



NORGES OFFENTLIGE UTREDNINGER

NOU 1997: 5

Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett

- bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget

Avgitt til Justis- og politidepartementet januar 1997

STATENS FORVALTNINGSTJENESTE
STATENS TRYKNING

OSLO 1997

Til justis- og politidepartementet

Samerettsutvalget har i oppdrag å utrede allment spørsmålene om den samiske befolknings rettslige stilling når det gjelder retten til og disponeringen av land og vann.

Som en del av oppdraget bør utvalget i nødvendig utstrekning utrede og vurdere hvilken betydning folkerettslige forhold bør ha ved utformingen av de forslag som utvalget fremmer. Dette ble gjort i utvalgets utredning NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling. Den folkerettslige utviklingen etter 1984 er senere utredet av en særskilt arbeidsgruppe av oppnevnte sakkyndige – Folkerettsgruppen.

Utvalget har også funnet det av interesse å få fremstillinger av rettsstillingen til urfolk i en del andre land. Slike fremstillinger er utarbeidet av sakkyndige, de fleste fra vedkommende land.

Utredning ene har tjent som bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalgets drøftinger og forslag om endringer i dagens rettsstilling.

januar 1997 for Samerettsutvalget

Tor Falch

Jon Gauslaa

Del I Folkerett

KAPITTEL 1

Sammendrag og konklusjoner**1.1 OM FOLKERETTSGRUPPEN OG BAKGRUNNEN FOR OPPDRAG-ET**

Samerettsutvalget (nedsatt 1980) er i sitt mandat bedt om å utrede allment samenes rettslige stilling når det gjelder retten til, disponeringen av og bruken av land og vann. Om folkeretten heter det i mandatet bl.a. at utvalget i nødvendig utstrekning «bør utrede og vurdere hvilken betydning ... folkerettslige forhold bør ha ved utformingen av de forslag som utvalget fremmer» (gjengitt etter NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling, s. 44).

Justisdepartementet oppnevnte i 1981 tre personer som sakkyndige for utvalget i internasjonal og utenlandsk rett. Sammen med to av utvalgets medlemmer utarbeidet disse en utredning som er inntatt som kapittel 6 i NOU 1984:18. Mest sentralt var diskusjonen om tolkningen av visse sider av artikkel 27 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP). Gruppen fastslår (s. 270) at det ikke er tvilsomt at artikkel 27 hjemler et krav om positiv særbehandling, at den antakelig må antas å forplikte statene til å iverksette aktive støttetiltak, og at de beste grunner taler for at begrepet «kultur» i artikkel 27 også omfatter de materielle forutsetninger for og de materielle sider ved en etnisk minoritets kultur.

Mens arbeidet i Samerettsutvalget foregikk, var en serie alternative grunnlovsforslag framsatt i Stortinget. Samerettsutvalget anbefalte det alternativ som senere ble vedtatt som grunnloven § 110 a, og som har følgende ordlyd: «Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og udvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv».

Det er den positive tilretteleggelsen som er det sentrale i grunnlovsparagrafen, som dermed må antas å ha omtrent det samme innhold som de folkerettsakkyndige i NOU 1984:18 tillå SP artikkel 27. Disse antok nettopp at artikkel 27 forplikter staten til å iverksette aktive støttetiltak hvis forholdene tilsier at slike tiltak er nødvendige.

Etter utgivelsen av NOU 1984:18 fortsatte Samerettsutvalget utredning av spørsmålene om retten til og disponeringen og bruken av land og vann i samiske bosettingsområder. Utvalget oppnevnte i 1985 den såkalte Rettsgruppen, bestående av utenforstående sakkyndige og medlemmer av utvalget, for å utrede dagens eiendomsretts- og bruksrettsforhold i Finnmarks. I gruppens mandat, som ble vedtatt av Samerettsutvalget i november 1984, ble gruppen bedt om å «utrede og ta stilling til hva som i dag må ansees å være gjeldende rett med hensyn til eiendomsrett og brukrett til land og vann i Finnmark». Det heter bl.a. i mandatet at gruppen «bør ... benytte internasjonal rett og utenlandsk rett i den utstrekning det kan ha betydning for fastleggningen av norsk rett i denne sammenheng».

Rettsgruppens utredning er utgitt i NOU 1993:34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark. Gruppen anså formell norsk lov for å være den viktigste rettskilde, men erkjente ut fra Høyesteretts praksis at også andre rettskildedefaktorer, herunder folkeretten, kan være relevante for å fastlegge innholdet av gjeldende rett (s. 25-26). Man pekte også på at det i forbindelse med klarleggingen av eiendomsrettsforholdene i Finnmark er knyttet særlige rettskildemessige spørsmål til de folkerettslige forpliktelser Norge har overfor samene som urfolk og minoritet. Flertallet antok imidlertid at den folkerettslige utvikling som pålegger staten plikter

overfor samene, først og fremst vil få betydning for fremtidige vedtak, og ikke for fastleggingen av dagens gjeldende rett (s. 30).

På bakgrunn av dette rettskildesyn som det er noe nærmere redegjort for nedenfor i *"Ytterligere utredningsvirksomhet – Rettsgruppens utredning i NOU 1993:34"* i punkt 2.1.3, konkluderte flertallet med at staten, ved å ha opptrådt som faktisk og rettslig grunneier i Finnmark i flere hundre år, hadde ervervet eiendomsrett til grunnen før den folkerettslige utviklingen begynte. Denne rettstilstand ble ansett ikke å ha vært endret i løpet av de siste årene (NOU 1993:34 s. 266).

Rettsgruppens utredning har møtt betydelig kritikk. Særlig har det vakt misnøye at flertallet i liten grad vektla samiske rettsoppfatninger og statens folkerettslige forpliktelser når det legges til grunn at staten er grunneier i Finnmark. Flertallet ble også kritisert for ikke å ha utredet disse forhold i tilstrekkelig grad. Etter en viss korrespondanse med Sametinget, bestemte Justisdepartementet derfor i brev 3. mai 1995 at det skulle igangsettes et forskningsprosjekt om samiske sedvaner og rettsoppfatninger utenfor Samerettsutvalget.

Utredningen av de folkerettslige spørsmål burde derimot legges til utvalget. Etter at departementet i brev 3. mai 1995 hadde presisert utvalgets mandat, oppnevnte Samerettsutvalget 14. juni 1995 med departementets samtykke en folkerettsgruppe, for å se nærmere på den folkerettslige utvikling etter 1984. Det er i *"Det videre arbeid med folkeretten i samerettsutvalget. Folkerettsgruppens sammensetning og mandat"* i punkt 2.2 redegjort for folkerettsgruppens sammensetning og mandat.

1.2 SAMMENDRAG AV DEN FOLKERETTSLIGE ANALYSEN

1.2.1 Folkerettens kilder

Folkerettsgruppen har først gjennomgått folkerettens kilder. De viktigste av disse er traktater og sedvanerett, og dessuten generelle rettsprinsipper, som omtalt i artikkel 38 i Den internasjonale domstols statutter. Rapporten baserer seg i hovedsak på traktater som Norge har tiltrådt og derfor er bundet av, og de er tolket etter vanlige regler slik Wien-konvensjonen om traktater tilsier. Blant annet er forarbeider og etterfølgende praksis i relevante internasjonale organer tillagt vekt. Norge har ratifisert alle de relevante multilaterale traktatene som er behandlet i utredningen, og Norge har ikke tatt reservasjoner av relevans for de spørsmål som her blir behandlet. I rapporten blir det bl.a. vist til generelle kommentarer og til konkrete saker avgjort av FNs Menneskerettighetskomité og FNs Rasediskrimineringskomité. De generelle kommentarer gir uttrykk for en oppsummering av den tolkningspraksis vedkommende komité har kommet frem til når det gjelder de enkelte bestemmelser i vedkommende konvensjon.

1.2.2 Utviklingstrekk innen relevante deler av folkeretten

Den fulle forståelsen av de ovennevnte rettskilder får man imidlertid først ved å studere generelle trekk i utviklingen av folkeretten på dette feltet. Dersom man går tilbake til 1700-tallet, som er den periode da folkeretten i moderne forstand for alvor begynte å bli utviklet, ble det i stor utstrekning argumentert på grunnlag av det som den gang kaltes naturrett. I tilbakeblikk kan vi konstatere at det mer er tale om det vi nå ville kalle generelle rettsprinsipper. Blant disse naturrettslige forestillingene var også de første læresetninger om menneskerettigheter, som for første gang begynte å bli innarbeidet i enkelte lands lovgivning på 1600- og 1700-tallet.

Fra begynnelsen av 1800-tallet skjedde det imidlertid et betydelig omslag, ved at det ble gjort et klarere skille mellom nasjonal rett og folkerett, og i begge

henseender ble rettspositivisme som filosofisk og metodisk grunnlag den mest fremtredende. Dette betyr at de generelle rettsprinsipper fikk mindre plass; det var positivismens målsetting å framstille den rett som faktisk gjaldt og som ble håndhevet. Den positive rett reflekterte det kompromiss som til enhver tid eksisterte mellom de faktiske maktforhold og de rettferdighetsoppfatninger som eksisterte i samfunnet.

Positivismen reflekterte også nasjonalstatens konsolidering. Klassisk er John Austins definisjon av rettsreglene som et sett av kommandoer (viljesbeslutninger) fra en overordnet (suverenen) til sine undersåtter, under trusel om sanksjoner dersom de ikke ble etterlevd. Med dette ble «rett» og «stat» intimt knyttet sammen. Denne utviklingen dominerte i perioden fra ca. 1800 til utbruddet av den andre verdenskrig.

Fra ca. 1800 til 1940 var skillet mellom nasjonal rett og folkerett meget markert. Folkeretten ble oppfattet nesten utelukkende som et forhold mellom stater. I meget liten grad ble det anerkjent at de folkerettslige regler også kunne gjelde forholdet mellom staten og dens egne innbyggere, altså de typer av spørsmål som normalt er regulert i den nasjonale retten. Blant rettspositivistene var det også sterk skepsis til at folkeretten var virkelig rett, ettersom den ikke inneholdt slike sanksjoner som ifølge John Austins og andre positivisters definisjoner av rett er en nødvendig del av definisjonen av «rett».

Reaksjonen på den ekstreme brutalitet som ble utvist før og under den andre verdenskrigen og som for en stor del hadde foregått under et skinn av lovmessighet fordi formell lov dannet hjemmel for en del av brutaliteten, innebar bl.a. også en reaksjon mot den rendyrkede rettspositivisme. Dette gir en av forklaringene på at menneskerettighetene ble knesatt i folkeretten med vedtakelsen av Verdenserklæringen av 1948, og utarbeidelsen av de ulike folkerettslige instrumenter som er basert på denne. Nasjonal rett kunne etter dette overprøves internasjonalt. I hovedtrekkene kan det sies at de alminnelige rettsgrunnsetninger, selve fundamentet for akseptabel rettsorden, igjen fikk en større plass. Skillet mellom folkerett og nasjonal rett ble mindre skarp med anerkjennelsen av menneskerettighetene som grunnleggende prinsipper for all rett, og med dertil knyttede konvensjoner som presiserer statenes forpliktelser i denne sammenheng.

Utredningen gjennomgår utviklingen på dette feltet, med særlig vekt på de internasjonale instrumenter som direkte angår urfolkene og deres rettigheter. Sentralt står ILO-konvensjon nr. 169, som gir de mest konkrete uttrykk for slike grunnsetninger, og som nå utgjør en del av den positiverte folkerett på feltet. Utredningen gjennomgår også den utviklingen som har foregått i tolkningen av artikkel 27 i Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, og i Konvensjonen om forhindring av alle former for rasediskriminering. Omtalt blir også andre instrumenter, som Europarådets rammekonvensjon og minoriteters rettigheter av 1995, FNs Erklæring om rettighetene til de personer som hører til nasjonale eller etniske, religiøse og språklige minoriteter av 1992, og av dokumenter vedtatt av KSSE (nå OSSE).

1.2.3 Landrettigheter: Eiendom og bruk

Etter ILO-konvensjon nr. 169 har urfolk krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til de områder de har rådet over. For at et urfolk skal kunne anees å ha rådet over et område, er det tilstrekkelig at de har hatt en noenlunde permanent bosetning i området, og dersom de ikke har vært de eneste som har brukt området, må den bruk de har utøvd ha vært dominerende i forhold til den bruk som har vært utøvd av andre. Med «eiendoms- og bestittelsesrettigheter» må menes rett til faktisk

utnyttelse som i det alt vesentlige tilsvarer det en eier har, og rett til å forestå den faktiske forvaltning av området.

Områder som urfolk ikke har hatt et visst minimum av kontroll over, men som de har gjort tradisjonell bruk av, har de krav på å få anerkjent bruksrett til. Bruksretten må svare til den bruk som har vært utøvd.

Ved utøvelse av sin reguleringsmyndighet har staten en spesiell plikt til å sikre urfolks rett til naturressurser i deres landområder, og ved avgjørelsen av hvordan naturressursene i landområder som urfolk har rettigheter til, skal utnyttes, har urfolk krav på å få delta aktivt.

Den plikt som staten ved utøvelse av sin reguleringsmyndighet har til å sikre urfolks interesser, kan ikke bare gjelde landområder, men også sjøområder som urfolk tradisjonelt har hatt tilgang til, og som de har benyttet til deres livsopphold og tradisjonelle virksomhet. De privatrettslige rettigheter til naturressurser som ILO-konvensjonen hjemler, kan derimot bare gjelde landområder. Som landområde kan ikke bare ansees fast mark, men også ferskvannsområder som f.eks. innsjøer og elver.

Ved avgjørelsen av hvordan kretsen av rettighetshavere for de privatrettslige rettigheter konvensjonen hjemler, skal defineres, må det først og fremst legges vekt på den bruk som har vært utøvd, de sedvaner og rettsoppfatninger som eksisterer innenfor vedkommende urfolksgruppe, og hva vedkommende urfolksgruppe selv ønsker. Videre må det legges vekt på praktiske hensyn, og hva som oppfattes som et rimelig og rettferdig resultat.

ILO-konvensjonen kan ikke være til hinder for at bruksrettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, blir utformet som «områderettigheter», som blir tillagt befolkningen i et nærmere avgrenset område uten hensyn til etnisk opprinnelse. I tilfeller hvor en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til et område, må utgangspunktet derimot være at urfolksgruppen ikke kan pålegges å dele rettighetene med andre deler av befolkningen på stedet. Men dette kan ikke gjelde ubetinget. I de deler av Finnmark som samene etter vår oppfatning har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, bor det nå også andre folk enn samer. Det er også en flytende overgang mellom hvem som må ansees som samer, og hvem som ikke kan ansees som det.

Etter vår oppfatning vil det på denne bakgrunn ikke uten videre være i strid med ILO-konvensjonen om eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene har krav på å få anerkjent, blir tillagt lokalbefolkningen innenfor det området det gjelder, uten hensyn til etnisk opprinnelse, eller blir tillagt et selvstendig rettssubjekt som forvalter rettighetene på vegne av befolkningen innenfor området. Men forutsetningen for at eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene har krav på å få anerkjent, kan legges til lokalbefolkningen eller en stiftelse som forvalter rettighetene på vegne av lokalbefolkningen, må være at det rettssubjekt som rettighetene blir lagt til, har et styre hvor flertallet av styremedlemmene blir oppnevnt av samiske organer.

Etter at vedkommende urfolk har vært rådspurt, kan urfolk ved bestemmelser i nasjonal lovgivning gis adgang til å overdra rettigheter som de har krav på å få anerkjent etter ILO-konvensjonen, til folk utenfor urfolksgruppen. Det kan spørres om en ordning hvor forvaltningen av grunnen i Finnmark blir overlatt til et organ hvor Sametinget oppnevner halvparten av styremedlemmene, og Finnmark fylkesting oppnevner den andre halvparten, kan forsvares med at det samene taper ved at andre får delta i forvaltningen av grunnen i de områder i de områder som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, får samene igjen ved at de får delta i forvaltningen av grunnen i den øvrige del av Finnmark. Siden urfolk kan gis adgang til å overdra de rettigheter de har krav på å få anerkjent, til folk utenfor urfolksgruppen, vil en slik ordning med felles forvaltning av grunnen i

Finnmark kunne aksepteres dersom Sametinget samtykker i ordningen, men ellers ikke.

Dersom norsk lovgivning eller etablert rettsoppfatning ikke er i samsvar med konvensjonens krav, plikter staten å endre lovgivningen. For at et urfolk skal kunne gjøre krav på de rettigheter konvensjonen hjemler, må det være tilstrekkelig at den bruk som påberopes som grunnlag for retten, har stått ved lag inn i vårt århundre.

ILO-konvensjonen pålegger staten plikt til å identifisere de landområder som urfolk har rettigheter til, og å sikre et effektivt vern for rettighetene. Dette innebærer bl.a. at statene har plikt til å etablere et uavhengig apparat for undersøkelse av krav på landrettigheter som måtte bli framsatt av urfolk. Konvensjonen må også oppfattes slik at den stiller krav om at urfolk skal kunne få prøvd ved søksmål for nasjonale domstoler om de rettigheter de har etter nasjonal rett, tilfredsstillende de krav ILO-konvensjonen stiller.

De bestemmelser ILO-konvensjonen om urfolk inneholder, er ikke enestående. Utkastet til FN-erklæring om urfolk inneholder bestemmelser om rettigheter til naturressurser som på enkelte punkter går noe lengre enn det ILO-konvensjonen gjør, men som stort sett svarer til bestemmelsene i ILO-konvensjonen. Det behov urfolk har for å få kontroll over naturressursene i de områder som de tradisjonelt har brukt, blir også framhevet i Agenda 21 kapittel 26 i Erklæringen fra Verdenskonferansen for miljø og utvikling i juni 1992. Dette viser at de rettigheter som urfolk har etter ILO-konvensjon i det hele og store er i samsvar med det syn på urfolk som gjør seg gjeldende i det internasjonale samfunn. Langt på vei gir ILO-konvensjonen bare uttrykk for det som kan ansees som alminnelig internasjonal urfolksrett.

1.2.4 Eiendomsrett og landrettigheter

Retten til eiendom er inntatt i sentrale internasjonale menneskerettighetsdokumenter, bl.a. i Verdenserklæringen om menneskerettigheter artikkel 17 og i Europakonvensjonens tilleggsprototoll nr. 1. Andre tekster viser til eiendomsrettigheter i forbindelse med prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering, bl.a. i Konvensjonen til forhindring av rasediskriminering artikkel 5. ILO-konvensjon 169 inneholder regler om urfolks eiendomsrett i artiklene 14 og 15. Disse bestemmelsene om eiendomsrett er styrket gjennom virksomheten i internasjonale organer, bl.a. ved Europarådets domstolspraksis og i rapporter utarbeidet av en uavhengig ekspert, Valencia Rodriguez, oppnevnt av FNs Menneskerettighetskommisjon. På det nasjonale plan er det et solid feste for eiendomsretten i forfatningsrett, lovgivning og domstolspraksis, ikke minst i Europa.

Reglene om etnisk og rasemessig likestilling, som behandles i *"Etnisk og rasemessig likestilling. særlig om FN-konvensjonen om eliminering av rasediskriminering"* i punkt 3.5, omfatter helt klart også retten til eiendom. Forfatningsrett og lovgivning må samsvare med disse reglene for at staten fullt ut skal opptre i samsvar med menneskerettighetene. Hvor forskjellsbehandling eksisterer i lovgivning eller praksis er staten forpliktet til å treffe spesielle tiltak for å korrigere dette.

Retten til eiendom kan være hel eller delt. Den kan spaltes opp i flere komponenter, bl.a. i retten til å besitte, retten til å bruke, retten til å forvalte, og retten til å motta inntekt. Alle disse og andre komponenter er relevante for urfolks landrettigheter. De er dekket av internasjonale menneskerettighetsregler i alminnelighet og de relevante bestemmelser i ILO-konvensjon nr. 169 i særdeleshet.

1.2.5 Likhetsbehandling på etnisk og rasemessig grunnlag

Utredningen har gjennomgått betydningen av bestemmelsene i FNs konvensjon til forhindring av alle former for rasediskriminering. I kraft av konvensjonens artikkel 2 para. 2 har konvensjonspartene (derunder Norge) en direkte plikt når forholdene gjør det nødvendig til å ta spesielle og konkrete forholdsregler på det sosiale, økonomiske, kulturelle og andre områder for å sikre tilfredsstillende utvikling og vern for visse rasegrupper (herunder etniske grupper som samene) eller individer som tilhører disse gruppene, med det formål å garantere at de fullt ut og på like fot kan nyte menneskerettighetene og de grunnleggende frihetene. Formålet med disse bestemmelsene er ikke å skape varig forskjellsbehandling mellom grupper i samfunnet, men å legge forholdene til rette for at alle uansett bakgrunn skal ha de samme muligheter, ikke bare formelt, men også reelt.

Med utgangspunkt i artikkel 2 para. 2 har CERD (komiteen som overvåker gjennomføringen av konvensjonen) uttalt at de statlige myndigheter «bør være lydhøre overfor personer som hører til etniske grupper og ta særlig hensyn til deres rett til en tilværelse i verdighet, retten til å bevare sin kultur, til å få nyte godt av en rettferdig andel av samfunnets økonomiske vekst, og å delta i myndighetsutøvelsen i den stat de er borgere. Staten bør, innenfor rammen av deres respektive forfatninger, legge forholdene til rette for at medlemmer av etniske eller språklige grupper skal kunne iverksette tiltak som er spesielt hensiktsmessig for å bevare deres identitet».

1.2.6 Minoriteters kulturelle rettigheter anvendt på urfolkens situasjon

Utredningen har på nytt gjennomgått betydningen av FN-konvensjonen om sivile og politiske Rettigheter (SP) artikkel 27, som har spilt en viktig rolle i de tidligere utredninger. Det er kommet til ny praksis som har bidratt til avklaring av tolkningen. Videre er gjennomgått Europarådets rammekonvensjon av 1. februar 1995 om beskyttelse av nasjonale minoriteter, KSSEs Erklæring fra 1990 om den menneskelige dimensjon, bl.a. om rettigheter for nasjonale minoriteter, og FN-erklæringen av 28. desember 1992 om rettighetene til personer som tilhører nasjonale eller etniske, religiøse og språklige minoriteter.

Mange av de spørsmål som var usikre i 1984, er blitt avklart ved etterfølgende praksis i FNs Menneskerettighetskomite som overvåker gjennomføringen av artikkel 27. Etterfølgende praksis i FN har ytterligere styrket den tolkning som ble gjort av folkerettseksperter i NOU 1984:18.

Ikke bare beskytter artikkel 27 mot inngrep fra staten i gruppens utøvelse av sin kultur med dens «ideelle» ytringsform, men statene har også har en viss plikt til å sikre at minoritetene får aktiv støtte. Menneskerettighetskomiteen har, i forhold til urfolk, lagt til grunn det materielle kulturbegrep, som innebærer at de materielle forutsetninger for opprettholdelsen og videreføringen av kultur må vernes og beskyttes.

Når hensyn tas ikke bare til SP artikkel 27, men også FNs Minoritetserklæring av 1992, OSSEs København-dokument av 1990 og Europarådets rammekonvensjon av 1995, kan det fastslås at minoritetsrettighetene i folkeretten har gjennomgått en betydelig utvikling i de senere år. Det har bidratt til å positivere viktige underliggende generelle rettsprinsipper.

Statene er forventet å beskytte eksistensen og identiteten til de forskjellige etniske, religiøse og språklige grupper i samfunnet, og å legge forholdene til rette for at denne identiteten kan videreutvikles. Samtidig skal det sikres en gjennomgående likhetsbehandling av alle personer som bor innenfor statens territorium.

For så vidt angår urfolkene, innebærer dette at nyere folkerett, basert på multilaterale traktater og andre folkerettslige instrumenter krever at urfolkenes eieoms- og bruksrettigheter blir anerkjent i positiv nasjonal rett ut fra deres egne sedvaner, på samme måte som storsamfunnets rettigheter blir beskyttet ut fra de sedvaner og lovregler de har utviklet.

SP artikkel 27 og de andre regler til vern om minoriteters kulturelle rettigheter har imidlertid mindre selvstendig betydning for urfolkene på grunn av den mer detaljerte regulering som finnes i ILO-konvensjon nr. 169. Tolkningen av SP artikkel 27 i internasjonal praksis, er hva angår urfolkene imidlertid gått i samme retning som ILO-konvensjon 169, noe som er blitt klarere i de senere år.

1.2.7 Lokalt selvstyre og autonomi

ILO-konvensjon 169 forutsetter at det finnes eller etableres institusjoner av og blant urfolkene med selvkontrollerende funksjoner når det gjelder landområder og andre funksjoner for å bevare gruppeidentitet. Konvensjonens viktigste bestemmelse om dette finnes i artikkel 7 som viser til disse folks «rett til å vedta sine egne prioriteringer for utviklingsprosessen i den grad det angår deres liv, tro, institusjoner, åndelig velvære og de landområder de lever i eller bruker på annen måte, og til så langt som mulig å ha kontroll med sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling». I andre deler av konvensjonen finnes regler om medvirking og om gradvis overføring av ansvar for utforming og drift av utdanningsprogrammer og etablering av utdanningsinstitusjoner.

Disse bestemmelsene i ILO-konvensjonen gir støtte for det standpunkt at urfolkene må ha sine egne institusjoner. Stater som har tiltrådt konvensjonen er forpliktet til å anerkjenne urfolks egne, eksisterende institusjoner eller tillate etableringen av slike institusjoner for å gjennomføre de funksjonene de er tillagt.

Statspraksis sammenholdt med ILO-konvensjon 169 og FNs utkast til Erklæring om urfolks rettigheter viser en klar tendens i internasjonal lovgivning. Selv om konvensjonen ikke bruker begrepet «autonomi» omhandler den funksjoner som tradisjonelt delegeres til autonome institusjoner. Mange stater har etablert mer eller mindre selvstyrende institusjoner for urfolkene. Selvstyre kan være et middel til å sikre at menneskerettighetene både i lovgivning og praksis kan nyttes på likt grunnlag av alle uten forskjellsbehandling. Selvkontrollerende institusjoner kan gi mulighet til å plassere en gruppe på lik fot med andre deler av det nasjonale samfunn og derved beskytte likeverd, identitet og gruppens kultur innenfor rammen av den felles stat.

1.2.8 Betydningen av de folkerettslige regler for norsk rett

Konvensjoner blir folkerettslig bindende for norske myndigheter ved at Regjeringen (Kongen i statsråd) i egenskap av utenriksmyndighet forplikter seg utad ved ratifikasjon eller annen form for tiltredelse. Konvensjonene stiller krav både til lovgivende, utøvende og dømmende myndigheter. Den lovgivende makt er folkerettslig forpliktet til å sørge for at norsk lov er i overensstemmelse med de konvensjonsbaserte forpliktelser. For så vidt angår forvaltningen, kan det være et folkerettsbrudd dersom den bruker sin myndighet i strid med konvensjonen. Dette gjelder både statlig, fylkeskommunal og kommunal virksomhet.

Etter det såkalte presumsjonsprinsippet skal innholdet i norsk rett tolkes slik at det samsvarer med folkeretten dersom det ikke kan påvises at norsk rett på det relevante område inneholder regler som klart avviker fra folkeretten. I praksis betyr dette at norsk rett bare går foran folkeretten dersom det er klar motstrid.

Den nye grunnlovsbestemmelse, § 110 c pålegger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene. Nærmere bestemmelse om gjennomførelsen av menneskerettighetskonvensjoner skal fastsettes ved lov. Det er ennå usikkert hvilke menneskerettighetskonvensjoner som vil bli inkludert i loven. Imidlertid vil også de konvensjoner som ikke blir tatt med i gjennomføringsloven få større betydning som rettskildedefaktor i norsk rett enn de hadde fra før. Vi anbefaler at ILO-konvensjon 169 blir gjennomført i norsk rett ved lovbestemmelse etter reglene i grunnlovens § 110 c, annet ledd.

ILO-konvensjon 169 inneholder for øvrig en bestemmelse i artikkel 12 hvoretter urfolk skal ha mulighet til å reise søksmål for nasjonale domstoler som enkeltpersoner eller gjennom sine representative organer for å bli sikret effektivt vern av sine rettigheter. Denne bestemmelsen må forstås slik de skal også kunne få behandlet for norsk rett påstander om at deres rettigheter etter ILO-konvensjonen er krenket.

1.3 SAMMENLIGNING MED ANDRE LANDS RETT

I utredningen er det også foretatt en sammenliknende gjennomgang av utviklingen i enkelte andre land, herunder situasjonen i Danmark/Grønland, Sverige, Finland, Russland, Canada, USA, Nicaragua, Australia og New Zealand.

Urfolkens rettigheter til land og vann er styrket i mange deler av verden. Det er helt klare tendenser i retning av å reversere tidligere, diskriminerende praksis og å anerkjenne urfolkens landrettigheter. Disse tendensene kan spores både i internasjonal og nasjonal rettsutvikling. De viser seg både i form av fokusering spesielt på landrettigheter og på mer generelle tiltak til å fremme like muligheter og forhindre diskriminering på tvers av rase- og etniske skillelinjer. Arbeidet innen FN med arbeidsgruppen om urfolks rettigheter, ILO-konvensjon nr. 169 og Verdensbankens «Operational Directive 4.20», vedtatt i 1991 har hatt betydelig innflytelse på prosessen.

Det er et gjennomgående trekk at de nyere tiltak ikke har vært oppfattet som tildeling av nye rettigheter, men en erkjennelse av rettigheter som har eksistert fra gammel tid selv om de i mange stater gjennom lange perioder ikke har vært tilstrekkelig erkjent i nasjonal rett. Det er derfor en økende erkjennelse av forhånds eksisterende rettigheter basert på alders tids bruk, eller erkjennelse av at urfolkene var der først og at deres rettigheter består hvor de ikke ved lovlige disposisjoner er overtatt av staten eller overført til private; hvor det siste er skjedd uten tilstrekkelig lovmessig grunn kan det bli tale om statlig erstatning til det berørte urfolk.

Statens rettigheter ansees i økende grad å være av offentligrettslig art. Staten har suverenitet men ikke eiendomsrett i privatrettslig forstand til områder som ikke har vært gjenstand for en avtalerettslig overføring. Ved ekspropriasjon kan staten ha blitt eier av de områder som eksproprieres, og kan deretter overføre eiendom til private; dette krever imidlertid erstatning til de berørte urfolk.

Uklarheten knytter seg til hvilke områder som er gått over til privat eie eller som rettmessig er gått over til å bli statens eiendom også i privatrettslig forstand. Hvor andre har fått privatrettslige rettigheter kan ofte disse ikke omgjøres, men kompensasjon for illegal overføring vil kunne være aktuell, slik dette nå utvikles i Australia.

Dette betyr ikke at utviklingen i alle land går like raskt. Tilbakeholdenheten viser seg blant annet i at det ennå er få stater som har ratifisert ILO-konvensjon nr. 169, selv om tallet forventes å øke i de nærmeste år. Det er også flere steder stor treghet i prosessen fra vedtakelsen av grunnlovsbestemmelser eller annen overordnet lovgivning til iverksetten av denne ved konkrete tiltak til gagn for urfolkene. Likevel er hovedbildet klart: En økende erkjennelse av at urfolkene har hatt ret-

tigheter som til dels i meget lang tid har vært tilsidesatt eller neglisjert i positiv, nasjonal rett, og som nå igjen blir anerkjent. ILO-konvensjon 169 og arbeidet med en verdenserklæring om urfolk i FN har bidratt til å fremskynde denne prosessen.

1.4 LAPPEKODISILLEN AV 1751 OG DENS BETYDNING I DAG

Betydningen av lappekodisillen av 1751 for samenes rettigheter har vært gjenstand for omfattende drøftelser i tidligere utredninger. Lappekodisillen er navnet på et tillegg til grensetraktaten av 21. september/2. oktober 1751 mellom Sverige (som den gang inkluderte Finland) og Danmark-Norge. Som traktat, med derav følgende folkerettslige forpliktelser mellom Norge og Sverige som stater, har den vært suspendert ved senere traktater, men den har ikke blitt opphevet.

Det har tidligere vært diskutert hvorvidt lappekodisillen tilkjenner samene eiendomsrett eller bruksretten til land og vann. Nærværende utredning tar det standpunkt at spørsmålet er feil stilt. Samene hadde allerede eiendoms- eller bruksrettigheter i dette sameområdet da grensetraktaten og lappekodisillen ble vedtatt. Lappekodisillens betydning er at dens innhold baseres på en erkjennelse av at disse rettighetene eksisterte, og at lappekodisillen ikke fratok rettighetene eller begrenset utøvelsen av dem utover det som var strengt nødvendig som følge av grensetreknningen mellom Norge, Sverige og Finland. Etersom lappekodisillen ikke tilkjenner privatrettslige rettigheter, men erkjenner deres eksistens og bygger på dette, er spørsmålet hvilke rettigheter de hadde forut for lappekodisillen. Samenes rettsopfatninger før 1751 i de områdene hvor de praktisk talt var enerådende er noe uklar. Likevel må det antas at deres sedvaner for deling og bruk av naturressursene i ettertid må tolkes som uttrykk for oppfatninger både om kollektiv og til dels privat eiendomsrett som grunnlag for disse sedvanene.

Helt klart er at ingen andre hadde eiendomsrett til de områdene som samene var alene om å bruke, og at Norge eller Sverige som stat ikke fikk eiendomsrett i privatrettslig forstand ved lappekodisillen. Ved grensetraktaten fikk de statlig høyhetsrett over visse områder, men av suverenitet følger ikke eiendomsrett. Hvorvidt de disposisjoner som senere er foretatt av norsk statsmyndighet og som ligger til grunn for læren om at staten har eiendomsrett til den umatrikulerte grunnen i Finnmark tilfredsstillende kriteriene for okkupasjon av eierløst land, lovlig ekspropriasjon eller overdragelse fra samisk side, hører det ikke hit å avgjøre.

Løsningen følger imidlertid av ILO-konvensjon nr. 169, som innebærer at man anerkjenner eiendomsrett iallfall til de områder som samene har vært omtrent enerådende i å utnytte, som omtalt i "*Folkerett og sammenlignende rett*" i kapittel 3. ILO-konvensjonen bekrefter dermed et generelt rettsprinsipp om at eiendoms- eller bruksrett ikke opphører ved at et territorium legges inn under en (annen) stats suverenitet og jurisdiksjon.

KAPITTEL 2

Om folkerettsgruppen og bakgrunnen for utredningen**2.1 BAKGRUNN: SAMERETTSUTVALGETS TIDLIGERE ARBEIDER. FOLKERETTSLIGE SPØRSMÅL I DISSE****2.1.1 Hovedutredningen i NOU 1984:18**

Samerettsutvalget er i sitt mandat bedt om å utrede allment samenes rettslige stilling når det gjelder retten til, disponeringen av og bruken av land og vann, jf. NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling "*Urfolksbegrepet. «Indigenous», «aboriginals», «Natives» og «First Nations»*" i punkt 3.2.2. Den folkerettslige delen av mandatet lyder slik (s. 44):

«I debatten om samenes rettsstilling har det i atskillig utstrekning vært påberopt internasjonale konvensjoner og resolusjoner og argumenter med grunnlag i samenes rettsstilling som urbefolkning eller etnisk minoritet. Det kan blant annet vises til FNs internasjonale konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter. Denne konvensjons artikkel 27 beskytter etniske minoriteter innenfor en nasjonalstat og sikrer dem blant annet retten til å ha sin egen kultur.

Utvalget bør i nødvendig utstrekning utrede og vurdere hvilken betydning disse folkerettslige forhold bør ha ved utformingen av de forslag som utvalget fremmer.»

Samerettsutvalget anmodet i brev til Justisdepartementet 31. mars 1981 om at det ble oppnevnt sakkyndige for å bistå utvalget i utredningen av de folkerettslige spørsmål. Departementet etterkom anmodningen og oppnevnte 30. juni 1981 tre folkerettssakkyndige utenfor utvalget, som sammen med to av utvalgets medlemmer dannet en særskilt arbeidsgruppe for å utrede folkeretten.

Arbeidsgruppen fremla sin utredning i november 1983. Samerettsutvalgets medlemmer kunne komme med merknader, men ansvaret for utredningens innhold og form ligger hos gruppen. Utredningen er trykket i NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling kapittel 6 (s. 154-346) og er svært bredt lagt opp. Det er imidlertid grunn til kort å omtale gruppens tolkning av visse sider av artikkel 27 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP).

Gruppen fastslår (s. 270) at det ikke er tvilsomt at artikkel 27 hjemler et krav om *positiv særbehandling* ved at den gir et *særlig* vern mot at statsmyndighetene iverksetter faktiske eller rettslige inngrep som kan medføre at en minoritet i praksis må anses å bli nektet retten til å dyrke sin egen kultur. De folkerettssakkyndige er videre av den oppfatning at artikkel 27 «antakelig må antas» å forplikte statene til å iverksette *aktive støttetiltak* av økonomisk og annen art for at en minoritet faktisk skal kunne dyrke sin kultur (s. 270-271). Omfanget av forpliktelsen kan vanskelig kvantifiseres, bl.a. fordi det vil bero på de konkrete omstendigheter hvilke tiltak som er nødvendige for at minoriteten skal ha sin rett etter artikkel 27 i behold.

Etter de folkerettssakkyndiges syn taler ellers «de beste grunner» for at begrepet «kultur» i artikkel 27 må oppfattes så vidt at ikke bare de ideelle (språk, litteratur etc.), men også de *materielle* forutsetninger for og de materielle sider (tradisjonell næringsutøvelse mv.) ved en etnisk minoritets kultur er omfattet av bestemmelsen. I hvertfall bør de næringsmessige og andre økonomiske forhold være omfattet «i den grad dette er avgjørende for at gruppen skal kunne opprettholde og

videreføre en egen kultur» (s. 283). De sakkyndige påpeker dessuten at artikkel 27 gir en *individuell rettighet*, slik at ikke bare en sammenslutning, men også enkelt-medlemmer av de minoriteter som omfattes av bestemmelsen kan påberope seg denne (s. 284).

2.1.2 Oppfølging: Grunnlovsbestemmelse og lovgivning

NOU 1984:18 inneholder foruten folkerettsutredningen, en rekke konkrete forslag til lovgivning om samenes rettslige stilling i Norge. Spørsmålet om egen grunnlovsbestemmelse om samenes rettsstilling er drøftet i utredningens kapittel 10 (s. 388-451), og spørsmålet om et representativt organ for landets samiske befolkning er tatt opp i kapittel 11 (s. 452-563). I vår sammenheng er særlig forholdet mellom artikkel 27 i FN-konvensjonen og utvalgets forslag til grunnlovparagraf av interesse. Mens arbeidet i Samerettsutvalget pågikk, var det i Stortinget fremsatt flere alternative forslag til grunnlovparagraf om samenes rettsstilling. Utvalgets flertall anbefalte det forslag som senere ble vedtatt som grunnloven § 110 a, og som har følgende ordlyd:¹

«Det påligger Statens Myndigheter at legge Forholdene til Rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv».

Det er etter ordlyden den positive tilretteleggelsen som er det sentrale i grunnlovparagrafen. Paragrafen synes dermed å være tiltenkt omtrent det innhold som de folkerettssakkyndige i NOU 1984:18 tilla SP artikkel 27, idet disse nettopp antok at artikkel 27 forplikter staten til å iverksette aktive støttetiltak hvis omstendighetene tilsier at slike tiltak er nødvendige. Dette fremgår mer direkte av NOU 1984:18 s. 432-433 der det heter at grunnlovparagrafen fastslår at statsmyndighetene «må treffe de tiltak som samfunnsutviklingen gjør nødvendig for at den samiske folkegruppes språk, kultur og samfunnsliv (livsform) skal bli sikret og få utviklingsmuligheter». Se også s. 438 der det sies at den foreslåtte grunnlovsregel «vil innebære at det påligger statens myndigheter å tilføre de økonomiske midler som er nødvendige for å gjennomføre det omtalte kulturvern».

Av uttalelser som mer direkte gjelder forholdet mellom artikkel 27 og utvalgets forslag til grunnlovparagraf kan det bl.a. vises til utsagnet på s. 441 om at en paragraf med det omhandlede innhold «samsvarer i det vesentlige med Norges forpliktelser ifølge ... konvensjonen» (om sivile og politiske rettigheter). Synet på forholdet mellom de to bestemmelser belyses dessuten av følgende uttalelse (s. 437-438):

«I den grad norske myndigheter er forpliktet etter folkeretten, må det anses som en selvfølge at dette blir gjennomført i norsk myndighetsutøvelse. Det er for så vidt ikke avgjørende om det følger bare av folkeretten eller også av grunnloven. Men det er naturlig å gi grunnloven på dette punktet en forståelse som er i samsvar med folkerettens krav».

De sentrale statsmyndigheter tiltrådte i det alt vesentlige de folkerettssakkyndiges tolkning av artikkel 27. Det kan bl.a. vises til følgende uttalelse fra Justisdepartementet i Ot.prp. nr. 33 for 1986-87 Om lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold (s. 37):

«Utvalgets konklusjon med hensyn til bestemmelsen er ... at staten må anses forpliktet til å gi aktiv støtte til minoritetsgrupper, og dessuten at begrepet

1. Ti av utvalgets medlemmer foreslo en grunnlovparagraf om samenes rettsstilling, mens sju medlemmer gikk mot en slik paragraf. Se NOU 1984:18 s. 451.

«kultur» i artikkel 27 må forstås slik at det også omfatter de materielle forutsetninger for kulturen. Også Justisdepartementet finner ... å ville slutte seg til utvalgets prinsipielle tolkning av artikkel 27. Tolkningen innebærer at staten påtar seg en forpliktelse til positivt å bidra til at den samiske folkegruppe har forutsetningene for å dyrke sin kultur og sitt språk».

Også Stortingets Justiskomiteé sluttet seg til folkerettsutredningens konklusjoner. I Innst. O. nr. 79 for 1986-87 heter det (s. 5):

«Komiteen legger stor vekt på Samerettsutvalgets og Justisdepartementets fortolkning av artikkel 27 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.

Komiteen slutter seg til oppfatningen om at staten har en forpliktelse til positivt å bidra til at den samiske folkegruppe har materielle forutsetninger for å dyrke sin kultur og sitt språk, samt gis innflytelse på det fysiske og økonomiske grunnlaget for sin kulturform.»

På bakgrunn av bl.a. disse uttalelser vedtok Stortinget 12. juni 1987 lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold (lov nr. 56 for 1987). Videre ble det ved grunnlovsbestemmelse 27. mai 1988 nr. 432 tilføyd en § 110 a til grunnloven med den ordlyd Samerettsutvalget hadde foreslått. Utenriks- og konstitusjonskomiteéns innstilling om grunnlovsparagrafen (Innst. S. nr. 147 for 1987-88) har få utsagn som direkte omhandler paragrafens innhold og forholdet til SP artikkel 27. I stortingsdebatten om paragrafen omtalte imidlertid flere representanter forholdet mellom Norges internasjonale forpliktelser og § 110 a. Saksordfører Jan Petersen uttrykte seg bl.a. slik:²

«En sameparagraf i Grunnloven vil på prinsipielt grunnlag fastslå berettigelsen av særskilte tiltak overfor den samiske befolkning og være et klart uttrykk for at norsk rett for fremtiden er i samsvar med de internasjonale krav til minoritetsvern».

Lederen for Justiskomiteen, Inger Pedersen, tok direkte opp forholdet mellom grunnlovsparagrafen og artikkel 27:³

«Grunnlaget for de folkerettslige forpliktelser som her påhviler norske myndigheter, er først og fremst FN's menneskerettighetskonvensjon av 1966 om sivile og politiske rettigheter, artikkel 27. Ved denne bestemmelse er staten forpliktet til å gi aktiv støtte slik at samene vil ha forutsetninger – også materielt – for å dyrke sin kultur og sitt språk. Den foreslåtte sameparagrafen er i formen ingen inkorporasjonsbestemmelse i forhold til folkeretten, men dens innhold samsvarer med de folkerettslige forpliktelsene som den norske stat allerede er underlagt etter artikkel 27, og slik denne bestemmelse er tolket i Ot.prp. nr. 33 for 1986-87 og i innstillingen fra Justiskomiteén».

Den foregående gjennomgang viser en klar sammenheng mellom de folkerettssakkyndiges fortolkning av artikkel 27 i NOU 1984:18, statsmyndighetenes tilslutning til denne fortolkningen, og de forpliktelser artikkel 27 og § 110 a pålegger den norske stat overfor samene. Carsten Smith har oppsummert forholdet mellom de to bestemmelser slik i boken *Rettstenkning i samtiden* (1992) s. 202:

«Folkeretten og grunnloven, prinsippet i FN-konvensjonens artikkel 27 og prinsippet i grunnlovens § 110 a, må etter dette sies å stille de samme krav.

2. Se Forhandl. i Stort. for 1987-88 s. 3021.

3. Op.cit. s. 3025.

... grunnlovens bestemmelse forsterker de folkerettslige regler ved at de nå også har fått grunnlovens styrke i norsk rett.»

2.1.3 Ytterligere utredningsvirksomhet – Rettsgruppens utredning i NOU 1993:34

(1) Etter utgivelsen av NOU 1984:18 har Samerettsutvalget fortsatt å utrede spørsmålene om retten til og disponeringen og bruken av land og vann i samiske bosetningsområder. Utvalget oppnevnte i 1985 den såkalte Rettsgruppen, bestående av utenforstående sakkyndige og medlemmer av utvalget, for å utrede dagens eiendomsretts- og bruksrettsforhold i Finnmark. I gruppens mandat,⁴ som ble vedtatt av Samerettsutvalget i november 1984, bes gruppen om å «utrede og ta stilling til hva som i dag må anses å være gjeldende rett med hensyn til eiendomsrett og bruksrett til land og vann i Finnmark». Mandatet gir videre en del konkrete anvisninger om hvilke forhold som ønskes utredet i forbindelse med det overstående, og herunder heter det bl.a. at gruppen «bør ... benytte internasjonal rett og utenlandsk rett i den utstrekning det kan ha betydning for fastleggningen av norsk rett i denne sammenheng».

(2) I redegjørelsen for sitt *rettskildesyn*, som er inntatt i NOU 1993:34 s. 24-30, uttaler Rettsgruppens *flertall* (seks medlemmer) at de «generelle prinsipper som kan utledes av Høyesteretts praksis, også skal anvendes i forhold til spørsmål om eiendomsrett og rettighetsforhold i Finnmark» (s. 25). Man anser formell lov som den viktigste rettskilde, og i den grad lovreglene er uklare er disse søkt tolket i samsvar med de tolkningsprinsipper som kan utledes av Høyesteretts praksis. Således anser man også andre rettskildefaktorer enn lov og rettspraksis, herunder forvaltningsspraksis, privates faktiske og rettslige disposisjoner, lokal sedvanerett og rettsoppfatninger, juridisk litteratur, reelle hensyn og folkerett for å være relevante rettskildefaktorer når spørsmålet om gjeldende rett til land og vann i Finnmark skal avklares (s. 25-26). Om sitt generelle syn på folkeretten som rettskilde i den forbindelse, sier flertallet bl.a. dette:

«Forsåvidt gjelder fast eiendoms rettsforhold vil folkeretten bare unntaksvis ha betydning, men for eiendomsrett og rettigheter til fast eiendom i Finnmark ligger det annerledes an – riktignok slik at det er vanskelig å si med sikkerhet når folkeretten vil bli ansett relevant og hvilken vekt den i så fall skal ha».

Synspunktet utdypes på s. 30, der det pekes på at det knytter seg særlige rettskildemessige spørsmål til de folkerettslige forpliktelser Norge har overfor samene som urfolk og minoritet, og da i første rekke iht. SP artikkel 27 og ILO-konvensjon nr. 169. Den folkerettslige utvikling som pålegger staten plikter overfor samene, antas imidlertid først og fremst å få betydning for fremtidige vedtak. Det pekes videre på at Rettsgruppens mandat er å:

«beskrive de *etablerte* rettsforhold for fast eiendom i Finnmark. Disse rettsforhold er et resultat av en lang prosess, hvor det alt vesentlige – i form av eiendomsrett og rettigheter av annet slag – var avklart før Norges tiltrødelse til FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter og den senere folkerettslige ... utvikling. Vi antar at det i alle fall [av Høyesterett] vil bli vist betydelig større tilbakeholdenhet med å la nye rettskildefaktorer influere på etablerte tingsrettslige posisjoner, enn når det ... gjelder [lovgivers] fremtidige regulering av ressursutnyttelsen i samiske bosetningsområder.»

4. Se NOU 1993:34 s. 16, der mandatet er gjengitt i sin helhet.

Rettsgruppens flertall erkjenner således at de folkerettsregler som i nyere tid er vedtatt om minoriteters og urfolks rettsstilling *kan* komme inn i totalvurderingen av spørsmålet om eiendomsretten til grunnen i Finnmark, som drøftes i NOU 1993:34 s. 230-266. De nye reglene antas imidlertid bare hvis spørsmålet om eiendomsretten er tvilsomt, å få betydning for vurderingen av hvilken rettsstilstand som gjelder i dag. Hvis statens eiendomsrett var etablert allerede «før fremveksten av de nye synspunktene startet for alvor på 1960-tallet, antar man at «situasjonen vil bli en annen» (s. 266).

Flertallet legger i sin utredning av spørsmålet om eiendomsretten til grunnen i Finnmark avgjørende vekt på den domstolskapte læren om «festnede forhold» og den rettspraksis som er utviklet forsåvidt gjelder statens eiendomsrett til statsallmenningene i Sør-Norge. Det konkluderes med at staten hadde ervervet eiendomsrett til grunnen *før* den folkerettslige utviklingen begynte. Denne rettsstilstanden anses ikke å være endret i løpet av de siste årene (s. 266).

Rettsgruppens flertall har altså sett det som sin oppgave å kartlegge de *etablerte* rettigheter slik disse kan fastsettes etter norsk rett, herunder norsk retts forståelse og anvendelse av folkeretten. Ut fra synspunktet om at statens eiendomsrett var etablert da den folkerettslige utviklingen begynte på 1960-tallet, har man imidlertid antatt at folkerettsreglene primært kan få betydning for den fremtidige vurderingen av eiendomsforholdene i Finnmark, og ikke tillagt disse betydning for den rettsstilling som *i dag* gjelder for denne grunnen. Dette ut fra en antagelse om at Høyesterett ikke ville legge avgjørende vekt på folkeretten hvis spørsmålet om eiendomsretten til grunnen i Finnmark i dag skulle komme på spissen, jf. at det på s. 266 vises til følgende utsagn fra høyesterettsdommen om Skjerstadfeltet i Nordland fylke (Rt. 1991 s. 1311 på s. 1321):

«Hvis den etablerte tilstand [statens eiendomsrett] skal endres må dette imidlertid skje ved en lovendring, eller ved tiltak fra staten som grunneier».

Gruppens *mindretall*, Otto Jebens, er ikke uenig i flertallets allmenne rettskildesyn. Han har imidlertid lagt langt større vekt på folkerettslige kilder og lokale rettsoppfatninger i sin vurdering av spørsmålet om hvem som er eier av grunnen i Finnmark. Jebens har dessuten lagt til grunn at den rettspraksis flertallet har vist til når det gjelder de «festnede forhold», ikke kan tillegges samme relevans i Finnmark som i Sør-Norge. Han har på denne bakgrunn konkludert med at den delen av fylket som før 1751 var under svensk jurisdiksjon, har vært og er kollektivt eid av den samiske befolkning som har bodd i og brukt dette området (NOU 1993:34 s. 297).

(3) Foruten å tilkjenne sitt syn på folkerettens betydning som rettskilde forsåvidt gjelder retten til grunn og naturressurser i Finnmark, tar Rettsgruppen også opp en del spørsmål i forbindelse med *SP artikkel 27 og ILO-konvensjon nr. 169*, jf. NOU 1993:34 s. 43-78.

Flertallet (seks medlemmer) redegjør for sitt syn på s. 43-60. Det gis bl.a. en del kommentarer til folkerettsutredningen i NOU 1984:18 og trekkes herunder i tvil om artikkel 27 innebærer en plikt for statene til å yte aktiv støtte til minoritetskulturene (s. 49). Man kommer også med en del synspunkter som kan supplere den tolkning av artikkel 27 som er gjort i NOU 1984:18 (s. 51-53) Tre av de medlemmer som tilhører flertallet har imidlertid ønsket å reservere seg mot «vesentlige deler» av det som sies om denne bestemmelsen, og har derfor utarbeidet en særuttalelse (s. 58-60). Disse tre synes å være av den oppfatning at det øvrige flertall går for langt i å antyde hvilke forpliktelser som eventuelt kan følge av artikkel 27.

Det er derimot et samlet flertall som står bak det som på s. 53-58 sies om ILO-konvensjon nr. 169. Man antar at det neppe finnes områder i Norge hvor samene vil ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter etter artikkel 14 nr. 1

(s. 55-56) og at heller ikke artikkel 15 om urfolks rett til å delta i forvaltningen av naturressursene der de har tilhold, vil få praktisk betydning for samene (s. 57).

Gruppens *mindretall*, Otto Jebens, er på sin side av den oppfatning at de folkerettslige spørsmål må ses i et videre perspektiv enn det flertallet har gjort. Dessuten burde etter hans mening folkerettsutredningen i NOU 1984:18 i større grad ha vært videreført for å konkretisere innholdet i folkerettsvernet med henblikk på retten til grunn og naturressurser i samiske områder. Jebens har således utformet en egen redegjørelse (s. 60-78) der han bl.a. forsøker å foreta en slik konkretisering og ellers trekker konklusjoner som avviker til dels klart fra flertallets syn. Blant annet legger han til grunn at folkerettsreglene medfører klare forpliktelser for staten både når det gjelder å anerkjenne en form for samisk eiendomsrett til grunnen i samiske områder og sikre deres rett å bruke og delta i forvaltningen av naturressursene i samiske bosetningsområder.

2.1.4 Reaksjoner på Rettsgruppens utredning

Rettsgruppens utredning har vært gjenstand for betydelig kritikk, både fra samisk og annet hold. Det har bl.a. vært uttrykt misnøye med at gruppens flertall ikke utredet samiske rettsoppfatninger nærmere og i liten grad la vekt på slike oppfatninger når man konkludere med at staten er eier av grunnen i Finnmark. Flertallet har også vært sterkt kritisert for ikke i større grad å ha forsøkt å konkretisere de krav folkeretten stiller forsåvidt gjelder retten til grunnen i samiske bosetningsområder, og for sin manglende vektlegging av statens folkerettslige forpliktelser i den forbindelse.

Sametinget tok det således opp med Justisdepartementet høsten 1994 at Rettsgruppens flertall i liten grad hadde utredet og lagt vekt på samiske rettsoppfatninger og statens folkerettslige forpliktelser i sin redegjørelse for eiendomsforholdene i Finnmark, og krevde ytterligere utredning av disse forhold. Henvendelsen ledet til et møte 14. desember 1994 mellom justisministeren og representanter for Sametinget og de samiske organisasjonene Norske Samers Riksforbund og Norske Reindriftssamers Landsforbund. Det var her enighet om at de samiske rettsoppfatningene og statens folkerettslige forpliktelser burde undergis en nærmere utredning.

Etter en viss korrespondanse med Sametinget, bestemte Justisdepartementet i brev 3. mai 1995 at det skulle igangsettes et forskningsprosjekt om samiske sedvaner og rettsoppfatninger utenfor Samerettsutvalget.⁵ Man fant derimot ikke grunn til at prosjektet også skulle omfatte folkeretten, slik Sametinget hadde gått inn for. Departementet mente folkerettsutredningen burde ligge til utvalget, fordi utredningen av de folkerettslige spørsmål ble ansett «som et helt sentralt grunnlagsmateriale for Samerettsutvalget, – både for spørsmålet om samenes rettigheter til land og vann og for andre spørsmål som det tilligger Samerettsutvalget å utrede».

2.2 DET VIDERE ARBEID MED FOLKERETTEN I SAMERETTSUTVALGET. FOLKERETTSGRUPPENS SAMMENSETNING OG MANDAT

På bakgrunn av det overstående, presiserte Justisdepartementet i brev til Samerettsutvalget 3. mai 1995 utvalgets mandat på følgende måte:

«I Samerettsutvalgets første delutredning NOU 1984:18 gis det en fylldig redegjørelse for internasjonal rett ... Den internasjonale rett har imidlertid ut-

5. Sametinget og Justisdepartementet har hver oppnevnt tre medlemmer til en styringsgruppe som er tiltenkt å utforme det nærmere mandat for forskningsprosjektet og oppnevnte sakkyndige utredere, men selve prosjektet er så vidt vites ikke kommet i gang.

viklet seg i tiden etter at utredningen ble avgitt. Det kan blant annet vises til ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater 1989, Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale minoriteter 1 februar 1995 og Erklæring om rettighetene til personer som tilhører nasjonale eller etniske, religiøse og språklige minoriteter 18. desember 1992.

Justisdepartementet vil be om at utvalget også utreder den folkerettslige utviklingen etter 1984.»

Spørsmålet om videre utredning av folkeretten ble tatt opp på Samerettsutvalgets møte 11. mai 1995, hvor det ble bestemt å overlate utredningen til en sakkyndig gruppe. Utvalgets formann, Tor Falch, fikk fullmakt til å utforme oppdrag for og foreslå medlemmer av gruppen overfor Justisdepartementet. Dette ble gjort i brev 31. mai 1995 som foruten forslag om medlemmer, skisserer gruppens oppdrag. Departementet samtykket i brev 9. juni 1995 til at det ble opprettet en folkerettsgruppe med sakkyndige medlemmer, og overlot oppnevningen av disse til Samerettsutvalget. Utvalget oppnevnte 14. juni 1995 følgende medlemmer til gruppen:

1. Direktør, cand. jur. Asbjørn Eide (leder)
2. Professor, cand. jur. M.C.J, S.J.D, Gudmundur Alfredsson
3. Professor dr. juris., Jens Edvin A. Skoghøy
4. Kontorsjef, Cand. mag., Sven-Roald Nystø
5. Forsker, Cand. philol. Steinar Pedersen

De to sistnevnte er også medlemmer av Samerettsutvalget. Utvalgets hovedsekretær, Rådgiver, cand. jur., Jon Gauslaa har vært som sekretær for folkerettsgruppen.

Som bakgrunn og oppdrag for folkerettsgruppen ble følgende anført:

«Samerettsutvalget har som oppdrag blant annet å utrede allment spørsmålene omkring den samiske befolkningens rettslige stilling når det gjelder retten til og disponeringen og bruken av land og vann, og å vurdere behovet for endringer i gjeldende rettsregler. I utvalgets utredning NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling er det ... i kapittel 6 gitt en omfattende redegjørelse for internasjonal rett og utenlandsk rett av betydning for samene ... Redegjørelsen for internasjonal rett – folkeretten – utgjør et viktig grunnlag for forslagene i utredningen fra 1984 om grunnlovsbestemmelse og sameting. Samerettsutvalget har senere arbeidet med forslag til og endringer av retten til og disponeringen og bruken av land og vann i samiske bruksområder, for tiden særlig i Finnmark. Også i dette arbeidet er folkeretten et viktig grunnlag for vurderingene.

Folkerettsutredningen fra 1984 vil danne utgangspunkt for det arbeidet med folkeretten som nå skal gjøres. Flere forhold er kommet til siden den gang, som bør tas i betraktning ved den videre utredning av folkeretten.

Siden 1984 er det kommet til nye konvensjoner, således ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater og Europarådets rammekonvensjon 1. februar 1995 om beskyttelse av nasjonale minoriteter. Videre har man fått KSSE-erklæringen fra 1990 om den menneskelige dimensjon, vedrørende blant annet nasjonale minoriteter, Agenda 21 fra 14. juni 1992 under FN-konferansen om miljø og utvikling i Rio de Janeiro med kapittel 26 om anerkjennelse og styrking av rollen for urfolk og deres samfunn, og FN-erklæringen 28. desember 1992 om rettighetene til personer som tilhører nasjonale eller etniske, religiøse og språklige minoriteter.

En del folkerettsspørsmål er drøftet i utredningen fra den såkalte rettsgruppen ... i NOU 1993:34 Rett til og forvaltning av land og vann i

Finnmark. Det er her mindretallsgrupper som har inntatt til dels ulike standpunkter (side 45-78, 290-294). Folkerettsgruppen bør behandle disse spørsmålene.

I utredningen fra 1984 er det forutsatt at arbeidet med den såkalte lappekodisillen fra 1751 bør fortsette (side 155). Interessen for lappekodisillen har øket den senere tid. Folkerettsgruppen bør kunne se på dette.

Urfolksretten har vært i sterk utvikling i enkelte andre lands egen rettsordning. Nasjonale rettssystemer kan bidra til utvikling av internasjonal rett ved siden av at de kan gi veiledning ved vurderingen av endringer i norsk rett.

Sametingsrådet har (i vedtak 28.-29. mars 1995) gitt uttrykk for at samiske sedvaner vil «kunne representerte et viktig grunnlag for å konkretisere de folkerettslige prinsippene overfor samene». Den forskningen som aktes gjennomført uavhengig av samerettsutvalget for å utrede samiske sedvaner og rettsoppfatninger, vil neppe være kommet langt før folkerettsgruppen legger frem utredningen sin. Men i den grad opplysninger om samiske sedvaner og rettsoppfatninger foreligger, bør de tjene som bakgrunn for spørsmålsstillinger for folkerettsgruppen.

Folkeretten vil være av betydning for en del av de utkast til nye rettsordninger som samerettsutvalget har drøftet. Utvalget vil gjøre folkerettsgruppen kjent med disse utkastene, slik at de kan tjene som bakgrunn for spørsmålsstillinger for gruppen.

Folkeretten bør således så vidt mulig sees i forhold til så vel samiske sedvaner og rettsoppfatninger som gjeldende norsk rett og mulige endringer av den.»

2.3 ARBEIDSMÅTE OG DISPOSISJON

Folkerettsgruppen hadde sitt første møte 31. oktober 1995 og hadde frem til sitt siste møte 2. august 1996 i alt sju møter over til sammen sju dager. Et førsteutkast til fremstilling om landrettigheter med hovedvekt på ILO-konvensjon nr. 169 (utredningens "*Landrettigheter i urfolksretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater*" i punkt 3.3) ble lagt frem for Samerettsutvalget 19. april 1996 i Tromsø. Her var Jens Edvin A. Skoghøy til stede i tillegg til de av gruppemedlemmene som også er medlemmer av Samerettsutvalget. Hele utredningen ble lagt frem for utvalget 10. september 1996 i Oslo, hvor alle folkerettsgruppens medlemmer, med unntak av Alfredsson, deltok.

Samerettsutvalgets medlemmer har ved begge disse anledninger hatt anledning til å komme med synspunkter på og merknader til det materiale som har vært fremlagt. Utvalget har imidlertid som sådan ikke tatt selvstendig stilling til innholdet i folkerettsutredningen. Ansvar for utredningens innhold og form ligger dermed hos gruppen, hvis arbeid ellers har vært lagt opp slik at dens enkelte medlemmer har hatt hovedansvaret for å utarbeide utkast til utredningens ulike deler. Dette hovedansvaret fordeler seg slik:

For "*Om folkerettsgruppen og bakgrunnen for utredningen*" i kapittel 2 (Om folkerettsgruppen og bakgrunnen for dens utredning) har Jon Gauslaa hovedansvaret. Asbjørn Eide har hovedansvaret for "*Folkerettens kilder*" i kapitlene 3.1 (Folkerettens kilder), 3.2 (Utviklingstrekk innen relevante deler av folkeretten), 3.6 (Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper), 3.8 (Betydningen av disse deler av folkeretten for norsk rett) og 5 (Om lappekodisillen). Eide har sammen med Gudmundur Alfredsson hovedansvaret for "*Etnisk og rasemessig likestilling. særlig om FN-konvensjonen om eliminering av rasediskriminering*" i kapitlene 3.5 (Etnisk og rasemessig likestilling) og 4 (Landrettigheter. Utviklingen i noen andre land). Alfredsson har hovedansvaret for "*Elendomsrett og landrettigheter som del av de*

allminnelige menneskerettigheter. Noen generelle kommentarer" i kapitlene 3.4 (Om eiendomsrett og rettigheter til land: Noen generelle kommentarer) og 3.7 (Indre selvstyre og medbestemmelsesrett). Jens Edvin A. Skoghøy har hovedansvaret for "*Landrettigheter i urfolksretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater*" i kapittel 3.3 (Landrettigheter i urfolksretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169). Alfredsson har bidratt til utarbeidelsen av "*Kan de rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, overdras?*" i kapittel 3.3.6.

Til grunn for fremstillingen om lappekodisillen i "*Lappekodisillen av 1751 og dens betydning i dag*" i kapittel 5 ligger en særutredning fra Steinar Pedersen (Momenter om Lappekodisillen og samiske rettigheter i Finnmark, 1751-1889). Denne er vedlagt folkerettsgruppens utredning. Pedersen har også utarbeidet en særuttalelse til folkerettsutredningens "*Er ILO-konvensjonen til hinder for at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse?*" i kapittel 3.3.7.

Utkast til de ovennevnte deler av utredningen har vært diskutert på gruppens møter og undergitt en fornyet vurdering ut fra hva som der er kommet frem. Selv om ulike personer har hatt hovedansvaret for utredningens ulike deler er det således, med unntak "*Er ILO-konvensjonen til hinder for at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse?*" i kapittel 3.3.7 hvor altså Pedersen har utarbeidet en særuttalelse, en samlet folkerettsgruppe som står bak den fremlagte utredning.

Etter å ha vurdert ulike *disposisjonsmåter* for utredningen, har folkerettsgruppen valgt å legge opp til en adskilt fremstilling av folkerettens regler om urfolks rett til land, kultur og lokalt selvstyre på den ene siden og de tilsvarende regler i ulike lands nasjonale rett på den annen. Videre er det tatt utgangspunkt i reglene om urfolks landrettigheter, slik at disse behandles før de mer allmenne regler om urfolks og andre nasjonale minoriteters kulturelle rettigheter mv.

De *folkerettslige spørsmål* om urfolks rett til land, kultur og lokalt selvstyre er behandlet i utredningens "*Folkerett og sammenlignende rett*" i kapittel 3. Det gis i "*Folkerettens kilder*" i punkt 3.1 en oversikt over de folkerettslige kilder og i "*Utviklingstrekk innen relevante deler av folkeretten*" i punkt 3.2 over utviklingstrekk innen de relevante deler av folkeretten. I fokus for denne utredningen står de folkerettregler som berører landrettigheter og spørsmål om grunnforvaltning. "*Landrettigheter i urfolksretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater*" i Kapittel 3.3 gir derfor en bred fremstilling av spørsmålet om landrettigheter i urfolksretten, med hovedvekt på ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Kapitlet har også noen generelle kommentarer om eiendomsrett og landrettigheter, derunder spørsmålet om kollektive versus individuelle rettigheter og om uavhendelighet av land.

Spørsmålet om urfolks landrettigheter må også sees i lys av de internasjonale menneskerettigheters bestemmelser om eiendomsrett. Dette behandles i "*Eiendomsrett og landrettigheter som del av de allminnelige menneskerettigheter. Noen generelle kommentarer*" i punkt 3.4. Av betydning for dette spørsmålet er også de folkerettslige regler om etnisk og rasemessig likestilling, og prinsippene om ikke-diskriminering og likhetsbehandling, som behandles i "*Etnisk og rasemessig likestilling. særlig om FN-konvensjonen om eliminering av rasediskriminering*" i punkt 3.5, hvor FN-konvensjonen mot rasediskriminering er viet særlig omtale. De mer allmenne regler om minoriteters kulturelle rettigheter er gjennomgått i "*Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper. Betydning for urfolks landrettigheter*" i punkt 3.6, hvor det bl.a. går nærmere inn på senere års praksis omkring SP artikkel 27 og Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale

minoriteter (1995). I "*Indre selvstyre og medbestemmelsesrett*" i punkt 3.7 redegjøres det for folkerettslige spørsmål og internasjonal praksis vedrørende lokalt selvstyre og medbestemmelsesrett for urfolk og minoriteter, og i "*Betydningen av disse deler av folkeretten for norsk rett*" i punkt 3.8 for hvilken betydning de folkerettslige regler som er omhandlet i "*Folkerett og sammenlignende rett*" i kapittel 3, har for norsk rettsutøvelse.

Folkerettsgruppen gir i "*Landrettigheter: Utviklingen i noen andre land*" i kapittel 4 en kort sammenliknende fremstilling av nyere utvikling i *nasjonal urfolk-srett*, særlig med hensyn til landrettigheter i Danmark/Grønland, Sverige, Finland, Russland, Canada, USA, Nicaragua, Australia og New Zealand. Kapitlet bygger i betydelig grad på de utredninger om urfolksretten i en del av de nevnte land, som er innhentet i Samerettsutvalgets regi og publisert som del II i den herværende NOU, og besvarer i stor grad de samme spørsmål som det er redegjort for i "*Folkerett og sammenlignende rett*" i kapittel 3. Det vil si at det for hvert enkelt land gis en oversikt over hvilke regler som gjelder om urfolks landrettigheter, ikke-diskriminering og likestilling, eiendomsrett, kulturelle rettigheter og lokalt selvstyre.

I "*Lappekodisillen av 1751 og dens betydning i dag*" i kapittel 5 tar gruppen opp spørsmålet om *lappekodisillen* av 1751 og dens betydning i dag. Kapitlet gir en oversikt over kodisillens bakgrunn og redegjør noe nærmere for dens innhold og betydning i dag. Den historiske bakgrunn for den analyse som er gjort, bygger som nevnt ovenfor, på Steinar Pedersens fremstilling «Momenter om Lappekodisillen og samiske rettigheter i Finnmark, 1751-1889», som er utgitt som et vedlegg til folkerettsgruppens utredning.

KAPITTEL 3

Folkerett og sammenlignende rett**3.1 FOLKERETTENS KILDER**

De viktigste folkerettslige kilder er traktater og sedvanerett, dvs. statenes egne avtaler og praksis. Traktatene er den viktigste rettskilden for denne utredningens formål. Artikkel 38 i Den internasjonale domstols statutter nevner dessuten også «generelle rettsprinsipper» som primær rettskilde. Domsavgjørelser og teoriens oppfatninger spiller en viktig rolle som sekundære kilder eller faktorer i rettsanvendelsen. I vår tid tillegges også internasjonale organisasjoners vedtak stor betydning, og kan i noen tilfeller utvikle seg til å bli sedvanerett dersom de følges opp av konsistent praksis. Noen slike vedtak benevnes «erklæring» eller «sluttakt». Disse kan i blant være uttrykk for statenes oppfatning om innholdet av gjeldende rett, og blir på den måten sentrale rettskildefaktorer.

Denne rapporten baserer seg i hovedsaken på traktater som Norge har tiltrådt og derfor er bundet av, og tolket etter vanlige regler slik Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 om traktater tilsier. Blant annet vil forarbeider og etterfølgende praksis i relevante internasjonale organer bli tillagt vekt. Norge har ratifisert alle de relevante traktater som behandles i større detalj i "*Utviklingstrekk innen relevante deler av folkeretten*" i punkt 3.2, og har ikke tatt reservasjoner av relevans for de spørsmålene som her blir behandlet.⁶

Statene har det primære ansvar for gjennomføringen av internasjonale forpliktelser i nasjonal rett og administrasjon. Gjennomføringen krever at traktatene tolkes for å klarlegge innholdet av forpliktelsene. Etterlevelsen av de traktatene som omhandles i denne rapporten er underkastet internasjonale kontrollinstanser. Dette kan dels bestå i gjennomgang av periodiske rapporter som statene (derunder Norge) er forpliktet til å avgi om gjennomføringen av konvensjonen. Rapportene blir gjennomgått av dertil etablerte internasjonale komitéer. Det internasjonale tilsynet kan også bestå i behandling av klager til internasjonale kommisjoner eller i noen tilfeller også til en internasjonal domstol. Det er også opprettet mekanismer for å iverksette internasjonale undersøkelser om nasjonal etterlevelse, blant annet i regi av Organisasjonen for Sikkerhet og Samarbeide i Europa (OSSE).

Praksis innen de internasjonale kontrollorganene tillegges stor vekt ved klargjøringen av individers og gruppers rettigheter og statenes forpliktelser under vedkommende konvensjon. I denne rapporten vil det blant annet bli vist til generelle kommentarer og til konkrete saker avgjort av FNs Rasediskrimineringskomité ("*Etnisk og rasediskriminering, særlig om FN-konvensjonen om eliminering av rasediskriminering*" i kap. 3.5) og FNs Menneskerettighetskomité ("*Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper. Betydning for urfolks landrettigheter*" i kap. 3.6). Kontrollkomiteenes generelle kommentarer gir uttrykk for en oppsummering av den tolkningspraksis vedkommende komité har kommet frem til når det gjelder de enkelte bestemmelser i vedkommende konvensjon, blant annet Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (forkortet SP) og Konvensjonen til forhindring av alle former for rasediskriminering.

6. De traktater som omhandles i denne utredningen kan finnes i en eller begge av de to følgende samlinger: Møse, Erik: Folkerettslige tekster, Universitetsforlaget, fjerde utgave 1995, eller i Andreassen Bård-Anders og Odd Ryan: Menneskerettigheter – en dokumentsamling. Ad Notam, 2. opplag 1994.

3.2 UTVIKLINGSTREKK INNEN RELEVANTE DELER AV FOLKERETTEN

I det følgende vil bli omtalt enkelte trekk ved utviklingen over tid på de rettsområder som har betydning for landrettigheter og grunnforvaltning. Vekten vil bli lagt på urfolksrett, minoritetsrettigheter innbefattet selvstyre og kulturell autonomi, de generelle menneskerettigheter innbefattet retten til eiendom, og regler om forhindring av diskriminering og sikring av likebehandling.

3.2.1 Naturrett, eldre folkerett og fremveksten av global standardsetting

Den folkerettslige utvikling, og til dels rettsutviklingen forøvrig, har gjennom århundrene vært påvirket av en viss spenning mellom naturretslige og positivistiske tilnæringsmåter. Dette har betydning for den etterfølgende diskusjon. Sterkt forenklet kan det sies at de folkerettslige forfattere i det 17. og 18. hundreår for en stor del baserte sine fremstillinger på det de mente var eller burde være generelle rettsprinsipper, og de brukte blant annet naturretsargumenter som begrunnelser for sine standpunkter.

Det var imidlertid ikke bare innen folkeretten dette skjedde. Også innen det som idag ville kalles nasjonal rett ble det ofte brukt naturretslige argumenter, ikke minst under fremveksten av forestillingene om og den første aksepten av menneskerettighetene som rettslige normer.⁷ For øvrig var det inntil slutten av 18. århundre meget uklare skiller mellom folkerett og nasjonal rett.⁸ Dette skillet ble klargjort først rundt 1800-tallet, samtidig med at positivismen fikk gjennomslag både i folkerett og i nasjonal rett.⁹ Mens naturretsforfattere kunne ta hensyn til hva som de mente var rimelig eller rettferdig, var det positivismens målsetning å fremstille den rett som faktisk gjaldt og som ble håndhevet. Den positive rett reflekterte det kompromiss som til enhver tid eksisterte mellom de faktiske maktforhold og de rettferdighetsoppfatninger som eksisterte i samfunnet.

Positivismen reflekterte også nasjonalstatens konsolidering. Klassisk er John Austins definisjon av rettsreglene som et sett av kommandoer (viljesbeslutninger) fra en overordnet (suverenen) til sine undersåtter, under trussel om sanksjoner dersom de ikke ble etterlevd.¹⁰ Suverenen kunne være en person eller et kollektiv (f.eks. en valgt forsamling av lovgivere). Med dette ble «rett» og «stat» intimt knyttet sammen. Austins definisjon hadde liten plass for sedvaner; de fikk imidlertid mere plass i senere positivisters arbeider. Hans definisjon hadde liten plass for rettferdighetsforestillinger.

For folkerettslig positivisme ble traktater og påviselig statspraksis de viktigste rettskilder, selv om alminnelige rettsprinsipper fortsatt hadde en plass, om enn beskjeden, i de fremstillinger som ble gjort på det 19. og første del av det 20. århundret. Traktater var for det meste bilaterale eller inngått mellom et lite antall stater,

7. De viktigste bidragene ble gitt av John Locke (*Two Treatises of Government*, ca. 1688) og Jean-Jacques Rousseau (*Du contrat social*, 1762), selv om mange andre bidrag hadde betydning (Althusius, Hugo Grotius, Montesquieu, Immanuel Kant).

8. Blant de mange arbeider om folkerettens historie som underbygger denne påstanden kan vises dette er A. Nussbaum: *A concise history of the Law of Nations*, 2. Utgave 1954.

9. Jeremy Bentham, utilitarismens «grunnlegger» hevdet i sin «Anarchial Fallacies» (publisert i 1824, men skrevet tidligere) at forestillingen om «naturlige rettigheter» var meningsløs og at «uavhengelige rettigheter» var «meningsløshet på stylder». Dette var ment som kritikk av fransk og amerikansk menneskerettighetsideologi. Jeremy Bentham mente at rettigheter bare kunne etableres ved et fungerende lovgivningssystem, noe som krevde et representativt og åpent demokrati. I praksis ville det innebære at bare et nasjonalt rettsystem ville kunne skape rettigheter etter hans definisjon.

10. I «The province of Jurisprudence Determined», 1832

og reflekterte enten de maktrelasjoner som eksisterte mellom dem eller en løsning på praktiske spørsmål.

En viktig endring i utviklingen skjøt fart fra 1945, selv om noen spirer fantes i Folkeforbundets tid. Med FN-pakten ble grunnen lagt for utviklingen av et globalt rettssystem som tok hensyn til menneskerettigheter og likebehandling og som derfor satte store krav til innholdet av de nasjonale rettssystemene. Dette skapte også behovet for en revurdering av forholdet mellom folkeretten og nasjonal rett, ikke minst når det gjaldt de grunnleggende regler til vern for individer og beskyttelse av rase- og minoritetsgrupper mot diskriminering.¹¹

Multilaterale traktater har deretter fått en økende plass i folkeretten. Mange av disse globale eller regionale traktatene inneholder ofte generelle rettsprinsipper. Dermed skjer det en positivistisk konsolidering av prinsipper som først ble utformet som naturrettslige rettsutsagn for flere hundre år siden. Det har også medført at en god del av den nasjonale, positiverte rett i den mellomliggende periode har måttet revurderes.

Fra et positivistisk perspektiv kan folkerettens kilder deles i partikulær og generell folkerett. De partikulære kilder er direkte forpliktende bare for en begrenset krets av stater, enten de er spesielle sedvaner dem imellom eller traktater mellom to eller et fåtall antall stater.

Den generelle folkeretten er forpliktende for alle stater og omfatter de generelle rettsprinsipper og folkerettslig sedvanerett unntatt de lokale sedvaner. Traktater og andre folkerettslige avtaler er direkte bindende bare for avtalepartene, men utviklingen i retning av stadig flere multilaterale traktater (konvensjoner) med et stort antall statsparter har ført til at innholdet i disse i økende grad tolkes som uttrykk for generelle rettsprinsipper eller sedvanerett og derved bindende for alle stater. Særlig gjelder dette mange av de konvensjoner som er vedtatt av FN.

Internasjonale organisasjoners vedtak i form av erklæringer eller andre instrumenter bidrar også til fremveksten av generell folkerett. Mellom de generelle og de partikulære kilder finnes regionale folkerettslige kilder, for eksempel de som gjelder spesielt for OSSE-landene eller for Europarådlandene. Selv om generelle rettsprinsipper blir behandlet i denne utredningen, bygger konklusjonene på internasjonale konvensjoner ratifisert av Norge.

3.2.2 Urfolksbegrepet. «Indigenous», «aboriginals», «Natives» og «First Nations»

Ordet «urfolk» har i de siste årene i stor utstrekning erstattet ordet «urbefolkning».¹² Et eksempel er den forandring i språkbruk som skjedde da ILO-konvensjon nr. 107 (1957) ble erstattet av ILO-konvensjon nr. 169 (1989). Den første av disse het på engelsk «*Convention on Indigenous and other Tribal and Semi-Tribal Populations*» mens den neste het «*Convention on Indigenous and Tribal Peoples*». (I den norske oversettelsen blir iblant fortsatt, men feilaktig «befolkning» brukt som oversettelse av «peoples»). Overgangen fra «befolkning» til «folk» føyer seg inn i en økende tendens også i majoritetenes offisielle språk til å bruke de begrep eller betegnelser som urfolkene eller minoritetene selv foretrekker. Mens man før brukte «lapper» brukes nå «samer»; hvor det før ble brukt «eskimo» brukes nå «inuit», og «sigøyner» blir i økende grad erstattet med «Roma» eller «Romani».

11. For Norges vedkommende er dette særlig kommet til uttrykk i innstillingen fra det såkalte Møse-utvalget, inneholdt i NOU 1993:18 (Lovgivning om menneskerettigheter), se nedenfor i kapittel 2.8.

12. NOU 1984:18 brukte konsekvent begrepet «urbefolkning», som den gang var vanlig. En betydelig utvikling har siden skjedd på det internasjonale plan.

Ved å bruke «folk» isteden for «befolkning» gis det et uttrykk for erkjennelse av at det dreier seg om grupper som har en indre enhet, en sterk fellesskapsfølelse og et ønske om å få adgang til å fungere som et kollektiv, ikke bare som en spredt befolkning. Debatten omkring denne språkbruken er fortsatt intens, men uten at dette har betydning for de rettslige spørsmål som blir behandlet nedenfor. Det heter derfor også i ILO-konvensjon 169, artikkel 1(3) at begrepet «folk» i konvensjonen ikke skal ha noen innvirkning på de rettigheter som for øvrig kan knyttes til begrepet i folkeretten.

Prefikset «ur» i sammensetningen «urfolk» brukes i norsk språk som felles begrep for de engelske ordene «aboriginal» og «indigenous». I offisiell amerikansk språkbruk forekommer også «Native Americans», et begrep som dekker den opprinnelige befolkningen (indianerne, men ikke inuitene og aleutene). Mange indianergrupper bruker selv betegnelsen «nasjon», f.eks. i sammensetningen «First Nations».

Etymologisk svarer «urfolk» mest til «aboriginal peoples», men semantisk blir «urfolk» hos oss brukt slik ordet «indigenous» blir på engelsk, ettersom ordet «innfødt», som ville ha vært den mest nærliggende oversettelse, har fått en negativ betydning i norsk språkbruk. I motsetning til ordet «innfødt» skaper ordet «urfolk» forestillinger om at vedkommende gruppe må ha vært den aller første i vedkommende område. Dermed oppstår en nokså meningsløs diskusjon som nærmest må føres på arkeologisk grunnlag.¹³

Ordet «indigenous» er et videre begrep enn «aboriginal», som blir mest brukt om folkegrupper som bodde i oversjøiske territorier da europeerne kom inn, koloniserte og bosatte seg i områdene, og marginaliserte den lokale befolkningen som ble ansett som mer «primitiv» etter datidens tankegang. «Aboriginal» har særlig vært brukt i Australia og Canada. Ordet «indigenous» har en langt videre betydning: Det dekker folkegrupper som uten tvil har bodd i et område lenge nok til at de har et fast og langvarig forhold til territoriet, uten nødvendigvis å ha vært de første til å bosette seg der. De kan ha vært den eneste gruppen på en del av territoriet før de nåværende, faste grenser ble trukket. Det er imidlertid en forutsetning for å bli omtalt som «indigenous» at vedkommende folkegruppe ikke er politisk eller økonomisk dominerende i staten de hører til.

ILO-konvensjon 169 angir i artikkel 1 hvem som dekkes av konvensjonen, dvs. hvem som er urfolk eller stammefolk i konvensjonens forstand. Kategorien «urfolk» betegnes slik i artikkel 1(2):

«Folk i selvstendige stater som er ansett som opprinnelige fordi de nedstammer fra folk som bodde i landet eller en geografisk region som landet hørte til da erobring eller kolonisering fant sted eller da de nåværende statsgrenser ble fastlagt, og som – uansett deres rettslige stilling, har beholdt alle eller noen av sine egne sosiale, økonomiske, kulturelle og politiske institusjoner».

Det er ingen dissens om at samene dekkes av ILO-konvensjon 169 artikkel 1(2) og at de er et urfolk i konvensjonens forstand. For stater som ikke har ratifisert denne konvensjonen, kan det imidlertid fortsatt være tvister om hvor langt det generelle begrepet «urfolk» strekker seg. Spørsmålet er aktuelt under de pågående forhandlinger om utarbeidelsen av en FN-erklæring om urfolks rettigheter, hvor det

13. I NOU 1984:18 er omtalt den til dels opphetede debatt om samene var «urbefolkning» i forhold til ILO-konvensjon 107 av 1957. Se særlig avsnitt 6.10.5.2. Allerede dengang burde det ikke ha vært tvil om at samene oppfylte kriteriene. Uansett er det utvilsomt at samene dekkes av ILO-konvensjon 169, se ovenfor i teksten.

foreløpig ikke er vedtatt noen definisjon eller angivelse av erklæringens dekningsområde.

Innbyggerne som befant seg i koloniterritorier før europeerne kom dit ble omtalt som «indigenous» inntil koloniene ble selvstendige.¹⁴ I de nye, selvstendige statene med et flertall av ikke-europeisk avstamning (Afrika og Asia) betegnes ikke befolkningen lenger som «indigenous» unntatt de gruppene som fremdeles er marginale og har en annen kultur enn den dominerende, f.eks. enkelte folkegrupper i Chittagong Hill-området i Bangla Desh, eller visse grupper i Malaysia og i Filipinene. Fra asiatisk regjeringshold er det imidlertid motstand mot at disse gruppene skal ansees dekket av den fremtidige FN-erklæringen om urfolks rettigheter.

3.2.3 Naturrett, folkerett og respekten for tradisjonell sedvanerett i eldre tid

Rettsutviklingen vedrørende urfolkene de første hundreår etter de store oppdagelser er beskrevet i detalj i NOU 1984:18, s. 313-317. I de første kontaktene med den lokale befolkningen i det som for europeerne var nyoppdagede områder, var de rettslige relasjoner ikke ulik det vi nå kaller folkerettslige forbindelser. Selv om de europeiske stater ikke anerkjente de politiske samfunn de møtte som stater i den europeiske forstand av ordet,¹⁵ var det likevel tendenser til anerkjennelse av en viss grad av suverenitet og en myndighetsrolle for høvdinger eller andre representanter for disse samfunnene. Etterhvert som koloniseringen skred fremover, enten ved erobring eller ved avtaleinngåelser, ble reguleringen vedrørende urfolkene en slags hybrid, et sted mellom folkerett og intern rett. Kolonimakten etablerte det regelverket som de mente var nødvendig for deres administrasjon av koloniene, men respekterte for øvrig de lokale sedvaner hvor de ikke ble ansett å blokkere kolonimaktens behov. I Nord-Amerika og i New Zealand inngikk dessuten den britiske kolonimakten avtaler (traktater) med deler av den opprinnelige befolkningen (indianere i Nord-Amerika og maorier i New Zealand).

Situasjonen endret seg ved overgang fra koloniterritorium til uavhengig stat. Denne utviklingen var forskjellig i de ulike deler av den koloniserte verden. På hele det amerikanske kontinent, såvel som i Australia og New Zealand, kom regjeringmakten i hendene på de europeiske innvandrere og deres etterkommere. Lovgivningen ble preget av disse innvandrergruppenes rettsoppfatninger. Men der hvor de britiske kolonimakter hadde inngått traktatforpliktelser med den opprinnelige lokalbefolkningen før uavhengigheten, er disse i en viss utstrekning senere blitt respektert av de nye myndigheter.¹⁶ Det gjelder særlig i USA og i Canada, og dessuten i

14. Betegnelsen gjaldt alle som bodde der før europeerne kom, selv om det hadde vært lag på lag av tidligere innvandrere. For eksempel eksisterte Sanfolket i det sørlige Afrika før Bantu-folket kom inn; de «ariske» og andre innvandrere i India fortrenget andre grupper, til dels de som nå er stammesamfunn og kasteløse.

15. Det er viktig å være oppmerksom på at selve statsbegrepet i vår forstand knapt eksisterte i den tiden, og at de senere europeiske doktriner om anerkjennelse av suverene stater ikke begynte å ta form før ved begynnelsen av det 19. århundredet. Crawford noterer seg at «the writers of the naturalist school were not concerned with the problem of statehood, because any ruler, whether or not independent, was bound by the law of nations, which was merely the application of the natural law to the problems of government» (James Crawford: *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979, s. 6)

16. I FNs Underkommisjon om forhindring av diskriminering og vern for minoriteter utarbeides det nå en studie om bruken av slike traktater og andre arrangementer, og deres betydning i dag. Se «Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations: Second progress report submitted by Mr. Miquel Alfonso Martinez, Special Rapporteur», E/CN.4/Sub.2/1995/27, 31 July 1995.

New Zealand hvor den viktige Waitangi-traktaten var inngått mellom den britiske monark og representanter for Maori-folket i 1840.

Som vi skal se blir i disse landene traktatene etter uavhengigheten ansett som intern rett, ikke folkerett, men likevel som gjensidig forpliktende avtaler mellom staten og de angjeldende folkegrupper som ikke kan tilsidesettes ved lov. Derimot har «storsamfunnets» domstoler – USAs Høyesterett og tilsvarende institusjoner – ansett seg berettiget til å tolke disse avtalene, selv om disse domstolene ikke kan sees som en uavhengig part i forholdet mellom urfolkene og storsamfunnet.¹⁷

De første teoretiske utlegninger om urfolkene «rettigheter» ble skrevet på naturrettslig grunnlag av spanske, dominikanske lærde med utgangspunkt i forestillinger om guddommelig basert rett. På deres tid (1500-tallet) var det ikke noe markert skille mellom «folkerett» og «intern rett»; disse var blandet sammen under naturrettens overbygning. Viktigst var Francisco de Vitoria (1483-1546). Hans rolle, og den til hans etterfølger Francisco Suarez (1548-1617), er omtalt i NOU 1984:18 s. 294-295, hvortil vises.¹⁸

Betydningen av deres arbeider var noe blandet. Særlig Vitoria lyktes i å få den spanske kongemakt til å gi regler til beskyttelse av indianerne mot de spanske «conquistadores» brutale maktbruk.¹⁹ Dessverre lyktes det bare i meget liten utstrekning å håndheve disse reglene i de spanske koloniene. Den annen siden var kanskje på lengre sikt av større betydning: Ved hjelp av naturretten bidro de til å utforme de første forestillinger om det som i dag ville blitt omtalt som «allmenne rettsprinsipper». Disse hadde innflytelse på den etterfølgende rettsutvikling, og har fått fornyet betydning i vår tid, særlig gjennom de universelle menneskerettighetene og nyere urfolksrett.

En side av disse allmenne rettsprinsippene var at urfolkene egne oppfatninger om rettigheter til naturressursene skulle respekteres. I praksis var det imidlertid stor forskjell mellom de territorier hvor europeerne bosatte seg i stort antall og derfor ble aktive konkurrenter i bruk av naturressursene, og på den annen side de territorier hvor kolonimaktene bare brukte området for uthenting av råvarer og salg av produkter fra den tidlige industrialiseringsperioden.

Slik ble det en forskjell mellom Asia og store deler av Afrika på den ene side, hvor settlerne var forholdsvis få i tallet og hvor de eksisterende folkegrupper i det vesentlige fikk fortsette sin eksistens og beholde sine rettigheter; på den annen side forholdene på det amerikanske kontinentet, Australia og New Zealand, hvor innvandrerne fra Europa etablerte seg i så stort antall at de overtok store deler av landområdene og innførte sine egne rettssystemer som de tok med seg fra Europa, med større eller mindre tilpasning til de lokale forhold. Uten at det har noen relevans for denne utredningen bør det for øvrig nevnes at også mange av de tidligere kolonier i Afrika og Asia i ettertid har innarbeidet europeisk-inspirerte rettssystemer

17. Se om dette også NOU 1984:18 s. 317-320.

18. Vitoria's viktigste arbeide, i form av oppsummerte forelesninger fra 1532, er «De Indis et de Iure Belli Relectiones».

19. Biskopen av Chiapas (nå i Mexico), Bartolome de las Casas, (f. 1474-1566) eksponerte forfølgelsene og slaveriet av indianerne i sin «Historia de las Indias» som var velkjent i sin tid, men som ikke ble trykket før i 1875. Bartolome de las Casas fikk den spanske konge til i 1543 å utstede nye lover (Leyes Nuevas) som tok sikte på å beskytte indianerne. Men han kom i skarp konflikt med den innflytelsesrike lærde Ginés de Sepúlveda, som hadde skrevet Democrates II («Concerning the Just Cause of the War against the Indians»), hvor Sepúlveda hevdet at indianerne «er laverestilte i forhold til spanjolene på samme måte som barn er det i forhold til voksne, kvinner til menn, ja endog som aper er det til mennesker». Denne ekstremt rasistiske holdning fikk stor gjennomslag både i Spania og særlig hos de spanske settlerne i Sør- og Mellom-Amerika. Konfrontasjonene mellom ham og Bartolome de las Casas fortsatte over flere år – men det var Sepúlvedas oppfatninger som fikk størst gjennomslag i praksis.

som hovedelement i den nasjonale regulering, selv om lokale sedvaner fortsatt også har en bred plass. I islamsk-dominerte land har tradisjonell islamsk rett, Sharia, desuten fått en fornyet innflytelse i den senere tid.

Også i de europeiske land som utvidet sine territorier og flyttet sine grenser slik at disse kom til å omfatte urfolksgrupper med andre kulturer enn den dominerende, kom etterhvert den dominerende, nasjonale rett til å fortrenge urfolkenes sedvanerett. Dette gjaldt blant annet de nordiske land, og i Russland etter revolusjonen i 1917.

Betydelige forskjeller i forholdet til urfolkene kan påvises. Flere faktorer virket inn, derunder tidspunktet for koloniseringen, det dominerende politiske og rettslige system i kolonimakten, og urfolkenes relative styrke overfor inntrengerne. Eksempelvis var det stor forskjell mellom de spanske og portugisiske erobrers politikk overfor indianerne i Sør-Amerika, og den britiske politikk i Nord-Amerika.

Betydningen av motstandsstyrken fra urbefolkningen selv kan klarest eksemplifiseres ved forskjellen mellom det som skjedde med maoriene på New Zealand på den ene siden og urfolkene i Australia på den andre. Maoriene var relativt sterke og var i stand til å gjøre effektiv motstand, noe som gjorde det nødvendig å finne kompromisser i den videre rettsutvikling, mens urfolkene i Australia var spredt over et stort, men tynt befolket kontinent og hadde ingen felles organisasjon. De var derfor et lett bytte for temmelig hensynsløse settlere. Deres skjebne var meget tragisk inntil den interne og eksterne opinionen tvang frem betydelige endringer i løpet av 1970- og 1980-årene. Dette vil bli nærmere omtalt i "*Australia*" i punkt 4.8.

Folkerett i moderne forstand av ordet begynte å få sin utforming på 1600-tallet, hovedsakelig som følge av den første utviklingen av nasjonalstater i Europa. Dette var i en periode da Europa var i ferd med å sikre seg et hegemoni over resten av verden. To hovedtrekk i datidens folkerettslig tenkning må her fremheves:

- helt frem til vårt århundre var folkeretten både i teori og i praksis utformet i eller av de europeiske land og fra 1800-tallet også USA og etterhvert også de latinamerikanske land;
- samtidig var det en fast overbevisning i Europa at folkeretten hadde universell gyldighet ettersom den bygde på naturrettslige forestillinger. Rettspositivisme gjorde sitt inntog først på 1800-tallet.

I de naturrettslige forestillinger på 1600- og 1700-tallet, som var preget av den europeiske og kristne kulturkrets, var maktbruk ikke i seg selv ansett ulovlig, men lenge eksisterte det forestillinger om rettferdig og urettferdig krig. I hovedtrekk ble ervervelse av territorium ved bruk av væpnet makt ansett som lovlig, selv om ervervelsen som regel ble søkt rettferdiggjort på annet grunnlag. En rettslig eller moralsk begrunnelse ble knyttet til forestillinger om at oppdagelser av «nye» territorier kunne gi den oppdagende part rettigheter til disse territoriene; en annen var forestillingen om at europeerne hadde en rett til å «sivilisere» og å kristne de folkegruppene som de møtte i de nyoppdagede territoriene.

På den annen side var det etter naturetten ikke adgang til å frata den lokale befolkningen deres «privatrettslige» eiendoms- eller bruksrettigheter til land og naturressurser. Dette er for øvrig noe upresist, ettersom de tidlige spanske innvandrere kom fra et land hvor føydalismen og dertil knyttede eiendomsforestillinger fremdeles var dominerende. De britiske innvandrere kom langt senere og fra en kultur hvor føydalismen var på rask tilbakegang. Ordet «privatrettslig» i forhold til landrettigheter er likevel misvisende så lenge føydale forestillinger fremdeles var utbredt i store deler av Europa. Heller ikke de etablerte sedvanene omkring eiendoms- og bruksrettigheter i de oversjøiske områdene innvandrerne kom til, kan lett beskrives som «privatrettslig» i den nåværende betydning av ordet.

Hovedsaken er imidlertid at det ble gjort en forskjell mellom territoriell suverenitet på den ene siden, og de konkrete rettigheter til bruk av naturressursene, særlig jakt, fangst, fiske og jordbruk, på den andre siden. Selv om kolonimaktens ervervelse av suverenitet over territorier som følge av okkupasjon ble ansett lovlig fulgte det ikke dermed at den lokale befolkningens bruks- og eiendomsrettigheter til naturressursene kunne utslettes. Overtakelsen av retten til bruk av land og andre naturressurser kunne bare skje ved avtaler, ellers ville den være ugyldig.

Som før nevnt laget imidlertid innvandrene fra Spania, Portugal og andre deler av Europa som slo seg ned i det som senere ble kalt Latin-Amerika sine egne, føydale ordninger. Indianerne ble enten fortrent til ugjestmilde områder, gjort til leilendinger på de store «encomiendos» som spanske erobrere opprettet, eller brukt som slaver i gullgruvene. Den formelle rettstilstand tillot ganske visst ikke dette, men de idealistisk motiverte beskyttelsesregler viste seg vanskelig og i mange tilfelle umulig å håndheve.

Forsåvidt angår Latin-Amerika, var det både spansk og portugisisk praksis at indianersamfunnene overhodet ikke ble ansett for å ha noen suverenitetsrettigheter. Annerledes var det med britisk praksis, noe som særlig fikk betydning for utviklingen i Nord-Amerika. Selv om indianer- og inuit-samfunnene ikke ble ansett for å være stater i europeisk forstand, ble de ansett for å ha visse suverene rettigheter, som ikke kunne fratras dem uten ved avtale. Det var av denne grunn at det i utstrakt grad ble brukt traktater i forholdet mellom de britiske kolonisatorer og de urfolksgruppene de møtte.

Innholdet i traktatene preges av en dobbeltholdning: på den ene side innebærer de en overføring av suverenitet eller i det minste en anerkjennelse av en overhøyhet for den britiske krone. På den annen side baserer traktatene seg på den forestilling at urfolkens eiendoms- og bruksrettigheter består, og at de bare kan modifiseres ved gjensidig avtale, som reguleres nærmere i disse traktatene.

Resultatet av disse arrangementene er derfor en oppgivelse av suverenitet som gikk over til kolonimakten, selv om en begrenset territoriell selvråderett ble beholdt med visse jurisdiksjonsbeføyelser for gruppen selv innenfor det området det gjelder. Derimot besto eiendoms- og bruksrettene, med mindre de er overført ved avtale.

Som påpekt i NOU 1984:18, s. 315, hadde den britiske traktatpraksis, analysert i ettertid, derfor såvel en folkerettslig som en internrettslig side. Den folkerettslige kom gjerne først, den sivilrettslige senere. Først kom avståelse av suverenitet eller grensedragning, senere gjaldt avtalene ofte kjøp eller overtakelse av eiendomsrett til land i områder som britene mente å ha ervervet suverenitet over tidligere. Det siste er nærmest en form for privatrettslige disposisjoner. Riktignok ble det også i denne sammenheng lagt lite vekt på moderne avtalerettslige prinsipper om ugyldighet ved tvang eller uforstand hvor indianer- eller andre urfolksgrupper ikke forsto og ikke kunne forstå rekkevidden av hva som ble gjort.²⁰ Slike prinsipper var dengang ikke særlig utviklet. Det er ikke vanskelig å konstatere urimelighetene i mange av de avtalene som ble inngått, men det rent formelle at avtaler måtte inngås som grunnlag for overtakelse av land utgjorde en fast del av oppfatningen.

Som før nevnt skjedde det etterhvert en overgang fra folkerettslig til internrettslig betydning og håndhevelse av traktatene. Denne overgangen begynner for USAs vedkommende i 1830-årene, i den kjente saken Worcester v. Georgia i 1832, hvor den amerikanske høyesterett avsa en dom som anerkjente den fortsatte gyldigheten

20. Mer relevant er det at indianerrepresentantene ofte hadde en annen forståelse av hva avtalen gikk ut på enn representantene for de britiske myndigheter. Kanskje hadde indianernes oppfatning minst like mye for seg som den annen part. Det hjalp imidlertid ikke mye, fordi det var den annen part som ensidig kom til å tolke avtalene, se nedenfor.

av tidligere inngåtte traktater, men definerte dem som en internrettslig og ikke en folkerettslig avtale. De indianske samfunnene blir med dette betraktet som «avhengige nasjoner» innenfor rammen av den amerikanske forfatning.²¹

Det er, som påvist i NOU 1984:18, likevel viktig å merke seg at amerikansk praksis anerkjenner en betydelig intern selvråderett for visse indianske samfunn basert på disse traktatene, men uten at selvråderetten kan gjøres gjeldende overfor internasjonale institusjoner.

I tilbakeblikk kan det konstateres at det på den ene side i eldre folkerett ble ansett legitimt å okkupere og å overta territoriell suverenitet, men det ble ikke ansett legitimt å frata urbefolkningene deres eiendoms- og bruksrettigheter uten at dette skjedde ved avtale. I den maktpolitiske realitet som eksisterte i Latin-Amerika ble disse begrensningene i meget liten grad tatt hensyn til. I Nord-Amerika ble de nok respektert i større utstrekning, men i realiteten var mange avståelser gjennom avtaler i realiteten fremkommet ved tvang som resultat av væpnede konflikter med indianersamfunnene.

Det er før nevnt at etterhvert som koloni-områdene gikk over til å bli selvstendige stater, ble også forholdet til urbefolkningene endret fra å være et folkerettslig til et internrettslig anliggende. Selv om disse traktatene har vært betraktet som internrettslige, er de etter sin natur svært like internasjonale avtaler. Hovedforskjellen er imidlertid at kompetansen til autoritativt å tolke innholdet i traktatene ligger hos den ene part, for USAs vedkommende den amerikanske høyesterett, ikke hos noen internasjonal institusjon.

Mye av det samme gjelder om en av de mest interessante traktatene med urfolk som er inngått i en annen del av verden, nemlig Waitangi-traktaten, som ble inngått mellom den britiske krone og representanter for 500 maori-stammer i 1840. Artikkel 2 i traktaten lyder som følger:

«The Queen of England agrees to protect the Chiefs, the subtribes and all the people of New Zealand in the unqualified exercise of their chieftainship over their lands, religious and all their treasures. But on the other hand the Chiefs of the Confederation and all the Chiefs will sell land to the Queen at a price agreed to by the person owning it and by the person buying it appointed by the Queen as her purchase agent.»

New Zealand er siden blitt en selvstendig stat, og traktaten kan ikke sees som et instrument mellom to suverene parter. Internt er traktaten avhengig av lovgivning som implementerer traktaten. Når dette er sagt, er det likevel åpenbart at i de folkerettslige fora hvor urfolks rettigheter diskuteres, vil New Zealands ansvar overfor sine urbefolkninger bli analysert i lys av Waitangi-traktaten, selv om det ikke foreligger noe formelt grunnlag for noen internasjonal institusjon til å gjøre folkerettslig ansvar gjeldende overfor New Zealand ved en eventuell krenkelse av traktaten.

Et viktig trekk i bildet er at det både i New Zealand og i USA er en økende tendens til ved tolkningen av traktatene å legge vekt ikke bare på den engelske språkvarianten men også den varianten som er utformet på urfolkets eget språk.

Helt annerledes var den praksis som ble fulgt i Australia. I motsetning til praktisk talt alle de andre områdene hvor Storbritannia koloniserte befolkede områder, la britene fra et tidlig tidspunkt i Australia til grunn den rettslige konstruksjon at hele territoriet var rettsløst område, et *terra nullius*, før den britiske okkupasjonen fant sted. Dette ble tolket slik at befolkningen som bodde i Australia før europeerne bosatte seg der ikke bare ble ansett å mangle enhver form for suverenitetsrettigheter, men deres bruks- og eiendomsrettigheter ble også fullstendig neglisjert. Dette har

21. NOU 1984:18 s. 343 gjennomgår denne utviklingen i større detalj.

hatt katastrofale følger for den opprinnelige australske befolkningen, som gjennom 200 år har gjennomgått store lidelser. Denne konstruksjon var fra et rettslig synspunkt helt urimelig. Den ble først omgjort med den meget viktige «Mabo-saken» av 1992, som utgjorde en fundamental endring i australsk rettspraksis ved å anerkjenne opprinnelig eiendomsrett, *Native title*. Denne skjellsettende dommen blir omtalt nærmere i "*Australia*" i punkt 4.8.

Den folkerettslige interesse for urfolkenes situasjon gjenoppstod først etter etableringen av Folkeforbundet, men da i en meget begrenset utstrekning.²² Det er først i de aller siste årtier at folkerettslig regulering av spørsmålene på nytt har fått gjennomslag. Først kom ILO-konvensjon nr. 107 i 1957, men denne tilfredstilte ikke urfolkene fordi den baserte seg på en integrasjonslinje. Derfor ble ILO-konvensjon nr. 169 utarbeidet og vedtatt i 1989. Viktig er også arbeidet med å lage en global FN-erklæring om urfolkenes rettigheter. Dette arbeidet er ennå ikke avsluttet. ILO-konvensjon 169 har imidlertid etablert et godt grunnlag for fornyet bekreftelse av urfolkenes rettigheter, som i den mellomliggende tid mange steder har vært neglisjert eller tilsidesatt. ILO-konvensjonen er derfor det sentrale element i den etterfølgende analysen om urfolkenes landrettigheter i dag, jf. "*Landrettigheter i urfolkretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater*" i punkt 3.3.

3.2.4 Minoritetsrettigheter i mellomkrigstiden: Partiell positiv rett med anerkjennelse av generelle rettsprinsipper

Fredsslutningen etter den første verdenskrig førte til de første omfattende minoritetsreguleringer, som ble overvåket av Folkeforbundet. Det var et viktig skritt i endringen av folkerettens struktur, som i det foregående hundreåret hadde vært helt desentralisert eller horisontalt. Etableringen av felles organer åpnet opp for utviklingen av generelle prinsipper. Det var banebrytende, selv om forsøket brøt sammen som følge av den ekstreme nasjonalisme som utviklet seg i store deler av Europa med Hitler-Tyskland i spissen, og den derpå følgende verdenskrig.

Minoritetsreguleringen var imidlertid begrenset til et fåtall stater, og etableringen av deres forpliktelser må forstås i lys av den spente situasjon som hadde preget Europa forut for den første verdenskrig, og den fredsløsning som ble forsøkt etablert i Versailles da krigen var over.

I sentral- og øst-Europa var en rekke nye stater blitt anerkjent²³ og andre hadde fått endret sine territorielle grenser ved sammenbruddet av det ottomanske imperium, Habsburg-imperiet ble ribbet for mange av sine besittelser og restene delt opp i to uavhengige stater, Østerrike og Ungarn; det tyske rike ble sterkt beskåret, og fire nye stater var brutt ut av det tidligere russiske tsarriket.²⁴

Århundre forut for første verdenskrig hadde i sentral- og Øst-Europa vært preget av av sterke nasjonalistiske anstrengelser med sikte på å lage etno-nasjoner

22. Under Folkeforbundets pakt, artikkel 23(b), påtok medlemsstatene seg å sikre rettferdig behandling av de innfødte i territorier under deres kontroll. Det er noe uklart om dette siktet på regulære kolonisituasjoner, som i Afrika og Asia, eller på urfolkssituasjoner i vår forstand, som særlig ville ha vært aktuell for Australia, Canada og de latin-amerikanske land. USA ble som kjent ikke medlem av Folkeforbundet, slik at bestemmelsen ikke fikk anvendelse på dem. Det er forøvrig ikke noe som tyder på at Folkeforbundet engasjerte seg i håndhevelsen av artikkel 23(b). Derimot vedtok ILO flere konvensjoner i 1930-årene til vern for urfolk og stammefolk.

23. Bl.a. Polen, Tsjekkoslovakia og Jugoslavia samt de som er nevnt i neste note.

24. Finland, Estland, Latvia og Litauen. Den russiske revollusjonen påvirket også Armenia, Aserbeidjan, Georgia og Ukraina til å erklære seg uavhengig, men de ble snart innlemmet i Sovjetunionen. De tre baltiske land ble etter bare et par tiårs uavhengighet okkupert av Sovjetunionen, og gjenvant sin uavhengighet først i 1991.

av det mosaikk av multikulturelle konglomerater som hadde eksistert under de europeiske imperier – det ottomanske rike, Habsburgernes besittelser, det stortyske riket og det russiske tsar-veldet. Prinsippet om nasjonenes selvbestemmelsesrett hadde blitt opphøyet til et sentralt politisk prinsipp og blitt gitt sterk oppmuntring av USA under president Woodrow Wilson. Den enkelte folkegruppe, karakterisert ved et felles språk, felles historie og tradisjoner, burde etter datidens tankegang helst ha sin egen stat. Forestillingen var at staten skulle være etno-nasjonens instrument.

I praksis var det ikke gjennomførbart å trekke grensene slik at de sammenfalt med den enkelte etno-nasjons bosettingsområde, fordi mange av folkegruppene levde meget blandet og fordi andre strategiske interesser virket inn på forhandlerne under utarbeidelsen av Versailles-freden. De haltende løsningene som ble valgt førte til markert spenning mellom de nye majoriteter som anså staten som sin, og ønsket å prege den med sitt eget språk og kultur, og minoritetene som ønsket å bevare sin kultur, språk, tradisjon og bosettingsområder, og å ha sine egne institusjoner. Noen av disse minoritetene hadde etniske slektninger i nabostatene som utgjorde majoriteten der. Dette bidro til å gjøre situasjonen meget ustabil.

Det var denne spenningen som ble forsøkt løst ved å etablere minoritetsordningene i noen av de sentral- og øst-europeiske stater og å stille dem under Folkeforbundets kontroll. Noen av de nye stater var svake og trengte for å bestå støtte fra det internasjonale samfunn, som i praksis betød støtte fra de vestlige land; derfor var de iallfall i første omgang villige til å akseptere minoritetsrettigheter, selv om de ikke var entusiastiske. De vestlige land ønsket denne forpliktelsen som et middel man håpet kunne hindre etniske konflikter med fare for innblanding fra nabostatene.

Minoritetsrettighetene hadde et dobbelt siktemål: Å etablere garantier mot diskriminering og sikre retten for minoritetene til å bevare egen kultur og språk, og derfor også retten til å drive egne skoler og andre institusjoner. Landrettigheter var derimot ikke spesielt omtalt. Folkeforbundets praksis vil derfor ikke bli omtalt nærmere her.²⁵

3.2.5 Grunnlaget etter andre verdenskrig: individuelle menneskerettigheter

Et viktig skritt i den folkerettslige utviklingen ble tatt med etableringen av FN og med vedtakelsen av FN-pakten som ramme for den folkerettslige utvikling. For første gang ble det vedtatt en serie prinsipper for folkerettens innhold og for det internasjonale samarbeidet.

Viktigst for vårt formål er at de meget begrensede minoritetsordninger i Folkeforbundets regi, som hadde tatt sikte på å hindre diskriminering av nærmere definerte minoriteter i et lite antall land, ble avløst av generelle og vidtrekkende standarder for menneskerettigheter som skulle sikres alle mennesker, uten forskjellsbehandling på grunn bl.a. av rase eller etnisk bakgrunn.²⁶

Den fulle realiseringen av menneskerettighetene ville også skape muligheter for utvikling og bevaring av gruppeidentitet innenfor rammen av et overordnet, felles samfunn. Grunnlaget for dette ligger blant annet i reglene om religions- og trosfrihet,²⁷ som ville gi full utviklingsmulighet for religiøse minoriteter innenfor rammen av generell respekt for andres menneskerettigheter; ytrings- og informasjonsfriheten,²⁸ som dersom den ble fullt respektert ville gi godt grunnlag for å utvikle

25. En gjennomgang av minoritetsordninger før og under Folkeforbundets tid, med omfattende henvisninger, finnes nå i Maria Lundberg Kristiansens doktoravhandling «Special Measures for the Protection of Minorities», Université de Geneve, Institut des Hautes Etudes Internationales, 1996 (upublisert).

bruken av eget språk og kultur; forsamlings- og organisasjonsfriheten,²⁹ som ville kunne gi minoritetene mulighet til å organisere seg både kulturelt og politisk innen rammen av det felles, demokratiske samfunn som de deler med andre grupper, alt innenfor det grunnleggende folkerettslige prinsipp om statenes territoriale integritet og politiske uavhengighet. Senere dokumenter har videreutviklet prinsippet om anerkjennelse og respekt for gruppens eksistens og gruppeidentitet.

3.2.6 Innføringen av staters forpliktelser til å skape likhet, om nødvendig ved aktiv forskjellsbehandling

Et gjennomgående tema i det internasjonale menneskerettighetssystem er idag at alle mennesker har krav på de samme rettighetene uten forskjellsbehandling. For vårt formål er det særlig viktig å minne om at enhver form for diskriminering på grunnlag av rase eller etnisk bakgrunn skulle bringes til opphør.

Dette kan sees som en reaksjon på en lang periode med rasepolitikk som hadde preget mange europeiske samfunn i nesten to hundre år, og særlig i det siste hundreåret før 1945. «Vitenskapelige» forestillinger om raseforskjeller og rasemessig over- og underlegenhet hadde påvirket holdningene til urfolkene i mange områder. Slike forestillinger hadde ofte vært knyttet sammen med sterk nasjonalisme, noe som fikk sterkest utslag i nazi-Tyskland. Da Folkeforbundet ble til i 1919, foreslo Japan at det burde inntas regler om forbud mot rasediskriminering, men dette ble møtt med motstand av vestlige stater. Sjokkopplevelsene av rase- og etniske forfølgelser før og under den annen verdenskrig fikk imidlertid FN til å sette høyt på agendaen arbeidet med å hindre rasisme og etnisk diskriminering.

Hovedregelen ble derfor at menneskerettighetene skal sikres og kunne nyttes uten forskjellsbehandling på noe grunnlag, så som rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller annet forhold (Verdenserklæringens artikkel 2, som i ulike varianter gjenfinnes i de fleste internasjonale menneskerettighetsinstrumenter). Kravet om likebehandling omfatter alle de livsområdene som menneskerettighetene dekker, derunder kulturelle rettigheter, retten til eiendom, og deltakelse i det politiske og økonomiske liv i samfunnet.

Formell likhet for loven er imidlertid ofte ikke nok. Flere av de nyere menneskerettighetskonvensjoner gir derfor adgang til og i noen situasjoner også plikt til positiv forskjellsbehandling for grupper som tradisjonelt har vært diskriminert eller står i en svakere stilling enn andre. Formålet med slik forskjellsbehandling er å etablere forhold hvor det faktisk, ikke bare formelt, oppnås likhet mellom medlemmene i de berørte grupper.

26. De internasjonale menneskerettigheter er basert på Verdenserklæringen om menneskerettigheter, vedtatt av FN's hovedforsamling den 10. desember 1948. På grunnlag av denne er det senere vedtatt et stort antall internasjonale konvensjoner, både globale og regionale. Blant de viktigste er FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs konvensjon om barns rettigheter, FN-konvensjonen til forhindring av diskriminering på grunn av rase, FN-konvensjonen til forhindring av diskriminering av kvinner, og en rekke konvensjoner under Europarådet. Viktigst blant disse er Europarådskonvensjonen om menneskerettigheter og fundamentale friheter, og Europarådes sosialpakt. Såvel FN som Europarådet har utgitt samlinger som inneholder disse konvensjonene. En norsk-språklig tekstsamling, redigert av Bård-Anders Andreassen og Odd Ryan, ble utgitt av Ad Notam, Oslo, 1991, annet opplag 1994.

27. Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, artikkel 18

28. Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, artikkel 19

29. Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, artikkel 21 og 22

Dette kan virke motsetningsfullt. Rasediskriminering omfatter bl.a. fortrinnsbehandling dersom denne opphever eller begrenser anerkjennelsen av, nytelsen eller utøvelsen av menneskerettighetene for alle på like fot. Men fortrinnsbehandling kan, og i en viss utstrekning skal, gis for medlemmer av en tidligere diskriminert eller svakere stilt gruppe dersom dette kan bidra til at gruppen som helhet får en likebehandling med andre. Gjennomføringen av dette prinsippet byr på en rekke praktiske problemer som behandles i *"Etnisk og rasemessig likestilling. særlig om FN-konvensjonen om eliminering av rasediskriminering"* i punkt 3.5 hvor konvensjonen til forhindring av rasediskriminering blir omtalt.

3.2.7 Minoriteter: Utvikling i global og regional rett etter andre verdenskrig

Mellomkrigstidens minoritetssystem var kommet i en viss miskreditt og ble ikke videreført i samme form etter 2. verdenskrig. Dette hadde flere årsaker: Den ene var selektiviteten i ordningen. Det var bare enkelte land som var bundet av minoritetsforpliktelsene, og de hadde måttet påta seg disse som forutsetning for å bli anerkjent av de vestlige stater. Dette ble oppfattet som uakseptabel forskjellsbehandling. Den andre hovedårsaken var at nazi-Tyskland hadde utnyttet minoritetsspørsmålene for sin ekspansjonspolitik. Dessuten ble det antatt at det nye, universelle menneskerettighetssystem ville gi beskyttelse til alle, og at særlige minoritetsrettigheter ikke ville bli nødvendig.

Som før nevnt kunne det individuelle menneskerettighetssystem godt legge grunnen for betydelig vern også for minoriteter, i kraft av reglene om religions- og trosfrihet, ytrings- og informasjonsfrihet, forsamlingsfrihet og politiske rettigheter. Prinsippet om likhetsbehandling, blant annet slik dette er utarbeidet i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 26, jf. nedenfor, ville også kunne brukes til støtte for dette. Noen punkter var imidlertid uklare. Særlig gjaldt det spørsmålet om det forelå en plikt for statene til å iverksette positive tiltak overfor minoritetene, og spørsmålet om hvordan minoritetene i praksis skulle kunne få effektiv politisk innflytelse på avgjørelser som angikk dem.

Behovet har i de siste årene ført til en betydelig utvikling både i FN-regi og i regionale organisasjoner med hensyn til minoriteters rettigheter. Et viktig dokument er UNESCOs konvensjon til forhindring av diskriminering i utdanning. Det viktigste instrument på det globale plan er likevel FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27. Denne ble utførlig omtalt i NOU 1984:18, og var hovedgrunnlaget for de konklusjonene man dengang kom frem til. Disse ble siden fulgt opp av de sentrale statsmyndigheter, bl.a. ved vedtakelsen av den nye Grunnlovens § 110 a.

Innholdet i SP artikkel 27 er blitt ytterligere klarlagt som følge av etterfølgende praksis i FNs overvåkningsorgan, Menneskerettighetskomiteen. I rettsutredningen som ble lagt frem i NOU 1993:34 ble SP artikkel 27 kort omtalt, men uten at komiteens praksis ble trukket inn. Tolkningen av artikkel 27 i lys av nyere praksis blir gjennomgått i *"Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper. Betydning for urfolks landrettigheter"* i punkt 3.6.

Minoritetsspørsmål har også fått en sentral plass i FNs Barnekonvensjon av 1989. Artikkel 30 tilsvarer SP artikkel 27, men omfatter uttrykkelig også barn som tilhører urfolk. Bestemmelsen tar sikte på å sikre beskyttelse av deres rett til å nyte godt av sin egen kultur, utøve sin egen religion og bruke sitt eget språk. Barnekonvensjonens artikkel 29 omhandler barns utdanning og fastslår blant annet at barnets utdanning skal utvikle respekt for barnets egen kulturelle identitet, språk og verdier samtidig som det skal utvikles respekt for de nasjonale verdier i landet hvor barnet

bor. Bestemmelsen er viktig for minoritetsrettighetene, men ikke spesielt for landrettigheter og vil derfor ikke bli nærmere omtalt her.

I 1992 vedtok FNs hovedforsamling Erklæringen om rettighetene for personer som hører til nasjonale eller etniske, religiøse eller språklige minoriteter. Hovedsiktet målet var å fastslå minoritetenes rett til å sikre sin egen identitet og å pålegge statene å legge forholdene til rette for at dette skal kunne gjøres. De sider av erklæringen som har størst betydning for samenes situasjon omtales i *"Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper. Betydning for urfolks landrettigheter"* i punkt 3.6.

OSSE (før CSCE) har også utformet standarder på dette feltet. Viktigst er sluttdokumentet fra København-konferansen 1990, som gir detaljerte regler om minoriteters rettigheter. Praktisk sett har dette dokumentet fått stor betydning fordi det danner basis for arbeidet for OSSEs Høykommisær for minoriteter.³⁰ Innholdsmessig samsvarer rettighetene i OSSEs København-dokument i stor utstrekning med FN-erklæringen om minoriteters rettigheter, men blir kort omtalt i *"Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper. Betydning for urfolks landrettigheter"* i punkt 3.6.

I regi av Europarådet er to viktige traktater vedtatt: Den ene er traktaten («Charter») om regionale og lokale språk,³¹ og den andre er Rammekonvensjonen av 1995 om minoriteters rettigheter. Den første av disse har stor betydning for språkrettighetene, men ikke for landrettigheter og blir derfor ikke behandlet her. Rammekonvensjonen kan derimot ha større praktisk betydning for denne utredningens formål. Den baserer seg, på samme måte som OSSEs København-dokument av 1990 og FNs minoritetserklæring av 1992, på at medlemmene av minoritetene sikres faktisk likhet (artikkel 4) og at de skal gis muligheter til å bevare og videreutvikle sin kultur og identitet (artikkel 5). Også Rammekonvensjonen behandles derfor kortfattet i *"Etnisk og rasemessig likestilling. særlig om FN-konvensjonen om eliminering av rasediskriminering"* i punkt 3.5.

Sammenfatningsvis kan det sies at det har vært en sterk utvikling i minoritetsrettighetene i løpet av tiåret som er gått etter at NOU 1984: 18 ble lagt frem. Tendensen har gått i retning av å styrke minoritetsrettighetene ytterligere.

3.2.8 Urfolksretten: Utviklingen av globale standarder i etterkrigstiden

ILO videreførte sitt engasjement fra mellomkrigstiden ved å vedta ILO-konvensjon 107 i 1957. Den gikk vesentlig lenger enn de tidligere konvensjonene. Hovedformålet var, i samsvar med ILOs hovedrolle, å legge forholdene til rette for å hindre at medlemmer av urfolkene fortsatt skulle være utsatt for grov diskriminering, slik de ofte hadde vært det i fortiden. Derfor var den viktigste siden av konvensjonen å fremme integrasjon på arbeidsmarkedet, ved yrkesopplæring og ved beskyttelsesmekanismer. Likevel inneholdt ILO-konvensjonen viktige regler om anerkjennelse av urfolkens landrettigheter. Dette ble ansett som en forutsetning for at de arbeidssøkende fra urfolksgruppene skulle unngå den ekstreme avhengighet som skyldes at de ikke har noen alternativ å falle tilbake på dersom de ikke aksepterer underbetalte og nedverdiggende arbeide.

ILO-konvensjon 107 ble imidlertid kritisert av urfolkene selv fordi den i for stor utstrekning baserte seg på at urfolkene skulle integreres i det omkringliggende storsamfunn, uten en erkjennelse av at deres egne kultursamfunn kunne være et alternativ.

30. Opprettet ved beslutning under KSSEs oppfølgingsmøte i Helsinki i 1992.

31. Vedtatt av Europarådet i 1992.

I løpet av 1970- og 1980-årene pågikk det et aktivt arbeide innen FN for å kartlegge diskrimineringen av urfolkene og å påbegynne arbeidet med å anerkjenne deres grupperettigheter. En meget omfattende rapport om deres rettslige situasjon og diskrimineringsmønstre ble utarbeidet i årene 1972-1982 innen rammen av FNs Underkommisjon til forhindring av diskriminering og vern for minoriteter. Rapporten, som bærer navnet til en av Underkommisjonens medlemmer, Martinez Cobo, ble fremlagt i 1983.³² I siste fase av dette arbeidet ble det i 1982 etablert en egen arbeidsgruppe med oppgave å lage en egen erklæring om urfolks rettigheter. Et utkast til erklæring med vidtrekkende bestemmelser bl.a. om landrettigheter og selvstyre innenfor den eksisterende stats rammer ble gjort ferdig av arbeidsgruppen i 1993 og er nå under behandling i FNs Menneskerettighetskommisjon, se nedenfor i *"Utkastet til FN-erklæring om urfolk"* i punkt 3.3.10.

Mens dette arbeidet pågikk, besluttet ILO å imøtekomme den begrunnede kritikken fra urfolkene av ILO-konvensjon 107. Etter noen års forhandlinger ble derfor ILO-konvensjon nr. 169 vedtatt i 1989. Den går vesentlig lenger i å kreve anerkjennelse av urfolkenes landrettigheter. Dette er det hittil viktigste instrument som gjelder urfolkenes landrettigheter, og er omhandlet i detalj i *"Landrettigheter i urfolk-sretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater"* i punkt 3.3.

Verdensbanken og de regionale utviklingsbanker har i de seneste årene erkjent at utviklingsprosjekter i de områdene hvor urfolkene bor, kan være meget skadelige for disse dersom ikke deres landrettigheter blir erkjent og tatt fullt hensyn til. Etter først å ha vedtatt et mindre vidtgående direktiv om dette i 1982, utformet Verdensbanken sitt «Operational Directive 4.20» i 1991. Det dekker urfolk og andre grupper som har en sosial og kulturell identitet som atskiller dem fra de dominerende grupper og som derfor kan bli skadelidende («disadvantaged») i den økonomiske utviklingsprosessen landet går gjennom.

Hovedformålet med direktivet er at det skal utarbeides egne utviklingsplaner for urfolkene, og at denne skal vedtas bare dersom den har urfolkenes frie og informerte samtykke. En slik plan skal omfatte erkjennelse og registrering av urfolkenes landrettigheter, og Verdensbanken tilbyr statene assistanse i å etablere den rettslige anerkjennelse og dokumentasjon av urfolkenes landrettigheter. Hvor urfolkenes landrettigheter allerede er opphevet ved at staten har tiltatt seg retten til landområdene, og hvor det ikke lar seg gjøre å omgjøre de tradisjonelle rettigheter til formelt lovfestet eiendomsrett, skal det søkes etablert langsiktige ordninger med fornybare bruksrettigheter. Erkjennelsen og registreringen av urfolkenes rettigheter skal gå forut for eventuelle utviklingsprosjekter som forutsetter at landrettighetene til de berørte områdene er avklart.

Beslektede direktiver eller strategidokumenter er utarbeidet av den Interamerikanske og den Asiatiske utviklingsbanken. I den Asiatiske utviklingsbankens direktiver vises det uttrykkelig til de standarder som inneholdes i ILO-konvensjon 169.

3.3 LANDRETTIGHETER I URFOLKSRETEN, SÆRLIG OM ILO-KONVENSJON NR. 169 AV 1989 OM URFOLK OG STAMMEFOLK I SELVSTENDIGE STATER

3.3.1 Noen utgangspunkter

Urfolk har som oftest sin næringsutøvelse knyttet til utnyttelse av naturressurser, og som følge av dette vil opprettholdelse av deres livsform og kultur i de fleste tilfeller

32. «Study of the Discrimination Against Indigenous Populations», E/CN.4/Sub.2/1983/21 med mange vedlegg.

være avhengig av at deres adgang til utnyttelse av naturressursene i deres landområder blir rettslig anerkjent og beskyttet. I internasjonale konvensjoner om beskyttelse av urfolk inntar derfor bestemmelser om «landrettigheter» en viktig plass.

Sentralt i de folkerettslige regler om beskyttelse av urfolk som Norge er bundet av, står ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Denne konvensjonen inneholder et eget sett av bestemmelser om landrettigheter for urfolk (konvensjonens del II). ILO-konvensjon nr. 169 ble vedtatt på ILO's 76. arbeidskonferanse i Genève i 1989. Konvensjonen ble ratifisert av Norge som første stat 20. juni 1990 og av Mexico som andre stat 5. september samme år. Etter konvensjonens artikkel 38 nr. 2 trådte konvensjonen i kraft i forhold til disse statene 5. september 1991. Senere er konvensjonen ratifisert av Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Peru (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996) og Danmark (1996). Konvensjonen er vedtatt ratifisert av Fiji (1995), Østerrike (1995) og Argentina (1995), men disse statene har ennå (pr. juli 1996) ikke deponert ratifikasjonsdokumentene hos ILO. Spørsmålet om ratifikasjon er under vurdering i Chile, Ecuador, Brasil, Venezuela, Finland og Filippinene.

Ved drøftelsen av landrettigheter i urfolksretten er det også av interesse å trekke frem Agenda 21 kapittel 26 om anerkjennelse og styrking av urfolk og deres samfunn i erklæringen fra Verdenskonferansen for miljø og utvikling i juni 1992 (Rioerklæringen). Dette dokumentet ble vedtatt på Verdenskonferansen for miljø og utvikling i Rio de Janeiro i juni 1992. Erklæringen har ikke karakter av noen bindende konvensjon, men kan likevel tas som uttrykk for et syn på urfolks rettigheter som har bred internasjonal oppslutning.

Et annet dokument som er av interesse for landrettigheter i urfolksretten, er det utkast til erklæring om urfolk som er utarbeidet av en arbeidsgruppe som er nedsatt av FN's underkommisjon til forhindring av diskriminering og vern av minoriteter. Dette utkastet til urfolkserklæring, som ble avgitt av arbeidsgruppen i 1994, er ikke vedtatt i noe organ som har kompetanse til å treffe bindende vedtak, og FN's menneskerettighetskommisjon har nå nedsatt en ny arbeidsgruppe som skal arbeide videre med dette utkastet. Dokumentet er derfor verken folkerettslig eller politisk forpliktende, men det vil likevel langt på veg kunne tas som uttrykk for et syn på urfolks rettigheter som er i ferd med å vokse frem i det internasjonale samfunn.

I den følgende fremstilling vil hovedvekten bli lagt på ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, se "[Generelt om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Plan for den videre fremstilling](#)" i punkt 3.3.2 til 3.3.9 nedenfor. Denne konvensjonen er som nevnt ratifisert av Norge, og de bestemmelser denne konvensjonen inneholder, er bindende for Norge. Utkastet til FN-erklæring om urfolk blir behandlet i "[Utkastet til FN-erklæring om urfolk](#)" i punkt 3.3.10 nedenfor, mens Rio-erklæringen blir behandlet i "[Agenda 21 kapittel 26 i erklæringen fra verdenskonferansen for miljø og utvikling i juni 1992](#)" i punkt 3.3.11. I "[Oppsummering](#)" i punkt 3.3.12 blir det foretatt en oppsummering av de konklusjoner vi er kommet frem til.

I tillegg til de folkerettslige regler som tar sikte på å beskytte urfolks rettigheter til land og andre naturressurser, vil urfolk også kunne påberope alminnelige internasjonale regler til vern av minoriteter. Folkerettslige regler som ikke bare gjelder urfolk, blir behandlet i andre deler av utredningen. I denne del behandles bare folkerettslige dokumenter som omhandler landrettigheter for urfolk.

3.3.2 Generelt om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Plan for den videre fremstilling

ILO-konvensjon nr. 169 er en revisjon av ILO-konvensjon nr. 107 av 1957 om vern og integrering av urfolk og andre folkegrupper som helt eller delvis lever under stammeforhold. Etter at ILO-konvensjon nr. 169 ble vedtatt, er ILO-konvensjon nr. 107 ikke lenger åpen for nye ratifikasjoner. Da ILO-konvensjon nr. 169 ble vedtatt, var ILO-konvensjon nr. 107 ratifisert av til sammen 27 stater. Norge hadde ikke ratifisert ILO-konvensjon nr. 107.

Hovedmålsetning for ILO-konvensjon nr. 169 er nokså vesensforskjellig fra hovedmålsetningen for ILO-konvensjon nr. 107. ILO-konvensjon nr. 107 hadde som overordnet målsetning å fremme urfolks materielle velstand og å legge forholdene til rette for at urfolk gradvis både økonomisk og kulturelt skulle bli integrert i sine respektive lands samfunnsliv. I ILO-konvensjon nr. 169 har man gått bort fra integrasjonsmålsetningen. I stedet er det lagt vekt på å anerkjenne urfolks ønskemål om kontroll over sine egne institusjoner, sin livsform og økonomiske utvikling, og om å opprettholde og utvikle videre sin identitet, språk og religion innen rammen av de stater de lever i, se preamblet til konvensjonen. Mens ILO-konvensjon nr. 107 hadde integrasjon som hovedmålsetning, kan ILO-konvensjon nr. 169 sies å ha som hovedmålsetning at urfolk skal ha rett til å bevare sin identitet som folkegruppe, og at de skal ha rett til å bevare og videreutvikle på deres egne premisser deres livsform og kultur, og at myndighetene skal ha plikt til aktivt å støtte dette arbeidet.³³

Etter ILO-konvensjon nr. 107 var det et vilkår for at en folkegruppe skulle bli ansett som urfolk, at folkegruppen levet under stammeforhold, og av denne grunn var det tvilsomt om samene kunne anses som urfolk i forhold til denne konvensjonen.³⁴ I ILO-konvensjon nr. 169 er stammebegrepet ikke brukt som ledd i definisjonen av urfolk, og at samene må anses som urfolk i forhold til denne konvensjonen, er ikke tvilsomt.

Bestemmelsene om landrettigheter i ILO-konvensjon nr. 169 åpner med en generell bestemmelse om at det skal vises respekt for den særlige betydning urfolks landområder har for deres kultur og åndelige verdier, se artikkel 13 nr. 1. Bestemmelsen følges opp av mer spesifikke bestemmelser i artikkel 14 og 15 om anerkjennelse og sikring av urfolks rettigheter til naturressurser.

