

Artikkel

Lov og Rett, vol. 61, 2022, s. 440–458

ISSN 0024-6980 papir, ISSN 1504-3061 online

DOI: <https://doi.org/10.18261/lor.61.7.4>

Vitenskapelig publikasjon

SP artikkel 27 og norsk urfolksrett etter Fosen-dommen

Av Øyvind Ravna

Høsten 2021 avsa Høyesterett dom i Fosen-saken, hvor byggingen av to vindkraftverk ble funnet å krenke rettighetene to reindriftssiidaer har i medhold av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27. Bestemmelsen har blitt behandlet i en håndfull høyesteretts-saker tidligere, men dette er første gang Høyesterett har konstatert krenkelse. I denne artikkelen analyseres Høyesteretts bruk av SP artikkel 27 med henblikk på å fastlegge hvordan praksis i norsk rett har utviklet seg, og hvor terskelen for inngrep i samiske reindriftsområder i dag går før krenkelse foreligger.

urfolksrett, samerett, Fosen, vindkraft, terskel for krenkelse av SP artikkel 27

Øyvind Ravna (f. 1961) er professor i rettsvitenskap og leder av forskergruppen for same og urfolksrett ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet. Hans sentrale arbeidsfelt er tingsrett, rettshistorie og same- og urfolksrett. Han har bl.a. skrevet bøkene Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder (2008), Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark (2013) og Same- og reindriftsrett (2019).

1. Bakgrunn og problemstilling¹

Den 11. oktober 2021 kom Høyesterett i storkammer enstemmig til at Norges folkerettslige forpliktelser etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 var krenket.² Krenkelsen besto i at Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) hadde gitt konsesjon til bygging av vindkraftverkene Roan og [441] Storheia på Fosen i Trøndelag, på vinterbeitene til to samiske reindriftssiidaer. Parter i saken var Fosen Vind DA mot de to siidaene Sør-Fosen sitje og Nord-Fosen siida.³ Staten ved Olje- og energidepartementet, representert ved regjeringsadvokaten, var partshjelper for Fosen Vind.

¹ Takk til min datter Anna for inspirasjon og til Jon Gauslaa og en anonym fagfelle for nyttige innspill.

² International Covenant on Civil and Political Rights, vedtatt av FNs generalforsamling 16. desember 1966.

³ Fosen Vind DA er et joint-venture-selskap eid av Statkraft (52,1 %), TrønderEnergi (7,9 %) og Nordic Windpower DA (40,0 %), et europeisk investorkonsortium eiet av EIP (Energy Infrastructure Partners) og det sveitsiske kraftselskapet BKW, se Fosenvind på <https://www.fosenvind.no/om-fosen-vind/> (26.02.22). Siida er nordsamisk betegnelse på en gruppe reieiere som utøver reindrift i fellesskap på bestemte arealer, jf. lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven) § 51. Sitje er den sørsamsiske betegnelsen på det samme.

Fosen-dommen (HR-2021-1975-S) er unik i norsk sammenheng. For første gang kom Høyesterett til at et inngrep krenker rettigheter vernet av SP artikkel 27. Den historiske dommen er resultatet av anker over et ekspropriasjonsskjønn. At de to reindriftssiidaene anførte at ekspropriasjonsinngrepet var konvensjonsstridig, gjorde dommen til en prinsipiell avgjørelse om rekkevidden av artikkel 27 i norsk rett.

Saken har sin bakgrunn i at NVE i 2010 vedtok å gi konsesjon og ekspropriasjonstillatelse til fire vindkraftverk på Fosenhalvøya i Trøndelag fylke.⁴ Vedtakene ble påklaget av en rekke organisasjoner og enkeltpersoner. Blant disse var Nord-Fosen siida og Sør-Fosen sitje, som klaget over vedtakene om konsesjon til henholdsvis Roan og Storheia kraftverk. Samtlige klager ble avvist av Olje- og energidepartementet, som i 2013 stadfestet konsesjonsvedtaket.

Den 25. august 2014 begjærte Fosen Vind ekspropriasjonsskjønn for Inntrøndelag tingrett. Olje- og energidepartementet samtykket på dette grunnlaget til forhåndstiltredelse i desember samme år.⁵ I ettertid kan det sies at samtykket var bygget på en feilkalkulert risiko vedrørende rekkevidden av SP artikkel 27.

Sør-Fosen sitje anførte at skjønnet måtte nektes fremmet for Storheia vindkraftverk da det var i strid med SP artikkel 27. Tingretten kom til at utbyggingen ikke var i strid med bestemmelsen, noe som medførte at Sør-Fosen sitje begjærte overskjønn. Etter at Frostating lagmannsrett hadde avvist anken og den videre anken var blitt forkastet av Høyesteretts ankeutvalg (HR-2018-862-U),⁶ fastsatte tingretten i juni 2018 erstatning for vindkraftinngrepene. De to siidaene fikk tilkjent erstatning på henholdsvis kr 8,9 og 10,7 millioner.⁷

Fosen Vind og Sør-Fosen sitje begjærte overskjønn. Utbyggeren begrunnet dette med at erstatningsbeløpet var for høyt, mens sitjen prinsipalt anførte at [442] utbyggingen av Storheia var i strid med SP artikkel 27.⁸ Samme høst (2018) anmodet FNs rasediskrimineringskomité

⁴ Bakgrunn og faktum er hentet fra HR-2021-1975-S (Fosen) avsnitt 12–25.

⁵ Jf. lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast egedom (oreigningslova) § 25 første ledd.

⁶ I HR-2018-862-U avsnitt 21 til 24 begrunnet Høyesteretts ankeutvalg avvisningen med at det ikke var gjort endringer i lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven) da lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) ble vedtatt. En avgjørelse om å fremme skjønnet kunne da bare angripes ved begjæring om overskjønn over selve skjønnet, jf. skjønnsprosessloven § 50.

⁷ Beløpet til Nord-Fosen inkluderte også erstatning for Kvenndalsfjellet og Harbaksfjellet vindkraftparker.

⁸ Sør-Fosen sitje anførte prinsipielt også brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, protokoll 1 artikkel 1, og rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 bokstav d (v), og subsidiært at det forelå saksbehandlingsfeil, og atter subsidiært at erstatningen var for lav. Nord-Fosen siida anførte bl.a. at ekspropriasjonsskjønnet for Roan vindkraftverk måtte avvises.

om stans i anleggsarbeidet inntil lovligheten var avklart, noe daværende olje- og energiminister Kjell-Børge Freiberg (FrP) avviste.⁹

Overskjønnet for lagmannsretten gjaldt således om vindkraftverkene lovlig kunne bygges, og i så tilfelle utmåling av erstatning for tap ved utbygging av vindkraftverk og kraftledninger. Anførlene om at konsesjonen til de to vindkraftverkene var ugyldig, førte ikke frem, og det ble utmålt erstatning. Det er grunn til å merke seg at lagmannsretten mente at området der Roan vindkraftverk var bygd, var gått tapt som vinterbeite, og at dette truet reindriftens eksistens på Fosen, men at vinterfôring ville hindre en krenkelse av SP artikkel 27. På grunn av behovet for vinterfôring ble erstatningen for de negative konsekvensene av kraftverkene satt betraktelig høyere enn av tingretten: om lag kr 44,6 millioner til hver av siidaene.

