

RAPPORT FRA ARBEIDSGRUPPE

**EN GJENNOMGÅELSE AV UTKASTET TIL NORDISK
SAMEKONVENSJON**

**- VURDERING AV FORHOLDET TIL GJELDENE FOLKERETTLIGE
FORPLIKTELSER OG GJELDENE NASJONAL RETT I NORGE**

Avlevert 3. oktober 2007

1.	INNLEDNING	5
1.1.	BAKGRUNN FOR ARBEIDET	5
1.2.	MANDATET	5
1.3.	ARBEIDSGRUPPENS SAMMENSETNING OG ARBEIDSFORM	6
2.	GJENNOMGÅELSE AV UTKASTETS BESTEMMELSER	7
2.1.	KAPITTEL I DET SAMISKE FOLKETS ALLMENNE RETTIGHETER	7
	<i>Artikkel 1</i>	7
	<i>Artikkel 2</i>	7
	<i>Artikkel 3</i>	8
	A. Om tilnærmingen til tolkningen av artikkel 3.....	8
	B. Gjeldende folkerett – begrepene ”folk” og ”selvbestemmelse”	9
	C. Det materielle innholdet i artikkel 3.....	20
	D. Konklusjon	27
	<i>Artikkel 4</i>	28
	<i>Artikkel 5</i>	29
	A. Generelt om innholdet i bestemmelsen	30
	B. Konsekvensene av artikkel 5 for andre offentlige myndighetsorganer enn de statlige.....	30
	C. Konklusjon.....	32
	<i>Artikkel 6</i>	32
	<i>Artikkel 7</i>	34
	<i>Artikkel 8</i>	34
	<i>Artikkel 9</i>	35
	<i>Artikkel 10</i>	38
	<i>Artikkel 11</i>	39
	<i>Artikkel 12</i>	40
	<i>Artikkel 13</i>	41
2.2.	KAPITTEL II SAMISK STYRING	42
	<i>Artikkel 14</i>	43
	<i>Artikkel 15</i>	44
	<i>Artiklene 16, 36, 39, 40</i>	45
	A. Rett til forhandling – Artikkel 16 første ledd.....	46
	B. Rett til å samtykke – Artikkel 16 annet ledd	50
	C. Konklusjon.....	55
	<i>Artikkel 17</i>	55
	<i>Artikkel 18</i>	57
	<i>Artikkel 19</i>	59
	<i>Artikkel 20</i>	61
	<i>Artikkel 21</i>	62
	<i>Artikkel 22</i>	62
2.3.	KAPITTEL III SAMISK SPRÅK OG KULTUR.....	63
	<i>Artikkel 23</i>	63
	<i>Artikkel 24</i>	64
	<i>Artikkel 25</i>	66

<i>Artikkel 26</i>	67
<i>Artikkel 27</i>	68
<i>Artikkel 28</i>	69
<i>Artikkel 29</i>	70
<i>Artikkel 30</i>	71
<i>Artikkel 31</i>	72
<i>Artikkel 32</i>	74
<i>Artikkel 33</i>	75
2.4. KAPITTEL IV SAMISK RETT TIL LAND OG VANN	76
<i>Artikkel 34</i>	76
A. <i>Artikkel 34 første ledd</i>	76
B. <i>Artikkel 34 annet ledd</i>	78
C. <i>Artikkel 34 tredje ledd</i>	79
D. <i>Artikkel 34 fjerde ledd</i>	80
E. <i>Konklusjoner</i>	81
<i>Artikkel 35</i>	81
A. <i>Artikkel 35 første ledd</i>	81
B. <i>Artikkel 35 annet ledd</i>	81
C. <i>Konklusjoner</i>	82
<i>Artikkel 36</i>	83
<i>Artikkel 37</i>	83
A. <i>Artikkel 37 første ledd</i>	84
B. <i>Artikkel 37 annet ledd</i>	85
C. <i>Konklusjoner</i>	85
<i>Artikkel 38</i>	86
A. <i>Første ledd - artiklene 34 til 37 om samisk rett til land og vann gis tilsvarende virkning i saltvann</i>	86
B. <i>Annet ledd – tilbørlig hensyn til ved tildeling av fangstkvoter</i>	87
C. <i>Konklusjoner</i>	87
<i>Artikkel 39</i>	88
<i>Artikkel 40</i>	88
2.5. KAPITTEL V SAMISKE NÆRINGER	88
<i>Artikkel 41</i>	88
<i>Artikkel 42</i>	89
<i>Artikkel 43</i>	90
2.6. KAPITTEL VI GJENNOMFØRING OG UTVIKLING AV KONVENSJONEN	91
<i>Artikkel 44</i>	91
<i>Artikkel 45</i>	91
<i>Artikkel 46</i>	93
A. <i>Om bestemmelsens karakter</i>	93
B. <i>Bestemmelsens innhold vurdert opp mot praksis i Norge</i>	94
C. <i>Konvensjonens egnethet</i>	94
D. <i>Konklusjon</i>	95
<i>Artikkel 47</i>	95
2.7. KAPITTEL VII SLUTTBESTEMMELSER	97
<i>Artiklene 48 og 49</i>	97
<i>Artikkel 50</i>	98

<i>Artikkel 51</i>	98
3. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	99
3.1. GENERELLE TREKK VED KONVENSJONSUTKASTET	99
3.2. ARBEIDSGRUPPENS ENDELIGE KONKLUSJONER	100

1. INNLEDNING

1.1. BAKGRUNN FOR ARBEIDET

En nordisk ekspertgruppe ble opprettet høsten 2001 for å utarbeide utkast til nordisk samekonvensjon. Ekspertgruppen overleverte sin innstilling 16. november 2005. Innstillingen ble sendt på bred høring i Norge i februar 2006.

På møte i Oslo 18. oktober 2006 mellom ministrene ansvarlige for samiske spørsmål i Finland, Norge og Sverige og sametingspresidentene i de respektive land var det enighet om å videreføre arbeidet med en nordisk samekonvensjon. Det ble pekt på at dette i første omgang skulle skje gjennom fortsatt nasjonalt arbeid med høringsoppfølging og konsekvensutredning. Ministrene tok sikte på at dette arbeidet skulle være avsluttet til neste fellesmøte høsten 2007 hvor det ble forutsatt at landene skulle ha avklart sine posisjoner.

For å foreta de nødvendige konsekvensvurderinger for Norges del ble det bestemt at det skulle settes ned en bredt sammensatt arbeidsgruppe.

1.2. MANDATET

Arbeidsgruppen ble av Arbeids- og inkluderingsdepartementet gitt følgende oppdrag:

”På bakgrunn av ekspertgruppens rapport og høringsuttalelsene skal arbeidsgruppen foreta en systematisk gjennomgang av konvensjonsutkastet med sikte på å identifisere og drøfte eventuelle problemer i forhold til nasjonal rett og folkeretten. Arbeidet må skje i nær kontakt med andre berørte departementer.

Arbeidsgruppens rapport vil ligge til grunn for det videre arbeidet med å komme fram til en norsk forhandlingsposisjon.”

Arbeidsgruppen anser etter dette sitt oppdrag for å være at den så langt det er mulig ut fra ordlyden, ekspertgruppens kommentarer og relevant folkerett skal klarlegge det rettslige innholdet i bestemmelsene i konvensjonsutkastet, og holde dette opp mot gjeldende folkerettslige forpliktelser og intern nasjonal rett.

Oppdraget forutsetter at det må foretas en sammenlikning av den rettslige rekkevidden av konvensjonsutkastets bestemmelser og gjeldende folkerett og gjeldende nasjonal rett. Denne sammenlikningen innebærer at det må tas hensyn til det fullstendige rettskildebildet, slik at også andre rettskilder som kan belyse det rettslige innholdet i gjeldende folkerett eller intern rett må tas i betraktning. Dette vil medføre at en for eksempel må ta hensyn til etablert forvaltningspraksis der denne kan belyse det rettslige innholdet i den interne rett etc.

Siden arbeidsgruppens oppdrag først og fremst vil være å sammenlikne rekkevidden av konvensjonsutkastet og gjeldende forpliktelser, vil det etter gruppens syn falle utenfor arbeidsgruppens oppdrag å foreslå endringer i ordlyden som innebærer at bestemmelsens meningsinnhold endres.

Arbeidsgruppens vurdering er imidlertid at den bør peke på mulige språklige klargjøringer av konvensjonsteksten, men uten at disse endrer meningsinnholdet, for eksempel i tilknytning til alternative oversettelser til norsk av engelske og/eller svenske termer.

For de tilfeller der arbeidsgruppen kommer til at ordlyden i en bestemmelse og det som fremgår av merknadene taler for ulike tolkninger, oppstår spørsmålet om arbeidsgruppen skal foreslå endringer av ordlyden med det formål å klargjøre meningsinnholdet. Arbeidsgruppen har i utgangspunktet ønsket å være forsiktig med å fremme slike forslag, men har likevel valgt å omtale mulige endringer der hvor aktuelle endringsmuligheter framstår som nærliggende som resultat av analysen.

Gruppens oppdrag omfatter i utgangspunktet ikke å utrede alle økonomiske og administrative konsekvenser av konvensjonsutkastet. En slik utredning vil imidlertid være nødvendig. Denne vil være enklere å gjennomføre når arbeidsgruppens har identifisert og drøftet de punkter der utkastet går lengre enn gjeldende folkerett eller ikke er i overensstemmelse med intern rett.

1.3. ARBEIDSGRUPPENS SAMMENSETNING OG ARBEIDSFORM

Arbeidsgruppen har bestått av medlemmer fra Sametinget og fra departementene. Sametingets medlemmer har vært

- seniorrådgiver Gro Dikkanen
- seniorrådgiver Torvald Falch
- rådgiver Carl Erik Moksness.

Arbeidsgruppemedlemmene fra departementene har vært

- avdelingsdirektør Bjørn Olav Megard fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet
- rådgiver Ingrid Aamodt fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet
- avdelingsdirektør Martin Sørby fra Utenriksdepartementet
- avdelingsdirektør Petter F. Wille fra Utenriksdepartementet
- seniorrådgiver Lars Sigurd Valvatne fra Utenriksdepartementet
- spesialrådgiver Arne G. Arnesen fra Kommunal- og regionaldepartementet
- førstekonsulent Benny Solheim fra Justisdepartementet.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet har hatt lederfunksjon gjennom avdelingsdirektør Bjørn Olav Megard og sekretariatsfunksjon for arbeidsgruppen.

Berørte departementer har blitt bedt om å foreta en gjennomgang av de artiklene som berører eget ansvarsområde. Bidragene fra departementene har inngått som en del av grunnlaget for arbeidsgruppens gjennomgåelse av utkastet.

Arbeidsgruppen har avholdt i alt fire arbeidsgruppemøter, i Oslo 19. januar 2007 og 26. mars 2007, i Stockholm 3. mai 2007 og i Varangerbotn 15. august 2007. Ut over dette har gruppen i utstrakt grad benyttet seg av e-post korrespondanse og telefonisk kontakt. I forbindelse med avholdelsen av arbeidsgruppemøte i Stockholm deltok medlemmene på dagens seminar om utkastet til nordisk samekonvensjon i regi av Raoul Wallenberg-instituttet ved Universitetet i Lund.

2. GJENNOMGÅELSE AV UTKASTETS BESTEMMELSER

2.1. KAPITTEL I DET SAMISKE FOLKETS ALLMENNE RETTIGHETER

Artikkel 1

Utkastet til artikkel 1 er gitt følgende utforming:

Artikkel 1

Formålet med konvensjonen

Formålet med denne konvensjonen er å bekrefte og styrke slike rettigheter for det samiske folket at det kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur, sine næringer og sitt samfunnsliv med minst mulig hinder av landegrensene.

For spørsmål knyttet til hva det betyr at samene omtales som et folk, vises det til omtale under artikkel 3.

Formuleringen "... kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur, sine næringer og sitt samfunnsliv..." er identisk med formuleringen i Grunnloven § 110a.

Formuleringen "... med minst mulig hinder av landegrensene" framstår som en naturlig og nødvendig del av formålet i en nordisk konvensjon. Arbeidsgruppen kan ikke se at formålet i seg selv støter an mot andre rettsregler eller nasjonal praksis.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 1 er i overensstemmelse med gjeldende folkerett og intern rett.

Artikkel 2

Utkastet til artikkel 2 er gitt følgende utforming:

Artikkel 2

Samene som urfolk

Samene er urfolket i Finland, Norge og Sverige.

Det framstår i dag som uomtvistet at samene er et urfolk i Norge, og arbeidsgruppen går ikke nærmere inn på spørsmålet om samene er et urfolk.

Arbeidsgruppen merker seg at begrepet *urfolk* er angitt i bestemt form, altså *urfolket*. Etter sin ordlyd betyr dette at det fastlås i konvensjonen at samene er det eneste urfolket i Norge, Sverige og Finland, og altså at det ikke finnes andre urfolk.

Enkelte av ekspertgruppens medlemmer har i ulike foredrag uttalt seg om hvorfor den bestemte formen er valgt. Ekspertgruppens leder, Carsten Smith, har uttalt i foredrag at gruppen med ordvalget ikke har ment å kommentere spørsmål om andre enn samene.

Ekspertgrupped medlemmet Martin Scheinin har imidlertid uttalt i foredrag at ekspertgruppen med ordlyden har ønsket å slå fast at bare samene er urfolk i de tre landene.

Arbeidsgruppen finner ikke at det kan være tvil om at det bare er samene som, ut fra folkeretten, er urfolk i Norge. Arbeidsgruppen vil imidlertid peke på at svaret på spørsmålet om andre enn samene er urfolk ikke vil kunne vurderes annerledes som følge av ordlyden i artikkelen her.

Arbeidsgruppen vil videre peke på at formålet med konvensjonen er å uttale seg om samene og ikke andre grupper, og vil derfor antyde at følgende formulering på en bedre måte vil få fram en slik intensjon (endret ord uthevet):

”Samene er *urfolk* i Finland, Norge og Sverige.”

Konklusjon

Utkastet til artikkel 2 er i overensstemmelse med gjeldende folkerett og intern rett. Arbeidsgruppen anbefaler likevel at ordlyden endres slik at det kommer tydelig frem at konvensjonsbestemmelsen omhandler samene og ikke også andre grupper.

Artikkel 3

Utkastet til artikkel 3 er gitt følgende utforming:

Artikkel 3 Rett til selvbestemmelse

Samene har rett til selvbestemmelse som et folk i overensstemmelse med folkerettens regler og bestemmelsene i denne konvensjonen. Så langt det følger av disse regler og bestemmelser, har det samiske folket rett til selv å bestemme over sin økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling, og for sine egne formål selv å forføre over sine naturressurser.

A. Om tilnærmingen til tolkningen av artikkel 3

Henvisningen til ”folkerettens regler” i artikkel 3 krever en nærmere omtale. Det er henvist til ”folkerettens regler” og ikke til en bestemt konvensjon eller traktat, noe som kan trekke i retning av at begrepet ”rett til selvbestemmelse” iht. artikkel 3 skal betraktes som en selvstendig rettslig term. Det kan også trekke i samme retning at utkastets artikkel 3 ikke er likelydende med andre bestemmelser om emnet, som den felles artikkel 1 i de to FN-konvensjonene om menneskerettigheter av 1966 (heretter omtalt som SP/ØSK artikkel 1), og artikkel 3 i FN-erklæringen om urfolks rettigheter.

Utgangspunktet ved tolkning av menneskerettighetskonvensjoner er at de inneholder autonome begreper, dvs. begreper som er selvstendige og som dermed nødvendigvis ikke vil ha det samme innhold som når begrepet brukes i intern rett eller i andre internasjonale instrumenter.

I merknadene til bestemmelsen uttaler ekspertgruppen seg ikke om hvorvidt samenes rett til selvbestemmelse etter artikkel 3 er ment å innebære det samme som alle folks rett til selvbestemmelse etter SP/ØSK artikkel 1. Det heter imidlertid at SP/ØSK artikkel 1, blant andre folkerettslige instrumenter, vil være en sentral kilde i forståelsen av artikkel 3.

I tillegg til SP/ØSK artikkel 1, vil FN-erklæringen om urfolks rettigheter, som fikk tilslutning i FNs Generalforsamling 13. september 2007, kunne gi et vesentlig tolkningsbidrag når det gjelder spørsmål om urfolks rett til selvbestemmelse. Enkelte bestemmelser i ILO-konvensjon nr. 169 kan også tenkes å få betydning for det materielle innholdet i selvbestemmelsesretten, selv om ILO-169 inneholder et forbehold når det gjelder tolkningen av begrepet "folk".

Arbeidsgruppen holder det derfor for analysens del i utgangspunktet åpent om samenes rett til selvbestemmelse etter artikkel 3 i utkastet innebærer det samme som rett til selvbestemmelse etter andre instrumenter.¹

Artikkel 3 inneholder videre en henvisning til "bestemmelsene i denne konvensjonen". De bestemmelsene i konvensjonsutkastet som er ment å presisere eller konkretisere en rett til selvbestemmelse må bli sentrale ved tolkning av artikkel 3. I denne forbindelse kan det være grunn til å merke seg følgende uttalelse fra ekspertgruppens leder, Carsten Smith:

"Selvbestemmelsesretten har i utkastet fått uttrykk som et rettsprinsipp, der det henvises til "folkerettens regler og bestemmelsene i denne konvensjonen". Så langt det følger av disse regler og bestemmelser, har det samiske folket "rett til å bestemme over sin økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling, og til for sine egne formål selv å forføye over sine naturressurser". Men dette rettsprinsipp må utfylles med konkret innhold. **Det nærmere innhold av denne retten til selvbestemmelse vil i stor grad bli fastlagt gjennom øvrige artikler i denne nordiske konvensjonen, spesielt de artikler som gjelder forholdet mellom sametingene og landenes øvrige myndigheter**" (vår utheving).²

Arbeidsgruppen vil bemerke at spørsmål knyttet til statsdannelse for samenes del bare kan sies å ha teoretisk interesse. Retten til selvbestemmelse har imidlertid de siste tiårene vært brukt som hjemmel for statsdannelser i andre kontekster, særlig i forbindelse med avkolonialiseringen. Debatten om forholdet mellom retten til selvbestemmelse og statsdannelse har også i dag betydelig interesse internasjonalt, og temaet er kommentert i ekspertgruppens utredning og utredningens vedlegg 3. Arbeidsgruppen finner derfor grunn til å gjøre en noe nærmere redegjørelse av mulige tolkninger av gjeldende folkerett når det gjelder selvbestemmelse, enn i gjennomgangen av konvensjonsutkastet for øvrig.

B. Gjeldende folkerett – begrepene "folk" og "selvbestemmelse"

Spørsmålet om urfolks rett til selvbestemmelse har vært gjenstand for drøfting og utvikling internasjonalt gjennom flere tiår. Norske regjeringer har i ulike sammenhenger gitt uttrykk for at samene har rett til selvbestemmelse, og samene har også vært omtalt som et "folk" i en rekke sammenhenger.

¹ En av ekspertgruppens medlemmer, Martin Scheinin, har i foredrag (Seminar i Stockholm 2. mai 2007 om utkastet til Nordisk samekonvensjon) uttalt at formuleringen "i tråd med folkerettens regler" i konvensjonsutkastet er ment å bekrefte den retten til selvbestemmelse som i alle fall han mener samene allerede har etter SP/ØSK artikkel 1, altså at det er snakk om den samme rettigheten etter begge bestemmelsene. Ekspertgruppens leder Carsten Smith synes å legge samme oppfatning til grunn. ("Samiske rettigheter i nordisk perspektiv" Lov og Rett nr. 06/2006). En slik holdning har ikke nedfelt seg eksplisitt i ekspertgruppens utredning, og drøftes derfor ikke videre her.

² Lov og Rett nr. 06/2006 s. 328.

Spørsmålet om hvilke folkerettslige instrumenter som begrunner at samene har rett til selvbestemmelse, er imidlertid ikke klart. Det finnes ulike oppfatninger av hvilke folkegrupper som kan forstås som ”folk” (”peoples”), særlig iht. SP/ØSK artikkel 1, og av om urfolks rett selvbestemmelse har hjemmel også i den felles artikkelen.

Det kan være på sin plass å understreke at spørsmålet om tolkningen av SP/ØSK artikkel 1 ikke er et spørsmål om samene (eller et annet urfolk) er et folk i sosial, kulturell eller etnologisk betydning av termen, og dermed i politisk og samfunnsvitenskaplig forstand (jf. NOU 1984: 18 s. 18). Spørsmålet er heller ikke om urfolk er omtalt som ”folk” i andre folkerettslige og politiske dokumenter.

Det ville sprengte rammen for arbeidsgruppens arbeid å skulle gi en fyllestgjørende redegjørelse for de ulike oppfatninger av gjeldende folkerett på dette punktet. En oversikt over aktuelle syn i debatten gjennom de siste tiårene kan for eksempel finnes hos folkerettsjuristen Thornberry (2002, kap 2-5, 15 og 17, og særlig s. 124-9)³. For et utvalg av ulike syn i debatten, se også Ghanea og Xanthaki (2002)⁴, Anaya (2004, s. 100-103 og 2005, s. 5)⁵, Kymlicka (2001⁶, s.120-132, jf. respons i fotnote 51 hos Anaya 2004, s. 120) og Hannum (1996, s.12-44)⁷.

Generelt kan det pekes på at ”prinsippet om folkenes like rett og selvbestemmelse (”self-determination”) slås fast i FN-pakten i artiklene 1 (2) og 55. Begrepet slik det er nedfelt i FN-pakten har imidlertid ikke et presist rettslig innhold.

Det er først og fremst i en avkoloniseringsammenheng at prinsippet har vært gitt et mer konkret folkerettslig innhold. ”Folkenes selvbestemmelsesrett” sto sentralt i avkoloniseringsprosessen etter andre verdenskrig til tidlig på 1970-tallet. Spørsmålet vi skal se på her, er knyttet til utvikling som har funnet sted i tiden etter dette.

Arbeidsgruppen velger her for oversiktens skyld å gruppere de aktuelle tilnæringsmåtene som finnes i debatten i tre hovedalternativer:

Alternativ A: Forståelsen ved SPs og ØSKs vedtakelse og ratifikasjon: Selvbestemmelse i avkoloniserings-situasjoner og ved okkupasjon – ”folk” definert ved felles territorium

På 1960- og 1970-tallet, da SP og ØSK ble fremforhandlet, vedtatt og ratifisert av de nordiske land, ble begrepet ”folk” i SP artikkel 1 forstått som ”alle innbyggerne innenfor et nærmere avgrenset område”.

Denne forståelsen er for eksempel lagt til grunn i samerettsutvalgets første delutredning, som gjeldende folkerett på begynnelsen av 1980-tallet (NOU 1984:18 s. 253-264). Argumentasjonen fra samerettsutvalget gjentas ikke her. Også Finland har stått for denne oppfatningen, og inntil nylig Sverige.

³ Thornberry, Patrick (2002): *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester: Manchester University Press

⁴ Ghanea, Nazila and Alexandra Xanthaki, red (2005): *Minorities, peoples, and self-determination: essays in honour of Patrick Thornberry*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

⁵ Annaya, James (2002): *Indigenous Peoples in International Law*. 2. utg. Oxford: Oxford University press.

⁶ Kymlicka, Will (2001): *Politics in the Vernacular*. Oxford: Oxford University Press.

⁷ Hannum, Hurst (1996): ”Self-determination in the Post-Colonial Era” I: Donald Clark og Robert Williamson (red): *Self-Determination: International Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Folkerettsjurist og professor Gudmundur Alfredsson er blant de som mener denne forståelsen av begrepet "folk" i SP artikkel 1 fortsatt er gjeldende folkerett. Han definerer og forklarer begrepet folk ("peoples") på følgende måte (vår uthevelse):

"In the context of the right of (external) self-determination, it flows from the instruments and from the practice that a people means **the population of a distinct territorial or geographical entity**. As a rule, these entities have external or internal borders and/or natural boundaries (rivers, islands) which, as separate units, enjoy a significant degree of acceptance by their surroundings. In international law instruments and discourse, the term "peoples" has for all practical purposes replaced the more ethnically loaded term 'nations'. [...] The emphasis on a distinct territorial entity appears in many international texts. [...] The same emphasis is repeatedly confirmed in the practice of States and international organizations, including case-law of the International Court of Justice. [...] No demands are made for the uniformity of national or ethnic composition, the language spoken, or the religion practiced [...], the practice so far mostly follows borders irrespective of the composition of the population."⁸

Alfredsson peker videre på at det aller meste av den tilgjengelige folkerettspraksis om selvbestemmelse omhandler spørsmål om retten til statsdannelse (eller alternativer som "fri assosiasjon", personalunion og integrasjon, sistnevnte ev. i kombinasjon med indre selvstyre), for kolonier og andre ikke-selvstyrende områder (der kolonien/det ikke-selvstyrte området er klart avgrenset fra den styrende eller okkuperende makten).

Professor Asbjørn Eide har gitt uttrykk for en tilsvarende oppfatning som Alfredsson⁹. Han legger vekt på at ordet "people" på engelsk (og "folk" på skandinaviske språk) kan ha to ulike betydninger. I noen sammenhenger viser det til en folkegruppe i kulturell eller etnisk forstand (der ordet "ethnos" brukes på gresk, som i begrepet som "etnisitet"). I andre sammenhenger viser ordet til hele befolkningen i et område (der ordet "demos" brukes på gresk, som i "demokrati" og "demografi").¹⁰ Eide viser til at når ordet "the whole people" brukes i "friendly relations"-resolusjonen og i Wien-deklarasjonen, betyr ordet folk "obviously the whole people, the "demos", not the separate "ethnoses" or religious groups".¹¹

Et slik konservativt eller forsiktig syn blir gjerne begrunnet med henvisninger til statspraksis knyttet til statsdannelse og frigjøringsbevegelser og med ulike resolusjoner fra FNs generalforsamling som drøfter retten til selvbestemmelse, avkolonialisering og suverenitet.¹² Konklusjonen ut fra en slik konservativ eller forsiktig tolkning av gjeldende rett blir da at

⁸ Alfredsson "Minorities, Indigenous and Tribal Peoples, and Peoples: Definitions of Terms as a Matter of International Law". (Minorities, Peoples and Self-Determination – Essays in Honour of Patrick Thornberry, 2005)

⁹ Eide, A (1993): "Report of the Special Rapporteur on possible ways and means of facilitating the peaceful and constructive solution of problems involving minorities", para 73-88 (Referanse I FNs dokumentsystem: E/CN.4/Sub.2/1993/34, se: <http://daccess-ods.un.org/TMP/8223800.html>).

¹⁰ Se også oppslaget på "people" i f.eks. Webster's dictionary (siter i utdrag etter internettutgaven): "4. the mass of a community as distinguished from a special class 5. a body of persons that are united by a common culture, tradition, or sense of kinship, that typically have common language, institutions, and beliefs, and that often constitute a politically organized group [...] 7. the body of enfranchised citizens of a state".

¹¹ Samme sted, para 82.

¹² Se for eksempel Res. 1514 (XV), 1541 (XV), Res. 2160 (XXI), Res 2625 (XXV) og, som et nyere eksempel (fra 2000): A/Res/54/155.

samene ikke er å betrakte som ”folk” med rett til selvbestemmelse i henhold til SP/ØSK artikkel 1.

Det kan være verdt å nevne at Eide samtidig åpner for en bredere tolkning av begrepet folk (og av retten til ”intern selvbestemmelse”) i folkerettsinstrumenter som dreier seg spesifikt om urfolk som ILO-169 og FN-erklæringen om urfolk.¹³

Oppsummert innebærer tilnæringsalternativ A at:

- ”Folk” iht. SP/ØSK artikkel 1 viser til hele befolkningen i nærmere avgrensede områder.
- Urfolk forstås ikke å kunne falle inn under SP/ØSK artikkel 1, med mindre de utgjør befolkningen i et nærmere avgrenset område, som Grønland.
- Selvbestemmelsesretten i iht. SP/ØSK artikkel 1 knyttes i første rekke til spørsmål om avkolonialisering, ikke-selvstyrende områder og om statsdannelse.

Alternativ B: Parallell rettsutvikling for begrepet selvbestemmelse for urfolk

I forbindelse med arbeidet med å lage en FN-erklæring om urfolks rettigheter, har det siden 1980-tallet blitt utviklet ulike alternative måter å forstå begrepene ”folk” og ”selvbestemmelse” på. I vedlegg 3 til ekspertgruppens utredning er det vist til en del teoretikere som har vært med å utvikle slike tolkningsalternativer (s. 328-31).

Norske statsmyndigheter har ved ulike anledninger signalisert en forsiktig positiv holdning til en noe utvidende fortolkning av selvbestemmelsesbegrepet. I St.meld. nr. 55 (2000-2001) Om samepolitikken uttalte regjeringen Stoltenberg I seg om dette på følgende måte (s. 34-35, vår utheving):

”Regjeringen mener [...] at det uansett vil være tale om en rett til selvbestemmelse innenfor rammene av eksisterende, selvstendige stater. [...] Selvbestemmelsesretten slik denne er fastslått i felles artikkel 1 i FN konvensjonene av 1966, er formulert med henblikk på kolonisituasjoner og på militær okkupasjon. [...] Den videreutvikling av «folkenes selvbestemmelsesrett» som har funnet sted [...], har alle hatt kolonisituasjoner og militær okkupasjon for øyet, og etter sitt innhold er de ikke lett anvendelige på andre situasjoner.

[Regjeringen vil] understreke at artikkel 3 om retten til selvbestemmelse i utkast til FN erklæringen om urfolks rettigheter [...] passer dårlig til å definere urfolks rettigheter innen rammen av selvstendige stater. Forslaget har også møtt betydelig motstand internasjonalt. [...]

Regjeringen vil støtte en prosess hvor prinsippet om urfolks rett til selvbestemmelse knyttes til «prinsippet om folkenes like rett og selvbestemmelse» i FN-pakten og **hvor det foretas en parallell rettsutvikling for urfolk**. En slik utvikling kan enten skje gjennom arbeidet med FNs urfolkserklæring, eller gjennom statspraksis. [...]

Regjeringen vil understreke at de løsninger som velges vil kunne ha betydning for en internasjonal normutvikling på området. Den **internasjonale betydningen** av tiltak som iverksettes i tilknytning til samenes selvbestemmelse må derfor spille en rolle i vurderingen.”

¹³ Samme sted, para 88.

Det er verdt å legge merke til at i denne stortingsmeldingen ble begrepet selvbestemmelse i første rekke knyttet til utviklingen av Sametingets myndighet, og at regjeringen forutsetter at for samenes del må selvbestemmelse kunne ”konsentreres rundt samenes rett til medbestemmelse”.

Videre ser vi at en utvidelse av anvendelsesområdet for begrepet selvbestemmelse til andre grupper, som urfolk, kobles til en forutsetning om at innholdet i selve begrepet må utvikles på nytt. Det forutsettes også i stortingsmeldingen at retten til statsdannelse ikke er aktuell for samene.

Vi ser også at regjeringen er opptatt av hvordan selvbestemmelsesretten formulert for nye grupper vil kunne virke inn internasjonalt, ikke bare for samene. Det er naturlig å anta at det her siktes til at retten til selvbestemmelse er en del av retorikken i en rekke konflikter omkring i verden, og at Norges holdning til formuleringen av retten til selvbestemmelse for urfolk, alternativt for en bredere definert kategori av ”folk”, også må ha slike situasjoner for øyet.

Regjeringen Bondevik II sluttet seg i 2002 til disse vurderingene, i St. meld. nr.33 (2001-2002)¹⁴, blant annet med følgende formuleringer (s. 18, våre uthevelser):

”Tolkningen av samenes rett til selvbestemmelse må skje i samsvar med folkerettslige bestemmelser og internasjonal normutvikling på området. En samisk rett til selvbestemmelse må også skje innenfor rammene av en eksisterende uavhengig og demokratisk stat, og innenfor Norges eksisterende geografiske grenser.

Regjeringen legger til grunn at debatten om en rett til selvbestemmelse også må omfatte en debatt om innholdet i begrepet, og om hvordan en selvbestemmelsesrett kan gjennomføres som praktisk politikk. **Et folks rett til selvbestemmelse vil ikke nødvendigvis innebære det samme** i tilfeller der rettigheten kan knyttes til et folk som bor alene innenfor et avgrenset geografisk område, og der rettigheten er knyttet til **et folk som bor spredt og i områder hvor også det også bor andre etniske grupper**. [...] Den **internasjonale betydningen** av tiltak som iverksettes i tilknytning til samenes selvbestemmelse må spille en rolle ved vurderingen av innholdet.”

Formuleringene her skiller seg lite fra den forrige stortingsmeldingen. Det er imidlertid verdt å legge merke til at det her ikke er utvidelse av begrepet selvbestemmelse til å omfatte ”urfolk” som er temaet, men heller selvbestemmelse for ”folk som bor spredt og i områder hvor det også bor andre etniske grupper”, dvs. folk definert kulturelt, som ”etnos”, og ikke som ”demos” (befolkningen i et område).

Hovedpoengene i meldingen er imidlertid de samme, altså at begrepet ”selvbestemmelse” må få et annet substansielt innhold når ”folk” defineres etnisk/kulturelt, og ikke geografisk, samt at man skal se hen til presedensvirkningene internasjonalt.

Om lag den samme forståelsen ble lagt til grunn i det fellesnordiske forslaget i forhandlingene om FN-erklæringen om urfolks rettigheter, til den 9. sesjonen i FNs arbeidsgruppe for urfolkserklæringen, i 2003. (Forslaget er gjengitt som vedlegg til ekspertgruppens utredning, s. 358-9, se også skjemaet s. 363-4).

¹⁴ St.mld. nr. 33 (2001-2002) Tillleggsmelding til St.meld. nr. 55 (2000-2001) Om samepolitikken

Følgende formulering ble foreslått tatt inn i erklæringens fortale (i ”PP15”, endringsforslaget uthevet):

”Bearing in mind that nothing in this Declaration may be used to deny any peoples their right of self-determination, **and further emphasising that nothing in this Declaration shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples, and thus possessed of a government representing the peoples belonging to the territory without distinction of any kind.**”

Formuleringen er hentet fra resolusjon 2625 (”friendly relations”), jf. ovenfor, men begrepet ”the peoples belonging to the territory” er her brukt i flertall, slik at det dermed skal være klart at det innenfor et land kan være flere folk. I den endelige vedtatte urfolkserklæringen er dette poenget tatt inn i artikkel 46 (1), med følgende ordlyd:

”Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States.”

Videre innholdt det fellesnordiske forslaget at følgende formulering skulle tas inn som artikkel 4. I den vedtatte erklæringen er ordlyden slik:

“Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions.”

I det fellesnordiske forslaget kjenner vi dermed igjen flere av momentene fra norske regjeringers holdning i de ovennevnte stortingsmeldingene, blant annet at en anerkjennelse av selvbestemmelsesrett for urfolk (også når de bor i områder der det også bor andre) ikke innebærer noen anerkjennelse av en rett til statsdannelse, og at rett til selvstyre i interne og lokale anliggender er en konkret måte urfolk kan utøve retten til selvbestemmelse på.

I den svenske regjeringens rapport fra 2006 om oppfølgingen av FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), omtales spørsmålet om samenes rett til selvbestemmelse på denne måten (våre uthevelser):

7. Det är Sveriges regerings uppfattning att **urfolk** har rätt till självbestämmande då de utgör **folk** enligt den betydelse som avses i den gemensamma artikel 1 i 1966 års internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter och 1966 års internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

8. Med stöd av rätten till självbestämmande får urfolken fritt bestämma sin politiska ställning och fritt fullfölja sin ekonomiska, sociala och kulturella utveckling. Rätten till självbestämmande får emellertid inte tolkas såsom att tillåta eller uppmuntra

någon handling som skulle helt eller delvis dela upp eller inkräkta på den territoriella integriteten eller politiska enheten för suveräna och oberoende stater som oppträder under åttlydnad av principerna om folkens lika rättigheter och självbestämmande och sålunda har en regering som företräder **hela det folk som hör till territoriet** utan åtskillnad av någott slag.

Språket minner mye om formuleringene fra ovennevnte forslag til urfolkserklæring. Det er her særlig interessant å legge merke til at begrepet "folk" i avsnitt 8 benyttes med to ulike betydninger. I siste setning brukes begrepet "folk" i tradisjonell, territoriell forstand (som i tolkningsalternativ A, ovenfor), om alle innbyggerne i landet, og folk brukes i entall, som i Res. 2625 ("friendly relations-resolusjonen"). I avsnitt 7 er imidlertid begrepet folk avgrenset på en etnisk/kulturell måte. Rent konkret betyr dette at svenske samer både er en del av det samiske folket, avgrenset etter kulturelle/etniske kriterier, og en del av Sveriges folk, avgrenset som alle innbyggerne (eller borgerne) i Sverige.

Menneskerettighetskomiteen i FN har som kjent i dialog med statene brukt formuleringer som viser at komiteen forutsetter at i alle fall noen urfolk er å betrakte som "folk" med rett til selvbestemmelse iht. SP/ØSK artikkel 1.¹⁵ Urfolk i følgende land har vært omtalt av komiteen: Norge, Sverige og Finland, Grønland/Danmark, Canada, Mexico og Australia. Formuleringene fra komiteen kan være forenlige med det "alternativ B" som presenteres her, da formuleringene fra MR-komiteen synes å ta høyde for at retten til selvbestemmelse kan ha ulikt innhold i ulike kontekster.

Etter en slik oppfatning vil meningsinnholdet i urfolks rett til selvbestemmelse i hovedsak måtte hentes i bestemmelsene i folkerettsinstrumenter som omhandler urfolk. Det må understrekes at tolkningsalternativ B, som er skissert her, også kan romme en tilnærming der SP/ØSK artikkel 1 tolkes konservativt, som i alternativ A, men der retten til selvbestemmelse for urfolk, og innholdet i den, blir utledet av andre, nyere folkerettsinstrumenter, særlig FN-erklæringen om urfolk.