Ved tolkingen av bestemmelsene i ILO-konvensjonen må man være oppmerksom på at konvensjonen bare oppstiller minstestandarder. Om en stat ønsker å gi en urfolksgruppe rettigheter utover det som følger av konvensjonen, er konvensjonen ikke til hinder for det.³⁵ De krav ILO-konvensjonen stiller, danner «gulvet» for de rettigheter urfolk har krav på å få anerkjent, og ikke «taket».

På den annen side må man ved tolkingen av konvensjonen ha for øye at arten og omfanget av de tiltak som må treffes for å iverksette konvensjonen, «skal fastsettes på en fleksibel måte, og med hensyn til særegne forhold i hvert enkelt land», se konvensjonens artikkel 34. Dette innebærer at detaljene i måten konvensjonen oppfylles på, kan variere fra land til land. Avgjørende for om konvensjonen er overholdt, er om de minstestandarder konvensjonen oppstiller, blir oppfylt eller ikke.

Samtidig må man imidlertid ha det klart for seg at bestemmelsen i artikkel 34 ikke kan trekkes for langt. Bestemmelsen gir ikke anledning til å gjøre unntak fra

33. Se ILO's guide to ILO Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples, prepared by Manuela Tomei and Lee Swepston (Genève 1996), s. 2-3 og rapport fra den norske statlige delegasjon, inntatt som vedlegg 1 i St.prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. på s. 24.

34. Se NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling s. 305-306 med videre henvisninger.

35. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 1.

eller fravike konvensjonen, men gir bare anledning til å foreta mindre tekniske tilpasninger ved den praktiske gjennomføring av konvensjonen.

ILO-konvensjon nr. 169 er utferdiget på engelsk og fransk. Etter konvensjonens artikkel 44 skal den engelske og franske versjon av konvensjonsteksten ha samme gyldighet.

ILO-konvensjon nr. 169 er bl.a. behandlet i ILO's guide to ILO Convention No. 169 om Indigenous and Tribal Peoples, prepared by Manuele Tomei and Lee Swepston (Genève 1995, 2. utg. 1996) og i uttalelser fra ILO's ekspertkomite om medlemsstatenes anvendelsen av ILO-konvensjoner og rekommandasjoner. Konvensjonen er videre kommentert av Justisdepartementet i den høringsuttalelse som departementet avgav i forbindelse med spørsmålet om Norge skulle ratifisere konvensjonen. Denne høringsuttalelse er inntatt i St.prp. nr. 102 (1989-90) om den 76. internasjonale arbeidskonferanse i Genève 1989, s. 4 ff. Som vedlegg 1 til denne stortingsproposisjonen er inntatt rapport fra Den norske statlige delegasjon til ILO's 76. arbeidskonferanse, se St.prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. I denne rapporten finnes det en del bakgrunnsopplysninger om forhandlingene i forbindelse med vedtakelsen av konvensjonen.

I norsk teori er konvensjonen behandlet av *P. F. Wille*: ILO-konvensjon nr. 169 – en milepæl for urbefolkninger og stammefolk, *Mennesker og rettigheter* 1990 nr. 4 s. 59 ff., *J. E. Andreassen [Skoghøy]*: Menneskerettigheter og urbefolkninger, *Lov og Rett* 1992 s. 67 ff., *K. Rognlien*: Urbefolkninger i Norden og internasjonale menneskerettigheter: særlig om samene, *Retfærd* nr. 58 (1992), s. 68 ff., *M. I. Skarpeteig*: Landrettigheter for urbefolkninger, *Mennesker og rettigheter* 1995 s. 331 ff. og *K. Uggerud*: Samerett og samerettsutvikling, *Mennesker og rettigheter* 1995 s. 336 ff. Konvensjonen er også behandlet i utredningen «Samene i Europa. Virkninger for samiske interesser ved ulike former for tilknytning til EF» (1992), s. 20-22 og i NOU 1993:34 *Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark* s. 53 ff.

I det følgende behandles først spørsmålet om hvilke typer rettigheter til grunn og andre naturressurser som statene etter ILO-konvensjon nr. 169 er pliktig til å anerkjenne for urfolk ("*Hvilke rettigheter til grunn og andre naturressurser plikter statene etter ILO-konvensjon nr. 169 å anerkjenne for urfolk?*" i kap. 3.3.3), og hvordan objektet for urfolks rettigheter skal bestemmes ("*Hvordan skal objektet for de rettigheter til grunn og andre naturressurser som ILO-konvensjon nr. 169 hjemler, avgrenses?*" i kap. 3.3.4). Etter at disse spørsmålene er behandlet, drøftes spørsmålet om hvordan rettighetssubjektet for urfolks rettigheter etter ILO-konvensjonen skal defineres ("*Hvordan skal rettighetssubjektet defineres?*" i kap. 3.3.5), om de rettigheter urfolk har krav på å få anerkjent, kan overdras ("*Kan de rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, overdras?*" i kap. 3.3.6) og om ILO-konvensjonen er til hinder for at de rettigheter som urbefolkninger har krav på å få anerkjent, kan bli tillagt befolkningen innenfor et nærmere angitt område uten hensyn til etnisk opprinnelse ("*Er ILO-konvensjonen til hinder for at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse?*" i kap. 3.3.7). Deretter behandles statenes plikt til å sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser ("*Statens plikt til å identifisere og å sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser*" i kap. 3.3.8) og spørsmålet om statene på grunnlag av ILO-konvensjonen er forpliktet til å endre rettsforhold som er etablert før konvensjonen trådte i kraft ("*Forplikter ILO-konvensjonen statene til å endre etablerte rettsforhold?*" i kap. 3.3.9).

3.3.3 Hvilke rettigheter til grunn og andre naturressurser plikter statene etter ILO-konvensjon nr. 169 å anerkjenne for urfolk?

3.3.3.1 Innledning

Hvilke privatrettslige rettigheter til grunn og andre naturressurser statene etter ILO-konvensjon nr. 169 plikter å anerkjenne for urfolk, reguleres av konvensjonens artikkel 14, jf. artikkel 15 nr. 2, mens artikkel 15 nr. 1, jf. artikkel 16 legger bånd på det offentliges adgang til å treffe bestemmelser om hva grunn og andre naturressurser i områder som har vært brukt av urfolk, kan tillates benyttet til.³⁶

3.3.3.2 Urfolks privatrettslige rett til grunn og andre naturressurser i områder som de tradisjonelt har benyttet

Etter ILO-konvensjon nr. 107 hadde urfolk krav på å få anerkjent eiendomsrett («right of ownership») til de landområder som de tradisjonelt har rådet over («the lands which these populations traditionally occupy»). Det var noe uklart hva som lå i det eiendomsrettsbegrep som var brukt i denne konvensjonen.³⁷ I ILO-konvensjon nr. 169 er det bevisst lagt opp til større fleksibilitet i løsningen av rettighetsspørsmålet. Konvensjonen skiller derfor mellom eiendoms- og besittelsesrettigheter («rights of ownership and possession») på den ene side og bruksrett («right to use») på den annen.³⁸

Etter konvensjonens artikkel 14 nr. 1 første pkt. er det bare landområder som urfolk tradisjonelt har rådet over («the lands which they traditionally occupy»), som de krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til. Dersom et urfolk ikke har vært de eneste som har rådet over et område, men de har hatt tilgang til området for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet («lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities»), har de ikke krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til området, men de har krav på å få anerkjent bruksrett til dette, se artikkel 14 nr. 1 annet pkt. Dette gjelder bl.a. for nomadiske folk som ikke har noen fast bosetning, men som flytter fra sted til sted uten å skaffe seg kontroll over noe bestemt område, se artikkel 14 nr. 1 tredje pkt.

Bestemmelsene i annet og tredje pkt. er kommet inn i ILO-konvensjonen for å imøtekomme ønsker fra de nordiske land.³⁹ Fra norsk side ble det under forhandlingene gjort flere forsøk på å få «bruksrett» («right of use») eller «fortrinnsrett til bruk» («right of preferential use») likestilt med «eiendomsrett», men da det ikke lyktes å oppnå enighet om disse forslagene, ble disse forslagene trukket, og i stedet ble man enige om den kompromissløsning som ligger i bestemmelsene i annet og tredje pkt.⁴⁰

(a) Ved tolkingen av bestemmelsene artikkel 14 nr. 1 oppstår det for det første spørsmål om *hvilke områder urfolk har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til*

36. Uttrykket «privatrettslig» blir her brukt slik at det ikke bare omfatter individuelle, men også kollektive rettigheter, se nærmere "*Hvordan skal rettighetssubjektet defineres?*" i kap. 3.3.5 nedenfor.

37. Se nærmere bl.a. NOU 1980: 53 Vern av urfolk s. 36 ff., NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling s. 310 ff., St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 4 ff. og NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark s. 70 med videre henvisninger.

38. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV(2 A), s. 36, jf. s. 35.

39. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV(2 A), s. 36, jf. s. 35.

40. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 46 ff. og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 36, jf. s. 35, jf. rapport fra den norske statlige delegasjon, inntatt som vedlegg 1 i St.prp.nr. 102 (198990), s. 16 ff. på s. 26.

telsesrettigheter til, og hvilke områder som de bare har krav på å få anerkjent bruk-srett til.

Den engelske teksten bruker uttrykket «the lands which they traditionally occupy» om de områder som urfolk har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til. Den franske teksten uttrykker seg på samme måte. Det uttrykk som brukes i den franske teksten, er «les terres qu'ils occupent traditionnellement». I stortingsproposisjonen om ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 169 er disse formuleringene oversatt med «de landområder der de tradisjonelt lever.» Det engelske uttrykket «occupy» og det franske «occuper» har et noe videre anvendelsesområde enn det norske «okkupere». Det kan likevel reises spørsmål om den formulering som er valgt i stortingsproposisjonen, er den beste oversettelsen. Språklig ville det antakelig være bedre å oversette de engelske og franske formuleringene med «de områder som de tradisjonelt råder over» eller «de områder som de tradisjonelt besitter». I alle fall taler formålet med bestemmelsene i artikkel 14, uttalelser i forarbeidene til konvensjonen og sammenhengen mellom bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 første pkt. og bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 annet pkt. for at det bare er områder som urfolk kan sies å ha skaffet seg rådighet over, som de har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til.

Formålet med bestemmelsene i artikkel 14 er at det er den bruk som tradisjonelt har vært utøvd, som skal anerkjennes og gis rettslig status. Dersom en urfolksgruppe ikke har brukt området på en slik måte at den kan sies å ha fått rådighet over området, er det ikke naturlig at befolkningsgruppen skal tilkjennes eiendoms- og besittelsesrettigheter til området, men bare en rett til å bruke dette som svarer til den bruk som tradisjonelt har vært utøvd. Med at urfolksgruppen må ha skaffet seg rådighet over området, mener vi at området må ha vært brukt av vedkommende folkegruppe i et visst omfang, og at den bruk som vedkommende folkegruppe har utøvd, må ha vært dominerende i forhold til den bruk som måtte ha vært utøvd av andre.

I forarbeidene til konvensjonen er det ikke gitt noen nærmere redegjørelse for hva som er ment med det engelske uttrykket «occupy». Av begrunnelsen for å ta inn uttrykket rettigheter til «besittelse» ved siden av «eiendomsrett» fremgår imidlertid at bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 første pkt. bare er forutsatt å komme til anvendelse i tilfeller hvor urfolk har ervervet rettigheter til et område ved å skaffe seg rådighet over dette («rights which indigenous or tribal peoples have acquired through occupation»⁴¹).

I samme retning peker sammenhengen mellom bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 første pkt. og bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 annet pkt. Etter annet pkt. har urfolk bare krav på å få anerkjent rett til bruk av områder som de ikke har vært de eneste som har rådet over, men som de har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet («lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities»). Dette taler for at det bare er områder som urfolk har brukt på en slik måte at området kan sies å ha vært i folkegruppens besittelse, som de har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til.⁴²

I ILO's guide til konvensjonen blir det fremhevet at det ikke er noe vilkår for å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter, at urfolksgruppen har okkupert området på tradisjonell måte («occupied in a traditional manner»). Dette blir begrunnet med at dersom man skulle oppfatte konvensjonen slik at den stiller krav om at en urfolksgruppe må ha okkupert området på tradisjonell måte, ville man tvinge urfolk til en spesiell livsform for å oppnå eiendoms- og besittelsesrettigheter

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

42. Sml. NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling s. 310 om ILO-konvensjon nr. 107.

til naturressurser i stedet for å gi dem mulighet til å utvikle seg slik det passer dem.⁴³ Dette er et synspunkt som vi er enige i.

Det kan tenkes anført at det av bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 annet pkt. motsetningsvis følger at det bare er områder som urfolk har vært alene om å utnytte som de har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til. Etter vår oppfatning vil dette være å stille for strenge krav. Det uttrykk som bestemmelsen i første pkt. benytter, er «råder over» («occupy»), og av dette kan ikke utledes noe krav om eksklusivitet. Dersom et område som har vært brukt av en urfolksgruppe, også har vært brukt av andre, må det være tilstrekkelig for at urfolksgruppen skal ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter, at den bruk som har vært utført av urfolksgruppen, har vært dominerende i forhold til den bruk som har vært utøvd av andre.

Etter vår oppfatning må det etter dette legges til grunn at for at en urfolksgruppe skal ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til et område, må gruppen ha utøvd en bruk som er av en slik karakter at de kan sies å ha skaffet seg faktisk rådighet over området. For at dette skal kunne sies å være tilfellet, kan det ikke stilles for strenge krav. Dersom befolkningsgruppen har hatt en noenlunde permanent bosetning i området, og de samtidig har vært de eneste som har brukt dette, vil kravene til faktisk rådighet normalt måtte anses oppfylt. Dersom også andre har brukt området, må den bruk som urfolksgruppen har utøvd, ha vært dominerende i forhold til den bruk som har vært utøvd av andre.

I NOU 1993: 34 legger Otto Jebens til grunn at den bruk som den samiske befolkning har gjort av Indre Finnmark (i det vesentlige Kautokeino og Karasjok kommuner og øvre del av Tana kommune), er tilstrekkelig til at den samiske befolkning på grunnlag av artikkel 14 nr. 1 første pkt. kan påberope eiendoms- og besittelsesrettigheter til dette området.⁴⁴ Denne oppfatningen er vi enig i. Det kan også finnes andre områder som har vært brukt av den samiske folkegruppe på en slik måte at samene kan ha oppnådd eiendoms- og besittelsesrettigheter til områdene.⁴⁵ Dette spørsmålet har imidlertid folkerettsgruppen ikke anledning til å gå nærmere inn på. De områder som samene fra gammel tid har brukt til livsopphold og tradisjonell virksomhet, men som de ikke har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, vil de – i samsvar med bestemmelsene i artikkel 14 nr. 1 annet, jf. tredje pkt. – ha krav på å få anerkjent bruksrett til, se nærmere pkt. (c) nedenfor.

Ved grensdragningen mellom områder som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, og områder som de bare har krav på å få anerkjent bruksrett til, må det bl.a. legges vekt på hvor stabil og uttalt den samiske bosetningen i området har vært. Videre må det legges vekt på om det har vært annen bosetning i området, eller om samene stort sett har vært alene om å bruke dette. Det må også legges vekt på om det tradisjonelt har vært samisk bosetning på stedet gjennom hele året, eller om samene bare har pleid å oppholde seg der en begrenset del av året. Enn videre vil det være et moment om det bare er én eller noen få former for bruk som vært utøvd av den samiske folkegruppe, eller om samene har utnyttet alle eller de fleste former for bruk som har vært naturlig ut fra forholdene på stedet. Denne oppregningen av momenter er ikke uttømmende. Avgjørelsen av om samene skal tilkjennes eiendoms- og besittelsesrettigheter til et område, eller om de bare har krav på å få anerkjent bruksrett, beror på en sammensatt vurdering av en rekke ulike

43. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 19.

44. Se NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark s. 73.

45. Se nærmere notat av 30.09.92 fra Otto Jebens og Johan Albert Kalstad til Kommunaldepartementet.

momenter. I denne vurderingen inngår ikke bare objektive forhold, men det må også legges vekt på den følelse av tilhørighet som samene måtte ha til området.

(b) Et annet spørsmål som oppstår ved tolkingen av bestemmelsene i artikkel 14 nr. 1, er *hva slags rett en urfolksgruppe må få anerkjent*, for at konvensjonens krav om anerkjennelse av eiendoms- og besittelsesrettigheter til områder som urfolk tradisjonelt har rådet over, skal anses oppfylt.

Etter ILO-konvensjon nr. 107 hadde urfolk krav på å få anerkjent «eiendomsrett» («right of ownership») til de områder de tradisjonelt har rådet over. I den engelske versjonen av ILO-konvensjon nr. 169 brukes uttrykket «rights of ownership and possession» om de rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent til slike områder. I den franske versjonen brukes uttrykket «les droits de propriété et de possession». Disse uttrykkene må oversettes til norsk med «eiendoms- og besittelsesrettigheter» eller «eiendoms- og rådgighetsrettigheter».

Når ILO-konvensjon nr. 169 bruker uttrykket «rights of ownership and possession» i stedet for uttrykket «right of ownership» som var brukt i ILO-konvensjon nr. 107, er det fordi det etter ILO-konvensjon nr. 169 ikke skal være noe absolutt krav om at urfolk skal tilkjennes formell grunnbokshjemmel som eier («title») til de områder som de tradisjonelt har rådet over. For de fleste urfolk er det realitetene som er det viktigste, og ikke om de blir kjent formelt eiendomsberettiget til området. Det er dette som er bakgrunnen for at konvensjonen ikke bruker uttrykket «the right of ownership» i entall, men «the rights of ownership and possession» i flertall.⁴⁶

Som argument mot å legge vekt på at konvensjonen bruker uttrykket «rights of ownership and possession» i flertall, kan tenkes anført at når konvensjonen bruker konjunksjonen «og» («and») mellom ordene «ownership» og «possession», er det naturlig at ordet «rights» blir brukt i flertall. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til konvensjonen at ordet «rights» også var brukt i flertall i utkast hvor rett til eiendom, besittelse og bruk var nevnt som alternative rettighetstyper («the rights of possession, use or ownership») og bundet sammen med komma og konjunksjonen «eller» («or»).⁴⁷

Det fremgår av forarbeidene til konvensjonen at ILO-konvensjon nr. 169 ikke bygger på et formelt, men et funksjonelt eiendomsrettsbegrep.⁴⁸ Som vi har påpekt ovenfor, er det er dette som er bakgrunnen for at uttrykket «rights of ownership and possession» blir brukt i flertall. Avgjørende for om konvensjonens krav om anerkjennelse av eiendoms- og besittelsesrettigheter er tilfredsstillt, må derfor være om vedkommende urfolk blir kjent reelt berettiget til å utøve alle eller de vesentligste av de faktiske beføyelser som normalt tilligger en eier.

I den uttalelse som ble avgitt av Justisdepartementet i forbindelse med spørsmålet om Norge skulle ratifisere ILO-konvensjon nr. 169, er det lagt til grunn at en «sterkt vernet bruksrett» kan tilfredsstillte de krav konvensjonen stiller om anerkjennelse av «rights of ownership and possession» til områder som urfolk tradisjonelt har rådet over.⁴⁹ Etter vår oppfatning kan dette standpunktet ikke være riktig. Som ovenfor nevnt ble det under forhandlingene om ILO-konvensjon nr. 169 fra norsk side gjentatte ganger fremsatt forslag om at konvensjonen skulle likestille «bruksrett» («right of use») eller «fortrinnsrett til bruk» («right of preferential use») med «eiendomsrett». Disse forslagene ble imidlertid avvist, da de ble oppfattet som

46. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 34-36, ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 18 og observasjonsuttalelse for 1995 fra ILO's ekspertkomité om Norges anvendelse av konvensjoner og rekommandasjoner av ILO s. 37, jf. rapport fra den norske statlige delegasjon, vedlegg 1 til St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. på s. 25-26.

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

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

49. Se St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 5-6.

en svekkelse av urfolks rettigheter etter ILO-konvensjon nr. 107.⁵⁰ Til slutt gav Norge seg på dette punkt, og i stedet ble man enige om den kompromissløsning som ligger i bestemmelsene i artikkel 14 nr. 1 annet og tredje pkt.⁵¹ På denne bakgrunn må det etter vår oppfatning være nokså klart at når det gjelder områder som urfolk har hatt rådighet over, vil det ikke være tilstrekkelig for å tilfredsstillende ILO-konvensjon nr. 169 at vedkommende folk får anerkjent bruksrett til området.⁵² Til slike områder må urfolk ha krav på å bli tilkjent en rett til faktisk utnyttelse som i det vesentlige tilsvarer det en eier har.

At urfolk til de områder som de tradisjonelt har rådet over, har krav på å bli tilkjent en rett til faktisk utnyttelse som i det vesentlige svarer til det en eier har, må bl.a. innebære at de må tilkjennes rett til å ta opp utnyttelsesmuligheter som tidligere ikke har vært benyttet. I forhold til områder som urfolk tradisjonelt har rådet over, kan det ikke være tilstrekkelig at de blir tilkjent rett til å fortsette å utnytte de naturressurser som de tradisjonelt har utnyttet. Dette henger sammen med at ILO-konvensjonen ikke bare har som formål at urfolk skal kunne bevare, men at de også skal kunne videreutvikle sin livsform og kultur. Retten til å utnytte de ressurser som ikke andre har etablert rettigheter til, må tilligge urfolkgruppen.

Etter konvensjonen skal urfolk ikke bare tilkjennes eiendomsrettigheter til områder som de tradisjonelt har rådet over, men de har også krav på å få tilkjent besittelsesrettigheter («rights of ownership and possession»). Når konvensjonen nevner rettigheter til besittelse ved siden av eiendomsrettigheter, er det fordi urfolks faktiske besittelse av et område skal ha et selvstendig vern.⁵³

Under forhandlingene ble det bl.a. fra Canada og USA foreslått å bruke det mer fleksible uttrykk «eiendoms- eller besittelsesrettigheter» («rights of ownership or possession») i stedet for «eiendoms- og besittelsesrettigheter» («rights of ownership and possession»), da noe annet ville kunne gjøre det umulig for mange stater å ratifisere konvensjonen.⁵⁴ Forslagene om å bytte konjunksjonen «og» («and») ut med «eller» («or») førte imidlertid ikke frem. Årsaken til dette var at det under forhandlingene fra representanter fra urfolk ble fremholdt at det fra urfolks side ofte legges mer vekt på besittelse enn formell eiendomsrett («they often attach more importance to possession than to ownership».⁵⁵

At urfolks faktiske besittelse er gitt et selvstendig vern, innebærer at når en urfolksgruppe har hatt et ytre, faktisk rådighetsforhold over et område, skal urfolkgruppen ikke bare ha rett til å disponere over de ressurser som ikke andre har etablert rettigheter til. Urfolkgruppen må også ha krav på å utøve de øvrige beføyelser som tilligger den som har besittelsen av et område, f.eks. å ta vare på området, føre kontroll med hvordan området blir benyttet, og påse at det ikke blir benyttet av andre på en måte som kommer i konflikt med de rettigheter urfolkgruppen har. Kort sagt har urfolkgruppen krav på å forestå det man kan kalle den faktiske forvaltning av området. Under forhandlingene om konvensjonen ble det fra flere hold

50. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 46 ff. og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 36, jf. s. 35.

51. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 36, jf. s. 35, jf. rapport fra den norske statlige delegasjon, inntatt som vedlegg 1 i St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. på s. 26.

52. Se også L. Hannikainen: The Status of Minorities, Indigenous Peoples and Immigrants and Refugee Groups in Four Nordic States, Nordic Journal of International Law 1996 s. 1 ff. på s. 54.

53. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 18.

54. Se International Labour Conference, Provisional Record, Seventy-sixth Session, Geneva, 1989, s. 18 og s. 21.

55. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 3. Se også International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 48.

understreket at den faktiske forbindelse som urfolk har til sine landområder, må gis en selvstendig beskyttelse.⁵⁶

(c) Områder som en urfolksgruppe ikke har hatt et ytre, faktisk rådighetsforhold over, men som de likevel har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle næring, har de krav på å få anerkjent *bruksrett* til («right of the peoples concerned to use»), se artikkel 14 nr. 1 annet pkt.

I NOU 1993: 34 legger flertallet til grunn at det etter bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 annet pkt. «mer er tale om adgang til ... bruk» av de områder som urfolk tradisjonelt har benyttet enn en «formell rettighet».⁵⁷ Dette er et synspunkt som etter vår oppfatning ikke kan være riktig. Det fremgår av forarbeidene til konvensjonen at når bestemmelsene om bruksrett er blitt skilt ut som egne bestemmelser, er det for å skille mellom bruksrett på den ene side og eiendoms- og besittelsesrettigheter på den annen («to distinguish between the right of use and the rights of ownership and possession»)⁵⁸ Også i de tilfeller som er omhandlet i annet pkt., er det klart nok tale om en plikt for statene til å anerkjenne formelle rettigheter for urbefolkninger («usufruct» eller «the right of use»)⁵⁹

Hvor omfattende bruksrett urfolk har krav på å få anerkjent, avhenger av den bruk som har vært utøvd. Det er den bruk som har vært utøvd, som urfolksgruppen har krav på å få rettslig anerkjent. Dersom urfolksgruppen ikke har skaffet seg et visst minimum av kontroll over området, har urfolksgruppen ikke krav på å få anerkjent rett til å ta opp nye utnyttelsesmuligheter.

Ved fastleggelsen av grensene for hvordan de naturressurser som et urfolk tradisjonelt har gjort seg bruk av, kan utnyttes, vil den bruk som har vært utøvd, ikke kunne være ubetinget avgjørende. De naturressurser som et urfolk tradisjonelt har utnyttet, må kunne utnyttes på en måte som tilfredsstiller de krav som forholdene til enhver tid stiller. Dette er nødvendig for at urfolks livsform og kultur skal kunne bevares og videreutvikles.

3.3.3.3 Forholdet til offentligrettslig regulering, ekspropriasjon mv.

Mens bestemmelsene i artikkel 14, jf. artikkel 15 nr. 2 regulerer hvilke privatrettslige rettigheter urfolk har krav på å få anerkjent til grunn og andre naturressurser, legger artikkel 15 nr. 1, jf. artikkel 16 bånd på det offentliges myndighet til å regulere utnyttelsen av grunn og andre naturressurser i områder som urfolk har krav på å få anerkjent rettigheter til.

Etter artikkel 15 nr. 1 skal urfolks rett til naturressurser i deres landområder «sikres spesielt» («shall be specially safeguarded»). I bestemmelsen er det også presisert at de rettigheter de har, omfatter disse folks rett til å delta i bruk, styring og bevaring av disse ressursene («to participate in the use, management and conservation of these resources»). Bestemmelsen følges opp av bestemmelser i artikkel 16 om vern mot forflytning. I tillegg inneholder artikkel 7 nr. 4 en generell bestemmelse som pålegger statene – i samarbeid med vedkommende folk – å treffe tiltak for å verne og bevare miljøet i de områder der de lever («to protect and preserve the environment of the territories they inhabit»). Det kan også vises til bestemmelsen i artikkel 7 nr. 1 som bl.a. gir urfolk «rett til å vedta sine egne prioriteringer for utviklingsprosessen i den grad den angår ... de landområder de lever i eller bruker

56. Se bl.a. International Labour Conference, Provisional Record, Seventy-sixth Session, Geneva, 1989, s. 20.

57. Se NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark s. 57.

58. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 36. Se også International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 48.

59. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 19.

på annen måte, og til så langt som mulig å ha kontroll med sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling».⁶⁰

Den rett urfolk etter artikkel 15 nr. 1 har til å delta i bruk, styring og bevaring av naturressursene i deres landområder, innebærer ikke bare at urfolk har krav på å bli hørt før det foretas reguleringsmessige inngrep i forhold til utnyttelsen av naturressurser i områder som urfolk har rettigheter til. De har også krav på å få delta aktivt ved avgjørelsen av hvordan naturressursene i områder som urfolk har rettigheter til, skal utnyttes.

I NOU 1993: 34 s. 57 legger flertallet til grunn at artikkel 15 må forstås slik at bestemmelsen bare sikter til ressurser i de landområder som urfolk har krav på eienoms- og besittelsesrettigheter til, og at bestemmelsen derfor ikke kommer til anvendelse i tilfeller hvor en urfolksgruppe bare har krav på å få anerkjent bruksrett til området. Denne oppfatningen er etter vår oppfatning åpenbart uholdbar. Når bestemmelsen taler om «deres landområder» («their lands»), kan bestemmelsen klart nok ikke bare sikte til landområder som urfolk tradisjonelt har rådet over, men også til landområder som urfolk tradisjonelt har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet. Dette fremgår av forarbeidene til konvensjonen, og er også lagt til grunn av ILO's ekspertkomite i deres observasjonsuttalelse for 1995 om Norges anvendelse av konvensjoner og rekommandasjoner av ILO.⁶¹ Det må derfor legges til grunn at bestemmelsen i artikkel 15 kommer til anvendelse uavhengig av hvilken form for rett som urfolk har krav på å få anerkjent etter artikkel 14.

3.3.4 Hvordan skal objektet for de rettigheter til grunn og andre naturressurser som ILO-konvensjon nr. 169 hjemler, avgrenses?

Det objekt som urfolk etter ILO-konvensjon nr. 169 har krav på å få anerkjent eienoms- og besittelsesrettigheter eller bruksrett til, blir i konvensjonen omtalt som «landområder» («lands»), se artikkel 14 nr. 1 første og annet pkt. Det samme uttrykk brukes ved beskrivelsen av de plikter som staten som reguleringsmyndighet har til å sikre de naturressurser som urfolks rettigheter er knyttet til («the natural resources pertaining to their lands»), se artikkel 15. Likeledes er også vernet mot forflytning knyttet til forflytning fra de «landområder» som urfolk råder over («shall not be removed from the lands which they occupy»), se artikkel 16.

I forhold til artikkel 15 og 16 gir konvensjonen en egen definisjon av hva som skal omfattes av begrepet «landområder» («lands»). Etter artikkel 13 nr. 2 skal begrepet «landområder» i artikkel 15 og 16 omfatte begrepet «territorier», «som dekker totalmiljøet i de områdene vedkommende folk råder over eller på annen måte bruker» («which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use»). Noen tilsvarende definisjon av begrepet «landområder» i forhold til bestemmelsene i artikkel 14 inneholder konvensjonen ikke.

Bestemmelsen i artikkel 13 nr. 2 er et resultat av langvarige forhandlinger.⁶² Opprinnelig var det foreslått å bruke uttrykket «territories» i artikkel 15 og 16, men dette forslaget gikk India, Canada og flere latinamerikanske land sterkt imot. Som

60. ILO-konvensjonens bestemmelser om selvstyreordninger for urfolk blir nærmere behandlet i andre deler av denne utredningen.

61. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 40 og observasjonsuttalelse for 1995 fra ILO's ekspertkomité om Norges anvendelse av konvensjoner og rekommandasjoner av ILO s. 38.

62. Se bl.a. International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 48, International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (1), s. 4-5 og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 37-44.

en kompromissløsning ble det foreslått at uttrykket «territories» i artikkel 15 og 16 skulle byttes ut med uttrykket «landområder», men at dette skulle kombineres med at det i artikkel 13 nr. 2 ble tatt inn en egen definisjon av uttrykket «landområder» i forhold til bestemmelsene i artikkel 15 og 16. De landene som hadde gått imot å bruke uttrykket «territories» i artikkel 15 og 16, gav uttrykk for betydelige motforestillinger mot dette kompromisset, men stemte likevel for det, og slik ble konvensjonen vedtatt.⁶³

Under utarbeidelsen av konvensjonen ble det fra flere hold foreslått at de bånd artikkel 15 legger på myndighetens reguleringsmyndighet, også skulle gjelde rettigheter i kystområder. Det forelå også forslag om å ta inn i konvensjonsteksten en uttrykkelig presisering om at de forpliktelser statene har etter artikkel 15, ikke bare skulle gjelde landområder, men også «waters» og «sea ice». Ingen av disse forslagene ble vedtatt. I stedet fikk man definisjonen i artikkel 13 nr. 2, som fastsetter hvordan uttrykket «landområder» skal forstås i forhold til bestemmelsene i artikkel 15 og 16.⁶⁴

Etter dette må det legges til grunn at uttrykket «landområder» i artikkel 15 og 16 må oppfattes noe videre enn i artikkel 14. Hvor vidt uttrykket skal oppfattes, kan det imidlertid være noe delte meninger om.

Både i forhold til artikkel 14 og i forhold til artikkel 15 og 16 vil uttrykket «landområder» ikke bare kunne omfatte selve grunnen, men også det som er forbundet til grunnen fra naturens side, selv om forbindelsen er løs, f.eks. plantevekster, trær, sand, stein mv. I tilfeller hvor et urfolk har krav på å få anerkjent eiendomsrett til de områder som de har rådet over, vil også ressurser som finnes i undergrunnen – som f.eks. olje og mineraler – måtte være omfattet av urfolksgruppens eiendomsrett så langt disse ressurser etter lovgivningen i den enkelte stat omfattes av eiendomsrett til grunnen.⁶⁵

I forhold til bestemmelsene i artikkel 15 og 16 må det være klart nok at uttrykket «landområder» ikke bare kan omfatte fast mark, men også ferskvannsområder – som f.eks. elver og innsjøer. Hvorvidt elver og innsjøer er omfattet av uttrykket «landområder» i artikkel 14, kan være noe mer tvilsomt. Uttrykket «landområder» («lands») var også benyttet i ILO-konvensjon nr. 107 uten at uttrykket var definert i konvensjonen. I rapporten fra komiteen som utarbeidet rekommandasjon nr. 104, som ble vedtatt sammen med konvensjon nr. 107, er det imidlertid uttalt at uttrykket «landområder» er en fellesbetegnelse («generic») og må forstås slik at det også omfatter elver, innsjøer og skoger («should be understood to include rivers, lakes and forests»)⁶⁶ I samme retning peker formålsbetraktninger. For at urfolk skal kunne opprettholde og videreutvikle sin livsform og kultur, er det viktig at den bruk som de tradisjonelt har gjort av ferskvannsområder, blir rettslig anerkjent og beskyttet. De beste grunner taler derfor for å legge til grunn at uttrykket «landområder» også i forhold til artikkel 14 må oppfattes så pass vidt at det omfatter ferskvannsområder.⁶⁷

63. Se rapport fra den norske statlige delegasjon, inntatt som vedlegg 1 i St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. på s. 25.

64. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 47-49, International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (1), s. 4, International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 35 og s. 37-41 og rapport fra den norske statlige delegasjon, inntatt som vedlegg 1 i St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. på s. 25.

65. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 19-20.

66. Se nærmere rapport fra den norske statlige delegasjon, inntatt som vedlegg 1 i St. prp. nr. 102 (1989-90), s. 16 ff. på s. 26.

67. Sml. NOU 1984: 18 s. 310 om forståelsen av ILO-konvensjon nr. 107.

Når det gjelder sjøområder, må det derimot skilles mellom bestemmelsene i artikkel 14 på den ene side og bestemmelsene i artikkel 15 og 16 på den annen.

Etter artikkel 13 nr. 2 skal uttrykket «landområder» i forhold til artikkel 15 og 16 omfatte «totalmiljøet i de områdene vedkommende folk råder over eller på annen måte bruker». Dette uttrykket er så vidt at det også omfatter sjøområder som urfolk tradisjonelt har hatt tilgang til, og som de har benyttet til deres livsopphold og tradisjonelle virksomhet. Av forarbeidene fremgår at siktemålet med bestemmelsen i artikkel 13 nr. 2 var å sikre urfolk den nødvendige kontroll over naturressurser som de tradisjonelt har utnyttet, men som ikke er undergitt eiendomsrett, som f.eks. flora, fauna, undergrunnsressurser, sjø-is, vannrettigheter, fiskerettigheter mv. («non-land resources such as flora, fauna, surface deposits and sea ice; water rights, fishing rights, etc.»).⁶⁸

Også formålsbetraktninger taler for at staten ved regulering av fiske og andre aktiviteter i sjøområder som tradisjonelt har vært benyttet av urfolk, må ta hensyn til urfolksgruppens interesser. For at urfolk skal kunne bevare og viderutvikle sin livsform og kultur, er det ikke bare nødvendig å sikre ressursgrunnlag for landbasert virksomhet og fiske og fangst som utøves i elver og innsjøer, men også å sikre ressursgrunnlaget for fiske og fangst som utøves til sjøs. De beste grunner taler derfor for å legge til grunn at også sjøområder er omfattet av bestemmelsene i artikkel 15 og 16. Dette innebærer bl.a. at urfolk har krav på å få delta aktivt i forvaltningen av fiskeressurser som de tradisjonelt har utnyttet, at staten har en spesiell plikt til å sikre slike ressurser, og at det ved regulering av fangstkvantum, tildeling av kvoter mv. må tas hensyn til vedkommende urfolks interesser.

I sin utredning om samiske rettigheter i forhold til fiskerireguleringer legger Carsten Smith til grunn at det ikke er grunnlag for å anvende ILO-konvensjonens bestemmelser om landrettigheter analogisk på saltvannsfiske. Hans begrunnelse for dette er at det under utarbeidelse av konvensjonen forelå forslag om at artikkel 15 også skulle gjelde kystområder, «waters» og «sea ice», men at disse forslagene ikke ble vedtatt.⁶⁹ Han overser imidlertid at diskusjonen om anvendelsesområdet for artikkel 15 endte med at det i artikkel 13 nr. 2 ble tatt inn en egen bestemmelse om hvordan uttrykket «landområder» skal forstås i forhold til bestemmelsene i artikkel 15 og 16.

I forhold til artikkel 14 må sjøområder derimot som utgangspunkt falle utenfor. Den definisjon av «landområder» som artikkel 13 nr. 2 inneholder, gjelder bare i forhold til bestemmelsene i artikkel 15 og 16, ikke i forhold til bestemmelsene i artikkel 14. At sjøområder som utgangspunkt må falle utenfor artikkel 14, er også naturlig, da sjøområder normalt ikke er undergitt privat eiendomsrett. Etter norsk rett går privat eiendomsrett som hovedregel bare til marbakken. Hvis det ikke kan påvises noen marbakke, trekkes grensen normalt ved to meters dyp — målt ved middels lav vannstand.⁷⁰ Sjøområder utenfor det som etter den enkelte stats nasjonale rett er undergitt privat eiendomsrett, kan urfolk ikke ha krav på å få anerkjent eiendomsrett eller andre privatrettslige særrettigheter til. Bruk av sjøområder må — for urfolk på samme måte som for andre — basere seg på allemannsrettigheter.

Etter artikkel 15 nr. 2 første pkt. skal myndighetene i tilfeller hvor staten beholder eiendomsretten til mineraler, ressurser under jorden eller til andre ressurser i landområder som urfolk har rettigheter til, ikke sette i gang eller tillate noen tiltak for utforsking eller utnyttelse av slike ressurser før det er opprettet eller tatt i

68. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 35, jf. s. 37-41, jf. International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 108.

69. Se C. Smith: Om samenes rett til naturressurser — særlig ved fiskerireguleringer, Rettstenkning i samtiden (Oslo 1992), s. 188 ff. (opprinnelig trykt i LoR 1990 s. 507 ff.) på s. 203.

70. Se nærmere T. Falkanger: Tingsrett, 4. utg. (Oslo 1993), s. 79 ff.

bruk rådføringsordninger med den folkegruppe det gjelder for å fastslå om og i hvilken utstrekning deres interesser kan bli skadelidende. Denne bestemmelse kommer ikke bare til anvendelse i tilfeller hvor en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til området, men også i tilfeller hvor en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent bruksrett til området.⁷¹

I tilfeller hvor staten utnytter ressurser i et område som en urfolksgruppe har rettigheter til, skal vedkommende befolkningsgruppe «[n]år det er mulig, ha del i utbyttet av slik virksomhet og skal få rimelig erstatning for enhver skade de lider på grunn av slik virksomhet», se artikkel 15 nr. 2 annet pkt. På samme måte som bestemmelsen i artikkel 15 nr. 2 første pkt. kan heller ikke denne bestemmelse være begrenset til bare å gjelde områder som et urfolk har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, men må også gjelde områder som urfolk har krav på å få anerkjent bruksrett til. Størrelsen av utbytteandelen vil imidlertid måtte avhenge av hvor omfattende rettigheter urfolksgruppen har i området.

3.3.5 Hvordan skal rettighetssubjektet defineres?

Både i ILO-konvensjonens bestemmelser om privatrettslige rettigheter til naturressurser og i de bestemmelser i konvensjonen som omhandler de plikter som statens reguleringsmyndigheter har overfor urfolk, blir rettighetssubjektet omtalt som «vedkommende folk» («the peoples concerned»), se artikkel 14, 15 og 16. Dette reiser spørsmål om hvordan subjektet for de rettigheter konvensjonen hjemler, skal defineres. Må rettighetene utformes (1) som rettigheter for urfolksgruppen som sådan, (2) som grupperettigheter («kollektive rettigheter») for medlemmene av vedkommende befolkningsgruppe, hvor det er individene i fellesskap som anses som rettighetssubjekt, eller (3) som individuelle rettigheter?

I ILO-konvensjon nr. 107 og i de første utkastene til ILO-konvensjon nr. 169 var det uttrykkelig presisert at eiendomsrett for urfolk enten kunne organiseres som en kollektiv eiendomsrett eller som individuell eiendomsrett for medlemmer av vedkommende befolkningsgruppe («the right of ownership, collective or individual, of the members of the populations concerned»)⁷² Så lenge uttrykket «ownership» ble brukt alene, ble det ansett nødvendig å presisere at den rettighet urfolk har krav på å få anerkjent, kan være kollektiv, og ikke nødvendigvis individuell. Etter at uttrykket «ownership» ble supplert med uttrykket «possession», ble presiseringen om at rettigheten kan være kollektiv eller individuell, sløyfet som unødvendig.⁷³ Etter dette må det anses på det rene at konvensjonen med uttrykket «vedkommende folk» ikke tar sikte på å løse spørsmålet om hvordan subjektet for de rettigheter konvensjonen hjemler, skal defineres. Dette spørsmålet må løses på annet grunnlag.

Ved avgjørelsen av hvordan rettighetssubjektet skal defineres, må utgangspunkt tas i hvilken personkrets som har utøvd den bruk som danner grunnlag for rettigheten. Hvis området ikke har vært oppdelt, men brukt av flere medlemmer av urfolksgruppen i fellesskap, taler det for å se på rettigheten enten som en rettighet for befolkningsgruppen som sådan eller som en grupperettighet for de medlemmer av urfolksgruppen som tilhører den krets av urfolksgruppen som har utøvd den bruk som danner grunnlaget for rettigheten.

71. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 40 og observasjonstuttalelse for 1995 fra ILO's ekspertkomité om Norges anvendelse av konvensjoner og rekommandasjoner av ILO s. 38.

72. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (1), s. 123.

73. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 49.

Et annet viktig moment ved vurderingen av hvordan rettighetssubjektet skal defineres, er sedvaner og rettsoppfatninger innenfor vedkommende urfolksgruppe, se artikkel 8, jf. også artikkel 17.

Videre må det legges vekt på hva vedkommende befolkningsgruppe selv ønsker, se artikkel 6. Dette blir også fremholdt i forarbeidene til konvensjonen. Det heter her at det kan overlates til vedkommende folk selv å bestemme hvilken rettighetsform de vil foretrekke («it could be left to the peoples concerned to determine their own preferential form of land holding and ownership»)⁷⁴.

Som ytterligere momenter kan nevnes praktiske hensyn, hva som oppfattes som et rimelig og rettferdig resultat, og hvordan urfolksgruppens muligheter til å bevare og videreutvikle sin livsform og kultur, best kan bli ivaretatt.

Ut fra den bruk som har vært utøvd, og de sedvaner og rettsoppfatninger som foreligger, vil de rettigheter som samene har krav på å få anerkjent til grunn og andre naturressurser i Finnmark, klart nok ikke kunne betraktes som individuelle rettigheter. Enten er det den samiske folkegruppe som sådan som må anses som bærer av disse rettighetene, eller så må rettighetene betraktes som grupperettigheter for medlemmene av den samiske befolkningsgruppe, hvor det er individene i fellesskap som anses som rettighetssubjekter. Hvilken av disse to siste betraktningmåtene som velges, spiller liten praktisk rolle. Selv om det er den samiske folkegruppe som sådan som betraktes som rettighetssubjekt, vil rettighetsbrudd kunne påtales gjennom søksmål fra enkeltpersoner eller grupper av personer som har rettslig interesse i utfallet av saken, se ILO-konvensjonens artikkel 12 første pkt., jf. tvistemålslovens § 54.⁷⁵

3.3.6 Kan de rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, overdras?

Som vi har påpekt i "*Noen utgangspunkter*" i punkt 3.3.1 ovenfor, vil det at urfolks adgang til å utnytte naturressursene i de landområder som de tradisjonelt har benyttet, blir anerkjent og beskyttet, ofte være en avgjørende forutsetning for at urfolk skal kunne opprettholde og videreutvikle sin livsform og kultur. Fra urfolksrepresentanter blir det på dette grunnlag ofte hevdet at de rettigheter til land og andre naturressurser som de har krav på å få anerkjent, ikke kan overdras til folk utenfor urfolksgruppen, men for alltid må tilhøre folkegruppen.

For overdragelse av rettigheter til grunn og andre naturressurser («land rights») internt mellom medlemmer av en urfolksgruppe bestemmer ILO-konvensjonens artikkel 17 nr. 1 at de overdragelsesordninger som har hevd blant vedkommende folk, skal respekteres («[p]rocedures established by the peoples concerned for the transmission of land right among members of these peoples shall be respected»). Bestemmelsen regulerer ikke bare fremgangsmåten ved overdragelse av landrettigheter, men også om og i tilfelle med hvilke virkninger landrettigheter skal kunne overdras internt mellom medlemmer av en urfolksgruppe.⁷⁶ Spørsmålet om hvorvidt og i tilfelle på hvilken måte og med hvilke virkninger landrettigheter skal kunne overdras mellom medlemmer av en urfolksgruppe, må avgjøres på grunnlag av de sedvaner og rettsoppfatninger som eksisterer innenfor vedkommende folkegruppe.

74. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 49.

75. Om de krav som etter norsk rett stilles til tilknytning til søksmålsobjektet for at man skal kunne gå til søksmål, se nærmere J. E. Andreassen [Skoghøy]: Søksmålsbetingelser, saksbehandlingsprinsipper og partenes rådighet om sakens gjenstand, Jussens Venner 1994 s. 1 ff. på s. på s. 64 ff. og J. Hov: Rettergang i sivile saker, 2. utg. (Oslo 1994), s. 164 ff. med videre henvisninger.

76. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 47.

Spørsmålet om hvorvidt urfolk skal ha adgang til å overdra rettigheter til grunn og andre naturressurser til folk utenfor vedkommende urfolksgruppe, reguleres ikke av artikkel 17 nr. 1, men av artikkel 17 nr. 2.

Under forhandlingene om ILO-konvensjonen gikk de fleste urfolksrepresentantene gikk inn for at det burde innføres forbud mot at rettigheter til grunn og andre naturressurser som urfolk har krav på å få anerkjent etter konvensjonen, skulle kunne overdras til folk utenfor folkegruppen, og i denne forbindelse henviste de bl.a. til internrettslige ordninger i flere land.⁷⁷ Mot dette ble det fra andre hold innvendt at det kan oppstå situasjoner hvor en urfolksgruppe etter moden overveielse kan ønske å overdra rettigheter som folkegruppen har krav på å få anerkjent, til folk utenfor folkegruppen, og at et forbud mot slik overdragelse vil legge for sterke begrensninger på de valgmuligheter som urfolk bør ha.⁷⁸

Forhandlingene endte med at det ble oppnådd enighet om at det skulle overlates til den enkelte stat å bestemme hvorvidt urfolk skal ha adgang til å overdra sine rettigheter ut av folkegruppen, men at staten ved fastsettelsen av om urfolk skal gis adgang til dette, og hvordan dette i tilfelle skal skje, alltid må rådspørre vedkommende urfolksgruppe.⁷⁹ Denne løsningen er nedfelt i konvensjonens artikkel 17 nr. 2, som sier at vedkommende folk alltid skal «rådspørres ved vurdering av deres rettslige adgang til å gi fra seg landområder eller på annen måte overføre sine rettigheter ut av fellesskapet» («the peoples concerned shall be consulted whenever consideration is being given to their capacity to alienate their lands or otherwise transmit their rights outside their own community»).

Etter dette må konklusjonen bli at ILO-konvensjonen ikke er til hinder for at det ved nasjonal lovgivning kan fastsettes at de rettigheter til grunn og andre naturressurser som en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent, kan bli overdratt til andre. Det følger imidlertid av artikkel 17 nr. 2 at det er et vilkår for at det ved nasjonal lovgivning skal kunne åpnes adgang til slik overdragelse, at urfolket først er blitt rådspurt, og det må også være en forutsetning at forholdene ligger slik an at rettigheter kan overdras til folk utenfor urfolksgruppen uten at dette går ut over urfolksgruppens muligheter til å bevare og videreutvikle sin livsform og kultur.

Dersom det innenfor den ramme som følger av artikkel 17 nr. 2, ved bestemmelser i nasjonal lovgivning blir fastsatt at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, skal kunne overdras til folk utenfor folkegruppen, vil spørsmålet om hvem som har kompetanse til å inngå avtale om slik overdragelse, avhenge av om hvorvidt rettigheten er av individuell eller kollektiv karakter, og, dersom rettigheten er kollektiv, hvem som har kompetanse til å opptre på vegne av rettighetshaverne. Dette vil det kunne gis bestemmelser om i nasjonal lovgivning. Ved utformingen av bestemmelser om hvem som skal ha kompetanse til å opptre på vegne av rettighetshavere til kollektive rettigheter, vil det måtte legges vesentlig vekt på de sedvaner og rettsoppfatninger som eksisterer innenfor den urfolksgruppe det er tale om, og hva vedkommene befolkningsgruppe selv ønsker, jf. *"Hvordan skal rettighetssubjektet defineres?"* i punkt 3.3.5 ovenfor.

77. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 49 og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 47.

78. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 60 og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 47.

79. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 45-47.

3.3.7 Er ILO-konvensjonen til hinder for at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse?

ILO-konvensjon nr. 169 beskytter bare folkegrupper som tilfredsstillt kravene for å bli ansett som urfolk eller stammefolk etter denne konvensjonens artikkel 1. Andre folkegrupper som bor i en stat hvor det finnes urfolk eller stammefolk, kan ikke påberope ILO-konvensjonens bestemmelser. Dette gjelder selv om urfolk eller stammefolk lever side og side med andre folkegrupper.

I tilfeller hvor befolkningen på et sted dels er medlemmer av en urfolksgruppe, dels er annen befolkning, blir det spørsmål om ILO-konvensjonen er til hinder for at de rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent etter denne konvensjonen, kan utformes som en «områderettighet», som blir tillagt befolkning i et nærmere bestemt område uten hensyn til etnisk opprinnelse, eller om medlemmer av den øvrige befolkning må utelukkes fra kretsen av rettighetshavere.⁸⁰

Dette spørsmålet vil måtte stille seg forskjellig for bruksrettigheter på den ene side og eiendoms- og besittelsesrettigheter på den annen.

Om en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent *bruksrett* til et område, innebærer ikke det at de har krav på å få anerkjent eksklusiv rett til den bruksutnyttelse det er tale om. Det som må være avgjørende for om rettigheten kan tillegges befolkningen innenfor området uten hensyn til etnisk opprinnelse, må derfor være om en slik ordning i tilstrekkelig grad vil sikre vedkommende urfolks muligheter til å bevare og videreutvikle sin livsform og kultur. Dette avhenger av hvor rikt ressursgrunnlaget for rettigheten er. Dersom ressursgrunnlaget er tilstrekkelig til at både medlemmene av urfolksgruppen og medlemmene av den øvrige befolkning på stedet kan utnytte ressursen, vil ILO-konvensjonen ikke være til hinder for at urfolksgruppen må dele bruksrettigheten med andre.

For *eiendoms- og besittelsesrettigheter* vil dette spørsmålet derimot måtte stille seg annerledes. Når de vilkår som konvensjonen oppstiller for at en urfolksgruppe skal ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til et område, er oppfylt, har urfolksgruppen krav på å bli kjent reelt berettiget til å utøve alle eller de vesentligste av de faktiske beføyelser som normalt tilligger en eier, se "*Urfolks privatrettslige rett til grunn og andre naturressurser i områder som de tradisjonelt har benyttet*" i punkt 3.3.3.2 (b) foran. Som utgangspunkt vil dette måtte være til hinder for at urfolksgruppen kan pålegges å dele slike rettigheter med den øvrige befolkning.

At ILO-konvensjonen er til hinder for at en urfolksgruppe kan pålegges å dele eiendoms- og besittelsesrettigheter som den har krav på å få anerkjent, med andre, kan likevel ikke gjelde ubetinget. Det følger av konvensjonens artikkel 34 at konvensjonen skal gjennomføres «på en fleksibel måte, og med hensyn til særegne forhold i hvert enkelt land» («in a flexible manner, having regard to the conditions characteristic of each country»).

I de deler av Finnmark som samene etter vår oppfatning har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, er et klart flertall av befolkningen av samisk avstamning. Men selv om et klart flertall av befolkningen er samer, bor det nå også andre folk enn samer i disse områdene. Dersom den del av befolkningen som ikke er av samisk avstamning, skal utelukkes fra kretsen av rettighetshavere, vil det kunne skape grobunn for konflikter. I tillegg kommer at grensen mellom hvem som skal anses som samer, og hvem som skal anses å tilhøre andre folkegrupper, kan være nokså flytende.

80. Sml. Smith, op. cit. s. 213 om det tilsvarende spørsmål i forhold til SP art. 27.

Slik situasjonen er i Finnmark, vil ILO-konvensjonen etter vår oppfatning ikke uten videre være til hinder for at eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene har krav på å få anerkjent, blir tillagt befolkningen innenfor det område det gjelder, uten hensyn til etnisk opprinnelse. Dette må også kunne gjøres på den måte at rettighetene bli lagt til en stiftelse eller annen form for selvstendig rettssubjekt som forvalter rettighetene på vegne av befolkningen innenfor området. Men forutsetningen for at eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene har krav på å få anerkjent, kan legges til lokalbefolkningen eller et selvstendig rettssubjekt som forvalter rettighetene på vegne av lokalbefolkningen, må være at det rettssubjekt som rettighetene blir lagt til, har et styre hvor flertallet av styremedlemmene blir oppnevnt av samiske organer. Dersom flertallet av styremedlemmene blir utpekt av samiske organer, vil den samiske folkegruppe måtte anses å ha tilstrekkelig hånd om eierbeføyelsene til at kravene etter ILO-konvensjonen må anses oppfylt.

Det hører ikke under folkerettsgruppens mandat å komme med forslag om hvordan eiendomsretten til grunnen i ulike deler av Finnmark bør utformes. Samerettsutvalget har imidlertid forelagt for oss et utkast til forslag til lov om forvaltning av grunn i Finnmark der ulike forvaltningsmodeller er skissert (ájour pr. april 1996). Selv om vi ikke uttrykkelig er blitt bedt om det, finner vi grunn til å knytte noen bemerkninger til hvorvidt de modeller som er foreslått i dette utkastet, vil være i samsvar med bestemmelsene i ILO-konvensjonen.

Det utkast til forslag til lov om forvaltning av grunn i Finnmark som ble forelagt for folkerettsgruppen i april 1996, er senere blitt bearbeidet av Samerettsutvalget. For ordens skyld presiseres at de endringer som er gjort i lovforslaget etter april 1996, ikke er vurdert av folkerettsgruppen.

I det utkast som ble forelagt for folkerettsgruppen i april 1996, er det skissert to hovedmodeller for forvaltning av grunnen i Finnmark. Etter den ene modellen skal forvaltningen av grunnen i Finnmark legges til et forvaltningsorgan som skal være en del av staten og være underlagt departementet, men som likevel skal være relativt frittstående i forhold til den øvrige statsforvaltning («frittstående forvaltningsorganmodellen»). Etter den andre modellen skal forvaltningen av grunnen i Finnmark overføres til en organisasjon, som er foreslått organisert som et eget rettssubjekt, men som likevel skal ha en viss formell tilknytning til staten («selvstendig rettssubjektmodellen»). Enten forvaltningen av grunnen i Finnmark blir organisert etter den ene eller den andre av de forvaltningsmodeller som her er skissert, er organet for grunnforvaltningen foreslått kalt Finnmark grunnforvaltning.

Det er også utarbeidet et forslag om en tredje forvaltningsmodell som går ut på at grunnbokshjemmelen til grunnen i de kommuner og samiske bygder som ønsker det, skal overføres til et selvstendig rettssubjekt som er kalt Samisk grunnforvaltning. Det som skiller Samisk grunnforvaltning fra Finnmark grunnforvaltning organisert etter «selvstendig rettssubjektmodellen», er i hovedsak måten medlemmene av de styrende organer for forvaltningsorganisasjonen er foreslått oppnevnt på.

For de deler av Finnmark som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, vil en organisering av grunnforvaltningen etter den «frittstående forvaltningsorganmodellen» som er skissert i forslaget fra Samerettsutvalget, etter vår oppfatning ikke tilfredsstillende de krav ILO-konvensjonen stiller. Etter «frittstående forvaltningsorganmodellen» skal Finnmark grunnforvaltning stå som hjemmelsinnehaver til grunneiendomsretten i Finnmark, men organene for grunnforvaltningen skal være en del av statsforvaltningen og være underlagt departementet med statsråden som øverste leder. Dette innebærer at staten etter denne modellen ikke bare er formell, men også reell eier av grunnen i Finnmark. Selv om organene for Finnmark grunnforvaltning er forutsatt å ha en relativt fri stilling i forhold til den sentrale statsforvaltningen, vil en slik modell ikke

tilfredsstillende krav ILO-konvensjonen stiller om at urfolk skal tilkjennes eie- og besittelsesrettigheter til de områder som de tradisjonelt har rådet over.

Etter «selvstendig rettssubjekt-modellen» skal grunnforvaltningen i Finnmark forstås av en organisasjon som skal ha stilling som et selvstendig rettssubjekt, men som ikke skal være en reell eller egentlig stiftelse. Blant annet skal organisasjonen være omfattet av Stortingets bevilgningsmyndighet, og organisasjonen er derfor forutsatt å være underlagt visse begrensninger mht. investeringer, låneopptak og påtakelse av andre forpliktelser. Departementet skal også ha en av tre representanter i organisasjonens øverste organ, årsmøtet.

Under forutsetning av at de bestemmende organer for grunnforvaltningen blir utpekt på en slik måte at den samiske folkegruppe må anses å ha tilstrekkelig hånd om eierbeføyelsene, vil «selvstendig rettssubjekt-modellen» kunne tilfredsstillende krav ILO-konvensjonen stiller om anerkjennelse av eie- og besittelsesrettigheter for den samiske folkegruppe for de deler av Finnmark som samene tradisjonelt har rådet over.

Etter det lovforslag som Samerettsutvalget har forelagt for folkerettsgruppen, skal grunnforvaltningen både etter «frittstående forvaltningsorgan-modellen» og «selvstendig rettssubjekt-modellen» ledes av et styre på åtte medlemmer, og etter «selvstendig rettssubjekt-modellen» skal grunnforvaltningen dessuten ha et årsmøte som sitt høyeste organ. Årsmøtet skal bestå av vedkommende statsråd, én representant for Sametinget og én representant for Finnmark fylkesting. Av styremedlemmene skal halvparten oppnevnes av Finnmark fylkesting, mens den andre halvparten skal velges av Sametinget. På årsmøtet kan det bare treffes avgjørelser ved enstemmighet, mens avgjørelser i styret skal treffes ved stemmeflerhet.

For de deler av Finnmark som samene har krav på å få anerkjent eie- og besittelsesrettigheter til, vil en forvaltningsordning hvor Sametinget oppnevner halvparten av styremedlemmene, og den andre halvparten av styremedlemmene blir oppnevnt av fylkestinget, etter vår oppfatning ikke tilfredsstillende kravene etter ILO-konvensjonen. Riktignok vil det kunne anføres at siden samene er med blant velgerne til fylkestinget, vil flere av fylkestingets medlemmer i praksis være samer, og på den måten vil samene også kunne påvirke valget av de medlemmer av forvaltningsstyret som fylkestinget skal oppnevne. En ordning hvor fylkestinget oppnevner halvparten av styremedlemmene, vil likevel ikke sikre samene flertallet i forvaltningsstyret. For at samene skal kunne sies å ha tilstrekkelig hånd om eierbeføyelsene til de områder som de etter ILO-konvensjonen har krav på å få anerkjent eie- og besittelsesrettigheter til, må det etter vår oppfatning stilles krav om at flertallet av forvaltningsstyrets medlemmer må oppnevnes av samiske organer.

Som forsvar for den ordning som er skissert i utkastet fra Samerettsutvalget, kan tenkes anført at en stor del av velgergrunnlaget til Finnmark fylkesting – muligens over halvparten – tilfredsstiller de objektive vilkår i samelovens § 2-6 for å bli registrert i samemanntallet (vilkårene om at vedkommende enten må ha samisk som hjemmespråk eller må ha eller ha hatt forelder eller besteforelder med samisk som hjemmespråk). Til dette er imidlertid å bemerke at etter ILO-konvensjonen er egenidentifisering som urfolk et grunnleggende kriterium for å kunne bli ansett som medlem av en urfolksgruppe, se konvensjonens artikkel 1 nr. 2. At vedkommende må oppfatte seg som same, er også et vilkår for å bli registrert i samemanntallet, se samelovens § 2-6. Den del av Finnmarks befolkning som identifiserer seg som del av den samiske folkegruppe, er langt under halvparten.

Hvorvidt forslaget om hvordan årsmøtet for Finnmark grunnforvaltning etter «selvstendig rettssubjekt-modellen» skal sammensettes, og hvordan avstemning på årsmøtet skal gjennomføres, vil komme i konflikt med ILO-konvensjonen, avhenger av om årsmøtet skal være overordnet styret i spørsmål som har med for-

valtning av grunn og andre naturressurser å gjøre. Dersom årsmøtet skal være overordnet styret i slike spørsmål, vil en ordning hvor årsmøtet skal bestå av vedkommende statsråd, én representant for Sametinget og én representant for Finnmark fylkesting, og hvor vedtak bare kan treffes med enstemmighet, ikke tilfredsstillende de krav ILO-konvensjonen stiller om at samene skal tilkjennes eiendoms- og besittelsesrettigheter til de områder som de tradisjonelt har rådet over.

For at ILO-konvensjonen skal være tilfredsstillende, må det for de områder som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, stilles krav om at flertallet av medlemmene av det organ som har den øverste myndighet når det gjelder forvaltningen av grunn og andre naturressurser, blir utpekt av samiske organer, og avstemningsreglene må være slik at de medlemmer som er utpekt av samiske organer, ved å opptre samlet har kontroll over organet.

Etter forslaget om Samisk grunnforvaltning skal grunnforvaltningen i de kommuner og samiske bygder som ønsker det, ledes av et styre på sju medlemmer, og ha et årsmøte som sitt høyeste organ. Av styremedlemmene skal Sametinget velge fem og Finnmark fylkesting to. Årsmøtet skal bestå av to representanter for Sametinget, én representant for Finnmark fylkesting og vedkommende statsråd. Avgjørelser i styret treffes ved stemmeflerhet, mens det på årsmøtet bare kan treffes avgjørelser ved enstemmighet.

Som vi har påpekt ovenfor, vil det for de deler av Finnmark som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, etter vår oppfatning være nødvendig at et flertall av medlemmene i de styrende organer for det rettssubjekt som skal forestå grunnforvaltningen, blir utpekt av samiske organer, og at disse til sammen har kontroll over organet. Dersom årsmøtet skal være overordnet styret i spørsmål som gjelder forvaltning av grunn og andre naturressurser, vil en ordning hvor årsmøtet skal bestå av vedkommende statsråd, to representanter for Sametinget og én representant for fylkestinget, og hvor avgjørelser bare kan treffes med enstemmighet, etter vår oppfatning være i strid med ILO-konvensjonen.

Etter det forslag om Samisk grunnforvaltning som er forelagt for folkerettsgruppen, skal tilslutning til Samisk grunnforvaltning være frivillig for de kommuner og samiske bygder som ønsker det. I og med at samene fortsatt er i klart flertall i de deler av Finnmark som samene vil kunne ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, vil det at tilslutningen til Samisk grunnforvaltning er frivillig, etter vår oppfatning ikke kunne være i strid med ILO-konvensjonen. Dersom samene en gang i fremtiden skulle komme i mindretall i slike områder, vil imidlertid situasjonen kunne bli en annen. Da dette neppe vil være aktuelt i overskuelig fremtid, er det ikke noen grunn til å gå nærmere inn på dette nå.

Den ordning med Finnmark grunnforvaltning som er foreslått i det utkast som er forelagt for folkerettsgruppen, er forutsatt å gjelde for hele Finnmark, og ikke bare for de deler av fylket som den samiske folkegruppe har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til. Det kan spørres om en slik felles forvaltning av grunnen i Finnmark som ligger i denne ordningen, kan forsvares med at det samene taper ved at de må dele forvaltningen av grunnen i de områder som de har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, med andre folkegrupper, får de igjen ved å få delta på like fot med andre folkegrupper ved forvaltningen av grunnen i den øvrige del av Finnmark.

Avgjørende for om ordningen med Finnmark grunnforvaltning kan forsvares ut fra et slikt «makeskiftesynspunkt», er om de rettigheter som samene har krav på å få anerkjent etter ILO-konvensjonen, kan avhendes til folk utenfor urfolksgruppen. Dersom det er adgang til dette, vil Finnmark grunnforvaltnings myndighet til å disponere over de områder som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besit-

telsesrettigheter til, kunne baseres på en avtale mellom Finnmark grunnforvaltning og et organ som har kompetanse til å binde samene.

Som det fremgår av fremstillingen i "*Kan de rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, overdras?*" i punkt 3.3.6 ovenfor, åpner ILO-konvensjonens artikkel 17 nr. 2 for at det ved nasjonal lovgivning kan fastsettes at de rettigheter til grunn og andre naturressurser som en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent etter konvensjonen, kan bli overdratt til andre. Det følger imidlertid av denne bestemmelse at vedkommende urfolk først må bli rådspurt, og det må også være en forutsetning at rettigheter kan overdras til folk utenfor urfolksgruppen uten at dette går ut over urfolksgruppens muligheter til å bevare og videreutvikle sin livsform og kultur. For at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent etter ILO-konvensjonen, skal kunne gå over på andre, er det dessuten et vilkår at noen som på vegne av vedkommende urfolk er kompetent til å disponere over den rettighet det er tale om, inngår avtale om det.

Dette innebærer at for at en ordning hvor grunnforvaltningen i Finnmark skal forestås av et organ hvor halvparten av medlemmene blir utpekt av Sametinget og halvparten av Finnmark fylkesting, skal kunne forsvares ut fra et «makeskiftesynspunkt», må det for det første stilles krav om at ordningen ikke går ut over samenes muligheter til å videreutvikle sin livsform og kultur. For det andre vil en slik ordning ikke kunne gjennomføres uten at samene først er blitt rådspurt om hvorvidt de ønsker at deres rettigheter etter ILO-konvensjonen skal kunne overdras. Det organ som er kompetent til å uttale seg på vegne av samene om dette, må være Sametinget. Dersom staten etter at Sametinget har vært rådspurt, ønsker å gå inn for en ordning med felles forvaltning av grunnen i Finnmark, er det for det tredje et vilkår for at en slik ordning kan gjennomføres, at det blir inngått avtale om dette med et organ som har kompetanse til på vegne av den samiske folkegruppe å disponere over de eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene etter konvensjonen har krav på å få anerkjent.

Som det fremgår av fremstillingen i "*Hvordan skal rettighetssubjektet defineres?*" i punkt 3.3.5 ovenfor, må de rettigheter til grunn og andre naturressurser som samene etter ILO-konvensjonen har krav på å få anerkjent, enten sees på som rettigheter som tilkommer den samiske folkegruppe som sådan, eller som grupperettigheter for medlemmene av den samiske befolkningsgruppe, hvor det er individene i fellesskap som anses som rettighetssubjekter. Uansett hvilken av disse betraktningmåtene som velges, må Sametinget kunne gis kompetanse til å opptre på vegne av rettighetshaverne. Uten avtale med et organ som har kompetanse til på vegne av den samiske folkegruppe å disponere over de eiendoms- og besittelsesrettigheter som ILO-konvensjonen sikrer samene, vil en ordning om felles forvaltning av grunnen i Finnmark ikke kunne omfatte områder som samene etter konvensjonen har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til.

Det kan diskuteres om en avtale om felles forvaltning av grunnen i Finnmark som måtte bli inngått av Sametinget eller av et annet organ som blir gitt kompetanse til å opptre på vegne av den samiske folkegruppe, vil være bindende for fremtidige generasjoner. I og med at ILO-konvensjonen åpner for at urfolk på grunnlag av bestemmelser i nasjonal lovgivning kan få adgang til å avhende rettigheter til grunn og andre naturressurser, til folk utenfor urfolksgruppen, vil en avtale om felles forvaltning som Sametinget eller annet kompetent organ måtte inngå, kunne gjøres bindende også for fremtidige generasjoner. Men forutsetningen for at fremtidige generasjoner skal være bundet, må være at den rettighetsavståelse som ligger i avtalen, etter avtalens eget innhold må oppfattes som endelig, og at avtalen er inngått på fritt grunnlag og uten utilbørlig press fra staten. Dersom avtalen er inngått under press, vil det kunne tenkes at gyldigheten av avtalen senere kan bestrides.

Særmerknad fra Steinar Pedersen til "Er ILO-konvensjonen til hinder for at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse?" i punkt 3.3.7

(1) Folkerettsgruppa har i *"Er ILO-konvensjonen til hinder for at rettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, tillegges befolkningen innenfor et område uten hensyn til etnisk opprinnelse?"* i punkt 3.3.7 særlig vurdert én av Samerettsutvalgets modeller for fremtidig arealforvaltning, og forvaltning av de mineralske ressursene – Finnmark grunnforvaltning – hvor Sametinget og Finnmark fylkesting skal ha like stor innflytelse i styringsorganet.

I ILO-169, artikkel 14 nr. 1 første pkt., er det bestemt at urfolket skal ha eiendoms- og besittelsesrettigheter til visse områder på grunnlag av en fast og langvarig bruk. Gruppa er samstemt i at det fins et slikt område i Finnmark. Diskusjonen har dreid seg om dette innebærer at styringa av slike områder – helt ubetinga – må tillegge organer med urfolksmajoritet.

Flertallet er kommet til at det delte styringsansvaret, ledervervet på omgang, dobbeltstemme for lederen, og rullerende perioder for lederen, i utgangspunktet ikke oppfyller vilkårene i ILO-konvensjon nr. 169, når man først har definert at det fins et område som faller innenfor ramma av artikkel 14 nr. 1 første pkt.

I den videre drøfting er man imidlertid kommet til at konstruksjonen Finnmark Grunnforvaltning likevel kan godtas, hvis urfolkets representative organ, i dette tilfellet Sametinget, gir sin formelle tilslutning til det.

Når man skal ta stilling til spørsmålet om styringsform, i et tilfelle hvor man har definert at det finnes et samisk eiendoms- og besittelsesområde, bør det etter undertegnede oppfatning være mulig å løse styringsspørsmålet på flere måter. Det sentrale må være at man oppfyller konvensjonens overordna siktemål, nemlig å legge forholdene til rette for at urfolk skal kunne ha trygge vilkår – nåværende og fremtidige – både for sin åndelige og materielle kultur.

Da er det en rekke andre momenter som må tillegges vekt, slik at sluttresultatet blir i overensstemmelse med konvensjonens formål.

Noe av de viktigste man må ta i betraktning i en slik forbindelse, er at Finnmarkskommunene, etter Samerettsutvalgets forslag, skal forvalte de fornybare ressursene. Samtidig foreslår utvalget også ytterligere sikringsmekanismer for at samiske interesser ikke skal bli skadelidende ved større naturinngrep, hvor Stortinget må inn i bildet, hvis Sametinget sier nei til planlagte inngrep.

Ett moment man også må ta hensyn til, er at selv om urfolkets faktiske bruk av et området er av en slik karakter at det oppfyller vilkårene til eiendomsrett og besittelse etter artikkel 14 nr. 1 første pkt. er det i følge ILO's ekspertkomite, likevel ikke et absolutt pålegg om at eiendomsbeføyelsene i ethvert slikt tilfelle skal anerkjennes på den aller mest formelle måte, nemlig ved «title», som muligens kan oversettes med grunnbokshjemmel. Men like klart er det ifølge ekspertkomiteen – at om det gjøres – vil det iallfall være helt i overensstemmelse med de krav konvensjonen stiller.

Jeg er enig med flertallet i gruppa i at hvis eller når et urfolks (samenes) eiendoms- og besittelsesområde(r) blir identifisert, kan det ikke være tvilsomt at et styre hvor samiske interesser er i overvekt, er innenfor ramma av ILO-169. Dette er selvfølgelige realiteter som alle er nødt til å forholde seg til, i det videre arbeidet med areal- og ressursforvaltningsspørsmålene.

Men – i og med at det åpenbart ikke finnes helt fastlagte normer for overføring av eiendoms- og besittelsesrettigheter, er man nødt til å legge meget stor vekt på artikkel 34 i ILO-169 – om en fleksibel gjennomføring av konvensjonen – tilpassa virkeligheta i de enkelte landene hvor urfolkene lever.

Dette vil si at de konkrete løsningene for å oppfylle konvensjonens formål, kan variere fra land til land. Noe annet ville jo også være uhyre vanskelig. Et omfattende rammeregelssett som ILO-169, som er meint å skulle gjelde overalt i verden hvor det bor urfolk, med varierende grad av integrasjon i forhold til de enkelte storsamfunn, kan vanskelig på forhånd foreskrive hvordan de konkrete løsningene bør være i hvert enkelt land. Men – den angir rammene som nasjonale myndigheter *må* holde seg innenfor.

Blant annet ut fra dette vil jeg legge til grunn at flere styringsmodeller må kunne være innenfor rammene av ILO-169, artikkel 14 første pkt., når andre faktorer enn styresammensetninga trekkes sterkere inn, og relateres direkte til forholdene i Finnmark.

Jeg antar derfor at et fremtidig arealforvaltningssystem – etter et «maktfordelingsprinsipp» hvor Fylkestinget, Sametinget (og Regjeringa – gjennom årsmøtet) deltar, også vil være i tråd med bestemmelsene i ILO-169. Det vil nemlig være den mest rimelige avveining og syntese mellom de historiske, juridiske, politiske, og andre hensyn som gjør seg gjeldende innenfor dette feltet.

Når det gjelder den geografiske sida, og når man tar bruksutøvelsen i betraktning, kan et slikt resonnement blant annet bygges på at man på den ene sida har et betydelig område i Finnmark, som etter de kriteriene folkerettsgruppa legger til grunn, *må* vurderes i forhold til bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 første pkt., om urfolks eie og besittelse, basert på langvarig og fast bruk fra urfolkets – samenes – side.

En annen vesentlig faktor i den forbindelse, er at andre deler av Finnmark består av distrikter hvor det ut fra de historiske og befolkningsmessige forholdene, foreligger en samisk bruksrett, særlig gjennom reindrifta, men hvor ILO-konvensjonens bestemmelser knapt gir grunnlag for å hevde samisk eiendoms- og besittelsesrett. Dermed foreligger det heller ingen rett til samisk flertallsstyre med hensyn til arealforvaltninga i disse områdene.

I slike distrikter vil det trolig være mest naturlig at Fylkestinget oppnevner styreflertallet i et eventuelt nytt arealforvaltningsorgan. Ut fra de samiske bruksrettighetene vil Sametinget imidlertid, etter bestemmelsene i ILO-169, ganske opplagt ha rett til å velge et mindretall i et slikt styre.

Spørsmålet er da om det kan være i overensstemmelse med folkerettens regelverk, i første rekke ILO-169, å opprette *ett* styringsorgan for både det samiske eiendoms- og besittelsesområdet og den delen av Finnmark som ligger utenfor dette, men hvor det foreligger en samisk bruksrett.

(2) *En «likevektsforvaltning» er i overensstemmelse med ILO-169.* Ved å legge juridiske betraktninger til grunn, og ta hensyn til andre faktorer – reelle hensyn – som bør ha innflytelse på spørsmålet, må en styringsordning som nevnt, være innenfor ramma for ILO-konvensjon 169 – både når det gjelder å forvalte et samisk eiendoms- og besittelsesområde, og de områdene som ligger utenfor dette.

Det grunnleggende spørsmålet i en slik forbindelse må være om konvensjonens siktemål blir oppfylt gjennom en slik ordning. Skjematisk sett kan man si at ILO-169's siktemål er at urbefolkningskulturen skal kunne videreføres på en skikkelig måte, gjennom at vedkommende gruppe så langt som mulig har kontroll med sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling.

En rekke momenter taler for at slik forslaget om den delte styringsmodellen er utforma, nemlig at ledervervet går på omgang mellom Fylkestinget og Sametinget, med to års intervaller, er det iallfall ikke noen tvil om at i de to årene Sametinget har lederskapet, vil dét iallfall i den perioden måtte oppfylle ethvert krav til samisk flertallsstyre, også for det samiske eiendoms- og besittelsesområdet.

Det andre hovedmomentet som naturlig må trekkes inn, er Samerettsutvalgets forslag om kommunal, folkevalgt utmarksforvaltning. Disponeringa av de fornybare ressursene, hører naturlig med i en vurdering av hvilke styringsordninger som kan godtas etter artikkel 14 nr. 1 første pkt.

Den kommunale utmarksforvaltninga innebærer nemlig at et samisk flertall, innenfor det som måtte bli definert som et samisk eiendoms- og besittelsesområde, via kommunestyrene, vil få betydelig økt innflytelse på bruken av de fornybare ressursene.

Disponeringa av disse ressursene tilligger etter norsk rett vanligvis grunneieren. En slik økt rådighetsutøvelse for den lokale befolkning, vil i samiske flertallskommuner, dermed være med på å oppfylle de krav om rådighet for urfolket, som artikkel 14 nr. 1 første pkt. medfører.

Det tredje hovedmomentet det er grunn til å trekke frem, er utkastet til formålsparagraf i lova om Finnmark grunnforvaltning. Der er det nemlig slått fast at formålet med lova er at «...grunn og naturgoder i Finnmark brukes og forvaltes til beste for innbyggerne i fylket og særlig som grunnlag for samisk kultur med næringer og samfunnsliv.»

Dette skulle gjøre det ganske klart at Finnmark grunnforvaltning er forplikta til å gjennomføre en forvaltningspraksis som tar særlig hensyn til samisk kultur, næringer og samfunnsliv. En slik forpliktelse, sammenholdt med momentene foran, gjør det vanskelig å forestille seg at fellesordninga Finnmark grunnforvaltning ikke skulle være i overensstemmelse med artikkel 14 nr. 1 første pkt.

I tillegg til dette er det grunn til å anføre en del andre forhold. Når det som nevnt, i konvensjonens artikkel 34 er slått fast at den skal gjennomføres på en fleksibel måte i hvert enkelt land, vil det si at det ikke er trukket opp strikte regler fra ILO's side.

ILO's organer vil dermed fortløpende ha mulighet til å vurdere om det enkelte land holder seg innenfor de smidighetsrammene som finnes i artikkel 34. I den forbindelse er det en selvsagt ting at Norge, og andre stater som har ratifisert konvensjonen, retter seg etter de vurderingene som gjøres av ILO's kontrollsystem, hvis det fra ILO's side påpekes praksis som er utenfor ramma av det som kan tillates etter konvensjonens enkeltparagrafer.

Man skal også merke seg at ILO-169 ikke oppstiller noe krav om at urfolket skal ha rett til undergrunnsressursene, selv om det etableres et eiendoms- og besittelsesområde etter artikkel 14 nr. 1 første pkt. I Samerettsutvalgets forslag om Finnmark grunnforvaltning hører som kjent også forvaltninga av undergrunnsressursene med, som en del av forvaltningsstyrets kompetanse.

Dermed vil samiske interesser få betydelig innflytelse over også dette feltet, ikke bare i det spesifikke samiske eiendoms- og besittelsesområdet, men i hele Finnmark. Også det taler til fordel for opprettelse av Finnmark grunnforvaltning.

Hensynet til reindrifta medfører også behov for et arealforvaltningssystem som er mest mulig enhetlig. Det vil trolig være uheldig hvis næringa i fremtida, i sin veksling mellom kyst- og innland – blir nødt til å forholde seg til det som kan bli to ulike regelverk.

Man kan også peke på at innenfor én region, med det samfunnssystemet, og de tette forbindelsene man har mellom urfolk og majoritetsbefolkning, vil det også være naturlig med én felles forvaltning. Styringsmodellen Finnmark grunnforvaltning kan nemlig betraktes som en form for kollektivt eierskap mellom samene og den øvrige befolkning, hvor begge parter i utgangspunktet bidrar med «sitt», for å få til en felles og funksjonell ordening.

Med en slik forvaltningsmodell oppfylles i tillegg en annen sentral forutsetning for at samisk kultur skal ha gode vekstvilkår. Finnmark grunnforvaltning vil nemlig

være et meget godt samarbeids- og konfliktløsningsorgan. Som sådant vil det bidra til at samisk kultur kan utvikle seg på en positiv måte, gjennom at samiske interesser slipper å stå i unødvendige konfliktforhold til andre organer.

Det er også riktig å legge vekt på Fylkestingets velgergrunnlag, når man vurderer om Finnmark grunnforvaltning kan være en juridisk holdbar konstruksjon, også som styre for et samisk eiendoms- og besittelsesområde. Uten at man har eksakte tall for det, er det mye som tyder på at en en meget stor del av folk i Finnmark oppfyller det objektive kriteriet for også å være sametingsvelgere.

Dette forholdet gjenspeiles nokså åpenbart også i Fylkestingets sammensetning i dag. Et grovt anslag tilsier nemlig at kanskje henimot halvparten av fylkestingsrepresentantene, enten står, eller kan stå i det samiske valgmanntallet. Man kan knapt unnlate å se bort fra slike forhold, da ILO-169 ikke oppstiller bestemte krav for hvordan de som sogner til urfolkene som omfattes av konvensjonen, skal avgrenses på individnivå.

Ett styre som forvalter av grunnen i hele fylket, vil etter mitt syn være i overensstemmelse med ILO-169. Imidlertid vil jeg i den forbindelse ta det klare forbehold at styret i Finnmark grunnforvaltning virkelig blir sammensatt etter likevektsprinsippet, slik det nå ligger an til fra Samerettsutvalgets side.

En naturlig konsekvens av dette synet, er naturligvis også at årsmøtet i Finnmark grunnforvaltning, kan sammensettes slik Samerettsutvalget har foreslått, og at det også vil være i overensstemmelse med ILO-169.

3.3.8 Statens plikt til å identifisere og å sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser

Etter artikkel 14 nr. 2 har myndighetene plikt til å ta nødvendige skritt for å identifisere de landområder som urfolk tradisjonelt har hatt rådighet over, og å sikre et effektivt vern av deres eiendoms- og besittelsesrettigheter («to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession»), jf. i denne forbindelse også artikkel 14 nr. 3 og artikkel 16. Arbeidet i Samerettsutvalget med å utrede samenes rett til land og vann i Finnmark inngår som ledd i oppfyllelse av den plikt som Norge etter artikkel 14 nr. 2 har overfor den samiske folkegruppe.

Bestemmelsen i artikkel 14 nr. 2 omtaler bare landområder som urfolk har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, og ikke landområder som urfolk bare har krav på å få anerkjent bruksrett til. Bestemmelsen kan likevel ikke tolkes antitetisk på dette punkt. At myndighetene også må ha plikt til å identifisere landområder som urfolk har bruksrett til, og å sikre et effektivt vern om deres rett til å bruke disse områdene, følger av bestemmelsen i artikkel 14 nr. 1 annet pkt., som sier at statene har plikt til å treffe tiltak for å «sikre» («safeguard») urfolks rett til å bruke de landområder som de tradisjonelt har hatt tilgang til. Det kan derfor ikke tillegges noen betydning at bestemmelsen i artikkel 14 nr. 2 bare taler om områder som urfolk har eiendoms- og besittelsesrettigheter til.

Når bestemmelsen i artikkel 14 nr. 2 bare omtaler områder som urfolk har eiendoms- og besittelsesrettigheter til, henger det sammen med at konvensjonen opprinnelig bare omhandler eiendoms- og besittelsesrettigheter.⁸¹ På et senere tidspunkt under forhandlingene ble de bestemmelser om bruksrett som ble vedtatt som artikkel 14 nr. 1 annet og tredje pkt., tilføyd som artikkel 14 nr. 3.⁸² Under slut-

81. International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (1), s. 9 (utk. til art. 13).

82. International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2B), s. 14 (utk. til art. 14).

tfasen av forhandlingene ble så disse bestemmelsene flyttet til artikkel 14 nr. 1 og inntatt som annet og tredje pkt. i nr. 1 uten at ordlyden i artikkel 14 nr. 2 ble endret.

At den plikt myndighetene har til å identifisere og sikre et effektivt vern for de rettigheter til grunn og andre naturressurser som urfolk har etter ILO-konvensjonen, også må gjelde bruksrettigheter, støttes av bestemmelsen i artikkel 14 nr. 3 som pålegger myndighetene å etablere hensiktsmessige ordninger for å avgjøre krav på landrettigheter som måtte bli fremsatt av urfolk, se nærmere nedenfor. Denne bestemmelse er generell og gjelder ikke bare krav på eiendoms- og besittelsesrettigheter. Når statens plikt til å etablere ordninger for å avgjøre krav på landrettigheter, også omfatter krav på bruksrettigheter, kan den plikt staten har til å identifisere og sikre et effektivt vern for urfolks rettigheter til grunn og andre naturressurser, ikke begrense seg til bare på gjelde eiendoms- og besittelsesrettigheter.

I kravet om at staten må identifisere de landområder som urfolk har rettigheter til, og sørge for et «effektivt vern» av de rettigheter urfolk har til disse områdene, ligger at det ikke er tilstrekkelig at de rettigheter som urfolk har til grunn og andre naturressurser, blir beskyttet ved generell lovgivning. Staten har også plikt til å undersøke hvilke landområder urfolk har rettigheter til, og plikt til å sørge for at vedkommende urfolk rent faktisk får adgang til å gjøre bruk av sine rettigheter.⁸³

Som en videreføring av kravet om at staten må identifisere og sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser, fastsettes det i artikkel 14 nr. 3 at staten har plikt til å sørge for at det i nasjonal rettsorden blir etablert «[h]ensiktsmessige ordninger ... for å avgjøre rettskrav knyttet til landområder» fra urfolksgrupper («[a]dequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned»). Denne bestemmelse kan neppe pålegge statene å opprette særdomstoler for avgjørelse av slike saker. Statene må imidlertid ha plikt til å etablere et apparat for å undersøke saker om krav på landrettigheter («land claims»), og dette apparatet må organiseres på en slik måte at det er uavhengig av det alminnelige forvaltningsapparat.

Slik Samerettsutvalget er organisert, må utvalget kunne sies å tilfredsstille de uavhengighetskrav som konvensjonen stiller til det apparat statene plikter å etablere for å undersøke krav på landrettigheter fra urfolk. Hvorvidt det arbeid som gjøres av Samerettsutvalget med å undersøke samenes rett til grunn og andre naturressurser, er tilstrekkelig til å oppfylle konvensjonens krav om hensiktsmessige ordninger for å avgjøre krav på landrettigheter fra urfolk, avhenger av hvor grundig utvalget går til verks. Etter vår oppfatning vil det neppe være praktisk mulig for Samerettsutvalget å gjennomføre en tilstrekkelig grundig undersøkelse av alle de områder som samene kan ha krav på å få anerkjent rettigheter til. Det vil derfor være behov for å få etablert et apparat til å undersøke krav om landrettigheter som måtte bli fremsatt i fremtiden.

Det kan diskuteres om det i forhold til ILO-konvensjonen er tilstrekkelig å la samene få fremme krav på landrettigheter for de alminnelige domstolene. Etter vår oppfatning vil det ikke gi samene tilstrekkelig beskyttelse. Ved avgjørelse av spørsmål om landrettigheter vil det ofte være nødvendig å foreta forholdsvis omfattende historiske undersøkelser. Det vil ikke være rimelig å overlate til samene selv å gjennomføre slike undersøkelser. De alminnelige domstolene er ikke organisert på en slik måte at de i særlig grad kan foreta selvstendige historiske undersøkelser. For at statens plikt til å sørge for en effektiv beskyttelse av samenes rettigheter skal kunne anses oppfylt, må staten ha plikt til å stille nødvendig utredningskapasitet til disposisjon.

83. Se ILO's guide to ILO Convention No. 169 s. 19.

I ILO's guide til ILO-konvensjon nr. 169 blir det fremhevet at saker om krav på landrettigheter ofte vil gjelde landområder som urfolk en gang har disponert over, men hvor rådigheten senere er gått tapt. I slike tilfeller er det særlig viktig at det blir etablert et uavhengig utredningsapparat som kan gjennomføre en grundig undersøkelse av vedkommende urfolks krav, slik at de får en reell mulighet til å få tilbake de landområder som de har disponert over, eller erstatning for tapt land.⁸⁴

Etter ILO-konvensjonens artikkel 12 første pkt. skal urfolk bl.a. ha mulighet til å reise søksmål for nasjonale domstoler, som enkeltpersoner eller gjennom sine representative organer, for å kunne få effektivt vern av sine rettigheter («shall be able to take legal proceedings, either individually or through their representative bodies, for the effective protection of these rights»). Norsk rett bygger som utgangspunkt på det dualistiske prinsipp. Hvorvidt det bare er innholdet av nasjonale rettsregler som urfolk etter ILO-konvensjonens artikkel 12 første pkt. har krav på å få prøvet for nasjonale domstoler, eller om urfolk etter denne bestemmelsen også har krav på å få prøvet for nasjonale domstoler hvilke rettigheter de har ILO-konvensjonen, har vært omtvistet.⁸⁵

Selv om norsk rett som utgangspunkt bygger på det dualistiske prinsipp, har det lenge vært anerkjent at norsk rett skal presumeres å stemme med folkeretten, se f.eks. Rt. 1984 s. 1175 og 1994 s. 1244.⁸⁶ For internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter har dette prinsipp blitt ytterligere styrket gjennom vedtakelsen av Grl. § 110 c første ledd, som fastsetter at det «paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne».

Siden norsk rett skal presumeres å stemme overens med de folkerettslige forpliktelser Norge har, vil spørsmålet om ILO-konvensjonens artikkel 12 pålegger statene å akseptere søksmål direkte på grunnlag av konvensjonens bestemmelser, ikke ha noen stor praktisk betydning. På grunnlag av presumsjonsregelen vil bestemmelsene i ILO-konvensjonen uansett ha betydelig vekt som rettskildefaktor i en sak for norske domstoler om hvilke rettigheter samene har etter norske rettsregler. Spørsmålet om samene kan gå til søksmål direkte på grunnlag av konvensjonens bestemmelser, vil bl.a. komme på spissen dersom norske lovgivende myndigheter bevisst skulle gå inn for en bestemt løsning uavhengig av hva som måtte følge av Norges folkerettslige forpliktelser.

Bestemmelsen i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 12 første pkt. er en videreutvikling av bestemmelsen i ILO-konvensjon nr. 107 artikkel 10 nr. 1. Etter ILO-konvensjon nr. 107 artikkel 10 nr. 1 skulle urfolksgrupper være «spesielt trygget mot utilbørlig gjennomføring av forebyggende fengsling», og de skulle «være i stand til å ta rettslige skritt for effektivt å verne sine grunnleggende rettigheter» («be able to take legal proceedings for the effective protection of their fundamental rights»). Under forhandlingene om ILO-konvensjon nr. 169 ble det tidlig oppnådd enighet om at det ikke var noen grunn til å nevne forebyggende fengsling spesielt, og at bestemmelsen burde omformuleres til å stille krav om at urfolk skulle sikres mot at deres grunnleggende rettigheter ble misbrukt, og at urfolk skulle ha rett til å gå til

84. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 19.

85. J. E. Andreassen [Skoghøy]: Menneskerettigheter og urbefolkninger, Lov og Rett 1992 s. 67 ff. på s. 93-94 mener at bestemmelsen også pålegger statene å akseptere søksmål direkte på grunnlag av konvensjonens bestemmelser, men dette er et standpunkt som rettsgruppen under Samerettsutvalget stiller seg tvilende til, se NOU 1993: 34, s. 58.

86. Se nærmere NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 46 ff., jf. bl.a. C. A. Fleischer: Folkerett, 6. utg. (Oslo 1994), s. 258 ff., J. E. Helgesen: Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett» (Oslo 1982), s. 107-108, C. Smith/L. Smith: Norsk rett og folkeretten, 2. utg. (Oslo 1982), s. 207 ff. og J. Aall: Rettergang og menneskerettigheter (Oslo 1995), s. 70 ff. med videre henvisninger.

søksmål for effektiv beskyttelse av disse rettighetene («should be specially safeguarded against the abuse of their fundamental rights and should be able to take legal proceedings for the effective protection of these rights»⁸⁷).

Senere under forhandlingene ble anvendelsesområdet for bestemmelsen ytterligere utvidet. Etter forslag fra Argentina ble begrensningen til «grunnleggende rettigheter» («fundamental rights») strøket med den begrunnelse at brudd på enhver rettighet vil være skadelig for urfolk («the violation of any rights is damaging to these peoples/populations»⁸⁸). Slik bestemmelsen ble vedtatt, sier den at urfolk «skal sikres mot at deres rettigheter misbrukes og skal ha mulighet til å reise sak for domstolene, som enkeltpersoner eller gjennom sine representative organer, for å kunne få effektivt vern av sine rettigheter» («shall be safeguarded against abuse of their rights and shall be able to take legal proceedings, either individually or through their representative bodies, for the effective protection of these rights»).

Etter vår oppfatning må ILO-konvensjonens artikkel 12 første pkt. ut fra ordlyden og forhistorien oppfattes slik at den pålegger statene å akseptere at urfolk skal kunne gå til søksmål for nasjonale domstoler for å få prøvd om det foreligger brudd på de rettigheter de har etter konvensjonen. Dette er også best i samsvar med alminnelige rettsstatsidealer, sml. EMK artikkel 13. For å avskjære den tvil som har vært reist om forståelsen av ILO-konvensjonens artikkel 12 første pkt., bør det i en fremtidig lov om behandling av krav på landrettigheter som måtte bli fremsatt fra den samiske folkegruppe, fastslås ved en uttrykkelig lovbestemmelse at spørsmålet om hvorvidt norsk rett tilfredsstillende de krav ILO-konvensjonen stiller, kan prøves ved søksmål for nasjonale domstoler. Hvem som i tilfelle vil være kompetent til å reise slikt søksmål, må løses på grunnlag av alminnelige prinsipper om rettslig interesse, se ILO-konvensjonens artikkel 12 første pkt., jf. tvistemålslovens § 54, jf. *"Hvordan skal rettighetssubjektet defineres?"* i punkt 3.3.5 ovenfor.

3.3.9 Forplikter ILO-konvensjonen statene til å endre etablerte rettsforhold?

For at en urfolksgruppe skal ha krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til et landområde, er det ikke tilstrekkelig at vedkommende urfolk en gang har hatt rådighet over området. Heller ikke er det tilstrekkelig for at en urfolksgruppe skal få anerkjent bruksrett til et område, at området en gang i tiden har vært brukt av vedkommende urfolk.⁸⁹ Både for anerkjennelse av eiendoms- og besittelsesrettigheter og for anerkjennelse av bruksrett må det stilles krav om at forholdet har stått ved lag opp mot vår tid.

For anerkjennelse av eiendoms- og besittelsesrettigheter kommer kravet om at rådigheten må ha stått ved lag opp mot vår tid, til uttrykk ved at bestemmelsen bruker verbet «occupy» i presens, se artikkel 14 nr. 1 første pkt. I dette ligger at det må være en viss forbindelse mellom forholdene i dag og den rådighet som en gang har vært utøvd. Dette blir bl.a. fremhevet i ILO's guide til ILO-konvensjon nr. 169, hvor det heter:

«It was suggested at various times during the discussion of the adoption of the Convention, that this provision should read «have traditionally occu-

87. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (1), s. 37, International Labour Conference, 75th Session, Report VI (2), s. 107 (utkastets pkt. 24) og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A), s. 28 (utkastet til art. 12).

88. Se International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2A), s. 28, jf. s. 29 og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2B), s. 12 (utkastet til art. 12).

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

«... which would indicate that the occupation would have to continue into the present to give rise to any rights. The wording, at it was adapted, does indicate that there should be some connection with the present — a relative recent expulsion from these lands, for example, or a recent loss of title. It should also be read in connection with para. 3 of the same Article which requires that a procedure for land claims be established, without any limits in time being laid down as to when those claims should have arisen.»⁹⁰

I bestemmelsen om anerkjennelse av bruksrett blir verbet ikke brukt i presens, men i perfektum («have had access to»), se artikkel 14 nr. 1 annet pkt. Også denne bestemmelse må oppfattes slik at en urfolksgruppe ikke kan gjøre krav på anerkjennelse av bruksrett på grunnlag av en bruk som forlenget er opphørt.

Verken for anerkjennelse av eiendoms- og besittelsesrettigheter eller for anerkjennelse av bruksrett kan det imidlertid være noe vilkår at forholdet må ha stått ved lag helt frem til konvensjonen trådte i kraft for vedkommende stat. Av forarbeidene til konvensjonen fremgår at når konvensjonen bruker uttrykket «traditionally occupy», og ikke bare «occupy», er det bl.a. for å få frem at det ikke er noe vilkår for å få anerkjent rettigheter etter konvensjonen, at bruken har vart ved helt frem nåtiden.⁹¹ Som det blir påpekt i det ovenstående sitat fra ILO's guide til ILO-konvensjon nr. 169, vil derfor et forholdsvis nylig tap av rådighet ikke kunne føre til rettighetsbortfall.

I tillegg til at dette følger av forarbeidene til konvensjonen, tilsies det også av formålsbetraktninger. Dersom endringer i de faktiske forhold som har funnet sted i de siste decenniene, skulle føre til at rettighetsbortfall, vil konvensjonens bestemmelser ikke få de tilsiktede virkninger. En vesentlig del av formålet med konvensjonen er å motvirke og unngå at de endringer i livsforholdene som har funnet sted i moderne tid, skal få en ødeleggende virkning for urfolks livsform og kultur.⁹² Både for anerkjennelse av eiendoms- og besittelsesrettigheter og for anerkjennelse av bruksrett må det derfor være tilstrekkelig om den bruk som påberopes som grunnlag for retten, har stått ved lag inn i vårt århundre.⁹³

I NOU 1993:34 uttaler Thor Falkanger med tilslutning fra Torgeir Austenå og Sverre Dragsten at «folkeretten kan sette rettslige skranker for fremtidige vedtak, også av lover, fra det offentlige side om inngrep i naturressurser som er av betydning for samisk språk, kultur og samfunnsliv». Derimot mener de at det «ikke er dokumentert noe som skulle tyde på at folkeretten pr. idag har grepet inn i og endret etablerte eiendoms- og rettighetsforhold vedrørende fast eiendom». Hvorvidt staten skal «gi avkall på noen av sine rettigheter til fordel for samene, eller overføre rettigheter fra private til samene (samene som enkeltpersoner eller kollektiv)», er etter deres oppfatning «et politisk spørsmål, som Stortinget og Regjeringen må ta standpunkt til».⁹⁴

Denne uttalelse er direkte knyttet til flertallets fremstilling av SP artikkel 27, men er utformet som et generelt syn på betydningen av folkerett ved fastleggelse av samenes rettigheter til land og vann. Etter vår oppfatning må det syn på betydningen av folkeretten som disse her gir uttrykk for, være klart uriktig. Hvis f.eks. samene har utøvd rådighet eller brukt et område på en slik måte at de etter ILO-konvensjon

90. Se ILO's guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 18-19.

91. Se International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report VI (2), s. 48 og International Labour Conference, 76th Session, 1989, Report IV (2 A), s. 35, jf. s. 36.

92. Sml. Otto Jebens' folkerettsfremstilling i NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark s. 60 ff. på s. 73.

93. Jf. Andreassen, op. cit. s. 88.

94. Se NOU 1993: 34 s. 59 spalte 1 og 2.

nr. 169 har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter eller bruksrett til området, er Norge forpliktet til å sørge for at de rettigheter samene har krav på å få anerkjent, blir anerkjent som sådanne etter intern norsk rett. Dersom det som tidligere har vært gjeldende norsk rett, ikke er i samsvar med de krav konvensjonen stiller; er det ikke – slik det blir sagt i uttalelsen fra Falkanger m.fl. – bare et politisk spørsmål om gjeldende rett skal endres. Hvis gjeldende norsk rett er i strid med ILO-konvensjonen, er myndighetene forpliktet til å endre norsk rett slik at den kommer i samsvar med konvensjonens krav. Etablerte rettsforhold er ikke beskyttet mot inngrep fra folkeretten.

Til forsvar for uttalelsene fra Falkanger m.fl. kan tenkes anført at de ut fra sin oppfatning av rettsgruppens mandat muligens bare uttaler seg om gjeldende intern norsk rett på det tidspunkt de avgav sin uttalelse, og ikke om hvilke folkerettslige forpliktelser lovgivende norske myndigheter måtte ha.⁹⁵ Men selv om man oppfatter uttalelsene fra Falkanger m.fl. på denne bakgrunn, bygger uttalelsene på et syn på betydningen av folkeretten som ikke lenger er holdbart.

Som påpekt i "*Statens plikt til å identifisere og å sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser*" i punkt 3.3.8 ovenfor, har det lenge vært et anerkjent tolkingsprinsipp hos oss at våre internrettslige regler må tolkes og anvendes slik at det så vidt mulig ikke oppstår noen konflikt med de folkerettslige forpliktelser Norge har («presumsjonsprinsippet»). Dette gjelder selv om anvendelse av den folkerettslige regel fører til at tidligere internrettslige oppfatninger må endres, jf. Rt. 1984 s. 1175.⁹⁶ Det er ingen ting i veien for at etablerte rettsposisjoner kan bli endret ved folkerettslige forpliktelser som Norge påtar seg, selv om de folkerettslige forpliktelsene ikke formelt er blitt inkorporert i eller transformert til intern norsk rett. På det tidspunkt Norge påtar seg en folkerettslig forpliktelse, oppstår det et nytt rettskildebilde, og i dette rettskildebildet inntar den folkerettslige forpliktelse Norge har påtatt seg, en sentral plass. Heller ikke ved anvendelse av presumsjonsprinsippet vil etablerte rettsforhold være beskyttet mot inngrep fra folkeretten.

I tilfeller hvor et område som urfolk etter ILO-konvensjonen har krav på å få anerkjent rettigheter til, er gått over til andre borgere, vil det oppstå særlige problemer, men heller ikke i slike tilfeller vil de spørsmål som oppstår, bare være av politisk karakter.

Dersom et område som urfolk har krav på å få anerkjent rettigheter til, er gått over til andre, vil vedkommende urfolk ikke kunne gjøre krav på å få tilbake dette området, da dette vil komme i strid med det krav som den nåværende eier har på beskyttelse av sin eiendomsrett, se bl.a. EMK protokoll 1 artikkel 1, jf. "*Eiendomsrett og landrettigheter som del av de allminnelige menneskerettigheter. Noen generelle kommentarer*" i punkt 3.4 nedenfor. Men dette betyr ikke at urfolket i slike tilfeller har mistet alle rettigheter. Hvis et område som et urfolk har krav på å få anerkjent rettigheter til, ikke kan tilbakeføres til vedkommende befolkningsgruppe, har staten etter ILO-konvensjonens artikkel 16 nr. 4 plikt til å skaffe erstatningsland, se artikkel 16 nr. 4. Dersom erstatningsland ikke kan skaffes, eller vedkommende urfolk i stedet ønsker erstatning i form av penger, kan de gjøre krav på pengeerstatning, se artikkel 16 nr. 4.

95. Se NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark s. 59 spalte 1.

96. Se nærmere om denne avgjørelsen J. Aall: Rettergang og menneskerettigheter (Bergen, 1995), s. 83-84.

3.3.10 Utkastet til FN-erklæring om urfolk

Det utkast til FN-erklæring om urfolk som foreligger, inneholder i kapittel VI bestemmelser om landrettigheter. Disse bestemmelsene svarer langt på veg til bestemmelsene om landrettigheter i ILO-konvensjonen, men går på enkelte punkter noe lengre.

Kapittel VI i utkastet til FN-erklæring om urfolk åpner med en generell bestemmelse om at urfolk har krav på å beholde og styrke den spesielle åndelige og materielle tilknytning de har til de landområder, territorier, vannområder, sjøområder og andre ressurser som de tradisjonelt har eid eller på annen måte rådet over eller brukt («to maintain and strengthen their distinctive spiritual and material relationship with the lands, territories, waters and costal seas and other resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used»). Denne retten omfatter også muligheten til å opprettholde det ansvar som vedkommende urfolk i denne forbindelse har overfor fremtidige generasjoner («to uphold their responsibilities to future generations in this regard»), se utkastets artikkel 25. Denne bestemmelse følges opp av mer spesifikke bestemmelser om anerkjennelse av urfolks rettigheter til naturressurser, om krav på å få tilbakeført områder som er blitt fratatt dem og om krav på beskyttelse mot miljøødeleggelser, se utkastets artikkel 26, 27 og 28.

Utkastets artikkel 26 gir urfolk rett til å eie, utvikle, kontrollere og bruke de landområder og territorier, inkludert det totale miljø av landområder, luft, vannområder, sjøområder, sjø-is, flora og fauna og andre ressurser som de tradisjonelt har eid eller på annen måte rådet over eller brukt («the right to own, develop, control and use the lands and territories, including the total environment of the lands, air, waters, costal seas, sea-ice, flora and fauna and other resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used»). Dette innbefatter retten til full anerkjennelse av deres lover, tradisjoner og sedvaner, landleie-systemer og institusjoner for utvikling og administrasjon av ressursene («the right to the full recognition of their laws, traditions and customs, land-tenure systems and institutions for the development and management of resources, and the right to effective measures by the States to prevent any interference with, alienation of or encroachment upon these rights»).

Etter utkastets artikkel 27 har urfolk krav på å få tilbakeført de landområder, territorier og ressurser som de tradisjonelt har eid eller på annen måte rådet over eller brukt, og som er blitt konfiskert, okkupert, brukt eller ødelagt uten deres frie og informerte samtykke («the right to restitution of the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, occupied, used or damaged without their free and informed consent»). I tilfeller hvor dette ikke er mulig, har de krav på rettferdig og rimelig erstatning («the right to just and fair compensation»). Hvis det ikke frivillig oppnås enighet om noe annet, skal erstatningen ha form av landområder, territorier og ressurser som er likeverdig i kvalitet, størrelse og rettslig status («lands, territories and resources equal in quality, size and legal status»).

I utkastets artikkel 28 er det gitt bestemmelser som pålegger statene plikt til å treffe tiltak for å forhindre forurensing av områder som urfolk har krav på å få anerkjent rettigheter til, og for å bevare, gjenopprette og beskytte miljøet og produksjonsevnen i slike områder. Bestemmelsen inneholder også forbud mot militære aktiviteter i landområder som urfolk har rettigheter til dersom ikke vedkommende befolkningsgruppe selv frivillig har samtykket i dette.

Etter utkastets artikkel 42 skal de rettigheter som erklæringen fastsetter, danne minimumsstandarder «for the survival, dignity and well-being of the indigenous peoples of the world».

Så lenge det utkast til FN-erklæring om urfolk som foreligger, ikke er endelig vedtatt, har dokumentet ikke noen formell rettslig status. Dokumentet gir imidlertid uttrykk for et syn på urfolks stilling som er i ferd med å vokse frem i det internasjonale samfunn. På enkelte punkter går utkastet lengre enn ILO-konvensjonen. Dette gjelder f.eks. bestemmelsen om forbud mot militære aktiviteter. Men på de fleste punkter er bestemmelsene om landrettigheter i utkastet til FN-erklæring sammenfallende med bestemmelsene i ILO-konvensjonen. Dette viser at de rettigheter som urfolk har etter ILO-konvensjonen, i det store og hele er i samsvar med det syn på urfolk som gjør seg gjeldende i det internasjonale samfunn. Det er derfor ikke er noen grunn til å foreta noen innskrenkende fortolkning av bestemmelsene i ILO-konvensjonen.

3.3.11 Agenda 21 kapittel 26 i erklæringen fra verdenskonferansen for miljø og utvikling i juni 1992

Et annet dokument som gir uttrykk for det syn på urfolks rettigheter som gjør seg gjeldende i det internasjonale samfunn, er Agenda 21, kapittel 26 om anerkjennelse og styrking av urfolk og deres samfunn i erklæringen fra Verdenskonferansen for miljø og utvikling i juni 1992 (Rio-erklæringen).

I denne erklæringen fastslås det bl.a. at urfolks landområder bør beskyttes mot aktiviteter som ikke er bærekraftige, eller som vedkommende urfolk betrakter som sosialt og kulturelt uønskelig. Med «landområder» («lands») mener erklæringen også miljøet i de områder som vedkommende folk tradisjonelt råder over («the environment of the areas which the people concerned traditionally occupy»). Videre fastslås det at både nasjonale regjeringer og internasjonale organisasjoner må anerkjenne urfolks verdier, tradisjonelle kunnskaper og praksis når det gjelder ressursforvaltning, og at deres avhengighet av fornybare ressurser og økosystemer er grunnleggende for deres kulturelle, økonomiske og fysiske velferd. Det fremholdes også at det må utvikles nasjonale organer for å løse tvister om landområder og ressursforvaltning, og at urfolks behov, verdier, kunnskaper og praksis må inkorporeres i nasjonal politikk vedrørende ressursforvaltning, bevaring og utviklingsprogrammer som angår dem.

For å nå de målsetninger som erklæringen oppstiller, foreslår erklæringen at urfolk blir gitt utvidet kontroll over sine landområder, egen administrasjon av egne ressurser, herunder deltakelse i de beslutninger som berører disse interessene, og, hvor det anses nødvendig, deltakelse i forvaltningen av beskyttede områder. I denne forbindelse blir regjeringene bl.a. oppfordret til å ratifisere eksisterende internasjonale instrumenter om urfolk og å vedta nødvendige prinsipper og/eller rettslige instrumenter for å beskytte urfolks intellektuelle og kulturelle eiendom og deres rett til å opprettholde sedvaner og administrative systemer og praksis. Av internasjonale instrumenter hvor noen av de målsetninger og tiltak som er omhandlet i erklæringen, er inkorporert, nevner erklæringen ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og utkastet til FN-konvensjon om urfolk, som da var under utarbeidelse.

3.3.12 Oppsummering

Etter ILO-konvensjon nr. 169 har urfolk krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til de områder de har rådet over. For at et urfolk skal kunne anses å ha rådet over et område, er det tilstrekkelig at de har hatt en noenlunde permanent bosetning i området, og dersom de ikke har vært de eneste som har brukt området, må den bruk de har utøvd, ha vært dominerende i forhold til den bruk som har vært utøvd av andre. Med «eiendoms- og besittelsesrettigheter» må menes rett

til faktisk utnyttelse som i det alt vesentlige tilsvarer det en eier har, og rett til å forestå den faktiske forvaltning av området.

Områder som urfolk ikke har hatt et visst minimum av kontroll over, men som de har gjort tradisjonell bruk av, har de krav på å få anerkjent bruksrett til. Bruksretten må svare til den bruk som har vært utøvd.

Ved utøvelse av sin reguleringsmyndighet har staten en spesiell plikt til å sikre urfolks rett til naturressurser i deres landområder, og ved avgjørelsen av hvordan naturressursene i landområder som urfolk har rettigheter til, skal utnyttes, har urfolk krav på å få delta aktivt.

Den plikt som staten ved utøvelse av sin reguleringsmyndighet har til å sikre urfolks interesser, kan ikke bare gjelde landområder, men også sjøområder som urfolk tradisjonelt har hatt tilgang til, og som de har benyttet til deres livsopphold og tradisjonelle virksomhet. De privatrettslige rettigheter til naturressurser som ILO-konvensjonen hjemler, kan derimot bare gjelde landområder. Som landområder kan ikke bare anses fast mark, men også ferskvannsområder som f.eks. innsjøer og elver.

Ved avgjørelsen av hvordan kretsen av rettighetshavere for de privatrettslige rettigheter konvensjonen hjemler, skal defineres, må det først og fremst legges vekt på den bruk som har vært utøvd, de sedvaner og rettsoppfatninger som eksisterer innenfor vedkommende urfolksgruppe, og hva vedkommende urfolksgruppe selv ønsker. Videre må det legges vekt på praktiske hensyn, og hva som oppfattes som et rimelig og rettferdig resultat.

ILO-konvensjonen kan ikke være til hinder for at bruksrettigheter som urfolk har krav på å få anerkjent, blir utformet som «områderettigheter», som blir tillagt befolkningen i et nærmere bestemt avgrenset område uten hensyn til etnisk opprinnelse. I tilfeller hvor en urfolksgruppe har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til et område, må utgangspunktet derimot være at urfolksgruppen ikke kan pålegges å dele rettighetene med andre deler av befolkningen på stedet. Men dette kan ikke gjelde ubetinget.

I de deler av Finnmark som samene etter vår oppfatning har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, bor det nå også andre folk enn samer. Det er også en flytende overgang mellom hvem som må anses som samer, og hvem som ikke kan anses som det. Etter vår oppfatning vil det på denne bakgrunn ikke uten videre være i strid med ILO-konvensjonen om eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene har krav på å få anerkjent, blir tillagt lokalbefolkningen innenfor det område det gjelder, uten hensyn til etnisk opprinnelse, eller blir tillagt et selvstendig rettssubjekt som forvalter rettighetene på vegne av befolkningen innenfor området. Men forutsetningen for at eiendoms- og besittelsesrettigheter som samene har krav på å få anerkjent, kan legges til lokalbefolkningen eller en stiftelse som forvalter rettighetene på vegne av lokalbefolkningen, må være at det rettssubjekt som rettighetene blir lagt til, har et styre hvor flertallet av styremedlemmene blir oppnevnt av samiske organer.

Etter at vedkommende urfolk har vært rådspurt, kan urfolk ved bestemmelser i nasjonal lovgivning gis adgang til å overdra rettigheter som de har krav på å få anerkjent etter ILO-konvensjonen, til folk utenfor urfolksgruppen. Det kan spørres om en ordning hvor forvaltningen av grunnen i Finnmark blir overlatt til et organ hvor Sametinget oppnevner halvparten av styremedlemmene, og Finnmark fylkesting oppnevner den andre halvparten, kan forsvares med at det samene taper ved at andre får delta forvaltningen av grunnen i de områder som samene har krav på å få anerkjent eiendoms- og besittelsesrettigheter til, får samene igjen ved at de på sin side får delta i forvaltningen av grunnen i den øvrige del av Finnmark. Siden urfolk kan gis adgang til å overdra de rettigheter de har krav på å få anerkjent, til folk uten-

for urfolksgruppen, vil en slik ordning med felles forvaltning av grunnen i Finnmark kunne aksepteres dersom Sametinget samtykker i ordningen, men ellers ikke.

Dersom norsk lovgivning eller etablert rettsoppfatning ikke er i samsvar med konvensjonens krav, plikter staten å endre lovgivningen. For at et urfolk skal kunne gjøre krav på de rettigheter konvensjonen hjemler, må det være tilstrekkelig at den bruk som påberopes som grunnlag for retten, har stått ved lag inn i vårt århundre.

ILO-konvensjonen pålegger statene plikt til å identifisere de landområder som urfolk har rettigheter til, og å sikre et effektivt vern for rettighetene. Dette innebærer bl.a. at statene har plikt til å etablere et uavhengig apparat for undersøkelse av krav på landrettigheter som måtte bli fremsatt av urfolk. Konvensjonen må også oppfattes slik at den stiller krav om at urfolk skal kunne få prøvd ved søksmål for nasjonale domstoler om de rettigheter de har etter nasjonal rett, tilfredsstillende de krav ILO-konvensjonen stiller.

De bestemmelser ILO-konvensjonen om urfolk inneholder, er ikke enestående. Utkastet til FN-erklæring om urfolk inneholder bestemmelser om rettigheter til naturressurser som på enkelte punkter går noe lengre enn det ILO-konvensjonen gjør, men som stort sett svarer til bestemmelsene i ILO-konvensjonen. Det behov urfolk har for å få kontroll over naturressursene i de områder som de tradisjonelt har brukt, blir også fremhevet i Agenda 21 kapittel 26 i erklæringen fra Verdenskonferansen for miljø og utvikling i juni 1992. Dette viser at de rettigheter som urfolk har etter ILO-konvensjonen, i det store og hele er i samsvar med det syn på urfolk som gjør seg gjeldende i det internasjonale samfunn. Langt på veg gir ILO-konvensjonen bare uttrykk for det som kan anses som alminnelig internasjonal urfolksrett.

3.4 EIENDOMSRETT OG LANDRETTIGHETER SOM DEL AV DE ALMINNELIGE MENNESKERETTIGHETER. NOEN GENERELLE KOMMENTARER

En klassisk formulering av retten til eiendom i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner finnes i artikkel 17 i Verdenserklæringen om menneskerettigheter.⁹⁷

1. Enhver har rett til å eie eiendom alene eller sammen med andre.
2. Ingen må vilkårlig fratras sin eiendom.»

Mens retten til eiendom ikke omhandles i de to internasjonale konvensjonene om menneskerettigheter av 1966, er retten tatt med i en rekke andre internasjonale og regionale instrumenter. Den internasjonale konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (artikkel 5) og Konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner (artiklene 15 og 16) har bestemmelser om lik rett til eiendom og forbyr diskriminering i så henseende.

Artikkel 6 i Erklæringen om sosial velferd, framgang og utvikling er også relevant:⁹⁸

«Sosial framgang og utvikling forutsetter ... opprettelsen, i overensstemmelse med menneskerettighetene og de fundamentale friheter og med prinsippene om rettferdighet og eiendomsrettens sosiale funksjoner av former for besittelse av eiendom og produksjonsmidler som utelukker enhver form

97. For en beskrivelse av den forberedende prosessen som ledet til vedtakelsen av artikkel 17 og den videre utvikling, se Gudmundur Alfredsson, «Article 17», i Asbjørn Eide et al. (eds.): *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*. Oslo: Scandinavian University Press, 1992, pp. 255-262.

98. Vedtatt av FNs Generalforsamling resolusjon 2542 (XXIV) av 11. desember 1969.

for utbytting av mennesker, garanterer like rett til eiendom for alle og skaper betingelser som fører til virkelig likhet blant mennesker.»

Referanse til eiendomsrettigheter finnes dessuten i ILO-konvensjon nr. 107 og 169, og i ILO-konvensjonen om arbeidstakeres rettigheter. De finnes også erklæringer og resolusjoner vedtatt av andre særorganisasjoner (i FAO om jordreform, i WIPO om intellektuell og kulturell eiendom, i IFC om oppmuntring av private foretak i utviklingsbistand), og i studier og rapporter laget av FNs generalsekretær og en spesialrapportør for FNs Menneskerettighetskommisjon.⁹⁹ På det internasjonale plan og på basis av disse og andre standarder og gjennomføringsprosedyrer, er det grunn til å konkludere med at retten til eiendom er dekket av internasjonal sedvanerett, selv om det konkrete innholdet kan være uklart.

Retten til eiendom er en hjørnestein i vestlig lovgivning. I den europeiske menneskerettighetskonvensjon (som Norge har ratifisert) står det i artikkel 1 i protokoll nr. 1:

«Enhver fysisk eller juridisk person har krav på å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom med mindre det skjer i det offentliges interesse og på betingelser som er fastsatt ved lov og som følger av folkerettens alminnelige prinsipper.

Bestemmelsene ovenfor skal dog ikke på noen måte være til hinder for statens rett til å håndheve slike lover som den anser påkrevet for å kontrollere at eiendom brukes i samsvar med samfunnets interesser eller for å sikre erleggelse av skatter eller andre avgifter eller bøter.»

Rettsregler og rettspraksis i Europarådets institusjoner, derunder Den europeiske menneskerettighetsdomstol i Strasbourg,¹⁰⁰ er forankret ved konstitusjonelle vedtak, lovgivning og rettspraksis fra hele regionen.

Der er utvilsomt at de grunnleggende regler i internasjonale menneskerettigheter om like rettigheter og ikke-diskriminering på grunn av nasjonal eller etnisk opprinnelse, også gjelder retten til eiendom. Konstitusjonell beskyttelse og lovgivning må overholde disse reglene for at en stat skal opptre i samsvar med sine menneskerettighetsforpliktelser under slike instrumenter som Verdenserklæringen og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

Det kan her vises til artikkel 5 i Den internasjonale konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, som forplikter medlemsstatene til å garantere likhet for loven bl.a. når det gjelder å nyte godt av «retten til å eie eiendom alene eller samme med andre». Det vil si både retten til å eie, og å utøve retten sammen med andre. Staten er dessuten forpliktet til å sette iverk spesielle forholdsregler for å rette på situasjonen når omstendighetene, også historisk, viser reelt diskriminerende mønstre. Artikkel 5 viser til artikkel 2 i samme konvensjon, som forplikter stater til å ta spesielle og konkrete forholdsregler, både når det gjelder individer og grupper, for å garantere begge fulle og like rettigheter og fundamentale friheter.

«Eiendomsrett» er et sammensatt begrep. Retten til en «ting», derunder landområder, kan spaltes i forskjellige komponenter. En forfatter har sondret mel-

99. Rapportene fra den uavhengige ekspert, Luis Valencia Rodriguez, inneholdes i FN-dokumentene E/CN.4/1993/15 og i E/CN.4/1993/19 og add. 1)

100. Se Michael Bogdan, *Åganderätten som folkrättsligt skyddad mänsklig rättighet*, Raoul Wallenberg Institute, Report No. 2, Lund, 1986; og Catarina Krause, «The Right to Property», i Asbjørn Eide et al., *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 143-157, og P. van Dijk and G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer and Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2nd. Ed., 1990.

lom retten til å besitte, retten til å bruke, retten til å forvalte, retten til å motta inntekt, retten til å forbruke, retten til å overføre eller avhende, og retten til sikkerhet for bevarelse av «tingen».¹⁰¹ I norsk rett er begrepet «delt» eller «kløyvd» eiendomsrett velkjent.

Artiklene 14 og 15 i ILO-konvensjon nr. 169 omhandler urbefolkningers rett til land og naturressurser, og bruker begrepene «eie», «besitte» og «bruke». Flertallsformen «rettigheter» i artikkel 15 henger sammen med at retten til eiendom kan være hel eller partiell. I den offisielle ILO-veiledningen til konvensjonen påpekes at de i noen tilfeller reelt er partielle.¹⁰²

I artikkel 14 i ILO-konvensjonen heter det at landrettigheter omtalt i denne artikkelen «skal anerkjennes». I ILO-veiledningen sitert ovenfor heter det:¹⁰³

«Dette betyr at konvensjonen fordrer at regjeringer anerkjenner at der hvor det er tradisjonell bosetting har urfolk og stammefolk rettigheter i de områdene det gjelder. De kan riktignok måtte fastslå hva disse rettighetene består i og over hvilke landområder de gjelder for, men det er klart at rettigheter allerede eksisterer.»

De samme retningslinjer følges i FN-utkastet til konvensjon om urbefolkningers rettigheter.

Hvor rettigheter i land eller bruken av dette vilkårlig er fratatt urfolkene eller hvor annen diskriminerende praksis eksisterer til skade for urbefolknes rettigheter i land, kan det med referanse til både til Den internasjonale konvensjonen om eliminering av alle former for rasediskriminering og ILO-konvensjon nr. 169 argumenteres med at et medlemsland er forpliktet til å eliminere diskriminering og til å iverksette spesielle tiltak for å rette opp en diskriminerende situasjon.

Retten til besittelse, bruk, forvaltning, inntekt og sikkerhet er særlig relevant når det gjelder urbefolkningers landrettigheter. Alle disse komponentene faller inn under eiendomsrettigheter i internasjonale og regionale menneskerettighetsbestemmelser i sin alminnelighet, og i de relevante bestemmelser i ILO-konvensjon nr. 169 i særdeleshet. Når det gjelder forvaltning, finnes det en direkte forbindelse til ILO-terminologi, som behandles i "*Indre selvstyre og medbestemmelsesrett*" i punkt 3.7 (om lokalt selvstyre). En stat er forpliktet til å beskytte disse rettighetene i lovgivningen og å garantere like rettigheter såvel som ikke-diskriminering av dem. Enhver begrensning av rettighetene må også reguleres av lov basert på likhet og ikke-diskriminering.

3.5 ETNISK OG RASEMESSIG LIKESTILLING. SÆRLIG OM FN-KONVENSJONEN OM ELIMINERING AV RASEDISKRIMINERING

3.5.1 Hovedprinsippet om ikke-diskriminering

Ifølge Verdenserklæringens artikkel 1 er alle mennesker født frie og like i verdighet og rettigheter. Dette følges opp av artikkel 2 som fastslår at enhver har krav på alle de friheter og rettigheter som er nevnt i erklæringen uten forskjellsbehandling på noe grunnlag, slik som rase, farge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller annet forhold.

101. Lawrence C. Becker, «The Moral Basis of Property Rights» in Pennock og Chapman (eds.), *Nomos XII Property*. New York: New York University Press, 1990, s. 190-91; og av samme forfatter, *Property Rights*. Philosophical Foundations. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1977, s. 20-21.

102. Se ILOs guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 18-19.

103. Se ILOs guide (1996) to ILO Convention No. 169 s. 19.

Det er deretter blitt et gjennomgående tema i det internasjonale menneskerettighetssystem at alle mennesker har krav på de samme rettighetene uten forskjellsbehandling. Noen av de relevante bestemmelsene om dette er holdt i generelle vendinger, mens andre regulerer spesielle situasjoner eller forholdet mellom nærmere definerte grupper av mennesker. Kravet om likebehandling omfatter alle de livsområdene som menneskerettighetene dekker, derunder kulturelle rettigheter, retten til eiendom, og deltakelse i det politiske og økonomiske liv i samfunnet.

Den mest sentrale konvensjonen til å sikre likestilling mellom medlemmer av ulike etniske grupper er FN-konvensjonen til bekjempelse av alle former for rasediskriminering. Konvensjonen har for Norges vedkommende anvendelse bl.a. på forholdet mellom samer og andre norske statsborgere. Den legger hovedvekten på å forhindre at enkeltmennesker skal diskrimineres på grunnlag av rase eller etnisk bakgrunn. I utgangspunktet er det derfor enkeltindivider som beskyttes av konvensjonen, en beskyttelse som ansees nødvendig fordi deres rasemessige eller etniske bakgrunn har utsatt eller kan utsette dem for diskriminering.

Rasediskriminerings-konvensjonen av 1965 definerer uttrykket «rasediskriminering» som enhver forskjellsbehandling, utelukkelse, innskrenkning eller begunstiging på grunn av rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse, hvis formål eller virkning er å oppheve eller begrense anerkjennelsen av, nytelsen eller utøvelsen på like fot av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle eller hvilket som helst annet område av det offentlige liv. Konvensjonen omhandler både sivile, politiske, økonomiske og sosiale rettigheter, derunder retten til eiendom. Den inneholder i artikkel 5 meget detaljerte bestemmelser om hvilke områder hvor diskriminering ikke må forekomme.

3.5.2 Rett og plikt til å treffe tiltak for å fremme reell likestilling

Formell likhet for loven er imidlertid ofte ikke tilstrekkelig for å oppnå reell likestilling. Flere av menneskerettighetskonvensjonene gir derfor adgang til og i noen situasjoner også plikt til positiv forskjellsbehandling for grupper som tradisjonelt har vært diskriminert eller står i en svakere stilling enn andre. Formålet med slik forskjellsbehandling er å etablere forhold hvor det faktisk, ikke bare formelt, oppnås likhet mellom minoriteter og medlemmene av majoritetssamfunnet. I det følgende omtales hvilken betydning dette har for samenes rettigheter til land og vann i Norge.

Det heter i konvensjonens artikkel 1 paragraf 4:

«Særlige tiltak som settes i verk utelukkende for å sikre tilfredsstillende framgang for visse rasegrupper, etniske grupper eller individer som trenger slik beskyttelse som kan være nødvendig for å sikre at disse grupper eller individer på like vilkår skal kunne nyte og utøve menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, skal ikke ansees som rasediskriminering ...».

Tilsvarende bestemmelser fantes allerede i enkelte lands nasjonale rett. Opprinnelsen finnes dels i initiativer tatt i den amerikanske borgerrettighetsbevegelsen og som fikk gjennomslag ved den amerikanske Civil Rights Act i 1965. Allerede før dette var regler om positiv særbehandling inntatt i den indiske forfatningen av 1947, med særlig sikte på å treffe tiltak for å motvirke den diskriminering lavkastene, de såkalte «kasteløse», og stammefolkene var utsatt for i det indiske samfunn.

I USA omtales slike positive virkemidler ofte som «affirmative action». Tankegangen bak slike bestemmelser er at grupper som har vært systematisk diskriminert eller av andre grunner i utgangspunktet stiller svakere enn andre medlem-

mer av samfunnet har krav på kompenserende tiltak og spesiell beskyttelse for at de skal kunne nyte alle menneskerettighetene på like fot med andre.

Spesielle tiltak kan og i noen tilfelle skal tas på alle områder som dekkes av konvensjonen. Disse er meget omfattende, jf. som nevnt særlig artikkel 5. Regelen gjelder derfor både tiltak på områder som kultur, media, språk og utdanning, men også de økonomiske og sosiale områder. Den får for urfolkene særlig betydning som vern for eiendoms- og bruksrettigheter, noe som er mere utviklet i ILO-konvensjon 169.

Nødvendigheten av særlige tiltak henger sammen med at urfolk i de fleste deler av verden i lengre tid har vært særlig diskriminert når det gjelder anerkjennelsen av deres eiendoms- og bruksrettigheter. Diskrimineringen har bestått i at deres egne sedvaner og oppfatninger om bruks- og eiendomsrett ikke er blitt sidestilt og respektert på lik linje med de rettsoppfatninger som har vært rådende i det dominerende rettsystemet. De kriterier som har vært oppstilt i storsamfunnet for å anerkjent eller å oppnå eiendomsrett, har til tider vært slik at de har hindret urfolkene i å oppnå dette. Selv hvor deres faktiske bruk av naturressursene i form av jakt, fiske eller reindrift ikke har vært tatt fra dem, har den reelle anerkjennelsen av deres rettigheter ofte vært neglisjert. Det er på denne historiske bakgrunn at de etter dagens internasjonale menneskerettigheter kan og i en viss utstrekning skal gis fortrinn som kompenserer for hindringer de tradisjonelt har møtt.

Det er en kompensasjonstankegang som ligger bak rasediskrimineringskonvensjonens artikkel 2 para. 2. I kraft av denne bestemmelsen har konvensjonspartene (derunder Norge) en direkte plikt når forholdene gjør det nødvendig til å ta spesielle og konkrete forholdsregler på det sosiale, økonomiske, kulturelle og andre områder for å sikre tilfredsstillende utvikling og vern av for visse rase- eller etniske grupper eller individer som tilhører disse gruppene, med det formål å garantere at de fullt ut og på like fot kan nyte menneskerettighetene og de grunnleggende frihetene.

Formålet med disse bestemmelsene er ikke å skape varig forskjellsbehandling mellom grupper i samfunnet, men å legge forholdene til rette for at alle uansett bakgrunn skal ha de samme muligheter, ikke bare formelt, men også reelt.

3.5.3 Grenser for spesielle tiltak

Bruk av de ovenfor omtalte fortrinnsordninger kan imidlertid skape problemer, misbruk og friksjoner, slik erfaringene både fra India og fra USA har vist. Riktignok kan friksjonene oppstå selv hvor det ikke er misbruk. De som tidligere har hatt en privilegert posisjon ønsker ikke å oppgi sine privilegier, og motsetter seg derfor ofte den begunstigelse som gis de gruppene som tidligere har vært diskriminert. Men det vil også oppstå mange situasjoner hvor den kompenserende begunstigelsen vil kunne virke urettferdig i forhold til andre grupper, og særlig i forhold til enkeltindivider. I sammenligningen mellom mulighetene for enkeltpersoner tilhørende to ulike grupper, kan fortrinnsbehandling i praksis komme til å slå uheldig ut.

Som en motvekt heter det derfor i rasediskrimineringskonvensjonens artikkel 2 paragraf 2 at tiltakene ikke skal føre til at det opprettholdes ulike eller særlige rettigheter for forskjellige rasegrupper etter at de mål tiltakene tok sikte på er oppnådd.

Rasediskrimineringskonvensjonens bestemmelser er derfor i utgangspunktet ikke ment å skulle etablere varige separate grupperettigheter, men å gi staten mulighet og i en viss utstrekning også plikt til kompensatorisk behandling for tidligere diskriminerte grupper eller andre svakt stilte grupper i en overgangsperiode, slik at reell likhet kan oppnås. Når denne reelle likheten er oppnådd, skal fortrinnsbehandlingen opphøre.

Betydningen for samenes rettigheter er derfor tosidig. Siden det tidligere har vært vanskeligere for dem å få den samme respekt for deres sedvaner vedrørende eiendom og bruk som nordmenn har hatt, kan særlige tiltak være nødvendig. Men bestemmelsen setter også grenser for samenes rettigheter: Fortrinn som ikke kan begrunnes i behovet for å garantere dem at de fullt ut og på like fot kan nytte menneskerettighetene, vil utgjøre diskriminering med mindre de kan begrunnes i andre folkerettslige regler.

Her støter vi imidlertid på et annet problem. Den enkelte gruppe har ofte et ønske om å bevare sin gruppeidentitet. Storsamfunnet fører iblant en økonomisk og teknologisk utviklingspolitikk som svekker de materielle forutsetningene for at de mindre gruppene skal kunne bevare sin kultur og dermed sin identitet. Gir rasediskrimineringskonvensjonen noen støtte for gruppeidentiteten?

I "*Landrettigheter i urfolksretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater*" i punkt 3.3 ovenfor om landrettigheter er det i lys av ILO-konvensjonen vist hvordan kontroll og råderett over land og andre naturressurser er direkte relevant for gruppens identitet. Særlige tiltak for å sikre deres opprettholdelse av landrettighetene er i utgangspunktet ikke privilegier for urfolkene, men er nødvendig for å oppnå det dobbelte mål å skape faktisk likhet i materiell forstand og samtidig beholde muligheten til å bevare egen identitet ved å ha kontroll over de nødvendige landområder. Hvor det ikke finnes andre etniske grupper som på tilsvarende vis er avhengig av de samme landområder for å bevare sine egne tradisjonelle næringsveier og dermed sin kultur og identitet, vil dette ikke være diskriminerende.

