnelse i spørsmålet om hvem som har rettigheter til ressursene. Forvaltningsansvaret for naturressursene er lagt til Finnmarkseiendommen, se § 21 jf. § 27. Rettighetene til ressursutnyttelse er i hovedsak fordelt mellom kommunenes og fylkets innbyggere, men det er også åpnet særskilt lokal utnyttelse, samt at personer bosatt utenfor fylket har en viss adgang til jakt og fiske. I det følgende skal disse rettighetene belyses nærmere. For ordens skyld behandles rettighetene for personer bosatt i og utenfor Finnmark hver for seg.

4.4.2.2 Forvaltningsrettslige hovedprinsipper

I lovens § 21 første ledd første punktum nevnes innledningsvis enkelte hovedprinsipper og retningslinjer for forvaltningen. De fornybare ressursene skal forvaltes i tråd med lovens formål (jf. § 1) og annen relevant lovgivning. Viktige momenter er bevaring av naturens mangfold og produktivitet jf. annet punktum. Reglene i kapitlet må likevel stå tilbake for rettigheter som bygger på annet rettsgrunnlag jf. annet ledd. Bestemmelsen ble tilføyd ved behandlingen i Justiskomiteen og innebærer at kapittel 3 ikke får anvendelse på grunn og rettigheter som har privatrettslig grunnlag som for eksempel de særlige rettsforhold i Alta-, Tana- og Neidenvassdragene og eventuelle rettigheter som oppdages gjennom utredningsprosessen etter kapittel 5.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Se utredningens kapittel 5 flg.

¹⁶⁶ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 29 i punkt 7.3.1.

Videre understreker annet ledd at reglene i kapittelet ikke gjør inngrep i rettigheter som følger av særlige rettsforhold. Dette styrker prinsippet § 5 annet ledd om at loven ikke skal gripe inn i eksisterende rettigheter. Forarbeidene fremholder også viktigheten av å videreføre eksisterende rettigheter:

”En slik ordning vil åpne for at reglene om rett til og forvaltning av utmarksgodene kan gis en likeartet utforming, og det vil i samme område kunne opereres med én gruppe rettshavere og ett forvaltningsorgan. En slik generalisering vil gjøre regelverket for bruken av utmarka i Finnmark mer oversiktlig enn i dag. Samtidig vil dette kunne tjene som en klargjøring og videreføring av lokalbefolkningens utmarksrettigheter, og også gi en viss utvidelse av rettighetene ved at utmarksgoder som i dag tilkommer en videre personkrets kan legges på et mer lokalt nivå. Ingen vil likevel bli fratatt ekspropriasjonsrettslig vernede rettigheter, slik at det mer er tale om en omfordeling av eksisterende rettigheter enn en tildeling av nye rettigheter.”¹⁶⁷

4.4.2.3 Rettigheter for personer bosatt innenfor Finnmark fylke

Som nevnt innledningsvis er jakt- og fiskerettighetene i finnmarksloven organisert etter hvor man har bosted. Rettigheter for kommunes innbyggere til utnyttelse av fornybare resurser er tema i § 22. Det avgjørende er hvor personen har faktisk bosted, men i tilfeller hvor en person er bosatt flere steder, er det nok at ett av stedene er i fylket.¹⁶⁸ I tillegg til kommunens innbyggere har reindriftsutøvere utenfor kommunen samme rettigheter i tidsrommet reindrift foregår jf. annet ledd. I første ledd regnes det opp hvilke rettigheter det er tale om. Bokstavene c) til f) omhandler sanking av egg og dun (c), hogst (d) og annen utnyttelse av lauvskog (f) samt stikking av torv (e). Det faller imidlertid utenfor denne oppgave å behandle disse rettighetene. I det følgende er derfor rettighetene til fiske etter innlandsfisk og anadrome laksefisk i bokstavene a) og b) tema.

Med begrepene ´innlandsfisk` og ´anadrome laksefisk` siktes det til hvordan de er definert i lakse- og innlandsfiskeloven § 5.¹⁶⁹ Sistnevnte blir definert som ”laksefisk som vandrer mellom sjø og ferskvann og som er avhengig av ferskvann for å reprodusere seg, samt rogn og unger av slik fisk” jf. § 5, bokstav a). I dagens situasjon vil dette hovedsakelig omfatte blant

¹⁶⁷ Se NOU 1997: 4 i punkt 5.1 fjerde avsnitt.

¹⁶⁸ Jf. Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 135 i kapittel 9 til § 23 jf. s. 134 i kapittel 9 til § 22.

¹⁶⁹ Lov 15. mai 1992 nr. 42 om laksefisk og innlandsfisk m.v. jf. Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 135 i kapittel 9 til § 23.

annet atlantehavslaks (laks), sjøørret og sjørøye. Bestemmelsen angir imidlertid en biologisk definisjon for å fange opp eventuelle nye arter som blir innført eller sprer seg naturlig til Norge.¹⁷⁰ Innlandsfisk er ”all annen fisk i vassdrag enn anadrome laksefisk, samt rogn og unger av slik fisk, herunder også regnet ål.” jf. § 5, bokstav b). Dette vil blant annet omfatte ferskvannsørret, ferskvannsrøye, gjedde, abbor med videre.

Bestemmelsen svarer i hovedsak til proposisjonsforslaget § 22, men det er foretatt enkelte endringer. Rettighetene er oppregnet i bokstaver i motsetning til proposisjonsforslaget hvor de var omtalt i første ledd. Videre ble rettighetene utvidet til også å omfatte jakt på småvilt og fiske i vassdrag med stang og håndsnøre.¹⁷¹

For å drive fiske etter innlandsfisk med garn, eller fiske etter anadrome laksefisk med faststående redskap i sjøen, er det et vilkår at det foreligger tillatelse fra Finnmarkseiendommen jf. finnmarksloven § 27 fjerde ledd jf. annet ledd. I tillegg kan Finnmarkseiendommen kreve avgift jf. tredje ledd. Når det i § 22 første ledd heter at innbyggerne har rettigheter i ”samsvar med reglene i kapittelet her” innebærer dette i tillegg at innbyggeren må respektere blant annet lokale rettigheter jf. § 24, rettigheter opparbeidet etter § 5, samt eventuelle rettigheter som identifiseres gjennom kartleggingsprosessen i kapittel 5.¹⁷²

I § 23 reguleres rettighetene for personer bosatt i Finnmark fylke. Som for § 22 er det også her det faktiske bosted som er avgjørende, men dersom man har flere boplasser er det nok at en av dem er i fylket.¹⁷³ Bestemmelsen gir blant annet rett til jakt på storvilt (a), jakt og fangst av småvilt (b) og fiske i vassdrag med stang og håndsnøre (c). Storvilt er samlebetegnelse på støtte ville pattedyr og vil i relasjon til finnmarksloven blant annet omfatte elg og gaupe. Småvilt er motsatsen til storvilt og betegner mindre ville pattedyr. Fuglevilt, mår og rødvil vil for eksempel falle inn under denne betegnelse.¹⁷⁴

Rettighetene til jakt og fiske er imidlertid avhengig av at tillatelse gis fra Finnmarkseiendommen jf. § 27 annet ledd. I tillegg kan avgift kan avkreves jf. tredje ledd. I likhet med § 22 må bestemmelsen leses i samsvar med øvrige regler i kapittel 3 og ”innenfor de rammer som følger av annen lovgivning”. De ovenfor nevnte begrensninger vil således

¹⁷⁰ Se Gyldendal Rettsdata om loven i note 8 til § 5 (<http://abo.retsdata.no/propub/template.htm?view=main>).

¹⁷¹ Sml. Innst. O. nr. 80 (2004-2005) i punkt 7.4.17 og Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 134-135 i kapittel 9 til § 22.

¹⁷² Se Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 135 i kapittel 9 til § 23.

¹⁷³ *ibid.* s. 134 i kapittel 9 til § 22.

¹⁷⁴ Se *ibid.* s. 134 i kapittel 9 til § 123. Se for øvrig NOU 1993: 34 s.166 annen spalte.

gjelde tilsvarende for § 23. Bestemmelsen hjemler for øvrig en rett til multeplukking (d) og uttak av trevirke til husflid (e), uten at disse skal problematiseres nærmere i denne sammenheng.

Etter § 24 kan personer som ”har tilknytning til en bygd og har sitt livsgrunnlag helt eller delvis knyttet til utnyttelsen av fornybare ressurser i nærheten av bygda”, få en særskilt rett til utnyttelse av rettighetene som er nevnt i §§ 22 og 23. Kommunene har kompetanse til å tildele slike rettigheter på anviste steder i kommunen jf. § 24 første ledd første punktum, men Finnmarkseiendommen er overordnet kommunen etter annet ledd. Ordlyden angir et hovedvilkår ved at utnyttelsen helt eller delvis utgjør rettighetshaverens ”livsgrunnlag”. Uttrykket er vagt og må favne om både personer som har sin inntekt knyttet til utnyttelsen, og personer som utnytter ressursene til eget hushold.¹⁷⁵ Når ordlyden taler om at rettighetshaveren må ha tilknytning til en ”bygd”, og at utnyttelsen må være i ”nærheten av bygda”, indikerer dette at folk fra byer og større tettsteder ikke kan få slike særlige rettigheter.

Bestemmelsen ble forandret ved behandlingen i Justiskomiteen. I det opprinnelige lovforslaget ble det stilt krav om at ”en betydelig del” av livsgrunnlaget måtte være knyttet til ressursutnyttelsen, mens det nå er tilstrekkelig at livsgrunnlaget ”helt eller delvis” har tilknytning til utnyttelsen. I tillegg kom kravet til bygdetilknytning inn. Bakgrunnen for dette var at et flertall i Justiskomiteen ønsket ”en forsiktig utvidelse av ordningen [...] slik at den lettere [kunne] fange opp samiske tradisjoner.”¹⁷⁶

4.4.2.4 Rettigheter for personer bosatt utenfor Finnmark fylke

Finnmarksloven § 25 første ledd lovfester en ”adgang til jakt og fangst av småvilt og fiske i vassdrag med stang og håndsnøre” for enhver. Som for kommunes og fylkets innbyggere etter henholdsvis §§ 22 og 23, må også allmennhetens adgang utøves i samsvar med de øvrige reglene i kapittel 3 og annen lovgivning. Og likeledes er adgang forutsatt at det foreligger tillatelse fra Finnmarkseiendommen jf. finnmarksloven § 27.¹⁷⁷

Bestemmelsen ble gjenstand for en del endringer i forhold til proposisjonsforslaget.

Rekkefølgen på bestemmelsene ble snudd i Justiskomiteens innstilling, slik at adgangen for

¹⁷⁵ *ibid.* s. 136 i kapittel 9 til § 24.

¹⁷⁶ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 43 i punkt 7.4.17 til kapittel 3.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 134 i kapitel 9 til § 21.

andre ble omtalt i § 25 og ikke etter § 21 jf. proposisjonsforslaget. Videre ble bestemmelsen endret fra å vise til ”allmennhetens rettigheter” og ”rett til jakt og fangst av småvilt og fiske” til å gjelde ”andres adgang” til slik utnyttelse, etter ønske fra Sametinget og Finnmark fylkesting.¹⁷⁸ Hvorvidt dette innebærer en realitetsendring kan likevel diskuteres, ettersom det i Justiskomiteens innstilling legges ”til grunn at allmennhetens adgang til jakt og fiske videreføres”.¹⁷⁹

En større endring er at kravene til rettighetssubjektet er endret. I proposisjonsforslaget var det opprinnelig et bostedskrav i form av at rettighetene tilkom ”alle som det siste året har vært og fortsatt er bosatt i Norge”.¹⁸⁰ På grunn av det kunne reises tvil med hvorvidt et slikt krav var i overensstemmelse med EØS-avtalen, valgte Justiskomiteen i sin innstilling å utforme bestemmelsen uten referanse til bosted.

I tillegg til dette har Finnmarkseiendommen gjennom § 26 adgang til å tildele lokale organisasjoner og sammenslutninger med fremming av allmenn jakt, fangst og fiske som formål, en særskilt rett til forvaltning av jakt, fangst og fiske på Finnmarkseiendommens grunn jf. § 26. Dette kan innebære at enkelte personer bosatt utenfor Finnmark gjennom medlemskap i de aktuelle organisasjoner og sammenslutninger, kan få rettigheter til jakt og fiske. Den lokale forvaltningen må imidlertid utøves i samsvar med prinsippene i § 21 og holde seg innefor rammen av øvrig lovgivning.¹⁸¹

I forkant av finnmarkslovens vedtakelse var det en viss frykt fra Norges Jeger og Fiskerforbund om at allmennheten ville utelukkes fra jakt og fiske i Finnmark.

Bestemmelsene ovenfor viser imidlertid at andre fortsatt har gode muligheter til jakt på småvilt og fiske i vassdrag med stang og håndsnøre, forutsatt at ikke Finnmarkseiendommen gjennom sine forvaltningsvedtak legger ytterligere bånd på adgangen.¹⁸²

¹⁷⁸ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 44 i punkt 7.4.17 til kapittel 3. Motsetningsvis Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 147 og s. 134 i kapittel 9 til § 21.

¹⁷⁹ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 44 i punkt 7.4.17 til kapittel 3.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 53 (2002-2003) s. 147 i § 21.

¹⁸¹ *ibid.* s. 138-139 i kapittel 9 til § 26.

¹⁸² I forbindelse med en høringsrunde har administrasjonen i Alta kommune uttalt seg frisk i forhold til begrensninger i rypejakt ved uttrykket ”Finnmark for finnmarkinger”, se Altapostens leder 15.3.2008. (<http://www.altaposten.no/meninger/leder/article142710.ece>) I områder med stort jaktrykk vil det fort kunne bli aktuelt med tiltak for å oppstå irritasjon over jegerinvasjon fra sør, men samtidig er besøkende jegere mye verdt for næringslivet i Finnmark. Adgangen til jakt engasjerer på denne måten også andre enn bare jegere.

4.5 Rettigheter til naturressurser etter ILO-169 artikkel 14 og 15

4.5.1 Innledning

Urfolks sedvaner og finnmarkslovens regler om jakt og fiske har nær sammenheng med bestemmelsene om landrettigheter i ILO-169 artikkel 14 og 15. Den videre fremstilling vil derfor innebære en analyse av disse, men med hovedvekt på de rettsvirkninger bestemmelsene har i relasjon til jakt og fiske.

Det fremgår av ILO-169 artikkel 14 nr. 1 første punktum at urfolks eier- og besittelsesrettigheter skal anerkjennes for landområder som urfolket tradisjonelt har rådet over:

“The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognized.”

Bestemmelsen reiser mange tolkningsspørsmål, men i det følgende skal det bare kort redegjøres for noen av dem.

4.5.2 Hvilke typer rettigheter kan utledes av ”rights to ownership and possession”

Det første spørsmål som melder seg, er hva slags type rettigheter artikkel 14 gir anvisning på. Uttrykket ”rights of ownership and possession” kan oversettes til ”eier- og besittelsesrettigheter”. Mens eiendomsrettigheter kan assosieres med å ha den rettslige rådighet over noe, vil besittelsesrettigheter, etter vanlig språklig forståelse, lettere assosieres med å ha den fysiske besittelse over det aktuelle objekt.

Det har vært diskutert hvorvidt bruken av flertallsformen ”rights” henspeiler på de to rettighetene ”ownership” og ”possession”, eller om bruken av flertallsformen bygger på tanken om et funksjonelt eiendomsbegrep, der begge begrepene er samlebetegnelser på ulike eier- og besittelsesrettigheter. Tolkningsresultatet har betydning ettersom førstnevnte forståelse lettere vil innebære et krav om anerkjennelse av alle faktiske og rettslige rettigheter som normalt tilkommer en eier. I anledning den spesielle situasjonen i Norge kom ILOs ekspertkomité med følgende uttalelse i CEACR 1995/65th Session:

”The Committee does not consider that the Convention requires title to be recognized in all cases in which indigenous and tribal peoples have rights to lands traditionally occupied by them, although the recognition of ownership rights by these people over the lands they occupy would always be consistent with the Convention. The Committee awaits with interest the final determination of this question in Norway.”¹⁸³

Blant norske eksperter på folkerett og urfolksrett er det også enighet om at bestemmelsen ikke krever anerkjennelse av alle faktiske og rettslige rettigheter som tilkommer en eier. Derimot er det uenighet om hva som ligger i ekspertkomiteens bruk av begrepet ”title”. Mens Graver og Ulfstein mener begrepet representerer den formelle eiendomsrett i betydningen grunnbokshjemmel, mener Fleischer at begrepet henspeiler på det reelle eierforhold.¹⁸⁴ Dette er en av årsakene til at ekspertene kommer til forskjellige konklusjoner med hensyn til hvilke rettigheter som må anerkjennes for å oppfylle ILO-169 på dette punkt. Graver og Ulfstein hevder at konvensjonen i utgangspunktet krever ”at urfolket tilkjennes alle de rettigheter en eier vanligvis har etter vedkommende rettssystem” (med eventuelt unntak for grunnbokshjemmel).¹⁸⁵ Fleischer på sin side er imidlertid av den oppfatning at det ”er visse funksjoner av eiendomsretten som skal anerkjennes, alt etter hva som gjelder på vedkommende sted og i henhold til de rettsregler som kommer til anvendelse”¹⁸⁶ (Fleischers understrekning).