Oppsummert innebærer tilnærmingsalternativ B at:

- Urfolks rett til selvbestemmelse kan enten utledes av nyere folkerettsinstrumenter som omhandler urfolk, eller den kan utledes av at et urfolk, under visse forutsetninger, anses som "folk" iht. SP/ØSK artikkel 1, slik Sverige har gjort i ØSK-rapporten fra 2006.
- Det forutsettes (også om SP/ØSK artikkel 1 kommer til anvendelse) at begrepet selvbestemmelse for urfolk for en stor del må gis substansielt innhold gjennom en ny, parallell rettsutvikling.
- Det forutsettes at spørsmål om statsdannelse (eller fri assosiasjon osv.) og suverenitet er uaktuelle.
- Internasjonal rettspraksis og statspraksis som handler om avkolonialisering, okkuperte områder, statsdannelse og suverenitetsspørsmål, framstår som irrelevant som mulige rettskilder.

¹⁵ Se vedlegg 3 til ekspertgruppens utredning for konkrete referanser, fotnoter på s. 323 og 324. Spørsmålet til Norge hadde følgende ordlyd: As the Government and Parliament of Norway have addressed the situation of the Sami in the framework of the right to self-determination, the expects Norway to report on the Sami people's right to self-determination under article 1 of the Covenant, including paragraph 2 of that article.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene viser til at regjeringen Stoltenberg I og Bondevik II har uttalt at man støtter en rettsutviklingsprosess når det gjelder formuleringen av urfolks rett til selvbestemmelse i tråd med tilnæringsmåte B, som skissert her.

Alternativ C: Retten til selvbestemmelse tilkommer alle "folk" definert etter kulturelle kriterier ("ethnos")

En siste tilnæringsmåte som må presenteres, er den som framkommer i Vedlegg 3 til ekspertgruppens utredning. Vedlegget er utarbeidet av tre av ekspertgruppens medlemmer: Henriksen, Scheinin og Åhrén. Arbeidsgruppen viser til oppsummeringen i vedlegget for en kort framstilling av dette tolkningsalternativet (s. 303-305), og gjentar ikke dette her.

Ekspertgruppen har i sin utredning vist til vedlegg 3, uten at man som gruppe har sluttet seg til vurderingene som gjøres i vedlegget (se utredningen, s. 178-9). Ekspertgruppen har likevel, med et visst forbehold fra medlemmene oppnevnt av den finske regjeringen, gitt uttrykk for noen av de samme konklusjonene som i vedlegg 3.

Et hovedpoeng i framstillingen i vedlegg 3 synes å være at begrepet "folk" ("peoples") generelt bør forstås som kulturelle grupper (det Eide kaller "ethnos"-folk, som omtalt i alt. A, ovenfor), og at man ut fra et prinsipp om likebehandling av folkene bør behandle alle folkegrupper som "folk" etter SP/ØSK artikkel 1, når folkegruppen oppfyller visse vilkår. Forståelsen av begrepet "folk" er slik ikke kun basert på geografiske kriterier, men også kriterier som språk, kultur, territoriell tilhørighet mv. Tidligere medlem av Menneskerettighetskomiteen professor Martin Scheinin er en av flere folkerettsjurister som har dette synet.¹⁶

Ekspertgruppen uttaler blant annet at den "legger til grunn at samene oppfyller de vilkår som normalt stilles for å kunne anses som et 'folk' i folkerettslig forstand". I vedlegg 3 (utarbeidet av Scheinin m.fl.) vises det til arbeidsdefinisjon av begrepet "folk" fra UNESCO-systemet, den såkalte "Kirby-definisjonen".¹⁷ Videre vises det til den såkalte Cobo-definisjonen¹⁸ av urfolk, som korresponderer godt med Kirby-definisjonen. Kriteriene for å være et "folk" etter Kirby-definisjonen er knyttet til historisk kontinuitet, en viss størrelse, nærhet og tilknytning til spesifikke landområder, et minimum av felles institusjoner, språklig, religiøs og kulturell enhet, og selvidentifisering og identifisering fra andre som en distinkt kulturell gruppe. Ekspertgruppen legger en slik forståelse til grunn. For en nærmere framstilling av dette synet vises det til vedlegg 3.

En slik forståelse skiller seg prinsipielt klart fra den mer konservative forståelsen av selvbestemmelsesretten det er vist til under alternativ A, om at retten til (i alle fall ekstern) selvbestemmelse tilkommer folket forstått som alle borgerne i et land (ev. i en koloni eller et ikke-selvstyrende eller okkupert område).

Tilnæringsmåtene kan kombineres (slik Sverige har gjort i den ovennevnte ØSK-rapporten), noe som betyr at samer i Norge samtidig er en del av to ulike folk, definert på ulikt vis. For det første er de en del av "Norges folk", som gjennom staten og demokratiet i Norge utøver retten til ekstern selvbestemmelse, og for det andre er de en del av det kulturelt avgrensede folk samene som har historisk territoriell tilknytning til et geografisk område og bor i Norge, Sverige, Finland og Russland.

¹⁶ For flere eksempler på slike eksperter, se vedlegg 3 til ekspertutredningen, s.328-331.

¹⁷ Se vedlegg 3 til ekspertutredningen, 317-318.

¹⁸ Se vedlegg 3 til ekspertutredningen, 313-314.

Framstillingen i vedlegg 3 drøfter i liten grad forholdet mellom folk definert etter Kirbydefinisjonen ("ethnos") og folk forstått som alle borgere i et land eller territorium ("demos"). Selv om dette ikke er videre drøftet av ekspertutvalgt, vil det ut fra tilnæringsmåten i vedlegg 3 være rimelig å legge til grunn både at statene, med alle borgerne i dets territorium har rett til (ekstern) selvbestemmelse, og at det i stater med flere folkegrupper vil kunne være grupper identifisert som "artikkel 1 folk" som har rett til selvbestemmelse, på materielt sett andre måter enn folket forstått som alle borgerne.

Det blir slått fast i vedlegg 3 at man ikke kan se for seg noen praktisk situasjon der samene vil ha noen rett til statsdannelse (s. 338-343). Dette begrunnes her med en tolkning av folkeretten som forutsetter at retten til statsdannelse (i alle fall for de kulturelt / etnisk avgrensede gruppene som her i fokus) bare oppstår i situasjoner med grove menneskerettighetsbrudd, samt i såkalte "rene kolonitilfeller". Ekspertgruppen gir uttrykk for tilsvarende vurderinger om retten til statsdannelse (s. 179). Begrunnelsen for at statsdannelse ikke framstår som aktuelt er altså her ikke at begrepet "folk" er definert ikke-territorialt som i alternativ B.

Oppsummert innebærer tilnæringsalternativ C at:

- De urfolk som fyller visse kriterier for å være "folk" kan anses å ha status som "folk" iht. SP/ØSK artikkel 1.
- Det substansielle innholdet i begrepet selvbestemmelse vil bli klarlagt gradvis i en dynamisk utvikling, herunder gjennom fortolkning av SP/ØSK artikkel 1,
- Det forutsettes at retten til selvbestemmelse ikke alene gir rett til statsdannelse (eller fri assosiasjon osv.) og suverenitet.
- Internasjonal rettspraksis og statspraksis som handler om avkolonialisering, okkuperte områder, statsdannelse og suverenitetsspørsmål, framstår som uaktuelle som rettskilder.

Etter en slik oppfatning vil meningsinnholdet i retten til selvbestemmelse for de urfolk som oppfattes som "SP artikkel 1 folk", måtte utledes både fra folkerettsinstrumenter som særlig omhandler urfolk og fra instrumenter som SP og ØSK.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget legger denne tilnæringsmåten til grunn.

Vurdering

Når de ulike alternativene skal vurderes, bør det innledningsvis pekes på at alternativene både kan leses som ulike syn på hva som er en mest mulig dekkende beskrivelse av gjeldende folkerett (*de lege lata*), og som uttrykk for hvordan ulike aktører mener gjeldende folkerett med tiden burde være (*de lege ferenda*).

Det er således mulig å kombinere alternativene. Eksempelvis kan man mene at alternativ A er gjeldende folkerett i dag, men at alternativ B eller C er ønskelige rettstilstander. I alternativ B (og C) er det for eksempel vist til norske regjeringers forhandlingsposisjoner i arbeidet med å utarbeide et nytt folkerettslig instrument, FN's urfolkserklæring.

Videre vil tolkningsalternativene B og C, slik de er fremstilt ovenfor, stå for prinsipielt forskjellige tilnæringer, med et noe ulikt abstraksjonsnivå. Det må imidlertid understrekes at de to alternativene kan være sammenfallende når det gjelder hvordan en rett til selvbestemmelse vil materialisere seg for samenes del. I denne forbindelse kan det også vises til vedlegg 3 til ekspertgruppens utredning der det åpnes for at selvbestemmelsesretten vil

kunne materialisere seg på en annen måte for urfolk enn for andre folk, når den skal tilpasses urfolks spesielle situasjon.¹⁹

Den enighet arbeidsgruppens medlemmer har om forståelsen av selvbestemmelse tar høyde for at urfolk har mange likhetstrekk med koloniserte folk i klassiske kolonier (likheten mellom ”tredje verdens folk” og ”fjerde verdens folk”). Urfolk har på samme måte som geografisk definerte folk en særlig tilknytning til sine landområder, og skiller seg således fra andre folkegrupper som er avgrenset kulturelt eller etnisk. Denne felles forståelsen er også godt i tråd med MR-komiteens uttalelser, norske og nordiske posisjoner i forbindelse med urfolkserklæringen, og norske regjeringers holdning til samisk rett til selvbestemmelse siden 2001.

Arbeidsgruppen konstaterer at det er noe ulike oppfatninger av hvordan begrepene ”folk” og ”selvbestemmelse” i SP/ØSK artikkel 1 skal tolkes i gjeldende folkerett. Det er også ulike syn på hvordan begrepet ”selvbestemmelse” bør tolkes når begrepet ”folk” avgrenses ved kulturelle og etniske kriterier (”ethnos”), og ikke som hele befolkningen innefor et bestemt, anerkjent område (”demos”).

Det er likevel enighet i arbeidsgruppen om at spørsmålet om statsdannelse er en uaktuell problemstilling for samene, og at internasjonal rettspraksis og statspraksis som handler om avkolonialisering, okkuperte områder, statsdannelse og suverenitetsspørsmål, framstår som uaktuelle som rettskilder.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene viser til at det i ekspertgruppens utredning og i vedlegg 3 i for liten grad er drøftet hvilke virkninger det får for det materielle innholdet i selvbestemmelsesretten at begrepet ”folk” i noen av rettskildene er avgrenset ved etniske/kulturelle kriterier, og i andre av rettskildene forutsettes å være avgrenset ved geografiske kriterier. Mangelen på en slik drøfting gjør at medlemmene fra departementene ikke uten videre kan slutte seg til de vurderingene som er gjort i vedlegg 3 for øvrig, når det gjelder avgrensningen av begrepet ”folk” i folkeretten og rekkevidden av retten til selvbestemmelse for urfolk i gjeldende folkerett, herunder den prinsipielle drøftingen av når et folk har rett til statsdannelse. Det samme gjelder omtalen av disse spørsmålene i ekspertgruppens rapport (s.178-180).

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene vil vise til at spørsmål knyttet til løsrivelse og statsdannelse er omdiskuterte folkerettslige emner. Disse medlemmer finner det ikke nødvendig for arbeidsgruppens oppdrag å gå nærmere inn på en vurdering av disse spørsmålene.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene vil imidlertid peke på at retten til selvbestemmelse må tolkes og utformes også ut fra hvilke utslag tolkningen vil kunne ha internasjonalt, også i konfliktsituasjoner og spørsmål om nye statsdannelser. En eventuell nordisk samekonvensjon vil være et klart uttrykk for statspraksis i Norge, Sverige og Finland, og dermed ha en viss tyngde som rettskilde, også utenfor Norden. Det er dermed på sin plass å ha en oppmerksomhet på mulige presedensvirkninger i andre land. Det er i tråd med føringene i St.meld. nr 55 (2000-2001) og St.meld. nr. 33 (2001-2002) som er sitert ovenfor, om at ”de løsninger som velges vil kunne ha betydning for en internasjonal normutvikling på området”.

¹⁹ Innstilling til nordisk samekonvensjon s. 335

Medlemmene fra departementene viser for øvrig til at norske regjeringer har støttet tilnæringsmåten i alternativ B (parallell rettsutvikling) når det gjelder i hvilken retning rettsutviklingen bør gå når det gjelder urfolks rett til selvbestemmelse, og vil derfor legge denne tilnæringsmåten til grunn i vurderingen av om utkastet til nordisk samekonvensjon går lenger enn Norges folkerettslige forpliktelser.

Departementenes medlemmer i arbeidsgruppen vil for øvrig peke på at prosessen med å utarbeide en nordisk samekonvensjon kan sees på som en del av den parallelle rettsutvikling som tolkningsalternativ B legger opp til, og som bidrar til en konkretisering av det materielle innholdet i urfolks rett til selvbestemmelse.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen viser til ekspertgruppens drøfting av samenes selvbestemmelsesrett, og slutter seg til dens prinsipielle synspunkter om den folkerettslige fortolkningen av selvbestemmelsesretten. Disse medlemmene mener det ut i fra de foreliggende folkerettslige kilder er klart at det finnes urfolk som oppfyller de kriterier som oppstilles internasjonalt med hensyn til hvem som er å anse som "folk" i folkerettslig sammenheng. Samene er et av disse urfolk som også er anerkjent som et eget folk av FNs Menneskerettighetskomité etter artikkel 1 i SP/ØSK, og som dermed har rett til selvbestemmelse.

Hvordan denne retten rent praktisk skal gjennomføres, det substansielle innholdet i retten, kan ikke fastslås kun ut i fra tolkningen av SP/ØSK artikkel 1. Samekonvensjonen i seg selv må sees på som et skritt i retning av å konkretisere den retten samene har etter folkeretten. Praksisen som vil følge av samekonvensjonen vil dermed over tid gi samenes selvbestemmelsesrett et konkret innhold ut fra foreliggende rettskildemateriale.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen mener derfor det vil være riktig slik ekspertgruppen har valgt å gjøre det, å ikke begrense selvbestemmelsesretten mer enn hva som gjøres i internasjonale instrumenter. Dette innebærer også at ekspertgruppens forslag til artikkel 3 ikke medfører at Norge vil uttrykke en annen holdning til folks rett til løsrivelse og egen statsdannelse enn hva som allerede følger av folkeretten. Det er anerkjent i folkerettsteorien og i andre folkerettslige kilder at selvbestemmelsesretten alene ikke gir adgang til løsrivelse. Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen sin mening er at man bør legge til grunn en dynamisk forståelse av selvbestemmelsesretten og tilpasse den til verdenssamfunnet slik det ser ut i dag.

Disse medlemmene vil også understreke at det fra samisk hold aldri har vært hevdet noen rett til løsrivelse. Når denne problemstillingen likevel er tatt opp til vurdering, vil Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen påpeke at effekten av et slikt fokus er å marginalisere samene som et folk og slik også muligheten for kontroll over egen økonomisk, kulturell og sosial utvikling.

Sametingets medlemmer legger som nevnt ovenfor tilnæringsmåten i alternativ C til grunn når det gjelder forståelsen av urfolks rett til selvbestemmelse.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen mener forslaget til artikkel 3 i samekonvensjonen uttrykker den samme retten til selvbestemmelse som følger av SP/ØSK artikkel 1 og som menneskerettighetskomiteen har bekreftet gjelder overfor samene. Utarbeidelsen av en nordisk samekonvensjon kan derfor etter disse medlemmers syn sees på som et ledd i

prosessen for at alle de nordiske stater også fullt ut bekrefter at samene utgjør et folk med rett til selvbestemmelse tilsvarende forståelsen av SP/ØSK artikkel 1, slik Sverige allerede har gjort i sin rapport til FN fra 2006.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen mener det over tid i praksis vil være vanskelig å opprettholde en forståelse av retten til selvbestemmelse for samene i en eventuell nordisk samekonvensjon som er materielt forskjellig sammenlignet med retten etter SP/ØSK artikkel 1, med mindre det følger av at ordlyden er ulik i de to bestemmelsene. I praksis er det dermed sannsynlig at de øvrige bestemmelser i en nordisk samekonvensjon vil bidra til å presisere hva en samisk rett til selvbestemmelse er, og dermed også bidra i tolkningen av SP/ØSK artikkel 1.

Selv om det er enighet i arbeidsgruppen om at samer som urfolk har en rett til selvbestemmelse, er det altså en viss uenighet om hvilke rettskilder som er grunnlaget for en slik selvbestemmelsesrett. Uenigheten om grunnlaget betyr imidlertid ikke nødvendigvis at man er uenige om hva selvbestemmelse for samene vil bety i praksis. Det er enighet i arbeidsgruppen om at det ikke er nødvendig for analysen av utkastets artikkel 3 å ta standpunkt til de spørsmålene det er dissens om her.

C. Det materielle innholdet i artikkel 3

Ekstern selvbestemmelse

Når utkastets artikkel 3 skal analyseres, må det tas stilling til betydningen av at formuleringen "... bestemmer de fritt sin politiske stilling ..." som finnes i SP/ØSK artikkel 1 og i artikkel 3 i FN-erklæringen om urfolk ikke er tatt med her. Selv om ekspertgruppen har gjort det klart i merknadene at SP/ØSK artikkel 1 er en vesentlig kilde til forståelsen av utkastets artikkel 3, har ekspertgruppen ikke kommentert bakgrunnen for at man på dette punktet har valgt en avvikende ordlyd.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene antar at denne forskjellen i ordlyden blant annet må trekke i retning av at en rett til statsdannelse ikke er omfattet av bestemmelsen i konvensjonsutkastets artikkel 3. En slik forståelse av ordlyden er i tråd med oppfatningen det er enighet om ovenfor, om at statsdannelse uansett ikke er en aktuell problemstilling for samenes vedkommende.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget viser til drøftingen og merknadene ovenfor, og understreker igjen at selvbestemmelsesretten etter SP/ØSK artikkel 1 alene ikke regulerer forhold knyttet til løsrivelse, og at formuleringen "... bestemmer de fritt sin politiske stilling ..." slik ikke i seg selv medfører en rett til statsdannelse. At ekspertgruppen ikke også har med ordlyden "... bestemmer de fritt sin politiske stilling ..." antar medlemmene fra Sametinget kan forstås ut fra at sametingene i de nordiske land er så sterkt innarbeidet som selvstendige politiske institusjoner at en slik ordlyd kan virke overflødig. I tillegg er sametingenes stilling omtalt i egen artikkel 14 og 15 i ekspertutvalgets forslag. Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen ser imidlertid at det ville ha vært en styrke om ordlyden her var mer sammenfallende med SP/ØSK artikkel 1 og FNs urfolkserklæring artikkel 3.

Selv om det er noe ulike oppfatninger i arbeidsgruppa mht. begrunnelsen, er hele arbeidsgruppen enig i ekspertgruppens konklusjon om at konvensjonsutkastet ikke kan tolkes

i retning av at samene har en rett til å etablere en egen stat (jf. vurderingene under forrige punkt).

Det er for øvrig noe uklart hvilken forskjell det vil gjøre for tolkningen at formuleringen ”... bestemmer de fritt sin politiske stilling ...” ikke er tatt med i utkastet til artikkel 3.

Arbeidsgruppen vil også peke på at samenes egenrepresentasjon i internasjonale sammenhenger også kan betraktes som et aspekt av ekstern selvbestemmelse. Sametinget opptrer allerede i dag både sammen med de nordiske lands delegasjoner og i egen kapasitet i ulike internasjonale fora, primært i FN. En slik representasjon berører spørsmålet om samenes rett til å representere seg selv, sitt folk og sine meninger også internasjonalt. En slik representasjon sees på som en forlengelse av den retten Sametinget har til å representere det samiske folk nasjonalt. Spørsmål om samenes egenrepresentasjon internasjonalt er konkretisert i konvensjonsforslagets artikkel 19.

Intern selvbestemmelse

Diskusjonen om det nærmere innholdet i retten til selvbestemmelse i henhold til artikkel 3 vil heretter dreie seg om en rett til indre selvstyre og en rett til deltakelse i beslutningsprosesser. Det kan tenkes at en slik rett har et kjerneområde som vil omfatte de spørsmål som Sametinget skal ha utstrakt myndighet over. Det kan være naturlig å skille mellom saksområder knyttet til språklige og kulturelle spørsmål, og de spørsmål som knytter seg til forvaltning av land og vann (ressursdimensjonen).

Språklige og kulturelle spørsmål

I merknadene til artikkel 3 viser ekspertgruppen til den finske grunnloven 121 § 4 mom. som gir samene ”språklig og kulturell autonomi”. Det kan tenkes at en samisk rett til indre selvbestemmelse etter utkastets artikkel 3 i alle fall må omfatte en rett til språklig og kulturell autonomi. Det vil være naturlig at en selvbestemmelsesrett innenfor språklige og kulturelle spørsmål må utvikles over tid, og tilpasses forholdene i det enkelte land.

Konvensjonenes bestemmelser i kapittel III om samisk språk og kultur gir imidlertid anvisning på hvilke saksfelt eller politikkområder som inngår i en slik rett. Merknadene til artikkel 25 om samiske medier, artikkel 31 om tradisjonelle kunnskaper og kulturytringer og artikkel 32 om samiske kulturminner inneholder henvisninger til artikkel 3.

Vurdering av forholdet til folkeretten og nasjonal rett

ILO-konvensjon nr. 169 er sentral i forhold til sikring av samisk deltakelse og medbestemmelsesrett. Artikkel 6 pålegger staten å konsultere (”consult”) samene i spørsmål som direkte berører dem. Bestemmelsen vil bidra til å sikre samisk deltakelse i beslutningsprosesser, også i de spørsmål som ikke angår areal- og ressursforvaltning.

Det er etablert nasjonale ordninger for å sikre samisk deltakelse innenfor flere saksområder:

- Språkreglene i sameloven, jf. Ot.prp. nr.114 (2001-2002).
- Samiske kulturminner, jf. forskrift om endring i forskrift om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven (2004-12-20).
- Læreplaner for opplæring i samisk språk og læreplaner for særskilte samiske fag, jf. opplæringsloven kapittel 6.

- Bruk av det samiske flagget, jf. sameloven § 1-6.
- Konsultasjonsordningen og representasjon av de samiske hensyn for øvrig.

Sametinget har i tillegg bevilgningsmyndighet innenfor en rekke områder; kultur, oppvekst, utdanning, næringer.²⁰

Det kan trolig konkluderes med at utkastet til artikkel 3, for de spørsmål som angår språklige og kulturelle spørsmål innenfor den interne selvbestemmelse, ikke går lengre enn folkeretten og nasjonal rett/praksis.

Særlig om ressursdimensjonen

Artikkel 3 annet punktum bestemmer at det samiske folket har rett til ”for sine egne formål selv å forføye over sine naturressurser”. Dette må innebære at samene skal ha rett til å utøve en viss myndighet over naturressursene i samenes bosetnings- og bruksområder. Det må imidlertid undersøkes hvilken grad av myndighet/deltakelse som vil oppfylle kravet i artikkel 3. Samene bor i hovedsak i områder der det også bor andre, og det vil derfor være en utfordring å avgrense de områder Sametinget skal utøve en viss myndighet over. Retten til å kontrollere utnytting av naturressurser, til å delta i offentligrettslige beslutninger og en rett til utbytte fra utnytting av ressursene er derfor et spørsmål som krever grundigere behandling.

Den aktuelle formuleringen i utkastets artikkel 3 annet punktum er som følger:

”Så langt det følger av disse regler og bestemmelser, har det samiske folket rett til selv å bestemme over sin økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling, og for sine egne formål selv å forføye over sine naturressurser.”

SP/ØSK artikkel 1 annet ledd første punktum inneholder en lignende formulering (oversettelse hentet fra menneskerettsloven):

”Alle folk kan for sine egne formål fritt råde over sine naturrikdommer og -forekomster, så langt dette ikke setter tilside forpliktelser som følger av internasjonalt økonomisk samarbeid, basert på prinsippet om gjensidig nytte og folkerettens regler.”

I utkastet til artikkel 3 gis samene en rett til for ”sine” egne formål ”selv” å forføye over ”sine” naturressurser. Bestemmelsen legger med andre ord til grunn at det finnes naturressurser som tilhører det samiske folket, og som samene på det grunnlag har en særlig rett til å råde over.

Rettighetens karakter (”forføye over”)

For det første må innholdet i en slik særlig rett til å råde over visse områder og naturressurser klarlegges. Det vil være relevant å spørre om en rett til å forføye over naturressurser i medhold av artikkel 3, innebærer en rett av offentligrettslig karakter, dvs. i form av politisk og offentligrettslig deltakelse, eller om det er tale om at samene kollektivt har tinglige rettigheter til bestemte naturressurser.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden i artikkel 3 (”forføye over”²¹) kan anføres til støtte for at artikkel 3 gir rettigheter av privatrettslig karakter.

²⁰ For en fullstendig oversikt, se vedlegg 3 til rapport om Sametingets formelle stilling og budsjettprosedyrer.

I behandlingen av statsrapporten fra Canada (1999) gir menneskerettighetskomiteen en tolkning av SP artikkel 1 nr. 2:

“With reference to the conclusion by RCAP that without a greater share of lands and resources institutions of aboriginal self-government will fail, the Committee emphasizes that the right to self-determination requires, inter alia, that all peoples must be able to freely dispose of their natural wealth and resources and that they may not be deprived of their own means of subsistence (art. 1, para. 2).”

Komiteen uttaler seg mer konkret om innholdet i SP artikkel 1 nr. 2 i behandlingen av statsrapporten fra Australia (2000):

“The State party should take the necessary steps in order to secure for the indigenous inhabitants a stronger role in decision-making over their traditional lands and natural resources (art. 1, para. 2).”

Det klare utgangspunktet er at artikkel 1 nr. 2 tillegger folkene visse rettigheter knyttet til naturrikdommer og -forekomster, men karakteren og omfanget av slike rettigheter er mer usikkert. Uttalelsene i behandlingen av rapporten fra Australia kan tolkes som at når det er tale om urfolk i Australia sin rett til selvbestemmelse, må en slik rett innebære at urfolket skal delta i beslutninger knyttet til landområder og naturressurser. Uttalelsene trekker i retning av at retten til naturressurser for urfolks vedkommende dreier seg om en politisk og offentligrettslig rett til deltakelse og ikke en rett av privatrettslig karakter.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget mener dette vil være naturlig all den tid selvbestemmelsesretten for et folk inkluderer en rett til å vedta politiske strategier og prioriteringer mht. forvaltning av felles ressurser. Selvbestemmelsesretten berører i liten grad spørsmål knyttet til opparbeidelse av tinglige rettigheter (rådighet over grunn og ressurser etter nasjonal rett). De tingsrettslige spørsmål hører til under privatretten og selve grunnlaget for opparbeidelse av urfolks rettigheter vil reguleres av andre menneskerettsinstrumenter, og vil derfor ikke drøftes her.

Arbeidsgruppen vil videre peke på at konvensjonens egne artikler kan tenkes å gi veiledning når det gjelder innholdet i retten til områder og naturressurser i utkastet til artikkel 3.

Aktuelle bestemmelser i konvensjonsutkastet vil være artiklene om sametingenes myndighet (artiklene 14 til 18), og eventuelt artiklene i landrettighetskapitlet (artiklene 34 til 40), holdt sammen med artikkel 16.

Artikkel 14 handler om sametingenes rolle som representant for det samiske folket. Tredje ledd bestemmer at sametingene må gis oppgaver som setter dem i stand til å utøve retten til selvbestemmelse. I merknadene til artikkel 14 presiserer ekspertgruppen at retten til selvbestemmelse skal forstås på samme måte her som i artikkel 3. Ordlyden i bestemmelsen trekker klart i retning av at retten til selvbestemmelse skal være knyttet til sametingenes offentligrettslige myndighet, og ikke til sametingene som mulig eier av eller bruksrettsinnehaver i visse områder.

²¹ Det er mulig at begrepet ”forføyge over” har kommet inn fra en svensk oversettelse av SP/ØSK artikkel 1, ”dispose of”, som i den norske oversettelse av SP/ØSK artikkel 1 er oversatt til norsk med ”råde over”.

Artiklene 15 til 18 inneholder bestemmelser om sametingenes rett til medbestemmelse, og hvilke bindinger sametingenes synspunkter skal legge på statene avhengig av den aktuelle sakens viktighet for samiske interesser. I merknadene til artikkel 15 skriver ekspertgruppen at bestemmelsene i dette kapitlet (artiklene 14 til 22) gir en nærmere regulering av utøvelsen av retten til selvbestemmelse. Merknadene kan anføres til støtte for at artikkel 3 skal forstås som en rett for sametingene til å utøve offentligrettslig myndighet.

Det blir lagt til grunn i den videre drøftelsen at retten til selvbestemmelse for samer i henhold til artikkel 3 dreier seg om en rett av offentligrettslig karakter.

Videre vil artiklene 14 til 22 holdt sammen med ekspertgruppens merknader (se for eksempel s. 216-217) tale for at en slik rett kan komme til uttrykk gjennom politisk og offentligrettslig deltakelse.

Betydningen av at samer og andre bebor områder sammen

Det må videre vurderes hva som kan regnes som samenes ("sine") naturressurser i artikkel 3 annet punktum.

FNs menneskerettskomité uttaler seg ikke eksplisitt om hva som kan regnes som sine ("their") tradisjonelle områder og naturressurser i henhold til artikkel 1 nr. 2, verken i sine General Comments eller i behandlingen av statsrapporter. Komiteen drøfter ikke hva som kan tenkes å være innholdet i selvbestemmelsesrettens ressursdimensjon når det aktuelle folket bebor områder sammen med andre folk.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget mener at spørsmålet om hvilke områder og ressurser som tingsrettslig hører til urfolk, er spørsmål som primært reguleres av den nasjonale retten i de enkelte land. Vilårene for opparbeidelse av tingsrettslige rettigheter varierer fra land til land. Det er derfor naturlig at menneskerettighetskomiteen ikke berører disse spørsmål. Komiteen slår bare fast prinsippet om at urfolk har en rett til sine naturressurser, og at disse ressursene og områdene må identifiseres og sikres etter andre bestemmelser enn artikkel 1, for eksempel artikkel 27 som gir et vern for urfolks materielle rettigheter i konkurranse med andre interesser, samt artikkel 25 i ØSK som lyder:

"Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilise freely their natural wealth and resources."

Artikkel 25 i ØSK vil derfor utfylle artikkel 1 mht. økonomiske rettigheter og spørsmålet om folks/urfolks rett til å råde over sine egne naturressurser. Retten til utvikling (development) vil på mange punkter utfylle selvbestemmelsesretten, da denne retten også er av kollektiv natur og omfatter retten til å råde over egne ressurser.

Disse medlemmer viser videre til Menneskerettighetskomiteens uttalelse til den tredje og fjerde periodiske rapporten fra Australia i 2000:

"...The Committee expresses its concern that securing continuation and sustainability of traditional forms of economy of indigenous minorities (hunting, fishing and gathering), and protection of sites of religious or cultural significance for such minorities, which must be protected under article 27, are not always a major factor in

determining land use.

The Committee recommends that in the finalization of the pending bill intended to replace the Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act (1984), the State party should give sufficient weight to the values described above”.²²

I tillegg til å nevne grunnlaget for jakt og fangst foretar komiteen en kobling mellom kulturminner og det materielle kulturgrunnlaget etter SP artikkel 27.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene kan ikke se at bestemmelsene i SP artikkel 27 og ØSK artikkel 25 gir særlig veiledning i spørsmålet om rekkevidden av begrepet ”sine naturressurser”.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene vil peke på at ikke-diskrimineringsprinsippet tilsier at det må ha stor betydning om et urfolk bebor, bruker og har brukt et ressursområde sammen med andre, eller om urfolkets beboelse og bruk av et ressursområde er og har vært enerådende. For Norges vedkommende har situasjonen i mange områder med langvarig felles bruk vært en viktig del av begrunnelsen for at finnmarksloven er utformet slik at den er etnisk nøytral på individnivå.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen vil advare mot en for ensidig beskrivelse av at samene så og si over alt bor i samfunn med store innslag av andre norske borgere, og derfor vanskelig kan utøve rett til selvbestemmelse over naturressursene. I en menneskerettssammenheng kan en slik framstilling lett medføre en ytterligere marginalisering av samene som folk. Retten til selvbestemmelse har hele tiden hatt som ett av sine hovedsiktemål å bekjempe marginalisering og kulturell usynliggjøring fordi dette lett fører til upåtalte overgrep. Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen vil også presisere at ikke-diskrimineringsprinsippet ikke er ment å bli brukt for å sikre like typer rettigheter til alle grupper innenfor et område. Det vises også til ekspertgruppens forslag til artikkel 7 annet ledd hvor det heter at: ”For å gjennomføre samene rettigheter etter denne konvensjonen skal statene etter behov treffe særlige positive tiltak overfor dem”. Det er videre grunn til å vise til at SP artikkel 26 som gir rett til likhet for loven og rett til ikke-diskriminering utfylles av artikkel 27, som gir adgang til særlige tiltak overfor etniske, språklige og religiøse minoriteter. FNs Menneskerettighetskomité har en relativt omfattende praksis som viser at statene ikke bare er forpliktet til å sikre formell likhet mellom grupper av folk, men at statene ofte også er forpliktet til å iverksette særlige tiltak for å sikre reell likhet mellom gruppene. Også ILOs Ekspertkomité har ved flere anledninger gitt uttrykk for at selv om det er formell likhet for loven i den nasjonale rettsordenen, så betyr det ikke at det ikke er behov for positiv forskjellsbehandling (special measures) av urfolk i tilfeller hvor urfolk har vært diskriminert.²³ Det er klart forutsatt av ILOs organer at særrettigheter for urfolk ikke skal regnes som brudd på ikke-diskrimineringsprinsippet i folkeretten. Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen mener det derfor er klart at selv om det over en viss tid har vært områder med sammensatte befolkningsgrupper, så kan ikke ikke-diskrimineringsprinsippet etter SP artikkel 26 tilsi at urfolk eller minoriteter skal ha begrensede rettigheter til å delta i den offentligrettslige forvaltningen av sine naturressurser.

Arbeidsgruppen vil videre peke på at konvensjonsutkastets egne bestemmelser kan tenkes å gi veiledning i spørsmålet om avgrensning av områder for utøvelse av samisk selvbestemmelse.

²² Concluding observations of the Human Rights Committee: Australia 24/07/2000. A/55/40, paras.498-528. (Concluding Observations/Comments)

²³ se International Labour Conference 75th session, 1988, Report VI (1), s. 84 flg.

Artikkel 34 fastslår at langvarig bruk har dannet grunnlag for at samer har opparbeidet eiendomsrett eller særlige bruksrettigheter til vann- og landområder. Artikkel 35 pålegger statene en plikt til effektivt vern av slike områder. Artikkel 36 omhandler berørte samers og sametingenes rett til medbestemmelse når det er snakk om å foreta inngrep i de områdene som omfattes av artikkel 34. I forhold til fjorder og kystfarvann kommer de samme bestemmelsene til anvendelse jf. artikkel 38.

Retten til forhandling (artikkel 36 annet ledd) og statens plikt til å innhente samtykke fra berørte samer og sametinget (artikkel 36 tredje ledd) er rettigheter og korresponderende plikter som har sitt grunnlag i samers tradisjonelle bruk av land og vann. En slik rett vil være av privatrettslig karakter, og dermed ikke ha direkte sammenheng med ressursdimensjonen i en rett til selvbestemmelse etter artikkel 3.

Artikkel 39 og artikkel 40 omhandler sametingets rett til deltakelse i areal- og ressursforvaltning og i miljøforvaltningen. I merknadene til artikkel 39 skriver ekspertgruppen at en slik rett både gjelder i områder samene har eiendomsrett til, og i områder der samer har særlig bruksrett. Rettighetene etter artikkel 39 og 40 knytter seg således også til artikkel 34-områder, og kan ikke være avgjørende for fastleggelsen av det området sametingene kan utøve myndighet over i medhold av artikkel 3.

Det vil etter dette være et åpent spørsmål hvilket geografiske område, og dermed hvilke naturressurser som vil være gjenstand for en samisk rett til selvbestemmelse etter artikkel 3.

Vurdering av forholdet til gjeldende nasjonal rett og folkeretten

Når det skal undersøkes om ressursdimensjonen i en rett til selvbestemmelse går lengre enn gjeldende folkerett, vil bestemmelsene om landrettigheter i ILO-169 være av interesse. ILO-169 artikkel 15 nr. 1 taler om "participate in the use, management and conservation", og kan dermed se ut til å gå lengre enn artikkel 6 som pålegger staten en plikt til å konsultere ("consult"). Med grunnlag i artikkel 15 har samene således en rett til aktiv deltakelse i den offentlige forvaltningen av naturressurser i bestemte områder.²⁴ Det må konkluderes med at ILO-169 artikkel 15, jf. artiklene 6 og 7 i dag gir samene en rett til deltakelse i forvaltning av naturressurser og land- og vannområder som er mer konkret enn den retten som følger av utkastet til artikkel 3.

Det er nødvendig å se nærmere på om gjeldende nasjonal rett tilfredsstillende samers rett til selvbestemmelse iht. artikkel 3 i forhold til ressursdimensjonen. Nasjonale ordninger som muligens kan betraktes som del av materialiseringen av ressursdimensjonen i retten til selvbestemmelse for samer, og som må inngå i en slik vurdering, er:

- Forvaltningen av land og vann i Finnmark. Sametinget oppnevner tre av seks styrerepresentanter i Finnmarkseiendommen.
- Finnmarksloven § 4 som gir Sametinget rett til å utarbeide retningslinjer for hvordan virkningen for samisk kultur av endret bruk av utmark skal bedømmes.
- Sammensetning av rovviltnevnder. Sametinget oppnevner ett av fem medlemmer i rovviltnevndene i Hedmark og nordover.

²⁴ En slik forståelse legges også til grunn av Graver/Ulfstein i "Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov".

- Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget.
- Avtale mellom Sametinget og Miljøverndepartementet om retningslinjer for verneplanarbeid etter naturvernloven i samiske områder.