Overvåkingen av gjennomføringen av FNs rasediskrimineringskonvensjon foretas av en egen ekspertkomite.¹⁰⁴ Den gjennomgår statenes periodiske rapporter om gjennomføringen av de forpliktelsene de har påtatt seg ved å ratifisere konvensjonen. I den sammenheng må komiteen tolke konvensjonen. Fra tid til annen gir den uttrykk for sin forståelse av enkelte bestemmelser i form av generelle kommentarer til de enkelte artikler. Av særlig interesse er her en nylig avgitt uttalelse, komiteens generelle kommentar nr. XXI (48).¹⁰⁵ Utgangspunktet for denne kommentaren var komiteens konstatering av at mange etniske grupper har hevdet at retten til selvbestemmelse gir dem en rett til å rive seg løs fra den stat hvor de bor. Dette ble avvist av Komiteen, under henvisning til FN-erklæringen av 1970 om de folkerettslige prinsipper for fredelig samkvem mellom stater¹⁰⁶ som setter snevre grenser for den folkerettslig hjemlede rett til selvbestemmelse. Men komiteen tilføyde:

«I overensstemmelse med rasediskrimineringskonvensjonens artikkel 2 og andre relevante menneskerettighetsdokumenter bør de statlige myndigheter være lydhøre overfor personer som hører til etniske grupper. De bør ta særlig hensyn til deres rett til en tilværelse i verdighet, retten til å bevare sin kultur, til å få nytte godt av en rettfærdig andel av samfunnets økonomiske vekst, og å delta i myndighetsutøvelsen i den stat de er borgere. Staten bør, innenfor rammen av deres respektive forfatninger, legge forholdene til rette for at medlemmer av etniske eller språklige grupper skal kunne iverksette tiltak som er spesielt hensiktsmessig for å bevare deres identitet.»

104. Komiteen benevnes på engelsk CERD – Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

105. Kommentaren ble vedtatt av komiteen på dens 1147 møte den 8. mars 1996.

106. FNs Generalforsamlings resolusjon 2625(XXV) av 24. Oktober 1970 som presiserer de grunnleggende prinsippene i FN-pakten og den del av folkeretten som er bygd på den.

Komiteen tolker følgelig artikkel 2 slik at den kan hjemle varige særtiltak hvor disse er nødvendige for at gruppen skal kunne opprettholde sin egenart. Kommentaren er holdt i forsiktige vendinger: Statene *bør være lydhøre*, de *bør* legge forholdene til rette. Likevel kan det konstateres at Komiteen med dette har valgt en tolkning som bringer rasediskrimineringskonvensjonen godt i overensstemmelse med de moderne minoritetsrettigheter, som for det meste er vedtatt etter at konvensjonen om forhindring av rasediskriminering var vedtatt.

3.6 KULTURELLE RETTIGHETER FOR MEDLEMMER AV MINORITETSGRUPPER. BETYDNING FOR URFOLKS LANDRETTIGHETER

3.6.1 Kulturelle rettigheter: Begrep, bestemmelser og internasjonal praksis

I en rekke internasjonale instrumenter, særlig de nyeste, omhandles retten for minoritetsmedlemmer til å bevare sin kultur, og plikter for statene til å legge forholdene til rette for at de skal kunne beholde og videreutvikle den.

I traktatfestet folkerett er FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (heretter SP) artikkel 27 fremdeles den viktigste. Den lyder i norsk oversettelse slik:

«I de stater hvor det består etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke berøves retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne og praktisere sin egen religion, eller bruke sitt eget språk.»

Bestemmelsen må leses i sammenheng med samme konvensjons artikkel 2, første ledd, som omhandler statenes forpliktelser. Det heter der:

«Hver konvensjonspart forplikter seg til å respektere de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon og å sikre dem for alle som befinner seg på dens territorium og er underlagt dens jurisdiksjon, uten forskjellsbehandling. . .»

Norge har ratifisert denne konvensjonen og er derfor bundet av dens bestemmelser, derunder de siterte artikler 2 og 27. En rekke av de internasjonale instrumenter som er vedtatt i det siste tiåret gir enda klarere uttrykk for at formålet er å sikre at de enkelte gruppene skal kunne bevare sin egen identitet.

I Europarådets rammekonvensjon til vern for minoriteter (1995)¹⁰⁷ heter det i artikkel 4:

«Traktatpartene påtar seg å legge forholdene til rette slik at personer som tilhører nasjonale minoriteter kan beholde og videreutvikle sin kultur og å bevare de vesentlige sider av sin identitet, nemlig deres religion, språk, tradisjoner og kulturarv.»

I FN-erklæringen om rettighetene for personer som tilhører nasjonale eller etniske, religiøse eller kulturelle rettigheter heter det i artikkel 1 at statene skal beskytte minoritetenes eksistens og deres nasjonale eller etniske, kulturelle, religiøse eller språklige identitet og skal legge forholdene til rette for å fremme denne identiteten. I samme erklæring heter det i artikkel 4:

«Statene skal treffe tiltak for å skape fordelaktive vilkår som gjør det mulig for medlemmer av minoritetene å gi uttrykk for deres særpreg og å utvikle

107. Ennå ikke (november 1996) trådt i kraft.

deres kultur, språk, religion, tradisjoner og sedvaner, unntatt når spesielle handlemønstre («practices») krenker nasjonal rett og strider mot internasjonale standarder».

Organisasjonen for Sikkerhet og Samarbeide i Europa, OSSE (tidligere KSSE) har også bestemmelser om dette, mest utviklet i det såkalte «København-dokument» fra 1990. Det heter der i punkt 33:

«De deltakende stater vil beskytte minoritetenes etniske, kulturelle, språklige og religiøse identitet og vil tilrettelegge vilkårene for videreutvikling av deres identitet. . . .»

Tiltak for dette formål skal treffes i samråd med representanter for minoritetenes organisasjoner.

Norge har foreløpig ikke ratifisert Europarådets rammekonvensjon. FNs og OSSEs erklæringer er strengt tatt ikke folkerettslig bindende, men ansees som politisk forpliktende og kan sees som uttrykk for den nåværende internasjonale tolkning av forpliktelsene i SP artikkel 27 som er bindende for Norge.

En stor del av fremstillingen i NOU 1984:18 var knyttet til minoritetenes kulturelle rettigheter med utgangspunkt i tolkningen av SP artikkel 27 (punkt 6.8, side 264-268). Utredningen inneholdt en grundig gjennomgang av artikkelens tilblivelseshistorie, og gjennomgikk deretter de følgende spørsmål: Hvem har rettigheter etter artikkel 27? Hvilke rettigheter gir artikkel 27? Gir artikkelen grupperettigheter eller individuelle rettigheter? Hvilke begrensninger gjelder for bestemmelsens geografiske anvendelsesområde? Noen av disse er fortsatt av betydning og vil derfor bli behandlet nedenfor.

Etter at Samerettsutvalget fremla sin første utredning (NOU 1984:18) har det foregått en betydelig utvikling innenfor FNs Menneskerettighetskomité, som har til oppgave å overvåke gjennomføringen av Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, derunder artikkel 27. Særlig viktig er Menneskerettighetskomitéens generelle kommentar nr. 23, som ble vedtatt under den 50. sesjon, i 1994,¹⁰⁸ og komitéens avgjørelser i en rekke saker innbrakt av urfolksgrupper eller medlemmer av slike grupper. Disse vil bli nærmere omtalt i "*Samenes tradisjonelle former for næringsutøvelse er vernet av artikkel 27*" i punkt 3.6.3, men her skal kort nevnes hvilke de er:

En av de viktigste er den såkalte «Lubicon Lake Band»-saken mot Canada,¹⁰⁹ anlagt av en indiansk folkegruppe som hadde sitt jakt- og fiskeområde i det nordlige Alberta relativt fjernt fra den hvite bosettingen, og som derfor hadde hatt liten kontakt med det ikke-indianske samfunnet. Konflikten oppstod som følge av at den kanadiske regjeringen hadde tillatt provinsregjeringen i Alberta å ekspropriere til bruk for private, økonomiske interesser¹¹⁰ områder som Lubicon Lake Band mente tilhørte dem. Av betydning er også Kitok-saken¹¹¹ og Ilmari Länsman-saken.¹¹² I Kitok-saken gjaldt tvisten anvendelsen av den svenske reindriftsloven som reserverer retten til reindrift til de som bor i «samebyer». Kitok hadde mistet denne retten fordi han hadde tatt opp annen virksomhet og forlatt samebyen. Ilmari Länsman og andre sameer klaget fordi staten hadde gitt konsesjon for en bedrift til

108. Report of the Human Rights Committee, vol. 1, GAOR, 49th Session, Supplement no. 40 (A/49/40), s. 107-110

109. Communication No. 167/1984, Bernard Ominyak, Chief of the Lubicon Lake Band vs. Canada.

110. Blant annet til olje- og gassutnyttelse.

111. Communication No. 197/1985, Kitok vs. Sweden.

112. Communication No. 511/1992, Imari Länsman Etal. vs. Finland.

et steinbrudd i et område hvor det ble drevet reindrift. Med steinbruddet fulgte også transport av steinen gjennom reindrifftsområdet.

3.6.2 Hvilke rettigheter gir SP artikkel 27? Hovedspørsmålene

Dette er kjernes spørsmålet vedrørende tolkningen av artikkel 27. Tolkningen av ordene «De som tilhører slike minoriteter (skal) ikke berøves retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur» har vist seg vanskelig, og det har vært en lang internasjonal debatt om rettighetenes nærmere innhold. På grunn av den utvikling som har funnet sted internasjonalt er det imidlertid i de senere årene oppnådd atskillig avklaring.

Det har vært to hovedspørsmål i debatten. Det ene angår kulturbegrepets innhold. Hvilken type inngrep er det som berøver en gruppe retten til å dyrke sin kultur? Det andre gjelder arten eller innholdet av statens forpliktelser. De to elementene henger sammen, men kan for analysens skyld deles opp.

3.6.3 Samenes tradisjonelle former for næringsutøvelse er vernet av artikkel 27

I NOU 1984:18 kapittel 6 ble det påpekt at samene utvilsomt er en etnisk gruppe som går inn under kulturvernet i artikkel 27, og at de derfor hadde krav på støtte av den norske stat for sin kulturutøvelse. Samtidig har samene som gruppe i betydelig grad sitt naturgrunnlag i tradisjonell bruk av naturressurser. De folkerettskyndige mente derfor dengang at samene med stor sannsynlighet kunne påberope seg at også deres tradisjonelle former for næringsutøvelse i en viss utstrekning er vernet av artikkel 27, men at det ikke var mulig å si noe presist om hvor langt dette vernet rekker. Det ble konkludert med at artikkel 27 iallfall har en «kjernesone», den beskytter mot inngrep fra staten i gruppens utøvelse av sin kultur. Staten har således iallfall negative forpliktelser til «ikke-inngrep» når dette i omfattende grad vanskeliggjør opprettholdelsen av den tradisjonelle kultur.

Rettsgruppen som i 1993 fremla sin utredning om retten til land og vann i Finnmark (NOU 1993:34) delte seg på dette punkt. Medlemmene Falch, Sandvik og Owe anså det som utvilsomt at artikkel 27 setter skranker for inngrep som rammer kulturutøvelsen. De la vekten i sin analyse på grensene for de inngrep som kan gjøres av staten og kom i sin totalvurdering på dette punktet til følgende:¹¹³

«Om et inngrep i mulighetene for å dyrke en kultur vil være i strid med artikkel 27, vil måtte bero på en totalvurdering av inngrepets virkning for kulturutøvelsen, slik denne framtrer på tidspunktet for inngrepet. Konsekvensene for kulturutøvelsen må antakelig være betydelig før det kan komme på tale å karakterisere inngrepet som folkerettsstridig. Det betyr imidlertid ikke det samme som at inngrepet i seg selv behøver å være så betydelig. Har man gjennom de samlede virkninger av tidligere inngrep nærmet seg grensen for det folkerettsstridige, kan et i og for seg lite inngrep føre til at denne overskrides».

Medlemmet Falkanger, med tilslutning av Austenå og Dragsten, mente at flertallet i det ovenfor siterte avsnitt hadde tatt standpunkt til spørsmål som lå utenfor deres mandat. Falkanger mente at det sentrale i nærværende sammenheng var at det ikke var dokumentert noe som skulle tyde på at folkeretten pr. i dag har grepet inn i og endret etablerte eiendoms- og rettighetsforhold vedrørende fast eiendom.

113. "Sametinget" i Kap. 2.4.4.6.6

«Hvorvidt staten skal gi avkall på noen av sine rettigheter til fordel for samene, eller overføre rettigheter fra private til samene (samene som enkeltpersoner eller kollektiv) er et politisk spørsmål, som Stortinget og Regjeringen må ta standpunkt til.»

Hovedspørsmålet er imidlertid nettopp hvilke rettigheter staten har, når norsk rett tolkes i samsvar med folkeretten (se "*Betydningen av disse deler av folkeretten for norsk rett*" i punkt 3.8). Det er ikke et politisk, men rettslig spørsmål. Etter at ILO-konvensjonen ble ratifisert av Norge, utgjør den en rettskildefaktor som domstolene må forholde seg til i eventuelle tvister om gjeldende rettsforhold.

Falkanger var imidlertid enig i at folkeretten kan sette rettslige skranker for fremtidige vedtak, også av lover om inngrep i naturressurser som er av betydning for samisk språk, kultur og samfunnsliv.

Praksis i FNs Menneskerettighetskomite har siden gjort det klart at urfolks næringsutøvelse i en viss utstrekning er beskyttet av artikkel 27. I sin generelle kommentar nr. 23, avgitt i mai 1994, påpeker Komitéen i punkt 7 i omtalen av kulturelle rettigheter beskyttet under artikkel 27 at kultur kan manifestere seg på ulike måter, derunder også som spesielle leveveier knyttet til bruk av land og andre naturressurser. Dette gjelder, sier FN-komiteen, særlig for urfolk. Sikringen av muligheten til fortsatt å kunne bruke de land og naturressurser som har dannet grunnlaget for de spesielle leveveier blir derfor en del av forpliktelsen for stater overfor urfolkene.

Denne oppfatningen har komitéen også lagt til grunn i de konkrete sakene komitéen har behandlet hvor urfolks interesser var berørt, nemlig Lubicon Lake Band-saken mot Canada, Kitok-saken mot Sverige og Ilmari Länsman-saken mot Finland.

I den førstnevnte saken ble inngrepet av komitéen ansett som så inngripende at krenkelse ble konstatert. I Ilmari Länsman-saken ble det inngrepet som hittil var gjort ikke ansett som så vesentlig at krenkelse forelå, men fortsettelse av steinbruddet og transporttrafikken knyttet til den kunne komme til å bety en krenkelse.¹¹⁴ I Kitok-saken var det ingen uenighet om at samisk reindriftsnæring var beskyttet under SP artikkel 27, men hovedspørsmålet var om utestengningen av andre samer enn de som bodde i samebyer, derunder personer som hadde forlatt samebyene og tatt opp annen næring, var akseptabel. Under sterk tvil ble dette godtatt av Komitéen. I begge tilfellene var det imidlertid enighet om at alvorlige inngrep i muligheten til å fortsette urfolkernes tradisjonelle næringsliv vil kunne være en krenkelse av artikkel 27.

3.6.4 Har staten også forpliktelser til aktiv støtte?

Staters forpliktelser under de internasjonale instrumenter om menneskerettighetene kan omfatte flere nivåer: Det første nivå er statens plikt til å respektere rettigheten,

114.I Communication No.511/1992, avgjort i 1995, heter det bl.a.: «9.8 With regard to the authors' concerns about future activities, the Committee notes that economic activities must, in order to comply with article 27, be carried out in a way that the authors continue to benefit from reindeer husbandry. Furthermore, if mining activities in the Angeli area were to be approved on a large scale and significantly expanded by those companies to which exploitation permits have been issued, then this may constitute a violation of the authors' rights under article 27, in particular of their right to enjoy their own culture. The State party is under a duty to bear this in mind when either extending existing contracts or granting new ones.» Det kan her også vises til dom i Finlands Høyeste Forfatningsrett den 23. mai 1996, omtalt nedenfor i kapitel 3.3, hvor Handels-og industridepartementets vedtak om å gi utmuntingsbrev på statens grunn ble forkastet fordi de kunne være til skade for de lovlige rettigheter til reinbeitelagets andelshavere.

det vil si at staten og dens representanter skal unnlate å foreta seg noe som krenker eller begrenser vedkommende rettighet. Det andre nivået er å beskytte rettigheten mot tredjepart, for eksempel å beskytte liv eller frihet mot drap eller mot privat frihetsberøvelse. Det tredje nivået er å legge forholdene til rette slik at det er mulig å nyte godt av vedkommende rettighet, for eksempel å opprettholde upartiske domstoler og politi slik at personer kan nyte godt av sin rett til en rettferdig rettergang, eller sikre at det finnes skoler og utdanningsinstitusjoner slik at alle kan nyte godt av sin rett til skolegang og utdanning. Det fjerde nivået er å skaffe til veie de nødvendige materielle resurser hvor dette er påkrevet, f. eks. sosiale ytelser.

I sin enkleste form skilles det analytisk mellom «negative» eller «passive» forpliktelser for staten på den ene siden, og «aktive» eller «positive» forpliktelser på den annen. Noe upresist hevdes det iblant at det til de sivile og politiske rettigheter bare er knyttet «negative» eller «passive» forpliktelser for staten, mens det til de økonomiske og sosiale rettigheter hevdes å være knyttet «aktive» eller «positive» forpliktelser for staten. Med dette skillet som utgangspunkt har det vært hevdet med referanse både til ordvalget i SP artikkel 27 («skal ikke berøves retten til») og fordi bestemmelsen er plassert i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, at statens forpliktelser bare er av passiv art.

Det er imidlertid nå alminnelig anerkjent at det i mange tilfelle hefter positive forpliktelser for staten også til mange av de sivile og politiske rettigheter. Dette følger allerede av SP artikkel 2.1, sitert foran i "*Kulturelle rettigheter: Begrep, bestemmelser og internasjonal praksis*" i punkt 3.6.1. Plasseringen er derfor i så henseende uten betydning for tolkningen. Det viktige for tolkningen er som vanlig en kombinasjon av ordlyden, forarbeidene, formålet og etterfølgende relevant praksis.

Folkerettsgruppens utredning av 1984 konkluderte slik om dette spørsmålet, etter først å ha fremholdt at artikkel 27 har en «kjernesone» som beskytter mot statens inngrep i gruppens utøvelse av sin kultur: «Vi mener imidlertid at det er tilstrekkelig grunnlag for å si at bestemmelsen i dag også pålegger statene en viss plikt til å sikre at minoritetene får mer aktiv støtte, slik at deres kultur kan overleve».¹¹⁵ Gruppen var riktignok usikker på hvor langt bestemmelsen går utover den nevnte kjernesonen, men pekte på at de beste grunner talte for å inkludere også de materielle sider av gruppens kultur under det vern artikkel 27 gir. Folkerettsgruppen trakk denne konklusjonen etter å ha påpekt at det (dengang) kunne hefte en viss usikkerhet omkring tolkningen av artikkel 27 på dette punktet.

Flertallet i rettsgruppen av 1993 la hovedvekten på usikkerheten og trakk ikke den samme konklusjon som folkerettsgruppen av 1984. Flertallet konkluderte med at «det etter vår oppfatning er usikkert om artikkel 27 innebærer en plikt for statene til å yte aktiv støtte til minoritetene».¹¹⁶ Medlemmet Otto Jebens mente derimot at folkerettens forpliktelser gikk lenger. Han uttalte at disse forpliktelser burde klargjøres gjennom en nyansert gjennomgang i forhold til de ulike deler av Norge, og at samenes rettigheter under artikkel 27 måtte stå særlig sterkt for enkelte områder i Finnmark.

FNs Menneskerettighetskomité har i sin generelle kommentar nr. 23 fra 1994 (omtalt i "*Kulturelle rettigheter: Begrep, bestemmelser og internasjonal praksis*" i punkt 3.6.1) uttalt at selv om artikkel 27 er formulert i passive vendinger, anerkjenner den likevel eksistensen av en rett og krever at denne ikke må bli fornektet i praksis. Følgelig er alle de ratifiserende stater forpliktet til å sikre at denne rettighetens eksistens og utøvelse blir beskyttet. Positive beskyttelsestiltak er derfor nødvendig

115.NOU 1984:18 s. 271 første spalte nederst, annen spalte øverst, s. 285 første spalte.

116.NOU 1993:34 s. 49 første spalte øverst.

ikke bare mot statens egne organer, det være seg ved den lovgivende, dømmende eller utøvende makt, men også beskyttelse mot private personer på vedkommende stats territorium. I "*Australias urbefolkning*" i punkt 6.2 i samme kommentar ble det påpekt at artikkel 27 krever positive tiltak fra statens side for å sikre minoritetens identitet og de enkelte medlemmers mulighet til å nyte godt av og utvide deres kultur og språk, i fellesskap med andre medlemmer av gruppen.

3.6.5 Anvendelsen av artikkel 27 på ulike bosettingsområder

I utgangspunktet har staten plikt til å respektere og sikre på hele sitt territorium alle rettighetene som er listet i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Lovgrunnen tilsier imidlertid at de mest vidtgående rettigheter under artikkel 27 oppstår på minoritetens sentrale bosettingsområder, noe som også kort omtales i NOU 1984:18.¹¹⁷ For samenes vedkommende vil den få størst betydning på de områdene hvor de har drevet sin tradisjonelle næring. Samer som har flyttet derfra kan påberope seg andre sider av artikkel 27, slik som retten til å lære sitt eget språk og i en viss grad også å få økonomisk støtte til samiske institusjoner, men kan ikke kreve eiendoms- eller bruksrettigheter med grunnlag i artikkel 27. Disse spørsmålene er imidlertid nå bedre regulert i ILO-konvensjon nr. 169, og siden Norge har ratifisert denne er det neppe grunn til å gå dypere inn på dette spørsmålet.

3.6.6 Individuelle eller kollektive rettigheter?

I NOU 1984: 18 punkt 6.8.6, s. 284, omtales spørsmålet om rettighetshaverne under minoritetsrettighetene er individer eller grupper (individuelle eller kollektive rettigheter). Det påpekes at formuleringene i artikkel 27 peker klart i retning av at det er individuelle rettigheter (personer som tilhører etniske eller ...). Slik språkbruk er konsekvent brukt også i de senere erklæringer og konvensjoner. Men det er samtidig klart at mange av rettighetene bare har mening når de kan utnyttes kollektivt; de skal kunne nytes sammen med de andre medlemmer av gruppen. Dette kan synes innbyrdes motstridende.

I utredningen av 1984 søkes dette analysert ved å skille mellom hvem som er rettighetssubjekt og hvem som er påtalesubjekt (hvem som kan påtale krenkelse). I noen tilfelle vil rettighetssubjektet være det enkelte individ, iblant endog i motstrid med gruppens interesser som helhet – bl.a. i den såkalte Lovelace-saken¹¹⁸ hvor spørsmålet var om en fraflyttet indiansk kvinne som hadde giftet seg med en ikke-indianer, skulle ha rett til å vende tilbake etter at hun var blitt skilt. Kitok-saken, se ovenfor i "*Kulturelle rettigheter: Begrep, bestemmelser og internasjonal praksis*" i punkt 3.6.1, kan også sees i et slikt perspektiv. I mange andre tilfelle vil det være gruppen som helhet som er rettighetssubjekt.

Anderledes stiller spørsmålet seg om hvem som kan reise påtale. Innenfor det enkelte lands rett kan dette ordnes på forskjellig måte i samsvar med det enkelte lands rettsystem, men for såvidt angår urfolk må her pekes på ILO-konvensjon 169 artikkel 12 som sannsynligvis krever at det gis adgang til påtale for urfolket selv eller deler av det gjennom deres representative organer dersom deres rettigheter etter ILO-konvensjonen hevdes å være krenket (se nærmere om dette i "*Statens plikt til å identifisere og å sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser*" i punkt 3.3.8).

117. Avsnitt 6.8.6, s.284 annen spalte

118. «Report of the Human Rights Committee, GAOR, 36th session, Supplement no. 40 (A/36/40), pp. 166-175, communication no. 24/1977.

Når det gjelder klageadgang til de relevante internasjonale institusjonene, avhenger dette av det enkelte instrument det klages under. For så vidt angår SP artikkel 27 består klageadgangen i muligheten til å bringe inn en såkalt «henvendelse» («communication») på grunnlag av artikkel 1 i den valgfrie protokoll til konvensjonen. Det har tidligere vært antatt at denne retten bare tilkommer individer; slik er også konklusjonen i NOU 1984:18. Senere praksis har gjort dette mer usikkert.

I Lubicon Lake Band-saken, se ovenfor i "*Kulturelle rettigheter: Begrep, bestemmelser og internasjonal praksis*" i punkt 3.6.1, ble det av Menneskerettighetskomiteen godtatt at saken ble reist av høvdingen, Chief Bernard Ominayak, på vegne av Lubicon Lake Band, som er en indiansk stammegruppe. Det må heretter antas at sak kan reises av en etnisk gruppe ved deres representanter eller myndigheter. Under den tilsvarende bestemmelse i konvensjonen om forhindring av rasediskriminering, artikkel 14, kan klager inngis av «enkeltpersoner eller grupper av enkeltpersoner», som må tolkes slik at en etnisk gruppe kan klage gjennom sine representative organer. Problemet kan i noen tilfelle være å avgjøre hvem som er det representative organ.

3.6.7 Sammenfatning om minoriteters kulturelle rettigheter og statenes forpliktelser

Mange av de spørsmål som var usikre i 1984, er blitt avklart ved etterfølgende praksis i FNs Menneskerettighetskomité som overvåker gjennomføringen av artikkel 27. Den nyere praksis i FN har styrket den tolkning som ble gjort av folkerettsekspertene i NOU 1984:18. Ikke bare beskytter artikkel 27 mot statlige inngrep som begrenser gruppens utøvelse av sin kultur, men statene har også en viss plikt til å sikre at minoritetene får aktiv støtte.

Når det gjelder urfolk har Menneskerettighetskomitéen lagt til grunn det materielle kulturbegrep som innebærer at de materielle forutsetninger for opprettholdelsen og videreføringen av kultur må vernes og beskyttes. Når hensyn tas ikke bare til SP artikkel 27, men også FNs Minoritetserklæring av 1992, OSSEs København-dokument av 1990 og Europarådets rammekonvensjon av 1995, kan det fastslås at folkerettens regler om minoritetsvern har gjennomgått en betydelig utvikling i de senere år og har bidratt til å positivere viktige underliggende generelle rettsprinsipper.

Statene er forventet å beskytte eksistensen og identiteten til de forskjellige etniske, religiøse og språklige grupper i samfunnet, og å legge forholdene til rette for at denne identiteten kan videreutvikles. Samtidig skal det sikres en gjennomgående likhetsbehandling av alle personer som bor innenfor statens territorium.

For så vidt angår urfolkene, innebærer dette at nyere folkerett, basert på multilaterale traktater og andre folkerettslige instrumenter krever at urfolkene eie- og bruksrettigheter blir anerkjent i positiv nasjonal rett ut fra deres egne sedvaner, på samme måte som storsamfunnets rettigheter blir beskyttet ut fra de sedvaner og lovregler de har utviklet.

SP artikkel 27 og de andre regler til vern om minoriteters kulturelle rettigheter har imidlertid mindre selvstendig betydning for urfolkene på grunn av den mer detaljerte regulering som finnes i ILO-konvensjon nr. 169, gjennomgått i "*Landrettigheter i urfolksretten, særlig om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater*" i punkt 3.3 ovenfor. Tolkningen av SP artikkel 27 i internasjonal praksis, er hva angår urfolkene imidlertid gått i samme retning som ILO-konvensjon 169, noe som er blitt klarere i de senere år.

3.7 INDRE SELVSTYRE OG MEDBESTEMMELSESRETT

3.7.1 Folkerett og praksis i internasjonale organisasjoner

I internasjonal litteratur om minoriteter finnes ofte referanser til «autonomy», et noe vagt begrep som her vil bli oversatt med «indre selvstyre». Selvstyre, med større eller mindre rekkevidde, forekommer i mange land. Det kan skilles mellom territorielt og funksjonelt (herunder kulturelt) indre selvstyre. Disse skillene vil senere bli omtalt.

Det er grunn til å hevde at urfolk har et sterkere krav på indre selvstyre enn andre minoriteter. Støtte for denne påstanden kan finnes i internasjonale standarder, i nasjonal praksis og i gruppebehov.

Flere bestemmelser i ILO-konvensjon nr. 169 går langt i å forutsette at det finnes eller etableres institusjoner av og blant urfolkene med selvkontrollerende funksjoner når det gjelder landområder og andre funksjoner til å bevare gruppeidentitet. Konvensjonens viktigste bestemmelse om dette finnes i artikkel 7, hvor det heter i nr.1:

«Vedkommende folk skal ha rett til å vedta sine egne prioriteringer for utviklingsprosessen i den grad den angår deres liv, tro, institusjoner, åndelige velvære og de landområder de lever i eller bruker på annen måte, og til så langt som mulig å ha kontroll med sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling ...».

Samme tilnærming forekommer i andre bestemmelser i denne ILO-konvensjonen. Femte preambulære avsnitt lyder således:

«Den internasjonale arbeidsorganisasjons generalkonferanse ... som anerkjenner disse folks ønskemål om kontroll over sine egne institusjoner, sin livsform og økonomiske utvikling, og om å opprettholde og utvikle videre sin identitet, språk, og religion innen rammen av de stater de lever i ...»

I artikkel 6 nr. 1(a) refereres det til urfolks «representative institusjoner». Samme artikkel nr.1(c) erklærer at regjeringer skal:

«etablere virkemidler for full utvikling av disse folks egne institusjoner og initiativer, og når det er aktuelt, skaffe nødvendige ressurser for dette formål.»

Selv om ILO-konvensjonen, når det gjelder områdene som omhandles i første del av artikkel 7 nr. 1, ikke bruker ord som «selvstyre» eller lignende, beskriver den i virkeligheten mange av de funksjoner som er nødvendige for å opprettholde gruppeidentitet og som tradisjonelt er blitt delegert til organer for internt selvstyre.

Konvensjonens artikkel 27 nr. 2 forutsetter gradvis delegering av selvstyrefunksjoner til et annet område av betydning for beskyttelsen av urfolkets identitet. Statspartenes ansvarlige myndigheter forpliktes der til å sikre at urfolkene medlemmer får opplæring, og at disse deltar i utforming og drift av utdanningsprogrammer «med sikte på gradvis overføring av ansvar for driften av» slike utdanningsprogrammer for de folk det angår. I ILO-konvensjonens artikkel 27 nr. 3, hvor det finnes en formulering som likner den i artikkel 5 i UNESCOs Konvensjon mot diskriminering i undervisning, sies det at myndighetene skal «anerkjenne disse folks rett til å opprette sine egne utdanningsinstitusjoner og utdanningsordninger ...».

I andre bestemmelser i ILO-konvensjonen refereres det til urfolks deltakelse, eller til de nasjonale myndigheters konsultasjon med de folk det gjelder, i spørsmål

som behandles og om rettigheter fastslått i ILO-teksten. I artikler som omhandler avgjørelser av nasjonal og regional betydning og naturressurser, refereres det til medvirkende snarere enn til selvbestemmende funksjoner. Sondringen mellom selvbestemmelse og medvirkning følger et logisk mønster.

Slik er det i den siste setningen i paragraf 1 av artikkel 7, som lyder:

«I tillegg skal de delta i utforming, gjennomføring og evaluering av nasjonale og regionale utviklingsplaner og -programmer som kan få direkte konsekvenser for dem.»

I artikkel 15 nr. 1, som omhandler retten til naturressurser for de folk det gjelder, heter det:

«... Slike rettigheter omfatter disse folks rett til å delta i bruk, styring og bevaring av disse ressursene.»

I del VIII av konvensjonen, under overskriften «Administrasjon», artikkel 33, omhandler nr. 1 statsmyndighetenes plikt til å sikre at det finnes offentlige organer eller andre hensiktsmessige ordninger for forvaltning av programmer og virksomhet som berører vedkommende folk, og i nr. 2 fastsettes det at slike programmer skal omfatte tiltak for gjennomføring og overvåking av de tiltak som konvensjonen fastsetter, *i samarbeide med vedkommende folk*.

Disse preambulære og operative bestemmelser i ILO-konvensjonen gir tyngde til det argument at urbefolkninger må ha egne institusjoner. Når det gjelder identitet og land, skal det være utstrakt egenkontroll. For nasjonale og regionale formål, og når det gjelder naturressurser, skal de medvirke og bli konsultert. Med andre ord: Henvisningene sitert ovenfor understøtter den konklusjon at de ratifiserende stater har en forpliktelse til å anerkjenne eksistensen av urfolks egne institusjoner eller tillate at det blir opprettet institusjoner som, på representativt vis, kan utføre de tildelte funksjoner.

Tilsvarende tilnærmelser er reflektert i Dokumentet fra KSSEs (nå OSSE) København-konferanse om den menneskelige dimensjon, 1990. Dokumentet er hjørnesteinen i OSSEs politikk når det gjelder minoritetsrettigheter og omfatter også urfolk. I paragraf 25, del IV, sies det at de deltakende stater vil respektere retten til effektiv deltakelse i offentlig forvaltning for personer som tilhører nasjonale minoriteter, også når det gjelder beskyttelse og fremme av identitet.

I paragraf 35 er det videre en referanse til indre selvstyre hvor de historiske omstendigheter omkring gruppens inkorporering i staten gjør det særlig begrunnet. Dette er av særlig betydning for urfolk. De deltakende KSSE-stater har uttrykt i København-dokumentene uttalt at de:

«merker seg de tiltak som er gjort for å beskytte og skape betingelser for å fremme den etniske, kulturelle, språklige og religiøse identitet til bestemte nasjonale minoriteter ved å etablere, som et av mulige midler til å nå disse målene, passende lokale eller autonome administrasjoner tilsvarende slike minoriteters spesifikt historiske og territorielle omstendigheter i overensstemmelse med angjeldende stats politikk.»

Selv om dette ikke er folkerettslig bindende for statene, gir det uttrykk for en utbredt holdning til slike forhold.

FNs utkast til Erklæring om urfolks rettigheter har søkt å utvide selvstyrefunksjonene til å omfatte landområder og naturressurser, men som påpekt ovenfor, vil det sannsynligvis gå noen år før denne teksten blir vedtatt, og de angjeldende forslag til bestemmelser kan bli gjenstand for endringer.

Landenes praksis er også relevant, og i kombinasjon med bestemmelsene i ILO-konvensjon nr. 169 og de eksisterende forslag i utkastet til urfolkserklæring i FN er det grunnlag for å hevde at urfolks indre selvstyre når det gjelder administrasjonen av spørsmål om de landområder de eier og besitter, er i ferd med å bli sedvanerett innen de internasjonale menneskerettigheter.

Indre selvstyre for grupper som et middel til å oppnå like rettigheter og ikke-diskriminering er et bredt anerkjent middel for realisering av urbefolkningers og minoriteters rettigheter.¹¹⁹ Positive erfaringer i mange land og det økende ønske om å forhindre og unngå konflikter vil trolig minske skepsisen og forsterke internasjonal normutvikling.

3.7.2 Eksisterende nasjonal praksis

Nasjonal praksis er et viktig referansepunkt til støtte for denne tolkningen av ILO-konvensjon nr. 169 og som en mulig uavhengig folkerettskilde. Denne praksis støtter også opp under tydelige trender i den internasjonale juridiske debatten. I en del tilfelle er territorielt indre selvstyre innført. Blant disse er Ålands selvstyre innen den finske stat, og Færøyenes og Grønlands selvstyre innen den danske stat. Spanias innføring av regionalt territorielt selvstyre har ført til en betydelig reduksjon i spenningen mellom de sentrale myndigheter og baskerne og katalonierne.

Det bør imidlertid understrekes at enhver territoriell selvstyreordning må være demokratisk, det vil si at den må gi plass for deltakelse for alle som bor på territoriet, enten de etnisk sett tilhører minoriteten eller ikke. Følgelig har alle innbyggere i Katalonia eller Baskerprovinsen eller på Grønland de samme demokratiske rettigheter. Likevel er det klart at det territorielle selvstyret gir de som etnisk er kataloniere, eller baskere, eller inuiter i Grønland, langt større reell innflytelse og mulighet til å sikre deres identitet og ressurser enn om de skulle ha vært en minoritet i et unitarisk Spania eller Danmark.

Samtidig som enhver territoriell selvstyreordning må være demokratisk, må utøvelsen av den respektere alle menneskerettighetene som inneholdes i internasjonale konvensjoner, derunder rettighetene under ILO-konvensjon 169.

Hjemmestyre-ordningen på Grønland er som nevnt territoriell, og omfatter derfor også personer av dansk og annen ikke-inuitisk herkomst, selv om det overveldende antall personer som nyter godt av ordningen er inuiter.

Kulturelt eller funksjonelt selvstyre er lagt til grunn for ordningene i Finland, Norge og Sverige ved opprettelse av sametingene. De såkalte *Land Councils* i Australia har en tilsvarende funksjon som er ytterligere styrket ved *Mabo*-saken og *Native Title Act*.¹²⁰ Nyere avtaler og rettsavgjørelser i USA og Canada går i samme retning. Det er verdt å merke seg at mange av disse indre selvstyre-ordningene har urfolks landområder som en hovedsak.

119. Et sentralt bidrag i litteraturen om selvstyre er Louis B. Sohn, «The Concept of Autonomy in International Law and the Practice of the United Nations», *Israel Law Review*, vol. 15, 1980, pp. 180-190. Se også Markku Suksi, *Frames of Autonomy and the Åland Islands*, Åbo 1995, og Hans-Joachim Heintze, *Autonomie und Völkerrecht, Verwirklichung des Selbstbestimmungsrecht der Völker innerhalb bestehender Staaten, Interdependenz* Nr. 19, Stiftung Entwicklung und Frieden, Bonn, 1995. Se også Hurst Hannum (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

120. Se nærmere nedenfor i "[Betydningen av disse deler av folkeretten for norsk rett](#)" i kap. 3.8.

3.7.3 Generelle bemerkninger om indre selvstyre

Indre selvstyre kan ta form av lokalt selvstyre, selvadministrasjon, hjemmestyre eller bare delegasjon av utvidete funksjoner til kommunale, skole- eller andre lokale myndigheter. Benevnelsen er mindre viktig. Det vesentlige er at sentralregjeringen deler sin makt med urfolkene ved å overlate delegerte funksjoner til representanter valgt av gruppen det gjelder.

Selvkontroll over identitets- og landområdspørsmål er et effektivt middel til å gi en tidligere diskriminert gruppe likhet i forhold til storsamfunnet og til å verne om verdigheten, identiteten og kulturen til et urfolk. Selvstyre kan derfor under gunstige forhold fungere som et godt virkemiddel til lik nytelse av alle menneskerettigheter og for å oppnå ikke-diskriminering i lovverk og praksis.

Indre selvstyre er forskjellig fra retten til selvbestemmelse, som ofte blir oppfattet som et krav om utskillelse fra staten. En slik rett for urfolk kan ikke utledes fra ILO-konvensjonen eller de andre internasjonale konvensjoner omtalt i denne utredningen.

Selvstyre-funksjonene kan dekke undervisning, informasjon, kultur, religion, helse, bolig, sosial velferd, tradisjonelle og andre økonomiske aktiviteter, landområder, naturressurser og miljø, såvel som intern skattlegning for å finansiere disse funksjonene. Et forslag langs disse linjene verserer for FN i forslaget til erklæring om urfolks rettigheter. Bortsett fra de spesifikke bestemmelsene i ILO-konvensjon nr. 169, som sitert ovenfor, har imidlertid sentrale myndigheter rom for å forhandle og avgjøre delegeringen av funksjoner til et urfolk. Et godt eksempel er det opplegget som er valgt i forholdet mellom Danmark og Grønland. En lang rekke funksjoner ble overtatt umiddelbart ved innføringen av hjemmestyret, mens en lang rekke ytterligere funksjoner står på listen over de som skal overføres etterhvert som forutsetningene er lagt til rette for det.

Som nevnt forutsetter ILO-konvensjon nr. 169 at urfolkene har deres egne institusjoner. På samme måte forutsetter FN-forslaget til erklæring om urfolks rettigheter at de selv skal fastsette struktur og medlemskap i deres egne institusjoner, fortsatt at vanlige menneskerettigheter blir respektert. Dersom det er et territorielt selvstyreområde, må som nevnt også innbyggere som ikke tilhører urfolksgruppen ha like rettigheter med de andre.

Når et hjemme- eller selvstyreregime utøver sin makt, må det respektere demokratiske prinsipper og andre universelt anerkjente menneskerettigheter, herunder også rettighetene til andre som måtte komme under dets jurisdiksjon.

Som nevnt kan selvstyret være territorielt, kulturelt eller funksjonelt. Om en gruppe eller deler av den lever høykonsentrert i et område, kan en territoriell løsning være den beste. Om imidlertid medlemmene av gruppen er spredt utover et større område og/eller er blandet sammen med andre folkegrupper, er det mere hensiktsmessig med kulturelt eller funksjonelt selvstyre som regulerer forhold for alle personer som tilhører gruppen uten hensyn til deres bopel. Tilhørigheten blir derfor personlig, ikke territoriell. Norsk lovgivning når det gjelder Sametinget er et eksempel på den personlige tilnærming til en selvstyre-institusjon; samene kan stille til valg og stemme i valgene på tinget, uansett hvor de bor i landet. Selv om Sametinget i første omgang hovedsakelig fikk rent rådgivende funksjoner, bygges myndigheten gradvis ut til å dekke videre kulturelle og andre funksjoner, som også kan omfatte viktige oppgaver i forvaltningen av samenes landområder.

3.8 BETYDNINGEN AV DISSE DELER AV FOLKERETTEN FOR NORSK RETT

Konvensjoner blir folkerettslig bindende for norske myndigheter ved at Regjeringen (Kongen i statsråd) i egenskap av utenriksmyndighet forplikter seg utad ved ratifikasjon eller annen form for tiltredelse. Konvensjonene stiller krav både til lovgivende, utøvende og dømmende myndigheter.

Den lovgivende makt er folkerettslig forpliktet til å sørge for at norsk lov er i overensstemmelse med de konvensjonsbaserte forpliktelser. For så vidt angår forvaltningen, kan det være et folkerettsbrudd dersom den bruker sin myndighet i strid med konvensjonen. Dette gjelder både statlig, fylkeskommunal og kommunal virksomhet.

Sivilombudsmannen har i sin årsmelding for 1990 uttalt:¹²¹

«I utgangspunktet er det forvaltningens plikt å se til at Norge gjennomfører de folkerettslige forpliktelser Norge er bundet av. Det må derfor kunne slås fast at det ikke ville samsvare med god forvaltningsskikk dersom forvaltningen skulle unnlate å respektere og følge opp våre internasjonale menneskerettsforpliktelser. . . . Jeg finner det derfor naturlig og riktig at Stortingets ombudsman i sitt arbeid aktivt søker å bidra til gjennomføringen av våre internasjonale menneskerettsforpliktelser. ... Forvaltningen både kan og skal av eget tiltak ta hensyn til forpliktelser som følger av menneskerettskonvensjonene, både ved utformingen av generelle forskrifter og ved tolkning eller skjønnsutøvelse i enkeltsaker».

Det er imidlertid ikke uten videre sagt at et folkerettsstridig forvaltningsvedtak blir kjent ugyldig hvis eksisterende norsk lovgivning *påbyr* forvaltningen å treffe beslutninger av et visst innhold, eventuelt hindre den i å fatte vedtak i samsvar med konvensjonen. I dette tilfellet vil det dualistiske prinsipp kunne innebære at forvaltningsvedtaket likevel blir ansett gyldig i norsk rett.

Det dualistiske prinsipp har særlig hatt betydning for domstolenes beslutninger. Det tradisjonelle utgangspunkt har vært at folkeretten ikke av domstolene skal behandles som del av norsk rett med mindre de angjeldende folkerettslige regler i en eller annen form er innarbeidet i norsk rett. Dette utgangspunktet har imidlertid lenge vært sterkt modifisert ved presumsjonsprinsippet, hvoretter innholdet i norsk rett skal tolkes slik at det samsvarer med folkeretten dersom det ikke kan påvises at norsk rett på det relevante område inneholder regler som klart avviker fra folkeretten. I praksis betyr dette bare at norsk rett går foran folkeretten dersom det er klar motstrid. Særlig når det gjelder de internasjonale menneskerettighetene, vil det bare i unntakstilfelle tenkes at norsk rett blir tolket slik at det blir motstrid med den internasjonale forpliktelsen, slik denne blir tolket av den norske domstolen.¹²²

I nesten alle vesteuropeiske land er rettssituasjonen nå at deler av de internasjonale menneskerettighetene er gjort til del av intern rett. Snart er det bare Storbritannia og Irland som danner et unntak i så henseende ved ikke å inkorporere noen av disse. For norsk vedkommende traff regjeringen den 30. januar 1989 et prinsippvedtak om at menneskerettighetene skulle innarbeides i norsk rett. Et utvalg ble nedsatt for å komme med forslag om hvordan dette skulle gjøres, med daværende professor, nåværende høyesterettsjustitiarius Carsten Smith som første formann. Han ble etterfulgt som formann av nåværende lagdommer Erik Møse. Utredningen finnes i NOU 1993:18 Lovgivning om Menneskerettigheter. Møse-utvalget anbe-

121. Sitert i NOU 1993: 18, s. 69,1. spalte

122. Det kan naturligvis forekomme at den norske domstolens tolkning av en internasjonal konvensjon blir underkjent ved en senere internasjonal klagebehandling.

falte et av de grunnlovsforslag som allerede var fremsatt i Stortinget. Dette ble deretter vedtatt av Stortinget som Grunnlovens § 110 c, som lyder slik:

«Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.

Nærmere Bestemmelse om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov.»

Gjennomføringsloven er under utarbeidelse, men er ennå ikke vedtatt. De konvensjoner som innarbeides vil ikke gis grunnlovs, men lovs trinnhøyde.

Det er ennå usikkert hvilke menneskerettighetskonvensjoner som vil bli inkludert i loven. Det er på det rene at FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter vil bli tatt med. Dermed vil også artikkel 27 bli en del av norsk rett. Mere usikkert er det om Konvensjonen om eliminering av alle former for rasediskriminering blir tatt med i gjennomføringsloven. For så vidt angår ILO-konvensjon nr. 169 gikk Møse-utvalget til gjennomføring av menneskerettighetene i norsk rett inn for å vente noen tid med et eventuelt inkorporasjonsvedtak om denne. Det heter at «konvensjonen er for ny til å ha fått sitt innhold klarere fastlagt gjennom ILOs håndhevelsesorganer og statenes praksis. I påvente av dette har særlig rekkevidden av konvensjonens bestemmelser om rett til land vært omdiskutert».¹²³

Imidlertid vil også de konvensjoner som ikke blir tatt med i gjennomføringsloven få større betydning som rettskildefaktor i norsk rett enn de hadde fra før. Dette har to grunner: For det første omfatter forpliktelsen i grunnlovens artikkel 110 c *første* ledd alle internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, selv de som ikke omfattes av et lovvedtak etter *annet* ledd. For det annet er mange av spesialbestemmelsene i konvensjoner som ikke inkorporeres å betrakte som presiseringer av rettigheter og statlige forpliktelser inneholdt i de mer generelt formulerte sentrale konvensjonene som omfattes av gjennomføringsloven. Også de erklæringer som er vedtatt av FN og av KSSE (nå OSSE) vil på tilsvarende vis få betydning som rettskildefaktorer.

Hva spesielt angår ILO konvensjon 169, inneholder den en bestemmelse i artikkel 12 hvorefter urfolk skal ha mulighet til å reise søksmål for nasjonale domstoler som enkeltpersoner eller gjennom sine representative organer for å bli sikret effektivt vern av sine rettigheter. Som omtalt i "*Statens plikt til å identifisere og å sørge for et effektivt vern av urfolks rettigheter til naturressurser*" i punkt 3.3.8 har det vært diskutert om dette bare gjelder de rettigheter som vedkommende har etter norsk rett eller også rettighetene fastsatt i ILO-konvensjonen. På grunn av presumsjonsregelen vil forskjellen ikke bli stor, ettersom det vil bli antatt at vedkommende har krav på de rettigheter også etter norsk rett som finnes i ILO-konvensjonen. Problem kan oppstå i de tilfelle hvor norsk lov klart avviker fra ILO-konvensjonens bestemmelser.

Vi mener at såvel ordlyden i artikkel 12 som forarbeidene tilsier at den pålegger staten å akseptere at urfolk skal kunne gå til søksmål for nasjonale domstoler for å få prøvd om det foreligger brudd på de rettigheter de har etter konvensjonen. En sammenligning kan trekkes til Europarådets Menneskerettighetskonvensjon artikkel 13, hvorefter enhver, hvis rettigheter og friheter i konvensjonen er krenket, skal ha adgang til et effektivt rettsmiddel overfor en nasjonal myndighet.

Selv om forskjellen derfor ikke blir meget stor, anbefaler vi at ILO-konvensjon 169 blir gjennomført i norsk rett ved lovbestemmelse etter reglene i grunnlovens § 110 c, annet ledd.

123.NOU 1993:18, pkt. 9.4.4, s.143.

KAPITTEL 4

Landrettigheter: Utviklingen i noen andre land**4.1 DANMARK: LANDRETTIGHETER OG KONTROLL OVER NATURRESURSER PÅ GRØNLAND**

Urfolket (inuitene) på Grønland har fått omfattende kontroll med naturressursene. Bakgrunnen og innholdet i loven om det grønlandske hjemmestyre er omtalt i NOU 1984:18 s. 212-218. Under denne loven har innbyggerne på Grønland fulle rettigheter til Grønlands naturressurser. Dette følger også av at Hjemmestyret utgjør en sterk form for territorielt selvstyre (autonomi). Rettighetene er ikke knyttet til inuitene som etnisk gruppe, men til den bofaste befolkning som sådan. Effektiv kontroll er imidlertid hos inuitene som utgjør 85-90 prosent av befolkningen.

Fiske til lands og til sjøs, jakt, landskapsplanlegning, kulturpolitikk, handel og miljøvern er blant de funksjoner som ligger under Hjemmestyrets kontroll.

Den danske lov om mineralske råstoffer på Grønland (Råstoffloven),¹²⁴ som også dekker kontinentalsokkelen, etablerte et system med felles kontroll og forvaltning mellom det danske Energiministerium og de grønlandske myndigheter. Tillatelse til undersøkelser og utnyttelse av mineralske råstoffer krever avtale mellom Grønlands landsstyre og den danske regjering (§ 3). Et felles råd vedrørende mineralske råstoffer på Grønland har til oppgave å følge utviklingen på råstoffområdet og ha full innsikt i de saker som behandles (§ 4). Som hovedregel skal inntekter ved utnyttelsen av naturressurser deles likt mellom den danske stat og hjemmestyret (§ 22). Den bofaste befolkningen på Grønland kan fortsatt foreta innsamling og brytning av mineralske råstoffer uten at det kreves tillatelse etter loven (§ 32).

4.2 SVERIGE¹²⁵

Det har vært omfattende samkvem mellom samene i Norden når det gjelder bruk av landområdene for reindrift. Ved grensetrekningen i 1751 ble de svenske (og finske) samers rettigheter til reinbeite på norsk område og norske samers rettigheter på svensk-finsk område opprettholdt ved Lappekodisillen, som var et tillegg til grense-traktaten av samme år. Denne omtales nærmere i *"Lappekodisillen av 1751 og dens betydning i dag"* i kapittel 5.

Finland ble atskilt fra Sverige i 1809 og underlagt Russland. Grensen mellom Norge og Finland ble stengt for reindriftssamene, først fra russisk side og deretter fra norsk side i 1852. Lappekodisillen forble i kraft mellom Norge og Sverige, som den gang var i union, inntil 1883. Den ble da suspendert (uten å bli opphevet) og i praksis erstattet av en felleslovgiving, parallell lovgiving i de to deler av unionen. Denne lovgivningen opprettholdt de samme rettigheter som kodisillen for de norske og svenske samers vedkommende. Etter unionsoppløsningen har svensk-norske overenskomster opprettholdt rettighetene ved konvensjonen «om flyttlappenes adgang til reinbeiting» av 1919, med endringer av 1949 og reinbeitekonvensjonen av 1972 som fortsatt gjelder.

124.Lov nr. 335, 1991

125.Fremstillingen i det følgende bygger på Hans Åke Wängbergs utredning til Samerettsutvalget. Se nedenfor i del II, *"Om folkerettsgruppen og bakgrunnen for utredningen"* i kapittel 2

I Sverige delte reindrifftsloven av 1868 de svenske samene i to kategorier: Den ene er de som har rett til reindrift; det er de som bor i samebyer (sidaer), som det er 51 av. Reindrifftsbefolkningen utgjør ca. 2500. Innbyggerne i samebyene har visse særrettigheter også til jakt og fiske. Andre svenske samer, som utgjør et langt større antall, har ingen spesielle rettigheter og har hatt visse vansker med å opprettholde sin egen samiske identitet. Mange er assimilerte.

Loven av 1868 ble etterfulgt av lov av 1928 om samenes rett til reinbeite og en tilsvarende lov av 1960. Disse ble avløst i 1971 av den nå gjeldende Ren-næringslagen (1971:437).

Samenes rettigheter betegnes med fellesbegrepet «renskötselsrätt» Denne retten er forbeholdt samene som bor i samebyene, og gir dem rett til bruk av land og vann for seg selv og deres reinsdyr. Loven fastsetter hvilke områder som kan brukes til dette formål. Rettighetene omfatter reinbeite, jakt, fiske og bruk av skogsvirke. De er basert på alders tids bruk. Loven legger utøvelsen av rettighetene til samebyene. De landområdene som kan brukes, er fordelt mellom samebyene. Den enkelte sameby fordeler områdene innenfor den enkelte samebys område og regulerer reindriften der. Loven av 1971 innførte derfor en vesentlig endring i forhold til tidligere lov ved at grunnforvaltningen ble overført fra lappfogden til samebyene selv og dermed etablerte lokal selvforvaltning.

Samebyen er medlemmenes kollektive representant og er sakspart i rettstvister med utenforstående om bruk av grunn og resurser. Skattefjällsdommen som falt i 1981 fastslår at samenes rettigheter er basert på alders tids bruk og kan ikke fratras dem uten etter ekspropriasjon mot erstatning.¹²⁶

Etter loven av 1971 kan staten oppheve retten til reindrift for et visst område mot erstatning etter reglene om ekspropriasjon. Erstatningen skal dekke tapet ved at retten til reindrift, jakt og fiske går tapt. Samenes bruksrett står således i samme stilling som om det hadde vært eiendomsrett. For de områder hvor reindrifftsretten er opphevet mot erstatning, kan staten overføre privat eiendomsrett til jorden, f.eks. til bedrifter.

Samebyene kan ikke avhende jorden men kan overføre adgangen til å bruke en del av området til andre formål. Privat eiendomsrett til grunnområder kan sameeksistere med reindriften; hvor det eksisterer slike rettigheter kan grunneieren ikke foreta seg noe som hindrer reindriften.

4.3 FINLAND¹²⁷

Finland utgjorde en del av Sverige inntil 1809. Den nordlige delen ble kalt Lappmarken, som var reservert for samenes næringsveier (jakt, fiske og reindrift). I følge en meget sitert doktoravhandling¹²⁸ som dekker perioden frem til 1740 opplevde samene seg som eiere til de land- og vannområder som de forføyde over, og dette var også den offisielle oppfatningen. Senere har tre parter gjort krav på deler av området: Samene selv, nybyggere og staten. Ifølge en utredning av professor Mikael Hidén til den finske riksdagens konstitusjonskomité bestod rettighetene så lenge lovgiveren ikke uttrykkelig fastslo at rettigheten ikke lenger eksisterte.¹²⁹

126. Den er utførlig omtalt i NOU 1984: 18 avsnitt 6.3.3.

127. Dette avsnittet er i det vesentlige basert på utredning av Heikki Hyvärinen til Samerettsutvalget 20.6.1996: Samernas Rättsliga Ställning i Finland.

128. Kaisa Korpjaakko-Labba: Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland, Helsingfors 1994.

129. Heikki Hyvärinen, utredning til samerettsutvalget, rev. utgave 20.06.1996, s.6. Se del II, "*Folkerett og sammenlignende rett*" i kapittel 3 nedenfor.

Spørsmålet er derfor i hvilken grad lovgiveren uttrykkelig har endret rettsituasjonen etter 1740. Lappekodisillen gjaldt også de finske samers rettigheter, som i realiteten ble anerkjent. Det var først etter 1800, og særlig etter at Finland ble en autonom del av Russland, at samenes stilling ble vesentlig svakere. Fra 1850-årene gikk statens skogforvaltning ut fra at staten eide grunnen i Lappmarken, en oppfatning som baserte seg på en forestilling om at samene på grunn av sine økonomiske driftsformer ikke kunne ha oppnådd eiendomsrett til land og vann, en oppfatning som idag er alminnelig erkjent å være uholdbar.

Situasjonen er idag noe uklar. Retten til reindrift er senest regulert i lov av 1990 (848/90). Den tar imidlertid ikke direkte stilling til samenes reindrift, ettersom dette var gjenstand for utredning da loven ble vedtatt. I behandlingen av loven uttalte Riksdagens konstitusjonskomité at den vitenskapelige forskningen hadde lagt frem resultater som tydet på at samene hadde eiendomsrett til disse landområdene.¹³⁰

Et utvalg nedsatt for å utrede forslag til samelov¹³¹ konstaterte at det ikke fantes tilstrekkelig grunnlag for statenes eiendomsrett og for «den fastighet som kalles statens skogsmark». Innen vitenskapelig forskning har man henvist til Korpijaakkos resultater og konstatert at senere lovgivning ikke har endret samenes stilling som jordeiere, og at man heller ikke via gjeldende lovgivning har endret samenes bruksrettigheter, spesielt fordi samene i hundrevis av år uavbrutt har brukt sine områder på samme måte som før. Det har heller ikke vært foretatt utskiftningsforretninger, i motsetning til hva som ellers er gjort for statens skoger for øvrig. Skoglovgivningen har ikke hatt til formål å endre den enkeltes rettigheter (Hyvönen 1991:184.185, sitert av Hyvärinen s. 12)

Hyvärinens utredning viser at det skjer en omvurdering av den tradisjonelle oppfatning som i omtrent hundre år gikk ut på at staten var eier av det meste av jordområdene i samedistriktene. Det pågår et utredningsarbeide med sikte på å klarlegge eiendomsforholdene. I forbindelse med flere lover i den senere tid (Rensköt-selslagen 1990, ödemarkslov vedtatt 1990, jaktlov av 1993) har regjeringen tatt som utgangspunkt at staten er eier, men riksdagen har tatt reservasjoner på dette punkt og iallfall konstitusjonskomitéen i riksdagen har nærmest tatt det motsatte standpunkt.

I 1995 ble vedtatt en viktig og omfattende lovreform med tre komponenter: Regjeringsformen for Finland fikk en ny § 51 a som fastslår at samene er et urfolk og skal sikres kulturell autonomi i sine hjemstavnsområder («hembygdsområde»), dessuten ble Sametinget opprettet ved lov 974/95 og avløste det tidligere sameparlamentet; endelig ble en ny lov om bruk av samisk språk i samkvem med myndighetene (975/95) vedtatt.

Reguleringen av landrettighetene er ennå ikke avklart. Dette har vært ansett som et hinder for ratifikasjon av ILO-konvensjon 169. Sameparlamentet (nå sametinget) fikk i 1993 i oppgave å videreføre utredningen om landrettigheter. I april 1996 tilkjennega arbeidsdepartementet og justisdepartementet at regjeringen burde stille tilstrekkelige midler til disposisjon for å få fullført dette arbeidet.

I finsk praksis er det lagt vekt på FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27, omtalt foran i *"Kulturelle rettigheter for medlemmer av minoritetsgrupper. Betydning for urfolks landrettigheter"* i punkt 3.6. FN-konvensjonen er del av finsk rett ved lov av 1975 (107/76). Etter at Finland ble medlem av Den europeiske Union, gjorde utenlandske gruveselskaper mer enn 100 innmutninger på samenes hjembygdsområde, på grunnlag av mutingsbrev gitt av Handels-

130. Det ble vist til Korpijaakkos doktoravhandling, som forelå på finsk i 1989.

131. Den statlig nedsatte komité besto i 1990 av länhövdingen i Lapplands län og fem medlemmer fra ulike ministerier og fem representanter fra sameparlamentet.

og industridepartementet. Samene (reinbeitelaget) klaget til Den Høyeste forfatningsrett med påstand om at vedtakene måtte omgjøres fordi de skadet de lovlige rettigheter til reinbeitelagets andelshavere. Retten fant at det var en feil at departementet ikke hadde klarlagt hvilken virkning vedtakene ville ha for reindriften, og 23. mai 1996 besluttet den at søknadene måtte sendes tilbake til departementet for ny behandling (Høyeste Forfatningsrett, protokoll nr. 261/7/96).

4.4 RUSSLAND¹³²

Behandlingen av urfolkene i Russland har gått gjennom flere stadier. Før revolusjonen i 1917 var befolkningen i Tsar-riket oppdelt i to hovedkategorier: Russere og ikke-russere. Russisk nasjonalitet kunne bare erhverves ved fødsel. Russerne var et slags herrefolk i det multietniske tsarriket, men store deler av urfolkene levde fjernt fra de sentrale deler av Russland og hadde liten interaksjon med de russiske myndigheter. De hadde muligheter til å opprettholde sine tradisjonelle leveveier og en viss grad av lokalt selvstyre som klan eller stammegrupper.

Med den russiske revolusjonen ble forholdene sterkt forandret. Forskjellen i status mellom etniske russere og medlemmer av andre etniske grupper i Sovjetunionen ble opphevet, og grunnloven innførte forbud mot diskriminering eller spesiell status.

I den tidlige Sovjet-tiden ble grunnlaget lagt for den særegne form for desentralisering som Sovjetunionen representerte. Det ble organisert selvstyre på regional (territoriell) basis, men nominelt var det bestemte «nasjoner» eller «nasjonaliteter» som forvaltet selvstyret i den enkelte region. Et hierarki av territorielle enheter (unionsrepublikker, autonome republikker, «kraja», «oblasti», «okrugi» og senere også «rajoni» ble etablert. Unionsrepublikkene, de autonome republikkene, «kraja» og «okrugs» var opptrukket med sikte på anerkjennelse av tilhørigheten for såkalte «titulære» nasjonaliter eller etniske grupper, mens derimot «oblasti» og «rajoni» var rent territorielle oppdelinger. De største urfolksgruppene var også involvert i denne prosessen, og de fikk i den første tiden adgang til å opprettholde tradisjonelle styreformene innenfor sine områder.¹³³

Snart ble imidlertid Sovjetunionen i realiteten sterkt sentralisert, selv om desentraliserte styreformene formelt sett ble opprettholdt. Under Stalin, og ganske særlig under den annen verdenskrig, ble en intens og hardhendt assimileringsspolitikk gjennomført. Etter Stalins død og den gradvise oppmykingen var politikken mindre hardhendt, men utpreget paternalistisk. Urfolkenes levemåte ble oppfattet som primitiv og tilbakestående. De ble ikke konsultert i gjennomføringen av utviklingspolitikken som var basert på modernisering og industrialisering.

I siste del av Sovjetunions eksistens begynte dette å endre seg, og det er blitt ytterligere endret siden. En av faktorene er det internasjonale engasjementet for urfolkene rettigheter som på denne tiden var kommet langt i FN, og som var kjent for ledende eksperter i Russland. En betydelig lovgivnings- og reguleringsaktivitet som også hadde betydning for urfolkene pågikk i årene 1990-1992. Blant annet utferdiget presidenten en «ukaz» (forordning av 22.04.92) som omhandlet umiddelbare foranstaltninger til vern av de nordlige folkene boplasser og næringsliv, med

132. Opplysningene her er tatt bl.a. fra den russiske Duma: «Report from the State Duma, Federal Assembly of the Russian Federation, Committee of Nationalities», om «Acts and Other Legislative Standards Relating to the Political and Socio-Economic Development of the Indigenous Peoples of Russia», framlagt for en internasjonal konferanse i 1995 om Den russiske føderasjons støtte til urfolk i Nord-Russland, og fra Lars-Niila Lasko, Sergeij J. Marotsjkin og Sergeij V. Nikitin: Russiske samers rettssituasjon, utarbeidet til Samerettsutvalget 1995.

133. Rapport fra den russiske Duma, op.cit. s. 6-7.

sikte på å verne deres lovlige rettigheter og interesser og å bevare og utvikle deres tradisjonelle næringsveier i en overgangsperiode mot markedsøkonomi.

Grunnloven av 1993 går meget langt. Den fastsetter for det første at anerkjente prinsipper og regler i folkeretten, og forpliktelser i internasjonale avtaler, utgjør en del av den interne rett. Folkeretten går foran den interne rett (artikkel 15). Menneskerettighetene garanteres i samsvar med anerkjente prinsipper og normer i folkeretten og i samsvar med grunnloven (artikkel 17). Menneskerettighetene har umiddelbar virkning i nasjonal rett (artikkel 18). Det kan ikke vedtas lover som avskaffer eller forringer innbyggernes menneskerettigheter (artikkel 55). Ifølge artikkel 2 er mennesket og dets rettigheter og friheter den høyeste verdi.

Av sentral betydning for urfolkene er artikkel 19 som fastslår at jord og andre naturressurser skal brukes og beskyttes som basis for liv og virksomhet til de folkene som bor i de respektive områdene.

Grunnlovens artikkel 69 garanterer minoriteters og urfolks rettigheter i samsvar med internasjonale regler og avtaler. Det er etter artikkel 71 pkt. c de føderale myndigheter som skal regulere beskyttelsen av de etniske minoritetenes rettigheter, som etter artikkel 72 er et felles anliggende mellom de føderale myndighetene og føderasjonssubjektene.

Et «rammeverk om fundamentale rettigheter for Russlands urbefolkninger» ble vedtatt av Statsdumaen den 20. Juli 1995. Etter videresendelse til Presidenten ble det innført to krav («parametre») som urfolkene må oppfylle. Kvalitetsmessig må urfolkene bo på tradisjonelle, tynt befolkede områder som sine forfedre, bevare et opprinnelig levesett og erkjenne seg selv som et selvstendig etnisk fellesskap. Kvantitetsmessig må de enkelte folkeslagene ikke utgjøre mindre enn 50 000 personer. Det skal lages en fortegnelse over de berørte etniske grupper som vedlegg til rammeverket.¹³⁴

I utgangspunktet kan det konstateres viktige ansatser for å sikre urfolkens rettigheter. Problemet er imidlertid at de vidtrekkende grunnlovsbestemmelsene og den omfattende lovgivningen hverken på føderalt eller regionalt nivå konkretiserer reelle tiltak som direkte fastslår og beskytter urfolkens rettigheter. Blant annet påpekes at utkastet til områdelovgivning for Murmanskområdet ikke inneholder noe om samenes rettigheter.

4.5 CANADA

Situasjonen er beskrevet i NOU 1984: 18 s. 321-326. Ved «hjemføringen» av Canadas grunnlov i 1982 ble det fastslått at indianernes og de andre urbefolkningenes etablerte rettigheter skulle opprettholdes og respekteres. I grunnlovens artikkel 35 heter det at de eksisterende urfolksrettigheter og traktatrettigheter som gjelder for urfolkene anerkjennes og bekreftes. Grunnloven fastsatte i artikkel 37 at en konstitusjonell forsamling skulle sammenkalles og at den skal omfatte konstitusjonelle spørsmål som angår urfolkens rettigheter.

Et betydelig arbeide er siden gjort. Allerede i 1975 ble James Bay and Northern Quebec Agreement inngått, som anerkjente omfattende landområder eksklusivt for Cree-indianerne og inuitene i det nordlige Quebec, og hvor 225 millioner canadiske dollars ble utbetalt for avståelse av noe over 980 000 kvadratkilometer land.¹³⁵

134. Krjazkov, V.: «Urfolks rett til land» Gosudarstvo i Pravo (Stat og Rett), 1996:1, s.69.

135. Allan MacChesney: The Legal Environment in Canada for Aboriginal Groups: Law and Management Regimes Covering Land and Resources, paper prepared for the Sami Commission, s. 24-28. Se del II, "*Landrettigheter: Utviklingen i noen andre land*" i kapittel 4 nedenfor.

I 1992 ble Gwich'in Land Claim Settlement inngått som anerkjente rettighetene over 20 000 kvadratkilometer land og 6000 kvadratkilometer mineralrettigheter for Gwich'in, som utgjør en gren av Dene-indianerne i Canadas North-West Province.¹³⁶

I 1993 inngikk den canadiske føderasjon, myndighetene i North-West Province og Tungavik Federation of Nunavut (en større inuitorganisasjon) den såkalte Nunavut-avtalen som gir inuitene eiendoms- og råderett over 350 000 kvadratkilometer land, derunder mineralrettigheter på 36 000 kvadratkilometer, sammen med retten til fangst, jakt og fiske til lands og til vanns i hele regionen.¹³⁷

I Canada finnes det, i tillegg til Nunavut-avtalen, fem kategorier av landrettigheter med ulike grader av kontroll fra urfolkens side:

- «aboriginal title land». Landområder hvor den opprinnelige eiendoms- eller bruksrett er blitt anerkjent av domstolene. I noen tilfelle er eiendomsretten blitt overført til andre, men bruksretten er i behold;
- «reservation land» – reservater. Området og rettighetene er her lovregulert; anerkjennelsen av rettighetene har oftest sitt utgangspunkt i traktater. Mens suvereniteten (overhøyheten) tilhører «the crown» (i praksis: Den canadiske føderasjonen), har vedkommende urfolk den reelle, uavhengelige eiendomsrett;
- landområder som er gjenstand for landkrav, og hvor urfolksgrupper har varierende grader av kontroll mens utfallet av kravene avvantes;
- selvstyrte landområder (privateide områder under kontroll av urfolks-organer, f.eks. som resultat av Sechelt-avtalen);
- «crown land» administrert i fellesskap med urfolk.¹³⁸

I tilknytning til landrettigheter er også vannrettigheter oftest medtatt. Både i USA og i Canada er landrettighetene kombinert med vidtgående selvstyre som både omfatter eiendomsrett og forvaltningsrett.

4.6 USA¹³⁹

Den mest utstrakte anerkjennelse av urfolkens landrettigheter er gjort i USA. Det finnes omfattende reservater hvor indianerne har fulle og eksklusive rettigheter, selv om det har vært strid om i hvilken utstrekning undergrunnsforekomstene har vært dekket.

Anerkjennelsen bygger for en stor del på traktater som ble inngått under kolonitiden. I prinsippet er disse traktatene siden respektert, selv om de ikke oppfattes som folkerettslige avtaler, men som avtaler hvor de føderale myndigheter utgjør den ene parten og vedkommende indianergruppe den annen.

Den offisielle amerikanske holdning har gått gjennom flere stadier og svingt mellom assimilering, reorganisering og i den senere tid en økende aksept for selvstyreordninger og eksklusiv eiendomsrett til de landområder indianerne fortsatt kontrollerer. Det hadde mer enn symbolsk betydning da president Clinton, som den første amerikanske president, på plenen utenfor Det hvite hus i juli 1994 møtte med representanter for alle anerkjente indianske stammegrupper, og påla sin administrasjon å behandle dem på lik linje med representanter for delstatene i USA.

136. Roger Plant, *Land Rights and Minorities*, Minority Rights Group International, London 1994, s. 16

137. Allan Mac Chesney, op cit. s. 32-33

138. Allan Cheshney, op.cit, p. 2-3

139. Utviklingen i USA er utførlig omtalt i NOU 1984:18. Det er ikke for denne utredningen foretatt undersøkelser av utviklingen etter 1984.

4.7 NICARAGUA¹⁴⁰

Nicaragua har gått langt i anerkjennelse av landrettigheter og lokalt selvstyre som gir store fordeler for urfolk, men i likhet med Grønland er den ikke eksklusiv i etnisk forstand. Den har en regional snarere enn en etnisk dimensjon. Utviklingen fant sted fra midten av 1980-årene, da det ble gjennomført en omfattende konsultasjonsprosess som resulterte i omfattende endringer både i forfatning og i jordlovgivning.

Den sandinistiske revolusjon fant sted i 1979, på en tid da det internasjonale engasjementet for urfolk var økende. Den nye regjeringen hadde også mobilisert den lokale befolkningen på en slik måte at den var mere politisk bevisst enn før. Indianerne hadde under revolusjonsstridighetene laget sine egne organisasjoner, særlig MISURASATA, til støtte for revolusjonen, men de krav den fremsatte fant regjeringen for radikale. De ville ikke etterkomme dem, og MISURASATA ble forbudt. Dette førte til åpen konflikt, samtidig med at sandinistregjeringen var utsatt for en annen væpnet motstandsbevegelse (Contras) som var støttet av USA, og hvor elementer fra MISURASATA også engasjerte seg. En blanding av selvkritikk og frykt for ytterligere støtte fra indianernes side til Contras bidro til at sandinistregjeringen tok skritt til i vesentlig grad å forbedre rettighetene for dem som bodde på Atlanterhavssiden av Nicaragua. Omtrent halvparten av disse var indianere.

Den nye grunnlov ble vedtatt i januar 1987. Denne anerkjenner i artikkel 89 «landsbyjord» (i praksis: for en stor del indianernes jord) som lovlig eiendomsforhold og anerkjenner også utnyttelsen av vann og skoger innenfor landsbyjorden. I artikkel 181 ble det fastslått at staten skulle gjennom en egen lov organisere et selvstyreordning for regionene på Atlanterhavskysten slik at folkene der kunne utøve sine egne rettigheter.

Selvstyrestatuttene til gjennomføring av denne grunnlovsbestemmelsen (lov nr. 28) ble vedtatt i september 1987. De selvstyrte regionene har ifølge artikkel 8.4 myndighet til å stimulere en rasjonell utnyttelse av felleseid vann, skog og jord, og forsvare deres økologiske systemer. Ifølge artikkel 9 skal retten til å eie fellesjord anerkjennes som rasjonell utnyttelse av mineraler, skoger, fiskeressurser og andre naturressurser i de selvstyrte regionene, og deres utnyttelse skal komme befolkningen likeverdig til gode gjennom avtaler mellom regionalmyndighetene og sentralmyndighetene.

I artiklene 34-37 inneholdes regler om regulering av eiendomsforholdene til landsbyjorden i den selvstyrte regionen. Det heter i artikkel 36.1 at landsbyjorden er udelelig: den kan ikke foræres, selges, utleies eller skattlegges og dens status er evigvarende. Etter artikkel 36.2 har innbyggerne i disse landsbyene rettigheter til å drive parseller av landsbyjorda og har rettigheter til deres utkomme som resultat av deres eget arbeide.

Atlanterhavskyst-området ble delt inn i to selvstyrte regioner. Et interessant trekk ved disse regionene, er at det allerede i nominasjonssystemet er bygd inn ordninger som sikrer en tilnærmet forholdsmessig representasjon i selvstyreorganet for de ulike etniske grupper og stammer i vedkommende region.

De valgte myndighetene i de to regionene har utarbeidet lovforslag til ytterligere gjennomføring av grunnloven og selvstyrestatuttene av 1987. Blant andre ble det i 1993 lagt frem et lovforslag om «Rasjonell utnyttelse og bevaring av naturressursene i de selvstyrte regionene». Etter dette forslaget skal regulering av bruk av naturressursene innenfor landsby-definert jord utelukkende ligge under den regionale selvstyre-regjeringen. Ressurser utenfor landsby-definert jord skal derimot reg-

140. Se nærmere Buvollen, Hans Petter: Sjølstyre og rettigheter i Nicaragua. Notat utarbeidet for Samerettsutvalget, mai 1995. Se del II, "[Lappekodisillen av 1751 og dens betydning i dag](#)" i kapittel 5 nedenfor

uleres gjennom et samarbeide mellom den regionale selvstyre-regjeringen og sentralregjeringen, med det formål å garantere en rasjonell utnyttelse, vern og bevaring av disse ressursene til nasjonens og i særdeleshet i den regionale befolkningens interesse. (Se utkastets artikkel 34).

Dette lovutkastet er imidlertid ennå ikke godkjent av sentralregjeringen. Lovgivningen fra 1987 er bare delvis satt ut i livet. Den ble som nevnt vedtatt på et tidspunkt da den daværende, radikale sandinist-regjeringen var under sterkt press fra USA. De konsesjoner som regjeringen ga til indianerne må delvis forstås ut fra et ønske om å få dem på sin side eller iallfall å få dem til å stanse deltakelsen i kampene mot regjeringen. Da sandinist-regjeringen i 1990 tapte valget og en mere USA-vennlig gruppering tok over regjeringsmakten, var det eksterne presset for konsesjoner til indianerne mindre sterkt. Loven fra 1987 er ikke endret, men håndhevelsen synes å være svak, og de regionale selvstyremyndighetene har visse vansker med å hevde sin kompetanse.

4.8 AUSTRALIA

Den australske Høyesterett avsa i 1992 en skjellsettende dom i den såkalte Mabo-saken.¹⁴¹ Den har prinsipiell betydning langt ut over Australia, hvor den har hatt stor politisk og symbolsk betydning, ved å legge grunnen for helt endrede relasjoner mellom urfolkene og innvandrerne i Australia. De fulle konsekvensene av dommen er imidlertid ennå ikke klare.

Eddie Mabo og fire andre saksøkere fikk medhold i et krav om såkalt «Native Title» til Murray-øya i Torres-stredet, som hadde vært under permanent og eksklusiv bosetting av urfolksmedlemmer. Det var ikke foretatt noen handling fra australsk side som gyldig hadde opphevet beboernes rettigheter. Den tradisjonelle oppfatningen i Australia, som allerede britene hadde inntatt, hadde vært at Australia var «Terra nullius» ved innvandrerens ankomst; urfolkene ble ikke ansett å ha rettigheter overhodet. Det oppsiktsvekkende ved Mabo-saken var at den konstaterte at urfolkene hadde hatt rettigheter hele tiden, og at disse bare var utslettet hvor en gyldig disposisjon for dette formålet kunne påvises. I dette ligger at mens Storbritannia, og deretter ved uavhengigheten den australske stat, hadde suverenitet over området, var ikke dermed rettigheter av privatrettslig art opphevet for dem som hadde fortsatt sin alders tids bruk.

«Native title», «opprinnelig» eller «innfødt» eiendoms- eller brukshjemmel, er et nytt begrep i Australia. Den gir mindre beskyttelse enn annen hjemmel. Ifølge Høyesteretts dom kan «Native title» utslettes ved en gyldig beslutning fra kompetent statsmyndighet, ved frivillig oppgivelse eller ved tap av vedkommende urfolksgruppes tilknytning til det bestemte landområdet. Dommen etterlot betydelig usikkerhet med hensyn til den presise definisjon av «native title», dens mulige sameksistens med andre rettigheter i det samme stykke land, spørsmål om kompensasjon, og klargjøring av de omstendigheter som kan ha ført eller i fremtiden kan føre til at hjemmelen blir ekstingvert. Det er på det rene at urfolkets rettigheter til store områder i Australia har vært ekstingvert i fortid.

Etter dommen ble det derfor nødvendig med ny lovgivning, og i 1993 ble det vedtatt en egen lov om «Native title». Loven definerer «Native title» som gruppe- eller individuelle rettigheter og interesser for urfolkene (Aboriginal and Torres Strait Islanders) i forhold til land og vann hvor slike rettigheter og interesser innehas i samsvar med urfolkens tradisjoner og sedvaner, hvor urfolks-forbindelsen fortsatt eksisterer, og hvor rettighetene og interessene anerkjennes under australsk

141. Mabo and Others vs. the State of Queensland, Judgement issued on 3. June 1992

«common law». Med andre ord: «Native title» er ikke noe som blir gitt av staten (the Crown), den har eksistert forut for koloniseringen og har overlevd på tross av at suvereniteten over territoriet er overtatt av nykommerne til territoriet.

«Native title» kan sameksistere med andre rettigheter og interesser i landområdet. Hjemmelen strekker seg til sjøterritoriet i den utstrekning Australia utøver suverene rettigheter. «Native title» kan bare utslettes eller overføres i samsvar med sedvanerett, overgivelse til staten, eller tvungen overtakelse fra statens side. Loven fastsetter at «Native title» bare kan fratras mot kompensasjon og at innehaveren har særlige rettigheter til å forhandle om kompensasjonens art og omfang. Loven hjemler rett for rettighetshaveren til kompensasjon.¹⁴²

«Native title» gir mindre sikkerhet og mindre rettigheter enn de hjemler som er etablert ved lov, slik som den uavhengelige eiendomsrett som er etablert ved Aboriginal Land Right (Northern Territory) Act 1976. Rettighetene under denne er kollektiv og kan ikke eies av enkeltpersoner. Videre kan landeierne under 1976-loven gi eller nekte å gi samtykke til utnyttelse av naturforekomster i området (f.eks. gruvedrift, hvor særlig uranforekomster spiller en viktig rolle), mens innehaverne av «Native Title» etter loven av 1993 bare har en rett til å forhandle om kompensasjon, men kan ikke nekte utvinning på området.

4.9 NEW ZEALAND

Waitingitraktaten av 1846 danner grunnlaget for landrettighetsdebatten i New Zealand. Denne står i en særstilling blant alle de avtaler som ble inngått mellom den britiske krone og representanter for urfolket i en koloni, fordi alle urfolksgruppene opptrådte samlet som part overfor den britiske krone. Derfor er traktaten basis for rettighetene til praktisk talt alle Maoriene i New Zealand. I den senere utviklingen både i forfatningsrett og i rettspraksis blir det stadig oftere vist til prinsippene i Waitangi-traktaten. Disse omfatter alt fra selve grunnlaget for en sosial kontrakt mellom Maoriene og innvandrerbefolkningen, et partnerskap på bikulturell basis, felles utviklingstiltak, gjensidig respekt, men de inneholder også grunnlaget for rettsregler som regulerer eiendomsrett og hjemmel til land.

Landrettighetssituasjonen i New Zealand er basert på flere lag av lovgivning, anbefalinger av tribunaler, kollektive avtaler fremforhandlet mellom Maoriene og nykommerne, og domstolsavgjørelser. Waitangitraktaten har en innvirkning på alt dette.

Det er alminnelig anerkjent at traktaten overførte suverenitet over New Zealand til den britiske krone, men traktaten anerkjente samtidig Maorienes eiendomsrettigheter. På sin side forbeholdt de britiske myndigheter seg retten til ved avtale å overta eiendomsrettigheter fra Maori-medlemmer. Dessuten ble landområder konfiskert etter New Zealand-krigene i 1850-årene. Senere ble eiendomsretten forsøkt endret til individuell, privat eiendomsrett og landområdene forsøkt delt opp i små parseller, noe som fratok stammene deres kollektive rolle. Dette har gått så langt at rundt 1980 ble Maoriene ansett bare å ha igjen som kollektiv eiendom ca. 5 prosent av landarealet. (I dette tallet er ikke inntatt de jordeiendommer som tilhører individuelle Maori-medlemmer).

Traktatens garantibestemmelser blir imidlertid nå tolket som en plikt for staten til å beskytte Maorienes landrettigheter. Ved Maori Land Act 1993 ble det tatt nye skritt for å konsolidere Maorienes landområder, begrense adgangen til utparsellering, salg og annen overdragelse, og å etablere kollektive forvaltningsorganer hvor Maoriene kan administrere sine landområder.

142.Sections 17, 20, 45 and division 5 i Native Title Act, 1993.

Fiskerier var og er viktig for Maori-folkets økonomi. Waitangi-traktatens eiendomsgarantier er blitt tolket slik at de også omfatter fiskerier, ikke bare i territorialfarvannet men ut over tolvmilsgrensen til den økonomiske sone og på kontinental-sokkelen.

Med hensyn til naturressurser er Maori-land underkastet de samme regler som annet land i New Zealand, men prinsippene i Waitangi-traktaten kan modifisere dette noe. Blant annet vil konsultasjoner med Maori-representanter være nødvendig før utnyttelse kan skje.

4.10 HOVEDTREKKENE I UTVIKLINGEN: EN OPPSUMMERING

Urfolkenes rettigheter til land og vann er styrket i mange deler av verden. Det er helt klare tendenser i retning av å reversere tidligere, diskriminerende praksis og å anerkjenne urfolkenes landrettigheter. Disse tendensene kan spores både i internasjonal og nasjonal rettsutvikling. De viser seg både i form av fokusering spesielt på landrettigheter og på mere generelle tiltak til å fremme like muligheter og forhindre diskriminering på tvers av rase- og etniske skillelinjer. FNs Arbeidsgruppe for urfolkenes rettigheter, ILO-konvensjon nr. 169 og Verdensbankens «Operational Directive 4.20», vedtatt i 1991 (omtalt i *"Urfolksretten: Utviklingen av globale standarder i etterkrigstiden"* i punkt 3.2.8) har hatt betydelig innflytelse på prosessen.

Det er et gjennomgående trekk at de nyere tiltak ikke har vært oppfattet som tildeling av nye rettigheter men en erkjennelse av rettigheter som har eksistert fra gammel tid selv om de i mange stater gjennom lange perioder ikke har vært tilstrekkelig erkjent i nasjonal rett. Det er derfor en økende erkjennelse av forhånds eksisterende rettigheter basert på alders tids bruk, eller erkjennelse av at urfolkene var der først og at deres rettigheter består hvor de ikke ved lovlige disposisjoner er overtatt av staten eller overført til private; hvor det siste er skjedd uten tilstrekkelig lovmessig grunn kan det bli tale om statlig erstatning til det berørte urfolk.

Statens rettigheter ansees i økende grad å være av offentligrettslig art. Staten har suverenitet, men ikke eiendomsrett i privatrettslig forstand til områder som ikke har vært gjenstand for en avtalerettslig overføring. Ved ekspropriasjon kan staten ha blitt eier av de områder som eksproprieres, og kan deretter overføre eiendom til private; dette krever imidlertid erstatning til de berørte urfolk.

Uklarheten knytter seg til hvilke områder som er gått over til privat eie eller som rettmessig er gått over til å bli statens eiendom også i privatrettslig forstand. Hvor andre har fått privatrettslige rettigheter kan ofte disse ikke omgjøres, men kompensasjon for illegal overføring vil kunne være aktuell, slik dette nå utvikles i Australia.

Dette betyr ikke at utviklingen i alle land går lite raskt. Tilbakeholdenheten viser seg blant annet i at det enda er relativt få stater som har ratifisert ILO-konvensjon nr. 169,¹⁴³ selv om tallet forventes å øke i de nærmeste år. Det er også flere steder stor treghet i prosessen fra vedtakelsen av grunnlovsbestemmelser eller annen overordnet lovgivning til iverksettelse av denne ved konkrete tiltak til gagn for urfolkene. Likevel er hovedbildet klart: En økende erkjennelse av at urfolkene har hatt rettigheter som til dels i meget lang tid har vært tilsidesatt eller neglisjert i positiv, nasjonal rett, og som nå igjen blir anerkjent. ILO-konvensjon 169 og arbeidet med en verdenserklæring om urfolk i FN har bidratt til å fremskynde denne prosessen.

143. Ti stater hadde ratifisert pr. 1. juli 1996, og ytterligere tre har vedtatt å ratifisere.

KAPITTEL 5

Lappekodisillen av 1751 og dens betydning i dag**5.1 LAPPEKODISILLENS BAKGRUNN**

Lappekodisillen er navnet på et tillegg til grensetraktaten av 21. september/2. oktober 1751 mellom Sverige (som den gang inkluderte Finland) og Norge. Tillegget til grensetraktaten het «Første Codicil og Tillæg – Lapperne betreffende».

Betydningen av Lappekodisillen for samenes rettigheter har vært gjenstand for omfattende drøftelser, bl.a. av folkerettsgruppen i NOU 1984:18.¹⁴⁴ Lappekodisillen er som traktat inntil videre satt til side av de mer presise bestemmelser i traktatverket av 1972 (reinbeitekonvensjonen mellom Norge og Sverige). Men kodisillen er ikke opphevet.

I NOU 1984:18 påpekes at dersom kodisillen danner grunnlag for norske og svenske samers rettigheter på norsk område, må den fremdeles kunne påberopes for norske domstoler. Det anmerkes imidlertid at de internrettslige virkninger knyttet til kodisillen er forbundet med usikkerhet. Det har såvidt vites ikke vært avsagt noen avgjørelser av Høyesterett i dette århundredet som bygger samiske rettigheter til land og vann på lappekodisillen. Av den grunn fremheves at norske og svenske samers bruksrett har sitt selvstendige rettsgrunnlag i de almenne rettsgrunnsetninger basert på alders tids bruk.¹⁴⁵ Det vises til Høyesteretts avgjørelser i «Brekken»-saken (Rt.1968 s. 394) og «Altevannsaken» (Rt. 1968 s. 439) hvor Høyesterett fastslo at samene fra historisk tid hadde etablert og festnet en nødvendig bruk i næring, og at denne etter vanlige rettsgrunnsetninger berettiget til erstatning ved ekspropriasjon.

For å kunne diskutere dens betydning er det nødvendig å sette den inn i sin sammenheng. Om dette se Steinar Pedersens utredning «Momenter om Lappekodisillen og samiske rettigheter i Finnmark, 1751-1889» som er utgitt som vedlegg til denne utredningen.

Lappekodisillen ble til som følge av de behov grensetrekningen i 1751 reiste for å avklare rettssituasjonen for samene som bodde i området. Samene i det som nå er Finland, Nord-Skandinavia og Kola-halvøya er et urfolk med en historie som går langt bak den tid da de nåværende stater ble dannet og fikk sine nåværende grenser. Det samiske området ble i løpet av 1700-tallet stykket opp mellom de nordiske stater og Russland. Området fra Börgefjell og nordover var inntil 1751 delvis grenseløst land som ikke var fullt ut underkastet noen stats jurisdiksjon. I 1751 utvidet Norge (som den gang var en del av Danmark) og Sverige (som Finland den gang tilhørte) sine statsgrenser til områder som hadde vært utenfor noen av disse lands fulle territoriale jurisdiksjon, og de etablerte dermed høyhetsrett (suverenitet) over områdene, samtidig som grensene mellom Norge og Sverige ble fastlagt der. Særlig gjaldt dette det som nå betegnes som Indre Finnmark, med tilgrensende områder.

5.2 INNHOLDET I OG BETYDNINGEN AV LAPPEKODISILLEN

Det har ofte vært diskutert hvorvidt lappekodisillen tilkjenner samene eiendoms- eller bruksrett til land og vann.¹⁴⁶ Vi mener at spørsmålet er feil stilt. Samene hadde

144. "*Australias urbefolkning*" i Kapittel 6.2, s. 166-200

145. NOU 1984: 18 s. 200

146. Jf. NOU 1984:18 s. 179-181

allerede eiendoms- eller bruksrettigheter i dette sameområdet da grensetraktaten og Lappekodisillen ble vedtatt. Disse rettighetene var ikke på forhånd definert i norsk eller svensk rett, men det er her irrelevant ettersom det var på grunn av grensetrekningen at de samene det her er tale om, for fullt kom inn under norsk respektive svensk rett. På samme måte som andre urfolk hadde rettigheter før de kom inn under for eksempel britisk og senere amerikansk suverenitet, hadde samer rettigheter opparbeidet i kraft av sine egne sedvaner. At de ikke hadde «eiendomsrett» i den betydning norsk rett definerer denne, er et utpreget kulturelt betinget utsagn. Utviklingen internasjonalt viser tydelig at eiendomsrett kan være kollektiv i samsvar med urfolkenes tradisjoner, noe som i vår tid legges til grunn bl.a. av Verdensbanken i forhold til indianske områder i Latin-Amerika.

Det relevante spørsmål er derfor om og i hvilken grad lappekodisillen *fratok* samene noen av de rettigheter de allerede hadde før de kom inn under norsk respektive svensk jurisdiksjon.

I nyere tid har det vært hevdet at lappekodisillen kan sees som samenes «Magna Carta». Dette er en rent symbolsk språkbruk, men sammenligningen er ikke ubegrunnet. Magna Carta var ikke et instrument hvor kong John, på Runnymede i 1215, «ga» rettigheter, men han ble tvunget til å akseptere de rettighetene som allerede eksisterte. Det var en aksept av at kongelig suverenitet ikke innebar at innbyggerne (i hans tilfelle riktignok de føydale stormenn) ble fratatt deres etablerte rettigheter.

På bakgrunn av dens formål må Lappekodisillens viktigste betydning være at den uttrykkelig fastslår at innlemmelsen av sameområdet i de to statene ikke var ment å skulle gripe inn i deres etablerte rettigheter, enten disse besto i eiendoms- eller bruksrettigheter, utover det som var strengt nødvendig som følge av utstrekningen av statlig suverenitet til å dekke også disse områdene. Derfor ble det også sikret at de skulle kunne fortsette sine forflytninger av reinsdyrene selv om noen av disse ville krysse de nye grenser.

Lappekodisillen er ikke en traktat mellom stater og samene. Den er et tillegg som utgjør en integrert del av traktatverket mellom de to statsdannelsene Sverige-Finland og Danmark-Norge. Den gir likevel uttrykk for den samme oppfatning som lå til grunn for traktater inngått mellom urfolksgrupper og kolonisatorer i Nord-Amerika: Det at et territorium hvor en annen folkegruppe hittil på selvstendig grunnlag har utøvd sine næringsveier blir lagt inn under en stats suverenitet, innebærer ikke at de etablerte «privatrettslige» rettigheter til området blir fratatt dem som hittil har utøvd dem. Ved å etablere suverenitet over området får den norske, respektive svenske, statsmakt en reguleringskompetanse, men denne er av offentligrettslig art (herunder retten til å pålegge skatter og avgifter) og opphever i seg selv ikke de etablerte privatrettslige forhold som eksisterte før suvereniteten ble etablert.

Det er følgelig ikke lappekodisillen som gir samene rettigheter; de eksisterte før og uavhengig av den. Lappekodisillen fungerer delvis som anerkjennelse av rettighetene, men de ville ha eksistert uten denne anerkjennelsen, og det er heller ikke formålet med kodisillen å regulere de privatrettslige forhold til samene. Den angår de offentligrettslige spørsmål. Det er ikke i kodisillen sagt noe om at den skulle endre privatrettslige forhold. Vi må derfor anta at den i det hele bygger på at de privatrettslige forhold skal fortsette som før.

Lappekodisillens betydning er derfor at den anerkjenner at samenes etablerte rettigheter skal fortsette, men innfører visse begrensninger i utøvelsen av disse. At samene fortsatt skal kunne foreta sine sesongflytninger med reinsdyrene selv om det nå er kommet statsgrenser mellom beiteområdene, er et av kjernepunktene i kodisillen. Av utpreget offentligrettslig art er det andre hovedelementet i kodisillen, nem-

lig regler for hvor den enkelte same skal være statsborger og hvem som skal utøve verdslig og åndelig jurisdiksjon over hvilket territorium.

Lappekodisillen inneholder blant annet bestemmelser om intern samisk forvaltning (§§ 15-21) og samisk rettspleie (§§ 22-27). Disse siste må sees som uttrykk for en erkjennelse av at det eksisterte samiske rettigheter til land og vann, og at samisk forvaltning og rettspleie var best egnet til å tolke og anvende disse sedvanene.

Spesielt har det vært diskutert om lappekodisillen tilkjente samene *eiendomsrett* til land og vann. Som foran nevnt er ordet «tilkjent» misvisende. Spørsmålet må være todelt: Først hvorvidt samenes etablerte rettigheter forut for lappekodisillen kunne beskrives som eiendomsrettigheter. Dersom svaret er positivt, vil neste spørsmål være om lappekodisillen opphevet eiendomsretten eller omgjorde den til bruksrettigheter.

Det første spørsmålet er ikke lett å besvare. Samenes rettsoppfatninger før 1751 i de områder hvor de var praktisk talt enerådende, er uklare og kan ha variert fra sted til sted. Det mest inngående arbeidet er sannsynligvis Kaisa Korpijaakkos doktoravhandling fra 1989¹⁴⁷ hvor hun viser at samene – enten samebyer som kollektiver eller også enkeltpersoner – faktisk ble behandlet som eiere iallfall i Sverige/Finland i den perioden hun behandler, som går frem til 1740. Deres sedvaner for deling og bruk av naturressursene kan trolig i ettertid iallfall tolkes som uttrykk for oppfatninger om en kollektiv eiendomsrett som grunnlag for disse sedvanene, og at individuell eiendomsrett også forekom, er vel overveiende sannsynlig.

Det andre spørsmålet er langt lettere å besvare. Lappekodisillen tok ikke sikte på å begrense de sivilrettslige rettigheter samene allerede hadde. Lappekodisillen tar derfor ikke stilling til spørsmålet om eiendomsrett eller bruksrett.¹⁴⁸ Dette er lagt til grunn både i den svenske Skattefjällsdommen og i NOU 1984: 18, i punkt 6.2.8, s. 182 annen spalte, og må være riktig.

I NOU 1993:34 s. 358-359 kommer Gudmund Sandvik til et annet resultat, og han begrunner det med Lappekodisillens artikkel 30 første ledd. Denne lyder slik:

«Men hvert Rige skal herefter alleene og ubeskaaret være berettiget, alle *Regalia og Jura Majestatis*, saavel i Geistlige som Verdslige Sager, at øve og bruge» (uthevet her).

Sandvik oppfatter denne bestemmelsen slik at «heretter hadde hvert rike ubeskåren suverenitet innenfor sine grenser. En del av denne suvereniteten for myndighetene i det norske riket var å bruke norsk lov». Han mener at dette ga adgang til å frata samene de rettigheter de hadde ervervet før grensefastsettelsen (s. 359).

Etter vår oppfatning kan ikke dette være riktig. At Finnmark ble underlagt norsk jurisdiksjon innebærer ikke at sedvanerettsfestede privatrettslige rettigheter ikke skulle respekteres, enten disse var kollektive eller individuelle.

Dersom Lappekodisillen overhodet trekker i noen retning, måtte det være at den på en indirekte måte støtter den antagelse at de på forhånd hadde en slags eiendomsrett, ved formuleringen i § 2 om at ingen same måtte «eye Skatte- eller Bøxel-land udi mere End eet Rige». Som påpekt i den svenske Skattefjällsdommen¹⁴⁹ var imidlertid lappekodisillen et folkerettslig dokument som ikke tok sikte på å ta standpunkt til samenes forhold til «marken».

147.Kaisa Korpijaakko-Labba: Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland, svenskspråklig utgave Helsingfors 1994

148.En reservasjon må tas: Lappekodisillen sammenholdt med grensetraktaten medførte at en same ikke kunne eie jord i mer enn ett av landene. Se Kaisa Korpijaako: Lapps kattelandsinstitutet för och efter Codicillen; i *Diedut nr.1, 1989* (utgitt av Sámi Instituhtta) s. 151.

149.Sitert i NOU 1984:18 s. 180 2.sp.

I kanskje den mest grunnleggende undersøkelse om rettstilstanden før lappekodisillen, hevder Kaisa Korpijaako i sin doktoravhandling fra 1989 at det eksisterte såvel privat som kollektiv eiendomsrett for samene på den tiden. Forfatteren mener at det ved lappekodisillen iallfall på et område skjedde en konfiskasjon av en del samisk eiendom, nemlig ved at de som hadde land på begge sider måtte gi fra seg de landområder de hadde i det ene skatte- eller bygsellandet. Dette vil måtte bestå i en utveksling av områder mellom samegruppene på de to sider av grensen, men det innebærer ikke at staten får eiendomsrett.

Det mest nærliggende konklusjon er at samene før 1751 hadde altomfattende tingsrettslige rettigheter til de områdene de var alene om å bruke, så altomfattende at det er naturlig å betrakte dem som eiendomsrett. Disse rettighetene var kanskje ennå ikke blitt fullt ut erkjent i svensk eller norsk rett, fordi samene tildels benyttet områder som lå utenfor nasjonal suverenitet eller befant seg i grenseland. Lappekodisillen opphever ingen deler av disse rettighetene bortsett fra de begrensninger som følger med grensetrekningen, og selv der er et hovedformål med kodisillen å legge så få hindringer som mulig i deres fortsatte utøvelse av sine rettigheter. Meget viktig i denne sammenhengen er at den også erkjenner og regulerer intern samisk forvaltning og samisk rettspleie, som forutsetter at deres egne rettsedvaner vil bli lagt til grunn.

Det er følgelig en viss berettigelse i å si at Lappekodisillen fungerte som en slags samenes Magna Charta, ved at den erkjente at samenes rettigheter skulle bestå selv om de nå legges inn under den svenske resp. norske statsmakt. Lappekodisillen fremtrer derfor som et dokument som baserer seg på de samme grunnleggende rettsprinsipper som mange andre land i den tid bekjente seg til: At ervervelse av statlig suverenitet over et område ikke opphevet de private – individuelle eller kollektive – rettigheter som allerede eksisterte, selv ikke hvor slike rettigheter ennå ikke var nedtegnet eller presisert.

Det er derimot vanskelig ved hjelp av Lappekodisillen å fastslå hvor omfattende de rettighetene var som på forhånd eksisterte. Helt klart er det, iallfall for Finnmark, at ingen andre hadde eiendomsrett til de områdene som samene var alene om å bruke. Det synes like klart at Norge eller Sverige som stat ikke fikk eiendomsrett i privatrettslig forstand ved lappekodisillen. Norge fikk statlig høyhetsrett over visse områder og Sverige over andre, men av suverenitet følger ikke eiendomsrett. Den kan, som vist også når det gjaldt britisk praksis i Nord-Amerika, normalt bare oppnås enten ved okkupasjon av eierløse landområder, ved lovlig ekspropriasjon eller ved overdragelse.

Hvorvidt de disposisjoner som senere er foretatt av norsk statsmyndighet og som ligger til grunn for læren om at Staten har eiendomsrett til den umatrikulerte grunn i Finnmark tilfredsstillende disse kriterier, hører det ikke hit å avgjøre.

Løsningen følger imidlertid nå av ILO-konvensjon nr. 169, som etter artikkel 14 nr.1 innebærer at man må anerkjenne eiendoms- og besittelsesrett for samene iallfall til de områder som samene har vært omtrent enerådende i å utnytte, jf. foran i *"Generelt om ILO-konvensjon nr. 169 av 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Plan for den videre fremstilling"* i punkt 3.3.2. ILO-konvensjonen bekrefter dermed et generelt rettsprinsipp om at eiendoms- eller bruksrett ikke opphører ved at et territorium legges inn under en (annen) stats suverenitet og jurisdiksjon.

Litteratur og kilder

Aall, J.: *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995

Alfredsson, Gudmundur: *Article 17*, i Asbjørn Eide et al. (eds.): *The Universal*

- Declaration of Human Rights. A Commentary, Oslo 1992*
- Andreassen, Bård-Andreas og Odd Ryan (red.): *Menneskerettigheter. En dokumentsamling*, Oslo 1991
- Andreassen [Skoghøy], Jens Edvin: *Menneskerettigheter og urbefolkninger*, Lov og Rett 1992, s. 67 flg.
- Andreassen [Skoghøy], Jens Edvin: *Søksmålsbetingelser, saksbehandlingsprinsipper og partenes rådighet om sakens gjenstand*, Jussens Venner 1994, s. 1 flg.
- Arnesen, Arne G.: *Samenes stilling i folkeretten*, Diedut nr. 4 1983. Guovdageaidnu
- Austin, John: *The province of Jurisprudence Determined*, 1832
- Becker, Lawrence C.: *Property Rights. Philosophical Foundations*, Boston: Routledge & Kegan Paul, 1977.
- Becker, Lawrence C.: *The Moral basis of Property Rights*, Pennock and Chapman (eds.) *Nomos XII Property*, New York University Press 1990
- Bentham, Jeremy: *Anarchial Fallacies*, 1824
- Bogdan, Michael: *Åganderätten som folkrättslig skyddad mänsklig rättighet*, Raoul Wallenberg Institute, Report nr. 2, Lund 1986
- Bull, Chr. og And.: *Love, Anordninger, Kundgjørelser, aabne Breve. Resolutioner ... for Aaret 1852*, Christiania 1854
- Buvollen, Hans Petter: *Sjølstyre og rettigheter i Nicaragua*, inntatt i NOU 1997:X Urfolks landsrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett, del II
- Clarke, Jennifer: *Den rettslige stilling for Australias urbefolkning: representative organer og landrettigheter*, inntatt i NOU 1997:X Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett, del II
- Constitutionscomiteens Indstilling andgaaende Grændsetraktaten mellem Norge og Sverige af 7/18 October 1751*, Datert 19. juli 1854, lagt frem 20. juli 1854
- Crawford, James: *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979
- de las Casas, Bartolome: *Historia de las Indias*, Første gang trykket 1875
- de Vitoria, Francisco: *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, Oppsummerte forelesninger fra 1532
- Eide, Asbjørn et al. (eds.): *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Oslo 1992
- Falkanger, Thor: *Tingsrett*, 4. utg. Oslo 1993
- Fleischer, Carl August: *Folkerett*, 6. utg. Oslo 1994
- Forhandl. i Stortinget (1987-88)
- Hannum, Hurst (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993
- Heintze, Hans Joachim: *Autonomie und Völkerrecht, Verwirklichung des Selbstbestimmungsrecht der Völker innerhalb bestehender Staaten*, Interpendenz Nr. 19, Stiftung Entwicklung und Frieden. Bonn 1995
- Helgesen, Jan: *Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett»*, Oslo 1982
- Hov, Jo: *Rettergang i sivile saker*, 2. utg. Oslo 1994
- ILOs Guide to ILO Convention No. 169 on Indegenous and Tribal Peoples*, Prepared by Manuela Tomei and Lee Swepston, Geneve, 1. ed. 1995, 2. ed. 1996
- Hyvärinen, Heikki J: *Samenes rettslige stilling i Finland*, inntatt i NOU 1997:X Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett, del II
- Innst. O. nr. 79 (1986-87) Om lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold
- Innst. S. nr. 147 (1987-88) Innstilling fra Utenriks- og konstitusjonskomitéen angående ... Grunnloven ... ny § 110 a (samiske rettigheter)
- Innstilling fra Utenriks- og konstitusjonskomitéen om Grunnloven § 110 a
- International Labour Conference, 75 th. Session 1988. Report VI (1) and VI (2), Geneve 1988

- International Labour Conference, 76th. Session 1989, Provisional Record and Report IV (1), IV (2 A) and IV (2B), Geneve 1989
- International Labour Office, Committee of experts on the application of conventions and recommendations, observasjonsuttalelse for 1995 vedrørende Norges anvendelse av konvensjoner og rekommandasjoner
- Jebens, Otto: *Samenes land – en rettslig realitet?* Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 4 1982
- Jebens, Otto og Johan Albert Kalstad: *Identifisering av samiske områder*, Utredning for Kommunaldepartementet 1992
- Kaartvedt, Alf: *Norsk utenrikspolitisk historie, bd. I Selvstendighet og union. Fra Middelalderen til 1905*, Oslo 1995
- Kalstad, Johan Albert, se Otto Jebens
- Keilhau, Wilhelm: *Det norske folks liv og historie gjennom tidene*, Bind IX, Oslo 1931
- Korpijaakko, Kaisa: *Lappskattelandsinstitutet för och efter Codicillen*, Diedut nr. 1, Guovdageaidnu 1989
- Korpijaakko-Labba, Kaisa: *Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland*, Svenskspråklig utgave Helsingfors 1994
- Krause, Catarina: *The Right to Property*, In Asbjørn Eide et al., *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1995
- Krjaskov, V.: *Urbefolknings rett til land*, (på russisk) Gosudarstvo i Pravo (Stat og Rett) 1996:1
- Kristiansen, Marianne Lundberg: *Special Measures for the Protection of Minorities*, Université de Geneve, 1996
- Lasko, Lars-Niila, Marotsjkin, Sergeij og Nikitin, Sergeij: *Russiske samers retts-situasjon*, utrykt utredning for Samerettsutvalget 1995
- Locke, John: *Two Treaties of Government*, ca. 1688
- Marainen, Johannes: *Kodicillen och samisk nationstillhörighet*, Diedut nr. 1, Guovdageaidnu 1989
- Marotsjkin, Sergeij, se Lars-Niila Lasko og Sergeij Nikitin
- McChesney, Allan: *Rettstilstanden for urbefolkningsgrupper i Canada: Lov og forvaltningsregimer som gjelder landområder og ressurser*, inntatt i NOU 1997:X Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett, del II
- McHugh, Phil G: *Rapport om urbefolkningenes rettslige stilling i New Zealand*, inntatt i NOU 1997:X Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett, del II
- Møse, Erik (red): *Folkerettslige tekster*, Oslo 1995
- Nikitin, Sergeij, se Lars-Niila Lasko og Sergeij Marotsjkin
- Nordisk Samisk Institutt: *Lappcodicillen av 1751 – var det samernas Magna Charta?* Guovdageaidnu, 1989
- Norges Traktater 1661-1944*, Oslo 1967
- NOU 1980:53 Vern av urfolk
- NOU 1984:18 Om samenes rettsstilling
- NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter
- NOU 1993:34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark
- NOU 1994:21 Bruk av land og vann i Finnmark i et historisk perspektiv
- Nussbaum, A.: *A concise history of the Law of Nations*, 2. utg. 1954
- Osmonsalo, Erkki K.: *Kirkolisten olojen järjestelytoimet Norjanvastaisella rajalame v. 1820-1829*. I Historiallinen Arkisto XLIV. Festskrift til K. R. Melander på 80-årsdagen 18.11.1938, Helsingfors 1938
- Ot.prp. nr. 33 (1986-87) Om lov om Sametinget og andre samiske rettsforhold
- Palmstierna, C.F.: *Sverige, Ryssland och England 1833-55. Kring novembertrak-*

- tatens förutsättningar*, Stockholm 1932
- Pedersen, Steinar: *Kodisillen – en generell sikring av rettighetene til «Den Lap-piske Nation»?* Diedut nr. 1, Guovdageaidnu, 1989
- Pedersen, Steinar: *Samisk rettshistorisk forskning – Statens grunneiendomsrett i Finnmark*. Diedut nr. 4, Guovdageaidnu, 1993
- Pedersen, Steinar: *Var samene i Tanadalen «svenske» eller «dansk-norske» etter 1751?* Trykt i festskrift til Ørnulv Vorren, Tromsø 1994
- Pedersen, Steinar: *Bruken av land og vann i Finnmark inntil første verdenskrig*. Del II i NOU 1994: 21 Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv
- Plant, Roger: *Land Rights and Minorities*, Minority Rights Group International, London 1994
- Report of the Human Rights Committee*, Vol. 1, GAOR, 49th Session, Supplement no. 40 (A/49/40)
- Rognlien, Knut: *Urbefolkninger i Norden og internasjonale menneskerettigheter: Særlig om samene*, Retfærd nr. 58, 1992
- Rousseau, Jean-Jacques: *Du contrat social*, 1762
- Ryan, Odd, se Bård Andreas Andreassen (red.)
- Sandvik, Gudmund: *Statens grunn i Finnmark. Et historisk perspektiv*, Vedlegg 1 til del I NOU 1993:34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark
- Skarpeteig, M.I.: *Landrettigheter for urbefolkninger*, Mennesker og rettigheter 1995, s. 331 flg.
- Smith, C. og L. Smith: *Norsk rett og folkeretten*. 2. utg. Oslo 1982
- Smith, Carsten: *Om samenes rett til naturressursene – særlig ved fiskerireguleringer*, 1. Lov og Rett 1990. 2. Rettstenkning i samtiden, Oslo 1992
- Sohn, Louis B.: *The Concept of Autonomy in International Law and the Practice of the United Nations*. Israel Law Review, vol. 15, 1980
- Storthings-Efterretninger 1836-1854*. Udgivne efter offentlig Foranstaltning. 4de Bind, indeholdende Forhandlingerne paa fjortende ordentlige Storthing 1854, bearbejdede af Meinich og Olafsen. Christiania 1911
- St. prp. nr. 102 (1989-90) Om den 76. internasjonale arbeidskonferanse i Genève 1989. Vedlegg: Rapport fra Den norske statlige delegasjon til ILOs 76. arbeidskonferanse
- Study of the Discrimination Against Indegenous Populations*, Rapport fra FNs Underkommisjon til forhindring av diskriminering og vern for minoriteter 1983 (E/CN.4/Sub.2/1983/21)
- Suksi, Markku: *Frames of Autonomy and the Åland Islands*, Åbo 1995
- Uggerud, Ken: *Samerett og samerettsutvikling*, Mennesker og rettigheter 1995, s. 336 flg.
- van Hoof, G.J.H and P. van Dijk: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer and Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2.nd. Ed., 1990
- van Dijk, P, se G.J.H. van Hoof
- Wille, P.F.: *ILO-konvensjon nr. 169 – en milepæl for urbefolkninger og stamme-folk*. Mennesker og rettigheter 1990, s. 59 flg.
- Wängberg, Hans Åke: *Samenes rettslige stilling i Sverige*, inntatt i NOU 1997:X Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett, del II

Vedlegg 1

Steinar Pedersen:¹⁵⁰ Momenter om Lappekodisillen og samiske rettigheter i Finnmark, 1751-1889

Lappekodisillen og dens bakgrunn

I den langvarige utviklinga fram mot at det samiske landområdet ble stykka opp, og statene etablerte sine grenser, er 1751 et særlig viktig årstall. Da ble den nåværende grensen mellom Norge og Sverige, fra Kornsjø i Østfold, til det sørvestre hjørnet av nåværende Nesseby kommune i Finnmark, endelig fastsatt. I og med at Finland på den tiden var en del av Sverige, dreier dette seg også om den grensa man nå har mellom Finland og Norge, eller mellom Lapplands län og Finnmark fylke, og en liten del av Troms.¹⁵¹

Fra Finnmark og sørover dreide grensearbeidet seg mer om justeringer og en nøyaktig fastsettelse av grenselinja, mens man for mer enn hele det området som nå er Indre Finnmark, også måtte bli enige om hvilket land som skulle ha enejurisdiksjonen. Det hang sammen med den statspolitiske situasjonen som var skapt gjennom freden i Knäred i 1613, mellom Sverige og Danmark-Norge.

Danmark-Norge fikk fra da av enejurisdiksjonen over kyst- og fjordområdene i det nordligste Norge, herunder Finnmark, med unntak av det østsamiske distriktet som nå kalles Sør-Varanger. Selv om den vesentlige delen av sjødistriktene fikk avklart sin jurisdiksjonelle stilling i 1613, var innlandet – herunder Indre-Finnmark – stadig et fellesområde mellom de to landene. Sverige hadde den geistlige og verdslige jurisdiksjonen fram til 1751, mens Danmark-Norge også deltok i skattlegginga av de samene som bodde der.

På en svært betydelig del av den lange strekninga som ble berørt av grenseoppgjøret i 1751, hadde man en samisk befolkning med en svært langvarig og tradisjonell bruk av ressursene. Særlig gjaldt dette reindrifta. Grensetrekkinga i 1751 kunne ha ført til at dette omfattende samisk bruksområdet, fra Trøndelagsfylkene og nordover, kunne ha blitt splitta opp og mista sin tradisjonelle næringsmessige betydning for samene. Det henger sammen med at grensetraktatens formål var å oppheve alt fellesskap mellom innbyggerne i de to landene, slik at fremtidige stridigheter skulle unngås.

I første omgang ble samene likevel bare i liten grad negativt berørt. Årsaken var at de to statene, Danmark-Norge og Sverige, ble enige om sikre de berørte samenes rettigheter gjennom et tillegg til selve grensetraktaten – «Første Codicil og Tillæg Til Grendse-Tractaten imellem Kongerigerne Norge og Sverrig Lapperne betræffende.» Denne er i ettertid gjerne blitt kalt for Lappekodisillen.¹⁵² I mer moderne politisk språkbruk er den også kalt for samenes Magna Charta.

I korte trekk kan man si at lappekodisillens underliggende siktemål var at den «lappiske Nation» skulle bestå. Dette ble sikra gjennom et regelverk på 30, til dels innholdsrike paragrafer. Svært viktig i denne sammenhengen, er også at kodis-

150.Steinar Pedersen (f. 1947) er utdannet som lærer ved Tromsø lærerskole (1970) og cand.philol. med hovedfag i historie ved universitet i Tromsø (1985). Han har siden 1980 vært tilknyttet Nordisk Samisk Institutt i Guovdageaidnu (Kautokeino), og innehar for tiden en forskerstilling ved instituttet hvor han arbeider med lappekodisillens anvendelse på den finsk/norske grensen.

151.Grensetraktaten av 2.10.1751: Se «Norges traktater 1661-1944». Oslo 1967

152.Se Norges lover 1685-1993. Oslo 1994

illen skulle ha samme status og kraft som grensetraktaten selv. Dette er nedfelt både i traktaten og i kodusillen.

I og med at ble trukket en permanent grense i 1751, er det naturlig at kodusillen gav retningslinjer for samenes valg av statsborgelig tilhørighet. Videre hjemla den full samisk nøytralitet i tilfelle krig mellom Danmark/Norge og Sverige. I den forbindelse het det at samene, selv i krigstider hadde rett til å flytte fra det ene landet til det andre. De skulle taes vel i mot, men ikke involvere seg i krigshandlingene. For grenseområdene i Øst-Finnmark, og mot det aller nordligste Finland, skal man for øvrig merke seg at kodusillens § 28 også sikra de finske samene full frihandelsrett på norsk side av grensa.

Det viktigste med lappekodusillen er likevel de samiske næringsrettighetene. De samene som hadde behov for å krysse grensa i forbindelse med næringsutøvelsen, i særlig grad reindrifta, skulle fortsatt ha full rett til å gjøre dette. Mot en viss avgift skulle de likeledes ha rett til å bruke land og vann i det andre landet på linje med dets egne undersåtter. Dette gjaldt både beite, jakt, og fiske i sjø og ferskvann. Kodusillen instituerte videre et samisk rettssystem, og samiske domstoler med en til dels omfattende myndighet – også på tvers av den nye grensa – «Lapperetten».

I Samerettsutvalgets første delinnstilling, NOU 1984:18 – «Om samenes rettsstilling» – er Lappekodusillen utførlig omtalt.¹⁵³ Trolig er dette den mest oversiktlige og systematiske gjennomgang av mange ulike aspekter ved Lappekodusillen. Særlig gjelder det i forholdet mellom Norge og Sverige.

I og med at Samerettsutvalgets andre innstilling behandler rettighetsforholdene i Finnmark spesielt, vil denne korte fremstillinga særlig berøre enkelte sider av kodusillen i det nevnte området, og i forhold til Finland.¹⁵⁴ På et par punkter vil også ting som ble berørt i NOU 1984:18, bli noe nærmere omtalt. For øvrig vises til Samerettsutvalgets omtale av Lappekodusillen i den nevnte NOUen fra 1984.

Den «svenske» perioden: 1751-1809

For perioden mellom 1751 og 1809 er det helt uproblematisk at lappekodusillen var i full funksjon på grensa mellom nåværende Finland (den gang Sverige) og Finnmark, og at den dermed iallfall regulerte reindriftssamenes gjensidige flyttinger og ressursbruk i de to landene.

Denne grensa, særlig i Tana-/Anarjokdalen, hvor grensa følger vassdraget i en lengde av nesten 300 kilometer, er særlig interessant, når det gjelder lappekodusillens bestemmelser. Det henger sammen med at grenselinja i dette området formelt kutta over et vidt spekter av også annen næringsbruk enn reindrift. Det gjaldt jakt, sjø-, ferskvanns- og laksefiske, samt beite, tømmer- og brenselavvirkning.

Derfor er det interessante spørsmålet her, om lappekodusillen kun sikra reindriftssamenes bruk av ressursene på den andre sida av den nye grensa, eller om også ikke-reindriftssamer fikk sine næringsmessige, og andre anliggender ordna etter kodusillen.

Til spørsmålet om Lappekodusillen i praksis bare sikra reindriftssamenes rettigheter, kan man for det første peke på at når de svenske, Utsjoksamenes frie handelsrett i Norge ble tatt inn i kodusillens paragraf 28, er det et helt åpenbart eksempel på at iallfall deler av den ikke *bare* var utforma med henblikk på de overflyttende reindriftssamenes behov.¹⁵⁵

153. NOU 1984:18, s.166-200, og s. 619-623

154. Deler av denne momentoversikta bygger på et noe mer omfattende arbeid undertegnede holder på med, om Lappekodusillen på grensa mellom Finland og Norge, fra 1751 til siste kvartal av 1800-tallet. Dette vil ventelig bli trykt i Nordisk Samisk Instituttets skriftserie, «Diedut».

155. I praksis var også Enaresamene omfatta av bestemmelsen.

Etter at traktatverket ble satt ut i livet, kan man også registrere at enkelte av kodusillens bestemmelser etter 1751 ble trukket inn for å fastsette den statsborgerlige tilhørigheta for såkalte «Fiskarlappar», eller de som gjerne også er blitt kalt elvesamer.¹⁵⁶

Videre er det klart at praksis innen sjøfisket var at alle fra Utsjok og Enare som ønska det, kunne fiske i de nærmeste fjordene i Norge, uten innsigelser fra norske myndigheter. Der er også ting som taler for at regionale myndighetene i dette området, har meint at lappekodusillen var legitimitetsgrunnlaget for det fisket som ble drevet av de svenskregistrerte samene.

Mot dette kan man selvsagt innvende at innlandssamenes sjøfiske muligens dreide seg om en tradisjonell, men uregulert bruk. Gjør man det, må man imidlertid ha for øyet at slik bruk skulle det i prinsippet, være slutt med på det andre landets territorium etter 1751, med mindre denne bruken skjedde i henhold til Lappekodusillens bestemmelser.

Innen laksefisket i Deatnu (Tanaelva) – en av hovednæringsveiene i området – viser en laksetvist mellom fastboende Karasjok- og Utsjoksamer i årene 1799-1808, at norske myndigheter både på amts- og regjeringshold påberopte grensetraktaten – i realiteten Lappekodusillen – for de «norske» Karasjoksamenes rett til å drive laksefiske i vassdraget, uten hinder fra de nedenforboende «svenske» Utsjoksamene.¹⁵⁷

I begge hovedstedene, både København og Stockholm, var kodusillens rettergangsbestemmelser – paragrafene 22 og 23 – en svært viktig del av myndighetenes saksbehandlingsgrunnlag. På svensk side ble til og med en dommer avsatt fordi han ikke hadde fulgt kodusillens regelverk fullt ut, med hensyn til innkalling av samiske nemndemenn fra norsk side, da den omtalte tvisten ble pådømt ved det svenske tinget i Utsjok.¹⁵⁸

Samla sett fremkommer det altså sterke indisier fra grenseområdet mellom Øst-Finnmark og Utsjok/Enare i Finland, at lappekodusillens bestemmelser har vært anvendt, uavhengig av om de impliserte var reindriftssamer eller ikke. Kodusillen kan altså her ha vært med på å sikre interessene til en større gruppe samer enn bare dem som var reindriftsnomader.¹⁵⁹

Grensetraktaten av 1751 og eiendomsretten til Indre-Finnmark

Et viktig spørsmål når det gjelder grensefastsettelsen i 1751, er hvilken innvirkning denne eventuelt fikk for eiendoms- og bruksrettighetene i de områdene som ble berørt. I Finnmark er dette spørsmålet særlig aktuelt for det området som i dag består av kommunene Karasjok og Kautokeino, betydelige deler av Tana, og deler av Alta, Porsanger, Lebesby og Nesseby. Det var dette distriktet som kom inn under dansk (norsk) enejurisdiksjon i 1751. I areal dreier dette seg om ikke langt unna halvparten av Finnmark fylke.

Dette var et samisk område hvor det er lite som tyder på at den svenske staten eller kongen, hadde, eller påberopte seg noen privatrettslig eierposisjon før 1751.¹⁶⁰

156.Jf. Pedersen, Steinar: «Var samene i Tanadalen «svenske» eller «dansk-norske» etter 1751?»

Trykt i festskrift til Ørnulv Vorren. Tromsø 1994

157.Dette tilfellet er nevnt i NOU 1984:18, s. 188

158.Jf. Pedersen, Steinar: Kodusillen – en generell sikring av rettighetene til «Den Lappiske Nation»? I *Diedut* nr.1. 1989. Guovdageaidnu.

159.En kort omtale av ressursbruken i dette grenseområdet før 1809 er gitt av undertegnede i «Bruken av land og vann i Finnmark inntil første verdenskrig». Trykt som del I, i NOU 1994:21 – Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv, s. 30-35.

Imidlertid hadde han den geistlige og verdslige jurisdiksjonen i området, samtidig som samene der også måtte betale skatt til kongen av Danmark-Norge.

Ut fra det som defineres som gjeldende rett i dag, hvor staten fremstår som eier av all grunn i Finnmark som ikke er overdratt til private,¹⁶¹ er det naturlig å spørre om dette, for Indre-Finnmarks vedkommende, er hjemla i grenseverket fra 1751.

Uten å ha arbeidd direkte med selve grenseforhandlingene, er inntrykket likevel at det ikke er noen grunn til å tro at man forhandla om noe annet enn ei fast grense og klare jurisdiksjonelle forhold, også for de samiske områdene.

Da sluttresultatet av forhandlingene forelå, og traktatverket skulle settes ut i livet, fikk man imidlertid en del opplysninger om hvordan de to partene vurderte den nye situasjonen. Eller sagt med andre ord, om kongene anså seg enten som eiere eller jurisdiksjonsutøvere.

På basis av en del materiale fra den danske sentraladministrasjonen fra 1750- og 1760-tallet, er det lite som tyder på at kongen i København oppfatta seg som eier av det territoriet han fikk enejurisdiksjonen over i 1751.¹⁶² Det kommer blant annet klart frem i en serie brev fra kongen til embetsmenn i Norge, blant annet til stattholderen og amtmennene i Finnmark og Nordland, 1.4. 1752.

I denne brevserien er det *innbyggernes eiendomsrett* som omtales. Kongen slo nemlig fast at grenseverket var kommet i stand for at de undersåttene som bodde ved grensa skulle være helt sikre på hvor langt eiendommene deres strakte seg, slik at de med rette kunne vite hva de eide.¹⁶³ Derfor var grensetraktaten, kodisillene og de to separate artiklene blitt trykt. Disse skulle bekjentgjøres slik at alle skulle kunne vite hva som gjaldt.

I disse brevene er det likevel ett uttrykk som ut fra dagens begrepsbruk kan indikere en privatrettslig eierposisjon for kongen. Det forekommer i brevet til Misjonskollegiet. På bakgrunn av de endringene som hadde skjedd med misjonsdistriktene, skulle nemlig misjonskollegiet vurdere om det var nødvendig med nye administrative ordninger for de distriktene som nå var blitt «... os private tilhørende.»

På grunnlag av de rundskrivene som ble sendt ut 1. april 1752, kan man gjøre seg visse refleksjoner om de områdene som tilfalt Danmark-Norge etter grensetrekkinga i 1751, ble kongens private eiendom eller ikke. Som svar på det har man kongens egne ord på at det var *undersåttene* som fra da av ikke skulle behøve å være i tvil om hvor langt eiendommene deres strakte seg.

Det var altså undersåttenes eiendomsrett i forhold til den nye grensa som ble understreka. Noe slikt ville neppe skjedd, om kongen meinte at *han* nå var blitt eier av det grensetraktaten hadde bestemt skulle ligge under Danmark og Norge. Derfor betyr omtalen av en del områder som kongen «private tilhørende», ikke at kongen nå eide disse, men betegner den enejurisdiksjon som var oppnådd i 1751.¹⁶⁴

Når man behandler spørsmålet om de nye dansk-norske enejurisdiksjonsområdene i Finnmark ble kongens privateiendom eller ikke, er det også naturlig å gå til de kildene som ble produsert i forbindelse med den endelig grenseoppmålinga og

160.Jf. blant annet Arnesen, Arne G: Samenes stilling i folkeretten. Diedut nr. 4. Guovdageaidnu 1983. Jebens, Otto: Samenes land – en rettslig realitet? Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr. 4/1982. Oslo, og samme forfatter: Spørsmålet om eiendomsretten til den tidligere umatrikulerte grunn i Finnmark, spesielt med henblikk på Indre Finnmark. Trykt i NOU 1993:34 – Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark.

161.Jf. NOU 1993:34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark.

162.Avsnittet om grensetraktaten og eiendomsretten bygger i det vesentlige på undertegnede momentvise fremstilling, «Samisk rettshistorisk forskning -Statens grunneiendomsrett i Finnmark». Trykt i Diedut nr. 4. Guovdageaidnu 1993, s. 32-36. Når det gjelder kildehenvisninger vises til denne.

163.På den tida var Troms og Finnmark ett amt.

164.Uttrykket indikerer at de nå hørte utelukkende til Norge. Jf NOU 1984:18, s. 168.

røyssettinga. For Finnmarks vedkommende skjedde dette ikke før i 1765 og 1766. Kan man der finne uttrykk eller holdninger som peker i retning av noe annet enn grenseforhandlingenes og traktatens uttrykkelige forutsetninger om å skape faste jurisdiksjonelle forhold?

Svaret er også der at man leiter ganske forgjeves, om man venter å finne noe slikt. Heller ikke i forbindelse med selve den fysiske oppmerkinga av grensa er det noe som tyder på at den var meint å skulle markere et skille mellom de to kongenes private eiendommer.

I røyssettingsprotokollen finnes iallfall ingen utsagn til fordel for at de samiske områdene som ble delt, tilfalt enten kongen av Danmark eller Sverige, reint privatrettslig sett. For eksempel heter det om det nordøstligste grensepunktet, «Kolmi-soivimaadakeitca», at dette var bestemt å være det endelige og siste grensemerket for begge kongerikers, Norges og Sveriges, sammenstøtende land.

I forbindelse med avslutninga av oppmålinga og røyssettinga, kommer det også fram at grenseverket var et middel til å skape mer ordna eiendomsrettslige forhold for innbyggerne i de to landene. Ikke minst er det et viktig moment i grensekommissær Mangelsens oppsummerende rapport til kongen i 1767, året etter at den praktiske delen av grensearbeidet, som hadde vart i 15 år, var slutført:

«Hvorved ere nu og aldeles ophævede de forhen værende Trætter og Ueenigheder imellem Eders Kongl: Majestets Norske og de Svenske undersaatere, forarsagede formedelst deres sammenstødende Eiendeele og uvidenhed om deres Ret, samt al Anledning til de betydeligere Uleiligheder forebygget saasom den besønderligste og egentlig Hensigt af denne Commission».

Det meste tyder altså på at det dansk-norske statsbyråkratiet i den nærmeste perioden etter 1751, ikke oppfatta avtaleverket som et hjemmelsdokument for kongelig eiendomsrett til de nye distriktene. Men – kun som en grensegang mellom to stater.

Det eneste unntaket er muligens en tvist om den statsborgerlige tilhørigheta til fem familier i Tanadalen, nedenfor Sirma i Tanadalen, hvor det framkommer uttrykk og vendinger som kan tyde på en annen oppfatning.

I et brev fra grensekommissær Mangelsen til det danske kanselli, 14.11.1767, het det nemlig om distriktet nord og vest for Tanaelva, at det «... bliver Norges Ejendom og hans kongl: Majestæt skatskyldig.»

Imidlertid betyr heller ikke dette at grensekommissæren meinte at kongen var blitt eier av dette området. Han slo bare fast realitetene. Distriktet var blitt en del av Norge, «Norges Ejendom», og de som bodde der var blitt pliktige å betale skatt til den dansk-norske kongen, «...hans kongl: Majestæt skatskyldig».

Noe mer enn det ligger det neppe i utsagnet, og kan formelt heller ikke gjøre det, ut fra ordlyden i grensetraktatens artikkel 2 og 4. Der er det nemlig bare tale om «Aandelig og Verdslig Jurisdiction», inklusive retten til skattlegging.

En forsiktig konklusjon må derfor bli at grensetraktaten og lappekodisillen av 1751, ikke var meint å føre til noen endring av de eiendomsrettslige forhold som måtte ha eksistert i de samiske områdene i Indre-Finnmark. Regelverket dreide seg om å skape klare statsrettslige forhold, og gjaldt ikke overdragelse av landeiendommer fra den ene kongen til den andre. Den eiendomsrettstilstanden som hadde vært respektert av svenske myndigheter før 1751, forble således uendra.¹⁶⁵

165. Gudmund Sandvik har på den annen side gjort gjeldende at kongens nyvunne suverenitet over den indre delen av Finnmark, i følge Lappekodisillens § 30 innebar den samme rett for kongen eller staten som for ytre Finnmark. Han meiner at Finnmark var «Kongens land» etter norsk lov på 1700-tallet. Jf «Statens grunn i Finnmark. Et historisk perspektiv.» NOU 1993:34, særlig s. 358/59.

Den interne samiske rettsinstans – «Lapperetten»

Som nevnt foran, foranlediga en laksetvist mellom svensk- og norskregistrerte samer i Tanadalen, at Lappekodisillens spesielle rettergangsordninger for samene, ble aktualisert. Den mest rendyrka av disse ordningene fant man i kodisillens § 22, hvor det ble instituert en egen samisk domstol.

I diskusjonen om lapperettens kompetanse, har Samerettsutvalget i sin første delutredning hevda at Lapperetten ikke var noen obligatorisk førsteinstans, og at en eller begge parter kunne bringe saka direkte inn for stedets herredsrett («Bøjderet»¹⁶⁶).

Dette synspunktet er diskutabelt. § 22 regner nemlig opp en rekke omfattende tilfeller der lapperetten *skulle* inn i bildet, *før* det eventuelt kunne ankes til nærmeste bygde- eller herredsrett. Det gjaldt for eksempel tvister mellom samer fra samme side, om

- overflyttinger, og stedet hvor de skulle oppholde seg når de flytta over grensa
- om bortkomne rein, slagsmål og små gjeldssaker
- alle skifter etter avdøde, og
- «Lappevæsenet in specie og Lappernes Sædvaner»

Hvis det ikke ble oppnådd forlik, kunne samelensmannen og hans to lagrettemenn straks dømme i saka. Hvis dommen ikke ble anka til bygderetten, kunne de også iverksette dommen, uansett i hvilket land faktum hadde skjedd, eller saka var blitt påtalt.

For saker mellom samer fra forskjellige land, skulle retten sammensettes på samme måte som i det foregående tilfellet. Imidlertid skulle den suppleres med to lagrettemenn fra den anklagedes side. Vedkommendes egen samelensmann hadde dessuten rett til å være til stede som forsvarer. Også i et slikt tilfelle gjaldt at retten hadde kompetanse til å dømme, og eksekvere dommen, uansett i hvilket land saka hadde sitt utspring.

