

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 200802999-7/HAM001/008

Dato: 10.02.2009

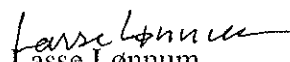
**NOU 2007: 13 DEN NYE SAMERETTEN – INNSPILL FRA FAGMILJØ VED
UNIVERSITETET I TROMSØ**

Justis- og politidepartementet sendte den 15. februar 2008 *NOU 2007: 13 Den nye sameretten* ut på høring. Høringsfrist er 15. februar d.å.. Universitetet i Tromsø (UiT) er høringsinstans, men mottok ikke høringen før vi etterlyste den i juni 2008.

Vedlagt oversendes innspill som er kommet fra fagmiljø ved UiT. Vi oversender disse uten at de har vært behandlet i UiTs styre. Uttalelsene representerer ulike syn på utvalgets innstilling, og kan bidra til videre debatt om utredningen.

Vennlig hilsen


Jarle Aarbakke
rektor


Lasse Lønnum
universitetsdirektør

Vedlegg:

1. Uttalelse fra Senter for samiske studier
2. Uttalelse fra Det juridiske fakultet v/ Skogvang og Ravna
3. Uttalelse fra Det juridiske fakultet v/ Vars og Åhren

UNIVERSITETSDIREKTØREN

Avdeling for utdanning

Universitetet i Tromsø, No-9037 Tromsø, tlf 77 64 40 00, e-post postmottak@uit.no, <http://uit.no>
førstekonsulent Helga Anette Melhus, tlf 77 62 09 51, faks 77 64 49 00, e-post helga.anette.melhus@adm.uit.no

Universitetet i Tromsø sin høring vedrørende NOU 2007: 13 Den nye sameretten – Uttalelse fra Senter for samiske studier.

Bakgrunn

Universitetsdirektøren har bedt Senter for samiske studier være ansvarlig for høringen vedrørende NOU 2007: 13 Den nye sameretten. Styret til Senter for samiske studier vedtok i sak SS 23/08 å nedsette en arbeidsgruppe som hadde som mandat å utarbeide et forslag til høringsuttalelse.

Følgende personer ble oppnevnt til arbeidsgruppen: Øyvind Ravna (leder), Bjørg Evjen, Gunnar Eriksen, Hans-Kristian Hernes og Ole Bjørn Fossbakk. Enhetene ved Universitetet i Tromsø ble bedt om å komme med innspill

Basert på de mottatte innspill og gjennom sitt eget arbeid la arbeidsgruppen fram sin innstilling overfor styret i Senter for samiske studier. Styret i Senter for samiske studier sluttet seg til arbeidsgruppens synspunkter og framlegger høringsuttalelse basert på arbeidsgruppens innspill.

Grunnlagsmaterialet gjør at uttalelsen i stor grad dreier seg om juridiske forhold, og at andre forhold som kan være relevante ut fra forskning ved Universitetet i Tromsø ikke avspeiles på samme måte.

Uttalelsen er bygget opp på følgende måte:

1. Utkast til Kartleggings- og anerkjennelseslov (lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover)
2. Utkast til Hålogalandslov (lov om rettsforhold og disponering over grunn og naturressurser på Hålogalandsallmenningens grunn i Nordland og Troms)
3. Utkast Saksbehandlings- og konsultasjonslov (lov om saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for naturgrunnlaget i tradisjonelle samiske områder)
4. Forholdet til folkeretten, særlig om sørsamiske områder.
5. Endringer i reindriftsloven.
6. Behov for styrket utdanning i juss og tilgrensende fagområder.

1. Utkast til Kartleggings- og anerkjennelseslov

I utkastet til Kartleggings- og anerkjennelseslov (lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover) har Samerettsutvalget II (heretter kalt SRU II) foreslått å etablere egne ordninger for å oppfylle statens folkerettslige forpliktelser om å kartlegge og anerkjenne rettigheter i de tradisjonelle samiske områdene sør for Finnmark fylke. Rettighets-

kartleggingen skal skje i medhold av lovutkastets kapittel 2, som er ment å skulle oppfylle kravet i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 (2).

Innledningsvis må det påpekes at det er positivt at virkeområdet for den nye kartleggings- og anerkjennelsesloven foreslås å omfatte all fast eiendom og vassdrag med naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene, jf. utkastets § 2. I NOU 2007: 13 s. 529 sp. 1 framgår det at dette gjelder ”de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms og sørover *i sin helhet*” (vår utheving). Dette innebærer at også områder som i dag er i privat eie omfattes av lovforslaget. Det er videre positivt at det her, i motsetning til for Finnmark, er foreslått en kartleggings- og anerkjennelseslov som også skal identifisere rettigheter knyttet til saltvannsfiske og andre marine ressurser i samiske kyst- og fjordområder, jf. lovutkastet § 2.

At rettsidentifisering nå vil omfatte hele det samisk området i Norge er av stor betydning, bl.a. for å avklare hva samer, individuelt og kollektivt eier- eller har bruksretter til, for å beskytte samiske rettighetshavere mot inngrep i deres rettigheter og for å bidra til konfliktløsning. Videre er dette viktig for at samene rent faktisk skal få anerkjent at deres bruk av land og vann kan lede til rettsdannelse, slik det har gjort for majoritetsbefolkningen i landet i uminnelige tider. Dette gjelder særlig for reindriftsnæringen i disse områdene, som er hardt utsatt for konkurrerende virksomhet og hvis rettigheter til stadighet er i konflikt med private grunneieres interesser.

I utkastet til kartleggings- og anerkjennelseslov § 18 er det fremmet forslag om at krav som *tidligere er rettskraftig avgjort*, kan tas opp til ny behandling når særlige grunner foreligger. Vi mener at dette er et viktig forslag som særlig vil ha betydning i områder hvor samene tidligere har tapt i rettsvister basert på en rettsanvendelse som i dag er forlatt. Praksis har vist at det har vært svært vanskelig, særlig for reindriftssamer, å nå fram med rettskrav i tvister om land- og beiterettigheter. Vilåårene i norsk rett om at bruk av land skal være av en viss intensitet og ha pågått uten vesentlige avbrutt over lang tid, har vært vanskelig å oppfylle for reindriftssamene. Som et resultat av dette har samene framfor alt i det sydsamiske området tapt rettsprosessene om retten til landområder.

At SRU II i NOU 2007: 13 s. 471 her konkret peker på saker hvor resultatet har framstått som urimelig, og hvor man ut fra dagens praksis antagelig ville ha kommet til annet resultat, slik som avgjørelsene inntatt i Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen), Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjell), Rt. 1997 s. 1608 (Aursunden) og RG 1998 s. 1106 Frostating (Tamneshalvøya), konkretiserer hvilke sakstyper det kan være tale om. Vi merker oss også at SRU II framholder at bevisvurderingene i eldre saker har vært basert på jordbrukets krav til utøvelse av rettigheter (s. 476)

samtidig som det pekes på den endrede bevisvurderingen som er lagt til grunn i Rt. 2001 s. 769 (Selbu) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen) også bør nyttes i rettskartleggingen.

Det kan anføres kritiske merknader til at adgangen til å kunne få tatt opp saker til ny behandling skal være enklere hvis Statskog SF eller Hålogalandsallmenningen er en av partene, framfor om det gjelder saker på privat grunn, jf. utkastet § 18 første ledd. Dette stiller samene i de sørligste delene områdene, hvor utmarka i størst grad er privateid, i en mindre gunstig situasjon enn samer for øvrig. Vilåårene for å få tatt opp saker på nytt burde være avhengig av *sakens karakter* og ikke hvem som er motparten til de samiske interessene.

Den påfølgende paragrafen (19) omfatter ekspropriasjon. Den er etter vårt syn uheldig utformet og kan misforstås. Vi formoder at regelen bl.a. har som formål å rette opp den urett i saker som ikke vil bli tatt opp til ny behandling. Dette bør presiseres i loven. Vi mener dessuten at det alminnelige ekspropriasjonsvilkåret om "utvilsomt ... mer gagn enn nytte" ikke hører hjemme her, da dette er "sikkerhetsventil" (s.564 sp. 2), formodentlig for å sikre samisk kultur og næring, samt en mulighet for staten til å gjøre opp økonomisk for gammel urett.

Vi har merket oss at SRU II i utkastet til kartleggings- og anerkjennelseslov § 4 har foreslått at kartleggingskommisjonen skal utrede bruks- og eierrettigheter på grunnlag av *gjeldende nasjonal rett*. Det kan reises spørsmål ved om dette er tilstrekkelig for å oppfylle kravene i ILO-konvensjon artikkel 14. At SRU II har lagt til grunn finnmarkslovens forståelse av begrepet,¹ betyr etter vår mening under alle omstendigheter at samiske sedvaner og rettsoppfatninger er svært relevante for rettskartleggingen og anerkjennelsen. Det samme gjelder folkeretten

I utkastet § 1 er lovens formål nedfelt. Vi har merket oss at det er å kartlegge "eksisterende rettigheter ... i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser". Formålet burde vært supplert med en henvisning til kartlegging av *samiske rettigheter*, slik det er gjort i finnmarksloven § 5 tredje ledd, nettopp for å sikre en anerkjennelse av slike rettigheter i tråd med så vel internrettslige som folkerettslige regler.

På den andre siden kan det i områdene sør for Finnmark være en utfordring å avgrense rettighetene til den samiske delen av befolkningen. SRU II hevder at "tradisjonelle samiske områder" signaliserer at det er tale om de delene av landet hvor bruk og utnyttelse av grunn og naturressurser har dannet og fortsatt danner grunnlaget for samisk næringsdrift, bosetting, samfunnsliv og kulturutøvelse for øvrig (s.162). En nærmere vurdering av hva som faller

¹ Se NOU 2007: 13 s. 538 sp. 2 hvor det henvises til Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 18–19. Her heter det at formuleringen *gjeldende nasjonal rett* er valgt "for bedre å få fram at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal hensyntas". Det framgår her også at folkerettslige kilder er relevante i den utstrekning de omfattes av det alminnelige presumsjonsprinsippet. Se for øvrig også understrekingen av dette i NOU 2007: 13 s. 1147 sp. 2.

innenfor disse definisjonene, og hvordan man sporer avgrensingen mellom ”samisk”, ”norsk” og ”kvensk”, kunne vært ønskelig. Kartleggingskommisjonen vil her få en stor utfordring.