Arbeidsgruppens medlemmer mener forslaget i NOU 2003:14 om å gi Sametinget innsigelsesmyndighet i plansaker etter plan- og bygningsloven også vil, dersom det blir vedtatt, være et eksempel på deltakelse i den offentligrettslige forvaltningen av naturressursene. Det har vært gjennomført konsultasjoner mellom Sametinget og Miljøverndepartementet om forslaget, og konsultasjonene er sluttført.²⁵

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget bemerker at selv om konsultasjonsprosedyrene som er etablert mellom statlige myndigheter og Sametinget i stor grad vil omhandle forhold av offentligrettslig karakter, kan det likevel vanskelig sies at konsultasjonsordningene alltid innebærer en deltakelse i den offentligrettslige forvaltningen av naturressursene.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget mener at nasjonal praksis for forvaltningen av flere naturressurser kan stå i motstrid til artikkel 3, siden Sametinget i dag ikke direkte deltar i den offentlige forvaltningen av viktige naturressurser etter for eksempel naturvernloven, villtloven, og laks og innlandsfiske_loven.

Arbeidsgruppen konstaterer at konvensjonsutkastet ikke tar sikte på å fastlegge det geografiske området for utøvelse av samisk selvbestemmelsesrett. Arbeidsgruppen er av den oppfatning at man for analysearbeidet bør knytte områdebaserte rettigheter i konvensjonsutkastet til definerte geografiske ”størrelser” i norsk rett. Virkeområdet for konsultasjonsprosedyrene i arealsaker (konsultasjonsprosedyrene § 2) kan således legges til grunn i forhold til ressursdimensjonen i selvbestemmelsesretten (deltakelse i forvaltning av ressurser) etter artikkel 3. For dette geografiske området vil man kunne anta at konsultasjonsordningen er et bidrag til gjennomføringen av samisk selvbestemmelse iht. artikkel 3.

Det er ikke uten videre klart om artikkel 3 skal omfatte utnyttning av ikke-fornybare naturressurser i grunnen, som mineraler, olje og gass. Arbeidsgruppen vil peke på at i den grad en rett til selvbestemmelse også skulle omfatte deltakelse i forvaltning og rett til utbytte av slike ressurser, vil man kunne konstatere konflikt med gjeldende rett.

D. Konklusjon

Etter arbeidsgruppens oppfatning knytter det seg noe usikkerhet til karakteren og det nærmere omfanget av en rett til selvbestemmelse. Det er derfor vanskelig å si sikkert om innholdet i bestemmelsen går lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser og gjeldende nasjonal rett. Arbeidsgruppen er delt i synet på innholdet av artikkel 3 og dermed i synet på forholdet mellom bestemmelsen og gjeldende folkerett og intern rett.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene er uansett av den oppfatning at artikkel 3 vil innebære en ny folkerettslig forpliktelse for staten.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen mener at samenes rett til selvbestemmelse allerede følger av andre folkerettslige instrumenter.

²⁵ Sluttprotokoll for konsultasjonene om ny plandel av plan- og bygningsloven – Samiske spørsmål 23.04.07

Artikkel 4

Utkastet til artikkel 4 er gitt følgende utforming:

Artikkel 4

Personer som omfattes av konvensjonen

Konvensjonen omfatter personer bosatt i Finland, Norge eller Sverige, som oppfatter seg selv som same, og som

1. har samisk som hjemmespråk eller har minst en forelder eller besteforelder som har eller har hatt samisk som hjemmespråk; eller
 2. har rett til å drive samisk reindrift i Norge eller Sverige; eller
 3. oppfyller kravene for å ha stemmerett til sametingsvalget i Finland, Norge eller Sverige;
- eller
4. er barn av en person nevnt under punkt 1, 2 eller 3.

Bestemmelsen angir hvilke personer som kan påberope seg rettigheter etter konvensjonen. Det vil være naturlig å holde bestemmelsen opp mot sameloven § 2-6 første ledd om hvem som kan stå oppført i samemanntallet. Bestemmelsen lyder:

§2-6. Samemanntallet.

Alle som avgir erklæring om at de oppfatter seg selv som same, og som enten

- a) har samisk som hjemmespråk, eller
- b) har eller har hatt forelder, besteforelder eller oldeforelder med samisk som hjemmespråk, eller
- c) er barn av person som står eller har stått i manntallet kan kreve seg innført i samemanntallet.

Utkastet til artikkel 4 ligner i ordlyd på sameloven § 2-6. Personer som omfattes av konvensjonen må oppfatte seg selv som same, og i tillegg ha bosted i Finland, Sverige eller Norge. Videre oppregnes fire alternative vilkår.

Vilkåret om samisk språk er snevrere enn det tilsvarende vilkåret i sameloven. Mens samelovens § 2-6 b) åpner for at personer som ikke selv har samisk som hjemmespråk kan stå i samemanntallet dersom minst en oldeforelder hadde samisk som hjemmespråk, krever artikkel 4 at personens besteforelder må ha hatt samisk som hjemmespråk. Vilkåret i sameloven vil isolert sett gå lengre enn det tilsvarende vilkåret i konvensjonsutkastet, men uoverensstemmelsen veies opp ved alternativ fire i artikkel 4 som fastsetter at barn av de som faller innenfor de tre første vilkårene også har rettigheter etter konvensjonen.

Videre vil samer som har rett til å drive reindrift i Norge eller Sverige kunne påberope seg rettigheter etter konvensjonen. Ettersom reindrift i Norge i hovedsak er en eksklusiv samisk næring, vil en slik bestemmelse i utgangspunktet være uproblematisk. Det kan likevel tenkes at noen reindriftssamer, slik ekspertgruppen påpeker²⁶, har mistet kontakten med det samiske språket, og ikke oppfyller kravene for å stå i samemanntallet. Det kan således ikke utelukkes at denne bestemmelsen vil gå utover samelovens bestemmelser, og dermed få selvstendig betydning i Norge.

²⁶ Se ekspertgruppens innstilling s. 199

Personer som har stemmerett ved sametingsvalgene i de tre nordiske landene vil være rettighetssubjekter i konvensjonen. I den grad vilkårene for å kunne stå oppført i samemanntallet i Norge, etter samelovens regler, åpner for en større krets av personer enn artikkel 4, vil disse reglene komme til anvendelse.

Artikkel 4 bestemmer endelig at barn av personer som oppfyller et av de alternative vilkårene også vil kunne påberope seg konvensjonens rettigheter. En tilsvarende bestemmelse er også inntatt i samelovens § 2-6.

Vilkårene for hvilke personer innenfor det enkelte land som har rettigheter etter konvensjonen, vil være i tråd med de nasjonale reglene for hvem som har rett til stemme ved sametingsvalg i Norge.

Bestemmelsen sier imidlertid at konvensjonen omfatter ”personer bosatt i Finland, Norge eller Sverige”. Konvensjonens rettigheter kan påberopes overfor en stats myndigheter, ikke bare av samer som bor i den aktuelle staten, men av samer med bosted i enten Norge, Sverige eller Finland. Ekspertgruppen uttaler i bestemmelsens merknader:

”Det er tilstrekkelig at en same er bosatt i en av statene. Dette innebærer at såfremt det er uklart om en same er bosatt i den ene eller annen av de tre stater, er det uten betydning. Likeledes er det uten betydning om en same kan sies å være bosatt i to av tre stater.”

Det vil være behov for en nærmere drøfting av det forhold at personer som bor i Sverige og Finland, og som ikke er norske statsborger, kan påberope seg bestemte rettigheter overfor norske myndigheter. Problemstillingen vil likevel være begrenset til situasjoner der svenske eller finske samer, når de oppholder seg i Norge, hevder å ha rettigheter etter konvensjonen.

Det nasjonale lovverket som tar sikte på å gjennomføre Norges folkerettslige forpliktelser over den samiske befolkningen er begrenset til å omfatte samer som bor i Norge. I praksis vil det likevel trolig være snakk om få tilfeller der en same som bor i Sverige eller Finland ønsker å påberope en rettighet etter konvensjonens bestemmelser i Norge.

Av eksisterende avtaler som gir svenske eller finske samer bestemte rettigheter i Norge, kan nevnes:

- Lappekodisillen
- Norsk/svensk reinbeitekonvensjon
- Nordisk konvensjon om sosialhjelp og sosiale tjenester
- andre nordiske konvensjoner om likebehandling av hverandres borgere (for eksempel passfrihet)
- EØS-avtalen

Konklusjon

Etter arbeidsgruppens oppfatning er det uklart om bestemmelsen går lengre enn gjeldende folkerett og intern rett.

Artikkel 5

Utkastet til artikkel 5 er gitt følgende utforming:

Artikkel 5

Omfanget av statenes ansvar

Statenes plikter etter denne konvensjonen gjelder for alle statlige organ på nasjonalt, regionalt og lokalt nivå. Også andre organ for offentlig forvaltning og offentlig virksomhet har disse plikter. Det samme gjelder private rettssubjekter når de utøver offentlig myndighet eller utfører andre offentlige oppgaver.

Ved anvendelsen av denne konvensjonen skal sametingene og andre samiske organ, uavhengig av deres rettslige status ifølge nasjonal eller internasjonal rett, ikke anses å falle inn under begrepet stat, bortsett fra når de utøver offentlig myndighet.

A. Generelt om innholdet i bestemmelsen

Bestemmelsen går nærmere inn på statens ansvar etter konvensjonen, og angir hvem som er pliktsubjekter. Første ledd bestemmer at alle organer for offentlig forvaltning, samt private rettssubjekter når de opptrer som offentlige forvaltningsorganer, er forpliktet etter konvensjonens bestemmelser. Annet ledd omhandler sametingenes forpliktelser etter konvensjonen, og bestemmer at sametingene vil være forpliktet i den utstrekning de utøver offentlig myndighet.

Ekspertgruppen sier følgende i bestemmelsens merknader:

”Det følger av bestemmelsen i artikkel 5 at den myndighet som har ansvaret for det saksfelt en artikkel omhandler, vil ha et direkte ansvar etter konvensjonen uavhengig av om det er et statlig, kommunalt eller privat organ. Konvensjonen regulerer mange spørsmål. Det innebærer at mange ulike etater og myndigheter vil ha plikter etter konvensjonens enkelte artikler. Fremfor å angi i den enkelte artikkel hvilke myndigheter som har plikter etter bestemmelsen, har man valgt å tale om statens plikter. Bestemmelsen innebærer at selv om en artikkel i denne konvensjonen bare bruker uttrykket stat, vil artikkelen også omfatte de organ som her er nevnt.”

Uttrykt på en annen måte skal hver bestemmelse i konvensjonen leses slik at den direkte forplikter det organ eller den etat som har ansvar for det aktuelle saksfeltet. Det er likevel på det rene at det er statene som er parter i konvensjonen, og således er det staten som vil være folkerettslig bundet av konvensjonens bestemmelser. Artikkel 5 kan ikke leses som at den endrer på det forhold at staten alene er part i konvensjonen.

Artikkel 5 må leses i sammenheng med artikkel 46 om nasjonal gjennomføring av konvensjonen. Artikkel 46 bestemmer at konvensjonen skal gjennomføres i nasjonal rett ved inkorporasjon, det vil si ved at den gjøres direkte anvendelig som nasjonal lov. Et system der konvensjonen i utgangspunktet forplikter alle offentlige myndighetsorganer, kombinert med at konvensjonen gis direkte anvendelse i norsk lov, bryter med det som tradisjonelt har vært norske myndigheters syn på gjennomføring av folkerettslige forpliktelser. Det vanlige er at det er opp til staten selv å avgjøre på hvilken måte den ønsker å gjennomføre konvensjoner i den nasjonale retten. Staten vil imidlertid uansett være forpliktet til også å sikre at andre aktører enn staten selv ikke krenker bestemmelser i en ratifisert konvensjon. Det nye i det systemet utkastet legger opp til er at man ikke bare snakker om en sikringsplikt for staten, men at alle offentlige organer er direkte forpliktet.

B. Konsekvensene av artikkel 5 for andre offentlige myndighetsorganer enn de statlige

Arbeidsgruppen vil spesielt ta for seg bestemmelser som kan antas å få betydning for myndigheter på lokalt og regionalt nivå.

Kapittel 1

Artikkel 11 omhandler kulturell og næringsmessig samhandling over landegrensene. Bestemmelsen pålegger statene å gjennomføre tiltak for å lette slik samhandling. Det presiseres i merknadene at økonomiske virkemidler og praktisk tilrettelegging vil være omfattet. Dette er tiltak som vil kunne ha betydning for fylkeskommuner og kommuner.

Artikkel 12 om samarbeid over grensene om undervisning og velferdsordninger vil kunne få konsekvenser for kommuner og fylkeskommuner. I ekspertgruppens oppregning av eksempler pekes det blant annet på ulik organisering av helsevesenet som et hinder for samhandling over grensene. Her vil imidlertid ansvaret først og fremst ligge på statlige myndigheter. Det vil derfor være begrenset hvilke konkrete forpliktelser som kan tenkes å være aktuelle for kommunesektoren.

Artikkel 13 om bruken av det samiske folkets symboler kan tenkes å få betydning for kommunens praksis, for eksempel ved fastsettelse av regler for bruk av flagg.

Kapittel 2

Artikkel 16 fastslår en generell forhandlingsplikt med sametingene i bestemte saker. Forhandlinger med Sametinget skal skje i alle spørsmål ”av vesentlig betydning for samene”. Det kan tenkes at enkelte saker som behandles av regionale myndigheter vil kunne oppfylle vilkåret, og således må være gjenstand for forhandlinger med Sametinget. Det er imidlertid vanskelig å se for seg saker innenfor kommunenes myndighetsområde som vil være tilstrekkelig viktig for samiske interesser til at de omfattes av forhandlingsplikten i artikkel 16 første ledd (se omtalen av artikkel 16 første ledd). En rett til å samtykke etter artikkel 16 annet ledd kommer til anvendelse når det er snakk om å gjennomføre bestemte ”tiltak”. Beslutninger i enkeltsaker må klart være omfattet, mens mer generelle sakstyper som lovsaker muligens vil falle utenfor bestemmelsens kjerne (se omtalen av artikkel 16 annet ledd). Bestemmelsen vil kunne få betydning for både regionale og kommunale myndigheter.

Artiklene 36, 39 og 40 omhandler forhandlingsrett og samtykkerett innenfor nærmere bestemte saksområder. Artikkel 36 gir ”berørte samer”, i tillegg til sametingene en forhandlingsrett og en samtykkerett. De tiltak som nevnes i artikkel 36 er tillatelse til undersøkning eller utvinning av naturressurser (annet og tredje ledd), skogsavvirking, anlegg for vannkraft og vindkraft, bygging av veier og fritidshus, militære øvinger og øvingsfelt (fjerde ledd). Artikkel 39 og 40 bestemmer at de rettighetene som følger av artikkel 16 også gjelder i arealforvaltning og miljøforvaltningen. Nevnte bestemmelser vil kunne få betydning for regionale og kommunale myndigheter, for eksempel ved vedtakelsen av kommunens arealplan.

Artikkel 17 første ledd gir sametingene rett til å være representert i offentlige råd og utvalg. I merknadene sier ekspertgruppen at bestemmelsene gjelder retten til deltakelse i nasjonale råd. Råd på regionalt eller kommunalt nivå vil imidlertid etter en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd også omfattes. Annet ledd bestemmer at sametingene skal bli forelagt saker som gjelder samiske interesser. Bestemmelsen vil kunne få betydning for både regionale og lokale forvaltningsorganer.

Artikkel 21 pålegger statene ved behov å rådføre seg med samiske interessesammenslutninger. I artikkelen nevnes uttrykkelig ”lokale samiske representanter”. Bestemmelsen er generelt utformet og vil i utgangspunktet også rette seg mot fylkeskommuner og kommuner. Artikkel 36 om rettigheter til forhandling og samtykke for ”berørte samer” vil imidlertid være mer konkret, og trolig ha større praktisk betydning for kommunene enn artikkel 21.

Kapittel 3

Artiklene 23, 24 og 26 omhandler samenes språklige rettigheter. Først og fremst vil staten være forpliktet til å utforme et regelverk som ivaretar samenes språklige rettigheter på alle plan i den offentlige forvaltning. Bestemmelsen vil imidlertid også kunne få betydning for vedtak på kommune- og fylkeskommunenivå. I Norge er slike rettigheter regulert gjennom samelovens språkregler. Det kan imidlertid tenkes at annet ledd om undervisning i og på samisk utenfor de samiske områdene vil gå lengre enn sameloven § 3-8 (som gir en generell rett til opplæring i samisk), og således få betydning for enkeltkommuner. Se forøvrig omtalen av artikkel 26.

Artikkel 23 annet ledd om personnavn og geografiske navn vil kunne få direkte betydning for den enkelte kommune.

Artikkel 29 bestemmer at helse- og sosialtilbudet i samiske bosetningsområder skal være tilpasset den enkeltes språklige og kulturelle bakgrunn. Helse er blant kommunenes kjerneoppgaver og bestemmelsen vil således få betydning for kommunene som forvaltningsorganer.

Artikkel 30 om barn og unges rettigheter til å utøve sin kultur vil også kunne få betydning for kommunene, spesielt i relasjon til hvordan man utformer undervisnings- og fritidstilbud. Bestemmelsen er imidlertid vagt utformet. Hva angår de språklige rettighetene, vil trolig artikkel 23 og 26 i praksis være av større betydning for barn og unge.

Artikkel 31 omhandler tradisjonelle kunnskaper og kulturytringer. Bestemmelsens siste ledd pålegger offentlige myndigheter å ta hensyn til samisk tradisjonell kunnskap ved beslutninger om samiske forhold. Bestemmelsen vil kunne få betydning for beslutninger som tas på kommunalt og regionalt nivå.

C. Konklusjon

Utkastet til artikkel 5 pålegger staten en ny folkerettslig forpliktelse.

Arbeidsgruppen mener det bør vurderes en endring av ordlyden i de bestemmelsene som er gjennomgått ovenfor slik at det fremgår klarere når kommuner og fylkeskommuner vil være pliktsubjekter. En slik endring kan være å bruke uttrykket ”offentlige myndigheter” i stedet for ”staten”.

Alternativt kan innholdet i artikkel 5 endres slik at bestemmelsen fastsetter statens sikringsplikt, og ikke fastslår at alle organer som utøver offentlig myndighet er pliktsubjekter etter konvensjonen.

Artikkel 6

Utkastet til artikkel 6 er gitt følgende utforming:

Artikkel 6

Statenes tiltak overfor det samiske folket

De tre statene skal på effektiv måte legge forholdene til rette for at det samiske folket kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur, sine næringer og sitt samfunnsliv.

Statene skal skape gunstige forutsetninger for å opprettholde og utvikle de samiske lokalsamfunn.

Statenes ansvar for tiltak etter denne konvensjonen omfatter også i rimelig utstrekning de samer som er bosatt utenfor de tradisjonelle samiske områder.

I første ledd angis statenes generelle forpliktelser overfor det samiske folket. Bestemmelsen fastsetter en plikt for staten som må antas å allerede følge av SP artikkel 27. Videre er bestemmelsens ordlyd i stor grad sammenfallende med Grunnloven § 110 a. En forskjell er likevel at ”næringer” nevnes eksplisitt i artikkel 6. Det er imidlertid klart at kulturbegrepet i Grunnloven § 110 a også vil omfatte samiske næringer som del av det materielle kulturgrunnlaget. Tilføyelsen vil derfor trolig ikke innebære noen utvidelse av statens generelle forpliktelser overfor det samiske folket i forhold til bestemmelsen i Grunnloven. En slik forståelse har også ekspertgruppen klart gitt uttrykk for i bestemmelsens merknader.

Annet ledd omhandler bevaring av samiske lokalsamfunn. Staten skal ”skape gunstige forutsetninger for å opprettholde og utvikle” slike samfunn. Bestemmelsen bærer preg av målsettinger, og angir ikke konkrete forpliktelser.

Samiske lokalsamfunn er ikke gitt særskilt vern gjennom nasjonal lovgivning.

Konvensjon om biologisk mangfold artikkel 8 j inneholder en bestemmelse om respekt for og anvendelse av urfolks og lokalsamfunns tradisjonelle kunnskaper, innovasjoner og praksis. Se omtale av artikkel 31.

Utkastet til artikkel 6 annet ledd tar ikke bare sikte på å bevare lokalsamfunns *tradisjonelle kunnskaper*, men har en mer generell utforming, og vil, i den utstrekning det lar seg gjøre å konkretisere en rett/plikt, innebære en ny forpliktelse for staten.

I tredje ledd fastslås at statenes ansvar for tiltak etter konvensjonen også ”i rimelig utstrekning” omfatter samer utenfor ”de tradisjonelle samiske områder”. Verken ordlyd eller merknader definerer ”de tradisjonelle samiske områder”, eller angir hvordan disse områdene avgrenses.

Forpliknelsen er generelt utformet. Utkastet inneholder imidlertid enkelte bestemmelser som mer konkret angir i hvilke spørsmål statene pålegges forpliktelser overfor samer utenfor de samiske områdene, se vurderingen av artiklene 24, 26 og 29. Arbeidsgruppen antar at artikkel 6 tredje ledd alene ikke vil innebære en ny forpliktelse for staten.

Konklusjon

Arbeidsgruppen antar at artikkel 6 annet ledd vil gå lengre enn gjeldende folkerett og intern rett. Artikkel 6 første og tredje ledd er i overensstemmelse med folkeretten og gjeldende intern rett.

Artikkel 7

Utkastet til artikkel 7 er gitt følgende utforming:

Artikkel 7

Ikke-diskriminering og særtiltak

Det samiske folket og den enkelte same skal være sikret vern mot all diskriminering.

For å gjennomføre samenes rettigheter etter denne konvensjonen skal statene etter behov treffe særlige positive tiltak overfor dem.

I første ledd slås det fast at det samiske folket og den enkelte same skal ha vern mot diskriminering. Et generelt forbud mot direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn er inntatt i lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven). I tillegg er det straffbart å fremsette diskriminerende og hatefulle ytringer jf. straffeloven § 135 a. Forbudet mot diskriminering på grunnlag av etnisitet er også et sentralt prinsipp innenfor de internasjonale menneskerettighetene. Norge har ratifisert og inkorporert FNs rasediskrimineringskonvensjon gjennom diskrimineringsloven § 2. Det kan også nevnes at ILO-169 artikkel 3 fastslår at urbefolkninger uten hinder eller diskriminering i fullt monn skal nyte godt av menneskerettigheter og grunnleggende friheter.

Samers vern mot diskriminering følger allerede både av nasjonal rett og folkerettslige forpliktelser.

Annet ledd pålegger statene etter behov å treffe positive særtiltak for å gjennomføre samenes rettigheter etter konvensjonen. Bestemmelsen gir uttrykk for et anerkjent prinsipp ved statenes oppfyllelse av minoriteters rettigheter. For bevaring og videreutvikling av minoriteters kultur, er det ikke tilstrekkelig å vedta bestemmelser om formell likestilling, men det vil være nødvendig med særlige tiltak fra statens side. Et slik prinsipp kommer blant annet til uttrykk i Menneskerettskomiteens generelle kommentar til SP artikkel 26 om ikke-diskriminering.

Bestemmelsen går ikke lengre enn de folkerettslige forpliktelser staten er bundet av i dag.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 7 vil ikke gå lengre enn gjeldende folkerett.

Artikkel 8

Utkastet til artikkel 8 er gitt følgende utforming:

Artikkel 8

Minsterrettigheter

Rettighetene som er fastlagt i denne konvensjonen, er minsterrettigheter. De hindrer ikke den enkelte stat i å utvide samenes rettigheter eller treffe mer omfattende tiltak, og kan ikke benyttes som grunnlag for å begrense de rettigheter for samer som følger av andre rettsregler.

Det fastslås i bestemmelsen at rettighetene i denne konvensjonen ikke begrenser rettigheter samer kan ha etter andre rettsregler. Konvensjonens bestemmelser skal heller ikke være til hinder for at den enkelte stat kan utvide samenes rettigheter.

Lignende bestemmelser er inntatt i flere menneskerettighetskonvensjoner.

Konklusjon

Bestemmelsen vil ikke gå lengre enn de folkerettslige forpliktelser staten er bundet av i dag.

Artikkel 9

Utkastet til artikkel 9 er gitt følgende utforming:

Artikkel 9

Samiske sedvaner

Statene skal vise tilbørlig respekt for det samiske folkets rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner.

I samsvar med første ledd skal statene ved utarbeidelse av lovgivning på områder hvor det kan finnes samiske sedvaner, særskilt utrede om slike sedvaner foreligger og om de i så fall bør gis vern eller på annen måte tas hensyn til i lovgivningen. Også i rettsanvendelsen skal tilbørlig hensyn tas til samiske sedvaner.

Rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner

Artikkel 9 første ledd fastsetter at konvensjonsstatene skal vise tilbørlig respekt for det samiske folkets "rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner". Begrepene er ikke nærmere definert, verken i selve utkastet eller i ekspertgruppens kommentarer til utkastet.

Den alminnelige oppfatningen er at en må legge en vid forståelse av begrepet "rettsoppfatninger" til grunn. Uttrykket omfatter etter denne forståelsen private oppfatninger både om hva som er rett, men også oppfatninger om hva som eventuelt *bør* være rett.²⁷ I tillegg kreves det for at rettsoppfatningene skal ha legitimitet, at de har en viss kollektiv tilslutning.²⁸

Med "sedvaner" forstås handlemåter eller bruksmønstre som et rettssamfunns medlemmer følger i et bestemt forhold, i en festnet skikk eller i fast bruk, eller slik det er formulert i juridisk litteratur; "handlemåter som følges av mange fordi de føler seg forpliktet til det".²⁹

En sedvane kan for det første referere seg til erverv eller bruk av areal og naturressurser, for eksempel til beite eller jakt. Denne kategori gjelder en rett til et bestemt område og benevnes ofte som de tingsrettslige sedvaner. Ved erverv av rett til naturressurser gjennom langvarig og fast bruk tales oftest om erverv gjennom hevd, alders tids bruk eller erverv gjennom festnende forhold. Disse spørsmål reguleres etter intern norsk rett av hevdsloven § 2 eller av ulovfestet rett. Rettigheter av denne karakter vil være en personlig særrett hvor rettighetsobjektet normalt er individuelt og fast avgrenset, for eksempel på en bestemt eiendom. Rettighetssubjektet kan både være individuelt eller kollektivt avgrenset, men rettighetssubjektet vil i alle tilfeller måtte være konkret avgrenset, for eksempel enkeltpersoner, et bygdelaag etc. De tingsrettslige sedvanene blir ofte omtalt som land- eller

²⁷ Eckhof: Rettskildelære 5. utgave (Oslo 2000) side 280.

²⁸ Eckhof: Rettskildelære 5. utgave (Oslo 2000) side 282.

²⁹ Eckhof: Rettskildelære 5. utgave (Oslo 2000) side 244. Se også Nygård: Rettsgrunnlag og standpunkt (Bergen 1999) side 257, Boe: Innføring i juss (Oslo 1996) side 267.

markrettigheter, og er i tillegg til artikkel 9, særskilt behandlet i utkastets artikkel 34 og artikkel 38 første ledd.³⁰

En sedvane kan for det andre referere seg til handlinger mellom private rettssubjekter, til praksis mellom institusjoner, eller til innskrenkning av rene handlings- eller pliktnormer. I slike tilfeller tales gjerne om lokal privat sedvanerett eller om rettssedvaner. Eksempler på slik sedvane kan være en påstått rett til å jakte i strid med gjeldende lovgivning, påstått unntak fra båndtvangreglene i viltloven, særregler for arv og arverekkefølge etc.

Det kan med andre ord trekkes opp et hovedskille mellom på den ene siden eiendoms- og brukssedvaner, og rettssedvaner på den annen. Etter arbeidsgruppens syn vil utkastets artikkel 9 i utgangspunktet beskytte begge sedvanekategorier. Gruppen antar likevel at bestemmelsen vil få størst betydning for rettssedvanene siden de tingsrettslige sedvanene er nærmere regulert i artikkel 34 og 38 første ledd i utkastet.

Betegnelsen ”rettslige tradisjoner” er tatt inn i artikkel 9 første ledd som en særskilt kategori. Med ”rettslige tradisjoner” legger arbeidsgruppen innholdsmessig til grunn en praksis eller et bruksmønster som et rettssamfunns medlemmer følger i et bestemt forhold, i en festnet skikk eller i fast bruk, men som ikke er tilstrekkelig fast eller langvarig eller som ikke er utført med tilstrekkelig rettsoverbevisning (*opinio juris*) til at den kan få status som en sedvane.

I ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 benyttes ”customs or customary laws”. Begrepet ”customs” tilsvarer termen ”rettslige tradisjoner”, og ”customary laws” tilsvarer betegnelsen ”sedvaner” i utkastet til nordisk samekonvensjon. ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 inneholder imidlertid ikke den tilsvarende henvisningen til ”rettsoppfatninger” som i utkastet til nordisk samekonvensjon artikkel 9. På dette punkt kan dermed utkastet til artikkel 9 gå noe lengre enn hva som følger av de folkerettsforpliktelsene staten allerede er bundet av.

Tilbørlig respekt

Artikkel 9 første ledd fastsetter at konvensjonsstatene skal vise ”tilbørlig respekt” for det samisk folkets ”rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner”. Formuleringen ”tilbørlig respekt” er samsvarende med ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 hvor termen ”due regard” er benyttet. I den norske oversettelsen av ILO-konvensjon nr. 169 er ”due regard” oversatt nettopp til ”tilbørlig hensyn”. At man benytter tilbørlig ”respekt” i utkastet i motsetning til tilbørlig ”hensyn” har etter arbeidsgruppens vurderinger ingen betydning for realiteten.

Virkeområdet

Utkastet til artikkel 9 er generell i sin utforming og inneholder ingen avgrensning av bestemmelsens saklige virkeområde. Det må dermed antas at det må tas ”tilbørlig respekt” til samenes ”rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner” på alle områder hvor dette måtte være aktuelt. I følge utkastets artikkel 5 vil alle statlige organ og andre organ for offentlig forvaltning og virksomhet være bundet av konvensjonen. Dette tilsier at Stortinget vil måtte ta hensyn til samenes ”rettsoppfatninger, rettslige tradisjoner og sedvaner” ved utforming av lovgivning, sentrale og regionale forvaltningsorgan ved utøvelsen av administrativ myndighet m.v.

³⁰ Se ekspertgruppens kommentarer til artikkel 9 i Nordisk samekonvensjon: Utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgruppe (Oslo 2005) på side 206.

Etter ILO-konvensjon artikkel 8 er avgrensningskriteriet at statene må ta hensyn til "customs and customary laws" ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter ("applying national laws and regulations"). Anvendelsesområdet til utkast til artikkel 9 til nordisk samekonvensjon må således her antas å være noe mer vidtrekkende enn området som ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 gjelder for.

Utarbeidelse av lovgivning

Etter utkastets artikkel 9 annet ledd første punktum er statene ved utarbeidelse av lovgivning forpliktet til å undersøke om det foreligger samiske sedvaner og om de bør gis vern eller hensyntas på annen måte. I ekspertgruppens kommentarer fremgår det at ikke enhver sedvane må respekteres av lovgiver, men at det skal foretas en kontroll slik også ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 forespeiler. Dersom sedvanen ikke fremstår som godt begrunnet eller den bryter mot andre grunnleggende hensyn, kan den avvises. En sedvane kan imidlertid ikke avvises fordi den fremstår som vanskelig for myndighetene å praktisere.³¹ ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 fastsetter at statene skal vise tilbørlig hensyn "[i]n applying national laws and regulations". Formuleringen fastsetter en vurderingsplikt for statene ved anvendelsen av nasjonale lover, men kan neppe sies å direkte omfatte også en plikt ved utarbeidelse av lovgivning. Her kan utkastet etter arbeidsgruppens mening gå noe lengre enn ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8. Det kan imidlertid tenkes at en tilsvarende plikt vil kunne utledes av SP artikkel 27. Et folks sedvaner må sies å kunne utgjøre et vesentlig element av et folks kultur, slik at en tilsvarende forpliktelse vil kunne oppstilles på dette grunnlag. Arbeidsgruppens konklusjon er således at utkastets artikkel 9 annet ledd første punktum neppe går lengre enn de allerede eksisterende folkerettslige forpliktelsene.

Rettsanvendelsen

Selv om bestemmelsen er generell i sin utforming og må antas å kunne få betydning på de fleste samfunnsområder, er det i utkastets artikkel 9 annet ledd siste punktum inntatt en særskilt henvisning til at det skal tas tilbørlig hensyn til samiske sedvaner også i rettsanvendelsen. Selv om ikke ILO-konvensjon artikkel 8 har en tilsvarende presisering om at sedvanene også skal ha betydning i rettsanvendelsen, er dette lagt til grunn i høyesterettspraksis, jf. Rt. 2001 s. 1116.

I rettsanvendelsen vil en samisk sedvane, etter gjeldende juridiske metodelære, i likhet med enhver annen sedvane kunne være en relevant rettskilde ved løsningen av et juridisk spørsmål. Samisk sedvane vil kunne være en relevant rettskilde på de fleste rettsområder, både innenfor strafferetten, innenfor den øvrige offentlige rett, samt innenfor privatretten. Etter den gjeldende juridiske metodelære er den klare hovedregel at en lovregel vil gå foran en konkurrerende rettskilde, men det kan tenkes unntak. Hvorvidt en samisk sedvane kan få forrang fremfor en lovregel må avgjøres konkret. I avveiningsfasen må man vurdere det samiske behov for en avvikende regel mot storsamfunnets reguleringsbehov. Denne avgjørelsen vil være skjønnsmessig. Hvorvidt en samisk sedvane kan få gjennomslag overfor norsk lovgivning, vil derfor blant annet bero på den konkurrerende rettsregels karakter. Enkelte lovregler vil være særlig motstandsdyktige overfor motstridende sedvane, mens andre regler lettere vil måtte vike.

Ut over dette er det vanskelig å si noe generelt om når samiske sedvaner kan få forrang fremfor lovregler. Et generelt synspunkt er imidlertid at det nok normalt skal mye til for at en

³¹ Se ekspertgruppens kommentarer til artikkel 9 i Nordisk samekonvensjon: Utkast fra finsk-norsk-svensk-samisk ekspertgruppe (Oslo 2005) på side 207.

sedvane kan få forrang fremfor en ufravikelig lovregel. Høyesterett har uttalt at avgjørende for hvorvidt sedvanen kan få forrang fremfor lov vil være en vurdering av sedvanens klarhet og kvalitet, jf. Rt. 2001 s. 1116.

For å oppsummere er det etter gjeldende juridisk metodelære, supplert med ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8, allerede tilstrekkelig rom for samiske sedvaner i rettsanvendelsen. Utkastet går på dette punkt ikke utover hva som allerede følger av øvrige forpliktelser eller praksis.

Konklusjon

Selv om utkastets artikkel 9 på enkelte punkter kan gå noe lengre enn ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8, kan arbeidsgruppen likevel ikke se at dette vil kunne medføre rettslige eller politiske konsekvenser, eller vil måtte resultere i lovendringer. Det er som nevnt allerede rom for samiske rettsoppfatninger etter gjeldende metodelære. Forpliktelsene etter utkastet er videre etter sin ordlyd vage og medfører ikke at en må akseptere enhver sedvane eller rettsoppfatning som rettighetsdannende. Sedvaner eller rettsoppfatninger som anses uheldige eller uønskede eller som strider mot lovgivning eller praksis vil ikke måtte anerkjennes, siden bestemmelsen kun fastsetter at det skal tas "tilbørlig hensyn" til samenes rettsoppfatninger.

Forpliktelsene etter utkastets artikkel 9 er i all hovedsak sammenfallende med de folkerettslige forpliktelsene staten allerede er bundet av. Arbeidsgruppen kan ikke se at utkastet til nordisk samekonvensjon artikkel 9 inneholder nye eller andre forpliktelser av et slikt omfang at en ratifikasjon vil medføre rettslige eller politiske konsekvenser, eller vil måtte resultere i lovendringer.

Artikkel 10

Utkastet til artikkel 10 er gitt følgende utforming:

Artikkel 10 Harmonisering av rettsregler

Statene skal i samarbeid med sametingene arbeide for fortsatt harmonisering av lovgivning og annen regulering av betydning for samenes virksomhet over landegrensene.

Artiklene 10, 11 og 12 inneholder forpliktelser til tiltak som på ulike områder skal fremme konvensjonens formål om å sikre og styrke samisk kultur med minst mulig hinder av landegrensene. Artikkel 10 omhandler statenes plikt til å "arbeide for" harmonisering av rettsregler over landegrensene. Bestemmelsen er således en målsettingsforpliktelse.

Formuleringen "arbeide for" tilsier at statene ikke skal forholde seg passivt til en situasjon med ulike regelverk i de tre landene. Ekspertgruppen kommenterer ikke hva som vil være det nærmere innholdet i statenes plikt til å arbeide for harmonisering av rettsregler, ut over at harmoniseringen skal skje i samarbeid med sametingene. Det er likevel naturlig å forstå bestemmelsen som at det dreier seg om å arbeide for å tilpasse nasjonalt regelverk, eller arbeide for at de andre konvensjonspartene endrer sin nasjonale rett.

Det finnes lignende bestemmelser i Europarådets rammekonvensjon for beskyttelse av nasjonale minoriteter og ILO-konvensjon nr 169.

Rammekonvensjonens artikkel 17 lyder (i norsk oversettelse):

1. Partene forplikter seg til ikke å foreta inngrep i den retten personer som tilhører nasjonale minoriteter, har til å opprette og opprettholde fri og fredelig kontakt over landegrensene med personer som har lovlig opphold i andre stater, særlig dem som deler deres etniske, kulturelle, språklige eller religiøse identitet, eller en felles kulturarv.
2. Partene forplikter seg til ikke å foreta inngrep i den rettighet personer som tilhører nasjonale minoriteter, har til å delta i ikke-statlige organisasjoners virksomhet, både på nasjonalt og internasjonalt nivå.

Videre har ILO-169 artikkel 32 følgende utforming (i norsk oversettelse):

Regjeringer skal treffe hensiktsmessige tiltak, bl.a. gjennom internasjonale avtaler, for å lette kontakt og samarbeid over statsgrenser, herunder virksomhet på økonomiske, sosiale, kulturelle og miljømessige områder, mellom urbefolkninger og stammefolk.

Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden angir artikkel 32 i ILO-konvensjonen en strengere forpliktelse enn rammekonvensjonens bestemmelse, når den fastsetter at statene ”skal treffe hensiktsmessige tiltak” for å lette kontakt og samarbeid over landegrensene. Bestemmelsen handler likevel om kontakt og samarbeid over landegrensene mer generelt, og nevner ikke særskilt harmonisering av rettsregler. Utkastet til artikkel 10 kan derfor sies å være mer konkret i sin utforming enn ILO-169 artikkel 32. Arbeidsgruppen ser likevel ikke for seg konkrete tilfeller der uoverensstemmelsen i ordlyden vil kunne få betydning.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 10 angir en mer konkret forpliktelse enn gjeldende folkerett. Arbeidsgruppen ser likevel ikke for seg konkrete tilfeller der dette vil få betydning.

Artikkel 11

Utkastet til artikkel 11 er gitt følgende utforming:

Artikkel 11

Samarbeid om kulturelle og næringsmessige ordninger

Statene skal treffe tiltak for å gjøre det lettere for samene å drive næringsvirksomhet over landegrensene og for å tilgodese deres kulturelle behov over disse grensene. For dette formål skal statene arbeide for å fjerne gjenværende hindre for samenes næringsvirksomhet som bygger på deres statsborgerskap eller bosted eller som for øvrig skyldes at det samiske bosetningsområdet strekker seg over flere land, og å gi samer adgang til det kulturelle tilbudet i det land der de til enhver tid oppholder seg.

Bestemmelsen omhandler samarbeid over landegrensene om næringsmessige og kulturelle spørsmål. Første setning fastslår en plikt til å ”treffe tiltak” for å gjøre det lettere med næringsmessig og kulturelt samarbeid, mens det i andre setning antydes hva slags hindre som skaper problemer for slikt samarbeid. Andre setning innebærer således en konkretisering og utdyping av den generelle forpliktelsen som følger av første setning. Statenes plikt er likevel ikke presist angitt, jf. ”statene skal arbeide for å fjerne”, og bestemmelsen angir således en målsettingsforpliktelse.

Det fastslås for det første at statene skal arbeide for å fjerne ”gjenværende hindre for samenes næringsvirksomhet som bygger på deres statsborgerskap eller bosted eller som for øvrig skyldes at det samiske bosetningsområdet strekker seg over flere land”. I merknadene til bestemmelsen peker ekspertgruppen på at rettslige reguleringer vil være nødvendige tiltak, ved siden av økonomiske virkemidler og praktisk tilrettelegging (side 210).

Videre skal statene ”gi samene adgang til det kulturelle tilbudet i det land der de til enhver tid oppholder seg”. Det er ikke klarlagt verken i ordlyd eller merknader hva som er det nærmere innholdet i kulturelle tilbud. I merknadene nevnes imidlertid som eksempler samordning av bibliotek tjenester og samordning av tilskuddsordninger til samiske kunstnere.

Statens forpliktelser etter ILO-169 artikkel 32 og rammekonvensjonens artikkel 17 er relevante her på tilsvarende måte som i vurderingen av utkastets artikkel 10. Det følger av ILO-konvensjonens artikkel 32 at statene skal treffe hensiktsmessige tiltak for å lette kontakt og samarbeid over statsgrenser, ”inkludert virksomhet på økonomiske, sosiale, kulturelle og miljømessige områder”. Det er klart at næringsmessig og kulturelt samarbeid må omfattes av bestemmelsen. Utkastet til artikkel 11 vil likevel angi en mer konkret forpliktelse enn ILO-169 artikkel 32.

Videre vil det nordiske avtaleverket vedrørende samarbeid om næringsmessige og kulturelle spørsmål være relevant. Overenskomsten av 1982 om felles nordisk arbeidsmarked gir borgere av de nordiske landene Norge, Danmark, Sverige, Finland og Island en grunnleggende rettighet til å ta arbeid og bosette seg i et annet nordisk land. Det følger av avtalens artikkel 1 at det ikke skal kreves arbeidstillatelse for borger av et nordisk land som ønsker å arbeide i et annet nordisk land. Statene skal behandle borgere fra et deltagende land på samme måte som sine egne borgere, og de skal blant annet være sikret samme lønns- og arbeidsvilkår som landets egne borgere. Konvensjonens rettigheter gjelder for alle borgere i de nordiske land.

Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at artikkel 11 etter sin ordlyd angir en mer konkret forpliktelse enn hva som følger av gjeldende folkerett. Arbeidsgruppen ser likevel ikke for seg konkrete tilfeller der dette vil få betydning.

Artikkel 12

Utkastet til artikkel 12 er gitt følgende utforming:

Artikkel 12

Samarbeid om undervisning og velferdsordninger

Statene skal treffe tiltak for å gi samer som er bosatt i et av de tre land, muligheter til å få undervisning, helsetjenester og sosialtilbud i et annet av disse land når dette fremstår som mer formålstjenlig.

Bestemmelsen omhandler samarbeid om undervisning og velferdsordninger. Bestemmelsen kan betraktes som en konkretisering av den mer generelle forpliktelsen i artikkel 10. Statene pålegges å ”treffe tiltak” for å gi samer som er bosatt i et av de tre landene muligheter til å få undervisning, helsetjenester, sosialtilbud i et annet av de tre landene. Det kan utledes en handlingsplikt for staten, men det er ikke presisert i ordlyden nærmere hva slags tiltak statene skal gjennomføre. På samme måte som til artikkel 11, nevnes i merknadene til artikkel 12 at

det både kan være nødvendig med rettslige reguleringer, økonomiske virkemidler og praktisk tilrettelegging.

Samer med bosted i et av de tre landene skal gis muligheter til undervisning og velferdstilbud i et annet av de tre landene dersom ”dette fremstår som mer formålstjenlig”. Formuleringen bidrar i en viss utstrekning til å gjøre forpliktelsen svakere. Det gis imidlertid ingen anvisning på når for eksempel et undervisningstilbud over statsgrensene skal anses å være mer formålstjenlig. Det er uklart hvilke mothensyn som vil være relevante, og hvordan hensynet til å fremme samarbeid om slike ordninger skal veies mot andre hensyn, for eksempel økonomiske hensyn.

Av de forpliktelser staten er bundet av i dag kan nevnes Nordisk konvensjon om sosialhjelp og sosiale tjenester. Konvensjonen gjelder de nordiske landenes lovgivning på området sosialhjelp og sosiale tjenester. Konvensjonen gjelder generelt for nordiske statsborgere.

Nordiske statsborgere blir likestilt med landets egne innbyggere i henhold til den lovgivning som omfattes av konvensjonen, når de bor i eller oppholder seg midlertidig i et annet nordisk land, jf. artikkel 4. Likestillingen gjelder for all sosial bistand og alle sosiale tjenester. Artikkel 6 sier at den som oppholder seg midlertidig i et nordisk land, og som får behov for umiddelbar hjelp, har rett til sosialhjelp og sosiale tjenester i henhold til lovgivningen i landet vedkommende oppholder seg i, så lenge oppholdet varer. Denne regelen gjelder alle personer som er lovlig bosatt i et nordisk land. Når en person har behov for langvarig behandling eller pleie og ønsker å flytte til et annet nordisk land på grunn av spesiell tilknytning til dette landet, skal myndighetene forsøke å medvirke til flyttingen, dersom den kommer til å forbedre vedkommendes livssituasjon, jf. artikkel 9.

Utkastet til artikkel 12 vil på denne bakgrunn trolig ikke gå lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser når det gjelder samarbeid om helse- og sosialtjenester.

På opplæringsområdet vil ILO-169 artikkel 32 pålegge staten en plikt til å sette i verk tiltak for å fremme kontakt og samarbeid over landegrensene. Bestemmelsen har imidlertid en generell utforming. Se omtalen av artiklene 10 og 11.

Arbeidsgruppen er videre ikke kjent med at det finnes nordiske avtaler som pålegger statene å arbeide for at borgere i Norden kan benytte seg av undervisning i et annet nordisk land enn bostedslandet. Norge har ratifisert ”Overenskomst mellom Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige om nordisk utdanningsfelleskap på den videregående skoles nivå (allmennfaglig og yrkesfaglige studieretninger)”. Avtalen er ikke trådt i kraft.

For opplæringsfeltet vil artikkel 12 innebære en ny folkerettslig forpliktelse.

Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastet til artikkel 12 når det gjelder helse- og sosialtjenester ikke går lengre enn gjeldende folkerett. Bestemmelsen vil innebære en ny forpliktelse for staten på opplæringsområdet.

Artikkel 13

Utkastet til artikkel 13 er gitt følgende utforming:

Artikkel 13

Det samiske folkets symboler

Statene skal respektere samenes rett til å bestemme over bruk av det samiske flagget og andre samiske nasjonale symboler. Statene skal videre, i samarbeid med sametingene, arbeide for at de samiske symbolene blir synliggjort på en måte som markerer samenes stilling som et eget folk i de tre land.

Bestemmelsen inneholder to elementer. For det første skal statene ”respektere” samenes rett til å bestemme over bruken av samiske symboler. For det andre skal statene ”arbeide for” å synliggjøre de samiske symbolene slik at de markerer at samene er et eget folk i de tre landene. En presisering av hva som er samiske nasjonale symboler er ikke inntatt i ordlyd eller merknader, men det vil være naturlig at Samefolkets dag og Samefolkets sang i alle fall er omfattet.

I første setning blir det fastslått at samene har en rett til å bestemme over bruken av eget flagg og egne symboler, og staten skal respektere denne retten. Hva som er det nærmere innholdet i en slik rett fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd.

Sametinget er ved lov gitt myndighet til å vedta nærmere bestemmelser om bruken av det samiske flagget, jf. sameloven § 1-6. Sametinget er ikke gitt myndighet ved lov eller forskrift til å bestemme bruken av andre samiske symboler enn det samiske flagget.

På dette punktet må utkastet til artikkel 13 sies å gå noe lengre enn gjeldende nasjonal rett og folkerettslige forpliktelser.

I andre setning fastslås en plikt for staten til å ”arbeide for” synliggjøring av samiske symboler. Ut fra sin ordlyd fremstår forpliktelsen som noe vag og upresis, og bestemmelsen angir således en målsettingsforpliktelse.

I forskrift angående bruk av statsflagget og handelsflagget (1927.10.21 nr 9733) § 4 med hjemmel i flaggloven, er det bestemt at 6. februar, Samefolkets dag er offisiell flaggdag. Dette innebærer at alle statlige virksomheter på denne dagen skal heise det norske flagget. Det kan tenkes at bestemmelsen vil bidra til å oppfylle plikten til å synliggjøre Samefolkets dag som samisk symbol. Ut over denne bestemmelsen er arbeidsgruppen ikke kjent med at det finnes regelverk som pålegger staten en plikt til synliggjøring av samiske symboler.

Folkerettens regler om urfolk og minoriteter inneholder ingen tilsvarende bestemmelse som utkastets artikkel 13.

Etter arbeidsgruppens oppfatning vil artikkel 13 annet punktum innebære en ny forpliktelse for staten.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 13 første punktum går noe lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser og gjeldende nasjonal rett. Artikkel 13 annet punktum vil innebære en ny forpliktelse for staten.

2.2. KAPITTEL II SAMISK STYRING

Artikkel 14

Utkastet til artikkel 14 er gitt følgende utforming:

Artikkel 14 Sametingene

Det skal i hvert av de tre land være et sameting, som er det øverste samiske organ i landet. Sametinget handler på vegne av det samiske folket i landet, og det skal være valgt på grunnlag av alminnelig stemmerett blant samene i dette landet.

De nærmere reglene om valg til sametingene fastsettes ved lov, som forberedes gjennom forhandlinger med sametingene etter artikkel 16.

Sametingene skal ha slike oppgaver som gjør det mulig for dem å medvirke effektivt til at det samiske folkets rett til selvbestemmelse ifølge folkerettens regler og bestemmelsene i denne konvensjonen blir realisert. Nærmere regler om sametingenes myndighet fastsettes i lov.

Sametingene tar initiativ og uttaler seg i alle de saker som tingene finner grunn til.

Første ledd bestemmer at hvert av de tre landene skal ha et sameting. Leddet inneholder videre noen overordnede prinsipper for sametingets stilling i det enkelte land. Bestemmelsen er i overensstemmelse med gjeldende intern rett.

Annet ledd omhandler valg til sametingene. Valgreglene skal forberedes gjennom forhandlinger med sametingene, og fastsettes ved lov. Ekspertgruppen uttaler i bestemmelsens merknader at valgreglene kan ”i blant anses som så vesentlige for samisk kultur, at det er nødvendig med Sametingets samtykke etter artikkel 16, annet ledd”.

Fastsettelse av valgregler til urfolkets representative institusjoner vil klart omfattes av konsultasjonsplikten i ILO-169 artikkel 6.

I Norge er reglene for valg til Sametinget nedfelt i sameloven kapittel 2. Reglene om valg til sametinget vil klart falle innenfor ”saker som vil kunne påvirke samiske interesser direkte” jf. konsultasjonsprosedyrene § 2. Endringer i reglene må således behandles i tråd med prosedyrene. Det kan også nevnes at sameloven § 2-10 bestemmer at Sametinget er øverste valgmyndighet ved valg til Sametinget. Om forholdet mellom forhandlinger og konsultasjoner se omtalen av artikkel 16 første ledd. Om Sametingets rett til å samtykke, se omtalen av artikkel 16 annet ledd.

Artikkel 14 annet ledd vil, dersom det legges avgjørende vekt på ordlyden, være i tråd med norsk intern rett. På den annen side, dersom merknadenes henvisning til artikkel 16 annet ledd tillegges vekt, vil bestemmelsen reise problemer i forhold til intern rett.

Tredje ledd omhandler Sametingets oppgaver. Det fastslås at sametingene skal ha oppgaver ”som gjør det mulig for dem å medvirke effektivt til at det samiske folkets rett til selvbestemmelse” blir realisert. Ekspertgruppen uttaler i bestemmelsens merknader at retten til selvbestemmelse skal forstås på samme måte her som i artikkel 3. Etter arbeidsgruppens oppfatning knytter det seg noe usikkerhet til karakteren og det nærmere omfanget av en rett til selvbestemmelse. Oppgaver som er egnet til å realisere en rett til selvbestemmelse vil dermed heller ikke kunne angis presist. Se for øvrig omtalen av artikkel 3.

Arbeidsgruppen mener på denne bakgrunn at bestemmelsen i tredje ledd ikke vil være i strid med intern rett.

Fjerde ledd fastslår Sametingets rett til å uttale seg i de saker det finner grunn til. En lignende bestemmelse finnes i sameloven § 2-1 annet ledd første punktum: "Sametinget kan av eget tiltak reise og avgi uttalelse om alle saker innenfor sitt arbeidsområde". Videre bestemmer første ledd at "sametingets arbeidsområde er alle saker som etter tingets oppfatning særlig berører den samiske folkegruppe". Det kan tenkes å ligge en begrensning i "særlig berører". En slik begrensning i ordlyden vil likevel få svært liten betydning fordi det er opp til Sametinget selv å vurdere hvorvidt en sak "særlig berører" samene. I praksis vil sameloven § 2-1 således ikke innebære noen begrensning av Sametingets uttalellesrett.

Artikkel 14 fjerde ledd vil i praksis ikke gå lengre enn Sametingets uttalellesrett etter sameloven § 2-1.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 14 vil ikke gå lengre enn gjeldende folkerett og gjeldende intern rett.

Artikkel 15

Utkastet til artikkel 15 er gitt følgende utforming:

Artikkel 15

Sametingenes selvstendige vedtak

Sametingene treffer selvstendige vedtak i de spørsmål der de i henhold til nasjonal eller internasjonal rett har myndighet til dette.

Sametingene kan inngå avtaler med nasjonale, regionale og lokale enheter om samarbeid for å styrke samisk kultur og samfunnsliv.

Første ledd fastslår at Sametinget skal kunne treffe selvstendige vedtak i visse spørsmål. Bestemmelsen inneholder videre en henvisning til nasjonal og internasjonal rett.

Det vil være naturlig å forstå adgangen til å treffe "selvstendige vedtak" som at Sametinget fritt og uten innblanding fra andre myndighetsorganer skal kunne treffe vedtak innenfor sitt arbeidsområde. Ekspertgruppen uttaler på side 216-217 at artikkel 15 gjelder de spørsmål der sametingene har anledning til "å handle på egen hånd", det vil si har en form for "enebestemmelse". Ordlyd eller merknader kan likevel ikke tolkes dit hen at Sametinget i visse spørsmål faktisk har slik enebestemmelse. Sametinget må hente sitt kompetansegrunnlag i enten nasjonale eller internasjonale regler.

I de tilfeller en slik rett til enebestemmelse følger av nasjonale regler, vil bestemmelsen ikke reise problemer. Sametinget er i dag tildelt forvaltningsmyndighet innenfor visse avgrensede områder. For en oversikt over saksområder der sametinget utøver selvstendig myndighet, se omtalen av artikkel 3.

Bestemmelsen inneholder også en henvisning til internasjonale regler. Det finnes ikke folkerettslige bestemmelser i dag som gir urfolk eller minoriteter en rett til enebestemmelse innenfor visse saksområder. ILO-169 inneholder imidlertid regler om medbestemmelsesrett i saker som kan få direkte betydning for vedkommende folk.

Etter arbeidsgruppens oppfatning vil ikke utkastets artikkel 15 første ledd gå lengre enn hva som følger av intern rett og folkeretten.

Annet ledd bestemmer at sametingene kan inngå avtaler med andre enheter om samarbeid for å styrke samisk kultur og samfunnsliv. I merknadene trekkes avtalen mellom Sametinget og regjeringen i Norge om prosedyrer for konsultasjoner frem som eksempel. Det følger av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden at det dreier seg om politiske avtaler med andre offentlige organer, og ikke avtaler av privatrettslig karakter. Under forutsetningen av at privatrettslige avtaler ikke omfattes, mener arbeidsgruppen at bestemmelsen vil være i overensstemmelse med gjeldende intern rett.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 15 går ikke lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser og gjeldende nasjonal rett.

Artiklene 16, 36, 39, 40

Utkastet til artiklene 16, 36, 39 og 40 er gitt følgende utforming:

Artikkel 16

Sametingenes rett til forhandling

I spørsmål av vesentlig betydning for samene skal det skje forhandlinger i sak med sametingene før det treffes vedtak av offentlig myndighet. Disse forhandlinger må finne sted på et tilstrekkelig tidlig tidspunkt til at sametingene kan påvirke saksgang og resultat.

Statene skal ikke vedta eller tillate slike tiltak som i betydelig grad kan skade de grunnleggende vilkår for samisk kultur, samiske næringer eller samisk samfunnsliv, for så vidt ikke det berørte sametinget samtykker til dette.

Artikkel 36

Utnyttelse av naturressurser

Samenes rett til naturressurser i slike land- eller vannområder som omfattes av artikkel 34, skal særskilt vernes. Herunder skal hensyn tas til at fortsatt tilgang til disse kan være en forutsetning for å bevare samisk tradisjonell kunnskap og samiske kulturelle uttrykk.

Før offentlig myndighet med hjemmel i lov gir tillatelse til undersøkning eller utvinning av mineraler eller andre ressurser under jord eller treffer vedtak om utnyttning av andre naturressurser i slike land- eller vannområder som eies eller brukes av samene, skal forhandlinger føres med de berørte samene og med sametinget der tilfellet faller under artikkel 16.

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

Det som er bestemt foran i denne artikkel, gjelder også for andre former for inngrep i naturen eller bruk av naturen i områder som omfattes av artikkel 34, herunder skogsavvirkning, anlegg for vannkraft og vindkraft, bygging av veier og fritidshus, militære øvinger og faste øvingsfelt.

Artikkel 39

Areal- og ressursforvaltning

Ved siden av de rettigheter samene har som eiendomsrett eller bruksrett, skal sametingene ha rett til medbestemmelse i samsvar med artikkel 16 i den offentlige forvaltning av områdene ifølge artikkel 34 og 38.

Artikkel 40

Miljøvern og miljøforvaltning

Statene har i samarbeid med sametingene en plikt til aktivt miljøvern for å sikre en bærekraftig utvikling av de samiske land- og vannområder ifølge artikkel 34 og 38.

Sametingene skal ha rett til medbestemmelse i samsvar med artikkel 16 i miljøforvaltningen som påvirker disse områder.

A. Rett til forhandling – Artikkel 16 første ledd

Forholdet til artiklene 36, 39 og 40

Artikkel 16 regulerer offentlige myndigheters plikt til å forhandle med sametingene. Artikkel 36, 39 og 40 omhandler en forhandlingsrett også for ”berørte samer”. På tross av at artikkel 36 annet ledd ikke uttrykkelig sier at forhandlinger skal bety det samme her som i artikkel 16, legger konvensjonen opp til at forhandlinger i hovedsak må ha det samme innholdet enten denne retten følger av artikkel 16 eller 36. Artikkel 36, 39 og 40 vil derfor gi anvisning på saksområder der det skal føres forhandlinger, og hvem det skal føres forhandlinger med, uten at bestemmelsen konstituerer et nytt innhold i forhandlingsbegrepet.

Bestemmelsens saklige virkeområde

Det vil ha betydning for omfanget av plikten etter artikkel 16 første ledd, i hvilke saker samene har rett til forhandling med offentlig myndighet. Artikkel 16 første ledd inneholder ingen angivelse av de saksområder eller sakstyper der Sametinget har en rett til forhandling.

Saksområder

En angivelse av saksområder og en henvisning til artikkel 16 finnes som nevnt ovenfor i andre bestemmelser i konvensjonsutkastet. Artikkel 36 annet ledd bestemmer at det skal føres forhandlinger før det gis ”tillatelse til undersøkning eller utvinning av mineraler eller andre ressurser under jord eller treffer vedtak om utnyttning av andre naturressurser i slike land- eller vannområder som eies eller brukes av samene”. Artiklene 39 og 40 bestemmer at sametingene skal gis ”medbestemmelse” i samsvar med artikkel 16 ved henholdsvis areal- og ressursforvaltning og miljøforvaltning. Videre bestemmer artikkel 14 annet ledd at reglene for valg til landenes sameting skal være gjenstand for forhandlinger etter artikkel 16. Det blir likevel presisert i merknadene til artikkel 16 at angivelsen av saksområder i konvensjonens egne bestemmelser ikke er uttømmende.

Når det gjelder saker om naturinngrep og utnyttning av naturressurser og saker innenfor miljø- og ressursforvaltning, vil dette være saksområder som klart omfattes av konsultasjonsplikten etter ILO-konvensjon nr. 169. ILO-169 artikkel 6 forplikter staten i dag til å konsultere med samene når det vurderes å innføre tiltak som kan få betydning dem. Det forhold at utnyttelse av naturressurser (utkastets artikkel 36, 39 og 40 jf. artikkel 16) skal være gjenstand for konsultasjoner/forhandlinger vil være i tråd med gjeldende folkerett.

Fastsettelse av sametingets valgeregler vil også være et eksempel på spørsmål som klart må falle innenfor konsultasjonsplikten i ILO-169 artikkel 6.

Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen vil presisere at i tillegg til en rett til konsultasjoner om tiltak som kan ha direkte betydning for samene (jf. ILO-169 artikkel 6), så har også samene rett til deltakelse ved utforming, gjennomføring og evaluering av utviklingsplaner og programmer som kan få direkte betydning for dem. Særlig skal denne deltakelsesrettigheten sikres ved bruk, forvaltning og bevaring av naturressursene (jf. ILO-169 artikkel 7, jf. artikkel 15 nr. 1). Artikkel 16 kan derfor synes å ha noe mer begrenset rekkevidde for

medbestemmelse eller deltakelse ved offentlig forvaltning av naturressursene enn hva ILO-169 krever.

Sakstyper

Et særlig spørsmål reiser seg når det gjelder hvilke *sakstyper* som omfattes av forhandlingsretten. Det fremgår av ordlyden at det skal forhandles med sametingene før det treffes "vedtak" av offentlig myndighet. Ordlyden vil således dekke en vid krets av sakstyper.

I følge ekspertgruppens merknader til artikkel 16, skal en rett til forhandling etter artikkel 16 også gjelde Sametingets budsjett. Det er derimot ikke inntatt noen presisering i bestemmelsens ordlyd eller i andre konvensjonsbestemmelser om dette spørsmålet.

ILO-169 artikkel 6 fastslår en plikt til å konsultere vedkommende folk når det overveies å innføre "lovgivning eller administrative tiltak" ("legislative or administrative measures"). Det er usikkert om "administrative measures" også vil omfatte saker om budsjett. Arbeidsgruppen som i 2006-2007 så nærmere på Sametingets formelle stilling drøfter spørsmålet i sin rapport, og konkluderer med at konsultasjonsplikten også gjelder i budsjettsaker.³² Når det i utkastets artikkel 16 brukes et videre begrep, "vedtak", vil dette tale for at budsjettsaker skal omfattes av en forhandlingsplikt i henhold til konvensjonsutkastet.

Når det gjelder spørsmålet om Sametingets budsjett er omfattet av bestemmelsen etter artikkel 16 første ledd, antar arbeidsgruppen at utkastet neppe går lengre enn de folkerettslige forpliktelsene som staten er bundet av i dag.

Prosedyrene for konsultasjoner mellom Sametinget og statlige myndigheter kommer på sin side ikke til anvendelse i saker om statsbudsjettet. Ut fra dagens prosedyrer for behandling av statsbudsjettet, må det derfor konkluderes med at artikkel 16 første ledd ikke er i tråd med dagens forvaltningspraksis.

"Spørsmål av vesentlig betydning for samene"

Forhandlingsretten etter artikkel 16 første ledd er avgrenset til saker av en viss viktighet for samiske interesser. Sametinget har en rett til forhandling "i spørsmål av vesentlig betydning for samene". Tilsvarende avgrensningskriterium i ILO-169 er "lovgivning eller administrative tiltak som kan få direkte betydning for dem" ("which may affect them directly"). Samme ordlyd er også valgt i konsultasjonsprosedyrene § 2: "saker som vil kunne påvirke samiske interesser direkte". Vilkårene for når henholdsvis konsultasjonsplikten etter ILO-169 og forhandlingsplikten etter utkastet til artikkel 16 skal gjelde er således ikke likelydende. Formuleringen i artikkel 16 første ledd er noe snevrere enn den som brukes i konsultasjonsavtalen. Det er derfor grunn til å anta at saker som er av vesentlig betydning for samene samtidig i alle fall vil være saker som påvirker samiske interesser direkte.

"Offentlig myndighet"

Artikkel 16 i utkastet sier videre at det skal forhandles med sametingene før det treffes vedtak "av offentlig myndighet". Det er presisert i ekspertgruppens merknader til artikkel 16 at forhandlingsplikten vil gjelde myndigheter på ulike nivå og for ulike spørsmål. Denne

³² Se arbeidsgruppens rapport s. 73-75

forståelsen støttes også av artikkel 5 i konvensjonsutkastet som sier at statens plikter etter konvensjonen også gjelder for ”andre organ for offentlig forvaltning og offentlig virksomhet”.

Konsultasjonsplikten i ILO-169 artikkel 6 nr. 1 a retter seg mot regjeringene (”governments”). Konsultasjonsprosedyrene er kun bindende for statlige organer. Ettersom det ikke finnes noen konsultasjonsordninger som er bindende for alle offentlige organer, vil omfanget av forhandlingsretten etter utkastets artikkel 16 på dette punktet gå lengre enn intern rett. (Om den praktiske betydningen av at kommunene er forpliktet etter konvensjonens bestemmelser, se drøfting av artiklene 5 og 46.)

Oppsummering

Forhandlingsretten etter artikkel 16 vil trolig gå lengre enn gjeldende folkerett og intern rett når det gjelder saker på andre offentlige organer enn de statlige sine ansvarsområder. Videre vil den foreslåtte bestemmelsen ikke være i samsvar med intern rett i forhold til behandlingen av Sametingets budsjett. For øvrig, når det gjelder bestemmelsens saklige virkeområde, vil artikkel 16 første ledd ikke gå lengre enn folkeretten eller intern norsk rett.

Forhandlinger

Om retten til å stoppe bestemte tiltak

Utkastet til artikkel 16 første ledd slår fast en rett til ”forhandling”. Et sentralt spørsmål i forhold til innholdet i artikkel 16 første ledd dreier seg om sametingets myndighet i forhandlingssituasjonen. Det må klarlegges hvorvidt Sametinget blir gitt en myndighet til å stoppe aktuelle tiltak og beslutninger.

Ordet forhandlinger er ikke definert i bestemmelsen, men i annet punktum er det inntatt en presisering av retten til forhandling. Forhandlingene må finne sted ”på et tilstrekkelige tidlig tidspunkt slik at sametingene kan påvirke saksgang og resultat”. Sametingene skal med andre ord gis en reell mulighet til påvirkning, noe som blant annet sikres ved at de trekkes inn i saken på et tidlig tidspunkt. Ordlyden i annet punktum lar seg likevel ikke lese som en rett til å stoppe en beslutning eller et tiltak.

Første ledd bør leses i sammenheng med annet ledd om Sametingets rett til å samtykke til nærmere bestemte tiltak. Det vil være naturlig å forstå bestemmelsene slik at annet ledd gir en sterkere rett enn første ledd, og at forhandlingsretten etter første ledd ikke innebærer en rett til å stoppe tiltak.

I merknadene til bestemmelsen uttaler ekspertgruppen:

”Artikkelen gir sametinget rett til forhandlinger i saker av vesentlig betydning for samene. Målet med forhandlinger må være at de to forhandlingsparter kommer til enighet. Men det følger av første ledd sammenholdt med annet ledd, at enighet ikke er et absolutt krav. I saker som ikke gir sametinget en vetorett etter annet ledd, kan vedtak treffes selv om det ikke oppnås enighet. Det er imidlertid etter første ledd et krav at det skjer reelle forhandlinger før myndighetene fatter vedtak. En rett for sametinget til å uttale seg er ikke en oppfyllelse av forhandlingsretten.”

Ekspertgruppen gir klart uttrykk for at enighet ikke er et krav, men at kjernen i bestemmelsen er ”reelle forhandlinger” mellom myndighetene og Sametinget før det treffes vedtak.

Etter dette vil det være mest nærliggende å forstå første ledd slik at bestemmelsen ikke gir Sametinget en rett til å stoppe bestemte vedtak.

Forholdet til konsultasjoner

Spørsmålet som skal besvares videre er om en rett til forhandlinger i henhold til artikkel 16 går lengre enn en rett til å bli konsultert etter konsultasjonsprosedyrene og ILO-169 artikkel 6.

ILO-169 artikkel 6 nr. 2 inneholder følgende bestemmelse:

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

Likedan bestemmer konsultasjonsprosedyrene³³ § 6 at:

”Konsultasjonene med Sametinget skal foregå i god tro og med målsetting om å oppnå enighet om foreslåtte tiltak.”

Arbeidsgruppen som utarbeidet prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget uttalte følgende i sin rapport om innholdet i konsultasjonsprosessen:

”Konsultasjonsprosessene vil kunne arte seg forskjellig alt etter hvilke sakstyper det er snakk om. Det viktige er at det etableres prosedyrer som gjør at sametinget får en mulighet til å ha reell innflytelse på prosessen og resultatet.

[...]

Konsultasjoner innebærer en toveis kommunikasjon. Det må legges til rette for at det kan avholdes flere konsultasjonsmøter dersom det er behov for det, og at saker ikke avsluttes så lenge Sametinget og staten antar at det er mulig å oppnå enighet.”³⁴

Etter gjeldende norsk praksis og folkerett er det således ikke et krav om at partene skal oppnå enighet, men at partene skal gjennomføre konsultasjonene/forhandlingene med en målsetting om enighet. En slik målsetting vil forutsette at konsultasjonene/forhandlingene er reelle og at det ikke dreier seg om å innhente Sametingets synspunkter i en bestemt sak.

En alminnelig språklig forståelse av begrepet konsultasjoner tilsier at den parten det konsulteres med skal ha en reell mulighet til å påvirke beslutninger i den aktuelle saken. Det vil likevel rent språklig være naturlig å forstå konsultasjoner som en situasjon der partene er mindre likestilte enn ved forhandlinger. I lys av konklusjonen ovenfor om at forhandlinger ikke innebærer en rett til å stoppe vedtak, vil det imidlertid være vanskelig å se for seg at forhandlinger, slik begrepet angis i utkastets artikkel 16, *i praksis* vil avvike fra konsultasjoner iht. ILO-169 artikkel 6.

Ekspertgruppen omtaler, under merknadene til artikkel 16 den norske konsultasjonsavtalen. Ekspertgruppen sier ikke uttrykkelig at konsultasjonsprosedyrene oppfyller kravene i artikkel 16 første ledd, men den relativt grundige omtalen i merknadene kan trekke i retning av at

³³ Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, vedtatt ved kgl. res. 1. juli 2005.

³⁴ Rapporten er publisert på Arbeids- og inkluderingsdepartementets hjemmesider

konsultasjonsprosedyrene er et eksempel på en ordning som tilfredsstillende bestemmelser krav. Når ordlyden trekker i en annen retning, kan imidlertid ikke merknadene tillegges avgjørende betydning.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene er således av den oppfatning at artikkel 16 første ledd går lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser.

På bakgrunn av avviket mellom hvordan bestemmelsens ordlyd naturlig må forstås og merknadene til bestemmelsen, vil departementenes medlemmer i arbeidsgruppen anbefale at ordet "forhandlinger" tas ut og erstattes med "konsultasjoner". En slik endring vil etter disse medlemmenes oppfatning føre til større samsvar mellom ordlyden og det ekspertgruppen uttaler om innholdet i bestemmelsen.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget ser ingen grunn til å endre begrepsbruken i konvensjonsutkastet.

Forhandlinger med "de berørte samene"

Artikkel 36 annet ledd fastslår at det skal føres forhandlinger med "de berørte samene" før det treffes vedtak om å gi "tillatelse til undersøking eller utvinning av mineraler eller andre ressurser under jord" eller vedtak "om utnyttning av andre naturressurser i slike vann- eller landområder som eies eller brukes av samene". Ekspertgruppen har ikke foretatt noen nærmere avklaring av begrepet "de berørte samene" i bestemmelsens merknader.

Retten til å bli konsultert i henhold til ILO-169 artikkel 6 tilkommer vedkommende folk ("the peoples concerned"). Artikkel 6 nr. 1 a fastslår at regjeringene skal rådføre seg med vedkommende folk, og spesielt gjennom deres representative institusjoner. I Norge innebærer dette at konsultasjonsplikten særskilt gjelder overfor Sametinget, som samenes folkevalgte organ. Det følger imidlertid av en naturlig forståelse av "the peoples concerned" at der et vedtak får særlig betydning for en avgrenset gruppe samer, vil det være nødvendig for oppfyllelsen av forpliktelsen i artikkel 6 å konsultere denne gruppen i tillegg til Sametinget.³⁵ ILOs manual³⁶ s. 17 støtter også en slik forståelse.

Det må etter dette antas at utkastet til artikkel 16 første ledd, på dette punktet ikke går lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser.

B. Rett til å samtykke – Artikkel 16 annet ledd

Saklig og geografisk virkeområde

Artikkel 16 annet ledd oppstiller et forbud mot å vedta eller tillate tiltak som i betydelig grad kan skade de grunnleggende vilkår for samisk kultur, samiske næringer eller samisk samfunnsliv, med mindre Sametinget samtykker til tiltaket. Begrepet "tiltak" er ikke definert i merknadene til bestemmelsen, men kan naturlig forstås som beslutninger i enkeltsaker, for eksempel beslutning om inngrep i et bestemt utmarksområde. Mer generelle sakstyper som lover og forskrifter vil språklig sett falle utenfor "tiltak".

³⁵ Se rapport fra arbeidsgruppen som utarbeidet prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget s. 8

³⁶ ILO Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No. 169): A manual

Videre oppstiller artiklene 36, 39 og 40 enkelte saksområder og visse geografiske områder der det kan være aktuelt med en samtykkerett for Sametinget eller berørte samer. Artikkel 36 tredje og fjerde ledd lyder:

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

Det som er bestemt foran i denne artikkel, gjelder også for andre former for inngrep i naturen eller bruk av naturen i områder som omfattes av artikkel 34, herunder skogsavvirking, anlegg for vannkraft og vindkraft, bygging av veier og fritidshus, militære øvinger og faste øvingsfelt.”

I tredje ledd fremheves undersøkning eller utvinning av naturressurser som et saksområde der samtykkerett kan være aktuelt. Tredje ledd inneholder ingen områdebegrensning, mens fjerde ledd fastslår at en rett til samtykke etter tredje ledd også vil kunne gjelde ved andre former for inngrep i eller bruk av naturen i ”områder” som samene har rettigheter i etter artikkel 34.

Formuleringen ”dersom virksomheten skulle gjøre det umulig eller vesentlig vanskeligere for samene å fortsette med å utnytte de aktuelle områder, og denne utnyttelsen er vesentlig for samisk kultur” legger en begrensning på hvilke saker etter tredje ledd som vil utløse en rett til samtykke. Tilsvarende formulering er ikke inntatt i fjerde ledd, og det er ut fra ordlyden ikke klart om også inngrep etter fjerde ledd er avgrenset på samme måte. Arbeidsgruppen antar ut fra formålet med en rett til forhandling at begrensningen i tredje ledd også er ment å gjelde for fjerde ledd.

Arbeidsgruppen foreslår derfor at ordlyden i fjerde ledd endres. Dette slik at det kommer klart frem at virksomhet etter fjerde ledd må vanskeliggjøre utøvelsen av samisk kultur på tilsvarende måte som virksomhet etter tredje ledd, for at kravet om at saken skal bli gjenstand for forhandlinger skal gjelde.

Videre angir artiklene 39 og 40 visse saklige områder der sametingene skal ha ”medbestemmelse i samsvar med artikkel 16”. En slik rett tilkommer sametingene ved arealforvaltning, miljøvern og miljøforvaltning i tilknytning til artikkel 34-områder. Det vil være naturlig å forstå henvisningen til artikkel 16 slik at både en forhandlingsrett etter første ledd og en rett til å samtykke etter annet ledd omfattes.

Kulturbegrepet

Vernet i bestemmelsen omfatter ”de grunnleggende vilkår for samisk kultur, samiske næringer eller samisk samfunnsliv”. Bestemmelsen gir med andre ord et vern mot visse inngrep i det materielle og økonomiske grunnlaget for utøvelsen av samisk kultur.

Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 bestemmer at medlemmer av en minoritet ikke skal berøves retten til å ”enjoy their own culture”. Det har vært en problemstilling hvorvidt kulturbegrepet også dekker de materielle forutsetningene for kulturen.

