



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk strafferett?

Kan strafferetten være sensitiv for kulturelle forskjeller?

—

Eirik Storseth

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, høsten 2014



Forord:

Jeg ønsker å takke min veileder Ánde Somby, for et godt samarbeid, inspirasjon, og hans fokus på refleksjon. Jeg vil óg takke Stine Celius, som har vært en utmerket samarbeidspartner fra bokstavelig talt første dag på jussen. Til slutt vil jeg takke min kjære Hilde for korrekturlesning, tålmodighet og varme.

Tromsø, desember 2014

Eirik Storseth

Innholdsfortegnelse

Kapittel 1: Introduksjon	4
1.1: Presentasjon av emnet	4
1.2: Begrunnelse for tema og problemstillinger	4
1.3: Fremstillingen videre	5
Kapittel 2: Metodiske spørsmål.....	6
2.1: Å finne en rettsregel	6
2.2: Om rettsoppfatninger, sedvaner og sedvanerett	7
2.3: Folkerettslige metodespørsmål.....	8
Kapittel 3: Hvordan trer begrunnelser for straff frem i møtet mellom norsk og samisk rett? .	10
3.1: Et utgangspunkt: Straff og moral	10
3.1.1: Hva er straff?	10
3.1.2: Hva er moral?	12
3.1.3: Hva er forholdet mellom straff og moral?.....	12
3.2: Hvordan kan straff begrunnes?	13
3.2.1: Flere begrunnelser for straff.....	13
3.2.2: Hva er allmennpreventiv effekt?	14
3.2.3: Hvordan er dynamikken i forholdet mellom straff og moral?	14
3.3: Konsekvenser for videre fremstilling.....	18
Kapittel 4: Hvilke utfordringer trer frem i møtet mellom samiske sedvaner og rettsoppfatninger, og norske domstoler?	20
4.1: Angir Grunnloven § 108 et rettskildeprinsipp?.....	20
4.2: Hva ligger i begrepet samisk sedvane?	24
4.3: Hvordan har utviklingen på samerettens område fortonet seg?	26
4.4: Hvilken betydning har kulturell forståelse?	29
4.5: Et dynamisk perspektiv er nødvendig.	33
4.5.1: Generelt	33

4.5.2: Case fra Mexico, om Mestizo Nation	34
4.6: Veien videre	35
Kapittel 5: Kan en analyse rettsstridsreservasjonen gi en løsning på konflikten som oppstår i møtet mellom samisk og norsk rett?	36
5.1: Hva er grunnleggende prinsipper for tolkning av lovtekst?	36
5.2: Reelle hensyn, hva de er og hvordan kan de anvendes?	37
5.3: Hva innebærer det å tolke lovtekst med en rettsstridsreservasjon?.....	38
5.3.1: Avveiningsmetoden.....	41
5.3.2: Alternativ hjemmel-metoden	43
5.3.3 Avsluttende om rettsstridsreservasjonen	45
Kapittel 6: Kan ILO-konvensjon 169 artikkel 8, gi en løsning på de konflikter som oppstår i møtet mellom norsk og samisk rett?	47
6.1: Artikkel 8	47
6.1.1: Artikkel 8, første ledd: Hva ligger i «Due regards»?	48
6.1.2: Artikkel 8, andre ledd: En bestemmelse om avveining?	50
6.2: En kort sammenligning mellom Alternativ hjemmel-metoden og ILO artikkel 8.....	54
Kapittel 7: Konklusjon og avslutning.....	55
Register.....	56

Kapittel 1: Introduksjon

1.1: Presentasjon av emnet

«All straff som ikke kommer av nødvendighet er tyrannisk.»

- Montesquieu

Sameretten står i den særstilling, at den har én fot innenfor norsk rett, og én fot utenfor. Den behandles og utredes av norske rettsanvendere, og når den kommer opp i domstolene, så er det norsk rettskildelære som gjelder. Sedvanene og rettsoppfatningene har derimot oppstått i den samiske kulturen. Når samiske sedvaner og rettsoppfatninger nå får større vekt i norsk rettssystem, så kan det oppfattes som uklart om hvilken plass disse kildene skal ha.

Sedvaner er ikke fremmede i norske rettssaler. Men når samiske sedvaner og rettsoppfatninger anvendes, viser ikke domstolene en tilfredsstillende klar praksis. På denne måten må samiske brukere forme seg etter retten i større grad enn hva ikke-samiske medborgere må. Kort sagt så viser domstolene tegn til å være mer distansert fra folket i samiske områder enn ellers.

Domstolene er avhengig av legitimitet blant folket for å oppfylle rettssikkerhetsidealer. Hvis en stor gruppe brukere ikke kjenner seg igjen i domstolenes vurderinger, vil domstolene lide av legitimitetstap, og dermed står rettssikkerheten i fare. Domstolenes tap av legitimitet er et problem som angår hele befolkningen, og ikke bare samer. Om samiske sedvaner og rettsoppfatninger får anvendelse i norske domstoler så vil folkets forståelse for domstolenes vurderinger øke, og dermed legitimiteten og rettssikkerheten.

Min problemstilling blir da:

«Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk strafferett?»

1.2: Begrunnelse for tema og problemstillinger

For å tydeligst kunne belyse de utfordringer som oppstår i møtet mellom norsk og samisk rett går jeg til strafferetten. Når et individ stilles ansikt til ansikt med strafferettsmaskineriet, kommer kontrastene frem. Å la et individ føle samfunnets sterkeste form for misbilligelse, straff, er noe som kun må skje i nødvendige tilfeller. Om en handling ikke ut av nødvendighet må belegges med straff, skal den ikke belegges med straff. Derfor må straff begrunnes.

Manglende begrunnelse, på teoretisk eller praktisk nivå, impliserer udemokratiske tendenser. Skillet mellom rett og makt viskes ut i disse tilfellene.

Vårt samfunn er gjennomregulert igjennom spesiallovgivningen. Denne lovgivningen kommer med straffetrusler, men når lovgivningen kommer fra den norske tradisjon, vil straffens begrunnelser stå seg i de tilfeller straffen anvendes på samiske forhold?

I møtet mellom norsk og samisk rett står en overfor møtet mellom en tekstbasert kultur og en muntlig basert kultur. Den samiske muntlige kultur bærer med seg en byrde i møtet med norsk tekstbasert kultur i domstolene. I forhold til den norske skrevne retten, er samisk rett vanskelig å få taket på. Ved redegjørelsen av disse normene møter en utfordringer ved forskjellige syn på hva som er en god forklaring. Dette oppfordrer til økt kulturell forståelse, og stiller krav til rettsanvendere i saker der samiske interesser er involvert.

Samiske sedvaner og rettsoppfatninger vil som normer i sitt samfunn, ha en naturlig plass, en naturlig vekt. Slik jeg ser det har Høyesterett feilet i å skape en klar praksis eller en metode for integrasjon av samisk rett inn i norsk rett. I min oppgave skal jeg forsøke å komme med forslag på metoder som kan tillate samiske sedvaner og rettsoppfatninger å finne sin plass.

Susann Skogvang påpeker i sin bok *Samerett*, at det er en glidende overgang mellom samerett og samepolitikk.¹ Dette betyr for min oppgave at den kan ses på som en del av den større debatten. Det rettspolitiske området kan anses som farlig, og en kan forstå et ønske om å holde rettspolitikken separert fra rettsdogmatikken. Men et slikt ønske er umulig og uønskelig å oppfylle. Juss er iboende politisk, idet jussen styrer fordelingen av goder og onder i samfunnet. At et tema er under debatt og anses som kontroversielt, er mer en oppmuntring heller enn en frarådning mot å ta opp temaet.

1.3: Fremstillingen videre

Strafferettsteoretiske synspunkter står som utgangspunkt for min oppgave. Jeg har tatt for meg Lundstedt av Uppsalaskolen sine ideer om hvorfor man straffer, og hvilken funksjon straffen og straffeloven har. Dette kapitlet er ment å fokusere oppgaven. Deretter vil samiske sedvaner bli gjort rede for. Før jeg går konkret til verks skal jeg undersøke om Grunnloven § 108 angir et rettskildeprinsipp som stiller krav til den rettslige argumentasjonen. Videre i kapitlet faller

1 Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, Oslo 2009 s. 25.

fokuset på problemer som har oppstått i møtet mellom samiske brukere og norsk rettssystem. Sedvanen er av sin natur vanskelig å få grepet på, og i kapitlet om samiske sedvaner skal jeg forsøke å belyse noen av de viktigste problemstillingene.

I oppgavens siste to hovedkapittel skal jeg nærme meg en løsning på oppgavens problemstilling. Jeg begynner med å se på rettsstridsreservasjonen. Her ser jeg både på teori og praksis for å komme frem til et godt og operasjonelt begrep som vil kunne stå som en potensiell løsning på min problemstilling. Reelle hensyn vil være veiledende i min søken etter en rimelig og hensiktsmessig løsning.² Deretter går jeg over på å se hvilken løsning ILO-konvensjon 169 artikkel 8 kan gi. Høyesteretts forståelse av artikkelen står i sterk kontrast med rettsteoretikernes forståelse. Jeg skal her ta stilling til rettskildebildet her, og komme med det jeg anser som en god løsningen i denne konflikten.

Kapittel 2: Metodiske spørsmål

2.1: Å finne en rettsregel

Hvordan en går frem ved løsning av rettsspørsmål dikteres av rettskildeprinsipper. De styrer den rettslige argumentasjonen.³ Dermed står de som normer over normer; metanormer.

Rettsregler for løsning av rettsspørsmål finner man i norsk rettskildelære ved gå igjennom en prosess av relevans, slutning, og vekt og harmonisering.

I relevansfasen skal en ta frem enhver rettskilde som kan være med å gi en løsning på rettsproblemet. Neste fase er da slutningsfasen. Her skal en tolke rettskildene for å finne en anvendelig rettsregel. En må ta for seg kildens natur for å finne dens innhold; Forståelse av sedvanens opprinnelse er avgjørende. I vekt og harmoniseringsfasen foretas en konkret undersøkelse for å finne reglens vekt, og om de er i strid med hverandre. Har reglene sammenfallende innhold og vil føre til likeartede rettsfølger kan man føre de sammen i en prosess som kalles harmonisering⁴. Hvis en har rettsregler som ikke lar seg kombineres så må en ty til prinsipper som utelukker alle utenom ett resultat. Disse prinsippene er *lex superior*, *lex*

2 Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 23.

3 Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 31.

4 Fleischer, 1998 s. 206.

posterior og *lex specialis*.⁵ Deretter anvendes reglen på det konkrete tilfellet i en prosess som kalles subsumsjon.

2.2: Om rettsoppfatninger, sedvaner og sedvanerett

Sedvaner, sedvanerett og rettsoppfatninger er kilder en kan bruke for å finne regler som kan løse rettsspørsmål. I utgangspunktet vil det ikke ha noe å si om de er av samisk kultur eller norsk, men i praksis er virkeligheten en annen, som jeg skal komme til i kapittel 4

Rettsoppfatninger er normative ideer om hva retten skal være. Fleischer skriver om den alminnelige rettsoppfatning,⁶ som er oppfatninger som går igjennom hele befolkningen. Nygaard tar inn vår kulturarv som rot for rettsoppfatninger.⁷ Dermed blir det en relevant rettskilde som kan gis vekt.⁸ Det vises til Husmor-dommen⁹ hvor det ble lagt vekt på at det ville vært mot samfunnets rettsfølelse å ikke tillegge husmors arbeid i hjemmet en vesentlig verdi. Her er det tale om rettsoppfatninger på det nivået hvor høyesterett kan, og kanskje er forpliktet til å, ta hensyn til den alminnelige rettsoppfatningen i folket. Dette var et område som gjaldt hele folket, og dermed var folkets mening om saken en relevant faktor i tolkningsspørsmålet.

I mindre, mer lukkede systemer vil det óg være regjerende oppfatninger om hva som er rett. I slike tilfeller er det samme grunner som i Husmor-dommen for at de berørtes rettsoppfatninger være en kilde for rett. Bransjespesifikke og lokale oppfatninger er eksempler på som kan bli tillagt vekt.¹⁰ I slike tilfeller vil skillet mellom rettsoppfatninger og sedvaner være uklart.

Sedvaner befinner seg mellom faktisitet og normativitet. I dette ligger at sedvaner er eksisterende praksis, men som i tillegg inneholder etiske og normative aspekter.¹¹ Dette normative aspektet er en rettsoppfatning, som ligger implisitt i praksisen. For å undersøke en sedvane må man se på det faktiske. Fra gammelt av undersøkte man om det forelå tre vilkår:

5 Fleischer, 1998 s. 201-205.

6 Fleischer, 1998 s. 72.

7 Nygaard, 2004 s. 260.

8 Fleischer, 1998 s. 23.

9 Rt-1975-220

10 Fleischer, 1998 s. 72-73.

11 NOU 2001:34 s. 254.

At praksisen var fast; at den var etterlevd lenge; og at folk hadde fulgt praksisen i den tru at de fulgte en rettsregel.¹² I nyere tid er denne læren forlatt, til gunst for en fleksibel lære hvor en ikke lenger ser på det som alt eller ingenting. Fokuset er på det faktiske, men sedvaners vekt vil nå variere etter hvor godt begrunnet den er,¹³ og om den kan anses som god. Konteksten er relevant, siden det fokuseres på om regelen er god for den krets den gjelder, og ikke hele riket.¹⁴

Det sondres blant annet av Benny Solheim mellom sedvane og sedvanerett. Sondringen går ut på at sedvane blir til sedvanerett idet den vinner hevd igjennom lang tids bruk, og den oppfattes som en rettsregel, ikke bare praksis.¹⁵ På tross av dette skillet har begrepene ofte samme innhold, ifølge Solheim.¹⁶ Fleischer omtaler sedvanerett som et kategoriseringsbegrep når han sier at sedvaneretten er de regler som har sedvaner som sitt fundament, i motsetning til formell regelfastsettelse av lovgivende myndighet.¹⁷ Videre i oppgaven kommer jeg til å bruke Fleischers bruk av begrepet sedvanerett, da denne bruken er i større grad av praktisk verdi enn Solheims sontring.

2.3: Folkerettslige metodespørsmål

Wien-konvensjonen¹⁸ om traktater angir i artikkel 31 til 33 hvordan traktater skal tolkes, og hvilke verktøy en kan bruke i prosessen. Norge har ikke ratifisert denne traktaten, men den anses som internasjonal sedvanerett. Dermed er konvensjonen gjeldende for Norge. Hovedregelen for tolkningen, gitt av artikkel 31 første ledd angir at en skal foreta en ordlydstolkning i god tro, og med bruk av ordenes ordinære betydning. En skal foreta denne tolkningen i lys av traktatens gjenstand og formål. Foreligger det en felles forståelse om at partene legger en spesiell betydning i ordlyden ved inngåelse, så kan denne betydningen legges til grunn, jfr. fjerde ledd. Sammen med konteksten skal praksis fra den gjeldende institusjon tas i betraktning ved tolkningen. Jeg skal ikke anvende praksis fra ILO, men se på ILO-Guiden¹⁹.

12 Nygaard, 2004 s. 308.

13 Erik Boe, *Imføring i juss*, Oslo 1996 s. 267.

14 Nygaard, 2004 s. 309.

15 Benny Solheim, *ILO-Konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur*, 2003 s. 23

16 Solheim, 2003 s. 22.

17 Fleischer, 1998 s. 154.

18 Vienna convention on the law of treaties, av 23. mai 1969

19 ILO-Guidens hele tittel: INDIGENOUS & TRIBAL PEOPLES' RIGHTS IN PRACTICE: A GUIDE TO

Slik presiserende arbeid er ikke nevnt direkte i Wien-konvensjonen, men da dette er et dokument utarbeidet av ILO, vil jeg ta det i betraktning i tolkningen av ILO-konvensjon 169. ILO-Guiden sier selv at den ikke er en blåkopi for implementering av konvensjonen, men en veileder, og slik kommer jeg til å anvende den.²⁰ Videre tolkningsprinsipper tatt opp i Wien-konvensjonen anser jeg ikke som nødvendig å gjennomgå, da de ikke vil få anvendelse i min oppgave.

I norsk rett gjelder det dualistiske systemet, når det kommer til hvordan folkeretten skal få anvendelse. Det betyr at den internasjonale retten må igjennom en inkorporasjon eller transformasjon, før den kan anvendes direkte. På et område kan det foreligge sektor-monisme, som betyr at det aktuelle områdets regler gjelder med de begrensninger som folkeretten angir. Hvis det ikke foreligger motstrid skal norsk lov tolkes slik at den er i tråd med internasjonal rett. Dette kalles presumsjonsprinsippet; En presumerer at norsk rett er i tråd med folkeretten.