Formuleringen i lovutkastets § 6 annet ledd kan peke mot at samene kun har mulighet til å få sine individuelle rettigheter til naturressurser avklart. En kartlegging hvor det ikke åpnes for anerkjennelse av de kollektive rettighetene, kan i noen sammenhenger være en trussel mot ivaretagelsen av samiske tradisjonsområder. Dette kan være særlig uheldig for reindriften, som drives over store arealer, med mange konkurrerende rettshavere. I § 6 femte ledd er det imidlertid åpnet for at kommisjonen kan iverksette utredninger av eget tiltak. Dette innebærer at også kollektive rettigheter kan utredes. Vi vil understreke at dette ikke bare bør være noe kommisjonen kan gjøre, men at bestemmelsen her pålegger kommisjonen et særlig ansvar, bl.a. for å ivareta de folkerettslige forpliktelsene som verner om samisk kultur og næring.

For øvrig er vi skeptisk til kartleggingslovens *rettsmiddelordning*. I utkastets § 23 er det foreslått at Utmarksdomstolens avgjørelser kan påankes direkte til Høyesterett. Reglene har sine røtter i ankereglene for Høyfjellskommisjonen,² fra en tid da den ikke var begrensning i å få brakt anker inn for Høyesterett. Med dagens ankeordning, som ble innført ved lov 22. mai 1981 nr. 24 om endringer i rettergangslovgivningen m.m., er adgangen til toinstansprøving svært begrenset. Det kan her vises til at for anker over avgjørelsene til Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, hvor det var en liknende ankeordning, ble hele 10 av 15 anker avvist med hjemmel i daværende tvistemålslov § 373.³ Paragrafen er videreført i tvisteloven § 30-4.

Etter vårt syn bør det opprettes en *ankeordning med en reell mulighet for toinstansprøving* for å ivareta rettssikkerheten til så vel samiske - som andre rettshavere.

2. Utkast til Hålogalandslov

Hålogalandslovens formålsbestemmelse er foreslått etter modell av finnmarksloven, og fastslår at loven bl.a. skal legge forholdene til rette for at grunn og ressurser på Hålogalandsallmenningens grunn disponeres på en bærekraftig måte, og særlig til beste for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk osv. i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser, se utkastet § 1.

Etableringen av Hålogalandsallmenningen vil være en formell anerkjennelse av samisk kultur og samiske landrettigheter i fylkene Nordland og Troms, hvor samene også vil få en viss deltagelse i grunnforvaltningen. At *samene sør for Nordland fylke* verken vil få noen

² Oppnevnt ved kgl. res 9. oktober 1908 med hjemmel i lov 8. august 1908 nr. 6 om ordning av retsforholdene vedkommende statens høifjeldsgrund m.v. Kommisjonen var virksom fram til 1953.

³ Nærmere om dette i Øyvind Ravna, ”Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms og de samiske interessene” i NOU 2007: 14 *Samisk naturbruk og rettssituasjon fra Hedmark til Troms* s. 607–726 på s. 627–628.

formell anerkjennelse eller lignende mulighet til å delta i grunnforvaltningen i sine områder, er etter vårt syn problematisk i relasjon til så vel lovforslaget som folkeretten.

For de sørsamiske områdene foreslår SRU II en tillemping av fjellova der reindriftssamenes interesser styrkes. Dette er positivt for reindriftssamene, men vil etter vår vurdering ikke innebære noen økt samisk innflytelse generelt sett over grunnforvaltningen, hvor man må formode at det også finnes andre samiske rettshavere enn reindriften. Samiske interesser kommer dermed fortsatt til å ha liten innflytelse på styring og forvaltning av viktige samiske tradisjonsområder. Skal forvaltning i medhold av fjelloven videreføres i disse områdene, bør den få en *formålsparagraf* som sier at grunnen skal disponeres "til beste for samiske kultur", samtidig som det åpnes for en *annen styresammensetning*. Om dette ikke skjer vil lovgivningen stille den sørsamiske befolkningen i en dårligere stilling enn samer i Nord-Norge. Dette er etter vårt skjønn ikke akseptabelt, verken rettslig eller moralsk sett.

For øvrig vil vi påpeke at også forvaltningen av de tradisjonelle samiske områdene i Nordland og Troms fylker skiller seg klart fra reglene som er etablert for de samiske områdene lengst nord i landet. Eierorganet *Hålogalandsallmenningen* (HA) vil, i motsetning til *Finnmarkseiendommen*, ha et styre hvor samisk representasjon konstant er i mindretall og utgjør to av seks styremedlemmer, jf. utkastets § 6. I et selvbestemmelsesperspektiv er dette problematisk, da selvbestemmelsesretten forutsetter samisk styring også av samiske landområder, se Urfolksdeklarasjonens artikler 3, 26-30 og 32. Styresammensetningen begrenser samisk selvbestemmelse til en rett til å bli konsultert i spørsmål som virker inn på bruken av land og vann i de samiske områdene. Det er ønskelig med en sterkere samisk representasjon i HA sitt styre, lik det som er etablert gjennom finnmarksloven § 7. Samtidig tilsier befolkningssammensetningen i lovens virkeområde at dette kanskje ikke er realistisk. Ut fra retten til selvbestemmelse kan ikke et nytt forvaltningsregime etableres med mindre Sametinget samtykker i dette, og i samråd med de berørte samiske rettighetshaverne. Dette ut fra FNs Menneskerettighetskomites praksis. (s.2)

For å sikre tilstrekkelig samisk innflytelse i forhold til folkeretten, burde det vært ventet med å fastsette styresammensetning inntil kartlegging er gjennomført, hvorefter det burde vurderes om det er grunnlag for å legge til grunn de alternative utformingene av § 6 annet ledd (hvor Sametinget velger tre medlemmer istedenfor to), se NOU 2007:13 s. 1173 sp. 2. Om nødvendig kunne det etter dette etableres en delt forvaltningsordning, hvor samisk representasjon var i flertall i de områdene som kartleggingskommisjonen kom til at var tradisjonelle samiske områder.

På den annen side oppfatter vi det som positivt at forvaltningen av rettighetene til bufebeite, uttak av trevirke, jakt fiske og fangst er foreslått lagt til seks regionale utmarksstyrer. Dette vil etter vårt syn føre til lokal forankring og nærhet mellom beslutningstakere og utmarksbrukere. Det er i denne sammenheng relevant å sammenligne den foreslåtte ordning med Finnmarkseiendommen, som ikke har en slik forvaltningsordning per i dag. Her er det styret i FeFo som tar avgjørelsene som gjelder forvaltningen av rettighetene for hele fylket. Det har som følge av det i flere saker vært etterlyst både bedre innsikt og kunnskap om de lokale forhold hos beslutningstakerne.

I tråd med de allerede fremsatte synspunktene om lovforslagets virkeområde, slutter vi oss til mindretallsforslaget om at Hålogalandsloven også skal gjelde for statsgrunn i tradisjonelle samiske områder sør for Nordland fylke. Det er viktig at den samiske befolkning i de sørlige randsonene får de samme rettigheter og det samme forvaltningsregime å forholde seg til som i de nordligere områdene. Det er nettopp i den sørlige delen at konflikten mellom samisk utmarksbruk og den tradisjonelle norske bondenæringen har vært mest fremtredende de siste tiår. Det er i denne sammenheng av mindre betydning om området sør for Nordland skal hete "Hålogalandsallmenningen" eller ikke, så lenge lovens regler gjelder for området. En god grunn for å innføre dette navnet for også dette området, selv om det kan hevdes at det er misvisende, er at navnet umiddelbart kommuniserer at det gjelder særlige forvaltningsregler for området. Et annet alternativ kunne være å lage et nytt navn, for eksempel "Hålogaland- og trøndelagsallmenningen".

Det er positivt at det innføres fulle allmenningsrettigheter for jordbrukseiendommer innen lovens virkeområde, jf. lovutkastet § 28. Her har samiske og andre jordbrukere i Nord-Norge hatt en svakere rettslig stilling enn sørnorske jordbrukere. Om lovforslaget blir vedtatt, vil denne uretten formelt bli fjernet.

3. Forslaget til ny Saksbehandlings- og konsultasjonslov

Vi er positiv til SRU IIs utkast til saksbehandlings og konsultasjonslov for hele det samiske området, jf. utkastet § 3 og NOU 2007: 13 s. 1234-1260. Vi er enige med SRU II i at disse forslagene er viktige for å sikre samsvar med folkeretten. Det er av stor betydning for de samiske lokalsamfunnene at de tidligst mulig kan komme inn og påvirke beslutningsprosesser som kan påvirke dem, jf. utkastets § 14. Ut fra høringsuttalelsene er det særdeles viktig at reglene om konsultasjoner også skal gjelde for beslutninger og tiltak som gjelder petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel og beslutninger som gjelder fiske og annen materiell grunnlag for kulturutøvelse i samiske kyst- og fjordområder.

Det er også viktig å få lovfestet avtalen som følger av konsultasjonsavtalen mellom Sametinget og regjeringen fra 11. mai 2005. Prinsippet om forhåndsamtykke og konsultasjoner er i dag sammen med selvbestemmelsesretten grunnpillarene i den internasjonale urfolksretten. Forslaget til konsultasjonslov vil sikre effektiv oppfølging av Norges forpliktelser ikke bare etter ILO-konvensjon nr. 169, men også etter den nylig vedtatte Urfolksdeklarasjonen der disse prinsippene er av fundamental viktighet for å oppnå målsetningene i deklarasjonen. Lovutkastet vil derfor i sin helhet kunne bidra til at en rekke norske lover nå blir i samsvar med Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonen og Urfolkserklæringen. Etter vårt syn er det et viktig skritt i riktig retning at SRU II foreslår at der det ikke oppnås enighet om et tiltak, skal tiltaket som hovedregel ikke tillates, jf. utkastet § 10, siste ledd.