Dette tema var gjenstand for lange forhandlinger i forkant av konvensjonen. Det ble pekt på at mange urfolk ikke hadde full eiendomsrett til sine tradisjonelle landområder, og til slutt ble det konkludert med at besittelses- og bruksrettigheter i visse tilfeller kunne tilfredsstillende konvensjonens krav:

”After a long discussion in the Conference, it was concluded that in some circumstances the right to possession and use of the land would satisfy the conditions laid down in the Convention, as long as there was a firm assurance that these rights would continue.”¹⁸⁷

Uansett hvilken av de overnevnte konklusjoner som legges til grunn, er presiseringen i siste del av den siterte setningen verdt å merke seg. Dersom ikke full eiendomsrett anerkjennes, må

¹⁸³ Sitatet er gjengitt Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003). Se også Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 18.

¹⁸⁴ Se gjennomgang av begrepet i Fleischer, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11- 2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov"* (2003) s. 7-13.

¹⁸⁵ Se s. 19 i Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003).

¹⁸⁶ Se Fleischer, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11- 2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov"* (2003) s. 24.

¹⁸⁷ Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 18.

det være helt klart at de rettigheter som foreligger blir videreført. Den bruk som har vært utøvd og de rettigheter som eksisterer, må på ingen måte svekkes. For Norges del kan det i denne forbindelse nevnes at folkerettsgruppen svarte benektende på spørsmålet om en sterkt vernet bruksrett var tilstrekkelig til å oppfylle konvensjonskravene.¹⁸⁸ Det ble pekt på at Norges og Canadas forslag om å likestille bruksrettigheter med eiendoms og besittelsesrettigheter i artikkel 14 første punktum ble nedstemt, ettersom det ble oppfattet å innebære en svekkelse i forhold til ILO-107.¹⁸⁹

Etter min mening krever uttrykket at de fleste funksjoner av eiendomsretten må anerkjennes, men dette må samtidig ses i relasjon til hvor omfattende urfolkets utnyttelse har vært jf. vilkåret om ”traditionally occupy”.

4.5.3 Nærmere om uttrykket ”traditionally occupy”

Etter ordlyden har samene rett til anerkjennelse av rettigheter i ”lands which they traditionally occupy”. Bestemmelsen gir uttrykk for flere vilkår. For det første må det være tale om ”lands”. Dette uttrykket kan oversettes til ”landområder” og byr ikke på større tolkningsproblemer. Derimot er det mer usikkert hva som ligger i begrepet ”traditionally occupy”. Det kunne for så vidt vært nærliggende å oversette uttrykket med landområder de ”tradisjonelt okkuperer”. En slik ordrett oversettelse ble imidlertid frafalt da det norske verbet ”å okkupere” ble funnet å ha et snevrere anvendelsesområde enn det engelske ”occupy” og franske ”occupent” på konvensjonens to offisielle språk. I følge guiden til ILO-169 krever ikke konvensjonen ”okkupasjon” i tradisjonell forstand. En slik ordning kunne ha tvunget urfolket til en bestemt livsstil og begrenset muligheten til å utvikle sin livsform etter hva som passet dem best.¹⁹⁰ I stedet valgte Justisdepartementet å oversette uttrykket til ”tradisjonelt lever”.¹⁹¹

¹⁸⁸ Se NOU 1997: 5 s. 36 første og annen spalte.

¹⁸⁹ Se nærmere om forslaget i *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A)* (1989) s. 34-36.

¹⁹⁰ Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 19. Se også NOU 1997: 5 s. 35 første spalte.

¹⁹¹ Se Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 70 med videre henvisning til St. meld. nr. 102 (1989-90).

Graver og Ulfstein velger i sin vurdering av forslaget til finnmarkslov å oversette begrepet med ”tradisjonelt befolker”.¹⁹² En slik forståelse er imidlertid uriktig ifølge Fleischer som hevder at bestemmelsen krever langt mer enn at urfolket tradisjonelt har bodd i området.¹⁹³ Skogvang påpeker også på at det å leve i området ikke er tilstrekkelig, og at det må ”være tale om et forhold av mer dominerende art.” På denne bakgrunn velger hun å oversette uttrykket til områder de ”tradisjonelt råder over” eller ”tradisjonelt besitter”.¹⁹⁴ Disse uttrykkene gir etter min mening et riktigere uttrykk for ordet ”occupy” slik det fremstår i konvensjonen. På denne bakgrunn vil ”occupy” i det følgende bli oversatt til ”råder over” eller ”besitter”.

4.5.4 Stiller ILO-169 krav om at urfolkets utnyttelse av området må ha vært eksklusiv for at eier og besittelsesrettigheter skal anerkjennes?

Dersom artikkel 14 nr. 1 første punktum leses i sammenheng med annet punktum, kan det hevdes at artikkelen stiller krav om at besittelsen/ rådigheten i relasjon til første punktum må ha vært eksklusiv. Bakgrunnen for dette er at artikkel 14 nr. 1 annet punktum taler om bruk av ”lands not exclusively occupied by them”. Motsetningsvis kan det derfor hevdes at det bare er i områder hvor samene har vært alene om utnyttelsen, at det er tale om å anerkjenne eiendoms- og besittelsesrettigheter. Formålet med ILO-169 er riktignok å styrke urfolks rettigheter, men meningen med artikkel 14 er kun å kreve anerkjennelse av eksisterende rettigheter. Ettersom forarbeidene er tause om hva som ligger i begrepet ”occupy”, er det derfor et vanskelig spørsmål i hvilken grad urfolket må ha vært alene om å råde eller besitte områdene.

I NOU 1997: 5 og hos Graver og Ulfstein blir det fremholdt at begrepet ikke utelukker at flere samtidig kan ”occupy” et område.¹⁹⁵ I tråd med dette blir det både der og hos Skogvang, konkludert med at det er tilstrekkelig for å få anerkjent eiendoms og besittelsesrettigheter i områder som også andre har brukt, at urfolksgruppen har ”utøvd en bruk som er av en slik karakter at de kan sies å ha skaffet seg faktisk rådighet over området”. Samtidig blir det

¹⁹² Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003) s.11.

¹⁹³ Fleischer, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11- 2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov"* (2003) s. 13-14.

¹⁹⁴ Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 70. Denne forståelse er i tråd med det som uttales i NOU 1997: 5 s. 34 annen spalte.

¹⁹⁵ Se NOU 1997: 5 s. 35 første spalte og Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003) s. 11.

presisert at det ikke må stilles for strenge krav, og at det i tilfeller hvor urfolksgruppen har levd sammen med andre, er tilstrekkelig at gruppen har utøvd en bruk som er ”dominerende” i forhold til de andre.¹⁹⁶ Fleischer er som tidligere nevnt uenig i tolkningen av ”occupy” og mener bestemmelsen setter krav om at de aktuelle områdene må ha vært ”exclusively occupied”.¹⁹⁷

Om det ses hen til forholdene i Finnmark, kan det være vanskelig å avgjøre i hvilken grad samene har utøvd en bruk som kvalifiserer til å få anerkjent eier- og besittelsesrettigheter. Særlig gjelder dette ettersom samene er et nomadefolk som har hatt tradisjon for å flytte rundt på seg. Å oppstille et absolutt krav om eksklusivitet i utnyttelsen av områdene vil således kunne utelukke anerkjennelse av rettigheter i områder som samene tidvis har hatt rådighet og besittelse over. Dette vil ikke være i tråd med konvensjonens intensjon om å styrke urfolks rettigheter. På en annen side kan det tenkes at slike områder også har vært gjenstand for en betydelig utnyttelse av andre enn samer.

I lys av dette må anerkjennelse av eier- og besittelsesrettigheter i slike områder, etter min mening, forutsette at samenes rådighet eller besittelse har vært *klart* dominerende i forhold til andres utnyttelse.

4.5.5 Rett til ressursutnyttelse i områder med eier- og besittelsesrettigheter jf. artikkel 14 nr. 1 første punktum.

Utgangspunktet i områder hvor samene har eier- og besittelsesrettigheter, må være at de har samme rettigheter til ressursutnyttelse som vanligvis tilkommer en eier. Den tradisjonelle norske definisjonen av eiendomsrett er negativt avgrenset; ”eieren har alle de beføyelser som ikke på ett eller annet grunnlag er unntatt.”¹⁹⁸ En eiere vil således normalt ha enerett til ressursutnyttelse på eiendommen sin. Fra dette utgangspunkt er det i norsk rett gjort unntak for mutbare mineraler og underjordiske petroleumsforekomster.¹⁹⁹ Alle øvrige ressurser på eiendommen tilhører eieren, med eventuelle begrensninger som følger av andre rettsgrunnlag.

¹⁹⁶ NOU 1997:5 s. 35, første spalte og Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 71.

¹⁹⁷ Fleischer, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11- 2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov"* (2003) s. 13-14.

¹⁹⁸ Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold* (2005) s. 38.

¹⁹⁹ Se lov 30. juni 1972 nr. 10 om bergverk § 2 første ledd og lov 4. mai 1973 nr. 21 om undersøkelser etter og utvinning av petroleum i grunnen under norsk landområder § 1 første ledd.

Ulike former for bruksretter kan for eksempel foreligge på bakgrunn av avtaler, hevd eller alders tids bruk. I tillegg må eieren respektere at fremmede utøver en viss bruk av eiendommen etter allemannsrettighetene.²⁰⁰

I områder hvor samene har krav på å få anerkjent eier- og besittelsesrettigheter etter artikkel 14 nr. 1 første punktum, har de således i utgangspunktet en enerett til jakt og fiske, med de begrensninger som følger av eventuelle privatpersoners rett til ressursutnyttelse i områdene.

4.5.6 Sikring av bruksrettigheter etter artikkel 14 nr. 1 annet punktum

Videre følger det av ILO-169 artikkel 14 nr. 1 annet punktum at det skal treffes tiltak for å sikre bruksrettigheter i landområder hvor samene ikke har vært alene om ressursutnyttelsen og som ikke omfattes av første punktum:

”In addition, measures should be taken in appropriate cases to safeguard the rights of the people concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities”.

Ordlyden aktualiserer flere problemstillinger, og de med størst betydning for jakt- og fiskerettigheter drøftes i det følgende.

4.5.6.1 I hvilke områder er det tale om å anerkjenne bruksrettigheter?

Oversatt til norsk er det tale om å sikre bruksrett for urfolket i landområder der de ikke er de eneste som råder, men som de tradisjonelt har hatt tilgang for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet. I motsetning til områder hvor det er tale om å anerkjenne eier- og besittelsesrettigheter, er det ikke etter artikkel 14 nr. 1 annet punktum noe vilkår om rådighet eller besittelse for at bruksrettigheter skal sikres. For at bruksrettighetene skal sikres er det likevel ikke tilstrekkelig at urfolket har hatt tilgang til de aktuelle områdene. Den bruk som har vært utøvd, må samtidig ha hatt betydning for urfolkets livsopphold og tradisjonelle

²⁰⁰ Se under artikkel 15 i Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003). Se nærmere om allemannsrettigheter i Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold* (2005) s. 168-175.

næring for at bruksrettigheten skal sikres spesielt. Jakt og fiske i ren rekreasjonshensikt vil således ikke være like sterkt beskyttet av artikkel 14 nr. 1 annet punktum.

Bruksrettigheter var et omdiskutert tema i forbindelse med vedtakelsen av ILO-169 artikkel 14. Som nevnt ovenfor foreslo Norge å likestille bruksrettigheter med eier- og besittelsesrettigheter i første punktum. Forslaget ble imidlertid forkastet ettersom det ble antatt å innebære en svekkelse av urfolks rettigheter. I stedet falt valget på en slags kompromissløsning ved å kreve sikring av bruksrettigheter i annet punktum.²⁰¹ Denne løsningen innebar at bruksrettigheter ble tatt med som en tilleggsrettighet, og ikke som et konkurrerende alternativ til eier- og besittelsesrettigheter.²⁰²

Det er stor forskjell på en bruksrett og eier- og besittelsesrettigheter. Mens eiendomsrett er negativt avgrenset, er bruksrettigheter positivt avgrenset. Det er for eksempel kun tillatt å jakte i visse tider eller å fiske et bestemt kvantum fisk. Av denne grunn blir grensedragningen mellom bruksrettigheter og eier- og besittelsesrettigheter av stor betydning for urfolket. Samene er et nomadefolk som har hatt tradisjon for å flytte mye rundt i forbindelse med reinbeiting og annen ressursutnyttelse. Dette er forhold som gjør det vanskelig å trekke klare grenser for hvilke rettigheter som skal anerkjennes. I den helhetsvurdering som foretas, må den utøvde utnyttelse av området analyseres. Viktige momenter i vurderingen er hvor stabil og intensiv bruken har vært, hvorvidt urfolket har vært alene om utnyttelsen, om området tradisjonelt har vært bosatt av urfolket og hvilke utnyttelsesmåter som har vært bedrevet.²⁰³

4.5.6.2 Må den aktuelle bruk ha vedvart frem til nåtiden for at den skal kunne sikres?

Videre kan det spørres om sikring av bruksrettigheter forutsetter at utnyttelsen av de aktuelle områder må ha vedvart frem til nåtiden for å kunne gi grunnlag for rettigheter. Ordlyden gir ikke indikasjoner på dette. Når vilkåret er at de "tradisjonelt har hatt tilgang", stenger ikke dette for sikring av bruksrettigheter i områder hvor urfolket har mistet tilgangen.

²⁰¹ Se *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A)* (1989) s. 34-36.

²⁰² Se Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 19. Se også Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 76.

²⁰³ Momentene er grundigere omtalt i Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 76-77.

I forarbeidene til ILO-169 er spørsmålet drøftet i forhold til anerkjennelse av eier- og besittelsesrettighet etter første punktum. Etter ordlyden kunne presensformen ”occupy” indikere at det var krav om at besittelsen måtte ha vedvart fremtil nåtiden, men det ble presisert at dette ikke var noe vilkår. På den annen side er det ikke tilstrekkelig at området en gang i tiden har vært utnyttet av urfolket.²⁰⁴ Av guiden til ILO-169 fremgår det at uttrykket ”have traditionally occupied”, ble sløyfet, nettopp for å unngå et vilkår om at okkupasjonen måtte ha vedvart helt frem til nåtiden. Ved å bruke presensformen indikeres likevel at det må være en viss sammenheng med tidligere bruk og dagens utnyttelse.²⁰⁵ Formålet med bestemmelsen er å anerkjenne eksisterende rettigheter, ikke å tildele nye. Det må således gjøres en helhetsvurdering hvor det foretas en avveining av hensynet til samene på den ene siden og nordmenn og eventuelt andre rettighetspretendenter på den andre.²⁰⁶

Det samme må gjelde for sikring av bruksrettigheter etter annet punktum. Det er ikke noe vilkår om at bruken må ha vedvart frem til nåtiden, men det må foreligge en viss sammenheng med tidligere bruk og dagens utnyttelse.

4.5.6.3 Det nærmere innhold i bruksrettighetene

Etter ordlyden taler artikkel 14 nr. 1 annet punktum om sikring av bruksrettigheter (”rights to [...] use”) når forholdene tilsier det (in appropriate cases”). Hva som ligger i dette er ikke nærmere omtalt i artikkelen. Ordlyden indikerer imidlertid at det er faktiske bruksrettigheter som skal anerkjennes. Det vil således ikke være tilstrekkelig om urfolket får tilgang til å bruke de aktuelle områdene, uten å kunne utnytte naturressursene i nødvendig omfang.²⁰⁷

Av forarbeidene til ILO-169 går det frem at formålet med bestemmelsen i annet punktum var å gjøre et skille mellom bruksrettigheter og eier- og besittelsesrettigheter, særlig med henblikk på nomadiske folk.²⁰⁸ Bestemmelsen må imidlertid leses i lys av konvensjonens artikkel 23 nr.

²⁰⁴ Se *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A)* (1989) s. 36 og *International Labour Conference 75th session, 1988, Report VI (2)* (1988) s. 48.

²⁰⁵ Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 18-19.

²⁰⁶ Jf. Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 73.

²⁰⁷ Se Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003).

²⁰⁸ *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A)* (1989) s. 36.