Fosen Vind anket over erstatningene. Sør-Fosen sitje anket bl.a. over lagmannsrettens tolking og anvendelse av SP artikkel 27, og nedla påstand om at skjønnet måtte nektes fremmet. Også Nord-Fosen siida la ned påstand om at skjønnet måtte nektes fremmet.

Et sentralt spørsmål ved Fosen-saken var om domstolene ville være i stand til å anerkjenne at storsamfunnet krenket samiske interesser. Grunnen til det var ikke alene at de to siidaene med rettslige midler forgjeves hadde forsvart sitt beiteland mot et folkerettsstridig inngrep,¹⁰ men også en lang rekke av samiske tap i domstolene i perioden 2016 til 2021. Her nevnes HR-2016-2030-A (Stjernøya), HR-2017-2428-A (Sara), HR-2017-2247-A (Reinøya), HR-2018-456-P (Nesseby) og kanskje særlig forsøket Jillen-Njaarke reinbeitedistrikt gjorde på å stanse den innгриpende Øyfjellet-utbyggingen frem til lovligheten av vedtaket om utbygging var prøvd (LB-2020-172267). Sistnevnte sak kostet reieneierne kr 1,77 millioner i omkostninger. Disse rettsavgjørelsene bidro til at samisk rettssikkerhet ble drøftet av Sametinget i plenum vårsesjonen 2021.¹¹ Tinget etterlyste bl.a. innsikt og kunnskap om samiske rettsforhold hos domstolene. En del av bildet var at også [443] Domstolkommisjonen hadde uttrykt at tiltak måtte iverksettes for å sikre reell likebehandling av samer og nordmenn i domstolene.¹²

⁹ Stortinget.no: Skriftlig spørsmål fra Une Bastholm (MDG) til olje- og energiministeren 14. desember 2018. Avvisningen ble begrunnet i at det var tatt hensyn til reindriften og at anmodningen ikke var rettslig forpliktende.

¹⁰ Se fremstillingen ovenfor.

¹¹ Sametinget, Sametingsrådet fremmer plenumssak om samenes rettssikkerhet, se <https://sametinget.no/aktuelt/sametingsradet-fremmer-plenumssak-om-samenes-rettssikkerhet.8553.aspx> (26.02.22).

¹² NOU 2019: 17 Domstolstruktur. Delutredning fra Domstolkommisjonen, s. 100.

At Fosen-saken kom opp *etter at* de svært omfattende inngrepene var fullført, med irreversible skader som resultat, og at Olje- og energidepartementet med regjeringsadvokaten intervenerte til støtte for utbyggerne, bidro til at saken ble fulgt ekstra nøye fra samisk hold.

De samiske bekymringene viste seg imidlertid å være grunnløse i denne saken. Høyesterett i storkammer kom enstemmig til at konsesjonsvedtaket¹³ stred mot reineiernes rettigheter etter artikkel 27 og var ugyldig. Dette medførte at ekspropriasjonsskjønnet for de to vindkraftverkene ble nektet fremmet.

I denne artikkelen drøftes Høyesteretts bruk av SP artikkel 27 i Fosen-dommen i lys av FNs menneskerettskomité's praksis og andre relevante høyesterettsdommer. Problemstillingen er å vurdere om Fosen-dommen har bidratt til å klargjøre når inngrep i samiske reindriftsområder innebærer krenkelse av SP artikkel 27, og i forlengelsen av det hvor terskelen for lovlige inngrep nå går i norsk rett.

Drøftingen vil ha betydning både for den videre behandlingen av Fosen-saken og for de rettslige vurderingene som må gjøres ved sammenliknbare pågående inngrep, samt for planleggingen av fremtidige industrielle anlegg og andre inngrep i samiske reindriftsområder.

2. Internasjonal minoritetsrett

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) bygger på Verdenserklæringen om menneskerettighetene av 1948. Konvensjonen, som har til formål å sikre grunnleggende sivile og politiske rettigheter som ytringsfrihet, personlig sikkerhet og likhet for loven, ble vedtatt av FNs generalforsamling 16. desember 1966 og trådte i kraft 23. mars 1976, etter at 35 stater hadde ratifisert konvensjonen, jf. SP artikkel 49. I motsetning til Verdenserklæringen er den rettslig bindende for de stater som har sluttet seg til konvensjonen.

I tillegg til de mer generelle sivile- og politiske rettighetene konvensjonen beskytter, verner den i artikkel 27 minoriteters rett til å utøve sin kultur og religion, og å nytte eget språk. Artikkel 27 lyder:

«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.»

¹³ I Fosen-dommen omtales vedtakene om konsesjon og ekspropriasjon som «konsesjonsvedtaket», se avsnitt 11. Det gjøres også i fortsettelsen i denne artikkelen.

[444] Artikkel 27 er uttalt å være den viktigste globale rettsregelen når det gjelder vern av minoriteters kulturutøvelse.¹⁴

Anførte brudd på konvensjonsforpliktelser kan, om nasjonale rettsmidler er uttømt, bringes inn for FNs menneskerettskomité, jf. konvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 og 2.¹⁵ Komiteen, som er konvensjonens overvåkningsorgan, behandler individuelle klager og avgir dessuten generelle uttalelser. Begge legger føringer på hvordan bestemmelsene i konvensjonen er å forstå.¹⁶

I Fosen-dommen legges det i avsnitt 113 til grunn at særlig fire komitéavgjørelser kaster lys over hva som skal til før retten til kulturutøvelse etter artikkel 27 er krenket. Det er sakene Ilmari Länsman mfl. mot Finland (26. oktober 1994, CCPR-1992-511), Jouni Länsman mfl. mot Finland I (30. oktober 1996, CCPR-1995-671), Jouni Länsman mfl. mot Finland II (17. mars 2005, CCPR-2001-1023) og Ángela Poma Poma mot Peru (27. mars 2009, CCPR-2006-1457).

I de to første Länsman-sakene, som omhandlet inngrep i reindrift, relatert til henholdsvis steinbrudd og hogst, påpeker Menneskerettskomiteen det nokså opplagte: at inngrep som utgjør nektelse av retten til å utøve kultur, er i strid med konvensjonen. Derimot vil ikke inngrep som har «a certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority necessarily amount to a denial of the right under article 27».¹⁷ Spørsmålet var deretter om virkningene av inngrepene var så betydelige at de «effectively deny to the authors the right to enjoy their cultural rights in that region».

Den tredje Länsman-saken, som også gjaldt konsekvensene av hogstrelaterte inngrep for reindriften, bringer ikke veldig mye nytt til bords, men man kan merke seg at i vurderingen av om det foreligger krenkelse, legger komiteen til grunn at virkningen av inngrepet må vurderes over tid. Selv om hogsten medførte merarbeid og ekstra kostnader for samene, hadde den i dette tilfellet ikke et omfang som truet reindriften eksistens.¹⁸

¹⁴ NOU 2007: 13 Den nye sameretten, s. 172, og Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), *Menneskerettslig vern mot inngrep i samiske bruksområder* (udatert [2022]), s. 9.