Hvis noen av partene var misfornøyd med kjennelsen, kunne denne ankes til bygde- eller herredsretten i det land hvor faktum var begått. Hvis det gjaldt anker i forbindelse med arveskifter, skulle disse derimot behandles i det landet som den avdøde hadde hørt til.

Ordlyden i § 22 viser med andre ord at denne samiske retten var en obligatorisk førsteinstans i en rekke saker. Enda klarere blir dette når man ser på bestemmelsene i § 23, hvor det heter at «*Alle andre Sager* imellem Lapper, enten af en og samme Nation eller af adskilte Nationer, henhøre til de sædvanlig Bøjde og Herreds Retter, ...».¹⁶⁷

Denne uttrykksmåten – «*Alle andre Sager...*» – viser at det er gjort et tydelig skille mellom de sakene som *skulle* behandles etter den ene eller andre av de to paragrafene.

At Lapperetten var en obligatorisk førsteinstans, bekreftes også av opplysninger fra de innledende forhandlingene mellom finske og norske representanter, i årene 1832-34. Der ble alle sider av Lappekodisillen berørt, også den spesielle samiske rettsordninga.

Når det gjaldt rettergangs- og tvisteløsningsordninger, ble det i innledningsfasen ikke foreslått noen endringer fra den finske parten. Lapperetten skulle åpenbart fortsatt være det viktigste instrumentet for å løse mellomværender samene i mellom.

166.NOU 1984:18. Om samenes rettsstilling, s. 172.

167.Understreking v/forf.

Den finske forhandleren gikk også inn for at Lapperetten burde ha bestemte sesjoner. Hvis det ved disse samlingene forekom saker som krevde utsettelse, skulle man bestemme tid og måte for den videre behandlinga av dem. For øvrig skulle kodusillens bestemmelser om Lapperetten følges, med kun én forandring.

Det dreide seg om at saker som etter 1751-bestemmelsene hørte til denne retten som førsteinstans, skulle kunne behandles direkte for tingsretten.¹⁶⁸ Heller ikke dette skulle imidlertid være ubetinga. Forutsetninga var nemlig at de involverte samene måtte være enige i en slik fremgangsmåte. Et ytterligere vilkår var at sakene ikke tidligere var opptatt, behandla og avgjort av lapperetten.¹⁶⁹ Dette vil si at den finske parten gikk ut fra at lapperetten var en obligatorisk førsteinstans.

En helt annen ting er at de formelle bestemmelsene selvsagt ikke forteller noe om den praksis som har vært fulgt, eller om lapperetten var i virksomhet rundt om i grensedistriktene. Kildene er også ganske sparsomme med opplysninger.

I Indredepartementets hemmelige redegjørelse for Stortinget i 1854, om bruken av kodusillens bestemmelser i perioden 1751-1852, ble også § 22 og lapperetten berørt. Departementet meinte da å vite at den hadde vært i funksjon:

«Disse Lapperetter har vel været i funksjon i de første Tider efter Tractatens afslutning, men senere har Institutionen ganske gaaet ud af Praxis, [...]som en følge af de særegne locale Vanskeligheder.»¹⁷⁰

Kodusillen gjaldt i den «russiske» perioden, 1809-1852

Da Finland ble utskilt fra Sverige, og den russiske tsaren overtok styringa av Finland i 1809, taler det aller meste for at Russland/ Finland gikk inn i Sveriges sted når det gjaldt forpliktelser i forhold til kodusillen. Annerledes kan man vanskelig fortolke det når tsar Alexander I gjentatte ganger, i de mest høytidelige former forsikra at landets lover, sedvaner, og folks privilegier skulle bestå. Sterke elementer av dette finner man også i Fredrikshavnfreden, hvor vilkårene for Sveriges overdragelse av Finland til den russiske tsaren, ble trukket opp.

På begynnelsen av 1820-tallet finner man også utsagn fra landshøvdingen i det nordligste lenet i Finland, Uleåborgs len, som klart tyder på at han kjente til kodusillen, og at den stod ved lag. En gjennomgang av en del aktuelt kildemateriale tyder for øvrig på at spørsmålet om lappekodusillens status omtrent ikke ble problematisert i det hele tatt, de første tjue årene etter at Finland ble et storfyrstedømme under tsaren.

I 1826 ble ett av de siste samiske fellesområdene delt. Da ble nemlig nåværende Sør-Varanger en del av Norge, gjennom grensekonvensjonen mellom den russiske tsaren og kongen av Sverige-Norge.

Denne konvensjonen kan betraktes som den første formelle stadfestelse av grenselinja og grensetraktaten fra 1751. 1826-konvensjonen slår nemlig fast at 1751-grensa fortsatt skulle være gjeldende mellom Norge og Finland.

I og med at grensetraktaten fra 1751 uttrykkelig slår fast at Lappekodusillen var en integrert del av traktaten, kan man gå ut fra at også den var omfatta av stadfestelsen, selv om det ikke er uttrykkelig sagt. I 1827 ble det for øvrig gjort en oppgang av 1751-grensa, mellom Norge og Finland. Sluttdokumentet fra denne oppgangen må også kunne tolkes på samme måte som grensekonvensjonen fra 1826.

168. Eller laveste rettsnivå innenfor det ordinære rettssystemet, for å si det på en annen måte.

169. En annen sak er jo at det forelå en ankemulighet fra lapperetten til laveste ordinære rettsnivå.

170. «Gjenpart av Departementet for det Indres av den Norske Regjering under 31. Mai 1854 tiltraadte underdanigste Indstilling». Statsarkivet i Tromsø. Finmarkens Amt. Pakke. Underhandling, Russland, om Lappeforholdene, 1830 m.m. nr. 671a.

I 1829 ble det dessuten ved keiserlig reskript for Finlands, og kongelig resolusjon for Norges vedkommende, fastsatt formaliserte gjensidige regler for geistlig betjening av de grenseoverflyttende samene, når de oppholdt seg i det andre landet. Det er også en klar bekreftelse på at overflyttingene var fullt ut akseptert på begge sider. Ikke minst interessant er det at initiativet til ordninga kom fra russisk-finsk side, selv om kodusillen som sådan ikke nevnes i de aktstykkene som ligger til grunn for den ordninga som da ble formalisert på det geistlige området.¹⁷¹

Ingen problemer til slutten av 1820-tallet

Kildene er bortimot samstemte i at frem til om lag 1830 hadde grensa fra 1751 ikke fått noen negativ betydning for de samiske grenseboernes gjensidige ressursutnytting. De statsrettslige endringene i 1809 og 1814, hadde med andre ord ikke hatt noen innflytelse på samenes sedvanemessige måte å utnytte ressursene på i grenseområdene.

Innen laksefisket i Deatnu hadde samene fra hver side av grensa et tett fellesskap gjennom avtaler og formaliserte fellesfiskeordninger på tvers av grenselinja. Beboerne hadde likeledes sommerboplasser, beite for husdyra, brenselsskog, og slåttemarkar på den sida av grensa som var høveligst.

Innbyggerne fra Utsjok og Enare dreiv fiske i de nærmestliggende fjordene i Finnmark, og reindriftssamene, uansett statsborgerlig tilhørighet, flytta regelmessig over grensa – til fjordene og kysten om sommeren – og innover til Enareområdet om vinteren.

Nærmest ikke med ett ord kan man fra noen av sidene registrere at dette ikke skulle være i samsvar med den oppleste og vedtatte rettsorden både mellom samene og mellom de to landene. Et uttrykk for dette får man blant annet gjennom landshøvdingens innberetninger til Senatet – den finske regjeringa. Der finner man få eller ingen klager over at norskregistrerte samers reinflokker skulle være til skade på finsk område.

Mellom reindriftssamene og de «fastboende» elve- eller fiskersamene i innlandet, var det åpenbart også et godt forhold, som tydeligvis ble båret opp av et nettverk av sosiale og økonomiske faktorer. Grensa var med andre ord mer et teoretisk begrep enn en praktisk og negativ realitet for den samiske befolkninga.

Lappekodusillens status problematiseres

Gjennom en finsk-russisk klage i 1829, over at norske samer gjorde skade med sine store reinflokker i Finland, og at de dreiv laksefiske i Tanavassdraget på en slik måte at det ramma finske samers interesser, ble imidlertid idyllen brutt, og kodusillens formelle status aktualisert.

Samerettsutvalget i Norge berørte denne problematikken i sin første delutredning i 1984, og hevda at det bare var fra norsk side man var av den oppfatning at kodusillen fortsatt gjaldt. Om det russiske synet skreiv man at iallfall i de første årene etter 1826 var norsk rein utestengt fra russisk og finsk område.

Utvalgets konklusjon var at dette også ble det endelige russiske standpunktet. Det bygde man på at den russiske regjeringa i 1852 bestemte at de norske flytt-samene med reinhjordene sine, skulle være utestengt fra finsk område samme høst.¹⁷²

171.Jf Osmonsalo, Erkki K: Kirkolisten olojen järjestelytoimet Norjanvastaisella rajallame v. 1820-1829. I Historiallinen Arkisto XLIV. Festskrift til K.R.Melander på 80-årsdagen 18.11.1938. Helsingfors 1938.

172.NOU 1984:18, s. 191/92.

Bildet er mer nyansert enn det. I denne korte gjennomgangen kan det pekes på at det faktisk fra sentralt hold i Sverige-Norge til å begynne med var en viss vakling og usikkerhet med hensyn til kodusillens formelle status. På regionalt nivå i Finnmark, var det imidlertid verken fra Øst-Finnmarkfogdens, eller amtmannens side noen som helst tvil om at kodusillens regelverk fortsatt var bindende, og at de gjensidige reindriftingsflyttingene hadde sin basis i denne.¹⁷³

Dette kom også til å bli det svensk-norske standpunktet helt til slutfasen i de forhandlingene som fulgte, og som brøt endelig sammen i 1851. Fram til ut på 1830-tallet synes for øvrig også holdninga på regionalt hold i Øst-Finnmark å ha vært, at alle innbyggerne, ikke bare reindriftssamene, i de samiske sognene Utsjok og Enare, hadde traktatmessig rett til å drive fiske i sjøen på norsk side. I allfall er det helt klart at Øst-Finnmarkfogden i 1832, i den innledende forhandlingsrunden med finske myndigheter, hadde et slikt syn.

I det daglige administrative livet i denne perioden finner man også innslag av at norske myndigheter viste til kodusillens rettergangsregler, og også innkalte samer fra finsk side til tingsamlinger – nærmest analogt med bestemmelsene i lappekodusillens paragraf 23. Når det fra finsk side ble klaga over at norske myndigheter ikke fulgte lappekodusillens utflyttingsregler, ble det i 1843 gitt en kongelig resolusjon som innskjerpa at disse skulle følges.

I forbindelse med den forannevnte usikkerhet bl.a. omkring kodusillens formelle status i årene 1829/30, er det meget interessant at det fra russisk side var en positiv holdning til at de fellessamiske problemstillingene på 1751-grensa skulle ordnes og løses etter kodusillens bestemmelser. Etter en kortvarig nøling fra det finske senatets side, med hensyn til rettsgrunnlaget for de samiske overflyttingene, ble det på aller øverste hold i Russland, avklart at 1751-bestemmelsene skulle være gjeldende.

De forhandlingene som fulgte på 1830- og 1840-tallet, gikk da også ut på at man burde komme fram til hensiktsmessige endringer i lappekodusillen, selv om den *finske* parten, særlig utover på 1840-tallet, begynte å gjøre gjeldende at Finland ikke var bundet av bestemmelsene fra 1751.

Der fikk man imidlertid ikke i første omgang medhold fra de russiske sentralmyndighetene, som jo hadde hånd om utenrikspolitikken. Ett eksempel er at da man fra finsk side i forbindelse med forhandlingene i 1841, spurte om man behøvde å ta hensyn til avtalen fra 1751, var svaret fra russisk side kort og godt at ethvert individ som hadde kjennskap til offentlig rett, måtte kunne forstå at traktaten forplikta Russland/Finland, og ikke kunne annet enn å tjene som grunnlag for de aktuelle forhandlingene: «-tout individu qui a l'idée du droit public, doit pouvoir comprendre que ce traité (1751 års traktat) nou lie et ne peut que servir de base aux négociations actuelles».¹⁷⁴

At man imidlertid også i Finland praktiserte kodusillens bestemmelser i den daglige forvaltninga, er likevel heva over tvil. Fram til henimot midten av 1840-tallet, finner man nemlig i den nordligste delen av Finland, Utsjok, mange eksempler på at lappekodusillen ble brukt som det formelle retningsgivende regelsett for behandling av samiske saker på tvers av riksgrensa. Disse sakene gjaldt både finsk- og norskregistrerte samer. Lensmannen der var åpenbart også av den oppfatning at kodusillen ikke bare gjaldt flyttsamer, men også de fastboende «fiskare lappar».

173. Denne overflyttingsretten gjaldt på grensa fra 1751, men ikke på den nye grenselinja fra 1826.

174. Jf C.F. Palmstierna : Sverige, Ryssland och England 1833-55. Kring novembertraktatens förutsättningar. Stockholm 1932, s. 256. (Palmstierna 1932). Han er for øvrig den som har gitt den grundigste fremstilling av Lappekodusillens skjebne i forhandlingene fra begynnelsen av 1830- til grensesperringa i 1852, og om det som skjedde i de nærmest påfølgende årene etter 1852.

I og med at lensmannen ved flere anledninger tok opp ulike sider ved praktiseringa av kodusillens bestemmelser med overordna myndigheter, er det rimelig å tro at det var en offisiell holdning at lappekodusillens regelverk skulle anvendes av administrasjonen.

Grensesperringa i 1852. Forbud mot overflytting med rein og forbud mot de finske samenes sjøfiske

Man kan altså konstatere at den grenseoverflyttende ressursbruken, slik den var fastsatt i Lappekodusillen fra 1751, fortsatte uten hindringer etter 1809 da Finland ble utskilt fra Sverige, og etablert som et storfyrstedømme under den russiske tsar. Reindrifta ble de første godt og vel førte årene knapt nok berørt av de nye statspolitiske forholdene i det hele tatt.

Fra om lag midten av 1830-årene registrerer man en strengere norsk holdning overfor sjøfiske med egne båter, drevet av finske samer som ikke var reindriftsutøvere. For de sistnevnte var det imidlertid ikke problematisk at de hadde rett til å drive fiske med egne båter i norske farvann.

Den store forandringa – katastrofen – kom i 1852. Fra russisk side ble det da bestemt at etter 15. september skulle det være forbudt for norskregistrerte samer å flytte med rein over til russisk side. Tilsvarende ble det fra svensk-norsk side gjennom kongelig resolusjon av 29.7.1852, slått fast at finske undersåtter fra samme dato ikke skulle ha anledning til å komme over til Norge med reinhjordene sine, eller «... paa den Norske Kyst at drive Jagt eller Fiskeri av nogetsomhelst Slags».

For første gang i historia var grensa i dette samiske området blitt ei virkelig grense når det gjaldt bruken av ressursene. Lappekodusillens bestemmelser fra 1751, om retten til å drive reindrift og eventuelt annen naturressursbasert næringsvirksomhet på tvers av grensa, ble satt til side med et par pennestrøk. Det skjedde altså først fra russisk-finsk, deretter fra svensk-norsk side. Men – slik Samerettsutvalget konstaterte – er kodusillen likevel aldri blitt *formelt* oppheva på denne grensestrekninga.¹⁷⁵

Avviklinga av overflyttingsretten kom etter tre forhandlingsrunder over en tjueårsperiode. Hovedtemaet i de to første fasene av disse forhandlingene, var tillempninger og endringer av kodusillen. I og med at den russiske utenriksledelsen mot slutten av 1840-tallet gikk over på det finske synet om at kodusillen ikke kunne være bindende for Russland-Finland, kom hovedspørsmålet i slutfasen til å dreie seg om den burde beholdes eller ikke.

Det hadde sammenheng med at man fra finsk hold var misfornøyd med de gjenyttelsene man meinte man fikk, for den til dels meget omfattende reinbeitinga i Finland i vinterhalvåret, fra reinflokker eid av norske samer. Dermed skapte man fra finsk side et press overfor den russiske utenriksledelsen om at de norske reindriftssamenes rett til beiter i Finland, måtte bort, hvis de finske samene ikke fikk bedre vilkår for å drive fiske i Varangerfjorden.

Dette fikk man Russland med på, selv om den russiske utenriksledelsen ennå på begynnelsen av 1840-tallet hadde hatt et helt annet syn på kodusillens formelle status. Holdningsendringa kan best forklares med at Russland var interessert i å vise at man virkelig tok hensyn til, og fremma finske interesser.

I avslutningsfasen av den siste forhandlingsrunden ble det også reelt sett gjort lite fra svensk-norsk side for å hevde reindriftssamenes rettigheter, både ut fra det faktiske næringsbehovet som forelå, og med støtte i lappekodusillen. Det kan virke som om man på sentralt hold i Sverige-Norge var begynt å se det som en fordel at

175.NOU 1984:18, s.192.

Russland-Finland stod såvidt sterkt på i spørsmålet om å sikre de finske samenes rett og muligheter til fiske i Varangerfjorden.

Dermed kunne man bli kvitt det fellesskapet med «Russland», som samenes gjensidige overflyttingsrett innebar. Et russisk-finsk forhandlingskrav om å få disponere et lite landareal ved Varangerfjorden hvor de finske samene kunne oppbevare båter og utstyr under eget oppsyn, ble tolka som et russisk forsøk på å skaffe seg en isfri marinehavn.

Frykten for Russland var nemlig begynt å bli svært påtakelig på sentralt hold i Sverige-Norge. En uttalelse fra stiftamtmann Harris i Finnmark, i forbindelse med at man fra russisk-finsk side stod så sterkt på til fordel for de finske samenes fiskerettigheter, er ganske talende i så måte: «For saadant Lapperis Skyld kan man saaledes ikke fornuftigviis falde på at saette Himmel og Jord i Bevaegelse, men vel naar man har andre Hensigter i Baggrunden, som man søger at skjule bag dette uskyldige Daekke.»¹⁷⁶

Den samme stiftamtmann Harris, den ene av de to norske forhandlerne i de forhandlingene som brøt sammen i 1851, gav også en talende vurdering av de norske samene som kunne bli berørt, etter at forhandlingene hadde brutt sammen. «...Kan russerne sperre grensen (jeg frykter riktignok for at man her har tatt munnen bra fuld), så vilde de derved visstnok kunne tvinge noen lappfamilier til å bli russiske undersåtter, men Gud vet om ikke denne ringe amputasjon vilde være gavnlige for Finmarkens velvære i det hele, navnlig for dens triven som et lem på det norske statslegeme.»¹⁷⁷

Fra svensk-norsk side var det de storpolitiske interessene som kom til å bli avgjørende. De grenseoverflyttende samenes interesser forsvant helt i et slikt utenrikspolitisk bilde.¹⁷⁸

Politiske og administrative tiltak etter grensesperringa i 1852

Etter grensesperringa vedtok den norske regjeringa to provisoriske anordninger, 9.4. og 13.6.1853. De inneholdt forskjellige bestemmelser som hadde sammenheng med grensesperringa. Blant annet ble det foretatt en nærmere inndeling av reindriftas vinter- og sommerbeiteområder, fastsatt straffebestemmelser for overtredelse av disse reglene, og liknende.

I den provisorisk anordning om reinbeite av 9.4.1853, ble det også satt enda mer detaljerte forbud mot finske undersåtters sjøfiske i Norge. I § 5 het det at fremmede lands undersåtter som på egen hånd, eller som lottfiskere sammen med norske, dreiv fiske i Finnmark uten «Berettigelse», var hjemfalne til bøter av betydelig størrelse.

Dette ble ytterligere stadfesta i «Lov angaaende Benyttelse af Reenbete i Finmarken», av 7.9.1854. Dermed hadde man det kuriøse forhold, at den aller første «reindriftslova» Stortinget vedtok, også samtidig inneholdt forbud mot å drive fiske i sjøen i Finnmark.

Innholdet i de provisoriske anordningene fra 1853. ble også i det vesentlige videreført ved den nevnte lova av 7. september 1854. Samme dag ble det også sanksjonert en lov om høyere betaling for reinskyss i Finnmark – en lov som også var meint som en form for kompensasjon for grensesperringa.

Til grunn for disse to lovene lå odelstingsproposisjon nr. 42 for 1854, om «...Udfærdigelse af 2de Love om Reenbete og om Betalingen for Reenskyds i Fin-

176. Etter Palmstierna 1932:325.

177. 6.12.1851. Til den norske statsministeren i Stockholm. Etter Wilhelm Keilhau: Det norske folks liv og historie gjennom tidene. Bind IX, s. 203. Oslo 1931.

178. En konsentrert fremstilling av enkelte konsekvenser av grensesperringa, er gitt av undertegnede i NOU 1994:21, s. 67-70.

marken».¹⁷⁹ I denne odelstingsproposisjonen finner man blant annet forarbeidene til de provisoriske anordningene fra 1853. Det samme gjelder også rapporten og forslagene fra den kommisjonen som i høsthalvåret 1852 reiste rundt i Finnmark for å sette seg inn i de forholdene som oppstod etter at grensesperringa ble iverksatt, 15. september samme år.¹⁸⁰

I nevnte odelstingsproposisjon, finner man viktige oppsummeringer når det gjaldt de historiske forholdene.¹⁸¹ Det gjelder både med hensyn til Lappekodisillens rekkevidde, næringspolitiske spørsmål, og delvis også prinsipielle utsagn om samiske rettighetsspørsmål.

I proposisjonen fremholdt Regjeringa blant annet følgende:

- kodisillens paragraf 10 forbeholdt reindriftssamene («Lappene») rett til å bruke begge lands grunn etter gammel skikk
- paragraf 12 gav det andre landets samer den samme retten som landets egne undersåtter til å drive jakt og fiske
- da Russland ble et storfyrstedømme i 1809, vedble forholdene slik de hadde vært, og i overenstemmelse med 1751-traktaten
- de underhandlingene som var blitt ført med Russland, hadde skjedd på basis av at grensetraktaten og kodisillen fremdeles gjaldt
- ikke før i 1851 var det blitt hevda at Russland ikke var bundet av kodisillen
- grensesperringa i 1852 hadde ødelagt et mange hundre år gammelt gjensidig forhold, og flyttsamenes grunnleggende økonomiske tilpasning var blitt brutt.
- som svar på Russlands vedtak om å stenge grensa fra og med 15.9.1852, ble liknende bestemmelse truffet fra svensk-norsk side.
- etter den tid skulle ikke finske undersåtter ha rett til reinbeite, jakt, eller fiske i Norge.
- en kommisjon hadde fått i oppdrag å sørge for at det nødvendige ble gjort i forbindelse med grensesperringa, samt foreslå eventuelle tiltak i framtida.¹⁸²

Lovforslaget om å øke reinskysstakstene var motivert ut fra ønsket om å minske noen av ulempene ved grensesperringa, gjøre flyttsamene mer velvillig stemt, og kanskje få noen av dem til å avvikle reindrifta. Som en følge av den økte betalinga for reinskyss så Regjeringa for seg at noen av reindriftssamene muligens ville satse helt og holdent på transport- og skyssvirksomhet.

I forbindelse med de to lovforslagene la Regjeringa, ved Indredepartementet, også fram en skriftlig orientering på nærmere et par hundre sider, om de hemmelige forhandlingene om lappekodisillen og grensesamenes rettigheter, som hadde funnet sted mellom Russland/Finland og Sverige/Norge, fra begynnelsen av 1830- til først på 1850-tallet.

1854: Den første omfattende stortingsdebatt om samiske rettigheter

Disse lovarbeidene som var en direkte følge av grensesperringa i 1852, gav altså foranledninga til den første brede debatt om samiske rettigheter i Norges nasjonalforsamling. Denne behandlingen er opplysende.¹⁸³

179.Regjeringsinnstilling av 31.5., bifalt ved kgl. res. 9.6.1854.

180.Denne kommisjonen bestod av fogdene Hauge og Saxlund, og avgav sin innstilling 28.2.1853. Det tredje kommisjonsmedlemmet, stiftsamtmann Harris, deltok ikke i arbeidet. Jf O.No.42, 1854:21.

181.Fremma av Indredepartementet v/statsråd Bretteville

182.O.No.42.1854:20

183.Her vil det bli gitt et kort sammendrag.

Både de to lovforslagene og orienteringa om de hemmelige forhandlingene, ble behandla av Stortingets konstitusjonskomité. Lovforslagene, som begge var begrunna i odelstingsproposisjon nr. 42, gikk på vanlig måte fra komitéen til Odelstinget, deretter til Lagtinget.

Orienteringa om de hemmelige forhandlingene, og innstillinga om denne, ble derimot behandla av Stortingets plenum i fire lukka møter. På det fjerde og siste av disse møtene ble det bestemt at de opplysningene departementet hadde lagt fram, stadig skulle hemmeligholdes.

Konstitusjonskomitéens flertallsinnstilling om de hemmelige forhandlingene er svært interessant fra et samerettslig synspunkt. Det sentrale forslaget for å løse vanskene som grensesperringa hadde skapt, var å forelegge problemkomplekset for vennligsinnede utenlandske makter, slik at disse i forbindelse med de forventa fredsforhandlingene etter Krimkrigen, kunne sikre Norges rettmessige interesser. Det kunne blant annet skje ved at Regjeringa tok skritt til at forhandlingene om 1751-traktaten ble gjenopptatt gjennom utenlandsk mekling.

Etter at de hemmelige dokumentene var lest opp i plenum, og saka debattert, trakk imidlertid komiteen innstillinga tilbake. Noe annet forslag ble heller ikke fremma. Verken av stortingsforhandlingene eller stortingsetterretningene for 1854, fremgår det hvorfor dette skjedde, eller hva som ble sagt i debatten på de lukka møtene.

Når det gjelder de materielle sidene er det helt klart at konstitusjonskomitéen betrakta samenes overflyttingsrett som svært viktig for økonomien i hele Finnmark. Det kommer tydelig til uttrykk i innstillinga om reinbeitelova. Flertallet gikk der inn for at den burde gjøres midlertidig – med en innebygd påpeking av at det var Russland som hadde kasta vrak på avtaleforholdet fra 1751. Tidsavgrensinga var begrunna i at man antok at det trolig ville intre relativt snarlige endringer i saksforholdet.

Etter det referatet som fins fra den åpne delen av Odelstingets behandling av reinbeitelova, og fra Lagtingsreferatene, synes det som om også flertallet i nasjonalforsamlinga – i likhet med i Regjeringa – var begynt å meine at det var bra at man var kvitt overflyttingsretten som var instituert i Lappekodisillen fra 1751. Det var ikke ønskelig med noen fortsatte fremtidige fellesordninger med Russland. Slike kunne gi grunnlag for framtidige krav derfra. Stilt overfor en slik mulighet var det bedre å ofre de grenseoverflyttende samenes interesser.

Konstitusjonskomiteen hadde opprinnelig lagt fram en del endringsforslag til reinbeitelova som var positive for samene både i Norge og Finland. Flertallet gikk faktisk så langt som til å hevde at når samene måtte oppgi sin gamle beiterett i Finland, til fordel for freden i landet, var vilkårene nærmest oppfylt for at de burde få erstatning etter ekspropriasjonsparagrafen i grunnlova (§105).¹⁸⁴

Dette hang trolig sammen med det synet komitéflertallet hadde på rettighetsforholdene – nemlig at dette dreide seg om et område som tidligere helt og holdent hadde vært samenes eget – slik de faktisk med reine ord gav uttrykk for.

Konstitusjonskomitéen var også helt klar med hensyn til at samene var et eget folk, og at det norske folkets behandling av samene kunne ha innflytelse på hvordan man selv kunne bli behandla av stormaktene – hvis man selv ble stilt overfor en tilsvarende vanskelig situasjon.

Flertallet trakk også fram momenter av minoritetspolitisk og humanitær karakter, og pekte på at det var visse internasjonale minimumsstandarder for behandling av minoriteter. For eksempel ville det være inhumant å frata de finske grenseboerne

184. Det ble imidlertid ikke fremma et konkret forslag om det.

det livsgrunnlaget som de hadde i sjøfisket på norsk side – uskyldige som de var i det som hadde skjedd.

Flertallet ble pressa til å forlate disse standpunktene. Flertallsinnstillinga ble imidlertid avvist av Odelstinget, etter at man også der i hemmelig møte hadde fått seg forelagt nye opplysninger, og debattert disse for lukka dører. Det eneste odelstingsmedlemmet som var medlem av konstitusjonskomiteen, frafalt for øvrig også innstillinga.

I lagtingsreferatet finner man likevel nesten oppsiktsvekkende sterke utsagn som støtta opp under konstitusjonskomitéens flertallsyn på de samiske rettighetene – uten at det likevel kom noe konkret ut av det.

Den sterkeste fløyen også i Lagtinget, var den som ønska å kvitte seg med fellesskapet med Russland så raskt som mulig, og en gang for alle. For dem stod russerfrykten og de nasjonale interessene i høysetet. Samene måtte underordne seg disse.

I den forbindelse får man også indirekte opplysninger om hvilken argumentasjon som var blitt brukt i det hemmelige møtet i Odelstinget. Der var det nemlig blitt sagt at de innbyggerne i Finnmark som ville bli skadelidende ikke var nødvendige for distriktet, derfor behøvde man ikke å ta hensyn til dem. Utfallet av også Lagtingets behandling ble at proposisjonen ble vedtatt uforandra, overensstemmende med den provisoriske anordning av 9.4. 1853.

Selv om altså flere nivåer og representanter i Stortinget ved ulike anledninger i løpet av sommeren 1854, sterkt fremholdt at grensetraktaten fra 1751 hjemla til dels urgamle rettigheter for samene, ble resultatet likevel at Stortinget i realiteten anerkjente den grensesperringa som hadde funnet sted. Når det kom til stykket var det Norges nasjonale interesser som var de sentrale.

Likevel viser den samla stortingsbehandlinga i 1854 at det blant mange av representantene var til dels meget klare oppfatninger om at samene hadde sterke rettigheter, og at grensesperringa var et alvorlig inngrep i disse.

Stortinget tok imidlertid ikke stilling til om det var intern- eller folkerettslig grunnlag for å sette avtaleverket – lappekodisillen fra 1751 – til side for Finnmarks vedkommende. Det spørsmålet ble dermed ikke behandla av noen kompetente organer i 1854, og har heller ikke seinere vært gjenstand for behandling av landets øverste myndighet.

Nei fra Sverige-Norge til territorialutvidelse

Etter at Stortinget hadde debattert, og gått god for Regjeringas handlemåte når det gjaldt forhandlingene om de grenseoverflyttende samenes rettigheter, og at man ikke ønska noen gjenopptakelse av det gamle fellesskapet, ble dette i praksis ytterligere bekrefta gjennom Novembertraktaten av 1855 – forsvarsalliansen som ble inngått mellom kong Oscar på vegne av Sverige-Norge på den ene sida, og statsoverhodene for England og Frankrike på den andre.

Der forplikta kongen seg til ikke å avstå noen del av Sverige eller Norge til Russland, eller å la Russland besette noe norsk eller svensk område. I denne sammenheng er det viktigste likevel at Russland ikke skulle innrømmes beite- eller fiskerettigheter, og at det heller ikke skulle byttes landområder mellom Russland og Sverige-Norge.¹⁸⁵

185. Om Novembertraktaten. Se Kaartvedt, Alf: Norsk utenrikspolitisk historie, bd. I. Selvstendighet og union. Fra middelalderen til 1905. Oslo 1995, s. 284-287. Kaartvedt skriver for øvrig at denne traktaten på mange måter var å betrakte som kongens eget verk, og at den ikke ville kommet i stand om regjeringene i Sverige og Norge hadde fått bestemme (s. 284).

Dermed hadde man i praksis fått en ny avgjørende hindring for at den samiske gjensidige ressursbruken kunne gjenopprettes. Slike muligheter og åpninger kom nemlig, og har sammenheng med de konsekvensene grensesperringa fikk for de finske samene.

I Finland var det nemlig mot slutten av 1850-tallet blitt mer og mer klart for finske myndigheter at grensesperringa hadde ført til sterkt forverra forhold for deres egne samer – stikk i strid med det man hadde forestilt seg på forhånd. Flyttsamene deres kunne ikke lenger dra med reinen over til Norge om sommeren, og drive fiske i kombinasjon med reindrift. Heller ikke kunne de øvrige samene, slik de tidligere hadde gjort, dra til fjordene i Øst-Finnmark, særlig Varangerfjorden for å fiske i sjøen.

Derfor vokste det fram et ønske på alle embetsnivåer i Finland – sokneprest, fogd, lenshovding, senat, generalguvernør og ministerstatssekretær, om at noe måtte gjøres for å bedre forholdene. Åpenbart forelå det også en klar vilje til å gjøre betydelige innrømmelser overfor Norge.

En slik innrømmelse var å gjeninnføre traktaten fra 1751, stikk i strid med de synspunktene som var forfektet fra finsk-russisk side bare 8-9 år tidligere. Det mest oppsiktsvekkende var likevel at man på de aller øverste embetsnivåene i Finland, kunne tenke seg å løse problemene for de finske samene gjennom mye mer vidtrekkende tiltak.¹⁸⁶

I Finland synes det nemlig å ha vært betydelig enighet om at en svært aktuell mulighet var å avstå Utsjok og Enare sogn til Norge. Denne tanken ble seriøst vurdert, og fremma via den svensk-norske sendemannen i St. Petersburg. Fra finsk side ble det lagt så mye alvor i dette, at sendemannen også fikk et kart over det området som kunne avståes. Dette dreide seg om alt land på vest- og nordsida av Enaresjøen. Saka ble for øvrig ikke bare fremma via diplomatiske kanaler, men finske representanter hadde også tatt den opp i samtaler med den norske statsminister i Stockholm, Sibbern.

Ut fra det kildematerialet som finnes om denne saka i det svenske riksarkivet, synes det ganske klart at forholdene lå til rette for å vende tilbake til den gjensidige samiske ressursbruken, slik lappekodisillen regulerte denne fram til 1852. Årsaken til at det ikke ble noe av dette, er like klart at svenske og norske myndigheter reagerte negativt på de utspillene som kom fra finsk side.

Hovedårsakene er å finne i at norske myndigheter var begynt å se på grensesperringa med tilfredshet. Gjennom den nye situasjonen kunne man nå andre mål. Det gjaldt for eksempel en bedre kontroll over flyttsamene, slik at jordbruket og den sterkt økende tilflyttinga til Finnmark ikke skulle bli hemma av deres aktivitet. Regjeringa så det også som positivt at mange flyttsamer hadde begynt å slå seg ned som fastboende, og forventa at enda flere ville oppgi sin nomadiske tilværelse.

Russerfrykten, og Novembertraktaten med Frankrike og England i 1855, var også medvirkende årsaker til at man fra svensk-norsk side ønska å legge lokk på saka. Det skinner derfor tydelig igjennom at det ikke bare var hensynet til en bedre kontroll med reindriftssamene som var viktig, men også at når man en gang hadde fått slutt på fellesskapet med «Russland», burde man ikke bidra til å vekke det til live igjen. Det kunne føre til strid i fremtida.

Det til dels klart formulerte ønsket i Finland om å vende tilbake til ressursbruk-sordningene samene hadde før 1852, eller å overlate de nordligste delene av landet til Norge, ble behandla i den dypest hemmelighet, og møtt med skepsis og direkte

186. Omtalen av dette tilfellet bygger på materiale fra Sveriges riksarkiv. Utrikesdepartementet.

Grupp:92 afd:B. Mål: 7. 1859. Ifrågasatt afträdande til Norge af ett område, vester om Enare träsk.»

avvisning fra svensk-norsk side. Samenes interesser veide ikke tungt i de avveiningene som ble gjort.

1889: Grensesperring også mellom Finland og Sverige

Grensesperringa i 1852 fikk imidlertid ikke bare betydning for samene i det finsk-norske grenseområdet, men også i det svensk-finske. I 1861 kom det nemlig en klage fra den russiske chargé d'affaires i Stockholm, over at finske samer ble påført tap på grunn av reinflokker som kom inn på beiteområdene deres fra svensk lappmark.¹⁸⁷ I følge rapporter fra guvernøren i Uleåborgs len, var det likevel ikke bare svenske, men også norske samer som førte rein på beite i Finland. Det hang sammen med at disse hvert år i stort antall begav seg til svensk Lappland. Hensikten var å ta seg inn i Finland uten å risikere straff.

Bakgrunnen var at norske og svenske reindriftssamer stadig hadde en gjensidig beiterett i de to landene.¹⁸⁸ Samtidig hadde svenskregistrerte samer på sin side fortsatt rett til å la reinflokkene sine beite i Finland – iallfall var det ikke noe forbud mot det. For å kunne bruke de tradisjonelle vinterbeitene sine i Finland, benytte Kautokeinosamene seg av denne muligheta i betydelig omfang.

I følge Johannes Marainen dreide det seg om 76 familier med ialt 272 personer. I tillegg kom 4 familier med 8 personer fra Skjervøy. I perioden 1854-1885 ble altså 280 personer fra Norge innskrevet i Karesuando sogn i Sverige.

Fra Finland var «utflytting» til Sverige særlig aktuelt for samer i Enontekis. 6 familier derfra «flytta» til Sverige, mens en fra Muonioniska gjorde det samme. I alt gjaldt det 24 personer.¹⁸⁹ Bakgrunnen for dette var at de dermed, som svenske undersåtter, kunne benytte de gamle sommerbeitene sine på norsk side.

For å få en slutt på den omfattende omgåelsen av grensesperringa, som de norskregistrerte samene stod for, vendte det finske senatet seg på begynnelsen av 1860-tallet til den russiske regjeringa, og bad om at grensa mot Sverige også mått bli sperra – i likhet med det som skjedde for den norske grensas vedkommende i 1852.

Den finske henvendelsen løp ut i sanda, og i 1880 kom det et meget interessant utspill fra russisk-finsk side om denne problematikken. Den russiske ambassadøren i Stockholm tok da underhåndskontakt om forholdene i Karesuando-, Enontekis- og Kautokeinoområdet. Konkret antyda han at det fra russisk side var aktuelt å starte forhandlinger om en overenskomst angående rett for svenske og norske samer fra Karesuando og Kautokeino, til reinbeite i Enontekis kommune i Finland, mot at finske samer fikk en tilsvarende rett.

Russernes grunnlag gikk ut på at reineiere bosatt i Enontekis kommune burde få rett til å la reinen beite i de norske kystdistriktene, samt i Kautokeino fjellene. Mot en rimelig avgift, beregna etter reintallet, skulle de dessuten nyte de de samme rettighetene som svenske og norske samer.

187.Hvis ikke annet er avgitt, bygger dette avsnittet i det vesentlige på «Lapp-frågan II. Sverige, Norge-Ryssland. 1861-1882», samlekategori «Utrikesdepartementet. 1902 års dossier. Nr. 4490a. Mål 11.Promemorior och förteckningar över handlingar i lappfrågan. af Kanslirådet O.S. Rydberg.» Sveriges riksarkiv.

188.Jf Fredrik Brandt. Tingsretten fremstillet efter den Norske Lovgivning. 2. oppl. Christiania 1878, s. 183. (Brandt 1878). I sin omtale av Finnmark, skriver han blant annet: «Ved siden af den Brugsret, som saaledes tilkommer de faste Beboere over det fælles Territorium, maa merkes den Ret, som baade de norske og svenske Finner har til Havnegang, Jagt og Fiskeri samt Hugst i Skovene efter Trakt. 7/18 Oktbr. 1751 paragrafene 10-13 og 16, jfr. Reskr. 27 Septbr. 1726. De Russiske Finner har derimod efter Grændsespærringen i 1852 ikke mere nogen saadan Ret...».

189.Johannes Marainen: «Kodicillen och samisk nationstillhörighet», s. 240/41. I Diedut nr. 1. 1989. Lappodicillen av 1751 – var det samernas Magna Charta? Utgitt av Nordisk Samisk Institutt, Guovdageaidnu.

På den annen side skulle svenske samer fra Karesuando, og norske fra Kautokeino, ha rett til å ha et begrensa antall rein på beite i Enontekis. Totalt kunne dette dreie seg om 15-20 000 dyr. Dette skulle det betales avgift for til den finske statskassa. For øvrig skulle de som flytta over til Finland ha de samme rettighetene som finske undersåtter eventuelt ble tilstått i Norge.

For de svenske og norske samenes vedkommende ble det likevel foreslått en viss innskrenkning. Flokkene deres skulle ikke beite nærmere bygder og grender - «byar» – enn tre kvartmil. Når det gjaldt boplasser som lå for seg selv, skulle beiting ikke finne sted nærmere enn en halv mil.

Russerne meinte også at reindriftssamene skulle pålegges erstatningsansvar for skade som virksomheta deres måtte medføre. Hvis den skyldige ikke kunne finnes, skulle det være et kollektivt erstatningsansvar for alle samene fra samme land «- en för alla och alla för en».

Heller ikke dette, eller enkelte andre initiativ førte fram. Norge sa nei. De fastboendes interesser, særlig i Troms, var viktigere.

Sluttresultatet ble det samme som for den finsk-norske grensa i 1852. I 1889 ble også grensa mellom Finland og Sverige stengt for overflytting med rein.

Dermed var også 1809-grensa mellom Sverige og Finland blitt en virkelig hindring for den samiske ressursutnyttelsen som reindriften representerte.

Lappekodisillen stod ved lag i Finnmark etter 1852

Selv om grensa mellom Norge og Finland ble stengt for reindriftsoverflyttinger i 1852, og det tilsvarende skjedde mellom Sverige og Finland i 1889, var Lappekodisillen ikke avskaffa for Finnmarks vedkommende.

I juridisk litteratur etter 1852, finner man klare utsagn om at Lappekodisillen fortsatt gjaldt i Finnmark. De finske samene var ute av bildet, men den danna rettsgrunnlaget for svenske og norske samers bruk av grunn og ressurser i amtet.¹⁹⁰

Blant praktiserende advokater og innen offentlig forvaltning, finner man også eksempler på den rettsforståelsen at kodusillen stod ved lag. Ett slikt tilfelle har man fra 1879.

På vegne av en engelsk klient, retta høyesterettsadvokat K.L.Bugge da en henvendelse til inspektøren for ferskvannsfisket.¹⁹¹ Engelskmannen ønska å fiske i Tanavassdraget, og Bugge forsikra om at vedkommende ikke var ute etter å innskrenke noen eksisterende rettigheter.

Høyesterettsadvokaten presiserte at hans klient ikke krevde at noen som bodde der skulle forbys å fiske med garn, og kom også inn på Lappekodisillens sentrale bestemmelse om bruk av land og vann. De norske og svenske samenes rettigheter Lappekodisillen skulle ikke innskrenkes: «...de norske og svenske Lapper ved Tractaten af 7-18. Oktober 1751 paragraf 12 hjemlede Ret agter han heller ikke at indskrænke».

Slik Bugge uttrykker seg, omtaler han samene, «Lapper», som den rettighetsbærende kategori, uten å gjøre noe skille mellom reindriften og andre samer.

Til tross for grensesperringa i 1852, var Lappekodisillen en rettskilde som også statsadministrasjonen tok hensyn til for Finnmarks vedkommende i siste kvartal av 1800-tallet. Selv om vesentlige elementer i kodusillen ble satt til side gjennom grensesperringa, synes det likevel klart at norske sentralmyndigheter ikke meinte at kodusillen som sådan var avskaffa for denne delen av landet. Det kommer blant annet til uttrykk i et internt notat i Indredepartementet i 1886. Dette ble laga i forb-

190.Brandt1878:183.

191.Jf Diedut nr. 1 Guovdageaidnu 1989:190.

indelse med forberedelsene til å innføre en egen lov om laksefiskeretten i Tanavassdraget.

Der drøfta man om en fiskerett som ble gjort avhengig av jordeiendom ville være i strid med Lappekodisillen. Resultatet av denne drøftinga var at der ikke ville oppstå et slikt motsetningsforhold: «For en saadan Lovs udfærdigelse kan der af Hensyn til de svenske Flytlapper formentlig intet være til Hinder».¹⁹²

I den forbindelse ble det pekt på at selv om de etter paragraf 12 i lappekodisillen hadde lik rett til jakt og fiske med «norske Undersaatter (norske Flytlapper)», skulle de likevel rette seg etter de bestemmelsene som var fastsatt for norske undersåtter. Departementet konkluderte med at

«...de svenske Flytlapper har lige Ret med Landets egne Undersaatter til alt Fiskeri der er Frit, medens de ogsaa maa underkaste sig alle de Inskrænkninger i og Betingelser for Fiskeriet der paalegges de norske Undersaatter. Fiskeriet i Tana har aldrig været frit, men har tilhørt Elvealmuen, under hvilket rummelig Begreb maaske ogsaa svenske Flytlapper er Indgaaet. At Lovgivningen nu kan ordne dette Fiskeri er vel ikke tvilsomt (Retstid. for 1880 Side 337)».

I forbindelse med at vurderingene av kodisillens rettskraft, anførte departementet at det man tok sikte på var en fiskerettsinnskrenkning. I de innskrenkningene som ble fastsatt, måtte man ikke ta hensyn til nasjonaliteten, men bestemmelsene «...maa ramme saavel norske som svenske».

Imidlertid gikk man enda dypere inn i problematikken, og påpekte at de svenske flyttasamene kunne bli helt utelukka fra å få fiskerett. Dette på grunn av at disse «...efter Codicillens paragraf 7 ikke kan besidde Bygsel eller Skatteland i begge Riger».

I følge departementsnotatet var det lite å si på dette. Skulle man gjøre et unntak for dem, ville de ikke bare bli bedre stilt enn alle de norske undersåttene som ikke hørte til elveallmuen, men også begunstiga fremfor alle dem i den nevnte allmuen som tidligere hadde hatt adgang til å drive fiske, men som ville bli utelukka etter de nye reglene. Så lenge betingelsene var de samme for norske som for svenske, «...kan disses Ret ikke siges at være gaaet for nær». De materielle vurderingene av innholdet i kodisillen er imidlertid ikke det viktigste. Det interessante er at norske sentralmyndigheter ennå i siste kvartal av 1800-tallet, betrakta lappekodisillen som en av de rettskildene man måtte ta hensyn til når det skulle gjennomføres lovgivning som regulerte ressursbruk i Finnmark. Kodisillen ble med andre ord stadig oppfatta som gjeldende på den tid.

192. Notatet gjelder Jnr. 143/86, og er undertegna av K. Friis. Avskrift i Utenriksdepartementet. P 5. Norges naboforhold til Russland. Ældre Sager. Nr. 54. Tilfellet er tidligere omtalt av Pedersen, S, i Laksen, allmuen og staten. Fiskerett og forvaltning i Tanavassdraget før 1888. Die'ut nr. 2 1986:133. Guovdageaidnu.

Del II Utenlandsk rett

KAPITTEL 1

Innledning

Rettsstillingen til urfolk i andre land er av interesse for utvalget som bakgrunn for vurderingen av hvilke regler som bør foreslås for samenes fremtidige rettsstilling i Norge. Utvalget ba derfor i brev 21. desember 1994 Justisdepartementet om å oppnevne sakkyndige for å utarbeide fremstillinger av urfolks rettsstilling i en rekke land. Departementet samtykket i brev 24. januar 1995 til at det ble innhentet utredninger om rettsstillingen for urfolk i ulike land, og overlot den nærmere oppnevning av sakkyndige til utvalget.

Utvalget oppnevnte på denne bakgrunn sakkyndige for å utarbeide fremstillinger om urfolksretten i Sverige, Finland, Russland, Canada, Nicaragua, Australia og New Zealand.

Det ble formulert et likelydende oppdrag for alle landene der det bl.a. heter (brev 7. februar 1995):

«... Samerettsutvalget er oppnevnt av den norske Regjering og har som oppdrag å «utrede generelt spørsmålene omkring den samiske befolknings rettslige stilling når det gjelder retten til og disponeringen og bruken av land og vann» i Norge og å «vurdere behovet for endringer i gjeldende rettsregler». Som bakgrunn for vurderingene ønsker utvalget å få kjennskap til urfolks rettsstilling i en del andre land. Fremstillingene tenkes lagt frem som trykte vedlegg til utvalgets egen utredning om rettsforholdene i Finmark fylke i Nord-Norge.

Som bakgrunn for rettsstillingen er det ønskelig med korte opplysninger om urfolket allment, dets utvikling, størrelse, bosetting og næringsliv. Det vil trolig være av interesse om det bor eller oppholder seg flere folkegrupper i samme område.

Utredningen bør gi en oversikt over den rettslige stillingen for urfolket til de landområdene de bruker, slik den oppfattes ut fra historisk utvikling og dagens lovgivning, domstols- og forvaltningspraksis.

Opplysningene om rettigheter og rettighetshavere bør omfatte både eiendomsrett og bruksrett (besittelsesrett) til grunnen og de enkelte naturforekomster (naturressursene) over og under overflaten. Det er av interesse å få frem om rettighetene er individuelle og/eller kollektive. For kollektive rettigheter er det av interesse å få opplyst etter hvilke prinsipper rettighetsområdene er avgrenset og eventuelt organisert.

Det er viktig å få frem hvem som har myndighet til å foreta rettslige disposisjoner (salg, utleie, tillatelse m.m.) over grunn og naturforekomster, og hvem som eventuelt kan treffe vedtak om den faktiske utnyttningen.

Det vil være av interesse om det finnes organer som representerer urfolket, og hvilke oppgaver og myndighet organet i tilfelle har, særskilt når det gjelder disponering over grunn og naturforekomster. Det kan tenkes å foreligge også andre muligheter for urfolket til å påvirke sin rettsstilling.

Til slutt kan det være av interesse å få vite om det foreligger eller arbeides med forslag til endringer av rettsstillingen.

Omfanger av utredningen er tenkt til 10-20 sider A4 størrelse med linjeavstand 1 1/2. Utredningen bør foreligge før sommeren 1995. På grunn av ulikheter i rettsordninger og ordbruk kan det bli behov for Deres medvirkning til å klargjøre eller utdype enkelte punkter.

Vi vil sette pris på å få Deres bekreftelse på at De vil ta på Dem dette oppdraget og at det kan utføres før sommeren 1995.

Til orientering nevnes at anmodning med tilsvarende oppdrag er gitt til:
...»

De sakkyndige ble oppnevnt i løpet av våren 1995, og leverte sine utredninger sensommeren og høsten 1995. En del av de sakkyndige har på forespørsel fra utvalget foretatt visse justeringer og ajourføringer av sine utredninger. Dette ble gjort i løpet av våren 1996. De bearbejdede utredningene ble lagt frem for et samlet utvalg på utvalgets møte 10. til 13. september 1996 i Oslo.

De utredninger som er presentert i det følgende ("*Hans Åke Wängberg: Samenes rettslige stilling i Sverige*" i Kapittel 2 til "*Phil G. McHugh: Urbefolkningens rettslige stilling i New Zealand*" i kapittel 7) er utarbejdet av:

1. Sverige: Hans Åke Wängberg, jur. kand., sjef for Hyresnämnden og arrendenämnden i Stockholm, tidligere ansvarlig for den svenske samerettsutredningen.
2. Finland: Heikki J. Hyvärinen, jur. kand., juridisk sekretær i Delegationen for sameärenden (Sameparlamentet).
3. Canada: Allan Mc. Chesney, professor, Ottawa.
4. Nicaragua: Hans Petter Buvollen, sosialantropolog.
5. Australia: Jennifer Clarke, professor, University of Canberra, Australia.
6. New Zealand: Phil G. Mc. Hugh, professor, for tiden Cambridge University, England.

Utredningene om urfolks rettstilling i Sverige og Finland er oversatt fra svensk av statsautorisert translatør og advokat, Gunnar Talén, som også har oversatt utredningene om urfolks rettstilling i Canada, Australia og New Zealand fra engelsk.

KAPITTEL 2

Hans Åke Wängberg:¹⁹³
Samenes rettslige stilling i Sverige**2.1 GENERELL BAKGRUNN***Samene i Sverige, et nordisk folk*

Samene har i hvert fall fra vår tidsregnings begynnelse bebodd de nordre delene av Skandinavia, således lenge før de nåværende nordiske statene vokste frem. Samene finnes omtalt så vel hos romerske historieskrivere som i nordiske kilder. For så vidt angår de deler som nå tilhører Sverige, later det ikke til å ha foregått noen mer omfattende innflytning av annen befolkning før på begynnelsen av 1500-tallet. Behovet for en rettslig regulering av forholdet mellom samer og annen befolkning i området oppstod i det århundret. Det eldste kjente dokument i saken er et kongebrev fra 1542. Samene og svenskene ellers kan sees som to forskjellige folk, som utgjør motparter ned gjennom historien.

Samene foranlediget selv aldri noen statsdannelse i vanlig forstand. Det samiske samfunnet var bygd opp rundt den såkalte *siidaen*, som var en sammenslutning av familier som flyttet mellom ulike jakt-, fiske- og fangstområder alt etter årstidenes skiftning. Senere kom *siidaen* til å arbeide med og følge en bestemt, sammenholdt reinhjord mellom de forskjellige årstidsbestemte beiteområdene.

Samenes tradisjonelle levesett var i tidligere tider preget av et liv i nær kontakt med naturen. De viktigste næringsveiene var jakt, fiske og reindrift. I visse områder ble det også drevet jordbruk. I dag finnes samer i mange andre næringer. Samene har også i betydelig grad forlatt sine tradisjonelle bosetningsområder. Det er i dag bare en minoritet av den samiske befolkningen i Sverige som er beskjeftiget med reindrift. Av en samlet samisk befolkning på omkring 17000 personer er bare ca. 2500 sysselsatt i reindriftnæringen. En like stor andel oppgis å være bosatt sør for Dalarna og Gästrikland.

En allment godtatt definisjon på hvem som skal regnes som samer har lenge vært savnet. I alminnelighet anses den å være same som har samisk som morsmål eller oppfatter seg selv som same. I samband med opprettelsen av Sametinget er det nå innført en rettslig definisjon, som omhandles nærmere nedenfor. Samenes antall kan anslås til mellom 50000 og 75000 på verdensbasis. Som nettopp nevnt finnes mellom 15000 og 20000 av dem i Sverige.

Selv om de som statsborgere deltar i samfunnslivet, har de samtidig bevart sin egen kultur, særlig de samene som fremdeles utøver de gamle samiske næringene. Til denne kulturen hører også samisk språk. Det finnes riktignok blant samene forskjellige grener av dette språket som i sine ytterpunkter klart er svært forskjellige. Likevel anses det å være gode grunner for å anse samisk som ett språk.

Innflyttingen fra sør til det indre av Norrland ble som nevnt innledet på 1500-tallet. Etter hvert som jordbruket dermed vokste frem, ble samene drevet tilbake av de svenske kolonistene. Som følge av dette oppstod et samisk innland og et svensk kystområde. Litt etter litt fremstod det behov for å fastlegge grensene mellom kystområdet og lappmarkene. Det første kjente offisielle dokument som angår en slik grenseregulering er et kongebrev fra 1584, som gjaldt Songamuotka grensemerke i

193. Hans Åke Wängberg er jur. kand., sjef for Hyresnämnden og arrendenämnden i Stockholm. Han var leder for den svenske samerettsutredningen (1982-1990).

den nordligste delen av Norrland. I brevet ble det uttalt at samene hadde urminnes hevd ovenfor denne grenselinjen og at Tornebøndene ikke hadde rett til å trenge inn lenger oppe.

I 1665 ble det gitt tre forordninger som er viktige for forståelsen av forholdene mellom den svenske stat og samene. Disse dokumentene viser statens stadig økende interesse for en ordnet beskatning av samene og dens stadig sterkere bestrebelse for å stimulere jordbrukskoloniseringen i samenes bosetningsområder.

I 1673 utferdiget man lappmarksplakaten, som ga nybyggerne visse friheter og rettigheter i samenes bosetningsområder. Av forordningene fremgikk at man var vel kjent med at det forekom konflikter mellom nybyggere og samer, noe som ikke stemte med landshøvding Johan Graans doktrine, som regjeringen holdt seg til, om at nybyggere og samer nyttiggjorde seg helt ulike typer naturressurser og derfor ikke behøvde å konkurrere med hverandre. Bråtebrenningen, som først og fremst ble drevet i den finske delen av det svenske riket, nærmere bestemt i Kemi lappmark, medførte store ulemper for samene. Gjennom forskrifter forsøkte man å regulere forholdene. Det ble gjort ulike forsøk på å gå opp grensen mellom lappmarken og kystlandet. I 1671 ble det foretatt en økonomisk besiktigelse for å fastsette grensen. Det oppstod nå en fornyet interesse for grenseregulering. For kongen gjaldt det å få svensker til å bosette seg på lappmarkene slik at de drivverdige malmforekomstene der kunne utnyttes. Grensen var allikevel fortsatt uavklart. Etter utferdigelsen av plakaten av 1673 begynte de faste bosetningene å skyte fart. I plakaten ble det bestemt at selve lappmarkene skulle skilles ut fra de andre svenske og finske menighetene og utgjøre særskilte sogn. Nybyggerne i lappmarkene fikk visse fordeler. Nye og mer detaljerte bestemmelser for nybyggerne ble gitt i reglementet av 1749 (det såkalte lappmarksreglementet). Kort etter utferdigelsen av lappmarksreglementet på 1750-tallet ble lappmarksgrensen oppgått i sin helhet, sannsynligvis etter ordre fra kongen.

Tanken om at samene skulle integreres med den svenske befolkningen var meget aktuell allerede på første halvdel av 1700-tallet. Man ville gjøre samene bofaste for at de skulle bli lettere tilgjengelig for misjonen. På mange steder i lappmarkene var prestene de første nybyggerne. I Pite lappmark er utviklingen av nybyggerkolonisasjonen vel kjent gjennom arbeider av Petrus Laestadius, Erik Bylund og Erik Nordberg. Nybyggerområdene ble anlagt av prester og deres etterkommere, av samefamilier, som snart ble helt forsvensket, av folk fra sørligere bygder og av bergverksarbeidere.

Ved fremveksten av nybyggerkolonisasjonen, inklusive den som utgår direkte fra prestene, spilte lappskattlandene, lapplandene, stor rolle. Lapplandene ble med eiernes medvirkning gjort til inntektskilde for prester og skoler. Fiske, jakt og myrgresstak utgjorde ved siden av lønnen det egentlige grunnlaget for prestenes og skolemestrenes eksistens og virksomhet. I de søndre lappmarkene kom det allerede på første halvdel av 1700-tallet klager fra samene om at det begynte å bli slutt med viltet og fisken. Nybyggerne fikk stadig sterkere grep om lapplandenes fiskevann og jaktmarker også etter lovverket. Hertil kom konkurransen fra bygdelagsbøndene i kystbygdene.

Gjennom fastleggelsen av lappmarksgrensen i 1751 ble kystbøndene utestengt fra fiske og jakt i det landområde eller den provins som fikk navnet Lappland. Hensikten med grensen var ikke å hindre nyinnflytting, men å beskytte samenes tilgang på jakt og fiske. Staten oppmuntret til bureising i øvre Norrland helt frem til midten av 1800-tallet. I løpet av de tre første tiårene på 1800-tallet ble samenes rettigheter sterkt svekket. Fra Petrus Laestadius vet man at en landshøvding f.eks. forbød reinomadene å slå leir nærmere enn en mil fra et nybyggerområde for å beskytte nybyggernes høyhesjer fra reinene og i en tvist mellom samene og nybyggerne ble

det dømt slik at nybyggerne fritt kunne skyte og nyttiggjøre seg de rein som ble påtruffet for nær hans myrgresshesjer.

Året 1841 kan betegnes som et vendepunkt i statens lappmarkspolitik. Fra ensidig å ha begunstiget jordbrukskolonisasjonen begynte myndighetene å utferdige bestemmelser til beskyttelse for samene. Denne nye linje i kronens politikk overfor samene resulterte etter hvert i bestemmelsene om en dyrkingsgrense i 1867 og reinbeitelovene av 1886 og 1898, som tok sikte på å regulere forholdet mellom reinnæringen og jordbrukskolonisasjonen. Denne mer samevennlige politikken kommer til uttrykk i visse uttalelser i riksdagen og innen forvaltningen. Således ble det i riksdagen i 1850 for første gang fremmet en proposisjon om behovet for et særskilt forsorgsvesen for samene.

I 1867 forordnet kongen, som følge av en henstilling fra riksdagen, at det provisorisk skulle fastlegges en grense mellom det som var den egentlige fjellbygden og den delen av Norrbotten og Västerbotten läns lappmarker som var egnet til dyrking, for å beskytte samenes og nybyggernes gjensidige rettigheter og for å forebygge tvister dem imellom. Grensefastsettelsen tjente også til å hindre at nybrottene ble anlagt i trakter som helt og holdent var uegnet for dyrking. Ved særskilt kongelig beslutning har dyrkingsgrensen senere blitt endelig opptrukket. Hensikten med fastsettelsen av dyrkingsgrensen var således at traktene ovenfor grensen skulle utgjøre et område forbeholdt samene. En del småbruk og nybrott kom imidlertid til å ligge innenfor disse traktene. Flere nybrott skulle allikevel ikke kunne anlegges der. Denne bestemmelsen har en ikke kunnet håndheve fullt ut, og et ganske stort antall bosetninger har i årenes løp funnet sted også i traktene ovenfor dyrkingsgrensen. Oppfatningen er i dag at samene allikevel har sine sterkeste rettigheter ovenfor grensen. Forholdene er imidlertid noe annerledes i Jämtland.

Innen visse sogn pleide enkelte samer å skaffe seg tillatelse til eiendomsovergang meddelt av länsstyrelsen, hvilket innebar eksklusiv rett for vedkommende same til å la sine rein beite på det tildelte området. Andre steder søkte samene ikke slik tillatelse, men benyttet seg av reinbeitet i fellesskap.

Man kan skille mellom et eksternt og et internt reinbeitespørsmål. Det første har sitt utspring i et tillegg til grensetraktaten av 1751 mellom Sverige og Norge, den såkalte «Lappekodisillen». I følge kodisillen skulle samene uten hinder av den fastlagte grensen mellom Sverige og Norge i følge gammel sedvane ha rett til å flytte fra det ene landet til det andre og i den sammenheng hjelpes til rette i det land der de befant seg. På 1800-tallet oppstod det imidlertid tvist mellom Norge og Sverige vedrørende omfanget og utstrekningen av den rett som tilkom samene i følge kodisillen. Dette ble innledningen til en lang rekke utredninger i svensk-norske komiteer.

Det interne reinbeitespørsmålet begynte man å utrede på begynnelsen av 1800-tallet. I 1882 ble det nedsatt en komité som hadde i oppdrag å utarbeide forslag til lovbestemmelser angående samene og deres forhold til de fastboende. Allerede det følgende år fremla komiteen sine forslag, som etter hvert førte til reinbeiteloven av 1886. Loven fastla bl.a. områdene der reindriftsamene hadde rett til å slippe sine rein på beite og de tider av året da reinbeiting var tillatt på disse områdene. Videre regulerte loven reindriftsamenes rett til å ta brensel og virke til boliger, forrådshus og inngjerding samt deres rett til å jakte og fiske til livets opphold. Den regulerte også reindriftsamenes forhold til den bofaste befolkningen, særlig deres plikt til å erstatte skader som reinen forårsaket. Den någjeldende reinnæringsloven fra 1971 bygger i store deler på denne loven.

Med reinbeitelovgivningingen fulgte en oppdeling av samene i Sverige i reindriftsamer og ikke reindriftsamer, en oppdeling som fortsatt har stor betydning. Bare samer som er medlemmer i en sameby kan drive reinnæring. Disse samene, som i dag utgjør omkring 2 500 mennesker, har også visse andre rettigheter, f.eks. når det

gjelder jakt og fiske. Andre samer, som i dag er i klar majoritet, har derimot ingen særskilte rettigheter i følge gjeldende rett. De har hatt vanskeligere for å opprettholde sin samiske identitet og mange har blitt assimilert i det svenske samfunn.

Det området der reinnæringen drives i Sverige i dag strekker seg fra Idre i Dalarna i sør til Treriksørøysen i nord og fra riksgrensen mot Norge i vest til kysten i øst. Dette området er i prinsippet inndelt i 51 samebyer. I tillegg kommer visse områder i Norge opp til riksgrensen der svenske samer har rett til å drive reindrift sommerstid. Innen det nevnte svenske området finnes visse enklaver der norske samer har rett til reinbeite vinterstid.

En sameby er dels et geografisk område, dels en økonomisk og administrativ sammenslutning. Samebyen har i følge § 9 i reinnæringsloven (1971:437) bl.a. til formål å forestå reindriften til medlemmenes felles beste. Samebyen representerer medlemmene i spørsmål som gjelder reindriften og medlemmenes felles interesser innen reinnæringen ellers (§ 10). Samebyen er rettslig representant ved tvister der det er konflikt mellom interessene når det gjelder bruk av jord m.m.. Det påligger videre samebyen å ivareta reinnæringens interesser i forskjellige forhandlinger med f.eks. statlige myndigheter. Også i kontaktene med kommunene, f.eks. når det gjelder planlegging og planarbeid, representerer samebyen reinnæringsinteressene.

2.2 DEN RETTSLIGE STILLING – GENERELT

Reindrift foregår i Sverige stort sett i hele Norrbottens, Västerbottens og Jämtlands län samt i deler av Kopparbergs og Västernorrlands län. Bruttoarealet av de svenske samenes reinbeiteområder utgjør ca. 165000 kvadratkilometer, hvorav omtrent 12000 kvadratkilometer ligger i Norge. I bruttoarealet er ikke medregnet visse større sjøer og heller ikke vassdrag som danner grenser mellom samebyer. Når bruttoarealet reduseres med vannområder, høyfjellsimpedimenter og bebygget og dyrket mark, gjenstår et nettoareal på ca. 137000 kvadratkilometer. Reinbeiteområdene omfatter i runde tall en tredjedel av Sveriges totale overflate. Vinterbeiteområdenes utstrekning er omtvistet i visse deler av området.

Reindriftsamenes antall i Sverige utgjør som nevnt ca. 2500 personer. Det finnes ca. 900 reinnæringsforetak. Det er imidlertid vanskelig å foreta en riktig beregning av antallet reindriftsamer. En av årsakene til dette er at reindriften ofte drives i kombinasjon med andre næringer. Det finnes dessuten ikke entydige vurderingskriterier for å avgjøre hvem som skal anses å være reindrivende medlem i en sameby.

Antallet rein varierer sterkt mellom perioder med gode og dårlige reinbeiteår. Ved reinteillinger og i reinlister registreres vinterreinbestanden, dvs. den reinbestand som i hovedsak forefinnes mellom slaktesesongen og kalvesesongen. I følge reinlistene fantes det 292000 rein i 1988.

Reinnæringen i Sverige reguleres i reinnæringsloven (1971:437). Loven trådte i kraft 1 juli 1971 og erstattet loven (1928:309) om de svenske lappenes rett til reinbeite i Sverige og loven (1960:144) om reinmerker.

Samenes rettigheter i følge reinnæringsloven har i loven fått fellesbetegnelsen reindriftsrett. Denne, som er eksklusivt forbeholdt samene, beskrives som en rett for samer til å utnytte land og vann til underhold for seg og sine rein. I retten inngår bl.a. rett til reinbeite, jakt, fiske og et visst skogsutbytte. Retten tilkommer den samiske befolkningen og bygger på «urminnes hävd». Den kan utøves av den som er medlem i en sameby.

I reinnæringsloven finnes bestemmelser om hvilke områder som kan anvendes til reinbeite og om beitetidens varighet. Reindriften kan foregå hele året på de

såkalte året-rundt-områdene i Norrbottens og Västerbottens läns lappmarker, dels ovenfor dyrkingsgrensen og dels nedenfor denne grensen, på land der skogsreindrift etter gammel tradisjon drives om våren, sommeren eller høsten, dersom området enten er reinbeiteland eller tilhører eller ved utgangen av juni 1992 tilhørte staten (kronojord). Reindrift kan videre drives hele året på reinbeitefjellene i Jämtlands län og innen de områdene i Jämtlands og Kopparbergs län som ved utgangen av juni 1992 tilhørte staten og var særskilt utleid til reinbeite.

De såkalte vinterbeiteområdene, der reindrift kan foregå i tiden 1. oktober til 30. april, omfatter dels andre deler av lappmarken nedenfor dyrkingsgrensen, dels slike områder utenfor lappmarken og reinbeitefjellene der reindrift tradisjonsmessig drives i visse tider av året.

For reindriften finnes samebyer med samer som medlemmer. De områder der reindriften kan foregå hele året er fordelt mellom slike samebyer i særskilte samebyområder. Samebyene forestår reindriften innen samebyens beiteområde og representerer medlemmene bl.a. i spørsmål som angår reindriftsretten.

Samebyen har som formål å forestå reindriften til medlemmenes felles beste. Samebymedlems rett til å delta i beslutninger om hvordan samebyen skal styres utøves på samebymøte. For å lede reindriften innen samebyen og forestå de nødvendige felles oppgaver finnes et styre som utpekes av samebymøtet. Samebyens utgifter for reindriften fordeles mellom reiene etter de rein de har.

Regjeringen kan beslutte bortfall av reindriftsretten på et bestemt område. Det kan skje hvis området trengs til formål som omfattes av ekspropriasjonslovens formålsbeskrivelse. Ved beslutning om bortfall av reindriftsrett skal det fastsettes erstatning for skade eller ulempe som rammer reindriften eller samenes jakt- eller fiskerett. Erstatning for skade eller ulempe som ikke rammer noen bestemt person, fordeles mellom den berørte samebyen og samefondet.

I andre tilfeller enn der reindriftsretten bortfaller kan den som eier eller bruker land der reindrift kan foregå hele året, ikke ved bruk av området foreta seg noe som medfører vesentlig ulempe for reindriften. Området kan allikevel anvendes i samsvar med fastsatt detaljplan eller for virksomhet som tillates etter særskilt godkjenning. I ikke ubetydelig utstrekning har reinbeiteområder mot erstatning blitt tatt i bruk for virksomhet som skal godkjennes etter vassdragsloven eller gruvelovgivningen. Gjennom bestemmelsene i loven (1987:12) om økonomisering med naturressursene m.m. har reindriften blitt gitt en sterkere stilling ved avveiningene mot andre interesser ved interessekonflikter om bruken av områdene.

Som hovedregel gjelder at verken samebyen eller et medlem av en sameby kan overføre rettigheter som inngår i reindriftsretten til andre. Utleie av kronmark ovenfor dyrkingsgrensen og på reinbeitefjellene besørges av fylkesmyndighetene. Den leie som oppkreves deles vanligvis likt mellom samebyene og samefondet. Innen nasjonalparkene er det Statens naturvårdsverk som er ansvarlig for markleiene.

Reinnæringsloven bygde opprinnelig ikke på noen utredning om samenes rettigheter, men tok i hovedsak utgangspunkt i det innhold disse rettighetene hadde i følge reinbeiteoven av 1928. Under lovarbeidet ble det konstatert at samene anså seg for å ha en sterkere rett til reinbeiteområdene enn det som var kommet til uttrykk i reinbeiteoven. I påvente av domstolsprøving av tvistespørsmålene måtte man imidlertid godta at lovgivningen bygde på samme grunnlag som tidligere. Den domstolsprøving man siktet til var den såkalte skattefjellsaken som ledet frem til en dom avsagt av Högsta Domstolen først i 1981 (NJA I 1981 s.1). I dommen ble det konstatert at samenes særskilte bruksrett til reinbeiteområdene, reindriftsretten, bygger på urminnes hevd. Dette har senere, som det fremgår ovenfor, kommet til uttrykk i reinnæringsloven.

I dommen uttalte Högsta Domstolen videre at en bruksrett av det angjeldende slag som hviler på privatrettslig grunn i følge "*Hans Åke Wängberg: Samenes rettslige stilling i Sverige*" i kapittel 2 § 18 i grunnloven [regeringsformen, (RF)], er beskyttet mot tvangsinngrep uten erstatning på samme måte som eiendomsretten. Den omstendighet at retten i dette tilfelle er regulert i lov, innebærer ikke at den ikke har slik beskyttelse. Rettigheten kan nok oppheves ved lovgivning, men så lenge den utøves kan den ikke tas fra innehaverne, verken i lovs eller annen form, uten erstatning i følge grunnlovens kapittel 2 § 18.

Reinnæringsloven av 1971 medførte gjennomgripende forandringer i de tidligere lappbyenes organisatoriske og økonomiske situasjon. Lappfogdorganisasjonen ble avskaffet og samebyene fikk selv ansvar for hvordan reindriften skulle organiseres og hvordan samebyenes økonomiske anliggender skulle håndteres. Ansvar for å løse interne konflikter og avhjelpe utilfredsstillende forhold innen reindriften ble flyttet fra lappfogden og länsstyrelsen til samebyene og deres styrer.

Spørsmål forbundet med reinnæringen ble tidligere behandlet av landbruksnemndene i Jämtlands, Västerbottens og Norrbottens län. 1 juli 1991 overtok länsstyrelsen landbruksnemndas oppgaver. Beslutninger i reindriftsaker ble innen länsstyrelsen truffet av et særskilt reinnæringsutvalg.

Til forskjell fra de strengt myndighetsregulerte lappbyene har samebyene en selvstendig stilling, samtidig som ansvaret for reindriften er overført fra de enkelte eierne til samebyen. Medlemmenes rein skal være slått sammen til et passende antall rasjonelle driftsenheter med felles arbeidsledelse. Samebyens styre eller personer styret utpeker skal lede virksomheten. Samebyene bestemmer selv hvordan man vil organisere sin virksomhet.

2.3 SÆRSKILT OM REINDRIFTSRETTE

Samenes rettigheter når det gjelder å la sine rein beite over store områder samt retten til å jakte og fiske bygger, som det fremgår av det ovennevnte, ikke primært på lovgivning eller på leieforhold etter særskilte avtaler. Derimot er utøvelse av reindriftsretten nærmere regulert i den til enhver tid gjeldende lovgivning. På den måten minner altså reindriftsretten om eiendomsretten, som også består uten lovgivning, men hvis innhold og utøvelse reguleres gjennom bestemmelser i ulike lover. Konstateringen av at reindriftsretten som grunnlag har urminnes hevd og ikke hviler på avtaler eller lovgivning, er av betydning for reindriftsamenes stilling og næringstrygghet. Den er også av betydning for hele det samiske folk ved at dets kulturtradisjoner i så høy grad er knyttet til reindriften. Tidligere uklarheter om hvilken karakter samenes rettigheter har, har hatt negative konsekvenser for reinnæringen. Mange misforståelser og konflikter kan trolig henføres til denne tidligere uklare rettsstilstanden. På bakgrunn av dette er det betydningsfullt at reindriftsrettens natur nå har kommet til uttrykk i reinnæringsloven, idet det der angis at reindriftsretten bygger på urminnes hevd.

De rettigheter som i følge reinnæringsloven tilkommer samene, har i loven fått fellesbetegnelsen reindriftsrett. Reindriftsretten beskrives i reinnæringslovens § 1 som en rett for den som er av samisk herkomst til å bruke land og vann til underhold for seg og sine rein. I retten inngår bl.a. reinbeite, jakt, fiske og et visst skogsutbytte. Reindriften kan foregå på så vel statlig og kommunal som privat grunn.

Reindriftsretten som sådan medfører imidlertid ikke uten videre rett til å utøve reindriften. Av reinnæringsloven § 6 følger at det for reindriften finnes samebyer og at i prinsippet all den grunn som reindriften kan foregå på, er fordelt mellom disse samebyene. Ifølge § 15 kan samebyens beiteområde brukes til reinbeite av samebyen for medlemmenes felles behov. Jakt og fiske kan etter § 25 bare utøves av den

som er medlem av en sameby. Denne begrensning skyldes næringsmessige hensyn og har eksistert siden den første reinbeiteloven av 1886.

Antallet rein begrenses av tilgangen på beite og bestemmer dermed det antall personer som kan livnære seg ved reindrift. Reinnæringslovens bestemmelser om at reindriften skal foregå innenfor samebyer, innebærer altså en nødvendig begrensning av reindriftsretten. Denne er en rett som tilkommer den samiske befolkningen og innebærer at hvert medlem av denne befolkningen, dvs. enhver same, kan utøve reindrift i henhold til reinnæringslovens bestemmelser. Det sistnevnte innebærer bl.a. krav om medlemskap i sameby.

Reindriftsretten er således forbeholdt den som er same og er en rett som verken kan overdras eller leies ut. Derimot kan den som har giftet seg med en same og ikke selv er same, bli delaktig i reindriften ved at han blir opptatt som medlem i en sameby. Spørsmålet om medlemskap avgjøres av samebyen og er avhengig av om den som har til hensikt å foreta reindrift innen samebyens beiteområde, er eller har vært knyttet til reindriften innen samebyen. Noen alminnelig akseptert definisjon av begrepet same har hittil ikke forekommet i svensk lovgivning, loven stiller ikke noe annet krav enn at vedkommende tilhører den samiske folkegruppen, en tilhørighet som kan ha sitt utspring i et fjernt ledd. Av lovteksten fremgår bare at med same menes den som er av samisk herkomst.

Reindriftsretten er i sin egenskap av bruksrett ifølge skattefjelldommen uttømmende regulert i reinnæringsloven. Dette gjelder ifølge Högsta Domstolen «også de rettigheter til grustak og lignende til husbehov, til annet beite enn reinbeite og til slått, som ikke omtales i loven», men disse rettighetene inngår ifølge Högsta Domstolen i reindriftsretten.

Om dette kan man av skattefjelldommen se bl.a. følgende: Noen rett til grustak omtales ikke uttrykkelig i reinbeitelovene av 1886 eller 1898. Imidlertid kan en rett til uttak til eget bruk av grus sannsynligvis innfortolkes i samenes alminnelige rett til å bruke land og vann. I hvert fall en viss rett til grus var tydelig forutsatt i reinbeiteloven av 1928, i § 56 fastsettes nemlig forbud mot at lapper leier ut grustak til andre bl.a. på skattefjellet. Reglene om dette var utformet på samme måte som reglene om utleie av slåttemark og beitemark. Utleie kunne altså foretas av länsstyrelsen, under forutsetning av at det kunne skje uten fortrengsel for eller skade på reindriften. Utleie skulle skje mot betaling, og det som kom inn skulle anvendes til formål som tjente samene.

Ifølge gjeldende rett kan rett til grustak på mark ovenfor dyrkingsgrensen som står til statens umiddelbare disposisjon og på reinbeitefjellene, fortsatt ikke leies ut av samene selv, men av myndighetene, dersom utleien kan skje uten vesentlig ulempe for reindriften (reinnæringsloven § 32). Staten må betale erstatning for den skade eller ulempe for reindriften som utleien medfører (samme lov § 34). Motivene til denne endringen i forhold til loven av 1928 finnes i proposisjonen til reindriftsloven (prop. 1971:51 s 133). Som grunn er først og fremst påberopt at naturforekomster som grustak, vannkraft og ikke mutbare mineraler ikke kan henføres til eienommenes vanlige avkastning og at den særskilte verdi som et område kan ha på grunn av forekomsten av en slik ressurs, ikke omfattes av samenes bruksrett.

Högsta Domstolen konstaterte deretter at samene – hvilket staten innrømmet i saken – må anses fortsatt å ha en rett til å ta grus til eget bruk, hvilket er en del av den reindriftsrett som tilkommer dem i henhold til reindriftsloven. Reinnæringsloven inntar, som det fremgår av ovenstående, et standpunkt som stemmer med det alminnelige prinsipp om grunneierens rett til grusforekomstene på eienommen.

Retten til annet uttak er regulert på samme måte som grustak i reinnæringsloven og må ifølge Högsta Domstolen bedømmes på tilsvarende måte.

Retten til annet beite og til slått må, i den utstrekning godene trenges til samenes eget underhold, ifølge Högsta Domstolen anses som å inngå i den reindrifftsrett som de tilkommer ifølge reindrifftsloven.

I lovgivningen finnes bestemmelser som direkte tar sikte på å beskytte reindrifftsretten, men også bestemmelser som mer indirekte får betydning for innehavere av reindrifftsrett. Til den siste kategorien hører bestemmelsene i skogbrukslovgivningen som krever at det tas hensyn til reinnæringen.

I skattefjellsaken uttaler Högsta Domstolen at den samiske bruksretten står på privatrettslig grunn og at den på samme måte som eiendomsretten er beskyttet mot tvangsinngrep uten erstatning. Ifølge Högsta Domstolen representerer reindrifftsretten en heftelse på de eiendommer der den kan utøves, og den utviser også ellers store likheter med bruksrett og annen liknende rett til fast eiendom.

Reindrifftsretten hefter på eiendommene innen en drøy tredjedel av Sveriges overflate, men medfører i alminnelighet en ekstensiv utnyttelse av grunnen. Reinnæringen utnytter ulike landområder mer eller mindre intensivt. Visse områder er særlig betydningsfulle og benyttes regelmessig, mens andre er av liten betydning og benyttes mer sporadisk, i visse tilfeller med flere års mellomrom. Reindrifftsretten er sterkest på året-rundt-markene. Den varierer imidlertid i styrke fra trakt til trakt, og også over tid, avhengig av hvordan reindrifften foregår.

Ifølge reindrifftsloven § 3 nr 2 kan reindrifft foregå i tiden 1. oktober til 30. april bl.a. innen de trakter utenfor lappmarkene og reinbeitefjellene der reindrifft fra gammelt av foregår i visse tider av året. Mot denne bakgrunnen er det knapt mulig å angi med generell gyldighet hvordan reindrifften belaster de enkelte eiendommene og hvilke innskrenkninger i utnyttelsen som retten medfører for eierne av disse eiendommene eller i det hele å angi hvilke eiendommer som reindrifftsretten hefter på.

Som Högsta Domstolen fremholdt er reindrifftsretten således i flere henseender spesiell. Samerettskomiteen foreslo at det bl.a. i reindrifftsloven skal inntas en bestemmelse om at reindrifftsretten utgjør en særskilt rett til eiendom. Ifølge utredningen er det av stor betydning bl.a. for erstatningsspørsmålene at reindrifftsretten behandles som en privat interesse, en særskilt rett til eiendom, og ikke bare en allmenn interesse som det skal tas hensyn til. Noen bestemmelse av det slag som samerettsutredningen foreslo, er ikke inntatt i reindrifftsloven, men av dens forarbeider (prop. 1971:51 s. 126) fremgår klart at reindrifftsretten er å betrakte som en særskilt rett til eiendom.

Den grunnleggende rettigheten i reindrifftsretten er beiteretten, dvs. retten for medlem i sameby til å la reinene beite innenfor samebyens del av reindrifftområdet. Beiteretten og den tilknyttede retten til å utnytte grunnen til forskjellige innretninger til reindrifften er kollektiv for samebyens reindrivende medlemmer. I andre sammenhenger omfatter reindrifftsretten momenter av individuell art, som når det gjelder jakt og fiske. Det kan nevnes at i beiteretten inngår i prinsippet alt som reinen kan føres med, som gress, urter, lav, sopp og i visse tilfeller til og med løvtrær, som kan felles hvis det er uomgjengelig nødvendig for å skaffe fôr til reinen.

Sameby kan innen samebyens beiteområde gjerde inn hager eller sette opp annet stengsel for reinen, reinslakteri eller annen innretning som er nødvendig for reindrifften. Videre kan samebyen eller medlem i samebyen oppføre reinvakthytte, gamme, oppbevaringsskjul eller annen mindre bygning som trengs for reindrifften. I visse tilfeller kreves det allikevel at grunneieren anviser plass for innretningen. Godtas ikke den anviste plassen, bestemmer länsstyrelsen plassen.

Dersom det trengs materiale til en innretning eller bygning som nevnt ovenfor, kan det avvirkes skog på de deler av beiteområdene som hører til lappmarkene, reinbeitefjellene eller de områdene i Jämtlands og Kopparbergs län som ved utgangen

av juni 1992 tilhørte staten og var særskilt utleid til reinbeite. Sistnevnte bestemmelse er gitt for at Domänverkets privatisering ikke skal medføre noen svekkelse av samenes rettigheter. Innen de nevnte delene av beiteområdet kan også de enkelte medlemmer av samebyen ta brensel og virke til håndverksarbeider. På den delen av beiteområdet som ligger utenfor lappmarkene og reinbeitefjellene, kan det allikevel bare tas tørre trær, vindfall, skogsavfall, furu- og granbar, eller for tilfeldig behov, løvtrær som vokser på utmark.

Same som ikke er medlem i noen sameby, men som i ikke uvesentlig omfang driver med samehåndtverk kan, hvis han er bosatt innen Norrbottens, Västerbottens, Jämtlands eller Kopparbergs län, av sin länsstyrelse få tillatelse til å ta virke for formålet til eget behov på grunn som tilhører staten eller tilhørte staten og som ligger innenfor lappmarkene, reinbeitefjellene eller var særskilt utleid til reinbeite. Bartrær i vekst kan allikevel bare avvirket etter anvisning av eier eller bruksberettiget til grunnen.

Medlem i sameby har rett til å ta virke til oppføring eller ombygging av familiebolig dersom virket tas på kronmark som staten direkte disponerer eller ved utgangen av juni 1992 disponerte direkte, eller på grunn som er utskilt til allmenningsskog.

Hvis en same tilfeldig oppholder seg innen en annen samebys beiteområde for reinskilling eller annet formål som står i forbindelse med reindriften, kan han ta brensel til eget behov.

Det skal betales erstatning for voksende trær som tas. Dog skal det ikke betales erstatning for skog som avvirket på kronmark som staten direkte disponerer eller ved utgangen av juni 1992 disponerte direkte eller på grunn som er utskilt til allmenningsskog. Det samme gjelder voksende løvtrær som ellers tas innen lappmarkene, på reinbeitefjellene eller innen de områder i Jämtlands og Kopparbergs län som ved utgangen av juni 1992 tilhørte staten og var særskilt utleid til reinbeite.

Avvirking kan forbys for en viss tid hvis det trengs for å bevare skogen eller for skogens gjenvekst.

Når det gjelder rett til jakt og fiske inneholder reinnæringsloven følgende regler:

Medlem i sameby kan drive jakt og fiske i utmark innen de deler av samebyens beiteområde som tilhører reinbeitefjellene eller lappmarkene, når reindrift er tillatt der. Sameby medlem som i forbindelse med reindriften oppholder seg innen annen samebys beiteområde, kan drive jakt og fiske der, men bare til eget underhold.

Hvis bjørn, ulv, jerv eller gaupe bevislig oppholder seg i trakten, kan jakt på slikt dyr foretas på ovennevnte grunn innen annen samebys beiteområde hvis länsstyrelsen gir tillatelse til det.

Innen de områder i Jämtlands og Kopparbergs län som ved utgangen av juni 1992 tilhørte staten og var særskilt utleid til reinbeite, kan sameby medlem fiske til eget husbehov og drive jakt på rovdyr innen samebyens beiteområde hvis länsstyrelsen gir tillatelse til det.

Lovgiveren har – som det påpekes i forarbeidene til lovstedet – funnet det unødvendig å nevne særskilt at samene er underkastet vanlige begrensninger når det gjelder utøvelse av jakt og fiske, dvs. at bestemmelsene om fredning, fredningstider, fangstmåter o.l. også gjelder for samer.

Når det gjelder elgjakten, reguleres den på samme måte som annen jakt i jaktloven (1987:259). Ifølge lovens § 33 kan jakt på elg bare skje i henhold til lisens gitt av länsstyrelsen og innen et område som länsstyrelsen har registrert som område for lisensen (lisensområde). Dette gjelder såvel for samer som for øvrige innehavere av jaktrett. Om lisensområdet sies at det skal være av slik størrelse og beskaffenhet for øvrig at det er egnet for elgjakt, og at länsstyrelsen kan nekte å registrere et område

som lisensområde dersom området ikke tillater felling av minst ett voksent dyr i året. Elgjakten er når det gjelder jakttider, meldeplikt m.m., utførlig regulert i jaktforordningen (SFS 1987:905) som er gitt i medhold av jaktloven og i Statens Naturvårdsverks jaktkunngjøring (SNFS 1994:3).

Søknad om registrering av lisensområde skal ifølge jaktkunngjøringen sendes inn av innehaveren av jaktretten eller, om det er flere innehavere, av en representant utpekt av dem, og stiles til länsstyrelsen. Dit skal i henhold til kunngjøringen også søknad om jakt-lisens sendes. Lisens kan meddeles fysisk eller juridisk person og skal gjelde minst én voksen elg i året. Lisensen kan gjelde tildeling for flere år samlet (flerårslisens). Når det gjelder samebyene, er det vanligvis slik at samebyen får tillatelse for et visst antall dyr, som den i sin tur fordeler mellom sine medlemmer.

I en generell veiledning som er vedlagt jaktkunngjøringen henvises til at elgforvaltningen, i følge Riksdagens beslutning av 1987 i forbindelse med proposisjonen til jaktloven, bør ta sikte på å skape og på lang sikt bevare en livskraftig elgstamme av høy kvalitet, og at elgstammens størrelse ved passende felling bør tilpasses beitetilgangen, næringene i området og trafikksikkerheten. Videre henvises til at Riksdagens beslutning av 1991 om å vedta proposisjonen Jakt og Viltvård, bl.a. innebærer at jegere og grunneiere i fremtiden sammen skal ta større ansvar for stell av elgstammen. Det forutsettes at det foregår årlige konsultasjoner mellom jegere og grunneiere om stell av elgstammen. Underretning om konsultasjonene bør gis til länsstyrelsen sammen med opplysninger om det forslag til felling en er blitt enig om. Om partene ikke blir enige, skal de ulike meningene oppgis i underretningen.

Ifølge jaktforordningen er jakt på elg bare tillatt i visse tider, som oppgis i et vedlegg til forordningen. Ifølge dette vedlegget gjelder bl a følgende: Den særskilte jakttiden skal fastsettes til en eller flere perioder som til sammen omfatter minst 70 dager. Hvis det foreligger spesielle grunner, kan likevel länsstyrelsen vedta kortere jakttid. For områder som ligger i Jämtlands län i reinbeitefjellene, i Västerbottens län ovenfor dyrkingsgrensen og i Malå sameby samt i Norrbottens län ovenfor lappmarksgrensen kan länsstyrelsen i de respektive län vedta en jakttid på mindre enn 70 dager dersom det er nødvendig av hensyn til reindriften eller snøforholdene. Område som allmennheten pleier å anvende til friluftsmål, kan unntas fra jakt søndager og helligdager samt dag før søndag og helligdag. Jakttiden skal ta til i Jämtlands län første mandag etter 4 september, i Västernorrlands län annen mandag i september, i Västerbottens og Norrbottens län første mandag i september. Jakt skal ikke forekomme etter utløpet av februar. Av jaktforordningen fremgår også at innehaver av jaktrett skal melde resultatet av jakten til länsstyrelsen innen to uker etter utløpet av jakttiden, selv om det ikke er felt noen dyr. I forbindelse med meldingen skal innehaver av jaktrett erlegge en avgift til länsstyrelsen for hver voksen elg som er felt, etter årlig beslutning av länsstyrelsen. Avgiften går til et elgforvaltningsfond i lenet.

Når det gjelder småviltjakten, er det nå som tidligere länsstyrelsen som avgjør spørsmålene om utleie. Det nye er at staten, etter at den tidligere i ulike sammenhenger har inntatt det standpunkt at jakt- og fiskeretten tilkommer samene alene, nå gjør gjeldende at staten som grunneier er innehaver av jaktrett, uten for den saks skyld å bestride den rett til jakt som tilkommer samene. Tvisten er utvidet ved at staten har endret sine retningslinjer når det gjelder utleien, hvilket innebærer at småviltjakt skal leies ut av staten i vesentlig større omfang enn tidligere. Således er det uttalt at i prinsippet bør all statsgrunn ovenfor dyrkingsgrensen og på reinbeitefjellene leies ut til småviltjakt dersom det ikke oppstår ulempe av noen betydning for reinnæringen eller når samebymedlems rett til jakt eller fiske ikke går for nær. I prinsippet skal alle som ønsker, kunne drive småviltjakt innen et område. Endringen var således uttrykk for et ønske om økt salg av jakt- og fiskekort, men innebar også

at staten på en måte som tidligere ikke forekom, gjør gjeldende at den som grunneier har den jaktrett som følger av eiendomsretten til grunnen og som kan leies ut til andre, for eksempel småviltjakt.

En sameby eller et medlem i en sameby kan ikke overføre rettighet som inngår i reindriften til utenforstående.

Til vern om reindriftsretten er det fastsatt at utleie av bruksrett på kronmark ovenfor dyrkingsgrensen som staten direkte disponerer og på reinbeitefjellene bare kan skje dersom utleien kan foregå uten vesentlig ulempe for reindriften. Gjelder utleien rett til jakt og fiske, kreves det dessuten at utleien er forenlig med god jaktskjøtsel eller fiskeskjøtsel og kan skje uten sjenerende inngrep i samenes rett til jakt eller fiske. Utleie av hele fisket i et bestemt vann kan bare skje dersom samebyen samtykker i det. Spørsmål om utleie prøves av länsstyrelsen. En utleie som ikke gjelder nyttiggjøring av naturforekomster eller skogsavvirkning, skal som regel skje mot avgift, som skal fordeles mellom Samefondet og den berørte sameby. Gjelder utleien utnyttelse av naturforekomster, skal staten gi erstatning for den skade eller ulempe for reindriften som utleien medfører. Tilkommer ikke erstatningen noen bestemt person, fordeles den på ovennevnte måte.

2.4 SAMETINGET

For å bedre de svenske samenes muligheter til, som en minoritet blant landets befolkning, å holde sin kultur levende, ble det i 1993 opprettet et særskilt statlig organ – Sametinget – hvis medlemmer utpekes ved valg blant den samiske befolkningen.

Grunnleggende bestemmelser om Sametingets oppgaver og om hvordan det utpekes og organiseres er gitt i en særskilt lov – sametingsloven – som trådte i kraft 1 januar 1993.

Det første valget til Sametinget fant sted i mai 1993, og tinget begynte sin virksomhet i august samme år etter at det var høytidelig innviet av kong Carl XVI Gustav.

For at man skal kunne avgjøre hvem som har stemmerett ved sametingsvalget og hvem som er valgbare til det, inneholder sametingsloven en definisjon av begrepet same, som i hovedsak svarer til den norske definisjonen. Med same menes i sametingsloven således den som anser seg for å være same og

1. sannsynliggjør at han har eller har hatt samisk som språk i hjemmet, eller
2. sannsynliggjør at noen av hans foreldre eller besteforeldre har eller har hatt samisk som språk i hjemmet, eller
3. har en forelder som er eller har vært opptatt i manntallet over stemmeberettigede ved sametingsvalget.

Sametinget har som oppgave å arbeide for en levende samisk kultur og i den forbindelse ta initiativ til aktiviteter og foreslå tiltak som fremmer denne kulturen. Til Sametingets oppgaver hører særskilt å:

1. treffe beslutning om fordelingen av statens bidrag og av midler fra Samefondet til samisk kultur og samiske organisasjoner samt av andre midler som stilles til samenes felles disposisjon,
2. utpeke styre for sameskolen,
3. lede det samiske språkarbeidet,
4. ta del i samfunnsplanleggingen og overvåke at det tas hensyn til samiske behov, deriblant reinnæringens interesser når det gjelder utnyttelse av land og vann,
5. informere om samiske forhold.

Ved siden av den brede oppgave å arbeide for en levende samisk kultur er Sametinget således tillagt visse spesielle oppgaver som er mer vanlig for forvaltningsmyndigheter. Man har funnet det riktig at tinget på et innledende stadium bare gis et begrenset antall slike oppgaver, for så å bli tildelt nye oppgaver når utviklingen har vist hva som er hensiktsmessig. Særskilt har man understreket Sametingets ansvar for at reinnæringens interesser iakttas ved utnyttelsen av land og vann. I sametingslovens forarbeider er det uttalt at det på noen års sikt og når erfaring om Sametingets virksomhet foreligger, kan være grunn til å overveie om ikke Sametinget kan overta visse myndighetsoppgaver på reinnæringens område.

Sametinget er organisert som en valgt representativ forsamling med 31 medlemmer. Tinget har et styre utpekt av tinget. Regjeringen oppnevner lederen av Sametinget etter forslag fra tinget. Sametinget utpeker også en valgkomité som har til oppgave å stå for valget til tinget.

Sametingets medlemmer velges av samene ved direkte valg i et proporsjonalt valgsystem. Hele landet utgjør én valgkrets. Valg til Sametinget holdes hvert fjerde år, den tredje lørdagen i mai. Valget skjer ved at det avgis stemme enten i et valglokale eller ved brev.

2.5 SMÅVILTJAKT OG FISKE

Samtidig med at styresmaktene vedtok å opprette Sametinget ble det truffet beslutning om vesentlig økede muligheter til utleie av rett til jakt og fiske på statens grunn ovenfor dyrkingsgrensen og i reinbeitefjellene. I prinsippet kan nå all statlig grunn ovenfor dyrkingsgrensen og på reinbeitefjellene leies ut til småviltjakt, såfremt det ikke oppstår ulempe av betydning for reindriftnæringen eller når samebymedlems rett til jakt eller fiske ikke går for nær. I prinsippet skal alle som ønsker det, kunne drive jakt på småvilt innen et område. Også utleie av sportsfiske med krok anses å kunne skje i betydelig større omfang enn tidligere uten at det oppstår ulemper av betydning for reinnæringen.

Disse standpunktene fra styringsmaktenes side har vakt en voldsom reaksjon fra samenes side. De mener at staten har trådt samenes jakt- og fiskerett for nær, samtidig som man ensidig har fragått tidligere standpunkter som fastslo at jakt- og fiskerett i disse områdene eksklusivt tilkommer samene som en følge av reindriftsretten og basert på urminnes hevd. Fra samisk hold hevdes det at utleie av jakt og fiske til utenforstående nok bør kunne skje, men da administrert av samene selv.

Et visst tilbaketog fra statens side har funnet sted ved at den økte utleieadgangen i første omgang skal gjelde i en prøvetid på tre år med evaluering av resultatene våren 1996.

Sametinget har oppnevnt en komité som har i oppdrag å foreta en kritisk gjennomgang av det rettslige grunnlaget for statens handlemåte.

2.6 PÅGÅENDE UTREDNINGER

I tillegg til den pågående utredningen om det rettslige grunnlaget for statens handlemåte når det gjelder jakt og fiske, har Sametinget tatt initiativ til ytterligere et par utredninger, en om skogsamebyenes rettslige stilling og en om forutsetningene for å endre Muonio konsesjonssameby til skogsameby. Det er i dag uvisst når disse utredningene vil være klare.

KAPITTEL 3

Heikki J. Hyvärinen:¹⁹⁴
Samenes rettslige stilling i Finland**3.1 SAMENE I DAG***Folk og område*

Samene i Finland, Nord-Skandinavia og på Kolahalvøya er en urbefolkning, hvis historie strekker seg bakover i tiden til før de nåværende statene ble dannet og fikk sine grenser. Samene har et eget språk og en egen kultur som utgjør et viktig grunnlag for deres identitet. Størstedelen av de finske samene bor i samenes bosetningsområde i den nordligste delen av Lapplands län.

Samenes bosetningsområde omfatter Enontekis, Enare og Utsjoki kommuner samt reinbeitelaget Lappis område i Sodankylä kommune. Området ble for første gang klart avgrenset i 1973 i forordningen (824/73) om representasjon for samene (senere Sameparlamentet). Samenes bosetningsområde utgjør omtrent 35.000 kvadratkilometer, som utgjør drøyt en tredjedel av Lapplands län eller en tiendedel av hele Finlands areal.

Samene har fra gammelt av kalt seg selv samer (på samisk sápmelas, sámi olmos). Det nordiske sameråds finske seksjon foretok i 1962 som grunnlag for definisjonen en folketelling vedrørende samer med samiske språk. Fra og med 1973 begynte man å anvende benevnelsen same som offisielt begrep i lovgivningen. Med same forstås for tiden i overensstemmelse med loven (516/91) om bruk av samisk hos myndighetene en person som selv anser seg for å være same forutsatt at han eller hun selv, eller i hvert fall en av hans eller hennes foreldre eller besteforeldre har lært samisk som første språk. Definisjonen av same er altså en etnisk benevnelse på en person som tilhører en nasjonal minoritet og en urbefolkning i Finland.

I Finland var i det 1992 ca. 6.400 samer. Mindre enn halvparten av samene oppgir å ha lært samisk som første språk. Det finnes tre forskjellige samiske språk eller dialekter i Finland: enaresamisk, skoltsamisk og nordsamisk. Størstedelen (80 %) av samene i Finland tilhører den nordsamiske språkgruppen. Antallet enaresamer er ca. 500 og antallet skoltsamer ca. 700.

I lovgivningen om skoltsamene har man i etterkrigstiden betraktet dem som en evakuert befolkning. I gjeldende skoltlov (253/95) har man definert skoltsamene på stort sett samme grunnlag som andre samer. For skoltsamene finnes det i Enare kommune et særskilt skoltområde som utgjør en del av samenes bosetningsområde. Behandlingen av skoltspørsmål etter skoltloven baserer seg på skoltsamenes tradisjoner med samebymøte, skoltråd og tillitsmann. Disse har bare rådgivende funksjon.

Det bor ca. 4.000 samer i samenes bosetningsområde. De utgjør en tredjedel av hele befolkningen (under 12.000) i området. Flest samer finnes i Enare kommune (over 2.000). I Utsjoki kommune er samene i flertall og i Enontekis kommune utgjør de en sjettedel av befolkningen. Etter at det relative antallet samer stadig sank i første halvdel av 1900-tallet, har det fra og med 1960-tallet holdt seg nokså konstant.

194. Heikki J. Hyvärinen er jur. kand. og juridisk sekretær i Delegationen for sameärenden (det finske Sameparlamentet).

Næringsveier

Samenes tradisjonelle bruk av land og vann baserer seg på reindrift, fiske, jakt og sanking. I dagens situasjon er reindriften den mest betydningsfulle næringen for samene så vel i kulturelt som i økonomisk henseende. Samene driver ofte disse næringene som kombinasjonsnæringer, i Enare og Utsjoki også ved siden av småbruk. Enontekis- og Sodankyläsamene er for det meste reindriftsamer. Omtrent 85 % av reinen på samenes bosetningsområde eies av samene. En tredjedel av samene på samenes bosetningsområde livnærte seg i 1985 av primærnæringer (tradisjonelle næringer sammen med jordbruk eller av jordbruk alene), mens tilsvarende tall for hele Lappland var ca. 13 %. (Helander 1991:69,114). Primærnæringene i samenes bosetningsområde drives enten på egen eiendom eller på statens skogsgrunn. Eiendomsbrukere av fast eiendom er både samer og andre.

I loven (71/23) om naturvern har man fremdeles betegnelsen «nomadiserende lapp». Begrepet «lapp» i loven henviser ikke til en persons etniske bakgrunn, men til jordbeskatningen og dens bakgrunn. Noe annet er at de mennesker som i offisielle sammenhenger kaltes lapper, selv kalte seg samer.

3.2 SAMENES HISTORISKE STILLING I LAPPMARKEN

Det meste av den nåværende finske stat tilhørte Sverige og var undergitt svensk rettsvesen frem til 1809. Fra 1809 til 1917 hadde Finland stilling som autonomt område under det russiske rike, men bevarte sitt tidligere rettssystem. Deretter har Finland bestemt over sitt rettssystem som suveren stat.

Finland under Sverige

På 1600- og 1700-tallet utgjorde samene en fast del av det svensk-finske samfunnet. I 1602 ga regenten samene rett til å sende representanter (mellom tre og seks) fra Torne og andre lappmarker til Sveriges riksdag (Westin 1965:9). Dette skjedde allikevel ganske sjelden. Ved riksdagen 1765/1766 ble samene, «denne fjerne og fattige bondebefolkning», fritatt for riksdagsrepresentasjonen (Sjölin 1981:77 ff).

Samenes stilling som en særskilt gruppe borgere fremgår klart av Sveriges alminnelige landslov, som ble trykt første gang i 1608. Både på lovbookens tittelblad og i bokens stadfestelse står kong Karl 9 titulert som «Lappars i Norlanden... konung» (Korpijaakko-Labba 1989/1994:5). Fra og med denne tiden hørte samene under statens rettsvesen og stod under rettsvesenets beskyttelse, hvilket også Sveriges høyesterett hadde som utgangspunkt i sin avgjørelse i tvisten mellom samene og staten i det såkalte Skattefjällsmålet (NJA 1981:173).

Fra gammelt av ble rikets nordligste del kalt Lappmarken. Lappmarken var reservert for samenes husholdningsmåte med samenæringer – jakt, fiske og reindrift – som hovednæringer, mens det sørligere «Landet eller landsbygden» var bøndernes område. Mellom Lappmarken og «landet» fantes en lappmarksgrense, som Sveriges konger og riksdager hadde godkjent beliggenheten av i forskjellige sammenhenger (Korpijaakko-Labba 1989/1994:52 ff). Et kjent grensested ved lappmarksgrensen var i Songamuotka der man ennå i dag kan se tallene 609, altså 1609, dvs. det år da grensen ble merket opp, innhogget i stein (Julku 1991:47). I 1751 og 1762 forordnet kongen fastlegging av Torneå og Kemi lappmarkers grense mot Västerbotten. Lappmarksgrensen ble så merket i terrenget med grensemerker og nødvendige protokoller og grensekart ble utferdiget (Julku 1991:36 ff). Kemi lappmarks sørgrense nær grensen mot Russland ble fastlagt i et kongelig brev av 1796. Grensen ble da – som tidligere – bestemt for å atskille bøndernes og samenes beskatningsområder «så

ingen bonde, for å unndra seg bondeskatten og svare lappeskatt, på egen hånd skulle legge seg inn under Lappmarken». (Malmgren 1870:60 ff).

Den del av Lappmarken som i dag ligger på finsk side, var oppdelt i Torne og Kemi lappmarker (fogderier). Til Torne lappmark hørte også områder som nå er svenske og norske. Da kong Karl 9 sendte sin fogd til Lappmarken i 1611, bestemte han at denne «skulle holde lappene etter Sveriges lov og rett aldeles etter den trykte lovbok, som Vi har sendt med ham, og ikke på noen måte la dem vederfares noen urett eller overgrep» (Hafström 1973:99). Administrativt hørte disse lappmarkene til Västerbottens län og juridisk under Svea hovrätt (fra 1614).

I kirkelig henseende hørte tornesamene til Härnösands stift og kemisamene til Åbo stift. Lappmarken var i henhold til lappmarksplakaten fra 1673 inndelt i prostier, sogn og kapellanmenigheter, som bestod av en eller flere samebyer. Samene fungerte både som tjenestemenn og tillitsmenn i menighetene.

Den administrative og judisielle lokalforvaltningen ble i Lappmarken tatt hånd om innen rammen av samebyer, som først og fremst var privat- og skatterettslige enheter. I ledelsen av hver sameby fantes en samelensmann som ble assistert av en lensmannsbetjent, samiske domsmenn og byens samiske bønder (som byalag) i overensstemmelse med samefogdinstruksjonene fra 1695 og 1760. I samebyene holdt underretten årlige ting med svensk fagdommer og lokal meddomsrett. Tingprotokollene finnes bevart i en ganske enhetlig serie helt fra 1630-tallet.

Samebyene hadde fra gammelt av faste grenser som ble respektert også i traktater mellom statene. I følge fredstraktaten mellom Sverige og Russland i Teusina i 1595 ble grensen i nord mellom landene i 1596 fastsatt til å gå over Enare trask til Varanger og Neiden «som skiller de tre tidligere nevnte lappbyers grenser» (Julku 1987:390). Likeledes nevnes samebyens grenser i lappekodisillen til grensetraktaten mellom Sverige og Norge fra 1751 «imellem Bonnæs-Field og Halde, hvor Koutokeino Grendser begynner».

Det finnes tre parter som i historiens løp har gjort krav på rettigheter til land og vann i Lappmarken: samer, nybyggere og staten. Disse partene kan ha ervervet eiendomsrett til jorden eller tilsvarende eksklusiv rett til områder eller annen fast eiendom i henhold til den lovgivning som var gjeldende ved ervervet. Dette gjelder også staten. Har noen av partene ervervet en slik rett har retten – i overensstemmelse med professor Mikael Hidéns ekspertuttalelse til Riksdagens grunnlovskomiteé – ikke tapt sin betydning eller opphørt bare av den grunn at det er gått lang tid eller at noen av partene tror at vedkommende rett ikke lenger gjelder. Retten opphører bare ved lovgivernes uttrykkelige standpunkt om at retten ikke lenger eksisterer, eller gjennom lovlig truffet forvaltningsbeslutning, hvorved retten i klare ordelag oppheves, eller der det like klart går ut fra at retten ikke lenger eksisterer. (Hidén iflg. Hyvärinen 1988:161).

Den ovennevnte ekspertuttalelse ble avgitt til grunnlovskomiteen i 1978 i forbindelse med riksdagsbehandlingen av Regjeringens proposisjon (RP 243/1976 rd) med forslag til spesiallovgivning om grenser i vassdrag og fisket i de tre nordligste kommunene.

Etter svensk rett var det på 1600-tallet mulig å erverve eiendomsrett – eller datidens tilsvarende «skattemannarätt» – til herreløs mark uten jordvei og fast bosetning kun ved å bruke området til reindrift, jakt og fiske som samene gjorde. Dette krevde dog i følge Sveriges høyesteretts dom i Skattefjällsmålet at bruken av området var intensiv, vedvarende og vesentlig uforstyrret av utenforstående samt at området hadde noenlunde faste grenser (NJA 1981:191).

Skattemannarätt innebærer i korthet at man i lovlig form hadde ervervet eiendomsrett til jorden og betalte jordskatt til staten for eiendommene i overensstemmelse med skattelovgivningen. Jordskattene var realskatter som ble betalt for jorden

uavhengig av eierens andre omstendigheter. Til staten ble det også betalt personskatter, som var basert på at en person var til (Korpjaakko-Labba 1989/1994:199 ff).

Torne og Kemi lappmarker var inndelt i samebyer på privatrettslig grunnlag. Rounala og Suontavaara samebyer å i et område som i dag for en dels vedkommende utgjør Enontekis kommune og for en del den nordligste delen av Sverige. Til Torne lappmark hørte dessuten samebyene Kautokeino, Karasjok (Avjovara), Teno og Utsjoki. Samebyene Enare, Peltojärvi, Sompio og Sodankylä m.fl. hørte til Kemi lappmark. Samebyene hadde på begynnelsen av 1600-tallet faste grenser i terrenget i samsvar med grensebrev som ble avgjort ved domstolene. Innen en sameby fantes det på 1740-tallet fremdeles en privatrettslig inndeling i arve- eller skatteland samt samebyens felles eiendom. Samebyens enkelte skattesamer hadde etter fast rettspraksis et lovlig grunnlag for erverv av sine jordområder. Bruken av jorden innen skattelandets grenser og på samebyens fellesområder var beskyttet mot utenforstående ved rettsregler om eiendomsretten. Skattelandene gikk i arv og kunne overdras ved salg (Korpjaakko-Labba 1989/1994:277,316,334 ff).

Beskatning av samebyene i Västerbotten ble innført i årene 1695-1696. Utgangspunktet for skattleggingen var i følge kong Karl 9 «at lappene som befinner seg langt borte skal beskyttes ved lov og hans kongelige majestets nådige forordninger» (Fellman 1915:257). I følge det kongelige skattleggingsbrevet og lappfogdinstruksjonen av 1695 var hele byalaget ansvarlig for betaling av lappeskatten. Samebyene og skattelandene med skattebetalere og skatt ble opptegnet i jordebøker som fungerte som eiendomsregister helt frem til 1895, da man fikk lovgivning om register over fast eiendom (Korpjaakko-Labba 1989/1994:392 ff).

De samiske næringene var opprinnelig de eneste lovlige formene for bruk av landområdene i Lappmarken. På 1670-tallet trengte man flere folk til gruvene i Lappmarken. I bergverksprivilegiet for Finland, Norrland og Lappmarken av 1673 ble det bestemt at både skattemenn og samer hadde skattemannajord (se NJA 1981:189,196). Ved lappmarksplakatene av 1673 og 1695 fikk man tillatelse til å drive jordbruk og husdyrhold i Lappmarkene på øde og ubenyttede steder som samene på grunn av sitt levesett ikke kunne dra nytte eller fordel av. Nybyggerne kunne oppnå fordeler også gjennom opprettelsen av nye bergverk. Å nybygge på grunn som var eid av samer var i følge rettspraksis ikke mulig uten grunneierens, dvs. vedkommende sames, samtykke. Om derimot en same selv ville nybygge på egen grunn fikk han tillatelse av underretten. Nybyggerne betalte også lappeskatt av gårdsanleggene sine og ble innført i jordeboken etter samene. I Lappmarksreglementet av 1749 ble det gitt nye regler angående nybygging, men forskjellen mellom samenes og nybyggernes levesett ble beholdt (Korpjaakko-Labba 1989/1994:429 ff).

Kronen hadde etter skogordningen av 1683 gjort krav på eiendomsretten til herreløs grunn, men ikke til grunn som var eid med skattemannarett (NJA 1981:199). I Torne og Kemi lappmarker eide samene sine skatteland som i følge rettspraksis ikke ble ansett å være statsalmenninger «ennå ikke gjennom noen kongelig forordning var erklært som tilhørende kronen» (Korpjaakko-Labba 1989/1994:277,462,467).

Korpjaakko kom i sin doktoravhandling til den konklusjon at «samene oppfattet seg selv som eiere av de landområder og vann som de rådet over, og offisielt tilsvarte deres rettslige stilling denne tenkemåten. Samenes rettslige stilling i den tidspersoen som er undersøkt (altså til 1740-tallet), stemte med den rett som skattebøndene hadde til sin grunn, så vel i forhold til andre enkeltpersoner som overfor statsmakten» (Korpjaakko-Labba 1989/1994:468). Man har senere delt denne oppfatningen i vitenskapelig litteratur (Bengtsson 1990:140 og Hyvönen 1991:184). Heikki Ylikangas avslutter sin vurdering av Korpjaakkos avhandling med å kon-

statere at både domstoler og administrative myndigheter på 1600-tallet og i begynnelsen av 1700-tallet faktisk tilkjente samene den samme eiendomsrett til fast eiendom som bøndene hadde i Lappmarkene og ellers i riket, hvilket Korpjaakko har kunnet godtgjøre helt overbevisende. Heretter gjelder problemet ikke lenger spørsmålet om hvorvidt samene hadde eiendomsrett til grunnen, med spørsmålet om denne retts senere skjebne (Ylikangas 1989:1169).

Den finske regjering har nylig i en proposisjon til Riksdagen (RP 248/1994 rd) om kulturelt selvstyre for samene delt den ovennevnte oppfatningen: «Byenes samiske bønder bestemte i 'byalag' over det som eides i fellesskap og disponerte etter de nyeste forskningsresultatene over sine egne jordstykker med støtte i en eiendomsrett som de statlige myndighetene hadde bekreftet gjennom en allment godtatt domstols- og forvaltningspraksis. For sine jorder betalte de til staten en i lov fastsatt lappeskatt som statens myndigheter årlig redegjorde for i jordbøker, inntektsfortegnelser og senere også i manntallsfortegnelser.»

De berørte rikene fikk sine grenser i Lappmarkene fastsatt ganske sent. Grenseoppgangen rammet også en del samers nasjonstilhørighet og eiendom. De svenske samenes forhold ble fastslått i grensetraktaten av 1751 mellom Sverige og Norge og i dens første tillegg eller lappeskodisill. I overensstemmelse med den tidligere rettstilstanden ble det i lappeskodisillen bestemt at samene fortsatt skal «eie» sine skatteland i ett rike (§§ 2, 4, 5 og 7) og at samene også deretter «for Landet skatter» (§ 16). Riksgrensen ble deretter merket i terrenget helt til Kolmisoaivvifjellet, der riksgrensen støtte sammen med Neiden samebys grense mot Utsjoki sameby og der de norsk-russiske fellesdistriktene begynte. Tornesamebyene Kautokeino og Karasjok (Avjovarri), som lenge hadde hørt under svensk rett, tilfalt Norge ved grenseoppgangen.

De samiske distriktene – samebyene Neiden, Pasvik, Petsenga og Suenjel – ble delt mellom Norge og (Finland) Russland ved traktaten av 1826 om Russlands grenser mot Norge i de samiske distriktene. Norge fikk byen Neidens vår- og sommerområder ved Ishavet m. fl. områder. Finland fikk Neiden samebys høst- og vinterområder fra Kolmisoaivvifjellet i retning mot sørøst til grensen mellom Neiden og Pasvik samebyer. Hvilke rettigheter hadde neidensamene da på den grunn som havnet på den finske siden?

Man har i folkeretten lenge hatt det prinsippet at man bør anerkjenne også ervervede rettigheter som innehas av andre enn statens egne borgere. Dette gjelder ofte i statssuksesjon, når en stats suverenitet over ett visst område opphører og en annen stats suverenitet tar til. I medhold av dette prinsippet henviste Sveriges høyesterett i Skattefjällsmålet til norske rettsregler fra før 1645 og fant: «Dersom skattefjellene i følge norsk rett skulle ha tilhørt samer da de ble innlemmet i Sverige, måtte det svenske rettsvesen åpenbart ha respektert dette forhold» (NJA 1981:183).

Det russiske rike hadde anerkjent østsamenes rett til grunnen som eiendomsrett i Neiden sameby før 1826 (Tanner 1929:340, Tønnessen 1972:122). I følge det ovennevnte prinsipp burde neidensamene – dersom de hadde blitt finske borgere – ha beholdt denne rett til de områdene som i 1826 ble innlemmet i Finland og kom under finsk rett.

Russertiden

På 1800-tallet ble samenes og samebyenes stilling svekket eller utradert. Dette skjedde opprinnelig gjennom administrative forordninger uten Riksdagens medvirkning (1810-1863) og deretter også med Riksdagens medvirkning. Den negative utviklingen for samenes rettigheter begynte på en tid da det ennå fantes dokumenter

vedrørende Lappmarken i de svenske arkivene. Lokale domstoler fungerte ikke i den nordligste del av Lappmarken på mange tiår. Den negative utviklingen fortsatte frem til våre dager.

Den finske regjering (RP 248/1994 rd) mener i dag at grunnen til at samenes juridisk-administrative stilling ble svekket under autonomitiden og selvstendighetstiden, var at regjeringene lot Riksdagen behandle proposisjoner som trygget statens og nybyggernes rettigheter, men som ikke spesielt tok hensyn til samenes stilling. Særskilte proposisjoner om samenes rettigheter ble ikke fremlagt for Riksdagen.

Innen det lokale selvstyret erstattet sognemøtene etter hvert samebyene, hvis stilling og tjenestemenn for siste gang ble nevnt i lovforarbeider på 1850-tallet. Kommuneforvaltningen ble etter hvert også i Lappmarken organisert etter forordningen av 1865 om kommunalforvaltningen på landet.

Skogene i Lappmarken ble underlagt skogsstyrelsens forvaltning fra 1851. I 1866 gjaldt denne forvaltningen helt til Utsjoki. Grunnlaget for statens skogforvaltning var oppfatningen om at staten var eier av grunnen i Lappmarken. Denne oppfatningen baserte seg på synet om at samene på grunn av sitt levesett ikke hadde kunnet erverve rettigheter til land og vann, slik at områdene i Lappmarken var herreløse og som sådanne tilhørte staten. Denne begrunnelsen viste seg senere i Skattefjällsmålet å være uholdbar (NJA 1981:190).

Via skogforvaltningen begynte staten spesielt på 1870-tallet å treffe bestemmelser om hvordan statsskogene skulle anvendes for uthogging, nybyggervirksomhet, reindrift, fiske og jakt. Dette skjedde – som det fremgår av den ovennevnte regjeringsproposisjon (RP 248/1994 rd) – uavhengig av at samene samtidig betalte skatt for sine reinbeiteområder, jaktområder og fiskevann, som fantes på de samme områdene. Alle skattesamer og gårdbrukere ble inntegnet i jordeboken for siste gang i 1898. Deretter førte man bare inn privateide gårdsanlegg og samenes felles skattebeløp kommunevis. Sameskatten ble avviklet i 1924 sammen med de andre gjenværende jordskattene ved en lov (295/24) om opphevelse av særskilte jordskatter. Deretter var bare jordbrukseiendommene tilbake i eiendomsregisteret.

Etter 1925 begynte man å skatlegge jordbrukseiendommene og skifte deres respektive jorder. Dette arbeidet tok slutt på 1960-tallet. De av gårdbrukerne som hadde «kronojordbruk», kunne i følge loven få eiendomsrett til gården enten før eller etter utskiftningsforretningen enten med eller uten betaling til staten. Områdene utenfor private jordbrukseiendommer, bygdelag og fellesarealer ble deretter ansett for å tilhøre den finske stat som statsskoger spesielt med støtte i skogloven (29/1886) av 1886. Statens skoger ble ikke innført i eiendomsregisteret før i 1976. Gjennom endring av loven (984/76) om utskiftning ble statens skoger og verneområder innenfor dem erklært som eiendommer og enheter i eiendomsregisteret samt som gjenstand for eiendomsrett til grunn.

Eiere av fast eiendom i Enare, Enontekis og Utsjoki kommuner fikk egne vannområder på 1970-tallet ved grensegangsfretninger som baserte seg på eiendomsrett til bredden.

Gårdbrukernes rettigheter som tidligere jordskattbetalere i Lappmarken ble gjennom lovgivningen og i praksis innløst ved at gårdbrukeren ble tildelt egne grunn- og vanneiendommer. Den jordbrukende befolkningen kunne deretter utøve sin næring på eiendomsrettslig basis.

Samenes stilling som tidligere jordeiere og jordskattbetalere ble ikke løst ved rett til fast eiendom. Utøvelse av reindrift, jakt og fiske ble regulert i næringslovgivningen – lov om reindrift (239/32), jaktloven (232/34) og lov om fiske (503/51) – som gjaldt for statens skoger eller var uavhengig av eiendoms- og bruksrett til grunnen. Retten til å utøve disse næringene liknet allemannsrett og tillå alle finske borgere som var fast bosatt i kommunen.

En del av de skoltsamene som hørte til det russiske rike og den gresk-ortodokse kirke ble finske borgere etter Dorpatfreden i 1920, da Finland fikk Petsamoområdet. I annen verdenskrig tapte Finland dette området, men skoltsamene besluttet å forbli finske borgere. De ble evakuert og koloniserte etter krigen områder i østre del av Enare kommune for en del på Neiden samebys tidligere høst- og vinterområder. I 1955 ble deres stilling ordnet ved skoltloven (273/55), som definerte skoltsamene som evakuert befolkning. I samsvar med skoltloven fikk de koloniseringsleiligheter av staten. Disse leilighetene var og er gjenstand for mange begrensninger. I senere skoltlover av 1984 (611/84) og 1995 har man stiftet visse særskilte rettigheter for skoltsamene på deres bosetningsområde. Disse rettighetene eller tillatelse til fiske, høybergning, avvirkning av skog til virke og ved samt rett til å bygge hytter for reindrift, jakt og fiske, baserer seg på vedtak av statlige myndigheter og kan tildeles også andre av kommunens innbyggere. Stort sett kan man fastslå at skoltsamenes rettigheter tilsvarer rettighetene til samene og andre innbyggere i kommunen.

I statens skoger har man fra og med 1970-tallet opprettet koloniseringsleiligheter for utøvere av naturalhusholdningsnæringer – reindrift, jakt, fiske, sanking og jordbruk – gjennom kjøp av grunn.

3.3 GJELDENE RETT TIL LAND OG VANN PÅ SAMENES BOSETTINGSOMRÅDE

Jordbrukere eier 10 % av de faste eiendommene på samenes bosetningsområder. Øvrig land og vann (90 %) anses å tilhøre den finske stat som statsskoger med verneområder og villmarksområder som er opprettet på disse områdene.

Eier av gårdsbruk har beskyttet rett til selv å bruke sine jorder på alle måter som ikke er utskilt fra grunneierretten. For eksempel tilhører jakt- og fiskeretten grunneieren, men ikke retten til mineralforekomster i undergrunnen. Den som på egen eller annens område har funnet malmforekomster, har i følge gruveloven (503/65) rett til å få konsesjon på utnyttelse av forekomsten. Grunneieren kan leie ut og avhende fast eiendom og inntektsgivende rettigheter til andre, og etter ham har de nærmeste slektningene rett til å arve gården.

Statens rett til å opptre som grunneier i statens skoger fremgår av flere lover. I følge lov om forstvesenet (1169/93) er forstvesenet et statlig forretningsforetak, som på forsvarlig og effektiv måte skal ivareta, bruke og verne naturressurser og annen eiendom som det har i sin besittelse, som skoger, verneområder og villmarksområder. I loven (687/78) om rett for regjeringen å avhende særskilt statseiendom og inntektsgivende rettigheter, fastsettes de statlige myndigheters rett til å overdra og bygsle bort statens eiendom og legge særskilte rettigheter til den. Loven (174/40) om rett for regjeringen til å avhende statseide mineralforekomster med de grunnarealer som er nødvendig for utnyttelsen, fastsetter betingelsene for overdragelse av mineralforekomster og landområder til statsselskaper og andre.

Retten til reindrift er regulert i reindriftsloven av 1990 (848/90). For reindrift finnes det et reindriftsområde, som omfatter nesten hele Lapplands län og den nordligste delen av Uleåborgs län. På området, som er på 123.000 kvadratkilometer, finnes i følge de siste reintellingene (reindriftsåret 1994-95) 212.000 innregistrerte rein. Reindriftsområdet er inndelt i reinbeitelagområder. Reindrift kan foregå innen reindriftsområdet uavhengig av eiendoms- eller bruksrett til grunnen (§ 3). Rein kan eies av borgere innen Det europeiske økonomiske samarbeidsområde som er fast bosatt innen reindriftsområdet (§ 4). Reineierne på et reinbeitelags område danner et reinbeitelag, som er en juridiske person og har et virkeområde med grenser fastsatt av länsstyrelsen (§ 6). Reinbeitelaget har plikt til å passe medlemmenes rein og skal hindre at reinen forårsaker skade (§ 7).

Reindrifftsrettens innhold defineres ikke nærmere i reindrifftsloven. Reindrifftsretten omfatter selvsagt rett til å eie rein og beiterett for rein. Likeså kan man med myndighetenes tillatelse bygge sperregjerder og reinskillegjerder på statens grunn (§ 39) samt uten tillatelse ta virke i statens skoger til brensel og bygging av gammer (§ 40). Disse rettighetene likner allemannsrettigheter.

Statens grunn i den nordligste delen av reindrifftsområdet danner et område som er særskilt avsatt for reindrift. Innen dette området kan grunn ikke anvendes på en måte som medfører vesentlig ulempe for reindrifften (§ 2). På den annen side kan jord- og skogdepartementet i følge loven (196/22) om verneskoger vedta begrensninger i reinbeitet på verneskogområde om det måtte være nødvendig for bevaring av skogen (§ 2). Reindrifftsloven gir ikke grunnlag for sivilrettslig erstatning for skade som påføres reindrifften. I enkelte andre lover – vannloven, friluftsløven og lov om ferdsel i terrenget – finnes det likevel særskilte bestemmelser om erstatning til reineiere.

Reindrifftsloven av 1990 tar ikke stilling til samenes reindrift, ettersom en utredning om samenes rettigheter til land, vann og næringer med utkast til en samelov samtidig var under utredning av Sameutvalget. Riksdagens grunnlovskomite henviste til denne uklare situasjonen i sin uttalelse (GrUU 3/1990 rd) om reindrifftslovforslaget. Grunnlovskomiteen mente videre at vitenskapelig forskning (spesielt Korpijaakko Kaisa, Saamelaisten oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa 1989) har frembrakt interessante synspunkter som taler for «at samene har eiendomsrett til grunnen.» Komiteen mente at samenes rett, først og fremst dens forfatningsrettslige stilling, tross alt var uklar. Komiteen betonet reindriffts betydning «som en del av samenes kultur» og ba om at arbeidet med forslaget til samelov ble påskyndet og mente at saken raskt bør tas opp til behandling i Riksdagen. «I denne sammenheng er det mulig etter behov å endre reindrifftsloven så den i alle henseender harmonerer med den planlagte sameloven.»

Spørsmålet om samenes mulige eiendomsrett til grunnen kom samme år nok en gang til behandling i Riksdagen, i form av en regjeringsproposisjon med forslag til villmarkslov. Regjeringen foreslo at tolv villmarksområder ble opprettet i Lapplands län på områder som tilhører staten. I spørsmålet om samenes eiendomsrett til grunnen henviste Riksdagens grunnlovskomite i sin uttalelse (GrUU 6/1990 rd) til sin tidligere uttalelse samme år og konstaterte at samenes eiendomsrett er uklar og at en spesiallov om samenes stilling er under utarbeidelse. Dessuten uttalte grunnlovskomiteen at man med vedtakelsen av villmarksloven ikke tar sikte på å endre eiendomsrettsforholdene mellom samene og staten: «Spørsmålet om eiendomsretten kan i denne sammenheng ikke løses i noen som helst retning ut fra det faktum at lovforslaget på grunnlag av den faktiske situasjon baserer seg på oppfatningen om at staten er eier.»

I Sameutvalgets betenkning med forslag til samelov og endring av visse lover kom utvalget etter en samlet vurdering til at det ikke later til å «finnes tilstrekkelig rettslig grunnlag for statens eiendomsrett og for den eiendom som kalles statens skoger» på de områder som samene lever på (se Kom.bet. n:o 32/1990. Inrikesministeriets översättning s. 19). Sameutvalget er en statlig komité som i 1990 bestod av landshövdingen i Lapplands län og fem medlemmer som representerte forskjellige departementer og fem representanter for Sameparlamentet.

Innen vitenskapelig forskning har man henvist til Korpijaakkos forskningsresultater og konstatert at senere lovgivning ikke har endret samenes stilling som grunneiere og at man heller ikke via gjeldende lovgivning har endret samenes grunneierrett til bruksrett, særlig når samene i mange hundre år helt frem til våre dager uavbrutt har brukt sine områder på samme måte som før. Det fantes heller ikke utskiftningsforretninger som hadde gjeldt statens skoger i alminnelighet. Skoglov-

givningen har ikke hatt som formål å gripe inn i private rettigheter. (Hyvönen 1991:184-185).

Skjønt samene verken har særskilte rettigheter til reindrift i henhold til reindriftsloven eller som jordeiere, har de allikevel rettsbeskyttelse i henhold til artikkel 27 i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Bestemmelsen gjelder bl a utøvelse av kulturelle rettigheter for personer som tilhører minoriteter. Konvensjonen gjelder som finsk lov.

Etter at Finland i 1995 ble medlem av den Europeiske union, fikk utenlandske gruveselskaper over 100 utmål på samenes bosetningsområde. En del reindriftsamer klagde over disse utmålene som de mente stred mot artikkel 27. I ni forskjellige dommer opphevd Högsta Forvaltningsdomstolen den 15.5.1996 alle utmål på samenes bosetningsområde og sendte saken tilbake til Handels- og industridepartementet. I fremtiden bør departementet før det godkjenner utmål utrede hvilken virkning utmålene kommer til å få for utøvelsen av samenes reindrift. Dommen kommer til å innvirke på departementets praksis på den måte at utmålets skadelige virkninger bør utredes på forhånd sammen med Sametinget og vedkommende reinbeitelag.

Fisket i samenes bosetningsområder reguleres av to lover. I den nordligste delen av Sodankylä kommune gjelder den nye lov (286/82) om fiske, mens Enontekis, Enare og Utsjoki kommuner hører under den gamle lov om fiske fra 1951 fordi spørsmålet om samenes rett til fiske er uløst i lovgivningen. I Regjeringens proposisjon (RP 243/1976 rd), med forslag til spesiallovgivning om grenser i vann og fisket i de tre nordligste kommunene inntok Regjeringen en nøytral holdning til spørsmålet om eiendomsretten til vannområdene i statens skoger ved å kalle dem «de nordre vannområdene» og ved ikke å ta stilling til samenes «eiendomsrett til og råderett over vann» innen de nordre vannområdene. Det sistnevnte forholdet skulle utredes separat. Lovforslaget ble imidlertid ikke vedtatt av Riksdagen.

I følge hovedregelen i de ovennevnte lovene om fisket tilhører fiskeretten vannområdets eier. I de tre nordligste kommunene kan allikevel innenbygdsboende uten vederlag fiske i statens elver og innsjøer. Det siste skyldes at Riksdagens grunnlovskomite, i forbindelse med det forkastede lovforslaget, i sin uttalelse (GrUU 7/1978 rd) konstaterte at samenes rett til fiske i Enontekis, Enare og Utsjoki kommuner nyter eiendomsvern i samsvar med konstitusjonen og at fiskenæringen på en grunnleggende måte er en del av samebefolkningens livsform.

Da loven om fisket var til behandling i Riksdagen i 1981 sa Riksdagens grunnlovskomite i sin uttalelse (GrUU 5/1981 rd) at spørsmålet om fisket i de nordligste kommunene snarest burde utredes for seg og at samenes gamle rettigheter til fiske ikke kan løses i forbindelse med det forslag som nå var til behandling. Samenes fiskerett ble senere løst ved lovbestemmelser (1117/82) om fiske, som alminnelig fiskerett for innenbygdsboende. Ved endring av den nye loven om fiske (1355/93) foreslo Regjeringen i 1993 at også de nordligste kommunene skulle omfattes av den samme lov om fiske som resten av landet. Riksdagen grunnlovskomite henviste dog i sin uttalelse (GrUU 30/1993 rd) til sitt tidligere standpunkt om samenes fiskerettigheter. Når ny lovgivning eller rettspraksis ikke hadde endret samenes rettslige stilling etter 1981, la Riksdagens grunnlovskomite sine tidligere uttalelser – samt samenes stilling som urbefolkning – til grunn for vurderingen av lovforslaget. Grunnlovskomiteen anbefalte at endringen ikke burde gjennomføres når det gjelder de nordligste kommunene. Lovgivningen om fisket ble ikke endret i Enontekis, Enare og Utsjoki kommuner. Ved vedtakelsen av loven om endring av lov om fisket forutsatte Riksdagen at Regjeringen fastsetter regler som gjør det mulig å samle alle bestemmelser om utøvelse av fiske i en eneste lov for hele landet. Dette har ennå ikke skjedd.