I NOU 1984:18 ble det fastslått at bestemmelsen har en kjernesone som dekker de ideelle kulturytringsformer. Samerettsutvalget argumenterte også for at de materielle forutsetningene

for kulturen, næringsmessige og andre økonomiske forhold, måtte inkluderes i det vernet artikkel 27 gir. De tradisjonelle og kulturspesifikke næringsformer vil ligge nærmest bestemmelsens kjerneområde, mens det måtte være mer usikkert om også andre næringsveier ville omfattes av vernet i artikkel 27.

Praksis fra FNs menneskerettskomité har senere gjort det klart at bestemmelsen gir vern også for det materielle kulturgrunnet, noe som gjør seg spesielt gjeldende i forhold til urfolk. Arbeidsgruppen mener at artikkel 16 annet ledd på dette punktet ikke vil gå ut over de forpliktelser som følger av SP artikkel 27.

Konsekvensene for samisk kultur

Forbudet i bestemmelsen retter seg mot tiltak som ”i betydelig grad kan skade” samisk kultur, næringer eller samfunnsliv. Det uttales i merknadene at det dreier seg om tiltak som kan skade kulturen ”på en avgjørende måte”. Ekspertgruppen uttaler videre:

”Dreier det seg om tiltak i sårbare samiske områder, vil selv mindre inngrep kunne kreve sametingets samtykke. Men også i mer robuste samiske områder vil relativt små tiltak kunne omfattes av denne bestemmelsen, om de utgjør trinn i en ”bit for bit” politikk som over tid suksessivt har svekket samisk kultur og samfunn.”

Det er naturlig å forstå ordlyd og merknader som at bestemmelsen gjelder tiltak av en viss størrelse eller et visst omfang. Mindre tiltak kan imidlertid også omfattes dersom de utgjør trinn i en mer langsiktig politikk. Det sentrale i vurderingen er med andre ord hvilke konsekvenser tiltaket vil få for den samiske kulturen. Det er ikke bare de umiddelbare konsekvensene for kulturen som skal vurderes, men de samlede konsekvensene av flere tiltak over tid. I praksis vil det ofte dreie seg om inngrep i form av omdisponering av arealer.

Menneskerettighetskomiteen behandlet spørsmålet om skadevirkningene av inngrep for samisk næringsutøvelse i de såkalte Länsman-sakene. Spørsmålet i den første saken var om vedtak om å gi tillatelse til å drive steinbrudd i et samisk reinbeiteområde ville innebære en krenkelse av samiske rettigheter etter artikkel 27. Komiteen konkluderte med at det ikke forelå krenkelse av artikkel 27. Det ble lagt vekt på at klagerens interesser var vurdert i behandlingen av søknaden om konsesjon, at klagerne var konsultert, og at den aktiviteten som hadde funnet sted ikke så ut til å ha innvirket på reindriften i området. Saken viser at tiltakets konsekvenser for muligheten til tradisjonell næringsutøvelse vil være sentrale i vurderingen av om det foreligger konvensjonsbrudd. Komiteen slår fast at en nekting av retten (”a denial of the right”) til slik næringsutøvelse vil innebære en krenkelse av artikkel 27, mens inngrep som har en mer begrenset påvirkning (”a certain limited impact”) på næringsutøvelsen ikke uten videre vil være i strid med statens forpliktelser etter konvensjonen.

Vilkåret ”i betydelig grad kan skade” er strengere ut fra en ren språklig forståelse, og vil muligens ramme bredere enn vilkåret ”a denial of the right”. Länsman-sakene kan således ikke tas til inntekt for at inngrep som ”i betydelig grad” skader samisk kultur, alene vil innebære en krenkelse av artikkel 27.

Det må videre antas at presserende nasjonale hensyn (”national overriding concerns”) må gis fortrinn i en eventuell konfliktsituasjon med SP artikkel 27. Anvendelsen av presserende nasjonale hensyn som begrunnelse for en stats handlinger reiser flere problemstillinger, og arbeidsgruppen har ikke funnet grunn til å drøfte spørsmålet her.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget understreker at det er en meget høy terskel for hvilke nasjonale hensyn det her kan være snakk om, all den tid reglene om urfolks materielle kulturvern nettopp er laget med tanke på å beskytte urfolk i en minoritetsposisjon mot majoritetssamfunnets avvikende nasjonale hensyn. Det vises i denne forbindelse til at statlige myndigheter for de kvalifiserte former av presserende nasjonale hensyn uansett vil ha en hjemmel i nødretten.

Foreløpig oppsummering om vilkårene i artikkel 16 annet ledd

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastets artikkel 16 andre ledd angir mer presist enn gjeldende folkerett hvilke tiltak som vil være konvensjonsstridige. Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene mener derfor at bestemmelsen vil pålegge staten en ny folkerettslig forpliktelse.

Etter arbeidsgruppens medlemmer fra departementene sin oppfatning er det uklart om avgrensningskriteriet "tiltak som i betydelig grad kan skade" vil ramme en større krets av tiltak enn gjeldende folkerett.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget mener utkastets bestemmelse på dette punktet ikke går lengre enn det som allerede følger av folkeretten.

Sametingets og berørte samers rett til å gi samtykke

Artikkel 16 annet ledd og artikkel 36 tredje ledd oppstiller en rett for Sametinget til å nekte de tiltak som bestemmelsene gir anvisning på. På side 218 i innstillingen presiserer ekspertgruppen at det her dreier seg om en vetorett.

ILO-169 inneholder ingen bestemmelser som omhandler vetorett, og det er presisert i ILOs manual på s. 16 at konvensjonen ikke gir vedkommende folk en rett til å legge ned veto i bestemte saker.³⁷

Den myndighet Sametinget gis i de nevnte bestemmelsene kan også sees på som en rett til å gi et positivt samtykke. Et tiltak som ellers ville innebære konvensjonsbrudd, kan med et positivt samtykke fra Sametinget, likevel gjennomføres uten at dette vil være i strid med artikkel 16 annet ledd.

Undersøkelse og utvinning av naturressurser er særlig løftet fram i artikkel 36 tredje ledd som naturinngrep der samene har en rett til å gi samtykke (og dermed en rett til å nekte inngrep). Dagens bergverkslov inneholder ikke bestemmelser som gir samene en rett til å nekte inngrep. Loven inneholder en regel om særlig vektlegging av samiske hensyn når offentlige myndigheter behandler søknader om muting (§ 22 a). Regelen forutsettes videreført i ny minerallov.

Samiske interesser må etter gjeldende praksis gå gjennom det ordinære domstolssystemet for å "stoppe" bestemte tiltak. Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2. Saker som er berørt av et tiltak kan således prøve om tiltaket innebærer en krenkelse av SP artikkel 27, og eventuelt få stoppet tiltaket, ved å reise sak ved domstolene.

³⁷ ILO Convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No. 169): A manual

Samerettsutvalget foreslo i NOU 1997:4 en rett til veto for Sametinget i enkeltsaker. Virkningen av vetoretten ble foreslått avgrenset til 6 år, og nektingsvedtaket kunne settes til side av Stortinget. Vetoretten var ikke foreslått å være begrenset til tiltak i strid med SP artikkel 27. Forslaget ble ikke fulgt opp av regjeringen.

Det kan slås fast at intern rett og folkeretten ikke inneholder noen regel som gir Sametinget eller avgrensede grupper av samer en rett til å nekte bestemte tiltak eller vedtak etter en slik samtykkemodell som utkastet legger opp til i artikkel 16 annet ledd og artikkel 36 tredje ledd. At statene skal søke å innhente et fritt samtykke fra urfolkets institusjoner er likevel ikke et nytt element i urfolksretten. ILO-169 artikkel 6 nr. 2 fastsetter at konsultasjoner med urfolket skal foregå ”med den målsetting å oppnå enighet om eller tilslutning til de foreslåtte tiltakene”. Videre bestemmer artikkel 16 nr. 2 at flytting av urfolk bare skal skje ”etter at de er blitt informert og har gitt sitt samtykke på fritt grunnlag”. Også i FNs deklarasjon om urfolksrettigheter er det inntatt bestemmelser om forhåndssamtykke på fritt grunnlag, se artikkelene 10, 19, 30 og 32.

Artikkel 16 annet ledd oppstiller imidlertid et generelt forbud mot tiltak som i betydelig grad kan skade samisk kultur, med mindre samene gir sitt positive samtykke. Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene mener således det er klart at en slik bestemmelse vil innebære en ny forpliktelse i forhold til gjeldende rett og folkerett.

Arbeidsgruppen vil peke på at merknadene til de to bestemmelsene ikke gir anvisning på hvem som skal definere innholdet i bestemmelsenes vilkår, og avgjøre når disse er oppfylt. Spørsmålet om hvem som skal bestemme når man står overfor et tiltak som ”i betydelig grad kan skade de grunnleggende vilkår for samisk kultur, samiske næringer eller samisk samfunnsliv” blir særlig viktig når Sametinget og berørte samer gis en rett til å nekte slike tiltak. Det bør derfor avklares hvordan man skal håndtere en situasjon der Sametinget/berørte samer og staten er uenige om et bestemt tiltak oppfyller vilkårene i bestemmelsen.

Arbeidsgruppen vil videre peke på at virkningen av samenes samtykke vil være at staten ikke opptrer i strid med nordisk samekonvensjon artikkel 16, men et samtykke vil ikke nødvendigvis fritta staten fra andre folkerettslige forpliktelser. Spørsmålet er ikke drøftet nærmere her.

Sametingets og berørte samers rett til å gi samtykke på vegne av samene

Bestemmelsen legger opp til at Sametinget på vegne av den gruppen samer som blir berørt av et bestemt tiltak, kan gi samtykke til å gjennomføre tiltaket. Artikkel 14 slår fast at ”Sametinget handler på vegne av det samiske folket i landet”. En samtykkerett for Sametinget etter artikkelene 16 og 36 kan derfor antas å være i tråd med intensjonene i konvensjonsutkastet.

Det vil være naturlig å tolke bestemmelsen slik at Sametingets rett til å samtykke er begrenset til inngrep i form av offentligrettslige reguleringer, for eksempel vedtakelse av arealplaner. Sametinget har således ikke en samtykkekompetanse når det er tale om reguleringer som griper inn i individuelle eller kollektive eiendoms- eller bruksrettigheter til land og vann.

”De berørte samene” har rett til å gi samtykke når det er aktuelt å gi ”tillatelse til undersøking eller utvinning av naturressurser” (artikkel 36 tredje ledd) og ved ”andre former for inngrep i naturen eller bruk av naturen i områder som omfattes av artikkel 34, herunder skogsavvirking, anlegg for vannkraft og vindkraft, bygging av veier og fritidshus, militære øvinger og faste øvingsfelt” (artikkel 36 fjerde ledd jf. tredje ledd). I disse tilfellene legges det opp til at

Sametinget, i tillegg til berørte samer, må gi sitt samtykke. Avtaler mellom private aktører og offentlige myndigheter om bruk av arealer vil ut fra en naturlig forståelse av ordlyden i artikkel 36 ikke omfattes.

C. Konklusjon

Av bestemmelsene i kapittel II om samisk styring går artikkel 16 lengst i å anerkjenne Sametinget rett til medbestemmelse.

Første ledd innebærer en plikt for offentlige myndigheter til å forhandle med sametingene før det treffes vedtak i spørsmål av vesentlig betydning for samene. Innholdet i forhandlingsbegrepet i artikkel 16, første ledd, fremstår som noe uklart. Det finnes ikke holdepunkter i ordlyd eller merknader for at det materielle innholdet i bestemmelsen omfatter en rett til å stoppe eller nekte bestemte tiltak. Arbeidsgruppen mener likevel, når den legger vekt på en naturlig språklig forståelse av begrepet forhandlinger, at bestemmelsen kan gå lengre enn innholdet i retten til å bli konsultert etter ILO-169.

Artikkel 36 annet ledd fastslår at det i visse tilfeller også skal forhandles med berørte samer, i tillegg til Sametinget. Denne rettigheten vil i seg selv ikke innebære en utvidelse av den forpliktelsen som allerede følger av ILO-169.

Artikkel 16 annet ledd forbyr staten å vedta eller tillate tiltak som etter nærmere bestemte vilkår skader samisk kultur. Arbeidsgruppen mener at denne forbudsregelen er mer konkret utformet enn gjeldende folkerett, og vil slik innebære en ny folkerettslig forpliktelse. Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene er av den oppfatning at det er uklart om bestemmelsen etter sin ordlyd vil ramme en større krets av tiltak enn bestemmelsen i SP artikkel 27.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget mener det må være helt klart at alle tiltak som i betydelig grad kan skade de grunnleggende vilkår for samisk kultur, samiske næringer eller samisk samfunnsliv er gjenstand for et særlig vern etter SP artikkel 27 og kan ikke se at ordlyden som er foreslått i konvensjonsutkastet på noen måte vil ramme noen større krets av tiltak.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene mener videre at det er klart at Sametingets og berørte samers rett til å gi samtykke til tiltak som ellers ville være konvensjonsstridig, går lengre enn hva som i dag følger av intern rett og folkeretten.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget kan ikke se at en slik adgang til å gi samtykke går lenger enn intern rett og folkeretten, og viser særlig til at også det samiske samfunn må ha adgang til å foreta sine interne prioriteringer.

Artikkel 17

Utkastet til artikkel 17 er gitt følgende utforming:

Artikkel 17

Sametingenes rett under annen saksforberedelse

Sametingene skal ha rett til å være representert i offentlige råd og utvalg når de behandler spørsmål som gjelder samiske interesser.

Sametingene skal bli forelagt saker som gjelder samiske interesser, før det treffes vedtak av offentlig myndighet.

Statene skal utrede behovet for slik representasjon og forhåndsuttalelse fra sametingenes side. Dette må finne sted på et tilstrekkelig tidlig tidspunkt til at sametingene kan påvirke saksgang og resultat.

Sametingene avgjør selv når de ønsker å være representert eller avgi uttalelse under slik saksforberedelse.

Bestemmelsens overskrift tilsier at de spørsmål som ikke medfører rettigheter for Sametinget etter artiklene 15 og 16, vil utløse rettigheter etter artikkel 17.

Første ledd gir Sametinget en rett til å være representert i offentlige råd og utvalg når slike utvalg behandler ”spørsmål som gjelder samiske interesser”. I følge ekspertgruppens merknader vil det ikke være et krav om at spørsmål som omfattes av bestemmelsen i særlig eller vesentlig grad må angå samiske spørsmål. Det skal legges vekt på Sametingets vurdering av om saksfeltet gjelder samiske interesser.

Bestemmelsen slår videre fast at denne retten til å være representert gjelder i ”offentlige råd og utvalg”. Ordlyden må naturlig forstås som råd og utvalg på alle nivåer, dvs. også på lokalt og regionalt plan. En slik forståelse fører til at for eksempel helseforetakene må være omfattet. Uttalelsen i merknadene om at bestemmelsene gjelder representasjon i ”nasjonale råd og utvalg” vil ikke harmonere godt med bestemmelsens ordlyd, og kan ikke tillegges vekt i vesentlig grad.

Ut fra ordlyden og merknadene er det et åpent spørsmål om Sametinget selv skal velge hvem som skal representere tinget i råd og utvalg. Det vil likevel, ut fra formålet, være naturlig å forstå bestemmelsen som at myndigheten til å utpeke representanter for Sametingets interesser skal ligge hos Sametinget selv. Arbeidsgruppen anbefaler at spørsmålet bør avklares i konvensjonsteksten.

ILO-169 omhandler ikke direkte en rett til å være representert i offentlige utvalg.

Konvensjonen inneholder imidlertid flere bestemmelser om deltakelsesrett før det treffes beslutninger av offentlig myndighet, for eksempel artiklene 2, 6, 7 og 15. De vurderinger og forslag som fremlegges av et lovutvalg blir generelt sett tillagt stor vekt ved utforming av ny lovgivning i Norge. Det vil derfor harmonere dårlig med intensjonen i ILO-169 dersom ikke bestemmelsen tolkes til også å omfatte en mulighet til å være representert i lovutvalg som behandler spørsmål som berører samene.

Det vil likevel være klart at utkastet til artikkel 17 er mer konkret utformet enn nevnte bestemmelser i ILO-169, og slik vil innebære en ny forpliktelse for staten.

På nasjonalt nivå finnes ingen formelle regler som gir Sametinget rett til å være representert i utvalg. Det finnes imidlertid mange eksempler på at Sametinget er med i offentlige utvalg i den utstrekning Sametinget selv har interesse av og ønsker å være representert. Regjeringen uttalte i St.meld.nr.33 (2001-2002) på side 18 at det er et mål å sikre Sametinget representasjon ved oppnevning av offentlige utvalg ved utredning av saker som berører samene. Bestemmelsen vil derfor harmonere godt med forvaltningspraksis i Norge.

I annet ledd fastsettes en plikt for offentlig myndighet til å forelegge saker for Sametinget, før det treffes vedtak. Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden, vil bestemmelsen gå noe lengre enn å fastsette at Sametinget har en uttalelsesrett. Den offentlige myndighet pålegges

en viss aktivitet i forhold til å innhente Sametingets syn. ILO-konvensjonens regler om urfolks rett til deltakelse ved offentlige myndigheters behandling av spørsmål som berører urfolket er relevante også her. Av nasjonale regler kan nevnes sameloven § 2-2 som sier at offentlige organer bør gi Sametinget anledning til å uttale seg før de treffer avgjørelse i saker på Sametingets arbeidsområde. Forvaltningsorganer er også pålagt gjennom forvaltningsloven § 37, ved vedtakelse av forskrifter, å gi offentlige og private institusjoner og organisasjoner som en forskrift ”skal gjelde eller gjelder for eller hvis interesser særlig berøres” anledning til uttalelse før forskriften fastsettes.

Arbeidsgruppen antar ut fra dette at bestemmelsen ikke går ut over det som følger av folkeretten eller intern rett. Når det gjelder kommunenes forpliktelser, se omtalen av artikkel 5.

Staten pålegges gjennom tredje ledd å utrede behovet for representasjon og forhåndsuttalelse fra sametingets side. Bestemmelsen henviser til de rettigheter som følger av første og annet ledd. Arbeidsgruppen antar at en slik forpliktelse ikke vil gå utover den plikten forvaltningsorganer pålegges etter forvaltningsloven § 37.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 17 første ledd går lengre enn de folkerettslige forpliktelsene staten er bundet av, men vil være i overensstemmelse med intern praksis. De øvrige deler av utkastet til artikkel 17 er i overensstemmelse med folkeretten og intern rett.

Artikkel 18

Utkastet til artikkel 18 er gitt følgende utforming:

Artikkel 18

Forholdet til nasjonalforsamlingene

Statenes nasjonalforsamlinger eller deres utvalg eller andre organ skal etter begjæring ta imot representanter for sametingene for at disse skal kunne gjøre rede for spørsmål av betydning for samene.

Sametingene skal gis mulighet til å bli hørt under nasjonalforsamlingens behandling av saker som særlig berører det samiske folket.

Det enkelte lands nasjonalforsamling gir nærmere regler om hvilke saker dette gjelder, og om den fremgangsmåte som her skal følges.

Forholdet mellom artikkel 18 og de foregående artiklene

Det kan reises spørsmål om Sametingets forhold til nasjonalforsamlingen er uttømmende regulert i artikkel 18, eller om nasjonalforsamlingene også kan sies å være omfattet av statens forpliktelser etter øvrige artikler i kapittel II, særlig artikkel 16.

Ordlyden i artikkel 16 trekker i retning av at denne bestemmelsen også kan komme til anvendelse for forholdet mellom Stortinget og Sametinget. Termen i artikkel 16 første ledd ”offentlig myndighet”, må naturlig forstås som alle organer som handler på vegne av staten, og dermed nødvendigvis også Stortinget.

Overskriften i artikkel 18 tilsier derimot at når Sametinget har kontakt med Stortinget er det bestemmelsene i artikkel 18 som kommer til anvendelse, og ikke artikkel 16 (eller 17).

I merknadene til artikkel 16 uttaler ekspertgruppen at forholdet mellom nasjonalforsamlingen og Sametinget reguleres av artikkel 18 (s 219-220):

”Ved lovgivningsspørsmål gjelder forhandlingsretten i forbindelse med forberedelse av lovregler på departementsnivå. Forhandlingene skjer altså før saken sendes nasjonalforsamlingen. Når en sak er kommet til nasjonalforsamlingen, er det reglene i artikkel 18 som får anvendelse.”

Arbeidsgruppen vil tilrå at man vurderer å endre ordlyden i artikkel 16 første ledd slik at ekspertgruppens intensjon kommer klart fram av selve konvensjonsteksten.

Gjeldende folkerett – omfattes Stortinget av konsultasjonsplikten?

Spørsmålet om Stortinget som lovgivende forsamling er omfattet av konsultasjonsplikten etter ILO-konvensjon 169 artikkel 6 vil ha betydning for om utkastet til artikkel 18 vil innebære en utvidelse av statens folkerettslige forpliktelser. I ILO-konvensjonen er pliktsubjektet ”the government”, et begrep som kan forstås noe bredere enn det norske ”regjeringen”.

I forbindelse med utarbeidelsen av finnmarksloven, gjennomførte Stortingets justiskomité konsultasjoner med Sametinget og Finnmark fylkeskommune. Disse konsultasjonene kan sees på som en avbøting av at konsultasjonene fra regjeringens side hadde vært mangelfulle, slik at den folkerettslige forpliktelsen til konsultasjoner var oppfylt når finnmarksloven ble vedtatt. Spørsmålet om Stortinget hadde en selvstendig plikt til å gjennomføre disse konsultasjonene, har imidlertid ikke blitt utredet.

Problemstillingen kan tenkes å bli aktuell i forbindelse med såkalte ”private” forslag, dvs. lovforslag eller forslag om tiltak som fremmes av den enkelte stortingsrepresentant (såkalte dok.8-forslag). Det er på den ene siden vanskelig å se for seg at ILO-169 medfører at det oppstår konsultasjonsplikt i saker som fremmes etter private forslag. På den andre siden er det vanskelig å se for seg at man gjennom en vidtgående bruk av initiativretten på en folkerettslig legitim måte skal kunne omgå plikten til konsultasjoner.

Arbeidsgruppen tar ikke stilling til spørsmålet, men legger her foreløpig til grunn at konsultasjonsplikten etter ILO-169 gjelder den utøvende makt, og de lovforslag og tiltak regjeringen fremmer, og at konsultasjonsplikten i utgangspunktet ikke gjelder for nasjonalforsamlingene og de endringer og private forslag som kommer fram innenfor nasjonalforsamlingens eget system.

I realiteten skjer det svært sjelden at lover som berører samiske forhold blir vedtatt i Stortinget uten at regjeringen har forberedt saken, slik at spørsmålet trolig vil få liten praktisk betydning.

Første ledd – plikten for nasjonalforsamlingen til å møte Sametinget

Ordlyden i første ledd slår fast at nasjonalforsamlingen skal ”ta imot” sametingenes representanter. Det synes naturlig å anta at det er vist til nasjonalforsamling som institusjon, og ikke til Stortingets plenumsmøter.

For Norges del praktiseres dette allerede som en fast ordning, blant annet gjennom at Sametinget møter kommunal- og forvaltningskomiteen i forbindelse med behandling av budsjett og behandling av Sametingets årsmelding.

Arbeidsgruppen legger derfor til grunn at selv om bestemmelsen ville innebære en ny folkerettslig forpliktelse, så vil den ikke bryte med etablert praksis.

Det vises i den norske teksten til nasjonalforsamlingene ”eller deres utvalg”. I den svenske teksten er begrepet ”utskott” benyttet. Arbeidsgruppen vil ut fra dette anta at det vil være bedre og mer forståelig å bruke begrepet ”komiteer” i den norske teksten, ettersom ”komité” er det begrepet som benyttes på Stortinget og i Stortingets forretningsorden.

Annet ledd – saker som særlig berører det samiske folket

Første ledd gjelder møter om bredere områder, og om saker Sametinget måtte ta opp, mens annet ledd gjelder konkrete saker som er til behandling i Stortinget. Det kan tenkes at overgangen er glidende, det er for eksempel ikke klart om møtene i forbindelse med stortingsbehandlingen av Sametingets årsmelding vil falle inn under første eller annet ledd.

Det er tale om ”saker som særlig berører det samiske folket”. Arbeidsgruppen antar ut fra ordlyden at det her må være tale om en smalere kategori av saker enn ”spørsmål av betydning for samene” (første ledd), eller ”spørsmål/saker som gjelder samiske interesser” (artikkel 17), men muligens en noe bredere kategori enn ”spørsmål av vesentlig betydning for samene” (artikkel 16).

Sametingets rett etter annet ledd er ”å bli hørt”. Det er dermed ikke tale om noen sterk forpliktelse, og det er vanskelig å se for seg at Stortinget ville si nei til å høre Sametinget i en sak når Sametinget ønsker det, under forutsetning av at det er tatt kontakt i rimelig tid.

Sametinget og kommunal- og forvaltningskomiteen har etablert en praksis der møtene ikke omtales på linje med de ordinære høringsene som komiteen gjennomfører. Dette har etter det arbeidsgruppen forstår vært begrunnet med et ønske om å heve statusen på møtene, og å unngå å behandle Sametinget på linje med en ordinær høringsinstans. Konvensjonsutkastet etablerer ingen forpliktelse til slike ordninger, men ordningen ligger innenfor de rammene konvensjonsutkastet setter.

Arbeidsgruppen antar ut fra dette at selv om bestemmelsen pålegger staten en ny folkerettslig forpliktelse, så vil innholdet i bestemmelsen være i overensstemmelse med fast praksis.

Tredje ledd – nærmere regler

Tredje ledd slår fast at det skal etableres nærmere regler for praktiseringen av første og andre ledd. For Stortingets del vil slike regler måtte nedfelles i Stortingets forretningsorden.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 18 vil medføre en ny folkerettslig forpliktelse, men bryter neppe med gjeldende praksis.

Artikkel 19

Utkastet til artikkel 19 er gitt følgende utforming:

Artikkel 19

Samene og internasjonal representasjon

Sametingene skal representere samene i mellomstatlige forhold.

Statene skal fremme samenes representasjon i internasjonale institusjoner og samenes deltakelse i internasjonale møter.

Prinsippet i artikkel 17 i utkastet er at sametingene skal representere samene. Ifølge ekspertgruppens kommentarer er utkastet til artikkel 19 en videreføring av dette prinsippet på mellomstatlige forhold. Ekspertgruppens egen sammensetning vises til som et eksempel på slik representasjon. Det vises videre til at Sametinget ikke har monopol på å representere samene i mellomstatlige fora, og at det derfor i visse sammenhenger kan være naturlig at også samiske nærings- og interesseorganisasjoner deltar på vegne av samene.

Første setning i utkastet til artikkel 19 kan forstås på forskjellige måter, for eksempel slik at:

- Samiske representanter/organisasjoner skal få kompetanse til å representere Norges myndigheter på områder som er viktige for samiske/urfolks interesser.
- På områder der samiske/urfolks interesser er fremtredende, skal Norge, Sveriges og/eller Finlands delegasjoner ha samisk deltakelse.

Tradisjonell folkerett anerkjenner stater og enkelte mellomfolkelige organisasjoner som rettssubjekter. Etter folkeretten representeres statene av stats- eller regjeringssjef eller utenriksminister. Fagministre kan representere staten på sine fagområder. Andre representanter opptre med fullmakt fra disse. Dette er også vanlig internasjonal praksis.

Enkelte internasjonale fora tillater imidlertid andre ordninger, som for eksempel FNs Permanente Forum for urfolksspørsmål (UNPFII) som har gjort plass for en eget stol for de nordiske Sameting samt Grønlands Hjemmestyre, som kommer i tillegg til statenes representasjon. I UNPFII opptre imidlertid alle representanter, med unntak av forumets 16 medlemmer, som observatører.

Utkastet til artikkel 19 annet ledd innebærer også at de tre statene skal arbeide for at samene får en selvstendig representasjon i internasjonale institusjoner og møter. Ekspertgruppen eksemplifiserer dette ved at statene skal arbeide for samisk representasjon i Nordisk råd, samtidig som det vises til at dette spørsmålet ikke bare er opp til partene i denne konvensjonen.

Hovedregelen er at den enkelte organisasjon/møte/konferanse står relativt fritt i å bestemme hvem som skal ha møterett/talerett. Arbeidsgruppen er ikke kjent med internasjonale regler som konkret omhandler spørsmålet om urfolks deltagelse i internasjonale sammenhenger, ut over de eksemplene som er nevnt her. Sametingets medlemmer i arbeidsgruppen vil peke på at problemstillingen likevel naturlig også må sees i lys av spørsmålet om retten til selvbestemmelse.

På flere områder er det vanlig at representanter fra det sivile samfunn møter som observatører ved internasjonale møter og konferanser. Samerådet opptre aktivt i flere fora som representant for samene i slike møter. Det antas imidlertid at det i konvensjonsutkastet ikke siktes til denne type representasjon, men på representasjon fra sametingene som offentlige myndighetsorgan.

Etter norsk rett er det Kongen, dvs. regjeringen, som avgjør hvem som representerer Norge og Norges interesser i internasjonale fora, herunder i bilaterale møter med andre lands myndigheter. Den delegasjon som representerer Norge arbeider ut fra de instruksjoner som regjeringen gir. Andre lands deltagere mv. må også kunne gå ut fra at Norges delegasjoner fremfører regjeringens syn. Det har vært vanlig praksis i Norge at Sametinget, og i enkelte tilfeller andre samiske representanter, inviteres til å delta i de norske delegasjonene i internasjonale fora der samiske og urfolks interesser er framtreddende. Dette har for eksempel vært praksis i arbeidet i Arktisk råd, konvensjonen om biologisk mangfold og urfolkserklæringen.

Under utformingen av instruksjoner til internasjonale møter skal vedkommende regjeringsorgan sørge for at alle Norges interesser, inkludert samiske interesser, er ivaretatt. I saker der samiske interesser er fremtreddende, krever konsultasjonsprosedyrene at Sametinget konsulteres om utformingen av instruksjoner.

Konklusjon

Selv om det er flere mulige forståelser av hva utkastet til artikkel 19 første punktum innebærer, synes det klart at artikkelen går noe lenger enn det som følger av gjeldende folkerettslige forpliktelser, samt av internasjonal praksis.

Artikkel 20

Utkastet til artikkel 20 er gitt følgende utforming:

Artikkel 20

Felles samiske organisasjoner

Sametingene kan danne felles organisasjoner. Statene skal ved behov i samråd med sametingene arbeide for å overføre offentlig myndighet til slike felles organisasjoner.

Artikkel 20 første punktum åpner for at sametingene kan danne felles organisasjoner. Retten til organisasjonsfrihet er en grunnleggende menneskerettighet både i nasjonal rett og folkeretten. Det er likevel ikke opplagt at prinsippet om organisasjonsfrihet gir et tilsvarende vern for felles organisasjoner mellom institusjoner (på tvers av landegrensene) som for de organisasjoner som dannes av enkeltindivider. Bestemmelsen vil imidlertid ikke pålegge staten nye forpliktelser.

I annet punktum pålegges staten en handlingsplikt, gjennom at den "ved behov" skal arbeide for å overføre myndighet til slike organisasjoner. Det vil være et spørsmål hvem som skal avgjøre når det er behov for slik overføring av myndighet. Formuleringen "i samråd med sametingene" må uansett tilsi at det er statene som i siste instans avgjør spørsmålet om overføring av slik myndighet, etter konsultasjoner med sametingene. På tross av at ordlyden er vagt utformet (jf. "arbeide for"), er det likevel klart at bestemmelsen innebærer en ny forpliktelse for staten.

En aktuell problemstilling knytter seg til utvikling av felles regler for samisk språk i Finland, Sverige og Norge. Etablering av en felles samisk språknemnd, med myndighet til å fastsette rettskrivningsregler i samisk språk, vil være eksempel på et organ som vil bidra til å oppfylle artikkel 20.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 20 første punktum vil ikke gå lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser. Artikkel 20 annet punktum vil pålegge staten en ny folkerettslig forpliktelse.

Artikkel 21

Utkastet til artikkel 21 er gitt følgende utforming:

Artikkel 21

Andre samiske sammenslutninger

Statene skal respektere og ved behov rådføre seg med samebyer, siidaer, renbeteslag, skoltesamenes byastämma og andre kompetente samiske organisasjoner eller lokale samiske representanter.

I bestemmelsen fastsettes visse rettigheter for andre samiske interessegrupper enn sametingene. For det første skal staten respektere grupper og enkeltpersoner som representanter for samiske interesser. For det andre pålegges offentlige myndigheter ved behov å rådføre seg med samiske organisasjoner eller lokale samiske representanter.

Det går ikke klart frem av teksten hvilken betydning ”kompetente samiske organisasjoner” skal ha i denne sammenheng. Arbeidsgruppen legger til grunn at ”kompetente” skal forstås som relevante, og ikke kompetente rettslig sett. Det kan for øvrig pekes på at den norske og svenske konvensjonsteksten på dette punktet ikke er sammenfallende. Det svenske begrepet ”behöriga” kan vanskelig sies å bety det samme som ”kompetente”.

Bestemmelsen inneholder en oppstilling av aktuelle interesseorganisasjoner. Samerådet nevnes ikke eksplisitt, men arbeidsgruppen forutsetter at denne organisasjonen vil omfattes av ”kompetente samiske organisasjoner”.

Konsultasjonsplikten etter ILO-169 artikkel 6 er ikke begrenset til å gjelde overfor urfolkets representative organ, men kan også omfatte andre interessegrupper. Konsultasjonsprosedyrene gjelder i sin helhet kun ved konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget, men § 9 i prosedyrene inneholder nærmere retningslinjer for konsultasjoner med andre samiske interesser. Det kan i denne sammenheng også vises til forvaltningsloven § 37 om forvaltningsorganers plikt til å gi private organisasjoner anledning til å uttale seg ved fastsetting av forskrifter.

Konklusjon

På denne bakgrunn antar arbeidsgruppen at utkastet til artikkel 21 ikke vil gå lengre enn folkeretten og intern rett.

Artikkel 22

Utkastet til artikkel 22 er gitt følgende utforming:

Artikkel 22

En sameregion

Statene skal aktivt søke å fastlegge og utvikle det området der det samiske folket kan forvalte sine særlige rettigheter etter denne konvensjon og landenes lovgivning.

Artikkelen avslutter kapittel II om samisk styring. Formålet med bestemmelsen er å redusere landegrensens betydning i det samiske området. Bestemmelsen pålegger staten en positiv plikt til å søke og ”fastlegge og utvikle” det samiske området. Bestemmelsen har preg av å være en prinsippbestemmelse, uten å angi konkrete forpliktelser.

Så vel overskriften, ordlyden som merknadene tilsier at ”området” må bety et geografisk område. Avgrensningen av området skal skje ut fra hvor det samiske folket ”kan forvalte sine særlige rettigheter etter denne konvensjon og landenes lovgivning”.

Videre er det et spørsmål hva som ligger i forpliktelsen til å ”fastlegge og utvikle” dette geografiske området. Bestemmelsens formål er, i følge merknadene, å bygge ned hindre for samisk samarbeid over landegrensene og skape større rettslikhet for samer i Sverige, Finland og Norge. På denne bakgrunn må bestemmelsen forstås slik at staten skal søke å fastlegge og utvikle området innholdsmessig, og ikke geografisk (i form av geografisk utvidelse).

Formålet med bestemmelsen tilsier videre at det kan være aktuelt med en sameregion som ikke nødvendigvis er geografisk sammenhengende.

ILO-169 artikkel 32 om kontakt og samarbeid over landegrenser er ment å oppfylle det samme formålet som utkastet til artikkel 22, og angir en lignende forpliktelse. Bestemmelsene har likevel ulik utforming, der ILO-169 pålegger staten å treffe tiltak for å lette kontakt og samarbeid over statsgrenser for urbefolkninger, mens utkastet til artikkel 22 innebærer en forpliktelse til aktivt å utvikle en sameregion.

Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastet til artikkel 32 angir en mer konkret forpliktelse enn gjeldende folkerett, og således pålegger staten en ny folkerettslig forpliktelse.

2.3. KAPITTEL III SAMISK SPRÅK OG KULTUR

Artikkel 23

Utkastet til artikkel 23 er gitt følgende utforming:

Artikkel 23

Samenes språklige rettigheter

Samene skal ha rett til å bruke, utvikle og til kommende generasjoner formidle sitt språk og sine tradisjoner, og ha rett til å arbeide for at kunnskap i det samiske språket spres også til samer som bare i liten grad eller ikke behersker dette språket.

Samene skal ha rett til å bestemme, beholde og få allmenn aksept for sine personnavn og geografiske navn.

I bestemmelsens første ledd angis samenes grunnleggende språkrettigheter. Det tales om en rett til å ”bruke, utvikle og til kommende generasjoner formidle”. Holdt sammen med de andre bestemmelsene i kapitlet om samisk språk og kultur, fremstår artikkel 23 som en

prinsippbestemmelse, uten at staten pålegges konkrete forpliktelser. Artiklene 24, 25, 26 og 28 angir således en tydeligere aktivitetsplikt i forhold til vern av samisk språk.

ILO-169 artikkel 28 nr. 1 inneholder en lignende bestemmelse (i norsk oversettelse):

”Når det er praktisk mulig, skal barn i vedkommende folk lære å lese og skrive enten på sitt eget opprinnelige språk eller på det språk som er mest brukt av den gruppen de hører til. Dersom dette ikke er praktisk mulig, skal ansvarlig myndighet rådføre seg med disse folk for å komme fram til tiltak som kan fremme denne målsettingen.”

Bestemmelsen retter seg mot barn av urfolk og har således et smalere nedslagsfelt enn utkastet til artikkel 23.

Rammekonvensjonen om nasjonale minoriteter inneholder flere bestemmelser om språk. I rammekonvensjonens artikkel 10 nr. 1 fastsettes følgende:

”Partene forplikter seg til å anerkjenne at enhver person som tilhører en nasjonal minoritet, har rett til fritt og uhindret å bruke sitt minoritetsspråk privat og offentlig, i tale og skrift.”

Det fastslås at retten til fritt og uhindret å bruke minoritetsspråket skal ”anerkjennes”. Europeisk Charter for Regions- og Minoritetsspråk (Minoritetsspråkpakten) artikkel 7 nr.1 inneholder en lignende bestemmelse. Bestemmelsene er, som utkastets artikkel 23, programmessige i sin utforming.