¹⁵ Under forutsetning av at staten også har sluttet seg til protokollen.

¹⁶ FNs menneskerettighetskomité er et traktatororgan som består av 18 eksperter, etablert ved FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Komiteen møtes i tre fireukers sesjoner per år for å vurdere de periodiske rapportene som sendes inn av de 116 statene som er parter til konvensjonen, om sin overholdelse av den, og evt. individuelle klager angående de 116 statene som er parter til første protokoll, se International Justice Resource Center, <https://ijrcenter.org/un-treaty-bodies/human-rights-committee> (26.02.22).

¹⁷ Ilmari Länsman mfl. mot Finland (26. oktober 1994, CCPR-1992-511) avsnitt 9.4.

¹⁸ Jouni Länsman mfl. mot Finland II (17. mars 2005, CCPR-2001-1023) avsnitt 10.4.

Den ferskeste avgjørelsen av de fire er *Ángela Poma Poma mot Peru*, som behandlet en klage fra et medlem av Aymara-folket.¹⁹ Komiteen uttaler her at [445] spørsmålet i saken (om inngrep er konvensjonsstridig) er om konsekvensene av inngrepet er av en slik art at det har «a substantive negative impact on the author's enjoyment of her right to enjoy the cultural life of the community to which she belongs».²⁰ Ved dette tydeliggjorde (og senket) den terskelen for krenkelse.²¹

Komiteen la til grunn klagerens anførsel om at tusenvis av husdyr (lamaer og alpakaer) hadde dødd på grunn av bortledning av grunnvann og uttørring av om lag 10 000 hektar (100 km²) beitemark som Aymara-folket benyttet.²² Uttørringen var et direkte resultat av etableringen av et vannforsyningsanlegg på 1990-tallet (Tacna-prosjektet). Det ødela klagers og lokalsamfunnets levevei og økonomi, og tvang samfunnet til å forlate sitt landområde og sin tradisjonelle næring. Menneskerettskomiteen bemerket at disse anførselene ikke var bestridt av Peru, som ikke hadde rettfærdiggjort inngrepet på annen måte enn ved å vise til byggingen av brønnene i Tacna-prosjektet. Menneskerettskomiteen uttalte deretter (avsnitt 7.6):

«In the Committee's view, the admissibility of measures which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community depends on whether the members of the community in question have had the opportunity to participate in the decision-making process in relation to these measures and whether they will continue to benefit from their traditional economy. »

Utover deltakelse i beslutningsprosessen og at minoriteten fortsatt må ha utkomme av sin tradisjonelle næring, fremhevet komiteen at deltakelsen må være effektiv, noe som ikke bare innebærer konsultasjon, men at medlemmene av det aktuelle samfunnet gir sitt frie og forhåndsinformerte samtykke. Videre må tiltakene være forholdsmessige for ikke å sette

¹⁹ Aymaraene er et urfolk i Peru, Bolivia, Argentina og Chile. Ca. 600 000 aymaraer lever på tradisjonelt vis av jordbruk, fedrift og fiske i kjerneområdet rundt Titicacasjøen. Totalt teller folket 2–2,5 millioner, se Aymara i Store norske leksikon på <https://snl.no/aymara> (26.02.22).

²⁰ *Ángela Poma Poma mot Peru* (27. mars 2009, CCPR-2006-1457) avsnitt 7.5.

²¹ Jf. Mattias Áhrén, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, Oxford 2016, s. 94, som mener at avgjørelsen senket terskelen idet den tidligere gikk der inngrepet effektivt nektet kulturutøvelse.

²² Faktum fremgår av avsnitt 3.1 og 7.5 i saken.

samfunnets eksistens i fare.²³ Komiteen kom etter dette til at det forelå krenkelse av artikkel 27 og artikkel 2 nr. 3 (a),²⁴ lest i sammenheng med artikkel 27 (avsnitt 8).

I tillegg til de fire individ-klagesakene kan det vises til Menneskerettskomiteen drøfting av SP artikkel 27 i General Comment nr. 23 fra 1994.²⁵ Av avsnitt 6.1 [446] fremgår det at statene plikter å iverksette positive tiltak når det er nødvendig for å beskytte minoriteten. Det fremgår videre i avsnitt 6.2 at slike positive tiltak må forholde seg til artikkel 2.1 og artikkel 26 i konvensjonen, både når det gjelder behandlingen av ulike minoriteter og behandlingen av personene som tilhører dem, og den øvrige befolkningen. Så lenge disse tiltakene tar sikte på å korrigere forhold som hindrer eller svekker utøvelsen av rettigheter sikret i artikkel 27, kan de imidlertid utgjøre en legitim differensiering i henhold til konvensjonen, «provided that they are based on reasonable and objective criteria». Høyesterett har forstått denne uttalelsen slik at så lenge tiltakene har som mål å forbedre minoritetens muligheter til å utøve sin kultur, og er basert på fornuftige og objektive kriterier, vil de være legitime, jf. HR-2017-2428-A (Sara) avsnitt 60.

I General Comment nr. 23 uttaler Menneskerettskomiteen også at «culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples» (avsnitt 7).

I dette ligger at kulturbegrepet også omfatter land og naturressurser, noe som ofte omtales som det materielle grunnlaget for kultur.²⁶ Komiteen understreker her at dette særlig gjelder for urfolk, noe som også følger av at et av urfolkskriteriene er lang og fast tilknytning til bestemte landområder, jf. ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 1 (1) b.²⁷ Det gjenoppnevnte Samerettsutvalget uttaler til dette at urfolk må antas å ha en særlig sterk beskyttelse etter artikkel 27.²⁸

²³ Det er noe uklart hva komiteen siktet til med dette prinsippet. I Fosen-dommen la Høyesterett til grunn at artikkel 27 ikke åpner for en interesseavveining eller forholdsmessighetsvurdering, annet enn hvis helt grunnleggende rettigheter står mot hverandre (avsnitt 124).

²⁴ SP artikkel 2 nr. 3 (a) lyder: «Each State Party to the present Covenant undertakes: a. to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.»

²⁵ CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities). Adopted at the Fiftieth Session of the Human Rights Committee, on 8 April 1994 CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

²⁶ Se også NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling*, hvor Samerettsutvalget konkluderte med at «[d]e beste grunner taler [...] for at begrepet 'kultur' oppfattes så vidt at også de materielle sider av etniske minoriteters kultur er omfattet av bestemmelsen. De næringsmessige og andre økonomiske forhold bør i så fall være omfattet i den grad dette er avgjørende for at gruppen skal kunne opprettholde og videreføre en egen kultur» (s. 283).

²⁷ «This Convention applies to: (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.»

²⁸ NOU 2007: 13, s. 197.