I som blant annet nevner jakt, fiske, fangst og sanking som eksempler på tradisjonell virksomhet.²⁰⁹

I NOU 1993: 34 uttalte flertallet i relasjon til sikring av bruksrettigheter etter annet punktum at det var tilstrekkelig å sikre adgang til de aktuelle områdene. ”Det synes her som det mer er tale om en adgang til slik bruk enn en formell rettighet”²¹⁰ Dette utsagn ble det tatt avstand fra i NOU 1997: 5, og det ble fremholdt at ”[o]gså i de tilfeller som er omhandlet i annet punktum, er det klart nok tale om en plikt for statene til å anerkjenne formelle rettigheter for urbefolkninger.”²¹¹

Videre uttales at det nærmere omfang av bruksretten vil avhenge av den bruk som tradisjonelt har vært utøvd. Det er den tidligere utøvelse som urfolket har krav på rettslig anerkjennelse av etter artikkelen. Formålet med ILO-169 er som tidligere nevnt ikke å tildele nye rettigheter, men å anerkjenne eksisterende. Den tradisjonelle bruk kan imidlertid ikke være ubetinget avgjørende. En viss endring i utnyttelsesmåten vil kunne aksepteres dersom forutsetningene for naturutnyttelse endrer seg. I NOU 1997: 5 bemerkes det at en slik endring i utnyttelsen kan være ”nødvendig for at urfolks livsform og kultur skal kunne bevares og videreutvikles.”²¹²

4.5.6.4 Hva ligger i begrepet ”lands”?

Et annet spørsmål er i hvilke områder det er aktuelt å sikre bruksrettigheter. Ordlyden taler om ”lands” som kan oversettes til landområder. Samme uttrykk er brukt for både eier- og besittelsesrettigheter og bruksrettigheter i artikkel 14 nr. 1 første og annet punktum. Begrepet er også benyttet i forbindelse med sikring av naturressurser i artikkel 15 og vern mot tvangsflytting etter artikkel 16.

Rent språklig er det ikke naturlig at ”landområder” også omfatter elver og vassdrag. I artikkel 13 nr. 2 er det imidlertid inntatt en definisjon om hvordan begrepet ”lands” skal forstås i relasjon til artikkel 15 og 16. I følge denne bestemmelsen skal landområder omfatte begrepet

²⁰⁹ Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 19.

²¹⁰ NOU 1993: 34 s. 57 første spalte.

²¹¹ Se NOU 1997: 5 s. 37 første spalte. Se også Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 77 og Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 19.

²¹² NOU 1997:5 s. 37 annen spalte.

”territorier”, som dekker totalmiljøet i de områdene vedkommende folk lever eller bruker på annen måte (“include the concept of territories, which covers the total environment”).

Begrepet landområder må med andre ord tolkes vidt i forhold til artikkel 15 og 16, slik at også elver, vassdrag og innsjøer omfattes. Om dette også kan gjelde i forhold til forståelsen av begrepet ”lands” i artikkel 14, er imidlertid mer tvilsomt. Under henvisning til forståelsen av uttrykket i forbindelse med ILO-107 samt formålsbetraktninger rundt ILO-169, blir det i NOU 1997: 5 konkludert med at ”lands” i artikkel 14 også omfatter ferskvannsrettigheter.²¹³

Formålsbetraktninger kan også tilsi at begrepet ”lands” må tolkes så vidt at det omfatter saltvannsområder i relasjon til artikkel 15 og 16. I NOU 1997: 5 blir det fremholdt at sikring av ressursgrunnlaget til sjøs er viktig for at urfolket skal kunne ”bevare og videreutvikle sitt livsgrunnlag og kultur”. Derimot kan ikke saltvannsområder omfattes av ”lands” i artikkel 14, ettersom sjøområder normalt ikke er undergitt eiendomsrett i norsk rett.²¹⁴ Uten at det skal belyses nærmere i denne oppgaven kan det nevnes at samiske rettigheter til sjøområder er ett av temaene som Samerettsutvalget II tar for seg i NOU 2007: 13 og utgjør et sentralt spørsmål NOU 2008: 5 Retten til fiske i havet utenfor Finnmark.²¹⁵

4.5.6.5 Hvem har krav på å få anerkjent bruksrettigheter?

ILO-169 artikkel 14, 15 og 16 krever anerkjennelse og sikring av rettigheter for vedkommende folk (“the peoples concerned”). Ordlyden gir rom for flere tolkninger i forhold til hvem som skal anses som rettighetssubjekt. Rettigheter kan derfor tenkes utformet som individuelle rettigheter, kollektive rettigheter (hvor individene i felleskap utgjør rettighetssubjektet) eller som rettigheter for urfolksgruppen som sådan.²¹⁶ I forarbeidene til ILO-169 er det heller ikke klart presisert hva som menes med ”vedkommende folk” i relasjon til bruksrettigheter.

For å avgjøre hvem som har rettigheter, må det således gjøres en helhetsvurdering hvor flere momenter kommer i betraktning. Utgangspunkt må ”tas i hvilken personkrets som har utøvd den bruk som danner grunnlag for rettigheten”, og videre må det legges vekt på urfolkets

²¹³ ibid. s. 38 annen spalte og s. 39 første spalte.

²¹⁴ ibid. s. 39 første og annen spalte. Se også Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 81-84.

²¹⁵ Se NOU 2008: 5 kapittel 8 flg.

²¹⁶ Se NOU 1997: 5 s. 40 første spalte.

sedvaner og rettsoppfatninger jf. artikkel 8 og hva urfolket selv ønsker jf. artikkel 6. Andre hensyn er hva som oppfattes som et rimelig og rettferdig resultat og hensynet til at urfolket kan bevare og videreutvikle sin kultur.²¹⁷

Den samiske befolkning har som tidligere nevnt hatt tradisjon for å se på naturressursene i et område som et gode som tilkommer fellesskapet. Det har ikke vært vanlig med geografisk oppdeling av områder med ressursutnyttelse for øyet. På denne bakgrunn kommer den andre folkerettsgruppen til at de rettigheter som samene har krav på å få anerkjent, ”klart nok ikke kan betraktes som individuelle rettigheter.”²¹⁸

Det er således den bruk som har vært utøvd som blir avgjørende for hvem som har bruksrettigheter. Dette samsvarer med det som er sagt tidligere. Formålet med ILO-169 er ikke å tilkjenne nye rettigheter, men å anerkjenne eksisterende.

4.5.7 Sikring av naturressurser etter artikkel 15 nr. 1

Av artikkel 15 nr. 1 første punktum går det frem at urfolks rett til naturressurser i deres landområder skal sikres spesielt. Videre spesifiserer annet punktum at dette omfatter rett til å delta i bruk, styring og bevaring av disse ressursene. I autentisk engelsk språkdrakt lyder bestemmelsen slik:

“The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the rights of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources”.

Etter ordlyden taler bestemmelsen om en rett for urfolket til å delta i bruk, styring og bevaring av naturressurser ”in their lands”. Uttrykket kan som nevnt oversettes til ”deres landområder”, og bestemmelsen må leses i lys av artikkel 14. Det er de rettigheter som urfolket har etter denne bestemmelse som skal sikres etter artikkel 15 nr. 1. Med andre ord kan bestemmelsene i artikkel 14 (og for så vidt også artikkel 15 nr. 2) sies å regulere hvilke privatrettslige rettigheter urfolk har krav på å få anerkjent i forhold til grunn og naturressurser, mens artikkel 15 nr. 1 legger bånd på myndighetenes regulering av de aktuelle områdene.

²¹⁷ Momentene er grundigere omtalt i NOU 1997: 5. s. 40 første og annen spalte. Se også Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 78-80.

²¹⁸ Se NOU 1997: 5 s. 40 annen spalte.

Hvor vidtgående deltakelsesrettighetene er, lar seg ikke lese direkte ut fra bestemmelsen i artikkel 15 nr. 1. Det kan tenkes flere former for deltakelse i bruk, styring og bevaring av naturressurser. Under utformingen av bestemmelsen ble det tatt hensyn til at den skulle passe til flere spesielle nasjonale situasjoner. Hvilke rettigheter urfolksgruppen har, må derfor defineres i de nasjonale rettssystemene, avhengig av hvilke landrettigheter urfolket har og hvilken kapasitet og evne de har til å utøve dem.²¹⁹ For Norges vedkommende er klart at minstekravet til deltakelse går lengre enn forvaltningslovens og offentlighetslovens regler om partsrettigheter og innsynsrett med videre.

Bruken av uttrykket ”participate in use, management and conservation”, sett hen til de særegne forholdene for samene i Finnmark, indikerer at det må være tale om en aktiv deltakelse. Bestemmelsen synes å kreve mer enn konsultasjonsrett jf. uttrykkene ”consult the peoples concerned” og ”consult these people” i henholdsvis artikkel 6 nr. 1 a) og artikkel 15 nr. 2 første punktum. På en annen side kan det ikke leses ut av bestemmelsen at urfolket har en vetorett, avgjørende innflytelse eller krav på å forvalte alene. En faktisk og influerende deltakelse i beslutningsprosessen fordrer imidlertid at urfolket er representert og har stemmerett i de organer som skjøtter forvaltningen av naturressursene. I forhold til jakt og fiske innebærer dette for eksempel en rett til å være representert i de organer som avgjør saker i henhold til lakse- og innlandsfiskeoven og viltloven i følge Graver og Ulfstein.²²⁰

Dette må muligens nedtones noe. I miljøverndepartementets utredning i forbindelse med lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold rettes det kritikk mot Graver og Ulfsteins forståelse av artikkel 15:

” Utvalget finner ikke å kunne bygge på denne forståelsen av artikkel 15 (1). Uttrykket «participate» brukes i internasjonale instrumenter ofte som et overbegrep over et stort knippe av prosessuelle rettigheter, som blant annet kan omfatte «consultation». Den forståelse som Graver og Ulfstein gir uttrykk for, ville enten måtte ha konsekvenser for sammensetningen av for eksempel Stortinget og regjeringen, eller avskjære disse fra å vedta lover og forskrifter om naturressurser i samiske områder. Det ville gå vesentlig lenger enn de generelle reglene i artikkel 6 (1).”²²¹

²¹⁹ Se Tomei og Swepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (1996) s. 19.

²²⁰ Se i forbindelse med artikkel 15 hos Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003).

²²¹ NOU 2004: 28 s. 429 i punkt 21.2.2.2.

Likeledes uttales det i Kystfiskeutvalget for Finnmarks utredning om ”Retten til fiske i havet utenfor Finnmark” at artikkel 15 nr. 1 ikke må tolkes for vidt:

”Så omfattende som den samlede rett til konsultasjon og deltakelse er etter artiklene 6 og 7, vil neppe artikkel 15 (1) representere noen utvidelse. Men den retter oppmerksomheten mot retten til naturressursene, og derunder retten til fiske i havet.”²²²

Hvorvidt Graver og Ulfstein har ment at deltakelsesretten må ha betydning for sammensetning av Stortinget med videre og hvor inngående konsultasjonsretten er i nasjonale spørsmål, er likevel ikke av avgjørende betydning. I forhold til jakt og fiske er det sentrale at samene sikres rett til bruk, styring og bevaring av disse godene. Dette vil i praksis forutsette en rett til deltakelse og medbestemmelse i de organer som forvalter disse naturressursene. Det er Finnmarkseiendommens styre som forvalter og organiserer virksomheten jf. finnmarksloven § 9 første ledd. ILO-169 artikkel 15. nr. 1 må derfor kunne sies å kreve samisk representasjon i Finnmarkseiendommens styre.

Nettopp sammensetningen av styret i Finnmarkseiendommen var gjenstand for heftig diskusjon i forkant av finnmarksloven. Både Sametinget og Finnmark fylkesting ønsket at deres valgte styremedlemmer skulle utgjøre et flertall i styret. I proposisjonsforslaget ble det opprinnelig foreslått at styret skulle ha syv medlemmer, hvorav Sametinget og Finnmarks fylkesting skulle velge tre medlemmer hver. Styrets siste medlem skulle utvelges av Kongen. Denne skulle ikke ha stemmerett, men fungere som en form for mekler ved stemmelikhet i styret. Etter sterk motstand fra samisk hold ble imidlertid det statsoppnevnte styremedlemmet fjernet, slik at Sametinget og Finnmarks fylkesting velger tre styremedlemmer hver med vararepresentanter.²²³ Se for øvrig nærmere omtale av Finnmarkseiendommens styre og sammensetningen nedenfor i punkt 5.2.4.

Det har tidligere blitt hevdet at bestemmelsen i artikkel 15 nr. 1 bare retter seg mot eier- og besittelsesrettigheter jf. artikkel 14 nr. 1 første punktum, og ikke bruksrettigheter etter annet punktum.²²⁴ En slik tolkning virker unaturlig etter ordlyden og dette har blitt tatt avstand fra både av ILOs ekspertkomité og den andre folkerettsgruppen.²²⁵ Bestemmelsen i artikkel 15

²²² Se NOU 2008: 5 under overskriften ”Særlig om artikkel 15” i punkt 8.12.6.

²²³ Se Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 37-38 i punkt 7.4.7 til § 7. Motsetningsvis Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) s. 144 i lovforslagets § 7.

²²⁴ Jf. NOU 1993: 34 s. 57 første og annen spalte.

²²⁵ Se NOU 1997: 5 s. 37 annen spalte med videre henvisninger til observasjonsuttalelse fra ekspertkomiteen.

kommer således til anvendelse uavhengig av hvilken form for rettigheter urfolket har krav på anerkjennelse av etter artikkel 14.

4.6 Norske myndigheters plikt til å ta hensyn til samiske sedvaner etter artikkel 8

4.6.1 Ordlyden i artikkel 8 og dens rettslige kontekst

I anvendelsen av nasjonale lover og forskrifter overfor urfolk, skal det etter artikkel 8 blant annet tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner og sedvanerett. I autentisk språkdrakt lyder hele artikkel 8 som følger:

1. In defining the rights and duties of the populations concerned due regard shall be had to their customs or customary laws.
2. These peoples shall be allowed to retain their own customs and institutions where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal systems and with internationally recognised human rights. Procedures shall be established, whenever necessary, to resolve conflicts which may arise in the application of this principle.
3. The application of paragraph 1 and 2 of this Article shall not prevent members of these peoples from exercising the rights granted to all citizens and from assuming the corresponding duties.

Artikkel 8 er en videreføring av artikkel 7 i ILO-107 og kan derfor leses i lys av denne.

Ordlyden er imidlertid noe endret. Blant annet ble det ikke i ILO-107 presisert at det skulle tas tilbørlig ("due") hensyn til urfolkets sedvaner. Videre fanget bestemmelsen bare opp sedvanerett, men etter ønske fra flere stater ble også sedvaner inntatt for å unngå komplikasjoner i forhold til nasjonale rettsystemer.²²⁶

Ordlyden kan også leses i lys av konvensjonens fortale hvor ILOs styre ved sin 76. sesjon 7. juni 1989 bemerket at urfolks verdier, sedvaner og synsmåter ofte er blitt undergravd, og viste til det særlige bidrag som urfolket yter til kulturelt mangfold med videre:

²²⁶ Se *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A)* (1989) s. 23-25.

”*Noting* that in many parts of the world these peoples are unable to enjoy their fundamental human rights to the same degree as the rest of the population of the States within which they live, and that their laws, values, customs and perspectives have often been eroded, and

Calling attention to the distinctive contributions of indigenous and tribal peoples to the cultural diversity and social and ecological harmony of humankind and to international co-operation and understanding”

Fortalen er som tidligere nevnt ingen noen selvstendig tolkningsfaktor, men kan tjene som et tolkningsmoment ved en uklar ordlyd.

Selv om konvensjonen ble vedtatt i 1989, foreligger det fortsatt forholdsvis lite litteratur i forhold til denne bestemmelsen i dag, nesten 20 år senere. Samerettsutvalget II har imidlertid drøftet bestemmelsen, og Benny Solheim har skrevet om den i en studentavhandling. Den er også omtalt i en artikkel i *Lov og Rett* av Jørn Øyrehagen Sunde.²²⁷

4.6.2 Hva ligger i begrepene sedvaner og sedvanerett?

Begrepene 'customs' og 'customary law' i artikkel 8 nr. 1 i ILO-169 kan oversettes med de norske begrepene 'sedvane' og 'sedvanerett'. En naturlig forståelse av førstnevnte er at det omfatter bruk, skikker eller tradisjoner som er fulgt av flere personer. I en rettslig sammenheng vil sedvane være uttrykk for en langvarig praksis som etter sin art kan ha betydning som uskreven rett fordi sedvanen oppfattes som forpliktende. Sedvanerett forligger derimot når en utvist adferd eller et bestemt handlingsmønster gir uttrykk for en regel. Denne har vunnet hevd gjennom langvarig og ensartet praktisering av den aktuelle skikk eller bruk og således har blitt oppfattet som en bindende rettsregel.²²⁸ Begrepet sedvanerett vil derfor i større grad gi uttrykk for rettsregler. I juridisk metodeterminologi kan sedvanen ses som rettskildefaktoren, mens sedvaneretten er den ferdige og endelige rettsregel.