ILO CONVENTION No. 16PROGRAMME TO PROMOTE ILO CONVENTION NO. 169 (PRO 169),
International Labour Standards Department, 2009

²⁰ ILO-guiden s. 5.

Kapittel 3: Hvordan trer begrunnelser for straff frem i møtet mellom norsk og samisk rett?

I dette kapitlet skal jeg se på hvilken veiledning teorier om begrunnelser for straff kan gi. Jeg skal fokusere på Vilhelm Lundstedts teori som tar for seg den kulturelt betingede moralens plass i forhold til strafferetten. Hvordan vil dette få utslag i møtet mellom norsk og samisk rett?

3.1: Et utgangspunkt: Straff og moral

3.1.1: Hva er straff?

Hva straff er, angis på flere måter, og på flere nivåer. På konkret lovnivå angir straffeloven av 1902 hva som er alminnelig straff, jfr. § 15:

§ 15. De alminnelige straffer er:

fengsel,
forvaring,
hefte,
samfunnsstraff,
ungdomsstraff,
bøter og
rettighetstap som nevnt i §§ 29 og 33.

En slik oppramsing forteller bare hvilke straffer som anvendes, ikke noe om hva som ligger i straffebegrepet. Straff har på et generelt nivå blitt definert slik:

«Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.»²¹

Slik lyder den alminnelige aksepterte definisjonen på straff. Høyesterett tilsluttet seg denne definisjonen i Rt-1977-1207, side 1209. Den angir de viktigste aspektene av straff i strafferettslig kontekst. Straff kan i dagligtale bety sosiale sanksjoner vi tildeler hverandre, men denne definisjonen fokuserer på at det er statens, og statens formål med tilføyelsen som er det sentrale. Her skilles óg ut handlinger fra staten som ikke er ment som et onde. En smittefarlig person som skilles fra befolkningen for å forhindre smitte, utsettes for noe som kan føles som

21 Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2010 s. 10.

et onde, men da handlingen ikke er ment å føles som et onde, faller det ikke under definisjonen av straff.²²

I NOU 2003:15 bygges straffebegrepet inn under begrepet «sanksjon» som defineres slik:

«En sanksjon er en negativ reaksjon som kan ilegges av offentlig myndighet med hjemmel i lov, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som har et hovedsakelig eller vesentlig pønalt formål.»²³

Sentralt i denne definisjonen er at den er tilbakeskuende, ved at det er snakk om en reaksjon på et brudd på lov, forskrift eller individuell avgjørelse. I stedet for «onde» brukes begrepet «pønalt», som er et vesentlig mer moderne begrep. Verdt å merke seg er at sanksjonen ikke er ment å føles som straff, men at den har et «hovedsakelig eller vesentlig pønalt formål.» Dette oppfordrer til å se på straffen, eller sanksjonen, i et bredere perspektiv, med formål som veileder. Utvalget mener at begrepet dekker den tradisjonelle definisjonen av straff. Definisjonen omtales som en overbegrep som inkluderer de sanksjoner som er formelt definert som straff, og de sanksjoner som av sin virkning utgjør straff.²⁴

Det følger et paradoks ved straff. Straff er som vi har sett tilbakebeskuende; et onde tilført et individ på grunn av brudd på lov. Den faktiske begrunnelsen for hvorfor vi straffer generelt, er tvert imot fremadskuende. Det rådende synet i dag er at straffen må finne sin begrunnelse i prevensjonshensynene.²⁵ I definisjonen av sanksjon åpnes det for en fremadskuende vinkling, og modifikasjon av paradokset, ved at sanksjonen bare har et «hovedsakelig eller vesentlig pønalt formål.» Det ligger fortsatt stor avstand mellom denne åpningen, og kravet til begrunnelse i prevensjonshensynene. Dette paradokset skal jeg undersøke, og se hvordan sameretten gir en mulighet til å belyse dette tema. Her vil forholdet mellom moral og strafferetten komme tydelig frem. Spørsmålet vil være: Hvordan kan et tilbakeskuende konsept forme nåtiden og fremtiden. Jeg skal jeg se på forholdet mellom straff og moral, og hvordan dette får betydning i en stat med et urfolk. Først skal jeg redegjøre for begrepet moral, som viser seg å være sentralt i min oppgave.

22 Andenæs, *Alminnelig strafferett* s. 10.

23 NOU 2003:15 s. 20.

24 NOU 2003:15 s. 141.

25 NOU 2003:15 s. 51.

3.1.2: Hva er moral?

Hva mener jeg med moral? Moral er i min oppgave er vidt begrep som omfatter uskrevne, ofte internaliserte, normer for samhandling i et samfunn. Jeg anerkjenner at denne diskusjonen er relevant og viktig, men et dypdykk i diskusjonen vil være en digresjon som vil sprengte min oppgaves grenser. I denne diskusjonen vil det heller ikke være relevant med noe bedømmelse av moral. Moral er kulturelt betinget, men individuelle avvik forekommer. Til tross for individuelle avvik, så vil moralens kulturelle røtter være av stor viktighet. Det er derfor viktig å se på om forskjeller i moralsk grunnlag kan ha betydning for anvendelse av straff.

3.1.3: Hva er forholdet mellom straff og moral?

Straff og moral kan sameksistere på tre forskjellige vis. Den avgjørende faktoren er i hvilken grad de overlapper hverandre. Det ene tilfellet er hvor straffebud og moral fullstendig dekker hverandre. Hvis en da har en sedvane basert på lokale moralske oppfatninger, og lovtekst, vil en kunne harmonisere de to og anvende en regel som teoretisk sett består av begge kildene.

Det andre tilfellet vil være delvis overlapping. I dette tilfellet vil det være relevant å undersøke hvor stort avviket er, og hva avviket går ut på. Et visst avvik trenger ikke å bety motstrid. Sedvanen vil i dette tilfellet kunne modifisere anvendelsen av straffebudet. Dette kan skje igjennom innskrenkende tolkning, hvor en tolker vekk deler av straffebudet for å gi plass til sedvanen, eller tolke straffebudet i lys av sedvanen, for å harmonisere de to. Dermed vil en få en rettsregel som står som en kombinasjon av de to. I lovgivningsperspektiv kan delvis overlapping åpne for en konstruktiv styring igjennom straffelovgivning. Dette forutsetter at de deler som ikke overlapper ikke er av et slikt innhold at det i praksis foreligger motstrid. Dette skal jeg gå dypere inn på nedenfor.

Det siste tilfellet vil være der straffebud og moral ikke deler noe grunn, og det vil foreligge en motstrid mellom de. I domstolen vil dette bety at dommeren må velge en av de to kildene når hun skal finne en regel for å løse rettsspørsmålet. Her må det foretas en konkret vurdering av de to for å velge hvilket rettsgrunnlag som skal føre frem. Hvordan denne vurderingen skal skje tar jeg for meg i kapittel 5 og 6.

3.2: Hvordan kan straff begrunnes?

3.2.1: Flere begrunnelser for straff

Kjernen i min behandling av begrunnelser for straff er den allmennpreventive effekten, da denne forholder seg til den kulturelt betingede moralen. Den individualpreventive effekten skal jeg óg ta kort for meg. Men før jeg kommer så langt skal jeg se på noen ideer om hvorfor en straffer, som ikke anses som legitime på samme måte som prevensjonshensynene.

En begrunnelse som i stor grad er forlatt i domstolene, men som i stor grad lever videre i folket er tanken om rettferdighet og gjengjeldelse. Moselovens formulering «øye for øye, tann for tann» beskriver denne ideen perfekt. Den som har påført noen et onde, skal selv påføres et onde. Vikingenes blodhevn representerer et likt syn på saken. Moderne forståelse forteller oss at gjengjeldelse har ingen egenverdi. Gjengjeldelsen står som en straff som bare er ny unyttig lidelse.²⁶ Blodhevantanken baserte seg på gjenopprettelse av en tidligere eksisterende orden. Blodhevn førte dog til lange feider, da en persons syn på hva som gjenoppretter den tidligere orden ikke vil være den samme som en annens syn. Selv om denne praksisen er forlatt, er ideen om straff som gjenopprettende konsept ikke forlatt. Buchanan og Mathieu ser på straffen som nødvendig for å rette opp en ubalanse i fordelingen av de byrder som loven pålegger en gjennom begrensingen i handlefriheten og de fordeler som loven gir. Lovovertrederen utnytter da den lovlydige delen av befolkningen, for å selv få en urettmessig fordel. Straffen er da en byrde som pålegges lovovertrederen for å gjenopprette denne ubalansen.²⁷ Straff vil også kunne fungere på den måten at den lar folk få utløp for sine fiendtlige følelser igjennom rettssystemet, og på denne måten hindre lynsjemobben fra å ta rettferdigheten i egne hender. Denne ideen om gjengjeldelse ser fremover, på samme måte som preventive grunnene, men den ser ikke på det å hindre fremtidig kriminalitet, annen enn hevn mot den kriminelle. Hevn, og en umulig gjenopprettelse av balanse mellom rett og urett, kan ikke stå som begrunnelser for straff. Jeg går derfor videre med å undersøke den allmennpreventive effekten.

26 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 68.

27 Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996 s. 21.

3.2.2: Hva er allmennpreventiv effekt?

En generell definisjon av hva allmennpreventiv effekt er lyder som følgende:

«En allmennpreventiv effekt er oppnådd i den utstrekning borgerne på grunn av... stimuli fra lovgivningen og fra rettssmaskineriet avholder seg *fra sosialt uønskede handlinger* som de ellers ville foretatt.»²⁸(min kursivering)

Sammen med den avskrekkende effekten har strafferetten en viktig funksjon i forhold til å påvirke borgernes moralske standarder og vaner på lengre sikt.²⁹ Det er snakk om en kontinuerlig moralstyrkende effekt.³⁰

Uansett om det er snakk om avskrekkende-, eller moralstyrkende effekt, så er det snakk om en psykologisk/motivasjonsmessig virkning. Konsekvensen av dette er at effekten ikke kan observeres direkte. Kunnskap om allmennprevensjon må derfor sluttes fra faktum.³¹ Det finnes svært lite empirisk forskning på den moralstyrkende effekten, og det som finnes er bare delvis anvendelig på kortvarig effekt. Kjernen i teorien om moralstyrkende effekt ligger i det langsiktige, og hvordan lover påvirker moralen – og motsatt – over lang tid. Kunnskapen vi har om denne effekten må derfor baseres på common-sense resonnementer.³²

3.2.3: Hvordan er dynamikken i forholdet mellom straff og moral?

Vilhelm Lundstedt så på dynamikken mellom straff og moral. Lundstedts teori om straffens moralstyrkende effekt kom som en reaksjon mot den da regjerende rettspositivismen. Ifølge rettspositivistene måtte rettsystemet bygges på det objektive, og unngå verdibedømmelser. Verdibedømmelser var produkter av subjektive oppfatninger, og dermed ikke mer verdt enn interjeksjoner.³³

28 Johs Andenæs, «Straff og Almenprevensjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1966 s. 1-47. (s. 2).

29 Jørn Jacobsen, «Allmennprevensjon og straff», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 2004 s. 311- (s. 314).

30 Jørn Jacobsen, «Diskusjon om allmennprevensjonen» *Tidsskrift for strafferett*, 2004, s. 394-438 (s. 402-403).

31 Jacobsen, «Diskusjon om allmennprevensjon», (s. 405).

32 Jacobsen, «Allmennprevensjon og straff», (s. 417).

33 Tore Strömberg, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3. opplagan, Lund 1989 s. 66.

Lundstedts tese var at rettsordenen ikke har begrunnelse i noe objektivt eksisterende, men i vurderinger av subjektiv karakter. Disse vurderingene var vurderinger om hva som ville være samfunnsnyttig. Samfunnsnyttigen (samhällsnyttan) er, og må være grunnlaget for rettsordenen og rettsutviklingen.³⁴ En slik vurdering vil ha subjektivt innhold, og Lundstedt skiller seg dermed fra rettspositivistene. Begreper som rettigheter og rettsplikter, tolkningsregel og andre juridiske konstruksjoner er egentlig bare forkledninger for nytteprinsipper.³⁵

Den sosiale funksjonen av å belegge en handling med straff var sentral. Om en moralsk forkastelig handling blir belagt med straff, vil borgernes syn på handlingen som moralsk forkastelig, bli forsterket.³⁶ Essensielt her er at denne handlingen på forhånd av anses av borgerne som moralsk forkastelig, og strafferettens oppgave var å forsterke dette synet der det var ønskelig.

Hvilke konsekvenser hadde dette for straffelovgivningen? For at straffeloven skal være effektiv, må den komme fra moralske oppfatninger i befolkningen. Kort sagt kan dette formuleres med at først kommer moralen, deretter kommer straffeloven.³⁷ Straffeloven må kunne tas imot av folkets moralske sans. I dette ligger en viss margin (svingrom) for lovgiver. Lovgiveren kan gi lover, og styre lovgivningen innenfor en viss margin, til å forme loven etter samfunnsnyttens krav. Lundstedt så på det vi i dag ser på som riktig og galt som et resultat av straffelovens påvirkning av oss over lang tid.³⁸ Dermed opprettholder straffesystemet eksisterende moraloppfatninger.

Straffesystemet kan også noe grad låse befolkningens moralske oppfatninger igjennom strafferetten. Dette skjer når en moralsk oppfatning blir kodifisert som lov, skapes en pliktfølelse i befolkningen til å følge loven. Det gis en økt psykologisk gjennomslagskraft³⁹, slik at følelsen av å måtte følge normen stiger fra det moralske «bør» til det strafferettslige

34 Strömberg, s. 69.

35 Strömberg, s. 69-70.

36 Hauge, s. 296.

37 Hauge, s. 297.

38 Strömberg, s. 70.

39 Hauge, s. 296 og Strömberg, s. 70.

«må». Lundstedt mente at dette var underbevisste prosesser,⁴⁰ og at det straffbare handlingsalternativ ikke engang vil stå som et reelt handlingsalternativ.⁴¹

Den individualpreventive effekten hadde Lundstedt lite til overs for. Han hevdet at lovbrøteren ikke ser sin handling som moralsk forkastelig, og han vil derfor ikke akseptere straffen, men oppleve den som et urettferdig overgrep, noe som umuliggjør forbedring.⁴² Dette synspunktet blir forsterket når en same dømmes av norske lover etter å ha fulgt samisk sedvane. Skulle det foreligge en individualpreventiv effekt, så vil jeg anta at den har de beste forutsetninger for å inntre om den dømte kan se at sine handlinger stred imot sitt samfunns normer. Jeg skal ikke drøfte den individualpreventive effekten mer enn dette, da min oppgave i hovedsak angår den allmennpreventive effekten.

For lovgiver er det viktig at befolkningens moralske oppfatninger tas i betraktning ved lovgivning. For domstolen er tilsvarende viktig i sin myndighetsutøvelse gjennom lovtolkning og anvendelse. Hvis domstolen gjør det, vil en oppnå en mer helhetlig god strafferett. Skulle domstolen finne det slik at nasjonal lovgivning ikke går over ens med lokale oppfatninger av rett og galt, så må domstolen kunne vise kulturell sensitivitet for disse rettsoppfatningene. Dette forutsetter at de lokale rettsoppfatningene, eller sedvanene, er av en viss kvalitet som gjør de egnet for anvendelse.

Strafferetten skal ramme handlinger som er moralsk forkastelige; Ved å belegge en handling med straff blir den erklært forkastelig. Dette er samfunnets ultimate måte å vise misbilligelse på. Den alminnelige straffeloven belegger mange handlinger med straff. Disse handlingene er det stor enighet om at er forkastelige. Når en går ut fra straffeloven, og inn i spesiallovgivningen kan det bli mer komplisert. Reguleringene i spesiallovgivningen er i mindre grad ment for å beskytte individer og staten, men har som mål å regulere et velfungerende samfunn. Når lovgiver begir seg ut på områder med lavere grad av moralsk forkastelighet, vil lover som forsøker å gjøre en handling ulovlig, og dermed moralsk forkastelig, raskt bli vanskelig å gjennomføre. Andenæs mener at i slike tilfeller må en støtte seg på den avskrekkende effekten for å oppnå en allmennpreventiv effekt. Dette kommer av at sosiale og moralske oppfatninger

40 Strömberg, s. 70.

41 Hauge, s. 297.

42 Hauge, s. 298.

ikke alene er nok til å hindre oss fra å handle ulovlig.⁴³ Et eksempel Andenæs bruker er mørkeleggingen under krigstiden. På grunn av en alvorlig straffetrussel, og nesten garanti for å bli oppdaget, så fulgte befolkningen okkupasjonsmaktens pålegg om mørklegging. Befolkningen fulgte dette pålegget til tross for at brudd på mørkleggingsplikten i seg selv ikke var en moralsk forkastelig handling.⁴⁴

Eksemplet om mørklegging viser óg den viktige faktoren håndhevelse. En handling som ikke er ansett som moralsk forkastelig vil fremstå som et reelt handlingsalternativ for den som handler, hvis muligheten for å bli oppdaget og straffet er liten. Selv om straffen for handlingen kan være hard, så vil den ikke ha noe avskrekkende effekt om muligheten for å bli straffet er forsvinnende liten. Her vil jeg trekke frem dagens utbredte praksis med ulovlig deling av musikk og film på nett som et eksempel. Åndsverksloven⁴⁵ har straffebestemmelser som kan gi alvorlig straff sett i forhold til de få kronene en låt koster. Men hittil har forsvinnende få blitt tatt for ulovlig deling på nett. Dermed står ulovlig deling av musikk og film som en nærmest lovlig i praksis.