Selv om vi er positive til utkastet til saksbehandlings- og konsultasjonslov, vil vi presisere at forslagene ikke tar sikte på å gi Sametinget noen forhandlingsrett, slik f.eks. det finske Sametinget har etter den finske Sametingslagens § 9 (lag 974/1995) og retten til kulturell autonomi Sametinget har etter § 17 (3) i den finske grunnloven av 1999. Utkastet til Nordisk Samekonvensjon inneholder en bestemmelse som klart anerkjenner Sametingets rett til forhandlinger med statlige myndigheter. Sett i lys av den samisk selvbestemmelsesretten som Norge har støttet gjennom arbeidet med Urfolksdeklarasjonen i FN og nå er i ferd med å vurdere i forhold til utkastet til Samekonvensjon, så blir forslagene om konsultasjoner svake sett i forhold til de vurderingene Ekspertgruppa har gjort av artikkel 1 i Menneskerettighetskonvensjonene av 1966, og artikkel 3 i FNs Urfolksdeklarasjonen av 2007. Det er på sin plass med en avklaring av hvordan det skal sikres at saksbehandlings- og konsultasjonsloven er i samsvar med de målsetningene Norge har støttet i Urfolkdeklarasjonen. Slike avklaringer bør vurderes utformet i det videre lovarbeidet i samråd med Sametinget.

4. Forholdet til folkeretten, særlig om sørsamiske områder.

Vi har registrert at SRU II konkluderer med at forslagene er i tråd med folkeretten. I forhold til det sørsamiske området er det sider som kan tale for at denne konklusjonen er forhastet. Vi vil her peke på at Hålogalandslovens bestemmelse om forholdet til folkeretten, som blant annet innebærer en begrenset inkorporering av ILO-konvensjon nr. 169, ikke er foreslått gjort gjeldene for de tradisjonelle samiske områdene i Sør-Norge. Dette innebærer slik vi ser det at folkeretten ikke vil ha samme internrettslige stilling i forhold til forvaltningen av de sørsamiske områdene som i Finnmark, Troms og nordre del av Nordland. En slik differensiering er vanskelig å forsvare ut fra Norges folkerettslige forpliktelser overfor sørsamisk kultur og bosetting. SRU II begrunner ikke hvordan det kan være i samsvar med folkeretten at samene i

de sørsamiske områdene vil få mer begrensede rettigheter til innflytelse enn andre samer. Vi vil her reise spørsmål ved om lovforslaget på dette området er forenlig med ikke-diskrimineringsprinsippet som er nedfelt i ulike folkerettslige instrumenter. Ut fra dette prinsippet kan Norge ikke bare forholde seg passiv til at sørsamisk kultur er i en svært utsatt posisjon. Det er ingen tvil om at prinsippet i dag omfatter en plikt til aktive tiltak for å forhindre at sørsamisk kultur dør ut.

Et av hovedproblemene ved utvalgsflertallets forslag er derfor at det i liten grad bidrar til å sikre samiske rettigheter i dette området. Flertallet i SRU II legger til grunn at samiske rettigheter i sørsamiske områder begrenser seg til reindriftsretten i form av en kollektiv bruksrett, og at samene ikke synes å ha opparbeidet andre former for kollektive eller individuelle rettigheter. Utvalgets forslag sikrer sterkere innflytelse for samiske representanter i forhold til grunn disponeringstiltak i Hålogalandsallmenningen enn hva tilfellet er i statsallmenningene i de sørsamiske områdene. SRU II foreslår riktignok at Statskogs vedtekter endres, slik at ett av styremedlemmene oppnevnes etter forslag fra Sametinget. En slik løsning vil imidlertid gi samene marginal innflytelse i grunneierorganet, og svakere representasjon enn hva tilfeller er nord for de sørsamiske områdene.

I forslaget til hålogalandsloven § 4 foreslås inntatt en liknende regel både i *kartleggingsloven* og som ett tillegg til *fjellova*, etter modell av Finnmarkslovens § 5, som slår fast at "Samene gjennom kollektiv og individuell langvarig bruk har opparbeidet rettigheter til land, vann, kyst- og fjordområder i de tradisjonelle samiske områdene fra Troms fylke og sør- over. For å fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som samene og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag, opprettes en kartleggingskommisjon og en særdomstol som skal avgjøre tvister om slike rettigheter." En slik lovformulering vil kunne skape mer harmoni mellom områdene som forvaltes etter hhv. finnmarksloven, hålogalandsloven og fjellova. Det er videre behov for å gi en slik bestemmelse rekkevidde *de samiske områdene som ikke forvaltes etter nevnte lovgivning, altså visse strekninger i privat eie.*

5. Endringer i reindriftsloven

Dette er særlig behandlet i uttalelse 1. Forslagene om en tydeligere inkorporering av ILO-konvensjon nr. 169 i reindriftsloven, og forslaget fra SRU II om at presumsjons- eller bevisbyrderegelen i reinl. § 4 skal omfatte reindriftsutøvernes aksessoriske rettigheter blir sett som positivt. Det er viktig at reindriftslovens regel om ekspropriasjonsvern for inngrep i reindriftsområder, presiseres til også å omfatte inngrep av jordbruksmessig art slik som

nydyrking, da det har vært usikkerhet knyttet til dette. I tillegg kan skogsavvirkning og tilknyttet virksomhet, f.eks. skogsbilvegbygging inkluderes.

Regelen om fredning av reinbeiteområder i reinl. § 19 annet ledd, er en bestemmelse som har sin bakgrunn i oppfatningen som lå til grunn for 1933-loven, og hører ikke hjemme i en moderne reindriftslov. Forslaget om å fjerne bestemmelsen støttes. Sammenholdt med forslaget i kartleggings- og anerkjennelsesloven § 18 annet ledd, bør dette f.eks. kunne innebære at Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1092 bør kunne være gjenstand for ny prøving.

Videre er det naturlig at varslingsreglene endres for grunneiere og bruksberettigede som skal utnytte sine rettigheter i reindriftsområder, jf. reinl. § 63. Rettsutviklingen tilsier her at det er naturlig å endre § 63 slik at grunneier og bruksrettshavere rettslig sett likestilles, jf. NOU 2007: 13 s. 794 sp. 2, etter samme prinsipp som i servituttlova § 2. Det må bemerkes at SRU II har understreket (s.795 sp. 1) at hvis forholdet mellom de reindriftsberettigede og andre rettighetshavere ikke kan løses av reinl. § 63 og det eventuelt er aktuelt at reindriftsretten må stå tilbake for grunneierens utnyttelse av sin eiendom, vil utgangspunktet være at dette bare kan skje ved ekspropriasjon.

Når det gjelder reglene om *erstatning for skade forårsaket av rein* er ansvar for skade forårsaket av rein strengere enn tilsvarende ansvarsreglene for skade forårsaket av bufe.⁴ Dette legges også til grunn av SRU II, som samtidig understreker at ”statens folkerettslige forpliktelser tilsier at reglene om erstatningsansvar for skade påført av rein bør utformes mest mulig likt reglene om erstatningsansvar for skade påført av bufe. Et bærende prinsipp i ILO-konvensjon nr. 169 er at urfolkets bruk skal gis samme beskyttelse som tilsvarende bruk utøvd av majoritetsbefolkningen”.

Særuttalelsen til utvalgsmedlemmet Røssvoll, som representerte Norges Bondelag i SRU II, må også trekkes fram. Etter å ha vist til Selbu-dommen, hvor Høyesterett slo fast at reindriftsretten ikke var noen ”uskyldig nyttesrett”, men grunnet i prinsippet om alders tids bruk, uttaler Røssvoll at for ”å vurdere rimeligheten i reineiers erstatningsansvar, kan en altså erstatte reineier med bufeholder og spørre; hvorledes bør reglene være?” I følge Røssvoll innebærer dette at ”en fra landbrukets side nå må akseptere at regelverket for reineiers erstatningsansvar etter reindriftsloven og bufeholders erstatningsansvar etter beiteloven/grannegjerdeloven nå samordnes, dvs. at reindriftens rettsstilling nå vil bli vurdert etter tilsvarende regler som gjelder for bufeholders objektive erstatningsansvar for skade på annenmanns innmark”, se NOU 2007: 13 s. 789 sp. 2.

⁴ Se f.eks. Øyvind Ravna, ”Ansvar for skade forårsaket av rein” i *LoR* 2007 s. 171–184.

Dette må ses som en erkjennelse fra Bondelagets representant basert på at primærnæringer skal kunne eksistere side om side, noe som vil kunne bidra til en harmonisering av lovverket, og som trolig også vil kunne bidra til en konstruktiv prosess fram et slik mål. I samsvar med en målsetting om å likestille reineieres ansvar med bufeholdere, støttes forslaget om en oppmykning av solidaransvaret.

Selv om både bufeholder og reineiere har hatt et objektivt ansvar for skade deres dyr forårsaker, har dette i praksis blitt svært forskjellig. Grunnen til dette er i hovedsak at det foreligger *gjerdeplikt* mellom naboer, herunder også grunneier og bruksrettshaver, der sistnevnte er bufeholder, jf. grannegjerdelova § 11 og dom i RG 1981 s. 592 (Frostating). Manglende gjerdehold fra grunneier kan således betraktes som medvirkning etter beiteloven § 7 annet ledd, noe som innebærer at dyreeiers erstatningsansvar kan bli redusert eller falle bort. SRU II foreslår her en harmonisering dels ved å la reinl. § 67 femte ledd vise til skadeserstatningslovens regler om medvirkning og lemping av erstatningsansvar, og dels ved å ta inn et nytt ledd i reinl. § 69 som slår fast at grunneier må føre opp gjerde som freder for rein ved nydyrking eller liknende tiltak i utmark for at det objektive ansvaret for reinskade skal gjelde.

Lovutforming på dette området er imidlertid tungvint og lite hensiktsmessig. For tiltak som ikke kan karakteriseres som nydyrking o.l. i utmark, vil det ikke gjelde noen generell gjerdeplikt, og det må dermed kunne reises spørsmål ved om unnlatelse av gjerdehold kan karakteriseres som medvirkning, jf. skadeerstatningsloven § 5-1. Denne usikkerheten vil ganske sikkert lede til rettsprosesser, og i praksis innebære at reineiere ikke vil være likestilt med bufeholdere ansvarsmessig.