Utkastets artikkel 23 første ledd kan vanskelig sies å gå lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser.

Annet ledd omhandler samiske personnavn og stedsnavn. En lignende bestemmelse finnes i rammekonvensjonen for nasjonale minoriteter artikkel 11.

I lov om stadnamn § 10 er Sametinget gitt uttalelsesrett i klagesaker. Videre er det fastsatt i § 11 at Sametinget oppnevner konsulenter for samiske stedsnavn.

Artikkel 23 annet ledd vil være i overensstemmelse med stedsnavnslovgivningen og personnavnlovgivningen, og vil heller ikke gå lengre enn aktuelle folkerettslige forpliktelser.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 23 pålegger ikke staten nye folkerettslige forpliktelser og vil være i overensstemmelse med intern rett.

Artikkel 24

Utkastet til artikkel 24 er gitt følgende utforming:

Artikkel 24

Statenes ansvar for samisk språk

Statene skal gjøre det mulig for samene å bevare, utvikle og spre det samiske språket. Statene skal sørge for at det samiske alfabetet kan benyttes på en effektiv måte for dette formål.

Det samiske språket skal kunne benyttes på en effektiv måte i domstoler og overfor myndigheter i de samiske områdene. Det samme gjelder også utenfor disse områdene i slike tvister og saker som først er behandlet i de samiske områdene, eller som på annet vis har en særlig tilknytning til disse områdene.

Statene skal fremme utgivelse av litteratur på det samiske språket.

Bestemmelsene i denne artikkel skal også gjelde de mindre utbredte samiske språkformene.

I første ledd pålegges statene en aktivitetsplikt i forhold til bevaring og utvikling av samisk språk. Statene skal ”gjøre det mulig for samene å bevare, utvikle og spre” det samiske språket. Bestemmelsen omfatter alle de samiske språkformene jf. siste ledd. Det gis likevel ingen anvisning på hva statens plikter mer konkret består i.

En slik stadfestelse av statens aktivitetsplikt finnes ikke i rammekonvensjonen eller minoritetsspråkpakten.

Av nasjonal lovgivning som kan tenkes å oppfylle en slik forpliktelse vil Grunnloven § 110 a være sentral. I grunnlovsbestemmelsen er formuleringen ”lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og utvikle sit Sprog” brukt. Det er klart at staten ikke bare må avstå fra inngrep i retten, men også pålegges en handlingsplikt.

Sameloven og opplæringsloven har bestemmelser som tar sikte på å gjennomføre en rett til å bruke, utvikle og formidle samisk. Sameloven kapittel 3 om samisk språk er ment å omfatte alle de samiske språkformene.

Første ledd annet punktum omhandler det samiske alfabetet. Det samiske alfabetet skal kunne benyttes ”på en effektiv måte” for å bevare det samiske språket. Det finnes ikke bestemmelser i norsk lovgivning som særlig omhandler bruken av det samiske alfabetet. Det kan vises til prosjektet SAMIT, som har til hensikt å arbeide for at det kan benyttes samisk i IT-basert kommunikasjon. Det pågår også et arbeid med å fjerne praktiske hindre for registrering av personnavn med samiske bokstaver i folkeregisteret.

Arbeidsgruppen antar at første ledd ikke vil gå lengre enn folkeretten og intern rett.

Annet ledd omhandler bruk av samisk ved domstoler og overfor myndigheter i og utenfor ”de samiske områdene”. Det stilles krav om at samisk språk skal kunne benyttes ”på en effektiv måte” i disse områdene. Det samme kravet gjelder utenfor de samiske områdene ”i slike tvister og saker som først er behandlet i de samiske områdene, eller som på annet vis har en særlig tilknytning til disse områdene”.

Arbeidsgruppen legger til grunn at ”de samiske områdene” skal forstås, for Norges vedkommende, som forvaltningsområdet for samisk språk, fastsatt i forskrift i medhold av sameloven § 3-1.

Samelovens kapittel 3 inneholder bestemmelser om bruk av samisk i norske domstoler og overfor offentlige myndigheter. Rettighetene til bruk av samisk i §§ 3-2 flg. er i hovedsak knyttet til forvaltningsområdet for samisk språk. Rettigheter etter artikkel 24 annet ledd til å benytte samisk språk innenfor ”de samiske områdene” vil trolig ikke gå lengre enn samelovens regler. Spørsmålet er om samelovens regler er i samsvar med kravene i artikkel 24 annet ledd hva angår området utenfor forvaltningsområdet for samisk språk. En lignende formulering som i artikkel 24 annet ledd annet punktum finnes ikke i sameloven. Det kan likevel pekes på at virkeområdet i sameloven § 3-4 om utvidet rett til bruk av samisk i

rettsvesenet ved domstoler med embetskrets, eller politi og påtalemyndighet med tjenestekrets som "helt eller delvis omfatter forvaltningsområdet". Det vil med andre ord ikke være et krav om at rettsmøtet finner sted innenfor forvaltningsområdet.

Arbeidsgruppen antar på denne bakgrunn at kravet i artikkel 24 annet ledd ikke går ut over hva som følger av samelovens regler.

Tredje ledd pålegger statene å "fremme" utgivelse av litteratur på det samiske språket. I følge merknadene vil bestemmelsen både omfatte litteratur forfattet på samisk og litteratur oversatt til samisk. Bestemmelsen er vagt utformet, og det vil være vanskelig å forutse konkrete forpliktelser for staten. Det vil likevel være nærliggende å lese ut av bestemmelsen en plikt til økonomiske støtteordninger til utgivelse av litteratur på samisk. Det kan i den forbindelse nevnes at Sametinget er delegert myndighet til å forvalte tilskuddsordninger til utgivelse av samisk litteratur og til samiske forfattere.

Det fastsettes i fjerde ledd at forpliktelsene i de foregående ledd også skal gjelde de mindre utbredte samiske språkformer. Folkerettslig har de ulike samiske språkformene ulikt vern i dag. Minoritetsspråkpaktens del III er ratifisert for nordsamisk, mens de mindre utbredte språkformene kun er gitt vern etter del II. Staten har således i større grad forpliktet seg til å legge til rette for bruk av nordsamisk enn for de andre samiske språkformene.

Samelovens språkregler gjelder imidlertid som utgangspunkt for alle de samiske språkformene.

Arbeidsgruppen antar at fjerde ledd ikke går lengre enn folkerett og intern rett.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 24 går ikke lengre enn hva som følger folkerettslige forpliktelser og gjeldende intern rett.

Artikkel 25

Utkastet til artikkel 25 er gitt følgende ordlyd:

Artikkel 25 Samiske medier

Statene skal skape forutsetninger for en selvstendig samisk mediepolitikk som gjør det mulig for de samiske medier å styre sin egen utvikling og gi den samiske befolkning et rikt og mangesidig tilbud av informasjon og meningsytringer i spørsmål av allmenn interesse.

Statene skal sørge for at det kan sendes program på det samiske språket i radio og TV, og skal fremme utgivelse av aviser på dette språket. I samarbeid med sametingene skal statene også fremme samarbeid over landegrensene mellom medieinstitusjoner som tilbyr program eller artikler på det samiske språket.

Bestemmelsen i annet ledd om det samiske språket skal også i rimelig utstrekning gjelde de mindre utbredte samiske språkformene.

Første ledd omhandler visse grunnprinsipper for samisk mediepolitikk. Staten skal "skape forutsetninger" for en selvstendig samisk mediepolitikk. Det er vanskelig å trekke ut konkrete forpliktelser, men det vil være nærliggende å forstå bestemmelsen dit hen at staten må etablere økonomiske støtteordninger.

Ekspertgruppen setter første ledd i sammenheng med det samiske folkets rett til selvbestemmelse. Innholdet i formuleringen ”å styre sin egen utvikling” er, utover henvisningen til selvbestemmelsesretten, ikke klargjort i merknadene. Dersom bestemmelsen åpner for at en samisk avis som ønsker en utvikling i retning av økt utgivelseshyppighet og distribusjon, kan gjøre krav på økning i pressestøtten, vil en slik rett være i strid med medielovgivningen.

Andre ledd første punktum omhandler TV- og radioprogram på det samiske språket og utgivelse av aviser på dette språket. Bestemmelsen synes å slå fast de forpliktelser som Norge allerede har påtatt seg gjennom Europarådets rammekonvensjon for nasjonale minoriteter artikkel 9 og minoritetsspråkpakten artikkel 11.

Annet punktum om ansvar for å aktivt fremme samarbeid mellom medier over landegrensene er ikke direkte regulert i andre konvensjoner. Det kan likevel vises til minoritetsspråkpakten artikkel 11 som fastsetter krav om ”frihet til direkte mottak av radio- og fjernsynsutsendelser fra et naboland”.

Når det gjelder kringkasting slås det fast i merknadene at det allerede finnes et samarbeid, men at dette må ”styrkes og utvikles”. Med hensyn til trykt presse vises det til at ”Statene må i samarbeid med sametingene finne frem til ordninger som letter dette samarbeidet”. Det vil være noe uklart hva slags rolle staten pålegges å spille i å fremme slikt samarbeid.

Tredje ledd innebærer at kravene i andre ledd om å legge til rette for kringkasting og dagspresse på samisk ”i rimelig utstrekning” også skal gjelde for de mindre samiske språkene, for eksempel lulesamisk og sørsamisk. I merknaden til artikkelen står det at det er et ”klart behov for å styrke de mindre utbredte språkformene”. Av gjeldende ordninger kan det vises til NRKs permanente radio- og tv-sendinger på lule- og sørsamisk. I tillegg finnes det egne lule- og sørsamiske sider på Sameradioens nettsider, samt en felles nyhetsside på tekst-tv. Det finnes ikke holdepunkter i ordlyd eller merknader for at dagens tilbud ikke er i samsvar med kravene i artikkel 25.

Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastets artikkel 25 ikke går lengre enn gjeldende intern rett.

Artikkel 26

Utkastet til artikkel 26 er gitt følgende utforming:

Artikkel 26 Samisk utdanning

Samene i de samiske områdene skal ha mulighet til undervisning i og på det samiske språket. Undervisningen og studiefinansieringen skal være tilpasset deres bakgrunn. Slik undervisning skal gjøre det mulig å delta i videre utdanning på alle nivå og samtidig møte de behov samer har for fortsatt å kunne arbeide innenfor de tradisjonelle samiske næringene. Studiefinansieringen skal utformes slik at det muliggjør høyere utdanning på samisk.

Samiske barn og samisk ungdom utenfor de samiske områdene skal ha mulighet til undervisning i samisk, men også på samisk i den utstrekning det kan anses rimelig i de enkelte områder. Undervisningen skal i størst mulig utstrekning tilpasses deres bakgrunn.

De nasjonale læreplanene skal utarbeides i samarbeid med sametingene og tilpasses samiske barns og samisk ungdoms kulturelle bakgrunn og behov.

Første ledd fastsetter krav til undervisningen for samer i de samiske områdene. Samer i slike områder har rett til undervisning ”i og på det samiske språket”. Annet ledd omhandler undervisning for samer utenfor disse områdene. Her skal samene ha rett til undervisning i samisk, og på samisk ”i den utstrekning det kan anses rimelig”. I merknadene viser ekspertgruppen gjentatte ganger til opplæringslovens bestemmelser.

Opplæringsloven kapittel 6 inneholder bestemmelser om undervisning i samisk i grunnskole (§ 6-2) og videregående skole (§ 6-3). Det fastsettes § 6-2 at i ”samiske distrikt”, som dekker forvaltningsområdet for samisk språk etter sameloven § 3-1 (og eventuelt andre kommuner etter fastsettelse i forskrift), har alle i grunnskolealder rett til opplæring i og på samisk. Utenfor forvaltningsområdet har samer rett på opplæring i og på samisk dersom minst 10 elever ønsker det, og så lenge disse utgjør en gruppe på 6 elever. Utgangspunktet i § 6-2 er at samer har rett til opplæring i samisk i den videregående skolen, uavhengig av om skolen ligger i eller utenfor forvaltningsområdet. Annet ledd inneholder imidlertid hjemmel for å fastsette opplæring også på samisk på bestemte skoler.

Opplæringslovens regler vil klart oppfylle kravene i artikkel 26 hva angår opplæring i grunnskolen. Det er mindre klart hvorvidt bestemmelsen om videregående opplæring tilfredsstillende artikkel 26. Ettersom artikkel 26 ikke eksplisitt gir rett til opplæring på samisk ut over grunnskolealder, mener arbeidsgruppen det vil være samsvar mellom opplæringslovens bestemmelser og utkastet til artikkel 26.

I tredje punktum i første ledd blir det bestemt at studiefinansieringen skal være tilpasset slik at den ”muliggjør” høyere utdanning på samisk.

Etter reglene om studiestøtte er det mulig å få lån og stipend til studier i åtte år, mens normert studietid for en mastergrad er fem år. Ut over en full mastergrad er det således mulig å få lån og stipend til ytterligere tre års studier, som for eksempel kan brukes til å studere samisk språk i forkant av et masterstudium på samisk. Arbeidsgruppen mener gjeldende ordning vil være i samsvar med bestemmelsen.

I tredje ledd fastsettes krav om at de nasjonale læreplanene skal utarbeides i samarbeid med Sametinget og tilpasses samers kulturelle bakgrunn og behov. I opplæringsloven § 6-4 er Sametinget delegert myndighet til å gi forskrift om læreplaner for opplæring om samisk kultur, for opplæring i samisk språk, og for særskilte samiske fag i videregående opplæring. Gjeldende ordning vil således oppfylle kravet i bestemmelsen.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 26 vil ikke gå lengre enn det som følger av gjeldende intern rett.

Artikkel 27

Utkastet til artikkel 27 er gitt følgende utforming:

Artikkel 27

Forskning

Statene skal i samarbeid med sametingene skape gode forutsetninger for forskning som bygger på kunnskapsbehovet i det samiske samfunnet og fremmer rekrutteringen av samiske forskere. Ved planlegging av slik forskning skal det tas hensyn til de språklige og kulturelle forholdene i det samiske samfunnet.

Statene skal i samråd med sametingene fremme samarbeid mellom samiske og andre forskningsinstitusjoner i de enkelte land og over landegrensene, samt styrke forskningsinstitusjoner med forskning som nevnt i første ledd som primæroppgave.

Forskning som gjelder samiske forhold, må tilpasses slike etiske regler som samenes urfolksstilling krever.

Første ledd oppstiller krav om at statene, i samarbeid med sametingene, skal ”skape gode forutsetninger for” samisk forskning. Videre blir det fastsatt i annet ledd at statene skal ”fremme” samarbeid mellom samiske og andre forskningsinstitusjoner og ”styrke” samiske forskningsinstitusjoner.

Artikkelens bestemmelser er vagt utformet. Verken ordlyd eller merknader gir nærmere eller mer konkret anvisning på hvordan staten skal oppfylle kravene.

Av tiltak på området for samisk forskning kan vises til Samisk høyskole, Nordisk samisk institutt og eget samisk senter ved Universitetet i Tromsø. Det finnes også nordiske forskningsnettverk.

Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastets artikkel 27 ikke går lengre enn folkeretten og intern rett.

Artikkel 28

Utkastet til artikkel 28 er gitt følgende utforming:

Artikkel 28

Undervisning og informasjon om samene

Det samiske folkets kultur og samfunnsliv skal på en formålstjenlig måte komme til uttrykk i undervisningen også utenfor det samiske samfunnet. Slik undervisning skal særskilt ta sikte på å fremme kunnskap om samenes stilling som landenes urfolk. Statene skal i samarbeid med sametingene tilby undervisning i samisk kultur og samfunnsliv for personer som skal arbeide i de samiske områdene.

Statene skal i samarbeid med sametingene sørge for allmenn informasjon om samisk kultur og samfunnsliv.

Bestemmelsens første ledd inneholder i hovedsak tre elementer. For det første skal samisk kultur komme til uttrykk i undervisning utenfor det samiske samfunnet. Bestemmelsen stiller for det annet krav til innholdet i slik undervisning; undervisningen skal fremme kunnskap om samene som urfolk. For det tredje pålegges statene å tilby undervisning om samisk kultur for personer som skal arbeide i de samiske områder.

Det finnes en lignende bestemmelse i ILO-169 artikkel 31. Artikkelen lyder:

”Det skal settes i verk informasjonstiltak i alle sektorer i samfunnet, og særlig blant de grupper som er i mest direkte kontakt med vedkommende folk, for å fjerne fordommer som måtte eksistere mot disse folk. For å oppnå dette, skal det settes inn ressurser for å sikre at lærebøker i historie og læremidler for øvrig gir et rettferdig, korrekt og informativt bilde av disse folks samfunn og kultur.”

(“Educational measures shall be taken among all sections of the national community, and particularly among those that are in most direct contact with the peoples concerned, with the object of eliminating prejudices that they may harbour in respect of these peoples. To this end, efforts shall be made to ensure that history textbooks and other educational materials provide a fair, accurate and informative portrayal of the societies and cultures of these peoples.”)

Bestemmelsen fastslår på tilsvarende måte en plikt til undervisning i urfolkets kultur utenfor urfolkets eget samfunn. Når det gjelder innholdet i slik undervisning fastsetter bestemmelsen i ILO-169 en mer konkret forpliktelse enn den som fremgår av utkastets artikkel 28, ved at det fremheves at slik undervisning skal gi et rettferdig, korrekt og informativt bilde (“fair, accurate and informative portrayal”) av vedkommende folk.

På denne bakgrunn kan bestemmelsens første ledd ikke sies å gå lengre enn gjeldende folkerett.

Innenfor nasjonal lovgivning inneholder opplæringsloven relevante bestemmelser. Første og annet punktum i første ledd vil være ivaretatt gjennom kravet om samisk innhold i de nasjonale læreplanene som gjelder alle elever jf. opplæringsloven § 6-4. Det vil imidlertid være et spørsmål om utkastet også stiller krav om at undervisning i samisk kultur også skal inngå i opplæring ut over grunnskoleopplæringen. I merknadene til artikkel 28 er det presisert at læring om samene som urfolk også bør inngå i høyere utdanning, men dette kravet fremgår ikke klart av ordlyden. Krav om undervisning i samisk kultur som del av høyere utdanning vil ikke være ivaretatt i gjeldende lovverk. Videre vil kravet i tredje punktum om undervisning i samisk kultur for personer som skal arbeide i de samiske områdene, gå ut over forpliktelsene i intern rett.

Artikkel 28 annet ledd fastslår en plikt for statene til å sørge for allmenn informasjon om samene. Et lignende krav er inntatt i ILO-169 artikkel 31, se ovenfor.

Tilsvarende forpliktelse er imidlertid ikke lovfestet i Norge i dag, for så vidt kravet strekker seg ut over grunnopplæringen.

Konklusjon

Utkastets artikkel 28 går ikke lengre enn gjeldende folkerett. Arbeidsgruppen reiser imidlertid spørsmål ved om bestemmelsen kan gå lengre enn hva som følger av intern rett.

Artikkel 29

Utkastet til artikkel 29 er gitt følgende utforming:

Artikkel 29
Helse- og sosialvesen

Statene skal i samarbeid med sametingene sørge for at helse- og sosialtjenesten i de samiske bosetningsområdene er organisert slik at samene i disse områdene er sikret et helse- og sosialtilbud som er tilpasset deres språklige og kulturelle bakgrunn.

Også utenfor de samiske bosetningsområdene skal helse- og sosialmyndighetene ta hensyn til språk og kulturbakgrunn for samiske pasienter og klienter.

Statene pålegges i første ledd å ”sørge for” at helse- og sosialtjenesten i de samiske bosetningsområdene er organisert slik at helse- og sosialtilbudet er ”tilpasset deres språklige og kulturelle bakgrunn”. I annet ledd fastsettes det at utenfor disse områdene skal helse- og sosialmyndigheter ”ta hensyn til” samiske brukeres språk og kulturbakgrunn.

Sosialtjenesteloven er bygget opp slik at tjenester til enkeltpersoner skal gis etter en konkret og individuell behovsprøving. Det følger av lovens § 8-4 at tjenestetilbudet så langt det er mulig skal utformes i samarbeid med klienten. Det skal legges stor vekt på hva klienten mener. Dette innebærer at sosialtjenesten skal kartlegge klientens behov og ønsker slik at tjenestene i størst mulig grad blir utformet etter disse. Det følger av merknadene til loven at sosialtjenesten må anstrenge seg for å finne individuelt tilpassede løsninger. Samer har etter gjeldende rett således et krav på, i alle fall i en viss utstrekning, å kunne kommunisere på eget språk og bli møtt med forståelse for sin kulturelle bakgrunn fra tjenesteapparatets side. En slik rett tilkommer også de samer som bor utenfor forvaltningsområdet for samisk språk.

Det kan videre nevnes at det er etablert en rekke tiltak for å sikre rekruttering av fagpersonell som snakker samisk.

I forhold til annet ledd vises det til at sosialtjenesteloven § 8-4 om individuelle tilpasninger også gjelder for samer utenfor de samiske bosetningsområdene.

Konklusjon

På denne bakgrunn mener arbeidsgruppen at utkastet til artikkel 29 ikke vil gå lengre enn hva som følger av gjeldende intern rett.

Artikkel 30

Utkastet til artikkel 30 er gitt følgende utforming:

Artikkel 30

Samiske barn og unge

Samiske barn og unge har rett til å utøve sin kultur og å bevare og utvikle sin samiske identitet.

Bestemmelsen fastslår spesielt barn og unges rett til å utøve sin samiske kultur og bevare og utvikle sin samiske identitet. En tilsvarende rett følger av FNs barnekonvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 artikkel 30.

Bestemmelsen lyder i norsk oversettelse som følger:

”I stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter eller personer som tilhører en urbefolkning, skal et barn som tilhører en slik minoritet eller urbefolkningen, ikke nektes retten til sammen med andre medlemmer av sin gruppe å leve i pakt med sin kultur, bekjenne seg til og utøve sin religion, eller bruke sitt eget språk.”

Konklusjon

Arbeidsgruppen mener på denne bakgrunn at utkastets artikkel 30 ikke vil innebære nye folkerettslige forpliktelser for staten.

Artikkel 31

Utkastet til artikkel 31 er gitt følgende utforming:

Artikkel 31

Tradisjonelle kunnskaper og kulturytringer

Statene skal respektere det samiske folkets rett til å forvalte sin tradisjonelle kunnskap og sine tradisjonelle kulturelle uttrykk, samt arbeide for at samene kan bevare, utvikle og formidle dem til kommende generasjoner.

Statene skal arbeide for at det samiske folket, når samisk kultur anvendes kommersielt av andre enn samer, får innflytelse over virksomheten og rimelig del i det økonomiske utbyttet av denne. Den samiske kulturen skal vernes mot bruk av kulturelle uttrykk som på en misvisende måte gir skinn av å ha samisk opphav.

Statene skal arbeide for at det tas hensyn til samenes tradisjonelle kunnskap ved beslutninger om samiske forhold.

Første ledd stadfester at det samiske folkets rett til å forvalte sin tradisjonelle kunnskap og sine tradisjonelle kulturelle uttrykk, skal respekteres, og fastsetter i tillegg at statene skal "arbeide for" at samene kan bevare, utvikle og formidle disse til kommende generasjoner.

Norge har ratifisert UNESCO-konvensjonen om vern av den immaterielle kulturarv. Konvensjonen har til hensikt å ivareta den delen av den immaterielle kulturarv som ikke omfattes av opphavsrettslig vern, blant annet i de tilfeller der opphavsmann er ukjent. Konvensjonen har videre til hensikt å verne og skape kjennskap til den enkelte nasjons immaterielle kulturarv, men går ikke inn på de økonomiske rettighetene knyttet til den immaterielle kulturarven. Av vernetiltak som konvensjonen oppstiller kan nevnes en forpliktelse til å utarbeide fortegnelser over den immaterielle kulturarv som finnes på den enkelte konvensjonsparts territorium. Videre forplikter konvensjonsdeltakerne seg til å vedta en overordnet politikk som tar sikte på å fremme den immaterielle kulturarvens rolle i samfunnet.

Forpliktelsene som følger av utkastets artikkel 31 første ledd går dermed etter arbeidsgruppens mening ikke utover de folkerettslige forpliktelsene som staten allerede er bundet av.

Annet ledd omhandler det samiske folkets rett til innflytelse over virksomheten og økonomiske rettigheter ved kommersiell utnyttelse av samisk kultur. Etter bestemmelsen skal staten "arbeide for" at slike rettigheter sikres. Forpliktelsen er formulert som en innsatsforpliktelse, og angir ikke hvilke resultater staten må komme frem til for å tilfredsstille utkastets krav.

I WIPO arbeider en mellomstatlig komité med forholdet mellom immaterialrett og genressurser, tradisjonell kunnskap og folklore. Denne komiteen ble i første rekke opprettet for å møte de utfordringene som særlig utviklingslandene er opptatt av når det gjelder forholdet mellom patentsystemet på bioteknologiområdet og interessene til de land som er

leverandører av genressurser. Norge støttet opprettelsen av komiteen og har spilt en aktiv rolle og fremmet en rekke forslag. For å prøve å bygge bro mellom OECD-landene og utviklingslandene med sikte på å få til konkrete resultater avholdt Norge et uformelt seminar i 2006 der flere representanter fra OECD-land og utviklingsland deltok. Etter dette utarbeidet Norge et forslag om beskyttelse av tradisjonell kunnskap som det arbeides for å få internasjonalt gjennomslag for.

Etter utkastets annet ledd annet punktum skal den samiske kulturen ”vernes mot bruk av kulturelle uttrykk som på en misvisende måte gir skinn av å ha samisk opphav”. Det er ikke nærmere konkretisert hvilken type bruk som rammes av bestemmelsen. Etter bestemmelsens ordlyd vil således både kommersiell og ikke-kommersiell utnyttelse falle innefor annet punktums anvendelsesområde. Det kan synes som om ekspertgruppen først og fremst har ment å ramme den kommersielle utnyttelse når den uttaler at det her ikke er ”snakk om å begrense yringsfriheten, men både markedsrettslig og immaterialrettslig lovgivning har bestemmelser som forbyr markedsføring og lignende som gir inntrykk av at et produkt har et opphav som ikke overensstemmer med virkeligheten” (Ekspertgruppens merknader på s. 244).

Hva angår de økonomiske sidene vil disse i noen grad kunne vernes av markedsførings- og opphavsrettslovgivningen. Økonomiske rettigheter omfattes ikke i sin helhet av UNESCO-konvensjon om vern av den immaterielle kulturarv. Så fremt den økonomiske utnyttelsen ikke er til skade for den samiske kulturarven, pålegger ikke konvensjonen å gjennomføre tiltak for å verne de økonomiske rettighetene knyttet til utnyttelsen av den samiske kulturarven. Likevel vil det etter konvensjonen være en viss beskyttelse mot den kommersielle utnyttelse. Norge er imidlertid ikke tilsluttet noen folkerettslige instrumenter, og har heller ingen internrettslige mekanismer som rammer en eventuell ikke-kommersiell utnyttelse. Arbeidsgruppen peker på at dette spørsmål også reiser prinsipielle spørsmål om vern av yringsfriheten. Annet ledd annet punktum kan således etter arbeidsgruppens oppfatning gå lengre enn de gjeldende folkerettslige forpliktelser som staten har pådratt seg, og går også lengre enn gjeldende intern rett.

Tredje ledd fastsetter en plikt til å ta hensyn til samenes tradisjonelle kunnskaper ved beslutninger om samiske forhold. Med tradisjonell kunnskap siktes det til den erfaringskunnskapen som urfolk og lokalbefolkninger kan ha bygd opp gjennom århundre gjennom bruk av nærområdene og naturressursene.

Konvensjonen om biologisk mangfold artikkel 8 j inneholder særskilte bestemmelser om urfolks og lokalbefolknings tradisjonelle bruk. Etter artikkel 8 j skal:

”hver kontraherende Part ... så langt det er mulig og som hensiktsmessig ... under hensyntagen til sin nasjonale lovgivning, respektere, bevare og opprettholde de urbefolknings- og lokalsamfunnenes kunnskaper, innovasjoner og praksis, som representerer tradisjonelle livsstiler av betydning for bevaring og bærekraftig bruk av biologisk mangfold, og fremme en bredere anvendelse av disse, med samtykke og medvirkning fra innehaverne av slike kunnskaper, innovasjoner og praksis, samt oppfordre til en rimelig fordeling av fordelene som følger av utnyttelsen av slike kunnskaper, innovasjoner og praksis ...”

Videre skal partene i henhold til artikkel 10 c:

”så langt det er mulig og som hensiktsmessig: ... beskytte og oppmuntre sedvanlig bruk av biologiske ressurser etter tradisjonelle kulturelle metoder, som er forenlige med forutsetningene for bevaring og bærekraftig bruk.”

Forpliktelsen innebærer at myndighetene skal respektere slik kunnskap, og bevare den så langt den er ”av betydning for bevaring og bærekraftig bruk av biologisk mangfold”.

Den ovenfor omtalte UNESCO-konvensjonen om vern av den immaterielle kulturarv, sammenholdt med Konvensjonen om biologisk mangfold artikkel 8 j, innebærer etter arbeidsgruppens oppfatning at myndighetene allerede har tilsvarende folkerettslige forpliktelser. Utkastets tredje ledd går således ikke lengre enn hva som følger av gjeldende folkerettslige forpliktelser.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 31 er i hovedsak i overensstemmelse med gjeldende internasjonale forpliktelser. Utkastet til artikkel 31 annet ledd annet punktum synes imidlertid å gå ut over gjeldende folkerettslige forpliktelser og går også lengre enn den intern rett. Dette særlig dersom ikke-kommersiell utnyttelse skal rammes av bestemmelsen. Uttalelser fra ekspertgruppen kan imidlertid tyde på at det ikke nødvendigvis har vært meningen, slik at det her kan være på sin plass å foreslå at bestemmelsens ordlyd innsnevres noe, slik at bare kommersiell utnyttelse rammes.

Artikkel 32

Utkastet til artikkel 32 er gitt følgende utforming:

Artikkel 32

Samiske kulturminner

Samiske kulturminner skal vernes i lov og forvaltes av landets sameting eller av kulturinstitusjoner i samarbeid med sametinget.

Statene skal treffe tiltak for samarbeid over landegrensene for dokumentasjon, vern og forvaltning av samiske kulturminner.

Statene skal arbeide for at samiske kulturminner som er tatt bort fra de samiske områdene og som er av særskilt interesse for det samiske samfunnet, overlates til egnede museer eller kulturinstitusjoner etter nærmere avtale med landenes sameting.

Første ledd oppstiller to krav. For det første skal samiske kulturminner vernes i lov. Kravet vil være ivaretatt i dagens lovverk, jf. kulturminneloven § 4 annet ledd som bestemmer at samiske kulturminner som faller innenfor et av vilkårene i første ledd og som er fra mer enn 100 år tilbake, automatisk er fredet.

For det andre skal forvaltningen av samiske kulturminner skje av Sametinget eller i samarbeid med Sametinget. Ordlyd eller merknader tilsier at det ikke vil være et krav at Sametinget er gitt slik myndighet ved lov. Samisk kulturminneforvaltning er i dag delegert til Sametinget, jf. forskrift om endring i forskrift om faglig ansvarsfordeling mv. etter kulturminneloven. Kravet må således være oppfylt.

Annet ledd pålegger staten å ”treffe tiltak” for samarbeid over landegrensene om samisk kulturminneforvaltning.

ILO-169 inneholder ikke bestemmelser som særskilt angår forvaltningen av urfolks kulturminner. Det finnes for øvrig heller ikke avtaler på nordisk nivå som forplikter statene til samarbeid om forvaltningen av kulturminner. Videre er arbeidsgruppen ikke kjent med at det i dag eksisterer ordninger for samarbeid om forvaltningen av samiske kulturminner i Norden.

Bestemmelsen vil på denne bakgrunn innebære en ny folkerettslig forpliktelse for staten.

Tredje ledd omhandler tilbakeføring av samiske kulturminner som tidligere er tatt bort fra samiske områder. Statene skal "arbeide for" at kulturminner overlates til egnede museer eller kulturinstitusjoner. Det er ikke avklart i ordlyd eller merknader hvorvidt bestemmelsen vil få tilbakevirkende kraft for de gjenstander som "er tatt bort" før konvensjonens ikrafttredelse.

Det følger av kulturminneloven § 23 at samiske kulturminner, uten hensyn til alder, ikke kan føres ut av landet uten tillatelse fra Sametinget. Videre har kulturminneloven bestemmelser som vil kunne sikre retur av gjenstander som eventuelt er ført ut av landet. I denne forbindelse kan det også vises til Unidroit-konvensjonen av 24. juni 1995 om ulovlig utførte kulturgjenstander, EU-direktiv 03/7/EØF og rådsdirektiv 96/100/EF om tilbakelevering av kulturgjenstander og UNESCO-konvensjonen av 1970 om tiltak for å forby og forhindre ulovlig eksport og import av kulturgjenstander og overføring av eiendomsrett til kulturgjenstander.

Kulturminneloven har ikke bestemmelser om tilbakeføring av gjenstander som er ført ut av samiske områder til andre områder i Norge. En slik tilbakeføring vil måtte løses ved kontakt mellom de museene eller institusjonene det gjelder. ABM-utvikling – Statens senter for arkiv, bibliotek og museum bistår i slike tilbakeleveringssaker. Gjenstander som eventuelt befinner seg i privat eie, må søkes tilbakeført etter de privatrettslige og strafferettslige regler som finnes på dette feltet.

Utkastets artikkel 32 tredje ledd vil på denne bakgrunn trolig innebære nye forpliktelser for staten.

Konklusjon

Artikkel 32 første ledd går ikke lengre enn hva som følger av intern rett. Artikkel 32 annet og tredje ledd går lengre enn de folkerettslige forpliktelsene staten er bundet av i dag, og intern rett.

Artikkel 33

Utkastet til artikkelen 33 er gitt følgende utforming:

Artikkel 33

Kulturgrunnlaget

Statenes plikter i spørsmål om samisk kultur omfatter også det materielle kulturgrunnlaget, slik at samene får de nødvendige næringsmessige og økonomiske vilkår for å kunne sikre og utvikle sin kultur.

Bestemmelsen stadfester at statens plikt til vern av samisk kultur, ikke bare omfatter ideelle kulturuttrykk, men også de materielle forutsetningene for kulturen. En slik forståelse av

kulturbegrepet er slått fast av FNs menneskerettskomité ved flere anledninger, og er også positivt anerkjent av staten.³⁸

Konklusjon

Utkastet til artikkel 33 vil ikke gå lengre enn de folkerettslige forpliktelser staten er bundet av i dag.

2.4. KAPITTEL IV SAMISK RETT TIL LAND OG VANN

Artikkel 34

Utkastets artikkel 34 er gitt følgende utforming:

Artikkel 34

Tradisjonell bruk av land og vann

Langvarig tradisjonell bruk av land- eller vannområder utgjør grunnlag for samenes individuelle eller kollektive eiendomsrett til disse områdene i samsvar med de nasjonale eller internasjonale regler som gjelder for bruk i lang tid.

Dersom samene, uten å anses som eiere, innehar og tradisjonelt har brukt visse land- eller vannområder til reindrift, jakt, fiske eller på annen måte, skal de ha rett til fortsatt å inneha og bruke områdene i samme utstrekning som tidligere. Dersom områdene brukes av samene sammen med andre, skal samene og den andre brukeren utøve sine rettigheter under gjensidig hensyn til hverandre og med iakttagelse av de konkurrerende rettighetenes natur. Særskilt hensyn skal i denne sammenheng tas til reindriftssamenes interesser. At retten til fortsatt utnyttelse av områdene er begrenset til bruk i samme utstrekning som tidligere, skal ikke hindre at formene for utnyttelse ved behov tilpasses den tekniske og økonomiske utviklingen.

Bedømmelsen av om det foreligger tradisjonell bruk i henhold til denne bestemmelsen, skal gjøres på grunnlag av hva som utgjør tradisjonell samisk utnyttelse av land og vann, og under hensyn til at samisk bruk ofte ikke etterlater varige spor i naturen.

Bestemmelsene i denne artikkelen innebærer ingen innskrenkning i den rett til å få tilbake eiendom som samene kan ha ifølge nasjonal eller internasjonal rett.

A. Artikkel 34 første ledd

Første ledd fastslår at ”langvarig tradisjonell bruk” utgjør grunnlag for samenes individuelle eller kollektive eiendomsrett etter ”de nasjonale regler eller internasjonale regler som gjelder bruk i lang tid”. Bestemmelsen reiser to hovedspørsmål. Det første spørsmålet er den rettslige betydningen av at det i bestemmelsen fastsettes at ”langvarig tradisjonell bruk” *utgjør* grunnlag for den individuelle eller kollektive eiendomsrett. For det andre reiser bestemmelsen spørsmålet om betydningen av henvisning til de nasjonale eller internasjonale regler som gjelder for bruk i lang tid, i den forstand at det i følge utkastet er i samsvar med disse regler at etableringen av eiendomsrett har funnet sted.

Spørsmål om formuleringen innebærer en prinsipiell rettighetsavklaring

Formuleringen om at langvarig tradisjonell bruk *utgjør* grunnlag for den individuelle eller kollektive eiendomsrett kan forstås som en formulering som inneholder en prinsipiell rettighetskonstatering. Bruken av den bestemte formen ”utgjør” fremfor en eksempelvis ”kan

³⁸ Se for eksempel St.meld.nr.55 (2000-2001) Om samepolitikken s. 26

utgjøre” kan forstås som at det i konvensjonen uttales at samene har eiendomsrett, men at det ikke sies noe om utbredelsen av eiendomsrettigheter.

ILO-konvensjon nr. 169 inneholder en noe svakere formulering. I konvensjonens artikkel 14 fastsettes bare at rettighetene skal anerkjennes (”shall be recognised”). Utkastet kan i så henseende gå lengre enn de folkerettslige bestemmelser staten allerede er bundet av.

På den annen side kan det hevdes at utkastet strengt tatt ikke sier at det finnes rettigheter, men at det kun uttaler seg om hva som eventuelt vil være grunnlaget for samenes eiendomsrett. Denne forståelsen synes å være den som legges til grunn av ekspertgruppen. På side 252 uttaler den at første ledd ”slår fast at samene gjennom sin bruk fra gammelt av *kan* ha etablert (”utgjør grunnlag for”) eiendomsrett i overensstemmelse med nasjonale eller internasjonale regler som gjelder for slik bruk”.