Når det kommer til handlinger som er ansett som moralsk forkastelig, vil håndhevelse óg ha en effekt. I slike tilfeller vil effekten ha et lengre tidsperspektiv. Uten håndhevelse vil folkets moral synke, og handlingen vil kunne miste sin last som moralsk forkastelig. Andenæs sier selv at han bare kan gjette at dette vil være tilfellet.⁴⁶ Etter en gjennomgang av Lundstedts teori og Andenæs' syn, forstår jeg det slik at en moralsk forvitring kan skje i størst grad i forhold til de handlinger som ligger ut mot grensen for hva som er sett på som moralsk forkastelig eller ei. Denne sonen vil tilsvare den marginen lovgiver har ved vedtakelse av nye lover, nevnt ovenfor.

Som et eksempel på hvordan teorien om moralstyrkende effekt kan være veiledende for å utforme effektiv lovgivning skal jeg se på slakt av nisterein. Dette er, som jeg tar opp i kapitlet om samiske sedvaner, en sentral sedvane i samisk reindrift, og dermed kultur. Slaktingen av rein ble gjort med hjertestikk i eldre tider. Denne praksisen har endret seg siden forrige

43 Johs Andenæs, «Almenprevensjon Illusjon eller Realitet», *Nordisk Tidsskrift for kriminalvidenskab*, 1950 s. 103-133 (s. 111-112)

44 Andenæs, «Almenprevensjon Illusjon eller Realitet», (s. 112)

45 LOV-1961-05-12-2, se lovens kapittel 7 for straff.

46 Andenæs, «Almenprevensjon Illusjon eller Realitet», (s. 117)

århundre,⁴⁷ og hjernestikk er nå regjerende praksis. I henhold til moderne slakteteknikk ble det krevd at boltepistol eller skytevåpen med fritt prosjektil skulle brukes. Det påpekes av Mattilsynet at boltepistol ikke er kurrant ved barskere værforhold, da frost, skitt og fukt kan føre til feil. Da kan resultatet bli at bedøvelse ikke skjer umiddelbart, og dyret blir påført unødvendig smerte.⁴⁸ Samiske interesser har i lang tid kjempet for bruk av krumkniv som bedøvelsesmiddel.⁴⁹ Bakgrunnen for dette er, som mattilsynet i sitt utkast påpeker, at krumkniv naturligvis fungerer like godt i alle typer vær, den krever minimalt med vedlikehold, og den krever ikke mer opplæring i bruk enn boltepistol eller skyting med fritt prosjektil.⁵⁰ Reaksjonen fra reindriftseiere var da å fortsette sin praksis, som de ikke så på som moralsk forkastelig. Lovgivningen var ikke effektiv. På bakgrunn av dette kom det forskrift om bruk av krumkniv.⁵¹ Etter forskriftens ikrafttredelse kan man si at lovgivningen på dette punkt kom i harmoni med de idealer Lundstedt fremmet. Her kan man óg notere seg at det var krumkniv som ble gjort til et lovlig unntak fra lovgivningen, hvis hovedregel er at slakt med kniv er forbudt, jfr forskriften § 3. Det ble i praksis brukt flere metoder for avlivning, som den eldre metoden hjertestikk. Lovgiver utnyttet den nevnte margin, og brukte dermed lovgivning som et verktøy for å styre befolkningens oppfatninger om hva som er rett og galt. Om dette fungerer, kan en ikke se umiddelbart, da slik påvirkning skjer over lengre.

3.3: Konsekvenser for videre fremstilling

Det jeg er kommet til er at begrunnelser for straff trer frem i møtet mellom norsk og samisk rett. I eksemplet om hjernestikk måtte norsk rett tilpasse seg for å oppnå effektivitet. Det skjedde på lovgivernivå, ved forskrift. Det andre nivået hvor tilpasning kan skje er i domstolen ved sin bevisbedømmelse og regelanvendelse. For å oppnå harmoni mellom lov og lokal rett, må domstolene opprette en praksis hvor domstolene kan utvise kulturell sensitivitet. Under min problemstilling betyr det at lovgiver og domstol må ta hensyn til samiske sedvaner og rettsoppfatninger for å oppnå ønsket effektivitet.

47 Utkast til høring om utkast til forskrift om bruk av krumkniv, Mattilsynet, 20.01.2008, s. 2

48 Mattilsynets utkast til høring om utkast til forskrift om bruk av krumkniv, side 3

49 «Kan stikke reinen med krumkniv» <http://www.nrk.no/sapmi/mattilsynet-sier-ja-til-krumkniv-1.4741376>
hentet 03.10.2014

50 Mattilsynets utkast til høring om utkast til forskrift om bruk av krumkniv, side 2

51 FOR-2008-07-30-866

Jeg skal nå gå videre og se på samiske sedvaner og rettsoppfatninger. Jeg skal vise hvordan kulturell forståelse er avgjørende for at målene som er lagt frem i dette kapitlet skal nås. Det som skal slås ned på er handlinger og unnlaterer som anses som forkastelige, og ikke uttrykk for kultur. Når jeg går videre og ser på strafferetten og ILO konvensjon 169 artikkel 8, vil resultatet av min gjennomgang her være et veiledende hensyn. Det jeg skal undersøke er om disse områdene sammen kan gi en modell for hvordan en skal gå frem for å utvise kulturell sensitivitet.

Etter dette er jeg kommet til en ny problemstilling, som skal besvares i oppgaven:

Kan strafferetten være sensitiv for kulturelle forskjeller, eller må den være identisk for alle?

Kapittel 4: Hvilke utfordringer trer frem i møtet mellom samiske sedvaner og rettsoppfatninger, og norske domstoler?

I dette kapitlet skal jeg gå i dybden på hvilke hensyn som må tas av rettsanvendere i møtet med samiske sedvaner. Før jeg ser på sedvaner vil jeg heve blikket og se på hvilke krav som stilles av Grunnloven § 108, som vil vise på et overordnet nivå hva som kreves.

4.1: Angir Grunnloven § 108 et rettskildeprinsipp?

Spørsmålet om § 108 angir et rettskildeprinsipp, besvares ved å undersøke hva slags norm paragrafen angir. Hvis normen som angis søker å styre den rettslige argumentasjonen, skal spørsmålet besvares bekreftende. Paragrafen lyder som følgende:

«Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv.»

Rettskildeprinsipper er som regel sedvanebaserte regler, utarbeidet av domstolene gjennom praktisering av rettslig argumentasjon. Mønstre i denne argumentasjonen er deretter trukket ut, og gitt en egen plass i teorien. Disse mønstrene har oppstått over lengre tid, og har dermed opparbeidet styrke. Grunnloven § 108 er relativt ny. Den ble vedtatt 21. april 1988. Siden den gang er den påberopt en rekke ganger.⁵² Høyesterett har bare behandlet den konkret én gang. Det skjedde i Rt-1992-1037. I denne saken kom det ikke frem hva som ligger i § 108 (den gang § 110a), annet enn at den kunne ikke være grunnlag for å kreve seg fritatt fra førstegangstjenesten. En generell uttalelse hadde førstevoterende, om at § 108 «først og fremst retter seg mot Stortinget og regjeringen».⁵³ Dette kan tale for at § 108 ikke er ment å anvendes aktivt av domstolene, og heller forplikte Stortinget og regjeringen.

Samerettsutvalget, som sto bak forslaget til bestemmelsens ordlyd, omtalte den som en prinsippklæring som medfører begrenset rettsplikt.⁵⁴ Utvalget stod med et valg mellom å komme med et forslag som ville reformere myndighetens praksis på området, eller å kodifisere

52 I bl.a. Rt-2004-1092, Rt-2003-1013, Rt-2001-769, Rt-1998-811

53 Rt-1992-1037 på s1038

54 NOU 1984:18 s432

gjeldende syn. De gikk for en løsning som lå svært nært en kodifisering av gjeldende syn. Om dette uttalte de følgende:

«Den vesentligste virkning av en bestemmelse som i utkastene vil ikke være å trekke opp nye rettslige grenser for statsmyndighetenes handlefrihet, men å gi et høytidelig uttrykk for et prinsipp som det etter hvert er oppnådd en betydelig enighet om.»⁵⁵

Dette kan ses på som en vesentlig svekking av grunnlovsparagrafen om det skal tas på ordet. Utvalget moderer selv sitt syn på paragrafen ved å erkjenne at den vil ha noen rettslige forpliktelser; Den vil forplikte myndighetene i sin fremtidige samepolitikk. Hvordan dette skal gjennomføres konkret, vil være opp til myndighetene, og må skje ved lovgivning og andre vedtak.⁵⁶ Dette vil bare indirekte påvirke domstolenes praksis igjennom prøvingsretten. Her vil en kunne prøve om lovgivning og andre vedtak bryter med prinsippet i § 108.

Prøvingsretten vil få en begrenset betydning i dette tilfellet. Dette kommer av at paragrafen er såpass generelt utformet at det vil i stor grad være opp til regjeringens og Stortingets skjønn hva som oppfyller målet i paragrafen. Men prøvingsrettens begrensede virkning står ikke i veien for at bestemmelsen angir et rettskildeprinsipp. Temaet videre er hva det betyr at bestemmelsen står som en prinsipperklæring, og hvilken betydning det får for den rettslige argumentasjonen i domstolene.

En bestemmelse formulert som en generell prinsipperklæring er spesielt åpen for tolkning i dagens lys. Dermed vil innholdet variere etter endrende samfunnsforhold. Her vil jeg trekke frem utviklingen som har skjedd siden vedtakelsen i 1988. Norge ratifiserte ILO konvensjon 169 i 1989, inkorporerte FN-konvensjon om sosiale og politiske rettigheter i menneskerettighetsloven⁵⁷ i 1999, og FNs Urfolkdeklarasjon ble ratifisert i 2007.

I Høyesterett viste den pågående utviklingen seg spesielt i Selbu- og Svartskog-dommene. Disse sakene tar jeg for meg flere ganger i oppgaven, og vil her bare vise det mest relevante. I Svartskog-dommen undersøkte førstevoterende hvilken rett befolkningen hadde opparbeidet

55 NOU 1984:18 s432

56 NOU 1984:18 s. 433.

57 Lov-1999-05-21-30.

seg igjennom bruk av Svartskogområdet. Her ser vi at førstevoterende modifierer normene for sin rettslige argumentasjon ved det 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. Samene, som har utgjort den dominerende del av Manndalens befolkning, *har derimot med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett.*»⁵⁸ (min kursivering)

Her ser vi en anvendelse av regler som er bemerkelsesverdig. Det tas hensyn til en annen kulturs forståelse og bruk av begreper. Dette taler for at det foreligger et rettskildeprinsipp som styrer dommerens bedømmelse av samisk bruk. Det bindes ikke opp mot Grunnloven, men som en generell norm for bedømmelse av denne typen saker. I Selbu-dommen brukes overskriften «Særlige Metodespørsmål». Her begrunnes en spesiell tilnærming til metodespørsmål ved samenes livsform. Det pekes på at samene ikke utnyttet seg i særlig grad av skriftlige nedtegninger, og at materialer brukt i deres næringsveier ofte er biologisk nedbrytbare, og etterlater seg få fysiske spor.⁵⁹ Metodespørsmål som dette angår utforming av normer som styrer den rettslige argumentasjonen, og ikke den konkrete løsningen av rettsspørsmålene. Dermed kan en se at domstolene har anvendt normer på et overordnet nivå, som er tilpasset de formål som angis i § 108. Slik anvendelse taler for at § 108 angir et rettskildeprinsipp.

I Rt-2006-13 var det snakk om fiske i Tanaelva etter fullmakt som stred mot norsk lov. Den som hadde laksebrev var same, og fullmaktfiskeren var hans bror. Det ble anført at fullmaktfiske var gjort etter samisk sedvane, og lovens ordlyd skal derfor tolkes innskrenkende slik at praksisen ikke blir rammet av straffebudet. Førstevoterende kommer til at det ikke foreligger grunnlag for å konstatere en sedvanerettsdannelse som skulle gjøre unntak fra lovens ordning.⁶⁰ Begrunnelsen for dette var et fravær av opplysninger om praksis i andre fiskesoner i Tanaelva. Det metodiske grep høyesterett anvender her skiller seg fra det som ble anvendt i de omtalte Selbu- og Svartskog-dommene. Her taler det i tiltaltes disfavør at hans handlinger baserte seg på samisk sedvane. Høyesterett tok ikke stilling til om deres rettslige argumentasjon skal justeres på bakgrunn av at deres myndighetsutøvelse vil kunne påvirke utviklingen eller

58 Rt-2001-1229 på s. 1252.

59 Rt-2001-769 s. 792.

60 Rt-2006-13 avsnitt 15.

eksistensen av samisk kultur og samfunnsliv. Da Høyesterett viker fra den praksis fulgt i Selbu- og Svartskog-dommene, så svekker det grunnlaget for å konkludere med at § 108 angir et rettskildепrinsipp. Denne dommen er kritisert av Susann Skogvang, på grunnlag av feilaktig rettkildetilnærming.⁶¹

For at regler skal bli til prinsipper, så må de styrkes igjennom lengre tids oppfølging; de må heves opp fra de konkrete tilfellene. Det foreligger en liten mengde rettspraksis fra Høyesterett, og den peker i forskjellig retning. Det er derfor nødvendig å se utenfor praksis, for å finne svar på problemstillingen. Domstoladministrasjonen opprettet i 2010 en arbeidsgruppe som fikk i oppdrag å utarbeide problemstillinger som angikk den samiske dimensjonen i rettsvesenet. Arbeidsgruppen ble ledet av Finn-Arne Schanche Selfors, sorenskriver ved Indre Finnmark tingrett. Deres rapport viser hvordan § 108 stiller krav på flere nivåer. I deres mandat kommer det frem at Grunnloven § 108 slår fast en rettslig forpliktelse og en rettslig bindende retningslinje for den dømmende makt.⁶² Denne plikten har betydning for organiseringen av norske domstoler. Det påhviler domstolene en plikt til å sørge for at det rekrutteres ansatte med kompetanse i samisk kultur.⁶³ Domstolene plikter å få klargjort innholdet i samiske sedvaner som vil få betydning for løsningen av rettsspørsmål. Dette skal skje av eget initiativ. Sedvanene skal deretter anvendes dersom de kan regnes som rettsregler.⁶⁴ Her er det en sammenheng mellom kravet til kulturell kompetanse og kravet om å anvende samiske sedvaner. Denne sammenhengen viser til at det skal anvendes en spesiell metode som vil oppfylle kravene fremstilt i § 108. Denne tilnærmingen av samiske sedvaner er óg motsatt av Høyesteretts tilnærming i Rt-2006-13, og svekker dommens vekt i min drøftelse.

Jeg kommer etter dette under tvil til konklusjonen om at Grunnloven § 108 angir et rettskildепrinsipp. Årsaken til min tvil er at ordlyden er vag og den tilpassede metode som utgjør rettskildепrinsippet ikke er brukt i stor utstrekning. Det gjenstår å se om Høyesterett vil fortsette sin praksis hvor de tar hensyn til samisk kultur slik de har i Svartskog- og Selbu-dommene.

61 Skogvang, Samerett, s. 76.

62 «Den samiske dimensjonen i rettsvesenet, rapport fra arbeidsgruppe» («Rapporten») s. 3.

63 Rapporten s. 21.

64 Rapporten s. 22.

4.2: Hva ligger i begrepet samisk sedvane?