Som nevnt er det nettopp reglene om gjerdehold som har dannet skillet mellom bufeholderes og reineieres erstatningsansvar.⁵ Det kan i denne sammenheng påpekes at det har hersket tvil om grannegjerdeloven gjelder i reindriftssammenheng pga. av lovens § 1 første punktum hvor det heter: "Føresetnadene i denne lova gjeld berre når ikkje anna fylgjer av serlege rettshøve." Reindriftsloven er blitt vurdert som en særlov (*lex specialis*) som går foran grannegjerdelovas mer generelle regler. For å få til en reell harmonisering, noe som har vært SRU II sin målsetting, foreslås det at lovgiver slår fast at grannegjerdeloven § 11 gjelder i forhold der reineier er "ein annan enn eigaren [som] brukar eigedommen". Rettsutviklingen, hvor reindriftssamers bruksretter er blitt mer likestilte med andre bruksrettigheter av privat karakter, tilsier at dette er en naturlig utvikling hvor man nettopp erstatter reineier med bufeholder i loven. Med en slik lovendring vil man slå fast at både reineier og grunneier har ansvar og plikt

⁵ Se Ravna, "Ansvar for skade forårsaket av rein" i *LoR* 2007 s. 171 – 184.

til gjerdehold og samtidig rett til å kreve at den andre part tar del i gjerdeholdet. Slik gjerdeplikt er en forutsetning for at det skal være meningsfylt å se reindriftsloven erstatningsregler i relasjon til de alminnelige erstatningsrettslige regler om skadelidtes medvirkning i skadeerstatningsloven § 5-1.⁶ Man unngår dermed en situasjon som tidvis oppstår i dag, nemlig at grunneier nekter reineier å føre opp gjerde, bl.a. som følge av uenighet om hvor det skal gå, hvor sistnevnte som følge av dette ikke klarer å overholde sin vokteplikt.

Grannegjerdeloven § 11 regulerer også kostnadene ved gjerdeholdet, idet den viser til samme lovs § 8, som pålegger hver av partene halvparten av kostnadene. Om slik fordeling er urimelig, kan kostnadene fordeles etter skjønn. For sistnevnte tilfelle kan det vises til reglen i reintl. § 69. Gjennom denne regelen kan det også fastsettes hvor gjerdet skal plasseres. Som en tilpasning til lovforslaget bør også grunneier kunne kreve slikt gjerdeskjønn.

Til slutt kan det påpekes at gjerdehold bør være utgangspunktet for å unngå skade på jordbrukers innmark o.l. i områder hvor det foregår reindrift. Om lovgiver ikke finner å kunne gjøre grannegjerdeloven § 11 gjeldende i reindriftsområder, eller innta en tilsvarende bestemmelse i reindriftsloven, bør dette i erstatningstilfeller hvor grunneier ikke har forsøkt å få til minnelig gjerdeordning eller krevd skjønn, subsidært kunne lede til lemping av erstatningsansvar etter skadeerstatningsloven § 5-2. Også i dette tilfellet må det da være åpnet for at så vel grunneier som reineier kan kreve slikt skjønn.

6. Behov for styrket utdanning i juss og tilgrensende fagområder

Forskning på samiske forhold er ikke et spesielt omfattende forskningsområde, men et felt i utvikling hvor personer med bakgrunn fra flere vitenskapelige disipliner medvirker. Feltet preges av en rivende utvikling internasjonalt, i politiske debatter og gjennom de omfattende faglige diskusjonene innenfor og mellom ulike fagområder. Linjen fra den første innstillingen til Samerettsutvalget i 1984 til innstillingen fra Samerettsutvalg II er en illustrasjon på den omfattende utviklingen som har funnet sted i Norge med hensyn til utvikling av lovverk, etablering av institusjoner, og for utviklingen i retning av anerkjennelse for den samiske befolkningen som urfolk. Kunnskapsutviklingen – i form av forskning og utdanningstilbud – har vært et viktig premiss for disse prosessene.

For en utdanningsinstitusjon som vil være sentral i utdanningen av kandidater som skal arbeide med rettslige og andre problemstillinger innen de samiske tradisjonsområdene, må det påpekes at lovforslagene fordrer et ytterligere kunnskapsbehov. Dette vil utvilsomt gjelde både for de som aktivt skal arbeide i med rettskartleggingen i kommisjoner og domstoler, de

⁶ Op. cit s. 184.

som skal prosedere saker for disse, og de som skal arbeide i forvaltningen og må forholde seg til det nye regelverket som vil komme. Utviklingen siden den første innstillingen viser også at internasjonal rett er viktig, og at kunnskapsbehovet på dette området vil øke. Som påpekt omfatter utredningen et geografisk område hvor det har vært konflikter mellom ulike bruksformer, og hvor balansen mellom samene og andre befolkningsgrupper gjør det utfordrende å etablere forvaltningsordninger. En videre anerkjennelse av samisk kultur og rettigheter i det området som er beskrevet i utredningen krever derfor betydelig kunnskap om hvordan ulike institusjonelle ordninger fungerer og hvilke effekter de kan gi. Staten, som lovgiver, må ta høyde for dette, både når det gjelder grunn- og etterutdanning i juridiske disipliner slik som folkerett, samerett og tingsrett. Eiendomsfag, reindrifsfag og utdanning om tradisjonell kunnskap og arealbruk må også inngå i dette. I tillegg må det tas høyde for et økt behov for forskning, spesielt med basis i fag som historie, jus og antropologi, som kan danne grunnlaget for kartleggingskommisjonens arbeid.

Susann Funderud Skogvang og
Øyvind Ravna
Juridisk Fakultet, UiT

Til Det juridiske Fakultet, UiT
her

Tromsø, 21. november 2008

Uttalelse til Samerettsutvalget II sin innstilling NOU: 2007:13 "Den nye sameretten"

Da det ikke har lyktes å komme til noen samlet uttalelse fra Samerettsgruppa ved Det juridiske fakultet, har Susann Funderud Skogvang og Øyvind Ravna avgitt felles høringsuttalelse til Samerettsutvalget II sin innstilling NOU: 2007: 13 "Den nye sameretten". Vår uttalelse berører særlig disse spørsmål:

1. Utkast til Kartleggings- og anerkjennelseslov (lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover)
2. Utkast til Hålogalandslov (lov om rettsforhold og disponering over grunn og naturressurser på Hålogalandsallmenningens grunn i Nordland og Troms)
3. Utkast Saksbehandlings- og konsultasjonslov (lov om saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for naturgrunnlaget i tradisjonelle samiske områder)
4. Forholdet til folkeretten, særlig om sørsamiske områder.
5. Endringer i reindriftsloven.
6. Behov for styrket utdanning i juss og tilgrensende fagområder.

Utkast til Kartleggings- og anerkjennelseslov

I utkastet til Kartleggings- og anerkjennelseslov (lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover) har Samerettsutvalget II (heretter kalt SRU II) det foreslått å etablere egne ordninger for å oppfylle statens folkerettslige forpliktelser om å kartlegge og anerkjenne rettigheter i de tradisjonelle samiske områdene sør for Finnmark fylke. Rettighetskartleggingen skal skje i medhold av lovutkastets kapittel 2, som er ment å skulle oppfylle kravet i ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 (2).

Vi vil innledningsvis påpeke at den er positiv til at virkeområdet for den nye kartleggings- og anerkjennelsesloven foreslås å omfatte all fast eiendom og vassdrag med naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene, jf. utkastets § 2. I NOU 2007: 13 s. 529 sp. 1 framgår det at dette gjelder "de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms og sørover i sin helhet"

(vår utheving). Dette innebærer at også områder som i dag er i privat eie omfattes av lovforslaget. Det må også innebære at Trollheimen-området inngår, selv om dette ikke er direkte nevnt. En *klargjøring* kunne her være ønskelig. Vi er videre også positiv til at det her, i motsetning til for Finnmark, er foreslått en kartleggings- og anerkjennelseslov som også skal identifisere rettigheter knyttet til saltvannsfiske og andre marine ressurser i samiske kyst- og fjordområder, jf. lovutkastet § 2.

At rettsidentifisering nå vil omfatte hele det samisk området i Norge er av stor betydning, bl.a. for å avklare hva samer, individuelt og kollektivt eier- eller har bruksretter til, for å beskytte samiske rettighetshavere mot inngrep i deres rettigheter og for å bidra til konfliktløsning. Videre er dette viktig for at samene rent faktisk skal få anerkjent at deres bruk av land og vann kan lede til rettsdannelse, slik det har gjort for majoritetsbefolkningen i landet i uminnelige tider. Dette gjelder særlig for reindriftsnæringen i disse områdene, som er hardt utsatt for konkurrerende virksomhet og hvis rettigheter til stadighet er i konflikt med private grunneieres interesser.

I utkastet til kartleggings- og anerkjennelseslov § 18 er det fremmet forslag om at krav som *tidligere er rettskraftig avgjort*, kan tas opp til ny behandling når særlige grunner foreligger. Vi mener at dette er et viktig forslag som særlig vil ha betydning i områder hvor samene tidligere har tapt i rettsvister basert på en rettsanvendelse som i dag er forlatt. Praksis har vist at det har vært svært vanskelig, særlig for reindriftssamer, å nå fram med rettskrav i tvister om land- og beiterettigheter. Vilårene i norsk rett om at bruk av land skal være av en viss intensitet og ha pågått uten vesentlige avbrutt over lang tid, har vært vanskelig å oppfylle for reindriftssamene. Som et resultat av dette har samene framfor alt i det sydsamiske området tapt rettsprosessene om retten til landområder.