Uavhengig av hvilken forståelse som legges til grunn, kan ikke arbeidsgruppen se at disse vil innebære noen forskjell i rettslig realitet. Selv om utkastet forstås som en prinsipiell rettighetskonstatering på linje med lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) § 5 første ledd, er det likevel klart at omfanget av eventuelle rettigheter uansett må kartlegges og identifiseres nærmere.

Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) inneholder som nevnt en prinsipiell rettighetskonstatering. I § 5 første ledd er det fastsatt at: ”Samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.” I loven er det fastslått at samene har rettigheter, uten at det uttales noe om omfanget av slike rettigheter. Lovverket inneholder imidlertid ingen tilsvarende bestemmelse for områdene sør for Finnmark. Områdene sør for Finnmark er imidlertid under utredning og Samerettsutvalget II ventes å avlevere sin innstilling i uke 49 i 2007.

Henvisningen til intern rett

Etter gjeldende norsk rett er det klart at samisk bruksutøvelse kan være rettighetsdannende. Ved erverv av rett til naturressurser gjennom langvarig og fast bruk vil både reglene om erverv gjennom hevd, alders tids bruk eller erverv gjennom festnende forhold, kunne være relevante. I rettspraksis er dette slått fast i flere høyesterettsavgjørelser, jf. for eksempel Rt. 1968 side 394 (Brekken-dommen), Rt. 1968 side 429 (Altevann-dommen), Rt. 2001 side 769 (Selbu-saken) og Rt. 2001 side 1229 (Svartskog-saken).

Henvisningen til internasjonale regler

Utkastets første ledd viser imidlertid også til ”internasjonale regler som gjelder bruk i lang tid”. Henvisningen vil omfatte de internasjonale regler som den enkelte stat til enhver tid er bundet av og som kan supplere de nasjonale regler om slik rettsdannelse. Det er imidlertid ikke noe krav om at samtlige tre land må ha ratifisert en konvensjon for at den skal kunne supplere de nasjonale regler i det enkelte land. Dette vil etter gruppens oppfatning innebære at ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 vil være relevant for Norges del, mens konvensjonen ikke vil være relevant for Finland og Sverige før denne eventuelt er ratifisert av disse land. Henvisningen i utkastet til de internasjonale regler vil videre innbefatte både konvensjoner som statene i dag er rettslig bundet av, men også eventuelle andre konvensjoner som statene ratifiserer i fremtiden.

ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 1 første punktum fastsetter at “The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised.” Det vil ikke for arbeidsgruppens konklusjoner være nødvendig å vurdere forholdet mellom de interne regler og de internasjonale regler om anerkjennelse av bruk. Arbeidsgruppen viser imidlertid til at ekspertgruppen uttrykker at “[i]nterne regler er altså ikke enerådende ved vurderingen av om samisk tradisjonell bruk kan danne grunnlag for eiendomsrett. Internasjonale regler som landene er bundet av, kan gi større rom for å akseptere samisk bruk som rettighetsskapende enn de interne regler.”³⁹

I Svartskog-saken (Rt. 2001 side 1229) bygger Høyesterett avgjørelsen på de interne regler om alders tids bruk, men viser for øvrig til ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14:

”Uavhengig av Norges folkerettslige forpliktelser tilsier dette at bruken gir grunnlag for rettserverv ved alders tids bruk, og at statens eiendomsrett til Svartskogen ikke er forenlig med de rettigheter som Manndalens befolkning har ervervet. Det støtter imidlertid det standpunktet jeg har kommet til, at det er i godt samsvar med reglene i ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 om urbefolkning og stammefolk i selvstendige stater artikkel 14 nr. 1 første punktum og de hensyn denne regelen skal i vareta.” (side 1252).

Arbeidsgruppen viser også til at det i lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) § 29 er lagt til grunn at Finnmarkskommisjonen skal utrede bruks- og eierrettigheter til grunnen ”på grunnlag av gjeldende nasjonal rett”.

Etter dette er det arbeidsgruppens konklusjon at artikkel 34 første ledd neppe går lengre enn det som allerede følger av intern rett og av de folkerettslige forpliktelsene staten allerede er bundet av.

B. Artikkel 34 annet ledd

Ifølge artikkel 34 annet ledd skal samene, i områder hvor de ikke kan anses som eiere, men som de innehar og tradisjonelt har til reindrift, jakt, fiske eller på annen måte, ha rett til fortsatt å inneha og bruke områdene i samme utstrekning som tidligere. Dersom områdene brukes sammen med andre, skal samene og de andre brukerne utøve sine rettigheter under gjensidig hensyn til hverandre. Utkastet fastslår videre at særskilte hensyn i denne sammenheng skal tas til reindriftssamenes interesser. Det at retten til fortsatt utnyttelse av områdene er begrenset til bruk i samme utstrekning som tidligere, skal ikke hindre at formene for utnyttelse ved behov tilpasses den tekniske og økonomiske utviklingen.

Utkastet til bestemmelse har sin parallell i ILO-konvensjon artikkel 14 nr. 1 annet alternativ. Denne fastsetter at når forholdene tilsier det, skal det treffes tiltak for å sikre vedkommende folks rett til å bruke landområder der de ikke er de eneste som lever, men som de tradisjonelt har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet (“measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities”).

³⁹ Ekspertgruppens rapport side 252.

Forpliktelsen etter utkastet er av en noe annen karakter enn etter ILO-konvensjonen. Mens statene etter ILO-konvensjonen skal iverksette tiltak for å sikre retten til bruk, er utkastets formulering at samene skal "ha rett til" fortsatt å inneha og bruke områdene i samme utstrekning som tidligere. Det forhold at bestemmelsen er utformet som en rettighetsbestemmelse vil etter arbeidsgruppens oppfatning kunne medføre en sterkere og mer konkret forpliktelse, og vil også gjøre forpliktelsen mer egnet for påberopelse og eventuell gjennomføring for domstolene. Videre er retten til bruk i utkastet konkretisert til å være en rett til å inneha og bruke områdene "i samme utstrekning som tidligere". ILO-konvensjonens bestemmelse inneholder ingen tilsvarende presisering, og arbeidsgruppen antar at bestemmelsen også på dette punkt muligens kan gå utover de folkerettslige forpliktelser som allerede påhviler staten. Utkastet tar ikke stilling til om den eventuelle bruk må ha vært av et slikt omfang og av en slik karakter at den etter gjeldende tingsrettslige prinsipper vil måtte kategoriseres som en bruksrett, eller om også annen mindre intensiv og langvarig bruk vil være vernet. Bruksrettigheter har etter gjeldende rett allerede et visst vern mot inngrep, mens en bruk som ikke har vært tilstrekkelig intensiv til å kategoriseres som en bruksrett, vil ha et langt svakere vern mot inngrep.

Arbeidsgruppens konklusjon er således at utkastets artikkel 34 annet ledd trolig går noe lengre enn de gjeldende folkerettslige forpliktelser som staten allerede er bundet av.

C. Artikkel 34 tredje ledd

Artikkel 34 tredje ledd fastsetter at bedømmelsen av om det foreligger tradisjonell bruk i henhold til denne bestemmelsen, skal gjøres på grunnlag av hva som utgjør tradisjonell samisk utnyttelse av land og vann. Herunder skal det tas hensyn til at samisk bruk ofte ikke etterlater varige spor i naturen.

En tilsvarende bestemmelse er inntatt i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 1 tredje punktum som lyder: "Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect." Arbeidsgruppen kan dermed ikke se at utkastet til artikkel 34 tredje ledd går utover det staten allerede folkerettslig er forpliktet til.

Arbeidsgruppen nevner for øvrig at det etter intern norsk rett også legges vekt på slike forhold i vurderingen av om det foreligger tradisjonell samisk bruk. I Rt. 2001 s. 769 (Selbu) som er plenumsdom, uttaler førstvoterende som representerte flertallet:

"Rettservert ved alders tids bruk hviler på tre elementer: Det må foreligge en viss bruk, som må ha funnet sted i lang tid, og ha skjedd i god tro. Man har imidlertid ikke faste kriterier ved avgjørelsen om de enkelte vilkår er oppfylt.

... Kravene må tilpasses samenes og reinens bruk av området. Det må tas hensyn til at samene har hatt en nomadisk livsform. Momenter som har vært fremhevet for andre beitedyr, kan ikke uten videre overføres til reinbeite. Disse forhold må trekkes inn i vurderingen.

Av konkrete momenter fremhever jeg særlig at reindriften er svært arealkrevende, og at arealbruken varierer fra år til år avhengig av vær, vind og beitenes beskaffenhet. Det kan således ikke kreves at reinen har beitet i et bestemt område hvert år. Både av denne grunn og på grunn av samenes nomadiske livsform kan avbrudd ikke hindre rettservert selv om det har hatt atskillig lengde."

Dommen gjelder anvendelsen av ervervsgrunlaget alders tids bruk relatert til samiske forhold vedrørende reindrift. Høyesterett tar her stilling til særlige metode-, og bevissspørsmål, som har generell rekkevidde:

”I saker av denne art står man overfor et særlig metodespørsmål: Ut fra sin økonomiske tilpasning og sosiale struktur hadde ikke reindriftssamene noe sterkt behov for å ta skriftspråket i bruk, jf. Pareli og Severinsen: Noen metodeproblemer i sørsamisk historieforskning, trykt i Ottar nr. 116-117 side 29-37 på side 30. På den annen side hadde selvsagt samene, i likhet med de fastboende, muntlige overleveringer. Slike overleveringer må vurderes nøye, men kan ikke generelt avvises. Og dersom de støttes av andre opplysninger, kan de få økt vekt. Videre viser jeg til at da samene var nomader og stort sett brukte organiske materialer som går i forråtnelse, vil det også kunne være vanskelig å finne fysiske spor etter reindriften. Disse forhold tilsier varsomhet med å trekke slutninger av at man mangler konkrete opplysninger om samenes tilstedeværelse i et område. Dette gjelder ikke minst i Selbu hvor undersøkelsene etter samiske kulturminner har hatt et svært beskjedent omfang. Det må også tas hensyn til at det i kommunikasjon mellom nordmenn og samer kan oppstå misforståelser fordi språklige og kulturelle forskjeller kan medføre at man oppfatter hverandre på en uriktig måte.”

Arbeidsgruppens konklusjon vil etter dette bli at artikkel 34 tredje ledd ikke går utover de folkerettslige forpliktelsene staten allerede er bundet av.

D. Artikkel 34 fjerde ledd

Artikkel 34 fjerde ledd fastsetter at artikkel 34 ikke vil innebære noen innskrenkning i den rett til å få tilbake eiendom som samene kan ha ifølge nasjonal eller internasjonal rett. Bestemmelsen innebærer ikke noe utover det som allerede følger av alminnelige folkerettslige tolkningsprinsipper. Enhver folkerettslig konvensjon må fortolkes på selvstendig grunnlag. Artikkel 34 fjerde ledd kan ikke forstås som en indirekte inkorporering av slike eventuelle folkerettslige regler, uavhengig av om konvensjonen skal gjelde som norsk lov eller ikke, jf. artikkel 46.

Det følger allerede av artikkel 8 i utkastet at rettighetene etter konvensjonsutkastet skal betraktes som minsterettigheter og bestemmelsene ”ikke kan benyttes som grunnlag for å begrense de rettigheter for samer som følger av andre rettsregler”. Bestemmelsen i fjerde ledd framstår derfor etter sin ordlyd som en gjentakelse av prinsippet i artikkel 8, spesifikt for artikkel 34 første til tredje ledd, og rent rettslig framstår bestemmelsen her som overflødig. Arbeidsgruppen antar imidlertid at ekspertgruppen har valgt å ta en slik bestemmelse med også her for å understreke dette poenget nettopp i forbindelse med landrettigheter, jf. tilsvarende betraktninger til artikkel 37 annet ledd.

Arbeidsgruppen vil dessuten peke på at formuleringen ”rett til å få tilbake eiendom” gir noen andre assosiasjoner enn prinsippet som er lagt til grunn i finnmarksloven § 5, om forholdet til bestående rettigheter. Prinsippet i finnmarksloven er at samene allerede har bestemte eiendoms- og bruksrettigheter, og at poenget med kartleggingen til Finnmarkskommisjonen er å anerkjenne rettigheter som allerede eksisterer. Fra samisk hold har det blitt uttrykt slik: ”Samene kan ikke få tilbake eiendom som samene allerede eier”.

En tilsvarende tanke ligger til grunn for plikten i ILO-169 artikkel 14 til at statene skal anerkjenne og kartlegge eiendoms- og besittelsesrettigheter, altså rettigheter som hele tiden har eksistert og eksisterer.

E. Konklusjoner

Etter arbeidsgruppens oppfatning går forpliktelsene etter artikkel 34 første og annet ledd noe lengre enn gjeldende folkerett. Arbeidsgruppen antar at forpliktelsene etter artikkel 34 tredje og fjerde ledd ikke går utover det som følger av folkerettslige bestemmelser staten allerede er bundet av, og at norsk intern rett i hovedtrekk må sies å oppfylle bestemmelsenes krav.

Artikkel 35

Utkastets artikkel 35 er foreslått å få følgende utformning:

Artikkel 35

Vern for samenes rettigheter til land og vann

Statene skal treffe nødvendige tiltak for effektivt vern av samenes rettigheter ifølge artikkel 34. Særlig skal statene for dette formål identifisere de land- og vannområdene som samene tradisjonelt bruker.

Formålstjenlige ordninger skal være tilgjengelige i nasjonal rett til å prøve spørsmål om samenes rettigheter til land og vann. Samer skal i tvister for domstolene om slike rettigheter kunne få den økonomiske støtten som er nødvendig for at de skal få sin sak prøvet.

A. Artikkel 35 første ledd

Artikkel 35 første ledd fastsetter at statene skal treffe nødvendige tiltak for effektivt vern av samenes rettigheter ifølge artikkel 34. Særlig skal statene etter bestemmelsen for dette formål identifisere de land- og vannområdene som samene tradisjonelt bruker. Utkastet til artikkel 35 første ledd har sin korresponderende bestemmelse i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 2. Etter ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 2 skal myndighetene ta nødvendige skritt ("steps as necessary") for å identifisere de landområder der vedkommende folk tradisjonelt lever ("to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy"), og sikre effektivt vern av deres eiendomsrett og rett til besittelse "(guarantee effective protection of their rights of ownership and possession)". Utkastets artikkel 35 annet ledd korresponderer således i all hovedsak med folkerettslige forpliktelser staten allerede er bundet av, og vil derfor etter arbeidsgruppens syn ikke medføre noen ny forpliktelse.

Når det gjelder gjennomføringen i nasjonal rett, er det i lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) kapittel VI fastsatt at det skal etableres en kommisjon (Finnmarkskommisjonen) og en domstol (Utmarksdomstolen for Finnmark) for å avklare rettighetsforholdene til grunnen.

Spørsmål om områdene sør for Finnmark er for tiden under utredning. Inntil forslagene fra Samerettsutvalget II er vurdert og eventuelt gjennomført i norsk rett, tilfredsstillt neppe intern rett konvensjonens krav fullt ut.

B. Artikkel 35 annet ledd

Artikkel 35 annet ledd fastsetter at formålstjenlige ordninger skal være tilgjengelige i nasjonal rett for å prøve spørsmål om samenes rettigheter til land og vann. I slike tilfeller skal samene, etter utkastets annet punktum, i tvister for domstolene kunne få den økonomiske støtten som er nødvendig for at de skal få sin sak prøvet. Utkastet inneholder således to hovedelementer; for det første skal det være ordninger tilgjengelig for å få prøvet de aktuelle rettsspørsmål (a), og for det andre skal samene kunne få økonomisk støtte for gjennomføring av prøvningen av rettsspørsmålet (b).

Tilgjengelige ordninger for prøving av rettighetsspørsmål

Utkastet til artikkel 35 annet ledd krever at det skal være formålstjenlige ordninger for prøving av rettsspørsmål tilgjengelige i nasjonal rett. En liknende bestemmelse finnes i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 3. Av bestemmelsen fremgår at det skal etableres hensiktsmessige ordninger i det nasjonale rettssystemet for å avgjøre rettskrav knyttet til landområder ("Adequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned"). På dette punkt går således utkastet ikke lengre enn de folkerettslige forpliktelsene staten allerede er bundet av.

Når det gjelder gjennomføringen i nasjonal rett så er det i lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) kapittel VI, fastsatt at det skal etableres en kommisjon (Finnmarkskommisjonen) og en domstol (Utmarksdomstolen for Finnmark) for å avklare rettighetsforholdene til grunnen. For områdene sør for Finnmark finnes det ingen tilsvarende ordninger og man vil her være henvist til de ordinære domstolene. Spørsmålet er imidlertid under utredning av Samerettsutvalget II. Inntil forslagene er vurdert og eventuelt satt i verk, vil det være tvilsomt om intern rett tilfredsstillende utkastets krav.

Økonomisk støtte for gjennomføring av prøvning

Det andre hovedelementet i utkastet til artikkel 35 annet ledd er økonomisk støtte for gjennomføring av rettslig prøvning. Det fremgår ikke av den korresponderende bestemmelsen i ILO-konvensjon artikkel 14 nr. 3 at urfolk i tvister for domstolene skal kunne få den økonomiske støtten som er nødvendig for at de skal få sin sak prøvet. På dette punkt går dermed utkastet lengre enn hva som følger av gjeldende folkerettsforpliktelser.

Når det gjelder intern gjennomføring gjelder de ordinære regler for fri retts hjelp. I tillegg til dette er det etablert spesielle ordninger for kartlegging av rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn. I lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) § 43 annet ledd fremgår det at staten for utmarksdomstolen dekker "nødvendige utgifter for partene i saker om krav om rettigheter som Finnmarkseiendommen har motsatt seg". Utgifter i forbindelse med kommisjonens arbeid dekkes ikke. I § 32 tredje ledd er det imidlertid fastsatt at Finnmarkskommisjonen kan "oppnevne representanter for ulike interessegrupper som kan følge kommisjonens arbeid" for å "ivareta partenes interesser". Disse utgifter dekkes av staten.

For områdene sør for Finnmark finnes det imidlertid ikke tilsvarende ordninger. Inntil Samerettsutvalget II har lagt frem sin innstilling og utvalgets forslag er vurdert og eventuelt gjennomført, vil utkastet således gå lengre enn gjeldende intern rett.

C. Konklusjoner

Artikkel 35 annet ledd annet punktum synes å gå lengre enn de gjeldende folkerettslige reglene staten er bundet av. Før øvrig synes bestemmelsen ikke å gå utover de folkerettslige forpliktelser som allerede påhviler staten.

Artikkel 36

Utkastet til artikkel 36 første ledd er gitt følgende utforming:

Artikkel 36

Utnyttelse av naturressurser

Samenes rett til naturressurser i slike land- eller vannområder som omfattes av artikkel 34, skal særskilt vernes. Herunder skal hensyn tas til at fortsatt tilgang til disse kan være en forutsetning for å bevare samisk tradisjonell kunnskap og samiske kulturelle uttrykk.

Artikkel 36 første ledd fastsetter at samenes rett til naturressurser som omfattes av artikkel 34 skal vernes særskilt. Bestemmelsen gir uttrykk for et alminnelig prinsipp om vern av naturressurser i de områdene samene eier eller har bruksrettigheter i, jf. utkastets artikkel 34.

Bestemmelsen er i hovedtrekk utformet på samme måte som ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 15 nr. 1 første setning, hvor det uttrykkes at urfolks rett til naturressurser i deres landområder skal sikres spesielt ("The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded"). På denne bakgrunnen er det arbeidsgruppens oppfatning at bestemmelsen ikke går lengre enn de folkerettslige forpliktelser som alt påhviler staten.

Når det gjelder internrettslig gjennomføring og konsekvenser, er det et generelt trekk ved slike prinsipputtalelser at det kan være vanskelig å forutse konsekvensene. Likevel antar arbeidsgruppen at bestemmelsen ikke vil forårsake problemer.

For øvrig vises det til gjennomgang av artikkel 36 annet til fjerde ledd under artikkel 16 ovenfor.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 36 første ledd går ikke lengre enn gjeldende folkerett.

Artikkel 37

Utkastet til artikkel 37 er gitt følgende utforming:

Artikkel 37

Erstatning og del i utbytte

De berørte samene skal ha rett til erstatning for all skade som rammer dem gjennom slik virksomhet som er omhandlet i artikkel 36 andre og fjerde ledd. Dersom det i nasjonal lov finnes bestemmelser som forplikter den som har fått tillatelse til utvinning av naturressurser å betale en avgift til grunneieren eller til å gi denne en del av utbyttet av virksomheten, skal rettighetshaveren ha en liknende plikt i forhold til de samer som tradisjonelt har brukt og fortsatt bruker det aktuelle området.

Bestemmelsene i denne artikkelen innebærer ingen innskrenkning i den rett til del i utbytte av utvinning av naturressurser som kan følge av internasjonal rett.

A. Artikkel 37 første ledd

Rett til erstatning

Bestemmelsens første ledd første punktum fastsetter at dersom det blir satt i gang tiltak etter artikkel 36 annet og fjerde ledd skal ”de berørte samene” ha rett til erstatning for ”all skade som rammer dem” som følge av tiltaket.

ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 15 nr. 2 annet punktum inneholder en lignende regel. I følge bestemmelsen skal urfolk få rimelig erstatning for enhver skade de lider på grunn av slik virksomhet (“shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities”). Rettighetsobjektet er tilsvarende avgrenset (“all skade som rammer dem” og ”any damages...”). Rettighetssubjektet er derimot søkt nærmere avgrenset i utkastet gjennom formuleringen ”de berørte samene”. Utkastet har neppe et videre nedslagsfelt enn den tilsvarende bestemmelsen i ILO-konvensjonen, men synes noe mer konkret utformet.

Formuleringen ”de berørte samene” er et uklart avgrensningskriterium. Uttrykket er ikke nærmere presisert, verken i konvensjonsutkastet eller i ekspertgruppens kommentarer til konvensjonsutkastet. Dersom man med ”de berørte samene” legger til grunn at dette vil være enkeltpersoner eller grupper av samer med eiendoms- eller bruksrettigheter, vil bestemmelsen være i overensstemmelse med gjeldende intern rett. Etter intern rett vil samer på lik linje med den øvrige befolkningen ha rett til erstatning ved naturinngrep som griper inn i etablerte bruks- eller eiendomsrettigheter. Formuleringen ”de berørte samer” vil imidlertid etter normal språklig og kontekstuell forståelse favne noe videre enn å bare omfatte samer med etablerte bruks- eller eiendomsrettigheter. En samisk utmarksbruker, som har utøvet en bruk som for eksempel ikke har vært fast nok til å etablere en bruksrett, vil likevel kunne sies å være berørt av det eventuelle naturinngrepet, selv om vedkommende ikke har en etablert bruks- eller eiendomsrett.

Artikkel 37 første ledd første punktum går derfor etter arbeidsgruppens oppfatning lengre enn hva som følger etter intern rett.

Avgift eller utbytte

Artikkel 37 første ledd annet punktum fastsetter at rettighetshaveren ved utvinning av naturressurser skal betale avgift eller gi en del av utbytte av virksomheten til ”de samer som tradisjonelt har brukt og fortsatt bruker området”. En forutsetning for avgift- eller utbytteforpliktelsen er at det etter nasjonal rett foreligger en plikt til å betale en avgift til grunneieren eller til å gi denne en del av utbyttet av virksomheten.

Bestemmelsen har sin parallell i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 15 nr. 2 annet ledd som fastsetter at urfolk ”shall wherever possible participate in the benefits of such activities”. Mens det i ILO-konvensjonen benyttes et ”wherever possible”-forbehold, er det en betingelse etter nordisk samekonvensjon at det foreligger en tilsvarende forpliktelse til avgift eller utbytte til grunneieren etter intern rett. Forpliktelsene etter utkastet er etter dette mer konkret utformet. Mens det i ILO-konvensjon er fastsatt et skjønnsmessig forbehold, er det etter utkastet et ubetinget plikt til betaling av avgift eller utbytte når det foreligger plikt til å betale avgift til grunneieren.

Avgrensningskriteriet ”de samer som tradisjonelt har brukt og fortsatt bruker området” er ikke klart. Dette medfører at regelens nedslagsfelt heller ikke er klart. En utbetaling av avgift eller

utbytte vil foranledige omfattende undersøkelser og tvilsomme grensespørsmål ved den nærmere avgrensningen av mottakere for avgiften eller utbyttet.

Etter lov 30. juni 1972 nr. 70 om bergverk § 42 er gruveeiere forpliktet å betale en årlig avgift til grunneieren på en promille av verdien av alt som gruveeieren bryter ut fra utmålet, og som han nyttiggjør seg ved omsetning. For gruver på Finnmarkseiendommens grunn kan Kongen etter bestemmelsens annet ledd ved forskrift fastsette en høyere avgift.

Det forhold at det etter norsk intern rett er gitt regler om utbytteavgift til grunneieren, vil medføre at utkastet til nordisk samekonvensjon vil etablere en forpliktelse for rettighetshaverne til også å betale en avgift til eller til å gi "de samer som tradisjonelt har brukt og fortsatt bruker området" en del av utbyttet av virksomheten. En slik forpliktelse hviler etter dagen rettstilstand ikke på rettighetshaverne. Det er imidlertid åpnet for at departementet i forskrift kan fastsette at det skal betales høyere grunneieravgift for virksomhet på Finnmarkseiendommens grunn.

Arbeidsgruppen antar etter dette at utkastets første ledd første punktum går lengre enn gjeldende intern rett og at det er mer konkret utformet enn gjeldende folkerettslige forpliktelser. Utkastets første ledd annet punktum går lengre enn de folkerettslige forpliktelsene og går i tillegg lengre enn gjeldende intern rett, med et mulig unntak når det gjelder Finnmark. Områdene sør for Finnmark er under utredning, men inntil forslagene fra Samerettsutvalget er vurdert og eventuelt iverksatt, går utkastet antakelig lengre enn det som følger av intern rett når det gjelder områdene sør for Finnmark.⁴⁰

B. Artikkel 37 annet ledd

Artikkel 37 annet ledd fastsetter at reglene om erstatning og del i utbyttet i nordisk samekonvensjon i utkastets artikkel 37 første ledd ikke skal medføre noen begrensninger i en eventuell rett til erstatning eller utbytte som følger av andre folkerettslige instrumenter. Bestemmelsen innebærer ikke noe utover det som allerede følger av alminnelige folkerettslige tolkningsprinsipper. Enhver folkerettslig konvensjon må fortolkes på selvstendig grunnlag. Artikkel 37 annet ledd kan ikke forstås som en indirekte inkorporering av slike eventuelle folkerettslige regler, uavhengig av om konvensjonen skal gjelde som norsk lov eller ikke, jf. artikkel 46.

Det følger allerede av artikkel 8 i utkastet at rettighetene etter konvensjonsutkastet skal betraktes som minsterettigheter og at bestemmelsene "ikke kan benyttes som grunnlag for å begrense de rettigheter for samer som følger av andre rettsregler". Bestemmelsen i fjerde ledd framstår derfor etter sin ordlyd som en gjentakelse av prinsippet i artikkel 8, spesifikt for artikkel 37 første ledd, og rent rettslig framstår bestemmelsen her som overflødig. Arbeidsgruppen antar imidlertid at ekspertgruppen har valgt å ta en slik bestemmelse med også her, for å understreke dette poenget nettopp i forbindelse med rett til del i utbytte av utvinning av naturressurser, jf. tilsvarende betraktninger til artikkel 34 fjerde ledd.

C. Konklusjoner

⁴⁰ Ny minerallov er under utarbeidelse. Rapporten her tar ikke høyde for eventuelle endringer av gjeldende rettstilstand.

Artikkel 37 synes mer konkret utformet enn gjeldende folkerettslige bestemmelser, og går således utover det som staten allerede er forpliktet til folkerettslig. Artikkel 37 første ledd første punktum går etter arbeidsgruppens oppfatning lengre enn gjeldende intern rett både for Finnmark og for områdene sør for Finnmark. Utkastets første ledd annet punktum går etter arbeidsgruppens syn lengre enn intern rett, i alle fall når det gjelder områdene sør for Finnmark. Utkastets annet ledd vil ikke innebære noen ny folkerettslig forpliktelse.

Artikkel 38

Utkastet til artikkel 38 er gitt følgende utforming:

Artikkel 38

Fjorder og kystfarvann

Det som er bestemt om rettigheter til vannområder og utnyttelse av vannområder i artiklene 34-37, gjelder tilsvarende for samisk fiske og annen bruk av fjorder og kystfarvann.

Ved tildeling av fangstkvote for fisk og andre havressurser, og ved andre former for regulering av disse ressurser, skal det tas tilbørlig hensyn til samisk bruk og dens betydning for samiske lokalsamfunn. Dette skal skje selv om denne bruken er redusert eller opphørt som følge av at fangstkvote ikke er gitt eller på grunn av andre reguleringer av fisket eller annen ressursutnyttelse i disse områdene. Det samme gjelder om bruken er redusert eller opphørt som følge av nedgang i havressursene i disse områdene.

A. Første ledd - artiklene 34 til 37 om samisk rett til land og vann gis tilsvarende virkning i saltvann

Første ledd i bestemmelsen presiserer at reglene i artiklene 34 til 37 om rettigheter til vannområder og utnyttelse av vannområder, også gjelder for samisk fiske og annen bruk av fjorder og kystfarvann. Bestemmelsen kan innebære at samene kan ha eiendomsrett- eller bruksrettigheter i fjorder og kystfarvann (artikkel 34), at staten vil ha plikt til å identifisere samiske rettigheter i saltvann (artikkel 35), at samenes rett til naturressurser i saltvann skal vernes for eksempel ved undersøkelser eller utvinning av olje og gassressurser (artikkel 36), og at samene kan ha rett til erstatning ved inngrep eller rett til del av utbytte ved utvinning av naturressurser i saltvann (artikkel 37).

Det er alminnelig antatt at ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 ikke gjelder for saltvannsområder, jf. formuleringen "the lands which they traditionally occupy". Konvensjonens artikkel 15 vil på den annen side derimot kunne få betydning for saltvannsområder, jf. ILO-169 artikkel 13 nr. 2 som fastsetter at bruken av begrepet "lands" i artikkel 15 skal omfatte "the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use". ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 15 fastsetter imidlertid i første rekke en rett til deltakelse i bruk, styring og bevaring av ressursene. Det kan imidlertid reises spørsmål om FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 kan sies å innholde en forpliktelse for styrking av det sjøsamiske fisket. Det rettslige innholdet i SP artikkel 27 og dennes betydning for saltvannsområder er imidlertid ikke avklart. Utkastet til nordisk samekonvensjon artikkel 38 går derfor etter arbeidsgruppens oppfatning lengre enn hva som følger av de folkerettslige forpliktelsene staten allerede er bundet av.

På det nasjonale området er det satt i verk enkelte tiltak med formål å styrke det sjøsamisk fisket, men det fremstår likevel etter arbeidsgruppens mening som klart at man på det nåværende tidspunkt ikke tilfredsstiller konvensjonsutkastets krav. Spørsmål om samiske rettigheter i saltvann er imidlertid under utredning. Fiskeri- og kystdepartementet har nedsatt et utvalg som skal utrede spørsmålet om samers og andres rett til fiske i havet utenfor Finnmark under ledelse av Carsten Smith. Kystfiskeutvalget for Finnmark skal legge frem sine anbefalinger senest 31. desember 2007. Eventuelle rettigheter i saltvann er også under utredning for områdene sør for Finnmark. Samerettsutvalget II legger frem sine anbefalinger i uke 49 i 2007.

B. Annet ledd – tilbørlig hensyn til ved tildeling av fangstkvoter

Mens første ledd i utkastet gjelder alle marine ressurser, gjelder utkastets annet ledd spesielt fiske eller annen ressursutnyttelse som er regulert ved kvoteordninger. Ved tildeling av kvoter etter de aktuelle kvoteordninger eller ved andre former for reguleringer av disse ressursene, fastsetter første ledd, at det skal "tas tilbørlig hensyn til samisk bruk og dens betydning for samiske lokalsamfunn". Dette gjelder uavhengig om bruken er redusert grunnet reguleringer eller nedgang i ressursene, jf. annet ledd annet og tredje punktum. Bestemmelsen er ment å gjelde selv om ikke det fastlegges rettigheter etter første ledd, jf. ekspertgruppens kommentarer til bestemmelsen s. 265.

ILO-konvensjon nr. 169 inneholder ingen tilsvarende bestemmelse. Det kan imidlertid reises spørsmål om FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 kan sies å innholde en tilsvarende plikt som utkastets annet ledd. Spørsmålet om samenes rettigheter ved fiskerireguleringer ble utredet av Carsten Smith i 1990 på oppdrag av Fiskeridepartementet, jf. Lov og Rett 1990 side 507 flg. Smith påpeker at fiskereguleringene er en type regulering som har vesentlig betydning for samenes kulturgrunnlag og at de derfor har krav på positiv særbehandling etter SP artikkel 27. Selv om det kan hevdes at SP artikkel 27 allerede inneholder en slik tilsvarende forpliktelse, er det samtidig klart at utkastets artikkel 38 annet ledd er langt mer konkret og spesifikt utformet enn SP artikkel 27 på dette området. Arbeidsgruppen er dermed av den oppfatning at utkastets artikkel 38 annet ledd går lengre enn det som følger av de folkerettslige forpliktelsene staten allerede er bundet av.

De norske fiskeressursene forvaltes som en nasjonal ressurs. I kvotetildelingen etter gjeldende rett tas det særlig hensyn til at forvaltningen skal være samfunnsøkonomisk lønnsom gjennom bærekraftig utnyttelse og langsiktig bevaring av ressursene. Til tross for at ressurslovgivningen ikke inneholder noen eksplisitte formuleringer som peker spesielt på at samisk bruk skal hensyntas eller på annen måte integreres i forvaltningen, er det likevel etter gjeldende rett adgang til å ta slike hensyn. I tillegg til at det etter gjeldende fiskerilovgivning allerede er adgang til å ta nevnte hensyn, er det i fiskerilovgivningen også foretatt enkelte tilpasninger for å ta hensyn til samisk fiske i deltaker- og reguleringslovgivningen, jf. blant annet forskrift 26. september 1983 nr. 1495 om føring av manntall for fiskere, fangstmenn m.v. § 4 a nr 2. I forskriften er grensen for inntekt fra annet yrke eller annen næring i kommune som omfattes av Samisk utviklingsfond er 5G i motsetning til 4G i andre kommuner. Arbeidsgruppen anser det etter dette som et tvilsomt spørsmål om det norske regelverket er i overensstemmelse med utkastets annet ledd. Som allerede nevnt er imidlertid spørsmål om samiske rettigheter i saltvann for tiden under utredning.

C. Konklusjoner

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene er av den oppfatning at utkastet til artikkel 38 går lengre enn de folkerettslige forpliktelsene staten er bundet av, slik rettskildebildet for tiden ser ut. Utkastets første ledd går også lengre enn gjeldende intern rett. Inntil Kystfiskeutvalget for Finnmarks og Samerettsutvalget IIs innstillinger foreligger og disses konklusjoner og anbefalinger er behandlet av regjeringen og eventuelt satt i verk, kan bestemmelsen ikke tiltres uten at det oppstår rettslig motstrid mellom konvensjonen og gjeldene intern rett.

Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget mener at utkastet til § 38 samsvarer med de folkerettslige forpliktelser staten allerede er bundet av. Samtidig er gjeldende intern rett ikke innenfor udiskutable folkerettslige rammer. Den foreslåtte ordlyden i § 38 er mer konkret enn den isolerte ordlyden i SP artikkel 27, noe som etter disse medlemmenes oppfatning er helt nødvendig for å tydeliggjøre de statlige forpliktelser for samenes materielle kulturvern. Videre vil en vedtagelse av konvensjonsutkastets foreslåtte artikkel 38 bidra til å avhjelpe den manglende gjennomføring av Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene som urfolk innenfor fiskerisektoren, ved at bestemmelsen etter utkastets art 46 skal gjelde som nasjonal lov.

Artikkel 39

Artikkel 39 behandles under omtalen av artikkel 16

Artikkel 40

Artikkel 40 behandles under omtalen av artikkel 16

2.5. KAPITTEL V SAMISKE NÆRINGER

Artikkel 41

Utkastet til artikkel 41 er gitt følgende utforming:

Artikkel 41

Vern for samiske næringer

Samiske næringer og samisk ressursutnyttelse skal ha et særlig vern, ved rettslige eller økonomiske tiltak, i den grad dette er et viktig kulturgrunnlag.

Som samisk næring og ressursutnyttelse anses slik virksomhet som er vesentlig for å opprettholde og utvikle samiske lokalsamfunn.

Første ledd stadfester et særlig vern for samiske næringer og samisk ressursutnyttelse. Vernet gjelder for næringer og ressursutnyttelse som utgjør et viktig grunnlag for samisk kultur. Bestemmelsen inneholder et tilsvarende vern som i SP artikkel 27 og også Grunnloven § 110 a. Disse bestemmelsene fastslår et vern for kultur mer generelt, men det er klart at næringer omfattes av det kulturbegrepet som oppstilles. På den bakgrunn vil utkastet til artikkel 41 ikke gå lengre enn det kulturvernet som følger av SP artikkel 27 og Grl § 110 a. Bestemmelsen vil ikke innebære en ny forpliktelse for staten.

Annet ledd inneholder en definisjon av slik samisk næring og samisk ressursutnyttelse som er vernet etter første ledd. Slik virksomhet må være ”vesentlig for å opprettholde og utvikle samiske lokalsamfunn”. Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden (”opprettholde og utvikle”) at ikke bare tradisjonelle næringer og tradisjonell ressursutnyttelse er omfattet. Menneskerettskomiteen har ved flere anledninger presisert at kulturbegrepet er dynamisk og at også næringer/næringsutøvelse der man har tatt i bruk moderne teknologi vil være vernet av SP artikkel 27, såfremt slik næringsutøvelse er vesentlig for kulturen.

Konklusjon

Artikkel 41 går ikke lengre enn det som følger av intern rett og statens folkerettslige forpliktelser.