Samiske sedvaner er definert av Skogvang som «faktisk adferd, praksis bruk og andre handlinger som har sitt utspring i samisk kultur, samfunnsliv og næringsutøvelse»⁶⁵ Denne definisjonen består av to deler. Den ene delen er en oppramsing av potensielt rettsskapende hendelser. Definisjonens andre del er en kvalifikasjon av de nevnte hendelsene.

Hva som ligger i hvert begrep er uklart, og begrepenes rammer vil være uklare. For å få anvendelse, må definisjonen få et mer utbrodert innhold. I det følgende skal jeg se på hvert begrep, og forholdene mellom de. Når begrepenes innhold er avdekket, skal jeg se på den kvalifiserende klausulen. Av å være del av sedvanebegrepet er dette potensielt rettsskapende hendelser. Begrepenes innhold vil derfor fortelle oss noe om hva som skal til for at slik rett skapes. Konteksten jeg ser på begrepene er naturlig nok tema for min oppgave. Jeg kan ikke rive meg vekk fra den, og begrepene får da innhold fra denne konteksten, noe jeg ikke ser på som problematisk.

«Faktisk atferd» er et nakent begrep som i seg selv ikke har stort innhold. Her er det snakk om handlinger, men også unnlatelser hvis innhold er av faktisk art, forankret i den fysiske verden. Faktisk atferd kan ha rikere innhold, men da vil det falle under begrepene praksis, bruk og kanskje andre handlinger. Da faktisk atferd inkluderer unnlatelser, så kan jeg ikke se noe motsetning til dette begrepet. En slik enkeltstående hendelse må ha støtte fra andre hendelser for å kunne være en rettsskapende hendelse.

«Praksis» er et mer innholdsrikt begrep enn faktisk atferd. Enklest forklart blir faktisk atferd til praksis ved gjentakelse over tid, hvor handlingsmønster oppstår. «Praksis» vil være forbundet til ensartethet, metoder og prosesser ved faktisk atferd. Praksiser vil gjerne ha et formål som samler handlingene under én enhet. En praksis vil da bestå av et fast formål, og et utvalg av metoder. Formålet og metoden vil skille praksisen fra andre praksiser som kan gå ut på samme handling i seg selv, og skape eller forsterke en kulturell kontekst. En vanlig praksis blant reindriftsamer er slakt av nisterein. Formålet for slaktingen er å få mat og materialer for videre bruk. Praksisen inneholder en metode, og i Hjertestikk-dommen⁶⁶ var den aktuelle metoden gieltadit, hjertestikk. En annen metode for slakt av nisterein er hjernestikk ved bruk av

65 Skogvang, *Samerett*, s. 55.

66 Rt-2008-1789

krumkniv. Dette viser hvordan en praksis – slakt av nisterein – kan bestå av forskjellige metoder. En rekke tilfeldige handlinger uten noe felles formål og metode vil på den annen side ikke utgjøre en praksis. Da vil en stå igjen med individuelle handlinger, eksempler på faktisk atferd.

«Bruk» er et begrep knyttet til ressursutnyttelse og næring. Begrepet inneholder rom for mer kompliserte og sammensatte hendelser. Her, som under «praksis», vil tidsperspektivet ha en rolle. I motsetning til praksis kan bruk bestå av et konglomerat av hendelser, mer eller mindre organiserte. Er deler av hendelsene organiserte kan de ses på som en eller flere praksiser som ligger i bruken. På samme måte kan flere formål falle inn under samme bruk. I Svartskogdommen⁶⁷ var spørsmålet om lokalbefolkningens utstrakte bruk av et område kunne skape eiendomsrett. Her er det naturlig å forstå at i denne utstrakte bruken så var det en rekke praksiser som foregikk. I og med at individer stod for bruken, vil de naturlig vis ha flere formål ved bruken. I tillegg foregikk nok en del enkelthandlinger som kan kategoriseres under «faktisk atferd», som sammen med praksiser utgjorde den samlede rettskapende bruken. Motsetningen til bruk vil være et konglomerat av usammenhengende handlinger uten mønster, gjerne uten utnyttelse eller forbindelse til næring.

«Andre handlinger» består av handlinger som ikke kan kategoriseres fullt ut under de nevnte begrepene. Her finnes handlinger som har større verdi enn hva som kommer av handlingen i seg selv. Her er sosiale samhandling og religiøse ritualer typiske. Herunder kan praksis og faktisk atferd forekomme, men for å ha rom til alle religiøse og sosiale handlinger vil jeg si at også handlinger som ikke faller under faktisk atferd vil kunne bli kategorisert som andre handlinger. Symbolsk betydning vil være essensielt for å bli dekt av dette begrepet. Bruk kan komme før hendelser i denne kategorien, men vil ikke være av denne kategorien, da bruk vil være begrunnet i formål ved bruken, ved tingen, og ikke i formål utenfor tingen, som religiøs betydning. Religiøse og sosiale aspekter av en kultur vil ofte stå som sentrale, og selv om dette vil være en mer obskur og uklar kategori, er behov for vern såpass stort at en definisjon vil stå uferdig tilbake uten den.

Det begrepene her viser er at sedvaner ikke bare er bygd på rent objektivt bestemmelige kriterier, men også betydningen for de som utøver sedvanene vil være en del av vurderingen.

67 Rt-2001-1229

Her kommer formål ved bruk og praksis inn, og den betydningen religiøse ritualer og sosiale samhandlinger vil ha. En annen ting som kommer frem er at en handling kan falle inn under flere kategorier.

Hvilken betydning vil klausulen om at den faktiske atferden, praksisen, bruken eller andre handlingene må «sitt utspring i samisk kultur, samfunnsliv og næringsutøvelse»? Om en undersøker en kultur, så vil en se en stor mengde praksiser, bruk, osv. Det denne klausulen gjør er å skille de som faktisk har sitt utspring i verneverdige kilder, fra det som er en del av kulturen ved en mer eller mindre tilfeldighet. Denne sedvanen vil ikke bære samme preg av å ha kommet fra verneverdige kilder. Som regel kan man si at den heller ikke vil være av samme viktighet for den kulturelle utøvelsen for folket. På den andre siden kan en slik adoptert sedvane faktisk være viktig for folket. For at en slik sedvane som ikke faller under definisjonen, skal ha livets rett må den ha stor betydning for kulturen og folket, slik at det veier opp for andre manglende trekk. Her kan vurderinger om sedvanens godhet være avgjørende.

4.3: Hvordan har utviklingen på samerettens område fortonet seg?

I dette kapitlet skal jeg se på noe av utviklingen på samerettsområdet frem til i dag. Eksemplene jeg bruker ser jeg på som symptomatiske for hele sameretten, selv om de stort sett omhandler tingsrettslige spørsmål. Det spesielle ved samiske sedvaner blir trukket frem i disse sakene, og har generell betydning for hele samerettsfeltet.

Lappekodisillen av 1751⁶⁸ anerkjente samenes spesielle næringsmønster. § 10 i kodisillen tillot samene på grunnlag av sedvane, å ta sine «rehn-hiorder» over grensene uten hindring. Det som er mest relevant for oppgaven er naturligvis at hjemmelen for samenes rett til å drive reinen over grensene var sedvane. En slik tydelig og generell anerkjennelse av samisk rett opparbeidet over lang tid ser en ikke før i Finnmarksloven av 2005⁶⁹, § 5.

Tiden fra ca 1850 til 1950 kalles samefolkets hundreårsnatt, og var preget av tvangsassimilering og brudd på samers menneskerettigheter. Men etter 1950 snudde vinden, og i 1968 kom to dommer som omtales som et «definitivt gjennombrudd»⁷⁰ på samerettsområdet. I Rt-1968-394

68 LOV-1751-10-02

69 LOV-2005-06-17-85

70 Gunnar Eriksen, «Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra

ser førstevoterende på hvordan området hadde blitt brukt i lang tid av samene. Det påpekes at bruken var skiftende og ikke veldig stedsspesifik. Til tross for dette så var bruken festnet over så lang tid at den ikke kunne sidestilles med uskyldig nytterett eller allemannsrett.⁷¹ I Rt-1968-429 ser førstevoterende på bruk i forhold til reindriftens spesielle natur, og skrur ned kravet til eksklusivitet. To samelandsbyer får erstatning for tap, uten å kunne bevise at bruken om området har vært eksklusiv. Høyesterett tilpasser altså norsk rett med samisk rett og moderne tenkning, ved at ett vilkårs svakhet ikke er fellende. Vurderingen blir helhetlig og en ser ikke bare på varighet, intensitet, eksklusivitet og synlighet, men også i hvilken kontekst dette foregår.

Det kom dog nederlag for samiske rettigheter og forståelsen av at man har med en annen kultur å gjøre. Her er Aursund-dommen⁷² et godt eksempel. Her uttaler førstevoterende

«Jeg finner ikke ... at reindriftens egenart, reinens natur og næringsvandring og topografiens betydning kan føre til at det her må stilles vesentlig lempeligere krav til rettserverv ved alders tids bruk enn ellers i tingsretten. ... Jeg er for øvrig ikke uten forståelse for en viss rettslig særbedømmelse av reindriften. Et langvarig avbrudd i reindriften fører således ikke til tap av beiteretten, jf Mauken-dommen i Rt-1985-532. Men den ankende part fører etter min mening synspunktet for langt.»

Denne uttalelsen kan tolkes på forskjellige måter. Én tolkning er at det skal tas hensyn til reindriftens spesielle natur, men ikke slik at det fører til vesentlig lempeligere krav til bevis. I dette kan det ligge at noe hensyn skal tas, og noe lemping av bevis skal skje. Problemet med dette tolkningsresultatet er at beviskravet skal ikke lempes på, det skal tilpasses igjennom forståelse av reindriftens natur og samisk kultur. En annen måte å tolke det på er at det ikke skal tas hensyn, selv om hensyn skal tas i utgangspunktet. I dette tilfellet fordi ankende part dro synspunktet alt for langt. Dette er å tolke utsagnet som en reaksjon mot ankende part på grunnlag av en for drøy anførsel. Denne tolkningen er naturligvis ikke aktuell da det betyr å legge intensjoner i førstevoterendes munn, uten noe belegg for det. En siste tolkning er at det er en klar uttalelse om at en ikke skal ta hensyn til reindriftens egenart. Det er denne siste

2001», *Kritisk Juss*, 2004 s. 289-304 (s. 292).

71 Rt-1968-394 s. 400-401.

72 Rt-1997-1608

tolkningen jeg ser på som den mest riktige. Dette forsøket på et prejudikat fikk ikke stå lenge, da det ble klart fraveket i Selbu- og Svartskog-dommene.

Selbu-dommen angikk rettigheter til område for reindrift. Raskt slås det fast at som utgangspunkt for vurderingen av alders tids bruk at det må tas hensyn til de særlige forhold innen reindriften.⁷³ Først sies det at momenter som gjelder for andre beitedyr ikke kan brukes på rein. Deretter gis en uttalelse som direkte negerer den siterte uttalelsen fra Aursund-dommen:

«Konsekvensen av at det tas hensyn til reinens natur, er at det må legges vekt på beitemønsteret. Reinen tar store områder i bruk, og omgivelsene, topografi, næringsforhold, vær og vind mv. avgjør områdebruken.»⁷⁴

Det må og tas særlig hensyn til samens bruk. Her skiller førstevoterende samene og reindriften fra hverandre. Det pekes på samenes nomadiske livsform og andre trekk som var spesielle for samene i denne saken. Samenes bruk av organisk materiale som forråtnet trekkes og frem. Den viktigste uttalelsen er dog denne, som er blitt kalt et «armstrongsk» skritt⁷⁵:

«I saker av denne art står man overfor et særlig metodespørsmål: Ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur hadde ikke reindriftssamene noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk ... På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende, muntlige overleveringer. Slike overleveringer må vurderes nøye, men kan ikke generelt avvises. Og dersom de støttes av andre opplysninger, kan de få økt vekt.»⁷⁶

Jeg tolker denne uttalelsen som et generelt prejudikat angående metode i samerettslige saker. Uttalelsen er utvetydig og generell. Den viser en vilje til å foreta rimelige og hensiktsmessige bedømmelser av bevis i saker som er atypiske for det norske rettssystem. Kort tid etter avsies Svartskog-dommen som angikk et hovedsakelig samisk samfunns rett til bred bruk av et område i Kåfjord kommune. For å opparbeide en slik rett til området må det foreligge god tro. Saken var at norske myndigheter flere ganger hadde forsøkt å gjøre samfunnet klar over myndighetenes rett til området. Språkforskjeller blir her viktig for at befolkningen hadde beholdt sin gode tro til tross for dette. God-tro-vurderingen ble tilpasset til konkrete forhold.

73 Rt-2001-769 s. 789.

74 Rt-2001-769 s 789

75 Gunnar Eriksen, «Tilvenning til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis/Om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert kultur», *Kart og Plan*, 2002 s. 230-247 (s. 244).

76 Rt-2001-769 s. 792.

Det ble gjort en kompleks helhetsvurdering av god-tro kravet fra midten av 1800-tallet til i dag. En annen tung faktor var at den myndighetene ikke hadde fulgt opp sine forsøk på å gjøre befolkningen klar over sitt syn på eierforholdet. Dette ble sett som et tegn på at staten ikke var interessert i å holde på eiendomsretten, og styrket dermed befolkningens gode tro.

Da førstevoterende skal finne frem til hva slags rett samfunnet har til området så lar han ikke forskjellige formuleringer, som «bruksrett» eller «bygdeallmenning» være avgjørende. Han ser på den faktiske bruken. Han peker på at hvis bruken hadde vært utført av noen med annen bakgrunn, hadde det vært tale om en som ment å eie grunnen. For å ikke hindre fremtidig bruk så må bruken få eiendomsrett som rettsfølge.⁷⁷ Dette er en form for integrasjon av samisk rett og bruk, som ikke omtales som eiendomsrett av samiske den befolkningen, inn i norsk rett hvor eiendomsrett står sentralt. Dette utgjør én av utfordringene i tilpasning av samisk rett til norsk rettssystem, men som her løses ved undersøkelse av det faktiske grunnlag, og ikke det formelle. Formelle begreper er kulturelt betinget og vil kunne føre til, og har ført til, uheldige bedømmelser av samiske rettigheter.

4.4: Hvilken betydning har kulturell forståelse?

Gunnar Eriksen omtaler skiftet som skjedde med Selbu- og Svartskog-dommen som «et endelig farvel med tidligere tendenser til historisk autisme i forhold til samer og samisk kultur».⁷⁸ Disse tendensene har ført til at «samiske interesser har blitt banket opp» i rettssystemet – ifølge Ande Somby.⁷⁹

Ovenfor har jeg kort presentert den generelle utviklingen av samiske rettigheter i norsk rett, med fokus på høyesterettspraksis. I dette punktet skal jeg løse meg fra høyesterettspraksis og se på teamet kulturell forståelse, og få frem dens betydning og hva man burde forvente av en domstol for å være sikker på å få en god dom. Jeg vil peke på to nivåer av forståelse. Det første er det språklige. Det andre er forståelse av sedvaner og hvordan rettsbildet ser ut fra samisk synspunkt. Den avgjørende faktoren her vil være en undersøkelse av hva som er meningsbærende tegn og forståelsen av de.