I Menneskerettskomiteens uttalelse ligger det også at statene ikke bare har plikt til passivt å akseptere minoritetenes kulturutøvelse; statene må også aktivt iverksette «positive legal measures of protection» (avsnitt 7). Og som i Poma Poma-saken uttales det at minoritetene må sikres «effective participation of members of minority communities in decisions which affect them». [447]

3. Norsk rett

3.1. SP som norsk lov

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter ble ratifisert av Norge 13. september 1972, og ble ved ikrafttreden 23. mars 1976 rettslig forpliktende for Norge. Gjennom menneskerettsloven av 1999 ble konvensjonen inkorporert i norsk lov med forrang fremfor annen lovgivning.²⁹

Selv om Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88, vil avgjørelser fra FNs menneskerettskomité, jf. SP artikkel 28, ha betydelig vekt ved tolkingen av konvensjonen.³⁰ Om komiteen i en klagesak mot Norge fastslår brudd på konvensjonen, er det grunnlag for gjenåpning, jf. tvisteloven § 31-3.

SP artikkel 27 må ses i sammenheng med Grunnloven § 108, som pålegger statens myndigheter «å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv».³¹ Som vist verner artikkel 27 om minoriteters rett til å utøve sin kultur, herunder også mot inngrep i det materielle grunnlaget for kulturen. For å være lovlig må et inngrep ikke overskride en viss grense eller terskel.

Således innebærer artikkel 27 at selv om et ekspropriasjonsinngrep «tvillaust er til meir gagn enn skade», jf. oreigningslova § 2 annet ledd,³² og selv om den som rammes får «full erstatning», jf. Grunnloven § 105, vil inngrepet likevel ikke være lovlig dersom det krenker etniske, religiøse eller språklige minoriteters rett til å utøve sin kultur.

Det er ikke tvilsomt at samisk reindrift omfattes av kulturbegrepet, eller at landområder nytted til slik reindrift er en del av det materielle grunnlaget for samisk kultur, og som sådan er vernet av bestemmelsen.³³ Det vises her også til at det i forarbeidene til reindriftsloven

²⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

³⁰ HR-2021-1975-S (Fosen) avsnitt 102 og Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81.

³¹ HR-2021-1975-S (Fosen) avsnitt 99.

³² Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom (oreigningslova).

³³ CCPR General Comment No. 23, avsnitt 7.

fremgår «at adgangen til å ekspropriere reindrifftsrett vil kunne påvirkes av folkerettslige regler som beskytter samene som urfolk».³⁴

Selv om FNs menneskerettskomité har drøftet hvor terskelen for krenkelse går i flere inngrepssaker, har spørsmålet ikke tidligere blitt avklart i norsk rett. Det kan bl.a. forklares med at SP artikkel 27 er generelt utformet samtidig som faktum i komitépraksis ikke helt har tilsvart forholdene i de saker som er kommet opp for domstolene i Norge. [448]

Brudd på artikkel 27 er imidlertid blitt anført for Høyesterett i et betydelig antall saker. I 11 av dem fant retten det påkrevd å ta stilling til denne anførselen.³⁵ Det er likevel kun i 4 saker før Fosen-dommen at retten har drøftet terskelen for krenkelse av artikkel 27.³⁶

3.2. Rettspraksis før Fosen-dommen

3.2.1. Rt. 1982 s. 241 (Alta)

Før Høyesteretts begrunnelse for krenkelse av artikkel 27 i Fosen-dommen drøftes, er det hensiktsmessig å se på hvilke normer som kan utledes av rettens tidligere behandling av artikkel 27. Det er naturlig å starte med plenumsdommen i Rt. 1982 s. 241 (Alta). Der erkjente Høyesterett at artikkel 27 ga samer beskyttelse, men retten var samtidig avvisende til å gi bestemmelsen rettslig vekt. Selv om SP på dette tidspunkt kun hadde rettsvirkning i Norge som følge av presumsjonsprinsippet, fremstår vurderingen av betydningen av artikkel 27 i den enstemmige dommen som vel innskrenkende:

«Heller ikke når det gjelder de påberopte minoritetsrettigheter kan jeg se at avgjørelsen byr på tvil. Avgjørende for mitt syn på dette spørsmål er det faktiske omfang av det inngrep som her gjøres i de samiske interesser. En forutsetning for at det overhodet kunne oppstå noe folkerettslig spørsmål i en regulerings sak, måtte i alle fall være at reguleringen medførte bastante og meget skadelige inngrep i slike interesser. Først da kunne man reise spørsmål om den nevnte art. 27 var gått for nær, fordi inngrepet i reindriftnæringen var så stort at det truet samenes kultur. Det inngrep som her finner sted, er imidlertid langt fra av denne alvorlige karakter.»³⁷

Sitatet viser likevel at inngrepets omfang også den gangen ble vurdert til å ha betydning, men terskelen ble lagt så høyt at den ikke ville nås før inngrepet var så omfattende at «det truet

³⁴ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) Om lov om reindrift (reindrifftsloven), s. 53. Se også Meld. St. 25 (2015–2016) Kraft til endring – Energipolitikken mot 2030, s. 51.

³⁵ Rt. 1982 s. 241 (Alta); Rt. 2001 s. 769 (Selbu); Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen); Rt. 2003 s. 1013 (Reinøya); Rt. 2004 s. 1092 (Stongland); Rt. 2006 s. 1382 (Utsi); HR-2016-1587-U; HR-2017-1230-A (Hjertind); HR-2017-2247-A (Reinøya); HR-2017-2428 (Sara); HR-2018-456-P (Nesseby); HR-2018-862-U (Fosen, hvor ble SP artikkel 27 anført, men ikke drøftet av Høyesterett); og HR-2018-872-A (Femund).

³⁶ Rt. 1982 s. 241; Rt. 2004 s. 1092 (Stongland), Rt. HR-2017-2247-A (Reinøya) og HR-2017-2428 (Sara).

³⁷ Rt. 1982 s. 241 (Alta) s. 299–300.

samenes [samlede] kultur». Høyesterett så med andre ord bort fra det individuelle vernet som kan leses direkte ut av artikkel 27s ordlyd, og som er grunnlaget for klager til Menneskerettskomiteen fra enkeltindivider eller bestemte grupper.³⁸ [449]

3.2.2. Rt. 2004 s. 1092 (Stongland)

I Rt. 2004 s. 1092 (Stongland), som gjaldt gyldigheten av fredningen av et område mot reinbeiting i et reinbeitedistrikt, gis artikkel 27 en svært kortfattet drøfting. I den enstemmige dommen uttaler førstvoterende at artikkel 27 ikke fører til noen annen vurdering av fredningsvedtakets gyldighet: «Skal den kunne påberopes i forbindelse med inngrep i næring, må det forutsettes at inngrepet i området er så omfattende at reindriftssamene 'nektes retten til' å utøve sin næringsvirksomhet. Dette er ikke tilfelle her» (avsnitt 73).

3.2.3. HR-2017-2247-A (Reinøya)

I HR-2017-2247-A (Reinøya) besto det aktuelle inngrepet i omlegging av en veitrasé og etablering av et fergeleie i det aktuelle reinbeitedistriktet. Med henvisning til de to Jouni Länsman-sakene og Poma Poma-saken³⁹ konkluderte førstvoterende på vegne av flertallet (tre dommere): «Menneskerettskomiteens praksis [viser] at det skal en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 27 er krenket. Mot denne bakgrunn, og som jeg nå skal begrunne, er det klart at inngrepene i saken her ikke utgjør noen krenkelse av SP artikkel 27» (avsnitt 128). Annenvoterende (mindretallet) drøftet ikke artikkel 27, men sa seg «enig i førstvoterendes generelle forståelse av konvensjonsbestemmelsen» (avsnitt 150).