At SRU II i NOU 2007: 13 s. 471 her konkret peker på saker hvor resultatet har framstått som urimelig, og hvor man ut fra dagens praksis antagelig ville ha kommet til annet resultat, slik som avgjørelsene inntatt i Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen), Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjell), Rt. 1997 s. 1608 (Aursunden) og RG 1998 s. 1106 Frostating (Tammeshalvøya), konkretiserer hvilke sakstyper det kan være tale om. Vi merker oss også at SRU II framholder at bevisvurderingene i eldre saker har vært basert på jordbrukets krav til utøvelse av rettigheter (s. 476) samtidig som det pekes på den endrede bevisvurderingen som er lagt til grunn i Rt. 2001 s. 769 (Selbu) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen) også bør nyttes i rettskartleggingen.

Vi er imidlertid kritisk til at adgangen til å kunne få tatt opp saker til ny behandling skal være enklere hvis Statskog SF eller Hålogalandsallmenningen er en av partene, framfor om det gjelder saker på privat grunn, jf. utkastet § 18 første ledd. Dette stiller samene i de

sørligste delene områdene, hvor utmarka i størst grad er privateid, i en mindre gunstig situasjon enn samer for øvrig. Vilåårene for å få tatt opp saker på nytt burde være avhengig av *sakens karakter* og ikke hvem som er motparten til de samiske interessene.

Den påfølgende paragrafen (19) omfatter ekspropriasjon. Den er etter vårt syn uheldig utformet og kan misforstås. Vi formoder at regelen bl.a. har som formål å rette opp den urett i saker som ikke vil bli tatt opp til ny behandling. Dette bør presiseres i loven. Vi mener dessuten at det alminnelige ekspropriasjonsvilkåret om "utvilsomt ... mer gagn enn nytte" ikke hører hjemme her, da dette er "sikkerhetsventil" (s. 564 sp. 2), formodentlig for å sikre samisk kultur og næring, samt en mulighet for staten til å gjøre opp økonomisk for gammel urett.

Vi har merket oss at SRU II i utkastet til kartleggings- og anerkjennelseslov § 4 har foreslått at kartleggingskommisjonen skal utrede bruks- og eierrettigheter på grunnlag av *gjeldende nasjonal rett*. Det kan reises spørsmål ved om dette er tilstrekkelig for å oppfylle kravene i ILO-konvensjon artikkel 14. At SRU II har lagt til grunn finnmarkslovens forståelse av begrepet,¹ betyr etter vår mening under alle omstendigheter at samiske sedvaner og rettsoppfatninger er svært relevante for rettskartleggingen og anerkjennelsen. Det samme gjelder folkeretten

I utkastet § 1 er lovens formål nedfelt. Vi har merket seg at det er å kartlegge "eksisterende rettigheter ... "i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser". Vi mener at formålet burde vært supplert med en henvisning til kartlegging av *samiske rettigheter*, slik det er gjort i finnmarksloven § 5 tredje ledd, nettopp for å sikre en anerkjennelse av slike rettigheter i tråd med så vel internrettslige som folkerettslige regler.

Formuleringen i lovutkastets § 6 annet ledd kan peke mot at samene kun har mulighet til å få sine individuelle rettigheter til naturressurser avklart. En kartlegging hvor det ikke åpnes for anerkjennelse av de kollektive rettighetene, kan i noen sammenhenger være en trussel mot ivaretagelsen av samiske tradisjonsområder. Dette kan være særlig uheldig for reindriften, som drives over store arealer, med mange konkurrerende rettshavere. I § 6 femte ledd er det imidlertid åpnet for at kommisjonen kan iverksette utredinger av eget tiltak. Dette innebærer at også kollektive rettigheter kan utredes. Vi vil understreke at dette ikke bare bør være noe kommisjonen kan gjøre, men at bestemmelsen her pålegger kommisjonen et særlig ansvar, bl.a. for å ivareta de folkerettslige forpliktelsene som verner om samisk kultur og næring.

¹ Se NOU 2007: 13 s. 538 sp. 2 hvor det henvises til Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 18–19. Her heter det at formuleringen *gjeldende nasjonal rett* er valgt "for bedre å få fram at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal hensyntas". Det framgår her også at folkerettslige kilder er relevante i den utstrekning de omfattes av det alminnelige presumsjonsprinsippet. Se for øvrig også understrekingen av dette i NOU 2007: 13 s. 1147 sp. 2.

For øvrig er vi skeptisk til kartleggingslovens *rettsmiddelordning*. I utkastets § 23 er det foreslått at Utmarksdomstolens avgjørelser kan påankes direkte til Høyesterett. Reglene har sine røtter i ankereglene for Høyfjellskommisjonen,² fra en tid da den ikke var begrenset i å få brakt anker inn for Høyesterett. Med dagens ankeordning, som ble innført ved lov 22. mai 1981 nr. 24 om endringer i rettergangslovgivningen m.m., er adgangen til toinstansprøving svært begrenset. Det kan her vises til at for anker over avgjørelsene til Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, hvor det var en liknende ankeordning, ble hele 10 av 15 anker avvist med hjemmel i daværende tvistemålslov § 373.³ Paragrafen er videreført i tvisteloven § 30-4.

Etter vårt syn bør det opprettes en *ankeordning med en reell mulighet for toinstansprøving* for å ivareta rettssikkerheten til så vel samiske - som andre rettshavere.

Utkast til Hålogalandslov

Hålogalandslovens formålsbestemmelse er foreslått etter modell av finnmarksloven, og fastslår at loven bl.a. skal legge forholdene til rette for at grunn og ressurser på Hålogalandsallmenningens grunn disponeres på en bærekraftig måte, og særlig til beste for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk osv. i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser, se utkastet § 1.

Etableringen av Hålogalandsallmenningen vil være en formell anerkjennelse av samisk kultur og samiske landrettigheter i fylkene Nordland og Troms, hvor samene også vil få en viss deltagelse i grunnforvaltningen. At *samene sør for Nordland* fylke verken vil få noen formell anerkjennelse eller lignende mulighet til å delta i grunnforvaltningen i sine områder, er etter vårt syn problematisk i relasjon til så vel lovforslaget som folkeretten.

For de sørsamiske områdene foreslår SRU II en tillemping av fjellova der reindriftssamenes interesser styrkes. Dette er positivt for reindriftssamene, men vil etter vår vurdering ikke innebære noen økt samisk innflytelse generelt sett over grunnforvaltningen, hvor man må formode at det også finnes andre samiske rettshavere enn reindriften. Samiske interesser kommer dermed fortsatt til å ha liten innflytelse på styring og forvaltning av viktige samiske tradisjonsområder. Skal forvaltning i medhold av fjelloven videreføres i disse områdene, bør den få en *formålsparagraf* som sier at grunnen skal disponeres "beste for samiske kultur", samtidig som det åpnes for en *annen styresammensetning*. Om dette ikke skjer vil lovgivningen stille den sørsamiske befolkningen i en dårligere stilling enn samer i Nord-Norge. Dette er etter vårt skjønn ikke akseptabelt, verken rettslig eller moralsk sett.

² Oppnevnt ved kgl. res 9. oktober 1908 med hjemmel i lov 8. august 1908 nr. 6 om ordning av retsforholdene vedkommende statens høifjeldsgrund m.v. Kommisjonen var virksom fram til 1953.

³ Nærmere om dette i Øyvind Ravna, "Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms og de samiske interessene" i NOU 2007: 14 *Samisk naturbruk og rettsituasjon fra Hedmark til Troms* s. 607–726 på s. 627–628.

For øvrig vil vi påpeke at også forvaltningen av de tradisjonelle samiske områdene i Nordland og Troms fylker skiller seg klart fra reglene som er etablert for de samiske områdene lengst nord i landet. Eierorganet *Hålogalandsallmenningen* (HA) vil, i motsetning til *Finnmarkseiendommen*, ha et styre hvor samisk representasjon konstant er i mindretall og utgjør to av seks styremedlemmer, jf. utkastets § 6. I et selvbestemmelsesperspektiv er dette problematisk, da selvbestemmelsesretten forutsetter samisk styring også av samiske landområder, se Urfolksdeklarasjonens artikler 3, 26-30 og 32. Styresammensetningen begrenser samisk selvbestemmelse til en rett til å bli konsultert i spørsmål som virker inn på bruken av land og vann i de samiske områdene. Man kunne således ha ønsket en sterkere samisk representasjon HA sitt styre, lik det som er etablert gjennom finnmarksloven § 7. Samtidig tilsier befolkningssammensetningen i lovens virkeområde at dette kanskje ikke er realistisk.

For å sikre tilstrekkelig samisk innflytelse i forhold til folkeretten, burde det vært ventet med å fastsette styresammensetning inntil kartlegging er gjennomført, hvorefter det burde vurderes om det er grunnlag for å legge til grunn de alternative utformingene av § 6 annet ledd (hvor Sametinget velger tre medlemmer istedenfor to), se NOU 2007:13 s. s. 1173 sp. 2. Om nødvendig kunne det etter dette etableres en delt forvaltningsordning, hvor samisk representasjon var i flertall i de områdene som kartleggingskommisjonen kom til at var tradisjonelle samiske områder.

Vi vil avslutningsvis i dette avsnittet påpeke at det er positivt at det innføres fulle allmenningsrettigheter for jordbrukseiendommer innen lovens virkeområde, jf. lovutkastet § 28. Her har samiske og andre jordbrukere i Nord-Norge hatt en svakere rettslig stilling enn sørnorske jordbrukere. Om lovforslaget blir vedtatt, vil denne uretten formelt bli fjernet.

Forslaget til ny Saksbehandlings- og konsultasjonslov

Vi er positiv til SRU IIs utkast til saksbehandlings og konsultasjonslov for hele det samiske området, jf. utkastet § 3 og NOU 2007: 13 s. 1234-1260. Vi er enige med SRU II i at disse forslagene er viktige for å sikre samsvar med folkeretten. Det er av stor betydning for de samiske lokalsamfunnene at de tidligst mulig kan komme inn og påvirke beslutningsprosesser som kan påvirke dem, jf. utkastets § 14. Etter Vis syn er det særdeles viktig at reglene om konsultasjoner også skal gjelde for beslutninger og tiltak som gjelder petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel og beslutninger som gjelder fiske og annen materiell grunnlag for kulturutøvelse i samiske kyst- og fjordområder.