77 Rt-2001-1229 s. 1252.

78 Eriksen, 2004 s. 299.

79 Ande Somby, *Juss som retorikk*, Oslo 1999, s. 208.

Jeg ser her på språk i en vid forstand, med kroppsspråk inkludert. Brenna skriver om at dommere merker seg en fåmæltighet og indirekte væremåter blant samiske parter. De ønsker å få oppklart saken sin på best mulig måte, men de oppfatter møtet med dommere og advokater uten samisk bakgrunn som problematisk. De tar utgangspunkt i en forutsetning om hva som vil bli oppfattet av retten, og de forholder seg til at enkelte forhold er vanskelig å forklare selv ved bruk av tolk for en dommer som ikke har erfaring med samisk kultur og levemåte.⁸⁰ Dommere opplever at brukerne er tilbakeholdne, og ikke protesterer der de kanskje burde. Dette forklares med at brukerne har en stor respekt for domstolen, men ser det som vanskelig oppgave å forklare helt, dermed godtar de en ukorrekt forklaring. Dette går raskt ut over rettssikkerheten, som i mange saker ikke har fått fokus.⁸¹

Indirekte væremåter oppfattes óg som vanskelig å tolke for en uten inngående kunnskap om samisk kultur. En samisk bruker vil ikke se dommeren i øynene, som et tegn på respekt, mens dét i norsk kulturell kontekst kan være et tegn på erkjennelse av skyld. Et annet kroneksempel er at på norsk heter det at «den som tier samtykker». Men i samisk kultur kan en si sikkert at den som tier overhodet ikke er enig, men tvert imot svært uenig.⁸² Vage svar på konkrete spørsmål er óg et vanlig tilfelle på problemer i retten. Det som en tolk vil oversette med «Det var kanskje slik.» (soaita leat nu) skal forstås på samisk som en indikasjon på at det faktisk var slik som det spørres om, men at den som svarer er motvillig til å bekrefte dette. En forklaringsmodell som Brenna presenterer er at samers tradisjonelle nærhet til naturen, og en avhengighet til vekslende værforhold, gjør eksakt planlegging umulig, og dette gjenspeiles i syn på hendelser i fortiden.⁸³

Et siste forhold Brenna tar opp som jeg vil trekke frem, er forskjeller i argumentasjonsmønster. I norsk kultur vil poenget med historien komme raskt. Korte og konsise forklaringer anses som mest meningsbærende. I samisk kultur vil det være fokus på å legge frem opplysninger først, på omstendelig vis. Forklaringene har gjerne en historieform, hvor forståelse av disse vil gi nødvendig innsyn for å løse de konkrete problemstillingene. Det kan raskt oppfattes av de uten forståelse for kulturen, at forklaringen blir for lang og fylt med irrelevant informasjon. I saker

80 Wenke Brenna, *Samene i rettssystemet*, Oslo/Karasjok 2005 s. 219

81 Eriksen, 2004 s. 298.

82 Brenna, 2005 s. 220.

83 Brenna, 2005 s. 221.

hvor lokale sedvaner er tema kan dette føre til problemer med forståelse av det komplekse sedvanerettslige bildet en egentlig står overfor.

Dette bringer meg til andre del av hva kulturell forståelse går ut på; Det er forståelsen av hvordan det samiske samfunnet regulerer seg selv, og sine normer. En må oppnå forståelse av deres virkning og de verdier de representerer innenfor det samiske samfunn. Smith omtaler bedømmelsen som må gjøres som kulturell relativ.⁸⁴

Gjennom sitt arbeid har Brenna kommet til en klar konklusjon om hvordan dette kommer frem i rettssystemet. Det forhold at en part ikke bare må opplyse om de forhold som angår saken, så må parten óg redegjøre for sedvanen som de ønsker å anføre. «Dette er ikke tilfredsstillende», er den klare konklusjonen etter dette.⁸⁵ En slik byrde er for tung for den enkelte part, advokat eller dommer. Redegjørelser i enkeltsaker for sedvaner vil ikke tilfredsstillere rettssikkerhetsgarantier som gjelder i Norge. En uheldig virkning er at tolken pålegges en bevisbyrde, siden tolken vil ha både språk- og kulturkompetanse. Det må skje en mer omfattende utredning av innhold i, og status for samiske sedvaner.⁸⁶

Som nevnt er samisk rett regulert gjennom sedvaner.⁸⁷ Lover i norsk kultur er tilknyttet hverandre, og likeså med samiske sedvaner. Dette innebærer et mer komplekst og vanskelig tilgjengelig helhetsbilde i selv enkle saker. Noe dette kan føre til er at uansett om en sedvane som brukes som rettslig grunnlag er godt redegjort for, så vil et bredt spekter av tilknyttede sedvaner ikke bli gjort rede for, og man kan miste viktige aspekter ved praksisen. Brenna påpeker at for sedvaner som ikke eksplisitt legges frem, er henvisningene ofte uklare, både i form og innhold.⁸⁸ Dette kan føre til et rettskildebilde preget av hull i fremstillingen av hva som er rettsoppfatninger på ett sted. Her vil den foreslåtte redegjørelsen for samiske sedvaner komme til nytte. Da vil en kunne sette den aktuelle sedvanen som blir brukt som rettslig

84 Smith, 2004 s. 140.

85 Brenna, 2005 s. 225.

86 Brenna, 2005 s. 226.

87 Øyvind Ravna, «Samerett og samiske rettigheter i Norge», *Juss i nord: Hav, fiske og urfolk*, 2012 s. 147-173 (s. 169).

88 Brenna, 2005 s. 225.

grunnlag inn i et større system av sedvaner. En vil da forstå sedvanen bedre ut fra konteksten av tilknyttede sedvaner.

Skogvang har behandlet krav til dommers kulturelle kompetanse i sin artikkel «Samisk kulturkompetanse – en forutsetning for dommers uavhengighet». Basert på en analyse av ILO 169 artikkel 8 og grunnloven § 108 kommer hun frem til at staten har en plikt til å organisere ordninger som vil sørge for at samiske interesser ikke blir oversett i rettsprosessene. I motsatt fall vil ikke samisk kultur bli ivaretatt, og Norge vil bryte med sine internasjonale forpliktelser. Øyvind Ravna siteres med at det foreligger en rettslig forpliktelse for domstolene til å ivareta samisk kultur og språk. Dette gjelder ikke bare for Indre Finnmark tingrett, men for alle domstoler som har embetsområde med en viss samisk befolkning, og i alle fall domstolene med virkeområde innenfor det samiske språkforvaltningsområde.⁸⁹ Denne plikten domstolene har faller på domstolens ansatte, og spesielt dommerne. Det må kreves en bred kunnskap, til samfunn, folkets særtrekk og hva som er sentralt i kulturen. I tillegg må det kreves at dommerne har kunnskap om det rettslige grunnlaget for samenes rett til sin kultur.⁹⁰ Bare da kan dommere oppfylle kravene som rettskildesprinsippet i Grunnloven § 108 angir.

En dommers forståelse for samisk kultur vil gi folket større tiltro til rettssystemet, og legitimiteten vil øke med hver gode dom basert på riktige kilder. Faren for dommere å legge verdier i samers praksis uten faktisk belegg er en fallgrube Skogvang påpeker i sin artikkel. Hun trekker frem en uttalelse som kom i Hjertestikk-dommen, hvor lagmannsretten uttalte at løsningen «må anses å være vel forenelig med reindriftsutøvernes generelle syn på dyrevern».⁹¹ Her ser det ut som at dommeren mener dette burde være i samenes interesse, eller til deres beste. Dette er ikke et gyldig moment i avveiningen. Skogvang formaner til forsiktighet ved bruk av formuleringer omkring verdisyn uten at det er anført eller kan forankres i urfolkskulturen på annen måte.⁹² Et eksempel Skogvang trekker frem er Aursund-saken, som

89 Ravna 2009 s. 211.

90 Skogvang 2012 s. 530.

91 LH-2008-56163 siste avsnitt før konklusjon

92 Susann Skogvang, «Samisk kulturkompetanse – en forutsetning for dommers uavhengighet», *Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforeningen 100 år*, 2012 s. 517-542 (s. 532)

jeg allerede har behandlet, hvor dommeren viser en tydelig mangel på forståelse for kultur og næring.

Til slutt i dette punktet vil jeg se på en sak fra Indre Finnmark tingrett⁹³ som belyser flere av poengene her. Saken angikk en mann, A, som var tiltalt for å fiske innenfor en forbudssone ved en sideelvs munning ut i Tanavassdraget. Det ble bevist at han hadde fisket der siden han var ung. A hadde fanget en laks på 14 kilo da han ble tatt av oppsynsmannen. A erkjente at han hadde fanget fisken, og at det var gjort innenfor forbudssonen. I utredningen av sedvanen og forholdene på stedet kommer det frem at flere har fisket fra delen av elva i mange tiår, og at det alltid har vært en god plass for å få fisk. Når det kommer til om sedvanen skal kunne sette til side den aktuelle forskriften er vurderingen kort, nesten fraværende. Det refereres til sedvanens innhold og begrunnelse, uten at noe tas opp konkret. Det ses bare på forbudets formål, som er å opprettholde laksebestanden i elva. Sedvanen ses ikke som en del av et større bildet. Uten faktisk kunnskap om området og fisket som foregår der har jeg lite faktisk grunnlag for det jeg skal si, men ser på det som hypotetiske forhold som kunne ha ført til et annet resultat: Er det slik at fiske der har satt fiskens yngling i fare slik at fisken er i fare for å dø ut? Vil ikke praksisen endre seg hvis forholdene i elva, og fiskebestanden endrer seg. Jeg kan ikke se at sedvanen følges så rigid at de som fisker der ikke er følsomme for fiskens overlevelse. Fisken har jo vært der i lange tider, og fisket har foregått hele tiden. Det jeg lurer på om foregår, er en slags uformell forvaltning av fiskeressursene på stedet. Dette kommer ikke på noe måte frem i saken, ikke en gang om at det er forsøkt utredet.

4.5: Et dynamisk perspektiv er nødvendig.

4.5.1: Generelt

Å finne innholdet i sedvanene kan være krevende. Sedvaner er av sin natur iboende uklare. Selv om praksisen hadde vært fulgt fast i flere hundre år vil det foreligge uklarheter, da faktiske handlinger kan tolkes videre enn hva en setning kan tolkes. Praksis er heller ikke konstant over så lang tid. Praksis vil endre seg over tid, etter hvem som utøver den og behov for praksisen. Dette blir satt på spissen når samfunn moderniseres. Da vil praksis endre seg, uten at dette betyr at den nye praksisen er mindre viktig. I sin åpningstale for Indre Finnmark tingrett viser Carsten

93 Upublisert dom avsagt 03.02.2011, saksn: 10-175647MED-INFI

Smith til den historiske rettskole på 1800-tallet som så på sedvanen som den levende rett. Den sprang ut av folks bevissthet, den var ikke universell, ikke engang nødvendigvis nasjonal, «men ble skapt av folks behov og rettsfølelse, gjerne innenfor det enkelte område med tilpasning til natur, bosetning og næringer.»⁹⁴

Dette var tema for Tine Hågensen's masteroppgave fra 2008. Her undersøkte hun sedvaner i et dynamisk perspektiv. I Hjertestikk-dommen⁹⁵ ble det slått ned på sedvane hvor rein avlies med knivstikk i hjertet. På siden av denne sedvanen så hadde det kommet forskrift om avliving av rein med krumkniv.⁹⁶ Denne metoden går ut på at en stikker en krum kniv inn i hjernen på reinen så den blir bevisstløs, og deretter kunne blodet tappes til reinen døde. Her er Hågensen kommet til at moderne verdier om dyrevelferd hadde vunnet frem i det samiske samfunnet.⁹⁷ Førstevoterende viser til at slaktning med krumkniv er en metode samiske samfunnet har erstattet hjertestikk, ved å vise til at det ikke ble tatt opp noe om bevaring av andre skikker for avliving av rein.⁹⁸

4.5.2: Case fra Mexico, om Mestizo Nation

Proessen med å gi urfolk rett til selvbestemmelse og rett til å anvende egne sedvaner foregår flere steder i verden. Jeg vil ta frem et eksempel her som viser tydelig hvordan en urfolkskultur møter problemstillinger om kvinnefrigjøring, og et behov for en dynamisk forståelse av sedvaner og sedvanerett. I Mexico oppnådde blant annet Mestizo Nation rettigheter til egen kultur, etter at Mexicos regjering på begynnelsen av 90-tallet erkjente at Mexico er et multikulturelt land. Dette tilfellet er beskrevet av R. Aída Hernández Castillo⁹⁹ i «The struggle for justice of indigenous women in Chiapas, Mexico». En uforutsett konsekvens av dette var at

94 Carsten Smith, «Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?», *Jussens venner* 2004 s. 137-143 (s. 142)

95 Rt-2008-1789

96 FOR-2008-07-30-866, Forskrift om bruk av krumkniv

97 Tine Hågensen, «Tradisjonelle sedvaner i en moderne tid», Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, 2008 (s. 30-31)

98 Rt-2008-1789 avsnitt 44.

99 Sosialantropolog ved Center for Advanced Studies in Social Anthropology (CIESAS). Artikkelsens fulle navn National Law and Indigenous Customary Law: The struggle for justice of indigenous women in Chiapas, Mexico

de tradisjonelle sedvanene til Mestizo-folket var kvinnediskriminerende. Da fikk kvinnene en dobbelkamp de måtte kjempe. Den ene kampen var den pågående kampen mot regjeringen for generelle rettigheter for kvinner. Den nye kampen var mot lokale makthavere, om endring i de tradisjonelle normene (customary laws), om å gi kvinner de rettigheter som de burde ha for å oppnå likhet mellom kjønnene. Det er spesielt vold mot kvinner i ekteskap som er med på å hindre likeverd mellom kjønnene. I statens og i lokale straffesystemer beskrives unntak hvor vold mot ektemake er lov hvis det gjøres for å korrigere dårlig oppførsel. I saker om voldtekt ble også offerets stemme overdøvet av familiens krav om reparasjon. Dette skjedde gjerne ved at voldtektsmannen lovet å gifte seg med offeret for å gjenopprette æren til familien. Det påpekes dog at endringer ikke må komme alene som lover som beskytter mot vold. Det kreves store strukturelle og ideologiske endringer. Kvinner må ha vern på et vis som er videre enn ren formell beskyttelse. Det pekes på det tilfellet hvor en ektemann havner i fengsel på grunn av vold mot sin kone, så vil konen og eventuelle barn miste sin økonomiske sikkerhet siden kvinnen i de tradisjonelle samfunnene ikke har egen inntekt. I et slikt tilfelle vil terskelen for anmeldelse av forhold være høy, og vold i nære relasjoner vil ikke minske. Avslutningsvis beskriver Hernandez at gjennom strukturelle og ideologiske endringer vil kvinner oppnå en identitet som uavhengige individer, ikke som ofre, og at kulturen da vil endres til å tillate likeverd. Dette skal skje innenfor urfolkets kultur, og vil stå som en styrkning av urfolkets kultur og sikre dens videre overlevelse.

4.6: Veien videre

De utfordringer som trer frem i møtet mellom samisk rettsoppfatninger og sedvaner medfører at det må stilles krav til domstolenes myndighetsutøvelse. Kravene kan deles i to: krav til kunnskap om samisk kultur hos den individuelle rettsanvender, og krav til riktig fremgangsmåte ved løsning av rettsspørsmål. I dette kapitlet har jeg sett på krav til kunnskap hos rettsanvendere, og overordnet på metode. Det spørsmål som gjenstår er dermed: Hvordan kan samiske sedvaner anvendes i norske domstoler?

Videre skal jeg se på hvordan domstolene løser slike tilsynelatende motstridstilfeller. Jeg skal ta et steg unna sameretten, og se på tilfeller som ikke angår samiske interesser direkte. Dette gjør jeg for å oppnå perspektiv, og vise hvordan behandling av slike tilfeller ikke er en særrettslig problemstilling.

Kapittel 5: Kan en analyse rettsstridsreservasjonen gi en løsning på konflikten som oppstår i møtet mellom samisk og norsk rett?

I dette kapitlet skal jeg i hovedsak ta for meg begrepet «rettsstridsreservasjon». Den omtales óg som «den alminnelige ulovfesta rettsstridsreservasjon», men jeg omtaler den som «rettsstridsreservasjon», da det ikke har noe praktisk betydning om reservasjonen er ulovfesta eller ei, vurderingen er den samme.¹⁰⁰ Mitt mål med dette kapitlet er å vise hvordan norske domstoler behandler tilfeller der klar ordlyd blir utfordret av hensyn og hjemler, som taler i en annen retning. Det er i nettopp en slik utfordrerposisjon samiske sedvaner og rettsoppfatninger befinner seg om de blir påberopt.

Behandlingen av rettsstridsreservasjonen i praksis og teori er preget av en uensartet forståelse og bruk. Jeg skal gå igjennom teori og praksis for å se på styrker og svakheter ved de forskjellige forståelsene og bruk av begrepet. Det jeg ønsker å oppnå gjennom min analyse av begrepet er å finne begrepets rette innhold. Jeg vil identifisere og fjerne uheldig last som henger ved begrepet. Jeg ønsker å vise at begrepet kan være klart og operasjonelt. På denne måten vil jeg vise hvordan samiske sedvaner kan anvendes i norsk strafferett.

Min fremgangsmåte vil her bestå i å ta for meg tolkning av lovtekst ved hjelp av reelle hensyn. Deretter går jeg over på diskusjonen om hva rettsstridsreservasjonen er, og hvordan den kan anvendes.

5.1: Hva er grunnleggende prinsipper for tolkning av lovtekst?

Utgangspunktet for å finne innholdet i lovtekst er forståelse etter alminnelig eller vanlig ordbruk.¹⁰¹ Lovgiver bruker i utgangspunktet alminnelig ordbruk ved lovgivning, og dermed er det mest egnet å tolke ordlyden etter alminnelig forståelse av ord. Å finne lovgivers mening med ordlyden kalles det subjektive tolkningsprinsipp.¹⁰² Men selv om man legger alminnelig forståelse av ord til grunn for tolkning av ordlyden, kan konflikter oppstå. Forskjellige rettsanvendere kan naturligvis ha forskjellig forståelse av enkelte ord, hva som er rasjonelt,

100 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 155.