3.2.4. HR-2017-2428-A (Sara)

I HR-2017-2428-A (Sara, av Høyesterett kalt Reintallsreduksjon I) drøfter Høyesterett terskelen for inngrep etter artikkel 27 inngående. På vegne av flertallet (fire dommere) viser førstvoterende til at Hålogaland lagmannsrett, bl.a. med henvisning til Poma Poma-saken, var kommet til at artikkel 27 oppstiller krav om at reindriftsutøverne må sikres et økonomisk utbytte fra virksomheten. Førstvoterende støttet ikke denne oppfatningen i den aktuelle saken. I motsetning til i Poma Poma-saken var det Sara var utsatt for, ikke et resultat av et inngrep fra storsamfunnet rettet mot en minoritetsinteresse (avsnitt 71):

«Det er tale om en regulering som er ment å ivareta reindriftssamenes interesser, og som reiser spørsmål om hvordan belastningen ved reintallsreduksjonen skal fordeles

³⁸ Protokoll 1 til Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 2.

³⁹ Se punkt 3.1 ovenfor.

mellom dem. Rettssetninger i saker om naturinngrep kan ikke uten videre overføres på et slikt tilfelle.»

[450] Ut fra vurderingen av annen praksis fra Menneskerettskomiteen mente flertallet at i denne typen interne forhold gjelder det *ikke* noe krav om at enkeltindividet må være sikret et økonomisk utbytte.⁴⁰

Betydningen av at minoriteten har fått uttale seg og er blitt trukket inn i beslutningsprosessen, drøftes også. Førstvoterende legger her til grunn at myndighetene har en konsultasjonsplikt, og at spørsmålet er hva som nærmere ligger i denne plikten (avsnitt 72). Det vises på nytt til Poma Poma-saken, som gjaldt (avsnitt 74)

«et inngrep fra myndighetene som fullstendig rev bort livsgrunnlaget for klageren og de øvrige medlemmene av minoritetssamfunnet hun tilhørte. I et slikt tilfelle synes det klart at krenkelse må konstateres, hvis det ikke er innhentet samtykke fra minoriteten på forhånd. Men dette kan ikke overføres til en sak som vår.»

Førstvoterende la altså til grunn at et inngrep av den art og det omfang man ser i Poma Poma-saken, vil være en krenkelse dersom det ikke er gitt samtykke. Men dette kunne ikke overføres til Saras sak: Med henvisning til Lovelace- og Kitok-sakene kom førstvoterende i samme avsnitt til at det «i hvert fall ikke kan oppstilles noe ubetinget krav om at minoritetens deltakelse må ha virket inn på avgjørelsen».

Førstvoterende uttalte videre at det vil variere fra sak til sak hva en slik deltakelsesrett innebærer: «I en sak som først og fremst gjelder interessemotsetninger mellom enkeltindivider eller grupper internt i minoriteten, finner jeg ikke grunnlag for å kreve at minoriteten faktisk har påvirket avgjørelsen» (avsnitt 75). Det hele ble oppsummert med at en avgjørelse som er ment å ivareta reindriftssamenes interesse som gruppe, ikke innebærer krenkelse dersom reguleringen «fremstår som saklig, rimelig og nødvendig» (avsnitt 94). Og ifølge førstvoterende var vedtaket om forholdsmessig reduksjon i antallet reinsdyr i tråd med disse vilkårene.

Mindretallet fant at artikkel 27 var krenket fordi nektelsen ikke var rettferdiggjort (avsnitt 110). Videre kunne mindretallet ikke se at terskelen for inngrep prinsipielt er annerledes i saker hvor inngrepet var gjort til fordel for andre enn minoriteten, enn i saker som denne (avsnitt 115).

⁴⁰ Sandra Lovelace v. Canada (30. juli 1981, CCPR-24-1977), Kitok v. Sverige (27. juli 1988, CCPR-197-1985) og Apirana Mahuika et al. v. New Zealand (27. oktober 2000, CCPR-547-1993).

4. Normene fra Fosen-dommen

4.1. Hva kreves for at det skal foreligge krenkelse?

Fosen-saken gjelder et industrielt inngrep som kan sammenliknes med Poma Poma-saken, dog uten at det er like omfattende. Spørsmålet er om inngrepet [451] krenker to reindriftssiidaers rett til å utøve sin kultur. Etter SP artikkel 27 gjelder det en terskel for hvilke inngrep som kan vedtas (innen forvaltningsskjønnet). Ettersom artikkelen har forrang, vil vedtak om konsesjon være ugyldig dersom denne terskelen er passert.

For å ta stilling til terskelen for krenkelse nytter Høyesterett praksis fra Menneskerettskomiteen, og da særlig Poma Poma-saken hvor terskelen ble passert når inngrepet hadde «a substantive negative impact» på kulturutøvelsen.⁴¹ Etter å ha oversatt «substantive» med «vesentlig» eller «betydelig», uttaler førstvoterende (avsnitt 119, uthevet av førstvoterende):

«På denne bakgrunn er min *konklusjon* at det vil foreligge en krenkelse av rettighetene etter SP artikkel 27 dersom inngrepet fører til vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse.»

Terskelen passeres således når inngrepet fører til *vesentlige negative konsekvenser* for en kulturbasert næring. Førstvoterende uttaler også at inngrepet ikke behøver å være så inngripende som i Poma Poma-saken.

Terskelen er altså høy, men ikke så høy som bestemmelsens ordlyd peker på, da det ikke kreves total nektelse. Etter Reinøya-dommen (HR-2017-2247-A) lå grensen for et krenkende inngrep et sted mellom inngrepet i den saken og det i Poma Poma-saken. Fosen-dommen klargjør at inngrepet ikke må være så omfattende som i Poma Poma-saken for å rammes av artikkel 27.

For å vurdere om det foreligger en krenkelse, vektlegger Høyesterett ikke bare følgene av det aktuelle inngrepet; med henvisning til Jouni Länsman I-saken uttaler førstvoterende at inngrepet må ses i sammenheng med andre tiltak, både tidligere og planlagte: «Den samlede effekten av tiltakene er avgjørende for om det foreligger krenkelse» (avsnitt 119).