I følge jaktloven (615/93) tilligger retten til å drive jakt og treffe bestemmelser i den forbindelse grunneieren. Kommunens innbyggere har dog jaktrett på statens områder i kommuner som tilhører Lapplands län og visse andre områder. Samenes jaktrett ble ikke særskilt behandlet i den nye jaktloven. I følge Riksdagens jord- og skogbrukskomité's betenkning (JsUB 7/1993 rd) trakk de sakkyndige som var bedt om å uttale seg, frem spørsmålet om loven ville krenke samenes eiendomsvern – som mulige grunneiere – samt deres kulturelle rettigheter. I spørsmålet om samenes status og rettigheter refererte jord- og skogbrukskomiteen til grunnlovskomiteens tidligere uttalelser, som gikk ut på at spørsmålet om samenes rettigheter til reindrift m.m. burde løses ved lovgivning i forbindelse med spørsmålet om deres eiendomsrett til grunnen. Samenes jaktrett er fremdeles ikke avgjort ved lovgivning.

3.4 SAMENES REPRESENTASJON

For å sikre og forbedre samebefolkningens og samekulturens stilling foreslo samekomiteen i sin betenkning (KM 46/1973) i 1973 opprettelse av et representativt samisk organ og vedtakelse av en samelov. Det siste forslaget ledet ikke til lovgivning. Allerede under komiteens arbeid ble det holdt prøvevalg til Sameparlamentet og Regjeringen oppnevnte deretter de 20 samene som hadde fått flest stemmer som medlemmer av et sameparlament.

I følge forordningen (824/73) om representasjon for sameforhold innledet det første ordinære sameparlament sitt arbeid i 1976. Parlamentet var underlagt Regjeringens sekretariat og bestod av 20 samiske representanter som ble valgt av samene og oppnevnt av Regjeringen. Senere ble Sameparlamentet lagt under innenriksdepartementet i henhold til en forordning (988/90) om representasjon for sameforhold.

Sameparlamentet har til oppgave å ivareta samenes rettigheter og interesser som et rådgivende organ. Det tar initiativer, kommer med forslag og avgir uttalelser til myndighetene i økonomiske, sosiale og kulturelle spørsmål.

Sameparlamentet forberedte utkast til en lov (516/91) om bruk av samisk i forhold til myndighetene. I medhold av denne loven ble det i 1992 opprettet et kontor for samiske språk. Kontoret virker i tilknytning til Sameparlamentet.

For å gi økte muligheter for at Riksdagen i sitt arbeid kan ivareta samenes interesser ble grunnloven endret i 1991 i medhold av en lov (1079/91) om endring av riksdagsordningen. Etter loven ble grunnloven gitt en ny § 52 a, i følge hvilken:

«Samene skal høres i spørsmål som særskilt berører dem, som nærmere bestemt i Riksdagens forretningsorden.»

I følge Riksdagens forretningsorden høres samene – normalt Sameparlamentet – i Riksdagens spesialkomiteer.

3.5 DEN SENESTE LOVGIVNINGEN OG DENS BETYDNING FREMMOVER

I FN's urbefolkningsår 1993 inntok Riksdagen en klar politisk holdning til samenes status i fremtiden. I forbindelse med godkjenningen av Regjeringens kulturpolitiske redegjørelse i 1993 forutsatte Riksdagen i sin innstilling (1.10.1993) at «et tilstrekkelig høyt nivå på samenes språklige og kulturelle rettigheter sikres ved kulturelt selvstyre.» Riksdagens standpunkt baserte seg på Riksdagens kulturkomité's tilsvarende innstilling, som komiteen begrunnet med «at samene også i fremtiden skal få bibeholde sin egen identitet og sitt eget levevis i vårt flerspråklige og multi-

kulturelle samfunn.» (KuUB 9/1993 rd). Det ble siden tatt hensyn til dette under forberedelsen av nye grunnlovparagrafer.

I forbindelse med en fullstendig endring av grunnlovenes grunnleggende friheter og rettigheter ble kapittel II i Regjeringsformen endret i medhold av en lov (969/95) om endring av Regjeringsformen for Finland. Loven trådte i kraft 1 august 1995. I overensstemmelse med Regjeringsformens § 14 første og annet ledd vernes Finlands nasjonalspråk finsk og svensk. Tredje ledd slår fast:

«Samene som urbefolkning samt sigøynerne og andre grupper har rett til å bevare og utvikle sitt språk og sin kultur. Om samenes rett til å anvende sitt eget språk overfor myndighetene treffes bestemmelse ved lov.»

I følge lovbestemmelsens detaljmotiver (RP 309/1993 rd) inneholder leddet en kollektiv rett for andre språkgrupper enn den finsk- og svenskspråklige til å opprettholde og utvikle sitt særegne språk og sin særegne kultur. Samenes stilling som landets eneste opprinnelsesfolk, sammen med deres rettigheter i henhold til internasjonale avtaler, fremholdes særskilt. Bestemmelsen sikrer ikke bare minoritetenes språklige rettigheter, men også minoritetenes kulturformer, f.eks. samenes tradisjonelle næringer som reindrift, jakt og fiske. Paragrafen angir hva samenes språklige og kulturelle rettigheter omfatter.

Om gjennomføringen av bestemmelsene i Regjeringsformens kapittel II bestemmes i § 16 første ledd følgende: «Det offentlige skal se til at de grunnleggende friheter og rettigheter og menneskerettighetene respekteres.» Dette innebærer i følge detaljmotivene for lovstedet at bestemmelsene er bindende for det offentlige i all dets virksomhet, så vel når det gjelder lovgivning og forvaltning som når det gjelder domstolenes virksomhet. Det er ikke alltid tilstrekkelig at de offentlige myndigheter bare avstår fra inngrep i de grunnleggende friheter og rettigheter, det forutsettes ofte konkrete aktive tiltak fra det offentliges side. (RP 309/1993 rd). For samenes del forplikter § 14 tredje ledd sammen med bestemmelsen i § 16 a første ledd det offentlige til å tillate og støtte utviklingen av samenes språk og kultur. Ved sammenligning mellom reformen og den gjeldende lovgivningen støttet Riksdagen grunnlovskomite i sin betenkning (GrUB 25/1994 rd) Regjeringsuttalelse om at det finske rettsvesenet stort sett meget vel oppfyller minimumskravene i de foreslåtte bestemmelsene om grunnleggende friheter og rettigheter. Om reformen i noen tilfeller måtte kreve endringer i lovgivningen, bør det snarest tas skritt til det under Justisdepartementets ledelse.

Med tanke på Riksdagens tidligere standpunkt er det åpenbart at finsk lovgivning fortsatt ikke sikrer samenes rettigheter som urbefolkning i følge de minimumskrav som angis i § 14 tredje ledd i Regjeringsformen for Finland. Finlands regjering har også fastslått dette i sin proposisjon (RP 306/1990 rd) vedrørende ILO-konvensjon nr 169 om urbefolkning og stammefolk i selvstendige stater: «Finland vil ved en eventuell tilslutning til konvensjonen sikre samene mer omfattende rettigheter enn vår gjeldende lovgivning gjør vedrørende de områder samene tradisjonelt har eid og vært bosatt på samt bruken av naturressursene i disse områdene.»

Innenriksdepartementet hadde i 1993 til hensikt å oppnevne en komité for videre utredning av samenes rettigheter til land og vann samt for sameforvaltningen i henhold til komitéinnstilling nr 32/1990. Man avstod dog fra denne tanken etter Sameparlamentets ønske. Den fortsatte utredningen av spørsmålet om rettighetene til samenes land og vann ble deretter gitt som oppdrag til Sameparlamentet. Utredningen om grunnlovbestemmelsen for sameforvaltningen og den lov som skal erstatte forordningen om Sameparlamentet fikk Justisdepartementet i oppdrag å utføre.

Våren 1995 godkjente Riksdagen Regjeringens proposisjon (RP 248/1994 rd) med forslag om at bestemmelsene om kulturelt selvstyre for samene skal tas inn i Regjeringsformen for Finland og annen lovgivning. Reformen omfatter tre lover: lov om endring av Regjeringsformen for Finland (973/95), sametingloven (974/95) og lov om endring av lov om bruk av samisk hos myndighetene (975/95). Lovene trer i kraft fra 1 januar 1996.

Regjeringsformen for Finland ble endret ved at den ble tilføyd en ny § 51 a som lyder:

«Samene skal som urbefolkning, i overensstemmelse med det som er bestemt i lov, tilsikres kulturelt selvstyre innen sitt bosetningsområde i saker som angår deres språk og kultur.»

Denne grunnlovsbestemmelsen har i følge Regjeringens proposisjon (RP 248/1994 rd) den konsekvens at man enten kan ta saker som hører under samenes kulturelle selvstyre inn i lovgivningen om kommunal eller statlig forvaltning innen samenes bosetningsområde eller overføre disse oppgavene fra den kommunale eller statlige forvaltningen til en særskilt sameforvaltning. Da forslaget ble vedtatt, fremholdt Riksdagen i sin innstilling (Rsk 19/1995 rd) «at reformen ikke innebærer endrede kriterier for hvem som kan utøve reindrift, jakt eller fiske samt drive andre næringer innen de tradisjonelle sameområdene.»

Grunnlovsbestemmelsen om kulturelt selvstyre for samene er altså et middel til at en innen forvaltningen kan gjennomføre samenes språklige og kulturelle friheter og rettigheter slik de nå er sikret i Regjeringsformens § 14 tredje ledd.

Sametingloven gir nærmere bestemmelser om samenes kulturelle selvstyre. I følge loven skal samene gjennom valg som foretas blant dem, velge et sameting, som fungerer innen Justisdepartementets forvaltningsområde (§ 1). Den gjeldende språklige samedefinisjonen utvides til å omfatte også etterkommere etter de tidligere skattelappene (§ 3). Denne lovbestemmelsen tilsvarer nærmest den svenske reindriftslovens (1971:437) begrep «reindriftsberettiget», altså en person som er av samisk herkomst med reindrift – og i følge den finske sametingloven også fiske og jakt – som vedvarende yrke i slekten. Samenes bosetningsområde (§ 4) bibeholdes som hittil.

Til Sametingets kompetanse hører saker som angår samenes språk og kultur samt deres stilling som urbefolkning. I slike saker kan Sametinget fremlegge initiativer for myndighetene og komme med forslag og avgi uttalelser. Tinget har også beslutningsmyndighet slik det bestemmes i sametingloven eller i annen lov (§ 5). I følge sametingloven treffer Sametinget beslutning om fordelingen de midler som bevilges til samenes felles bruk (§ 8). Sametingets beslutninger kan ankes til Högsta Förvaltningsdomstolen (§ 41). Sametinget representerer samene i saker som berører dem i internasjonal eller nasjonal sammenheng (§ 6). Sametinget utarbeider en årsberetning til Regjeringen om betydningsfulle hendelser i utviklingen i de spørsmål som særskilt angår samene (§ 7).

Alle myndigheter pålegges å forhandle med Sametinget om alle vidtrekkende og viktige tiltak som på direkte og særskilt måte kan innvirke på samenes stilling som urbefolkning og som i samenes bosetningsområde gjelder samfunnsplanlegging, statens grunn, verneområder og villmarksområder, konsesjonssøknader i følge gruveloven, endringer i lovgivningen om eller forvaltningen av næringer som hører til samisk kultur, det samiske språks stilling i skoler og innen sosial- og helsetjenesten samt alle andre liknende forhold som kan innvirke på samenes språk, kultur eller deres stilling som urbefolkning (§ 9).

Sametinget har 21 representanter (i stedet for 20 i Sameparlamentet). Hver samekommune har en minimumskvote på tre representanter og en vararepresentant

(§ 10). Sameparlamentets president har sin stilling som hovedbeskjeftigelse (§ 11). Det er gitt bestemmelser om Sametingets kontorer i forordningen (§ 15). Kontoret for samisk språk ligger under Sametinget. Valget av representanter til Sametinget skjer stort sett på samme måte som valget av representanter til Sameparlamentet foregikk tidligere.

Sametingets høytidelige åpning fant sted 2. mars 1996 i Utsjoki med republikkens president som hedersgjest. Tingets arbeid har allikevel blitt betydelig vanskeliggjort ved ulike tiltak fra den ikkesamiske befolkningens side på samenes bosetningsområde. Årsaken til dette er det nye samebegrepet, som pga. en lovteknisk feil i sametingsloven ble så ubestemt at hver og en som kan vise til bare en eneste same blant sine forfedre – f.eks. på 1700-tallet – kan gjøre krav på å bli innført som same i sametingets valgmanntall. Fordi medlemmer av den lokale finskspråklige befolkningen forventer å få spesielle fordeler om de erklæres å være samer, har de innledet en omfattende politisk og juridisk virksomhet rettet mot Sametinget og den samiske befolkningen. Deres hensikt er at de som samer skal få særskilte rettigheter og ved et nytt valg til Sametinget være valgbar og bli innvalgt til det og derved få innflytelse på samenes kulturelle selvstyre.

Da Riksdagen for første gang godkjente Regjeringens forslag til kulturelt selvstyre for samene, forutsatte den i sin innstilling (Riksdagens innstilling RP 248/1994 rd) at Regjeringen snarest setter i gang en utredning om hvordan og med hvilke praktiske konsekvenser man kan fjerne hindringene for en ratifisering av ILOs urbefolkningskonvensjon. Dessuten forutsatte Riksdagen at Regjeringen lar utrede hvordan Sametingets medbestemmelse i samfunnsspørsmål kan videreutvikles og at Sametinget sikres tilstrekkelige ressurser til utførelsen av sine oppgaver.

Arbeidsdepartementet og Justisdepartementet utredet sammen ovennevnte sak og overleverte sin utredning til Riksdagens grunnlovskomiteé 17. april 1996. I deres felles svar var departementene enig med Sameparlamentet om at et hinder for ratifisering av konvensjonen ligger i samenes utilstrekkelige rettigheter til land, vann og naturressurser i følge finsk lovgivning. Departementene fastslo at Sameparlamentet i 1993 hadde fått i oppdrag å foreta en videre utredning av samenes rettigheter til land (Kom bet. Nr 32/1990). Etter departementenes mening burde regjeringen stille til disposisjon tilstrekkelige midler til dette utredningsarbeidet, slik at Finland så snart som mulig kan ratifisere denne viktige konvensjonen.

3.6 LITTERATUR OG KILDER

Bengtsson, Bertil: *Samernas rätt i ny belysning*, i Svensk Juristtidning. Mars 1990.

Fellman, Isak: *Handlingar och uppsatser angående Finska Lappmarken och Lapparne IV*, Helsingfors 1915

Hafström, Gerhard: *De svenska rättskällornas historia*, Lund 1973

Helander, Johannes: *Suomen saamelaisväestö ja heidän elinkeinonsa*, DIEDUT Nr. 2/1991.

Hyvärinen, Heikki J.: *Kronojorden och lapps-katten*, i Juridica Lapponica 4. Rovaniemi 1988.

Hyvönen, Veikko O.: *Jaollisesta omistusoikeudesta oikeusjärjestyksessämme*, i Oikeustiede/Jurisprudentia XXIV 1991

Julku, Kyösti: *Suomen itärajan synty*, Studia Historica Septentrionalia 10. Rovaniemi 1987.

Julku, Kyösti: *Kemin ja Tornion vanha raja*, Studia Historica Septentrionalia 19. Rovaniemi 1991

Korpjaakko-Labba, Kaisa: *Om samernas rättsliga ställning i Sverige-Finland*, Helsingfors 1994. Svensk översättning av hennes doktorsavhandling *Saamelaisten oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa*, Helsinki 1989

Lagberedningshandlingar: Komiteanmietintö (kommittébetänkande) (KM) och dess översättning till svenska (Kom. bet.); Regeringens proposition (RP) med flera riksdagens handlingar (rd).

Malmgren, And. Joh.: *Handlingar och förordningar, angående Finlands fiskerier IV*, Helsingfors 1870

Nytt Juridiskt Arkiv: *Rättsfall från Högsta Domstolen I*. Häfte 1. Stockholm 1981 (NJA 1981)

Sjölin, Rolf: *Samer och samefrågor i svensk politik*, Statsvetenskapliga institutionen vid Göteborgs universitet. 1981 (kompendium)

Tanner, H.: *Skotlapparna*, Helsingfors 1929

Tønnesen, S.: *Retten til jorden i Finnmark*, Oslo 1972

Westin, Gunnar: *Övre Norrlands historia II*, Umeå 1965.

Ylikangas, Heikki: *Kirjallisuutta. Korpjaakko, Kaisa: Saamelaisten oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa. Mänttä 1989*, i *Lakimies* 8/1989

KAPITTEL 4

Allan McChesney:¹⁹⁵ Rettstilstanden for urbefolkningsgrupper i Canada – lover og forvaltningsregimer som gjelder landområder og ressurser

Forfatteren takker

Min forskningskollega Craig Forcese og min forskningsassistent Rolena van Gaalen for deres verdifulle og nøyaktige forskningsresultater og analyser. Takk også til Jon Gauslaa ved Det kongelige norske justisdepartement, som har bidratt med tålmodig instruksjon og trans-oseansk støtte.

Allan McChesney
Ottawa, Canada
Januar 1996

4.1 INNLEDNING

Dette er en av flere rapporter bestilt av det norske Samerettsutvalget og det norske Justisdepartement for deres arbeid med rettsregler som har betydning for samene. Rapporten gir et sammendrag av hovedtrekkene i canadisk rett når det gjelder urbefolkninger (urinnvånere).

Etter anmodning av ovennevnte institusjoner fokuserer denne rapporten på land, ressurser og vann. Den omhandler derfor bare i ganske liten grad emner som selvstyre og selvbestemmelse, nyskapinger i (straffe)rettssystemer vedrørende urbefolkning og urbefolkningens kontroll over sin egen helse, utdanning og andre sosiale ordninger. Videre er det på grunn av det store og forskjelligartede antall urbefolkningsgrupper og rettslige spørsmål i den forbindelse i Canada, og fordi det er nødvendig å begrense omfanget av dette dokumentet, uunngåelig at mange elementer og eksempler ikke har kunnet bli behandlet.

Retten vedrørende urbefolkningens kontroll over land og ressurser i Canada følger mange juridiske stier: sedvaner, formelle lover, forfatningsrett, rettspraksis og forskjellige fremforhandlede eller påtvungne traktater og andre avtaler. Inntil nylig var urbefolkningens råderett over land, ressurser og vann stort sett bestemt ved lov, særlig indianerloven. I løpet av de siste tiårene har visse urbefolkningsrettigheter med utspring i urbefolkningens liv i Canada i føreuropeisk tid blitt anerkjent av canadiske domstoler, inklusive retten til land etter *common law*, kalt urbefolkningshjemmel.

I samme tidsrom har den canadiske forbundsregjering beveget seg bort fra formyndersystemet, som ble opprettet ved *indianerloven*, i retning av forhandlinger om landkrav med urbefolkningsgrupper, slik at urbefolkningene har fått større råderett over sine territorier og ressurser. Et mellomstandpunkt som de føderale, territoriale og noen provinsregjeringer¹⁹⁶ har inntatt, har vært å forhandle om fellesforvaltningsavtaler med urbefolkningsgrupper, hvilket har gitt disse gruppene (som

195. Forfatteren er høyesterettsadvokat, politisk rådgiver og professor ved universitetet i Ottawa.

Han har under utarbeidelsen av utredningen hatt bistand av sin forskerkollega Craig Forcese ved Common World Research Group.

196. Canada består av ti provinser og to territorier. De sistnevnte har atskillige funksjoner som tilsvarer provinsenes, men er undergitt føderal kontroll i mange henseender. Selv om det konstitusjonelle ansvar overfor urbefolkningene er føderalt, er mange relevante lover, programmer og ressurser forvaltet av provinsene og territoriene. Mesteparten av landområdene i hver provins er for eksempel ansett som eiet av provinsen, og svært lite eies av Canada som stat.

«ressursbrukere») noe å si når det gjelder forvaltningen og anvendelsen av ressursene. Disse ordningene dekker ofte vandrende dyrearter som er viktige for urbefolkningen, som karibu [reinsdyr]. Noen ganger omhandler de fiske- eller skogbruksressurser.

"*Bakgrunnen for de nåværende common law-reglene*" i Punkt 4.4 til 4.6 i denne rapporten behandler «urbefolkningenes» eiendomsretts historie. "*Reservatområder og ressurser*" i Punkt 4.7 undersøker nyere oppfatninger av urbefolkningenes landrettigheter etter common law. "*Kravsprosessen*" i Punkt 4.8 til 4.10 undersøker urbefolkningenes landrettigheter i regioner der landkravene er ordnet ved avtaler; landrettigheter i henhold til indianerloven; og ressursstyringen som enkelte urbefolkninger har gjennom *fellesforvaltningsordninger* stat-urbefolkning og *selvstyreaftaler*.

Rapporten gir en analyse av fem kategorier av land som urbefolkningene har en viss råderett over. De fem klassene er følgende:

1. *Land som urbefolkningen har eiendomsrett til:* Land som opprinnelig ble brukt og bebodd av urbefolkningen og som urbefolkningen aldri har overgitt til de føderale myndighetene eller som ikke er annektert av canadiske myndigheter. Urbefolkningshjemmel er etablert ved common law (domstolsskapt rett) og faller således innenfor domstolens virkefelt og ikke lovgivernes. Urbefolkningshjemmel til bestemte områder blir fastslått på fra-sak-til-sak-basis av domstolene. Hvilke rettigheter som urbefolkningshjemmel gir urbefolkningen er fortsatt svakt definert, men omfatter i det minste bruksrettigheter.¹⁹⁷
2. *Reservatland:* Land som er stilt til disposisjon for indianere og undergitt indianerloven, ofte i medhold av traktater. Juridisk eiendomsrett tilligger staten (de føderale myndighetene), mens indianerne har retten til bruk og avkastning av landområdene.
3. *Land omfattet av landkravoppgjør:* Land som urbefolkningsgrupper har råderett over via en avtale inngått etter forhandlinger med de føderale myndighetene i lys av mer moderne traktater kalt «utførlige landkravavtaler». Omfanget av urbefolkningens råderett og den juridiske hjemmels innhold varierer i de forskjellige oppgjørene, men innebærer mer omfattende råderett enn den som gjelder for reservatene. Landkrav omfatter vanligvis en del fellesforvaltning av ressurser mellom myndighetene og urbefolkningen.
4. *Selvstyrt land:* Land som omfattes av selvstyreaftaler som overfører mer myndighet til et indiansk «band»¹⁹⁸ som skal ha tilsyn med virksomheten. I tilfellet med Sechelt-avtalen (se kapittel 9) ervervet band-myndighetene hjemmel for all fremtid til landområdene med juridisk eiendomsrett lik eiendomsretten til enhver vanlig eiendomsbesitter i Canada.
5. *Kronland under fellesforvaltning med urbefolkninger:*¹⁹⁹ Land fullt eiet av staten med ressurser som er under felles forvaltning av statlige tjenestemenn og urbefolkninger (ofte de primære brukere av ressursene). De fleste fellesforvaltede ressursene er biologiske (vesentlig fisk, dyr- og planteliv og skog) og ikke mineralske.

197. Dette er rettigheter som gjelder bruk og avkastning av ting (land og naturressurser i dette tilfellet) som anses å tilhøre andre, forutsatt at man ikke ødelegger eller øder det det gjelder.

198. Et «band» er i alminnelighet en lokal enhet innen en større nasjon eller stamme, selv om noen band anser seg selv som egne folk.

199. I Canada brukes «Kronen» eller «Hennes Majestet for enkelt å uttrykke begrepet «staten» eller «Canadas regjering» (eller en provins hvis den er den relevante jurisdiksjon), med den britiske monark som personifisert overhode.

I praksis er det en god del overlapping mellom de tre siste kategoriene av råderett over land. *Vannrettigheter* er knyttet til disse kategoriene av land, selv om det ikke alltid er kommet eksplisitt til uttrykk. Vannrettighetenes karakter i hver kategori drøftes i denne rapporten.

4.2 HVEM UTGJØR URBEFOLKNINGENE I CANADA? EN KORT OVERSIKT

4.2.1 Urbefolkningsgrupper

Betegnelsen «urbefolkninger» anvendes ved omtale av tre større innfødte folkegrupper i Canada: Indianerne, inuittene og métisene. Urbefolkningene er etterkommere etter pre-europeiske innbyggere i Nord-Amerika som antas å ha begitt seg inn i den nye verden via Beringstredet under den siste istiden.

Den totale urbefolkningen utgjorde i 1990 omtrent 1 million mennesker, eller 4 % av landets innbyggere. Omtrent 32 260 av disse ble ansett som inuitter, mens 490 178 ble identifisert som «statusindianere» (se nedenfor). Flertallet av statusindianerne bor i reservater, men i 1990 bodde drøyt 39 % utenfor reservatene, for det meste i bymessige områder. Ytterligere 360.000 til 750.000 urfolk var métiser eller ikke-statusindianere, avhengig av om man bruker regjeringens eller Canadas Nasjonalråds statistikker (Morse 1992:339).

Canadas urbefolkning teller mer enn 10 språkgrupper, femti individuelle språk og et enda større antall kulturelle grupperinger (se vedlagte demografiske kart). Som følge av dette er urbefolkningene atskillig mindre homogene enn de fleste ikke-innfødte kan tro. Før kontakten med europeerne delte urbefolkningsgrupper i mange tilfeller landområdene og områder for jakt, fangst og fiske, særlig i den nordlige delen av Canada. De fortsetter å gjøre dette i dag. Dette forholdet har ført til visse tvister om landområder og ressurser i konkurrerende landkrav, for eksempel når det gjelder forskjellige grupper av dener (indianere og métiser) i Northwest Territories, og mellom inuitter og visse grupper av indianere.

Det er 2301 indianerreservater i Canada. Anslagene over den prosentvise andelen av landområdene i Canada som urbefolkninger eier eller har bruksrett til varierer. Nyere tall tyder på at mindre enn 0,5 % besittes av urbefolkningsgrupper (som angis å utgjøre fra 3,5 til 4 % av befolkningen. Reservatene angis å dekke 27 millioner dekar). Reservatene eies imidlertid av den føderale stat på vegne av de rundt regnet 600 band av indianere som er anerkjent i indianerloven (se nedenfor). Videre dekkes grovt regnet 100 millioner dekar av landkravoppgjør ratifisert frem til de tidlige 1990-årene. Ytterligere 500 millioner dekar omfattes av landkravavtaler som nylig er ratifisert eller er gjenstand for videre forhandlinger. Enda større områder er det gjort krav på i landkrav som ikke er kommet så langt i prosessen eller som faller innenfor området for urbefolkningenes hjemmel (se nedenfor).

4.2.2 Rettslige hensyn til grunn for urbefolkningsstatus

«Indianer» er betegnelsen som ofte brukes for å beskrive alle urbefolkninger i Nord- og Sør-Amerika som ikke er inuitter. Betegnelsen, som er et resultat av Columbus' feilaktige identifisering av de innfødte i Amerika, har et spesielt rettslig innhold i Canada, i nær sammenheng med urbefolkningenes bruk av landområdene.

Fra begynnelsen av kalte europeerne de innfødte som ikke var inuitter for «indianere».²⁰⁰ Betegnelsen var brukt i den kongelige proklamasjonen av 1763 (se nedenfor) og i forløpene til indianerloven. Da det rettslige regime som disse lovene

200. Det var også vanlig at inuitter ble kalt «eskimoer».

innførte ga «indianere» en viss beskyttelse mot europeisk inntrengen, fikk spørsmålet om hvem som legitimt kunne anses som indianere ny betydning i takt med de europeiske kolonistenes ekspansjon mot vest. Tendensen til å innskrenke området for anvendelsen av betegnelsen «indianer» stammet også fra rådende assimilasjonssynspunkter. Staten var oppsatt på å «emansipere» indianerne fra deres status som indianere.

Distinksjonen mellom «indianere» og ikke-indianere ble formalisert med indianerloven av 1876. Indianere anerkjent i loven – «statusindianere» – fikk rett til visse ytelser etter loven (f.eks. skattefrihet) og var rettighetshavere når det gjaldt traktatfestede rettigheter. De som ble gitt «status», ble utvalgt på grunnlag av avstamning (og ved å befinne seg nær folketellerne). Den store gruppen som anså seg som ekte urbefolkning, men som ble klassifisert som «ikke-statusindianere» av de føderale myndighetene, skulle fortsatt være under provinsmyndighetenes jurisdiksjon og hadde ikke rett til å bo på reservatene, å motta ytelser i henhold til traktater eller å ha skattefrihet. (Filion 1991: 109). Blant de gruppene som ble holdt utenfor var métisene – etterkommere etter europeiske pelsjegere og urbefolkningskvinner som hadde utviklet en særegen kultur på de canadiske præriene.

Samtidig ble Canadas nordligste urbefolkning, de inuktitut-talende inuittene, av Canadas høyesterett funnet å falle innenfor «indianerkategorien» når det gjaldt den konstitusjonelle maktfordeling mellom provinsene og de føderale myndighetene. Således har inuittene, selv om indianerloven ikke gjelder for dem, ikke kommet under provinsenes jurisdiksjon slik som ikke-statusindianere og métiser er (Morse 1992: 334). Imidlertid bor de fleste, men ikke alle inuittene i de to nordlige territoriene.

I 1951 ble indianerloven revidert og definisjonen av indianer endret for å begrense antallet av dem ytterligere. Spesielt bestemte loven at indianerkvinner som giftet seg med ikke-indianere (og deres barn) mistet status som indianer. Som en følge av dette fikk disse kvinnene ikke rett til å bosette seg i reservatene. Videre var de ikke lenger berettiget til «statusindianernes» goder på områdene utdannelse og økonomi. Denne diskrimineringen ble opphevet i 1985 etter inngående nasjonal og internasjonal granskning av bestemmelsen av De forente nasjoners menneskerettighetskomité.²⁰¹ Canadas forfatning av 1982 forbyr diskriminering mellom menn og kvinner og spesielt (slik den nå lyder) mellom urbefolkningsmenn og -kvinner.²⁰² Forfatningen forbyr også diskriminering av medlemmer av urbefolkningen, selv om positive tiltak for å bistå medlemmene av vanskeligstilte grupper (inklusive medlemmer av urbefolkningen) med å rette opp tidligere diskriminering er tillatt etter forfatningen (§ 15).

I 1982 ble den canadiske forfatning frigjort fra Storbritannia. Etter iherdig lobbying på hjemlige og internasjonale arenaer fra urbefolkningsgruppers side frafalt den daværende føderale Trudeau-regjeringen sin assimilasjonspolitik og lot «eksisterende urbefolkningsrettigheter og traktatbestemte rettigheter» nedfelle i det nye canadiske charter for rettigheter og friheter, som utgjør del I av Grunnloven (Filion 1991: 109; Sanders 1985). Videre nøyde ikke charteret seg med å bruke betegnelsen «indianere», men henviste i stedet til «Canadas urbefolkning», hvorav indianerne bare var én kategori.

«Urbefolkning» omfatter befolkningsgrupper bestående av såvel «indianere» som «inuitter» og «métiser». At man tok med métisene «medførte forfatningsretts-

201. Lovelace Case, Report of the Human Rights Committee, U.N. GAOR, 36th session, supp. No. 40, U.N. Doc. A/36/40(1981).

202. Det kunne skrives mer om dette emnet, men spørsmål i forbindelse med likeverd mellom kjønnene var ikke omfattet av det som skulle være denne allerede lange rapportens emne.

lig anerkjennelse av et folk som det ikke er konsensus om definisjonen av» (Gibbens 1986: 310). Mens indianere er definert i *indianerloven* og det for inuittene består et «klart avgrenset kulturelt og geografisk samfunn, er det fortsatt et åpent spørsmål hvem som måtte være eller ikke måtte være métis etter forfatningens bestemmelser» (Gibbens 1986: 310). Rettighetene til ikke-statusindianerne er pr i dag heller ikke omhandlet i grunnloven. Ikke-statusindianernes landrettigheter har en tendens til å være begrenset til spesielle jakt- og fiskeprivilegier gitt av Ontario-, Alberta- og New Brunswickprovinsene (Filion 1991: 109).

Indianske myndighetsorganer opprettet på reservater i henhold til indianerloven (band-råd) har myndighet til å fastlegge kriterier for indiansk status. Regler utviklet av indianerne selv inkluderer ofte kriterier som blandet blod og kulturelt og språklig slektskap. (Cassidy and Bish 1989; Sanders 1987:163)

Det er naturligvis mange medlemmer av urbefolkningen som bor i byer. Spørsmålet om i hvilken grad de beholder urbefolkningsrettigheter knyttet til deres opprinnelige stammer kan ikke behandles i denne kortfattede rapporten.

4.3 URBEFOLKNINGENES EIENDOMSRETTIGHETER ETTER KON-TAKTEN (I DET 15. ÅRHUNDRE) MED EUROPEERNE

Det å forstå den senere tids utvikling i urbefolkningenes landrettigheter forutsetter kjennskap til de historiske forhold mellom europeerne og urbefolkningene. Spesielt er det nyttig å ha kjennskap til hvordan urbefolkningene opprinnelig mistet råderetten om man skal forstå hvordan urbefolkningene gjenvinner råderetten over territorier. I overensstemmelse med gjeldende normer i folkeretten krevde de engelske og franske kolonistorene i Canada suverenitet over sine nord-amerikanske territorier under henvisning til læren om «oppdagelse» av *terra nullius*, eller landområder der det ikke fantes tilstrekkelig «avanserte mennesker». Synspunktet at urbefolkninger ikke var tilstrekkelig sivilisert til å være i stand til å utøve råderett over landområder ligger fortsatt i bunnen i mange moderne drøftelser av urbefolkningers rett til eiendom og har farget diskusjonen om hvorvidt traktater som er inngått mellom den britiske kronen og urbefolkningsgrupper er å anse som internasjonale traktater som folkeretten gjelder for. Det rådende syn er at dette ikke er tilfellet. (Kindred m.fl. 1993).

Et merkeår i forholdet mellom britene og urbefolkningene var 1763 da Den kongelige proklamasjon ble utstedt. Proklamasjonen forbeholdt «indianere» land som ikke allerede var overdradd til europeere, «etter kongens forgodtbefinnende». I realiteten viste proklamasjonen at land kunne avstås fra kronen, som besatt den underliggende hjemmel til landområdene (se "*Bakgrunnen for de nåværende common law-reglene*" i punkt 4.4 til 4.6 nedenfor), men overdragelsen måtte være frivillig, og innebar vanligvis inngåelse av en traktat. Helt fra starten av viste det seg imidlertid at selv de kolonimyndighetene som i størst grad overholdt proklamasjonens bestemmelser tilvendte seg land, som de hevdet trengtes til offentlige utbyggingformål.

Et nytt merkeår var 1867, med sammenslåingen av de forskjellige britiske koloniene i Nord-Amerika til Canada. Provinsene ble i den canadiske forfatningen gitt myndighet over eiendomsforhold og borgernes rettigheter, mens den føderale regjeringen beholdt jurisdiksjon over «indianere» og deres landområder i henhold til § 91(24). Som nevnt ovenfor, er denne paragrafen av Høyesterett tolket slik at den også gir føderal jurisdiksjon over inuittene.

I 1876 innførte den canadiske regjeringen indianerloven som ga bestemmelser om forvaltning og bruk av reservatenes landområder. Reservater ble opprettet der en urbefolkningsgruppe hadde traktatforpliktet seg overfor kronen til å «overdra»

alt land unntatt det som reservatet befant seg på eller til å overdra alle sine territorier og flytte, mot å få tildelt land andre steder. Etter loven kunne overdragelse av reservatområder i seg selv skje når flertallet av voksne menn i det indianske band ga sin tilslutning til avståelsen og når området trengtes til offentlige utbyggingsformål.

Mellom 1763 og 1867 ble det inngått hundrevis av traktater mellom den britiske kronen og de indianske folkegruppene i det østre Canada og på Vancouver Island. Etter opprettelsen av føderasjonen har de føderale myndigheter inngått 11 andre traktater i det nordre Ontario, prairieprovinsene, nordre British Columbia og de nordre territoriene. Felles for traktatene er at indianerne avstår eksklusive rettigheter til landområdene til kronen, «som vederlag for årlige ytelser, bekreftelse av rett til utbytte av dyreliv og fiske, bevarelse av visse landområder til eksklusiv benyttelse for indianerne som reservater, og andre forpliktelser for staten» (Morse 1992: 335).

Mellom 1880 og 1914 ble «tvungen overtagelse-bestemmelsene» i indianerloven utvidet, slik at prinsippet om frivillig overdragelse ble ytterligere undergravet. Private interesser ble gitt rett til å utøve virksomhet i reservatene uten urbefolkningenes samtykke, og myndighetene tiltok seg rett til å flytte reservater der de lå nær ekspanderende byer. I 1951 ble loven endret slik at adgangen til tvungen overtagelse ble begrenset til tilfeller der et område trengtes til offentlige utbyggingsarbeider, men definisjonen av offentlige utbyggingsarbeider ble utvidet. Loven bestemmer nå at et område kan avstås når flertallet av indianere som er til stede på et møte innkalt av departementet, godkjenner overdragelsen. Bestemmelsene om tvungen overtagelse, koblet sammen med at myndighetene og indianerne hadde avvikende fortolkninger av garantiene i traktatene, fikk til sist indianske band til å søke hjelp hos domstolene.

I 1969 foreslo de føderale myndighetene en assimilasjonsprosess med avvikling av indianernes spesielle status over en femårsperiode (Roosens 1989: 33), og mente at en slik strategi kunne føre til minskning av urbefolkningenes dype sosiale og økonomiske problemer. Men i 1969 var de indianske lederne ikke innstilt på å gi avkall på den spesielle stillingen som fulgte av indianerloven. I tillegg til å sikre flere konkrete fordeler, «har forvaltningssystemet ... symbolske ... verdier, ut fra indianernes syn om at de utgjør en særegent åndelig samfunn adskilt fra resten av Canada» (Tanner 1983: 28). Indianerne oppnår altså forfatningsrettslig anerkjennelse som et særskilt samfunn, og deres interesser som helhet kan være best tjent med at stillingen de er gitt i loven opprettholdes. Assimilasjonstanken i den planen som ble foreslått i 1969 tjente til å oppildne forskjellige formasjoner av indianske grupperinger til den første virkelige bekreftelse av canadisk panindiansk solidaritet (Weaver 1984: 192; Dyck 1983: 219).

Tidlig på 1970-tallet begynte urbefolkningsgrupper og enkeltpersoner å gå til søksmål for å utfordre regjeringens indianerpolitikk og å få fastslått urbefolkningenes rettigheter til landområdene. De føderale myndighetene innførte også finansieringsprogrammer for indianske regionale og nasjonale sammenslutninger (Dyck 1983: 222), og sammenslutninger som representerte andre urbefolkningsgrupperinger. Benevnt som «offisielle 'fagforeningsforhandlere' for innfødte ... utgjorde styrkingen og utbredelsen av disse forbundene ... den mest betydningsfulle endringsfaktor når det gjaldt indianerpolitikken» på 1970- og 1980-tallet. Den viktigste av disse gruppene er the Assembly of First Nations, en landsomfattende samling av de fleste indianske grupper og ledere innen hovedretningene.

Canadiske domstoler som behandlet søksmål anlagt av disse grupperingene gikk meget lenger enn myndighetene hadde gjort når det gjaldt å fastslå at urbefolkningene har landrettigheter uavhengig av tildelinger fra staten. Resultatene av domstolenes behandling, inklusive rettslige avgjørelser om forfatningens virkning

for urbefolkningenes landrettigheter, behandles nedenfor i "*Bakgrunnen for de nåværende common law-reglene*" i punkt 4.4 til 4.6.

Gjennom slike politiske organisasjoner som the Assembly of First Nations har urbefolkningsgrupperinger også arbeidet aktivt for forfatningsmessige endringer i Canada. I 1982 ble den canadiske forfatningen formelt fristilt fra Storbritannia. Det følgende utdraget fra den regjeringsoppnevnte Ekspertgruppen til gjennomgang av hele landkravpolitikken (Cooligan Report, 1986) beskriver betydningen av den nye forfatningen av 1982 (og endringsprosessen) for urbefolkningene slik:

«Canadas forfatning anerkjenner og bekrefter nå bestående urbefolkningsrettigheter og traktatfestede rettigheter. Forfatningsendringsproklamasjonen av 1983 gjør det klart at «traktatrettigheter» omfatter «rettigheter som nå består i henhold til landkravavtaler eller som kan erverves på slik måte» (§ 35(3)). Denne sementeringen av urbefolkningenes rettigheter innebærer et vendepunkt i Canadas behandling av sine urbefolkninger. Canadas nasjonalforsamling kan ikke lenger ensidig oppheve eller endre urbefolkningsrettigheter. Endringer i bestående urbefolkningsrettigheter forutsetter samtykke av de berørte urbefolkningene eller endring av forfatningen.»

Først og fremst som resultat av domstolenes mer liberale fortolkning av urbefolkningsrettighetene hadde de føderale myndighetene i midten av 1970-årene gått med på å fremskynde forhandlingene som skulle føre til landkravavtaler med urbefolkningsgrupper. Urbefolkningene hadde blitt mer og mer desillusjonert av den sendrettede prosessen. I begynnelsen av 1990-årene oppnevnte den føderale regjeringen en kongelig kommisjon som skulle vurdere spørsmålet om urbefolkningsrettighetene. Blant de mange anbefalingene den kom med, er det en som tilråder at myndighetene ikke insisterer på at urbefolkningene må oppgi sin urbefolkningshjemmel etter common law som en forutsetning for inngåelse av landkravavtaler.²⁰³

Et annet organ, Indianerkravkommisjonen [the Indian Claims Commission], ble opprettet i 1991 for å se på krav som bygget på påståtte brudd fra myndighetenes side på bestemmelser som var avtalt i traktater (kjent som «spesifikke krav»). Selv om den kan gå nøye inn på spesifikke tilfeller, er også den bare et rådgivende organ.

Helt nylig har Canadas og provinsenes myndigheter gått inn i en rekke langtrukne forhandlinger om videre reformer i forholdene mellom urbefolkningen og det dominerende samfunnet. Etter at det føderale Liberale parti vant valget i 1993, har fokus skiftet fra forfatningsmessige reformer til administrativ delegering av funksjoner fra de føderale myndigheter til urbefolkningenes egne myndigheter. En senere endring i politikken som større urbefolkningsorganisasjoner har lagt merke til og kritisert, er en tilsynelatende tendens til at myndighetene går utenom dem og forholder seg direkte til mindre lokale urbefolkningssenheter. Statens politikk når det gjelder landkrav og fellesforvaltning er behandlet i "*Reservatområder og ressurser*" i punkt 4.7 nedenfor.

4.4 BAKGRUNNEN FOR DE NÅVÆRENDE COMMON LAW-RE- GLENE

4.4.1 Innledning

Som den historiske drøftelsen ovenfor viser, anerkjenner common law²⁰⁴ sammensatte rettslige interesser i landeiendommer. Etter common law har kronen den grunnleggende eller overordnede hjemmel til alt land innen dens suverene jurisdik-

203.Royal Commission on Aboriginal Peoples 1995. Treaty Making in the Spirit of Co-Existence.

sjon, begrunnet i oppdagelsesdoktrinen. Alle andre har en «interesse» i landet de «eier». Selv om urbefolkningshjemmel, slik den har utviklet seg i canadisk common law, ikke faller inn under reglene for tradisjonell eiendomsrett, er den anerkjent som den ikke lovfestede eiendomsinteresse som urbefolkningene har når det gjelder deres forfedres landområder. Urbefolkningene er således ansett for å ha en eiendomsinteresse i landområdene som de historisk har bodd på og besittet. Canadiske domstoler har utviklet detaljerte kriterier for å fastslå om en gitt gruppe kan påberope seg urbefolkningshjemmel til et territorium og, i så fall, hva som kan kreves i medhold av slike rettigheter. Avsnittene nedenfor analyserer domstolenes stillingtagen i disse spørsmålene.

4.4.2 Opprinnelsen til urbefolkningshjemmel i canadisk common law

Dommen i den første canadiske rettssaken av betydning som omhandlet spørsmålet om urbefolkningens landrettigheter, *St. Catherine's Milling and Lumber Company mot staten* (1988), 14 App. Cas. 46 (P.C.), var mer tilbakeholden enn tidligere saker fra USA, idet den konkluderte med at en slags urbefolkningshjemmel besto som en «heftelse» på kronens grunnleggende hjemmel, men at den fulgte utelukkende av den kongelige proklamasjon av 1763. I 1973 gikk den canadiske høyesterett lenger enn den forsiktige *St. Catherine*-dommen idet den fant at urbefolkningshjemmel kunne oppstå av okkupasjon og «avhenger ikke av traktat, administrativt vedtak eller lovgivning».²⁰⁵

4.4.3 Bevis for urbefolkningshjemmel

Det mest autoritative canadiske kriteriet for tilstedeværelse av okkupasjonsbaserte urbefolkningshjemmel stammer fra Høyesteretts syn på rettighetene i *Staten mot Sparrow* [1990] 3 C.N.L.R. 160. For Høyesterett eksisterer urbefolkningshjemmel når følgende kriteria er oppfylt:

- a) Vedkommende urbefolkningsgruppe bodde på eller okkuperte vedkommende region «som et organisert samfunn» før «europeiske nybyggere ankom»;
- b) De urbefolkningsrettighetene som fastslås var en «integrert del av [gruppens] liv og har forblitt det til i dag»; og
- c) Rettighetene har vært utøvet med «tilstrekkelig kontinuitet».

4.4.3.1 Organisert samfunn

Kravet til organiserte samfunn dukker først opp i *Calder*-saken, der dommer Judson talte om folk «organisert i samfunn». Etter dette har kravet om organisert samfunn vært oppfylt der saksøkeren har godtgjort at urbefolkningsgruppen i uminnelige tider har vært «en særpreget kulturell enhet med oppfatninger om eiendomsrett iboende i sin kultur som kan samordnes med common law»: dommer Hall i *Calder*-saken. Videre har kriteriet vært oppfylt der det tradisjonelle urbefolkningssamfunnet ikke hadde «svært kompliserte institusjoner» så lenge det var «organisert for å

204. Common law er Englands sedvanerett som er innført i mange tidligere britiske kolonier, inklusive Canada. Common law atskiller seg fra rettsregler som er fastsatt ved lov, og «omfatter et tilfang av de prinsipper og prosessregler ... som utspringer utelukkende fra bruk og sedvane i uminnelige tider, eller fra dommer og kjennelser av domstolene som fastslår, bekrefter og håndhever slik bruk og sedvane» (*Black's Law Dictionary*). Common law bygger i stor grad på prejudikater (stare decisis-prinsippet).

205. [Okkupere og okkupasjon av land brukes nedenfor i denne oversettelsen om det forhold at noen lever på et område, på en måte som ikke nødvendigvis er til foretrekk for andre. O.a.]

utnytte ressursene som fantes ... og avgjørende for opprettholdelse av menneskelig liv»: Hamlet of Baker Lake mot Departementet for indianske saker, [1979] 3 C.N.L.R. 17 (F.C.T.D.).

Grupper med urbefolkningshjemmel basert på okkupasjon inkluderer inuittene i Nord-Canada (*Baker Lake*) og halvnomadegrupper av indianere i British Columbia (*Calder*). Ingen av disse gruppene var organisert etter «stammeprinsipper», hver bygget i stedet på en samfunnsmessig organisasjon på «band-nivå». Det kan synes som om domstolene er uvillige til å nekte urbefolkningshjemmel på grunnlag av en oppfatning om «utilstrekkelig organisasjon».

I det minste én canadisk underrettsdom har fastslått at flere halvnomadeband kan gruppere seg i en felles enhet for å fremme krav på grunnlag av urbefolkningshjemmel til alt land de har okkupert hver for seg eller sammen. I Paulette-saken (1974), 43 D.L.R. (3d) 9 (NWTS Ct.), fant Høyesterett i Northwest Territories [NWT] at de seksten indianske band som hadde begjært saksstansing for et territorium på 3 600 kvadratkilometer i NWT kunne gis medhold, til tross for «de betydelige skillene» mellom bandene.

Til sammen viser *Calder*-, *Paulette*- og *Baker Lake*-sakene at løst strukturerte, seminomade-band som utøver ikke bofast jakt- og fangstvirksomhet er tilstrekkelig «organisert» til å møte denne delen av urbefolkningsrettighetskriteriet.

4.4.3.2 Okkupasjon

Det tidsrom som urbefolkningene må ha okkupert et territorium (før kronens suverenitet ble proklamert) for å besitte urbefolkningshjemmel, er ikke fastsatt av domstolene. Det er også verdt å merke seg at Høyesterett i *Sparrow*-saken (omtalt under 4.4.3 ovenfor) fastslo eksistensen av urbefolkningshjemmel til tross for sakkyndige uttalelser som gikk ut på at «ingen stamme var helt selvforsynt eller okkuperte sitt territorium til absolutt fortrenghet for andre». I *Bear Island Foundation mot Ontario*-dommen ((1991), 20 R.P.R. (2d) 50), gjentok Høyesterett at urbefolkningshjemmel eksisterer der det godtgjøres at «indianerne utøvde tilstrekkelig okkupasjon av vedkommende landområder gjennom hele det relevante tidsrom», selv om okkupasjonen ikke var eksklusiv.

4.4.3.3 Vedlikehold og kontinuitet

Der de innfødtes bruk og okkupasjon av landområder vedvarer, synes det irrelevant for domstolene at måten denne okkupasjonen og bruken utøves på har endret seg gjennom tidene. De canadiske dommene i *Paulette*- og *Baker Lake*-sakene viser «at bare det at moderne teknologi anvendes og opprettelse av bosetninger foregår, utelukker ikke urbefolkningsokkupasjon der menneskene i en viss utstrekning fortsetter å livnære seg ved jakt, fiske og omføring av beitedyr» (Bartlett 1993: 57). Det kan også merkes at Høyesterett i *Sparrow*-saken fant at retten som oppstår av urbefolkningshjemmel, «kan utøves på nåtidens manér».

4.5 RETTIGHETER SOM OPPSTÅR AV URBEFOLKNINGSHJEMMEL

4.5.1 Innholdet av urbefolkningshjemmel

Som nevnt ovenfor ble urbefolkningshjemmel i Canada opprinnelig ansett som en heftelse på kronens grunnleggende hjemmel. I *Staten mot Geurin m.fl.*-dommen [1985] 1 C.N.L.R. 120 karakteriserte den canadiske høyesterett innfødtes hjemmel som *sui generis*, eller som fallende utenfor de tradisjonelle interessene i landområder som var anerkjent i common law. Eiendomsretter som følger av denne form

for hjemmel, er fortsatt dårlig definert, men de synes å inkludere urbefolkningsrettigheter til jakt og fiske. Et beslektet spørsmål, om ikke en direkte bestanddel av urbefolkningshjemmel, er de tillitsmannsplikter som de føderale myndighetene har overfor urbefolkningene.

4.5.2 Urbefolkningens råderett over land

Privy Council [Geheimerådet, i Canada et embetsmannspreget regjeringsorgan] definerte i St.Catherine's Milling-saken innfødt hjemmel som en personlig og bruksrettspreget rettighet som omfattet en rett «til avkastningen av landområdene og til å jakte og fiske på dem». I Calder-saken reformulerte dommer Hall denne ressursbaserte karakteristikken til å omfatte en rett «til å okkupere landområdene og nyte avkastningen av landområdene, av skogen og av elver og bekker». Selv om det i Sparrow-dommen ble erkjent at rettigheter som oppstår av urbefolkningshjemmel, «kan utøves på nåtidens manér», har domstolene vært lite tilbøyelige til å utvide disse rettighetene til å omfatte kommersiell utnyttelse av fiske og jakt (Imai m.fl. 1993:23).

Som et minimum viser disse dommene at rettigheter som oppstår av urbefolkningshjemmel, inkluderer en rett til ressursutnyttelse som er kvalitativt likeartet med den som fant sted da kronen proklamerte sin suverenitet, selv om teknologien ikke nødvendigvis er den samme. For tiden er urbefolkningshjemmel til det som befinner seg under bakken, fortsatt ikke avklart. I A.G. Ontario mot Bear Island Foundation-saken (1984), 49. O.R. (2d) 353, senere opprettholdt etter anke i [1989] 2 C.N.L.R. 73 (Ont. C.A.), fant retten at indianerne bare har en interesse i «landets frukter» og at «landets frukter ikke omfatter bruken av selve landet». En del kommentatorer anser dette som en meget konservativ fortolkning av urbefolkningshjemmelen (Reiser 1993: 21).

4.5.3 Urbefolkningens råderett over vann

Innholdet i vannrettigheter som måtte være knyttet til urbefolkningshjemmel, er også fremdeles stort sett uavklart (Reiser 1993: 3). Bartlett (1988:9) fortolker imidlertid rettspraksis når det gjelder urbefolkningshjemmel slik at den implisitt gir urbefolkningene «rettigheter til vann basert på urbefolkningshjemmel ... definert og begrenset av den historiske og tradisjonelle bruk av vann» fra urbefolkningenes side. Bartlett er inne på om Høyesteretts avgjørelse om urbefolkningshjemmelens *sui generis*-natur i Staten mot Guerin-saken og innflytelse fra rettspraksis i USA etter hvert vil føre til at domstolene godkjenner mer omfattende vannrettigheter. Amerikansk domstolsskapt rett, som canadiske domstoler enkelte ganger (men ikke nødvendigvis) ser hen til for inspirasjon, viser at urbefolkningshjemmel til vann «omfatter *all* bruk av vannet», inklusive moderne former for irrigasjon. Denne amerikanske rettspraksis er imidlertid ikke konsekvent og gir rom for tvil om hvorvidt urbefolkningenes rett til vann stammer fra urbefolkningshjemmel eller fra statens opprettelse av reservater for de innfødte.

Bartlett (1988:13) konkluderer med at selv om canadiske domstoler skulle finne at urbefolkningenes rettigheter når det gjelder vann er begrenset til tradisjonell bruk, er denne «begrensede rettighet sannsynligvis tilstrekkelig til å legge bånd på utbyggingen av ethvert større vannressursprosjekt». I denne sammenheng nevnes at da det ble godtgjort at vannkraftprosjektet som var foreslått for James Bay-regionen tidlig på 1970-tallet, ville ha en ødeleggende virkning for dyreliv, fisk og vegetasjon på urbefolkningenes landområder, tok Québecs høyesterett i Kanatawat mot James

Bay Development Corporation-saken (1973), 41 D.L.R. (3d) 1, til følge et krav om midlertidig forføyning som begrenset arbeidene på prosjektet.

4.5.4 Tillitsmannsforpliktelser

I common law-jurisdiksjoner er forholdet mellom staten og urbefolkningsgrupper i økende grad kommet til å bli karakterisert som et tillitsmannsforhold. En tillitsmannsforpliktelse oppstår når partenes relative rettslige posisjoner er slik at en part er prisgitt den annens skjønnsmessige myndighetsutøvelse. Tillitsmannsforhold oppstår således når urbefolkningens interesser kan berøres av, og derfor er avhengig av, den måte tillitsmannsstaten bruker den skjønnsmessige myndighet som er delegert til den på. «Tillitsmannsforpliktelsene er rettens stumpe redskap for å utøve kontroll med denne skjønnsmessige myndighetsutøvelse»: (Weinrib 1975 at 7).

I Guerin-saken, (se ovenfor), fant Canadas høyesterett at staten hadde en tillitsmannsforpliktelse overfor et indiansk band som, selv om den ikke var formalisert, kunne kreves oppfylt ved domstolene. For dommer Dickson, med tilslutning av tre andre dommere, oppstår tillitsmannsforholdet når urbefolkningsgruppen avstår sine rettigheter i den forståelse at staten i sitt forhold til et band vil opptre med dettes medlemmers interesser for øye på beste måte. Det historiske forholdet mellom staten og indianerfolkene er av overordnet betydning for etableringen av tillitsmannsforpliktelsene. Det ligger implisitt i Guerin-dommen at tillitsmannsforholdet eksisterer også når rettighetene er bortfalt. I alle tilfeller der en tillitsmannsforpliktelse eksisterer kan den avhengige part reise sak om brudd på forpliktelsen. Erstatning skal tilkjennes «i analogi med prinsippene i vergemålsretten»: dommer Dickson i Guerin-saken.

4.6 BORTFALL AV URBEFOLKNINGSHJEMMEL

4.6.1 Innledning

Urbefolkningshjemmel kan bortfalle, men canadisk common law har gått i retning av å se det slik at urbefolkningshjemmel ikke automatisk ble, og forblir, opphevet ved proklamasjonen av britisk suverenitet. Allikevel har domstolene funnet at bortfall kan finne sted når visse tilleggsbetingelser er oppfylt.

4.6.2 Kronens frafallelse

Tradisjonelt har man ment at urbefolkningshjemmel kan bortfalle ved en ensidig handling fra kronens side. Calder-dommen (dommer Hall) og Sparrow-dommen viser at statens utøvelse av makt for å oppheve urbefolkningshjemmel må vise en klar og direkte hensikt. Noen canadiske domstoler (i Baker Lake-, Delgamuukw- og Calder-dommene, den siste ved dommer Judson) har kommet til at bare regulering av urbefolkningsretter som stammer fra urbefolkningshjemmel eller opprettelse av et rettslig regime som strider mot urbefolkningshjemmel, ikke er nok til at rettighetene bortfaller. Men det rådende syn synes å være at bortfall bare kan finne sted ved bruk av relevant lovgivning eller ved forvaltningsakt med hjemmel i lov: dommer Hall, Calder-saken.

Endringer i den canadiske forfatningen i 1982 kan ha hatt til følge at enhver senere ensidig opphevelse fra kronens side er forbudt. Den viktigste paragrafen er § 35, som angir at «de eksisterende urbefolkningsrettigheter og traktatrettigheter til Canadas urbefolkning er herved anerkjent og fastslått». Avgjørelsen til den canadiske høyesterett i Sparrow-saken synes å støtte oppfatningen om at urbefolkningsrettigheter som bygger på denne paragrafen ikke lenger ensidig kan oppheves.

Canadisk rettspraksis tyder på at urbefolkningshjemmel kan bestå selv der staten har meddelt en vanlig privat eiendomsrett dersom «urbefolkningenes allemannsrett til å bruke kan kombineres med en privat eiers rett til fredelig nytelse av eiendommen»: Baker Lake-saken.

Der rettighetene er opphevet, har noen domstoler funnet at erstatning kan ytes dersom lovbestemte eller forfatningsmessige mekanismer skulle gjøre erstatning nødvendig. I Calder-saken la dommer Hall til grunn en common law-presumsjon for erstatning. Etter dommer Halls vurdering «nødvendigjør ... statens ekspropriasjon av private rettigheter i følge common law ... at det betales erstatning» og bare «klare ord om dette i lovs form» kunne gi hjemmel for overtagelse uten erstatning.

Canadas høyesterett la i Paul-dommen og Ontarios appellrett la i Bear Island-dommen til grunn oppfatningen om at brudd på tillitsmannsforpliktelsene kunne være et mulig grunnlag for at det skulle erlegges erstatning i kjølvannet av ikke-konsensusbasert opphevelse av rettigheter.

4.6.3 Overdragelse eller avståelse av hjemmel

Urbefolkningshjemmel kan også bortfalle ved avståelse. Den vanligste metoden for avståelse er ved traktat. Bortfallet kan være partielt eller totalt. Ved en partiell overdragelse avstås visse av urbefolkningens rettigheter, mens andre beholdes. Ved avgjørelse av hva som er avstått, har canadiske domstoler (Calder-dommen, Baker Lake-dommen og dommen i sak Staten mot Nowegijick, [1983] 1 S.C.R. 29 (S.C.C.)), sluttet seg til resonnementet som finnes i amerikansk rettspraksis. Det går ut på at avståelsesdokumenter må «fortolkes ikke etter ordenes bokstavelige innhold, men slik de naturlig ville være å forstå av indianere»: Jones mot Meehan-dommen (1899) 175 U.S. 1 at 11 (USSC). Fortolkningsproblemer i traktatene skal således løses i favør av urbefolkningsgruppene. Som et siste punkt nevnes at etter den fortolking av oppdagelsesdoktrinen som har fått tilslutning i canadiske dommer og i indianerloven, kan urbefolkningshjemmel bare avstås til staten og bare bringes til opphør av staten.

4.7 RESERVATOMRÅDER OG RESSURSER

4.7.1 Innledning

Som nevnt ovenfor, er reservater landområder som er avsatt for bosetning og bruk for «statusindianere» i henhold til indianerloven.

4.7.2 Reservatområder

I Canada har områder reservert for indianere – reservater – blitt opprettet «ved tilståelse av kronen til trossamfunn og misjonsstasjoner, ved offentlig oppkjøp av privat jordeiendom og ved administrativ beslutning om slik anvendelse av offentlig jordeiendom» (Bartlett 1984: 469), ofte i forbindelse med en traktat. I praksis har man to forskjellige typer reservater: de der hjemmelen til reservatland stammer fra urbefolkningshjemmel og de der hjemmelen er en følge av kronens tildeling av hjemmel.

Reservater av den første typen varierer sterkt i sitt innhold. Som Slattery (1987: 770-1) beskriver det, består de av noen små lommer av land som ble beholdt av en innfødt gruppe da de overdro resten av sine urbefolkningsområder til kronen:

«Så lenge landområdene ikke var omfattet av overdragelsen ... vil gruppens rettigheter til dem fortsatt være basert på common law, selv om de blir bekreftet i en traktat. Reservater som ved ensidig statlig vedtak er skilt ut

fra en gruppes uavståtte slektsjord er i samme stilling, med mindre vedkommende vedtak opphever gruppens urbefolkningshjemmel.»

Om den andre typen reservat skriver Slattery:

«Det faktum at tilståtte reservater eksisterer på basis av spesielle bestemmelser som avviker i ordlyd og status, åpner opplagt for muligheten for at slike reservater mangler en entydig rettslig karakter. Vi er allikevel nødt til å ta hensyn til en autoritativ og langvarig juridisk oppfatning, bekreftet av Høyesterett i Guerin-dommen, om at rettigheter til indianerreservater av alle slag er det samme som urbefolkningshjemmel.»

Den loven som forholdene mellom urbefolkningen og kronen hviler på – indianerloven – definerer et «reservat» som «et landområde som Hennes Majestet er tillagt juridisk hjemmel til, som er avsatt til bruk og inntektsnytelse for et band» (§ 1). Bandet som helhet, og ikke enkeltpersoner blant indianerne, innehar rettigheter som etter common law pålegger den juridiske eier – i dette tilfelle de føderale myndigheter – en tillitsmannsforpliktelse til å handle til beste for bandet. Etter § 18 (1) kan Guvernøren i statsråd «etter denne lov og i henhold til bestemmelsene i traktat eller avståelse ... avgjøre om noe formål som landområder i et reservat benyttes til eller skal benyttes til, er til bruk og inntektsnytelse for bandet».

Reservatområder kan ikke skilles fra bandet med mindre de overføres til kronen i overensstemmelse med bestemmelser i indianerloven. Således kan staten av hensyn til offentlige interesser oppheve områdets stilling som reservat etter § 35 (1):

«når en kommunal eller lokal myndighet eller et selskap i henhold til lov vedtatt av Canadas nasjonalforsamling eller av den lovgivende forsamling i en provins, er bemyndiget til å ta land eller interesse i det i besittelse eller i bruk uten eierens samtykke, kan vedkommende myndighet utøve sin myndighet med samtykke av Guvernøren i statsråd når det gjelder reservatområder eller interesser i dem.»

Når reservatområder er ervervet på denne måten skal det ytes erstatning i form av et beløp betalt til staten. Midlene skal anvendes til bruk og beste for bandet eller indianer som er berettiget til erstatning (§ 35 (4)).

Landområder kan også avstås frivillig av urbefolkningsbandet selv til de føderale myndighetene. Hvis ikke slik avståelse foreligger, kan reservatland ikke selges. Etter § 39 gjennomføres avståelse ved flertallsbeslutning av de tilstedeværende indianere på et møte innkalt av vedkommende departement.

Indianere enkeltvis eier ikke reservatland, men har i stedet «besittelse» av sine andeler av reservater når Departementet for indianske og nordlige saker har utstedt en tillatelse som hjemler slik besittelse (§ 20). Besittelse gir indianer rett til å bo på landområdet og i visse tilfeller rett til erstatning når ressurser blir utvunnet på gruppens område.

4.7.3 Landrettigheter og ressurser på reservater

Undersøkelse av indianernes rettigheter på reservatland ut fra rettspraksis gir følgende resultater:

- a) Indianernes landrettigheter er rett til å bruke og til inntektsnytelse av reservatland;
- b) «Retten til bruk og inntektsnytelse» kan forstås som okkupasjon og besittelse av reservatland;
- c) Retten til bruk og inntektsnytelse av reservatland kan ikke overdras; dog kan landområdet selv eller ressursene der overføres av bandet til de føderale myn-

- digheter gjennom den av avståelsesprosedyre som er nevnt ovenfor;
- d) Selv om indianernes rettigheter i forbindelse med reservatland ikke kan overdras, er de i virkeligheten heller ikke fullt ut rettigheter som følger personene, fordi staten etter avståelse har en tillitsmannsforpliktelse til å behandle vedkommende landområde på den måte som best tjener bandet;
- e) Indianernes rett til bruk og inntektsnytelse av reservatområdene bortfaller ved total avståelse til den føderale stat, og eiendomsrettighetene tilfaller deretter vedkommende provins (omskrevet etter Reiter 1993: 4).

Etter indianerloven kan Departementet for indianske og nordlige saker utstede midlertidige tillatelser, som bare kan forlenges med tillatelse av bandets råd, til uttak av gress, sand, leire og ikke-metalliske stoffer på ikke avstått land på reservatet. Inntekten fra slik virksomhet deles mellom bandet og de enkelte medlemmene som rettmessig besitter ressursene (§ 58 (4)). Mineraler kan ikke fjernes fra reservatet uten departementets tillatelse (§ 93). En del forskrifter som utfyller bestemmelsene i indianerloven når det gjelder utvinning av ressurser, oppsummeres nedenfor.

4.7.4 Gruvedrift

Forskriftene om indiansk gruvedrift gitt i medhold av indianerloven regulerer leting etter og utvinning av mineraler på reservatene overalt bortsett fra i British Columbia. Atskillig skjønnsmessig myndighetsutøvelse er lagt til tjenestemennene i Departementet for indianske og nordlige saker. Med unntak av godkjenning av søknader om leieavtaler eller utvinningstillatelser, godkjenning av formler for fastsettelse av bandenes andel av inntektene og avståelse av mineralrettigheter, har bandets råd ingen godkjenningsmyndighet med hensyn til utvinning av mineraler på reservatet. Bandene mottar informasjon om leieavtaler eller utvinningstillatelser etter saksbehandlernes skjønn. Det foreligger ingen meglingsmekanisme som kan settes i kraft når det gjelder forlengelse av leieavtaler eller utvinningstillatelser og produksjonsavgiften som skal erlegges. Med mindre departementets representant og leietakeren kommer til enighet om å endre produksjonsavgiftssatsen, skal den være 5 % av bruttoinntekten av mineralene som er utvunnet (Reiter 1993: 32).

Flere avtaler mellom provinser og føderale myndigheter regulerer fordelingen av utbyttet fra gruvedriften. I Ontario går halve utbyttet til bandet og den andre halvdel til provinsen. I Alberta, Saskatchewan og Manitoba går hele utbyttet til bandet. I British Columbia går halve utbyttet til provinsen, mens resten går til de føderale myndigheter «til beste for indianerne». I atlantehavsprovinsene mottar på liknende måte de føderale myndighetene hele utbyttet «til beste for indianerne». Det foreligger ingen avtale for Québec-reservatene. Gruverettigheter er under forhandling i Yukon Territory og i Northwest Territories gjennom kravprosessen, da det ikke er opprettet noen reservater der (Indian Law Bulletin 8/92).

4.7.5 Skogsdrift

Forskriftene om indiansk tømmerdrift gir også departementets tjenestemenn store fullmakter når det gjelder å fastsette betingelser for utnyttelse av tømmervirke som finnes på reservatene. Samtykke fra bandets råd kreves imidlertid når tillatelser utstedes til et medlem av et band eller når tjenestemannen innhenter anbud for tømmervirke som ikke er avstått.

4.7.6 Olje og gass

Forskriftene om indiansk olje og gass gir heller ikke bandenes råd «vesentlig styring over utviklingen av indiansk olje og gassvirksomhet» (Reiter 1993: 26). Etter loven om indiansk olje og gass utsteder de føderale myndigheter forskrifter vedrørende tildeling av tillatelser til å utvinne olje og gass og produksjonsavgiftene som skal erlegges. Produksjonsavgift betales til de føderale myndigheter «som tillitsmann for de berørte indianske band». Departementet for indianske og nordlige saker er forpliktet til å rådføre seg med de berørte band, men deres samtykke til betingelsene i utvinningstillatelsene er ikke nødvendig.

Band eller indianere som rettmessig er bosatt i et utvinningsområde, har visse rettigheter knyttet til overflaten etter forskriftene om indiansk olje og gass. Spesielt må den som besitter rettigheter på overflaten, gis tilstrekkelig erstatning for ulemper som utvinningen medfører. Det er ikke opprettet noen meglingsnemnd som kan avgjøre hva som menes med «tilstrekkelig». Departementet for indianske og nordlige saker har forbeholdt seg rett til å fastsette en ordning når avtale ikke oppnås (§ 30).

4.7.7 Rettigheter til vann på reservatene

Rettighetene til vann i forbindelse med reservater avhenger av om reservatet ble opprettet ved traktat eller ved administrativ beslutning av de føderale myndigheter. De fleste traktatene inneholdt ikke noen garanti om indianske rettigheter til vann utover dem som følger implisitt av bestemmelsene om jakt, fangst og fiske (Bartlett 1988: 52). Indianske grupper har hevdet at vannrettigheter etter deres forståelse er forbeholdt dem i traktatene. Som nevnt ovenfor, fant Høyesterett i *Nowegijick* mot staten, [1983] 2 C.N.L.R. 89, at traktater må fortolkes fritt og at det må tas hensyn til oppfatningen til de indianske partene. Fri fortolkning av traktatene har ført til at Høyesterett anerkjenner «en traktatfestet rett til vann for tradisjonelt og nåværende bruk for indianerne» (Bartlett 1988: 52).

Indianerne på reservater opprettet ved administrativ beslutning kan såvel ha som ikke ha rettigheter til vann. Når indianere på reservater besitter rettigheter til vann, vil innholdet i disse rettighetene «antagelig være adskillig mer omfattende enn når det gjelder rettigheter som bare tjener til å bevare tradisjonelle utnyttelsesmåter» (Bartlett 1988: 80).

Indianernes rettigheter til vann er ikke begrenset til bruk for de spesifikke formål man hadde i tankene da de ble fastsatt. Det er klart fastslått at omfanget av indianernes rettigheter til vann omfatter vern av tradisjonelt bruk av vannet og i særdeleshet ikke-uttømmende bruk rettet mot opprettholdelse av tradisjonell jakt, fangst og fiske. Videre viser avtaler stat-provinser og rettspraksis i USA at indianernes rettigheter til vann omfatter bruk av vannet til produksjon av vannkraft til bruk både innenfor og utenfor reservatene.

Bartlett bemerker videre at «common law-presumsjonen for at eiendomsrett til elvebredden gir eiendomsrett til sjøbunnen gjelder for indianske elvebredder i områder uten tidevann i de fleste deler av Canada» (Bartlett 1988: 114). Følgelig har antagelig indianerne også «elvebreddrettigheter» (Bartlett 1988: 49). Etter common law gir elvebreddrettigheter eieren rett til å «nyte en naturlig elvevannføring på overflaten» inklusive retten til å få vannet til eiendommen «i sin naturlige tilstand, både når det gjelder strøm, mengde og kvalitet». Endringer i common law-retten innført ved formell lov i de fleste canadiske jurisdiksjonene begrenser beføyelsene etter common law-retten ved overtredelse av elvebreddrettigheter. Allikevel består i de fleste tilfeller retten til å anlegge søksmål i forbindelse med ulemper (f.eks. for vannforurensning) (Reiter 1993: 11).

4.7.8 Miljøspørsmål på reservatene

Fordi reservatlandene faller innenfor de føderale myndigheters jurisdiksjon og de fleste miljøvernlovene er gitt av og håndheves av provinsene, er det en markant mangel på oversikt over miljøspørsmål på reservatene. Indianerloven har få bestemmelser som gjelder miljøspørsmål. Etter loven kan de føderale myndighetene utstede forskrifter om vern av dyrelivet, om helseforhold i private boliger, om kvalitet på og bruk av vann, og om kloakkbehandling. Myndighetene i de indianske reservatene, bandrådet, kan gi vedtekter som behandler sanitærforhold, bygging av vannverk og grøfter, soneinndeling, vannforsyning og vern av dyreliv. Som helhet gir disse forskriftsfullmaktene ikke et dekkende miljømessig vern og system for beskyttelse mot forurensning (Environment Canada 1994:4).

Som nevnt i innledningen er det flere former for administrativ desentralisering av råderetten over landområder. For denne rapportens formål er de inndelt i landkravland, selvstyrt land og fellesforvaltet land. Bemerk at disse kategoriene ikke gjensidig utelukker hverandre og at et gitt areal samtidig kan være gjenstand for landkrav, selvstyrt og fellesforvaltet.

4.8 KRAVSPROSESSEN

4.8.1 Innledning

I 1973 anerkjente de føderale myndighetene to klasser av landkrav for urbefolkningsgrupper som ikke godtok statens politikk når det gjaldt land: spesifikke og generelle. Spesifikke krav omhandler spesifikke klagemål som indianere kan ha vedrørende ikke-oppfyllelse av traktater, og klagemål som oppstår av forvaltningen av indiansk land og andre ressurser etter indianerloven (DIAND 1990: 91).

Generelle krav er basert på urbefolkningenes tradisjonelle bruk og okkupasjon av land. Slike krav oppstår når de innfødtes rettigheter ikke tidligere er behandlet i traktat eller på annen måte. Generelle krav innbefatter elementer som rettigheter til land, fiske- og fangstrettigheter, økonomisk erstatning og andre økonomiske og sosiale ytelser (DIAND 1990: 91).

Urbefolkningsgrupper har klaget over at behandlingsprosessen for kravene har vært svært langtrukken. Bare en håndfull av de generelle landkravene som er satt frem, er blitt behandlet (selv om noen kritikere sier at ansvaret for forsinkelsene må deles mellom urbefolkningene og staten). Likeledes gjenstår det å løse mange spesifikke landkrav. Tregheten i kravsprosessen antas å være bakgrunnen for urbefolkningens skuffelse over den politiske prosessen og det nylige utbruddet av alvorlige konfrontasjoner mellom frustrerte urbefolkninger og myndighetene.

I 1991, i kjølvannet av Oka-krisen som førte til en væpnet sommerlang konfrontasjon mellom urbefolkninger og det militære i Québec, opprettet de føderale myndighetene indianerkravkommisjonen som skulle fungere som ankeinstans for spesifikke landkrav som var avvist av staten. Kommisjonen kan bare utstede anbefalinger om gyldigheten av kravet. Til tross for at kommisjonen er opprettet, er kravsprosessen fortsatt politisk og følelsesmessig ladet og trekker i langdrag. I september 1995, etter to væpnede konfrontasjoner mellom urbefolkninger og politiet, advarte et medlem av kommisjonen om at systemet ikke fungerte som det skulle og at kjelen fylt med urbefolkningenes frustrasjon var i ferd med å koke over.²⁰⁶

Pr september 1995 var det anmeldt 556 spesifikke krav for de føderale myndighetene. Til sammen 98 var løst, mens 43 var avvist. Resten svever i det uvisse.

206.Canadian Press. 25 september 1995.

Det er meldt om liknende vanskeligheter i kravprosessen for de generelle kravene. De største generelle kravene finnes i Canadas tynt befolkede, men ressursrike nordområder, der urbefolkningshjemmel over enorme landområder aldri er blitt opphevet. Avtaler om generelle landkrav er stort sett moderne traktater. Myndighetene hevder fortsatt at disse traktatene når de er underskrevet opphever alle urbefolkningsretter som måtte ha eksistert uavhengig av avtalene.

Som det ble bemerket i den føderale regjeringens Cooliganrapport i 1986, har kravet om at urbefolkningene skal bytte de stort sett immaterielle, domstolsdefinerte rettighetene som stammer fra urbefolkningshjemmelen, med landkravavtalenes bestemmelser vært et hinder for urbefolkningsgruppene når det gjelder å inngå slike avtaler. Denne politikken har også vært kritisert i 1990-årene av Den kongelige kommisjon for urbefolkningens rettigheter, av the Assembly of First Nations, som er en organisasjon som arbeider for urbefolkningens rettigheter og i en rapport fra august 1995 avgitt av en regjeringsoppnevnt granskningsmann. Forfatteren av sistnevnte rapport, en pensjonert dommer, ga blant annet anbefalinger med sikte på å få myndighetene til å gå bort fra kravet om bortfall. Landkrav, hevdet han, burde omfatte anerkjennelse av at rettigheter når det gjelder urbefolkningshjemmel består i kravområdet, og landkravene burde klarlegge så langt som mulig de landrettigheter og ressurser som hver av de berørte parter har. Avtalen burde også inneholde løfter om at bare de rettigheter som var inkludert i avtalen skal utøves og den burde videre inneholde bestemmelser om megling og avtalerevisjon.

Den følgende kasuistikk viser de rettighetene til land og ressurser som fire større generelle landkrav førte til. De to første – James Bay og Unuvialuit – var de første generelle avtaler som ble inngått. De andre, Nunavut og Umbrella-avtalen, er nettopp inngått og er mer «generelle».

4.8.2 Sak I: James Bay and Northern Quebec-avtalen

4.8.2.1 Innledning

Etter lang strid i retten mellom Creeindianerne og inuittene i det nordre Québec og provinsen Québec om Fase I av James Bay-vannkraftprosjektet, undertegnet de to gruppene og myndighetene i 1975 James Bay and Northern Quebec-avtalen. Som vederlag for å avstå rettighetene til 981 610 kvadratkilometer i James Bay/Ungava Bay-regionene, ble urbefolkningsgruppene gitt \$ 225 millioner over 20 år og deler av fellesområder som de fikk visse eksklusive rettigheter over. Avsnittet nedenfor beskriver disse rettighetene og organene, sammensatt av representanter for partene, som administrerer dem.

4.8.2.2 Samordningskomiteen for jakt, fiske og fangst

4.8.2.2.1 Bakgrunn og mandat

Da den er en generell avtale, er det i James Bay and Northern Quebec-avtalen av 1975 «inkludert bestemmelser ikke bare om fiskerier og dyreliv, men også om forvaltning av landarealer, evaluering av miljømessige og sosiale virkninger av utbyggingssprosjekter i området og en inntektssikringsplan for fangstfolk» (Berkes 1989: 191). I henhold til avtalen er de landområdene den omfatter inndelt i tre kategorier. Innfødte brukere er tilstått eksklusive innhøstningsrettigheter på land betegnet som kategori II-land. Men urbefolkningsbrukere har ingen rettigheter til det som finnes i undergrunnen, og kategori II-territorier kan bli ekspropriert og et like stort landareal et annet sted gitt som kompensasjon. På kategori III-land høster både innfødte og ikke-innfødte brukere av dyre- og plantelivet, dog er de innfødte gitt rett til eksk-

lusiv utnyttelse av enkelte dyrearter. Kategori I-land er «relativt små enheter av land som kan sammenlignes med reservatområder» (Berkes 1989: 191).

Urbefolkningens rettigheter til vann er etter avtalen begrenset. Som Bartlett sier «ble Creeindianerne og inuittene nektet en forvaltningsmessig rolle når det gjelder [å ha oppsyn med] vannressurser utenfor grensene for kategori I-land. Avtalen er mer en stadfestelse av rettighetene til James Bay-vannkraftprosjektet enn av Creeindianernes og inuittenes rettigheter vedrørende vann» (1988: 221).

4.8.2.2.2 *Samordningskomiteen*

Det organ som har til oppgave å føre tilsyn med dyre- og plantelivet er Samordningskomiteen for jakt, fiske og fangst [The Coordinating Committee on Hunting, Fishing and Trapping]. Den har en rådgivende funksjon og kan gi anbefalinger direkte til vedkommende føderale departement eller provinsdepartement. «Samordningskomiteen fører kontroll med innhøstningsrapporten, håndterer ledelsesrelatert informasjon, gir råd om naturverntiltak, deltar i evalueringer av miljømessige virkninger og er generelt et forum for de innfødtes anliggender.» (Berkes 1989: 200).

Nærmere bestemt kan komiteen gi anbefalinger til de ansvarlige føderale departementer eller provinsdepartementer om forskrifter, forvaltningsprosedyrer, fordeling av innfødtes og ikke-innfødtes jaktutbytte, arter av faunaen som krever totalt vern, forskningsprosjekter vedrørende dyre- og plantelivet, kontroll med kommersielle fiskerier, behandling av søknader om tillatelse til å drive virksomhet i forbindelse med utrustning av fangstfolk osv. (Drolet m.fl. 1987: 3). Jegere blant Creeindianerne har også brakt sine klagemål vedrørende vannutbygging og dens virkning for fisk og dyreliv inn for komiteen (Berkes 1989: 195).

Avgjørelser fattet av komiteen når det gjelder elg, karibu og bjørn, «er det eneste beslutningsområde som binder den ansvarlige statsråd eller myndighet» (Drolet m.fl. 1987: 3).

4.8.2.2.3 *Medlemmer og funksjoner*

Samordningskomiteen har 16 medlemmer oppnevnt av henholdsvis Québec (4 medlemmer), den føderale regjeringen (4), Creeindianerne (3), inuittene (3) og Naskapiindianerne (2) (Berkes 1989: 193). James Bay Development Corporation er representert ved en observatør uten stemmerett. Medlemmene oppnevnes for ubestemt tid og kan skiftes ut etter ønske fra den oppnevnde part. Antallet medlemmer kan endres hvis alle deltakende parter samtykker (Québec m.fl. 1976: 368). Hvert medlem har én stemme hvis det ikke kommer opp spørsmål som bare angår en av de to jurisdiksjonene. I tilfeller der en sak faller inn under provinsens jurisdiksjon, har Québecrepresentantene to stemmer hver, mens de føderale medlemmene ikke har rett til å delta. På samme måte er det når spørsmål innen føderal jurisdiksjon er oppe. Da har de føderalt oppnevnte medlemmene to stemmer hver, mens Québecmedlemmene avstår fra å delta (Québec m.fl. 1976: 368).

Når komiteen behandler saker i et av de innfødtes territorier som omfattes av avtalen (Creeindianere, inuitter og etter hvert Naskapiindianere), har de direkte berørte urbefolkningsdeltakerne dobbeltstemme (i alt 8 stemmer), mens de som representerer urbefolkningsgrupper i andre områder ikke avgir stemme (Québec m.fl. 1976: 368). Når komiteen har til overveielse saker under Naskapi-jurisdiksjon, har de to Naskapi-oppnevnte medlemmene til sammen 8 stemmer (Québec m.fl. 1979: 303).

Komitelederen, varalederen og der det er relevant, annen varaleder, blir oppnevnt av partene for ett år av gangen og i fast rekkefølge mellom partene (Québec m.fl. 1976: 369). Hver deltagende part dekker utgiftene til medlemmene de har oppnevnt og eventuelle sakkyndige som medlemmene ønsker assistanse fra (Québec m.fl. 1976: 371). Et sekretariat som er «ansvarlig overfor og under direkte instruksjon og kontroll av Samordningskomiteen» og finansiert av Québec, har til oppgave å motta og fordele informasjon, referere komiteens virksomhet og føre protokoll over dens avgjørelser. Møter holdes minst fire ganger pr. år. Møtene innkalles av komitelederen «innen tjue dager etter ha fått skriftlig anmodning fra hvilke som helst fem medlemmer med angivelse av formålet med slikt møte» (Québec 1979: 306). Avgjørelser treffes på grunnlag av flertallsbeslutninger, med dobbeltstemme for lederen i tilfelle stemmelikhet.

Etter Berkes' (1989) mening er Samordningskomiteen hemmet av at den bygger på oppfatninger av forhandlinger og tvisteløsninger som finnes i landets sørlige del. Denne ensidighet «forhindrer i praksis ... de tradisjonelle fiskere og jegere fra å delta og begrenser ... deltakelsen til taleføre personer med utdanning fra landets sørlige del som finner seg vel til rette i komitesammenhenger» (Berkes 1989: 195).

Forskjeller i saksbehandlingen markerer denne forskjellen mellom kulturen i nord og sør:

«Komitelederskapet ... som roterer, lå hos creeindianerne i slutten av 1970-årene og i denne tiden fattet komiteen beslutninger på basis av konsensus. Dette bragte i alminnelighet bedre resultater enn den konfrontasjonspregede måten å lede forhandlingene på som i tiden etterpå ble brukt under ikke-innfødte komiteledere. Når saker ble avgjort ved at avstemning ble fremtvunget, ble mange flere vedtak raskere fattet – bare for å bli ignorert senere på statsrådsplan» (Berkes 1989: 195).

4.8.2.3 Den rådgivende James Bay-komiteen for miljø

4.8.2.3.1 Oppgaver

Den rådgivende James Bay-komiteen for miljø [James Bay Advisory Committee on the Environment] har som oppgave blant annet:

- a) å anbefale vedtak av lover, forskrifter og andre tiltak for å bedre miljøvernet og det sosiale miljø;
- b) å vurdere og formulere anbefalinger vedrørende lover, forskrifter og forvaltningsmessige regler som har å gjøre med miljøet, de sosiale omgivelser og bruken av land;
- c) å vurdere og formulere anbefalinger vedrørende evaluering av miljømessige og sosiale virkninger og gjennomgå mekanismer og saksbehandlingsregler (Québec 1993: 55).

Regjeringene i Québec og Canada og Den regionale Creeindianermyndighet må altså konsultere komiteen vedrørende større spørsmål som angår innføring av regelverk for beskyttelse av miljø og sosiale forhold (Québec 1993: 55). Videre må Québecs miljøvernminister konsultere Samordningskomiteen før han legger frem forskrift som eksklusivt gjelder regelverket for beskyttelse av miljø og sosiale forhold på kategori I eller II-land eller kategori III-land som er omgitt av kategori I-land ... Tilsvarende konsultasjoner kreves når statsråden akter å endre eller ikke iverksette anbefalinger fra Samordningskomiteen som bare gjelder disse landområdene ... Manglende konsultasjon kan imidlertid ikke gjøre en forskrift ugyldig (Québec 1993: 55).

Québecs skogminister må på sin side «før de godkjennes, forelegge for samordningskomiteen for vurdering og samtykke generelle og femårs skogforvaltningssplaner vedrørende skoger i det offentliges eie i avtaleterritoriet» (Québec 1993: 55). Deretter må komiteen meddele statsråden sine kommentarer innen 90 dager (Québec 1993: 55).

Komiteens myndighet er begrenset til avtaleregionen som ligger sør for 55. breddegrad. Nord for denne breddegraden har et annet organ, bestående av medlemmer oppnevnt av regjeringen og inuittene, en tilsvarende funksjon

4.8.2.3.2 *Medlemmer og funksjoner*

Komiteen har 13 medlemmer oppnevnt av Québec (4 medlemmer), Canada (4) og Den regionale Creeindianermyndighet (4). Lederen for Samordningskomiteen for jakt, fiske og fangst er siste medlem. De oppnevnte deltakerne «kan sies opp av den oppnevnte part, som også oppnevner etterfølgeren» (Québec 1993: 52). Saksbehandlingen tilsvarer stort sett den som er beskrevet ovenfor for Samordningskomiteen.

4.8.3 **Sak II: Inuvialuitbosetningsregionen**

4.8.3.1 *Bakgrunn og mandat*

Inuvialuitavtalen var det første av de store landkravoppgjørene i nord. Den endelige inuvialuitavtalen, som dekker et stort område av arktisk land- og sjøområde rundt Mackenzie River-deltaet, ble inngått i 1984. Avtalens sentrale bestemmelsene om landområder er følgende:

«Hjemmel

- Inuvialuiturbefolkningen fikk juridisk hjemmel til ca. 90.000 kvadratkilometer land. 13.000 av dette territoriet ble tilstått med en vanlig eiers fulle rettigheter, slik at de innfødte fikk kontrollen også over mineraler i undergrunnen. De resterende 77.000 kvadratkilometer ble tilstått med fulle eierrettigheter med unntak for mineraler i undergrunnen.
- Landet som ble overført omfatter «bunnen i alle innsjøer, elver og andre vannansamlinger som finnes i inuvialuitenes land,» noe som viser at inuvialuitene har elvebreddrettigheter som beskrevet ovenfor.
- Det land som ble overført til urbefolkningene ble utpekt av de innfødte gruppene i samsvar med kriterier fastsatt i avtalens § 9 (2): Land som er av betydning på grunn av biologisk produktivitet eller tradisjonelle gjøremål; land som kan bli av betydning i fremtiden som en kilde for økonomisk utvikling; land der det finnes historiske inuvialuitiske kulturområder; land som kan benyttes i fremtiden for nye bosetninger; land som ikke inneholder påviste olje- eller gassreserver; land som ikke er i privat eie.

Begrensninger i hjemmelen

- Innehavere av mineralrettigheter på områder overført i henhold til avtalen «skal være berettiget til å nyte slike rettigheter uten endringer eller avbrytelser så lenge de løper. Henvisningen til «rettighet» i dette ledd av paragrafen gjelder også forlengelse» (§ 7 (93)).
- Etter § 7 (44) «kan rettighet til inuvialuitland ikke overføres til andre enn inuvialuitiske enkeltpersoner eller selskaper kontrollert av inuvialuitene». Denne begrensningen gjelder ikke for leieavtaler.

Ekspropriasjon

- Inuvialuitland kan eksproprieres med samtykke av Canadas regjering så lenge passende alternativt land gis som erstatning. Hvor slikt land ikke kan gis, skal det ytes erstatning i penger.»

4.8.3.2 Ressursforvaltning

Den endelige inuvaluitavtalen (IFA) [the Inuvialuit Final Agreement] – undertegnet i 1984 av Komiteen for urfolkenes rettigheter (COPE) [the Committee for Original Peoples Entitlement] og den føderale regjeringen – opprettet «en mekanisme der råd fra inuvaluitene om [natur]forvaltning ville bli en del av departementets beslutningsprosess» (Carpenter m.fl.: 3).

Denne mekanismen representerte et kompromiss mellom myndighetenes ønske om at den endelige avgjørelse i ressursforvaltningssaker skulle ligge hos staten og inuvaluitenes krav om meningsfull urbefolkningsdeltakelse (Carpenter: 3).

Bestemmelsene i IFA om fellesforvaltning førte til opprettelse av fem felles forvaltningsorganer, sammen kalt Komiteene for fornybare ressurser. De behandler alle aspekter av naturforvaltning i inuvaluitbosetningsregionen.

Fellesforvaltningsorganene er: Den felles forvaltningskomite for fiskeriene [the Fisheries Joint Management Committee] (FJMC); Rådet for naturforvaltning for Northwest Territories [the Wildlife Management Advisory Council, Northwest Territories] (WMAC NWT); Rådet for naturforvaltning for North Slope [the Wildlife Management Advisory Council, North Slope] (WMAC NS); Komiteen for bedømmelse av miljøvirkninger [the Environmental Impact Screening Committee] (EISC); og Klagenemnda for miljøvirkninger [the Environmental Impact Review Board] (EIRB). I tillegg har avtalen bestemmelse om opprettelse av et fellessekretariat som skal yte administrativ og teknisk bistand til et antall myndigheter/inuvaluitnemnder som er opprettet ved avtalen.

Når det gjelder finansiering og bistand, stiller de føderale myndigheter sekretariattjenester til rådighet for EISC, EIRB og FJMC. Myndighetene i Northwest Territories og Yukon er ansvarlige for sekretariattjenestene for henholdsvis WMAC(NWT) og WMAC(NS). De føderale myndighetene stiller midler til rådighet for driften av komiteene, enten ved direkte bidragsavtale med fellessekretariatet eller indirekte gjennom bidragsavtaler med de territoriale myndighetene (Canada, NWT 1992: 9).

4.8.3.3 Den felles styringskomité for fiskeriene

Komiteen er ansvarlig for å fremskaffe opplysninger om fangsten og gi anbefalinger om minstetall for fisk og om fangstkvoter for sjøpattedyr. Komiteen foretar årlige besøk til landsbyer i Settlement Region og holder offentlige møter for å utveksle informasjon om fisket. Komiteen «støtter årlig flere forsknings-, evaluerings- og overvåkningsprosjekter» og «har hjulpet til med å utvikle Treningsprogrammet for feltarbeidere innen fiske og miljø» for å «fremme inuvaluitisk deltakelse i fiskeriforvaltningen» (Inuvaluit). FJMC består av to medlemmer oppnevnt av den føderale regjeringen og to som representerer inuvaluitene.

4.8.3.4 Rådet for naturforvaltning, NWT

Rådets mandat er:

- «å gi råd om naturforvaltning i Western Arctic Region (som er hele Settlement Region unntatt Yukon Territory) til de føderale og territoriale depar-

tementer for naturforvaltning og til EISC, EIRB og andre relevante organer; utarbeide naturvern- og naturforvaltningsplaner for Western Arctic Region; og gi anbefaling om riktige fangstkvoter» (Canada, DIAND 1992:10).

Rådet har utarbeidet Plan for vern og forvaltning av inuivialuitressurser for Western Arctic Region og seks lokalsamfunnbaserte verneplaner. Det har også iverksatt forskning om grizzlybjørner, karibu, ulv og annet dyreliv for bedre å kunne anbefale riktige kvoter.

Rådet har seks medlemmer, oppnevnt av inuivialuitene (3), regjeringen i NWT (2) og den føderale regjeringen (1). En uhildet leder som godkjennes av alle parter oppnevnes av NWTs regjering (Canada, DIAND 1992: 11). Enkelte møter i rådet holdes sammen med Det inuivialuitiske viltråd (se nedenfor). Minst to regjeringsmedlemmer må være til stede på hvert møte, med mindre det er enighet om noe annet (WMD 1993: 1).

Rådet for naturforvaltning for North Slope i Yukon tilsvarende NWT-rådet og, som sin NWT-slekting, gir det råd til myndighetene i naturvernspørsmål. Det består av en leder, to inuivialuiter, et medlem oppnevnt av Miljødepartementet og et medlem oppnevnt av myndighetene i Yukon. Rådets leder oppnevnes av regjeringen i Yukon, med godkjenning av Canada og inuivialuitene (Canada, DIAND 1992: 11).

4.8.3.5 *Inuivialuitenes organisasjoner*

Inuivialuitenes organisasjoner som har oppsynet med forvaltningen av bosetningsregionen omfatter Det inuivialuitiske viltråd [Inuivialuit Game Council] (IGC), et organ som bare består av inuivialuiter og er opprettet av myndighetene i NWT og sammensatt av seks medlemmer av Jeger- og fangstfolkkomiteene [Hunters and Trappers Committees] og en leder. Rådet

«arbeider for å verne kollektive interesser i dyre- og plantelivet og i det utbytte dyre- og plantelivet gir. Det gir råd til myndighetene om naturforvaltning i regionen. Rådet gir også råd til formannen i ILAC (forvaltningskommisjonen for inuivialuitland [Inuivialuit Land Administration Commission]) om søknader fra utbyggere og de spesielle ordningene utbyggere har inngått med Jeger- og fangstfolkkomiteen i det potensielt berørte lokalsamfunnet. Rådet kan anbefale henvisning av ethvert utbyggingsforslag innen regionen til EISC» [Komiteen for bedømmelse av miljøvirkninger] (Canada, DIAND 1988: 8).

Forvaltningskommisjonen for inuivialuitland behandler søknader om utbyggingstillatelse og kan godkjenne eller avvise dem eller ta andre skritt i forbindelse med innsendte søknader. Kommisjonen kan også anbefale henvisning av søknader om utbyggingstillatelse til EISC (Canada, DIAND 1988:7).

4.8.4 **SAK III: Nunavut**

4.8.4.1 *Innledning*

I 1993 kom Tungavikforbundet av nunavuter (en betydelig inuittorganisasjon), de føderale myndigheter og myndighetene i Northwest Territories til en avtale vedrørende 900.000 kvadratkilometer land i Eastern Arctic. Det generelle landkrevoppgjøret partene kom frem til ga regionens 17.500 inuitter hjemmel til landområdet, inklusive rettigheter til mineraler på omtrent 93.000 kvadratkilometer, sammen med retten til å høste av dyre- og plantelivet på land og i vannet over hele regionen.

Inuittene fikk videre rett til en andel av produksjonsavgiften for olje-, gass- og mineralutvinning på statens grunn.

4.8.4.2 *Rettigheter til land og vann*

I henhold til avtalen har inuittene eiendomsretten til territoriet. Hjemmelen omfatter rettigheter til mineraler på 93.000 kvadratkilometer land. Inuittene har eksklusiv rett til utnyttelse av vannet i hele den 912.175 kvadratkilometer store bosetningsregionen, men undergitt forskriftene til Nunavut Vannkommisjon [Nunavut Water Board] (se nedenfor) og allemannsrettigheter til ferdsel på vannet, uskyldig overfart, privat utnyttelse og bruk i nødssituasjoner. Inuittene har krav på erstatning hvis utbygging i regionen har skadelig innvirkning på vannets kvalitet, mengde eller løp gjennom regionen.

Inuittene får utbetalt 50 % av de første \$ 2 millioner i produksjonsavgift for ressurser som myndighetene i Nunavutregionen hvert år mottar og 5 % av eventuell ytterligere avgift myndighetene mottar i perioden. Før det åpnes for oljeleting, må myndighetene konsultere inuittene når det gjelder betingelsene som skal inntas i undersøkelsestillatelsene. Utbyggerne selv må så konsultere inuittene i spørsmål omkring sosiale, økonomiske og miljømessige virkninger av prosjektet før leting, utbygging og utvinning kan igangsettes.

4.8.4.3 *Dyre- og planteliv*

I henhold til avtalen skal utnytting og forvaltning av dyre- og plantelivet være i overensstemmelse med sunne verneprinsipper. Inuittene har førsterett til utnytting, men de skal ta hensyn til undersøkelser om hvor stor beskatning bestanden kan tåle. Utnyttingspolitikken skal bestemmes av Nunavit naturforvaltningnemnd, et felles organ med lik deltakelse av inuitter og representanter for myndighetene. Nemnda har myndighet til å ta avgjørelser, men departementene som fører oppsyn med dyre- og plantelivet og ressursene kan overprøve dens beslutninger. Hvis utbyggere gjør skade på dyre- og planteliv høstet av inuittene, skal de betale erstatning. En nemnd for rettigheter på overgrunnen behandler tvister om størrelsen på erstatningsbeløpene.

4.8.4.4 *Planlegging av arealbruk*

Avtalen medførte opprettelse av Nunavut plankommisjon som har til oppgave å utvikle planer for arealbruk og kontrollere at planene følges. Igjen er medlemskap i kommisjonen fordelt likt mellom representanter for inuittene og myndighetene. Et annet organ, Nunavut konsekvensanalysenemnd gjennomgår utbyggingsprosjektforslag for å se om det er nødvendig med en analyse av de miljømessige, sosiale eller økonomiske konsekvenser av forslaget. Nemnda oversender sine avgjørelser til Departementet for indianske og nordcanadiske saker, som har den endelige avgjørelsesmyndighet når det gjelder å bestemme om konsekvensanalyse er nødvendig. Medlemskap i nemnda er delt mellom representanter for inuittene og myndighetene.

4.8.4.5 *Vannforvaltning*

Nunavut vannkommisjon med like mange medlemmer fra inuittene og myndighetene har ansvaret for forvaltning av vannressursene. Kommisjonen har samme myndighet som de territoriale myndigheters vannkommisjon og fastsetter hvilken erstat-

ning inuittene skal tilkjennes når vannets kvalitet, mengde eller løp er påvirket og partene ikke er i stand til å komme til enighet.

4.8.5 SAK IV: Paraplyavtalen, Rådet for yukonindianere

4.8.5.1 Innledning

Den endelige paraplyavtale om Rådet for yukonindianere, underskrevet i 1993 og i kraft februar 1995, ble inngått mellom de føderale myndigheter, myndighetene i Yukon og en samling av urbefolkningsgrupper i Yukon. Det er en «rammeavtale» som fastsetter generelle betingelser for endelige landkravoppgjør og selvstyreordninger når det gjelder Yukons 14 urbefolkningsgrupper. Fire av landkravene er gjennomført.

4.8.5.2 Hjemmel

I henhold til avtalen overføres 107.301 kvadratkilometer landområder til de deltagende gruppene med full eiendomsrett. Deltagende urbefolkninger har rettigheter både til overflaten og undergrunnen for områder som faller i kategori A og bare rettigheter til overflaten på kategori B-områder. Fordelingen på kategorier bestemmes fra landkrav til landkrav. Myndighetene forbeholder seg rett til ekspropriasjon i visse tilfeller (dvs. for olje- og gass- eller vannkraftinstallasjoner), med plikt til å betale erstatning fastsatt av Nemnda for rettigheter til overflaten.

Urbefolkningsgrupper mottar fulle leieinntekter fra utleie av overflate og en fremforhandlet andel av produksjonsavgiftene fra utvinningen av ikke-fornybare ressurser. Produksjonsavgiftsbeløpet i de fire landkravene som er oppgjort pr i dag beløper seg til 25 % av produksjonsavgiften som Yukons myndigheter oppbeholder.

I henhold til avtalen har urbefolkningsgruppene rett til «å beholde vann som befinner seg på eller flyter gjennom eller på områder som ligger opp til deres bosetningsområder i det vesentlige uendret når det gjelder kvalitet, mengde og vannføringsrate, inklusive sesongmessig vannføringsrate» (§ 14.8.1). Skjer ikke dette, har gruppen krav på erstatning, som fastsettes av Vannkommisjonen.

4.8.5.3 Dyre- og planteliv

Urbefolkninger har rett til å utnytte dyre- og planteliv for selvforsyningsformål, fortrinnsrett til utnytting av visse arter og eksklusiv utnytting i kategori A-områder. Nemnda for fisk- og naturforvaltning, et fellesorgan for urbefolkningene og myndighetene som har ansvaret for vern og gjenoppbygging av dyrestander og habitater fører kontroll med utnyttingen av dyre- og plantelivet.

4.8.5.4 Land-, vann- og ressursforvaltning

Urbefolkningen skal ha fra 1/3 til 2/3 representasjon i nemndene som forestår land-, vann- og ressursforvaltning. Nemnda for rettigheter til overflaten har fullmakt til å avgjøre tvister mellom en rettighetshaver til overflaten og en som har interesser i utvinning eller mineraler i undergrunnen og til å utligne erstatningen som skal tilkjennes rettighetshaveren til overflaten for inngrep i vedkommendes rettigheter.

Vannkommisjonen har til oppgave å avgjøre tvister om bruk av vann i bosetningsregionen, fastsette erstatning når urbefolkningsgruppers bruk av vann blir hindret og gi tillatelser til bruk av vann. Når tillatelse skal gis, har kommisjonene ikke anledning til å gripe inn i en urbefolkningsgruppes vannrettigheter med mindre gruppen har fått varsel og ingen annen løsning kan finnes. Kommisjonen skal også

vrurderer virkningene av den foreslåtte bruk av vannet på fisk og dyre- og planteliv og for urbefolkningsgruppen.

4.9 SELVSTYREORDNINGER

4.9.1 Innledning

I visse tilfeller har de føderale myndighetene samtykket i å delegere sitt arbeidsområde, sin myndighet og sitt ansvar til urbefolkningsgrupper. For urbefolkningsgruppene har denne begrensede desentraliseringen vært utilfredsstillende. Urbefolkningsgruppene har krevd en form for «selvstyre» som ville la urbefolkningsmyndigheter danne et tredje nivå sammen med provinsene og de føderale myndigheter i canadisk føderalisme. Enhver form for desentralisering vil ha virkning for rettigheter til land, vann og ressurser som urbefolkningsgruppene besitter. Dette avsnittet skisserer et tilfelle av «selvstyre» og virkningen av det på rettighetene til land og ressurser.

4.9.2 SAK: Selvstyreavtalen for Sechelt

I 1986 overførte de føderale myndigheter i noe som mange ser som en prøvesak for indiansk selvstyre, meget av sin myndighet etter indianerloven til secheltbandet i British Columbia. Reservatområdene for bandet ble overdradd til eie til de nye secheltstyresmaktene med rett for disse til å selge eller utnytte landområdene på praktisk talt enhver måte de måtte ønske, selv om bestemmelsene i den indianske olje- og gasslov og lover av alminnelig art fortsatt gjelder.

I følge § 14 i loven om overdragelsen, kalt selvstyreloven for secheltbandet, kan de nye myndighetene gi regler på mange områder, herunder om:

- a) adgang til og opphold på secheltfolkets landområder;
- b) ekspropriasjon ved bandet til lokalsamfunnsformål av rettigheter på secheltfolkets landområder;
- c) bruk, oppføring, vedlikehold, reparasjon og nedrivning av bygninger og anlegg på secheltfolkets landområder;
- d) bevaring og forvaltning av eiendom tilhørende bandet;
- e) offentlig orden og sikkerhet på secheltfolkets landområder;
- f) drift av næringsvirksomhet på secheltfolkets landområder og
- g) ileggelse av bøter for overtredelse av secheltlovgivning.

Overdragelsen til eie til bandet var belagt med restriksjoner på utvinning av mineraler i undergrunnen pålagt av lovgivningen i British Columbia og med plikt for band-myndighetene til å føre tilsyn med landområdet «til beste for bandets og dets medlemmers utnyttning av bruksretten».

4.10 FELLESFORVALTNING AV LAND OG RESSURSER UTENOM LANDKRAVORDNINGEN

4.10.1 Innledning

«Fellesforvaltning» er betegnelsen på programmer der ressursbrukergrupper deltar i ressursforvaltningen på føderale landområder som ellers hører inn under forskjellige regjeringsdepartementer. Mer formelt definert er fellesforvaltning:

«:en institusjonell ordning der statlige myndigheter med jurisdiksjon over ressurser og ressursbrukergrupper inngår avtale som dekker spesifikke geografiske regioner og fastsetter: 1) et system av rettigheter og forpliktels-

er for dem som er interessert i ressursen, 2) en samling regler som viser hva det forventes at folk skal gjøre i forskjellige situasjoner, og 3) saksbehandlingsregler for hvordan kollektive beslutninger som berører interessene til myndighetenes representanter, brukerorganisasjonene og individuelle brukere skal treffes» (Osherenko 1988: 13).

De fleste institusjonelle fellesforvaltningsordninger viser mange like trekk. Først, som det nevnes av Smith (1991: 18), tar de fleste fellesforvaltningsavtaler som er inngått og ikke er generelle landkravavtaler, bare opp forhold som gjelder forvaltningen av *fornybare ressurser*. Fellesforvaltning har med andre ord medført en viss brukerinnflytelse i kontrollen med utnyttningen av skog og dyr og/eller fisk, mens de normalt lar forvaltningen av ikke-fornybare stoffer (dvs. mineraler og petroleum i undergrunnen) være sentralisert hos myndighetene.

Enkelte fellesforvaltningsorganer for fornybare ressurser (dvs. Beverly-Kaminuriak Caribou forvaltningsnemnd og Porcupine Caribou forvaltningsnemnd) har i virkeligheten forsøkt å påvirke slik virksomhet som gjelder ikke-fornybare ressurser, men som har gjennomgripende innvirkning på habitatene.

En del fellesforvaltningsavtaler har funksjoner som går videre enn bare ressursforvaltning og inkluderer økonomisk utvikling. Mange fellesforvaltningsavtaler har i tillegg den fordel at de omfatter opplærings- og sysselsettingsprogrammer, slik som Cascapedia River-ordningen og Pointe Bleue Band-ordningen i Québec (Smith 1991: 30).

Cascapediaordningen var, i likhet med mange andre fellesforvaltningsordninger, et svar på en krise i naturvernet. Urbefolkningen samtykket i å redusere sin fangstkvote for fisk mot å få økonomiske muligheter og beskyttelse for tradisjonelle fiskerettigheter (Pearse 1988: 83). Det ble satt full stopp for det kommersielle fisket, og havfisket ble underlagt restriksjoner. I kjølvannet av disse endringene har laksebestanden tatt seg opp igjen, sportsfiske er blitt en lukrativ og jevn kilde til sysselsetting for Mariabandet og fiskebestanden er «bedre forvaltet og vernet ... enn det ville være mulig under den vanlige form for statlig forvaltning» (Pearse 1988: 84). Man må allikevel være klar over at med unntak av Cascapedia sportsfisket og et par andre programmer, «består de fleste fellesforvaltningsordningene av sysselsettningstiltak eller kortsiktige opplæringsprogrammer» (Smith 1991: 30).

I enkelte andre tilfeller tjener fellesforvaltningsavtaler som fører til opprettelse av rådgivende nemnder for naturforvaltning, som erstatningspakker i forbindelse med utbyggingsprosjekter, vanligvis når det gjelder vannkraftutbygging. Således gir Northern Flood Agreement [i Manitoba] de fem bandene som er berørt (Nelson House, Norway House, Cross Lake, Split Lake og York Factory) erstatning i forbindelse med at fangstfolk kan ha blitt skadelidende på grunn av oppdemningen av Churchill River [som følge av vannkraftutbygging]. Ontarios avtale med Islingtonbandet [med erstatning for endrede vannstands nivåer som følge av vannkraftutbygging] innebar økonomiske utviklingsprogrammer som omfatter bygging av en treplanteskole, kjøp av tømmerrenner, et fond for innkjøp av utstyr til bandets yrkesfiskere, fangstfolk og førere, rett til tømmerhugst i omkringliggende områder, 21-årige fornybare rishøstingstillatelser, årlige skogplantingskontrakter og forpliktelser til å kjøpe kongler, engasjere brannmannskaper, opplæring i veivedlikehold for medlemmer av band og forhandlinger med bandet om veivedlikehold (Smith 1991: 30).

Et annet karakteristisk trekk ved fellesforvaltningsnemnder er knyttet til deres strengt rådgivende rolle. De fleste fellesforvaltningsavtaler gir ikke urbefolkningen myndighet til annet enn å gi uttalelser og anbefalinger og være konsultasjonsorgan. Myndighetene i provinsene og territoriene, som har ansvaret for de fleste naturres-

sursene, og de føderale myndighetene, som har ansvaret for fiskeriene, er lite villig til å dele sin myndighet med tredjeparter (Smith, 1991: 18). Som Osherenko (1988b) sier, «tjenestemenn i forvaltningen stiller seg ofte negativt til enhver antydning om at ordningen innebærer et likeverdig partnerskap mellom forvaltningsorganene og brukerorganisasjonene» (1988b: 94).

Statens representanter har ikke alltid vært alene om å holde fast ved at det avgjørende ord må være hos myndighetene. The Canadian Wildlife Federation (1993), som riktignok støtter fellesforvaltning og samordnet naturvern, hevder at «i et demokratisk samfunn bør myndighetenes anerkjennelse av eller tildeling av spesielle rettigheter ikke skje ut fra urbefolknings- eller ikke-urbefolkningsstatus», at «ingen bør gis eksklusiv rett til høsting eller forvaltning av dyr eller planter på basis av deres urbefolkningsstatus» (unntatt i reservater) og at «canadiske myndigheter ... bør beholde kontrollen i siste instans over naturforvaltningen i landet» (CWF 1992: 1,3). Ethvert avvik fra denne politikken «vil være skadelig for naturressursenes sunnhetstilstand» (CWF 1992: 3).

I strid med Canadian Wildlife Federations ønsker, har de fleste fellesforvaltningsplaner vært utviklet under henvisning til urbefolkningens høstingsrettigheter (se nedenfor). Allikevel representerer de en administrativ desentralisering av makten, ikke en oppgivelse av myndighetenes endelige styringsrett. I praktisk talt alle tilfeller er den endelige beslutningsmyndighet beholdt hos det departement eller de departementer som er nevnt i avtalen.

Samtidig representerer fellesforvaltning et de facto skritt i retning av større selvbestemmelse for urbefolkningen (som «brukere»), og har enkelte ganger vært benyttet som prøvestein for mer omfattende avtaleløsninger for landkrav (Denendeh Conservation Board og Inuvialuit Wildlife Management Advisory Board). I noen tilfeller tyder bestemmelser i ressursespesifikke avtaler på at myndighetene har til hensikt å utvide avtalegrunnlaget til å omfatte «utstrakt felles ressursforvaltning i fremtiden» (MWCCMA 1991: 2). Selv om de fortsatt utgjør en form for delegert myndighet, kunne slike omfattende avtaler teoretisk dekke hensynet til ikke-fornybare ressurser.

Videre gir enkelte planer brukerne kontroll over den daglige forvaltning av ressursene uten innblanding fra statlige organer.²⁰⁷ I Cascapediaavtalen utøver styret, bestående av representanter for urbefolkningen og fra lokalsamfunnet og sportsfiskerorganisasjoner den daglige forvaltning av laksefisket, mens myndighetene i Québec og de føderale myndighetene fortsatt bestemmer «retten til å fastsette fangstbegrensninger, fredningstider og andre vanlige forvaltningsregler» (Pearse 1988: 83).

Selv om mange avtaler gir liten eller ingen rettslig bindende myndighet til urbefolkningspartene, kan de fungere som nyttige og virkningsfulle instrumenter. I sin rapport om fellesforvaltning i Alaska hevder Albrecht at fellesforvaltning er «forhandling og kjøpslåing», noe som undertiden bringer stridende parter «til gjensidig forståelse av hverandres prinsipper, vurderingsstandarder eller regler for oppreden» (1990: 9). Videre kan fellesforvaltning forsyne urbefolkningsgrupper med forbindelseslinjer til nasjonale økonomiske strukturer og dermed gi disse gruppene anledning til å utøve større innflytelse på beslutninger som vedrører utsatte ressurser. Osherenkos analyse gjenspeiler dette poenget:

«Roller til brukergruppen eller det felles myndighet/brukerstyret som er opprettet ved avtalen kan kalles rådgivende, men hvis brukergruppen ikke er enig i de større forvaltningsavgjørelsene vedrørende de berørte artene, vil fellesforvaltningsordningen falle sammen og brukergruppen vil ikke lenger

207. Dette er særlig tilfellet i Alaska.

være forpliktet til å delta i eller overholde de regler som er fastsatt» (1988b: 94).

I sin drøftelse av fellesforvaltning i fiskerisektoren sier Pinkerton (1989) at fellesforvaltning bedrer samarbeidet mellom brukerne, øker naturvernengasjementet, gir en mekanisme for tvisteløsning mellom brukerne, fremmer utveksling av data mellom myndighetene og brukere og bidrar til å skape tillit mellom de som fastsetter reglene og brukerne, noe som både resulterer i større villighet fra myndighetenes side til å la brukerne selv fastsette reglene og gi større sannsynlighet for at brukerne vil overholde myndighetenes regelverk (1989: 29, 30).

I praktisk henseende gir visse av avtalene fordeler til urbefolkningen som brukere ved å gi dem «prioriterte høstingsrettigheter» (Smith 1991: 29). *Porcupine Caribou Management Agreement* bestemmer for eksempel at «urbefolkningsbrukere på avtalens betingelser har førsterett til å høste karibu ... [og] rett til å høste karibu uten å måtte betale avgifter eller søke tillatelse eller løse fangstkort» som ikke er nødvendig av vernegrupper eller av forvaltningsmessige grunner (PCMB 1992: 36).

Det er også verdt å nevne at urbefolkningsgruppene selv har søkt å sikre at dannelsen av fellesforvaltningssystemer, med alle sine potensielle fordeler, ikke skader deres langsiktige interesser. I noen av fellesforvaltningsavtalene som behandles nedenfor har urbefolkningsgrupper – som ofte er uten tillit til selvstyreplaner som ikke er forankret i konstitusjonelle reformer eller landkravavtaler – inkludert bestemmelser i avtalene som spesifiserer at løpende landkravforhandlinger ikke skal påvirkes av ordningene med felles forvaltning.

Urbefolkningsrepresentasjonen innen fellesforvaltningsorganene varierer sterkt. Av og til er den dominerende med urbefolkningens representanter i flertall i forhold til myndighetenes deltakelse (f.eks. i Beverly-Kaminuriak Caribou Management Board). I andre tilfeller er medlemmene likelig fordelt på representanter oppnevnt av myndighetene og urbefolkningen (f.eks. i Porcupine Caribou Management Board). Endelig er det enkelte ordninger der urbefolkningsbrukere må «dele forvaltningen [representasjonen som bruker] med ikke-urbefolkningsgrupper som kommuner, næringsliv og spesielle interessegrupper» (Smith 1991: 29).

De fleste komiteene og nemndene som er opprettet i henhold til fellesforvaltningsavtaler har fastsatt saksbehandlingsregler og saksfelt. Flertallet engasjerer seg i opplærings- og PR-aktiviteter med sikte på å få oppmerksomhet omkring den ressurs det dreier seg om. Medlemmene av disse nemndene er vanligvis oppnevnt av den organisasjonen som er part i avtalen. Avgjørelser tas ofte på grunnlag av flertallsbeslutninger, selv om konsensusbasert tilslutning ofte anbefales og undertiden kreves.

I sammenheng med det sistnevnte har enkelte observatører (f.eks. Albrecht 1990; Berkes 1989) gitt sin tilslutning til konsensusbasert beslutningsprosedyre som det som passer best til de krav fellesforvaltning stiller. Når ressursforvaltning bygget på begrenset kjennskap til hvordan miljøet fungerer knyttes til konsensusbasert beslutningstaking, blir i Albrechts bedømmelse

«bruk og *deling* av alle tilgjengelige kunnskaper og oppfatninger av avgjørende betydning for effektiv forvaltning. Når konsensus kreves, blir ansvaret for denne vanskelig oppgaven delt av alle. Uten konsensus vil den dominerende part først og fremst stole på sine egne kunnskaper og forvaltningsmetoder, et utgangspunkt som i seg selv er begrensende» (1990: 59).

I de fleste programmene er fellesforvaltningsorganene finansiert av de deltakende myndigheter etter en fastsatt formel. Utgiftene for brukerrepresentantene blir også vanligvis dekket av myndighetene og de får av og til en godtgjørelse.

Andre avtaler igjen krever at fellesforvaltningsorganet skal være økonomisk selvforsørgende (f.eks. Cascapedia) (Pearse 1988: 83). Videre søker en del myndighetsstøttede organer ekstra økonomiske midler for visse programmer fra ikke-statlig hold.

4.10.2 SAK I: Beverly-Kaminuriak Caribou Management Board

4.10.2.1 Bakgrunn

Beverly-Kaminuriak Caribou Management Board [Forvaltningsnemnda for Beverly-Kaminuriak-karibuen], som ble opprettet i 1982 ved Beverly-Kaminuriak Barren Ground Caribou Management Agreement [Avtalen om forvaltning av Beverly-Kaminuriak-tundrakaribuen], var det første organet for vern av karibu med deltakelse av urbefolkningen. Tidligere anstrengelser for forvaltning av tundrakaribuen hadde bygget utelukkende på et beskjedent samarbeid mellom statlige kontorer (dvs. Canadian Wildlife Service and Indian Affairs – DIAND) og hadde støtt fra seg både urbefolkningshøstere og urbefolkningsgrupper som forhandlet om landkrav i regionen.²⁰⁸ Hovedresultatet nå var innføringen av forbedret kommunikasjon mellom myndighetene og brukergrupper via interaktive videoer som uttrykker brukernes og vitenskapens syn på problemet og en ny engelsk-inuktitut-chipewyansk publikasjon, *Caribou News*. I tillegg ble partene enige om, som en forsøksordning, – og fra urbefolkningens side nokså motvillig – å etablere en felles nemnd bestående av brukerne og forvaltningsmyndighetene, Caribou Management Board.²⁰⁹

I juni 1982 undertegnet de deltakende myndigheter avtalen som formaliserte opprettelsen av nemnda. Etter Ushers mening var grunnen til at myndighetene var de eneste som underskrev, teknisk sett at avtalen innebar en kostnadsfordelingsordning dem imellom. Men de var heller ikke beredt til å delegere sin forvaltningsmyndighet (1991: 5).

Som følge av dette skulle brukernes medvirkning fortsatt bare være rådgivende, med de territoriale urbefolkningsorganisasjonene gikk med på å delta på grunnlag av erklæringer om at eksistensen av CMB [Caribou Management Board] ikke skulle kunne påberopes under landkravforhandlingene (1991: 5).²¹⁰ Usher oppsummerer urbefolkningens holdning til avtalen som følger:

»Det later til at urbefolkningsrepresentantene var rede til å akseptere CMB ikke bare som en midlertidig løsning på et aktuelt problem, men også som mønster eller prøvestein når det gjaldt å innføre fellesforvaltning og inkorporere og dra nytte av brukernes sakkyndighet i forvaltningssystemet. Det var også betydelig enighet om at det var nødvendig å få til en dialog mellom

208. Den fiendtlige holdningen som karakteriserte forholdet mellom urbefolkning og naturforvaltere, sammen med det man oppfattet som reduksjoner i størrelsen på hjordene fikk de berørte parter til å engasjere seg i en rekke møter som ble holdt i Winnipeg i desember 1980. Krisen i bestandene var betydelig overdrevet og tallet på karibu er i senere tid på tilfredsstillende nivå (Usher 1991: 52).

209. Urbefolkningsgruppene, som fra starten var skeptiske til myndighetenes hensikter, presset på for å oppnå full brukerkontroll over ressursen gjennom et brukerstyre (Usher 1991: 5).

210. I denne forbindelse forsikret Canada inuitgrupper i NWT om at «CMB ikke skulle stå over deres landkrav» (Usher 1991: 5). Etter avtalen skulle brukerrepresentanter fra NTW «anbefales av sine respektive politiske organisasjoner» (dvs. Keewatin Wildlife Federation, Dene Nation, Metis Association) (Usher 1991: 5) Brukere i Manitoba og Saskatchewan klarte ikke å oppnå tilsvarende innrømmelser selv om det fra myndighetene i de to provinsenes side foreligger «uformelle bestemmelser om anbefalinger fra lokalsamfunnet og organisasjonene» når det gjelder brukerrepresentanter.

brukerne og vitenskapsmennene, og at en felles nemnd var nødvendig for at dette skulle kunne skje» (Usher 1991: 5,6).

4.10.2.2 Mandat

Som et organ som i praksis fungerte som et ikke formalisert rådgivende organ over jurisdiksjonsgrensene for koordinering av karibuforvaltningens gjøremål, fikk nemnda følgende mandat ved avtalen av 1982:

«a) å koordinere forvaltningen av Beverly- og Kaminuriakhjordene til beste for de tradisjonelle brukerne og deres etterkommere ... samtidig som det tas hensyn til alle canadieres interesse i at denne ressursen bevares ... b) å etablere en ordning med delt ansvar for utvikling av forvaltningsprogrammer mellom [de myndighetsoppnevnte] partene i avtalen og de tradisjonelle brukerne ... c) å etablere kommunikasjonslinjer mellom tradisjonelle brukere, mellom tradisjonelle brukere og avtalens parter og mellom avtalens parter for å sikre bevaringen av karibuen og verne karibuens habitater når det gjaldt Beverly- og Kaminuriakhjordene ... d) å fastlegge det kollektive ansvar for vern og forvaltning av karibuen og dens habitater i avtalens ånd» (BKCMB 1982: B1).

Nemndas ansvarsområder er oppregnet i avtalens avsnitt C. Nemndas plikter er som følger:

1. Å utarbeide anbefalinger til de relevante myndigheter og til gruppene av tradisjonelle karibubrukere ... om gjenoppbygging av hjordene ... til et omfang og en kvalitet som vil oppfylle de tradisjonelle brukeres krav [via] ... a) begrensninger i den årlige fangsten ...; b) kriterier for regulering av fangsten; c) metoder for deltakelse av tradisjonelle brukere som hjelp ved forvaltningen av ... karibuhjordene; d) forslag til forskning om karibuen; e) anbefaling av standardisert innhenting og presentasjon av data; f) en hjordforvaltningsplan for hver av ...hjordene som kan ta hensyn til rovdyrforvaltningen.
2. Å overvåke karibuhabitatene over hele området av ...hjordene for å lette opprettholdelsen av produktive karibuhabitater.
3. Å forestå et opplysningsprogram og holde de offentlige møter som måtte være nødvendig for at nemnda kan avlegge rapporter til brukerne og diskutere sitt ansvarsområde, resultater og fremdrift med dem.
4. Å evaluere og avlegge rapport om driften av hjordforvaltningsplanen til de relevante myndigheter og grupper av tradisjonelle brukere.
5. Å avlegge årsberetning til avtalens parter.
6. Å behandle andre saker vedrørende forvaltningen av tundrakaribuen som avtalens parter måtte henwise til nemnda (BKCMB 1982: C).

På linje med andre fellesforvaltningsnemnder som er beskrevet i denne rapporten, har CMB ingen kompetanse til å treffe bindende beslutninger (Usher 1991: 26). I avtalens B2 er det bestemt at de deltakende myndigheter skal gi støtte «til nemnda i dens arbeid med å etablere en samordnet forvaltning av ...hjordene ved å reagere raskt på anbefalte tiltak». I denne sammenheng bemerket Osherenko i 1988 at myndighetene inntil da hadde «fulgt nemndas råd i saker om artsforvaltning, men ikke om vern av habitatene» (1988: 17).

I 1992 ble CMBs opprinnelige tiårsmandat forlenget for et nytt tiår (*Caribou News* april 1992).

4.10.2.3 Økonomi

I punkt F i avtalen forplikter partene seg til å finansiere nemnda når dens årlige utgifter ikke overstiger \$ 75.000 og årlig vedtak av bevilgende myndigheter foreligger.²¹¹ Budsjetter blir satt opp av nemnda og forelagt for de deltakende myndigheter, som innen 30 dager etter å ha fått dokumentet, skal godkjenne eller forkaste budsjettet. Hvis flertallet av deltakende myndigheter godkjenner budsjettet, er det vedtatt, og midlene blir utbetalt av Canada (to femtedeler) og provins/territoriumyndighetene (en femtedel hver) (BKCMB 1982: F2).

De administrative utgiftene som dekkes av de deltakende myndighetene inkluderer utgifter til et sekretariat som yter informasjonstjenester (dvs. referater fra møter) til nemndas medlemmer, utarbeidelse og utdeling av en årsberetning, «beskjeden» uavhengig forskning, et nyhetsbrev og andre utgifter godkjent av partene. De deltakende myndigheter dekker hver utgiftene til både egne og brukernes nemndmedlemmer (reise og diettgodtgjørelse osv.) (BKCMB 1982: F3 og 4; Usher 1991: 7).²¹²

4.10.2.4 Medlemskap

Nemnda har to myndighetsrepresentanter fra Canada (DIAND og Environment Canada, hver ett medlem) og ett medlem fra henholdsvis Manitoba (Natural Resources), Saskatchewan (Parks and Renewable Resources) og NTW (Renewable Resources). Brukerrepresentantene kommer fra NTW (4) og de to provinsene (2 hver). Til sammen er det 5 medlemmer fra myndighetene og 8 fra brukerne (se Usher 1991: 6, 12).

Etter avtalen er brukerne «tradisjonelle brukere»: «personer som den lokale befolkning i karibuområdene anerkjenner som personer som tradisjonelt og/eller nå for tiden jakter karibu til livets opphold» (BKCMB 1982: A3). Etter Ushers oppfatning betyr en slik definisjon «bosatt urbefolkning». Begrepet «bruker» er av betydning fordi det ikke henspiller på annet enn en bruksrett i henhold til sedvane og praksis og «ikke er ment å innebære en anerkjennelse av rettigheter som urbefolkning eller i medhold av traktat» (Usher 1991: 6).

Nemndas myndighetsoppnevnte medlemmer er høyere tjenestemenn eller tekniske funksjonærer i vedkommende myndighets naturforvaltningsavdeling (Usher 1991: 6). De forventes å representere interessene til sine respektive myndigheter (Usher 1991: 15). Disse interessene kan variere på fra-myndighet-til-myndighetbasis, avhengig av betydningen av karibu i vedkommende provins/territorium.

Brukergruppens medlemmer oppnevnes av departementene i samråd med lokalsamfunnene og urbefolkningsgruppene.²¹³ I praksis fordres det at brukerrepresentantene har gode ferdigheter i engelsk. Etter Ushers mening «utelukker dette synspunkter fra en del interesserte i lokalsamfunnet, særlig de eldre» (1991: 15). Videre gjelder at selv om brukermedlemmene tilsynelatende er representanter for sine lokalsamfunn, «er brukerrepresentantene formelt ikke ansvarlig overfor noen» (Usher 1991: 15).

211. Avtalen inneholder ingen bestemmelse om økning av bevilgningene til nemnda som kompensasjon for utgiftsøkning som følge av inflasjon (Roberts 1992: 4).

212. Begrensninger i nemndas driftsbudsjetter har ledet til forsøk på å oppnå midler fra ikke-statlige kilder. Forslag fra nemndmedlemmer om ikke-statlig pengestøtte har inkludert opprettelsen av «Venner av Caribou Management Board» med status som veldedighetsinstitusjon (en tanke som det føderale Treasury Board har avvist) og henvendelser til fremtredende interesserte personer eller selskaper som kan tenkes å kunne overtales til å yte økonomisk støtte til spesifikke tiltak (Usher 1991: 25).

4.10.2.5 *Nemndas virkemåte*

Etter Ushers mening har mange faktorer bidradd til å gjøre nemndas arbeidsmåte relativt uformell. For det første har tilstedeværelsen av myndighetenes representanter, som prinsipielt føler lojalitet overfor sitt departement, sammen med myndighetsrepresentanter som av og til ikke er beslutningstakere på høyt nivå, ført til at nemnda er blitt noe annet enn «et forum for forhandlinger mellom brukere og administratorer» (Usher 1991: 16). Nemnda fungerer i stedet som et effektivt «forum for drøftelse og for oppnåelse av konsensus» (Usher 1991: 16). For det annet er nemndas avgjørelser ikke bindende.

Til tross for det begrensede mandatet som nemnda har, har deltakelsen fra medlemmenes side vært god. Brukermedlemmene har imidlertid ofte funnet det vanskeligere å møte frem på møtene enn deres motparter fra myndighetene på grunn av sine andre oppgaver og usikkerhet forbundet med reiser i fjerntliggende områder. Usher mener at ubalansen mellom myndighetenes og brukernes representasjon derfor gjennomsnittlig grovt sett har medført en likevekt mellom de to gruppene når det gjelder antall medlemmer som er til stede på møtene.

I sitt virke har nemnda måttet hankses med kulturelle og institusjonelle hindringer. I særdeleshet er brukermedlemmene undertiden uvant med hvordan nemnder fungerer og måten beslutninger fattes på i byråkratisk sammenheng. Brukerne er mindre tilbøyelig enn representantene for myndighetene til å føle at de har fullmakt til å tale for sine parter eller, i tilfeller der de er villig til å uttrykke lokalsamfunnets syn, til etter eget skjønn å fravike dette synet for å oppnå kompromisser (Usher 1991: 19). Brukermedlemmene føler seg heller ikke forpliktet til å forsvare nemndas vedtak overfor innbyggerne i lokalsamfunnene de kommer fra på en måte som samsvarer med myndighetenes oppfatning av hvordan man samarbeider om å treffe beslutninger (Usher 1991: 19).

4.10.2.6 *Nemndas virksomhet*

Caribou Management Agreement bestemmer at nemnda skal møtes minst to ganger pr år.²¹⁴ I praksis har det vært tre møter hvert år, med et desembermøte i Winnipeg og april- og augustmøter lokalisert i brukersamfunnene (Usher 1991: 6). Møtetidspunkter og -steder bestemmes av nemnda og «det tas hensyn til behovet for eksponering av og engasjement ved lokalsamfunnet, medlemmenes tilgjengelighet, kostnadene og reisetiden» (Usher 1991: 21).

Som det fremgår ovenfor er nemndas møter i store trekk uformelle. Sekretæren fremlegger saklisten som dekker «en mer eller mindre standardisert liste over saker, først og fremst de som vedrører hovedmålene i nemndas karibuforvaltningssplan» (Usher 1991: 23). Selve forhandlingene foregår på engelsk, og oversettelse tilbys bare hvis det ønskes «av hensyn til tilstedeværende som ikke er medlem av nemnda» (Usher 1991: 23). Kommunikasjonen vanskeliggjøres av og til av de tekniske aspekter ved sakene som behandles og misforståelser som oppstår på grunn

213. Brukergruppemedlemmer fra NWT blir oppnevnt av NWTs departement for fornybare ressurser i samråd med Keewatin Wildlife Federation (sørlige Keewatin, to medlemmer), Dene Nation (sørlige del av Slaveregionen, ett medlem) og Métis Association, NWT (sørlige del av Slaveregionen, ett medlem). De som bor i Saskatchewan og Manitoba blir formelt oppnevnt til nemnda av henholdsvis statsråden for Nordre Saskatchewan og Manitobas statsråd for naturressurser, selv om uformelle konsultasjoner med lokalsamfunn og interessegrupper forekommer (BKCMB 1982: D(b)(c)).

214. Bestemmelser som tillater interimmøter avholdt av underkomiteer under nemnda har også vært tatt inn, selv om slike møter er uvanlige (Usher 1991: 22). Nemndas leder kan innkalle ytterligere møter «når som helst det måtte være nødvendig» (Cizek 1990: 5).

av avvikende forståelse av betydningen av tekniske begreper. Allikevel «lot nemndas medlemmer til å ha vært klar over de vanlige problemene med tverrkulturell kommunikasjon og til å ha gjort sitt for å avhjelpe dem» mens Ushers undersøkelse pågikk (Usher 1991: 24).

Beslutningsprosessen i tilfeller der konsensus ikke oppnås, kan bli utsatt fra en dag til den neste. I andre tilfeller kan medlemmene stemme over et forslag, utformet som en beslutning. Hemmelig avstemning har vært benyttet i visse tilfeller. I følge Usher «blir mange beslutninger tatt enstemmig eller vedtatt med bare én stemme mot» (1991: 23). Referatene fra møtene er omfattende og «inkluderer en fortegnelse over saker som det skal tas initiativ i og hvem som er ansvarlig og over alle vedtak» (Usher 1991: 23).

Nemndas møter holdt i lokalsamfunnene har vanligvis en kommunikasjonmessig og oppmerksomhetsskapende funksjon. Konferanser og offentlige møter der brukere får anledning til å kommentere forslag fra nemnda har vært avholdt jevnlig i nemndas møteperioder (Usher 1992[sic]: 22). Brukermedlemmene ber noen ganger om midlertidige utsettelse for å diskutere spesielle saker seg imellom (Usher 1991: 24).

Nemndas engasjement i lokalsamfunnene inkluderer populære publikasjoner som Caribou News, og strekker seg inn i utdannelsessystemet. Opplæringspakker produsert og distribuert av nemnda «inkluderer materiale om karibuens zoologi og menneskenes utnyttelse av den, med vekt på vern, og kan brukes på mange måter som del av både grunnleggende og videregående opplæring» (Usher 1991: 49). Nemnda har støttet «karibuleirer» der barn i lokalsamfunnet «lærer mer om tradisjonelt liv og virke» (Usher 1991: 50). I tillegg har nemnda opprettet en plan for økonomisk støtte til studenter som tar «høyere utdanning med spesifikt fokus på forvaltning og vern av Beverly-Kaminuriakhjordene» (Usher 1991: 49).