Artikkel 42

Utkastet til artikkel 42 er gitt følgende utforming:

Artikkel 42

Reindrift som samisk næring

Reindriften som særskilt og tradisjonell samisk næring og kulturform bygger på sedvane og skal ha særskilt rettslig vern.

For dette formål skal Norge og Sverige opprettholde og utvikle reindriften som en særrett for samene i de samiske reinbeiteområdene.

Under hensyn til protokoll nr. 3 i tilslutningsavtalen til Den europeiske unionen om samene som urfolk, påtar Finland seg å styrke den samiske reindriftens stilling.

I første ledd fremheves reindriften som en ”særskilt og tradisjonell samisk næring og kulturform”. Videre stadfestes at reindriften bygger på sedvane og skal ha et ”særskilt rettslig vern”. I annet ledd forpliktet Norge og Sverige til å ”opprettholde og utvikle reindriften som en særrett”.

Norge er i dag ikke bundet av folkerettslige regler som særlig omhandler reindrift. Norsk-svensk reinbeitekonvensjon vil innebære forpliktelser i forhold til å legge til rette for grenseoverskridende reindrift mellom Norge og Sverige, men forhandlingene om denne konvensjonen er ikke sluttført. Det følger imidlertid av SP artikkel 27 og ILO-169 at inngrep i reindriftens arealer kan være folkerettsstridige. Artiklene 13, 14 og 15 i ILO-konvensjonen pålegger staten å anerkjenne og verne de land- og vannområder som urfolket tradisjonelt bruker.

Gjeldende nasjonalt lovverk inneholder ingen bestemmelse som uttrykkelig konstaterer et særskilt vern av reindrift som samisk næring. Det er imidlertid ikke klart hva som er innholdet i ”særskilt rettslig vern” i henhold til artikkel 42 første ledd. I den nye reindriftsloven er det inntatt en bestemmelse i § 4 første ledd som stadfester at den samiske befolkningen har rett til å drive reindrift i det samiske reinbeiteområdet på grunnlag av alders tids bruk. En slik konstatering av at reindriften ikke bare er en næringsrett, men også en tinglig rett, innebærer et styrket vern for reindriften når det oppstår konflikt med andre utmarksinteresser.

Arbeidsgruppen antar ut fra dette at artikkel 42 første ledd ikke går lengre enn hva som følger av intern rett.

Det oppstilles videre et krav om at reindriften skal opprettholdes og utvikles som en "særrett" for samene i de samiske reinbeiteområdene. Det følger av § 32 i den nye reindriftsloven at retten til reindrift i de samiske reinbeiteområdene er forbeholdt "personer av samisk ætt". Reindriften i det samiske reinbeiteområdet er således videreført som en eksklusiv samisk næring.

Forpliktelsen som følger av artikkel 42 annet ledd er ivaretatt i intern rett.

Tredje ledd retter seg særlig mot Finland og vil ikke innebære nye forpliktelser for staten.

Konklusjon

Artikkel 42 går ikke lengre enn hva som følger av intern rett.

Artikkel 43

Utkastet til artikkel 43 er gitt følgende utforming:

Artikkel 43 Reindrift over landegrensene

Samenes rett til reinbeite over landegrensene bygger på sedvane.

Dersom det er inngått avtaler mellom samebyer, siidaer eller renbeteslag om rett til reinbeite over landegrensene, skal disse avtaler gjelde. I tilfelle tvist om tolkning eller anvendelse av en slik avtale, skal en part kunne bringe tvisten inn for avgjørelse i en tvistenemnd. Om sammensetningen av en slik tvistenemnd og dens fremgangsmåte gjelder de nærmere regler som fastsettes i fellesskap av de tre sametingene. Part som ikke er fornøyd med tvistenemndens avgjørelse av tvisten skal ha rett til å reise sak for domstolene i det land hvor beiteområdet ligger.

Dersom det ikke finnes noen anvendelig avtale mellom samebyer, siidaer eller renbeteslag, men derimot en gjeldende mellomstatlig overenskomst om beiteretten, skal denne overenskomsten anvendes. Den som anser seg på sedvanerettslig grunnlag å ha mer vidtgående beiterett enn det som følger av den mellomstatlige overenskomsten, skal imidlertid uten hinder av denne kunne få sine krav prøvet av domstol i det land hvor beiteområdet ligger.

Første ledd fastslår at reinbeite over landegrensene bygger på sedvane. En anerkjennelse av at norske og svenske reindriftsamer har en sedvanebasert rett til å bruke beiteområder som går over landegrensen, kom til uttrykk i Lappekodisillen fra 1751.

Annet ledd omhandler avtale mellom samebyer, siidaer eller renbeteslag om beite over landegrensene, og gir en anvisning på hvordan tvister knyttet til slik avtale skal løses.

I tredje ledd første punktum er det fastslått at mellomstatlig overenskomst om beiteretten skal gjelde såfremt det ikke finnes slike avtaler som nevnt i annet ledd. Annet punktum bestemmer at den som mener å ha beiterettigheter som ikke er tilstrekkelig ivaretatt i den mellomstatlige avtalen, kan bringe sitt krav inn for nasjonal domstol i det landet hvor det aktuelle beiteområdet ligger.

Forpliktelsene i utkastets artikkel 43 vil, hva angår reindrift i Norge og Sverige, være forenlig med innholdet i den norsk-svensk reinbeitekonvensjon (ikke sluttforhandlet per 1. oktober 2007). Arbeidsgruppen vil peke på at visse spørsmål som angår grenseoverskridende reindrift mellom Norge og Sverige er behandlet i begge de to konvensjonene.

Arbeidsgruppen vil videre peke på det forhold at grensen mellom Norge og Finland er stengt for overflytting av rein. Utkastet til artikkel 43 tar imidlertid sikte på også å omfatte Finland.

Konklusjon

Arbeidsgruppen antar at artikkel 43 ikke vil gå lengre enn gjeldende folkerettslige forpliktelser.

2.6. KAPITTEL VI GJENNOMFØRING OG UTVIKLING AV KONVENSJONEN

Artikkel 44

Utkastet til artikkel 44 er gitt følgende ordlyd:

Artikkel 44

Samarbeidsråd av sameministre og sametingspresidenter

Det skal finne sted regelmessige møter mellom ansvarlige sameministre fra Finland, Norge og Sverige og sametingspresidentene fra hvert av disse tre land.

Dette samarbeidet skal fremme formålet med denne konvensjonen ifølge artikkel 1. Møtene skal behandle aktuelle samiske saker av felles interesse.

Artikkelen fastsetter at det skal holdes regelmessige møter mellom ministrene for samiske saker i Finland, Norge og Sverige og sametingspresidentene fra hvert av de tre landene, og videre at dette samarbeidet skal fremme formålet med konvensjonen ifølge artikkel 1.

Den ordningen som er skissert i utkastets artikkel 44 vil være i tråd med dagens praksis med årlige fellesmøter mellom sameministrene og sametingspresidentene i Finland, Norge og Sverige.

Konklusjon

Utkastet til artikkel 44 vil ikke gå lengre enn hva som følger av etablert praksis, men vil innebære en konvensjonsfesting av noe som hittil ikke har vært forpliktende.

Artikkel 45

Utkastet til artikkel 45 er gitt følgende utforming:

Artikkel 45

Konvensjonsnemnd

Det skal opprettes en nordisk samekonvensjonsnemnd for å følge gjennomføringen av denne konvensjonen. Nemnden skal ha seks medlemmer som alle er uavhengige. Hver av de tre stater oppnevner ett medlem, hvert av sametingene ett medlem. Oppnevningen skjer for fem år.

Nemnden skal avgi rapporter til de tre lands regjeringer og sameting. Den kan fremme forslag overfor landenes regjeringer og sameting som styrker denne konvensjonens formål. Nemnden kan også gi uttalelser i anledning av spørsmål fra enkeltpersoner eller grupper.

I første ledd fastsettes det at det skal opprettes en konvensjonsnemnd som skal følge gjennomføringen av konvensjonen. Første ledd inneholder videre bestemmelser om antall medlemmer og oppnevning. I annet ledd presiseres nærmere konvensjonsnemndens oppgaver; avgi rapporter til regjeringene og sametingene, fremme forslag overfor regjeringene og sametingene som vil styrke konvensjonens formål, og avgi uttalelser i anledning spørsmål fra enkeltpersoner og grupper.

Det er i tråd med vanlig praksis ved utarbeiding av internasjonale konvensjoner at det inntas bestemmelser om overvåking av konvensjonens bestemmelser. I artikkel 45 er det foreslått at en konvensjonsnemnd, med medlemmer oppnevnt av statene og sametingene skal inneha en overvåkingsfunksjon.

Konvensjonsnemnden skal ikke knyttes til allerede etablerte institusjoner på nordisk nivå, men være et selvstendig og uavhengig organ. En slik ordning vil skille seg fra ordningen for overvåking av ILO-konvensjon nr. 169, der overvåkingsorganet, ILOs ekspertkomité er integrert i en større organisasjon, ILO (International Labour Organisation).

Det knytter seg noen spørsmål til det systemet for overvåking av nordisk samekonvensjon som er skissert i artikkel 45.

Det er ikke fastsatt noen rapporteringsplikt for statene i artikkel 45. I merknadene er det imidlertid forutsatt at statene og sametingene skal avgi meldinger til nordisk samekonvensjonsnemnd. Det er ikke kommentert i merknadene hva som skal være det nærmere innholdet i slike meldinger, og hvor ofte disse skal utarbeides. Det forhold at statsrapportering ikke er omhandlet i selve konvensjonsteksten, trekker i retning av at det ikke er tale om en plikt for statene.

Nemnden er for det første gitt i oppdrag å avgi rapporter til regjeringene og sametingene. Ekspertgruppen foreslår i merknadene at nemnden skal avgi slik rapport hvert tredje år. Ifølge merknadene skal slike rapporter bygge på ”meldinger fra regjeringene og sametingene, opplysninger fra allmennheten og slike undersøkelser som nemnden finner grunn til å iverksette eller selv foreta”. Det er videre fastsatt i bestemmelsen at nordisk samekonvensjonsnemnd kan fremme forslag som vil styrke konvensjonens formål.

For det andre skal nemnden ta i mot spørsmål fra enkeltpersoner og grupper og avgi uttalelser i anledning slike spørsmål. Det følger likevel klart av ordlyd og merknader at konvensjonsnemnden ikke er ment å være et judisielt organ som behandler klager. Det legges således opp til et annet system enn systemet for overvåking av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter der enkeltpersoner eller grupper kan fremsette en skriftlig klage til behandling for FNs menneskerettskomité.

Formuleringen som brukes i annet ledd, tredje punktum er ”gi uttalelser i anledning av spørsmål”. Ut fra ordlyd og merknader er det usikkert hva som vil være det nærmere innholdet i et slikt mandat, og særlig sentralt er spørsmålet om hvor langt nemnden kan gå i å prøve om statene har oppfylt konvensjonens plikter i konkrete saker.

Det systemet som er skissert i artikkel 45 ligner noe på systemet for overvåking av Europarådets rammekonvensjon om beskyttelse av nasjonale minoriteter. På bakgrunn av jevnlig informasjon fra statene om de tiltak som er iverksatt vurderer en rådgivende komité

om statene oppfyller sine forpliktelser (rammekonvensjonens artikkel 26). Komiteen har imidlertid en klar rådgivende funksjon.

Ordlyd eller merknader gir ingen veiledning i spørsmålet om hvor grensen mot individuell klagebehandling skal trekkes. På den bakgrunn antar arbeidsgruppen at det vil være opp til nemnden selv å presisere sin oppgave på dette punktet.

Artikkel 46

Utkastet til artikkel 46 er gitt følgende utforming:

Artikkel 46 Nasjonal gjennomføring

For å sikre en så enhetlig anvendelse av denne konvensjonen som mulig skal statene gjøre bestemmelsene i konvensjonen direkte anvendelige som nasjonal lov.

Bestemmelsen angir en løsning for hvordan statene skal gjennomføre konvensjonens bestemmelser i den nasjonale rett. Bestemmelsen reiser i hovedsak to spørsmål. For det første vil det være grunn til å kommentere at konvensjonen har en bestemmelse av en slik karakter. For det andre må det vurderes hvordan innholdet i bestemmelsen, pålegget om inkorporasjon, stiller seg i forhold til praksis i Norge.

A. Om bestemmelsens karakter

Det fastsettes i artikkelen at konvensjonens bestemmelser skal gjøres direkte anvendelige som nasjonal lov. Formålet med et krav om inkorporasjon er å sikre en enhetlig anvendelse av konvensjonen.

Å gi en konvensjon eller traktat direkte anvendelse i nasjonal rett, inkorporasjon, vil være en av flere måter å gjennomføre folkeretten i norsk rett på. Andre gjennomføringsmåter er passiv transformasjon (konstatert av rettsharmoni) og aktiv transformasjon (nasjonal lov endres slik at den samsvarer med de folkerettslige forpliktelsene). Konvensjoner kan også gjennomføres ved en kombinasjon av inkorporasjon og transformasjon.

I utkastets artikkel 46 er det forutsatt at inkorporasjon er den gjennomføringsmåten som best vil sikre en enhetlig anvendelse av konvensjonen. Dersom den enkelte stat mener at andre gjennomføringsmåter vil oppfylle dette formålet i like stor grad eller i større grad, vil det likevel innebære brudd på artikkel 46 å velge andre gjennomføringsmåter.

De fleste traktater og konvensjoner inneholder ingen bestemmelse om hvordan den enkelte konvensjonspart skal gjennomføre forpliktelsene i nasjonal lovgivning. Det vanlige er at det er opp til staten selv å gjennomføre de forpliktelsene den er pålagt på en mest mulig lojal måte. Uttalelser fra komiteer for overvåking av FNs menneskerettskonvensjoner har imidlertid ved enkelte anledninger uttalt at inkorporasjon vil være den mest lojale måte å gjennomføre menneskerettigheter på i nasjonal rett.⁴¹ Det representerer likevel noe nytt når det i utkastet til nordisk samekonvensjon er inntatt en egen bestemmelse som pålegger statene å gjøre konvensjonens bestemmelser direkte anvendelige som nasjonal lov.

⁴¹ Se for eksempel FNs barnerechtskomité's behandling av statsrapport fra Norge (2000), CRC/C/15/Add.126

B. Bestemmelsens innhold vurdert opp mot praksis i Norge

I praksis har norsk gjennomføring av folkeretten i stor grad skjedd ved transformasjon. Norge har vært tilbakeholdne med å inkorporere folkeretten i norsk rett, også menneskerettighetskonvensjoner. Regjeringen Bondevik II uttalte følgende i St.mld. nr. 17 (2004-2005) Makt og demokrati (s. 66):

”Det har i tidligere sammenhenger vært påpekt at inkorporasjon av konvensjoner vil kunne føre til en forskyvning av maktbalansen mellom domstolene og de politisk valgte myndigheter, jf. blant annet Ot.prp. nr. 45 (2002–2003). Her vises det blant annet til at konvensjoner inkorporeres på originalspråket og at de skal tolkes og anvendes i samsvar med folkerettslige tolkningsprinsipper. Denne tolkingen vil det i stor grad være opp til den enkelte rettsanvender, og i siste instans domstolene, å foreta. Inkorporasjon av folkerettsregler som er vage og uklare vil dermed kunne medføre at domstolene får en stor grad av makt til å presisere rettsstilstanden, makt som Stortinget ved vedtakelse av nasjonal rett vanligvis har beholdt hos seg. Det skal imidlertid påpekes at vage og programmessige bestemmelser i en inkorporert konvensjon ofte vil gi rom for Stortinget til å gi presiserende regler på området. Inkorporasjon av vage bestemmelser vil dermed ikke nødvendigvis medføre et stort tolkningsrom for domstolene.

Ved hel eller delvis transformasjon vil lovgiver mer direkte gjennom innarbeidingen kunne legge føringer for hvordan konvensjonen skal tolkes. Det kan derfor hevdes at inkorporasjon av en konvensjon vil kunne føre til større innflytelse for domstolene på bekostning av lovgiverne enn det transformasjon vil gjøre. Særlig vil dette kunne gjelde dersom den inkorporerte konvensjonen, eller dens gjennomføringsregler, gis forrang foran annen norsk lovgivning.”

Det må likevel pekes på at det ikke finnes formelle hindre for å gi folkeretten direkte anvendelse som norsk lov. Inkorporasjon av konvensjon eller traktat i norsk lov må behandles og vedtas av Stortinget på tilsvarende måte som ved andre lovsaker. Visse sentrale menneskerettskonvensjoner er inkorporert og gitt forrang over norsk lov gjennom menneskerettsloven (menneskerettsloven §§ 2 og 3). I tillegg er enkelte menneskerettskonvensjoner inkorporert i norsk rett gjennom bestemmelser i særlovgivningen. Videre er ILO-konvensjon nr. 169 delvis inkorporert og gitt forrang over finnmarkslovens bestemmelser jf. finnmarksloven § 3. På tross av inkorporasjon av enkelte konvensjoner i den senere tid, er likevel det vanlige i Norge at ny folkerett innarbeides i norsk rett ved transformasjon.

Innholdet i artikkel 46 vil på denne bakgrunn avvike fra det som har vært hovedregelen i Norge.

C. Konvensjonens egnethet

Det kan for det tredje reises spørsmål om utkastet til konvensjonstekst er av en slik karakter at det er egnet til å inkorporeres, dvs. å gis direkte anvendelse i intern rett. Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene vil her peke på enkelte forhold som kan tale for at utkastet ikke nødvendigvis er spesielt godt egnet til dette.

En rekke av konvensjonens bestemmelser inneholder pålegg til statene om ulike tiltak som skal gjennomføres for å arbeide for at samene kan samhandle i større grad uten hinder av landegrensene. Disse bestemmelser er følgelig formulert som statsplikter, og ikke som individuelle rettigheter. På den annen side er imidlertid også mange av artiklene formulert som individuelle rettigheter, noe som innebærer at disse artiklene er mer egnet til å få direkte anvendelse.

Et videre forhold som kan trekke i retning av at konvensjonens bestemmelser ikke egner seg for direkte anvendelse, er at flere av artiklene inneholder av vage og skjønnsmessige formuleringer. De vage og skjønnsmessige kriteriene, sammenholdt med utkastet til artikkel 5 som fastsetter at statenes plikter etter konvensjonen også skal gjelde på regionalt og kommunalt nivå, kan utgjøre et problem når konvensjonen skal tolkes og anvendes. Dette er forhold som det etter arbeidsgruppens medlemmer fra departementene sitt syn bør vurderes nærmere i det videre arbeidet med konvensjonsutkastet.

D. Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastet til artikkel 46 vil innebære en ny forpliktelse for staten.

Artikkel 47

Utkastet til artikkel 47 er gitt følgende utforming:

Artikkel 47

Økonomiske forpliktelser

Statene har ansvaret for de økonomiske ressursene som er nødvendige for å gjennomføre bestemmelsene i denne konvensjonen. Felles utgifter for de tre land skal fordeles mellom dem i forhold til antall samer i hvert land.

Foruten i de tilfeller som nevnes i artikkel 35 andre ledd, skal det være muligheter for samene til å få slik økonomisk hjelp som er nødvendig for at de skal kunne få prinsipielt viktige spørsmål om rettighetene i denne konvensjon prøvet av domstolene.

Bestemmelsen omhandler de økonomiske forpliktelsene som følger med konvensjonen, og kan leses som en utdyping eller presisering av artikkel 6 første ledd og artikkel 7 annet ledd.

Artikkel 47 første ledd første punktum slår fast statenes ansvar for "de økonomiske ressursene som er nødvendige" for gjennomføring av konvensjonen. Bestemmelsen inneholder således en presisering av at dersom gjennomføring av en konvensjonsbestemmelse forutsetter økonomiske bevilgninger, må staten bevilge tilstrekkelige midler. Økte økonomiske utgifter vil ikke fritta statene fra å oppfylle konvensjonens forpliktelser.

Bestemmelsen vil i seg selv ikke pålegge staten nye forpliktelser, ettersom det er anerkjent at nasjonal gjennomføring av menneskerettigheter ikke bare dreier seg om å avstå fra inngrep i rettighetene, men også å sette i verk positive tiltak for å sikre slike rettigheter, for eksempel i form av økonomiske bevilgninger.

Første ledd annet punktum slår fast at felles utgifter mellom de tre landene skal fordeles etter antall samer i hvert land. Det er ikke i samsvar med vanlig praksis å innta i en konvensjon en bestemmelse om fordeling av partenes felles utgifter.

Det fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd eller merknader hvilke utgifter som vil inngå i ”felles utgifter for de tre land”. Arbeidsgruppen antar at utgifter til drift av konvensjonsnemnden etter artikkel 45 vil være et eksempel på slike utgifter.

Bestemmelsen forutsetter videre at det foreligger tall for hvor mange samer som bor i Finland, Sverige og Norge. Det eksisterer ikke noe register over alle samene i Norge. Det vil derfor være nødvendig å avklare hva som skal legges til grunn for å avgjøre forholdet mellom antall samer i de tre landene. Ekspertkomiteen kommenterer ikke dette spørsmålet i merknadene til bestemmelsen.

En mulighet vil være å legge samemanntallene til grunn. Samemanntallet er et register over de personer som er stemmeberettiget ved sametingsvalg, men kan ikke brukes for å fastsette antallet samer. Det kan likevel tenkes at samemanntallene i Norge, Sverige og Finland kan være treffende nok til å fastsette forholdet mellom antall samer i de tre respektive land.

Omfanget av forpliktelsen i første ledd annet punktum er ikke klart, ettersom det er usikkert hva som vil omfattes av landenes felles utgifter, og hvordan utgiftene skal fordeles mellom landene. Arbeidsgruppen mener det bør klarlegges hvilket mål som skal legges til grunn for å avgjøre antallet samer iht. i artikkel 47 første ledd annet punktum.

Artikkel 47 annet ledd omhandler økonomisk hjelp for å få avgjort spørsmål om konvensjonens rettigheter ved domstolene. Bestemmelsen gjelder generelt for spørsmål om konvensjonens rettigheter og har således et videre anvendelsesområde enn bestemmelsen i artikkel 35 annet ledd annet punktum om rettslig prøvning av rettigheter til land og vann.

Samene skal ha mulighet til slik ”økonomisk hjelp som er nødvendig” for å få prøvet ”prinsipielt viktige spørsmål” om konvensjonens rettigheter ved domstolene. Den generelle formuleringen ”økonomisk hjelp som er nødvendig” tilsier at det både kan dreie seg om dekning av partens egne utgifter i forbindelse med domstolsbehandlingen, dekning av salær til prosessfullmektig eller dekning av utgifter til selve domstolsbehandlingen. Bestemmelsen oppstiller ikke et krav om fri sakførsel i bestemte saker. Videre vil det ikke være krav om økonomisk hjelp ved domstolsprøving av alle spørsmål om rettigheter etter konvensjonen, men kun av spørsmål som er av prinsipiell interesse.

ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 12 inneholder en bestemmelse om urfolks rett til å reise sak ved domstolene for å avgjøre spørsmål om rettigheter. Artikkel 12 lyder i norsk oversettelse:

”Vedkommende folk 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. Det skal treffes tiltak for å sikre at medlemmer av disse folk både selv kan forstå og bli forstått av andre i rettslige sammenhenger, om nødvendig ved hjelp av tolk eller på annen effektiv måte.”

Formuleringen ”skal ha mulighet til å reise sak for domstolene” (”shall be able to take legal proceedings”), tilsier at det skal være en reell adgang for å prøve spørsmål om urfolkets rettigheter ved domstolene. Det kan neppe utledes et krav om at staten skal gi økonomisk støtte til å domstolsprøving av saker.

Lov om fri rettshjelp inneholder regler om økonomisk støtte til å føre saker for domstolene eller forvaltningsorganer. Fri sakførsel eller fritak for rettsgebyr innvilges etter nærmere bestemte vilkår jf. rettshjelploven kapittel III og IV. Etter lovens hovedregler kan det innvilges rettshjelp for visse sakstyper og/eller innenfor bestemte inntektsgrenser. Loven inneholder også unntaksbestemmelser der det ut fra en mer skjønnsmessig vurdering av sakens art og partens inntekt kan være aktuelt å gi fri rettshjelp. Loven inneholder ingen særlige regler om samers rett til fri rettshjelp.

Sivilombudsmannen har uttalt seg om betydningen av at lovens unntaksbestemmelser skal tolkes i samsvar med Grunnloven § 110 a og Norges folkerettslige forpliktelser om urfolk og minoriteter. Når det gjelder et vedtak knyttet til en aktivitet med særlig betydning for samisk kultur, reindrift, ”må det kunne stilles forholdsvis strenge krav til statsmyndighetenes oppmerksomhetsnivå i forhold til å ivareta hensynet til den samiske befolkningsgruppe” (Somb-1996-1 (1996 s 30)). Ekspertgruppen viser til Sivilombudsmannens uttalelser og slutter seg til disse (s. 276-277). Uttalelsene trekker i retning av at unntaksbestemmelsene i rettshjelploven skal tolkes mindre strengt når det gjelder saker av vesentlige betydning for det materielle grunnlaget for samisk kultur. Hvilke utslag en slik tolkning vil gi i konkrete saker er likevel usikkert.

For utgifter til behandling av krav om rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn gjelder særlige regler, jf. finnmarksloven § 43, se omtalen av utkast til artikkel 35.

Konklusjon

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastet til artikkel 47 annet ledd går lengre enn de folkerettslige forpliktelser staten er bundet av i dag. Arbeidsgruppen antar videre at nasjonal rett ikke ville tilfredsstille kravet i annet ledd dersom staten skulle ratifisere konvensjonen slik den foreligger.

2.7. KAPITTEL VII SLUTTBESTEMMELSER

Artiklene 48 og 49

Utkastet til artiklene 48 og 49 er gitt følgende utforming:

Artikkel 48

Sametingenes godkjenning

Denne konvensjonen skal etter undertegningen forelegges for de tre sametingene for godkjenning.

Artikkel 49

Ratifikasjon

Denne konvensjon skal ratifiseres. Ratifikasjon kan først skje etter at de tre sametingene har gitt slik godkjenning som omhandlet i artikkel 48.

Det fastslås i artiklene 48 og 49 at konvensjonen skal godkjennes av sametingene etter at statene har undertegnet, og at konvensjonen deretter skal ratifiseres. Innholdet i bestemmelsene gir uttrykk for hvilken rolle sametingene er gitt i konvensjonen. Sametingene er ikke parter i konvensjonen, men sametingenes godkjenning er et vilkår for at konvensjonen

kan tre i kraft. Bestemmelsene er av ren prosessuell karakter og reiser ingen ytterligere spørsmål.

Artikkel 50

Utkastet til artikkel 50 er gitt følgende utforming:

Artikkel 50 Ikrafttreden

Konvensjonen trer i kraft tretti dager etter den dag ratifikasjonsdokumentene er deponert hos det norske utenriksdepartementet.

Det norske utenriksdepartementet meddeler Finland, Sverige og de tre sametingene om deponeringen av ratifikasjonsdokumentene og om tidspunktet for konvensjonens ikrafttreden.

Originaleksemplaret av denne konvensjonen deponeres hos det norske utenriksdepartementet, som sørger for at Finland, Sverige og de tre sametingene får bekreftet kopi.

Bestemmelsen angir prosedyrene for konvensjonens ikrafttredelse. I første ledd slås det fast at konvensjonen trer i kraft tretti dager etter den dagen "ratifikasjonsdokumentene" er deponert hos utenriksdepartementet i Norge. Det følger forutsetningsvis av formuleringen at konvensjonen bare vil tre i kraft dersom flere enn ett land har ratifisert. Det fremstår derimot ikke som klart at alle tre land må ratifisere konvensjonen for at den skal kunne tre i kraft. En slik forståelse gir imidlertid ekspertgruppen uttrykk for i kommentarene til bestemmelsen på side 278. Arbeidsgruppen vil på denne bakgrunn foreslå å bygge ut ordlyden noe, slik at artikkel 50 første ledd får følgende utforming:

"Konvensjonen trer i kraft tretti dager etter den dag ratifikasjonsdokumentene fra Sverige, Finland og Norge er deponert hos det norske utenriksdepartementet."

Artikkel 51

Utkastet til artikkel 51 er gitt følgende utforming:

Artikkel 51 Endringer i konvensjonen

Endringer i denne konvensjonen gjøres i samråd med de tre sametingene og i samsvar med bestemmelsen i artikkel 48.

En endring i konvensjonen trer i kraft tretti dager etter den dag avtalepartene har meddelt det norske utenriksdepartementet at endringene er godkjent av dem.

Til bekreftelse av dette har representantene for avtalepartene undertegnet denne konvensjonen.

Som skjedde i den 20.... i ett eksemplar på norsk, finsk, svensk og samisk, hvor samtlige tekster har samme gyldighet.

Bestemmelsen omhandler prosedyrer for endringer i konvensjonen. Det slås fast at endringer gjøres i samråd med de tre sametingene og at gjennomføring av endringer i konvensjonen skal følge prosedyrene i artikkel 48.

3. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

3.1. GENERELLE TREKK VED KONVENSJONSUTKASTET

Etter å ha foretatt en systematisk og artikkelvis gjennomgåelse av konvensjonsutkastets enkeltbestemmelser, vil arbeidsgruppen avslutningsvis også peke på en del gjennomgående trekk ved ekspertgruppens forslag til konvensjonstekst.

Arbeidsgruppen vil for det første peke på at det i konvensjonsutkastet er valgt rettslige termer som ligger nært opp til termene i gjeldende folkerettslige instrumenter uten at samme begrep er valgt. Eksempler på dette kan særlig være at termen consultations/konsultasjoner benyttes i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 6, mens termen "forhandlinger" brukes i utkastets artikkel 16. Begrepet konsultasjoner er på den ene siden en etablert rettsterm som også etter hvert benyttes i intern rett, mens forhandlinger er et nytt begrep i denne sammenheng og det kan umiddelbart reises spørsmål ved forholdet mellom de to termene. Et annet eksempel kan være at det i artikkel 37 er benyttet "utbytte" og "avgift", mens det i den parallelle bestemmelsen i ILO-konvensjon nr. 169 er benyttet "benefits", jf. artikkel 15 nr. 2.

Bruken av andre begreper enn de som er benyttet i ILO-konvensjon nr. 169 er et forhold som etter gruppens oppfatning kan føre til unødvendig uvisshet i forhold til tolkningen av den rettslige rekkevidden av begrepene. Enkelte av ekspertgruppens medlemmer har uttalt at meningen med denne begrepsbruken har vært å benytte etablerte nordiske rettstermer, fremfor fremmede termer. Arbeidsgruppen antar at det med relativt enkle grep kan etableres en mer gjennomgående bruk av de tilsvarende rettstermer, som i ILO-konvensjon nr. 169. Dette er naturligvis et særlig aktuelt hensyn for Norges del siden staten allerede har ratifisert ILO-konvensjon nr. 169, men bør også være ønskelig for Finlands og Sveriges del, all den tid disse land har uttalt at de ønsker å ratifisere ILO-konvensjon nr. 169.

Arbeidsgruppen finner for det andre grunn til å peke generelt på *begrepsbruken i konvensjonsutkastet*. Bruken av vage skjønnsmessige formuleringer behøver ikke å være noen svakhet ved en konvensjonstekst i seg selv. Gruppen peker imidlertid på at det kan være problematisk at det er benyttet en lang rekke formuleringer ofte med tilnærmet samme innhold, men uten at samme formulering er benyttet konsekvent. Som et eksempel på dette kan det opplistes eksempler på ulike formuleringer som er benyttet i konvensjonsteksten for å avgrense ulike samiske "områder" eller "samfunn":

- de land- og vannområder med naturressurser som er det samiske folkets historiske hjemland (fortalen)
- de tradisjonelle samiske områder (artikkel 6)
- det området der det samiske folket kan forvalte sine særlige rettigheter etter denne konvensjon og landenes lovgivning (artikkel 22)
- det samiske bosetningsområdet/de samiske bosetningsområdene (artiklene 11 og 29)
- de samiske områdene (artiklene 24, 26, 28, 32)
- det samiske samfunnet (artiklene 27, 28, 32)
- land- eller vannområder (artiklene 34)
- fjorder og kystfarvann (artiklene 38)
- de land- og vannområder som samene tradisjonelt bruker/land- eller vannområder som omfattes av artikkel 34/land- eller vannområder som eies eller brukes av samene/områder som omfattes av artikkel 34 (artiklene 35, 36)
- områdene ifølge artikkel 34 og 38 (artikkel 39)

- de samiske land- og vannområder (artikkel 40)
- de samiske reinbeiteområdene (artikkel 42)

Likeledes benyttes det også ulike begreper ved den nærmere avgrensningen av rettighetssubjektene etter konvensjonen. Eksempler på dette kan være:

- den enkelte same (artikkel 7)
- de samiske lokalsamfunn (artikkel 6)
- de samer som er bosatt utenfor de tradisjonelle områder (artikkel 6)
- de samer som tradisjonelt har brukt og fortsatt bruker det aktuelle området (artikkel 37)
- samiske barn og ungdom (artikkel 26)
- samiske barn og unge (artikkel 30)
- de berørte samene (artiklene 36 og 37)
- samene/er (artiklene 2, 3, 7, 10, 11, 12, 13, 16, 19, 23, 24, 26, 31, 34, 35, 36, 39, 43)
- samebyer, siidaer, renbeteslag, skoltesamenes byastämma og andre kompetente samiske organisasjoner eller lokale samiske representanter (artikkel 21)
- samebyer, siidaer eller renbeteslag (artikkel 43)
- Sameting (artiklene 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 29, 32, 36, 40, 45, 48, 49, 50, 51)
- den samiske befolkningen (artikkel 25)
- det samiske folket (artiklene 1, 3, 6, 7, 9, 13, 14, 22, 28, 31)

Også ved den nærmere avgrensningen av spørsmål som berører samene er det benyttet ulike formuleringer. Arbeidsgruppen nevner som eksempler:

- saker som gjelder samiske interesser (artikkel 17)
- spørsmål av betydning for samene (artikkel 18)
- saker som særlig berører det samiske folket (artikkel 18)
- spørsmål av vesentlig betydning for samene (artikkel 16)

I flere av disse tilfellene synes bruken av tilgrensede rettstermer formålstjenelige, mens det andre steder ikke synes å være gode grunner for benyttelsen av ulike termer der hvor en antakelig har ment at disse skal bety det samme. Denne variasjonen i begrepsbruk er i alle tilfeller ikke forklart nærmere i merknadene til konvensjonsutkastet.

Et tredje og gjennomgående forhold som arbeidsgruppen har merket seg er *formen som er valgt for den nærmere avgrensningen av pliktsubjektene etter konvensjonen*. I artikkel 5 er statens plikter etter konvensjonen angitt til å gjelde for alle organ for offentlig forvaltning på nasjonalt, regionalt og lokalt nivå. I de ulike bestemmelsene er det angitt at staten skal være rettssubjekt. Enkelte steder er det klart at forpliktelsene bare kan gjelde staten til tross for innholdet i artikkel 5. Arbeidsgruppen reiser etter dette spørsmål om det ikke hadde vært en bedre tilnærming å konkret angi hvem som skal være forpliktet etter de ulike artiklene, i stedet for å benytte seg av en generalbestemmelse i utkastets artikkel 5.

3.2. ARBEIDSGRUPPENS ENDELIGE KONKLUSJONER

Arbeidsgruppen er enig om at utkastet går lengre enn de gjeldende folkerettslige forpliktelser og/eller intern rett når det gjelder følgende bestemmelser:

- Artikkel 5
- Artikkel 6
- Artikkel 10
- Artikkel 11
- Artikkel 12
- Artikkel 13
- Artikkel 17
- Artikkel 18
- Artikkel 19
- Artikkel 20
- Artikkel 22
- Artikkel 28
- Artikkel 31
- Artikkel 32
- Artikkel 34
- Artikkel 35
- Artikkel 37
- Artikkel 44
- Artikkel 46
- Artikkel 47

Nevnte artikler vil i ulik grad gå lengre enn gjeldende intern rett og statens folkerettslige forpliktelser. Arbeidsgruppen er av den oppfatning at utkastet til nordisk samekonvensjon har flere bestemmelser som har en mer konkret utforming enn tilsvarende bestemmelser i gjeldende folkerettslige instrumenter, for eksempel ILO-konvensjon nr. 169, og således må antas å gå lengre enn hva som følger av folkeretten. I tillegg inneholder enkelte bestemmelser i utkastet forpliktelser som i dag ikke kan sies å ha parallelle bestemmelser i gjeldende folkerett, og som således, dersom konvensjonsutkastet skulle bli vedtatt slik det foreligger, vil innebære nye forpliktelser for staten. For enkelte andre bestemmelser er forholdet at innholdet i bestemmelsen er i overensstemmelse med etablert praksis i Norge, men vil innebære en ny forpliktelse for staten dersom den skulle bli vedtatt. Arbeidsgruppen viser for øvrig til konklusjonene under omtalen av den enkelte artikkel for en nærmere begrunnelse for at artikkelen må sies å gå lengre enn gjeldende folkerett og/eller gjeldende intern rett.

Arbeidsgruppens medlemmer fra departementene er av den oppfatning at utkastet til konvensjon i tillegg går lengre enn gjeldende folkerett og/eller intern rett for enkelte bestemmelser. Representantene fra Sametinget er ikke enige i dette. Dette gjelder følgende bestemmelser:

- Artikkel 3
- Artikkel 16
- Artikkel 36
- Artikkel 38
- Artikkel 39
- Artikkel 40

Dissensen i vurderingen av disse bestemmelsene skyldes ulikt syn på rekkevidden av gjeldende folkerett, og, som følge, ulikt syn på om utkastet til nordisk samekonvensjon går lengre enn folkeretten i dag. Som eksempel kan nevnes at medlemmene fra departementene i

enkelte tilfeller peker på at den foreslåtte regelen er mer konkret enn gjeldende folkerett, og at den således må sies å innebære en ny folkerettslig forpliktelse for staten. Arbeidsgruppens medlemmer fra Sametinget oppfatter på sin side at bestemmelsen bare kodifiserer tolkninger av folkeretten som fremgår av uttalelser fra ulike internasjonale overvåkingsorganer (FNs menneskerettighetskomité, ILOs ekspertkomité osv.).