I tidligere tider spilte sedvanen en veldig sentral rolle. Rettsvitenskapen delte tradisjonelt retten i skreven og uskreven rett, eller lov og sedvane. Sedvaneretten ble sett på som den ”opprinnelige” retten, skapt av menneskenes praksis. All form for rettsdannelse ble ansett å

²²⁷ Se NOU 2007:13 i punkt 5.6.4, Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse*, publisert i *Rt. 2001 side 1116* (2003) og Sunde, *Fiskerettar i saltvann*, 2006.

²²⁸ Se nærmere om terminologien i Eckhoff og Helgesen, *Rettskildelære* (2001) s. 244 flg. Likeledes om sedvane som ”primær rettsheimel” i Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 307 flg.

være undergitt bestemte universale prinsipper. I lys av dette ble det oppstilt strenge krav til sedvanene, og det ble formulert tre tvingende vilkår for at sedvane kunne utgjøre som gjeldende rett. For det første måtte det konstateres en fast og ensartet praksis. Denne praksisen måtte videre ha blitt utøvd over lang tid og i den overbevisning om at det var en rettsregel som ble fulgt.²²⁹ Denne strenge betingelsesteorien omtales gjerne for den eldre lære. I nyere juridiske rettsteori er det imidlertid tatt avstand fra å oppstille absolutte vilkår. Den rådende oppfatning er nå at anerkjennelse som sedvanerett vil bero på en totalbedømmelse av sedvanen, hvor det også vil være av betydning hvorvidt sedvanen gir uttrykk for en fornuftig regel og har støtte i den alminnelige rettsoppfatning.²³⁰

Etter hvert som de fleste rettsområder har blitt lovregulert, har sedvanen spilt en mindre rolle i rettslivet. Sedvaner og sedvanerett er således ikke blant dagens mest brukte rettkildefaktorer, men i forbindelse med tingsrettslige bruksrettigheter blir de ofte påberopt.

Som nevnt innledningsvis er det flere rettskildemessige utfordringer i forhold til å anvende tradisjonell juridisk metode på samiske forhold. Bruken av begrepene sedvane og sedvanerett er heller ikke uproblematisk. Erik Solem foretok allerede tidlig på 1900-tallet en grundig undersøkelse av reindriftens sedvaner. I forhold til sedvanebegrepet uttalte han at det ikke ukritisk kunne anvendes på samiske forhold:

”Efter min mening vilde det være forfeilet å presse en fremstilling av en primitiv folkestammes rettsopfatning inn i den systematikk som vanlig brukes når det gjelder en moderne rettsordning.”²³¹

Om samiske sedvaner skal defineres, kan det derfor være grunn til å gjøre det på en måte som fanger opp de ulike aspekter ved de samiske tradisjoner. Rettshjelpkontoret i Indre Finnmark har i denne sammenheng i forbindelse med sitt utredningsarbeid i NOU 2001: 34 gitt en definisjon av samisk sedvane:

”Handlingsmønster som er fulgt eller følges av større eller mindre grupper av den samiske befolkning i bestemte forhold og livssituasjoner.”²³²

²²⁹ Eckhoff og Helgesen, *Rettskildelære* (2001) s. 265.

²³⁰ Se nærmere i *ibid.* s. 266 og Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 308-309.

²³¹ Solem, *Lappiske rettsstudier* (1933) s. 4. Beskrivelsen av samene som en *primitiv folkestamme* beskrivelsen av det norske rettssystem som *moderne* må ses i lys av datidens forhold. Samtidig reflekterer ordbruken litt av den datidens holdning til samer blant nordmenn generelt.

²³² NOU 2001: 34 s. 61 i del III, punkt 1.3.

Denne definisjonen har det fordelaktige i seg at den evner å fange opp både kompleksiteten og variasjonsbredden i sedvaner.²³³ Jakt- og fiskerettigheter må i alle tilfeller kunne betegnes som sedvaner i denne relasjon.

Hvorvidt den utøvde sedvane kan klassifiseres som sedvanerett, må bero på en nærmere vurdering jf. ovenfor. Ettersom artikkel 8 nr. 1 både nevner sedvaner og sedvanerett er ikke klassifiseringen av avgjørende betydning. Det sentrale er at myndighetene må ta tilbørlig hensyn til samiske tradisjoner for jakt og fiske i lovanvendelsen.

4.6.3 Det nærmere innhold i bestemmelsen

Ordlyden i artikkel 8 nr. 1 er vag, og hva som vil være tilbørlig hensyn ("due regards") vil kunne variere med hvilke områder det er tale om. Forarbeidene gir heller ikke klare føringer med hensyn til hvordan bestemmelsen skal forstås. I forhold til hvor mye vekt det skal legges på urfolkets sedvaner og sedvanerett er uttalelsene høyst relative:

"This being said, the degree of respect to be paid is difficult to define. Clearly the principle of equality before the law does not itself respond to the need expressed here. It is equally inappropriate to include the principle of primacy of customary law."²³⁴

Likeledes gir ILOs manual til ILO-169 fra 2003 liten veiledning:

"The Convention recognises the right of indigenous and tribal peoples to their own customs and customary law. It states that when applying national laws, these customs and customary laws should be taken into account."²³⁵

Det er også sparsomt med praksis rundt bestemmelsen fra ILOs håndhevelsesorganer. I klagesaken *CEOSL, Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres mot Ecuador*²³⁶ ble for eksempel artikkel 8 anført som et grunnlag uten at det ble tatt nærmere stilling til innholdet og rekkevidden av bestemmelsen.

²³³ Jf. Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 side 1116* (2003) s. 25.

²³⁴ *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A)* (1989) s. 25.

²³⁵ Swepston m.fl., *ILO Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No. 169) : A manual* (2003) s. 26.

²³⁶ Klagesaken er tilgjengelig på Ilolex: 162000ECU169 eller webadressen <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=66&chapter=16&query=%28%28Ecuador%29%29+%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>.

Selv om det foreligger lite praksis rundt bestemmelsen, er det klart at den har betydning i forhold til jakt- og fiskerettigheter. For det første gir bestemmelsen uttrykk for at urfolks sedvaner er relevante rettskilder. De kan og skal tas i betraktning i rettsspørsmål hvor det er aktuelt. Dette ble også trukket frem i NOU 1993: 34:

”Med terminologi fra den juridiske metodelære kan man si at artikkel 8 gjør urbefolkningenes sedvaner og sedvanerrettdannelser til relevante rettskildefaktorer ved fastleggelsen av majoritetssamfunnets rettsregler på de aktuelle områder, og rettskildefaktorer som man ikke kan la være å ta i betraktning.”²³⁷

At det skal tas tilbørlig hensyn indikerer at myndighetene har en plikt til å ta hensyn, og at det vil være et brudd på konvensjonen om urfolkets sedvaner og sedvanerrett ikke tas i betraktning. For lovgiver innebærer dette at urfolks sedvaner må vurderes nøye i lovgivningsøyemed. Domstolene får en tilsvarende plikt til å ta hensyn til sedvaner når de tar stilling til spørsmål som angår urfolk, mens forvaltningen må ta hensyn til sedvanene i sin kontakt med vedkommende folk.

For det andre ligger det i uttrykket at hensynet til urfolkets sedvane og sedvanerrett skal tillegges vekt. I dette ligger ikke at hensynet ubetinget skal slå igjennom, men at det kan være en saksbehandlingsfeil ved lovanvendelsen om slike hensyn ikke tas. Som Skogvang påpeker vil et viktig moment være forholdet mellom urfolkets behov og storsamfunnets behov.²³⁸

Ved to tilfeller har praktisering av ILO-169 artikkel 8 vært tema for ILOs ekspertkomité for anvendelsen av konvensjoner og rekommandasjoner (CEACR) sine direkte forespørsler til Norge. Den første ble avgitt i 1993 i anledning Norges første statsrapport, hvor det ble uttrykt interesse for en opplysning om at samiske sedvaner bare ble tatt i betraktning der lovfestede regler var uklare eller gav rom for fortolkninger.

“The Committee notes that national courts may take cognizance of Sami customary law and judicial precedence if there is uncertainty or ambiguity. Please provide examples of how this principle has been applied by the national courts.”²³⁹

²³⁷ NOU 1993: 34 s. 58 første spalte.

²³⁸ Skogvang, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (2002) s. 67. Bruken av begrepet 'storsamfunnet' kan være noe uheldig ettersom det kan hevdes å initiere at samene ikke er en del av samfunnet. Poenget er at hensynet urfolket vurderes opp mot hensynet til resten av samfunnet (majoritetssamfunnet).

²³⁹ CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 169, Indigenous and tribal Peoples Convention, 1989 Norway (ratification: 1990) Submitted: 1993* i avsnitt 10.

I den andre uttalelsen fra 1995 etterspør komiteen også ytterligere informasjon i forbindelse med at Sametinget hevdet at det ikke ble tatt hensyn til samiske sedvaner med mindre loven var uklar.

“The Committee also notes the comment of the Sami Parliament to the effect that Sami customary law is never applied in contravention to Norwegian law and that Sami customs can be a relevant consideration only if the law is unclear. The Committee notes this information with interest.”²⁴⁰

Ekspertkomiteen begrenser seg således til å kreve ytterligere informasjon, men i dette kan det også sies å ligge en viss form for kritikk. Dersom det var tilstrekkelig å ta samiske sedvaner i betraktning bare i tilfeller hvor loven er uklar, hadde det vært unødvendig å kreve ytterligere dokumentasjon. I alle tilfeller gir uttalelsene indikasjoner på at ekspertkomiteen ikke var fornøyd med innholdet i Norges rapportering. Også formålene bak ILO-169 indikerer at det ikke er tilstrekkelig å ta hensyn til samiske sedvaner utelukkende i tilfeller hvor loven er uklar.

I lys av dette synes det som om artikkel 8 krever at samiske sedvaner alltid skal tas i betraktning i rettsspørsmål hvor det kan være aktuelt.²⁴¹ Som nevnt tidligere har det vært en utvikling i norsk rettspraksis med hensyn til hvordan samiske sedvaner og tradisjoner trekkes inn i vurderingen. Om uttalesene fra ekspertkomiteen indirekte har påvirket argumentasjonen i Selbudommen og Svartskogsaken er vanskelig å bevise.²⁴² Uansett kan det synes som om ekspertkomiteen i etterkant av avgjørelsene er fornøyd. Artikkel 8 er i alle fall ikke tema i den siste observasjonsuttalelsen om konvensjonens gjennomføring i Norge fra 2004.²⁴³

Jørn Øyrehagen Sunde har gitt uttrykk for at samiske sedvaner har ”fått ei heilt eksepsjonelt sterk stilling som rettsleg kjelde i samiske rettsspørsmål”. I en artikkel i *Lov og Rett* siterer han artikkel 8 og hevder videre:

²⁴⁰ CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Norway (ratification: 1990) Submitted: 1995, February*.

²⁴¹ For en nærmere analyse av spørsmålet, se Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 side 1116* (2003).

²⁴² Se ovenfor i punkt 1.4 for en nærmere omtale av sakene.

²⁴³ Se CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Norway (ratification: 1990) Published: 2004*.

”Dette kan vanskeleg forståast på anna vis enn at samar sine sedvanar skal ha større rettsleg relevans og vekt enn norsk lov i samiske rettsspørsmål så lenge dei ikkje strid mot Grunnlova, fundamentale rettsprinsipp eller menneskerettane.”²⁴⁴

Artikkelen gir en grundig analyse av den historiske praksis knyttet til fiskerettigheter i saltvann, men den siterte uttalelsen om vekt kan kritiseres. Ordlyden synes ikke å gi anvisning på en vektregel om at urfolkets sedvaner skal ha større vekt enn nasjonal lov. Et forslag om en slik regel ble tvert imot forkastet i forkant av konvensjonens vedtakelse, og det foreligger heller ikke praksis fra ILOs håndhevelsesorganer som tilsier at artikkel 8 skal forstås på nevnte måte.²⁴⁵

En annen sak er at artikkel 8 som tidligere nevnt kan tenkes å ha forrang gjennom finmarkslovens § 3. Med det forbehold at det ikke fortsatt gjelder et klarhetsprinsipp i relasjon til ILO-169, vil derfor innholdet i artikkel 8, som Sunde korrekt påpeker, ha sterk vekt i samerettslige spørsmål om sedvaner.

Vekten må imidlertid vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle ut fra en interesseavveining.²⁴⁶ Som tidligere antydnet må man vurdere forholdet mellom samenes behov og hensynet til den øvrige norske befolkning. I tråd med andre viktige avgjørelser fra Høyesterett kan det kanskje være av betydning hvilket rettsområde urfolkssedvanen gjør seg gjeldende på.²⁴⁷ På privatrettens område utenfor rammen av den preseptoriske lovgivning vil det for eksempel være lite betenkelig å tillegge samiske sedvaner stor vekt, såfremt den er godt kjent av begge parter. På områder med tvingende lovgivning og i privatretten ved avtaler mellom samer og ikke-samer vil det derimot være vanskeligere. På strafferettens område kan det være aktuelt å tolke straffebud innskrenkende i lys av en samisk sedvane, selv om det nok skal mye til jf. båndtvang- kjennelsen.²⁴⁸

²⁴⁴ Sunde, *Fiskerettar i saltvann*, 2006 s. 400.

²⁴⁵ Se Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 side 1116* (2003) s. 45 med videre henvisning til International Labour Conference Provisional Record, seventy-fifth Session, Geneva, 1988 punkt 17. Se også NOU 2007: 13 i punkt 5.6.4.3 for en nærmere gjennomgang av ILOs håndhevelsespraksis denne sammenheng.

²⁴⁶ Se Andreassen [Skoghøy], *Menneskerettigheter og urbefolkning* (1991) s. 13.

²⁴⁷ Se f.eks. Kløftadommen inntatt i Rt. 1976 s. 1 og i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).

²⁴⁸ Rt. 2001 s. 1116. Se for øvrig Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 side 1116* (2003).

4.6.4 Samiske jaktседvaner i norsk rettspraksis

Verken ILO-169 eller samiske sedvaner er områder som Høyesterett ofte tar stilling til. I forhold til jakt er det imidlertid to avgjørelser som omhandler samiske sedvaner. Bare en av dem tar opp forholdet til ILO-169 artikkel 8, men for oversiktens del skal begge kommenteres i det følgende.

ILO-169 artikkel 8 er behandlet av Høyesterett i den såkalte "Båndtvang- saken" inntatt i Rt. 2001 s. 1116. Saken handlet om en samisk mann som blant annet var tiltalt for overtredelse av viltlovens bestemmelser om båndtvang for hund. Tiltalte mente at ILO-169 artikkel 8 innebar at han måtte unntas denne bestemmelse som følge av at det forelå en samisk sedvane om at det var tillatt på ha hunden løs.²⁴⁹ I forhold til artikkel 8. nr. 2 kom Høyesterett til at bestemmelsen ikke kunne tilsidesette viltlovens hovedregel om båndtvang, ettersom den påberopte regel var uklar, og at den påberopte sedvane ikke kunne anses som intern sedvane/skikk for det samiske folk. I spørsmålet om straffefrihet i relasjon til artikkel 8 nr. 1, kom retten til at det forelå for mye uklarhet rundt den påberopte sedvane, og at tiltaltes begrunnelser for sedvanen var lite overbevisende.²⁵⁰

Høyesteretts uttalelser om at den påberopte sedvane i relasjon til artikkel 8 nr. 2 for å tilsidesette viltlovgivningen måtte være "klar i sitt innhold og ha en særlig kvalitet",²⁵¹ kan imidlertid kritiseres. Dersom et slikt krav skal gjelde generelt, vil det innebære en klarhetsvurdering av sedvanen i tillegg til en ordinær kvalitetssensur. Dette kan skape i presumsjon for at loven skal ha forrang og at sedvanen bare tas i betraktning i unntakstilfeller. Solheim peker på at klarhetsvurderingen i dommen var unødvendig, all den tid retten trolig ville kommet til samme resultat gjennom en vanlig sedvanesensur. Disse synspunktene har senere fått støtte i Samerettsutvalget II sine siste utredninger.²⁵²

Viltloven var også tema i Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1988 s. 377. Saken omhandlet en mann som blant annet var tiltalt for overtredelse av viltloven i forbindelse med andejakt i Kautokeino i fredningstiden på våren. Tiltalte anførte forgjeves at det forelå lokal sedvanerett

²⁴⁹ Viltlovens § 56 jf. daværende § 52 annet ledd jf. straffeloven § 1 annet ledd. (I dag viser viltlovens § 52 til hundelovens regler om sikring av hund.)

²⁵⁰ Se nærmere ombegrunnelsen på s. 1119-1120 i Rt. 2001 s. 1116 (Båndtvang- kjennelsen). En grundig analyse av dommen er gitt i Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse*, publisert i Rt. 2001 side 1116 (2003).