At den samlede effekten er avgjørende for om det foreligger krenkelse, hadde Høyesterett tidligere avvist. I HR-2017-1230-A (Hjertind), hvor det ble vurdert om et inngrep var i strid med reindriftsloven § 63 første ledd, avviste Høyesterett å trekke inn virkningen av en gradvis hytteutbygging, med den begrunnelse at det måtte håndteres på politisk nivå. Domstolen

⁴¹ Se sakene referert i kapittel 2.

kunne kun ta stilling til de nye hyttene. Fosen-dommen klargjør at det er *de samlede, kumulative virkningene* som skal legges til grunn i vurderingen av om et inngrep har en vesentlig, negativ effekt på næringsutøvelsen, noe som nå trolig også må gjelde når det etter reindriftsloven § 63 første ledd skal vurderes om et tiltak er til vesentlig skade eller ulempe for reindriftsutøvelsen. [452]

4.2. Betydningen av konsultasjoner, deltakelse og samtykke

Høyesterett drøfter betydningen av konsultasjoner særskilt. Selv om konsekvensene av tiltaket veier tyngst, påpeker førstvoterende, under henvisning til de nevnte sakene fra Menneskerettskomiteen, at det har «betydning om minoriteten har blitt konsultert underveis i prosessen» (avsnitt 120). Samtidig er det ikke et ubetinget krav at minoritetens deltakelse har virket inn på avgjørelsen. Konsultasjoner er således ikke avgjørende, men derimot *én* faktor som inngår i vurderingen av om kulturvernet er krenket (avsnitt 121):

«Er konsekvensene av inngrepet store nok, hindrer det ikke krenkelse at konsultasjoner er gjennomført. Det er på den annen side ikke noe ubetinget krav etter konvensjonen at minoritetens deltakelse har virket inn på avgjørelsen, men også det kan ha betydning i den samlede vurderingen.»⁴²

Det er således avklarende at Høyesterett legger til grunn at konsultasjoner har betydning, men *ikke vil være avgjørende* for om krenkelse foreligger: Er konsekvensene av inngrepet store nok, vil konsultasjoner ikke forhindre krenkelse. Det gjelder også dersom konsultasjoner har virket inn på avgjørelsen som foranlediget inngrepet.

I motsetning til i HR-2017-2428-A (Sara) drøftes ikke betydningen av *fritt, forhåndsinformert samtykke* i Fosen-dommen. I Sara-dommen uttales det som nevnt at «[i] et slikt tilfelle [som i Poma Poma-saken] synes det klart at krenkelse må konstateres, hvis det ikke er innhentet samtykke fra minoriteten på forhånd» (avsnitt 74). Dette innebærer at det er krav om samtykke ved inngrep som ødelegger minoritetens livsgrunnlag.⁴³ Sammenholdt med avsnitt 121 Fosen-dommen og uttalelsen i avsnitt 7.6 i Poma Poma-saken kan det videre

⁴² Det kan her nevnes at FNs menneskerettskomité, i sine avsluttende bemerkninger til Norges sjuende periodiske rapport (2018), ber Norge om å sikre meningsfulle konsultasjoner med samene i praksis og vedta en lov om konsultasjoner, med sikte på å oppnå samenes frie og informerte forhåndssamtykke i konsultasjon med samene, se Human Rights Committee, Concluding observations on the seventh periodic report of Norway, 25. april 2018 (CCPR/C/NOR/CO/7), avsnitt 37 (b). Konsultasjonsplikt ble en del av norsk intern rett da lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven) ble endret ved lov 11. juni 2021 nr. 76 (i kraft 1. juli 2021).

⁴³ Slik også NIM, *Menneskerettslig vern mot inngrep i samiske bruksområder* (udatert [2022]), s. 36.

sluttes at samtykke vil være et høyst relevant moment i vurderingen, men at det neppe kan reparere lovligheten av tilstrekkelig stort inngrep.

4.3. Hvem skal konsulteres eller avkreves samtykke?

Høyesterett fant det klart at de to siidaene som rammes av inngrepene, og som er bærere av de kollektive beiterettighetene til reindrift, har partsevne for de spørsmål Høyesterett skulle ta stilling til i saken (avsnitt 110).⁴⁴ Dette avklarer langt på vei hvem som har rett til å bli konsultert eller kan avgi samtykke. Ser vi på Poma Poma-saken, uttaler komiteen at «neither the author nor the community to which she belongs was consulted», noe som angir på liknende måte hvem som skal konsulteres. I norsk rett er det i tillegg naturlig å trekke inn sameloven, som i § 4-2 sier at «[i] saker nevnt i § 4-1 [lovgivning, forskrifter og andre beslutninger eller tiltak som vil kunne påvirke samiske interesser direkte], har Sametinget og andre representanter for berørte samiske interesser rett til å bli konsultert».

Hvem som utgjør «andre representanter for berørte samiske interesser», er ifølge forarbeidene de som direkte blir berørt av tiltaket.⁴⁵ Dette sammenfaller med de rettssubjektene som er nevnt i forrige avsnitt. Det heter videre i proposisjonen at i spørsmålet om hvem innenfor reindriftnæringen som er representativ og skal konsulteres, må det skilles mellom lov- og forskriftssaker og enkeltinngrepssaker. I sistnevnte tilfeller vil det være naturlig å konsultere rettighetshaverne, normalt representert ved det enkelte reinbeitedistrikt. Det vises videre til at distriktsstyret i reinbeitedistriktet representerer reindriftsinteressene i distriktet, jf. reindriftsloven § 44, og må derfor normalt anses som representativt for interessene i saker som berører interessene til distriktet.⁴⁶ Etter Fosen-dommen er det avklart at siidaen, som bærer av de kollektive beiterettighetene (og som står nærmest den faktiske kulturutøvelsen), har partsevne i inngrepssaker. Det er da naturlig å slutte at de også er subjekt for konsultasjoner og for å avgi samtykke.⁴⁷

Samme sted i proposisjonen uttaler for øvrig departementet at i større arealsaker vil «Sametinget [...] være en viktig aktør når det gjelder å vurdere helheten i inngrepet, og om det bør tillates». Med dette går departementet langt i å forplikte staten til å innhente samtykke fra Sametinget før større arealinngrep kan gjennomføres.

⁴⁴ Spørsmålet, som kan synes nokså opplagt, jf. NOU 2007: 13 s. 193, kom opp fordi staten på prinsipalt grunnlag påsto at artikkel 27 kun verner enkeltindivider, ikke juridiske personer eller grupper (avsnitt 103).

⁴⁵ Prop. 86 L. (2020–2021) Endringer i sameloven mv., s. 108.

⁴⁶ Prop. 86 L. (2020–2021) s. 109.

⁴⁷ Dette har her liten praktisk betydning da Fosen reinbeitedistrikt består av de to siidaene som er parter i saken.

4.4. Ikke rom for forholdsmessighetsvurderinger

I motsetning til tidligere prinsipielle høyesterettsdommer i samisk favør, slik som Rt. 2001 s. 769 P (Selbu) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen), står det om store verdier for staten og samfunnet i Fosen-saken. Samfunnets behov kunne dermed ha aktualisert forholdsmessighetsvurderinger. Førstvoterende viser imidlertid til at Menneskerettskomiteen i Poma Poma-saken avsnitt 7.4 har uttalt at hensynet til [454] økonomisk utvikling ikke kan undergrave de rettighetene som er beskyttet etter artikkel 27. Dette klargjør at bestemmelsen, ved vurderingen av om terskelen for inngrep er overskredet, ikke åpner for en forholdsmessighetsvurdering hvor minoritetens interesser veies mot andre hensyn (avsnitt 124):

«Ordlyden i artikkel 27 åpner i utgangspunktet ikke for at statene kan foreta en interesseavveining mellom urfolks rettigheter og andre legitime formål. Rettighetene fremstår som absolutte, likevel slik at de kan fravikes ved en nasjonal krisesituasjon, jf. artikkel 4.»