Det er også viktig å få lovfestet avtalen som følger av konsultasjonsavtalen mellom Sametinget og regjeringen fra 11. mai 2005. Prinsippet om forhåndsamtykke og konsultasjoner er i

dag sammen med selvbestemmelsesretten grunnpilarene i den internasjonale urfolksretten. Forslaget til konsultasjonslov vil sikre effektiv oppfølging av Norges forpliktelser ikke bare etter ILO-konvensjon nr. 169, men også etter den nylig vedtatte Urfolksdeklarasjonen der disse prinsippene er av fundamental viktighet for å oppnå målsetningene i deklarasjonen. Lovutkastet vil derfor i sin helhet kunne bidra til at en rekke norske lover nå blir i samsvar med Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonen og Urfolkserklæringen. Etter vårt syn er det et viktig skritt i riktig retning at SRU II foreslår at der det ikke oppnås enighet om et tiltak, skal tiltaket som hovedregel ikke tillates, jf. utkastet § 10, siste ledd.

Selv om vi er positive til utkastet til saksbehandlings- og konsultasjonslov, vil vi presisere at forslagene ikke tar sikte på å gi Sametinget noen forhandlingsrett, slik f.eks. det finske Sametinget har etter den finske Sametingslagens § 9 (lag 974/1995) og retten til kulturell autonomi Sametinget har etter § 17 (3) i den finske grunnloven av 1999. Utkastet til Nordisk Samekonvensjon inneholder en bestemmelse som klart anerkjenner Sametingets rett til forhandling med statlige myndigheter. Sett i lys av den samisk selvbestemmelsesretten som Norge har støttet gjennom arbeidet med Urfolksdeklarasjonen i FN og nå er i ferd med å vurdere i forhold til utkastet til Samekonvensjon, så blir forslagene om konsultasjoner svake sett i forhold til de vurderingene Ekspertgruppa har gjort av artikkel 1 i Menneskerettighetskonvensjonene av 1966, og artikkel 3 i FNs Urfolksdeklarasjonen av 2007. Vi mener derfor det er på sin plass med en avklaring av hvordan det skal sikres at saksbehandlings- og konsultasjonsloven er i samsvar med de målsetningene Norge har støttet i Urfolkdeklarasjonen. Slike avklaringer bør vurderes utformet i det videre lovarbeidet i samråd med Sametinget.

Forholdet til folkeretten, særlig om sørsamiske områder.

Vi har registrert at SRU II konkluderer med at forslagene er i tråd med folkeretten. I forhold til det sørsamiske området er det sider som kan tale for at denne konklusjonen er forhastet. Vi vil her peke på at Hålogalandslovens bestemmelse om forholdet til folkeretten, som blant annet innebærer en begrenset inkorporering av ILO-konvensjon nr. 169, ikke er foreslått gjort gjeldene for de tradisjonelle samiske områdene i Sør-Norge. Dette innebærer slik vi ser det at folkeretten ikke vil ha samme internrettslige stilling i forhold til forvaltningen av de sørsamiske områdene som i Finnmark, Nordland og Troms. En slik differensiering er vanskelig å forsvare ut fra Norges folkerettslige forpliktelser overfor sørsamisk kultur og bosetting. SRU II begrunner ikke hvordan det kan være i samsvar med folkeretten at samene i de sørsamiske områdene vil få mer begrensede rettigheter til innflytelse enn andre samer. Vi vil her reise spørsmål ved om lovforslaget på dette området er forenlig med ikke-diskrimineringsprinsippet

som er nedfelt i ulike folkerettslige instrumenter. Ut fra dette prinsippet kan Norge ikke bare forholde seg passiv til at sørsamisk kultur er i en svært utsatt posisjon. Det er ingen tvil om at prinsippet i dag omfatter en plikt til aktive tiltak for å forhindre at sørsamisk kultur dør ut.

Et av hovedproblemene ved utvalgsflertallets forslag er derfor at det i liten grad bidrar til å sikre samiske rettigheter i dette området. Flertallet i SRU II legger til grunn at samiske rettigheter i sørsamiske områder begrenser seg til reindriftsretten i form av en kollektiv bruksrett, og at samene ikke synes å ha opparbeidet andre former for kollektive eller individuelle rettigheter. Utvalgets forslag sikrer sterkere innflytelse for samiske representanter i forhold til grunnadisponeringstiltak i Hålogalandsallmenningen enn hva tilfellet er i statsallmenningene i de sørsamiske områdene. SRU II foreslår riktignok at Statskogs vedtekter endres, slik at ett av styremedlemmene oppnevnes etter forslag fra Sametinget. En slik løsning vil imidlertid gi samene marginal innflytelse i grunneierorganet, og svakere representasjon enn hva tilfeller er nord for de sørsamiske områdene.

Vi viser til forslaget til hålogalandsloven § 4 og foreslår inntatt en liknende regel både i *kartleggingsloven* og som ett tillegg til *fjellova*, etter modell av Finnmarkslovens § 5, som slår fast at "Samene gjennom kollektiv og individuell langvarig bruk har opparbeidet rettigheter til land, vann, kyst- og fjordområder i de tradisjonelle samiske områdene fra Troms fylke og sørover. For å fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som samene og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag, opprettes en kartleggingskommisjon og en særdomstol som skal avgjøre tvister om slike rettigheter." En slik lovformulering vil kunne skape mer harmoni mellom områdene som forvaltes etter hhv. finnmarksloven, hålogalandsloven og fjellova. Vi mener også det er behov for å gi en slik bestemmelse rekkevidde *de samiske områdene som ikke forvaltes etter nevnte lovgivning, altså visse strekninger i privat eie.*

Endringer i reindriftsloven

Vi støtter forslagene om en tydeligere inkorporering av ILO-konvensjon nr. 169 i reindriftsloven. Vi synes også det er positivt at SRU II foreslår at presumsjons- eller bevisbyrderegelen i reindriftsloven § 4 skal omfatte reindriftsutøvernes aksessoriske rettigheter. Vi vil her påpeke at det er riktig at reindriftslovens regel om ekspropriasjonsvern for inngrep i reindriftsområder, presiseres til også å omfatte inngrep av jordbruksmessig art slik som nydyrking, da det har vært usikkerhet knyttet til dette. Vi mener imidlertid at man er ikke bare bør begrense seg til tiltak som omdanner innmark til utmark, men også skogsavvirkning og tilknyttet virksomhet, f.eks. skogsbilvegbygging.

Regelen om fredning av reinbeiteområder i reinl. § 19 annet ledd, er en bestemmelse som har sin bakgrunn i oppfatningen som lå til grunn for 1933-loven, og hører ikke hjemme i en moderne reindriftslov. Vi støtter således forslaget om å fjerne bestemmelsen. Sammenholdt med forslaget i kartleggings- og anerkjennelsesloven § 18 annet ledd, bør dette f.eks. kunne innebære at Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1092 bør kunne være gjenstand for ny prøving.

Vi mener videre at det er naturlig at varslingsreglene endres for grunneiere og bruksberettigede som skal utnytte sine rettigheter i reindriftsområder, jf. reinl. § 63. Rettsutviklingen tilsier her at det er naturlig å endre § 63 slik at grunneier og bruksrettshavere rettslig sett likestilles, jf. NOU 2007: 13 s. 794 sp. 2, etter samme prinsipp som i servitutlova § 2. Vi har dessuten merket seg at SRU II har understreket (s. 795 sp. 1) at hvis forholdet mellom de reindriftsberettigede og andre rettighetshavere ikke kan løses av reinl. § 63 og det eventuelt er aktuelt at reindriftsretten må stå tilbake for grunneierens utnyttelse av sin eiendom, vil utgangspunktet være at dette bare kan skje ved ekspropriasjon.

Når det gjelder reglene om *erstatning for skade forårsaket av rein* er ansvar for skade forårsaket av rein strengere enn tilsvarende ansvarsreglene for skade forårsaket av bufe.⁴ Dette legges også til grunn av SRU II, som samtidig understreker at "statens folkerettslige forpliktelser tilsier at reglene om erstatningsansvar for skade påført av rein bør utformes mest mulig likt reglene om erstatningsansvar for skade påført av bufe. Et bærende prinsipp i ILO-konvensjon nr. 169 er at urfolkets bruk skal gis samme beskyttelse som tilsvarende bruk utøvd av majoritetsbefolkningen".

Vi har også merket seg særuttalelsen til utvalgsmedlemmet Røssvoll, som representerte Norges Bondelag i SRU II. Etter å ha vist til Selbu-dommen, hvor Høyesterett slo fast at reindriftsretten ikke var noen "uskyldig nyttesrett", men grunnet i prinsippet om alders tids bruk, uttaler Røssvoll at for "å vurdere rimeligheten i reineiers erstatningsansvar, kan en altså erstatte reineier med bufeholder og spørre; hvorledes bør reglene være?" I følge Røssvoll innebærer dette at "en fra landbrukets side nå må akseptere at regelverket for reineiers erstatningsansvar etter reindriftsloven og bufeholders erstatningsansvar etter beiteloven/grannegjerdeloven nå samordnes, dvs. at reindriftens rettsstilling nå vil bli vurdert etter tilsvarende regler som gjelder for bufeholders objektive erstatningsansvar for skade på annen manns innmark", se NOU 2007: 13 s. 789 sp. 2.

Etter vårt skjønn er dette en erkjennelse fra Bondelagets representant som er basert på at du primærnæringer skal kunne eksistere side om side, og som vil kunne bidra til en harmoni-

⁴ Se f.eks. Øyvind Ravna, "Ansvar for skade forårsaket av rein" i *LoR* 2007 s. 171–184.

sering av lovverket, og trolig også en konstruktiv prosess fram et slik mål. I samsvar med en målsetting om å likestille reineieres ansvar med bufeholdere, støtter vi forslaget om en oppmykning av solidaransvaret.