Disse utdannelses tiltakene representerer for en del nemndas ønske om å «unngå misbruk av problemstillingene omkring karibuen og økologiproblemene samt å redusere spenningene mellom urbefolkningen og statlige systemer ved å sikre at tradisjonell kunnskap om karibuen blir overlevert til yngre generasjoner sammen med relevant biologisk opplæring» (Osherenko 1988: 19).

4.10.2.7 Forvaltningsplanen

Nemndas Plan for karibuforvaltning [Caribou Management Plan] inneholder avsnitt som beskriver forvaltningsprinsipper, mål og handlingsplaner. Prinsippene:

«stiller opp et rammeverk for planen som erkjenner ... betydningen av samarbeid og kommunikasjon mellom tradisjonelle brukere og myndighetene, behovet for å begrense fangsten av karibuen for å forhindre nedgang, den ernæringsmessige såvel som sosiale og kulturelle betydning av karibuen for urbefolkningssamfunnene, behovet for den best mulige vitenskapelige informasjon, behovet for integrasjon mellom jurisdiksjonene i saker som gjelder karibuen, og betydningen av habitatforvaltning og arealbrukplanlegging» (Cizek 1990: 9).

4.10.3 SAK II: Porcupine Caribou Management Board

4.10.3.1 Bakgrunn og mandat

Avtalen om karibuforvaltningen i området rundt Porcupine River ble undertegnet i 1985 av den canadiske stat (DIAND og Environment Canada), Yukons og NWTs statsråd for naturressurser, Rådet for yukonindianere, Inuvialuitindianernes vilråd og Dene Nation/Métisforbundet i NWT.

Avtalen, som i innledningen erkjenner karibuens vandringer over grensene mellom de forskjellige jurisdiksjoner og den rolle dyrene spiller i urbefolkningens liv, har følgende formål:

1. Samarbeid om forvaltningen av porcupine-karibuen som stamme og dens habitater innen Canada for å sikre bevaring av stammen med sikte på å dekke de eksisterende behov for livsnødvendigheter som urbefolkningsbrukerne har;
2. Deltakelse av urbefolkningsbrukere i forvaltningen av karibustammen;
3. Anerkjennelse og beskyttelse av visse prioriterte fangstrettigheter for urbefolkningsbrukerne når det gjelder karibustammen, samtidig som det erkjennes at andre brukere også kan ta del i fangsten;
4. Anerkjennelse av urbefolkningsbrukernes rettigheter som de beskrives i avtalen; og
5. Forbedring av kommunikasjonen mellom myndighetene, urbefolkningsbrukerne og andre med hensyn til forvaltningen av karibustammen innen Canada (PCMB 1992: 32).

I praksis skal nemnda arrangere offentlige møter så ofte som den finner det nødvendig for å drøfte sine konklusjoner og sine anbefalinger til departementene med urbefolkningsbrukerne. Tekniske og vitenskapelige data som gjelder karibustammen går igjennom av nemnda. Nemndas vurdering må så bringes videre til departementene. Nemnda skal oppmuntre urbefolkningsbrukerne til å delta i innsamlingen av data om karibuen. Videre skal nemnda la føre protokoll over kvalifiserte urbefolkningsbrukere for hvert lokalsamfunn av urbefolkningsbrukere og oppdatert informasjon om videretildeling av urbefolkningsbrukernes kvoter mellom lokalsamfunnene, alt tilgjengelig for myndighetene for forvaltningsformål (PCMB 1992: 33).

Som et strengt rådgivende organ formidler nemnda til departementene sine anbefalinger «om alle saker som berører karibuens habitat» (PCMB 1992: 33). I tillegg til å gi råd til myndighetene i spørsmål som står i direkte forbindelse med forvaltning, undersøkelser og bruk av karibuen, kan nemnda gi anbefalinger til andre nemnder og organer, og til departementet, om arealbrukplaner og landforvaltning «over hele det canadiske området for porcupinekaribustammen eller noen del av det» (PCMB 1992: 33).

Når skriftlig anbefaling om det er mottatt fra nemnda må det relevante departement innen 30 dager videresende til lederen dets svar eller opplysning om når svar vil foreligge. Hvis departementet er uenig i nemndas syn, sender det «saken tilbake til nemnda for ny behandling under tilbørlig hensyntagen til eventuelle tidsfrister fastsatt ved lov eller forskrift (PCMB 1992: 33). Hvis departementet til slutt forkaster nemndas anbefaling, må det meddele nemnda grunnen til dette (PCMB 1992: 34).

Et departement kan i nødstilfeller handle uten å rådføre seg med nemnda. Det ansvarlige departementet må i ettertid «informere lederen [av nemnda] og søke videre råd fra nemnda» (PCMB 1992: 34). Avtalens parter vedtar uttrykkelig at avtalen ikke skal benyttes til fortolkning av eller til skade for bestemmelsene i noe generelt landkravoppgjør og at bestemmelsene i noe generelt landkravoppgjør ikke må benyttes til fortolkning av avtalen (PCMB 1992: 37).

4.10.3.2 Andre forhold

Andre forhold vedrørende medlemskap, organisering, finansiering, saksbehandling, utdannelses tilbud og -tiltak tilsvarer dem som er beskrevet ovenfor vedrørende Nemnda for forvaltning av Beverly-Kaminuriakkaribuen.

4.11 LITTERATUR

Acheson, J. 1989. *Where have all the exploiters gone? Comanagement of the marine lobster industry*, in F. Berkes (ed.) *Common Property Resources: ecology and community-based sustainable development*. London: Belhaven Press.

Albretch, D. 1990. *Co-management as transaction: the Kuskokwim River Salmon Management Working Group*. unpublished MA thesis, McGill.

Bartlett, R. 1988. *Aboriginal Water Rights in Canada: A Study of Aboriginal Title to Water and Indian Water Rights*. Calgary: Canadian Institute of Resources Law.

Bartlett, R. 1993b. «The Source, Content and Proof of Native Title at Common Law,» in R. Bartlett (ed.) *Resource Development and Aboriginal Land Rights in Australia*. Perth: Centre for Commercial and Resources Law.

Bartlett, R. 1984. «Reserve Lands,» in B. Morse (ed.) *Aboriginal Peoples and the Law*. Ottawa: Carleton University Press.

Bartlett, R. 1993. «*Mabo v. State of Queensland: A Headnote*,» in R. Bartlett (ed.) *Resource Development and Aboriginal Land Rights in Australia*. Perth: Centre for Commercial and Resources Law.

Berkes, F. (ed.) 1989. *Common Property Resources: ecology and community-based sustainable development*. London: Belhaven Press.

Canada, DIAND 1992. *Western Arctic (Inuvialuit) Claim Implementation*.

Canada, DIAND 1988. *Information and Procedures, Developing the Inuvialuit Settlement Region*.

Carpenter, A.; Hanbridge, B.; Binder, R. n.d. *Co-management of wildlife in the Western Canadian Arctic: an Inuvialuit Perspective*.

Cassidy, F. and R. Bish 1989. *Indian Government: Its Meaning in Practice*. Halifax: Institute for Research on Public Policy.

Cizek, P. 1990. *The Beverly-Kaminuriak Caribou Management Board: a case study of aboriginal participation in resource management*. Ottawa: CARC.

CWF (Canadian Wildlife Federation) 1992. *Canadian Wildlife Federation Position Paper: Aboriginal Use and Cooperative Management of Wildlife in Canada*.

DIAND 1990. *The Canadian Indian*. Ottawa: Ministry of Supply and Services.

Drolet, C.; Reed, A.; Breton, M.; Berkes, F. 1987. «Sharing Wildlife Management Responsibilities with native groups: case histories in northern Québec,» *Transactions of the 52nd North American Wildlife and natural Resources Conference*, pg. 389-98.

Dyck, N. 1983. «Representation and Leadership of a Provincial Indian Association,» in A. Tanner (ed.) *The Politics of Indianness*. St. John's, Newfoundland: Institute of Social and Economic Research.

Elliot, D. 1985. «Aboriginal Title,» in B. Morse (ed.), *supra*.

Environment Canada 1994. *Reviewing CEPA: Environmental Protection on Indian Lands*. Ottawa: Minister of Supply and Services.

Filion, J. (ed.) 1991. *The Canadian World Almanac*. Agincourt: Global Press.

Forcese, C.; Wilkinson, P. 1993. *Co-Planning: An overview of the North American First Nation Experience*. Unpublished report prepared for Moose River/James Bay Coalition, Paul F. Wilkinson et Associés, Montréal.

Freeman, M.; Carbyn, L. (eds.) 1988. *Traditional knowledge and renewable resource management in northern regions*. IUCN Commission on Ecology and Boreal Institute for Northern Studies.

Gibbens, R. 1986. *Canadian Indians and the Canadian Constitution: A difficult passage towards and uncertain destination*, in R. Pointing (ed.) *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*. Toronto: University of Toronto Press.

Imai, S.; Logan, K.; Stein, G. 1993. *Aboriginal Law Handbook*. Toronto: Carswell.

Keeping, J. 1989. *The Inuvialuit Final Agreement*. Calgary: Canadian Institute of Resource Law.

Kindred, H. et al (eds.) 1993. *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*. Toronto: Emond Montgomery.

McChesney, A. 1992. *Aboriginal Communities, Aboriginal Rights and the Human Rights System in Canada*, in A. An-Na'im, ed., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives* (Philadelphia: Univ. of Pennsylvania Press) 221-52.

Osherenko, G. 1988b. *Wildlife management in the North American Arctic: the case for co-management*, in M. Freeman and L. Carbyn (eds.) *Traditional knowledge and renewable resource management in northern regions*. IUCN Commission on Ecology and Boreal Institute for Northern Studies.

Osherenko, G. 1988. *Sharing powers with Native users: co-management regimes for Native wildlife*. Ottawa: CARC.

Pearse, P. 1988. *Rising to the Challenge*. Ottawa: Canadian Wildlife Federation.

Pinkerton, E. 1989. *Co-operative management of local fisheries*. Vancouver: UBC Press.

Pinkerton, E. 1993. «Co-management efforts as social movements,» *Alternatives*, vol. 19(3): 34-8.

Reiter, R. 1993 (loose-leaf service) *The Fundamental Principles of Indian Law*. Alberta: First Nations Resource Council.

Roosens, E. 1989. *Creating Ethnicity*. London: Sage Publishers.

Saunders, D. 1989. «Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada (Sections 25 and 35),» in G. Beaudoin and E. Ratushny (eds.) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells.

Saunders, D. 1985. «The Indian Lobby and the Canadian Constitution, 1979-82,» in N. Dyck (ed.) *Indigenous Peoples and the Nation-State*. St. John's, Newfoundland: Memorial University.

Slattery, B. 1987. «Understanding Aboriginal Rights,» *Canadian Bar Review*, vol. 66: 727.

Smith, P. *A survey and evaluation of natural resource agreements signed with aboriginal people in Canada: do they result in autonomy or dependence?* unpublished honours thesis, Lakehead University, 1991.

Tanner, A. (ed.) 1983. *The Politics of Indianness*. St. John's, Newfoundland: Institute of Social and Economic Research.

Usher, P.J. 1991. *The Beverly-Kaminuriak Caribou Management Board: and evaluation of the first ten years and recommendations for the future*. Ottawa: P.J. Usher Consulting Services.

Weaver, S. 1984. *Struggles of the Nation-State to Define Aboriginal Ethnicity: Canada and Australia*, in G. Gold (ed.) *Minorities and Mother Country Imagery*. St. John's, Newfoundland: Memorial University.

Weinrib, E. 1975. «The Fiduciary Obligation,» *University of Toronto Law Journal*, 25:1.

KAPITTEL 5

Hans Petter Buvollen:²¹⁵
Sjølstyre og rettigheter i Nicaragua**5.1 INNLEDNING**

Den geografiske delen av Nicaragua som går under betegnelsen Atlanterhavskysten (Costa Atlántica) er ganske nøyaktig den østlige halvparten av landet mot Karibia. Atlanterhavskysten har alltid hatt en særegen stilling i Nicaragua, ettersom området har et kulturelt og etnisk særpreg, som har resultert i innføring av regionalt sjølstyre fra 1990. Mens resten av Nicaragua var kolonisert av Spania (1532-1821), var det tropiske lavlandet mot Karibia under britisk herredømme (1633-1860) via det opprettede Mosquitia Kongedømmet som varte til 1894. Området, som i dag er delt i to sjølstyrte regioner (RAAN og RAAS),²¹⁶ opplevde derfor en kolonihistorie som var meget forskjellig fra resten av Nicaragua. Britene var framfor alt interessert i handel og taktisk allianse med miskitu-indianerne som levde der. Disse ble trenet i våpenbruk for å holde Spania på avstand. Miskitu-indianerne ble derfor ikke utryddet, men vokste istedet i antall. Britene innførte heller ikke misjon eller tvangsarbeid. Den protestantiske Moravakirken ankom først i 1849. Kirken anstrengte seg for å bevare miskitu-språket og er i tillegg en viktig ideologisk institusjon. Kirken tok ansvaret for de sosiale institusjonene som undervisning, helse og religion. Mot slutten av det forrige århundre ankom nordamerikanske selskaper som eksporterte bananer, mahogny og gull. Selskapene utgjorde den økonomiske dominansen: Kapital, arbeid og infrastruktur. Regionene utgjorde en typisk nordamerikansk enklaveøkonomi²¹⁷ fram til 1960-årene, og statlige institusjoner var knapt til stede.

Den tidligere nærmest ubebodde buffersonen mellom den østlige og vestlige delen av Nicaragua har siden 1940-årene gradvis blitt kolonisert av fattige mestisbønder vestfra som med dramatisk avskogning og erosjon har redusert kraftig Mellom-Amerikas største regnskogsområde til fordel for magre beitemark- og jordbruksområder. Størsteparten av regionen er regnskog, furusavanner, sumper, laguner og elver. Transport foregår for det meste på elvene eller sjøveien, mens veinettet er i dårlig forfatning. Transport til hovedstaden Managua foregår stort sett med fly. Regionen blir betraktet som den minst økonomisk utviklede i Nicaragua. Til gjengjeld besitter regionene utvilsomt de største potensialene av utnyttbare naturressurser, som vil spille en viktig rolle i Nicaraguas økonomi på lang sikt.

5.2 BEFOLKNINGEN

De Autonome Atlantiske Regionene (RAAN og RAAS) har per 1995 en befolkning på omlag 250.000, fordelt på ca. 96.000 miskitu, 8.000 sumu, 30.000 kreoler (kreolnegre), 2.000 garifuna (Black Carib), 800 rama og drøye 110.000 spansktalende

215.Hans Petter Buvollen er sosialantropolog og arbeider ved NORAD i Managua.

216.RAAN og RAAS er de foreløpige administrative betegnelsene på de sjølstyrte regionene og er forkortelse for den Nordlige og Sørliche Autonome Atlantiske Region.

217.Med enklaveøkonomi forstås etablering av økonomisk virksomhet med kortsiktige mål, drevet med utenlandsk kapital utelukkende for eksport, og hvis infrastruktur, produksjon og marked ikke tilfører lokalsamfunnet annen økonomisk verdi enn midlertidige arbeidsplasser. Tilgang på ressurser og billig arbeidskraft er vanligvis den eneste årsaken til etablering av slik virksomhet, som fungerer løsrevet fra landets økonomi og lovverk.

mestiser. Det er med andre ord en heterogen etnisk befolkning, som også benytter og blir undervist på fire forskjellige språk (miskitu, sumu, spansk og engelsk). RAAN og RAAS utgjør 53% av Nicaragua, men har bare ca. 4% av landets befolkning.

De tre indianske befolkningsgruppene miskitu, sumu og rama lever framdeles i tradisjonelle landsbysamfunn og benytter sine tradisjonelle språk, selv om det har vært en stor grad av assimilasjon i retning av kreol eller mestiso.²¹⁸ De tre øvrige befolkningsgruppene er innvandrere. Kreolbefolkningen er etterkommere etter slaver innført av britene siden 1600-tallet og andre migratoriske bevegelser i Karibia. Garifuna har sterke afrikanske tradisjoner og er resultat av kontakt mellom rømte afrikanske slaver og en av de opprinnelige befolkningene i Karibia, carib-indianerne, som utøvet kraftig motstand mot europeerne. De siste carib og garifunas ble i 1797 deportert av britene til øya Roatan ved kysten av Honduras, hvorfra de spredte seg og ankom Pearl Lagoon i Nicaragua i 1880. I tillegg til de svært fattige mestis-bøndene som trenger østover mot Karibia, har statlige institusjoner (byråkrati, hær, politi) lenge vært dominert av mestiser. Inntil 1894 levde det få mestiser i regionene, og de har ikke tilegnet seg mye eiendom. Det finnes også en betydelig middelklasse av kinesiske handelsfolk i de urbane stedene i regionene.

Historisk sett har den sosiale inndelingen vært segmentær. Klasseinndelingen har for en stor del sammenfalt med etnisk tilhørighet og språkkunnskaper. Således befant det seg en liten elite av utlendinger som ofte bare behersket engelsk på toppen av rangstigen, fulgt av mestiser i forvaltningen som bare behersket spansk. Kreolene, som behersket engelsk og som via Moravakirken fikk god utdannelse, ble foretrukket av de utenlandske selskapene i administrative stillinger og har tradisjonelt også utgjort den tjenesteytende sektor (helse, undervisning, handel). Kreolene er vanligvis to-språklige. Nederst på rangstigen har alltid den opprinnelige befolkningen befunnet seg, spesielt miskitu og sumu. Rama og garifuna, som er svært små befolkninger, lever stort sett sjølforsynt i kompakte småsamfunn. Størstedelen av sumu-befolkningen lever tradisjonelt tilbaketrukket og i sjølbergingsøkonomi, men har også utgjort arbeidsstyrke i gruvene. Miskituene kan sies å ha vært en svært rastløs og tildels rotløs befolkning, hvor kvinnene utgjorde det stabile element mens mennene har levd et nomadisk liv med jakt og fiske over store områder, som proletarisk arbeidskraft på plantasjer og i gruver, som sjøfolk og ikke minst som soldater. Etter avviklingen av miskitu-monarkiet i 1894 har det aldri vokst fram noen miskitu-elite. Miskituene har derfor sammen med sumuene befunnet seg på bunnen av rangstigen og har en lang tradisjon med å orientere seg mot utenomverdenen for å finne løsninger på sine problemer. Miskituene er ofte trespråklige (miskitu, spansk, engelsk), mens sumuene i tillegg til sitt morsmål og spansk som regel behersker miskitu. Nødvendigheten av å tilegne seg språket til de dominerende etniske gruppene er en del av overlevelsesmekanismen til de marginale etniske gruppene.

5.3 TRADISJONELLE RETTIGHETER TIL TERRITORIUM OG RESURSER

Tradisjonelt har miskitu- og sumu-befolkningen en betydelig kollektiv forståelse av eiendom og retten til områder og ressurser. Landsbynivået var den eneste tradis-

218.I Karibia blir betegnelsen kreol benyttet om befolkning av afrikansk opprinnelse født i Amerika, mens betegnelsen mestiso blir benyttet for den dominerende spansktalende befolkningen som er resultat av akkultureringen og det biologiske resultat av europeere og amerikanske indianere, med andre ord den befolkningsgruppen som i dag generelt blir betegnet som latin-amerikanere.

jonelle organiseringen med unntak av det britisk-innførte Mosquitia monarkiet. Ettersom britene aldri bosatte seg i regionene i nevneverdig grad, oppsto det ikke alvorlige tvister om landrettigheter. Riktignok tok enkelte monarker tidlig i forrige århundre seg den frihet å selge konsesjoner til utlendinger for store deler av kongedømmet. Da britene trakk seg ut av regionen i 1860 og oppga sitt protektorat, ble Managua-traktaten undertegnet av Storbritannia og Nicaragua. Traktaten opprettet et Miskitu-reservat og påla den nicaraguanske regjeringen å respektere miskituenes tradisjoner og eiendomsoppfatninger. Det ble opprettet et eget Miskitusråd med valgte medlemmer som utferdiget en egen grunnlov for reservatet. Rådet ble ledet av en Miskitu-sjef som erstattet kongens posisjon og som måtte være av ren indiansk avstamning. Allerede i 1863 ble det opprettet en egen kommisjon for å administrere offentlig eiendom og naturressurser. Det ble også opprettet et eget juridisk apparat. Med betydelig grad av sjølstyre beholdt reservatet en egen forfatning fram til 1894, da ikke bare reservatet, men hele landsdelen ble innlemmet i Nicaragua med militærmakt. Nicaraguansk justis og forvaltning ble innført, Miskitu-sjefen og hans råd ble avskaffet for deretter å reise i eksil til Jamaica, og regjeringen i Managua gikk raskt i gang med å forpakte bort store områder til nordamerikanske bananselskaper.

En ny traktat mellom Storbritannia og Nicaragua (Harrison-Altamirano-traktaten) ble undertegnet i 1905. Denne annullerer Managua-traktaten fra 1860 og anerkjenner Nicaraguas absolutte rettigheter til det tidligere britiske protektoratet. Imidlertid sørget Storbritannia i denne nye traktaten for at indianernes tradisjonelle felleslandsbyjord skulle formaliseres gjennom skjøter. Dessuten skulle alle innbyggere av indiansk avstamning i landsdelen bli fritatt for skatt og militærtjeneste i 50 år (fram til 1955). Traktaten legaliserte for første gang kollektive eiendomsrettigheter til jord og gjorde det ulovlig for nicaraguanske myndigheter å tvangsflytte indianerbefolkningen. I tidsrommet 1905-1914 ble det oppmålt og tildelt skjøter til 51 landsbyer på drøye 74.000 dekar jordbruksland og beitemark innenfor det tidligere reservatet. I hver landsby ble det oppnevnt en representant (*sindico*) som hadde til oppgave å kjenne grensetrekningene, ha skjøtet i forvaring og forsvare landsbyjorda i eventuelle tvister.

Kollektiv eiendomsrett til landsbyjord ble anerkjent i den nye jordbruksloven av 1914. Disse indianske jordeiendommene var felles jordområde for landsbyen og skulle sikre landsbyøkonomien. Det meste av utmark, skog, elver og sumpområder falt utenfor. Landsbyjorda utgjør et lappeteppes av mindre jordområder. De utferdigede skjøtene tilgodeså landsbyene med rikelig jord slik at hver familie kunne dyrke sine plantasjer for sjølberging. I forbindelse med jordreformen i 1970 fikk ytterligere 15 landsbyer langs grense-elva mot Honduras, Rio Coco, utstedt kollektive skjøter for drøye 27.000 dekar i 1974. I tillegg til de 66 landsbyene som har fått formelle skjøter på felles landsbyjord, finnes det en rekke landsbyer som aldri har fått disse rettighetene formalisert. Spesielt gjelder dette sumulandsbyene og miskitu-landsbyer i øvre deler av Rio Coco.

Til resten av territoriet innenfor regionene ble rettigheter ikke anerkjent i 1914, om enn dette har blitt oppfattet annerledes av mange. Indianerne hadde tradisjonelt hatt et forhold til skogen som ressursgrunnlag for jakt, sanking og virke til husbygging og båtbygging. På den tiden ble skog ikke betraktet som kommersielt utnyttbar. Det var derfor ingen logikk som tilsa at noen eide skogen. Andres utnyttelse av områdene utenfor lappeteppet av landsbyjord var bare mulig med konsesjon fra staten.

Etterhvert som befolkningen vokste, nye landsbyer ble etablert og større behov for penge-økonomi meldte seg, ble de statlige skogene stadig av større kommersiell interesse. Mulighetene for å inngå avtaler med utenlandske selskaper om midlerti-

dig utleie av landsbyjord til bananplantasjer gjorde forholdet mellom landsbyer og selskaper forskjellig fra det tradisjonelle latin-amerikanske forholdet mellom landeier og småbonde. Det eksisterte imidlertid en sterk tradisjon på at jord ikke kan selges eller overdras. Den vil alltid tilhøre landsbyen. Etter den intensive enklave-økonomien i 1920-1930-årene, da landsdelen var kommersielt knyttet til New Orleans istedet for Managua, ble tømmerutvinning, spesielt av karibisk furu, den viktigste økonomiske aktiviteten. Det ble satt en stopper for snauhogsten og erosjonsutviklingen tidlig i 1960-årene, og FNs Organisasjon for Ernæring og Landbruk, FAO, ga støtte til et omfattende skogplantingsprogram, som omsider måtte oppgis i 1985 på grunn av krigshandlingene i området. Og det var den militære motstanden som skulle gjøre utslaget i retning av etablerte rettigheter for urbefolkningen i Nicaragua ved å tvinge sandinistregjeringen til å innvilge sjølstyre for å få slutt på krigen.

5.4 REVOLUSJON, KRIG OG SJØLSTYRE

Med den sandinistiske revolusjonen i 1979 viste den nicaraguanske staten for første gang en aktiv interesse for landsdelen. For første gang i nicaraguansk historie ble marginale befolkningsgrupper oppfordret til å organisere seg. I 1970-årene ble det også gjort viktige framskritt internasjonalt for å fremme urbefolkningsrettigheter. Særlig miskitu-aktivister øynet håp om at revolusjonen skulle representere et helt nytt statlig rammeverk for å få institusjonalisert lenge etterlengtede rettigheter til territorier, ressurser og kulturytring. De framsatte kravene ble imidlertid betraktet av de revolusjonære myndighetene som altfor radikale, og organisasjonen MISURASATA²¹⁹ som revolusjonen hadde vært med på å frambringe, ble stemplet som separatistbevegelse. Forfølgelsen av MISURASATA-ledere og senere opphevet anerkjennelse av organisasjonen førte raskt til at MISURASATA ble en væpnet eksilbevegelse som rekrutterte et stort antall miskitu-ungdommer til en hard og destruktiv geriljakrig i 1980-årene.²²⁰

Denne dramatiske politiske konflikten førte i 1987 til godkjenningen i Nasjonalforsamlingen av Statuttene for sjølstyre (sjølstyreloven) og deretter valg av de første sjølstyremyndighetene i 1990. Sjølstyret har ikke blitt levnet store muligheter i løpet av de første fem årene på grunn av vedvarende ustabilitet, politisk polarisering, interne konflikter, manglende politisk erfaring og motvillighet fra de nye sentralmyndighetene i Managua til å anerkjenne sjølstyret. Likevel har Nicaragua nådd svært langt i forhold til andre land på det amerikanske kontinentet når det gjelder urbefolkningsrettigheter og anerkjennelsen av en fleretnisk nasjon. Nye valg på regionale myndigheter fant sted i februar 1994. Disse har heller ikke vært i stand til å bringe klarhet i hva sjølstyret skal frambringe.

Regjeringen i Managua som overtok etter sandinistene i 1990, viste dårlig evne og vilje til å forstå problemene og aspirasjonene i regionene. Riktignok utgjorde sjølstyreprosessen en viktig taktisk del av forsoningen og avviklingen av krigen i regionene. Dette i seg selv førte til at innholdet i loven ble vidtrekkende. Selv om sjølstyreloven gir betydelig lokal myndighet, har sjølstyret aldri blitt detaljregulert. For sentralmyndighetene lot det ikke til at sjølstyret hadde noen seriøs betydning når krigen en gang hadde tatt slutt. Sjølstyret er langt fra konsolidert og fortsetter å være preget av uklare skiller mellom statsforvaltning, region og kommune.

219. MISURASATA = Miskitu, Sumu, Rama, Sandista Asla Takanka (Miskitu, sumu, rama, sandinister, forenet).

220. Se litteraturliste for utfyllende analyser om den kompliserte bakgrunnen og dynamikken i denne krigen.

5.5 SJØLSTYRELOVEN AV 1987

Da sandinistregjeringen forsto at den sto overfor en behørig motstand i det karibiske lavlandet og påtok seg tilstrekkelig sjølkritikk til å innrømme en feilslått politikk overfor regionen, var krigen allerede et faktum. For å dempe den dramatiske utviklingen og søke fornyet tillit ble det etter valget i 1984 opprettet en *nasjonal autonomi-kommisjon* som skulle utrede vilkårene for sjølstyre i Nicaragua. Til tross for krigshandlinger ble en imponerende konsultasjonsprosess utført blant befolkningen i 1985-86, og det første utkastet til loven ble fremlagt.

I påvente av den endelige utformingen av en sjølstyrelov ble det bestemt i den nye grunnloven, som ble vedtatt i januar 1987:

«Art. 89. Staten anerkjenner landsbyjord som lovlig eiendomsforhold (..) og anerkjenner utnyttelsen og bruken av vann og skoger innenfor landsbyjorden.»

«Art. 181. Staten organiserer gjennom en egen lov et sjølstyreregime i regionene som er befolket av landsbyene på Atlanterhavskysten, slik at disse kan utøve sine egne rettigheter.»

På et multi-etnisk folkemøte i april 1987 ble forslaget til sjølstyrelov debattert i fem dager. Det reviderte forslaget ble fremlagt for Nasjonalforsamlingen som i september 1987 vedtok *Lov om sjølstyre for regionene på Nicaraguas Atlanterhavskyst*. Loven er ganske omfattende og banebrytende i Latin-Amerika. Loven er også resultat av en inngående debatt av etniske og regionale rettigheter, og satsingen på en regional fler-etnisk løsning er et modent stillingstagende som uttrykker behovet for å unngå etniske konflikter i framtida. Foruten å proklamere rettigheter til å planlegge og administrere regionenes utviklingsstrategier, helse, utdanning og særegne sosiale, økonomiske og kulturelle prosjekter, blir det lagt spesiell vekt på rettigheter til naturressurser:

«Art. 8.4. [De sjølstyrte regionene har myndighet til] Å stimulere en rasjonell utnyttelse av felleseid vann, skog og jord, og forsvare deres økologiske systemer.»

«Art. 9. Retten til å eie felles landsbyjord skal anerkjennes som rasjonell utnyttelse av mineraler, skoger, fiskeressurser og andre naturressurser i de Sjølstyrte Regionene, og deres utnyttelse skal komme befolkningen likeverdig til gode gjennom avtaler mellom Regionalmyndighetene og Sentralmyndighetene.»

Sjølstyreloven sier videre at i regionene alle etniske grupper – uansett størrelse – like rettigheter, som i tillegg til retten til naturressursene også innebærer retten til å utvikle og benytte til daglig sine språk, religioner og kulturer. Art.12 gir befolkningen rett til subjektiv etnisk identitet. Loven inneholder deretter administrative forskrifter for så å vende tilbake i Art.34-37 til viktige spørsmål angående eiendom, hvor det heter:

«Art. 34. Betraktet som rettmessig tilhørende den Sjølstyrte Regionen er all eiendom, rettigheter og plikter som den har ervervet ved enhver atkomst utferdiget gjennom offentlig rett.»

«Art. 35. Den Sjøstyrte Regionen har fulle rettigheter til å anskaffe, administrere og disponere eiendommer som rettmessig tilhører den ifølge disse statuttene og øvrige lover.»

«Art. 36. Landsbyjord utgjøres av land, vann og skoger som tradisjonelt har tilhørt landsbyene på Atlanterhavskysten, og er underlagt følgende forordninger:

1. Landsbyjord er udelelig: den kan ikke foræres, selges, utleies eller skat-

- tlegges, og dens status er evigvarende.
2. Innbyggerne i disse landsbyene innehar rettigheter til å drive parseller av landsbyjorda og har rettigheter til deres utkomme som resulterer av deres eget arbeid.»

«Art. 37. Andre former for eiendom i regionen er de som er anerkjent av Nicaraguas Grunnlov og lovverket.»

Sjølstyreløven gir myndighet til å forvalte hele territoriet, men reduserer bruksretten til jordbruksformål, jakt, fiske og skogbruk innenfor den tradisjonelle oppfatningen av landsbyenheten. Svært lite skog er innlemmet i landsbyjorda. Det blir heller ikke uttrykt klart hvem som har rettighetene til de underjordiske ressursene som mineraler og muligheten for petroleum, men det går tydelig fram at staten vil forbeholde seg denne retten.

Da begrepet landsbyjord ble innført og juridisk akseptert for drøye 80 år siden, ble som nevnt ikke skogen oppfattet som en verdi på samme måte som dyrkbar mark og beitemark. Rovutnyttelsen av skogen siden 1920-årene vitner om en overdreven tillit til skogen som fornybar ressurs, og miskitubefolkningen generelt har ikke framstått som noen sterk forsvarer av skogen, men snarere som medansvarlig etter som de forventer seg arbeidsplasser i avskogningen. Etter innføring av sjølstyre har imidlertid en større del av befolkningen blitt klar over at nøkkelen til deres egen lokale utvikling og velvære avhenger av en rasjonell og langsiktig utnyttelse av de verdifulle naturressursene som regionene besitter.

Da et taiwanesisk tømmerselskap i 1991 prøvde å skaffe seg konsesjon på et område på 380.000 dekar skog, var det som vanlig en enkel sak å få denne hos sentralmyndighetene i hovedstaden Managua. Aktiviteten ble imidlertid stoppet av regionalmyndighetene, som ikke så noe rasjonelt forhold mellom investeringer, arbeidsplasser og utbytte av denne avtalen. Saken var et typisk eksempel på en svært vanskelig balansegang for regionalmyndighetene mellom ansvaret for å beskytte naturressursene på lang sikt og det skrikende behovet for sysselsetting på kort sikt. En utarmet befolkning er selvsagt mest opptatt av å løse sine mest prekære behov og av at naturressursene gjenskapes som verdi gjennom foredling.

5.6 REGULERING AV SJØLSTYRET

Regionalrådene i RAAN og RAAS har blant annet til oppgave å fremme lovforslag om nærmere regulering av sjølstyreordningen. Forslag ble avsluttet i juli 1993 og overlevert til sentralmyndighetene for godkjenning. Fra sentralt hold har det derimot ikke blitt vist noen interesse for å følge opp dette, og uten reguleringen forblir loven kun et prinsipielt rammeverk med svært løselig bestemte ordninger. Blant andre lovforslag utarbeidet av regionalmyndighetene er *Rasjonell utnyttelse og bevaring av naturressursene i de sjølstyrte regionene*. Lovforslaget skal behandles i Nasjonalforsamlingen og vil inngå som en regulering av naturressursforvaltningen i regionene.

Mens den relativt trege prosedyren fortsetter, foregår det en regelrett ukontrollert utplyndring fra skogen i regionene. Det samme gjelder de rike havressursene, som i påvente av en ny fiskerilov er utsatt for ukontrollert rovfiske fra andre lands fiskeriflåte. Likevel representerer produksjonen fra regionene omlag 30% av Nicaraguas eksportinntekter. Dette står ikke i forhold til 0,5% som regionene mottar av statsbudsjettet. På denne bakgrunnen alene er kravet om sjølstyre godt begrunnet. Det forklarer også hvorfor myndighetene i Managua er så engstelige for å gi etter

og klargjøre det sjølstyret som eksisterer ifølge loven. Slik vedvarer også den dype skepsis som hersker mellom regionene og sentralmyndighetene.

For tiden er det Departementet for Økonomi og Utvikling (MEDE) som har til oppgave å utferdige konsesjoner innen fiskeri, skogbruk og gruvedrift. Videre fastsetter Departementet for Miljø og Naturressurser (MARENA) kvoter og utøver kontrollfunksjoner i felten. Begge departementer har sine regionale avdelinger i hver region og administreres av lokale tjenestemenn. 20% av inntektene fra konsesjoner og avgifter tilfaller vedkommende region. Regionalrådet er høringsinstans og skal godkjenne tildelingen av konsesjoner. I praksis har ordningen ført til konflikter av forskjellige slag. Det har forekommet at konsesjoner har blitt utstedt uten konsultasjon med regionalmyndighetene. Det har også skjedd at staten har utferdiget konsesjoner for områder som lokalt oppfattes som landsbyjord. Landsbyene på sin side har liten tillit til MARENA. De opplever at lite eller ingenting av regionens inntekter tilfaller deres landsby. Derfor har flere landsbyer inngått egne ulovlige avtaler for felling av tømmer. Tømmerselskapet betaler således bare en brøkdel i avgift direkte til landsbyen sammenliknet med konsesjonsavgifter til MARENA. Dessuten er disse ulovlige fellingstillatelsene sjelden omfattet av MARENAS ressursforvaltningsplaner. Det har derfor oppstått en rekke konflikter på forskjellig plan, og med nye lovforslag prøver regionalmyndighetene å få brakt denne situasjonen under kontroll.

Lovforslaget fra regionalmyndighetene om *Rasjonell utnyttelse og bevaring av naturressursene i de sjølstyrte regionene* inneholder svært konkrete forordninger når det gjelder utnyttingen av naturressursene. Blant annet forbys salg eller utleie av naturressurser på vegne av staten eller regionen uten at lokalbefolkningen får direkte utbytte av dette og har deltatt i avgjørelsen (Art.7). Under alle omstendigheter er innførsel av giftavfall og kjemisk avfall forbudt (Art.9). Landsbyene har full rett til å benytte og ha utbytte av naturressursene for å opprettholde sin egen sjølbergingsøkonomi, i henhold til de tradisjoner som eksisterer på landsbynivå (Art.13).

Videre blir det i lovforslaget gitt generelle bestemmelser i forhold til forurensskilder og flere vernede områder blir bestemt (Art. 14-19). Lovforslaget slutter seg også til den internasjonale konvensjonen for regulering av handel med beskyttede dyrearter (Art.20). Utarbeidelsen av rasjonelle planer for utnyttelse av ressursene blir behandlet i Art.21-32. Deretter heter det:

«Art. 33. Alle naturressurser som befinner seg innenfor landsbyjord, er utelukkende kompetanseområde som tilhører den Sjølstyrte Regionale Regjering.»

«Art. 34. Naturressurser som befinner seg utenfor landsbyjord, er gjenstand for granskning og forhandlinger mellom den Sjølstyrte Regionale Regjeringen og Sentral Regjeringen med formål å garantere en rasjonell utnyttelse, beskyttelse og bevaring av disse til nasjonens beste og i særdeleshet i den regionale befolkningens interesse. Dette gjelder såvel for atmosfæriske ressurser, vann, underjordiske ressurser, skogressurser og andre ressurser som måtte befinne seg på overflaten og som er utelukkende kompetanseområde som tilhører den Sjølstyrte Regionale Regjering.»

I Art.35 blir det opprettet en *Felles Kommissjon for Naturressurser mellom Sentralregjeringen og den Sjølstyrte Regionale Regjering* som sammen skal definere utnyttingsplanene, utferdige konsesjoner, inventarisere og foreslå nødvendige studier for framtidig utnyttelse av ressursene. Videre heter det (Art.36) at *regionene har rett til å iverksette sine egne økonomiske, sosiale og kulturelle utviklingsprosjekter så lenge disse respekterer en rasjonell utnyttelse av ressursene og er i henhold til Sjøl-*

styreloven. Videre blir betingelsene for regional kontroll og administrasjon utdypet i art.37-56. Der heter det blant annet at investeringskontrakter underskrives av regionalmyndigheten (art.39), og at disse også skal utferdige tillatelser, lisenser og konsesjoner slik dette blir forskrevet i Art.46-60. En viktig del av loven blir fastsettelsen av skatteprosenten som skal betales til regionen for utnyttelsen av naturressursene. Investorer som får tillatelser til å utnytte ressursene, må operere gjennom det lokale bankvesenet (Art.57) og foreta investeringer i sosial infrastruktur (Art.61). Sanksjoner blir videre stipulert i Art.62-63 og tvistemål i Art. 65-69. I Art.70 forbeholder Regionalmyndighetene seg retten til å iverksette denne loven i påvente av at Nasjonalforsamlingen godkjenner den.

5.7 REGIONALRÅDENES REPRESENTATIVITET

I forbindelse med forberedelsene av valget i 1990 ble det vedtatt en ny valglov i Nicaragua i 1989. Det er allmenn stemmerett i Nicaragua for alle personer over 16 år, og velgerne må registrere seg på forhånd. Siden 1993 har det blitt arbeidet med å innføre permanent stemmeregister og med å utstede identitetskort som heretter skal forevises ved avleggelse av stemme. For regionalvalgene på sjølstyrte myndigheter på Atlanterhavskysten har politiske partier og folkelige organisasjoner rett til å stille kandidater i de kretser hvor de kan samle underskrifter fra 5% av de stemmeberettigede i den aktuelle kretsen. Til valget i 1990 benyttet kun miskitu-geriljaorganisasjonen YATAMA seg av denne muligheten og seiret i valget i den Nordlige regionen (RAAN), mens organisasjonen oppnådde 12% av stemmene i RAAS. Til valget i 1994 stilte 9 folkelige organisasjoner til valg, mens en betydelig fraksjon av YATAMA denne gangen stilte som kandidater for det liberale partiet PLC. Sandinistpartiet FSLN har kommet godt ut av begge valgene.

Valgloven krever at samtlige etniske grupper (4 i nord, 6 i sør) er representert både i Regionalrådet og i dets styre. Dette blir garantert ved at første kandidat i bestemte valgkretser må tilhøre visse etniske befolkningsgrupper. Sjølstyreforfatteringen i Nicaragua utmerker seg ved å være den eneste parlamentariske struktur i Latin Amerika. Det blir valgt 3 representanter fra 15 valgkretser i hver region, og hvert av de to regionalrådene på 45 medlemmer velger et styre på 7 medlemmer med president i spissen på sitt konstituerende sammentrede. Også i styret må samtlige etniske grupper være representert. En vesentlig del av det parlamentariske arbeidet blir utført av kommisjonene som hvert regionalråd beslutter å opprette. Regionalrådet velger også en Regionalkoordinator som leder for den regionale forvaltningen (Regionalregjering) som har til oppgave å gjennomføre de beslutningene som vedtas av Regionalrådet samt å forvalte regionens økonomi. Regionalkoordinator-funksjonen har i stor grad blitt oppfattet som en presidentfunksjon med vide fullmakter i mangel på erfaring med parlamentarisme. Generell mangel på kompetanse og erfaring med demokratisk forvaltning har ført til at sjølstyret ennå lider av maktmisbruk, ineffektivitet, polarisering og korrupsjon.

Regionene er i sin tur delt opp i kommuner som igjen er sammensatt av landsbyer. Det har hittil ikke blitt holdt kommunevalg i regionene, ettersom kommunegrensene ikke er offentlig vedtatt. I påvente av valget i 1996 har derfor borgermestrene blitt utnevnt av Regionalrådene slik at de reflekterer stemmeutfallet i hver kommune fra siste regionalvalg.

På landsbynivå er befolkningen organisert i varierende grad. Det finnes vanligvis en dommer valgt av befolkningen for å megle i lokale tvister, men uten formell myndighet til å treffe bindende avgjørelser. Tittelen *Sindico* blir benyttet for forvalteren av landsbyjorda. Dessuten har de aller fleste landsbyer et Eldreråd. Den mest respekterte lederen er vanligvis landsbypresten, som også innehar viktige sos-

iale forpliktelser på vegne av den protestantiske Morava-kirken. I de mange landsbyene som ble tilintetgjort under krigen, finnes som regel en Koordinator for gjenoppbygging og gjenintegrering. På grunn av krigen har også flere militære ledere fra geriljaen oppnådd prestisje og blir betraktet som ledere. Det finnes ingen formell eller fastsatt struktur for landsbyorganisering, og det er enda mindre snakk om at politiske partier gjør seg gjeldende på dette nivået. Sindicoene har til en viss grad koordinering seg imellom, og deltakelse i politiske fora foregår vanligvis via de valgte representantene til Regionalrådet som setter enkelte landsbyers interesser på dagsordenen.

5.8 SLUTTKOMMENTARER

Urbefolkningen i Nicaragua med miskitu-befolkningen i spissen har oppnådd en avansert Sjølstyrelov som resultat av sterkt politisk og militært press. Den forståelse som ble oppnådd i 1980-årene fra sentralmyndighetene i forhold til urbefolkning-srettigheter, har blitt svekket fra 1990 samtidig med at sjølstyret ble innført. Det har derfor vært en paradoksal start for sjølstyret i Nicaragua. Arvtakerne etter parter i en militær konflikt innehar i dag den politiske makten i regionene. Polariseringen er åpenbar, og som lovgivende myndighet har Regionalrådene manglet kompetanse, samordning og finansiering til å utforme et lovverk som skal sikre regionenes naturressurser til egen fordel.

Et viktig perspektiv på sjølstyreprosessen i Nicaragua er den fler-etniske eller regionale dimensjonen. Dette er en følge av forsoningen etter flere år med dramatisk militær konflikt. Det innebærer toleranse fra begge sider (urbefolkning og migranter) for løsninger som ikke er ekskluderende. Dette er et viktig eksperiment for å finne nye veier ut av etniske konflikter. Veien til ny væpnet konflikt er ikke nødvendigvis lang hvis konfrontasjonene tiltar eller om sentral-myndighetene ikke viser tilstrekkelig vilje til å ta de nødvendige initiativer.

De Sjølstyrte Regionene i Nicaragua har utvilsomt landets mest verdifulle potensielle ressurser. Landet i sin helhet er etter Haiti det fattigste i Amerika. Denne erkjennelsen er viktig for å forstå sentralmyndighetenes uvilje til simpelthen å gi fra seg nødvendige ressurser for økonomisk utvikling.

5.9 LITTERATUR

Buvollen, Hans Petter 1989, *Communal Lands and Armed Conflict in the Atlantic Regions of Nicaragua*, Scandinavian Journal of Development Alternatives, vol.VIII, no.2, pp.45-58 - 1989, *Etnonasjonalisme og revolusjonen i Nicaragua*, Forum for Utviklingsstudier, nr.2, pp.199-210 - 1990, *Valget i den Sjølstyrte Nordlige Atlanterhavskyst (RAAN)*, Stener Ekern (red) *Fra geriljaseier til presidentvalg. Nicaragua fra revolusjonen i 1979 til valgene i 1990*, Oslo: Institutt for Menneskerettigheter - 1993, *Sjølråderett – for hva?*, i 3.verden Magasinet X, 2.årgang nr.2, pp.31-33

Hale, Charles R., 1994, *Resistance and Contradiction. Miskitu Indians and the Nicaraguan State, 1894-1987*, Palo Alto: Stanford University Press

Nicaraguas Nasjonalforsamling 1987, *Autonomy Statutes for the Regions of the Atlantic Coast of Nicaragua. Law no.28*,

Managua: Serie de documentos ODACAN, no.4 (1994)

ODACAN 1995, *Collection of Historic Documents about the Atlantic Coast*, Managua: Serie de documentos ODACAN, no.10

Von Oertzen, Eleonore/Lioba Rossbach/Volker Wunderich (ed.) 1990, *The Nicaraguan Mosquitia in Historical Documents 1844-1927*.

KAPITTEL 6

Jennifer Clarke:²²¹ Den rettslige stilling for Australias urbefolkning – representative organer og landrettigheter

Forfatterens anmerkning

På grunn av Samerettsutvalgets ønske om en kort rapport om urbefolkningens landrettigheter og representative organer, omhandler denne rapporten ikke emnet vern av urbefolkningens kulturarv (f.eks. hellige steder, steder av historisk betydning og gravleggingssteder). Dette er en viktig begrensning, fordi meget av den australske urbefolkningens kulturarv er knyttet til jorden. Flere opplysninger om dette emnet kan fremskaffes hvis Utvalget måtte ønske det. Hensynet til kortfattethet har også ført til at henvisninger til spesifikke lovbestemmelser er utelatt.

Forfatteren takker

Ione Rummery, hvis undersøkelser danner grunnlaget for min behandling av organene for urinnvånere og Torresstred-øyboere og landrettighetslovgivningen i North Territory, South Australia og Victoria.

Rapporten er for en stor del utarbeidet i Perth i januar 1996. Jeg takker Murdoch University Law School og Kim Barber som stilte kontorplass til rådighet for meg og medlemmene og administrasjonen i National Native Title Tribunal's register i Perth for deres hjelp under mine undersøkelser av tribunalets virksomhet.

6.1 SAMMENDRAG

6.1.1 Australias urbefolkning

Selv om Australias urbefolkning utgjør mindre enn to % av Australias innbyggere, besitter den en betydelige del av landområdene (som stort sett er av dårlig kvalitet). Jorden er et nøkkelement i de tradisjonelle australske kulturer, men urbefolkningens tradisjoner når det gjelder jorden er ulike. Særlig finnes tradisjonell individuell eiendomsrett til jord på noen av øyene i Torres-stredet, men ikke blant urinnvånerne. Den svake sosiale posisjonen til Australias urbefolkning har historiske årsaker. Det gjelder særlig frarøvelse og «beskyttelses-» og barnerovpolitikk. Denne politikken har hatt en forsterkende virkning på tvister om landrettigheter mellom urbefolkningsgrupper ved at den har tvunget enkelte grupper til å bo på landområder som tradisjonelt har tilhørt andre. Økte statlige midler brukt på urbefolkningen i 1990-årene er ennå ikke på nivå med de midler som brukes på andre australiere i noen områder, selv om den føderale regjeringen nå bruker betydelige beløp på en sysselsettingsplan og har investert store kapitalbeløp i tiltak for næringsutvikling og kjøp av jord.

6.1.2 Representative organer

Det finnes mange ulike representative organer for urbefolkningen, fra statlige organer som ATSIC og Kommissæren for sosial rettferdighet for urinnvånere og Torres-stred-øyboere, som har betydelige mandater når det gjelder urinnvånerne og Torres-stred-øyboere, til lovbestemte styrever for landområder som dem i Northern

221. Jennifer Clarke er professor ved the Australian National University, Canberra. Hun har i arbeidet med sin utredning for Samerettsutvalget hatt forskningsbistand fra Ione Rummery.

Territory, New South Wales og Tasmania (av disse er mange opprettet i henhold til lov om innfødtes rettigheter), lovbestemte kommunale styrever som dem i Queensland, lovbestemte jordeiende organer som WBACC og i Northern Territory og Queensland, private sammenslutninger som leier jord av Forvaltningsselskapet for urinnvånerland [Aboriginal Lands Trust] i Western Australia og South Australia og hjemmelshavere til de små Victoria-tildelingene, tjenesteytere som Urinnvånernes rettshjelpstjeneste og bredere politiske organisasjoner som NAILSS.

6.1.3 Landrettigheter

Urbefolkningens rettigheter til landområder [heretter kalt landrettigheter] er på samme måte også av ulik karakter. Selv om det ikke har vært noen fastlagt statlig politikk for ordning av landkrav i Australia, er avtaler om landområder og ressurser har sitt utspring i landkrav eller krav om innfødt hjemmel i økende grad blitt vanlig, særlig når det gjelder nasjonalparker og større gruver. Fra urbefolkningens synspunkt er kvaliteten på disse avtalene varierende.

Selv om prinsippene om innfødt hjemmel gjelder over hele Australia, gagnar de neppe det store antallet i den australske urbefolkning som har vært fratatt sin eiendomsrett på grunn av common law-regelen om at innfødt hjemmel ikke kan gjenoppstå når den først er opphørt. Etter den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993 har innfødt hjemmel oppnådd en beskyttelse som grovt sett tilsvarer (eller når det gjelder retten til å forhandle, kanskje er bedre enn) vanlig eiendomsrett, men den gir ingen rett til mineraler og kan tapes ved oppgivelse eller ekspropriasjon fra myndighetene. Regler for fastsettelse av innfødt hjemmel ved tribunaler ble gitt i 1994, men gjennomføringen har stoppet opp i en hengemyr av forberedende formaliteter. Regler for avtaleinngåelse eller voldgiftsløsning når det gjelder fremtidige tillatelser til utvinning av mineraler på landområder med innfødt hjemmel har hittil ikke brakt resultater. Lov om innfødt hjemmel er også rasediskriminerende ved at den stadfester hjemmel gitt av myndighetene i perioden 1975-1994, i mange tilfeller slik at underliggende innfødt hjemmel bortfaller.

Den føderale lov om urinnvånernes landrettigheter for Northern Territory av 1976 gir bestemmelser om ikke overdragbare selveierrettigheter til beste for «tradisjonelle urinnvåneriere» og andre med tradisjonelle rettigheter, med beskyttelse mot ervervelse fra Northern Territorys side og rett til å gi samtykke til utvinning av mineraler på letestadiet. Selv om urinnvånerne ikke har rett til mineraler, nyter de godt av en ordning med «produksjonsavgiftsekvivalenter». Et stort antall krav etter denne loven har ført til at urinnvånerne i Northern Territory er den mest jordrike i Australia. Deres «formue» har forårsaket en viss bitterhet hos urinnvånerne i sør, som søker rimelig likestilling fra det nyopprettede Aboriginal and TSI Land Fund [Landfondet for urinnvånerne og Torres-stred-øyboere]. «Station»-samfunn [se note 43] av urinnvånergrupper som har mistet sine rettigheter til jorden kan nå nyte godt av en Northern Territory-basert plan for små parseller av beiteland (som ikke omfatter mineraler). På samme måte som når det gjelder innfødt hjemmel, kan disse bosetningsområdene for lokalsamfunn tapes ved oppgivelse, men ikke selges. De kan normalt ikke være gjenstand for ekspropriasjon av Northern Territory, og de er beskyttet mot utvinning av mineraler innenfor en sone på 1 km.

I Queensland nyter Meriam-folket fra Murray Islands godt av den eneste anerkjente innfødte hjemmel til land i Australia. Urinnvånerne på Aurukun og Mornington Island bor på selveierjord som innehas på deres vegne av landdistriktsstyrer. De fleste andre fjerntliggende urinnvånerland og Torres-stred-øyboerland eies i henhold til ikke overdragbare tildelingsdokumenter på vegne av bosetningssamfunn. Disse rettighetene kan konverteres til «urinnvånerland» eller

«Torres-stred-øyboerland» ved overføring (som er til gunst for bosetningssamfunnene) og (valgfritt) krav (som er til gunst for en gruppe som har fremsatt krav). Urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland kan ikke eksproprieres av Queensland. Urbefolkningen i Queensland eier ikke mineraler på sine landområder, men adgang for andre til undersøkelse og rett til utvinning krever deres samtykke. Samtykke kan imidlertid gis på urbefolkningens vegne av delstatsregjeringen i Queensland.

I New South Wales har styrer for urinnvånerland (vanligvis lokale sådanne) hjemmel til alle rettigheter til landområder. Når det dreier seg om selveierland er det en følge av overføring av reservater og enkelte landkrav; leierett følger av landkrav og kjøp av land, på samme måte som annen besittelse av land. Kjøp av land finansieres ved en prosentvis andel av avgifter på statens land. Medlemmene av lokale styrer for urinnvånerland er bosatt i området eller på annen måte knyttet til området. Hjemmel til relativt uviktige mineraler gis sammen med landområdet, og utvinning krever samtykke fra Styret for landområder. Land som Styret for landområder besitter er beskyttet mot ervervelse av myndighetene i New South Wales.

I Victoria kan mindre selveierområder gitt til landforvaltningsselskapene for Framlingham og Lake Tyers overdras ved beslutning av selskapene. Andeler i selskapene kan bare omsettes innen urinnvånersamfunnet. Det er ikke gitt noen rettigheter til mineraler eller gruvedrift, og grunnen kan erverves ved ekspropriasjon fra delstatens side. Mindre selveierområder gitt til Aborigines' Advancement League [Foreningen til urinnvånerne fremme] i Stor-Melbourne er beskyttet mot utvinning av mineraler, men ikke mot ekspropriasjon, på samme måte som områder gitt etter den føderale lov om urinnvånerland (Lake Condah og Framlington Forest) av 1987. Mindre selveierområder gitt etter nyere delstatslover er beskyttet mot ekspropriasjon.

I South Australia har Forvaltningsselskapet for urinnvånerland, som er et lovbestemt urinnvånerorgan, selveierrettigheter eller mindre omfattende landrettigheter som det leier ut til urinnvånerforetak. Utvinning av mineraler er ikke tillatt på forvaltningsselskapets land. Store selveierområder gitt til tradisjonelle Pitjantjatjara- og Maralinga-eiere er beskyttet mot ekspropriasjon av South Australia og det kreves samtykke fra rettighetenes innehavere for å drive gruver. I South Australia er det ikke gitt noen rett til mineraler.

I Western Australia besitter Forvaltningsselskapet for urinnvånerland, som er et lovbestemt organ sammensatt av representanter for urinnvånerne, tidligere reservatland og andre landområder på vegne av bosatte urinnvånerne. Forvaltningsselskapet leier ut disse områdene til urinnvånerforetak. Det er ikke gitt noen rett til mineraler, og utvinning krever konsultasjoner med, men ikke samtykke av Forvaltningsselskapet. Hvorvidt reservater kan erverves ved ekspropriasjon av Western Australia avhenger av deres klassifikasjon. Inntil 1994 stod Western Australias delstatsregjering også for en ordning der landstykker ble «skåret ut» fra utleid beiteland eller reservater for tildeling til urinnvånersamfunnene.

I Tasmania ga en lenge påkrevd lov selveierhjemmel til en del mindre områder til det nyopprettede Styret for urinnvånerland i Tasmania i 1995. Denne hjemmelen omfatter mineraler bortsett fra helium, olje og atomiske og geotermiske stoffer. Utvinning av mineraler på urinnvånerområder krever samtykke fra Styret, og landområdene er beskyttet mot ekspropriasjon fra Tasmanias side.

I Jervis Bay Territory ga de føderale myndigheter i 1986 og 1995 selveierhjemmel til landområder til gunst for et bosatt urinnvånersamfunn. Ingen mineraler er inkludert, selv om hjemmelshaverens tillatelse kreves for utvinning.

Når det tildeles landrettigheter til gunst for urbefolkningen med tradisjonelle landrettigheter, bevares innfødt hjemmel til landområdene. Den føderale lov om

innfødt hjemmel av 1993 unntar disse tildelingene fra sitt område. Det er imidlertid ikke så sikkert at innfødt hjemmel bevares ved tildeling av land til bosatte urbefolkningsgrupper, mennesker med historisk tilknytning til landområdet eller mennesker som får landområder etter behov. Endringer i lovgivningen om landrettigheter i New South Wales og Queensland, men ikke den nye lovgivningen i Tasmania, forsøker å løse problemet.

6.2 AUSTRALIAS URBEFOLKNING

6.2.1 Demografi

Under en landsomfattende folketelling i 1991 erklærte 265.458 australiere, eller 1,5 % av befolkningen, at de nedstammet fra urinnvånerne eller Torres-stred-øyboere.²²² Dette var en økning på 17 % i forhold til 1986-tallet.²²³ I 1991 var 238.575 australiere av urinnvåneravstamning og 26.883 av Torres-stred-øyboeravstamning.²²⁴ Størstedelen av Australias urinnvånere (mer enn 40 %) bor i de østre delstatene New South Wales og Queensland.²²⁵ Ikke i noen delstat eller territorium utgjør urbefolkningen majoriteten av befolkningen, men urinnvånerne representerer omtrent 25 % av befolkningen i Northern Territory. I 1991 var medianalderen for urinnvånere og Torres-stred-øyboere 19 år, sammenlignet med 32 år for den totale australske befolkning.²²⁶ Mens de fleste australiere bor i byer ved kysten, bor den største gruppen av urbefolkningen (omtrent 42 %) i mindre bymessige sentra.²²⁷ Omtrent 75 % av Torres-stred-øyboerne bor på det australske fastlandet, mange av dem andre steder enn i Queensland.

6.2.2 Etniske forhold, språk og tradisjoner forbundet med landområder

Australias urinnvånere er etterkommerne av den opprinnelige befolkningen på det australske fastland og på Tasmania. Torres-stred-øyboerne er etterkommere av den opprinnelige befolkningen på Torres-stredøyene mellom delstaten Queensland og Papua New Guinea. Vitenskapelige undersøkelser viser at urinnvånerne kan ha migrert til Australia for så meget som 60 000 år siden.²²⁸ Torres-stred-øyboerne er et melanesisk folk, i slekt med befolkningen i Papua New Guinea. Det har foregått et betydelig inngifte mellom medlemmer av urbefolkningen og andre i Australia.²²⁹ Definisjonene av «urinnvånere» og «Torres-stred-øyboere» som brukes i australsk

222. Betegnelsene «urinnvånere» og «Torres-stred-øyboere» brukes i denne rapporten om Australias opprinnelige befolkning. Dette er selvsagt europeiske ord. Australias urfolk har sine egne navn på seg selv i sine egne språk. De europeiske betegnelsene er brukt her utelukkende av hensiktsmessighetsgrunner.

223. ATSIIC, *Indigenous Australia Today: A Statistical Focus by ATSIIC Regions*, 1994. Urinnvånerens tilvekst har vært dobbelt så stor som for den totale australske befolkning: ATSIIC, *Social justice for indigenous Australians 1994-95*, 1.

224. Urbefolkningens utbredelse er vist i vedlegg 1. 26 % av Australias urbefolkning bor i New South Wales (jevnført med 34 % av landets totale befolkning), 26 % bor i Queensland (jevnført med 17 %) og 17 % bor i Northern Territory (jevnført med 1 %). De tetteste befolkede ATSIIC-regionene (ATSIIC behandles nedenfor) er Sydney, Brisbane og byen Coffs Harbour i det nordlige New South Wales: ATSIIC l.c. n 2,5.

225. ATSIIC, l.c. n 2,5.

226. ATSIIC, l.c. n 2,6.

227. Omtrent 25 % bor i større bymessige områder og 33 % i landområder.

228. *Encyclopedia of Aboriginal Australia*, AIATSIS, 1994, 894.

229. I 40 % av urinnvånerfamilier og Torres-stred-øyboerne-familier fantes både urbefolkningsmedlemmer og ikke urbefolkningsmedlemmer: ABS; *National Aboriginal and Torres Strait Islanders Survey 1994: Detailed findings*, AGPS, 1995.

rett inkluderer personer av blandet rasemessig herkomst – i erkjennelse av at mange australske urinnvånere nedstammer ikke bare fra ekteskap mellom mennesker av forskjellig rase, men også fra ufrivillige eller skjulte forhold mellom kvinnelige urinnvånere og menn som ikke tilhørte urinnvånerne.²³⁰ Det settes altså ikke noen *laveste* grense for urinnvåner- eller Torres-stred-øyboeravstamning når det gjelder å anse en person som «urinnvåner» eller «Torres-stred-øyboer». Personer av urbefolkningsavstamning som ikke identifiserer seg som medlem av urbefolkningen og som ikke har noen forbindelser til andre urinnvånere eller Torres-stred-øyboere vil imidlertid neppe passe inn under disse rettslige definisjonene.

De fleste urinnvånerspråkene er like nært beslektet med hverandre som språkene i Europa. Språk fra det østre Torres-stredet er beslektet med papuaspråkene.²³¹ I følge urinnvånertradisjon er et språk ofte assosiert med befolkningen i et bestemt territorium. Omtrent 130 av Australias 300 urspråk overlever med under 50 brukere, ytterligere 70 har levedyktige forhold i lokalsamfunnene, men bare 25 av dem har mer enn 250 brukere.²³² I 1994 snakket omtrent 14 % av Australias urbefolkning et urspråk.²³³ De fleste snakker et språk med engelsk bakgrunn: standard engelsk, urinnvånerengelsk (blandingsspråk av engelsk og forskjellige urinnvånerspråk), «broken» (et blandingsspråk av engelsk og Torres-stred-øyboerspråk) eller «kriol» (et nord-australsk kreolsk utviklet fra urinnvånerengelsk).²³⁴

Urinnevånerne eller Torres-stred-øyboerne har ingen enhetlig «rett» eller sedvane. Det er imidlertid felles trekk ved urinnvånertradisjonene når det gjelder land og også når det gjelder Torres-stred-øyboernes tradisjoner. Selv om koloniseringen har brutt ned disse tradisjonene i alvorlig grad, holdes en del kjernepunkter fortsatt i live, særlig i avsidesliggende deler av Australia. Urinnvånertradisjonene omfatter religiøse forestillinger om jorden som inkluderer *kollektiv* eiendomsrett til jorden basert på innviklede slektskapssammenhenger. I følge disse tradisjonene skapte overnaturlige vesener («dreamings» på urinnvånerengelsk) landskapene og deres eiere før de trakk seg tilbake for å leve i miljøet de hadde skapt. Urinnvånertradisjon anerkjenner mangesidige, atskilte rettigheter til jord,²³⁵ og krever vedlikehold av landområdene ved forskjellige former for handling, bl.a. jakt og gjennomføring av

230. Voldtekt på tvers av rasene var et vanlig fenomen i tidlige tiders Australia, der den europeiske befolkningen i overveldende grad var mannlig. Selv om urbefolkningen offisielt var beskyttet av engelsk rett fra det øyeblikk koloniseringen fant sted, ble overgrep mot dem fra inntrengernes side sjelden forfulgt rettslig. Grunnene til dette er komplekse, og står delvis i forbindelse med politiets historiske rolle som undertrykker. Til forskjell fra Nord-Amerika, der de europeiske inntrengerne hevdet suverenitet gjennom statshandlinger (traktater og krig), ble vold i Australia brukt til å undertrykke urbefolkningen etter at suvereniteten var etablert. De som representerte denne volden var private borgere, eller ofte politiet. Videre manglet den australske urbefolkningen adgang til rettsbeskyttelse på grunn av oppfatningen om at de var underlegne eller tilbakestående. Urinnvånere og Torres-stred-øyboere kunne ikke opptre som vitner i retten før i midten av det nittende århundre. I henhold til «beskyttelses»-regler vedtatt på denne tiden, opphevet i 1960- og 1970-årene, var ekteskap mellom rasene forbudt, selv om seksuelle forhold mellom rasene fortsatte. Et beryktet eksempel på slike forhold var det nordaustralske fenomenet «drover's boy» [krøtterhandlergutt]: Kvinnelige urinnvånere lokket (frivillig eller ufrivillig) inn i forhold med mannlige krøtteropprettende og tvunget til å opptre (og arbeide ved deres side) som menn.

231. Michael Walsh, «Oversikt over urbefolkningspråk i Australia» i Suzanne Romaine (red) «Språk i Australia», Cambridge University Press 1991, 35.

232. Walsh. l.c. 11, 30.

233. ABS, National Aboriginal and Torres Strait Islanders Survey 1994: Detailed Findings, AGPS, 1995, 4. Det er stor regional variasjon i bruken av språket: i Northern Territory snakker 74 % av de over 5 år et urspråk godt nok til å kunne føre en samtale. Tallene for South Australia, Western Australia og Queensland var henholdsvis 23 %, 21 % og 15 %.

seremonier. Det tradisjonelle synspunkt er at menneskene ikke bare eier landområder, de «eies» også av det. Alt land må ha eiere, slik at forpliktelsene overfor landområdene kan bli oppfylt. I urinnvånerkulturen er maling og andre kunstformer typisk utøvelse av landrelaterte rettigheter: kunstnere avbilder «dreamings» som de i følge tradisjonene er ansvarlige for. Torres-stred-øyboer-tradisjonelle kulturer er både maritime og knyttet til jordbruk. I det østlige Torres-stredet er jorden eiet og blir nedarvet gjennom farslinjer av *enkeltpersoner*, og eiendomsgrensene er klart definert. I følge Meriam-folkets (østlig Torres-stred-øyboere) overleveringer («ailan kastom» på broken) befalte åndelige forfedre (sjøfarende skapninger som kom reisende sørover fra øyene utenfor kysten av Papua New Guinea) tilplanting av jorden og respekt for individuell eiendom.²³⁶ Meriamfolket er kjent for tvister om eiendomsrett til jord.²³⁷ Jord eies kollektivt på noen andre Torres-stred-øyer. Både tradisjonene til urinnvånerne ved kysten og Torres-stred-øyboerne inkluderer havet, når det gjelder Torres-stred-øyboerne særlig på grunn av deres utstrakte tradisjonelle bruk av havet.²³⁸ Medlemmer av den australske urbefolkning har begynt å fremme krav om innfødt hjemmel²³⁹ til havet.²⁴⁰

6.2.3 Den sosiale og økonomiske stilling

Aldersforskjeller i urbefolkningen og den øvrige befolkningen skyldes delvis høyere fødselsrater, tidligere start på barnefødsler, større familier og lavere forventet levealder i den australske urbefolkningen.²⁴¹ Forventet levealder for menn blant urinnvånerne og Torres-stred-øyboerne er 57 år – 17 år mindre enn for den gjennomsnittlige australske mann. For kvinner er forventet levealder 65 år, sammenlignet med 80 år for den australske kvinnelige befolkning.²⁴² Fruktbarheten blant urbefolkningens kvinner er 40 % høyere enn blant den øvrige kvinnelige befolkning. Denne høye fruktbarhetsraten blir imidlertid oppveid av en høy barnedødelighetsrate: nesten tre ganger raten for den øvrige befolkning.²⁴³ Høye barnedødelighetsrater gjenspeiler helsetilstander forbundet med fattigdom, som underernæring og infeksjonssykdommer som kan forebygges. Dødelighet blant *voksne* skyldes derimot degenerasjonssykdommer som finnes i industrialiserte samfunn.²⁴⁴ Eksempelvis er 38 % av den australske urbefolkning overvektig. Mønsteret når det

234.ABS-oversikten viser at blandingspråkene og de kreolske språkene snakkes av bare 3 % av Australias urbefolkning, et tall som virker noe lavt; jfr Walsh, l.c. 11,30.

235.I det sentrale Australia må f.eks. mennesker med direkte rettigheter til jord oppfylle forpliktelser overfor jorden. Oppfyllelsen av disse forpliktelsene overvåkes imidlertid av mennesker med indirekte rettigheter til jorden. Andre urinnvånere kan ha svakere rettigheter til jorden – f.eks. rett til å oppholde seg der for visse formål.

236.Denne tradisjonen ble fort sammensmeltet med kristendommen, som ble innført i 1870-årene. Nonie Sharp, *Stars of Tagai: the Torres Strait Islanders*, Aboriginal Studies Press, 1993.

237.En advokat for dette folket (som anla den skjellsettende Mabo (no 2)-saken, har beskrevet Meriamfolket som det kanskje mest prosessglade folket i verden: *Land bilong Islanders*, Yarra Bank Films, 1990.

238.I tidligere tider foretok øyboerne lange kanoreiser til sørkysten av Papua New Guinea for å drive handel og tradisjonelt varebytte. Sharp, l.c. n 16.

239.Innfødt hjemmel behandles nedenfor.

240.Se *Mason v Tritton* (1994) 34 NSWLR 572 og *Sutton v Derschaw and ors* (utrykt, Western Australias høyesterett, 15 august 1995), saker der innfødt hjemmel-rettigheter ble påberopt som forsvar i saker om brudd på fiskerilovgivningen, og krav om rettigheter til havet registrert i henhold til den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993: NNTT Annual Report 1994-5, AGPS Appendix J «Summary of applications».

241.ATSIC, l.c. n 2, 7.

242.ATSIC, l.c. n 2, 8.

243.ATSIC, l.c. n 2, 8.

gjelder misbruk av alkohol og narkotiske stoffer blant urbefolkningen tilsvarer omtrent det som finnes blant andre koloniserte folk i moderne industrialiserte land: i alminnelighet vil folk som drikker, drikke for meget. Andelen av folk som drikker er imidlertid lavere i urbefolkningen enn i den totale befolkningen.

Sysselsettings situasjonen for Australias urbefolkning varierer, som følge av virkningene av en omfattende føderal plan for å skape arbeidsplasser for urinnvånere og Torres-stred-øyboere, kalt CDEP. I følge CDEP kan arbeidsløshetspenger til individuelle urinnvånere eller Torres-stred-øyboere eller deres familier reallokeres til mottakernes lokalsamfunn som lønn for samfunnsrelatert deltidsarbeid. I 1994 var urbefolkningen²⁴⁵ representert med 105 200 arbeidstakere. Av disse var 65 100 (62 %) «sysselsatt» og 40 100 (38 %) arbeidsløse.²⁴⁶ Arbeidsløshetsraten på 38 % er imidlertid misvisende når en tar hensyn til CDEP-«sysselsettingen»: i 1994 arbeidet mer enn 20 000 «sysselsatte» i et CDEP-prosjekt.²⁴⁷ CDEP skjuler således at arbeidsløshetsraten blant urbefolkningen er på over 50 %.²⁴⁸ Nesten 60 % av urinnvånere og Torres-stred-øyboere på 15 år og over hadde en inntekt på A\$ 12 000 (kr 63 000) eller mindre i 1994. Bare 11 % av denne gruppen tjente mer enn A\$ 25 000 (kr 132 000). Den årlige gjennomsnittsinntekten var A\$ 14 000 (kr 74 000).²⁴⁹ Statlige utbetalinger (blant annet arbeidsløshetsstøtte og CDEP-utbetalinger) var hovedinntektskilden for 66 % av urbefolkningen. Blant urbefolkningen faller tallet på dem som søker utdanning sterkt med alderen. Omtrent 98 % av 14 år gamle barn går på skolen, men blant 17-åringene er tallet bare 31 %.²⁵⁰ Til tross for positive handlingsprogrammer er andelen som tar høyere utdanning fortsatt lav. Av de 17 % av urbefolkningen som har høyere utdanning har bare 3 500²⁵¹ tatt eksamener eller deleksamener ved universitet eller høyskole.²⁵² 8 000 er for tiden i ferd med høyere utdanning.²⁵³

I 1992 var urinnvånere 26 ganger mer utsatt for varetaktsfengsling enn andre australiere. En av sju innsatte i fengslene var urinnvåner.²⁵⁴ Den kongelige undersøkelseskommissjonen for dødsfall blant urbefolkning i fengslene fant i 1991 at et foruroligende antall dødsfall blant urbefolkning i fengsel²⁵⁵ skyldtes at en større andel av medlemmer av urbefolkningen enn av andre australiere til enhver tid var fengslet (særlig i politivaretekt). Et stort antall arrestasjoner gjaldt mindre forseelser som banning og beruselse på offentlig sted,²⁵⁶ eller for lignende ikke-kriminell oppførsel.²⁵⁷ Kommisjonen henførte den høye fengslingsraten til forskjellige årsaker, inklusive urbefolkningens svake sosiale og økonomiske stilling, den his-

244. Eduard J Beck, *The Enigma of Aboriginal Health: Interaction between Biological, Social and Economic Factors in Alice Springs Town Camps*, Australian Institute of Aboriginal Studies, 1985, 6.

245. En tredjedel av urbefolkningen projisert til 1994: ABS, l.c. n 8, 94.

246. ABS, l.c. n 8, 45.

247. ATSIC, *Social justice for indigenous Australians 1994-5*, 66.

248. Til sammenlikning er arbeidsløshetstallet for australierne totalt omkring 8,5 %.

249. ABS, l.c. n 8, 48.

250. ABS, l.c. n 8, 33.

251. Så vidt over 1 % av den totale urbefolkningen projisert til 1994.

252. ABS, l.c. n 8, 34.

253. Av disse tar bare 4 % sikte på full universitetseksamen, og 35 % søker forskjellige lavere grader. Mesteparten av videregående utdanning for urinnvånerne tas altså innen yrkesfag heller enn på det akademiske felt.

254. ATSIC, *Social justice for indigenous Australians*, 72.

255. Kommisjonen undersøkte 99 dødsfall som hadde funnet sted i løpet av det siste tiåret. Det skjer fortsatt dødsfall blant urinnvånere og Torres-stred-øyboere i fengsel etter avgivelsen av kommisjonens rapport, flere dødsfall inntraff i 1995-96.

256. I følge en oversikt fra 1988 stod 64 % av alle overtredelser som førte til at urinnvånere ble fengslet i forbindelse med fyll og «offentlig orden».

toriske motsetning mellom urbefolkningen og politiet, rasisme i politikulturen, misforståelse fra politiets side av sider av urinnvåneres oppførsel, alkohol- og stoffmisbruk i urbefolkningssamfunn og overaktivitet fra politiets side.²⁵⁸

6.2.4 Virkningen av den tidligere «beskyttelses»- og «barneverds»-politikken

Den geografiske utbredelsen av Australias urbefolkning har historiske grunner. Et stort antall²⁵⁹ urinnvånere ble drept i forbindelse med invasjonen og tusenvis flere døde av smittsomme sykdommer som fulgte med.²⁶⁰ Utbredt vold fra statens og nybyggernes side fulgte, med sikte på å atskille urbefolkningen fra sine landområder. I det 19 århundre innførte koloniene, under innflytelse av sosialdarwinisme, «beskyttelses»-lover, som isolerte de overlevende urinnvånerne i «reservater» – landområder som inntrengerne ikke ønsket og som ble administrert av staten eller kirken – for å dø. Reservatsystemet (som varte til 1970-årene) medførte omfattende innskrenkninger i privatlivet og bevegelsesfriheten. Det innebar opprettelse av bosetningssamfunn som bestod av mennesker hvis landrettigheter var stedbundne (dvs til reservatland) og mennesker der dette ikke var tilfellet.²⁶¹ Unge mennesker som vokste opp på reservatene uten å kjenne sitt eget tradisjonelle landområde føler ofte en sterk form for tilknytning til reservatområdet. Reservatsystemet ga derfor grobunn for tvister mellom folk med henholdsvis «tradisjonell» og «historisk» tilknytning til landområder. Ettersom det meste av de landområdene som er ført tilbake til urbefolkningen etter prinsippene om innfødt hjemmel eller lovgivning om landrettigheter (behandlet nedenfor) er tidligere reservatland, består disse tvistene fortsatt i dag.

I det nordlige Australia ble bosetningssamfunn av urinnvånergrupper også opprettet²⁶² på såkalte «stations»²⁶³ fra slutten av forrige århundre. «Beskyttelses»-lover ga kvegfarmbestyrerne ansvaret for «velferden» til disse menneskene, som i realiteten utgjorde en ubetalt og senere underbetalt arbeidsstyrke for farmene. Noen av disse samfunnene eksisterer fortsatt, mens andre ble avvirket, noen ganger tvungent, etter at urinnvånerne ble gitt samme lønn som andre.²⁶⁴ Somfølge av disse historiske forholdene var mange av urinnvånerne i stand til å forbli på sine tradisjonelle landområder etter at de var leiet ut som beitemark, og andre utviklet tilhørighet til «station»-områder selv om deres tradisjonelle landområde var et annet sted. Denne tilhørigheten er sjelden erkjent av dem som driver beitemarkene, særlig ikke av store forretningsdrivende jordbruksforetak.

257. I noen delstater er beruselse på offentlig sted ikke lenger straffbart. Isteden er det imidlertid kommet regler som gir politiet anledning til å innbringe berusede mennesker for deres egen «beskyttelse». Paradoksalt nok var fengslingsraten høyere i de delstatene der fyll var avkriminalisert enn der det fortsatt representerte en lovovertrødelse.

258. Flere detaljer om disse spørsmålene kan skaffes hvis Utvalget ønsker det.

259. Historikeren Henry Reynolds anslår tallet på døde i denne første kontakten med europeere til 20 000: *The Law of the Land*, Penguin, 1987, 1-2.

260. Før invasjonen var det bare få av Australias urbefolkning som hadde kontakt med befolkningen i New Guinea og det østlige Indonesia.

261. Etter tradisjonelle urinnvånerbegreper er det vanskelig å leve borte fra sitt eget tradisjonelle landområde i en permanent ufri stilling på annenmanns land. Urinnvånerens følelse av atskillelse fra sitt tradisjonelle landområde er av en antropolog sammenlignet med svimmelhet: Stanner, *White man got no dreaming*, ANU Press, 1979, 230.

262. Noen ganger med makt, noen ganger som følge av sult forårsaket av frarøving av landområder, noen ganger av frykt for å bli igjen i villmarken i områder med rask utvidelse av beiteområdene.

263. «Station» er det australske ordet for en kveg- eller sauefarm.

264. I slutten av 1960-årene.

Atskillelse av urbefolkningsbarn fra deres foreldre var også utbredt frem til 1970-årene. I 1994 hadde mer enn 10 % av urbefolkningen på 25 år og over vært tatt fra sine familier som barn for å bli tatt vare på av kirkelige misjonsorganisasjoner eller statlige «velferdsavdelinger».²⁶⁵ Omtrent 10 000 barn ble tatt fra sine familier i New South Wales og 50 000 over hele Australia.²⁶⁶ Som følge av barneflyttingspolitikken vet omkring 100 000 australiere av urinnvåneravstamning ikke hvem deres forfedre er eller hvor deres tradisjonelle område ligger.²⁶⁷ Barneflyttingen kan ha representert brudd på FN's konvensjon om forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord av 1948, som forbyr tvungen overføring av barn fra en etnisk gruppe til en annen.²⁶⁸ I 1995 igangsatte den føderale regjeringen ved sin Menneskerettighets- og likestillingskommisjon en undersøkelse om den tidligere barneflyttingspolitikken. Medlemmer av «de stjålne generasjonene» har også anlagt saker for australske domstoler med krav om erstatning for at de ble flyttet.²⁶⁹

6.2.5 Statlige programmer og bevilgninger

Som part i Den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering er²⁷⁰ Australia forpliktet til å unnlate annet enn ikke-diskriminerende tiltak eller «særskilte tiltak» overfor urbefolkninger. Myndighetene²⁷¹ har etablert en rekke programmer rettet spesielt mot urbefolkningen (som f.eks. CDEP) og også allmenne tjenester (tjenester som tilbys alle australiere). Det diskuteres hvor effektive og rettferdige allmenne tjenester ytet til urbefolkningen er.²⁷² Helsetjeneste og rettshjelp for urinnvånere ble for eksempel først innført i 1970-årene ut fra erkjennelsen av at urinnvånerne var bedre tjent med leger og advokater med relevant lokalsamfunnskunnskap ansatt av deres egne lokale organisasjoner. Allmenne tjenester er ikke alltid tilgjengelig der urbefolkningen bor. Delstatsmyndighetene kan skjule regional forskjellsbehandling i innfløkte budsjetter, og økninger i føderale bevilgninger til urbefolkningen kan føre til tilsvarende reduksjoner i allmenne tjenester ytet av delstatene.²⁷³ Analysen til Kommissæren for sosial rettferdighet for urbefolkninger²⁷⁴ av føderale målrettede helsebevilgninger avslører at det fortsatt brukes mindre penger pr hode på urbefolkningenes helse enn

265.ABS, National Aboriginal and Torres Strait Islanders Survey 1994: Detailed Findings, AGPS, 1995, 2.

266.Peter Read, personal communication regarding historical research into the «stolen generations», februar 1996.

267.Peter Read i Edwards and Read, *The lost children*, Doubleday, Sydney, 1987.

268.Artikkel 11 (e). Se commissioner Wootten, «Report on the Inquiry into the Death of Malcolm Charles Smith», Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody, AGPS, 1989, 76.

269.*Williams v Minister, Aboriginal Land Rights Act 1993* (1995) 35 NSWLR 497, Alex Kruger and ors v Commonwealth, no M21/95 som i øyeblikket står for Høyesterett.

270.På den føderale regjeringens nivå er dette en politisk mer enn en internrettslig forpliktelse: se vedlegg 8.

271.Selv om ansvaret for urbefolkningene er delt mellom Forbundsregjeringen og delstatene, slik det fremgår av vedlegg 8, er det stadig viktigere med samarbeid mellom de forskjellige myndighetene. Delstatene, territoriene og de føderale myndighetene samarbeider om urbefolkningspolitikken gjennom Rådet for australske urinnvånerforhold, et organ bestående av statsråder for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold.

272.Føderale undersøkelser bekrefter at det er mange hindringer til stede for at urbefolkningen får full adgang til og rettferdig andel i offentlige tjenester: ATSIIC, *Social justice for indigenous Australians 1994-5*, 7.

273.Omtrent en tredjedel av de føderale utgifter til målrettede urinnvåner- og Torres-stredøyboerprogrammer er antatt å tjene til erstatning for allmenne programmer: ATSIIC, *Social justice for indigenous Australians 1994-5*, 40-41.

274.Se nedenfor om kommissærens rolle.

når det gjelder andre australiere.²⁷⁵ I 1993-94 brukte de føderale myndighetene A\$ 1 362 millioner (kr 7 200 000) på målrettede programmer for urbefolkningen. Tallet inkluderer de løpende kostnadene for Kommisjonen for urinnvånere og Torres-stred-øyboere, ATSIC (behandlet nedenfor)²⁷⁶ og A\$ 252 millioner (kr 1 330 000) brukt på CDEP.²⁷⁷

6.2.6 Urbefolkningens forretningsmessige investeringer

The Aboriginal and Torres Strait Islanders Commercial Development Corporation (CDC) [Næringsutviklingselskapet for urinnvånere og Torres-stred-øyboere] er opprettet i henhold til den føderale lov om en kommisjonen for urinnvånere og Torres-stred-øyboere av 1989 for å bistå og fremme urbefolkningens selvstyre og økonomiske selvberging og for å fremme urbefolkningens forretningsmessige og økonomiske interesser ved å akkumulere og anvende en betydelig kapital på deres vegne. CDC deltar i forretningsvirksomhet. Det må opptre i overensstemmelse med sunne forretningsmessige prinsipper, ta hensyn til ønsket om å oppmuntre urbefolkningen til å ta del i økonomiske prosjekter, sikre urbefolkningen eierskap og kontroll over selskaper som har betydning for deres interesser, promovere virksomheter som tjener urbefolkningens interesser og yte forretningsmessig eksperthjelp til urbefolkningen. Den har vide forretningsmessige fullmakter tilsvarende fullmaktene til ILC (behandlet nedenfor). Den er ikke gjenstand for beskatning av delstat, territorium eller føderasjonen.

Styret for CDC består av en leder fra urbefolkningen og 8 andre styremedlemmer (hvorav minst 4 skal være urinnvånere eller Torres-stred-øyboere og minst en skal være en ATSIC-kommissær), alle oppnevnt på deltid av statsråden for urinnvåner- og Torres-stred-øyboer-forhold. Alle må ha erfaring fra industri, handel eller finansvirksomhet eller urbefolkningers samfunnsforhold eller handel. I 1993-94 bevilget de føderale myndigheter A\$ 10 millioner (kr 53 millioner) til CDC.²⁷⁸ CDCs investeringer inkluderer kontorbygninger, andeler i et turistanlegg, en bilfranchise, et butikksenter, et sportsfiskeforetak, en treforedlingsfabrikk, et fremleieforhold for et urinnvånereid fruktproduserende område, tomteområder, lån og finansiering for et urinnvånereid selskap for drift av cruiseskip og et interessentskap for tjenesteyting i forbindelse med utvinning av mineraler (og en investering på \$A 3,5 millioner i selskapet som er deltager i interessentskapet), østersproduksjon og skipsfartstjenester.²⁷⁹ Urinnvånerselskaper er engasjert i mange av disse investeringsprosjektene.²⁸⁰

En Næringsnemnd for øyene [Island Industry Board] er opprettet i henhold til Queenslands lov om lokalsamfunnstjenester (Torres-stredet) av 1984.²⁸¹ Medlem-

275.Mens urbefolkningen utgjorde omtrent 1,6 % av befolkningen i 1994, var de føderale utgiftene til helsetjenester for urbefolkningen 1,26 % av det totale helsebudsjettet. Tallene for 1993-94 viste en betydelig økning i forhold til tidligere: Aboriginal and Torres Strait Islanders Social Justice Commissioner, Second report, AGPS, 1994, 126-8.

276.I 1993-94 var ATSICs løpende utgifter A\$ 131 millioner (kr 690 millioner).

277.ATSIC, Social justice for indigenous Australians 1994-5, desember 1994.

278.ATSIC, Social justice for indigenous Australians 1994-5, 41.

279.CDC, Ten most commonly asked questions in relation to the CDC, august 1993 og Investment portfolio introduction, 1994.

280.Flere detaljer om CDC kan skaffes hvis Utvalget måtte ønske det.

281.Queenslands lov om lokalsamfunnstjenester for urinnvånere av 1984 krever også opprettelse av en tilsvarende nemnd. Intet slikt organ er imidlertid noen gang opprettet. I følge Queensland departement for familietjenester og urinnvåner- og øyboerforhold er det mulig at en nemnd vil bli opprettet på et fremtidig tidspunkt for å overta sju delstatsdrevne forretninger på DOGITområder (DOGIT behandles nedenfor).

mer av Island Coordinating Council (behandlet nedenfor) velger fem medlemmer av nemnda, tre oppnevnes av Guvernøren i statsråd²⁸² og en er administrerende direktør for the Queensland Aboriginal and Islander Affairs Corporation.²⁸³ Nemnda kan drive eller investere i et vidt spekter av næringsvirksomhet, oppføre bygninger og anlegg, forestå handelsutdannelse, gi råd til regjeringen i Queensland om øyboere og næringsvirksomhet og (med samtykke av vedkommende statsråd) på anmodning delegere nemndas saker til Island Councils (behandlet nedenfor). Nemnda er den største kommersielle detaljistorganisasjonen i Torres-stredet. Med samtykke fra Queensland-regjeringen fordeler nemnda overskudd til velferdsformål for Torres-stred-øyboere. Loven gir også hjemmel for opprettelse av spesielle bank-tjenester for Queenslands urbefolkning.

Urinnvånerne har en rekke andre private investeringer – som for eksempel i to større turisthoteller i Kakadu nasjonalpark, Northern Territory.

6.2.7 Urbefolkningens eiendomsrett til landområder

Urbefolkningen eier eller kontrollerer omtrent 1.116.800 kvadratkilometer land rundt om i Australia.²⁸⁴ Områder med liten kommersiell verdi for andre australiere overlapper vanligvis store områder med urbefolkningsland. Urbefolkningsland og andre former for landbesittelser er vist på kartene i vedlegg 2. Vedlegg 8 inneholder et kort sammendrag av australsk rett når det gjelder landområder. Lover som gir urbefolkningen anledning til å erverve landområder er behandlet under «urinnvånerne og Torres-stred-øyboernes rett til landområder» nedenfor. Det er betydelige områder som er eid av urinnvånerne i Northern Territory, men svært få slike landområder i Victoria og Tasmania. Denne omvendte «nord-sør»-ulikheten er gjenstand for atskillig misnøye blant urinnvånerne i sør (som led mest under volden i forbindelse med invasjonen og frarøvelsen av landområder og politikken med beskyttelse og stjeling av barn). De er redde for at denne ulikheten skal festne seg ved den nye Indigenous Land Corporation gjennom ytterligere nord-australske kjøp av landområder.

6.3 ORGANER FOR URINNVÅNERE OG TORRES-STRED-ØYBOERE

6.3.1 Kommisjonen for urinnvånerne og Torres-stred-øyboere (ATSIC)

ATSIC, opprettet i henhold til den føderale lov om en kommisjon for urinnvånerne og Torres-stred-øyboere av 1989²⁸⁵ er den viktigste landsdekkende organisasjonen for urinnvånerne og Torres-stred-øyboere.²⁸⁶ ATSIC forener representative, politiske og administrative funksjoner. Den formulerer den føderale politikken når det gjelder urbefolkningsforhold, og forvalter mange føderale urinnvåner- og Torres-stred-øyboerprogrammer. Den er imidlertid drevet av valgte representanter for urbefolkningen. Strukturelt består den av nasjonale (kommisærer som utgjør kom-

282.dvs regjeringen i Queensland.

283.Uansett hvordan de er oppnevnt, kan styremedlemmene avskjediges av Guvernøren i statsråd.

284.ATSIC, Indigenous Australia today: a statistical focus by ATSIC regions, 8.

285.Endringer i 1993 reduserte tallet på regionale råd fra 60 til 36 og gjorde stillingene som leder for de regionale rådene og kommissærene til fulltids lønnede stillinger.

286.ATSIC erstatter det tidligere føderale departement for urinnvånersaker (DAA), Den nasjonale konferanse for urinnvånerne (NAC, et rådgivende organ som eksisterte frem til 1985) og Utviklingskommisjonen for urinnvånerne (ADC, et lovbestemt organ med ansvar for økonomisk utvikling). NAC ble sjelden konsultert av DAA under utførelsen av sine oppgaver, og NACs legitimitet ble ofte utfordret av andre urbefolkningsgrupper.

misjonen) og regionale (regionale råd) nivåer og har en administrativ arm (føderale tjenestemenn).

Kommisjonen består av en leder og 18 kommissærer, alle urinnvånere eller Torres-stred-øyboere, hvorav 17 er valgt²⁸⁷ og to oppnevnt av Departementet for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold. Australia er inndelt i 17 ATSIC-soner²⁸⁸ og regionale rådsmedlemmer innen hver sone velger én kommissær til kommisjonen. Kommissærene er fulltidsansatte og lønnet av de føderale myndigheter. Kommisjonens hovedoppgaver er å utarbeide, iverksette og følge opp urbefolkningsprogrammer, å utarbeide forslag til en politikk som kan møte landets, delstatenes og regionenes behov og urbefolkningens ønsker og gi departementet råd i saker som gjelder urbefolkningsforhold, inklusive å forvalte lovverket og samordne andre føderale organers virksomhet som berører urbefolkningen. Kommisjonen har spesielle fullmakter til å tildele landområder²⁸⁹ og annen eiendom og gir lån, inklusive lån til bolig og næringsdrift.

Loven deler Australia inn i 36 regioner,²⁹⁰ en av disse er Torres-stredet-regionen (omhandlet nedenfor). Det finnes 35 regionale råd, som hvert representerer urinnvånerne og Torres-stred-øyboerne i sin region.²⁹¹ De regionale rådene blir valgt hvert tredje år. Alle urinnvånere og Torres-stred-øyboere som står i det australske valgmanntallet har rett til å foreta nominasjoner og stemme ved valgene til det regionale rådet. Det finnes 573 regionale rådsmedlemmer. Lederne i rådene er føderalt ansatt og lønnet. Hovedfunksjonene til de regionale rådene er å utvikle regionale planer for å bedre den økonomiske, sosiale og kulturelle stillingen til regionens urinnvånere og Torres-stred-øyboere, å bistå kommisjonen og andre myndighetsorganer ved iverksettelsen av regionale planer, å utarbeide utkast til budsjetter for sine regioner og å gi kommisjonen råd når det gjelder urinnvånerne og Torres-stred-øyboernes syn på kommisjonens og andre myndighetsorganers virksomhet i regionene. Det finnes nå et spesielt regionkontor for Torres-stredet.²⁹² Kontoret har samme fullmakter og funksjoner som kommisjonen og et regionalt råd i Torres-stredet. Dessuten har kontoret en spesiell funksjon: «å fremme erkjennelse av og bevare Torres-stred-øyboernes spesielle og enestående ailan kastom».²⁹³ Denne ordningen gir også Torres-stred-øyboerne en høy grad av regionalt selvstyre. Kontoret er også et representativt organ etter loven om innfødt hjemmel (behandlet nedenfor). Inntil 1994 hadde de regionale rådene rett til å gi råd i forbindelse med ATSICs bruk av midler. Men i 1994-95 hadde de regionale rådene og regionkontoret for Torres-stredet ansvaret for fordelingen av 56 % av ATSICs bevilgninger til forskjellige programmer.²⁹⁴ Kommisjonen kan delegere sin myndighet til å tildele interesser i eiendom (inklusive landområder), bevilge midler med formål kjøp av land eller annen eiendom og gi lån til boligformål. De regionale rådene fordeler også CDEP-midler. ATSICs administrative arm ledes av en administrerende direktør tilsatt av departementet etter godkjenning av kommisjonen. 39 % av kommis-

287. Blant lederne i de regionale rådene.

288. ATSIC-sonene er vist på kartene i vedlegg 5.

289. ATSICs funksjoner vedrørende kjøp og tildeling av landområder erstatter oppgavene til the Aboriginal Development Commission og Aboriginal Land Fund Commission (ALFC). ALFC ble opprettet i 1970-årene.

290. ATSIC-regionene er vist på kartet i vedlegg 5.

291. Grensene for regionene er trukket opp på en måte som skal gjenspeile urinnvånerne tradisjoner og språkgrupper, og kan endres for å representere kretsene best mulig.

292. Kontoret kom i drift 1 juli 1994, og erstattet et 36. regionalt råd.

293. «Ailan kastom» er betegnelsen i broken-språket for øyboernes sedvaner og kultur.

294. ATSIC, Social Justice for Indigenous Australians 1994-95, 24.

jonens faste stab er urinnvånere eller Torres-stred-øyboere. I ATSICS regionale kontorer er andelen ca. 60 %.

Som et offentlig organ opprettet ved lov, har ATSIC en stor grad av selvstyre. Loven understreker imidlertid offentlige ansvar for bruk av offentlige midler og tillater atskillig engasjement fra departementets side. Departementet for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold²⁹⁵ kan kreve at kommisjonen gir opplysninger eller råd i forbindelse med enhver konkret sak. Det har rett til å gi generelle direktiver til kommisjonen angående utøvelsen av dens funksjoner og fullmakter og skriftlige direktiver angående dens økonomiforvaltning. Utgiftsoverslag skal godkjennes av og utkast til budsjetter fremlegges for departementet, som kan endre dem. ATSIC har sitt eget kontor for evaluering og revisjon, som foretar regelmessig evaluering og revisjon av ATSICs virksomhet og særskilte evalueringer som departementet eller kommisjonen måtte be om. Kontoret for evaluering og revisjon rapporterer til departementet og til kommisjonen. ATSIC (inklusive de regionale rådene) må også oppfylle krav til årlig rapportering. Det er begrensninger i kommisjonens adgang til å låne penger, og ATSICs utlån og tilskudd må foretas i henhold til en skriftlig søknad og etter en vurderingsprosess. ATSIC er undergitt samme granskning (ved den australske riksrevisjon og nasjonalforsamlingen) som andre føderale departementer og etater.

6.3.2 Kommissæren for sosial rettferdighet for urinnvånere og Torres-stred-øyboere

Stillingen som kommissær ble opprettet i 1993.²⁹⁶ Den nåværende kommissæren er Mark Dodson, en urinnvånerjurist opprinnelig fra Northern Territory. Mark Dodson har gjort det klart at han akter å representere urbefolkningens syn.²⁹⁷ Kommissærens funksjoner er å gi anbefalinger og årlige rapporter til Departementet for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold om menneskerettighetenes innvirkning for urbefolkningen, å fremme kjennskapet til menneskerettighetene blant urbefolkningen, å forestå utdannelsesprogrammer til fremme av respekten for urbefolkningens menneskerettigheter og å overvåke virkningen av gjeldende og ny lovgivning på menneskerettighetene. Kommissæren rapporterer til departementet. Kommissæren må konsultere urbefolkningsorganer og internasjonale organisasjoner og arbeide i henhold til menneskerettighetsdokumenter. Han avgir årlig rapport om virkningen av den føderale lov om innført hjemmel av 1993 (behandlet nedenfor) på urbefolkningens menneskerettigheter. Mick Dodson har fremmet forslag for Nasjonalforsamlingen om en «sosial rettferdighetspakke» for urbefolkningen.²⁹⁸

295.Selv om ATSIC ikke er et føderalt regjeringsorgan, er statsråden ansvarlig for ATSIC overfor nasjonalforsamlingen.

296.Den føderale lov om endringer i lovgivningen om menneskerettigheter og likestilling (nr 2) av 1992 innførte nye bestemmelser i lov om kommisjonen for menneskerettigheter og likestilling av 1986 som førte til opprettelsen av stillingen som kommissær.

297.Kommissæren for sosial rettferdighet for urinnvånere og Torres-stred-øyboere, First report, AGPS, 1993, 4. Ingen kan oppnevnes som kommissær med mindre han eller hun har «betydelig erfaring når det gjelder urinnvåneres og Torres-stred-øyboeres samfunnsmessige forhold». Mick Dodson foreslår at loven blir endret til å kreve at en urinnvåner må oppnevnes i stillingen: First report, 1993, 3.

6.3.3 Andre representative organer for urbefolkningen

6.3.3.1 Forskjellige typer av organer

Representative og administrative funksjoner utføres av mer enn 2.000²⁹⁹ urbefolkningsorganisasjoner av forskjellig art. Disse organene er strukturelt atskilt fra myndighetene i varierende grad (noen er private sammenslutninger, noen lovbestemte myndigheter³⁰⁰ og noen utleder en posisjon som lokal forvaltningsmyndighet fra lovgivningen),³⁰¹ men de er hovedsakelig finansiert av myndighetene. Mange foreninger utøver lokalforvaltningsfunksjoner.³⁰²

6.3.3.2 Landområdestyrer og representative organer for innfødt hjemmel

Landområdestyrer er høyt utviklede organer. Mange er opprettet ved lover som etablerer ordninger for urbefolkningens landrettigheter.³⁰³ Styrenes funksjoner og fullmakter er fastsatt ved lov og gjelder vanligvis for en spesiell region eller landområder de er tildelt eller som er stilt under deres kontroll. Andre «landområdestyrer» er private sammenslutninger opprettet som paraplyorganisasjoner med formål å tjene lokalsamfunn på landområder som er tildelt små landforvaltningsstyrer for urbefolkningen i henhold til lovgivningen om landrettigheter eller til små sammenslutninger i henhold til vanlige lover for landområder i jurisdiksjoner der det ikke finnes noen lovgivning om landrettigheter.³⁰⁴

Etter vedtakelsen av lov om innfødt hjemmel av 1993,³⁰⁵ har eksisterende landområdestyrer og andre urbefolkningsorganisasjoner blitt «representative organer» i henhold til loven.³⁰⁶ Representative organer er en hjelp for nødvendige undersøkelser og forberedelse av innfødtes krav om hjemmel, de bistår ved avgjørelser av tvister om fremsettelse av slike krav og ved forhandlinger om andres bruk av landområdene som det er fremsatt krav vedrørende. De kan søke om og har mottatt betydelige føderale bevilgninger.³⁰⁷ En nylig utarbeidet oversikt over representative organer anbefalte at mellom 24 og 27 burde gis enansvar for forskjellige geografiske regioner,³⁰⁸ at disse organene undergis lovbestemte krav om ansvar overfor klientene, at finansieringen sikres bedre (basert på arbeidsmengde) og

298. Denne «sosial rettferdighetspakken» er det såkalt «tredje stadium» av den føderale regjeringens politiske oppfølging av Høyesteretts avgjørelse i Mabo (nr 2) (behandlet nedenfor). «Første stadium» var vedtakelsen av lov om innfødt hjemmel av 1993, det andre var vedtakelsen av lov om fondet for landområder og selskapet for urbefolkningens landområder av 1995 (begge behandlet nedenfor). Innholdet i «den sosiale rettferdighetspakken» har vært gjenstand for tre rapporter i 1995: Mick Dodsons, Going forward fra the Council for Aboriginal Reconciliation og en rapport fra ATSICs Native Title Social Justice Advisory Committee, Recognition, rights and reform.

299. W. Sanders, «Reconciling public accountability and Aboriginal self-determination / self-management: is ATSIC succeeding?» CAEPR paper 51/1993, 1.

300. Som for eksempel landområdestyrer opprettet i henhold til den føderale lov om urinnvåneres rettigheter til landområder (Northern Territory) av 1976

301. Som for eksempel styrer i henhold til Part VIII i lokalforvaltningsloven (Northern Territory) eller lov om kommunale tjenester (urinnvånere) av 1984 (Queensland) og lov om kommunale tjenester (Torres-stredet) av 1984 (Queensland) (Queenslandstyrene er behandlet nedenfor).

302. Den føderale loven om styrer og sammenslutninger for urinnvånere av 1976 åpner for dannelse av både sammenslutninger og styrer for urinnvånere og Torres-stred-øyboere. Den ble vedtatt på samme tid som urinnvåneres landrettigheter (Northern Territory) av lov 1976, med sikte på å tillate opprettelse av «lokalforvaltnings»-type organer på urinnvånerland. Ingen styrer er imidlertid opprettet i henhold til denne loven (selv om et meget stort antall sammenslutninger er stiftet). Kravene i forbindelse med stiftelse og årlig rapportering er enklere enn tilsvarende bestemmelser i lovgivningen om vanlige sammenslutninger eller selskaper. Endringer som er foreslått i 1995 stiller strengere krav vedrørende urbefolknings sammenslutningers standard for økonomisk forvaltning. Loven er for tiden under revisjon.

innrettes for at det kan etableres en kjerne av profesjonelle medarbeidere som rådgis av eksterne konsulenter.³⁰⁹

6.3.3.3 Serviceorganisasjoner

Det er flerfoldige andre serviceorganisasjoner som mottar offentlig finansiering for å yte spesialiserte tjenester til urbefolkningen, særlig når det gjelder helse, rettshjelp, boligforhold og kommunale ytelser. Som eksempel kan nevnes at Aboriginal Legal Service [Retts hjelpen for urinnvånere] i alle delstatene er finansiert av den føderale regjeringen for å gi juridisk råd og advokattjenester, særlig når det gjelder strafferett. Noen serviceorganisasjoner har dannet landsomfattende sammenslutninger som kan representere dem på politisk plan. Blant typiske eksempler finnes National Aboriginal and Islander Legal Service Secretariat (NAILSS) [Det nasjonale sekretariat for juridiske tjenester for urinnvånere og øyboere]. NAILSS har konsultativ status i FN og har deltatt i arbeidet til FNs arbeidsgruppe for urbefolkninger.

6.4 URINNVÅNERES OG TORRES-STRED-ØYBOERES LANDRETTIGHETER

6.4.1 Hva urbefolkningens landkrav er

Ved å søke landrettigheter søker urbefolkningen kulturell fornyelse, økonomisk utvikling og noen ganger selvstyre. For urinnvånere og Torres-stred-øyboere har anerkjennelse av deres besittelse av og eiendomsrett til Australia før koloniseringen vært et viktig skritt mot deres opptak i den australske nasjon. Nøkkelsaker i kampen for landrettigheter har vært med å oppnå hjemmel til mer enn bare «skrotland» (landområder andre australiere ikke ønsker å ha), arbeidet for å kunne styre og nyte godt av urbefolkningseide landområder (særlig i forbindelse med utvinning av mineraler) og arbeidet med å sikre at rettighetene til landområder ikke står i fare for å bli solgt til eller på annen måte ervervet av myndighetene i strid med urbefolkningens tradisjoner. En rekke «landrettigheter»-ordninger i Australia gjenspeiler dette arbeidet i større eller mindre grad.

303.Lovgivningen om landrettigheter er behandlet nedenfor.

304.Cape York Land Council i det nordlige Queensland er et eksempel på en «paraplyorganisasjon» for landområdestyret. Kimberley Land Council i det nordlige Western Australia er et eksempel på en paraplyorganisasjon for lokalsamfunn som befinner seg på et landområde tildelt i henhold til vanlig lovgivning om landområder.

305.Lov om innfødt hjemmel er behandlet nedenfor.

306.En organisasjon blir oppnevnt som «representativ urinnvåner/Torres-stred-øyboer organisasjon» for innfødt hjemmel-formål av det føderale Departementet for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold i medhold av § 202(1) i lov om innfødt hjemmel. Det de nåværende representative innfødt hjemmel-organisasjonene dekker, er vist i vedlegg 6.

307.Siden 1992-93 har ATSIC fordelt A\$ 37 771 185 (kr 199000000) til representative organer og ytterligere A\$ 7 millioner (kr 37 millioner) til andre urbefolkningssammenslutninger til innfødt hjemmel-saker: ATSIC, Review of representative bodies 1995, AGPS, vedlegg 4.1 og 4.2.

308.Et kart som viser foreslåtte representative organer finnes i vedlegg 7.

309.ATSIC, Review of native title representative bodies 1995.

6.4.2 Midler til kjøp og forvaltning av landområder

6.4.2.1 Landsomfattende ordninger for kjøp av land

6.4.2.1.1 Atsic

Den føderale loven om et landfond og et selskap for urbefolkningsland (ATSIC endringslov) av 1995³¹⁰ oppretter Selskapet for urbefolkningsland (ILC) og Landfondet for urinnvånere og Torres-stred-øyboere, som utfyller landkjøpsfunksjonene til ATSIC (nevnt ovenfor). I 1995 motsatte Styret for urinnvånerens landområder i New South Wales seg ATSICs beslutning om å tildele 80 % av sine midler til kjøp av landområder for to år til Northern Territory.³¹¹

6.4.2.1.2 Selskapet for urbefolkningsland

Selskapet for urbefolkningsland bistår urbefolkningen med å erverve landområder og med å forvalte dem slik at de gir økonomisk, miljømessig, sosialt eller kulturelt utbytte. Selskapets funksjoner omfatter erverv av andeler i landområder³¹² for tildelelse til urbefolknings-selskaper og gi pengetilskudd og garantier for lån til slike selskaper som vil erverve landområder. Det kan forvalte eller organisere forvaltningen av landområder som besittes av medlemmer av urbefolkningen³¹³ med samtykke av eierne og tildele, låne ut eller garantere for midler til forvaltning av landområdene. ILC er tillagt ansvaret for å sørge for miljømessig sunn drift, støtte uavhengighet for urbefolkning som er kjøpere eller besittere av landområder og trekke besitterne av landområder direkte inn i forvaltningsvirksomheten, selv om det i forretningsmessige forhold må opptre i tråd med sunne forretningsmessige prinsipper. Det har fullmakt til å inngå avtaler, investere midler, opprette (og kjøpe aksjer eller andeler i) selskaper, ta del i interessentskaper og joint ventures, motta gaver, opptre som finansiell tillitsmann og ta godtgjørelse for sine tjenester, innen og utenfor Australia. Det kan låne penger og garantere for lån som medlemmer av urbefolkningen opptar opp til fastsatte beløpsgrenser.³¹⁴ Verken ILC eller dets fastlagte virksomhet er gjenstand for beskatning føderalt eller fra delstater eller territorier.

ILC ledes av et styre, som hovedsakelig består av medlemmer av urbefolkningen oppnevnt av Departementet for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold etter samråd med ATSIC og Finansdepartementet.³¹⁵ Styret fører kontroll med gjennomføringen av ILCs funksjoner, avgjør policy-spørsmål og ansetter en forret-

310.En endringslov til den føderale lov om kommisjonen for urinnvånere og Torres-stred-øyboere av 1989.

311.NSWALC v ATSIC (1995) 131 ALR 559. ATSICs beslutning var grunnet på bestemmelsen i lov om urinnvånerens landrettigheter (Northern Territory) av 1976 om revurdering av loven i 1997 og det faktum at ILCs midler ikke kan brukes til kjøp av landområder som skal omdannes til land for urinnvånerne (se nedenfor).

312.Rettighet til landområde kan være noe mindre enn eiendomsrett som selveier: se orienteringen om australsk rett på dette feltet i vedlegg 8. Urinnvåner vil således kunne kjøpe landområder som er bygget bort som beiteland med bistand fra ILC.

313.Interesser i landområder som innehas av enkeltmedlemmer av urbefolkningen eller selskaper, bortsett fra minoritetsinteresser.

314.A\$ 100 millioner (kr 528 millioner) (indeksert) i de første årene og A\$ 200 millioner (kr 1056 millioner) (indeksert) i følgende år.

315.En leder fra urbefolkningen, lederen av ATSIC og fem andre styremedlemmer. Fem av disse skal være medlemmer av urbefolkningen. Fire oppnevnes på grunnlag av deres erfaring når det gjelder landområder eller miljø saker, forretnings- eller finansieringsvirksomhet eller lokalsamfunnsproblemer for urinnvånere eller Torres-stred-øyboere, og minst to må ha erfaring fra forretningsdrift eller finansforvaltning. Styremedlemmene tjenestegjør i inntil fire år på deltids godtgjørelsesbasis, dog kan lederen ha fulltidsstilling.

ningsfører til å forestå den daglige drift. Styret skal utarbeide landsomfattende og regionale langtidsplaner for urbefolkningsland (som dekker kjøp, forvaltning og miljøspørsmål) hvert tredje til femte år. Disse langtidsplanene danner rettesnoren for styrets funksjoner. Departementene kan ikke dirigere styrets virksomhet, selv om de kan be det om opplysninger.

Et urbefolkningselskap³¹⁶ som erverver landområder gjennom ILC kan ikke avhende dem uten ILCs samtykke, med mindre det overdrar landområdet til ILC selv. Det er særskilt å merke at landområder som er tildelt av ILC ikke kan oppgraderes til urinnvånerland i henhold til kravprosedyren i lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976 (behandlet nedenfor).

6.4.2.1.3 *Fondet for landområder for urinnvånere og Torres-stred-øyboere*

Formålet med dette fondet er å foreta betalinger til ILC og ATSIC. Ved opprettelsen bevilget de føderale myndigheter A\$ 200 millioner (kr 1 056 millioner) til Fondet. Bevilgningene vil fortsette over en tiårsperiode i samsvar med indekserte formler³¹⁷ fastsatt i loven. Innbetalinger til Fondet og utbetalinger til ILC og ATSIC for 1994-2004 er vist i vedlegg 3. Hvis føderale bevilgninger til Fondet ikke når en lovbestemt målsetning etter 10 år,³¹⁸ vil de føderale myndigheter dekke inn beløpet. Deretter er Fondet ment å skulle være selvfinansierende. Selv om Fondets utbetalinger til ILC er bestemt i loven (og vil øke i 1997 for å absorbere ATSICs nåværende tilskudd), kan departementet yte forskudd til ILC i spesielle tilfeller. Fondets investeringspolitikk er emnet for toårige møter mellom styremedlemmer i ILC og en utsending fra Finansdepartementet.

6.4.2.2 *Ordninger for kjøp av landområder i spesielle jurisdiksjoner*

6.4.2.2.1 *Aboriginals Benefit Trust Account (ABTA)*

Etter den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976 (behandlet nedenfor) blir «produksjonsavgiftekvivalenter» – beløp tilsvarende produksjonsavgift for mineral- og petroleumsforekomster som Northern Territory eller de føderale myndigheter mottar fra utvinning³¹⁹ på urinnvånerland – overført fra de føderale myndigheter til ABTA, et lovbestemt organ.³²⁰ I 1993-94 ble A\$ 27 millioner (kr 143 millioner) betalt til ABTA.³²¹ 40 % av disse midlene blir brukt til administrative kostnader for styrene for landområder i Northern Territory (overskytende beløp ble fordelt blant urinnvånerorganisasjoner). 30 % utdeles av landområdestyrene til tradisjonelle eiere av eiendommer det foregår utvinning av mineraler på og 30 % fordeles av ABTA til urinnvånerformål etter departementets direktiver. Sistnevnte midler er noen ganger blitt benyttet til kjøp av landområder i Northern Territory.

316.En sammenslutning dannet i henhold til lov om styrer og sammenslutninger for urinnvånere av 1976 eller etter delstatslovgivning om sammenslutninger med bare urbefolkningsmedlemmer eller en kontrollerende urbefolkningsinteresse.

317.Dvs at inflasjonen tas i betraktning.

318.Målsetningsbeløpet tilsvarende A\$ 1 106 millioner (kr 5840 millioner) i 1996, indeksert for å ta hensyn til inflasjonen i tiden frem til 2004.

319.Delstatenes ansvar for utvinning av naturforekomster behandles i vedlegg 8. Situasjonen er litt forskjellig i Northern Territory, der føderasjonen har beholdt eiendomsretten til uran, mens Northern Territory eier de andre mineralforekomstene.

320.Flere enkeltheter om ABTA kan skaffes hvis Utvalget måtte ønske det.

321.ATSIC, Social justice for indigenous Australians 1994-95, 43.

6.4.2.2 *Konto for Styret for urinnvånerland i New South Wales*

Etter lov om landrettigheter for urinnvånere av 1983 (New South Wales) innbetales det hvert år fra 1984 til 1998 over delstatens budsjett et beløp tilsvarende 7,5 % av delstatens skatteinntekter av landområder for foregående år på en bankkonto opprettet av Styret for urinnvånerland i New South Wales.³²² Femti % av disse midlene og rentene av dem må investeres. Resten kan benyttes til å kjøpe og utvikle landområder og finansiere landkrav og landområdestyrets administrative kostnader.³²³ Landområdestyret er bemyndiget til å kjøpe landområder, og myndighetene i New South Wales kan erverve landområder for styret, for midler landområdestyret har på denne kontoen. Etter 1998 vil også rentene av midlene på kontoen stå til disposisjon for landområdestyret.

6.4.3 **Avtaler om landområder og ressurser**

6.4.3.1 *Avtaler som skriver seg fra krav eller forhandlinger om landrettigheter*

I motsetning til i Nord-Amerika har det i Australia ikke vært ført noen konsekvent statlig politikk når det gjelder ordninger av landkrav. Det har imidlertid vært inngått en rekke avtaler som resultat av forhandlinger mellom urinnvånere og myndighetene eller som ordning av landkrav i henhold til lovgivning om landrettigheter. De beste eksemplene på forhandlede ordninger av urinnvåneres politiske landkrav er lov om Pitjantjatjaralandkravene av 1981 (South Australia) og lov om Maralingalandkravene av 1984 (South Australia), begge behandlet i detalj nedenfor. Lov om Coburg Peninsula land- og fredningsområder av 1981 (Northern Territory) ble vedtatt som ordning av et landkrav etter den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976 (behandlet nedenfor). Den etablerer en spesiell «ikke overdragbar» Northern Territory selveierhjemmel til Gurig Nasjonalpark i Arnhem Land og oppretter et styre for parken der landeiende urinnvånere er representert (ikke svært effektivt).³²⁴ Det er ikke lenger Northern Territory-myndighetenes politikk å etablere slike spesielle rettigheter i forbindelse med ordning av landkrav – senere ordninger har omfattet tildeling av vanlig selveierhjemmel, «bosetningsområde»-hjemmel etter beitemarkloven av 1992 (behandlet nedenfor) eller avtaler om at landområder skal beskrives som «ur-innvånerområder» i den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976 uten at det var nødvendig med noe landkrav.

6.4.3.2 *Avtaler som skriver seg fra krav om innfødt hjemmel*

Det nasjonale tribunal for innfødt hjemmel (NNTT, behandlet nedenfor) kan godkjenne eller megle frem avtaler om innholdet av innfødt hjemmel. Det er bare inngått én slik avtale (en del av en avtale)³²⁵ selv om det foreligger utkast til flere.³²⁶ Regionale og andre avtaler om landområder er også mulig. Innehavere av innfødt hjemmel kan oppgi sin innfødte hjemmel til myndighetene i bytte for

322. Beløpene som ble innbetalt i perioden 1984-95 utgjorde A\$ 393 979 564 (kr 2080 millioner): i henhold til opplysninger gitt av Budget Sector Division, New South Wales Treasury, februar 1996.

323. Dessverre er en økende andel brukt til landområdestyrenes administrative kostnader: ATASIC, Review of native title representative bodies 1995, 32.

324. Flere enkeltheter om denne loven kan skaffes dersom Utvalget ønsker det.

325. NNTT, Agreement regarding Wellington Town Common (New South Wales), 8 februar 1995.

326. Etter opplysninger innhentet fra NNTT Deputy Registrar, januar 1996. NNTTs saksbehandlingsregler understreker at meglingsprosessen er konfidensiell når man ikke har nådd frem til avtale.

selveierhjemmel eller annen hjemmel, eller godkjenne en spesiell bruk av innfødt hjemmel-områder, inklusive på regionalt eller lokalt grunnlag. En del regionale avtaler er under forhandling: i Queensland om gassledninger og i den nordvestlige del av Western Australia om utnyttelse av landområder og mineraler (inklusive deltakelse av urinnvånerorganer som joint venturepartnere i utvinningen).³²⁷ Mt Todd-avtalen (behandlet nedenfor) ble forhandlet som svar på et forslag fra Jawoyan om å fremme et krav om innfødt hjemmel.³²⁸ Forhandlingene om Century Zinc-gruven (nevnt nedenfor) går parallelt med Waanyufofolkets anstrengelser for å få et krav om innfødt hjemmel til gruven godtatt av Registeret for innfødt hjemmel. Medlemmer av urbefolkningen har også forsøkt å forhandle om innfødt hjemmel-spørsmål utenfor de snevre reglene i lov om innfødt hjemmel: i 1996 forhandlet Styret for landområder i Cape York med kvegeiere og andre om adgang for medlemmer av urbefolkningen til beiteland i bytte med ikkeutøvelse av innfødt hjemmelrettigheter som griper inn i driften av beitelandene.³²⁹

6.4.3.3 Avtaler om nasjonalparker

Nasjonalparker på urinnvånerens landområder er vanligvis undergitt lover om landrettigheter (behandlet nedenfor). Parker på andre landområder er ofte gjenstand for uformelle arrangementer som åpner for urbefolkningsengasjement i rådgivende komiteer. Den føderale lov om Great Barrier Reef Marine Park av 1975 tillater, men sikrer ikke urinnvånerengasjement i forvaltningen av parken; det gjør heller ikke lov om fiskeriene av 1982 (South Australia), som etablerer en del av Great Australian Bight Marine Park. Tre føderale nasjonalparker i territoriene – Kakadu og Uluru i Northern Territory og Jervis Bay National Park – ligger på urinnvånerland leiet ut til Australian Nature Conservation Agency i medhold av den føderale lov om nasjonalparker og bevaring av dyre- og planteliv av 1975. Denne loven gir anledning til å opprette styre med effektiv representasjon av urinnvånere, og urinnvånerdeltakelse i utarbeidelsen av forvaltningsplaner for parken.³³⁰ Nitmiluk Nasjonalpark ved Katherine i Northern Territory, beliggende i det vesentlige på urinnvånerland, er leiet ut til Conservation Commission for the Northern Territory (CCNT). Leieforholdet er tatt inn i særskilt lovgivning i Northern Territory³³¹ som oppretter et styre der landeiende urinnvånere er representert (ganske effektivt) og har regler om urinnvånerdeltakelse i planene for parken. Loven hindrer at myndighetene i Northern Territory opptrer i strid med leieforholdet og fastsetter at vedtakelse av lover som strider mot leieforholdet vil føre til at det opphører.

6.4.3.4 Avtaler om utvinning av mineraler

Leting etter og utvinning av mineraler på urinnvåner- og Torres-stred-øyboerland er ofte undergitt lover om landrettigheter (behandlet nedenfor) og detaljerte avtaler er inngått i henhold til enkelte av disse regimene.³³² Etter loven om innfødt hjem-

327.ATSIC, Review of representative bodies 1995, 63.

328.Avtalen ble inngått før den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993 trådte i kraft.

329.Avtalemomenter mellom Cape York Land Council, ATSIC Peninsula Regional Council, Cattle-men's Union of Australia, Australian Conservation Foundation og The Wilderness Society, 5 februar 1996.

330.Flere detaljer om disse ordningene kan skaffes hvis Utvalget måtte ønske det.

331.Nitmiluk (Katherine Gorge) National Park Act 1989 (Northern Territory).

332.Særlig i henhold til den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976. Avtaler om to større gruver (Groote Eylandt og Gove Peninsula) som nå er på urinnvånerland ble også inngått før loven trådte i kraft: J.C. Altma, Aborigines and mining royalties in the Northern Territory, AIAS, 1983.

mel (behandlet nedenfor) krever tildeling av leierett i forbindelse med gruvedrift forhandlinger for å oppnå samtykke fra innfødte hjemmelshavere; avtale kan inngås privat eller med bistand av National Native Title Tribunal (NNTT) [Den nasjonale nemnd for innfødt hjemmel] som megler. Det er bare inngått én slik avtale – i Western Australia.³³³ Det later imidlertid til at utvinnerne og urinnvånere kommer frem til uformelle avtaler om at urinnvånerne trekker tilbake sine protester mot bruk av «hurtigprosedyrer» for tildeling av utvinningsrettigheter (behandlet nedenfor). Disse avtalene er private,³³⁴ men kan inneholde økonomiske fordeler.³³⁵ Forhandlinger mellom et datterselskap av Conzinc Rio Tinto Australia (forkortet CRA) og waanyifolket om Century Zinc-gruven i det nordvestre Queensland inneholdt et tilbud fra CRA om å betale en erstatning på A\$ 60 millioner (kr 317 millioner) uansett utfallet av et landkrav fra waanyifolkets side. Forhandlingene kan ha brutt sammen fordi waanyiene insisterer på at erstatningspakken skal inneholde overdragelse av CRAs beiterettigheter i regionen.³³⁶

Det redegjøres her nærmere for to andre gruveavtaler.³³⁷ I 1980 gikk urinnvånere i det nordvestre Western Australia med på drift av Argyle Diamond Mine på beiteland til tross for at driften skadet viktige tradisjonelle områder. Avtalen inneholder «god nabo-politikk» overfor urinnvånerne forhandlet av CRA Exploration og halvparten av de berørte urinnvånerne og undertegnet av seks av dem uten skikkelig juridisk bistand.³³⁸ Avtalen er privat og krever ikke betaling av produksjonsavgift, midler utdeles etter utvinnerens forgodtbefinnende.³³⁹ Selv om den et utvidet til å dekke andre urinnvånere,³⁴⁰ har avtalen fremkalt misnøye fordi den gjelder midler til kapitalanlegg, ikke kjøp av landområder. I henhold til Mt Todd-avtalen av 1993 mellom jawoynfolket, Northern Territory og de føderale myndighetene og Zapopan NL, støttet jawoynfolket gruvedrift fra Zapopans side på landområder som tradisjonelt hadde tilhørt dem³⁴¹ og godtok en erstatningspakke fra Northern Territory i bytte mot opphør av enhver innfødt hjemmel. Pakken inkluderte forpliktelse for myndighetene i Northern Territory til å føre opp ca. 1 000 kvadratkilometer land i henhold til den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976,³⁴² tildeling av ytterligere Northern Territory selveierhjemmel, innlemmelse av landområder i Nitmiluk nasjonalpark, bestemmelse om infrastruktur og andel i et turistanlegg på jawoynfolkets landområder, overføring av besøksenteret i Nitmiluk til jawoynfolket og en økning i leien for Nitmiluk.³⁴³ Utvinneren forpliktet seg til å skaffe arbeidsplasser for urinnvånere,³⁴⁴

333. Opplysninger gitt av avdelingen for nye lover, NNTT, januar 1996.

334. dvs ikke offentlig tilgjengelige.

335. Avtaler som fører til betaling av penger er ikke ønsket av delstatsmyndighetene i Western Australia. Det er ikke klart i hvilken utstrekning slike avtaler kan inngås i andre delstater, da det later til at andre delstatsmyndigheter ikke overholder reglene om «fremtidige lover» i lov om innfødt hjemmel, se behandlingen nedenfor.

336. CRA benytter en strategi som ble brukt av Mount Isa Mines Ltd i et lignende utvinningsprosjekt i Northern Territory: å kjøpe opp beitemarkrettigheter rundt gruveområdet for å unngå å måtte forhandle med grunneierne.

337. Opplysninger om andre avtaler kan skaffes hvis Utvalget måtte ønske det.

338. Will Christensen, «Aborigines and the Argyle Diamond Project» i Dixon and Dillon (red) *Aborigines and diamond mining*, UWA Press, 1990, 32.

339. Rod Dixon, Cath Elderton et al, «A preliminary indication of some effects of the Argyle Diamond Mine on Aboriginal communities in the region» in Dixon and Dillon (red), 120-1.

340. Rod Dixon, Cath Elderton et al, l.c. n 120, 118.

341. Landområdet hadde vært gjenstand for et mislykket landkrav etter den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976.

342. Dette landområdet ble oppført i tilleggslov til loven i 1994.

343. Ciaran O'Faircheallaigh, *Mineral development agreements negotiated by Aboriginal communities in the 1990's*, CAEPR paper 85/1995, ANU, 7.

opplæring og stipendier og opplæring i kulturkunnskap for de ansatte. Av betydning er at Zapopan kan opptre på tvers av avtalen «når det er til det beste for Zapopan, dets aksjonærer og långivere». Avtalen støttes av de føderale myndigheter gjennom Selskapet for næringsutvikling for urinnvånere og Torres-stred-øyboere (behandlet ovenfor).

6.4.4 Innfødt hjemmel

6.4.4.1 Innfødt hjemmel etter common law

Innfødt hjemmel ble først anerkjent i Australia i 1992- – 19 år etter en lignende utvikling i Canada³⁴⁵ og ca. 170 år etter USA.³⁴⁶ I *Mabo v Queensland (no 2)*,³⁴⁷ uttalte Høyesterett³⁴⁸ at Australias common law³⁴⁹ anerkjenner de overlevende tradisjonelle rettighetene til urbefolkningen der slike rettigheter fantes på tidspunktet for koloniseringen og ikke er bortfalt ved utøvelse av «grunnleggende hjemmel»³⁵⁰ fra kronens side i strid med rettighetene.³⁵¹

6.4.4.2 Innholdet i innfødt hjemmel

Common law-regelen om innfødt hjemmel gjenspeiler innholdet i urbefolkningens tradisjoner knyttet til landområder. Uansett *hvilke* rettigheter urinnvånere eller Torres-stred-øyboere har etter sine urbefolkningstradisjoner, innehar de rettighetene i henhold til innfødt hjemmel. Innfødt hjemmel kan således variere fra sted til sted, noe som viser variasjon i tradisjonene. I teorien skulle innfødt hjemmel også beskytte urinnvånerens *forpliktelser* overfor landområdene,³⁵² selv om dette spørsmålet ikke har vært oppe til avgjørelse.³⁵³ I *Mabo (no 2)* uttalte Høyesterett at tradisjonene til Meriam-folket i Torres-stredet vedrørende landområder ga dem innfødt hjemmel som tillot at de utøvde eksklusiv besittelse av sine tradisjonelle landområder.³⁵⁴

344. I april 1995 utgjorde urinnvånere 27 % av gruven arbeidsstyrke: O'Faircheallaigh n 124, 7.

345. *Calder v Attorney-general for British Columbia* (1973) 43 DLR (3d) 145.

346. *Johnson v McIntosh* (1823) 18 Wheaton 543.

347. «*Mabo (no 2)*» (1992) 175 CLR 1.

348. Høyesteretts rolle er forklart i vedlegg 8.

349. «Common law» er forklart i vedlegg 8.

350. «Grunnleggende hjemmel» er forklart i vedlegg 8.

351. «Kronen» er forklart i vedlegg 8.

352. Se omtalen av urbefolkningens tradisjoner når det gjelder landområder ovenfor.

353. Det har vært meget diskusjon i Australia om hvorvidt urinnvånerne kan ha innfødt hjemmel til mineraler. Om dette er tilfellet, avhenger delvis av om urinnvånertradisjon innbefattet tilstedeværelse og utnyttelse av bestemte mineraler. (Det avhenger også av hvorvidt slike tradisjoner har bortfalt som følge av lovgivning som ga kronen eiendomsrett til mineraler: *Wik Peoples v Queensland* (uttrykt dom av dommer Drummond i Federal Court 29 januar 1996). Selv om tradisjon ikke ga noen rett til mineraler, kan urinnvånere imidlertid ha en forpliktelse til å beskytte landområdet som mineralene finnes på fra den type skade som utvinningsvirksomhet medfører, og en slik forpliktelse later til å gi samme grunn til beskyttelse som common law gir en tradisjonell rett. Det gjenstår å se om australsk rett, som ikke kjenner konseptet forpliktelse overfor landområder, er i stand til slik grad av kulturell følsomhet. Definisjonen av «innfødt hjemmel» i den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993 (behandlet nedenfor) er ment å skulle gjengi common law-definisjonen. Den omhandler «rettigheter og interesser», men nevner ikke uttrykkelig forpliktelser.

354. Landområder på Murray Islands.

6.4.4.3 Påvisning av tradisjon fra tidspunktet for koloniseringen

Et vanskelighet med innfødt hjemmels fokus på det «tradisjonelle» er at urinnvånere eller Torres-stred-øyboere må påvise kontinuitet i sin tradisjon fra koloniseringstidspunktet til i dag.³⁵⁵ Dette var meget lettere for Meriamfolket enn det vil være for urinnvånerne. Murray Islands ble kolonisert i 1879 – hundre år etter det australske fastland. Saksøkerne i *Mabo (no 2)* hadde tilgang til skriftlige opptegnelser gjort av misjonærer for å løse tvister om landområder blant Meriamfolket som gikk for en særskilt opprettet domstol for saker som hadde tilknytning til landområder, og dette bevismaterialet var til stor nytte når det gjaldt å påvise Meriamfolkets tradisjoner gjennom tidene. Så fullstendige opptegnelser om urbefolkningens tradisjoner vedrørende landområder er ikke gjort mange steder i Australia, så urinnvånere som ønsker å bevise innfødt hjemmel må støtte seg på muntlige tradisjoner.³⁵⁶

6.4.4.4 Bortfall av innfødt hjemmel

Selv om urbefolkningens tradisjoner fastsetter *innholdet* av innfødt hjemmel, bestemmer de ikke noe om forholdet mellom innfødt hjemmel og staten eller forholdet mellom innehavere av innfødt hjemmel og innehavere av andre rettigheter til eiendom. Dette er kanskje den mest mangelfulle side ved rettstilstanden når det gjelder innfødt hjemmel. I motsetning til vanlige landrettigheter i Australia kan ikke innfødt hjemmel overdras til andre enn kronen. Etter common law kan den «bortfalle» på én av to måter som ikke gjelder for andre rettigheter til eiendom og som derfor i denne sammenheng er diskriminerende. For det første ved oppgivelse av landområdet eller til og med (kanskje) oppgivelse av tradisjoner når det gjelder landområder.³⁵⁷ For det annet ved gyldig utøvelse av «grunnleggende hjemmel» – for eksempel ved at kronen tildeler selveierhjemmel³⁵⁸ til landområdet til andre eller forbeholder landområdet for egen bruk. Slik kan innfødt hjemmel, i motsetning til det som gjelder for eiendomsrett tildelt av kronen,³⁵⁹ etter common law bortfalle uten noen ervervsprosedyre og uten erstatning. Dette er forholdet til tross for det faktum at både urinnvånerne og Torres-stred-øyboernes tradisjoner når det gjelder landområder tilsier at landområder *aldri* kan skilles fra sine tradisjonelle eiere, når det gjelder urinnvånerne særlig fordi landområdene og deres eiere anses for å være enhetlig i sitt vesen.

Til tross for Høyesteretts avgjørelse om at respekt for innfødt hjemmel som prinsipp har vært en del av australsk rett siden 1788, viser historien at innfødt hjemmel ikke har vært respektert. Enorme landområder har vært gitt bort av kronen uten noe hensyn til deres tradisjonelle eiere.³⁶⁰ Etter prinsippene i common law har slike

355. Det er vanskelig å bedømme hvordan australske domstoler vil behandle dette spørsmålet. Urbefolkningen kan imidlertid finne håp i utnevnelsen til høyesterettsdommer nylig av den ledende dommer i menneskerettighetssaker, Michael Kirby. I en sak i New South Wales i 1994 viste dommer Kirby at han vil være parat til å slutte at det foreligger kontinuitet i urbefolkningstradisjoner fra koloniseringstidspunktet når det kan påvises at tradisjonene har eksistert i de siste hundre år: se *Mason v Tritton* (1994) 34 NSWLR 572.

356. Urbefolkningens språk mangler egne skrifttegn, selv om det er enkelte tradisjoner med bruk av «meldings-stokker» for kommunikasjon over store avstander: Walsh, l.c. n 11, 45.