²⁵¹ Se dommens s. 1120.

²⁵² Se Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse*, publisert i Rt. 2001 side 1116 (2003) s. 55-57. Se for øvrig også NOU 2007: 13 i punkt 5.6.4.4 og Sunde, 'Fiskerettar i saltvann', 2006 s. 401.

for lovlig andejakt om våren. Høyesterett viste til at de lokale myndighetene hadde fått avslag på søknad om endrede jakttider jf. viltloven § 15 nr. 2. Det var også tidligere søkt om tillatelse til vårjakt etter datidens jaktlovgivning, men med unntak av årene 1950-1952 var alle søknadene konsekvent avslått. På denne bakgrunn fant Høyesterett det

”klart at det ikke kan ha vært plass for noen sedvanerettsdannelse, gående ut på at det i Y [Kautokeino] skulle være tillatt å drive jakt på ender utenom de jakttider loven og forskriftene fastsetter ”²⁵³

Med henvisning til at det måtte være ”vel kjent” blant kommunens innbyggere at vårjakten på ender var ulovlig, kom Høyesterett til at det heller ikke kunne forligge noen unnskyldelig rettsvillfarelse.

Det hører med til historien at det i etterkant av dommen har blitt gitt tillatelse til vårjakt på ender i årene 1994-1996 og 1999-2001 som prøveordninger. I 2001 søkte Kautokeino kommune om at vårjakt skulle bli en permanent ordning, men Miljøverndepartementet har fortsatt med å gi tillatelser i form av prøveordninger til tross for at Direktoratet for naturforvaltning har hatt betenkeligheter.²⁵⁴

Saken om vårjakt på ender i Kautokeino ble behandlet før vedtakelsen av ILO-169. Samiske sedvaner synes imidlertid å ha større betydning i dagens rettskildebilde jf. det som ovenfor er omtalt med hensyn til Selbusaken og Svartskogsaken.²⁵⁵ Om overnevnte saker sammenliknes med tanke på Høyesteretts argumentasjon, kan det også spores en utvikling. Mens samiske sedvaner ikke ble behandlet som et særskilt tema i vårjakt-kjennelsen fra 1988, ble spørsmålet i Båndtvang- saken tatt opp i forhold til den norske regel i avveiningsfasen. Dersom en liknende sak om andejakt i Kautokeino skulle behandles av Høyesterett i dag, er det derfor grunn til å tro at samiske sedvaner vil spille en større rolle i vurderingen.²⁵⁶

De overnevnte tilfeller omhandler spesifikke forhold for to enkeltpersoner. Sakene kan således ikke sies å være prejudikater for at lokale sedvaner til jakt og fangst i alle tilfeller er utelukket. På denne bakgrunn kan det ikke ses bort fra at det i samiske områder kan ha

²⁵³ Se Rt. 1988 s. 377 (Vårjakt-kjennelsen) på s. 380.

²⁵⁴ Se NOU 2004: 28 i boks 21.7 under punkt 21.4 Utfordringer knyttet til artsvern.

²⁵⁵ Dommene er henholdsvis inntatt i Rt. 2001 s. 769 og Rt. 2001 s. 1229. Se omtalen av dem ovenfor under punkt 2.1.

²⁵⁶ Se en grundigere analyse av de aktuelle sakene i Solheim, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 side 1116* (2003) s. 29-32.

oppstått lokal sedvanerettsdannelse til jakt og fiske i strid med generell lovgivning.²⁵⁷ Sakene illustrerer imidlertid at det skal mye til for at sedvaner skal få gjennomslag i forhold til viltlovgivningen. Hensynet til jaktinteresser står ikke stekt i forhold til hensynet til dyrevelferd og naturvern hensyn. Det samme vil trolig langt på vei også gjelde i forhold til fiskeinteresser. I denne sammenheng kan det for så vidt vises til finnmarkslovens formål, hvor det i § 1 uttales at grunn og naturressurser skal forvaltes ”på en balansert og økologisk bærekraftig måte”.

ILO-169 er en forholdsvis ny konvensjon, og med det økte internasjonale fokus på urfolksrettigheter er det ikke usannsynlig at samiske sedvaner i større grad vil påberopes hos domstolene i fremtiden.

4.7 Anerkjennelse av jakt, fangst og fiske med videre i artikkel 23

4.7.1 Ordlyd og kontekst

Som nevnt ovenfor foreligger det forholdsvis lite litteratur om artikkel 8. Fraværet av teori er imidlertid enda større med hensyn til artikkel 23. Den følgende fremstilling vil derfor hovedsakelig bestå i ordlydsfortolkning og generelle rimelighetsbetraktninger.

Artikkel 23 nr. 1 første punktum slår fast at håndverk, bygde og lokalbasert virksomhet, naturalhusholdning og tradisjonell virksomhet, som jakt, fiske, fangst og sanking skal anerkjennes som viktige faktorer for å opprettholde samenes kultur, økonomiske bæreevne og utvikling:

” Handicrafts, rural and community-based industries, and subsistence economy and traditional activities of the peoples concerned, such as hunting, fishing, trapping and gathering, shall be recognised as important factors in the maintenance of their culture and their economic self-reliance and development ”.

Videre krever annet punktum at myndighetene når det er aktuelt, skal sikre at slik virksomhet blir styrket og fremmet med samisk deltakelse:

²⁵⁷ Se NOU 2007: 13 under punkt 8.4.6.6 om lokale sedvanerettsdannelser.

”Governments shall, with the participation of these peoples and whenever appropriate, ensure that these activities are strengthened and promoted”.

Som for artikkel 8 kan også artikkel 23 leses i lys av konvensjonens fortale. Foruten den siterte delen i forbindelse med omtalen av artikkel 8 ovenfor, tar fortalen også opp viktigheten av urfolkets livsform og identitet med videre:

”*Recognising* the aspirations of these peoples to exercise control over their own institutions, ways of life and economic development and to maintain and develop their identities, languages and religions, within the framework of the States in which they live”

Likeledes kan SP artikkel 27 og Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter og samisk språk- og kulturvern trekkes inn som tolkningsmomenter i likhet med praksis fra ILOs håndhevelsesorganer.

4.7.2 Det nærmere innhold i artikkel 23

Bestemmelsen har en del til felles med artikkel 8, ettersom det også her er tale om å ta hensyn til urfolks sedvaner og tradisjonelle livsutfoldelse. Mens artikkel 8 slår fast det generelle prinsipp om å ta tilbørlig hensyn til urfolkets sedvaner, er artikkel 23 mer spesifikt rettet opp mot hensynet til å bevare og videreutvikle urfolkets tradisjoner og kultur. På denne måten kan det hevdes at artikkel 23 utfyller bestemmelsen i art 8.

Opprinnelig var art 23 nr. 1 foreslått med en annen ordlyd. Etter første punktum skulle de håndverk, bygde og lokalbasert virksomhet og naturalhusholdning anerkjennes, styrkes og fremmes som viktige faktorer i urfolkets økonomiske utvikling (”recognised, strengthened and promoted as important factors in their economic development”). Videre het det at integriteten av disse tradisjonelle aktivitetene skulle beskyttes (The integrity of these traditional activities shall be protected”) etter forslaget annet punktum. I løpet av de første diskusjonene ble det foreslått å også ta inn henvisninger til jakt fiske og fangst. På grunn av liten tid til å vurdere implikasjonene av dette, ble det ikke formulert et krav om styrking og fremming i første punktum. I stedet ble det i annet punktum oppstilt et krav om styrking og fremming av disse aktivitetene i tilfeller hvor det var passende (whenever appropriate), for å gjøre bestemmelsen mer fleksibel.²⁵⁸ At ordlyden åpner for en fleksibel gjennomføring i

²⁵⁸ *International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A) (1989) s. 55-57.*

henhold til kravet om styrking og fremming av de tradisjonelle aktivitetene, vil til tross for dette, neppe innebære noen realitetsforskjell. For øvrig er konvensjonens forarbeider taus om hvordan bestemmelsen skal forstås og det foreligger lite praksis fra ILOs håndhevelsesorganer som belyser innholdet.

Etter ordlyden skal blant annet naturalhusholdning og tradisjonell virksomhet som jakt, fiske, fangst og sanking *anerkjennes som viktige faktorer* for å opprettholde samenes kultur, økonomiske bæreevne og utvikling. Hva anerkjennelsen nærmere skal gå ut på, sier bestemmelsen ingenting om. Dersom ordlyden ses i sammenheng med konvensjonens fortale og formål, virker det som artikkel 23 nr.1 innebærer en plikt til å ta samiske tradisjoner og kulturhistorie i betraktning i lovanvendelsen. Mens første punktum omtaler en generell plikt til anerkjennelse av de nevnte faktorer, angir annet punktum en plikt til aktive tiltak for stater hvor dette kan være på sin plass. I begge henseender beror statens plikter på en konkret vurdering av urfolkets stilling i samfunnet.

For Norges vedkommende vil anerkjennelsen av samisk kultur langt på vei følge av Grunnloven § 110 a. Artikkel 23 nr. 1 nevner imidlertid flere områder, og nevner jakt, fiske, fangst og sanking spesielt. En anerkjennelse av disse faktorene innebærer ikke bare en plikt for lovgiver å ta hensyn til samiske jakt- og fisketradisjoner. I likhet med Grunnloven § 110 a må artikkel 23 antas å henvende seg til alle statens myndigheter.²⁵⁹ Både domstolene og forvaltningen må således ta hensyn til samiske tradisjoner for at faktorene skal kunne sies å være fullt ut anerkjent i henhold til konvensjonen.

5 Har norske myndigheter gjort tilstrekkelig for å styrke samiske tradisjoner i forhold til jakt og fiske?

5.1 Innledning

Ovenfor er det gjort rede for innholdet i finnmarkslovens bestemmelser om jakt- og fiskerettigheter i punkt **Feil! Fant ikke referansekilden.** Likeledes er bestemmelsene i ILO-169 som omhandler slike rettigheter analysert og drøftet. I det følgende skal oppmerksomheten igjen rettes mot finnmarksloven. Innholdet i bestemmelse vil bli holdt opp mot Norges folkerettslige forpliktelser etter ILO-169, men også andre folkerettslige instrumenter vil

²⁵⁹ Se ovenfor i punkt 3.2.2 for nærmere omtale av Grunnloven § 110 a.

trekkes inn i vurderingen. Avslutningsvis vil det også drøftes hva som kan gjøres for å skape større samsvar mellom finnmarkslovens bestemmelser og de folkerettslige regler.

5.2 Sammenlikning av finnmarkslovens bestemmelser med Norges folkerettslike forpliktelser

5.2.1 Innledning

I den foregående drøftelse er det i relasjon til ILO-169 artikkel 14 sondret mellom områder hvor det skal anerkjennes eier- og besittelsesrettigheter på den ene side, og områder hvor det bare er tale om å sikre bruksrettigheter på den annen. Ettersom ulike hensyn gjør seg gjeldende i forskjellig grad for disse områdene, kan det være hensiktsmessig å operere med samme sontring når finnmarkslovens regler om jakt og fiske skal vurderes opp mot ILO-169 og andre folkerettslige instrumenter.

5.2.2 Finnmarkslovens regler om jakt og fiske i forhold til områder hvor det skal anerkjennes bruksrettigheter

I områder hvor samene ikke har vært alene om utnyttelsen, men tradisjonelt har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet jf. ILO-169 artikkel 14 nr. 1 annet punktum, består de privatrettslige implikasjonene av artikkel 15 nr. 1 i at samene får rett til å utnytte naturressursene. I kravet om anerkjennelse av bruksrettigheter ligger ikke bare en adgang til bruk, men også en faktisk mulighet for nødvendig ressursutnyttelse jf. ovenfor i punkt 4.5.6.3. Offentligrettslig innebærer artikkel 15 nr. 1 at samene har rett til å være med i forvaltningen og reguleringen av de ulike ressursene.

Ovenfor er det i punkt **Feil! Fant ikke referansekilden.** nærmere redegjort for jakt- og fiskebestemmelsene i finnmarksloven. Rettighetene er som nevnt gitt som områderrettigheter, hvor både kommunens innbyggere, fylkets innbyggere og andre har rettigheter.

Utgangspunktet for områder hvor det er tale om å anerkjenne bruksrettigheter, er at urfolket må akseptere at andre utnytter området. De krav som stilles til bruk og til deltakelse i forvaltningen, vil derfor ikke være like sterke som for områder hvor det er tale om å anerkjenne eier- og besittelsesrettigheter.

Finnmarksloven §§ 22 og 23 gir innbyggere i kommunen og fylket rett til fiske og jakt. I tillegg er det åpnet for en særskilt rett til jakt og fiske gjennom § 24. For samer i Finnmark vil dette kunne oppfylle deres rett til bruk etter konvensjonen under forutsetning av at disse rettighetene ikke underlegges for strenge restriksjoner. Dette aktualiserer spørsmålet om samene er sikret tilstrekkelig innflytelse over forvaltningen av deres bruksrettigheter. Finnmarksloven opererer med en ordning hvor tre av styrets seks medlemmer utvelges av Sametinget jf. § 7 annet ledd første punktum jf. første ledd. Videre er det gitt spesielle regler om stemmeavgivning og flertallskrav som sikrer at samiske interesser tas hensyn til i tilfeller hvor det er spørsmål om endret bruk av utmark i § 10.

Det opprinnelige lovforslaget fra regjeringen Bondevik II i Ot. prp. nr. 53 (2002-2003), ble av professorene Graver og Ulfstein antatt å oppfylle konvensjonen på dette punkt.²⁶⁰ Ved behandlingen i Justiskomiteen ble det inntatt et nytt tredje ledd i § 10 med endrede avstemningsregler for en del kommuner i indre Finnmark. Disse reglene innebærer en styrking av samisk innflytelse på saker som gjelder endret bruk av utmark i områder med tradisjonelt stort innslag av samisk befolkning i indre Finnmark.²⁶¹ Dersom forslag om endret bruk i disse kommunene får tilslutning fra tre medlemmer av styret, kan de tre øvrige samlet kreve ny behandling, der ett av medlemmene fra Finnmark fylkesting ikke har stemmerett. Saken avgjøres med alminnelig flertall, se første og annet punktum jf. fjerde punktum. Tredje punktum innebærer imidlertid en tilsvarende reduksjon i innflytelsen ved forslag om endret bruk av utmark i resten av Finnmark. I de områder hvor samer har krav på bruksrettigheter, kan dette oppfattes som en svekkelse av rettighetene. På en annen side ble Justiskomiteens endring av tredje ledd godt mottatt av Sametinget, hvor Justiskomiteens lovforslag ble enstemmig vedtatt.

I sum må dette innebære at finnmarksloven oppfyller de krav som ILO-169 setter til anerkjennelse av jakt- og fiskebestemmelser, når det gjelder områder med bruksrettigheter.

Forslaget til nordisk samekonvensjon sonderer også mellom områder hvor samenes tradisjonelle bruk av land og vann gir grunnlag for eiendomsrett og områder med bruksrettigheter. Om bruksrettigheter uttales i forslagets artikkel 34 annet ledd første punktum:

²⁶⁰ Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003) under artikkel 15.

²⁶¹ Dette gjelder kommunene Karasjok, Kautokeino, Nesseby, Porsanger og Tana jf. § 10 tredje ledd.

”Dersom samene uten å anses som eiere, innehar og tradisjonelt har brukt visse land- eller vannområder til reindrift, jakt fiske eller på annen måte, skal de ha rett til fortsatt å inneha og bruke områdene i samme utstrekning som tidligere.”

For det tilfelle at også andre bruker områdene, skal utøvelsen foregå under ”gjensidig hensyn” til den annen part og dennes utnyttelse jf. annet punktum, med det forbehold at ”særlige hensyn” skal tas til reindriften jf. tredje punktum. Av artikkel 35 første ledd første punktum har statene plikt til å treffe ”nødvendige tiltak for effektivt vern” av disse rettighetene. Likeledes gir artikkel 36 første ledd første punktum uttrykk for at rettighetene skal sikres. Annet punktum presiserer at særlige hensyn skal tas, ettersom fortsatt tilgang til områdene kan være ”en forutsetning for å bevare samisk tradisjonell kunnskap og samiske kulturelle uttrykk.”

Bestemmelsene i forslaget til samekonvensjon har i lys av dette mye av det samme innhold som bruksrettigheter etter ILO-169, selv om omtalen av rettighetene er mer tilpasset de særlige forholdene for samene i Norden. I begge tilfeller er det tale om anerkjennelse av eksisterende rettigheter og hensyntagen til samiske tradisjoner og kulturuttrykk. ILO-169 er riktignok noe rundere i formuleringene, hvilket er naturlig ettersom den skal passe til forskjellige urfolks ulike situasjoner rundt om i verden. Uttrykket om at statene ”skal treffe nødvendige tiltak for effektivt vern av samenes rettigheter” i konvensjonsutkastets artikkel 35, er således mer presis enn ILO-169 artikkel 14 nr. 1 annet punktum, som sier at det skal treffes tiltak når forholdene tilsier det (”in appropriate cases”). Hvorvidt dette vil få betydning i praksis, vil bare en eventuell fremtidig ratifikasjon av konvensjonen vise.