Deretter uttales det at artikkel 27 her skiller seg fra en rekke andre rettighetsbestemmelser i SP, bl.a. artikkel 12 om retten til bevegelsesfrihet, artikkel 18 om tros- og religionsfrihet, artikkel 19 om ytringsfrihet og artikkel 22 om foreningsfrihet. Etter å ha gått gjennom relevant praksis, utredninger og litteratur uttaler førstvoterende:

Det klare utgangspunktet må etter dette være at statene ikke innvilges noen skjønnsmargin etter SP artikkel 27, og at bestemmelsen ikke åpner for en forholdsmessighetsvurdering hvor andre samfunnsinteresser veies mot minoritetens interesser. Dette er en naturlig følge av begrunnelsen for bestemmelsen, da minoritetsbeskyttelsen ville blitt lite effektiv hvis flertallsbefolkningen kunne begrense den ut fra en vurdering av sine legitime behov. (avsnitt 129)

Dette standpunkt, som Høyesterett har hentet fra komitépraksis, viser at så sant det ikke foreligger nasjonale krisesituasjoner, har statene ikke noen skjønnsmargin etter SP artikkel 27. Samfunnsinteressene som sådanne kan således ikke veies mot minoritetens interesser. Når Høyesterett i avsnitt 143 ikke aksepterer at det «grønne skiftet» kan rettferdiggjøre inngrepet, må det ses som uttrykk for at det ikke er rom for noen forholdsmessighetsvurdering.

Det er imidlertid grunn til å merke seg førstvoterendes utsagn i avsnitt 130 om at når artikkel 27 kommer i konflikt med andre rettigheter etter konvensjonen, må de i

utgangspunktet motstridende rettighetene veies mot hverandre og harmoniseres. HR-2017-2428 (Sara) avsnitt 76 bygger ifølge førstvoterende på en slik interesseavveining.⁴⁸ [455]

4.5. Utbytte av kulturforankret næring er påkrevd

Under drøftingen av hvor terskelen for inngrep konkret går, viser førstvoterende til at Menneskerettskomiteen har fremhevet at «medlemmene i minoriteten fortsatt må være sikret et økonomisk utbytte» (avsnitt 132). Etter en drøftelse den aktuelle komitépraksisen uttales det at den ikke gir mye veiledning. Utgangspunktet må derfor være at det er *kulturutøvelsen* som er vernet i artikkel 27. Reindriften er en form for vernet kulturutøvelse og samtidig en måte å livnære seg på (avsnitt 134):

«Økonomien i næringen er derfor relevant i en drøftelse av om det foreligger krenkelse. Betydningen må vurderes konkret i den enkelte sak og må blant annet bero på hvordan økonomien påvirker kulturutøvelsen. Etter mitt syn vil artikkel 27 i alle fall være brutt hvis en reduksjon av beitearealet fratrar reineierne muligheten til å fortsette med noe som naturlig kan karakteriseres som næringsvirksomhet.»

Selv om det uttales at forholdet må drøftes konkret i den enkelte sak, viser Høyesteretts vurdering at terskelen for krenkelse i reindriftssammenheng, jf. formuleringen «vil artikkel 27 i alle fall være brutt», utvilsomt er overskredet dersom inngrepet medfører at reineierne fratras muligheten til å drive næringsvirksomhet, underforstått reindrift med levelig økonomisk utbytte. Førstvoterendes formulering viser også at terskelen etter en konkret vurdering kan ligge lavere for brudd, uten at han gjør nærmere rede for det.

Førstvoterende peker videre på at de to vindkraftverkene er en del av det største vindkraftprosjektet på land i Europa, og at utbyggingen har medført at området fullstendig har endret karakter. Med henvisning til lagmannsrettens bevisvurdering viser førstvoterende til at inngrepene medfører at siidaene mister beite på viktige landområder de nytter på sen vinteren (avsnitt 136):

«Utbyggingen vil på lengre sikt føre til tapte beitemuligheter i et slikt omfang at det ikke vil kunne kompenseres fullt ut ved å ta i bruk alternative beiteområder. Reintallene vil som følge av dette mest sannsynlig måtte reduseres betraktelig.»

Fosen Vind hadde anført reindriftens lave produksjonsinntekter, at næringen er avhengig av statstilskudd og at det dermed er andre (ikke refererte) årsaker til at næringen trues av en

⁴⁸ Det vises også til at Ivan Kitok mot Sverige (27. juli 1988, CCPR-1985-197), avsnitt 9.8, åpnet for en avveining der interessene til et enkeltindivid i en minoritetsgruppe står mot interessene til gruppen som helhet.

svekket økonomi. Det var ikke Høyesterett enig i: «Det er inngrepet som gir den vesentlige negative effekten for økonomien» (avsnitt 138).

Et sentralt moment for Høyesterett er at den sørsamiske kulturen er særlig sårbar, og at reindriftsnæringen er bærebjelken for så vel kultur som språk. Etter å ha vist til at inngrepet ikke fører til en total nektelse av reindriften på Fosen, [456] konkluderer førstvoterende, etter en samlet vurdering, med «at vindkraftutbyggingen vil ha en vesentlig negativ effekt på deres mulighet for å dyrke denne kulturen» (avsnitt 141). Uten tilfredsstillende avbøtende tiltak foreligger det da en krenkelse av SP artikkel 27, og konsesjonsvedtaket er i så fall ugyldig (avsnitt 144). Dermed måtte Høyesterett vurdere om avbøtende tiltak kunne forhindre krenkelse.

4.6. Avbøtende tiltak må være kulturtilpassede

Avbøtende tiltak som reduserer ulempene ved et inngrep, må tas i betraktning ved vurderingen av om artikkel 27 er krenket. Førstvoterende uttaler i avsnitt 147 at slike tiltak etter omstendighetene kan bidra til at inngrepet ikke når opp til terskelen for krenkelse. I den sammenheng vises det også til at reindriften, i samsvar med alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper, har en plikt til å tilpasse driften så lenge det ikke rokkes ved selve næringsgrunnlaget. Førstvoterende uttaler videre at «[i] hvilken utstrekning mulighetene for tilpasning også er relevant i vurderingen av om artikkel 27 er brutt, er ikke belyst i saken her» (avsnitt 148).