357. Etter australsk common law kan ikke selveiere tape sin eiendomsrett bare ved at de mister besittelsen av selve landområdet. Deres rett til å få kastet ut dem som tar fra dem eiendommen, kan imidlertid ikke håndheves etter en viss tid (12 år i New South Wales), med den følge at sistnevnte kan få hjemmel til eiendommen når tidsfristen er utløpt.

358. «Selveierhjemmel» er forklart i vedlegg 8.

359. Slik eiendomsrett er behandlet i vedlegg 8.

360. Se vedlegg 2: kart som viser besittelse av landområder i Australia.

rettigheter tildelt av kronen forrang fremfor innfødt hjemmel-rettigheter.³⁶¹ Innfødt hjemmel vil «bortfalle» i den utstrekning det er noen form for kollisjon med en rett gitt av kronen. Å bestemme omfanget av slik kollisjon kan være en innviklet affære som forutsetter nøyaktig fastleggelse av både de rettigheter som er tildelt av kronen og rettighetene etter innfødt hjemmel.³⁶² Etter common law kan ikke en innfødt hjemmel gjenopplives når den en gang har vært utslettet.³⁶³ Dette gjelder selv der kronen har gitt rettigheter som utsletter innfødt hjemmel – f.eks. en leierett for en viss periode – i seg selv har utløpt for lenge siden. Innfødt hjemmelkrav vil derfor bare føre helt frem der landområder *aldri* har vært tildelt av kronen. Selv om det meste av landområdene allerede var tildelt ved begynnelsen av dette århundret, er det tilbake store områder av ikke tildelt land (inklusive urinnvånerreservater) i fjerntliggende deler av Western Australia, South Australia og Northern Territory. I Northern Territory og South Australia ble meget av dette tildelt urinnvånere i henhold til lovgivningen om landrettigheter (behandlet nedenfor) fra 1960-årene, men dette skjedde ikke i Western Australia. Krav om innfødt hjemmel har derfor best mulighet til å føre frem i Western Australia.

6.4.4.5 Erstatning?

Høyesterett var delt i dette spørsmålet, men flertallets votum³⁶⁴ er høyst pragmatisk. Etter common law er urinnvånere og Torres-stred-øyboere ikke berettiget til erstatning fra delstatsmyndigheter (de myndighetene som er ansvarlig for nesten alle ordninger når det gjelder landområder) fordi erstatning for ervervelse av landområder av Australias delstater representerer en relativt ny utvikling i lovgivningen, som ikke er utviklet i *common law*.³⁶⁵ Erstatning for bortfall av innfødt hjemmel skal ytes av delstatsparlamentene ved lovgivning og ikke av domstolene ved utvikling av common law.

6.4.4.6 Lojalitetsplikt?

Bare én dommer i *Mabo (no 2)* tok opp til seriøs drøftelse et argument (basert på nordamerikanske rettsstilfeller) om at kronen skyldte urinnvånere en «lojalitetsplikt»³⁶⁶, oppstått av kronens rettigheter over innfødt hjemmel-land i henhold til sin grunnleggende hjemmel. I følge dommer Toohey kunne en slik plikt oppstå fordi innfødt hjemmel er så utsatt for ensidig utslettelse fra kronens side. Plikten ville innebære at kronen ikke utslettet den innfødt hjemmelen uten innehaverens samtykke. Plikten har ikke noen konstitusjonelle implikasjoner: den ville ikke hindre et parlament fra å vedta en lov eller en regjering fra å utøve sin myndighet som sådan, verken på nasjonalt eller delstatsnivå. Kronen ville imidlertid måtte betale urbefolkningen erstatning for brudd på plikten.³⁶⁷ Fremtiden for disse tankebaner er usikker.³⁶⁸

For å oppsummere, har altså innfødt hjemmel, til tross for at den er «respektert» i australsk rett, blitt «utslettet» (i hvert fall delvis) mange steder og vil aldri gjenoppstå. Dette til tross for det faktum at urbefolkningen noen av disse stedene fortsatt holder i hevd tradisjonene som er knyttet til vedkommende landområde. Om man ser bort fra den føderale lov om rasediskriminering (behandlet nedenfor), sitter innehavere av landrettigheter trygt på sine rettigheter, mens tidligere innehavere av innfødt hjemmel ikke er berettiget til noen erstatning for bortfallet av sine rettigheter. Dette er ikke et særlig rettferdig resultat for Australias urbefolkning.

361. Denne situasjonen kan være annerledes etter at lov om rasediskriminering av 1975 har trådd i kraft: se drøftelsen nedenfor.

6.4.5 Mulig virkning av rasediskrimineringsretten og Grunnloven når det gjelder gyldigheten av statens behandling av land med innfødt hjemmel

6.4.5.1 Virkningen av rasediskrimineringsloven for statlige eiendomstransaksjoner

Som nevnt i "*Vedlegg*" i punkt 6.5 (vedlegg 8) har Australia gjennom rasediskrimineringsloven satt i kraft Den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering. Rasediskrimineringsloven og Grunnlovens § 109 fører til at diskriminerende delstatslovgivning blir ugyldig og til bånd på forbundsregjeringen og territorial- og delstatsmyndighetene når det gjelder diskriminerende handlinger. Etter *Mabo (nr 2)* oppstod en kraftig politisk debatt om rettighetene til innehaverne av hjemmel tildelt av kronen etter ikrafttreddelsen av rasediskrimineringsloven (i 1975). Mellom 1975 og 1993 tildelte delstatsmyndighetene land med innfødt hjemmel til andre uten å overholde reglene for statlig erverv som gjelder for andre eiendomsbesittere.³⁶⁹ Dette innebar antakelig i det minste at innehaverne av innfødt hjemmel hadde krav på erstatning for tildelinger av rettigheter over deres landområder til andre i det tidsrommet. Men har delstatsmyndighetene handlet ulovlig i 18 år? Er de tildelte rettighetene ugyldige? Ingen vet helt. Dette «problemet» var et hovedmotiv for vedtakelsen av lov om innfødt hjemmel *av 1993* (behandlet nedenfor).

6.4.5.2 Virkningen av Grunnlovens § 51(31) på forbundsstatens eiendomstransaksjoner

Denne paragrafen i Grunnloven tillater at Forbundsparlamentet vedtar lover om erverv av eiendom på «rettferdige vilkår» (rimelig erstatning). Generelt kan det sies at forbundslovgivning som tillater erverv som ikke er på rettferdige vilkår ikke vil være gyldig. Dersom erverv av eiendom på rettferdige vilkår ikke er hjemlet i lov,

362. Det er klart at tildeling av selveierrett utsletter innfødt hjemmel fordi en selveierhjemmel gir innehaveren rett til å utelukke alle andre fra området. Mange områder i Australia besittes imidlertid i henhold til beiteretter gitt av kronen. I noen delstater inneholder lovgivningen som kronen har leiet ut områdene i henhold til, bestemmelser som beskytter urinnvåneres rett til å oppholde seg på området og bruke det til tradisjonelle formål. Pågående rettssaker gjelder spørsmålet om hvorvidt disse beiterettene er totalt eller bare partielt uforenlig med innfødt hjemmel som måtte finnes vedrørende området: se *Wik Peoples v Queensland* no QG 104/1993 uttrykt (Federal Court, dommer Drummond, 29 januar 1996). Dette spørsmålet har også vært gjenstand for en plenumsavgjørelse i Federal Court i *North Galanja Aboriginal Corporation and anor v Queensland* no QG 34/95, men det er ikke i skrivende stund kjent om Høyesterett har avgjort saken, som den behandlet tidlig i februar 1996 uten hittil å ha avgitt noen skriftlig dom. Spørsmålet om motstrid mellom rettigheter til mineraler og innfødt hjemmel er ytterligere problematisk. Australsk delstatsrett når det gjelder utvinning av mineraler inneholder vanligvis tildeling av forskjellige sett av rettigheter for forskjellige stadier av utvinningen: Letevirksomhet, evaluering og utvinning. Selv om «utvinningsrettigheter» kan medføre intensiv utnyttelse av landområdet og utelukkelse av andre fra området, kan «letetillatelse» bare inneholde rett for innehaveren til å foreta begrensede ikke-sjenerende undersøkelsesarbeider, f.eks. i form av undersøkelser fra fly. Det kan hevdes at slike rettigheter ikke er uforenlig med innfødt hjemmel til landområdet. Endelig er det ikke klart om alle tildelinger av hjemmel til urbefolkningen etter lovgivningen om landområder er forenlige med innfødt hjemmel. Selv om det er ikke er noen uoverensstemmelse mellom en tildeling til mennesker med tradisjonelle rettigheter og innfødt hjemmel (*Pareroultja v Tickner* (1993) 117 ALR 206), kan det være strid mellom en tildeling til mennesker som historisk sett har besittet området og innfødt hjemmel. Denne usikkerheten forårsaket tillegg til lovgivningen om landrettigheter i Queensland og New South Wales som hindret landkrav for innfødt hjemmel-landområder eller fastslo at tildeling av landrettigheter ikke griper inn i innfødt hjemmel. Se drøftelsen av lovgivningen om landrettigheter nedenfor.

vil kronen ikke kunne gjøre det. Således er det etter 1901³⁷⁰, da forbundsstaten avskaffet³⁷¹ innfødt hjemmel uten å betale erstatning mulig at slike landtransaksjoner kan ha vært *ugyldige*. Da det imidlertid er svært lite land som tilhører forbundsstaten i Australia, er denne kilden for mulig ugyldighet ikke særlig betydningsfull.³⁷²

6.4.6 Loven om innfødt hjemmel av 1993

6.4.6.1 Bakgrunn og forhold til forfatningen

Loven har common law-reglene om innfødt hjemmel som bakgrunn, selv om den endrer common law-retten. Definisjonen av «innfødt hjemmel» i loven er ment å gjenspeile common law-definisjonen. Loven ble utarbeidet etter utstrakte konsultasjoner med representanter for næringslivet og urbefolkningen og delstatsmyndighetene. I innledningen til loven sies det at den er ment å være et «særskilt tiltak» i forhold til Den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering. Høyesterett har funnet at loven er en «spesiallov for mennesker av enhver rase» innenfor Forbundsparlamentets forfatningsmessige myndighet,³⁷³ men har ikke uttalt seg om hvorvidt den er et «spesielt tiltak».³⁷⁴ FN-komiteen for avskaffelse av rasediskriminering har tilsynelatende godtatt at loven er et særskilt tiltak.³⁷⁵ Dette er tilfelle til tross for at enkelt deler av loven *diskriminerer mot* australske urinnvånere.

6.4.6.2 Oversikt

Loven om innfødt hjemmel representerer en komplisert lovgivning som har gitt mye arbeide for advokater og (inntil i dag) ikke noen landområder til urinnvånere. Den har fire hovedelementer. For det første setter den en enhetlig rettslig norm for innfødt hjemmel-rett for hele Australia. Innfødt hjemmel kan ikke lenger avskaffes i strid med loven, så delstatene og territoriene er forhindret fra å sette avvikende standarder i sin egen lovgivning.³⁷⁶ For det annet endrer den prosedyren for krav om innfødt hjemmel (som etter common law ville ha vært avgjort av domstolene) ved

363. Selv om dette er noe endret etter den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993; se nedenfor.

364. Selv to av de tre dommerne som utgjorde mindretallet, som fant at erstatning kunne idømmes, inntok det standpunkt at det for mange erstatningskrav ville være for sent å fremme dem. Dette er fordi australsk lov inneholder strenge foreldelsesregler (mellom tre og seks års foreldelsestid) når det gjelder å fremme de fleste sivile rettskrav.

365. Se drøftelsen av lovgivning og common law i vedlegg 8.

366. Domstolene anerkjenner lojalitetsplikter som oppstår mellom sterke og svake parter, som f.eks. mellom advokater og deres klienter eller mellom verger og barn.

367. Siden denne formen for plikter bygger på prinsipper om rimelighet, gjelder ikke strenge foreldelsesregler for å starte rettssak om erstatning. Etter prinsippene om lojalitetsplikter kan det derfor være mulig for urbefolkningen å kreve erstatning for utslettelseshandlinger som foregikk for en del tid siden.

368. Tanken om en slik lojalitetsplikt ble forkastet av flertallet av dommerne, inklusive den nåværende høyesterettsjustitiarius. Det har imidlertid vært to nyutnevnelser til Høyesterett siden den gang, og det er vanskelig å forutskikke hvordan de nye dommerne ville se på dette argumentet.

369. Reglene for erverv varierer fra delstat til delstat, men innebærer vanligvis varslingsregler og anledning for grunneieren til å protestere, og at det betales erstatning. Inntil 1992 inntok imidlertid myndighetene det standpunkt (som var i samsvar med de eldre rettssakene som er omhandlet i vedlegg 8) at delstatene alene var eiere av landområder, at innfødt hjemmel ikke eksisterte og at det derfor ikke var nødvendig at innfødt hjemmel ble ervervet før landområdet kunne tildeles av kronen.

370. Året da Australsambandet ble opprettet.

å opprette en særskilt Nasjonal nemnd for innfødt hjemmel (NNTT)³⁷⁷ og la parallelle organer bli opprettet av delstatene etter godkjennelse av Forbundsstaten. For det tredje kan det generelt sies at den forhindrer «fremtidige»³⁷⁸ tildelinger av rettigheter til (eller andre disposisjoner over) innfødt hjemmel-områder fra myndighetenes side der eiendomsjord ikke kan behandles på tilsvarende måte: «fremtidige handlinger»-regimet. I dette henseende er loven et betydelig «inngrep» fra forbundslovgiverens side i delstatenes kontroll over landområder innen deres grenser.³⁷⁹ Når det gjelder enkelte «tillatelige» (dvs ikke-diskriminerende) fremtidige handlinger, krever loven etterlevelse av en særskilt forhandlingsprosedyre: «retten til forhandle» må overholdes av de som krever innfødt hjemmel og av besitterne. Endelig åpner loven for «gyldiggjøring» av enhver hjemmel tildelt av kronen som er kjent ugyldig på grunn av rasediskrimineringsloven (behandlet ovenfor): «tidligere handlinger»-regimet. Jeg behandler dette siste aspektet først.

6.4.6.3 «Tidligere handlinger»-regimet

Forbundsparlamentet var ikke alene i stand til å hindre at rasediskrimineringsloven fikk betydning for tildelinger av statlig hjemmel til landområder med innfødt hjemmel (behandlet ovenfor) – supplerende delstatslovgivning var nødvendig. Loven om innfødt hjemmel «gyldiggjør» således «tidligere handlinger som skyldes forbundsstaten» og tillater delstatene og territoriene å vedta sin egen lovgivning (med de samme standarder) for gyldiggjøringen av «tidligere handlinger» som skyldes dem. Delstatene og territoriene har også rett til å «bekrefte» sine egne rettigheter og allmennhetens adgang til naturressurser uten å oppheve innfødt hjemmel. Delstatene og territoriene har vedtatt slik lovgivning.³⁸⁰ «Gyldiggjøring» er diskriminerende: det gir fortrinnsrett til statlig tildelt hjemmel (stort sett hjemmel som er tildelt før 1 januar 1994) fremfor innfødt hjemmel. Dette er gjort klart i § 7 i loven om innfødt hjemmel, som fastslår at loven ikke påvirker innholdet av rasediskrimineringsloven *unntatt der gyldiggjøring av tidligere handlinger er involvert*.³⁸¹ «Tidligere handlinger»-regimet gjelder bare for behandling av landområder som ble ugyldig på grunn av at innfødt hjemmel bestod. Forholdet mellom for eksempel statlige tildelinger av hjemmel før 1975³⁸² og innfødt hjemmel bestemmes ut fra henvisning til «uforenlighetsprinsippet» i common law.³⁸³

Resultatet av gyldiggjøringen av tidligere handlinger for innfødt hjemmel varierer (avhengig av hva slags hjemmel som blir gyldiggjort) og regler er fastsatt i loven.³⁸⁴ Stort sett kan man si at eksisterende tildelinger av eiendomsrett og leierett

371.I Mabo (nr 2) uttalte noen av dommerne at avskaffelse av innfødt hjemmel ville representere et «ervert» etter § 51(31).

372.Den kunne ha vært viktig i Northern Territory, som Forbundsstaten administrerte frem til 1978. Høyesteretts praksis har imidlertid vært fast når det gjelder å fastslå at kravet om «rettferdige vilkår» ikke gjelder i territoriene.

373.Western Australia mot Australsambandet (1995) 128 ALR 1. Se vedlegg 8.

374.Retten drøftet «særskilte tiltak» i Gerhardy v Brown (1985) 159 CLR 50. Der sa den nåværende høyesterettsjustitiarius at urbefolkningens samtykke var grunnleggende for et særskilt tiltak, hvilket forklarer forbundsstatens innsats når det gjelder å konsultere urbefolkningsgrupper. Da et særskilt tiltak imidlertid skal ha som eneste formål å være til beste for en vanskeligstilte rasegruppe, kan det hevdes at bestemmelsene om «tidligere handlinger» i lov om innfødt hjemmel (behandlet nedenfor) gjør det til noe annet enn et særskilt tiltak.

375.Komiteen roste faktisk Australia for dets innsats når det gjaldt innfødt hjemmel: oversatt utskrift av komiteens 45. møte, gjennomgang av den niende periodiske rapport fra Australia (UN/CERD/SR.1058).

376.Slik er loven et ekstra sikkerhetsnett for rasediskrimineringsloven: den forhindrer til og med ikkediskriminerende, avvikende delstatslover på området – slike lover ville være i strid med lov om innfødt hjemmel etter Grunnlovens § 109 (se vedlegg 8).

(til næringsvirksomhet, jordbruk, beiteområder eller boligbygging) og utbygging av infrastruktur knyttet til store gruveprosjekter³⁸⁵ opphever innfødt hjemmel fullstendig, med rett til erstatning for de tidligere innehaverne av innfødt hjemmel. Andre disposisjoner over landområder, særlig alminnelige gruvedriftsrettigheter og tillatelser og disposisjoner i henhold til lovgivningen om landrettigheter (behandlet nedenfor) opphever bare innfødt hjemmel så lenge de varer, slik at innfødt hjemmel gjenoppstår når de opphører.³⁸⁶ Innehavere av innfødt hjemmel med opphevde rettigheter har krav på erstatning³⁸⁷ når tildelingen er diskriminerende³⁸⁸ eller når en innehaver av eiendomsrett i deres stilling ville ha hatt krav på erstatning.

6.4.6.4 «Fremtidige handlinger»-regimet

Mens loven er diskriminerende i forhold til «det tidligere», ser den ut til å utgjøre et «særskilt tiltak» i forhold til «fremtiden».³⁸⁹ Etter «fremtidige handlinger»-regimet har innfødt hjemmel stort sett det samme vern mot inngrep fra myndighetenes side som eiendomsrett, og innehavere av innfødt hjemmel har samme rett til erstatning som innehavere av eiendomsrett. Disposisjoner fra myndighetenes side over landområder med innfødt hjemmel som ikke kunne vært foretatt overfor land undergitt eiendomsrett er «tillatelige» (ugyldige i den utstrekning de berører innfødt hjemmel). Stort sett³⁹⁰ medfører dette at tildeling av gruvedriftsrettigheter³⁹¹ er tillatt, mens tildeling av andre rettigheter (herunder antakelig enkelte tildelinger og disposisjoner i henhold til lovgivningen om landrettigheter)³⁹² over landområder med innfødt hjemmel ikke kan skje, selv om innfødt hjemmel ennå ikke er «fastlagt» av NNTT (behandlet nedenfor),³⁹³ med mindre innfødt hjemmel først er ekspropriert. (Andre «tillatelige fremtidige handlinger» omfatter ekspropriasjon av innfødt hjemmel,³⁹⁴ myndighetenes disposisjoner i sjøområder³⁹⁵ og disposisjoner basert på avtaler med innehavere av innfødt hjemmel, inklusive avtaler der innfødt hjemmel overgis til kronen). Stort sett blir innfødt hjemmel bare satt til side (ikke utslettet) av en «tillatelig fremtidig handling».³⁹⁶ Innehavere av innfødt hjemmel får erstatning av den myndighet som utfører den «tillatelige fremtidige handling» eller den utvinner eller andre person som nyter godt av handlingen.

377.Presiderende medlemmer av NNTT er dommere eller tidligere dommere. Andre medlemmer inkluderer personer med særlig kjennskap til urbefolkningsamfunn, forvaltning av landområder, tvisteløsning eller andre relevante forhold. På grunn av tvil om grunnlovsmessigheten av NNTT som var oppstått som følge av at NNTT ikke er en domstol, men har domstolspreget myndighet, er det sannsynlig at loven vil bli endret i 1996 ved at funksjonene til NNTT når det gjelder fastsettelse av innfødt hjemmel vil bli overført til Australias Forbundsdomstol slik at NNTT deretter vil virke som et organ bare for meglings og «fremtidige handlinger».

378.Dette «fremtidige handlinger»-regimet er i kraft, når det gjelder administrative handlinger, fra 1 januar 1994, og når det gjelder lovgivende handlinger, tilbakevirkende fra 1 juli 1993.

379.Delstatenes myndighet over landområder er behandlet i vedlegg 8. Det er ikke noe grunnlovsstridig ved at forbundslovgivningen har innvirkning for landområder hvor delstatene har radikal hjemmel når lovgivningen er innenfor forbundsstatens konstitusjonelle myndighetsområde.

380.Native Title (Queensland) Act 1993, Land Titles Validation Act 1994 (Victoria), Validation of Titles and Actions Act 1994 (Northern Territory), Native Title (New South Wales) Act 1994 (New South Wales), Native Title Act 1994 (Australian Capital Territory), Native Title (South Australia) Act 1994 (South Australia) og tilknyttet lovgivning, Native Title (Tasmania) Act 1994 og Titles Validation Act 1995 (Western Australia).

381.Da loven ble utarbeidet, understreket urbefolkningsgrupper (og forbundsregjeringen fremla lovutkastet på den bakgrunn) at loven om innfødt hjemmel ikke skulle gripe inn i den beskyttelse rasediskrimineringsloven ga.

382.Rasediskrimineringslovens ikrafttredelsesdato.

383.North Ganalanja Aboriginal Corporation and anor v Queensland (uttrykt Full Federal Court Report no QG 34/95, 1 november 1995).

6.4.6.5 «Retten til å forhandle»

Når myndighetene opptrer på en «tillatelig» måte i forhold til innfødt hjemmel, har innehavere av innfødt hjemmel samme prosessuelle rettigheter³⁹⁷ som innehavere av eiendomsrett (når det gjelder landområder) eller innehavere av tilsvarende rettigheter (når det gjelder sjøen). Loven etablerer imidlertid en ytterligere «rett til å forhandle» for innehavere av innfødt hjemmel og de som gjør krav på innfødt hjemmel³⁹⁸ når myndighetene foreslår å tvangsreserve innfødt hjemmel eller å tildele, fornye eller utvide en gruverettighet og det vil ha innflytelse på innfødt hjemmel. «Retten til å forhandle» er byråkratisk og har vært gjenstand for sabotasje av i det minste en delstatsregjering.³⁹⁹ Den kan erstattes av alternative delstats- eller territoriellover som er godkjent av det føderale departement på strenge vilkår.

Forhandlingsretten gjelder med mindre det føderale departement opphever den fordi den foreslåtte landområdedisponeringen vil ha minimal virkning på innfødt hjemmel og innehavere av innfødt hjemmel vil bli konsultert om adgang til landområdet. Etter reglene om rett til å forhandle må de myndigheter som ønsker å foreta seg noe med landområdet varsle «innfødt hjemmel-parter» (innehavere av innfødt hjemmel, de som krever innfødt hjemmel, representative organer), den foreslåtte utvinner, NNTT (eller meglingsorgan på delstats- eller territorienivå som erstatter NNTT)⁴⁰⁰ og allmennheten om at handlingen tenkes utført.⁴⁰¹ Myndighetene kan i dette varslet opplyse at handlingen antas å medføre et så lite betydningsfullt inngrep at den kan være gjenstand for *påskyndet behandling*,⁴⁰² som innebærer at handlingen kan gjennomføres innen to måneder hvis ingen innfødt hjemmel-part protesterer⁴⁰³ eller hvis protesten underkjennes av NNTT.⁴⁰⁴ Ellers vil den foreslåtte handling bare være gyldig gjennomført i fire situasjoner. *For det første* hvis ingen innfødt hjemmel-part protesterer innen to måneder etter at varsel er gitt.⁴⁰⁵ *For det annet* hvis innfødt hjemmel-parter (etter løpende forhandlinger⁴⁰⁶ mellom myndighetene, innfødt hjemmel-parter og den som eventuelt skal få utvinningstillatelsen, etter anmodning bistått av NNTT eller et organ som trer i stedet for NNTT), innen en fastsatt frist⁴⁰⁷ skriftlig erklærer seg enig i at handlingen kan gjennomføres.⁴⁰⁸ *For det tredje* hvis NNTT (eller et organ som trer i stedet for NNTT) foretar en undersøkelse⁴⁰⁹ og treffer avgjørelse om at handlingen kan gjennomføres (med eller uten nærmere betingelser).⁴¹⁰ (Alternativt kan det besluttes at handlingen ikke kan gjennomføres.) NNTT ((eller et organ som trer i stedet for NNTT) kan treffe denne avgjørelsen under hensyntagen til spesifikke kriterier,⁴¹¹

384.På dette punkt er loven ganske likefrem, sammenlignet med det kompliserte forholdet når det gjelder «uforenlighet» mellom gyldige statlige tildelinger og innfødt hjemmel etter common law, behandlet ovenfor.

385.I Australia blir mineraler og olje og gass ofte funnet i fjerntliggende områder. Myndighetene tillater ofte utvinning utenom den alminnelige gruvedriftslovgivningen gjennom spesielle «stat-savtaler» som innebærer at utvinningsselskapene kan bli pålagt å skaffe bolig, transport, energi og andre tjenester (noen ganger utgjør dette hele byer) i fjerne strøk.

386.Denne opphevingen og gjenopprettingen kalles «ikkeutslettelsesprinsippet».

387.Slik erstatning skal erlegges av de myndigheter som har forårsaket forholdet.

388.Dvs at det ikke kunne ha blitt gjennomført overfor den som har eiendomsrett.

389.Stort sett etter 1 januar 1994..

390.Noen tildelinger fra myndighetene er «tillatelige fremtidige handlinger». Dette omfatter fornyelse av eksisterende leieforhold og «fremtidige handlinger med begrenset virkning» (f.eks. tildeling av rett til å holde bier) som ikke berører landområdet.

391.Etter australsk rett (i delstatene og territoriene) når det gjelder gruvedrift, kan kronen stort sett tildele rettigheter til å utvinne mineraler og olje og gass som eies av det offentlige på privat grunn. Det er ulike unntak fra dette i de forskjellige delstatene. De fleste delstatene unntar noen former for utbygde landområder (der det finnes boliger, gårdsbygninger og jordbruksarealer) fra gruvedrift, i hvert fall uten eierens samtykke.

inklusive eventuelle tidligere avgjørelser knyttet til samme landområde og samme parter.⁴¹² En avgjørelse er som en kontrakt: den binder innfødt hjemmel-parter, myndighetene og utvinneren.⁴¹³ *Endelig* når vedkommende departement omgjør en avgjørelse av NNTT (eller et organ som trer i stedet for NNTT) om at handlingen ikke kan gjennomføres.⁴¹⁴ Denne omgjøringsadgangen for departementet kan utøves innen to måneder av det føderale departement i statens, delstatens eller et territoriums interesse (når det gjelder NNTT) eller av et departement i en delstat eller et territorium i delstatens eller territoriets interesse (når det gjelder et organ som trer i stedet for NNTT).

6.4.6.6 *Krav om innfødt hjemmel*

6.4.6.6.1 *Organer som avgjør innfødt hjemmel og erstatningskrav*

NNTT (og hvis de er anerkjent av de føderale myndigheter, parallelle organer i delstatene og territoriene) har til oppgave⁴¹⁵ å avgjøre hvorvidt innfødt hjemmel til landområder eksisterer og fastsette den erstatning som skal betales når innfødt hjemmel er berørt av en tidligere eller fremtidig handling eller annet tiltak fra myndighetenes side etter 1975.⁴¹⁶

Søknader om fastsettelse av innfødt hjemmel kan inngis av urbefolkningen, myndighetene eller andre som har interesser i landområdet. På føderalt nivå utfører NNTT oppgaven når det ikke er tvist om innfødt hjemmel. Der krav bestrides, utføres denne oppgaven av Australias Forbundsdomstol. På delstatsnivå utføres disse oppgavene av delstatlige nemnder, bergmesterembeter, distriktsretter eller overretter.⁴¹⁷

6.4.6.6.2 *Registrering av krav om innfødt hjemmel*

Loven oppretter et Register for krav om innfødt hjemmel (Kravsregister) og et Føderalt innfødt hjemmel-register (Hjemmelsregister). De som fremsetter krav om

392. «Fremtidige handlinger»-regimet gjelder ikke tildeling av landområder etter forbundslovgivning som gjelder for Northern Territory, Jervis Bay Territory and Victoria (loven om innfødt hjemmel bestemmer at den ikke har noen virkning i det hele tatt for landrettigheter etter føderale lover), de tre South Australia-lovene og andre lover som er nevnt i forskriftene (retten når det gjelder landrettigheter er behandlet nedenfor). Loven om innfødt hjemmel forhindrer således ikke at det skjer tildeling i medhold av disse lovene, og forholdet mellom innfødt hjemmel og disse lovene er fortsatt undergitt common laws «uforenlighets»-prinsipper. Tildeling etter den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976 gjenspeiler tradisjoner og er ikke i strid med innfødt hjemmel: *Pareroultja v Tickner* (1993) 117 ALR 206. Lov om tildeling av landområder til urinnvånere (Jervis Bay Territory) av 1986 er endret etter vedtakelsen av loven om innfødt hjemmel: se behandlingen nedenfor. Som en etterfølgende lov gitt av samme parlament, overstyrer 1995-endringen loven om innfødt hjemmel i den utstrekning det foreligger motstrid, slik at fremtidige handlinger-regimet ikke kan sies å gjelde for den. South Australia-lovene inneholder ikke kravsprosedyrer, og vil derfor sannsynligvis ikke berøre fremtidige tildeling. Mer kompliserte spørsmål oppstår i forhold til lov om urinnvånerens landområder av 1995 (Tasmania), lov om urinnvånerens landområder av 1995 (Queensland), lov om Torres-stred-øyboernes landområder av 1995 (Queensland) og lov om urinnvånerens landrettigheter av 1983 (New South Wales). Det kan hevdes at Tasmanias parlament før vedtakelsen av Tasmania-loven burde ha tatt hensyn til «fremtidige handlinger»-prosedyren. Men dette gjelder imidlertid bare hvis tildelingene ville ha «berørt» (opphevet) innfødt hjemmel. I betraktning av den betydelige tvungne forflytningen av urinnvånerne i Tasmania i forrige århundre, kan det hevdes at det ikke lenger finnes innfødt hjemmel til landområder i Tasmania og at det derfor ikke finnes hjemmel som kan berøres av tildeling. Som nevnt ovenfor er Queensland- og New South Wales-lovene endret i et forsøk på å sikre samsvar mellom innfødt hjemmel og tildelingene. Hvis slike tildeling ikke «berører» innfødt hjemmel, gjelder «fremtidige handlinger»-regimet ikke for dem.

innfødt hjemmel må først få sin søknad prøvet av Innfødt hjemmel-registeret (en forvaltningstjenestemann) for registrering i Kravsregisteret. Registeringsprosessen er unødig komplisert og har vært årsaken til mange forsinkelser under arbeidet i NNTT.⁴¹⁸ (Når dette skrives later det imidlertid til at denne kompliserende situasjonen vil bli gjenstand for to inntrufne endringer: en avgjørelse av Høyesterett som pålegger NNTT og registerføreren å innta en mer fleksibel stilling til søknadene⁴¹⁹ og endringer i loven som opphever prøvingen av søknadene.)⁴²⁰

En søknad må være ledsaget av en erklæring om at søkeren mener at innfødt hjemmel til landområdet ikke er opphørt og at det ikke foreligger noen oppføring i Hjemmelsregisteret.⁴²¹ Erklæringen må inneholde opplysninger om andre rettigheter når det gjelder landområdet. Selv om opplysninger om *samtidige* rettigheter over landområdet finnes i en delstats eller et territoriums hjemmelsregister for landområder, kan det være kostbart å fremskaffe dem. Opplysninger om *tidligere* rettigheter over landområder (f.eks. beiterettigheter som har utløpt) kan det være vanskelig å fremskaffe.⁴²² Delstatsmyndighetene har vært sene til å frembringe disse «heftelseshistoriske» opplysningene.⁴²³ Hvis en søknad inneholder de riktige opplysningene, må Registeret for innfødt hjemmel godta den, med mindre det antar at de er «uviktige eller uvedkommende» eller at «kravet ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort»⁴²⁴. Registerføreren har nektet å godkjenne søknader etter å ha gjort sine egne undersøkelser og funnet at eiendomsrett eller en beiterett var tilstått (selv i fjern fortid). Hvis hun ikke godtar en søknad, må registerføreren henvise den til en av NNTTs «presiderende medlemmer» (dommere). Hvis det presiderende medlem er enig, må han gi søkerne anledning til å fremlegge ytterligere opplysninger. Det presiderende medlem avgjør deretter om kravet er uviktig eller uvedkommende eller treffer avgjørelse om hvorvidt kravet er tilstrekkelig sannsynliggjort eller ikke. Søkere har vært bedt om å fremlegge meget omfattende opplysninger om kravet, og myndighetene og utvinnere har fått anledning til å komme med innsigelser på dette registreringsstadiet.⁴²⁵

393.En «fremtidig handling» omfatter en handling av myndighetene som på en eller annen måte ikke er i samsvar med innfødt hjemmel. «Innfødt hjemmel» betyr innfødt hjemmel slik den er anerkjent i common law, ikke innfødt hjemmel som definert av NNTT.

394.På samme betingelser som ved erverv av eiendomsrett.

395.Med sjøområder menes sjøen utenfor lavvannsmarket. «Likebehandlingen» av innehavere av innfødt hjemmel går altså ikke utover europasentrerte forestillinger om eiendomsrett til landområder til å omfatte tradisjonelle rettigheter i sjøen.

396.Det vil si at innfødt hjemmel «gjenoppstår» etter at en gruverettighet eller annen overliggende rettighet utløper.

397.«Prosessuelle rettigheter» betyr rett til å få varsel om og til å protestere mot disposisjoner over landområder.

398.Både registrerte innehavere av innfødt hjemmel og de som gjør krav på innfødt hjemmel er «innfødt hjemmel-parter». Forbundsdomstolen har sagt at de som fremmer krav har forhandlingsrett så snart deres krav er fremsatt for NNTT, men foreslåtte endringer vil sikre at forhandlingsretten også vil gjelde dem som bare oppfyller en spesiell registreringsprøving. Prosedyren ved kravsregistrering behandles nedenfor.

399.I Western Australia pågikk disposisjoner over landområder på tross av lovens bestemmelser frem til mars 1995, da avvikende delstatslovgivning ble erklært forfatningsstridig av Høyesterett. Siden da har Western Australia søkt å overlesse representative organer for innfødt hjemmel og NNTT med varsler om at det overveies å tildele gruverettigheter. Andre delstater synes å unngå forhandlingsretten ved bare å foreta tildelinger når de antar at innfødt hjemmel er opphørt. I Queensland, South Australia og New South Wales synes delstatsmyndighetene å avvente virksomheten i delstatlige meglingsnemnder før de foretar tildelinger som kan utløse forhandlingsrett.

6.4.6.6.3 Avgjørelse av krav om innfødt hjemmel

Når en søknad er godtatt og registrert, skal registerføreren varsle alle som har rettigheter som kan bli berørt av kravet. Søknaden kan deretter forelegges NNTT. Den som ønsker å bestride kravet må varsle registerføreren innen to måneder; stort sett er partene søkeren, de føderale myndigheter, delstats- eller territoriedepartementer, andre med rettigheter over landområdet og det representative organ for innfødt hjemmel (behandlet ovenfor). Hvis ingen bestrider søknaden,⁴²⁶ må NNTT foreta en undersøkelse og kan treffe en «avgjørelse» (en beslutning om innfødt hjemmel) slik søkeren har bedt om.⁴²⁷ På dette stadium kan søknaden *igjen* bli avvist som uviktig eller uvedkommende eller fordi søkeren ikke har sannsynliggjort sitt krav. Hvis kravet bestrides, men partene kommer til enighet, forutsettes det at NNTT treffer en avgjørelse som gjenspeiler avtalen. I motsatt fall forutsettes NNTT å megle for å bringe partene til enighet. Hvis det ikke kommer til avtale, blir søknaden henvist til Forbundsdomstolen for avgjørelse.⁴²⁸ Av avgjørelsen skal det fremgå om innfødt hjemmel består eller ikke, hvem som er innehaver, innholdet i innfødt hjemmel-rettigheter (spesielt deres eksklusivitet) og innholdet i andre rettigheter over landområdet. En avgjørelse av NNTT når det gjelder innfødt hjemmel er ikke endelig: den må registreres i Forbundsdomstolen for å være fullt gyldig.⁴²⁹ Den kan også overprøves av Forbundsdomstolen.

Pr 1 februar 1996 hadde NNTT mottatt til sammen 180 søknader fra urbefolkningsgrupper som krevde innfødt hjemmel,⁴³⁰ og bare fire erstatningskrav.⁴³¹ NNTT eller Forbundsdomstolen har ikke truffet noen avgjørelser om innfødt hjemmel. At loven har slått feil vises av det faktum at Hjemmelsregisteret bare inneholder én innfødt hjemmel: Den som innehas av Meriamfolket på Murray Islands, avgjort før loven trådte i kraft. Innfødt hjemmel-krav er vist på kartet i vedlegg 4.

6.4.6.6.4 «Søknader fra andre enn dem som fremsetter krav»

Som følge av forhandlinger med næringslivet gir loven også andre som har interesser i landområdet anledning til å søke om at NNTT avgjør spørsmålet om innfødt hjemmel. Reglene er her at disse sender søknad til registerføreren, som prøver

400. Lovverket i Queensland, New South Wales og South Australia etablerer parallelle organer for funksjoner i forbindelse med fastleggelse av innfødt hjemmel og «fremtidige handlinger». Det vil være Queenslands bergmesterembete og Nemnda for innfødt hjemmel, New South Wales' bergmesterembete og Land- og miljødomstol, South Australias miljø-, ressurs- og utviklingsdomstol og overrett. Disse organene har imidlertid ennå ikke blitt etablert eller startet sin innfødt hjemmel-virksomhet.

401. Pr november 1995 var 1775 søknader om fremtidige handlinger innsendt til NNTT, den alt overveiende del fra Western Australia: NNTT Future Act Unit, Summary Report, 3 november 1995.

402. En handling som ikke griper direkte inn i samfunnslivet til innehaverne av innfødt hjemmel eller berører viktige grunnområder eller større forandringer av landområder. Pr november 1995 hevdet Western Australias regjering at 75 % (1301) av handlingene den aktet å foreta kunne undergis påskyndet behandling. De fleste var foreslåtte tildelinger av lete- eller utvinningstillatelser: NNTT Future Act Unit, Summary Report, 3 november 1995.

403. Pr november 1995 hadde urinnvånere protestert mot bruk av påskyndet prosedyre i bare 8 % av sakene. Dette førte til at 595 foreslåtte fremtidige handlinger endte med tildelinger uten noen forhandlinger med urinnvånerne: NNTT Future Act Unit, Summary Report, 3 november 1995.

404. Pr november 1995 hadde NNTT truffet fire vedtak vedrørende bruk av påskyndet prosedyre, i alle fire tilfellene ble urinnvåner-protester underkjent: NNTT Future Act Unit, Summary Report, 3 november 1995.

405. Urinnvånerne er derfor under press for å svare raskt hvis de ønsker å unngå tildeling av gruvedriftstillatelser på sine landområder. NNTT har ikke registrert noen tildelinger som er foregått på denne måten.

søknaden. Hvis den godkjennes, har NNTT myndighet til å treffe avgjørelse i deres favør hvis det ikke svares med søknad om innfødt hjemmel innen to måneder.⁴³² Den viktigste fordelen for næringslivet med denne prosedyren er at mens NNTT foretar sine undersøkelser, kan myndighetene fortsette å tildele hjemler til landområdet.⁴³³ Hvis en søknad om innfødt hjemmel innkommer, tar NNTT den under behandling som beskrevet ovenfor. Pr 1 februar 1996 hadde NNTT mottatt 87 søknader fra andre enn de som søker om innfødt hjemmel.⁴³⁴

6.4.6.6.5 Erstatningskrav

Innehavere av innfødt hjemmel (eller tidligere innehavere der hjemmelen er opphørt) kan søke NNTT om erstatning for virkningen av en tidligere eller fremtidig handling (eller en gyldig handling etter 1975) på deres innfødte hjemmel. Ved utmålingen av erstatningen må NNTT anvende vanlige erstatningsrettslige regler⁴³⁵ der de passer eller der de gir veiledning. Erstatningen kan bestå av penger eller (på begjæring av urbefolkningen) annen eiendom, varer og tjenester. Etter «retten til å forhandle»-prosedyrene, kan NNTT fastsette erstatning som en betingelse for at en fremtidig handling kan iverksettes.

6.4.6.7 Andre bestemmelser

Loven forbyr begrensninger i den rett innfødt hjemmel gir til jakt, fiske, sanking eller kulturelle eller åndelige sysler, til «privat bruk eller ikke-kommersiell bruk for fellesskapet» etter rettsreglene i delstat eller territorium eller eksisterende rett i Australiasambandet.

406. Disse forhandlingene kan føre til at innfødt hjemmel-parter får rett til privat produksjonsavgift eller andre overskudds- eller produksjonsrelaterte utbetalinger. Det er således bred anledning for utvinnerne til å få innfødt hjemmel-partenes samtykke ved å benytte økonomiske incentiver på forhandlingsstadiet.

407. Fire måneder når det gjelder tildeling av en letetillatelse og seks måneder i alle andre tilfeller.

408. Det er bare inngått én slik avtale: etter opplysninger gitt av NNTT Future Acts Unit.

409. Når det foretas undersøkelser, består NNTT av ett eller tre medlemmer, en av dem et presiderende medlem og en annen helst en person med spesielt kjennskap til urbefolkningssamfunn.

410. En slik avgjørelse bør treffes innen ytterligere fire eller seks måneder, avhengig av arten av den foreslåtte tildelingen. Selv om betingelsene kan inneholde en forpliktelse til å betale erstatning, kan betingelser knyttet til overskudds- eller produksjonsdeling ikke fastsettes på dette stadiet. Ingen slike avgjørelser er blitt truffet: etter opplysninger gitt av NNTT Future Acts Unit.

411. Som inkluderer virkningen av den foreslåtte handling på innfødt hjemmel, innfødt hjemmel-partenes kultur og tradisjoner, deres sosiale og økonomiske strukturer, adgang til landområder for tradisjonelle formål og det naturlige miljø samt økonomisk eller annen betydning for Australia, delstaten eller territoriet av handlingen og «allmennhetens interesse i det som blir resultatet av handlingen».

412. For eksempel der tidligere forhandlinger eller en avgjørelse er knyttet til tildeling av letetillatelse og den foreliggende avgjørelse gjelder retten til utvinning.

413. Denne bestemmelsen later til å være tatt inn for å motvirke antatt fare for fragmentering i grupper av urinnvåner-kravstillere, noe som utspringer av urinnvåner-samfunnets egalitære karakter og dets århundregamle tendens til å la alle enkeltpersoner tale sin egen sak.

414. I denne forbindelse kan departementet også sette betingelser.

415. Denne oppgaven vil etter foreslåtte endringer bli overført til Forbundsdomstolen.

6.4.7 Lovgivning om landrettigheter

6.4.7.1 Karakter og innhold av lovgivning om landrettigheter

Lovgivning om «landrettigheter» finnes i alle australske rettskretser unntatt i Western Australia, som har hatt et system av små selveiertildelinger og langsiktige leieretter til urinnvånerreservater gitt til urinnvånerlokalsamfunn. Lovgivningen om landrettigheter er mangeartet: den omfatter lovgivning som gjenspeiler urbefolkningens tradisjonelle rettigheter og lovgivning som tar hensyn til historisk eller boligmessig tilknytning til landområder og/eller behov for land. Den omfatter lovgivning som overfører landområder direkte til urbefolkningen, lovgivning som tillater tildeling av landområder og lovgivning som tillater slike tildelinger etter krav om landområder. Enkelte ganger finnes mer enn en av disse fremgangsmåtene i samme lov.

I motsetning til innfødt hjemmel-prinsippene anerkjenner ikke lovgivningen om landrettigheter den australske urbefolknings *forutgående* eller *iboende* rettigheter – den beskjeftiger seg med overføring av landområder fra myndighetene som om det var et spørsmål om politisk gavmildhet og er derfor en form for «særskilt tiltak». ⁴³⁶ Det er delvis av denne grunn (og delvis på grunn av manglene ved den gamle lovgivningen om landrettigheter i Queensland) at Meriamfolket fremmet et innfødt hjemmel-krav i *Mabo (nr 2)*. De var tilbudt landrettigheter etter Queenslands lov om landområder av 1962, men rettighetene ville ha blitt tildelt et valgt styre etter en lokal ordning fra myndighetene i Queenslands side. ⁴³⁷ Meriamfolket avviste tildelingen ut fra et ønske om anerkjennelse av deres iboende rettigheter, definert i deres egen tradisjon. ⁴³⁸

Tradisjonelle landkrav kan oppstå etter lover vedtatt før 1992 i North Territory, New South Wales og Queensland. Lovene gir den australske urbefolkning rett til innfødt hjemmel ved å bevise sin tradisjonelle tilknytning til landområder som ikke er i andres private eie. På den måten gjør tradisjonelle landkrav, på samme måte som prinsippene om innfødt hjemmel, det mulig å få land av hovedsakelig dårlig kvalitet overført til urinnvånere. I motsetning til når det gjelder krav om innfødt hjemmel må imidlertid de bevis som påberopes være knyttet til *nåværende tradisjoner*, ikke

416. I denne egenskap har NNTT myndighet til å foreta nærmere undersøkelser, det må «utføre sine oppgaver på en rimelig, rettferdig, økonomisk, uformell og rask måte i følge sitt formål» og den er ikke bundet av bevisreglene.

417. Queenslands innfødt hjemmel- og bergmesterembete, New South Wales distrikts- og miljødomstol og bergmesterembete, South Australia miljø-, ressurs og utviklingsdomstol og overrett.

418. *Se Re Waanyi Peoples? Native Title Application* (1995) 129 ALR 118 og anken, North Ganalanja Aboriginal Corporation and anor v Queensland and CRA (utrykt, Forbundsdomstolen i plenum, 1 november 1995), og også *Re Wadi Wadi Peoples? Native Title Application* (1995) 129 ALR 167. Forsinkelser forårsakes også av mangel på erfaring hos enkelte representative organer for innfødt hjemmel ved utarbeidelsen av kravene, som fører til at de innleverer krav som inneholder utilstrekkelige opplysninger: ATSIK, *Review of native title representative bodies* 1995, 56-7.

419. En anke vedrørende Waanyi-søknaden ble behandlet av Høyesterett i februar 1966.

420. Foreslåtte endringer finnes i Native Title Amendment Bill 1995. Denne proposisjonen må forelegges Forbundsparlamentet igjen etter valget 2 mars 1996. Det er ikke klart hvilken stilling de nåværende konservative opposisjonspartiene vil innta til de foreslåtte endringene.

421. Loven gir adgang til «revisjon» av avgjørelser om innfødt hjemmel, men bare hvis innehaverne, et departement eller registerføreren (ikke andre av urbefolkningen som måtte være «ute-latt» i en avgjørelse) søker om det.

422. Fortegnelser over tidligere transaksjoner når det gjelder landområder i Australia er ikke alltid fullstendige, særlig når tidligere rettigheter har utløpt og andre typer rettigheter over landområdet er tildelt senere.

423. ATSIK, *Review of representative bodies*, 1995

424. At kravet slik det fremstår («prima facie») ikke kan føre frem.

tradisjoner helt fra koloniseringen tok til. Siden parlamentene har godkjent kravene, er de ikke gjenstand for «utslettelse» unntatt av det parlament som har truffet beslutning om dem: et landområde er enten gjenstand for krav eller ikke, avhengig av dets *nåværende status*. I denne forstand er lovgivningen om landrettigheter mer *rettferdig* enn prinsippene om innfødt hjemmel, i hvert fall der det er godt med land tilgjengelig for krav (som har vært tilfellet i North Territory). Den ser også ut til å ha vært mer virkningsfull enn prinsippene om innfødt hjemmel når det gjelder å overføre land til urinnvånere.⁴³⁹ Virkningen av lovgivningen om landrettigheter når det gjelder å *overføre tidligere reservater* til urbefolkningen varierer svært meget i de forskjellige delstatene, avhengig av den politikk som historisk har vært ført vedrørende reservater: i noen delstater (f.eks. Victoria), var det nesten ingen reservater igjen da loven ble vedtatt; i andre (f.eks. North Territory) gjenstod store områder.

6.4.7.2 Tradisjonelle landrettigheter i North Territory

6.4.7.2.1 Bakgrunn og konstitusjonelle ordninger

Store urinnvånerreservater ble opprettet i Northern Territory tidligere i dette århundre. De ble åpnet for gruvedrift i 1950-årene, da en ordning med produksjonsavgift til urinnvånerne kom i stand.⁴⁴⁰ Den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1976 bygger på denne bakgrunnen, og gir detaljerte regler for overdragelse av reservater, landkrav og forvaltning av landområder. Den har ført til at 556.287 kvadratkilometer landområder er overført til urinnvånere i løpet av 19 år. 258.000 kvkm var tidligere land i urinnvånerreservater,⁴⁴¹ omtrent 26.000 kvkm er overført som ledd i avtaler om landrettigheter⁴⁴² og 272.139 kvkm er tildelt som resultat av landkrav som har ført frem.⁴⁴³ At denne ordningen har vært så vellykket kommer av det som særpreger Northern Territory: at de føderale myndigheter kan styre Northern Territory direkte og at de ikke er pålagt å yte erstatning til Northern Territorys myndigheter for landområder som erverves i henhold til ordningen,⁴⁴⁴ og at Northern Territorys 150.000 innbyggere ikke er noen betydelig velgergruppe innen den australske befolkning.⁴⁴⁵ Et unikt trekk ved loven er dens status som del av forfatningen i Northern Territory.⁴⁴⁶ Northern Territory-

425.Re Waanyi Peoples? Native Title Application (1995) 129 ALR 118.

426.Dette er et høyst usannsynlig scenario, hvis merittlisten til myndighetene og andre brukere av landområder er noe å dømme etter.

427.NNTT må finne det godt gjort at søkerens krav slik det er fremsatt tilfredsstillende betingelsene og at avgjørelsen er «rimelig og rettferdig i alle henseender».

428.Forbundsdomstolen er også pålagt å virke på en «rimelig, rettferdig, økonomisk, uformell og rask» måte, ikke hindret av bevisreglene. Den kan la seg bistå av en «assessor» – en person med særlig kjennskap til urbefolkningens lokalsamfunn, forvaltning av landområder, tvisteløsning eller andre relevante forhold. Den kan også la avholde konferanser og treffe avgjørelser som reflekterer avtaler mellom partene.

429.Denne registreringen er et middel for å unngå forfatningsstrid basert på læren om maktfordeling. Den er kanskje ikke vellykket, og foreslåtte endringer vil gi Domstolen rett til selv å treffe alle avgjørelser om innfødt hjemmel.

430.Av disse var 118 godtatt til registrering, 47 var ikke godtatt, 4 var henvist til Forbundsdomstolen, 6 avvist og 5 trukket tilbake: opplysninger gitt av NNTT.

431.Av disse var to godkjent og to ikke godkjent pr 1 februar 1996: opplysninger gitt av NNTT.

432.Denne søknaden må selv godkjennes av registerførereren.

433.Dvs at enhver «fremtidig handling» vedrørende landområdet i løpet av denne tiden er gyldig, uansett om den er «tillatelig». Retten til forhandlinger gjelder ikke.

434.52 var godkjent, 4 ikke godkjent, 10 avvist, 8 avgjort og 13 trukket tilbake. Et stort antall var også utsatt, en prosedyre som vil bli formalisert ved foreslåtte endringer.

435.Ekspropriasjonslover eller reglene om erstatning til grunneieren etter gruvelovgivningen.

lovregler gjelder for urinnvånerland i den utstrekning de er i stand til å virke side om side med loven. Parlamentet i Northern Territory er gitt begrenset anledning til å vedta lover som gjelder beskyttelse av hellige steder, bevaring av dyr- og planteliv, adgang til urinnvånerland og sjøområder utenfor urinnvånerland. Lover om disse forhold som går ut over den myndighet parlamentet er tillagt (for eksempel krenking av hellige steder) kan ikke gyldig vedtas av Northern Territory-parlamentet.

6.4.7.2.2 *Urinnevånerland*

Loven etablerer en spesiell selveierhjemmel som kalles urinnvånerland, en milepæl for trygge eiendomsforhold for urinnvånere i Australia.⁴⁴⁷ Denne hjemmelen kan ikke eksproprieres etter Northern Territory-rett⁴⁴⁸ og kan ikke overdras fra det organ som innehar hjemmelen, selv om den kan oppgis til kronen⁴⁴⁹ eller overføres til et annet urinnvånerorgan som hjemmelsinnehaver. Hjemmelen til mineraler på urinnvånerland tilligger fortsatt kronen,⁴⁵⁰ offentlige veier er unntatt og gruvedriftsrettigheter som har eksistert fra tidligere beholdes. I 1977⁴⁵¹, 1987⁴⁵² og senere⁴⁵³ ble store landområder konvertert til urinnvånerland ved det enkle håndgrep å føre dem opp i loven⁴⁵⁴ uten at det var nødvendig å fremsette landkrav. I andre tilfeller er hjemmel tildelt av generalguvernøren etter anbefaling av det føderale departement for urinnvåner- og Torres-stred-øyboersaker. Departementet kan bestemme at landområdet skal tildeles hvis han mottar en rapport fra Kommissæren for urinnvånerland som angir landområdets «tradisjonelle urinnvåneriere»⁴⁵⁵ og anbefaler tildeling. Den endelige avgjørelsen av om en tildeling skal skje er altså politisk.⁴⁵⁶

6.4.7.2.3 *Landforvaltningsstyrer og landområdestyrer*

Hjemmelen til urinnvånerland innehas av forvaltningsstyrer for urinnvånerland – organer som er definert i loven. Forvaltningsstyrene kan inneha meget store områder som omfatter mange gruppers tradisjonelle landområder⁴⁵⁷ eller et meget

436. Etter Den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, i hvert fall etter de australske domstolars syn: se *Pareroultja v Tickner* (1993) 117 ALR 206 om den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (North Territory) av 1976 og *Gerhardy v Brown* (1985) (South Australia); jfr drøftelsen av loven om innfødt hjemmel ovenfor. Domstolene har behandlet landrettigheter-regimer som særskilte tiltak til tross for at de helt klart er ment å skulle være permanente og basert på anerkjennelse av en annen tradisjon, istedenfor midlertidig og assimilasjonistisk, som ser ut til å være Konvensjonens mening.

437. Denne ordningen er behandlet nedenfor under «Landrettigheter i Queensland».

438. Spørsmålet om Australias urbefolkning burde forfølge krav etter prinsippene om innfødt hjemmel eller etter lovgivningen om landrettigheter kan imidlertid ikke alltid reduseres til slagord om iboende rettigheter stilt opp mot myndighetenes velvilje. I mange deler av Australia kan urinnvånerne tradisjoner være så sparsomme at bare begrensede landrettigheter kan anerkjennes som innfødt hjemmel, eller transaksjoner vedrørende landområder kan gjennom tidene ha utsløttet de fleste innfødt hjemmel-rettighetene. I motsetning til dette har eiendomsrett (se vedlegg 8) eller ikke overdragbare hjemler til landområder et fastlagt innhold og kan gi grunnlag for mer omfattende bruksområder for landområdet. Viktigere er det at disse hjemlene som er tildelt av kronen ikke tapes ved «abandonnering», slik innfødt hjemmel kan tapes.

439. Den relative virkningen av lovgivningen om landrettigheter og loven om innfødt hjemmel er imidlertid ennå ikke lett å bedømme. Etter vedtakelsen av lov om landrettigheter for urinnvånere (North Territory) av 1976 (behandlet nedenfor) har myndighetene i North Territory startet en rekke rettssaker for å prøve avgjørelser fattet av Kommissæren for urinnvånerne landområder. Disse rettssakene var kostbare og førte til opp til 10 års forsinkelser i behandlingen av flere krav. En tilsvarende tilstand av «barnesykdommer» kan komme til å gjelde loven om innfødt hjemmel.

lite område som omfatter én gruppes tradisjonelle område. Hvert forvaltningsstyre oppnevnes av departementet etter forslag fra vedkommende styre. Medlemmene må være urinnvånere som bor på området som dekkes av styret eller tradisjonelle urinnvånereiere av landområdet. Stillingene er deltidsstillinger og ikke lønnet. Et forvaltningsstyres funksjon er å inneha hjemmelen til landområdet som forvalter på vegne av urinnvånere som etter urinnvånertradisjon har rett til å bruke det eller oppholde seg på det. Selv om det skal utferdige dokumenter i forbindelse med landområde kontrollerer eller administrerer forvaltningsstyret ikke landområdet. Det kan bare utøve sine funksjoner etter instruks fra vedkommende styre.

Styret som er ansvarlig for området der urinnvånerlandet ligger er en juridisk person som er opprettet av departementet for å kontrollere og forvalte urinnvånerland. Det utfører imidlertid disse oppgavene etter instruksjoner fra «de tradisjonelle urinnvånereiere». ⁴⁵⁸ Medlemmene er urinnvånere valgt av urinnvånere som bor på styrets område i henhold til et system som de selv velger. Styrets medlemmer innehar sin funksjon på betingelser som departementet finner passende. De to store styrene i Northern Territory er Northern Land Council og Central Land Council, som begge nå også er representative organer for innfødt hjemmel.

6.4.7.2.4 Individuelle urinnvåneres rettigheter

Urinnevånerland er en hjemmel «til fordel for urinnvånere som etter urinnvånertradisjon er berettiget til bruk av eller opphold på vedkommende landområde, uansett om den tradisjonelle berettigelse er knyttet til sted, tid, visse omstendigheter, formål eller tillatelse». Loven gjenspeiler således den varierende karakteren av urinnvånertradisjoner. Noen vil være «tradisjonelle urinnvånereiere»: de som har førstehånds tradisjonelt ansvar for området. ⁴⁵⁹ Et landområdestyre kan ikke foreta seg noe i forbindelse med urinnvånerland (eller instruere et forvaltningsstyre om å gjøre det) uten å finne det godt gjort at de tradisjonelle urinnvånereiere forstår arten av og formålet med det foreslåtte tiltaket og at de som gruppe gir sitt samtykke. Tradisjonelle urinnvånereiere er berettiget til godtgjørelse for bruk av urinnvånerland. Styrets funksjoner strekker seg imidlertid til å beskytte rettighetene til «andre

440. Reservatene ble opprinnelig opprettet som ledd i en «beskyttelses»-politikk, men ble åpnet for gruve drift i henhold til en «assimilasjons»-politikk ut fra det syn at kontakt med gruvebyer var bra for urinnvånere: J.C. Altman, *Aborigines and mining royalties in the Northern Territory*, AIAS, 1983 3-9.

441. ATSIC, *Review of native title representative bodies* 1995, 27.

442. 13.955 kvkm av disse områdene er tildelt med vanlig eiendomshjemmel eller med eiendomsrett knyttet til «tomter for lokalsamfunnsboliger» av delstaten Northern Territory (hjemmel til tomter for lokalsamfunnsboliger behandles nedenfor); resten som «urinnvånerland» etter vedlegg 1 til loven.

443. Tallene er gitt av Northern Territorys departement for landområder.

444. Se vedlegg 8. Loven ble vedtatt før Northern Territory fikk selvstyre i 1978.

445. I forhandlinger som gikk forut for vedtakelsen av loven om innfødt hjemmel (behandlet ovenfor) sikret press fra næringslivet at virkningsfulle bestemmelser i lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory), for eksempel gruve drifts-«vetoet», behandlet nedenfor) ikke ble gjentatt over hele Australia.

446. Lovens gyldighet er ivarett av lov om selvstyre (Northern Territory) av 1978.

447. Urinnvånerne håpet at loven ville bli et forbilde for andre delstater, men (utenfor South Australia) har dette ikke vært tilfellet. Den føderale regjeringen oppga et forslag om nasjonal lovgivning om landrettigheter i begynnelsen av 1980-årene etter press fra næringslivet og delstatene, særlig fra gruveselskaper og myndighetene i Western Australia.

448. Den kan imidlertid eksproprieres av de føderale myndighetene. En annerledes innstilt regjering i Canberra kan juridisk sett oppheve loven eller ta urinnvånerland tilbake uten økonomiske utlegg, men de politiske kostnadene ville bli store.

449. Forbundsstaten eller Northern Territory.

urinnvånere som er interessert i landområder i styrets område», og disse funksjonene forutsettes utøvet i samråd med slike personer. Når det utøver sine funksjoner skal styret heller ikke foreta seg noe i forbindelse med landområdet med mindre det finner det godt gjort at «alle urinnvånersamfunn eller -grupper som kan bli berørt av det foreslåtte tiltaket er konsultert og har hatt tilstrekkelig anledning til å gi uttrykk for sitt syn overfor styret». Denne gruppen av personer vil være større enn den som utgjøres av personer med rettigheter i landområdet som berøres av et foreslått tiltak.⁴⁶⁰

En urinnvåner eller en gruppe av urinnvånere er berettiget til adgang til, bruk av og opphold på urinnvånerland i den utstrekning det er i overensstemmelse med deres rettigheter etter urinnvånertradisjon. Denne gruppen personer er vanligvis større enn gruppen av «tradisjonelle urinnvånereiere».

6.4.7.2.5 Landkrav

Søknad i forbindelse med et tradisjonelt landkrav fremsettes for Kommissæren for urinnvånerland.⁴⁶¹ Landområder som kan være gjenstand for krav, er begrenset til opprinnelig kronland⁴⁶² eller kronland som er overdradd⁴⁶³ der alle eiendommer og rettigheter som ikke innehas av kronen innehas av eller på vegne av urinnvånere som samtykker i at kravet fremsettes. Definisjonen av «opprinnelig kronland» utelukker jord i byområder.⁴⁶⁴ Landområder som i henhold til føderale lover er reservert for offentlige formål kan ikke være gjenstand for krav, mens landområder reservert for offentlige formål etter lovgivningen i Northern Territory kan være det.⁴⁶⁵ Kommissæren avholder et møte for å klarlegge hvem som er landområdets tradisjonelle urinnvånereiere. Kommissæren rapporterer til det føderale departement for urinnvåner- og Torres-stred-øyboersaker og til Northern Territorys administrator⁴⁶⁶ med anbefaling om tildeling av hele eller en del av landområdet (eller fraråder tildeling). Når han gjør dette må kommissæren ta hensyn til hvor sterk tilknytningen til landområdet er for de som fremsetter kravet. Kommissæren må også uttale seg om antallet mennesker med tradisjonell tilknytning til landområdet som vil dra fordel av tildelingen, ulempen for andre personer og lokalsamfunn som

450. Northern Territory kontrollerer alle mineraler bortsett fra uran, som eies av Forbundsstaten.

451. Ved lovens ikrafttreden ble tidligere urinnvånerreservater (for eksempel det store Arnhemområdet i det nordøstre Northern Territory) urinnvånerland.

452. Loven ble endret ved at vedlegget inkluderte et antall mindre områder (tidligere kvegdriftruter).

453. Senere endringer i vedlegget er foretatt for å unngå krav om rettigheter til landområder der myndighetene i Northern Territory aksepterer at kravene sannsynligvis vil føre frem.

454. Vedlegg 1.

455. Denne betegnelsen betyr «en lokal gruppe med urinnvåneravstamning som ... har felles åndelig tilknytning til et sted på landområdet, en tilknytning som gir gruppen førstehånds åndelig ansvar for stedet og for landområdet og ... i henhold til urinnvånertradisjon er berettiget til å samle mat og fôr som en rettighet på landområdet». I stedet for å overlate defineringen av urinnvånertradisjonene til selve tradisjonen defineres de av loven ved henvisning til antropologisk kjennskap til tradisjon. Denne formelen kan bli for restriktiv i områder der tradisjonen avviker fra den juridiske definisjonen.

456. Ordningen kan sees i motsetning til rettslig (f.eks. Mabo (nr 2)) eller administrativ (f.eks. NNTT) fastsettelse av innfødt hjemmel, der eksisterende rettigheter fastslås snarere enn at nye rettigheter tildeles.

457. Hele Arnhem Land innehas f.eks. av ett forvaltningsstyre.

458. Se definisjonen ovenfor i note 238. Uansett om urinnvånerland er tildelt som et resultat av landkrav eller er et overført tidligere reservat, har styrene en uavhengig funksjon ved å skulle finne frem til hvem som er tradisjonelle urinnvånereiere. Ved utøvelse av denne funksjonen kan de komme til andre resultater i dette spørsmålet enn Kommissæren for urinnvånerland.

459. Se definisjonen ovenfor.

måtte oppstå ved tildelingen og virkningen av kravet for regional utnyttelse av landområdet. Kommissæren må ta hensyn til hvor ønskelig det er at urinnvånere sikres besittelse av tradisjonelle landområder som de bor på og hvor ønskelig det er å imøtekomme ønsker fra urinnvånere som er fratatt sine rettigheter om å flytte inn på sitt tradisjonelle landområde. Ved mottakelse av kommissærens rapport og anbefaling må departementet vurdere den og avgjøre om landområdet bør tildeles. I bekreftende fall anbefaler departementet overfor generalguvernøren at han tildeler landområdet og generalguvernøren gjør så det. Etter tildelingen blir landområdet urinnvånerland. Krav om landrettigheter vil da ikke kunne fremmes i henhold til loven etter 4 juni 1997.⁴⁶⁷ Som tidligere nevnt, har denne revurderingsbestemmelsen skapt press på finansieringskildene fra urinnvånere som ønsker å kjøpe beiterettigheter for å kunne gjøre krav på dem i henhold til loven⁴⁶⁸ og viser årsaken til protestene mot ATSIC utdeling av landområdemidler fra sørlig urinnvånerhold og forbudet mot krav på landområder kjøpt med bistand av ILC (behandlet ovenfor).

6.4.7.2.6 *Bruk av urinnvånerland*

Forvaltningsstyrene kan tildele leieretter eller tillatelser vedrørende urinnvånerland, men det stilles spesielle krav avhengig av hvilken kategori mottakeren er i.⁴⁶⁹ Leieavtaler og tillatelser til urinnvånere, landområdestyrer eller sammenslutninger for bolig-, forretnings- eller lokalsamfunnsformål gjeldende for inntil 21 år, eller til offentlige myndigheter for allmenne formål, til misjoner for misjonsformål eller «til enhver person for ethvert formål» for inntil 10 år er tillatt. Lengre løpetid krever samtykke av departementet. Loven gir anledning til at staten (føderasjonen og delstaten) fortsatt skal kunne råde over og bruke urinnvånerland dersom slik bruk forekom på det tidspunkt hjemmel som urinnvånerland ble gitt. Det skal betales leie hvis statens råderett og bruk ikke skjer til fordel for et lokalsamfunn. En svakere form for fortsatt bruk er gitt misjoner.⁴⁷⁰ Det er forbudt å begi seg inn på urinnvånerland, unntatt i forbindelse med utøvelse av funksjoner i henhold til loven, for å få adgang til områder som er leid eller der det er gitt rett til gruvedrift, under utøv-

460. Både «tradisjonelle urinnvåneriere» og «andre urinnvånere med interesser i landområdet» vil for eksempel bli berørt av et forslag om gruvedrift på et bestemt område. Urinnvånere i et videre område kan for eksempel bli berørt av tiltak for transport i forbindelse med gruvedriften.

461. Kommissæren for urinnvånerland skal være dommer i Forbundsdomstolen eller i Northern Territorys høyesterett. Den nåværende kommissæren er også presiderende medlem av NNTT.

462. Dvs. landområder som ikke er overdradd noen til eie.

463. Uttrykket «kronland» inkluderer utleide statlig beiteområder.

464. I 1980-årene førte denne definisjonen til at myndighetene i Northern Territory i et mislykket forsøk på hindre landkrav utvidet grensene for Darwin by (befolkning rundt 70.000) slik at byen dekket et område større enn Stor-London. Denne bruken av byplanlovgivningen fant kommissæren var ugyldig.

465. I 1980-årene gjennomførte myndighetene i Northern Territory et vellykket forsøk på å unngå landkrav når det gjaldt nasjonalparkene ved å slutte med å reservere landområdet for slikt formål og opprette et særskilt organ som fikk hjemmel til nasjonalparkene. Denne praksisen gjorde jorden til «overdradd kronland» der urinnvånere ikke hadde alle rettigheter og interesser, og dermed kunne den ikke være gjenstand for krav.

466. Administratoren oppnevnes av den føderale regjeringen som titulær øverste myndighet i Northern Territory.

467. Krav fremsatt før denne dato vil bli vurdert av kommissæren etter denne dato.

468. Mens beiterettigheter kan være dyre, er de fra urinnvånerens synspunkt en klart mindreverdige form for hjemmel til urinnvånerland. Leierytter har meget svakere muligheter for å protestere mot gruvedrift enn tradisjonelle urinnvåneriere, og leieforholdet kan omgjøres av delstaten. Leieforholdene er også undergitt en fortjenesteorientert forvaltningsplan i henhold til beitemarkloven (for Northern Territory) av 1992.

else av tradisjonell rett til befinne seg der eller i henhold til gjeldende lovbestemmelser i Northern Territory. Lov om urinnvånerland (Northern Territory) av 1978 gir rett for offentlige tjenestemenn og andre nærmere bestemte personer til å begi seg inn på området og inneholder regler for utstedelse av adgangstillatelser fra tradisjonelle urinnvånereiers eller landområdestyrers side.

6.4.7.2.7 *Gruvedrift på urinnvånerland*

Selv om mineraler og olje og gass på urinnvånerland eies av kronen, har tradisjonelle urinnvånerlandeiere betydelig kontroll over ressursutnyttelsen. Før 1987 ga loven tradisjonelle urinnvånerlandeiere anledning (gjennom landområdestyrene) til å gi samtykke (eller nekte samtykke) til tildeling av så vel lete- som utvinningsrettigheter over landområdene deres. Press fra næringslivet førte imidlertid til at retten ble begrenset til kun letestadiet: siden 1987 anses tradisjonelle urinnvånerlandeiere som har gitt samtykke til en lete-tillatelse, også å ha samtykket til at det gis utvinningstillatelse dersom det gjøres funn.⁴⁷¹ Letetillatelser kan ikke gis med mindre både departementet for urinnvåner- og Torres-stred-øyboersaker og vedkommende styre⁴⁷² samtykker i det (selv om det er forbehold om tildeling uten deres samtykke hvis Generalguvernøren erklærer at det kreves av nasjonale interesser). styret og utvinneren må inngå avtale om vilkårene i utvinningstillatelsen. Det er grenser for forhold som kan bringes inn i en slik avtale. Hvis det eneste stengsel for samtykke er utvinningsvilkårene, avgjøres saken ved voldgift. Utvinneren må inngå en særskilt avtale med styret om vilkårene som utvinningen vil foregå under.⁴⁷³ Hvis enighet ikke oppnås, blir saken henvist til voldgift. Departementet må også gi samtykke til tildeling av gruverettigheter. Det har myndighet til å kansellere en avtale hvis letevirksomheten eller utvinningen ikke foregår i samsvar med de opprinnelige forslagene.

Loven foreskriver to typer lete- og utvinningsrelaterte vederlagsordninger. En er systemet med betaling av «royaltyekvivalenter» til ABTA (behandlet ovenfor), som tilgodeser tradisjonelle urinnvånerlandeiere og andre. Vederlag betales også etter lete- og utvinningsavtaler. Styret må fordele beløpene i samsvar med avtalen eller (hvis avtalen ikke spesifiserer hvordan dette skal gjøres) utbetale dem til urinnvånerorganisasjoner hvis medlemmer berøres av avtalen. Loven begrenser hva som kan betales etter slike avtaler til erstatning for skade eller ulempe forårsaket av letevirksomhet eller utvinning. Det skal ikke betales avgift for samtykke som gis av styret eller tradisjonelle urinnvånerlandeiere; å tilby slik betaling er straffbart.

469. Under enhver omstendighet må det foreligge en skriftlig beslutning fra vedkommende landområdestyre. Det kan ikke fattes noen slik beslutning før styrets konsultasjonsforpliktelser er oppfylt og de tradisjonelle urinnvånereierne har gitt sitt samtykke. Styret må også finne det godtgjort at betingelsene som tildelingen skjer på, er rimelige.

470. Denne retten kan sies opp av forvaltningsstyret med 12 måneders varsel.

471. I Australia er det svært sjelden at letevirksomhet fører til funn av mineraler eller olje eller gass. Når det er nødvendig å investere store summer i letevirksomhet, anså bransjen risikoen for å bli nektet utvinningsrettigheter som et betydelig disincitiv til å foreta slike investeringer. Vanskeligheten med å forutse funn og deres drivverdigheit (og derfor hvordan den fremtidige driften vil bli) på letestadiet kan bety at det er mest sannsynlig at styrene vil nekte utvinnerne samtykke etter oppdrag fra tradisjonelle urinnvånerlandeiere som ønsker flere opplysninger før de er rede til å gi samtykke til utvinning.

472. Styret kan bare gi samtykke hvis det blir instruert om det av tradisjonelle urinnvånerlandeiere: se behandlingen ovenfor. Det er en bestemmelse om at «samtykke anses gitt» hvis styret verken har gitt eller nektet samtykke innen tidsfristen. Hvis styret nekter samtykke, pålegger loven et fem års moratorium for søknader om tillatelser i vedkommende område. Moratoriet kan forkortes til to år i særlige tilfeller.

473. Dette må skje innen 12 måneder (hvis ikke fristen forlenges ved avtale).

6.4.7.2.8 *Stengning av sjøområder og vern av hellige steder*

Lov om urinnvånerland (Northern Territory) av 1987 gir regler for stengning av sjøområder innen to kilometer fra urinnvånerland for alle andre enn urinnvånere som har rett til å begi seg inn på og bruke slike sjøområde i samsvar med urinnvånertradisjon.⁴⁷⁴ Reglene administreres av Kommissæren for urinnvånerland. Den føderale loven forbyr opphold på steder som er hellige,⁴⁷⁵ enten stedet ligger på urinnvånerland eller ikke, med mindre oppholdet har hjemmel i loven eller en Northern Territory-lov eller det gjelder en urinnvåner i samsvar med urinnvånertradisjoner.⁴⁷⁶ Lov om urinnvånernes hellige steder (Northern Territory) av 1989 regulerer opphold på slike steder og oppretter et organ som har vern av slike steder blant sine oppgaver.⁴⁷⁷

6.4.7.3 *Behovsbaserte krav om landrettigheter i Northern Territory*

6.4.7.3.1 *«Folket som landrettighetene glemte»*

De opprinnelige forslagene til landrettigheter i Northern Territory åpnet for landkrav på basis av så vel behov som tradisjonelle rettigheter. Bestemmelsene ble imidlertid utelatt i den føderale loven. Urinnvånere med bosetnings- eller historisk tilknytning til leid beiteland kan ikke fremsette krav på rettigheter til landet etter den føderale lov om landrettigheter for urinnvånere (Northern Territory) av 1975.⁴⁷⁸ Imidlertid gir lov om beiteområder (Northern Territory) av 1992 anledning til tildeling av «bosetningsområder for lokalsamfunn» («utskjæringer») innenfor grensene for utleide beiteområder til urinnvånere med ikke-tradisjonell tilknytning til landområdet.

6.4.7.3.2 *Regler for tildeling av «bosetningsområde for lokalsamfunn»*

Den som søker om et bosetningsområde må være en urinnvåner som vanligvis har bodd på det utleide beiteområdet siden 1 januar 1968 og som kan påvise eksisterende behov for et bosetningsområde, en urinnvåner med historisk boligmessig tilknytning til det leide området som kan påvise slikt behov eller enhver annen urinnvåner med leietakerens samtykke. Søknader om bosetningsområde nærmere enn to kilometer fra en kveg- eller sauefarm kan bare fremsettes av en som har bodd som nabo til farmen siden 1978.

Søknad fremsettes for Departementet for landområder i Northern Territory.⁴⁷⁹ Departementet kan godta søknaden, hvilket fører til at tomt tilstås, eller henvise søknaden til et tribunal for bosetningsområder for lokalsamfunn (CLAT). CLAT består av en erfaren advokat oppnevnt av departementet og av medlemmer oppnevnt av et landområdestyre og en organisasjon for innehavere av beiteretter. Hvis søkeren og leietakeren kommer til enighet, skal CLAT avgjøre om avtalen dekker alle forhold som er relevante i forbindelse med søknaden og anbefale utskjæring av tomten fra det leide området og tildeling av den som bosetningsområde. I motsatt

474. Stengning av sjøområde er imidlertid ikke noe effektivt middel mot eksisterende rettighetshavere, for eksempel fiskere, som har tillatelser gitt før stengningen. Av denne grunn er den til marginal hjelp for urinnvånersamfunn som søker å bevare kontroll over sjøen utenfor landområdene sine.

475. «Et sted som er hellig for urinnvånere eller på annen måte av betydning i følge urinnvånernes tradisjoner...»

476. U hjemlet opphold er straffbart.

477. Ytterligere opplysninger om disse spørsmålene kan skaffes hvis Utvalget ønsker det.

478. Se behandlingen av landområder som det kan fremsettes krav om ovenfor.

479. Søkere kan være representert av landområdestyret.

fall må CLAT avgjøre om søkeren er kvalifisert til å søke om bosetningsområdet og om utskjæring av området vil føre til urimelig reduksjon i beiteområdets økonomiske muligheter. CLAT må ta hensyn til betydningen for søkeren av at søknaden innvilges, rimeligheten av størrelsen på det omsøkte bosetningsområdet, den sannsynlige virkning på andre beboeres dagligliv og virkningen av en tildeling på den økonomiske driften av det leide området. CLAT kan anbefale utskjæring av området eller av et annet areal eller at det ikke skal skje noen utskjæring. Den endelige avgjørelse treffes av departementet i Northern Territory, som kan godta CLATs anbefalinger eller forkaste dem. Det er begrenset grunnlag for anke til Høyesterett. Departementets skjønn på to trinn av prosessen kan hindre søknadene. Begrensningene for søknader om områder nær kveg- eller sauefarmer og CLATs vurdering av «dagligliv»-spørsmål kan føre til at urinnvåneres «station»-samfunn kan bli bedt om forflytte seg.

6.4.7.3.3 *Hjemmel og hjemmelsinnehavere*

Hvis søknaden fører frem, resulterer den i tildeling av selveierhjemmel. Tildeling er undergitt forbehold fra myndighetenes side om viktige offentlige tjenester (f.eks. krafttilførsel), veier og samferdselsanlegg. Stort sett er området beskyttet mot ekspropriasjon fra Northern Territory-myndighetenes side bortsett fra til formål som kommer inn under viktige offentlige tjenester. Søkerne må danne en sammenslutning i henhold til Northern Territorys lover eller føderale lover, eller godkjenne en eksisterende sammenslutning som innehar av hjemmelen. Hjemmelen kan ikke overføres uten departementets samtykke, og departementet kan ikke samtykke i tildeling av andre rettigheter til området (bortsett fra viktige offentlige tjenester), med mindre bosetningsområdet skal tas i bruk igjen etter å ha vært «abandonert». Et bosetningsområde anses som abandonert når ingen av søkerne eller medlemmer av sammenslutningen som innehar hjemmelen har rådd over området som sitt hovedbosetningsområde i de fem foregående år.

6.4.7.3.4 *Gruvedrift*

Stort sett kan hjemmelssammenslutningen forhindre letevirksomhet eller gruvedrift på et landområde innen én kilometer fra et utpekt sted (vanligvis der hus befinner seg). Eksisterende gruverettigheter berøres ikke av denne regelen. Det er også mulig å få resten av bosetningsområdet holdt fritt for gruvedrift, en fritakelse som ikke kan oppheves uten hjemmelshaverens samtykke og godkjennelse av Northern Territorys administrator.

6.4.7.4 *Landrettigheter i Queensland*

6.4.7.4.1 *Bakgrunn og oversikt*

Lovgivningen om landrettigheter i Queensland er komplisert og bare mulig å forstå på bakgrunn av dens politiske tilblivelsesmåte. Delstatsmyndighetene har konsekvent nektet å innta en systematisk holdning (en holdning som gjenspeiler urbefolkningens ønsker) til landrettigheter og har i stedet vedtatt en rekke lover som innebærer tildeling av forskjellige mangelfulle hjemler og metoder for å endre disse til andre, mindre mangelfulle hjemler. Historisk sett har delstatsmyndighetene hatt et motsetningsforhold til urbefolkningens organisasjoner som har basis i landområdeforhold. Det er bare Cape York Land Council og FAIRA Aboriginal Corporation som har en etablert profil i dag.⁴⁸⁰

I 1970-årene bodde urbefolkningen i Queensland på reservater under et patriarkalsk «beskyttelses»-regime.⁴⁸¹ Reservater ble tildelt formynderorganisasjoner (oppnevnt av myndighetene eller misjoner) til «beste for urinnvåner- og øyboerinnbyggere» i henhold til lov om landområder (for Queensland) av 1962. Den konservative delstatsregjeringen omgjorde eller endret imidlertid skamløst reservatene til fordel for andre brukere av områdene (særlig utvinnere).⁴⁸² Queenslands beskyttelseslover var så ekstreme at Forbundsparlamentet vedtok lov om urinnvånere og Torres-stred-øyboere (Queenslands diskriminerende lovregler) av 1975 for å kunne overstyre dem og lov om urinnvånere og Torres-stred-øyboere (selvstyre for Queenslands reservater og lokalsamfunn) av 1978 for å gi adgang til opprettelse av selvstyrråd.⁴⁸³ Queensland klarte å hindre anvendelse av de to sistnevnte lovene på to misjonsreservater, Aurukun og Mornington Island, ved å tilbakekalle opprettelsen av reservatene og så vedta lov om lokalstyre (urinnvånerland) (Queensland) av 1978 for å kunne tildele dem som leieforhold for 50 år til lokale landdistriktstyreter.⁴⁸⁴

I 1984 endret Queensland loven om landområder (Queensland) av 1962 til å åpne for tildeling av tidligere reservater som «deeds of grant in trust» («DOGITer») til urinnvåner- og Torres-stred-øyboerråd og vedtok lov om kommunale tjenester (urinnvånere)(Queensland) av 1984 og lov om kommunale tjenester (Torres-stred-øyboere)(Queensland) av 1991 som ga styrene myndighet som kommunale organer. DOGIT er en form for tildeling av landområde for offentlig formål som fremdeles kan skje til urbefolkningen. De fleste tidligere reservatene og noen ytterligere landområder ble tildelt som DOGITer i slutten av 1980-årene. I 1991 kjørte en arbeiderpartiregjering lov om landområder for urinnvånere (Queensland) av 1991 og lov om landområder for Torres-stred-øyboere (Queensland) gjennom parlamentet uten å konsultere urbefolkningen.⁴⁸⁵ Disse lovene gir anledning til ytterligere omdanning av eksisterende urbefolkningshjemler til «urinnvånerland» eller «Torres-stred-øyboerland» som besittes av tillitsmannsorganer (som noen ganger er urbefolkningsråd) til beste for urinnvånere eller Torres-stred-øyboere i alminnelighet. Endelig kan urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland (sammen med andre landområder) tildeles tillitsmannsorganer for en *spesiell* urbefolkningsgruppe via en kravspesess.

480.ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 28-29. Begge er urinnvånerorganisasjoner. Frem til de ble godkjent som representative organer for innfødt hjemmel hadde ingen av dem lovbestemte funksjoner når det gjaldt landområder.

481.Garth Nettheim, «Laws which discriminate against Aborigines» i Nettheim (red) Aborigines, human rights and law, sitert i Heather McRae et al, Aboriginal legal issues, LBC, 1991, 20.

482.Wikfolket på den vestre delen av Cape York Peninsula har i nesten 20 år uten hell forsøkt å kjempe mot avståelse av en del av dets tidligere reservatland i Aukrun til en bauksittgruve: Corporation of the Director of Aboriginal and Islanders? Advancement v Peinkinna, (1978) 52 ALJR 286 og Wik Peoples v Queensland (utrykt Federal Court no QG 104/1993 ved dommer Drummond, 29 januar 1996). Se også behandlingen av lov om Aurukun Associates-avtalen (Queensland) av 1975 nedenfor.

483.Urinnvånere som forsøkte å påberope seg loven fant imidlertid at den konservative forbundregjeringen ikke var mottakelig for deres krav: Frank Brennan, Land rights Queensland style, UQP, 1992, 12.

484.Heather McRae et al, Aboriginal legal issues, Law Book Co, 1991, 154.

485.Frank Brennan, Land rights Queensland style, *"Hans Petter Buvollen: Sjølstyre og rettigheter i Nicaragua"* i kapitlene 5 og *"Jennifer Clarke: Den rettslige stilling for Australias urbefolkning – representative organer og landrettigheter"* i 6.

6.4.7.4.2 *Aurukun og Mornington Island*

Lov om lokalt selvstyre (urinnvånerland) (Queensland) av 1978 hjemler utleie når det gjelder Aurukun og Mornington Island til landdistriktstyrene som tillitsmannsorganer for innbyggerne for 50 år for \$ 1 pr år i leie. Styrene skal vedlikeholde landingsplasser for fly og andre statlige bygg eller anlegg.⁴⁸⁶ Grunn i byområder til bruk for spesifikke offentlige formål er unntatt fra leieforholdene. Leieforholdene kan fornyes hvis Guvernøren i statsråd⁴⁸⁷ finner det godtgjort at leievilkårene er oppfylt og at videre leie er ønskelig. Tømmer og steinbruddmaterialer er forbeholdt delstaten, men landdistriktrådene kan gi rett til bruk av slike ressurser innen distriktet. Bosatte urinnvånere med tradisjonelle rettigheter på distriktets område kan jakte på og felle lokalt dyreliv og ta bort tømmervirke og steinbruddmaterialer til husholdningsbruk. Styrene kan ikke fremleie, selge, utstede tillatelser i forbindelse med, pantsette eller ytterligere oppdele landdistriktområder eller erverve andre landområder uten tillatelse av Queenslands regjering.

Landdistriktstyrene i Aurukun og Mornington Island er vanlige kommunale organer.⁴⁸⁸ Et rådgivende og koordinerende utvalg bestående av representanter for Queenslands kommunaldepartement og departement for urinnvåner- og Torresstredøyboerforhold og det føderale departement for urinnvåner- og Torresstredøyboerforhold⁴⁸⁹ oppnevnes for hvert landdistrikt for å bistå landdistriktrådet med å utarbeide retningslinjer og med økonomisk styring og planlegging, og for å gi rådene veiledning når det gjelder lokale vedtekter og innbyggernes rettigheter og med rapportering til departementene.

Fastboende urinnvånere og deres avkom og ektefeller, den som utøver lovbestemte funksjoner til beste for de fastboende eller rådet og de som har rettigheter når det gjelder landområdet, har adgang til et utleid landdistriktområde. Det samme har guvernøren, generalguvernøren, prester, sosialarbeidere, leger og sykepleiere, parlamentsmedlemmer, valgkandidater og de som er i tjeneste hos fastboende urinnvånere. Ellers kan ingen oppholde seg i et landdistriktsområde uten at det er godkjent i lokale vedtekter. Rådene kan vedta lokale vedtekter⁴⁹⁰ som gir alminnelig eller begrenset adgang til området når de har forklart for «urinnvånere som er spesielt interessert i området» innholdet i, formålet med og virkningen av de foreslåtte vedtektene, når disse urinnvånerne har fått rimelig adgang til å redegjøre for sitt syn og gi sitt samtykke til de foreslåtte vedtektene og landdistriktrådet har gitt en måneds varsel om at vedtektene aktes gitt. Rådene kan bortvise personer som ikke har rett til å oppholde seg der eller personer som opptrer i strid med vedtekter fra distriktet og om nødvendig få dem fjernet med politiets hjelp. Bortvisning fratår en fastboende retten til å stille til valg til lokale tillitsverv inntil han eller hun igjen blir fastboende i henhold til loven. Bortviste personer kan klage til en spesiell magistrat.

Landdistriktsområdet regnes som offentlig sted når det gjelder rettshåndhevelse, og urinnvånerpoliti har ansvaret for å opprettholde ro og orden og håndheve loven og lokale vedtekter, under ledelse av vanlig politi. På veier innen landdistriktsområdet gjelder veitrafikkreglene for Queensland. Loven oppretter en særskilt prøveordning for alkoholkontroll i Aurukun ved en tradisjonelt sammensatt juridisk

486.Landingsplasser for fly og andre statlige tiltak utgjør en del av tildelingen.

487.Dvs regjeringen i Queensland.

488.I motsetning til vanlige lokale organer kan disse styrene imidlertid bare oppløses etter konsultasjoner mellom Queenslands departement for urbefolkningssaker og det føderale departement for urbefolkningssaker.

489.Medlemmene oppnevnes for treårsperioder og må godkjennes av alle tre departementer.

490.Vedtekter må være i samsvar med loven.

komité⁴⁹¹ og har gitt Mornington landdistrikt en generell tillatelse til å forsyne befolkningen med alkohol.⁴⁹²

6.4.7.4.3 'Deeds of grant in trust? («DOGITer») og utleie

DOGITer ble tildelt etter den tidligere lov om landområder (Queensland) av 1962 til tillitsmannsorganer (kommunale styrever i henhold til lov om kommunale tjenester),⁴⁹³ som vil kunne fjernes som tillitsmannsorganer av Guvernøren i statsråd dersom offentlige interesser tilsier det. DOGIT-områder er selveierland som besittes av styrene for all fremtid for et offentlig formål (interessene til urinnvåner- eller Torres-stred-øyboerbeboere). De kan ikke selges, men kan leies ut, pantsettes, overføres til kronen eller eksproprieres av Queensland når det gjelder mindre deler til bruk for veiformål og offentlige tjenester (ekspropriasjon av et helt område krever særskilt lovhjemmel). Tømmerprodukter og steinbruddsmaterialer (ikke-mineralsk stein og grus) er forbeholdt kronen. Områder som brukes til veier og av offentlige myndigheter er ikke inkludert i DOGITer, og leieforhold som har eksistert fra tidligere er beskyttet og unntatt. Før 1991 ga lov om urinnvånere og Torres-stred-øyboere (landbesittelse) av 1985 kronen adgang til å tildele leielandrettigheter innen et DOGIT⁴⁹⁴ til kvalifiserte fastboende medlemmer av urbefolkningen når styret eller en særskilt ankenemnd tillot det. Leierettighetene ble tildelt for alltid hvis arealet ikke var større enn ett hektar. Når et leieforhold var opprettet, mistet området sin status som DOGIT (selv om det fortsatt er undergitt de kommunale organers myndighet).

Etter lov om landområder (Queensland) av 1991, kan DOGITer fortsatt tildeles til fordel for Queenslands urbefolkning. At disse bestemmelsene fortsatt gjelder etter vedtakelsen av lov om urinnvånerland (Queensland) av 1991 og lov om Torres-stred-øyboereland (Queensland) av 1991 virker underlig. En slik DOGIT kan bare oppheves ved en formell lov, men tillitsmannsorganene kan fjernes av departementet hvis offentlige interesser tilsier det. Statseide bygg og anlegg kan forbys på DOGIT-områder. Styrever kan oppnevnes som tillitsmannsorganer. De kan ikke selge området, men kan overgi det til kronen, leie det ut for inntil 30 år eller pantsette det med departementets samtykke eller tildele treårs brukstillatelser for området.

6.4.7.4.4 Urinnvåner- og Torres-stred-øyboereland

Lov om urinnvånerland (Queensland) av 1991 og lov om Torres-stred-øyboereland (Queensland) av 1991⁴⁹⁵ inneholder ikke noen rolle for landområdestyrene, en ordning med midlertidig sammenslutninger for landkrav og permanente landeiende tillitsmannsorganer er foretrukket (de sistnevnte kan være styrever for urinnvånere eller Torres-stred-øyboere). Loven tillater omgjøring av eksisterende «urbefolkningsområder»⁴⁹⁶ til «urinnvånerland» eller «Torres-stred-øyboereland», og etablerer en begrenset kravsprosedyre.⁴⁹⁷ Store områder som besittes etter krav må imidlertid

491. Queensland er ikke den eneste rettskrets der urbefolkningen kan kontrollere tilgjengeligheten av alkohol på sitt område.

492. Begge disse alkoholordningene løper ut etter to år.

493. Hjæmmel til noen ubebodde Torres-stred-øyer ble tildelt Samordningsrådet for øyene: Frank Brennan, Land rights Queensland style, 84.

494. Eller på et urinnvåner- eller Torres-stred-øyboereservat.

495. De to lovene tilsvarer hverandre i det vesentligste.

496. De omfatter omkring 1,8 % av delstaten (3.100.000 hektar eller 31.000 kvkm): Frank Brennan, Land rights Queensland style, 148.

leies ut uten vederlag til myndighetene i Queensland til bruk som nasjonalparker. Det er ingen ordning for kjøp av landområder.

Det er to hovedkategorier urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland: «overført land» (område tildelt uten krav) og «tildelt land» (område tildelt i henhold til et krav som har ført frem).⁴⁹⁸ Hovedforskjellen ligger i hvem som tilgodeses: overført land besittes på vegne av urinnvånere eller Torres-stred-øyboere i sin alminnelighet, mens tildelt land besittes på vegne av de enkeltpersoner eller grupper som har fremsatt kravet. «Overført land» er hovedsakelig «overførbart land» (tidligere reservater og andre «urbefolkningshjemler» nevnt ovenfor) som er overført av departementet. Til tross for at loven krever at overføring skal skje så snart det er praktisk mulig, har lite overførbart land blitt overført.⁴⁹⁹ Ingen områder er blitt «tildelt land», selv om flere krav er anbefalt for tildeling av en spesiell nemnd og den tidligere statsråden hadde besluttet å tildele fem.⁵⁰⁰ Lovens holdning til rettighetene til de enkelte urinnvånere og Torres-stred-øyboere på urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland er potensielt selvmotsigende: den anerkjenner både tradisjonelle og historiske eller bosetningsmessige tilknytninger til områder, men lar tradisjon få fortrinnsrett under visse omstendigheter.⁵⁰¹ Ved dette kan den forverre spenningen mellom tradisjonelle og fastboende samfunn.

6.4.7.4.5 «Overførbart land» og «overført land»

«Overførbart land» omfatter DOGITer, reservater, områder i Aurukun og Mornington Island og «tilgjengelig kronland» som er erklært overførbart ved forskrift. «Tilgjengelig kronland» omfatter områder der ingen andre enn kronen har rettigheter, unntatt områder i byer eller tettsteder, områder forbeholdt offentlige formål, skogsreservater, veier, kvegruter, områder undergitt en spesiell gruvelov eller områder der en annen person har rett til å bli tildelt en rettighet.⁵⁰² Det omfatter nasjonalparker, grunnen under elver og innsjøer innenfor ellers tilgjengelig kronland og områder i tidevannsbeltet som er erklært som tilgjengelig kronland, men ikke sjøgrunn og farvann, selveiereiendommer, reservater for midlertidig bruk eller områder undergitt tillatelser, konsesjoner eller leieforhold tildelt av kronen. Et

497. Pr juni 1995 var det fremsatt krav i forbindelse med 2.292.829 ha (22.928 kvkm) eller 1,33 % av delstaten. 9 av de 31 områdene som det var fremsatt krav om, var nasjonalparker, 19 ikke overdragbart land, 2 var i tidevannsbeltet og ett var et tidligere urinnvånerreservat: Aboriginal Land Tribunal Report on operations for the year ended 30 June 1995, 2.

498. Urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland omfatter også områder som er leiet av urinnvånere.

499. 27 områder som omfatter 95.312 ha (953,12 kvkm) vesentlig reservatland er blitt overført. De overførte landområdene omfatter også en del av ett DOGIT-område og en del av et utleid Mornington Island distriktland: opplysninger gitt av Aboriginal and TSI Land Interests Program, Queensland Lands Dept. Det virker usannsynlig at overføringen av land vil bli opptrappet under en ny konservativ delstatsregjering.

500. Aboriginal Land Tribunal, Report on operations for the year ended 30 June 1995, vedlegg B.

501. Krav kan for eksempel, som behandlet nedenfor, fremsettes både når det gjelder overført land og andre landområder, noe som kan resultere i at de som fremsetter krav tar rettigheter fra andre av urbefolkningen med mindre «urinnvånere [eller Torres-stred-øyboere] som har et spesielt forhold til landområdet» (urbefolkning med spesiell tilknytning til området etter tradisjon eller sedvane eller urbefolkning som bor på eller bruker området eller naboerområder) protesterer eller området er et boligområde som departementet erklærer unntatt fra krav. Krav kan fremmes både på historisk, økonomisk eller kulturell grunn og på tradisjonell eller sedvanemessig bakgrunn, men tradisjonelle eller sedvanemessige krav gis forrang, og organer som skal inneha hjemmelen, er ofte etablert under henvisning til tradisjon eller sedvane. Til tross for dette kreves det at innehavere av hjemmel både til overført land og tildelt land skal konsultere «urinnvånere [eller Torres-stred-øyboere] som har et spesielt forhold til landområdet» om bruken av området.

hjemmelsdokument kan angi ansvar som «urinnvånere { eller Torres-stred-øyboere } som har et spesielt forhold til landområdet» erklærer seg villig til å påta seg. Etter å ha konsulterte disse, oppnevner departementet «grantees» (tillitsmannsorganer) som skal inneha hjemmelen. Herunder må departementet opptre i samsvar med tradisjon eller sedvane. Guvernøren tildeler selveierhjemmel til «grantees» som er etablert som et landforvaltningsstyre.⁵⁰³ Ytterligere områder kan tas med ved en tildeling hvis en betydelig majoritet av urinnvånere (eller Torres-stred-øyboere) som har et spesielt forhold til området er enig i det.

Tømmervirke og steinbruddmaterialer kan forbeholdes eller erverves av kronen hvis de allerede er unntatt fra overførbart land eller de ved forskrift blir erklært å være av vital interesse for delstaten.⁵⁰⁴ Tidligere eksisterende rettigheter (inklusive innfødt hjemmel⁵⁰⁵ og tillatelser til skogsdrift, men ikke offentlige rettigheter) vedrørende området er vernet. Myndighetene kan fortsatt råde over urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland uten å betale leie. Eieren av naboeiendommer har rett til adkomst over området på ruter som er godkjent av «grantees» eller fastlagt av områdenemnda.⁵⁰⁶ Overført land kan leies ut til urinnvåner eller Torres-stred-øyboer som har et spesielt forhold til området, til kronen eller (for 10 år, eller lenger dersom departementet samtykker) til annen person. «Grantees» kan gi samtykke til tildeling av en utvinningsrett, påhefte en servitutt, overgi arealer til delstaten eller inngå avtale med myndighetene angående tømmervirke eller steinbruddmaterialer. Dette kan de bare gjøre hvis innholdet i, formålet med og virkningen av det som er foreslått, er forklart urinnvånere eller Torres-stred-øyboere, disse har hatt rimelig tid til å gi uttrykk for sitt syn på saken og «grantees» har gitt ytterligere en måneds varsel om at de akter å gjennomføre vedkommende handling. Overført land er ellers ikke overdragbart og kan bare eksproprieres av Queensland i henhold til spesiell lov som bestemmer at det skal gis rimelig erstatning. Queenslands lover (unntatt vanlige kommunale vedtekter) gjelder for overført land på samme måte som for andre områder.

6.4.7.4.6 «Land som kan være gjenstand for krav» og «tildelt land»

«Land som kan være gjenstand for krav» omfatter overført land⁵⁰⁷ eller «tilgjengelig kronland» (se definisjonen ovenfor) som ved forskrift er erklært å kunne være gjenstand for krav. Myndighetene i Queensland kan således legge begrensninger på hvor meget ikke overført land som skal være tilgjengelig for krav.⁵⁰⁸ Overført land kan ikke være gjenstand for krav hvis forskriftene fastsetter at det ikke er det; dette kan inntreffe hvis området i første rekke brukes eller rådes over til beste for fastboende urbefolkning eller lokalsamfunnet eller hvis et betydelig flertall av urbe-

502.«Rettighet» omfatter andre rettigheter enn innfødt hjemmel og gruverettigheter. Således kan områder med innfødt hjemmel bli overført land. Innfødt hjemmel består imidlertid, som nevnt ovenfor, uavhengig av overføringen.

503.Et landforvaltningsstyre er den juridiske person som «grantees» opptre gjennom og som kan ha hjemmel til mer enn ett område. Det har en eiers rådighet. Et landforvaltningsstyre har en leder og (hvis det er mer enn én «grantee») en nestleder og den kan ansette medarbeidere eller gjøre bruk av konsulenter.

504.Når det er gitt slik forskrift, skal det betales rimelig erstatning til vedkommende «grantee».

505.Tildeling av urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland er således ikke uforenlig med innfødt hjemmel og opphever den ikke.

506.Områdenemnda er behandlet nedenfor.

507.Et krav ble fremsatt vedrørende et tidligere urinnvånerreservat i 1992 (Aboriginal Land Tribunal, Report on operations for the year ended 30 June 1995, 2), men ble senere trukket tilbake. Det er uklart om fraværet av krav når det gjelder overført land skyldes forsinkelser i overføringer av landområder.

folkning som har et spesielt forhold til området, er imot at krav skal kunne fremsettes.⁵⁰⁹

Landkrav kan fremsettes av urinnvånergrupper eller grupper av Torres-stred-øyboere⁵¹⁰ eller Torres-stred-øyboere enkeltvis på grunnlag av tradisjonell (når det gjelder urinnvånere) eller sedvanemessig (når det gjelder Torres-stred-øyboere) samhörighet, historisk tilknytning eller (unntatt når det gjelder nasjonalparker, tidligere DOGITer, Aurukun- eller Mornington Islanddistrikter) økonomisk eller kulturell betydning, og kan bygge på ett eller flere grunnlag.⁵¹¹ Krav må fremsettes før 21. desember 2006. Loven inneholder et «godkjennelseskrav» tilsvarende det som finnes i den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993 (behandlet ovenfor).⁵¹² Godtatte krav henvises til en særskilt områdenemnd.⁵¹³ Nemnda skal søke å utføre sine funksjoner på en rimelig, rettferdig, økonomisk og rask måte, under hensyntagen til urbefolkningens kulturelle og sedvanemessige anliggender. Den har adgang til å holde konferanser og til å godkjenne avtaler om ordning av krav.⁵¹⁴ Når den nye innfødt hjemmel-nemnda for Queensland er opprettet, vil nemnda kunne henvide krav som tar opp innfødt hjemmel-spørsmål til den.⁵¹⁵ Et tradisjonelt krav eller et sedvanemessig samhörighetskrav etableres hvis nemnda finner det godtgjort at den enkelte kravfremsetter eller medlemmer av gruppen som har fremsatt krav har «{forbindelse eller} felles forbindelse med området basert på åndelige og andre tilknytninger til, rettigheter i forbindelse med, og ansvar for området etter urinnvånertradisjon {eller Torres-stred-øyboertradisjon}». Et historisk samhörighetskrav etableres hvis nemnda finner det godtgjort at «gruppen har samhörighet med området, basert på at de eller deres forfedre i en lengre periode har bodd på eller brukt» området eller et område i distriktet. Ved avgjørelsen av et tradisjonelt (sedvanemessig) eller historisk krav, skal nemnda konsultere gruppens «eldste».⁵¹⁶ Et krav basert på økonomisk eller kulturell betydning etableres hvis nemnda finner det godtgjort at «godkjenning av kravet vil være til hjelp i gjenoppretting, vedlikehold eller forbedring av gruppens evne til selvutvikling, og selvtilitt og kulturell integritet». Ved avgjørelsen av et slikt krav skal nemnda ta hensyn til gruppens foreslåtte bruk av området.

Hvis et krav er etablert, anbefaler nemnda for departementet at området blir tildelt som selveiereiendom (tradisjonelle (sedvanemessige) eller historiske krav) eller som leid område⁵¹⁷ (krav basert på økonomisk eller kulturell betydning), med opplysninger om antallet urinnvånere eller Torres-stred-øyboere som får fordeler av tildelingen, de forpliktelser som kravfremsetterne vil påta seg hvis området blir tildelt, ulemper for andre som følge av en tildeling og tildelingens virkning på bruken

508.I årene 1991-95 har 52 områder tilgjengelig kronland vært erklært å kunne være gjenstand for krav i henhold til lov om urinnvånerland. Områdene omfatter 16 nasjonalparker, 34 områder med ikke overdradd land og 2 områder i tidevannsbeltet i nasjonalparker: (Aboriginal Land Tribunal, Report on operations for the year ended 30 June 1995, 2 og 15. I alt 286.300 ha (2.863 kvkm) landområder (hvorav 2.469.000 ha eller 24.690 kvkm er nasjonalparker) var gjort tilgjengelig for krav pr juni 1995. Ingen områder var gjort tilgjengelig for krav etter lov om Torres-stred-øyboerland: Queensland Lands Dept, Annual Report 1994-95, 32.

509.Forskrifter har fjernet en rekke områder overført land fra kategorien «områder som kan være gjenstand for krav».

510.De som fremsetter krav, kan søke om etablering som en landkravsammenslutning. En landkravsammenslutning blir oppløst hvis kravet ikke forfølges, eller hvis det avslås eller innvilges.

511.Av de krav som har vært gjenstand for nemndanbefaling om tildeling, var ett basert på historisk tilknytning og de andre på tradisjonell samhörighet.

512.Hvis registerføreren for landkrav finner det godtgjort at kravet er «lovlig fremsatt» (dvs at det er i samsvar med loven og formkravene og ikke gjelder områder som nemnda allerede har til behandling), skal han eller hun godta det og henvide det til områdenemnda. I motsatt fall skal registerføreren avvise det og underrette søkeren om hans eller hennes begrunnelse. Søkerne kan da klage til lederen for områdenemnda.

av landområdene i distriktet. Nemnda skal foreslå «grantees» som kan være tillitsmenn for vedkommende gruppe eller enkeltperson.⁵¹⁸ Nemnda kan behandle konkurrerende krav og kan anbefale tildeling til mer enn én kravfremsetter eller gruppe. Nemnda må imidlertid i sin anbefaling gi forrang til krav basert på tradisjonell (sedvanemessig) tilknytning fremfor alle andre krav og til krav som bygger på historisk samhörighet fremfor krav basert på økonomisk eller kulturell betydning.

Når nemnda anbefaler en selveiertildeling og departementet finner det godtgjort at området bør tildeles, blir hjemmelen gitt til «grantees» på vegne av vedkommende enkeltperson eller gruppe og deres forfedre og etterkommere. Hjemmelen spesifiserer hvilke forpliktelser i forbindelse med området som urbefolkningen har vedtatt å påta seg. Hvis nemnda anbefaler et leieforhold og departementet finner det godtgjort at området bør tildeles, innehas hjemmelen på vegne av vedkommende enkeltperson eller gruppe og deres forfedre og etterkommere, den viser de vilkår som nemnda har foreslått og den spesifiserer hvordan området kan brukes og de vedtatte forpliktelser. Departementet oppnevner «grantees» i samråd med kravfremsetterne og (unntatt under helt spesielle omstendigheter) i samsvar med urinnvånertradisjon (Torres-stred-øyboersedvane). Guvernøren tildeler så eiendomsretten eller leieforholdet, som gjør området til «tildelt land». «Grantees» opprettes som et landforvaltningsstyre.⁵¹⁹ Tilleggsområder kan inkluderes når et betydelig flertall av «urinnvånere (eller Torres-stred-øyboere) som har et spesielt forhold til hvert landareal» er enig i at dette skal skje.

Eiendomsretten til ressurser på tildelt land er praktisk talt den samme som på overført land, kontrollen med bruken av området og lover og regler er de samme, og tildeling av land verner også innfødt hjemmelrettigheter. Hvis tildelt land omfatter en nasjonalpark, gjøres tildelingen på betingelse av at «grantees» leier ut området for alltid til Queensland for forvaltning etter lov om naturvern (Queensland) av 1992. Et styre med deltakelse av urbefolkningen opprettes for hver park. Departementet skal, i samarbeid med styret og i samråd med urbefolkning som har et spesielt forhold til området utarbeide en parkforvaltningsplan. Når dette gjøres, skal departementet (etter at det er tatt hensyn til lov om naturvern) opptre i samsvar med urinnvånertradisjon (Torres-stred-øyboersedvane). Allmennhetens rettigheter

513. Nemnda har en fulltids leder og deltids nestledere (advokater med fem års erfaring) og deltids medlemmer (som har kunnskaper om urinnvånere eller deres tradisjoner eller som har erfaring på høyt nivå fra næringsliv, frie yrker eller offentlig forvaltning) oppnevnt av Guvernøren i statsråd. Det konstitueres med enten ett medlem (lederen eller en nestleder) eller tre medlemmer (lederen eller en nestleder og to andre, en med erfaring når det gjelder urinnvånere og en med erfaring fra næringsliv/offentlig forvaltning). Det er atskilte urinnvåner- og Torres-stred-øyboer-områdenemnder, men det er ikke fremsatt noen krav vedrørende områder på Torres-stred-øyene.

514. En slik avtale (mellom parter som konkurrerer om fremsatte krav) har vært godkjent i en kravsprosess.

515. De to nemndene vil også ha anledning til å utveksle bevis.

516. De som etter urinnvånertradisjon eller Torres-stred-øyboersedvane er anerkjennes som gruppens eldste. I det sørlige og østre Australia er betegnelsen «eldste» ofte brukt for å beskrive eldre urinnvånere med tradisjonell myndighet eller myndighet i lokalsamfunnet.

517. Evigvarende leieforhold eller leie i et bestemt antall år.

518. Når den gjør dette, skal nemnda (unntatt under helt spesielle omstendigheter) opptre på en måte som er i samsvar med urinnvånertradisjon (Torres-stred-øyboersedvane) og oppfatningene til vedkommende urinnvånergruppe (eller Torres-stred-øyboergruppe) hvis de er i samsvar med urinnvånertradisjon (Torres-stred-øyboersedvane). Dette kravet om at det skal tas hensyn til tradisjon gjelder uansett grunnlaget for kravet.

519. Se behandlingen av landforvaltningsstyrer ovenfor.

i forbindelse med nasjonalparker påvirkes ikke av at et område blir urinnvånerland eller Torres-stred-øyboerland.

6.4.7.4.7 *Kommunalt styre og rettsvesen på «landforvaltningssområder»*

Queensland forvaltet reservatene som særskilte territoriale enheter under streng kontroll av delstatens myndigheter. Denne bakgrunnen gjenspeiles i lov om kommunale tjenester (urinnvånere)(Queensland) av 1984 og lov om kommunale tjenester (Torres-stred-øyboerne)(Queensland) av 1984, som oppretter urinnvånerstyrer og Torres-stred-øyboerstyrer og -domstoler og hjemler bruk av urinnvåner- og Torres-stred-øyboer-politi i «landforvaltnings-områder» (urbefolkningsområder bortsett fra Aurukun og Mornington Island). Styrene er sammensatt av urinnvånere eller Torres-stred-øyboere valgt hvert tredje år av de fastboende i landforvaltningssområdet (inklusive ikke-urbefolkning). De styrer i samsvar med vedkommende urbefolknings sedvaner og praksis, vedtar og håndhever vedtekter i forbindelse med et bredt spekter av forhold når det gjelder offentlig ro og orden, velferd, planlegging, utvikling og kommersielle forhold, inklusive alkoholpolitikk, kommunale bedrifter og offentlig helsestell.⁵²⁰ Vedtektene må godkjennes av Guvernøren i statsråd.⁵²¹ Styrene har myndighet til å delta i næringsvirksomhet, meddele tillatelser og ilegge avgifter. De kan oppløses av Guvernøren i statsråd og erstattes av en administrator. Styrenes finanser er strengt regulert⁵²² og gjenstand for revisjon og rapporteringsprosedyrer.

Styrene innsetter urinnvånere eller Torres-stred-øyboere som politistyrke for å opprettholde ro og orden i henhold til vedtekter og for å utføre andre funksjoner i landforvaltningssområder. Disse politistyrkene arbeider under ledelse av vanlige polititjenestemenn.⁵²³ Urinnvåner- eller Torres-stred-øyboer-domstoler er sammensatt av dommere eller rådsmedlemmer⁵²⁴ som er urinnvånere eller Torres-stred-øyboere og granskes og veiledes av magistrater. De har myndighet når det gjelder brudd på vedtekter, tvister som er underlagt det fastboende samfunns «kutymene og sedvaner»⁵²⁵ og forhold som er overlatt dem ved forskrift. Domsmyndigheten omfatter også andre enn medlemmer av urbefolkningen som har begitt seg inn i et landforvaltningssområde. Den som er dømt av urinnvåner- eller Torres-stred-øyboer-domstoler kan anke til de vanlige domstoler.

Et Samarbeidsråd for urinnvånere og et Samarbeidsråd for Torres-stred-øyboere består av lederne og ett medlem av hvert råd. Samarbeidsrådenes funksjoner inkluderer å gi departementet råd i velferdssaker for urinnvånere eller Torres-stred-øyboere, velge medlemmer til Torres-stred-øyboernes næringslivsstyre (behandlet ovenfor), motta og anvende offentlige tilskudd og starte næringsvirksomhet til beste for urbefolkningen. Deres økonomiske myndighet og kontroll tilsvarende den som styrene har.

520. Vedtektene kan regulere lovbrudd som kan være gjenstand for bøter på \$ 500 eller mindre.

Rådene kan vedta standardvedtekter. I praksis bruker urinnvåner- og Torres-stred-øyboerråd ofte standardbestemmelser.

521. Dvs. Queenslands delstatsregjering.

522. Bruk av midler utover godkjente budsjetter er for eksempel ulovlig og kan føre til at individuelle rådsmedlemmer kan bli forpliktet til å refundere midler til rådet.

523. Vanlige polititjenestemenn har samme myndighet i landforvaltningssområder som ellers i Queensland; de kan også håndheve vedtekter.

524. Når rådsmedlemmer sitter som dommere, er det altså intet skille mellom lovgivende og dømmende myndighet.

525. Denne «tradisjonelle» rettsanvendelsen må anses som riktig av det fastboende samfunnet.

Avgjørelser som treffes under henvisning til slike «kutymene og sedvaner», er endelige (dvs at de ikke er gjenstand for anke).

6.4.7.4.8 Adgang til «landforvaltningsområder»

Lovene om kommunale tjenester gir adgang til offentlige steder på landforvaltningsområder for lovlige formål og alminnelig adgang for fastboende urinnvånere eller Torres-stred-øyboere og andre som utfører funksjoner som er fastsatt i lovgivningen. De hjemler besøk av myndighetenes tjenestemenn, prester, leger og velferdsorganisasjoner, parlamentsmedlemmer og kandidater ved valgene. Når «grantees» har konsultert urbefolkning som har et spesielt forhold til området, kan et råd vedta vedtekter som begrenser adgangen. Rådene og politiet kan utvise besøkende som ikke har rett til å være der. Fastboende medlemmer av urbefolkningen kan ikke tiltales for å ha fanget sjøprodukter eller dyr med tradisjonelle metoder for forbruk innen lokalsamfunnet.⁵²⁶ De kan utnytte tømmervirke eller steinbruddmaterialer i enkelte områder, og rådene kan gi tillatelse til utnyttelse av disse ressursene i noen tilfeller.

6.4.7.4.9 Gruvedrift på landområder som besittes av urbefolkning

Stillingen når det gjelder gruvedrift på urbefolkningens landområder er like komplisert som den ovennevnte historiske bakgrunnen viser. Alle mineraler og all olje og gass på urbefolkningens landområder i Queensland er forbeholdt kronen. Utvinningsrettigheter og andre leieforhold når det gjelder ressurser kan tildeles på overførbart land (inklusive reservater, DOGITer og Aurukun og Mornington Island landdistrikter) og land som det kan fremsettes krav vedrørende (inklusive overført land). Andre utleieforhold krever samtykke av delstatens departement for urinnvåner- og Torres-stred-øyboersaker. Departementet kan ikke gi samtykke med mindre det finner det godt gjort at utleien er til beste for urbefolkning som har et spesielt forhold til området eller (når det gjelder ikke overført land som det kan fremsettes krav vedrørende) at virkningen av utleien vil opphøre før landområdet tildeles.

Lov om mineralressurser (Queensland) av 1989 behandler overførbart og *størstedelen* av urinnvåner- og Torres-stred-øyboerland⁵²⁷ som «reservater»⁵²⁸ og deres «grantees» som «eiere». Vanligvis må «grantees» samtykke før de som vil drive letevirkosighet i mindre målestokk får komme inn på området.⁵²⁹ «Grantees» må også gi samtykke til *adgang* for innehavere av store utvinnings- og utbyggingstillatelser,⁵³⁰ og til *tildeling* av små utmål og store utvinningsrettigheter, men Guvernøren i statsråd kan gi tillatelse på deres vegne. En prosentvis andel av delstatens produksjonsavgifter fra mineraler og olje og gass på urinnvåner- og Torres-stred-øyboerland⁵³¹ (unntatt leid land som ikke tidligere har vært overført land) tilfaller «grantees» til beste for urbefolkningen som de besitter området på vegne av, særlig de som berøres av gruvedrift. En tilsvarende prosentdel tilfaller delstatens

526. Denne bestemmelsen rekker antakelig lenger enn en tilsvarende bestemmelse til fordel for innehavere av innfødt hjemmel i den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993.

527. Overført land og visse tildelte landområder (tidligere overført land og andre selveiereiendommer, men ikke leid land, land ervervet for urinnvånerne av kronen og nasjonalparkene). Leide landområder og ervervet tildelt land behandles som vanlige landområder. Nasjonalparker er «vernede områder» der utvinningsrettigheter ikke kan tildeles.

528. Lov om mineralressurser gjelder imidlertid for tidligere bestående leieforhold, fornyelser og rettsetterfølgende leieforhold for tildelt land som ikke tidligere var overført land på samme måte som den gjelder for alminnelige landområder.

529. Hvis en prospekter har søkt om et mindre utmål, kan Bergverksdepartementet gi samtykke på vegne av «grantees».

530. Mutingstillatelse gir rett til å besitte og evaluere en mineralforekomst.

531. 50 % av de første \$ 100.000, 25 % av de neste \$ 100.000, 16,66 % av de neste \$ 300.000, 10 % av de neste \$ 700.000 og 5 % av det overskytende.

departement for urinnvåner- og Torres-stred-øyboersaker til beste for Queenslanders urbefolkning.⁵³² Etter lov om Aurukun Associates av 1975, som gir rett til utvinning av bauksitt på Aurukun-reservater uten samtykke fra urinnvånerne eller misjonen, skal det betales produksjonsavgift⁵³³ til Aboriginal and TSI Affairs Corporation på vegne av urinnvånerne.⁵³⁴

6.4.7.5 Landrettigheter i New South Wales

6.4.7.5.1 Oversikt

Lov om landrettigheter for urinnvånere (New South Wales) av 1983 oppretter et New South Wales områdestyre for urinnvånere (delstatsstyre), 13 regionale områdestyret for urinnvånere (regionalstyret) og 118 lokale områdestyret for urinnvånere (lokalstyret)⁵³⁵ under stramme regler for forvaltning og kontroll av delstaten. Loven overdrar tidligere reservater til områdestyrene, gir områdestyrene anledning til å kjøpe og erverve landområder og oppretter en begrenset kravsprosedyre. Som i Queensland er omfanget av de landområder som kan kreves, undergitt myndighetenes skjønn. I motsetning til annen lovgivning i Australia overfører New South Wales-loven eiendomsretten til noen mineraler til urinnvånerne. Pr 1995 var rundt 1.500 kvkm land blitt urinnvånerland etter denne loven.⁵³⁶ Da bare 46 kvkm var tidligere reservatland,⁵³⁷ og 537,32 kvkm var tildelt som følge av krav om land,⁵³⁸ må mesteparten av urinnvånerland i New South Wales ha vært ervervet ved kjøp.

6.4.7.5.2 Områdestyret

Lokalstyret og deres områder er opprettet ved «lov om departementet for landrettigheter for urinnvånere av 1983».⁵³⁹ Reglene for lokalstyret blir godkjent av en særskilt registerfører, og loven har bestemmelser om møter og avstemningsregler. Medlemmene av lokalstyrene er myndige urinnvånere som bor i området og har søkt om medlemskap i lokalstyret, og urinnvånere med tilknytning til området som har fått sin skriftlige søknad om medlemskap godkjent av et lokalstyremøte. Lokalstyrenes funksjoner omfatter erverv, besittelse og avhendelse av landområder, søknader til delstatstyret om anskaffelse av landområder, iverksettelse av medlemmenes ønsker når det gjelder anskaffelse av land, forvaltning, bruk og avhendelse, opprettelse av foretak, behandling og anbefalinger til delstatstyret om søknader om bergverksrettigheter på området, fremsettelse av krav når det gjelder kronland, oppgradering og utvidelse av boligforholdene for urinnvånerne i området, forhandlinger med personer som ønsker å bruke området og megling i tvister mellom urinnvånere med deres samtykke. Lokalstyrene velger representanter til regionalstyret for området. Departementet oppretter et regionalstyreområde etter anbefal-

532. Midlene kan brukes til beste for urinnvånere som berøres av gruvedrift.

533. Produksjonsavgiften er 3 % av nettoavkastningen av gruen.

534. Produksjonsavgiften stammer fra avtale mellom direktoratet for fremme av urinnvåner- og Torres-stred-øyboerforhold og gruveselskapene: se Peinkinna's case og Wik Peoples v Queensland, se note 265 ovenfor.

535. ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 32

536. ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 33.

537. ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 32.

538. New South Wales-land overdradd som følge av 1075 godtatte krav er verdsatt til \$ 174.165.857 (kr 920.000.000): opplysninger gitt av Jeff Weiley, Manager, Aboriginal Land Claims Investigations, Dept of Land and Water Conservation, New South Wales, 15 februar 1996.

539. Etter loven er «departementet» i realiteten en lovbestemt juridisk person.

ing av registerføreren. Reglene for regionalstyrene godkjennes av registerføreren som fastsetter de grunnleggende saksbehandlingsreglene. Regionalstyrenes funksjoner er å føre en fortegnelse over lokalstyrene i sitt område, å bistå lokalstyrene i forberedelse av områdekrav eller forhandle om kjøp av landområder, å bistå lokalstyrene med regnskapsførsel, budsjettering og økonomisk rapportering og å bistå delstatstyret med megling i tvister mellom lokalstyrene, lokalstyrene og enkeltpersoner eller lokalstyremedlemmer.

Delstatstyret er en juridisk person bestående av fulltids lønnede urinnvånerstyremedlemmer, ett fra hvert regionalstyreområde, valgt av og blant lokalstyremedlemmer for perioder på fire år. Delstatstyrets grunnleggende saksbehandlingsregler er fastsatt i loven, og reglene for delstatstyret er godkjent av registerføreren. Dets funksjoner er å forvalte midlene omtalt under "*Konto for Styret for urinnvånerland i New South Wales*" i punkt 6.4.2.2.2 ovenfor og et fond for mottatt produksjonsavgift fra gruvedrift, å finansiere driften av lokalstyrene og regionalstyrene, å erverve landområder for seg selv eller på vegne av lokalstyrene, å administrere lokalstyrenes virksomhet med deres samtykke, å megle i tvister mellom lokalstyrene og/eller regionalstyrene eller mellom disse styrene og enkeltpersoner eller mellom individuelle medlemmer, å tildele eller låne midler til, eller investere på vegne av urinnvånere, å besitte eller avhende landområder, å føre kontroll med lokalstyrenes og regionalstyrenes økonomiske forhold og valg, å gi departementet råd når det gjelder spørsmål i forbindelse med landrettigheter for urinnvånere og å opptre som et representativt organ etter loven om innfødt hjemmel.

Delstatstyrets budsjett godkjennes av departementet. Regionalstyrenes og lokalstyrenes budsjetter godkjennes av delstatstyret. New South Wales-regjeringens revisjonskrav gjelder for regionalstyrene og lokalstyrene og New South Wales kan ikke lenger finansiere dem hvis de ikke overholder kravene eller hvis en gransker anbefaler opphør av finansieringen av et styre. Departementet kan oppnevne en gransker til å gå gjennom virksomheten til et områdestyre, også når det gjelder dyktighet og effektivitet. Guvernøren kan (på departementets anbefaling etter konsultasjon med delstatstyret) oppnevne en administrator for et regionalstyre eller et lokalstyre under særlige omstendigheter eller for delstatstyret. Departementet vil anbefale en slik oppnevning etter å ha mottatt en rapport fra en revisor eller en gransker som gir grunn til det. De som har verv i områdestyret må gå av når en administrator oppnevnes, og nye valg holdes. Administratorer utøver funksjonene til områdestyret så lenge de er oppnevnt og godtgjøres av delstatstyrets midler. Guvernøren har anledning til å erklære at delstatstyret har opphørt å fungere hvis departementet finner at det ikke har utført sine funksjoner. Etter en slik erklæring kan departementet avhende delstatstyrets eiendeler og påby dekning av gjelden. Departementet kan oppløse et regionalstyre eller et lokalstyre etter anbefaling av delstatstyret. Under slike omstendigheter overtar delstatstyret rollen til regionalstyret eller lokalstyret. Områdestyrene er offentlige myndigheter når det gjelder regler om innsyn og korrupsjon.⁵⁴⁰

540. New South Wales' regler om granskning og tvungen administrasjon behandles relativt detaljert her fordi de står i selve loven: lov om landrettigheter for urinnvånere (New South Wales) av 1983. I andre rettskretser kan liknende myndighet bli lagt til det offentlige på annen måte (for eksempel ved kommunale forskrifter eller sammenslutningsvedtekter).

6.4.7.5.3 *Overdragelse av tidligere reservatområder og erverv av landområder*

Loven overdrar til lokalstyrene alle «tidligere forvaltede områder»⁵⁴¹ (tidligere urinnvånerreservater) i lokalstyreområder.⁵⁴² Delstatstyret eller et lokalstyre kan kjøpe, leie, motta som gave eller besitte ethvert område på avtalte vilkår. I spesielle tilfeller kan departementet erverve områder (ved avtale eller ekspropriasjon) fra andre og overføre det til et områdestyre eller et annet urinnvånerorgan. Delstatstyret eller et lokalstyre kan bli bedt om å stille kjøpesummen til rådighet.⁵⁴³

6.4.7.5.4 *Landkrav*

Det kan fremsettes krav vedrørende områder som kan selges eller bortleies og områder forbeholdt et offentlig formål som ikke er lovlig brukt eller rådet over, ikke trenges eller sannsynligvis vil trenges til et samfunns viktig formål og ikke etter Departementet for landområders mening trenges eller sannsynligvis vil trenges til boligområder.⁵⁴⁴ Landområder som er undergitt krav om innfødt hjemmel etter loven om innfødt hjemmel eller New South Wales' lovgivning eller områder der innfødt hjemmel er funnet å foreligge, kan det ikke fremsettes krav vedrørende.

Delstatstyret kan fremsette landkrav på egne vegne eller på vegne av et eller flere lokalstyrer; et eller flere lokalstyrer kan fremsette krav vedrørende land i sitt område eller, med registerførerens samtykke, utenfor det. Krav fremsettes for registerføreren, som henviser dem til Departementet for landområder. Når et krav er knyttet til et område som kan selges eller leies ut, og departementet finner det godtgjort at det kan fremsettes krav vedrørende området, *må* det innvilge kravet ved å overføre området til et lokalstyre. Finner departementet det godtgjort at det ikke kan fremsettes noe krav, *må* kravet avvises. Departementet kan innvilge krav knyttet til et område avsatt til «samfunns viktig formål» ved å sette som vilkår at formålene oppfylles.⁵⁴⁵ Når et krav er knyttet til et «kvegdriftreservat»⁵⁴⁶ og departementet finner det godtgjort at urinnvånere har tradisjonelle rettigheter til eller lang tilknytning til området, *kan* det inngå avtale⁵⁴⁷ med områdestyret om tildeling av området forutsatt at områdestyret leier det tilbake til kronen for all fremtid vederlagsfritt. En slik avtale vil inneholde bestemmelser om deltakelse fra urinnvånerne side i forvaltningen av reservatet.

Når departementet avviser et krav vedrørende et område som kan selges eller leies ut, kan et lokalstyre eller delstatstyret anke til New South Wales' land- og miljødomstol, som kan beslutte overføring av området til lokalstyret med mindre departementet godtgjør at det ikke kan fremsettes krav vedrørende området. Domstolen *må* imidlertid godta departementets erklæring om at området trenges eller sannsynligvis vil trenges for boligformål eller samfunns viktige formål.

541.«Tidligere forvaltede områder» betyr områder lagt til Forvaltningsstyret for urinnvånerland, et organ opprettet ved lov om urinnvånere (New South Wales) av 1969 (som nå er opphevet).

542.Tidligere forvaltede områder i et område der det ikke er noe lokalstyre ble overført til delstatstyret i påvente av dannelsen av et lokalstyre.

543.Fra New South Wales Aboriginal Land Council Account (behandlet ovenfor).

544.Det er således enkelt for departementet å fjerne landområder fra kategorien «som det kan fremsettes krav vedrørende».

545.Lokalstyret *må* være enig i vilkåret.

546.Et offentlig område avsatt til bruk for kveg eller sauer som føres fra sted til sted. Kvegreservater brukes meget sjeldnere enn i tidligere tider.

547.Et avslag fra departementet kan når det gjelder inngåelse av slik avtale, ikke ankes.

6.4.7.5.5 *Hjemmel og områdeutnyttelse*

Hjemmel til overførte tidligere reservater gir full eiendomsrett, og i alminnelighet er dette tilfellet når det gjelder hjemmel tildelt etter et områdekrav. I den vestlige delen av delstaten representerer imidlertid den overførte hjemmelen et evigvarende leieforhold, standardformen for rettighetene til landområder i regionen. Leieforholdene kan være vederlagsfrie og kan ikke kanselleres uten etter samråd mellom «Lov om Departementet for landrettigheter for urinnvånerne av 1983», og departementet for landområder. Landområder ervervet ved kjøp eller på annen måte kan innebære full eiendomsrett eller også mindre omfattende rettigheter til området, avhengig av de rettigheter som er kjøpt eller ervervet på annen måte. Hjemmel til overførte områder og hjemmel tildelt som følge av krav inkluderer hjemmel til mineraler og andre ressurser unntatt gull, sølv, kull og olje og gass; hjemmel som følge av kjøp inkluderer ressurser som kronen eide tidligere, unntatt de fem nevnte mineralene.⁵⁴⁸ Landområder kan eies i fellesskap av mer enn ett lokalstyre. Hjemmel tildelt som følge av krav står tilbake for eventuelle tidligere eksisterende innfødte hjemmel-rettigheter.⁵⁴⁹

Områder som ligger under områdestyret kan bare eksproprieres av New South Wales i henhold til spesiell lov. Et områdestyres myndighet til å etablere mindre rettigheter i området (bortsett fra når det gjelder investering i formuesgjenstander) er begrenset. Det kan ikke disponere over et område som der det gjelder innfødte hjemmel med mindre den innfødte hjemmelen er blitt definert. Overføring av landområder mellom delstatstyret og lokalstyret er tillatt. Delstatstyret eller et lokalstyre (med samtykke fra delstatstyret) kan påhefte leieforhold og servitutter eller endre bruken av området.⁵⁵⁰ Delstatstyret kan selge, bytte, pantsette eller dele ut området hvis lokalstyret for området i møte erklærer at området ikke er av kulturell (tradisjonell eller historisk) betydning for urinnvånerne i området og bør avhendes.⁵⁵¹ Et lokalstyre kan avhende områder det eier på denne måten med godkjenning av delstatstyret.

Stort sett har områdestyrene samme styringsrett som andre grunneiere, inklusive rett til utnyttelse av privateide mineraler. Med unntak av gull, sølv, kull og olje og gass, gjelder bergverksloven (New South Wales) av 1992 og andre lovregler om naturressurser ikke for leting etter og utvinning⁵⁵² av ressurser som eies av områdestyret, og gruvedrift på områdestyrenes grunn er ikke tillatt uten områdestyrets samtykke.⁵⁵³ Det kan stilles vilkår for samtykket og det kan inkludere et vilkår om at utvinneren skal betale utvinningsavgifter eller produksjonsavgifter. Lokalstyrene kan samtykke i utvinning med godkjenning av delstatstyret eller, hvis delstatstyret

548. Da kull er den viktigste mineralforekomsten i New South Wales, er imidlertid områdestyrenes hjemmel til mineraler ikke av særlig økonomisk betydning. Ettersom New South Wales er den eneste delstaten som har beholdt betydelig privat eiendomsrett til mineraler, vil et områdestyre når det erverver et landområde ved salg eller annet erverv bare få hjemmel til ressurser som tidligere var eid av kronen. Alle privat eide ressurser forblir i privat eie.

549. Disse bestemmelsene sikrer at fremtidige tildelinger av områder fortsatt kan foretas. Hvis tildelingene ikke har noen innvirkning på innfødte hjemmel, gjelder ikke «fremtidige handlinger»-prinsippene i loven om innfødte hjemmel for dem. Ellers kunne fremtidig handlingprinsippene hindre en tildeling til en ikke-tradisjonell urinnvånergruppe som et lokalstyre.

550. Slike endringer må imidlertid ikke være i strid med vilkår som er fastsatt ved påheftet av leieforholdet eller servitutten.

551. 80 % av de fremmøtte lokalstyremedlemmene må stemme for en slik erklæring, og vedkommende departement må underrettes.

552. Bergverksrettigheter gitt før områdestyret ble eier av grunnen er imidlertid beskyttet og kan fornyes.

553. Dette kravet om samtykke ser ut til å gjelde selv der mineralforekomstene eies av andre private enn områdestyret.

nekter å gi samtykke, område- og miljødomstolen. Delstatstyret kan bare nekte å godkjenne et samtykke til utvinning gitt av et lokalstyre på grunnlag av at samtykket eller vilkårene som lokalstyret foreslår er urimelig for medlemmene av lokalstyret eller medlemmer av andre lokalstyret. Avgifter for utvinning på områdestyrets grunn betales til delstatstyret, som fører et eget regnskap for gruvedriftsavgifter. 40 % av midlene går til delstatstyret og resten til de lokalstyret der det foregår utvinning. Midlene kan også investeres.