101 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 112; Ståle Eskeland, *strafferett*, 3. utgave, Oslo 2013, s. 126.

102 Eskeland, 2013, s. 129.

forståelse av uttalelser om forståelse i lovmotiver, eller vekten av tolkningsmomenter. Slike konflikter skal ifølge den tradisjonelle ideologi avgjøres av Høyesterett i siste instans.¹⁰³

Norske lover gis etter den syntetiske metode, som betyr at ordlyden er åpen nok til å favne vidt og med kort og oversiktlig ordlyd.¹⁰⁴ Med denne metoden vil loven sikte seg inn på å ramme de normale tilfellene.¹⁰⁵ Virkeligheten består derimot av overgangsformer, som språket ikke kan beskrive tilfredsstillende godt.¹⁰⁶ Derfor er det naturlig at det forekommer handlinger som går inn under gjerningsbeskrivelsen til et straffebud, uten at straff burde anvendes.¹⁰⁷ Det må derfor skje en presisering av lovens innhold. I denne prosessen står reelle hensyn frem som førende faktor.

5.2: Reelle hensyn, hva de er og hvordan kan de anvendes?

En definisjon av reelle hensyn lyder slik:

«verdier som det skal eller kan legges vekt på for å komme til et godt resultat»¹⁰⁸

Denne definisjonen fokuserer på det å få et «godt resultat». Dette er i tråd med synet på reelle hensyn som rettsanvenderens syn på resultatets godhet. Til dette vil jeg tilføye at reelle hensyn ikke bare gjør seg gjeldende når en er kommet til et mulig resultat, men også i tolkningsprosessen. Helt generelt vil jeg si at reelle hensyn er summert opp som den virkeligheten som eksisterer utenfor ordlyden. Det vil være vanskelig, og uønskelig, å se lovens ordlyd uten samfunnets kontekst. Reelle hensyn kan óg være påkrevd faktor etter ordlyden, som i straffeloven § 200, tredje ledd, hvor en skal legge vekt på om handlingen ble utført under «særdeles skjerpene omstendigheter». Det som er avgjørende i min oppgave er dog den ulovfestede bruken av reelle hensyn. En slik bruk kan få trekk av å være friere. Eskeland skriver at bruk av reelle hensyn får en ubønhørlig karakter av å være enkeltes personlige syn. Denne

103 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 113.

104 Ot.prp. 90 (2003-2004) punkt 14.3.5.3

105 Anders Bratholm, *Strafferett og samfunn*, Oslo 1980, s. 87.

106 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 112.

107 John Henry Mæland, *Norsk alminnelig strafferett* Bergen 2012, s. 93.

108 Eskeland, 2013, s. 144.

karakteriseringen svekkes av at rettsanvenderen må ta i betraktning oppfatninger av samfunnsmessige forhold som den enkelte ikke nødvendigvis selv deler.¹⁰⁹

Det finnes et potensielt uendelig antall reelle hensyn, men noen hensyn skiller seg ut som generelle, og viktige. Disse hensynene vil kunne bli lagt ofte til grunn. To hovedhensyn som særlig ofte gjør seg gjeldende er straffverdighet og prevensjon.¹¹⁰ Prevensjon har jeg gjennomgått i kapitlet om begrunnelse for straff, så det skal jeg ikke gå inn på her. Straffverdighet er sammen med prevensjon sentralt i min oppgave. Eskeland deler straffverdighet inn i tre betydninger. Den første er krenkelsens alvor, hvor en ser på omstendighetene rundt handlingen. Graden av skyld kommer inn som den andre betydningen; Her er grad av skyld innenfor hver skyldskategori relevant. Den tredje betydningen er den verdimessige dommen over handlingen. Her undersøkes hvordan den handlende var motivert; om det for eksempel var vinning eller ideelle interesser som motiverte handlingene.¹¹¹ Hvordan disse betydningene brukes i praksis varierer, og dom over handlingens alvor, og grad av straffbarhet kan stå som sideordnede faktorer.¹¹² Disse tre betydninger av straffverdighet grad av bebreidelse som felles kjerne.¹¹³

5.3: Hva innebærer det å tolke lovtekst med en rettsstridsreservasjon?

Først skal jeg ta for meg det grunnleggende om rettsstridsreservasjonen som ikke er omstridt. Generelt kan rettsstridsreservasjonen sies å innebære at selv om en handling faller inn under ordlyden av et straffebud, er handlingen likevel ikke straffbar dersom andre hensyn har større vekt.¹¹⁴ I dette ligger det at alle straffebud skal tolkes med en rettsstridsreservasjon. Dette gjøres ved en innskrenkende tolkning av ordlyden.

Flere steder i straffeloven¹¹⁵ brukes «rettsstridig», eller begreper som tilnærmet betyr «rettsstridig». Lovgiver har i disse tilfellene brukt et slikt hjelpebegrep der det særlig springer

109 Eskeland, 2013, s. 145.

110 Eskeland, 2013, s. 145.

111 Eskeland, 2013, s. 146.

112 Rt-1992-572 s. 598.

113 Eskeland, 2013, s. 148.

114 Eskeland, 2013, s. 534.

115 Lov-1905-05-22-10

i øynene at gjerningsbeskrivelsen omfatter handlinger som ikke bør straffes.¹¹⁶ Et eksempel på dette er i §222 første ledd om rettsstridig tvang. Den har ordlyden:

«Med bøter eller med fengsel inntil 3 år straffes den, som ved rettsstridig adferd eller ved å true med sådan tvinger nogen til å gjøre, tåle eller undlate noget, eller som medvirker hertil.»

Uten bruk av «rettsstridig» her, ville det fremstå, etter en streng ordlydstolkning, at foreldre, arbeidsgivere og båtkapteinere skulle bli rammet. En slik tolkning vil selvsagt ikke holde vann, og en ville da tolket inn en rettsstridsreservasjon. Eventuelt måtte lovgiver fratruke den syntetiske lovgivermetode, og anvende den kasuistiske lovgivningsmetode. Dette medfører å konkret beskrive typetilfeller som lovgiver ønsker å ramme.¹¹⁷ Lovtekniske hensyn til lovtteksts oversiktighet og operasjonalitet taler mot dette.

Da en lovttekst uansett må tolkes med en rettsstridsreservasjon, kan det sies at bruk av begrepet i ordlyden er uten praktisk funksjon.¹¹⁸ Å bruke begrepet i ordlyden, gjøres for å minne anvenderen på at straffebudet ikke skal ramme så vidt som det kan fremstå som. Det ble foreslått av straffelovkommisjonen i NOU 2002:4 å innta en generell paragraf om innskrenkende tolkning i den nye straffeloven av 2005. Den skulle lyde slik:

«§ 28. *Innskrenkende tolking*

Selv om ingen lovfestet straffrihetsgrunn foreligger, kan særegne omstendigheter medføre at et straffebud ikke skal anvendes på handling som dekkes av ordlyden.»¹¹⁹

Den skulle stå som uttrykkelig påminnelse om at et straffebud av og til vil ha en snevrere rekkevidde enn det ordlyden skulle tilsi, også ut over de straffrihetsgrunnene som foreslås lovfestet.¹²⁰ I den påfølgende Odelstingsproposisjonen¹²¹ ble det konkludert med at en slik paragraf ikke skulle inntas i den nye straffeloven. Dette ble begrunnet med at inntagelsen kunne føre til en feilaktig forståelse av at det forelå en helt generell adgang til å fritta for straff på

116 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 155.

117 Gisle, Jon. (2011, 13. september). Kasuistisk Lov. I Store norske leksikon. Hentet 7. november 2014 fra https://snl.no/kasuistisk_lov.

118 Brathold, 1980, s. 89.

119 NOU 2002:4, kapittel 13, vedlegg 3

120 NOU 2002:4, side 222

121 Ot.prp.nr 90 (2003-2004)

bakgrunn av en konkret rimelighetsbetraktning i det enkelte tilfelle. For å unngå en slik forståelse, måtte det stilles spesielle krav til formuleringen av bestemmelsen.¹²² Et annet tungt argument mot, var at en lovfesting av ett tolkningsprinsipp taler for å lovfeste flere tolkningsprinsipp, som prinsippet om utvidende tolkning. Om en bare skulle lovfeste ett tolkningsprinsipp, vil det skape usikkerhet og svekke forutberegneligheten. En svekkelse av forutberegnelighet vil gå ut over rettssikkerheten. Det å lovfeste en slik uttømmende liste over tolkningsprinsipper som kan anvendes, vil óg stride mot norsk lovgivningstradisjon.¹²³

Selv mener jeg inntakelsen av en slik bestemmelse vil skape større grad av klarhet. Bestemmelsen er ikke er klar i sin ordlyd angående hvilke omstendigheter dette er, men det gjøres tydelig at en slik regel finnes. Frykten for at den vil bli oppfattet som en ny skjønnsmessig straffrihetsgrunn vil tvilsomt slå negativt ut rettssikkerhetsmessig. Tolkningsprinsippet angår et tema som går i den tiltaltes favør. En lovfesting av prinsippet om utvidende tolkning vil i større grad være problematisk, da det kan svekke forutberegneligheten i den tiltaltes disfavør. Derfor mener jeg at lovfestingen av prinsippet om innskrenkende tolkning ikke taler for lovfesting av prinsippet om utvidende tolkning, eller andre tolkningsprinsipper. Som det uttales er reservasjonen særlig viktig på strafferettens område, på grunn av den syntetiske lovgivningsmetode.¹²⁴ Derfor mener jeg at en inntakelse av bestemmelsen i nye straffeloven, ville gitt en mer realistisk beskrivelse av rettstilstanden.

Stilt opp mot lovkravet i Grunnloven § 96, skaper ikke innskrenkende tolkning til gunst for tiltalte noen problemer. Dette kommer av at kravet i § 96 gjelder dommen, og ikke straffesakens resultat generelt. Hvis en samisk sedvane får anvendelse, vil det bare skje på en sånn måte at det fører til frifinnelse, og ikke dom. En påberopelse av sedvane til gunst for tiltalte, er derfor uproblematisk.¹²⁵

Forståelsen og bruken av begrepet er som jeg har nevnt uensartet. I Andenæs' *Alminnelig Strafferett* ses rettsstrid på som en del av forbrytelsesbegrepet. Da brukes begrepet som et annet uttrykk for at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunn. Dette kan uttrykkes positivt: Det

122 Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s. 214.

123 Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s. 214.

124 Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s. 214

¹²⁵ Andenæs, *Alminnelig Strafferett*, s. 106

kreves rettsstrid. Det kan også uttrykkes negativt: Det kreves fravær av straffrihetsgrunner.¹²⁶ En slik bruk av begrepet er unødvendig, da det legger til et forvanskende begrep til en allerede komplisert vurdering. Det vil være å ta en unødvendig omvei.¹²⁷ Denne forståelsen skal jeg la ligge, og heller fokusere på forståelser som er anvendt i praksis.

I Høyesteretts praksis er begrepet behandlet gjentatte ganger. Høyesterett baserer seg på hovedsakelig to forståelser av begrepet. Ut fra denne praksisen kan man bygge to modeller for anvendelse av rettsstridsreservasjonen. Ett fellestrekk deler metodene, de begynner med en inngående tolkning av det aktuelle straffebudet. Målet for tolkningen er om det kan åpnes for en innskrenkende tolkning.

Til tross for at det sies at alle straffebud skal tolkes med en rettsstridsreservasjon, viser det seg at enkelte straffebud er av såpass spesiell karakter at det ikke er åpning for en slik innskrenkende tolkning. I Rt-2000-646, som angikk barmhjertighetsdrap, fant førstevoterende etter en tolkning av ordlyden i strl. § 235 at det ikke var åpning for en innskrenkende tolkning. Det var avgjørende at lovgiver hadde tatt et bevisst valg om å tillate straffenedsettelse, og unnlatt å ta med mulighet for straffrihet.¹²⁸ Barmhjertighetsdrap er en politisk ladet sak, noe som oppfordrer til høy lovgiverlojalitet. Denne kjennelsen viser hvor mye som skal til for at det ikke skal tolkes inn en ulovfesta rettsstridsreservasjon. Fra dette går jeg over til å vise hvordan modellene skiller seg fra hverandre.

5.3.1: Avveiningsmetoden

Liste-kjennelsen¹²⁹ står som det store prejudikatet når det kommer til rettsstridsreservasjonen. I den uttales det at:

«[Det] må bero på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte. Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under

126 Andenæs, *Alminnelig strafferett*, s. 156.

127 Eskeland, 2013, s. 161.

128 Rt-2000-646 s. 654.

129 Rt-1979-1492

gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud.»¹³⁰

Saken var at hadde A foretatt en innsamling av informasjon angående ansatte i det hemmelige overvåkningspolitiet. Denne informasjonen ble videre gitt til journalister. Slike handlinger rammes i utgangspunktet av ordlyden i strl. §§ 90 og 91. Det ble anført at disse handlingene var berettiget ut fra ønske om å skape mulighet for kritisk vurdering og kontroll av de hemmelige tjenesters virksomhet. Forsvaret hevdet at straffebudene må tolkes med en rettsstridsreservasjon som tilsier at pressen aldri kan bli rammet av straffebudene. Lovtolkningen som deretter følger, tar form som en avveining mellom behov for en slik kontroll, og hensynet til rikets sikkerhet. Hensynet til rikets sikkerhet veier her såpass tungt, at pressens rett til kontroll og kritikk, ikke på noe måte kunne veie tyngre.

Avveiningen går her ut på å se ordlyden veid mot anførsler om at den ikke favner så vidt som den kan fremstå som. Førstevoterende finner ikke noe fra lovgivers side som tilsier at den skal tolkes innskrenkende i pressens favør. Avgjørelsen om opplysninger bør hemmeligholdes, vil i siste instans være domstolenes¹³¹. Hensynet til pressens frihet er i dette tilfellet ikke begrunnet i ytringsfriheten, men som et generelt prinsipp. Dette prinsippet er det enighet om, som førstevoterende sier «at pressens spesielle funksjon etter omstendighetene kan være et moment av vekt ved vurderingen av om det foreligger straffbar overtredelse». Derfra sies det at det ikke kan begrunne at journalistene var berettiget til å sette seg i besittelse av materialet.¹³²

Bruken av begrepet rettsstridsreservasjon i denne saken kan det stilles spørsmål ved. Hensynet til pressens frihet til å samle inn og motta informasjon ble veid mot hensynet til de hemmelige tjenesters behov for anonymitet. Hver av disse hensynene får en tenkt verdi, og det tyngste kommer seirende ut, som var hensynet til rikets sikkerhet. Rettsstridsreservasjonsbegrepet blir i denne sammenhengen intetsigende, da det er avveiningen mellom disse to hensynene som er sentral.

130 Rt-1979-1492 s. 1499.

131 Rt-1979-1492 s. 1501.

132 Rt-1979-1492 s. 1501.

Kjuus-kjennelsen¹³³ angikk situasjonen hvor det politiske partiet Hvit Valgallianse publiserte et partiprogram som inneholdt materiale som var støtende mot mørkhudede. Forsvarende anførte at dette var vernet av Grl § 100, mens aktor anførte at uttalelsene ble rammet av strl. § 135a om diskriminerende utsagn på grunn av hudfarge eller etnisitet. Rettsstridsreservasjonen kom inn her ved at man skulle tolke strl. § 135a innskrenkende med en slik reservasjon som gjorde ytringer av den typen som er omstridt, rettmessig.¹³⁴ Førstevoterende gjentar læresetningen fra Liste-kjennelsen uten direkte referanse. Det uttales at «...det ligger i rettsstridsreservasjonen nettopp at det skal foretas en avveining.» Dette brukes i tolkningen av Grl. § 100. Denne avveiningen brukes så som en mulighet til å vise hvordan ytringsfriheten ikke skal slå igjennom for enhver pris.

I førstevoterendes drøftelse står ytringsfriheten opp mot vern mot hets. Disse er som nevnt kodifisert i henholdsvis Grl. § 100 og strl. § 135a. Å si at § 135a skal tolkes med en rettsstridsreservasjon som angår ytringsfriheten er dermed en ikke-uttalelse. Det er helt klart ut ifra rettskildebildet at strl. § 135a ikke kan tolkes uten at det ses hen til ytringsfriheten. Dette kommer av vektprinsippet *lex superior*. Grl. § 100 skal da ha høyest vekt. Gjennom annet ledd, åpnes det for at det i lovgivningen kan åpnes for reguleringer, hvis disse er i harmoni med hensynet til sannhetsøken og demokrati, mm. § 135a kan sies å være i harmoni med slike målsettinger, og bestemmelsen stiller seg dermed under grunnlovens beskyttelse. For å finne § 135a sitt innhold, må det da ses til Grunnloven. Rettsstridsreservasjonen har ingen plass i denne drøftelsen.