FNs Urfolkdeklarasjon opererer ikke med samme skille mellom eierrettigheter og bruksrettigheter. I deklarasjonens artikkel 26 nr.1 heter det generelt at urfolk har ”the right to the lands, territories and resources which they traditionally have owned, occupied or otherwise used or acquired.” Videre heter det i artikkel 26 nr. 2 at urfolket i visse tilfeller har rett til å eie, bruke, utvikle og kontrollere områder og ressurser som de har skaffet seg:

“Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.”

Også her er det tatt hensyn til at urfolk kan ha skaffet seg rettigheter til områdene og ressursene på forskjellige måter, men samtidig er det et vilkår at urfolket besitter eller innehar

(”possess”) områdene. Den utøvde bruk må således ha hatt et visst omfang for å kvalifisere til overnevnte rettigheter. I lys av dette vil deklarasjonen neppe gi grunnlag for større rettigheter enn det som følger av ILO-169 i områder med bruksrettigheter.

På denne bakgrunn må finnmarkslovens regler om jakt og fiske kunne sies å være i overensstemmelse med både ILO-169 og øvrige folkerettslige instrumenter når det gjelder områder hvor det skal anerkjenne bruksrettigheter.

5.2.3 Finnmarkslovens regler om jakt og fiske i forhold til områder hvor det skal anerkjennes eier- og besittelsesrettigheter

I områder hvor samene har krav på anerkjennelse av eier- og besittelsesrettigheter jf. ILO-169 artikkel 14 nr. 1 første punktum, er situasjonen noe annerledes. Som tidligere nevnt vil samene i slike områder som utgangspunkt ha krav på en enerett til resursutnyttelse, med unntak av bruksrettigheter som andre måtte ha til områdene og særlige regler for mineraler og petroleumforekomster.²⁶²

Finnmarkslovens ordning er imidlertid at alle personer som er bosatt innenfor kommunen eller fylket skal ha samme rettigheter. De rettigheter til utnyttelse av naturressurser som samene har krav på å få anerkjent etter konvensjonen, er som nevnt utformet som ”områderettigheter”, uten at det foretas noe skille ut fra etnisk opprinnelse. Dette vil blant annet innebære at samene i visse områder må godta rådighetsinnskrenkelser til naturressurser som de etter konvensjonen skulle ha enerett til. Om en slik reduksjon av samenes rådighet skal kunne forsvares, må det begrunnes med at andre har konkrete rettigheter i de aktuelle områdene jf. det som ovenfor er sagt om områderettigheter i punkt 4.3.

Ved rettigheter som etter § 22 tilkommer innbyggere i kommunen og særskilte rettigheter til lokal utnyttelse etter § 24 kan en slik deling av rettigheter hevdes å være på sin plass. Andre enn samene kan for eksempel tenkes å ha ervervet jakt- og fiskerettigheter gjennom hevd eller alders tidsbruk. Videre kan slike rettigheter tenkes å bygge på et allmenningssrettslig grunnlag. Som tidligere nevnt vil brukerne og andre som bor eller er sterkt tilknyttet til jordbrukseiendommer, ha rettigheter til jakt og fiske i bygdeallmenninger i medhold av

²⁶² Se nærmere ovenfor i punkt 4.5.2 og 4.5.5.

bygdeallmenningsloven kapittel 7 og 8. Mot dette kan det hevdes at forholdene i Finnmark er særegne og at de historiske rettsgrunnlagene for slike rettigheter er forskjellig sammenliknet med resten av landet. På en annen side har slike rettigheter vært praktisert over lang tid, og de kan sies å ha et nært slektskap til bygdeallmenninger i resten av Norge.²⁶³ Dette er rettigheter som må respekteres av enhver grunneier, og §§ 22 og 24 vil derfor ikke diskriminere samene i forhold til andre grunneiere. At rettighetene er gitt som områderettigheter vil riktignok innebære at også andre får tilgang til naturressursene. På en annen side vil samene få tilgang til områder hvor de tradisjonelt ikke har bedrevet ressursutnyttelse.

I lys av at samer, kvener og nordmenn bor i de samme områder i Finnmark og den fleksible gjennomføringen som artikkel 34 legger opp til, må likevel dette kunne anses å være i tråd med konvensjonen.²⁶⁴

For rettigheter som tilkommer fylkets innbyggere jf. § 23, blir argumentet med lokalt ervervede rettigheter svakere, ettersom krinsen av rettighetshavere som ikke bygger sitt rettighetsgrunnlag på hevd eller alders tids bruk vil være større. At alle innbyggerne i Finnmark skal ha rett til fiske i vassdrag med stang og håndsnøre og jakt på småvilt og storvilt, må eventuelt bygge på andre grunnlag. Dersom slike rettigheter ut fra en konkret vurdering av rettsforholdene kan bygges på et allmenningsrettslig grunnlag, vil samene som utgangspunkt måtte respektere dette, også i områder hvor de har krav på å få anerkjent eier- og besittelsesrettigheter.

For det tilfelle at slike rettigheter antas å foreligge på bakgrunn av ”tålt bruk” blir situasjonen en annen, ettersom samene i slike tilfeller ikke har noen plikt til å respektere bruksrettighetene. Tålt bruk bygger på at eieren frivillig tillater bruk av hans område og denne tillatelsen kan trekkes tilbake når som helst.²⁶⁵ På bakgrunn av de spesielle historiske forhold i Finnmark, med staten som eier, blir det imidlertid kunstig å anse finnmarkingenes rettigheter til jakt og fiske som tålt bruk.

Finnmarksloven må derfor kunne sies å være i overensstemmelse med ILO-169 hva gjelder bestemmelsene i §§22-24.

²⁶³ Se under artikkel 15 i Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003).

²⁶⁴ Se ovenfor i punkt 4.3 for en nærmere analyse av problematikken med ”områderettigheter”.

²⁶⁵ Se nærmere om tålt bruk eller precario-bruk i Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold* (2005) s. 114-115.

Annerledes blir det i forhold til § 25 om andres rettigheter til jakt og fangst av småvilt og fiske i vassdrag med stang og håndsnøre. Disse rettighetene kan vanskelig sies å ha grunnlag i hevd eller alders tids bruk. Utenforståendes adgang til jakt og fiske i bygdeallmenninger beror på allmenningsstyret jf. bygdeallmenningsloven §§7-2 og 8-3. De lovfestede rettighetene til jakt på småvilt og fiske i § 25 er således større i Finnmark enn i resten av landet. Selv om rettsforholdene er historisk spesielle ved at staten lenge har stått som eier av områdene, vil en slik utvidet rett til jakt- og fiske for allmennheten være problematisk i forhold til ILO-169 artikkel 14 og 15. I områder hvor det skal anerkjennes eier- og besittelsesrettigheter blir rådigheten således innskrenket på en måte som ikke har grunnlag i konvensjonen.

Professorene Hans Petter Graver og Geir Ulfstein ble som tidligere nevnt, i 2003 oppnevnt av Stortingets Justiskomité for å gjøre en folkerettslig vurdering av Bondevik II- regjeringens forslag til finnmarkslov. I forbindelse med jakt og fiske i områder med eier- og besittelsesrettigheter konkluderte de med at lovforslagets utvidede allemannsrettigheter var i strid med ILO-169:

”Skal innskrenkninger i samenes rådighet over visse typer av ressurser kunne begrunnes, må det være fordi andre har konkrete rettigheter til ressurser i de områder samene må gis eier- og besittelsesrettigheter over. Etter vår oppfatning synes det vanskelig å begrunne utvidede allemannsrettigheter i samenes områder etter artikkel 14 nr. 1 første punktum med den begrunnelse at staten har hjemmelen til områdene. At staten har hjemmelen, er ikke i seg selv i strid med artikkel 14, siden den ikke krever overføring av hjemmel (‘title’). Men dersom det forhold at staten beholder hjemmel fører til konkrete innskrenkninger i eier- og besittelsesrettighetene, vil kravene til anerkjennelse av disse neppe være oppfylt. Dette innebærer at vi mener at det kan uttrykkes sterk tvil med hensyn til om lovutkastets § 21 om allemannsrettigheter til jakt og fangst av småvilt og fiske i vassdrag med stang og håndsnøre er i samsvar med artikkel 14 og 15. Disse rettighetene omfattes ikke av de generelle allemannsrettighetene i norsk rett. Derfor kan ikke disse rettighetene unntas fra de eiendoms- og besittelsesrettighetene som følger av artikkel 14 nr. 1 første punktum.”²⁶⁶

Denne kritikken er ikke kommentert i Justiskomiteens innstilling, og dagens ordlyd har ikke gjennomgått store endringer i forhold til det opprinnelige lovforslag. Den omtalte § 21 utgjør riktignok § 25 i dagens lov og viser til andres rettigheter i stedet for allmennhetens rettigheter. Utover dette er imidlertid innholdet det samme som i lovforslaget foruten at forslaget

²⁶⁶ Graver og Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2003) s. under artikkel 15.

bostedskrav er tatt bort.²⁶⁷ Kritikken fra Graver og Ulfstein vil derfor gjøre seg gjeldende også i forhold til dagens utforming av bestemmelsen.

Som nevnt i punkt 5.2.2 skiller ikke FNs urfolksdeklarasjon mellom bruksrettigheter og eier og besittelsesrettigheter, men fastslår generelt at urfolk har rett til landområder og ressurser som de tradisjonelt har eid, okkupert eller på annen måte har brukt eller skaffet seg jf. art 26 nr. 1. For bruksrettigheter innebærer som nevnt vilkåret om besittelse at deklarasjonen neppe går lenger enn ILO-169. I områder med eier- og besittelsesrettigheter må imidlertid dette vilkåret anses å være oppfylt. Retten til å eie, bruke, utvikle og kontrollere områdene og ressursene jf. artikkel 26 nr. 2 vil således gjøre seg gjeldende i forhold til finnmarksloven og annen lovgivning som regulerer disse godene. For så vidt kan det også vises til artikkel 26 nr. 3 som krever anerkjennelse og beskyttelse av slike områder og ressurser i lovs form, og at det utvises tilbørlig hensyn til urfolkssedvaner:

”States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned”

Når rettighetene er gitt som ”områderettigheter” som kommer alle innbyggerne i kommunen eller fylket til gode, er det vanskelig å anse retten til å eie, bruke, utvikle og kontrollere områdene og ressursene for innfridde. Det foreligger riktignok ikke praksis i forbindelse med bestemmelsene, og deklarasjonen utgjør ikke mer enn en moralsk forpliktelse. Likevel er det påfallende at finnmarkslovens bestemmelser om jakt og fiske ikke synes å oppfylle deklarasjonens krav.

I forslaget til nordisk samekonvensjon slår artikkel 34 fast at ”tradisjonell bruk av land- eller vannområder utgjør grunnlag for samenes individuelle eller kollektive eiendomsrett”. I områder hvor det er aktuelt med slik eiendomsrett, vil samene som utgangspunkt ha enerett til ressursutnyttelse jf. det som er sagt om dette foran.²⁶⁸ I tråd med argumentasjonen ved drøftelsen av ILO-169 ovenfor, kan det også knyttes tvil til om finnmarksloven § 25 er i samsvar med forslaget til nordisk samekonvensjon.

På denne bakgrunn må det kunne konkluderes med at finnmarkslovens regler om jakt og fiske er i en gråsoner med hensyn til flere folkerettslige instrumenter på urfolksrettens område.

²⁶⁷ Se nærmere ovenfor i punkt 4.4.2.4.

²⁶⁸ Se ovenfor i punkt 4.5.5.

5.2.4 Er det ved styresammensetningen i Finnmarkseiendommen tatt tilstrekkelig hensyn til samenes rett til å delta i bruk, styring bevaring av naturressursene i deres landområder?

Ved finnmarksloven er som nevnt hjemmelen til store deler av grunnen i Finnmark overført fra tidligere Statsskog SF til et eget rettssubjekt – Finnmarkseiendommen – som nå skal forvalte grunn og naturressurser med videre i Finnmark, se finnmarksloven § 6 jf. § 49. Forvaltningen av Finnmarkseiendommen ligger til Finnmarkseiendommens styre, og dette har i oppgave å besørge en forsvarlig organisering av virksomheten. I dette ligger fastsetting av planer, budsjett, retningslinjer og instruksjoner for virksomheten, samt iverksette eventuelle nødvendige undersøkelser jf. § 9 første ledd. Jakt, fangst og fiske krever alltid tillatelse fra Finnmarkseiendommen etter § 27 annet ledd. I tillegg kan Finnmarkseiendommen på nærmere vilkår²⁶⁹ kreve avgifter etter tredje ledd. I lys av dette blir sammensetningen av styret sentral i forhold til utøving av jakt- og fiskerettigheter. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved om styrets sammensetning med tre medlemmer valgt av Sametinget og tre medlemmer valgt av Finnmark fylkesting jf. finnmarksloven § 7 annet ledd er i samsvar med samenes rett til deltakelse i forvaltningen jf. ILO-169 artikkel 15 nr. 1.

Finnmarksloven § 6 slår fast at Finnmarkseiendommen er et selvstendig rettssubjekt i tråd med Samerettsutvalgets forslag.²⁷⁰ Finnmarkseiendommen har selvstendig eierrådighet og er således ikke underlagt reglene om statens instruksjonsmyndighet.²⁷¹ Ettersom styret har ansvaret for forvaltningen jf. § 9, blir styresammensetningen som nevnt av stor betydning.

Som nevnt utpeker Sametinget og Finnmark fylkesting tre medlemmer og varamedlemmer hver til styret jf. § 7 annet ledd første punktum. Det er styret selv som avgjør hvem som skal være styreleder, men dersom enighet ikke oppnås, fastsettes dette av Sametinget eller Finnmarks fylkesting i henholdsvis partalls- og oddetallsår jf. § 7 sjette ledd. Styrets vedtak

²⁶⁹ Se § 27 annet og tredje ledd, samt reindriftsloven § 14 jf. finnmarksloven § 5 og lakse- og innlandsfiskeoven § 18 første ledd.

²⁷⁰ Se NOU 1997: 4 s. 98 flg.

²⁷¹ I all hovedsak vil Finnmarkseiendommens rettsstilling tilsvare rettsstillingen til en vanlig privat grunneier. Lovens formål vil imidlertid være retningsgivende for virksomheten og Finnmarkseiendommen må i motsetning til andre grunneiere fine seg i å ikke ha et ekspropriasjonsrettslig vern mot ny lovgivning som griper inn i den rettigheter jf. § 19. I tillegg må som nevnt Finnmarkseiendommen tåle at andre har rett og adgang til å utnytte fornybare ressurser jf. §§22-25, se Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) s. 107-108 i punkt 7.4.2 og s.123 i kapittel 9 til § 6. jf. også Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. i punkt 7.2.5.

treffes med alminnelig flertall, og ved stemmelikhet er styreleders stemme avgjørende jf. 9 fjerde ledd.

En slik ordning må som nevnt antas å være i overensstemmelse med ILO-169 i forhold til områder hvor samene bare har krav på sikring av bruksrettigheter. Situasjonen blir imidlertid en annen i saker som angår områder hvor samene har krav på anerkjennelse av eier- og besittelsesrettigheter. I slike situasjoner kunne samene til tross for enighet blant styremedlemmene utpekt av Sametinget, risikere å lide nederlag i alle saker i år hvor lederen var en representant utpekt av Finnmark fylkesting. Dette kunne tenkes å være problematisk i forhold til artikkel 15 nr. 1. Finnmarksloven løser langt på vei på dette problemet ved å gi spesielle regler for saker som gjelder endret bruk av utmark jf. § 10.