6.4.7.5.6 Andre spørsmål

Lokalstyret kan forhandle med eierne og brukerne av landområder om rett for urinnvånere til å jakte, fiske og sanke på området. Hvis en grunneier eller bruker nekter, kan lokalstyret søke område- og miljødomstolen om slik rett. Den som nekter urinnvånere som har slik tillatelse adgang til området, gjør seg skyldig i en straffbar handling. Tvister mellom urinnvånere om områdekrav kan henvises til land- og miljødomstolen av registerføreren eller delstatstyret.⁵⁵⁴ Domstolen kan gi retningslinjer for løsning av tvisten, og brudd på slike retningslinjer er straffbart.

6.4.7.6 Landrettigheter i Victoria

6.4.7.6.1 Bakgrunn

I forrige århundre ble det opprettet misjonsstasjoner på reservatland i Victoria, men disse reservatene ble gradvis opphevet eller redusert. I 1970 var det bare to urinnvånersamfunn som bodde på områder som hadde beholdt sin status som reservat. Lovgivningen om landrettigheter i Victoria gjenspeiler denne historiske bakgrunnen. Det er ingen ordning som gjelder for hele delstaten. Isteden har seks separate lover bestemmelser om tildeling av spesifikke landområder, i alt bare 35 kvkm eller 0,1 % av delstaten.⁵⁵⁵ Hver lov har en forskjellig type hjemmel med forskjellige forvaltningsregler. Ingen har bestemmelser om landkrav. I tillegg til tildelinger i medhold av lovgivningen, er to urinnvånersamfunn etablert på innkjøpt grunn og den føderale regjeringen har overført hjemmelen til andre (tidligere føderale) områder til en organisasjon for urinnvånersamfunn.

6.4.7.6.2 Lov om landområder for urinnvånere (Victoria) av 1970

Denne loven bestemte at det skulle tildeles eiendomsrett til totalt 20 kvkm,⁵⁵⁶ som bestod av de to gjenværende reservatene, Lake Tyers og Framlingham. Det ble også tildelt evigvarende tillatelser til å råde over og bruke grunn som støter til elver og innsjøer. Hver tildeling er til et eget lokalsamfunnsbasert forvaltningsselskap opprettet i henhold til loven.

Hvert forvaltningsselskap består av urinnvånere som er oppført med navn i et bosetningsregister.⁵⁵⁷ Et forvaltningsselskap er inndelt i andeler eid av personer som er oppført i registeret. De opprinnelige medlemmene hadde rett til 1000 andeler.⁵⁵⁸ Det totale antall andeler kan endres på møte av alle medlemmene i forvaltningsselskapet. Skjer dette, er hvert medlem berettiget til samme forholdsmessige andel av det totale antall andeler som før økningen. Andelene er en form for

554. Tvister mellom et lokalstyre og et regionalstyre om krav skal først henvises til megling ved delstatstyret.

555. ATSI, Review of native title representative bodies 1995, 34

556. ATSI, Review of native title representative bodies 1995, 34

557. Mange personer med betydelig bånd til samfunnene ble utelukket fra disse registrene.

558. Eller 500 hvis vedkommende var under 18 år.

personlig rettighet. De kan overdras til forvaltningsselskapet, et annet medlem, kronen⁵⁵⁹ eller en ektefelle eller visse slektninger. Andeler kan ikke overføres til andre med mindre de først har vært tilbudt forvaltningsselskapet og forvaltningsselskapet ikke har ervervet dem innen en angitt frist. Deretter kan de overdras for samme pris som den som ble tilbudt forvaltningsselskapet. Det er ingen begrensninger når det gjelder erverv av andeler ved arv.

Forvaltningsselskapene er ikke gitt kommunal myndighet eller kommunale funksjoner. Hvert forvaltningsselskap har vide fullmakter som utøves av en valgt styringskomité. Forvaltningsselskapets landområder og annen eiendom er ikke «ikke overdragbare», men salg av eller andre disposisjoner over landområder krever enstemmig vedtak av forvaltningsselskapet. Et forvaltningsselskap kan ikke inngå avtale om utleie for mer enn 21 år, men det er ingen begrensninger når det gjelder hvem som kan gis leierett. Det er ingen spesielle bestemmelser i forbindelse med adgang, og ingen som omhandler gruvedrift eller annen ressursutvinning.

6.4.7.6.3 *Landtildelingene i Northcote*

Lov om urinnvånerland (Aborigines Advancement League) (Watt Street, Northcote) (Victoria) av 1982 og lov om urinnvånerland (Northcote Land)(Victoria) av 1989 tildeler tilgrensende jordstykker i tettbygde strøk til en eksisterende urinnvånerorganisasjon, the Aborigines' Advancement League.⁵⁶⁰ Begge tildelingene gir selveierhjemmel med klausuler om bruken. 1982-loven bestemmer at området skal brukes til et kultursenter for urinnvånere, og 1989-loven bestemmer at området skal brukes til «kultur- og rekreasjonsformål for urinnvånere». Bortsett fra disse bruksvilkårene er det ingen begrensninger når det gjelder salg av området eller tildeling av etterstående rettigheter. Begge lover forbyr tildeling av gruverettigheter på området med mindre hjemmelshaveren samtykker.⁵⁶¹

6.4.7.6.4 *Den føderale lov om urinnvånerland (Lake Condah and Framlingham Forest) av 1987*

Den føderale lov om urinnvånerland (Lake Condah and Framlingham Forest) av 1987 ble vedtatt på initiativ av regjeringen i Victoria, som ikke fikk sin lov igjennom i Victorias overhus.⁵⁶²

Hjemmel til hvert jordstykke gir full eiendomsrett, fri for tidligere rettigheter. Mineraler, olje og gass og steinbruddsmaterialer er imidlertid forbeholdt kronen. Organene som innehar hjemmelen er sammenslutninger i medhold av den føderale lov om styrer og sammenslutninger for urinnvånere av 1976. Når det gjelder Framlinghamområder, må medlemmene av hjemmelsorganisasjonen også ha bodd i Framlingham i ett år.

Landområdet kan bare overføres til en annen gruppe av urinnvånere som har slått seg sammen i samsvar med lov om styrer og sammenslutninger for urinnvånere av 1976, og bare hvis intet voksent medlem av hjemmelsorganisasjonen eller en komité av de eldste (behandlet nedenfor) protesterer. Sammenslutningene kan gi

559.Delstaten eller Forbundsstaten.

560.Organisasjonen er opprettet i henhold til delstatens lover om sammenslutninger.

561.Tildeling av rettigheter i denne delen av indre Melbourne er meget usannsynlig.

562.De fleste australske parlamentene har to kamre. Mens regjeringen må ha flertall i underhuset, har den ikke alltid kontroll i overhuset; følgelig hender det at regjeringens lovforslag ikke blir lov. Vedlegg 8 redegjør for føderasjonens adgang til å vedta «spesielle lover for mennesker av enhver rase». Som eksemplene som er gitt ovenfor om Queensland viser, er det ingen forfatningsmessige begrensninger for at det gis slike lover med virkning bare for én delstat.

leierett eller bevilning til enhver, men departementet må godkjenne et leieforhold for mer enn tre år til andre enn kronen eller en offentlig myndighet. Sammenslutningen har all forvaltningsmessig myndighet over området.

Hvert område har en komité av eldste. Komiteen består av medlemmer av sammenslutningen som av urinnvånernes tradisjon, praksis og samfunn anses som en komité av eldste.⁵⁶³ Komiteens vedtak er endelige og bindende for sammenslutningens medlemmer, og sammenslutningen må opptre i samsvar med vedtakene. Komiteen avgjør et vidt spekter av saker i tilknytning til steder av betydning, tradisjonelle landområder og bruk av ressurser. Den behandler tvister i forbindelse med tradisjon. Sammenslutningene kan gi vedtekter for et bredt felt av forhold: kulturelle virksomheter, forretningsforetak, kontroll av besøkende og vern og fredning av flora og fauna. Straff for brudd på vedtektene kan fastsettes i forskrifter. Sammenslutningene skal føre fortegnelse over hellige og betydningsfulle steder på landområdene de er tildelt.

Bergverkslovgivningen i Victoria gjelder for områdene. Enhver som vil drive bergverksdrift må imidlertid søke samtykke av hjemmelssammenslutningen. Det er straffbart å tilby vederlag for samtykke til gruvedrift uten departementets godkjenning. Sammenslutningen kan gi samtykke, med eller uten vilkår, eller nekte å gi samtykke. Dersom det går mer enn 120 dager uten at samtykke er gitt, anses avslag å foreligge. Det føderale departement for urinnvånerforhold må også erklære at sammenslutningen har fått rimelig anledning til å fremlegge forslag om vilkår for tildeling av rettigheter, og at betydningsfulle steder er forsvarlig vernet. Hvis sammenslutningen nekter å gi samtykke eller setter urimelige vilkår, underretter søkeren departementet, som er forpliktet til å forsøke å få i stand forlik. Hvis dette ikke fører frem, går saken til voldgift.⁵⁶⁴

6.4.7.6.5 *Andre landtildelinger*

Lov om urinnvånerland (Victoria) av 1991 tildeler tre små grunnarealer, og lov om urinnvånerland (Manatunga Land) av 1992 tildeler ett. Begge lovene er meget korte, gir full eiendomsrett og etablerer ikke omfattende forvaltningsordninger. 1991-loven tildeler hjemmel på betingelse av at området brukes til nærmere angitte kulturelle formål og til gravplasser. 1992-loven setter et vilkår om bruk av området til kulturelle formål. Etter begge lovene innehas hjemmelen av allerede eksisterende urinnvånerorganisasjoner. Etter 1991-loven kan ikke hjemmelshaveren overføre eller etablere etterstående rettigheter i området, mens 1992-loven ikke inneholder slike begrensninger. Vilkårene for bruken av områdene vil imidlertid begrense mulighetene til å disponere over området. I 1991-loven er det ingen særskilte bestemmelser om gruvedrift eller annen virksomhet på området; 1992-loven bestemmer at Victorias bergverkslovgivning gjelder.

6.4.7.7 *Landrettigheter i South Australia*

6.4.7.7.1 *Historisk bakgrunn*

I South Australia ble små reservater avsatt til «bruk og fordel for koloniens urinnvånerinnbyggere» i medhold av en av det britiske imperiums lover. De ble beholdt

563. Når det gjelder hjemmelsorganisasjonen for Framlingham, må minst halvparten av komiteemedlemmene være fastboende.

564. Voldgiftsmannen skal ta hensyn til den virkning gruvedriften kan få for tradisjonell livsstil og sedvanene i lokalsamfunnet, hvordan den kan berøre økonomiske og sosiale strukturer, og til miljøet. Voldgiftsmannens avgjørelse anses som sammenslutningens avgjørelse.

i delstatslovgivningen om kronland, urinnvånerforhold og sosiale forhold i lokalsamfunnet. Store reservater ble også opprettet i den nordlige og vestlige del av staten. I 1966 vedtok South Australia de første lovene som overførte urinnvånerreservater til et landforvaltningsstyre for urinnvånere. Lovene har overlevd til i dag, og har medført overføring av omkring 5.400 kvkm.⁵⁶⁵ Etter flere år med forhandlinger med to South Australia-regjeringer medførte lov om landrettigheter for Pitjantjatjara (South Australia) av 1981 at 102.630 kvkm⁵⁶⁶ av de nordvestre reservatene ble overført til Anangu Pitjantjatjara, en sammenslutning for pitjantjatjarafolket. Den tilsvarende lov om landrettigheter for Maralinga Tjarutja (South Australia) av 1984 tildelte 76.420 kvkm⁵⁶⁷ i sør til Maralinga Tjarutja, som representerte tradisjonelle eiere. Et annet viktig utviklingstrekk vedrørende Maralingaområdene har vært forhandlingene mellom urinnvånere, den føderale regjeringen og den britiske regjeringen om opprydding på de tidligere britiske atomprøveområdene i Maralingaregionen og erstatning til urinnvåner hvis helse og landområder ble berørt av atomprøvene.⁵⁶⁸ Ingen av South Australia-lovene har bestemmelser om saksbehandling for landkrav.

6.4.7.7.2 *Lov om et landforvaltningsstyre for urinnvånere (South Australia) av 1966*

Denne loven overførte reservater til Landforvaltningsstyret for urinnvånere. Hjemmelen kan gi hel eller begrenset eiendomsrett. Mineraler er forbeholdt kronen. Forvaltningsselskapet er et lovbestemt organ for hele delstaten. Det består av en leder som er urinnvåner og to andre urinnvånere oppnevnt av guvernøren.⁵⁶⁹ En representant for delstatsdepartementet skal være til stede på alle møter i forvaltningsselskapet.

Forvaltningsselskapet kan selge, leie ut, gi brukstillatelser til og pantsette områdene med departementets samtykke. Departementet kan ikke nekte samtykke med mindre det finner det godtgjort at handlingen medfører at nytten og verdiene av området for South Australias urinnvånere ikke tas vare på. Salg av område må også godkjennes av South Australias parlament. Leierettigheter eller brukstillatelser som er tildelt av forvaltningsselskapet kan ikke overdras til andre uten departementets samtykke. Forvaltningsselskapets politikk har vært å gi leierettigheter til alle dens områder til urinnvånersamfunn, deres organisasjoner og enkeltpersoner. Utleie til opprettede lokalsamfunnsråd for urinnvånere gjelder i 99 år med evigvarende rett til fornyelser. Det er ingen kontroll av adgangen til landforvaltningsområdene. Bergverkslovgivningen i South Australia gir imidlertid ikke rett til adgang til landforvaltningsområdene; det er ikke adgang for leting eller utvinning med mindre guvernøren proklamerer at slik adgang gis. Selv om landforvaltningsstyrene og urinnvånerne ikke har noen formell kontroll med utferdigelsen av slik proklamasjon, later det til at South Australias bergverksdepartement er av den oppfatning at tradisjonelle eieres samtykke er nødvendig. Hvis gruvedrift igangsettes, skal South Australia betale sin 2,5 % produksjonsavgift til forvaltningsselskapet til utvikling og forbedring av forvaltningsselskapets områder og til erverv av ytterligere områder.

565.ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 35

566.ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 34

567.ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 34

568.Flere detaljer om disse forhandlingene kan skaffes hvis Utvalget måtte ønske det.

569.Flere medlemmer kan oppnevnes etter anbefaling av urinnvånerråd og fastboende på landforvaltningsområdene.

6.4.7.7.3 *Lov om landrettigheter for Pitjantjatjara (South Australia) av 1981 og lov om landrettigheter for Maralinga Tjarutja (South Australia) av 1984*

Disse lovene foretok tildeling av landområder i selve lovteksten.⁵⁷⁰ Ytterligere områder ble tildelt etter en lovendring i 1991. Hjemmelen gir full eiendomsrett. Landet kan ikke tvangserves etter eksisterende South Australia-lov og er i denne forstand «ikke overdragbar». Mineraler tilligger delstaten South Australia. Begge lover oppretter reservater for offentlige veier. I medhold av Pitjantjatjara-loven ble en allerede eksisterende leierett til beiteland funnet å gjelde fortsatt som om den var tildelt av Anangu Pitjantjatjara og et felt med edelstener ble ansett som leiet ut av Anangu Pitjantjatjara til kronen for 21 år.

Anangu Pitjantjatjara er en juridisk person som omfatter «alle pitjantjatjaraer».⁵⁷¹ «Tradisjonell eier» betyr «en urinnvåner som i samsvar med urinnvånertradisjon har sosial, økonomisk og åndelig tilknytninger til og ansvar for landområdene eller deler av dem». Anangu Pitjantjatjaras myndighet blir utøvet av et arbeidsutvalg, bestående av en leder og 10 andre medlemmer valgt årlig. Anangu Pitjantjatjara skaffer seg kjennskap til tradisjonelle eieres ønsker og meninger og ivaretar deres interesser når det gjelder forvaltning og utnyttelse av landområdet, og skal søke å sette ønskene ut i livet så langt det er mulig. Anangu Pitjantjatjara skal ta hensyn til tradisjonelle eieres ønsker og konsultere dem angående enhver foreslått bruk av området. Det må ikke tillate en bruk av området med mindre det finner det godt gjort at de tradisjonelle eiere forstår innholdet av og formålet med forslaget, har hatt anledning til å uttrykke sin mening om det og samtykke i det. Maralinga Tjarutja er en juridisk person som omfatter alle tradisjonelle eiere av Maralingaland. «Tradisjonell eier» har samme betydning som i Pitjantjatjara-loven. Maralinga Tjarutja drives gjennom et råd av ledere for tradisjonelle eiere. «Leder» betyr «en som er anerkjent i samsvar med de tradisjonelle eieres sedvaner som en av deres ledere». Maralinga Tjarutja forvalter området på vegne av tradisjonelle eiere. Det må rådføre seg med tradisjonelle eiere og opptre på en måte som tar hensyn til deres sedvaner.

Alle pitjantjatjaraer har ubegrenset adgang til Anangu Pitjantjatjara-områdene, men andre trenger Anangu Pitjantjatjaras tillatelse. Alle tradisjonelle eiere har ubegrenset adgang til sine områder som besittes av Maralinga Tjarutja, men andre må ha Maralinga Tjarutjas tillatelse dersom de ikke er invitert av en tradisjonell eier. Det er straffbart å oppholde seg på områdene uten tillatelse. Begge lover fastsetter saksbehandlingsregler for oppholdstillatelser. Tillatelse gitt av innehaverne av hjemmelen kan være med eller uten vilkår og kan nektes. Allmennheten kan benytte bestemte veier for å reise over området hvis det er gitt melding om det på forhånd. Tidligere bestående rettigheter for visse personer til å oppholde seg på området gjelder fortsatt.⁵⁷² Polititjenestemenn og andre offentlige tjenestemenn, kandidater ved valg, parlamentsmedlemmer, de som er der på grunn av en krisesituasjon, og personer som er der i forbindelse med godkjent gruvedrift har rett til å oppholde seg på området.

Begge lover fastsetter en ordning for behandling av tvister mellom enkeltpersoner og hjemmelsinnehavere. Som enkeltpersoner kan tradisjonelle eiere av Pitjantjatjarafolket og Maralingafolket klage til en «stammedommer» over Anangu Pit-

570. Området var oppført som tilgjengelig for tildeling i et vedlegg.

571. «Pitjantjatjara» betyr «et medlem av Pitjantjatjara-, Yungkutjara- eller Ngaanatjarafolket» som er tradisjonell eier av hele eller deler av landområdet.

572. For eksempel fastboende i byområdet Cook og kaninjangere som drev kaninjakt da området ble tildelt.

jantjatjaras eller Maralinga Tjarutjas avgjørelser eller handlinger. Saksbehandlingen er uformell, og dommeren skal legge begge grupperes sedvaner og tradisjoner til grunn. Han kan gi anvisninger for løsning av saken eller henvise den tilbake til hjemmelsinnehaveren. En lokal domstol kan tvinge en person til å følge stammedommerens anvisning. Stammedommeren blir oppnevnt av delstatens departement for urinnvånerforhold og godkjennes av Anangu Pitjantjatjara eller Maralinga Tjarutja.

Anangu Pitjantjatjara eller Maralinga Tjarutja kan ikke selge området, pantsette det eller disponere over det på annen måte enn å ved utstede leiekontrakter eller brukstillatelser. Leiekontrakter kan inngås med en tradisjonell eier som er medlem av Pitjantjatjarafolket (eller Maralingafolket) eller med en eierorganisasjon for Pitjantjatjarafolket (eller Maralingafolket), med en offentlig myndighet for inntil 50 år og til andre for inntil 5 år. Det er ikke noen kommunalforvaltningsordninger knyttet til landområdene. Anangu Pitjantjatjara har imidlertid myndighet til å gi vedtekter for spesielle forhold (f.eks. kontroll når det gjelder alkohol, bensinsniffing og hasardspill). Maralinga Tjarutja har ikke slike fullmakter, men kan anbefale at guvernøren gir forskrifter om alkoholkontroll. Anangu Pitjantjatjara og Maralinga Tjarutja har et vidt spekter av funksjoner, noen minner om kommunal myndighet når det gjelder bruk og utvikling av landområder.

Stort sett er gruedrift uten tillatelse fra Anangu Pitjantjatjara eller Maralinga Tjarutja straffbart på Pitjantjatjara- eller Maralingaområder. Anangu Pitjantjatjara eller Maralinga Tjarutja kan gi tillatelse med eller uten vilkår eller nekte tillatelse. Hvis det går mer enn 120 dager fra en utvinner har søkt om tillatelse eller hvis hjemmelsinnehaveren nekter å gi tillatelse eller hvis vilkårene som er knyttet til tillatelsen er uakseptable for utvinneren, blir saken henvist til voldgift (når det gjelder Maralingaland etter at det er gjort meglingsforsøk). Voldgiftsmennene skal legge vekt på en rekke forhold i et forsøk på å balansere interessene til de tradisjonelle eierne, miljøet og økonomiske hensyn. Voldgiftsmannens avgjørelse er bindende for Anangu Pitjantjatjara eller Maralinga Tjarutja, kronen og utvinneren.⁵⁷³ Det finnes bestemmelser om en viss deling av kronens produksjonsavgifter med Anangu Pitjantjatjara eller Maralinga Tjarutja. Andre godtgjørelser kan pålegges i forhold til ulempen for områdene, menneskene og deres levevis. På Anangu Pitjantjatjara-områder er disse godtgjørelsene ikke begrenset til erstatning etter bergverksloven (South Australia) av 1971.

6.4.7.8 *Urinnvånere og landområder i Western Australia*

6.4.7.8.1 *Ingen landrettigheter*

Western Australia er en stor, ressursrikt delstat som fremdeles har en ordning med reservater for urinnvånere. 14 % av staten (270.000 kvkm)⁵⁷⁴ er kronland forbeholdt og kontrollert av myndigheter i henhold til to lover. Disse landområdene er leiet ut til urinnvånersamfunn. Inntil 1994 hadde Western Australia også en ordning for tildeling av rettigheter til beiteområder til urinnvånersamfunn i henhold til vanlig lovgivning for slike områder.

573. Bestemmelsene om bruk av voldgift i disse lovene var mønster for «retten til å forhandle» i lov om innfødt hjemmel av 1993 (behandlet ovenfor).

574. ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 30.

6.4.7.8.2 «Planarbeid» vedrørende urinnvånerforhold

Western Australia har et gammeldags rammeverk for urinnvånerpolitikk som gir endelig myndighet til delstatsdepartementet og rådgivende og forvaltningsmessige oppgaver til urinnvånerne.⁵⁷⁵ Lov om planmyndigheten for urinnvånerforhold (Western Australia) av 1972 oppretter en planmyndighet for urinnvånerforhold (AAPA, et statlig organ), et samordningsutvalg for urinnvånerforhold (AACC, et utvalg der urinnvånerne er representert og som samordner tjenesteytelser når det gjelder urinnvånere), et rådgivende råd for urinnvånerforhold (AAC, en valgt forsamling som forsyner AAPA med urinnvånerens synspunkter) og et forvaltningsselskap for urinnvånerland (ALT, et oppnevnt organ som styrer urinnvånerens reserver). Selv om departementet plikter å ta hensyn til anbefalingene fra disse organisasjonene, kan det bestemme hvordan de skal utføre sine funksjoner. Loven oppretter også et Handelsfond for urinnvånere.⁵⁷⁶

AAPA er i realiteten departementet som opptrer som juridisk person.⁵⁷⁷ Dets oppgaver omfatter å erverve, besitte og disponere landområder (inklusive salg og utleie til urinnvånere), vedlikeholde og forbedre landet og låne ut penger til urinnvånere for kjøp eller utbygging av landområder. AAPA skal fremme trivselen for urinnvånere i Western Australia, med deres egne ønsker for øyet, slik de uttrykkes av deres representanter. Dets funksjoner omfatter å rådføre seg med urinnvånerne, klarlegge og støtte tradisjonell urinnvånerkultur, fremme urinnvånerens engasjement i «lokalsamfunnssaker», og «lokalsamfunnets» engasjement i urinnvånerforhold, virke for urinnvånerens næringsliv, bistå med planlegging og råd når det gjelder urinnvånerens økonomiske, sosiale og kulturelle virksomhet, bistå med administrative tjenester for urinnvånerland og fremme økonomisk, sosial og kulturell utvikling hos urinnvånerne. Et Fond for planleggingsmyndigheten for urinnvånerforhold, som består av midler bevilget av parlamentet, inntekter fra landområdene og naturressurser, avkastning av investeringer og gaver, blir benyttet til å dekke AAPAs driftsutgifter. AAPA er gjenstand for revisjon og vanlige rapporteringskrav. Det kan delegere sin myndighet til ALT.

AAC består av urinnvånere valgt av urinnvånere som bor i Western Australia.⁵⁷⁸ AAPA skal ta hensyn til AACs synspunkter i sin virksomhet. AACs saksbehandlingsregler er fastlagt i loven. AACC består av Kommissæren for planarbeid for urinnvånere (øverste leder for Departementet for urinnvånerforhold, som leder), styrelederen for AAC og de øverste lederne for flere departementer i delstaten. AACCs oppgave er å samordne tjenesteytelser og bistand til urinnvånere. Loven fastsetter AACCs saksbehandlingsregler.

ALT består av en urinnvåner som leder⁵⁷⁹ og minst seks urinnvånere som medlemmer, alle oppnevnt av departementet. Loven fastsetter saksbehandlingsreglene. ALTs oppgaver er å administrere AAPA-landområder som er stilt under dens forvaltning av guvernøren,⁵⁸⁰ å erverve og besitte landområder og forvalte dem på

575. Delstatens politikk er imidlertid å overføre mer kontroll til urinnvånerne en gang i fremtiden.

576. Loven sier at midler bevilget av parlamentet og midler som kommer fra salg av artifakter fra urinnvånerens kultur og andre gjenstander, skal settes inn i dette fondet. Når fondet ikke er omtalt i senere årsrapporter, tyder på at det ikke er noen virksomhet i det.

577. Fra 1994 har AAPAs administrative funksjoner blitt utført av et nytt Departement for urinnvånerforhold (AAD): AAD, Annual report, 1995, 5.

578. Antallet medlemmer av AAC og måten de blir valgt på godkjennes av departementet.

Medlemmene omfatter representanter for ATSIC og helse- og rettshjelpstjenestene i Western Australia: AAPA, Annual report 1994, 13.

579. I 1994-95 var dette Kommissæren for planleggingsarbeid for urinnvånere: AAD, Annual report, 1995, 9.

580. Guvernøren kan utføre denne oppgaven på AAPAs anmodning.

vegne av urinnvånere som bor der, å sikre der det er mulig at bruken og forvaltningen av landområdene er i samsvar med deres ønsker, å forhandle om og inngå ordninger (inklusive økonomiske ordninger) for utvikling av ALT-landområder og til å opptre på vegne av urinnvånere som bor der for å sikre at landområdene blir brukt på den måte som tjener dem best. ALT kan disponere over landområdene med departementets godkjennelse. ALT forholder seg således til urinnvånerens bosetningssamfunn, ikke til folk med tradisjonelle landrettigheter. ALT er for tiden under utredning.

6.4.7.8.3 *Urinnevånerreservater som alminnelige reservater*

Etter lov om landområder (Western Australia) av 1933 kan guvernøren reservere land for kronen. Reservatene kan være klasse A (permanent reservert så lenge de ikke omgjøres av parlamentet), B (ikke overdragbare med mindre guvernøren bestemmer at de kan overdras og departementet på forhånd har redegjort for saken for parlamentet) eller C (andre reservater, som kan omgjøres av guvernøren). Hjemmelen til reservatland kan gis til et organ fastsatt ved lov som kan gis myndighet til å leie ut området. I henhold til disse alminnelige bestemmelsene kan reservater opprettes til beste for Western Australias urinnvånere, og hjemmelen kan gis til ALT, som kan leie ut områdene til sammenslutninger av urinnvånere.⁵⁸¹ Det finnes ikke noe særskilt urinnvåner-relatert regelverk for disse reservatene – loven om landområder inneholder f.eks. ikke forbud mot opphold på områdene.⁵⁸² Etter bergverksloven (Western Australia) av 1978 kan gruvedrift bare skje med samtykke av Bergverksdepartementet, gitt i samråd med ALT.

6.4.7.8.4 *Særskilte urinnvånerreservater*

Lov om planmyndigheten for urinnvånerforhold av 1972 oppretter en ytterligere ordning med sikte på å forbeholde land for urinnvånere og en forvaltningsordning for slike reservater.⁵⁸³ Guvernøren kan erklære områder for reservater etter anbefaling av departementet etter at departementet har fått rapport fra AAPA som forelegges for Parlamentet.⁵⁸⁴ Guvernørens erklæring kan variere, avhengig av sted, folk, «sedvanemessig bruk»⁵⁸⁵ eller andre omstendigheter. Rett til eksklusiv bruk og utbytte av et reservat kan spesielt forbeholdes de fastboende urinnvånerne i området.⁵⁸⁶

AAPA eier reservater som er opprettet etter denne loven, selv om reservatene kan legges under ALTs kontroll, hvilket har skjedd med de fleste AAPA-reservatene; mange har så blitt leid ut til sammenslutninger av urinnvånere for perioder på 99 år. Hjemmel eller brukstillatelser til AAPA-land kan ikke gis uten AAPAs samtykke.⁵⁸⁷ AAPA kan motta leieinntekter, produksjonsavgifter og andre utbetalinger knyttet til landområdene og godkjenne opphold for et hvilket som helst

581.Sammenslutninger opprettet i henhold til den føderale lov om råd og sammenslutninger for urinnvånere av 1976 eller delstatslover om sammenslutninger.

582.Reservater etter loven om landområder kan være undergitt vedtekter gitt av det organ som forvalter dem og forvaltningsordninger godkjent av departementet.

583.De fleste urinnvånerreservatene i Western Australia hører nå inn under denne ordningen: opplysninger gitt av AAD, februar 1996.

584.Parlamentet kan avvise den foreslåtte anbefaling innen 14 dager

585.I teorien kan således et reservat erklæres å være til fordel for urinnvånerne med tradisjonelle rettigheter til landområdet.

586.Urinnevånerne som vanligvis er eller har vært bosatt innen området, og deres etterkommere.

587.AAPA skal konsulteres om alle tildelinger av hjemmel eller brukstillatelser og må gi samtykke til nektelse av hjemmel eller brukstillatelse.

formål som etter departementets oppfatning kan tjene urinnvånerne interesser. Oppholdstillatelser skal tildeles i samråd med ALT.⁵⁸⁸ Når departementet og ALT ikke er enige, skal departementet avlegge rapport til parlamentet om sin beslutning. Utover dette er opphold straffbart for andre enn urinnvånere, parlamentsmedlemmer eller de som er berettiget til opphold etter loven eller på grunn av annen lovlig oppgave.⁵⁸⁹ Etter lov om gruvedrift (Western Australia) av 1978 kreves også Bergverksdepartementets samtykke til gruvedrift på AAPA-reservater.

6.4.7.8.5 «Utskjæringer» fra beiteland og andre tildelte landområder

Etter lov om landområder (Western Australia) av 1933 kan guvernøren erverve land fra enhver person med vedkommendes samtykke (f.eks. ved kjøp). Guvernøren kan, for å fremme interessene til en urinnvåner, leie ut⁵⁹⁰ eller tildele et landområde til vedkommende på vilkår som guvernøren finner passende. Regjeringen i Western Australia har benyttet disse bestemmelsene til å erverve land fra beiteområder eller reservater og tildele eller leie ut områdene til urinnvånersamfunn.⁵⁹¹ Dette programmet ble imidlertid lagt på is i 1994.⁵⁹²

6.4.7.8.6 Territorial forvaltning av urinnvånersamfunn

Lov om urinnvånersamfunn (Western Australia) av 1979 får anvendelse på to utpekte «urinnvånersamfunn»⁵⁹³ og andre⁵⁹⁴ der departementet mener at reglene for lokalsamfunnsstyret, som krever at de fastboende rådspørres før det fastsettes vedtekter, vil bli overholdt og at anvendelse av loven på lokalsamfunnet bør finne sted.⁵⁹⁵ Loven gjelder «lokalsamfunnsland» fastsatt av guvernøren. Et lokalsamfunnsstyre kan fastsette vedtekter for slikt lokalsamfunnsland.⁵⁹⁶ Vedtekter kan gis om forhold som omfatter opphold, bruk av kjøretøyer, vern mot skade på landområdene, bruk av bygninger, avholdelse av møter, offentlig orden og kontroll når det gjelder alkohol, våpen og søppel og politiets håndheving av vedtektene. De kan stille krav i forbindelse med tillatelser og straffebestemmelser og bestemme at det skal betales erstatning ved overtredelser. Vedtektene må vedtas av et absolutt flertall av alle medlemmene. Hvis departementet finner det godt gjort at vedtektene er nødvendige og ønskelige, forelegges de for guvernøren for godkjenning. Vedtektene håndheves av domstolene og bøter betales til lokalsamfunnsstyret.

588. ALT kan delegere denne konsultative funksjonen til et av sine medlemmer eller til en AADtjenestemann når det ikke gjelder førstegangs søknad om gruvedrift. I 1994-95 ble det utstedt mer enn 1000 tillatelser til opphold på reservatene: AAD, Annual report 1994-95, 10.

589. Det er imidlertid bare Kommissæren for planarbeid for urinnvånere som kan gå til anmeldelse – urbefolkningen kan ikke gjøre det.

590. For all fremtid eller for en periode på 10 år.

591. 63 kronreservater og 11 spesielle leieforhold er tildelt etter denne ordningen. 32 er på beiteområder og resten på kronland eller andre reservater. 23 venter på godkjenning: ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 30.

592. ATSIC, Review of native title representative bodies 1995, 30.

593. Lokalsamfunn eller sammenslutninger som helt eller delvis er sammensatt av urinnvånere.

594. I 1994 hadde 26 fjerntliggende urinnvånersamfunn vedtatt sine egne vedtekter: AAPA, Annual report 1994, 16.

595. Anvendelsen av loven for et lokalsamfunn kan oppheves hvis departementet mener at betingelsene ikke lenger er oppfylt.

596. Vedtektene gjelder alle som oppholder seg på lokalsamfunnslandet.

6.4.7.9 Landrettigheter i Tasmania

6.4.7.9.1 Bakgrunn

Tidlig i forrige århundre var Tasmanias urbefolkning gjenstand for en ubarmhjertig utryddelseskampanje og like ødeleggende «beskyttelsestiltak» som innebar at befolkningen først ble holdt samlet i Tasmania og senere flyttet til en øy utenfor kysten (Flinders Island), hvor de fleste av dem døde. Urinnvånere i Tasmania er etterkommerne etter urfolkvinner og selfangere og lirefangere som bortførte kvinnene til andre, tidligere ubebodde øyer,⁵⁹⁷ hvorav en (Cape Barren Island) senere ble delstatens eneste urinnvånerreservat.⁵⁹⁸ Landområder som deres forfedre var flyttet til, har således fått spesiell kulturell og historisk betydning for alle urinnvånere i Tasmania.⁵⁹⁹ Lov om landområder for urinnvånerne av 1995⁶⁰⁰ tildeler 12 små områder (inklusive steder av historisk betydning⁶⁰¹ og grotter av tradisjonell betydning og av verdi som del av verdens kulturarv) til et nytt områdestyre for urinnvånere i Tasmania (ALCT). Områdene som ble tildelt utgjør 4573,18 ha⁶⁰² (45,73 kvkm) og er vist i vedlegg 2.⁶⁰³

6.4.7.9.2 Områdestyre for urinnvånere i Tasmania

Loven etablerer Styret for urinnvånerland i Tasmania- ALCT -som en juridisk person som består av åtte urinnvånermedlemmer valgt av urinnvånere fra fem regioner: to fra henholdsvis sørregionen, nordregionen og nordvestregionen og en fra hver av øygruppene Flinders Island og Cape Barren Island. Medlemmene tjenestegjør i tre år. Loven inneholder bestemmelser om valg av medlemmene og om ALCTs møter. Stemmeberettigede er myndige urinnvånere som er innført i et spesielt valgmanntall, ført av delstatens valgdirektør, som overvåker valgprosessen.

ALCTs oppgaver er å bruke og holde i hevd urinnvånerens landområder og naturressurser til beste for alle urinnvånere og utarbeide forvaltningsplaner for urinnvånerland. Under utnyttelsen av land og ressurser skal ALCT ta hensyn til lokale urinnvånersamfunns interesser. Det kan utpeke en lokal urinnvånergruppe for et areal av urinnvånerland og delegere sine oppgaver når det gjelder landområder og sin myndighet til en hvilken som helst urinnvånergruppe. Etter krav av minst 50 stemmeberettigede, skal ALCT gå gjennom på nytt enhver beslutning det gjør om å ta med urinnvånergrupper eller enkeltpersoner i forvaltningen av landområder, om tildeling av landrettigheter eller om annet som sannsynligvis vil ha en vesentlig betydning for urinnvånerland. Loven oppretter et ALCT-fond, som består av alle midler ALCT mottar, inklusive inntekter fra leieforhold og brukstillatelser vedrørende urinnvånerland, og bevilgninger fra delstaten og de føderale myn-

597.Lyndall Ryan, *The Aboriginal Tasmanians*, UQP, 1981.

598.Tasmanias statsministers tale i forbindelse med lovproposisjonen om landområder for urinnvånerne 1995, oktober 1995.

599.Disse øyene utenfor kysten hadde vært ubebodd frem til koloniseringen.

600.Loven trådte i kraft 14 november 1995.

601.Oyster Cove (der det tasmanske urinnvånersamfunnet har opprettholdt en permanent tilstedeværelse) og en del av Cape Barren Island, men (på grunn av protester fra et kommunestyre av ikke-urinnvåner på Flinders Island) ikke det tidligere Wybalenna-området dit urinnvånere ble tvangsforflyttet: Tasmanias statsministers tale i forbindelse med lovproposisjonen om landområder for urinnvånerne 1995, oktober 1995.

602.Vedlegg 1 til Tasmanias statsministers tale i forbindelse med lovproposisjonen om landområder for urinnvånerne 1995, oktober 1995.

603.Tildelingene er ikke vist på det særskilte kartet *Australia: land tenure* (1993), som også følger med bilag 2.

digheter. Midlene brukes til å dekke ALCTs driftskostnader eller midlertidige investeringer. Det gjelder krav for regnskapsførsel og revisjon.

6.4.7.9.3 «Urinnvånerland»

Tidligere har historisk, arkeologisk eller annet reservatland blitt tildelt «på vegne av urinnvånere for all fremtid». Urinnvånerland kan ikke tvangserves av Tasmanias myndigheter.⁶⁰⁴ Hjemmelen gjelder 50 meter ned i undergrunnen og omfatter andre mineraler enn helium, olje og stoffer som inngår i produksjon av atomkraft eller jordvarme. Tidligere eksisterende rettigheter (rett til fangst av lirer og beiterettigheter) er i behold, og kronen har forbeholdt seg retten til å anlegge og vedlikeholde dreneringsgrøfter, kloakk-ledninger og kanaler over områdene og rett til å bygge en vei over et område. På alle unntatt ett av områdene har allmennheten adgang, med visse begrensninger (for eksempel adgang bare til fots) når det gjelder noen av områdene (særlige grotter). Regler for kommunal planlegging og utbygging gjelder for urinnvånerland unntatt land som benyttes hovedsakelig for urinnvånerne kulturelle aktiviteter.

Den som innehar visse leieavtaler eller bruksrettigheter⁶⁰⁵ over områdene i 1995 kan søke om fornyelse på vilkår som må avtales med ALCT i samsvar med foreliggende forskrifter. En misfornøyd søker kan kreve at ALCT tar opp et vedtak om tildeling av leierett eller brukstillatelse til ny behandling, og kan klage til delstatens kommissær for bruk av offentlige landområder hvis han eller hun er misfornøyd med resultatet.⁶⁰⁶ Tildeling av varige rettigheter vedrørende urinnvånerland er således undergitt atskillig kontroll utenfra. Gruvedriftsrettigheter kan imidlertid ikke tildeles på urinnvånerland uten ALCTs samtykke. ALCT kan ikke bruke urinnvånerland som sikkerhet for lån. Det må ta med urinnvånergrupper i forvaltningen av urinnvånerland etter å ha vurdert i hvilken utstrekning de har tilknytning til eller forbindelse med området og ønske og evne til å forvalte området, og etter å ha vurdert betydningen av området for alle urinnvånere. ALCT eller den lokale urinnvånergruppe kan (i samråd med hverandre) utarbeide utkast til driftsplaner for urinnvånerland. Planene skal godkjennes av ALCT.

6.4.7.10 Den føderale lov om tildeing av urinnvånerland i Jervis Bay Territory av 1986

Jervis Bay urinnvånersamfunn er kjent som Wreck Bay urinnvånersamfunn. Landområder nevnt i lov om tildeling av urinnvånerland (Jervis Bay Territory) av 1986 ble tildelt Rådet for Wreck Bays urinnvånersamfunn (WBACC) i 1987 og 1995. Loven åpner for tildeling av bestemte naboerområder. Det finnes ingen bestemmelser om landkrav. «Urinnvånerland» er selveiereiendom som ikke kan overdras til andre enn kronen. Mineraler eies av kronen og tre offentlige veier er unntatt fra tildelingen. Områder tildelt i 1995 (Jervis Bay Nasjonalpark og en del av Australias nasjonale botaniske hager) blir leid ut av WBACC til Australias naturverndirektorat.⁶⁰⁷ Den føderale lov om nasjonalparker og naturvern av 1975 er endret for å gi medlemmene av WBACC samme deltakelse i forvaltningen av nasjonalparkene

604. Urinnvånerland som hovedsakelig brukes til urinnvånerkulturelle formål, er også fritatt for eiendomsskatt.

605. Som gjelder for minst 12 måneder.

606. Kommissæren skal rådføre seg med ALCT før saken avgjøres, men har den endelige avgjørelsesmyndighet.

607. Leiebetingelsene er avtalt mellom WBACC og direktoratet, men loven gir departementet rett til å foreta utleien hvis WBACC ikke ønsker å gjøre det.

som de tradisjonelle urinnvånereierne av Kakadu og Uluru nasjonalparker i Northern Territory har (behandlet ovenfor).

WBACC er en juridisk person i medhold av loven. Medlemmene er myndige urinnvånere i lokalsamfunnet i Wreck Bay som er innført i et navnerregister,⁶⁰⁸ og loven inneholder bestemmelser om møter og valg i WBACC. WBACC-myndighet som grunneier utøves «til beste for» Wreck Bay-samfunnet; WBACC skal ta hensyn til vern av miljøet og varsle departementet om arbeider eller planer som kan tenkes å få en vesentlig betydning for miljøet. Rådet må innhente departementets samtykke når det gjelder kontrakter som gjelder mer enn A\$ 100.000 (kr 528.000). Dets oppgaver omfatter boligsaker, sosialomsorg, utdanning, helse, kommunale tjenester, bevaring av «steder», arealbrukplanlegging og vedlikehold av landområder og forretningsforetak. Det kan fastsette vedtekter vedrørende økonomiske tiltak, kulturaktiviteter, arealbruk, hellige steder, vern av dyre- og planteliv, uttak av tømmer (inklusive erleggelse av produksjonsavgift), jakt og fiske, adgang for besøkende, trafikkforhold og håndhevelse av vedtekter på annet urinnvånerland enn nasjonalparkene og de botaniske hagene.⁶⁰⁹

Ved siden av utleien til direktoratet, kan WBACC tildele leierettigheter og bruksrettigheter over annet urinnvånerland. Utleie til andre enn medlemmer av WBACC eller føderale eller territoriale myndigheter kan bare foretas med departementets samtykke. Tillatte leievilkår er 99 år for leie til medlemmers personlige bruk, 25 år for utleie til medlemmer for forretningsvirksomhet eller bruk for lokalsamfunnet og 15 år for andre leieforhold. Gruvedrift kan bare foregå etter avtale mellom utvinneren, WBACC og de føderale myndigheter. Medlemmer av WBACC som rettmessig rådet over en del av området da det ble urinnvånerland har rett til å leie vedkommende område. Registrerte medlemmer av WBACC kan overføre sine leierettigheter til slektninger etter gjeldende arveregler. Føderale myndigheter beholder tidligere rettigheter over eller bruksretter til området.

Allmennheten har ikke adgang til området bortsett fra visse utpekte⁶¹⁰ steder (inklusive veier og stier, men eksklusive grunn som er erklært «betydningsfullt sted» eller et sted som er leid til personlig bruk). Disse må være steder som allmennheten hadde adgang til umiddelbart før loven trådte i kraft, og hvor det er ønskelig at det fortsatt skal være offentlig adgang. Allmennhetens rett til opphold er undergitt forskrifter, gitt etter at WBACCs syn var innhentet. Opphold av ikke-urinnvånere på et «betydningsfullt sted» (et sted som departementet har erklært for særlig betydningsfullt) er forbudt, og det er straffbart å forstyrre roen på stedet.

Gjeldende lovverk i Jervis Bay Territory gjelder for urinnvånerland hvis det ikke strider mot det som er bestemt i loven.

608. Urinnvånere bosatt i Territoriet den 24 mai 1986 eller i følge beslutning i Rådet.

609. Vedtekter gitt av WBACC må være i samsvar med føderale og territoriale lover og kan bestemme at visse forhold skal kunne straffes med bøter.

610. I det føderale meddelsesblad Gazette.

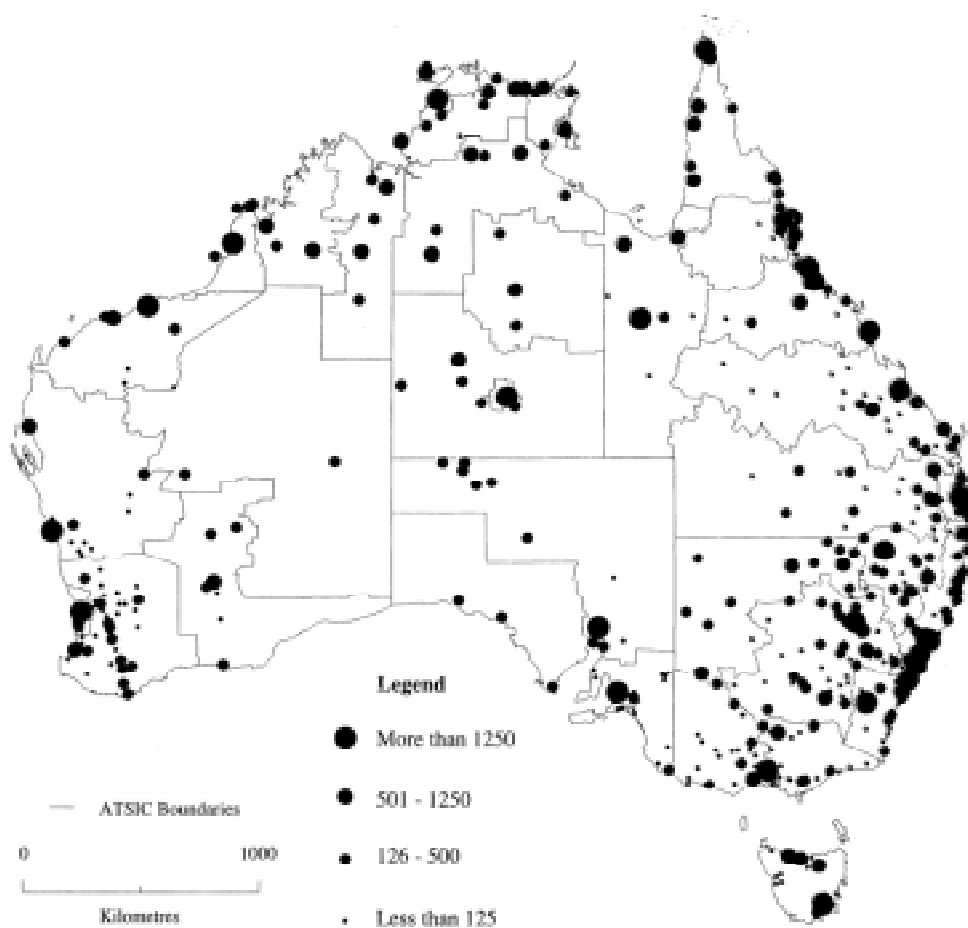
6.5 VEDLEGG

APPENDIX 1:

Map showing Aboriginal and Torres Strait Islander population distribution

Source: ABS, 1991 Census, Australia's Aboriginal and TSI population

Figure 1.1 Distribution of the Aboriginal and Torres Strait Islander Population:
Urban Centres/Localities Within ATSIC Regions



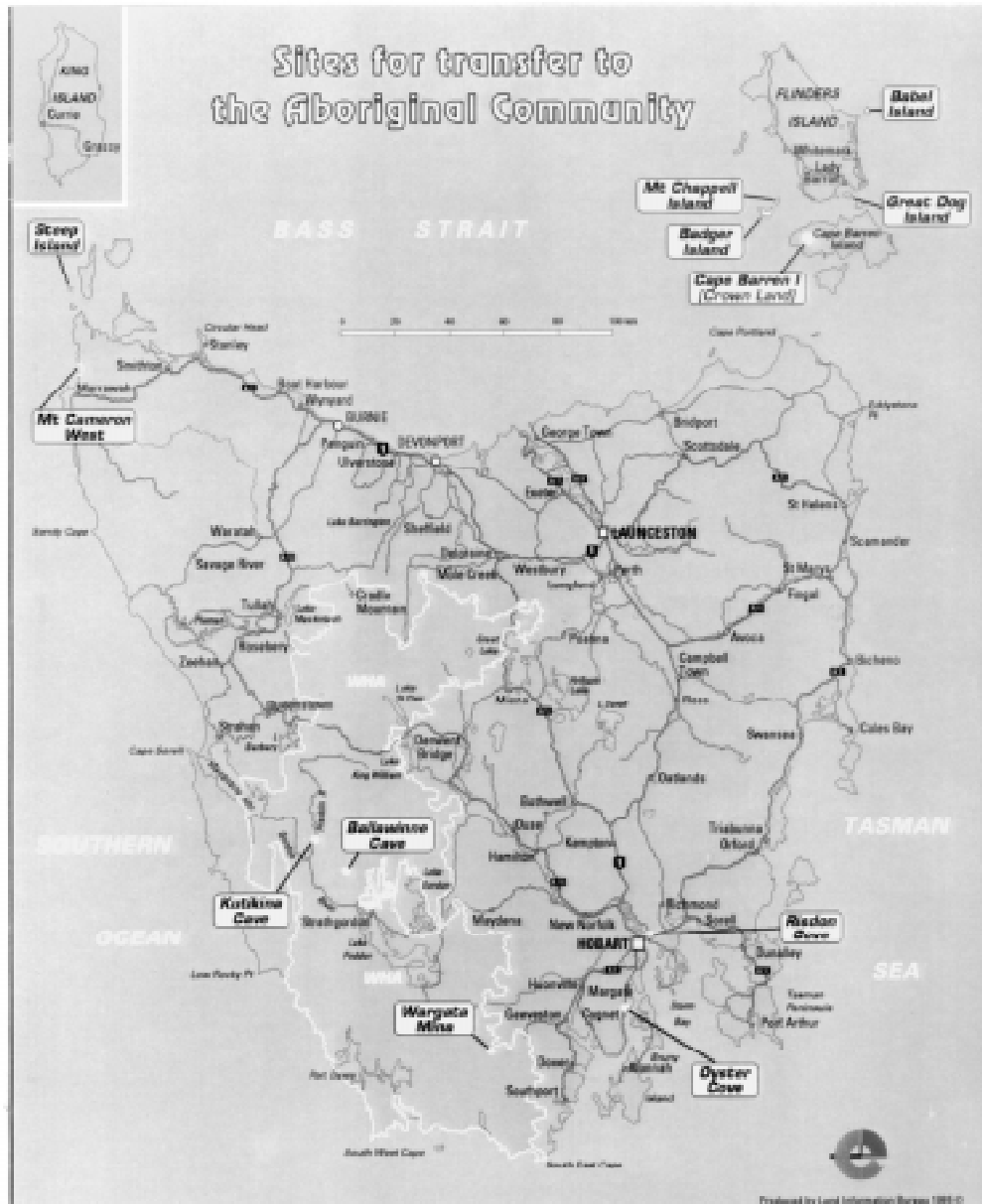
The legal status of Indigenous Australians page 30

Figur 6.1 Vedlegg 1. Kart som viser utbredelsen av befolkningen av urinnvånere og Torres-stred-øyboere

APPENDIX 1:

Map showing land tenure in Australia and map showing sites transferred to the Aboriginal Land Council of Tasmania under the Aboriginal Lands Act 1995 (Tas)

Sources: Australian Surveying and Land Information Group and Land Information Bureau (Tas)



The legal status of indigenous Australians page 51

Figur 6.2 Vedlegg 2. Kart som viser arealbruken i Australia og kart som viser steder som er overført til Styret for urinnvånerland i Tasmania etter lov om urinnvånerland (Tasmania) av 1995

APPENDIX 3:

Funding allocations to the Land Fund and the Indigenous Land Corporation and ATSIC

Source: Indigenous Land Corporation

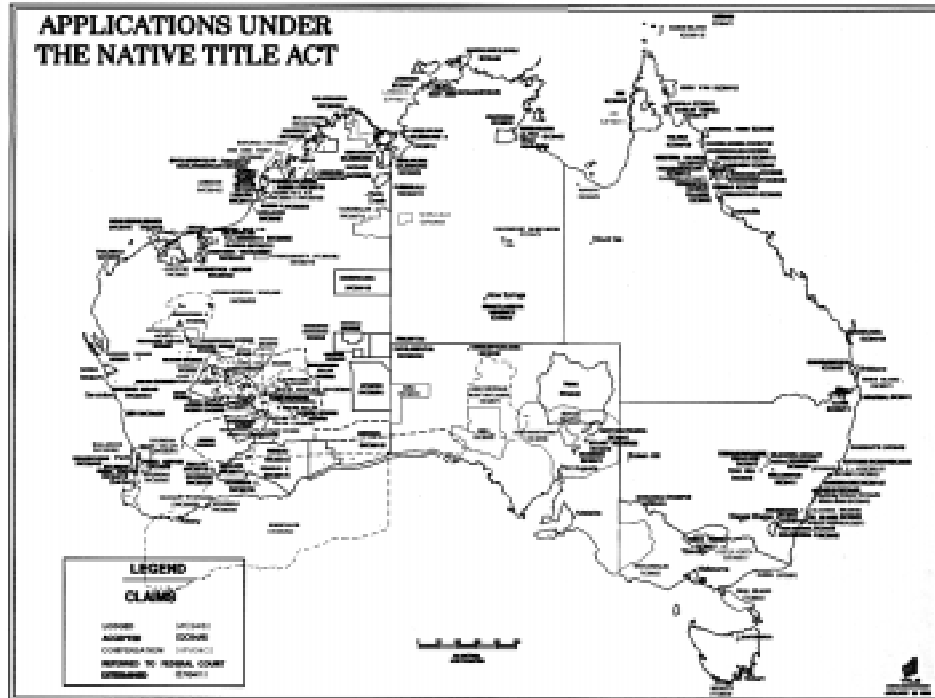
Funding allocations to the Land Fund and the Indigenous Land Corporation and ATSIC

	Allocation to Land Fund ⁽¹⁾	Retained in Land Fund ⁽¹⁾	Transferred to the ILC ⁽¹⁾	ATSIC Program ⁽¹⁾⁽²⁾	Total for land acquisition and land management
1994 - 1995	\$200 million	\$175	\$15	\$31 ⁰⁰	\$46
1995-1996	\$121	\$76	\$24	\$21	\$45
1996-1997	\$121	\$76	\$24	\$21	\$45
1997-1998	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
1998-1999	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
1999-2000	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
2000-2001	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
2001 - 2002	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
2002-2003	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
2003-2004	\$121	\$76	\$45	- nil	\$45
TOTAL AFTER TEN YEARS	\$1289	\$839	\$188	\$42	-

(1) The funding allocations are indexed from 1994-95 to maintain value to 1994-95 dollar terms.

(2) The 1994-95 funding for ATSIC was from ATSIC allocations and not from the Land Fund.

APPENDIX 4:
Map showing applications under the Native Title Act 1993, January 30, 1998
Source: National Native Title Tribunal



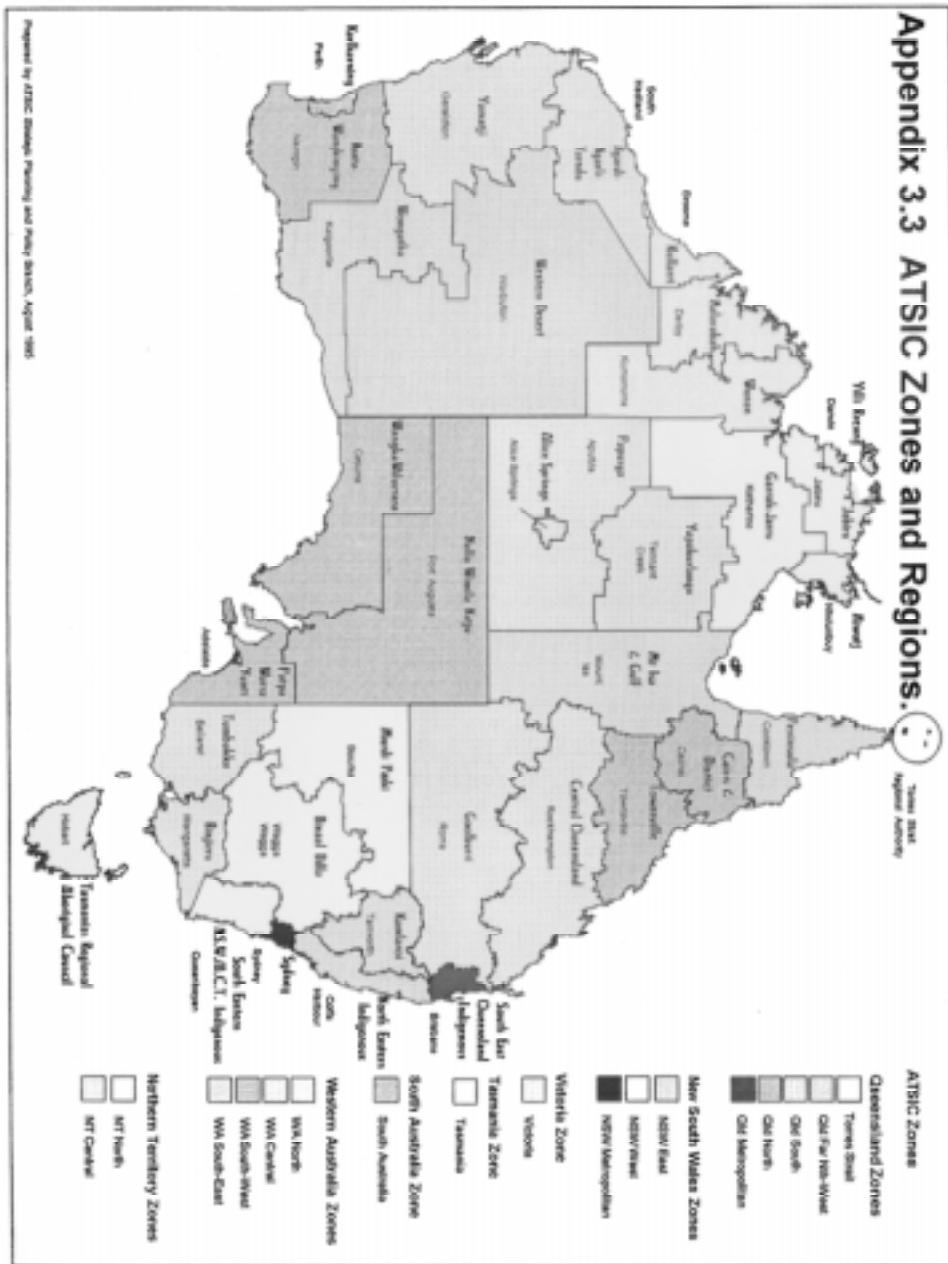
The legal status of indigenous Australians page 53

Figur 6.4 Vedlegg 4. Kart som viser søknader etter den føderale lov om innfødt hjemmel av 1993

APPENDIX 5:

Map showing ATSIIC zones and regions

Source: ATSIIC, Review of native title representative bodies 1995 at 107.



Figur 6.5 Vedlegg 5. Kart som viser ATSIIC-soner og -regioner

APPENDIX 6:

Map showing current coverage of native title representative bodies and Table showing representative bodies' estimated populations and areas

Source: ATSIC, Review of native title representative bodies 1995 at 25 and 105.

Table 3.1. Native Title Representative Bodies: estimated populations and areas

Native Title Representative Body	Estimated population 1991*	Estimated area sq kms
Kimberley Land Council	14,175	718,100
Western Desert Puntukurnuparna	523	128,200
Aboriginal Legal Service of Western Australia	41,779	2,562,000
Ngaanyatjarra Council	1,166	168,300
Goldfields Land Council	2,567	303,200
Northern Land Council	19,663	528,100
Tiwi Land Council	1,630	7,500
Central Land Council	11,238	191,300
Anangu Pitjantjatjara	2,211	101,200
Maralinga Tjarutja	26	86,000
Aboriginal Legal Rights Movement (all of South Australia)	16,232	969,500
Victorian Aboriginal Legal Service Co-operative Ltd	16,735	226,500
NSW Aboriginal Land Council	70,019	801,600
Cape York Land Council	5,724	146,100
Faira Aboriginal Corporation	16,261	21,600
Carpentaria Land Council	2,274	94,900
North Queensland Land Council		
Aboriginal Corporation	11,059	138,600
Gurang Land Council	8,083	379,800
Torres Strait Regional Authority	5,617	600
Central Queensland Land Council	11,238	191,300
Goolburri Land Council	6,195	472,100

* These population figures are based on the 1991 Census. It is important to note that there is some double counting in this table owing to current NTRB overlap and that population figures for some NTRBs are low, either due to underenumeration or low de facto populations at census count.

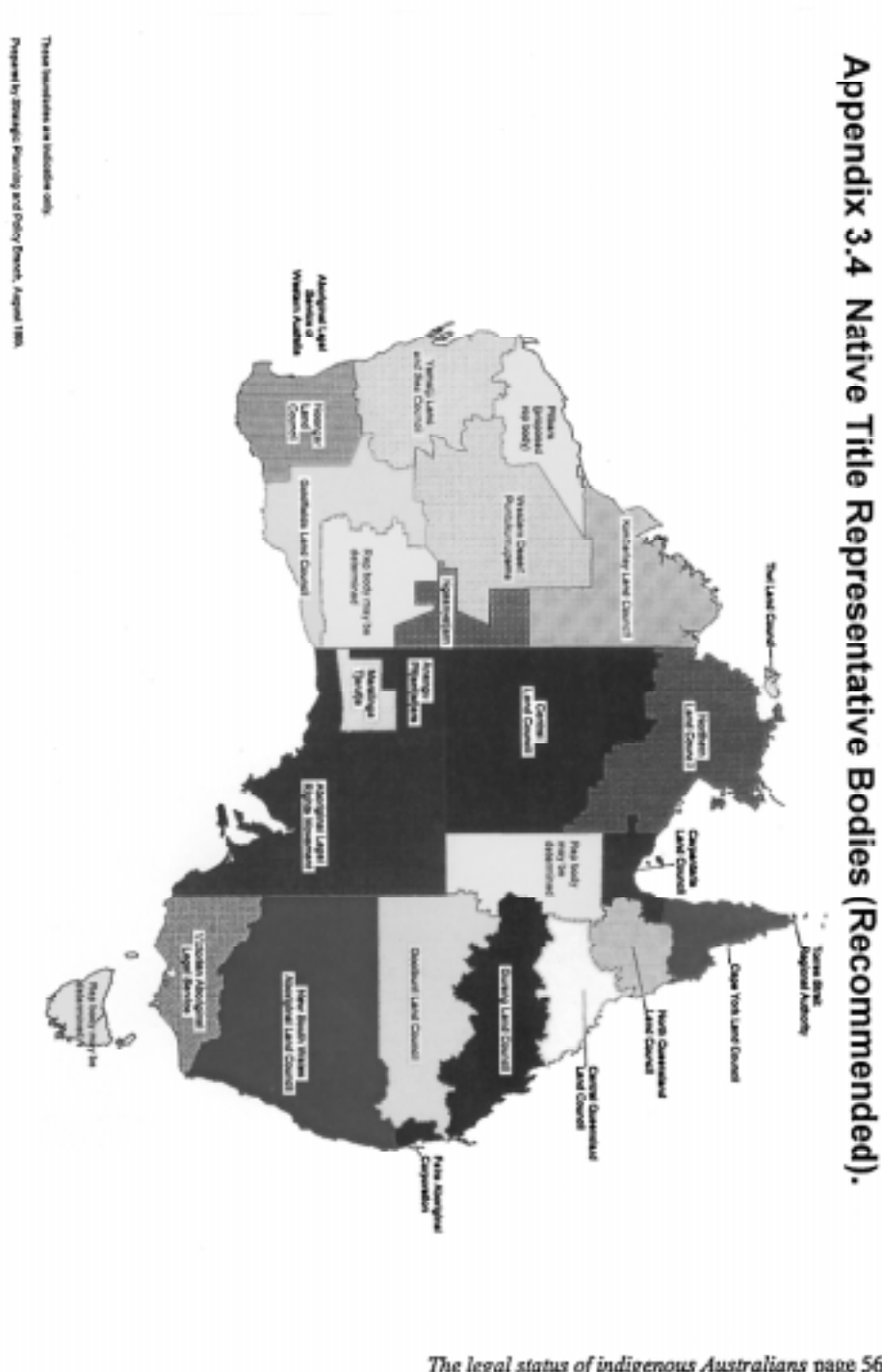
Source: Prepared by the Strategic Planning and Policy Branch, ATSIC, Canberra, 1995.

Figur 6.6 Vedlegg 6. Kart som viser nåværende dekning av representative organer for innfødt hjemmel og tabell som viser anslått befolkning og områder som er dekket av representative organer

APPENDIX 7:

Map showing recommended boundaries of native title representative bodies

Source: ATSIC, Review of native title representative bodies 1995 at 108



The legal status of indigenous Australians page 56

Figur 6.7 Vedlegg 7. Kart som viser anbefalte virkeområder forrepresentative organer for innfødt hjemmel

Vedlegg 8. Sammendrag av relevante sider ved det australske rettssystem: rettskilder, forfatningsrettslig grunnlag, retten når det gjelder grunneiendommer og ressurser, føderalisme og rasediskrimineringsrett

Rettskilder

Australske rettskilder er lovgivning (lover gitt av Parlamentet) og «common law» (domstolsskapt rett). Lovgivningen utgjør ikke en uttømmende samling av lover. Hvis det ikke foreligger lovbestemmelser på et spesielt felt, kan domstolene «erk-lære» eller «finne frem til» gjeldende common law ved å utvikle den selv, ved å trekke på avgjørelser av australske og engelske, og også New Zealandske og canadiske, domstoler.⁶¹¹ Folkeretten er en australsk rettskilde; sedvanerett kan anvendes direkte av domstolene som en kilde for common law,⁶¹² men traktater må først implementeres ved lov.⁶¹³ Formell lov går foran common law. Når det foreligger en klar lovregel om et emne, er domstolene forpliktet til å anvende loven, og ikke tidligere gjeldende common law. Er lovbestemmelsen uklar, tolker imidlertid retten den under henvisning til common laws fortolkningsprinsipper.

Australias forfatningsmessige grunnlag

I britisk statsrett på den tid da Australia ble kolonisert, ble koloniene inndelt i to klasser: de som var ervervet ved erobring eller overgivelse (traktat), og de (*terra nullius*) som var tatt i besittelse ved nybygging. Storbritannia betraktet Australia som *terra nullius* fordi innbyggerne (i britiske øyne) lot til å mangle et overhode og et organisert politisk system. Dette rasistiske synet ble opprettholdt av domstolene fra slutten av det 19 århundre og frem til 1992.⁶¹⁴ En erobret eller overgitt koloni ble vanligvis administrert av monarken gjennom innfødte institusjoner. De tidligere private rettighetene til de innfødte ble respektert fordi den lokale rettsordning ble bevart (i hvert fall i begynnelsen) under britisk kontroll. Nybyggerkoloniene var derimot underlagt det britiske parlament. Englands common law (i den utstrekning den overhodet kunne anvendes) ble også ansett for å ha overtatt for lokale rettsregler fra det øyeblikk koloniseringen fant sted. Australias urbefolkning har etter koloniseringen vært ansett som undergitt først engelsk og siden australsk rett, og det har aldri vært noen utbredt anerkjennelse av urbefolkningstradisjoner som del av australsk rett.⁶¹⁵ I *Mabo (no 2)*⁶¹⁶ – satte Australias Høyesterett i 1995 til side læren om at australske kolonier hadde vært *terra nullius* da koloniseringen fant sted. Høyesterett stadfestet imidlertid at Storbritannia hadde ervervet koloniene ved *nybygging*, og at den rett som gjaldt fra koloniseringstidspunktet var den engelske common law. Retten gjorde et unntak for prinsippet om at urbefolkningstradisjoner ikke ble anerkjent i nybyggerkolonier. Den sa at den erobrende common law inneholdt et prinsipp om respekt for tidligere gjeldende urbefolkningstradisjoner når det gjelder landområder, et prinsipp som er kalt «innfødt hjemmel». Retten stad-

611. Utviklingen av common law reguleres av «prejudikatdoktrinen» som sier at lavere australske domstoler er bundet til å følge avgjørelsene som er truffet av høyere australske domstoler. Australias Høyesterett, som er øverste anke-domstol og forfatningsdomstol, kan således i betydelig grad kontrollere retningen som australsk common law utvikler seg i.

612. *Mabo (no 2)* (1992) 175 CLR 1.

613. Borgerne har imidlertid grunn til å vente av de føderale beslutningstakere vil handle i samsvar med Australias internasjonale menneskerettighetsforpliktelser når de treffer forvaltningsmessige avgjørelser.

614. *Cooper v Stuart* (1889) 14 App Cas 286, *Randwick Municipal Racecourse v Rutledge* (1959) 102 CLR 54, *Milirrpum v Nabalco* (1971) 17 FLR 141, *Coe v Cth* (1979) ALJR 403 og *Mabo v Queensland (no 2)* (1992) 175 CLR 1.

festet at den ikke er kompetent til å behandle angrep på Australsambandets suverenitet fra urbefolkningens side.⁶¹⁷

Australsk rett når det gjelder grunnområder og ressurser

Australsk rett er basert på en lære om at ingen har rettigheter over grunneiendommer med mindre rettighetene er tilstått av kronen.⁶¹⁸ Da Storbritannia tiltok seg suverenitet over den enkelte australske koloni, ervervet kronen en «grunnleggende hjemmel» til alt land i kolonien. Slik hjemmel medførte at den kunne tildele land til private borgere eller forbeholde jorden for seg selv. Men kronens ervervelse av grunnleggende hjemmel fortrenget ikke urbefolkningens innfødte hjemmel.⁶¹⁹ Etter australsk rett er kronens rett til å tildele land alltid avhengig av lovhjemmel.⁶²⁰ Den som er gitt full eiendomsrett til grunn av kronen («selveieren»), kan gi særskilte mindre rettigheter over grunnen til andre. Kronen kan også tildele slike mindre «råderetter over» grunn⁶²¹, og har gjort det i mange områder i Australia. I mange områder i det indre og nordlige Australia gjelder for eksempel beiteretter gitt av kronen for store områder, men ikke rett som «selveier». Når kronen har tildelt et landområde, kan den ikke gå tilbake på tildelingen unntatt ved å gjenerverve grunnen i medhold av lov. I nyere tid innebærer vanligvis erverv at det ytes erstatning. Etter common law er skog del av grunnen: kronen har myndighet til å tildele rett til skogen og selveiere har rett til å gi andre mindre rettigheter til den. Dette gjelder også mineraler etter common law. Myndighetenes praksis i Australia har imidlertid vært enten å forbeholde retten til mineraler og olje og gass for kronen (dvs. å unnta slike ressurser ved tildeling av rettigheter) eller å tilbakeføre dem til kronen i medhold av lov. De fleste mineraler og olje- og gassforekomster i de fleste delstatene⁶²² er således offentlig eid, men blir utnyttet av private. Delstatene innkrever «produksjonsavgift til kronen» for utnyttelse av mineraler og olje- og gassressurser. Vann var en gang gjenstand for utnyttelsesrett for grunneieren etter common law, men er nå i alminnelighet kronens eiendom i medhold av lovgivningen.

615. Det later til at det aldri vil bli noen slik anerkjennelse som del av common law. I slutten av 1970-årene ba de føderale myndigheter The Australian Law Reform Commission om å avgi en betenkning om rettslig anerkjennelse av urinnvånerne (men ikke Torres-stred-øyboernes) «sedvanemessige rett». Komiteen avga sin uttalelse i 1986 med anbefaling av delvis anerkjennelse av noen av urinnvånertradisjonene. Anbefalingene er imidlertid i stor grad ignorert. De som er vedtatt omfatter «Prinsipp om urinnvånerbarns plassering», som innebærer at urinnvånerbarn under statlig omsorg utplasseres hos pleieforeldre som er urinnvånere, om mulig hos egnede slektninger. Når det ikke foreligger testament, gir arveretten i noen delstater eller territorier anledning til delvis anerkjennelse av tradisjonelle ekteskap blant urinnvånere. Som nevnt i min behandling av landrettigheter i Queensland og South Australia og føderal lov når det gjelder landrettigheter i Victoria og Jervis Bay Territory, har Queenslands områdestyrer for urinnvåner- og Torres-stred-øyboerland, Anangu Pitjantjatjara, Rådet for Wreck Bays urinnvånersamfunn og urinnvånersammenslutninger som innehar hjemmel i henhold til den føderale lov om urinnvånerland (Lake Condah and Framlingham Forest) av 1987, myndighet til å fastsette vedtekter som skal gjelde for deres landområder. I 1995 har de føderale myndighetene vist en viss fornyet interesse for spørsmålet om rettslig anerkjennelse av urbefolkningstradisjoner og har sammenkalt et Forum for urinnvånerne sedvanerett. Kommissæren for sosial rettferdighet for urinnvånere og Torres-stred-øyboere har gått sterkt inn for bredere anerkjennelse av urbefolkningstradisjoner.

616. *Mabo v Queensland (no 2)* (1992) 175 CLR 1.

617. *Coe v Cth* (1979) ALR, *Mabo (no 2)* (1992) 175 CLR 1, *Coe v Cth* (1993) ALR.

Føderalisme

Elementer

Australia er en forbundsstat, politisk tidelt: Austalsambandet, seks delstater (Western Australia, South Australia, Tasmania, Victoria, New South Wales og Queensland) og tre selvstyrte territorier (Northern Territory, Australian Capital Territory⁶²³ og Norfolk Island).⁶²⁴ Kommunalforvaltning foregår også innenfor delstatenes og territorienes myndighetsområde. I innenrikssammenheng er suvereniteten delt mellom Australsambandet og de seks delstatene som inngikk forbund i 1901.

Føderal myndighet over urbefolkningen

Australsambandet har en særskilt lovgivende (og tilsvarende utøvende og dømmende) myndighet. For det meste er denne delt med delstatene. Den føderale myndighet inkluderer rett til å vedta særskilte lover for mennesker av enhver rase (inklusive urbefolkning)⁶²⁵ og myndighet når det gjelder «utenrikssaker» (inklusive territorialfarvannet,⁶²⁶ kontinentalsokkelen og den økonomiske sone og naturressursene der samt gjennomføringen av internasjonale menneskerettighetsstandarder).⁶²⁷ Australsambandet har også myndighet over territoriene.⁶²⁸ Dette er en uavhengig myndighet, et forhold som best illustreres ved vedtakelsen av Den internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering i Australsambandet. Konvensjonen ble vedtatt av Australsambandets Parlament som rasediskrimineringsloven av 1975. Loven er forfatningsmessig gyldig som et resultat av forbundsstatens rett til å gjennomføre internasjonale traktater i australsk rett, men ikke som følge av forbundsstatens rett til å gi lover vedrørende urbefolkningen, fordi sistnevnte rett bare gjelder lover om mennesker av en *spesiell rase*, ikke mennesker av alle raser.⁶²⁹ Høyesterett hevder fortsatt at retten til å gi spesielle lover for mennesker av enhver rase hjemler så vel *diskriminering mot* Australias urbefolkning som diskriminering i deres favør,⁶³⁰ til tross for de internasjonale forpliktelser som følger av konvensjonen. Den hevder også at den føderale myndighet over territoriene er generell (dvs. at den omfatter alle områder) og ikke undergitt visse

618.I anglo-australsk rett refererer begrepet «kronen» seg til den utøvende makt. Australias politiske system er, i likhet med Storbritannias, basert på en teori om en ansvarlig regjering: etter forfatningsmessig tradisjon handler kronen etter råd fra valgte statsråder. Kronens statsråder er medlemmer av og ansvarlig overfor Parlamentet, og Australias statsminister må ha tillit i Parlamentets underhus.

619.Mabo (no 2) (1992) 175 CLR 1.

620.Dette forholdet oppstod fordi styringen av landområdene i de australske koloniene opprinnelig ble overført fra Storbritannia til parlamentene i koloniene.

621.Som for eksempel leieforhold, bruksrettigheter, rett til å forsyne seg av det landet frembringer.

622.Delstatene har styring over grunn og naturressurser: se nedenfor.

623.Jervis Bay Territory på kysten av New South Wales utgjør en del av Australian Capital Territory, og Australian Capital Territorys rett gjelder der.

624.Australsambandet administrerer også en del mindre territorier direkte, de fleste utenfor kysten og praktisk talt ubebodde.

625.Grunnlovens § 51 (26). Denne retten for Australsambandet har bare eksistert siden 1967, da den oppstod ved en forfatningsendring.

626.Men se omtalen av delstatenes myndighet over «kystfarvannene» nedenfor.

627.Grunnlovens § 51 (29) «utenrikssaker».

628.Grunnlovens § 122.

629.Koowarta v Bjelke Petersen (1982) 153 CLR 168.

630.Western Australia v Australsambandet (1995) 128 ALR 1.

grunnlovsmessige begrensninger som gjelder for den føderale myndighet i delstatene. Regelen om at forbundsstaten bare kan erverve eiendom fra private eller en delstat på rimelige vilkår, er for eksempel uttalt ikke gjeldende i territoriene eller for territorienes regjeringer.⁶³¹ Australsambandet har vidtgående myndighet til å foreta bevilgninger til delstatene⁶³² og til å bruke penger på tiltak utenfor dets lovgivende funksjon.⁶³³ Føderale bevilgninger til Australias urbefolkning foregår både direkte (til urinnvåner- og Torres-stred-øyboerorganisasjoner) og indirekte (gjennom bevilgninger til delstatene).

Delstatenes myndighetsutøvelse med virkning for Australias urbefolkning

Med forbehold for Grunnlovens § 109 (behandlet nedenfor), utøver delstatene myndighet både sammen med de føderale myndighetene på de ovennevnte områder, og på de øvrige områder der forbundsstaten ikke er gitt noen myndighet. De sistnevnte omfatter kontrollen over mesteparten av landområdene, olje og gass i undergrunnen på land og mineraler (som ble tillagt de tidligere koloniene før uavhengigheten)⁶³⁴ og ansvar for helsevesen, forvaltning av mesteparten av strafferetten samt strafferettspleien.⁶³⁵ De selvstyrte territoriene har liknende myndighet. Selv om forbundsstaten har grunnlovsmessig myndighet når det gjelder havområdene og deres naturressurser, overførte den i 1981 kontrollen over farvannene og eiendomsretten til havbunnen innenfor tre engelske mil fra kysten til delstatene og Northern Territory.⁶³⁶

Grunnlovens § 109 og rasediskrimineringsloven

Etter § 109 i Grunnloven går føderale lover i tilfelle motstrid foran delstatslover, slik at delstatsloven er ugyldig så langt den strider mot den føderale loven. Paragrafen har vært en virkningsfull bestanddel i utviklingen av urbefolkningsretten, ved at føderal antidiskrimineringslovgivning overstyrer rasediskriminerende delstatslover. I *Mabo (no 1)*,⁶³⁷ fant for eksempel Høyesterett at Queensland lovgivning, som fratok Torres-stred-øyboerne innfødt hjemmel uten erstatning, var i strid med en bestemmelse i den føderale rasediskrimineringsloven av 1975 som sikrer juridisk likhet mellom rasene når det gjelder menneskerettigheter, også når det

631. *Teori Tau v Australsambandet* (169) 119 CLR 564. Selv om dette prinsippet sies å være basert på Grunnlovens egen oppbygging, har det bakgrunn i kolonialisme og rasisme. Ved siden av Australian Capital Territory har Australias viktigste bebodde territorier vært Northern Territory og (inntil 1975) Territory of Papua New Guinea, som begge hadde en betydelig urbefolkning. I *Teori Tau*-saken hevdet urbefolkningen i Bougainville (uten at det førte frem) at lover som fastslo eiendomsrett for kronen til mineralforekomstene i Bougainville lå utenfor Australsambandets grunnlovsmessige myndighet fordi de ikke inneholdt bestemmelser om rimelig erstatning. Kravet ble kategorisk avvist av Høyesterett.

632. Grunnlovens § 96. Av historiske grunner har Australsambandet monopol på inntektsbeskatning, noe som gjør delstatene økonomisk avhengig av bevilgninger fra de føderale myndigheter. 633. § 81.

634. Australsambandet besitter noe land direkte, enten i henhold til Grunnloven eller ervervet senere. Disse landområdene utgjør imidlertid en ørliten del av Australias flateinnhold. Situasjonen i Australia er således annerledes enn når det gjelder rettsstillingen i Nord-Amerika, der de føderale regjeringene ble gitt ansvaret for indianernes landområder.

635. Det forhandles for tiden om en nasjonal straffelov. En slik straffelov vil imidlertid bli vedtatt særskilt av hvert enkelt parlament.

636. *Coastal Waters (State Powers) Act* av 1981, *Coastal Waters (Northern Territory Powers) Act* av 1981, *Coastal Waters (State Title) Act* av 1981, *Coastal Waters (Northern Territory Title) Act* av 1981.

637. *Mabo v Queensland (no 1)* (1988) 166 CLR 186.

gjelder eiendomsrett.⁶³⁸ § 109 hadde som virkning at den diskriminerende Queenslandloven ble ugyldig. I *Western Australia v Australisambandet*,⁶³⁹ fant Høyesterett at Western Australias lovbestemmelse som når det gjaldt opphør av innfødt hjemmel plukket ut urinnvånere på diskriminerende vilkår og for diskriminerende formål, også var i strid med bestemmelsen i rasediskrimineringsloven og derfor ugyldig. Rasediskrimineringsloven virker således som et effektivt hinder for diskriminering fra delstatsparlamentenes side. Den hindrer også diskriminerende opptrøden fra en delstats eller et føderalt forvaltningsorgans side.⁶⁴⁰ Av forfatningsmessige grunner kan imidlertid rasediskrimineringsloven ikke binde det føderale parlamentet selv.⁶⁴¹ Den føderale rasediskrimineringslovgivningen er således ikke noen hindring for rasediskriminerende lover gitt av *forbundsstaten*.

Territoriene

I motsetning til delstatene har de australske territoriene selvstyre ved delegasjon fra Australisambandet. Forbundsstaten kan styre territoriene direkte – den kan gi lover på alle områder som gjelder for ett eller flere territorier alene. Etter selvstyreordningen av 1978 for det store, men tynt befolkede⁶⁴² Northern Territory, gjelder føderale lover om landrettigheter fortsatt der, selv om retten til å gi lover på de fleste andre felt er overført til Northern Territorys Lovgivende forsamling.⁶⁴³ Føderal lovgivning om urinnvåneres landrettigheter gjelder også i Jervis Bay Territory.

6.6 FORKORTELSER

Det er brukt følgende forkortelser i rapporten:

AAC	Aboriginal Advisory Council (WA) [Urinnvånerrådet for Western Australia]
AACC	Aboriginal Affairs Co-ordinating Committee (WA) [Samarbeidsutvalget for urinnvånerforhold for Western Australia]
AAPA	Aboriginal Affairs Planning Authority (WA) [Planleggingsmyndigheten for urinnvånerforhold for Western Australia]
ALT	Aboriginal Lands Trust (WA) [Forvaltningsselskapet for urinnvånerland i Western Australia]
ATSIC	Aboriginal and Torres Strait Islander Commission [Komisjonen for urinnvånere og Torres-stred-øyboere]

638.Rasediskrimineringslovens § 10.

639.(1995) 128 ALR 1.

640.Rasediskrimineringslovens § 9 gjør det ulovlig å foreta en handling som innebærer forskjellsbehandling basert på rase med formål eller virkning å forringe lik nytelse av menneskerettighetene. I *Koowarta v Bjelke-Petersen* (1982) 153 CLR 168 fant Høyesterett at § 9 fikk anvendelse på et delstatsdepartement som utførte forvaltningsmessige oppgaver; paragrafen bør gjelde tilsvarende for et føderalt departement.

641.Stort sett er et australsk parlament ikke i stand til ved lov å binde sin fremtidige lovgivningsmyndighet. Et slikt bånd på forbundsstaten Australisambandet ville kreve endring av den føderale grunnloven, noe som igjen ville kreve folkeavstemning.

642.Det bor rundt 150.000 mennesker i Northern Territory.

643.Lov om selvstyre (Northern Territory) av 1978.

CCNT	Conservation Commission for the Northern Territory (Kommisjonen for vern av Northern Territory)
CDC	Aboriginal and Torres Strait Islander Commercial Development Corporation [Næringsutviklingselskapet for urinnvånere og Torresstred-øyboere]
ILC	Indigenous Land Corporation [Selskapet for urbefolkningsland]
NAILSS	National Aboriginal and Islander Legal Service Secretariat [Det nasjonale sekretariat for rettshjelp for urinnvånere og Torresstred-øyboere]
NNTT	National Native Title Tribunal [Den nasjonale nemnd for innfødt hjemmel]
WBACC	Wreck Bay Aboriginal Community Council (Jervis Bay) [Styret for Wreck Bay urinnvånersamfunn]

KAPITTEL 7

Phil G. McHugh:⁶⁴⁴**Urbefolkningens rettslige stilling i New Zealand****7.1 GENERELL BAKGRUNN**

I New Zealand (Aotearoa)⁶⁴⁵ definerer 9,5 % av befolkningen (3,7 millioner) seg selv som medlemmer av det innfødte (polynesiske) Maori-folket. Maoriene er spredt over hele landet, i bymessige områder og innen tradisjonelle stammeteritorier. Innflytning til byene har vært et markant trekk i demografien når det gjelder maoriene siden slutten av annen verdenskrig og har medført at av stammemedlemmene bor en betydelig del i byer utenfor stammenes tradisjonelle territorier. Mange av maoriene i byene beholder en eller annen form for eiendomsrett eller bruksrett til grunn innen stammeregionen, ikke minst fordi det gir status innen stammesamfunnet (*turangawaewae*).

Sosiale data om utdanning, boligforhold, sysselsetting og rettspleie viser omfanget av maorienes svake samfunnmessige stilling i New Zealand. Maoriene er underrepresentert ved universitetene og sterkt overrepresentert når det gjelder domsavsigelser og i fengslene, i arbeidsløshetstallene og helsestatistikken. Arbeidsløshet blant maoriene har for eksempel svingt mellom 23,8 % og 27,3 % – mer enn det dobbelte av gjennomsnittet for landet – i løpet av de siste fem årene. Selv om det finnes noen økonomisk vellykkede maoriforvaltningsselskaper og maoribedrifter, finnes det ingen betydelige maori-eide økonomiske foretak som opererer på større landsomfattende nivå. Det er en alminnelig oppfatning at det har funnet sted en betydelig økning – selv om den ikke er målt – i forretningsforetak drevet av maorier i de siste fem år, uten at dette foreløpig har satt noe vesentlig preg på den nasjonale økonomien. Det antas at kravprosessen vil føre til en betydelig omfordeling av kapital til maoriene – en endring som oppgjørene i fiskeriene (1992) og Tainu-oppgjøret (1995) allerede har signalisert.

Maorisamfunnet er organisert i *iwi* (stammer) som videre inndeles i understammer eller i en utvidet slektsgruppe (*hapu*) eller en utvidet familie (*whanau*). Kontakten med de statlige myndighetene foregår nesten alltid på *hapu*- eller *iwinivå*. Stammeteritoriene har historiske grenser der visse strekninger tradisjonelt har vært gjenstand for tvist. Disse tvistene fortsetter i dag. Under tilpasningen til det (forholdsvis lille) New Zealand-Aotearoa boområdet ble det i maorisamfunnet utviklet en sterk konkurranse mellom stammene gjennom det polynesiske konseptet *mana* (status). Som følge av dette er forholdene mellom stammene i dag fortsatt like fulle av robust stridbarhet som i tidligere tider. Maorikulturen har også utviklet omstendelige sedvaner for ritualisering og bevaring av denne konkurranseinnstillingen mellom stammene. Den hvite kulturen (*pakeha*) tar ofte dette konkurranseaspektet som et tegn på en uregjerlig og uorganisert kultur, men man må forstå at maorikulturen først og fremst bygger på *stammen* og at det robuste forholdet mellom stammene er et tegn på kulturell vitalitet. Dette vises ofte ved stammenes bruk av de engelske innvandrernes (*pakeha*) fora (særlig domstolene) når det gjelder forhold stammene imellom. Man bør ha denne konkurranseinnstillingen i tankene, da den

644.Phil G. McHugh (dr.) er universitetslektor i rettsvitenskap ved Universitetet i Cambridge (England), og foreleser i rettsvitenskap ved Sidney Sussex College.

645.Maori-folkets betegnelse for New Zealand (o.a.).

gir urbefolkningens krav i New Zealand en dimensjon som mangler i Nord-Amerika og Australia, der innvandrerne står for en lignende rettsorden og kultur.

7.2 HISTORISK BAKGRUNN

Pakeha-koloniseringen av New Zealand begynte med hvalfangere og omreisende handelsmenn og misjonærer tidlig i det nittende århundre. I 1830-årene hadde den tynne strømmen av innvandrere vokst til en kraftig flod. Stilt overfor økende løv-løshet blant engelske innvandrere på øyene og muligens engstelig for franske planer om økt innflytelse, erklærte den engelske kronen formelt suverenitet over New Zealand i oktober 1840. Forut for denne erklæringen gikk en traktat mellom kronen og (de fleste) stammene undertegnet 6. februar 1840 i Waitangi i den nordlige delen av North Island. I løpet av de påfølgende ukene satte de fleste stammene sitt merke under denne traktaten. Waitangitraktaten, som den kalles, har blitt grunnlaget for maorienes rettigheter og krav overfor staten.

Det er to utgaver av Waitangitraktaten – en med engelsk ordlyd og en med maorisk ordlyd som ble undertegnet av det store flertall av de som undertegnet for stammene. Samordning og fortolkning av disse to utgavene har utgjort et vesentlig punkt i forholdet mellom regjeringen og maoriene helt til nå, og særlig i de to siste tiårene, med gjenopplivningen av stammekulturen.

Den engelske teksten inneholder en overdragelse av suverenitet (artikkel I) fra høvdingene koblet til et løfte fra staten om beskyttelse av stammenes eiendomsrett og et forbehold fra statens side om en (eksklusiv) «førsterett» til ervervelse av grunn fra stammene (artikkel II). Tredje artikkel gir maoriene rettigheter og privilegier som britiske borgere.

Maoriteksten er mer utpenslet og blir i økende grad ansett som mer autoritativ enn den engelske, ikke minst fordi den og ikke den engelske versjonen ble undertegnet av størstedelen av stammene. Maoriteksten overdrar *kawanatanga* til staten – en translitterasjon til maori av ordet «guvernør» – men beholder høvdingenes *rangatiratanga* over sine egne undersåtter. Et vesentlig trekk ved kravsprosessen⁶⁴⁶ i New Zealand har vært forsøket på å samordne statens *kawanatanga* med høvdingenes *rangatiratanga*, som anses å innbefatte en rett til selvbestemmelse. I den utstrekning dette i noen grad kan sies å være oppnådd, må det være ved at det er fastslått at stammene har rett til autonomi under kronens suverenitet som beskyttende og bistående paraply. Maoriteksten garanterer også stammenes rettigheter til eiendom og til *taonga katou* («alle andre verdsatte ting»).

7.3 KONSTITUSJONELLE PRINSIPPER OG MAORIENES STATUS

Som britisk koloni ble common law-retten gjeldende i New Zealand. Ved overgangen fra kolonistatus til nasjonal uavhengighet ble suvereniteten over landet lagt til den New Zealandske krone. Common laws regler om suverenitet sier at kronen har absolutt suverenitet, spesielt når kronen-i-parlamentet vedtar lover. Lovgivning kan ikke angripes på basis av at den strider mot maorienes rettigheter etter Waitangitraktaten eller «traktatens prinsipper». Den absolutte suvereniteten kan ikke oppdeles eller begrenses. Etter common law deler ikke kronen sin suverenitet med maoristammene. (Man kan stille dette opp mot den rettslige anerkjennelsen av gjenværende stammesuverenitet i USA og den tilsvarende utviklingen i Canada). På tils-

646.Se "[Konstitusjonelle prinsipper og maorienes status](#)" i punkt 7.3 nedenfor om konstitusjonelle prinsipper og "[Kravsprosessen](#)" i punkt 7.8 om kravsprosessen.

varende måte kan Waitangitraktaten etter common law ikke brukes som middel til å begrense kronens suverenitet.

Disse prinsippene om udelelig og ubegrenset suverenitet er blitt gjenstand for sterk kritikk som uforenlige med maoriversjonen av Waitangitraktaten. *Rangatira-tanga* innebærer at suverenitetsspørsmålet kommer i en særskilt stilling, er det hevdet av enkelte representanter for maoriene. De hevder også at eiendomsrettsgarantien i traktaten hindrer parlamentet i å oppheve denne særskilte stillingen når det gjelder suvereniteten, på samme måte som § 35 i den canadiske forfatning av 1983 for tiden beskytter urinnvånerens stilling og traktatfestede rettigheter i Canada. Disse argumentene kan ha politisk påvirkningskraft, men de har hittil ikke frembrakt noen endring i ortodoks forfatningslære. For at maoriens rettigheter skal bli ansett å innebære en forfatningsrettslig deling av suvereniteten eller en begrensning av kronens suverenitet, er det nødvendig med visse betydelige konstitusjonelle reformer tilsvarende canadaloen av 1981. Det er ikke sannsynlig at det vil bli tatt noe slikt initiativ.

New Zealandsk rett fastslår at rettigheter for maoriene som påberopes med hjemmel direkte i Waitangitraktaten ikke kan fremmes for domstolene med mindre formell lov har gjort det mulig. Lovgiverne i New Zealand har i økende grad vedtatt lover som uttrykkelig inkluderer «prinsippene i Waitangitraktaten» i lovens regime. Viktige eksempler er ressursforvaltningsloven av 1991 (se *Eiendomsrett til og forvaltning av ressurser* nedenfor), statsselskapsloven av 1987 og Waitangitraktatloven av 1975 (se avsnittene *Prinsippene i Waitangitraktaten* og *Kravsprosessen "Prinsippene i waitangitraktaten"* i punkt 7.4 og punkt *"Kravsprosessen"* i 7.8 nedenfor). Denne anerkjennelse av Waitangitraktaten i lovene har lettet utviklingen av et stadig høyere utviklet sett «traktatprinsipper» og representerer en viktig kilde for diskusjonen i New Zealand for tiden om Waitangitraktaten som del av forfatningen (se *"Prinsippene i waitangitraktaten"* i punkt 7.4 *Prinsippene i Waitangitraktaten* nedenfor).

Den andre måten som domstolene og Waitangitribunalet har gjort maoriens rettigheter «grunnlovsmessige» på er ved å supplere den lovfestede anerkjennelsen av traktatrettighetene med common law-prinsipper (dvs domstolsgenererte prinsipper). I særdeleshet har domstolene vist til og anvendt canadisk og australsk rettspraksis som går ut på at staten har forpliktelser som *beskytter* for sin urbefolkning. En slik forpliktelse som beskytter er en forpliktelse som bygger på en sterk lojalitetsplikt i forholdet mellom partene. Når det gjelder maoriene, oppstår denne forpliktelsen for staten av den beskyttende og formynderliknende stilling som staten historisk sett bevisst har påtatt seg. Kilden til forpliktelsen som beskytter er altså ikke Waitangitraktaten selv, men (som canadisk og australsk rettspraksis viser) stillingen som urbefolkning. Fordi forpliktelsen som beskytter etter common law har blitt knyttet til anerkjennelse i lovgivningen av «prinsippene i Waitangitraktaten», er det vanskelig å fastslå hvilken innflytelse og rettslig stilling den i seg selv har. Kommentatorer venter at doktrinen vil få økende betydning på områder der det ikke er noen lov som anerkjenner Waitangitraktaten.

Common law-doktrinen om eiendomsrett for urbefolkningen som har hatt slik innflytelse i Nord-Amerika og Australia, er anerkjent av domstolene i New Zealand, men dens praktiske konsekvenser er fortsatt små, bortsett fra i fiskeriene. Doktrinen er anerkjent av domstolene i forhold til havfisket og var en betydelig faktor i statens fremforhandlede oppgjør i fiskeritvisten (se «Kravsprosessen» i *"Kravsprosessen"* i punkt 7.8 nedenfor).

7.4 PRINSIPPENE I WAITANGITRAKTATEN

Waitangitraktaten har av domstolene i New Zealand og av Waitangitribunalet vært ansett som «grunnlaget for utvikling av en sosial kontrakt». Som en videreføring av den anerkjennelse i lovgivningen av «prinsippene i Waitangitraktaten» er det utviklet et sett av moderne prinsipper som ser traktaten som et «levende instrument». Disse «prinsippene» er oppsummert nedenfor. De representerer en særskilt rettslig lære som gjør seg gjeldende i kravprosessen ved at den anerkjennes av staten og stammene. Det er allikevel en lære som ikke har krav på å bli sammenhengende eller konsekvent anvendt av domstolene da det ikke foreligger noen lov som gjør Waitangitraktaten bindende for staten (unntatt på det viktige området som gjelder statseide sammenslutningers eiendom).

7.4.1 Partnerskap

Dette er blitt den prinsipielle overbygning for traktatforpliktelsene mellom staten og maoriene. Tre aspekter er av sentral betydning:

1. Partnerskap representerer en forpliktelse til et to-kulturelt samfunn, til en stat der institusjonene har både anglo-kolonistenes og maoriernes perspektiver for øyet;
2. Partnerskap innebærer anerkjennelse ikke bare av skillet mellom folkegruppene, men også av fellesanliggender som kan medføre behov for kompromisser og samarbeid mens landet beveger seg fra tidligere brudd på traktaten mot gjennomføring av den i fremtiden;
3. Partnerskap legger ansvar på partene for å opptre overfor hverandre på en rimelig, rettferdig og lojal måte.

7.4.2 Kawanatanga

Artikkel I i traktaten ga staten *kawanatanga* eller rett til å styre, til å vedta og håndheve lover, til å opprettholde ro og orden og til å opprette domstoler til avgjørelse av tvister. Denne retten til å styre er imidlertid begrenset av statens traktatforpliktelser. Tribunalet har for eksempel anerkjent statens rett til å vedta generelle lover når det gjelder vern og ressursforvaltning (*Muriwhenua-rapporten*, 232). Dette betyr imidlertid ikke at maoriene skal behandles som alminnelige medlemmer av befolkningen, for de har rettigheter som urbefolkning og etter traktaten, mens befolkningen generelt ikke behøver å ha annet enn borgerrettigheter.

7.4.3 Rangatiratanga

Artikkel II i maoriutgaven av Waitangitraktaten garanterer maoriene både en eiendomsrett til sine stammerressurser og rett til selvstyre innen stammen.

1) Eiendomsrett: Traktaten fastslo ikke bare maoriernes eiendomsrett. Eiendomsrettgarantien har også blitt tolket derhen at den forplikter staten til aktivt å beskytte maoriernes rett til å besitte eiendom ved å sikre at maoriene beholder nok til å dekke sine behov og ved å lette utnyttelsen av eiendomsretten ved at det tas hensyn til ny teknologi og nye oppfatninger.

Fiskerierne er et godt eksempel på eiendomsrettgarantien. Fisk var en viktig *taonga* (eiendel), som var avgjørende for stammens økonomi. Stammene utøvet kontroll over fiskeriene (i innlandet og på kysten) innen deres sedvanemessige grenser. I *Ngai Tahu Sea Fisheries Report* fant Waitangitribunalet at stammen hadde en «eksklusiv rett i henhold til traktaten til sjøfisket rundt hele deres kystrohe [grense] ut til 12 mil eller så, da det ikke foreligger noen erklæring eller avtale

fra deres side om oppgivelse av slike rettigheter». Maoriene hadde også en «traktat-utviklet rett til en rimelig andel av sjøfisket utenfor deres *rohe* fra 12 mil og ut til og forbi kontinentalsokkelen og over i havfisket innenfor den økonomiske sonen på 200 mil, idet denne retten er eksklusiv for [den stammen]». Bevisførsel viste at maoriene hadde vedlikeholdt denne stammeressursen så godt de kunne til tross for overfiske av anglo-kolonistenes handelsinteresser og marginaliseringen av maorienes deltagelse i fiskerinæringen. Sedvanebasert rett, som innføring av *tapu* og *rahui* for å beskytte yngleområder og truede arter, hadde vært tatt i bruk for å regulere ressursene.

2) Rett til selvstyre innen stammen: Waitangitraktaten, som var inngått med New Zealands *stammer*, anerkjente stammen som midtpunktet i maorienes sosiale og kulturelle organisasjon. Anerkjennelsen av *rangatiratanga* medførte at staten pliktet å sikre stammens integritet og tilstrekkelig tildeling av ressurser til dem. Disse garantiene ble ikke oppfylt og førte til nær ødeleggelse av stammens måte å leve på. Å gjenopprette stammens *mana* og integritet er derfor en vesentlig forpliktelse etter traktaten. Waitangitribunalet har ansett gjenoprettelsen av stammeidentitet som hovedformålet i kravprosessen, da det er en tilnæringsmåte som innebærer noe mer enn bare erstatning og reparering. Det går «forbi skyld og spør hva som kan gjøres nå og i fremtiden for å bygge opp igjen stammene» (*Waiheke Island Report*, 41).

Gjenreisning av stammene har mange sider. Økonomisk selvbestemmelse står sentralt og forutsetter at staten sørger for at hver stamme har en ressursbase som er tilstrekkelig for dens nåværende og fremtidige behov. Hva som vil være tilstrekkelig for de enkelte stammene, avhenger av mange variabler og må avgjøres på fra-stamme-til-stamme-basis som et ledd i den nåværende kravprosessen. Gjenreisning av stammene forutsetter også at det eksisterer rettslig aksepterte strukturer som er tilpasset maorienes behov i en kommersielt orientert verden. Dette er et komplisert spørsmål (se *representasjon* og *Te Ture Whenua Maori-loven* (forvaltningsselskap for stammene) nedenfor) der fremgangsmåten sannsynligvis igjen vil variere fra sak til sak.

7.4.4 Oppgjør av krav

Domstolene og tribunalet har erkjent at løsningen av maorienes krav er et spørsmål av nasjonal betydning og en rett maorifolket har i henhold til traktaten. Forhandlinger mellom traktatens parter er etter hvert blitt ansett som det best egnede middel til å komme frem til rettferdighet for maoriene – siden staten og maoriene inngikk traktaten er det bare de som har *mana* (posisjon) til å avgjøre hva den krever. Waitangitribunalet og domstolene kan megle i oppgjørprosessen og legge forholdene til rette for en løsning, men til sist krever ethvert resultat enighet mellom traktatens parter, slik det skjedde i Tainu- og fiskerisakene.

Waitangitribunalet har en sentral rolle som en uavhengig instans som oppstiller den saklige matrisen for kravet, utvikler forståelse for «prinsippene i Waitangitraktaten» og foretar en løpende kontroll av traktatoppgjørens fortsatte gyldighet. Tribunalet utsteder ikke-bindende anbefalinger, men har i det siste veket unna konkluderende anbefalinger i respekt for kravstillernes felles ønske om avgjørelser av faktum og fortolkning av traktaten som grunnlag for forhandlinger med regjeringen. (Se mer fylldig under *Kravprosessen* i "[Kravprosessen](#)" i punkt 7.8 nedenfor).

Det er et ytterligere prinsipp i traktaten at staten skal gi stammene som fremmer krav tilstrekkelige ressurser til å forfølge sitt krav for tribunalet og på forhandlingsstrinnet, ikke minst fordi stammene vil mangle ressurser som er tilgjengelige for staten.

7.5 MAORIENES EIENDOMSRETT TIL LAND: HISTORISK BAKGRUNN

Inntil de hvite nybyggerne kom hadde maoriene intet begrep for «salg» av land. Til å begynne med trodde de at et «salg» ikke betydde mer enn en personlig rett for kjøperen til å bo på jordstykket. I 1840-årene og rett etter innføringen av britisk suverenitet synes imidlertid maoriene å ha innsett hva det innebar å «selge» sin jord.

Waitangitraktaten og forskjellige lover utferdiget av kolonimyndighetene og av det britiske imperiums myndigheter ga staten førsterett til å erverve den eiendomsrett som stammene hadde som urbefolkning. Denne førsteretten var også praktisert i Nord-Amerika, (først og fremst gjennom den kongelige proklamasjon av 1763) og Australia. Dens formål var å sikre at land var tilgjengelig for hvite kolonister, men samtidig å forhindre spekulasjon i fast eiendom og at det oppstod uordnede hjemmelsforhold. Selv om regelen også var ment å skulle beskytte maoriene fra jordhaier, var virkningen at staten ble eksklusiv mellommann ved omsetning av jord. Den tvilsomme måten disse salgene (typisk) ble gjennomført av statens tjenestemenn på, er malende beskrevet av Waitangitribunalet i dets *Ngai Tahu Report* (fra 1993).

I 1850-årene begynte maorihøvdingene å innse at land gikk tapt og at høvdingenes autoritet minsket. Som følge av dette dannet visse stammer i den sentrale delen av North Island et forbund som utpekte sin egen «konge» og forbød ytterligere salg av land. Resultatet av dette ble krig (kjent som «New Zealand-krigene») som til sist førte til stammenes undertrykkelse med makt og omfattende konfiskasjoner. Land ble konfiskert på bred, vilkårlig basis, også land tilhørende stammer som ikke hadde gjort oppstand.

Krigene hadde vist anglo-kolonistene motstandskraften i stammesystemet, og det var den myndighetene senere forsøkte å undergrave. Dette la grunnen til det system for eierforhold og forvaltning som fremdeles styrer maorienes eiendomsrett til land i New Zealand. Grunnlaget for systemet har vært individualisering av eiendomsretten. Under dette regimet ble meget av den jord som fortsatt var i maorienes eie solgt, slik at i 1980-årene utgjorde land som rettslig var å anse som tilhørende maoriene ikke mer enn 5 % av landets totale areal. Det kan således generelt sies at mesteparten av maorienes land hadde gått tapt ved salg til staten, konfiskasjon eller som følge av individualisering av eiendomsretten.

Loven om innfødtes land av 1865 opprettet en innfødtes (i dag maorienes) jordskifterett som hadde til oppgave å omdanne stammens «sedvanerettslige eiendomsrett» til eiendomsrett som selveier. Dette skulle ha form av et særskilt sameie («maori selveierland»), som en spesiell lov fastsatte forvaltningen av. Til å begynne med kunne den enkelte eiendomsrett, eller mer nøyaktig sameieandel, selges, men det førte til så stort tap av stammeland at det til slutt ble innført restriksjoner på omsetteligheten av hjemmelen. Mange maorier falt for fristelsen til å selge sin individualiserte eiendomsrett, men mange klamret seg også hardnakket til sin andel, da den var det synlige uttrykk for deres *turangawaewae* eller stammestatus. Ved å opprette et sameieforhold ventet kolonimyndighetene at maoriene ville oppføre seg som hvite jordeiere, ved enten å ta aktiv del i utnyttelsen av landområdet eller trekke seg ut ved å selge sin andel. Selv om mange maorier valgte å trekke seg ut, førte inkorporeringen av stammekulturelle verdier i et system som bygget på individualisert eiendomsrett til land til at eiendomsretten til maorienes selveierland ble sterkt fragmentert. Når maoriene således anvendte en av anglo-kolonistenes institusjoner til eget kulturelt mål (sikring av stammestatus), førte dette til at forvaltningen og utnyttelsen av landområdet ble vanskeliggjort. I dag er maorienes eierforhold til land preget av spredning i eierforholdene og, som følge av at mange enkeltvis utøvet

sin rett til å få individuell hjemmel til landområdene, av en mangfoldighet av parseller.

7.6 MAORIENES EIENDOMSRETT TIL LAND

De relevante kategoriene av eiendomsrett til land i New Zealand er alminnelig land, maori selveierland og statsforetaksland [State-Owned Enterprise land] (som er en variant av alminnelig land). Det finnes ingen oppgave over hvor meget alminnelig land som eies av maorier på individuell eller kollektiv basis (dvs eiet av stammeforvaltningsselskaper eller -foretak – se nedenfor). Det er ingen spesielle regler knyttet til maorienes eiendomsrett til slikt land, selv om kompliserte og spesielle regler gjelder for maorienes selveierland (se nedenfor). Statsforetaksland (SOE-land) er land som tidligere var kronland og som ved lov er overført til statseide foretak etablert i henhold til den økonomiske politikken i 1980-årene. Meget av disse landområdene er fortsatt gjenstand for uløste krav fra maoriene (se *Kravsprosessen* nedenfor).

7.6.1 Maoriloven av 1953

Inntil for to år siden inneholdt maoriloven av 1953 hovedbestemmelsene om maorienes selveierland. Den politiske utvikling i 1980-årene hadde vist at denne lovgivningen i økende grad var foreldet, tiden var løpt fra de holdninger den gjenspeilte (bevaring av assimilasjons- og individualiseringstanken). Dommerne i jordskifteretten for maorier, hvorav de fleste i dag er maorier, hadde tøyet lovene for å holde landet i maorienes eie, samtidig som de også strevet for å råde bot på den ødeleggende virkningen av fragmentasjonen, så landet kunne bli utnyttet av eiere som tilhørte stammene. Tidligere hadde de fragmenterte eierforholdene altfor ofte medført at landet ble solgt eller leiet ut, i siste tilfelle ofte til altfor lave leier. Reformen i 1974 endret formene for de obligatoriske eiermøtene der det ble stemt over forslag om overdragelse. Antallet tilstedeværende som var nødvendig for at møtet skulle være beslutningsdyktig ble sterkt utvidet, et tiltak som medførte stopp i overdragelsene, men ytterligere vanskeliggjorde stammeeiernes forvaltning av egen jord. Stadig mer velvillig innstilte dommere i maorijordskifteretten begynte å reformere maorienes selveierland innenfor de begrensende parametrene som loven satt for deres kompetanse.

En spesiell bestemmelse, § 438 i maoriloven av 1953, tillot maorijordskifteretten å opprette forvaltningsselskaper for maorienes selveierland. Ved å anvende denne bestemmelsen på en fri og meget kreativ måte kunne domstolen overføre den rettslige hjemmelen fra de mange eierne (ofte hundrevis) til en gruppe av eiere i egenskap av tillitsmenn. Tillitsmennes fullmakter kunne så spesifiseres av domstolen i påbud for forvaltningsselskapet. Disse påbudene kunne gjøre det mulig å anvende inntektene til kollektive formål, samtidig som de kunne brukes til å strømlinjeforme forvaltningen av vedkommende landområde.

Forvaltningsselskapene ble et populært redskap for reformer når det gjaldt maorienes selveierland, som en måte å komme bort fra det stivnede og fragmenterte sameierforholdet. Det rådde imidlertid hele tiden tvil om i hvilken utstrekning maorijordskifteretten kunne formulere påbud for forvaltningsselskapene som satte kollektive interesser foran lovens klare individualistiske filosofi og anglo-kolonistenes rett når det gjaldt forvaltningsselskaper. Den nye lovgivningen løser dette dilemmaet ved detaljerte bestemmelser for forvaltningsselskaper for stammene.

7.6.2 Loven om te ture whenua maori (maori land) av 1993

Innledningen til denne loven viser formålet helt klar:

«Da Waitangitraktaten etablerte et spesielt forhold mellom maorifolket og kronen ... og da det er ønskelig å fastslå at land er en *taonga tuku iho* av særlig betydning for maorifolket og derfor å fremme det fortsatte eierskap til jorden hos dens eiere, deres *whanau* og deres *hapu*: og for å lette besittelse, kultivering og bruk av denne jorden til beste for dens eiere, deres *whanau* og deres *hapu* ...»

Lovens hovedformål er fortsatt å regulere eierforholdene til maorienes selveierland under maorijordskifterettens beskyttelse.

Forbudene i forbindelse med avhendelse av eiendomsrett til eller interesser i maoriselveierland opprettholdes, men loven angir allikevel en «foretrukket klasse erververe» som skal gis fortrinnsrett ved enhver foreslått avhendelse. Denne klassen omfatter medlemmer av *hapu* eller *whanau* med noe sedvanemessig tilknytning til vedkommende landareal. Overdragelse av hele eller deler av et landområde eller av en sameieandel forutsetter godkjenning av maorijordskifteretten. § 153 er en ny bestemmelse som etablerer det domstolen tidligere hadde manglet – en alminnelig myndighet til etter skjønn å nekte godkjenning av enhver avhendelse av maorienes selveierland. Neste paragraf fastsetter premissene for hvordan skjønnet kan utøves. Premissene omfatter 1) den historiske betydningen av land for dem som avhender det samlet eller enkeltvis eller deres historiske tilknytning til det, 2) om eierne har hatt tilstrekkelig anledning til å overveie den foreslåtte avhendelsen, 3) spørsmålet om eierne har utvist forsvarlig vurdering og forståelse av dagens verdi og de muligheter landområdet gir i fremtiden og 4) anvendelsen av prinsippet om *ahi ka* (besittelsens ild).

Reformen av eierforholdene til maorienes selveierland er hovedsakelig omhandlet i den nye lovens avsnitt om forvaltningsselskaper. Den hemmende uklarheten i § 438 er erstattet av en ordning med en serie fleksible forvaltningsselskaper som kan skreddersys etter det spesielle landområder og/eller grupper av eiere krever. Maorijordskifteretten gis eksklusiv kompetanse til å opprette slike forvaltningsselskaper, mens domstolskompetansen når det gjelder driften av forvaltningsselskapene deles med lagmannsretten.

Det kan opprettes fem typer stammeforvaltningsselskaper for maorienes selveierland. De er:

1. *putea*-forvaltningsselskaper som gir mulighet for at små, oppdelte interesser i et område eller områder kan bli samlet i én sekk (*putea*). Beløpene i *puteaen* fordeles ikke etter hver deltakers forholdsmessige interesseandel (som de alminnelige rettsreglene om forvaltningsselskaper ellers ville forlange), men kan brukes til stammerelaterte formål. Denne type forvaltningsselskap passer spesielt godt hvor et landområde er sterkt oppstykket, i hundrevis eller kanskje tusenvis av uøkonomiske interesser eller andeler.
2. *whanau*-forvaltningsselskaper for en utvidet familie kan omfatte flere landområder og pengene kan fordeles mellom eierne og deres barn. I omfang – det vil si rekkevidden for styrets disponering av midlene – er forvaltningsselskapet begrenset til eierne og deres barn.
3. *ahu whenua*-forvaltningsselskaper, der midlene skal fordeles etter eiernes andeler, men med en bestemmelse om at maorijordskifteretten etter søknad kan tillate utdeling til «samfunnsmessige formål for maoriene».
4. *whenua topu* forvaltningsselskaper kan gjelde hele eller en vesentlig del av de samlede interessene i land eiet av medlemmer av en hvilken som helst *iwi* eller *tapu*, slik at mange eiendommer kan være gjenstand for en sentralisert sty-

ringsstruktur. Midlene kan brukes til «samfunnsmessige formål for maoriene». «Samfunnsmessige formål for maoriene» er definert i lovens § 218 som interessene ikke bare til eierne og deres barn, men også til «enhver *hapu* med tilknytning til ethvert landområde tilhørende forvaltningsselskapet og dens medlemmer enten direkte eller indirekte». Helsetjenester, sosial, kulturell og økonomisk velferd og utdanning og yrkesopplæring er også angitt som områder midlene kan anvendes på.

Tillitsmennene har den rettslige hjemmel til forvaltningsselskapets land, undergitt «uttrykkelige begrensninger eller restriksjoner pålagt av [maorijordskifte]retten i påbud for forvaltningsselskapet», men ellers skal de «ha alle de fullmakter og hjemler som måtte være nødvendig for en effektiv forvaltning av forvaltningsselskapet og oppfyllelse av dets formål.» Styret kan ikke selge forvaltningsselskapets jordeiendommer uten samtykke av tre fjerdedeler av eiere med definert eierandel eller av personer som til sammen eier minst 75 % av andelene.

7.6.3 Sammenslutninger for maoriland

Sammenslutninger for maoriland ble opprettet i 1920-årene som et middel til å unngå den lammende virkningen av oppdeling. En sammenslutning kunne etableres av eierne for å utøve lovbestemt styringsrett over jordeiendommene. Sammenslutningen var undergitt maorijordskifterettens jurisdiksjon og særskilte lovbestemte krav.

Sammenslutningene vekket ikke interesse blant landeiende maorier, bortsett fra i noen få regioner i New Zealand der de lokale maoritalsmennene holdt spesielle *mana*, særlig på østkysten av North Island. Sammenslutningsformen inneholdt de fleste trekkene i anglo-nybyggernes selskapsmodell i forhold til aksjebesittelse og forvaltning av aktiva. Bortsett fra denne individualistiske orienteringen var sammenslutningen med sitt krav til revisjon og prosedyrer også en for kompleks og tungvint ordning for mange landområder, særlig de mindre og lite økonomiske enhetene. Selv om det finnes noen store og økonomisk betydningsfulle maoribedrifter, har ordningen ikke vekket utbredt interesse blant maoriene.

1993-loven endrer rettsreglene for sammenslutninger og tillater slike selskaper å engasjere seg på meget bredere felt i økonomisk aktivitet.

7.7 EIENDOMSRETT TIL OG FORVALTNING AV RESSURSENE

Etter loven tilligger de fleste viktige naturressursene i New Zealand kronen: Loven om kronens mineralforekomster av 1991 (olje og gass, gull, sølv og uran) og kullgruveloven av 1979 (kull). Videre fastsetter ressursforvaltningsloven av 1991 restriksjoner når det gjelder oppdeling av land i mindre enheter, utnyttelse av marine kystområder, visse utnyttelser av grunnen under innsjøer og elver, og bruk av vann. Maorieid land er undergitt samme naturforvaltningsregime som alminnelig jordeiendommer.

Enhver som foreslår utvinning av en naturressurs på ressursforvaltningslovens betingelser må innhente et «ressurssamtykke» gitt av de territoriale myndigheter som er ansvarlig for regionens distriktsplan. Tidligere har maoriene ment at slike ressurssamtykker vedrørende alminnelig jordeiendommer ikke har tatt reelt hensyn til stammeinteresser og stammefølelser. Utslipp av kloakk i rent vann støter for eksempel maorienenes helligholdelse og tro på vannets åndelige renhet (se for eksempel Waitangi Tribunal *Kaituna River Report* (1985)); men etter tidligere lovgivning kunne vannrettigheter (rett til utslipp av spillvann/kloakkvann) meddeles uten hen-

syn til protester fra stammehold. Naturforvaltningsloven (og loven om statens mineraler) råder bot på dette gamle klagepunktet og trekker uttrykkelig inn en maoridimensjon i beslutningsprosessen når det gjelder naturforvaltning. Naturforvaltningslovens § 8 bestemmer:

«Ved gjennomføring av bestemmelsene i denne lov skal alle som utøver funksjoner og fullmakter i henhold til loven, i forhold til forvaltning, utnyttelse, utvikling og vern av naturlige og fysiske ressurser ta hensyn til prinsippene i Waitangitraktaten (Te Tiriti o Waitangi)».

Domstolene har funnet at § 8 pålegger planmyndighetene å innhente uttalelse fra maoriene vedrørende virkningene av en planbeslutning. I *Worldwide Leisure Group v Symphony Group Ltd*-dommen (uttrykt pr 22 november 1994) bemerket dommer Cartwright at den lokale maori *hapu* Ngati Rauhoto verken hadde eiendom i umiddelbar nærhet av det foreslåtte turistprosjektet langs Waikatoelven eller noen økonomiske interesser å beskytte. Loven ga dem imidlertid status som *tangata whenua* med rettslig interesse ikke bare i forhold til skader på miljøet, men også i forbindelse med virkningen av forslaget på elvens *mauri* og når det gjaldt krenkelse av en gammel hellig kilde. Dommeren fant at Ngati Rauhoto ikke i tilstrekkelig grad var blitt konsultert. I *Ngati Kahu v Tauranga District Council* [1994] NZRMA 481 tilkjennegav plannemnda at rådføringsprosessen mellom *hapu* og planmyndighetene kanskje ikke ville ende med konsensus. Det påhvilte ikke myndighetene å konsultere inntil konsensus ble oppnådd. Konsultasjonsprosessen som loven fastla behøvde i realiteten ikke å innebære mer enn en forsikring om at det hadde foregått en full og åpenhertig utveksling av synspunkter. Konsultasjonene måtte imidlertid strekke seg over et rimelig tidsrom og foregå i en atmosfære av god vilje og åpenhet, slik at alle rimelige (i motsetning til fantasifulle) planleggingsalternativer kunne bli overveiet.

Stillingen når det gjelder eiendomsrett og forvaltningsrettigheter til naturressurser i New Zealand er altså at de store mineral- og energiresursene eies av staten. Naturforvaltningsloven oppretter en mekanisme for inkorporering av stammeinteressene i beslutningsprosessen når det gjelder naturforvaltning. Andre viktige nasjonale ressurser, særlig rettigheter til skogsdrift og kullutvinning, er undergitt «clawback»-bestemmelsene i loven om Waitangitraktaten (statsselskaper) av 1988. Eiendomsretten til disse ressursene (som er overdradd fra staten til SOE som eier) kan bli overført til bestemte stammer etter forhandlinger med staten (se *Kravsprosessen* nedenfor). Fiskerikravene er avgjort etter forhandlinger.

7.8 KRAVSPROSESSEN

En rekke dommer i slutten av det nittende og begynnelsen av det tjuende århundre gikk ut på at maorienes krav mot staten ikke kunne avgjøres rettslig. Gjenopptakelse av maorienes krav mot staten i 1970-årene førte til opprettelsen av Waitangitribunalet ved loven om Waitangitraktaten av 1975. Tribunalet ble opprettet for at «prinsippene i Waitangitraktaten» kunne få «praktisk anvendelse». Teknisk sett treffer ikke tribunalet avgjørelser, men gir i stedet «anbefalinger» og «uttalelser» som fungerer som grunnlag for påfølgende forhandlinger mellom staten og stammene. Staten er ikke rettslig forpliktet til å legge tribunalets anbefalinger til grunn, selv om tribunalet har fått visse hjemler til å treffe beslutninger som følge av loven om Waitangitraktaten (statsselskaper) av 1988. Tribunalet besto den gang av en dommer fra maorijordskifteretten, en representant for maoriene og en representant for New Zealand Law Society. Tribunalet er nå gitt anledning til å dele seg i mange

avdelinger, men det er fortsatt sterkt opptatt, med i overkant av 140 krav som fortsatt skal behandles.

Tribunalets kompetanse var opprinnelig begrenset til en handling, politikk eller unnløstelse fra statens side i samtiden. Dette innebar at de betydelige historiske kravene ikke kunne behandles av tribunaleet. En annen vanskelighet som tribunaleet i begynnelsen stod overfor, var at det la til grunn en formell domstolsaktig saksbehandling. Denne formalismen støtte bort maorigrupperingene som opprettelsen av tribunaleet var ment å skulle oppmuntre. En markert endring i prosedyrene kom da justitiarius E. Durie overtok som leder av tribunaleet. Selv om det møtte hindringer på grunn av sin begrensede kompetanse, avga allikevel tribunaleet en rekke vel motatte og forlikspregede rapporter som i 1985 la grunnlaget for utvidelse av kompetansen til å omfatte historiske krav.

Tribunaleet har i dag myndighet til å behandle historiske krav mot staten. Med denne utvidelsen av kompetansen har tribunaleet blitt en viktig aktør i kravprosessen. Saksbehandlingen for tribunaleet bygger på en blanding av formelle og ikke formelle prosedyrer. Tribunaleet behandler krav på *maraeen* (møteplassen) og følger *tikanga maori* (maorienes protokoll).

Noen av de større stammene har foretrukket å avvende tribunaleets rapport før de starter forhandlinger med staten. Et viktig eksempel på dette er Ngai Tahu-kravet som berører mesteparten av New Zealands South Island. Tribunaleets rapport konkluderte med at statens kjøp av øya fra Ngai Tahu i midten av det nittende århundre hadde vært ytterst tvilsomt, både når det gjaldt måten det var gått frem på ved kjøpet og statens senere etterlevelse av salgsvilkårene. Ngai Tahu benyttet tribunaleets rapport som grunnlag for forhandlinger med staten, men forhandlingene brøt sammen for noen måneder siden. Ngai Tahu anmodet tribunaleet om å avgi en rapport om hva som nå kunne gjøres, men lederen for Waitangitribunaleet avskar behandling av kravet med den begrunnelse at det var mange andre krav som ventet på behandling og at behandling nå ville representere «køsniking». Denne avgjørelsen har vist seg å være meget kontroversiell og har ført til at Ngai Tahu har anket saken inn for domstolene.

To store krav har pr i dag ført til fremforhandlede oppgjør. Begge oppgjørene har et avgjort pragmatisk element. Fiskerioppgjøret ble nådd som følge av to av tribunaleets rapporter (*Muriwhenua Fisheries* og *Ngai Tahu Sea Fisheries*) og statens bekymring for utfallet av en eventuell rettsak. Kravet ble aktualisert av statens opprettelse av et kvoteforvaltningssystem for havfiskeriene der den årlig tillatte kommersielle fangst ble oppdelt i overdragbare kvoter. Denne beslutningen ble fattet ut fra en antakelse om at fiskeriene tilhørte staten, som derfor skulle være berettiget til å forsyne seg av dem (noe som fremsto som eiendomsrett knyttet til avkastningen). 1992-loven om (fiskerikrav-)oppgjøret etter Waitangitraktaten etablerte Waitangitraktatens fiskerikommisjon og ga NZ\$ 150 millioner til utvikling av maoriske fiskeriforetak og til å sette maoriene i stand til erverve Sealords (en betydelig kommersiell fiskeribedrift). Det tas for tiden skritt til å sikre at ikke-kommersielle sedvanemessige fiskerettigheter bevares både i innsjøer og i havet. Loven bestemmer uttrykkelig at alle maoriske fiskerettigheter og interesser er bortfalt, bortsett fra de som er nevnt i 1992-loven. Dette oppgjøret har vist seg å være kontroversielt innen maorisamfunnet, ikke minst fordi det ble fremforhandlet meget raskt av hensyn til de økonomiske mulighetene som dukket opp i form av Sealords Ltd. Det ble fremforhandlet på panmaorisk basis. Et uløst problem er fordelingen av inntektene mellom stammene, et punkt som fortsatt må løses av kommisjonen. Skal midlene som er tilgjengelig som utbytte utdeles på grunnlag av befolkningstall eller etter kystlinjens utstrekning?

I mai 1995 undertegnet staten en oppgjørsavtale med Tainuistammen på den sentrale delen av North Island. Stammen hadde fått betydelige landområder konfiskert (*raupatu*) i forrige århundre til tross for at den hadde forblitt lojal mot kronen under New Zealand-krigene. Ved oppgjørsavtalen ble store landområder tilbakelevert til Tainui (19 400 hektar skal overføres til et spesielt opprettet landforvaltningsselskap) og det skal betales et beløp (NZ\$ 170 millioner), samtidig som oppgjøret inneholder en unnskyldning fra statens side for invasjonen av områder tilhørende Tainui i forrige århundre. Det ble forhandlet om oppgjøret gjennom Tainui-forvaltningsselskapet, som foretrakk direkte forhandlinger fremfor den tribunalorienterte fremgangsmåten som Ngai Tahu hadde valgt.

Det andre store kravet i forrige tiår har ført til noe som best kan beskrives som et interimoppgjør. I midten av åttiårene foreslo staten å overdra statlige ressurser (med statseid land, skogrettigheter, kull- og oljerettigheter som det mest fremtredende) til statseide selskaper opprettet med formål å drive ressursene på profittbasis. Maoriene var engstelige for at denne politikken kunne føre til tap av statlig eierskap og kontroll med ressurser som var gjenstand for kravene de hadde fremsatt. Derfor ble det i ikraftsettelsesloven foretatt en viktig endring som sa at intet i loven hjemlet noen rett for staten til å opptre i strid med Waitangitraktaten. På bakgrunn av at Waitangitraktaten på denne måten ble inkorporert i loven, lyktes det maoriene å angripe overdragelsen av eiendomsretten for domstolene. Høyesterett godtok deres påstand om at det ikke var truffet tilstrekkelige tiltak for å sikre at ressursene ville være tilgjengelige for overføring til stammene som del i oppgjør som måtte komme i stand. Loven om Waitangitraktaten (statselskaper) av 1988 oppretter en «claw-back»-mekanisme hvoretter SOE-ressurser kan tas tilbake og stilles til disposisjon for et oppgjør. Loven innebærer nærmest en ordning som skal sikre at oppgjørsprosessen ikke blir satt i fare på grunn av omfattende uttømming av statlige ressurser.

7.9 REPRESENTASJON

Spørsmålet om hvilket organ som best kan representere maoristammene overfor staten har vært problematisk, særlig som følge av den pågående kravprosessen. Det er ingen faste prinsipper i saken, som har en tendens til å utvikle seg ad hoc på fra-krav-til-krav-basis. Den fremste analysen av dette representasjonsspørsmålet er Waitangitribunalets *Fiskerioppgjørssrapport* (1992) som drøfter spørsmålet inngående, men uten å stille opp noen klare kriterier. En vanlig oppfatning er at dette er et spørsmål som maoriene bør løse seg imellom som en øvelse i *te tino rangatiratanga*.

Man mener at *hapu* vil ha størst betydning når kravet gjelder tradisjonell bruk og beskyttelse av land. Tribunalet uttalte i *Fiskerioppgjørssrapporten* at *iwi* får betydning i saker om forretningsmessig drift og «saker om felles politikk som berører folk i sin alminnelighet».

I saker av landsgyldig karakter – som i fiskeri- og SOE-kravene – har Det new zealandske maoriråd påtatt seg representantrollen. Rådet ble opprettet ved lov for å representere maoriene på landsdekkende nivå, men holdningen til rådet innen stammebaserte maorikulturer har alltid vært ambivalent. Når det har tatt tømmene ved senere krav, har Rådet vært nøye med å søke, men har ikke alltid oppnådd, godkjenning fra stammenes side. Rådets rolle i disse sakene har i det store og hele vært å reagere på foreslåtte tiltak fra statens side med konsekvenser for alle stammene – ofte ved å innlede søksmål mot staten.

Det er på det nåværende tidspunkt ikke noen fastlagt struktur når det gjelder representasjon ved *iwi* eller *hapu* på særlige områder av forhandlinger med staten. Flere organer kan være viktige. I *Fiskerioppgjørssrapporten* nevner tribunalet For-

valtningsselskapsstyret, Maorirådet, lokale avdelinger av Forbundet av maorimyndigheter, *runangaen* og *kahui ariki* (råd av eldre). Innen visse stammer har et spesielt organ gjennom årene fått en representativ rolle i forhold til en *iwi* eller *hapu*. For eksempel har Tainui-forvaltningsselskapet og Ngai Tahu-forvaltningsselskapet de facto overtatt rollen som representant for sine respektive stammer. Forvaltningsselskapene er opprettet ved lov, for det meste i midten av århundret, for å forvalte midler som er overført til stammen for flere tiår siden. Disse midlene skulle da angivelig utgjøre oppgjør for utestående krav, men tilstøtte beløp og kompensasjoner er siden blitt ansett for å være så magre at kravene er tatt opp igjen i de siste ti år. Forvaltningsselskapsstyrene hadde ikke bare forvaltet oppgjørsbeløpene, men også engasjert seg i investeringer og annen forretningsmessig virksomhet for å skape en levedyktig økonomisk base for stammen. Noen forvaltningsselskaper har hatt slik suksess at den økonomiske virksomheten for lengst har gått ut over det loven ga anvisning på, og de opptre nå innenfor foreldede rettslige rammeverk som ikke er i stand til å møte dagens behov. Selv om disse organene tidligere har representert maoriernes interesser i lokale og landsomfattende saker stort sett uten at det har vært reist motforestillinger, har utsiktene til svære økonomiske oppgjør ført til atskillig større oppmerksomhet (med derav følgende mindre rettslig klarhet) omkring dette spørsmålet.

Denne uklarheten medfører atskillige vanskeligheter for staten, ikke minst når det gjelder dissenterende maorier som begjærer rettslig opphevelse av oppgjør som er forhandlet frem på panmaorisk grunnlag. Begge hovedoppgjørene (fiskeri- og Tainuiavtalene) har vært gjenstand for domstolsprøving som følge av dette. Domstolenes holdning i disse sakene har frem til i dag vært å anse spørsmålet om representasjon som et politisk spørsmål som i seg selv ikke kan avgjøres av retten. Det er imidlertid ting som tyder på at denne distanserende holdningen ikke vil bli opprettholdt av domstolene i lengden. Dette skaper en noe usikker atmosfære i forholdet mellom stat og stamme, siden faren hele tiden ligger på lur for at ethvert fremforhandlet oppgjør kan bli angrepet for domstolene på grunnlag av manglende representasjonsevne hos maoriforhandlerne.

Et mulig svar på problemet ligger i § 30 i Te Ture Whenua Maori-loven av 1993. Som en rettslig nyskapning er dens potensiale uklart i øyeblikket. Den bestemmer at maorijordskifteretten på begjæring av ulike grupper kan avgjøre «hvem som er de riktige representanter for en klasse eller gruppe av maorier» som berøres av prosedyrer, forhandlinger, konsultasjoner eller tildelinger. Det bør imidlertid merkes at maorijordskifteretten i realiteten ikke har ressurser til en rask reaksjon på slike begjæring.

Et ytterligere problem er stillingen for maorier som bor i byområder utenfor de tradisjonelle stammegrensene. Stillingen for disse enkeltpersonene både når det gjelder å være representert i kravprosessen og være berettiget til andel i stammens ressurser (særlig de som følger av et forhandlet oppgjør) er fortsatt uklar.