Interessant, sett i lys av utviklingen etter at dommen ble avsagt, er førstvoterendes uttalelse i samme avsnitt om at spørsmålet ikke drøftes nærmere «fordi jeg uansett ikke kan se at konsesjonsvedtaket kan opprettholdes med den begrunnelse for tilpasning som lagmannsretten har gitt». ⁴⁹ Førstvoterende viser til at lagmannsrettens modell for vinterfôring avviker vesentlig fra tradisjonell, nomadisk reindrift. Slik saken var opplyst for Høyesterett, «fremstår det som usikkert om et slikt opplegg er forenlig med reineiernes rett til å utøve sin kultur etter SP artikkel 27» (avsnitt 149). Dette er en svært viktig erkjennelse, også fordi tilsvarende ikke fremkommer av komitépraksis. Erkjennelsen innebærer at inngrep som avbøtes med tiltak som medfører at samisk reindrift blir til «noe annet» enn nettopp samisk reindrift, lett vil være konvensjonsstridig. Det er også grunn til å merke seg at Høyesterett

⁴⁹ I brev fra Olje- og energidepartementet til Norske reindriftssamers landsforbund, Sametinget mfl. av 13. desember 2021 uttaler departementet at «det er nødvendig med en prosess som tar sikte på å avklare om det kan finnes avbøtende tiltak som kan sikre reindriftens rettigheter etter SP artikkel 27, og for øvrig gjøre de endringer i konsesjonene som er nødvendige for oppnå dette: 'Departementet varsler herved om at departementet, i tillegg til å ta stilling til en eventuell tilleggsøknad, av eget tiltak vil vurdere hvilke endringer i konsesjonene som er nødvendige for å sikre reindriftens folkerettslige vern.» Pr. 1. april 2022 er kraftverkene fortsatt i drift, uten at det er avgjort hvilke avbøtende tiltak som skal iverksettes.

vektlegger at slike tiltak ikke har vært grundig nok vurdert, og at generelle reindriftingsinteresser ikke er blitt hørt.

Førstvoterende angir også at det er så store usikkerheter forbundet med lagmannsrettens opplegg med vinterfôring at det ikke kan ha betydning for om SP [457] artikkel 27 er krenket. Deretter konkluderer han med at konsesjonsvedtaket strider mot reineiernes rettigheter etter konvensjonsbestemmelsen og er ugyldig (avsnitt 151 og 153).⁵⁰

Avbøtende tiltak som medfører driftsomlegging som avviker vesentlig *fra tradisjonell, nomadisk reindrift*, slik som permanente perioder med fôring, kan således ikke gjøre et tiltak som er krenkende, lovlig. Det samme gjelder tiltak som på andre måter er lite forenlige med reineiernes rett til å utøve sin kultur, slik som påtvunget maskinell dyretransport i stedet for tradisjonell flytting. Det samme gjelder for tiltak som kan utfordre dyrevelferden, slik som å holde reinflokker på konsentrerte områder over tid eller utsette dem for lange og krevende transporter. Når Høyesterett også peker på regulatoriske utfordringer, betyr det at det må være rimelig sikkert at tiltaket kan gjennomføres i praksis.

5. Avslutning

I Fosen-dommen har Høyesterett så vel prinsipielt som konkret tatt stilling til når et inngrep krenker SP artikkel 27. Det gjøres ved å bygge på praksis fra Menneskerettskomiteen som tilpasses norsk rett og samiske forhold. Da komitépraksisen er forholdvis begrenset og begynner å bli tilårskommen, er det rom for utfyllinger og nærmere klargjøringer fra norske domstoler, som naturlig også vil ha et nærmere forhold til faktum og rettsforholdene i Norge.

Fosen-dommen tydeliggjør at i Norge vil et inngrep som fører til *vesentlige negative konsekvenser* for muligheten til å utøve en kulturbasert næring, prinsipielt sett være en krenkelse av rettigheter etter SP artikkel 27. Konkret vil det foreligge krenkelse hvis samiske reineierne ikke kan nytte sine vinterbeiter eller på andre måter utøve sin næring uten vesentlige, ikke-tradisjonelle avbøtingstiltak. Utover inngrepets størrelse har Høyesterett vektlagt fire momenter: 1) de kumulative virkningene av inngrepet, 2) om konsultasjoner har innvirket på beslutningene, 3) om minoriteten fortsatt vil ha økonomisk utbytte av sin tradisjonelle næring, og 4) at eventuelle avbøtende tiltak ikke vil medføre en reindrift som i vesentlig grad avviker fra tradisjonell reindrift. Viktigst her er punkt 3.

Høyesterett klargjør også at det ikke er rom for forholdsmessige vurderinger mellom samfunnsnyten og minoritetens kulturvern.

⁵⁰ Om virkningen av ugyldighet, se Inge Lorange Backer, «Fosen-dommen: Prosessuelle og forvaltningsrettslige sider», *Lov og Rett* 2022, s. xx

De fleste av disse momentene er hentet mer eller mindre direkte fra komitépraksis – kanskje med unntak for forutsetningen om at avbøtende tiltak må være kultursensitive. Om man forholder seg til komitépraksis som en viktig rettskilde, noe domstolene opplagt skal gjøre i norsk rett, er dommen utvilsomt riktig. [458]

Dommen viser at terskelen for når et inngrep blir ulovlig, er høy. Den er imidlertid langt lavere enn det staten anførte i saken.

Fosen-saken reiser også en debatt om ekspropriasjonslovgivningen. Det er flere sider av den som kunne drøftes i lys av behovet for beskyttelse og anerkjennelse av samiske land- og ressursrettigheter. Her vil jeg kun peke på regelen om forhåndstiltredelse i oreigningslova § 25. Den innebærer at inngrep som etter sin art kan være rettsstridige etter f.eks. SP artikkel 27, kan iverksettes før det er rettskraftig avgjort at de ikke er det.⁵¹ Vår rettsorden kan vanskelig leve med en regel som gir adgang til «å selge skinnen før bjørnen er skutt».

For Menneskerettskomiteens tolkning av artikkel 27 vil dommen neppe ha særlig betydning, noe som ikke bare ligger i komitéens arbeidsmetode, men kanskje særlig fordi dommen ikke bringer frem mye nytt sett i forhold til komitépraksis. At den kan få betydning for naboland med samisk befolkning, nokså likt rettssystem og som også gjennomfører «det grønne skiftet» ved å bygge ut vindkraft, er imidlertid langt mer sannsynlig.

Det burde være unødvendig og spørre om dommens betydning for norsk rett. I kraft av å være en enstemmig storkammeravgjørelse må man anta at dommen har stor rettslig betydning for inngrepssaker i samiske reindriftsområder. Før Fosen-dommen ble avsagt rådet det en viss usikkerhet da klargjørende norsk rettspraksis manglet. Denne usikkerheten er nå borte. Naturlig bør dommen ikke bare ha stor betydning for framtidige konsesjonssøknader og inngrepssaker, men også for gjenstående arbeid og rettslige utbedringer i Fosen-saken. Snart et år etter domsavsigelsen har myndighetene imidlertid vist liten vilje til å etterkomme dommen og stoppe de pågående menneskerettsbruddene.

Olje- og energidepartementet har i stedet åpnet for å vurdere ytterligere avbøtende tiltak. Plassen tillater ikke en drøfting av lovligheten og betenkeligheten av en slik tilnærming. Samtidig er det vanskelig for å se for seg at «vindmøllene» kan få fortsette å rotere på Fosen, i alle fall i et betydelig omfang, uten at det blir stilt spørsmål om den norske stats evne og vilje til å overholde sine internasjonale rettsforpliktelser overfor landets urfolk, og ikke minst dens evne til å etterleve egne nasjonale domstolsavgjørelser.

⁵¹ Se også Inge Lorange Backer, «Fosen-dommen: Prosessuelle og forvaltningsrettslige sider», *Lov og Rett* 2022, s. 281–300.