Av § 10 første ledd går det frem at hensynet til samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv i slike tilfeller skal vurderes, og at det denne vurderingen skal legge Sametingets retningslinjer til grunn jf. § 4.²⁷² Videre krever vedtak om endret bruk av utmark minst fire stemmer i styret dersom mindretallet begrunner sitt standpunkt med overnevnte hensyn jf. annet ledd første punktum. I tredje ledd er det som tidligere nevnt en regel om skiftende styresammensetning, avhengig om saken gjelder endret utmarksbruk i indre Finnmark.²⁷³

I øvrige saker vil vedtak være avhengig av alminnelig flertall i styret. Dersom det oppstår en tydelig polarisering i styret, kan styrerepresentantene som er utnevnt av Sametinget risikere vanskeligheter med å oppnå flertall i styret i oddetallsår. På en annen side vil styreleders avgjørende stemme ved stemmelikhet ha tilsvarende gunstige konsekvenser i partallsår. Det foreligger imidlertid ingen klare holdepunkter for at styret generelt vil være splittet på denne måten. I Finnmark har samer, kvener og nordmenn bodd side om side i mange år. Det er således ingen god grunn for at et styre med kompetente folk ikke skal kunne samarbeide på en

²⁷² Etter § 4 første ledd første punktum kan gi retningslinjer for bedømmelsen av samisk kultur, reindrift, utmarksbruk næringsutøvelse og samfunnsliv. Av annet og tredje punktum følger det at retningslinjene skal kontrolleres av departementet i forhold til utforming og om retningslinjene ligger innen rammen av første punktum. I saker om endret bruk av utmark skal disse retningslinjene legges til grunn ved statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheters vurderinger. Dette innebærer at retningslinjene er avgjørende for den innbyrdes vektleggingen av samiske hensyn, men ikke for den skjønsmessige vurderingen av samiske hensyn i forhold til andre hensyn, jf. Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 34-35 i punkt 7.4.4 til § 4 og Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) s. 121-122 i kapittel 9 til § 4.

²⁷³ Se nærmere ovenfor i punkt 5.2.2

forsvarlig måte og forvalte landområder og naturressurser i tråd med finnmarkslovens formål jf. § 1.

På denne bakgrunn må det kunne sies at samene har forholdsvis god innflytelse over naturressursene i områder hvor de har hevdet å ha eier- og besittelsesrettigheter.

Finnmarksloven må således kunne anses for å være i overensstemmelse med konvensjonen på dette punkt.

5.3 Hva kan gjøres for å oppnå bedre samsvar mellom finnmarksloven og ILO-169?

5.3.1 Innledning

Drøftelsene ovenfor har vist at finnmarkslovens regler om jakt- og fiske i visse henseender er i en gråsoner med sikte på å oppfylle kravene i ILO-169. Avslutningsvis i oppgaven kan det derfor være på sin plass å se på mulige løsninger som kan skape bedre samsvar, samtidig som det vil være naturlig å trekke inn enkelte personlige vurderinger.

I det følgende skal det drøftes hvorvidt det kan være hensiktsmessig med en generell inkorporering av konvensjonen, og om det kan være en løsning å gi den forrang etter samme modell som menneskerettsloven § 3.

5.3.2 Burde ILO-169 inkorporeres i norsk lov på lik linje som EMK, SP, ØSK og barnekonvensjonen i menneskerettsloven § 2?

Til tross for at presumsjonsprinsippet i praksis fungerer slik at det ikke oppstår noen realitetsforskjell enten ILO-169 inkorporeres eller ikke, har det flere ganger blitt tatt til orde for en generell inkorporering av ILO-169 i det norske lovverket.²⁷⁴ Som nevnt ovenfor i forbindelse med finnmarksloven § 3, har dette lenge vært et sterkt ønske fra samisk hold. I det følgende skal det derfor ses nærmere på argumenter for og imot en generell inkorporering av konvensjonen.

²⁷⁴ I tilknytning til et eksempel om ILO-169 artikkel 12 om søksmålskompetanse for nasjonale domstoler, uttales i NOU 1997:5 punkt 3.8 på s. 65: ”Selv om forskjellen derfor ikke blir meget stor, anbefaler vi at ILO-konvensjon 169 blir gjennomført i norsk rett ved lovbestemmelse etter reglene i grunnloven § 110 c, annet ledd.”

På den ene side kan det hevdes at presumsjonsprinsippet gjør at den praktiske betydning av inkorporering blir liten. Videre er det på det rene at ILO-169 er en spesialkonvensjon og at den hovedsakelig vil være aktuell i Finnmark. Selv om det nå er flere stater som har ratifisert ILO-169, foreligger det fortsatt ikke en fast praksis rundt konvensjonen. Justiskomiteen uttalte for eksempel i sin innstilling at det ”fortsatt er mye uklarhet rundt tolkningen av ILO-konvensjon nr. 169”.²⁷⁵ Den delvise inkorporering av konvensjonen i finnmarksloven § 3, kan derfor hevdes å være tilstrekkelig. Urfolks rettigheter må også sies å nyte en viss beskyttelse i form av sameloven og Grunnloven § 110 a.

Politisk har konvensjonen vært omstridt både nasjonalt og internasjonalt. Særlig er det rettigheter til landområder som har vært et problematisk tema. Nettopp dette er mye av grunnen til at verken Sverige, Finland eller Russland hittil har ratifisert konvensjonen, selv om de har betydelige innslag av samisk bosetning. Det vil derfor ikke være uproblematisk å inkorporere bestemmelsene i ILO-169 i norsk rett. Det er mange interessegrupper inne i bildet, og en inkorporering kan tenkes å vekke missnøye. Gamle fordommer kan bli vekket til live igjen, og nye kan oppstå. På denne måten kan en inkorporering virke konfliktskapende.

På den annen side ”kan særlig signaleffekten internasjonalt og i forhold til den samiske folkegruppe tale for å inkorporere konvensjonen” som fremhevet i NOU 1993: 18 s. 143. Selv om utredningen konkluderte med at konvensjonen ikke burde inkorporeres på daværende tidspunkt, er dette et sentralt poeng. Den samiske folkegruppe er størst representert i Norge, og som stat må vi således kunne sies å ha et særlig ansvar både nasjonalt og internasjonalt for å verne om samisk kultur og samfunnsliv.²⁷⁶ For å få en fast praksis rundt konvensjonen er det og viktig at flest mulig nasjoner med urbefolkning ratifiserer konvensjonen. Om Norge gjennom en inkorporering kan være et forbilde og en veiviser for Sverige, Finland og Russland, kan det hevdes å være et ansvar som Norge skylder den samiske folkegruppe å ta på seg.

Til forskjell fra situasjonen i 1993, er det nå mange nye stater (16) som har ratifisert ILO-169. Samtidig har det i økende grad blitt satt et fokus på urfolks rettigheter internasjonalt. Nasjonalt har Norge blant annet gjennom sameloven og Grunnloven § 110 a forsøkt å bøte på den urett som ble begått mot den samiske folkegruppe gjennom assimileringspolitikken på 18-

²⁷⁵ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 i punkt 7.4.3 om § 3.

²⁷⁶ Dette hensyn var ett av flere som ble begrunnet opprettelsen av Grunnloven § 110 a, se nærmere om dette i NOU 1984: 18 s. 445 flg.

og 1900- tallet. En inkorporering av ILO-169 vil således kunne være enda et uttrykk for at norske myndigheter anerkjenner samiske rettigheter. Videre vil bestemmelsene i ILO-169 bli lettere tilgjengelig for folk flest, noe som igjen kan tenkes å medføre mer praksis i tilknytning til konvensjonen.

Så lenge konvensjonen er ratifisert, og en inkorporering utgjør en viktig signaleffekt internasjonalt ovenfor den samiske folkegruppe, er det derfor liten grunn til ikke å gjennomføre ILO-169s bestemmelser i norsk rett. Et ytterligere poeng er som nevnt at den delvise inkorporeringen av ILO-169 med forrang i finnmarksloven § 3 kan skape en ”skjevhet” i forhold til resten av landet, ettersom Finnmarksloven bare gjelder for Finnmark fylke. Hensynet til harmoni i lovgivningen kan således tale for en generell inkorporering av konvensjonen.

I sum må det derfor kunne konkluderes med at ILO-169 burde inkorporeres i norsk rett.

5.3.3 Burde ILO-169 gis generell forrang foran annen lovgivning?

Et annet spørsmål er hvorvidt ILO-169 skal gis forrang foran øvrig lovgivning slik som SP, ØSK, EMK og Barnekonvensjonen har gjennom menneskerettsloven § 3. Dette spørsmålet henger nært sammen med spørsmålet om inkorporering, og flere av argumentene ovenfor kan anføres også i denne relasjon. Samtidig er spørsmålet mer politisk betent ettersom det er tale om at ILO-169 skal gå foran øvrig lovgivning på generelt grunnlag.

I tilfellet med ILO-169, er det flere forhold som kan gjøre det betenkelig å gi konvensjonen generell forrang foran øvrig lovgivning.

For det første kan forrangsbestemmelser sies å være problematiske av natur, i det de bestemmer at enkelte regler skal gjelde foran andre. De kommer i en slags ”mellomstilling” mellom regler med lovs rang og regler med konstitusjonell rang. Lovbestemmelser som har gått gjennom en omfattende lovgivningsprosess, kan derfor risikere å måtte vike til side til fordel for en konvensjonsbestemmelse, ene og alene på grunn av forrangsbestemmelsen. Dette tilsier at det burde gjøres grundige vurderinger før forrangsbestemmelser tas inn i lovgivningen. I St.mld. nr. 17 (2004-2005) Makt og demokrati uttrykker regjeringen Bondevik II bekymring over at rettsliggjøringen av politikken og Norges internasjonale

forpliktelser reduserer Stortingets handlefrihet. I forhold til spørsmålet om inkorporeringer og forrang ble det uttalt:

”Inkorporasjon er en av de muligheter man har i norsk rett for å innarbeide internasjonalt regelverk i nasjonal lovgivning. Ved en rekke anledninger kan spørsmålet dermed i framtiden tenkes å komme opp om slik inkorporasjon i så fall skal suppleres med en forrangsregel for de aktuelle bestemmelser av internasjonalt opphav.

Det er Regjeringens oppfatning at en forrangsregel bør reserveres for helt spesielle tilfeller, slik praksis har vært i Norge.

Ved inkorporering bør hovedregelen være at den inkorporerte regel gis rang som ordinær lov, og at de generelle nasjonale rettsregler om lovfortolkning gis anvendelse. På denne måten ønsker Regjeringen å øke forutsigbarheten og klarheten i rettssystemet, og dermed unngå en uheldig utvikling i retning av maktoverføring fra lovgivende til dømmende myndighet.”²⁷⁷

For det andre kan det stilles spørsmål med hvor stor praktisk betydning en forrangsbestemmelse vil ha. Som nevnt vil presumsjonsprinsippet og bestemmelsene i Grunnloven §§ 110 c og 110 a innebære at ILO-169 vil ha betydelig rettskildemessig vekt. Det skal således noe til før det tolkningsresultat som følger av ILO-169, i en motstridssituasjon må vike til side for en lovbestemmelse.

Videre er det på det rene at spørsmålet om forrang for ILO-169 er et betent politisk spørsmål, ikke bare i Finnmark, men også blant andre som kan tenkes å bli berørt av bestemmelsene. Dersom urfolks rettigheter etter konvensjonen skal gjelde foran øvrig lovgivning, kan dette tenkes å virke konfliktskapende. Rettigheter til land og vann har gjennom historien vært gjenstand for mange konflikter, og Finnmark er intet unntak. De rettigheter til land og vann som ILO-169 krever anerkjent for urfolk, har betydning både økonomisk og som rekreasjonsområder for folk, uavhengig av etnisk opprinnelse. Dersom slike rettigheter gjennom ILO-169 får en opphøyet status i form av en forrangsbestemmelse, kan det tenkes at enkelte føler seg provosert og at konflikten eskalerer.

Det som hittil har vært anført som det sterkeste argumentet mot en generell forrangsbestemmelse, er imidlertid at konvensjonen er uklar og at det er knyttet usikkerhet til hvordan bestemmelsene skal tolkes. I Justiskomiteens innstilling uttales blant annet at ”det

²⁷⁷ St. meld. nr. 17 (2004- 2005) i punkt 3.8.

fortsatt er mye uklarhet rundt tolkningen av ILO- konvensjon nr. 169. Dette gjør den etter flertallets syn lite egnet for inkorporering.²⁷⁸ Videre uttaler flertallet at det ”vil være enklere å forutse konsekvensene av en [...] begrenset inkorporering enn om man skulle gi ILO-konvensjonen generell forrang over all norsk lovgivning”.²⁷⁹ Som tidligere nevnt var det lenge tvil om hvordan menneskerettskonvensjonene skulle fortolkes og hvilken vekt de skulle tillegges. ILO-169 er en nyere konvensjon, det foreligger lite praksis i henhold til konvensjonen, og til forskjell fra EMK, er det ikke noen domstol å støtte seg til ved tolkningen. Dette kan tale for at det vil være bedre å vente med å inkorporere ILO-169 med generell forrang.

På den annen side er det også argumenter som taler for at konvensjonen skal ha generell forrang. Konvensjonen er riktignok en spesialkonvensjon og gir rettigheter til en begrenset gruppe. Men innholdet i konvensjonen er å betrakte som menneskerettigheter, og gode grunner kan tale for å ta inn både ILO-169 og andre menneskerettigheter i menneskerettsloven. Rent systematisk vil det være en fordel å ha menneskerettighetene samlet på en plass. Og om enkelte menneskerettigheter har generell forrang, mens andre bare skal ha det på visse områder, vil det kunne oppstå et uønsket skille. En generell forrang vil også hindre uheldige situasjoner i forhold til et eventuelt klarhetskrav til bestemmelser i ILO-169 jf. ovenfor i punkt 3.2.6 om forrang ved sektormonismebestemmelser.

I 2005 ble Rasediskrimineringskonvensjonen²⁸⁰ og kvinnekonvensjonen²⁸¹ inkorporert i henholdsvis diskrimineringsloven²⁸² og likestillingsloven²⁸³ uten at det ble inntatt noen forrangsbestemmelse. Dette ble møtt med stor kritikk av Geir Ulfstein og Norsk senter for menneskerettigheter. I intervju med Dagbladet og NTB hevdet han at politikerne etablerte et kvalitetsskille mellom menneskerettigheter.

²⁷⁸ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 33 i punkt 7.4.3 til § 3.

²⁷⁹ *ibid.* For ordens skyld nevnes at mindretallet ikke motsatte seg disse uttalelsene, men ønsket en ordlyd i § 3 som og gav uttrykk for Norges forpliktelser i henhold til internasjonale miljøkonvensjoner.

²⁸⁰ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

²⁸¹ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

²⁸² Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. i § 2

²⁸³ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene. i § 1 b.

”Signalet fra Stortinget vil være at menneskerettigheter er viktige, men at enkelte menneskerettigheter er viktigere enn andre. Dette er i strid med FNs uttalte oppfatning om at menneskerettigheter utgjør helhet som ikke kan splittes opp”²⁸⁴

Selv om ikke Ulfstein nevner ILO-169 i denne sammenheng, vil det samme gjelde for dennes status som formidler av menneskerettigheter. Uten inkorporering i menneskerettsloven risikerer bestemmelsene å få et såkalt ”B- stempel” som menneskerettigheter.

I lys av ønsket om å gjøre opp for tidligere utøvd urett mot samene er dette uheldig. Grunnloven § 110 a pålegger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at samene skal sikre og utvikle sitt språk, kultur og samfunnsliv. Å gi ILO-169 generell forrang kan være et tydelig signal på at myndighetene tar denne oppgaven på alvor. Samtidig vil det være et sterkt signal internasjonalt om at Norge virkelig anerkjenner urfolks rettigheter etter konvensjonen. Regjeringen Bondevik er ovenfor sitert på at de ønsker å reservere forrangsbestemmelsene for ”helt spesielle tilfeller”. At menneskerettigheter har en sentral stilling i norsk rett er ikke omtvistet. Samtidig er det på det rene at innholdet i ILO-169 kan karakteriseres som menneskerettigheter. Om det i tillegg ses hen til samenes spesielle stilling i Norge, kan mye tale for å gi ILO-169 forrang. Menneskerettsloven var omdiskutert når den kom, og som nevnt var rettspraksis lenge sprikende i forholdet mellom norsk rett og EMK. Rettskildebildet ble naturlig nok uoversiktlig når menneskerettsloven § 3 gav forrang til bestemte konvensjoner, men rettsystemet må kunne sies å ha tilpasset seg dette på en grei måte. Norsk rett har alltid vært i utvikling og tilpasset seg tidens utvikling. Gode grunner kan derfor tale for å gi ILO-169 generell forrang. Skulle utviklingen vise at en slik bestemmelse gir uønskede resultater, er det i verste fall ikke noe i veien for å oppheve forrangsbestemmelsen.²⁸⁵

Selv om spørsmålet er vanskelig, må det etter dette kunne konkluderes med at ILO-169 burde gis generell forrang på samme måte som SP, ØSK, EMK og barnekonvensjonen i menneskerettsloven § 3.

²⁸⁴ Sitat av Ulfstein i pressemelding fra NTB, publisert 19.4.2005. Se også intervju med Ulfstein i Brattholm, *Kvinner får annenrangs rettigheter*, Dagbladet 25.4.2005., kronikk av Ulfstein selv i Ulfstein, *Menneskerettigheter- en trussel mot demokratiet?*, Dagbladet 7. april 2005. Tekstene er per 19.2.2008 henholdsvis tilgjengelige på webdressene: <http://www.dagbladet.no/nyheter/2005/04/25/429804.html> og <http://www.dagbladet.no/tekstarkiv/artikkel.php?id=5001050048364&tag=item&words=Norsk%3Bsenter%3Bfor%3Bmenneskerettigheter>. Se for øvrig Ulfstein, *Internasjonale menneskerettigheter er det gått for langt'*, (2000).