I disse to dommene er rettsstridsreservasjonen anført, og behandlet av Høyesterett. Bruken har dog vært av en sånn natur, at begrepet har blitt utvannet, og representert som et unødvendig hjelpebegrep, som ikke faktisk hjelper. Jeg skal dermed gå videre og vise hvordan begrepet kan brukes på en konstruktiv måte.

5.3.2: Alternativ hjemmel-metoden

Fremgangsmåten etter denne modellen fokuserer på de anførte hjemler. Her, som i avveiningsmodellen, er en inngående tolkning av straffebudet som anføres sentral. Det som

133 Rt-1997-1821

134 Rt-1997-1821, s. 1823.

skiller modellen fra den ovenfor, er at fokuset deretter går over på en alternativ hjemmel som anføres. Denne alternative hjemmelen vil nødvendigvis finnes utenfor lovteksten.¹³⁵

Tingrettsdommen om Snøbasing¹³⁶ viser hvordan denne modellen ser ut i praksis. Saken gikk ut på at noen gutter hadde båret ei jente ut i snøen, og skjøvet snø under klærne hennes, og delvis kledd av henne. Ene gutten kom borti jentas vagina i basketaket. Snøbasing var et vanlig fenomen på denne skolen, og hadde til og med trekk av å være flørting mellom elever. Om en ikke ville være med på leken, så måtte en si tydelig ifra. Situasjonen i saken ble delt inn i to faser. Én fase hvor jenta samtykket, og ikke protesterte, og handlingene mot henne var av mindre alvorlighet. I den andre fasen protesterte jenta, og handlingene mot henne eskalerte i alvorlighet, til de beskrevet ovenfor.

I vurderingen av om dette rammes av § 228¹³⁷, slår retten raskt fast at slike handlinger i utgangspunktet blir rammet av ordlyden. Det vises så til at en og samme handling ikke trenger å være straffbar i alle sammenhenger. De hensyn som da trekkes frem er at det som i andre forbindelser ville blitt sett på som legemsfornærmelser, oftere forekommer i skolegården. Dette ses på som naturlig der mange ungdommer samles. Det trekkes frem at det ikke er ønskelig å rettsliggjøre skolegården, og heller la skolens interne sanksjonssystem ta seg av sakene. Samtidig skal ikke skolegården være et strafferettslig fristed.

Spørsmålet for retten er da om hvilke handlinger som kan tillates. Drøftelsen er relativt kort, da hverken strl. § 228 eller reglene for lek i skolegården er av særlig komplisert art. Det jeg vil peke på er hvordan retten ved hjelp av hensynet til den spesielle kulturen som eksisterer i skolegården, setter ord på en hjemmel for handlinger som ellers ville blitt rammet av loven. Dette skjer i to deler. Først slås det fast at skolegårdens subkultur fører til at terskelen for hva som skal anses som legemsfornærmelse heves. Deretter undersøkes det konkret hva som er vanlig når det kommer til slik oppførsel. Retten har dermed etablert hjemmel for snøbasing, og grenser for denne. Det som overstiger denne normen, skal dermed rammes av § 228. I dette tilfellet rammes de som var handlende i den andre fasen av basingen, hvor det eskalerte fra uskyldig snøbasing med samtykke, til alvorligere handlinger, klart uten samtykke.

135 På grunn av lovkravet i Grl. § 96 vil en slik alternativ hjemmel bare kunne føre til frifinnelse, ikke dom.

136 TNHER-2009-84319

137 TNHER-2009-84319, avsnitt «*Straffeloven § 228*»

Rettsstridsreservasjonen her får veiledende karakter, ved at den viser til at handlinger som ellers rammes av ordlyden, faktisk ikke strider mot gjeldende rett i det konkrete tilfellet.

Et annet eksempel finnes i Rt-2005-1567, som angikk foreldres rett til fysisk refselse i oppdragelsesøyemed. Her som over, begynner førstevoterende med å bekrefte at det å gi noen tre harde slag med flat hånd på baken rammes av ordlyden. Førstevoterende etablerer raskt at hjemmelen for at en slik handling kan ses på som rettmessig, er at handlingen er gjennomført i oppdragelsesøyemed. Herfra¹³⁸ og utover foretar førstevoterende en inngående tolkning av strl. § 228., i lys av denne retten. Førstevoterende forsøker å avdekke lovgivers vilje, ved å gå igjennom forarbeider fra gammelt av, til mer moderne. Førstevoterende trekker deretter grense for hvor langt fysisk refselse kan gå. Grenser går ved «forsiktige klaps». ¹³⁹ Deretter holdes denne normen opp mot andre forpliktelser, som barnekonvensjonen, og mot barneloven. Det viser seg at normen om «forsiktige klapp» kan opprettholdes. I subsumsjonen kommer det frem at de handlinger beskrevet ovenfor, klart overstiger den normen som førstevoterende kom frem til. Dermed blir handlingen rammet av § 228.

Hensynet til foreldres refselsesrett kom inn her, og hevet skranken for hva som regnes som legemsfornærmelser. Etter en inngående tolkning av strl. § 228, viste det seg at skranken ikke kunne heves stort i dette tilfellet.

5.3.3 Avsluttende om rettsstridsreservasjonen

En god fremgangsmåte er ikke en garanti for et godt resultat, og det gode resultat kan komme fra feilaktige fremgangsmåter. Det som er viktigst, er at de reelle hensynene får riktig uttelling. I de nevnte sakene hvor domstolen valgte å ikke anvende avveiningsmodellen kunne de ha gjort nettopp det.

I Snøbase-saken og Refselses-saken kunne de ha anvendt avveiningsmodellen. Da ville tema i Snøbasesaken vært en avveining mellom en persons behov for vern i skolegården, og skolegårdens behov for å være et unntakstilfelle når det kommer til anvendelse av straffereguleringen. I Refselsessaken ville tema vært en avveining mellom foreldres rett til å fysisk refse sine barn, og barns rett til beskyttelse. Etter mønsteret i avveiningssakene ville det

138 Rt-2005-1567 avsnitt 16

139 Rt-2005-1567 avsnitt 22

ikke ha blitt etablert normer for hva som er tillatelig, og grenser ville ikke ha blitt trukket. Avveiningen ville vært løsere, og vanskeligere å forstå, da hver sides vekt ikke kan kvantifiseres. Jeg mener Alternativ hjemmel-metoden omgår dette problemet ved å undersøke hver hjemmel som blir anført. En slik klarhet viser styrke, og skaper klarere praksis for etterfølging. Jeg vurderer Alternativ-hjemmel-metoden som et godt løsningsforslag på konflikter som oppstår når samisk rett møter norsk rett.

Kapittel 6: Kan ILO-konvensjon 169 artikkel 8, gi en løsning på de konflikter som oppstår i møtet mellom norsk og samisk rett?

6.1: Artikkel 8

ILO konvensjon 169, av 1989 har vært, og er, avgjørende for samisk retts integrering i norsk rett. Den er behandlet flere ganger i Høyesterett og er et sentralt instrument på urfolksområdet.¹⁴⁰ Den er ikke inkorporert gjennom menneskerettighetsloven,¹⁴¹ men er inkorporert etter den sektormonistiske modellen flere steder. Et slikt tilfelle er straffeloven¹⁴² § 1, annet ledd. Den lyder som følgende:

«Straffelovgivningen gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig.»

Siden Norge ratifiserte ILO konvensjon 169 av 1989 i 1990 så betyr det at straffeloven gjelder med de begrensninger som kommer av konvensjonen.

Artikkel 8 lyder i engelsk autorativ form slik:

«1. In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary laws.

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

3. The application of paragraphs 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.»

I norsk drakt ser den slik ut:

«*Artikkel 8*

1. Ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk, skal det tas

140 NOU 1993:18 s. 143.

141 LOV-1999-05-21-30

142 LOV-1902-05-22-10

tilbørlig hensyn til deres sedvaner eller sedvanerett.

2. Disse folk skal ha rett til å beholde sine egne sedvaner og institusjoner når disse ikke strider mot grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden og mot internasjonalt anerkjente menneskerettigheter. Når det er nødvendig, skal det etableres prosedyrer for å løse konflikter som kan oppstå ved gjennomføringen av dette prinsippet.

3. Anvendelse av punktene 1 og 2 i denne artikkel skal ikke være til hinder for at medlemmer av disse folk utøver de rettigheter som enhver borger har, og for at de påtar seg tilsvarende plikter.»¹⁴³

Jeg skal i det følgende redegjøre for artikkelens innhold. Jeg tar ikke for meg artikkelens tredje ledd, da den ikke er avgjørende for min oppgave.

6.1.1: Artikkel 8, første ledd: Hva ligger i «Due regards»?

Artikkel 8, første ledd, angir i utgangspunktet to ting. Det ene er at norske myndigheter plikter å ta tilbørlig hensyn (due regards) til samiske sedvane og sedvanerett, ved anvendelse av nasjonale lover i spørsmål som angår samiske interesser (to the peoples concerned). Dette betyr at samiske sedvaner og sedvanerett har generell relevans i Norge i spørsmål som angår samiske interesser. Som Skogvang påpeker er det ikke oppsiktsvekkende at sedvaner skal ha relevans i Norge, men hun tolker bestemmelsen slik at samiske sedvaner og sedvanerett skal ha en mer sentral rolle i rettsbildet enn hva sedvaner ellers har.¹⁴⁴ Dette punktet kommer jeg til nedenfor.

Det andre bestemmelsen sier er at samiske sedvaner skal tillegges vekt. Hvilken vekt kilden skal tillegges kommer ikke klart ut av bestemmelsen. Svaret ligger her i analyse av begrepet «due regards». Om urfolksedvaner uttaler ILO-guiden følgende:

«Many indigenous and tribal people have their own customs and practices, which for their customary law. This has evolved through the years, helping to maintain a harmonious society.

143 Hentet fra regjeringen.no 18.09.2014:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/kmd/tema/samepolitikk/midtspalte/ilokonvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-o.html?regj_oss=1&id=451312

144 Skogvang, «Hjertesukk» (s. 380)

Often in order to apply these customs and practices, indigenous people have their own institutional structures such as judicial and administrative bodies and councils. The bodies have rules and regulations to make sure customary laws are followed. Failure to do so is often punished, and individual lapses often have their own specific punishment.

An effective implementation of internationally recognized indigenous peoples' rights ... requires that customs, customary law and legal systems of indigenous people are recognized and acknowledged, in particular in relation to collective rights of fundamental importance to indigenous peoples.»¹⁴⁵

Av dette utsagnet forstår jeg at det skal være en fortsettelse av eksisterende rettssystemer i urfolkssamfunn. Det pekes på at egne regler er utviklet for å skape et harmonisk samfunn, med den implikasjon at avbrudd fra det etablerte rettsbildet vil føre til et mindre harmonisk samfunn. I norsk kontekst tolker jeg dette som at samiske sedvaner skal få anvendelse i norske domstoler, i kraft av å være det samiske samfunnets lovgivning og garantist for et godt samfunn. Da det skal foregå en fortsettelse av samisk kultur skal sedvanene gis den vekt de ville ha hatt i det samiske samfunnet, om det ikke hadde vært berørt av norsk rettskultur. Dette vil naturligvis ikke gjelde absolutt, noe jeg kommer tilbake til.

Det er diskutert om dette kan være en forrangsregel. Dette er Sundes standpunkt i «Fiskerettar i Saltvatn og *lex non scriptum* i norsk rett og rettshistorie», hvor han slår kort fast at artikkelen gir samiske sedvaner en eksepsjonelt sterk stilling.¹⁴⁶ Sunde begrunner ikke sitt standpunkt videre enn en referanse til artikkel 8, første og andre ledd. Slik jeg tolker hans utsagn bygger hans tolkning på første og andre ledd, som jeg skal komme tilbake til. Det er tvert i mot enighet om at artikkel 8 første ledd ikke angir en forrangsregel. Ordlyden er for svak for en slik tolkning.¹⁴⁷ Et annet argument mot at den angir en forrangsregel er at en forrangsregel ble foreslått i arbeidet frem mot konvensjonen, og den ble avslått.¹⁴⁸

Om samiske sedvaner skal gis forrang kan ikke besvares generelt. I «due regards» ligger en

145 ILO-Guide s. 81.

146 Jørn Øyrehagen Sunde, «Fiskerettar i saltvann og *lex non scriptum* i norsk rett og rettshistorie», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2006 s. 341-412 (s. 400).

147 Skogvang, *Samerett*, s. 135; NOU 2007:13 s. 221; Solheim, 2003 s. 45; Rt-2008-1789 avsnitt 33.

148 International labour conference, 75th session, 1988, report VI(1), (2): Partial revision of the indigenous and tribal populations convention, 1957 (no. 107) para 17.

oppfordring til en konkret avveining. Denne avveiningen kan føre til at samiske sedvaner går foran der et rettsspørsmål kun besvart med norske rettskilder er uklart, men også at samiske sedvaner får gjennomslag selv om den er i strid med klar norsk rett. Norsk rett vil også kunne tolkes innskrenkende for å tilpasses samisk rett.¹⁴⁹ Det kan heller ikke ses bort ifra at en samisk sedvane ikke får gjennomslag. Generelt kan man si at sedvanen skal ha større vekt desto nærmere samisk kulturs kjerne den befinner seg. Sedvanens vekt vil ha innvirkning på den videre vurderingen.

Etter dette er jeg kommet til at artikkel 8, første ledd, angir et rettskildeprinsipp.¹⁵⁰ Skogvang mener artikkel 8 synes å forplikte statene på rettskultur- eller rettsystemnivå, i tillegg til normnivå¹⁵¹, uten å bruke begrep som rettskildeprinsipp.¹⁵² Slik som jeg har definert rettskildeprinsipp i denne oppgaven faller bestemmelsen under definisjonen av rettskildeprinsipp, da den er en metanorm som styrer den rettslige argumentasjon. Her skjer dette ved at artikkelen angir at en kilde har relevans og vekt, og skal dermed være en del av det rettslige bildet. Jeg er óg kommet til at bestemmelsen ikke sier noe om hvordan avveiningen gjøres konkret. Dette betyr ikke at en avveining ikke kan gjøres etter første ledd isolert sett.¹⁵³ Jeg skal undersøke om en kan finne en bedre veiledning for avveiningen i andre ledd før jeg konkluderer. Artikkelen må ses i sin helhet, og første ledds fulle betydning vil ikke bli avdekket før en redegjør for andre ledds betydning. Dette kommer av ILO-konvensjonens holistiske natur.¹⁵⁴

6.1.2: Artikkel 8, andre ledd: En bestemmelse om avveining?

Som jeg skrev ovenfor, legger første leddet, gjennom begrepet «due regards», opp til en avveining for å finne ut hver sedvanes vekt. Jeg skal her undersøke om annet ledd kan gi

149 Skogvang, «Hjertesukk» (s. 380)

150 Solheim kommer til samme standpunkt: Solheim 2003 s. 46.

151 Skogvang, «Hjertesukk» (s. 380).

152 Skogvang mener vårt tradisjonelle begrepsapparat ikke passer å anvende på argumentasjon om samisk rett og dens plass i norsk rett. Jeg velger å bruke slike begrep da samisk rett må integreres i norsk rettsystemer, og dermed gå inn i norsk begrepsapparat for å bli anvendelig. Bare da kan man oppnå et pluralistisk rettsystem med kulturell sensitivitet.

153 Eksempel Rt-2008-1789, avsnitt 33, deduseres en avveiningsregel fra første ledd.

154 ILO-Guiden s. 6.

hjemmel for en spesiell avveining, eller om avveiningen skal gjøres etter første ledd, som jeg har gjennomgått ovenfor.