²⁸⁵ En eventuell opphevelse måtte likevel vært basert på saklige og vektige grunner for å gå klar av Grunnloven § 110a og § 110 c. Det ligger imidlertid utenfor denne oppgave å gå inn på en grundig drøftelse av grunnlovsbestemmelsene i denne relasjon.

6 Oppsummering

Oppgaven har vist at det gjenstår flere uløste spørsmål i forbindelse med forholdet til ILO-169, selv om finnmarksloven er et produkt av en lang og grundig lovprosess. Dagens utforming av finnmarksloven § 3 innebærer at deler av konvensjonen må anses å være inkorporert med forrang, mens andre deler bare kan anvendes i kraft av presumsjonsprinsippet. Denne delvise inkorporering har dessuten bare virkning for finnmarkslovens anvendelsesområde som er Finnmark fylke. Det kan derfor hevdes at samer bosatt utenfor finnmark kommer i annen rettsstilling. Videre vil konvensjonens gjennomslagskraft være lite oversiktlig dersom det fortsatt gjelder et klarhetskrav for sektormonistiske bestemmelser. Selv om disse tingene ikke nødvendigvis vil innebære praktiske forskjeller, er det ikke heldig at rettsforholdene er såpass uklare. I et område med mange motstående interesser vil det være av stor betydning med forutberegnelighet rundt disse forhold.

Konvensjonens bestemmelser med relevans for jakt og fiske er gjerne skjønnsmessig og fleksibelt utformet jf. også konvensjonens art 34. Likeledes foreligger det lite konvensjonsmessig praksis som har avklart innholdet. Det vil derfor i mange tilfeller bli opp til domstolene å fastsette den nærmere virkning av bestemmelsene. At domstolene på denne måten skal øve innflytelse på innholdet i ILO-169, kan tenkes å være betenkelig ut fra maktfordelingssynspunkt.

Noen av de overnevnte utfordringer kan riktignok tenkes å ha sin løsning ved generell inkorporering av ILO-169 med forrang, etter modell av menneskerettsloven og dens inkorporering av EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen. Det foreligger imidlertid sterke intersemotsetninger med hensyn til rettighetene til land og vann i Finnmark, og for lovgiver er det således en tilnærmet umulig oppgave å finne løsninger som gjør alle tilfreds. Det handler på mange måter om å komme frem til kompromisser hvor alle parter må fire litt på kravene sine.

Finnmarksloven § 25 gir for eksempel allmennheten større rettigheter enn tilfellet er ellers i landet. Som nevnt vil dette være problematisk i forhold til ILO-169 i områder hvor samene har krav på å få anerkjent eier- og besittelsesrettigheter. På en annen side imøtekommer bestemmelsen noen av kravene fra Norges Jeger og Fiskerforbund som var svært aktive i lovprosessen. Eksemplet med vårjakt på ender i Kautokeino viser at myndighetene i denne

situasjon har tillagt samiske interesser stor vekt. Til tross for flere advarsler fra Direktoratet for naturforvaltning har Miljøverndepartementet fortsatt å tillate slik jakt som ”prøveordninger”.

Samiske rettigheter er betraktelig styrket gjennom ILO-169, og en eventuell implementering av innholdet i urfolksdeklarasjonen og en fremtidig ratifikasjon av forslaget til nordisk samekonvensjon vil bare bygge opp under dette. Finnmarksloven må kunne sies å være et langt skritt i riktig retning, men trolig er vi enda ikke i mål med hensyn til de folkerettslige forpliktelser som Norge som stat har påtatt seg gjennom ratifikasjonen av ILO-169.

Finnmarksloven er på mange måter kontroversiell og vil etter all sannsynlighet være et hyppig diskusjonstema også i årene som kommer. Tiden vil vise om Finnmarkseiendommen og Finnmarkskommisjonen fungerer som ønsket, og om naturforvaltningen i fylket vil utøves i henhold til de folkerettslige forpliktelser.

7 Kilder

Litteratur

- Aamodt, Ingrid, *Forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 169 og finnmarksloven - En rettslig analyse av finnmarksloven § 3* (Universitetet i Bergen, 2006).
- Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (9. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2004)
- Andreassen [Skoghøy], Jens Edvin *Menneskerettigheter og urbefolkning* (Institutt for rettsvitenskap, Tromsø 1991).
- Askeland, Bjarte, *Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning* (Jussens Venner, Nr. 8, 2003, s. 8-23).
- Brattholm, Eva, *Kvinner får annenrangs rettigheter*, Dagbladet 25.4.2005.
(<http://www.dagbladet.no/nyheter/2005/04/25/429804.html>)
- Castberg, Frede, *Folkerett* (2. utg., Oslo 1948).
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* (5. utg. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2001).
- Eriksen, Gunnar, *Tilvenningen til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis* (Kart og plan, 62, 2002, s. 228-245).
- Eriksen, Gunnar Ketil, *Alders tids bruk* (2007).
- Eriksen, Gunnar K., Ánde Somby, Jens Edvin A. Skoghøy og Universitetet i Tromsø Senter for samiske studier, *Fem artikler i samerett* (Universitetet i Tromsø, Tromsø 2001).
- Falkanger, Thor, *Fast eiendoms rettsforhold* (3. utg., Oslo 2005).
- Fleischer, Carl August, *Vurdering av dokument offentliggjort 3/11- 2003 om "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov"* (2004).
- Fleischer, Carl August, *Folkerett* (8. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2005).
- Graver, Hans Petter og Geir Ulfstein, *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* (2004).
- Hernes, Hans-Kristian, *Konsultasjoner besvør eller mulighet* (Stat & Styring, 2, 2006, s. 43-47).
- Jebens, Otto, *Samenes rett til land og vann i Finnmark* (1999).
- Johansen, Ann Gøril, *Introduksjon: Konferanse om samenes selvbestemmelsesrett som urfolk* (Konferanse om samenes selvbestemmelsesrett som urfolk, Senter for samiske studier, Tromsø 2002).
- Josefsen, Eva, *Finnmarksloven - En normalisering av rettsforhold* (Plan, 2, 2007, s. 42-47)
- Lile, Hadi, *Bolivia gjør FN-erklæringen til nasjonal lov*
(<http://www.galdu.org/web/index.php?odas=2433&giella1=nor>)
- Møse, Erik, *Menneskerettigheter* (Cappelen, Oslo, 2002).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2. utg., Universitetsforlaget, Bergen 2004).

- Orset, Ole Morten, *Urfolksdeklarasjonen vedtatt – hva nå?*
(<http://www.galdu.org/web/index.php?odas=2267&giella1=nor>)
- Ravna, Øyvind, *Finnmarksloven er vedtatt. Litt om de vesentligste endringene i forhold til Ot.prp. nr. 53 (2002 -2003)*. (Jus`t, 13, 2, 2005, s. 32-37).
- Ravna, Øyvind, *Forslag til "Finnmarkslov" og bygdefolks rettigheter* (Kritisk Juss, 1, 2004, s. 35-57).
- Ravna, Øyvind, *Retten til jorden i Finnmark, samenes rettigheter og forslaget til Finnmarkslov* (Kritisk Juss, 31, Nr. 2, 2005, s. 200-211).
- Ravna, Øyvind, *Samiske landrettigheter og lovgivning* (Det juridiske fakultet, Tromsø, 2006).
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett* (3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2006).
- Sandvik, Gunnar, *Statens grunn i Finnmark. Et historisk perspektiv i NOU 1993:34*: s. 334-380.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettigheter* (Lov og rett, 2002, s. 337-354).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett, politikk og moral* (Tidskrift for rettsvitenskap, 1994, s. 837-881)
- Skogvang, Susann Funderud, *Samerett - Om samenes rett til en fortid, nåtid og fremtid* (Universitetsforlaget, Oslo 2002).
- Solem, Erik, *Lappiske rettsstudier* (Aschehoug, Oslo 1933).
- Solheim, Benny, *ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur illustrert gjennom Høyesteretts kjennelse, publisert i Rt. 2001 side 1116* (Det juridiske fakultet, Tromsø 2003).
- Smith, Carsten, *Samiske rettigheter i nordisk perspektiv* (Lov og Rett Nr. 6, 2006, s. 323-341).
- Smith, Carsten, *Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?* (Jussens Venner, Nr. 3, 2004, s. 137-143).
- Strøm Bull, Kirsti, *Finnmarksloven - Finnmarkseiendommen og kartlegging av rettigheter i Finnmark* (Lov og Rett 46, Nr. 9, 2007, s. 545-561).
- Sunde, Jørn Øyrehagen, *Speculum legale- Rettspegelen* (Fagbokforlaget, Bergen 2005).
- Sunde, Jørn Øyrehagen, *Fiskerettar i saltvann* (Tidskrift for rettsvitenskap, 2006, s. 342-412).
- Sweepston, Lee, Graciela Jolidon, Francesca Thornberry og Finn Andersen, *ILO Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No. 169): A manual* (International Labour Office, Geneva 2003).
- Tomei, Manuela og Lee Sweepston, *Indigenous and tribal peoples a guide to ILO Convention No. 169* (International Labour Office, Genève 1996).
- Tønnesen, Sverre, *Retten til jorden i Finnmark, Rettsreglene om den såkalte "statens umatrikulerte grunn"- en undersøkelse med særlig sikte på samenes rettigheter* (Bergen 1972).
- Uggerud, Ken, *Folkerett, samerett og skytefelt en utredning om de menneskerettslige aspekter knyttet til en eventuell utvidelse av Mauken og Blåtind skytefelt* (Institutt for offentlig rett, Oslo 2000).
- Ulfstein, Geir, *Internasjonale menneskerettigheter er det gått forlangt* (Lov og Rett, 2005, s. 257-258).
- Ørebech, Peter Thomas, *Sedvanerett i fiskeriene - sjøsamene i Finnmark i NOU 2001: 34*.

Norske lover

- Lov 17. mai 1814 om Kongeriget Norges Grundlov (*Grunnloven*)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov (*straffeloven*)
- Lov 13. aug. 1914 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (*tvistemålsloven*).
- Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (*hevdsloven*).
- Lov 30. juni 1972 nr. 10 om bergverk (*bergverksloven*).
- Lov 4. mai 1973 nr. 21 om undersøkelser etter og utvinning av petroleum i grunnen under norsk landområder (*lov om utvinning av petroleum under land*).
- Lov om reindrift 9. juni 1978 nr 49 (*reindriftsloven av 1978*).
- Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (*Likestillingsloven*).
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (*straffeprosessloven*).
- Lov 29. mai 1981 nr. 38 om viltet (*Viltloven*).
- Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (*sameloven*).
- Lov 15. mai 1992 nr. 42 om laksefisk og innlandsfisk m.v. (*lakse- og innlandsfiskeloven*).
- Lov 19. juni 1992 nr. 59 om bygdeallmenninger (*bygdeallmenningsloven*).
- Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (*tvangsfullbyrdelsesloven*).
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (*menneskerettsloven*).
- Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (*Diskrimineringsloven*).
- 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 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (*reindriftsloven*)

Forskrifter

- Forskrift 1. februar 2007 nr. 112 om jakt- og fangsttider samt sankning av egg og dun for jaktseongene fra 1. april 2007 til og med 31. mars 2012.
- Forskrift 14. mars 2008 nr. 249 om endring i forskrift om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark.

Forarbeider og utredninger

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

Ot. prp. nr. 9 (1980-1981) *Om lov om viltet.*

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) *Styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).*

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

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

Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) *Forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).*

St. meld. nr. 17 (2004- 2005) - *Makt og demokrati.*

St.prp. nr. 102 (1989-1990)

NOU 1980: 53 - *Vern av urbefolkninger.*

NOU 1984: 18 - *Om samers rettsstilling.*

NOU 1993:18 *Lovgivning om menneskerettigheter.*

NOU 1993: 34 - *Rett til forvaltning av land og vann i Finnmark.*

NOU 1994: 21 - *Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv.*

NOU 1997: 4 - *Naturgrunnlaget for samisk kultur.*

NOU 1997: 5 - *Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett.*

NOU 2001: 34 - *Samiske sedvaner og rettsoppfatninger - bakgrunnsmateriale for samerettsutvalget.*

NOU 2001: 35 - *Forslag til endringer i reindriftsloven.*

NOU 2004: 28 - *Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven).*

NOU 2007: 13 - *Den nye sameretten.*

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

Rettspraksis

- Rt. 1931 s. 57 (Dergafjeld-dommen)
- Rt. 1955 s. 361 (Marsfjell-dommen).
- Rt. 1979 s. 492 (Varfjell/Stifjell- dommen).
- Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken).
- Rt. 1988 s. 377 (Vårjakt-kjennelsen).
- Rt. 1992 s. 1037 (Militærnekter- kjennelsen).
- Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen).
- Rt. 1994 s. 1244 (Kvinnefengselsaken).
- Rt. 1999 s. 961 (Rest- Jugoslavia-kjennelsen).
- Rt. 2000 s. 996 (Bøhler- dommen).
- Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).
- Rt. 2001 s. 428 (Strafferegistreringsaken)
- Rt. 2001 s. 769 (Selbu- dommen).
- Rt. 2001 s. 1006 (KRL- saken).
- Rt. 2001 s. 1116 (Båndtvang- kjennelsen).
- Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogsaken).

Internasjonale konvensjoner og avtaler med mer.

Charter of the United Nations

De Forente Nasjoners pakt av 26. Juni 1945.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Konvensjon 3. September 1953 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

ILO Convention 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries

ILO-konvensjon nr. 107 26. juni 1957 om beskyttelse og integrasjon av urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-107).

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.

International Covenant on Civil and Political Rights

Den internasjonale konvensjon 23. mars 1976 om sivile og politiske rettigheter (SP)

International covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Den internasjonale konvensjon 3. jan 1976 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

ILO Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169)

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.

Statute of the International Court of Justice

Statuttene for den internasjonale domstol.

(<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>)

Vienna Convention on the Law of Treaties

Wien-konvensjonen 23. mai 1969 om traktattolkning.

United Nation Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

FNs deklarasjon om urfolksrettigheter (<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/drip.html>)

Utkast til nordisk samekonvensjon 26. Oktober 2005

(http://www.regjeringen.no/Upload/AID/temadokumenter/sami/sami_samekonvensjon_norsk.pdf)

ILOs konstitusjon av 29. Oktober 1919

(<http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm> eller

http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/Constitution/lang--en/index.htm)

Praksis fra FNs Menneskerettskomité

Jouni E. Länsman (Communication No. 671/1995).

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fa24fc7cd513751bc1256fe900525608?OpenDocument>)

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

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/c316bb134879a76fc125696f0053d379?Opendocument>)

Ilmari Länsman v. Finland (2001c) (Communication No. 511/1992)

(<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm>)

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

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fa24fc7cd513751bc1256fe900525608?OpenDocument>)

Generelle kommentarer fra FNs Menneskerettskomité

Human Rights Committee, *General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27)*.
08/04/94.CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994

Uttalelser fra ILOs ekspertkomité

CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 169, Indigenous and tribal Peoples Convention, 1989 Norway (ratification: 1990) Submitted: 1993* (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=4806&chapter=9&query=Norway%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>)

CEACR, *Individual Direct Request concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Norway (ratification: 1990) Submitted: 1995, February* (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=6737&chapter=9&query=Norway%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>)

CEACR, *Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Norway (ratification: 1990) Published: 2004* (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=7630&chapter=6&query=Norway%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>)

CEOSL, *Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres mot Ecuador* (<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=66&chapter=16&query=%28%28Ecuador%29%29+%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>)

Internasjonale forarbeider

International Labour Conference 75th session, 1988, Report VI (1) (1988).

International Labour Conference 75th session, 1988, Report VI (2) (1988).

International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A) (1989)

Arbeidsdokumenter i forbindelse med konsultasjoner mellom Stortinget, Sametinget og Finnmark fylkesting 2004/2005

Arbeidsdokument 1 *Konsultasjoner mellom Sametinget og Stortingets Justiskomité om Finnmarksloven*, 24. juni 2004.

(<http://www.sametinget.no/kunde/filer/Konsultasjon%203.pdf>)

Arbeidsdokument 2 *Konsultasjoner mellom Sametinget og Stortingets Justiskomité om Finnmarksloven*, 12. November 2004.

(<http://www.sametinget.no/kunde/filer/Konsultasjon%202.pdf>)

Arbeidsdokument 6 *Konsultasjoner mellom Sametinget og Stortingets Justiskomité om Finnmarksloven*.

(<http://www.sametinget.no/kunde/filer/Arbeidsdokument%206.pdf>)