Artikkel 8, andre ledd, kan tolkes på to forskjellige måter. Den ene er at den fungerer som en presiserende bestemmelse for første ledd. Den andre tolkningen er at den er uavhengig av første ledd, og gjelder primært for indre forhold.¹⁵⁵ I den andre forståelsen av bestemmelsen byttes ordet «sedvaner» (customs) ut med begrepet «skikker».¹⁵⁶ Dette begrepet omtales som et snevrere begrep av Skogvang, og vil dermed kunne føre til en annen forståelse av artikkelen.¹⁵⁷ Jeg er enig i Skogvang på dette punktet, og i at konvensjonen skiller ikke mellom interne og eksterne forhold ellers i konvensjonen. I tillegg skiller ikke ILO-Guiden i tidligere sitat mellom det interne og eksterne. Skogvang går videre med å si at av de tilfeller hun har analysert i sin bok *Samerett* vil ingen gå inn under rent interne forhold. De forhold som vil gå inn under interne forhold, er de som uansett beskyttes av artiklene 2, 3, 4, 5a) og b) og artikkel 35, og av vernet av privatlivets fred.¹⁵⁸ Da vil andre ledd stå tilbake uten betydelig innhold. Det er derfor bemerkelsesverdig, at et argument for at andre ledd kun gjelder interne forhold er at denne forståelsen vil tømme første ledd for betydning.¹⁵⁹ Som jeg har vist under forrige punkt står ikke første ledd uten mening, siden da den angir at sedvaner skal ha tilbørlig relevans og vekt.

Om innholdet i artikkel 8, andre ledd, og forholdet til første ledd, uttaler ILO-Guiden det følgende:

«According to Article 8(2) of the Convention, only those customs and institutions that are incompatible with fundamental rights are exempt from the principle enshrined in Article 8(1). This provision establishes cumulative exemption criteria: the custom must be incompatible with both (a) national legislation as well as (b) international human rights provisions.»¹⁶⁰

Denne uttalelsen sier to ting. Den ene er at sedvaner skal som hovedregel få gjennomslag. Det andre er at hvis en skal hindre gjennomslag må sedvanen stride mot norsk lov og internasjonale menneskerettigheter. Artikkelen bruker et noe annerledes uttrykk: «...fundamental rights

155 NOU 2007:13 s. 222.

156 Eks Rt-2008-1789 avsnitt 25; Rt-2001-1116 s. 1118; Rt-2011-1101 avsnitt 9.

157 Skogvang, «Hjertesukk» (s. 378)

158 Skogvang, «Hjertesukk» (s. 385)

159 Rt-2008-1789, avsnitt 35.

160 ILO-Guiden s. 82.

defined by national law...», men jeg ser ikke at dette vil gi helheten et annet innhold. Som vi ser i sitatet vil ikke nasjonal lovgivning, som er i strid med internasjonale menneskerettigheter, kunne hindre gjennomslag. Dette er en ganske radikal tolkning, og nærmer seg Sundes uttalelse om 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.»¹⁶¹

I Hjertestikk-dommen uttalte annenvoterende at dette ikke vil være en avveining, da sedvaner som strider mot menneskerettighetene uansett ikke vil få gjennomslag.¹⁶² Bare en kunstig streng tolkning kan føre til et slikt resultat. Jeg mener at andre ledd kan tolkes etter ILO-Guidens veiledning, og fortsatt inneholde en avveiningsnorm.

Resultatet av min analyse av artikkel 8, andre ledd, fører til en to-delt problemstilling. Første del av problemstillingen vil være å se inn over norsk rett. Er den aktuelle norske regelen, som anføres satt til side eller innskrenket tolket, et utslag av grunnleggende rettigheter (fundamental rights)? Andre del av problemstillingen vil være en kvalitativ vurdering av den samiske sedvanen. En må utrede den og finne ut om den strider mot fundamentale rettigheter i norsk og internasjonal rett.

Samlet forklart vil en sedvanes vekt komme av en sammensatt vurdering av sedvanen. Først må det avgjøres hvor sentral sedvanen er i samisk kultur.¹⁶³ Deretter må det undersøkes om sedvanen strider mot grunnleggende rettigheter. Den norske bestemmelsens vekt angis så av hvor nær den er kjernen av grunnleggende rettigheter.

Solheim påpeker at båndtvangsregelen er ment å beskytte vilt i yngleperioden, og er dermed et utslag av prinsippet om biologisk mangfold som et fundamentalt prinsipp i Norge.¹⁶⁴ Derfor kan en argumentere for at båndtvangsregelen ikke må ha blitt satt til side om høyesterett hadde forstått artikkel 8 slik som jeg har redegjort for her. Jeg sier meg enig i Solheim, som påpeker

161 Sunde, 2006 s.400.

162 Rt-2008-1789 avsnitt 50.

163 Redegjørelsen må se på sedvanen i bred forstand, for å unngå å spikke vekk flis for flis, og til slutt ha gjort en alvorlig innhugg i samisk kultur. Se min behandling av samiske sedvaner, og kulturell forståelse i kapittel

164 Solheim, 2003 s. 56.

at en vurdering etter andre ledd står som mer solid enn det å tolke inn et alminnelig rettskildesprinsipp i første ledd. Nemlig at en urfolkssedvane må være klar og ha særlig kvalitet for å få gjennomslag overfor en intern lovregel.¹⁶⁵

Det kan anføres mot denne tolkningen av artikkel 8, at Høyesterett faktisk ikke har endret sin tolkning i nyere saker. I Rt-2011-1101 diskuteres ikke tolkningen av artikkel 8, annet enn en bekreftelse av lagmannsrettens forståelse av artikkelen, som er i tråd med Hjertestikk-dommen og Båndtvang-kjennelsen. Høyesterettspraksis har i norsk rettskildelære høy vekt, og en sidesettelse av høyesterettspraksis må ha gode grunner for seg. Da denne redegjørelsen har påpekt feil ved Høyesteretts forståelse av artikkel 8, mener jeg at det foreligger gode grunner for å ikke se på Høyesteretts praksis som korrekt i disse tilfellene. Når hverken tingretten, lagmannsretten eller Høyesterett har tatt stilling til dette tolkningsspørsmålet, så mener jeg at det svekker sakens evne til å skape presedens for fremtidig praksis.

I Båndtvang-kjennelsen ble klarhet brukt som et vilkår for en samisk sedvanes gjennomslagskraft. Solheim omtaler bruk av klarhet som et vilkår som tegn på manglende forståelse av samiske sedvaner. Vilkåret kan virke diskvalifiserende, ved at det pålegger samiske sedvaner krav de ikke kan møte, da de er i sin natur uklare. Vilkåret kan også sies å være unødvendig.¹⁶⁶ Annenvoterende i Hjertestikk-dommen tilslutter seg dette synet. Han uttaler at det ikke foreligger grunnlag for å stille egne krav til klarhet ved vurderingen, ettersom det uansett skal foretas en samlet vurdering av rettskildene.¹⁶⁷ Krav til klarhet ved bedømmelse av samiske sedvaner er ikke anvendt siden, og jeg konkluderer dermed med at kravet er fraveket.

En siste problemstilling ligger i uttrykket «their own customs». Det er anført at det ikke foreligger en urfolkssedvane om andre enn samer følger den samme praksisen.¹⁶⁸ I Svartskog-dommen var det snakk om en stor befolkning som ble vurdert under én. Det er på det rene at denne befolkningen ikke bestod av 100% samer, men det hadde ikke avgjørende betydning for løsningen av rettsspørsmålet. Om andre enn samer nytter seg av praksisen, så skal ikke det

165 Solheim, 2003 s. 56.

166 Solheim, 2003 s. 57.

167 Rt-2008-1789, avsnitt 48.

168 Eks LH-2011-36155 s. 3, Rt-2001-1116 s. 1120.

diskvalifisere sedvanen. Dette er etablert som sikker rett.¹⁶⁹ Det er argumentert for at etnisk sedvane er et dårlig begrep, og om en ikke skal bruke urfolkssedvane så er kulturell sedvane et godt begrep.¹⁷⁰

6.2: En kort sammenligning mellom Alternativ hjemmel-metoden og ILO artikkel 8

Det jeg er kommet til etter dette, er at det foreligger to parallelle metoder som lar domstolene utvise kulturell sensitivitet overfor det samiske folk. Gjennom disse metodene kan samiske sedvaner anvendes. Begge metodene går ut på å undersøke hjemlene som anføres. Som jeg har vist er poenget med metoden etter artikkel 8, å finne ut hvor hjemlene stiller seg i forhold til menneskerettighetene. Denne vurderingen ligger nær den som kommer av Alternativ hjemmel-metoden. Slik jeg ser det, er det i teorien slik at en bare kan tolke et straffebud innskrenkende så langt at det ikke bryter med menneskerettighetene. Dette kom frem i saken om bruk av fysisk refselse av barn i oppdragelsesøyenmed.¹⁷¹

Metoden etter ILO-konvensjon artikkel 8 skiller seg fra Alternativ Hjemmel-metoden på det fundamentale planet. I valget mellom de to grunnlagene blir problemstillingen hva som er det mest gjennomslagskraftige rettsgrunnlaget: reelle hensyn eller sektor-inkorporert internasjonal konvensjon. På overflaten kan det se ut som konvensjonen vil ha størst tyngde. Mot dette vil jeg kort argumentere for at bruk av reelle hensyn som hjemmel viser sin styrke igjennom å være en modell som er utarbeidet over lang tid i Høyesterett. Selv om denne praksisen ikke er ensartet, vil bruk av den skape et større helhetlig vern etter norsk rettskildelære. ILO gir og vil gi standarder vi må følge, men om vi velger å gjøre dette igjennom egne normer, vil norsk rett stå sterkere og mer helhetlig igjen. Jeg anser dette som mer ønskelig enn å forsøke å tolke ILOs praksis, som er uklar og ikke like lett tilgjengelig. ILO artikkel 8, og dens praksis bør stå som en særdeles tung tolkningsfaktor ved løsning av rettsspørsmålene, mens selve rettsgrunnlaget bør være reelle hensyn.

169 LH-2011-36155, s. 3, lagmannsretten slutter seg til tingrettens vurderinger

170 NOU 2007:13 s. 226 og Solheim, 2003 s. 40.

171 Rt-2005-1567

Kapittel 7: Konklusjon og avslutning

Jeg er kommet til at samiske sedvaner har en naturlig plass i norsk strafferett. Den er rom for kulturell sensitivitet i strafferetten. Metoden som jeg mener bør anvendes er den som anvendes ved bruk av rettsstridsreservasjonen. På denne måten vil norske og samiske hjemler undersøkes, og en kan komme frem til det rimeligste og mest hensiktsmessige resultatet. Denne metoden stiller seg kritisk til bruk av norske rettsregler på samiske forhold, uten å gi samiske sedvaner generell forrang. På denne måten opprettholdes lovens forhold til folkets moral. Samtidig står metoden som klar, med færre løse avveininger. Dette vil øke domstolenes legitimitet, ved å gjøre vurderingene gjenkjennbare.

Domstolene plikter å anvende en tilpasset metode. De plikter óg å inneha kulturell forståelse til å kunne sette seg inn i samiske forhold. På denne måten kan domstolene oppfylle de krav som kildene selv stiller, og som Grunnloven § 108 formelt stiller. Ikke minst vil dette oppfylle rettssikkerhetskrav som lider i dag.

Stortinget plikter på sin side å ta hensyn til samiske sedvaner i sin lovgivning. Uttrykk for kultur skal ikke gjøres straffbare, og lovgiver må vise forståelse for at det kan foreligge en lokal regulering av forhold på området som kan være hensiktsmessig å la være gjeldende rett. Regjeringen er forpliktet til å ta hensyn til samiske sedvaner og rettsoppfatninger ved tolkning, håndhevelse og iverksettelse av loven.

Til slutt vil jeg oppfordre rettsforskningen til å fortsette arbeidet med og rundt utredningen av samiske sedvaner og rettsoppfatninger. Ikke før en har oversikt over dette rettsstoffet, kan det anvendes i norsk rett. Som nevnt stilles det for øyeblikket urimelige krav til aktørene i rettssaker som angår samiske interesser. Fortsatt fremskritt vil være med å sikre rettssikkerheten for alle.

Register

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai. 1814.

Almindelig borgerlig Straffelov, 22. mai 1902, nr. 10.

Åndsverkloven, 12. mai 1961, nr. 2.

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

Lov om Styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai 1999, nr. 30.

Forskrifter

FOR-2008-07-30-866, Forskrift for bruk av Krumkniv

Dommer

Rt-1968-394

Rt-1968-429

Rt-1979-1492 (Liste-kjennelsen)

Rt-1992-572

Rt-1997-1608 (Aursund-dommen)

Rt-1997-1821 (Kjuus-kjennelsen)

Rt-2000-646

Rt-2001-769 (Selbu-dommen)

Rt-2001-1116

Rt-2001-1229 (Svartskog-dommen)

Rt-2005-1567

Rt-2006-13

Rt-2008-1789 (Hjertestikk-dommen)

TNHER-2009-84319

Upublisert dom avsagt ved Indre Finnmark tingrett 03.02.2011, saksnr: 10-175647MED-INFI

LH-2011-36155

Rt-2011-1101

Litteratur

Andenæs, Johs., «Almenprevensjon Illusjon eller Realitet», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 1950 s. 103-133

Andenæs, Johs., «Straff og Almenprevensjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1966 s. 1-47

Andenæs, Johs., *Alminnelig Strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn (Oslo 2010)

Boe, Erik, *Innføring i juss*, (Oslo 1996)

Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn*, (Oslo 1980)

Brenna, Wenke, *Samene i rettssystemet*, (Oslo/Karasjok 2005)

- Eriksen, Gunnar, «Tilvenning til samisk kultur og rettstenkning i norsk høyesterettspraksis/Om møtet mellom en muntlig og en tekstbasert kultur», *Kart og Plan*, 2002 s. 230-247
- Eriksen, Gunnar, «Samiske sedvaner og bruk av naturressurser før og etter Selbu- og Svartskogdommene fra 2001», *Kritisk Juss*, 2004 s. 289-304
- Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 3. utgave (Oslo 2013)
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, (Oslo 1998)
- Hauge, Ragnar, *Straffens begrunnelser*, (Oslo 1996)
- Hågensen, Tine, «Tradisjonelle sedvaner i en moderne tid», Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet, 2008
- Jacobsen, Jørn, «Allmennprevensjon og straff», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2004 s. 311-.
- Jacobsen, Jørn, «Diskusjon om allmennprevensjonen» *Tidsskrift for strafferett*, 2004 s. 394-438.
- Mæland, John Henry, *Norsk alminnelig strafferett* (Bergen 2012)
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004)
- Ravna, Øyvind, «Samerett og samiske rettigheter i Norge», *Juss i nord: Hav, fiske og urfolk*, 2012 s. 147-173
- Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 2. utgave (Oslo 2009)
- Solheim, Benny, «ILO-Konvensjon nr. 169 artikkel 8 og norsk sedvanesensur», Universitetet i Tromsø, *Det juridiske fakultet Skriftserie* nr. 58, 2003.
- Smith, Carsten, «Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett?», *Jussens venner* 2004 s. 137-143
- Somby, Ánde, *Juss som retorikk*, (Oslo 1999)

Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3. upplagan, (Lund 1989)

Sunde, Jørn Øyrehagen, «Fiskerettar i saltvann og lex non scriptum i norsk rett og rettshistorie»,
Tidsskrift for Rettsvitenskap 2006 s. 341-412

Konvensjoner

Vienna Convention on the Law of Treaties, av 23. mai, 1969.

Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independant Countries, av
27. juni 1989

Første Codicill og Tillæg til Grendse-Tractaten imellem Kongerigerne Norge og Sverrig
Lapperne betreffende (Lappekodisillen), av 2. oktober 1751

Forarbeider

NOU 1984:18

NOU 1993:18

NOU 2001:34

NOU 2002:4

NOU 2003:15

Ot.prp.nr 90 (2003-2004)

NOU 2007:13

Utkast til høring om utkast til forskrift om bruk av krumkniv, Mattilsynet, 20.01.2008

Fra internett

«Kan stikke reinen med krumkniv» <http://www.nrk.no/sapmi/mattilsynet-sier-ja-til-krumkniv-1.4741376> hentet 03.10.2014

Gisle, Jon. (2011, 13. september). Kasuistisk Lov. I Store norske leksikon. Hentet 7. november 2014 fra https://snl.no/kasuistisk_lov.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/kmd/tema/samepolitikk/midtpalte/ilokonvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-o.html?regj_oss=1&id=451312 Hentet 18.09.2014

Annet

«Den samiske dimensjonen i rettsvesenet, rapport fra arbeidsgruppe», Formann Finn-Arne Selfors, 14.01.2011

International labour conference, 75th session, 1988, report VI(1), (2): Partial revision of the indigenous and tribal populations convention, 1957 (no. 107)

ILO-Guiden: INDIGENOUS & TRIBAL PEOPLES' RIGHTS IN PRACTICE: A GUIDE TO ILO CONVENTION No. 16PROGRAMME TO PROMOTE ILO CONVENTION NO. 169 (PRO 169), International Labour Standards Department, 2009

Antall ord: 17920