Selv om både bufeholder og reineiere har hatt et objektivt ansvar for skade deres dyr forårsaker, har dette i praksis blitt svært forskjellig. Grunnen til dette er i hovedsak at det foreligger *gjerdeplikt* mellom naboer, herunder også grunneier og bruksrettshaver, der sistnevnte er bufeholder, jf. grannegjerdelova § 11 og dom i RG 1981 s. 592 (Frostating). Manglende gjerdehold fra grunneier kan således betraktes som medvirkning etter beiteloven § 7 annet ledd, noe som innebærer at dyreeiers erstatningsansvar kan bli redusert eller falle bort. SRU II foreslår her en harmonisering dels ved å la reinl. § 67 femte ledd vise til skadeserstatningslovens regler om medvirkning og lemping av erstatningsansvar, og dels ved å ta inn et nytt ledd i reinl. § 69 som slår fast at grunneier må føre opp gjerde som freder for rein ved nydyrking eller liknende tiltak i utmark for at det objektive ansvaret for reinskade skal gjelde.

Selv om vi støtter SRU II sin målsetting med lovendringen, synes vi at lovutforming på dette området er tungvint og lite hensiktsmessig. For tiltak som ikke kan karakteriseres som nydyrking o.l. i utmark, vil det ikke gjelde noen generell gjerdeplikt, og det må dermed kunne reises spørsmål ved om unnlattelse av gjerdehold kan karakteriseres som medvirkning, jf. skadeerstatningsloven § 5-1. Denne usikkerheten vil lede ganske sikkert lede til rettsprosesser, og i praksis innebære at reineiere ikke vil være likestilt med bufeholdere ansvarsmessig.

Som nevnt er det nettopp reglene om gjerdehold som har dannet skillet mellom bufeholderes og reineieres erstatningsansvar.⁵ Det kan i denne sammenheng påpekes at det har hersket tvil om grannegjerdeloven gjelder i reindriftssammenheng pga. av lovens § 1 første punktum hvor det heter: "Føresetnadene i denne lova gjeld berre når ikkje anna fylgjer av serlege rettshøve." Reindriftsloven er blitt vurdert som en særlov (*lex specialis*) som går foran grannegjerdelovas mer generelle regler. For å få til en reell harmonisering, noe som har vært SRU II sin målsetting, foreslår vi at lovgiver slår fast at grannegjerdeloven § 11 gjelder i forhold der reineier er "ein annan enn eigaren [som] brukar eigedommen". Rettsutviklingen, hvor reindriftssamers bruksretter er blitt mer likestilte med andre bruksrettigheter av privat karakter, tilsier at dette er en naturlig utvikling hvor man nettopp erstatter reineier med bufeholder i loven. Med en slik lovendring vil man slå fast at både reineier og grunneier har ansvar og plikt til gjerdehold og samtidig rett til å kreve at den andre part tar del i gjerdeholdet. Slik gjerdeplikt er en forutsetning for at det skal være meningsfylt å se reindriftsloven erstatningsregler i

⁵ Se Ravna, "Ansvar for skade forårsaket av rein" i *LoR* 2007 s. 171 – 184.

relasjon til de alminnelige erstatningsrettslige regler om skadelidtes medvirkning i skadeerstatningsloven § 5-1.⁶ Man unngår dermed en situasjon som tidvis oppstår i dag, nemlig at grunneier nekter reineier å føre opp gjerde, bl.a. som følge av uenighet om hvor det skal gå, hvor sistnevnte som følge av dette ikke klarer å overholde sin vokteplikt.

Grannegjerdeloven § 11 regulerer også kostnadene ved gjerdeholdet, idet den viser til samme lovs § 8, som pålegger hver av partene halvparten av kostnadene. Om slik fordeling er urimelig, kan kostnadene fordeles etter skjønn. For sistnevnte tilfelle kan det vises til reglen i reintl. § 69. Gjennom denne regelen kan det også fastsettes hvor gjerdet skal plasseres. Som en tilpasning til lovforslaget bør også grunneier kunne kreve slikt gjerdeskjønn.

Vi vil avslutningsvis påpeke at gjerdehold bør være utgangspunktet for å unngå skade på jordbrukers innmark o.l. i områder hvor det foregår reindrift. Om lovgiver ikke finner å kunne gjøre grannegjerdeloven § 11 gjeldende i reindriftsområder, eller innta en tilsvarende bestemmelse i reindriftsloven, er mener vi subsidiært at i erstatningstilfeller hvor grunneier ikke har forsøkt å få til minnelig gjerdeordning eller krevd skjønn, bør dette kunne lede til lemping av erstatningsansvar etter skadeerstatningsloven § 5-2. Også i dette tilfellet må det da være åpnet for at så vel grunneier som reineier kan kreve slikt skjønn.

Behov for styrket utdanning i juss og tilgrensende fagområder

Som en utdanningsinstitusjon som vil stå sentral i utdanningen av kandidater som skal arbeide med rettslige og andre problemstillinger innen de samiske tradisjonsområdene, vil vi påpeke at lovforslagene fordrer betydelig behov for ny kunnskap. Dette vil gjelde både for de som aktivt skal arbeide i med rettskartleggingen i kommisjoner og domstoler, de som skal prosedere saker for disse, og de som skal arbeide i forvaltningen og må forholde seg til det nye regelverket som vil komme. Vi ber derfor om at lovgiver tar høyde for dette, både når det gjelder grunn- og etterutdanning i juridiske disipliner slik som folkerett, samerett og tingsrett. Eiendomsfag, reindriftsfag og utdanning om tradisjonell kunnskap og arealbruk må også inngå i dette.

⁶ Op. cit s. 184.

Stipendiat Láilá Susanne Vars

Stipendiat Mattias Åhren,

Juridisk Fakultet, UiT

Til Det Juridiske Fakultet og
Senter for Samiske Studier,
Universitetet i Tromsø

24.11.2008

Vurderinger av Samerettsutvalget IIs innstilling i NOU: 2007:13 Den nye sameretten - innspill til Universitetet i Tromsøs høringsuttalelse

Undertegnede er stipendiater ved Juridisk Fakultet og holder begge på med å ferdigstille PhD-avhandlinger med urfolks- og folkerettslig tematikk. Vi vil derfor benytte anledningen til å komme med innspill til Unviuersitetets høringsuttalelse til Samerettsutvalget II NOU: 2007:13 "Den nye sameretten", da forslagene berører mange aktuelle folkerettslige rettsspørsmål. Vi ber Fakultetsledelsen videresende våre synspunkter til rette vedkommende. Vår uttalelse berører særlig disse spørsmål:

1. Generelt om forholdet til folkeretten, særlig om utvalgets fortolkning av felles Artikkel 1 i FN *Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter* (SP) og *Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter* (ØSK), Artikkel 27 i SP samt ILO-Konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO 169) artikkel 14.
2. Kommentarer til enkelte bestemmelser i forslaget til *Lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover* (Kartleggings- og anerkjennelsesloven)
3. Kommentarer til enkelte bestemmelser i forslaget til *Lov om rettsforhold og disponering over grunn og naturressurser på Hålogalandsalmenningens grunn i Nordland og Troms*, (Hålogalandsloven)
4. Kommentarer til enkelte bestemmelser i forslaget til *Lov om sakshandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for naturgrunnlaget i tradisjonelle samiske områder*, (Saksbehandlings- og konsultasjonsloven)
5. Samerettsutvalgets valg av løsning for sørsamiske områder.

1. Generelt om forholdet til folkeretten, særlig om utvalgets fortolkning av sentrale folkerettslige bestemmelser.

I vurderingen av rekkevidden og omfanget av SP artikkel 1 om samisk selvbestemmelse legger Samerettsutvalget II til grunn at for så vidt gjelder urfolks rettigheter per i dag, neppe er grunnlag for antagelser om at det ligger noe mer i SP artikkel 1 enn hva som gjelder av SP artikkel 27 og ILO konvensjon nr. 169. (se punkt 5.4, s. 187 flg i NOU 2007:13) Utvalget er av den oppfatning at en stat som fullt ut oppfylder sine forpliktelser etter ILO- konvensjon nr. 169 og SP artikkel 27, "utvilsomt også vil oppfylle SP artikkel 1", se konklusjonene på s.187. Utvalgets sammenstilling av ILO-konvensjonens bestemmelser, SP artikkel 27 og SP artikkel 1 er misvisende, fordi ILO-konvensjonen ikke befatter seg med retten til selvbestemmelse, og fordi SP artikkel 27 omhandler individuelle rettigheter med kollektive trekk mens SP artikkel 1 omhandler en ren kollektiv menneskerettighet for samene som *folk* etter folkeretten. Da ILO 169 og SP artikkel 27 berører rettigheter som er vesensforskjellige fra retten til selvbestemmelse, vil en oppfyllelse av disse rettighetene ikke innebære at SP artikkel 1 nærmest automatisk er å anse som oppfylt, slik utvalget mener. Vi vil påpeke at det følger av retten til selvbestemmelse at et nytt forvaltningsregime for grunn og ressurser i tradisjonelle samiske områder ikke kan etableres med mindre Sametinget som representant for det samiske folket samtykker til en slik løsning, og i samråd med de berørte samiske rettighetshavere.¹ FNs Menneskerettskomité har i sin praksis lagt til grunn et slikt samtykkeprinsipp, jf. deres behandling av Canadas periodiske rapport etter SP artikkel 40 i 2005.

Vi har også notert oss at utvalget ikke tok seg tid til å vente to uker til FNs Urfolksdeklarasjon ble vedtatt medio september 2007. Om det er dette som er årsaken til den manglende vurderingen av selvbestemmelsesrettens innhold når det gjelder forvaltning av land- og ressurser, vites ikke. Men vi mener det er på sin plass å kritisere utvalget for ikke å ha gjort tilstrekkelig for å sikre seg oppdaterte vurderinger også ift. på utviklingen internasjonalt på urfolksrettens område.

2. Kommentarer til enkelte bestemmelser i forslaget til Lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover (Kartleggings- og anerkjennelsesloven)

Utkastet til Kartleggings- og anerkjennelseslov (Lov om kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter til grunn og naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene fra og med Troms fylke og sørover), tar sikte på å implementere Artikkel 14 i ILO Konvensjon nr. 169. SRU II viser til at måten denne bestemmelsen skal gjennomføres på i norsk rett er bl.a gjennom en *identifisering* (SRU II kaller dette kartlegging) av samenes rettigheter for å oppfylle konvensjonens krav. Kartleggings- og anerkjennelsesloven er bygget opp etter modell hentet fra Finnmarkslovens kapittel 5 om

¹ Se Urfolkserklæringens artikkel 3 samt artiklene om urfolks rett til land 19, 26,27 mv.

Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark. Vi er i utgangspunktet positive til at SRU II foreslår i utkastet til kartleggings- og anerkjennelseslov § 1 at kartleggingen og anerkjennelsen er ment å kartlegge "eksisterende rettigheter", og at dette skal skje i "i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser". Videre er det positivt at virkeområdet også omfatter "samiske kyst- og fjordområder fra og med Troms fylke og sørover", jf. utkastets § 2. At rettigheter knyttet til saltvannsfiske og andre marine ressurser i samiske kyst- og fjordområder også omfattes er etter vårt skjønn en bedre løsning enn den som ble valgt for Finnmarks del, ved at kartleggingsarbeidet som nå skal igangsettes i Finnmark gjennom Finnmarkskommisjonen i utgangspunktet ikke omfatter rettigheter til saltvannsfiske og andre marine ressurser, se Finnmarkslovens kapittel 5 flg. samt Forskrift for Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark.²

Identifisering av samenes rettigheter i de tradisjonelle samiske områdene er av stor betydning, bl.a for å beskytte samiske rettighetshavere mot inngrep i deres opparbeidede rettigheter, sikre rettssikkerheten for samiske rettighetshavere og for å bidra til løsning av konflikter. Dette gjelder særlig reindriftsnæringen i disse områdene, som er hardt utsatt for konkurrerende virksomhet og hvis rettigheter til stadighet er i konflikt med private grunneieres interesser. Det er særlig viktig med tanke på konfliktnivået i de sørlige delene av de tradisjonelle samiske områdene, og det kontinuerlige presset mot den sørsamiske kulturen at rettighetene for sørsamene sikres, enten det er snakk om sørsamisk reindrift eller annen type sørsamisk naturbruk.³ Vi er derfor veldig positiv til at SRU II setter stort fokus på identifisering av samenes landrettigheter, også sør for Finnmark. Vi mener også at det er av stor viktighet at identifiseringsprosessen foreslås å inkludere en fornyet vurdering av rettighetsspørsmål i områder hvor samene tidligere har tapt i rettstvister om bl.a beiterettigheter (se bl.a. Aursundsaken og Korsjøfjellssaken), og hvor det finnes grunn til å tro at resultatet av disse rettssakene har vært basert på strenge bevisbyrde regler, manglende ressurser og i ytterste fall utilsiktet diskriminerende rettsavgjørelser, se utkast til Kartleggings- og anerkjennelseslov § 18 flg. Vi merker oss også at SRU II framholder at bevisvurderingene i eldre saker var basert på jordbrukets krav til utøvelse av rettigheter (s. 476) samtidig som det pekes på den endrede bevisvurderingen som er lagt til grunn i Rt. 2001 s. 769 (Selbu) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen) bør være relevant ved rettskartleggingen. Vi mener imidlertid at forslaget om at adgangen til å kunne få tatt opp saker til ny behandling skal være enklere hvis Statskog SF eller Hålogalandsallmenningen er en av partene, framfor om det gjelder saker på privat grunn, jf. utkastet § 18 første ledd, ikke er hensiktsmessig eller forsvarlig. Dette kan stille samene i de sørligste delene områdene, hvor utmarka i størst grad er privateid, i en mindre gunstig situasjon enn samer for øvrig.

² Fastsett ved kgl.res. 16. mars 2007 med hjemmel i lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) § 47 og lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 33d.

³ SRU II erkjenner de særlige utfordringene for lule- og sørsamiske områder. Se NOU 2007:13, pkt. 12.8 flg.

Til tross for mange positive elementer, er SRU II's forslag beheftet med noen åpenbare brister særlig når det gjelder grunnlaget for anerkjennelse av rettigheter som kan vise seg å medføre feilaktig grunnlag for identifisering av samiske rettigheter.

Etter § 1 i utkastet til Kartleggings- og anerkjennelseslov, så er formålet med loven å kartlegge "eksisterende rettigheter til grunn og naturessurser i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser". Vi er av den oppfatningen at hovedformålet med kartleggingen av rettigheter (identifisering av rettighetshavere) er å kartlegge den samiske bruken av områdene, og dermed bidra til å sikre både effektivt vern av disse og en anerkjennelse av at samers bruk også kan gi grunnlag for ulike tingsrettslige rettigheter, jf. ILO-konvensjonens artikkel 14. Selv om det i tillegg foreslås en delvis inkorporering gjennom henvisning til ILO-konvensjon nr. 169 og en henvisning til øvrig relevant folkerett, se utkastets § 3 i.f., så er spørsmålet om det ikke burde vært en særlig henvisning til kartlegging av samiske rettigheter i § 1 for å sikre at loven faktisk kommer til å gjøre det den er forutsatt å gjøre; nemlig å sikre norsk implementering av ILO 169.

Videre foreslås det i utkastets § 3 første pkt. samt utkastet til Hålogalandslov § 3 en forrangsbestemmelse etter mønster fra Finnmarkslovens § 3. Finnmarksloven inneholder en forrangsbestemmelse i § 3 hvorefter ILO Konvensjon nr. 169 gis forrang ved motstrid med lovens bestemmelser. En naturlig konsekvens av at lovens formål er å sikre samsvar med folkeretten burde være at kommisjonene både i Finnmark og utenfor som skal utrede samiske rettigheter også skal vurdere gjeldende folkerett på urfolksrettens område som grunnlag for samiske rettigheter. Etter vårt skjønn er det i alle fall for ILO- 169s del naturlig å legge til grunn at også denne konvensjonen, da den delvis er inkorporert i Finnmark og ellers i landet forutsettes å være en sentral rettskilde på urfolksrettens område, skal legges til grunn for vurderingene av kravene etter "gjeldende nasjonal rett", jf. utkastets § 4.

Utvalget skriver om denne under punkt 24.1:

Hva angår henvisningen til ILO-konvensjon nr. 169 i første punktum, vises det til flertallets merknader i Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 33. ILO-konvensjonen går således foran loven her dersom bestemmelser i loven her står i motstrid til bestemmelser i ILO-konvensjonen."

Denne forrangsbestemmelsen skal kunne brukes hvis lovens bestemmelser er i strid med f.eks artikkel 14 nr.1. Spørsmålet vi stiller oss er hvilken selvstendige betydning denne forrangsbestemmelsen har ift. særlig artikkel 14 (1) all den tid utvalget forutsetter at artikkel 14 nr. 1 allerede er oppfylt i norsk rett.⁴ Dessuten kan man stille spørsmål ved om hvilken betydning forrangsbestemmelsen vil ha for

⁴ Dette fremkommer under merknadene til utkastet til § 3 i Hålogalandsloven hvor utvalget sier at: "Det kan til dette bemerkes at det er vanskelig å se for seg at noen av de generelle bestemmelsene i loven om Hålogalandsallmenningen, eller for dens saks skyld i finnmarksloven, som sådan er i motstrid med ILO-konvensjonen. Derimot kan det tenkes at beslutninger som er truffet med hjemmel i bestemmelser i hålogalandsloven kan være problematiske i forhold til konvensjonens krav. Er for eksempel et vedtak om grunn disponeringer

Kartleggingskommisjonens vurderinger, deres avgjørelser. Det synes som om utvalget legger til grunn at kartlegging av samenes rettigheter etter nasjonal rett automatisk oppfyller plikten Norge har til å anerkjenne samenes etablerte rettigheter etter artikkel 14 nr. 1, en forutsetning som er problematisk mht. ordlyden og formålet til artikkel 14 nr. 1 sml. med artikkel 14 nr. 2.⁵ For at dette skal være tilfelle, så forutsetter det at norsk rett er i samsvar med artikkel 14 nr. 1 mht. at samiske rettigheter til grunn og ressurser allerede er anerkjente etter norsk rettsorden, en forutsetning som er problematisk den tid da vi vet at samisk bruk inntil nylig ikke har gitt grunnlag for noen selvstendige rettigheter i norsk rett. Utvalget sier om områdene som norske samer i henhold til artikkel 14 (1) vil ha krav på å få anerkjent "eiendoms- eller besittelsesrettigheter" til

*"vil dermed være områder hvor de med grunnlag i en oppfatning om å være rettighetshavere har utøvd en bruk som har vært tilstrekkelig langvarig, intensiv og dominerende i forhold til andre brukere til at de etter alminnelige interne tingsrettslige prinsipper for rettserverv ved alders tids bruk eller hevd, vil ha krav på å få anerkjent eiendomsrett"*⁶

Vilkåret om "intensiv" bruk, vil særlig være problematisk ift. samisk reindrift, selv med det forbehold at reindriften vant frem i Selbusaken⁷, så vil det at samisk bruk i liten grad er anerkjent gjennom lovgivning, gjøre at det alltid vil være opp til domstolsprøving å få anerkjent rett, noe som kan være problematisk ift. de kravene artikkel 14 (1) oppstiller. Utvalgets henvisning til Svartskogsaken⁸ synes derfor å være et litt for spinkelt grunnlag til å hevde at norsk intern rett er i samsvar med folkeretten mht. vilkårene for rettserverv f.eks for reindrift i sørsamiske områder. Det er også problematisk da kartleggingen som skal bidra til slik anerkjennelse ikke er gjennomført. Utvalget anser kartlegging som et virkemiddel for oppfyllelsen av artikkel 14 nr. 1.⁹

SRU II viser til forarbeidene til Finnmarksloven Innst. O. nr. 80 (2004-2005) for innholdet i begrepet "gjeldende nasjonal rett". Etter Finnmarkslovens § 29, skal Finnmarkskommisjonen "på grunnlag av gjeldende nasjonal rett utrede bruks- og eierrettigheter til den grunnen som Finnmarkseiendommen overtar etter § 49." Utvalget sier i tilknytning til formålet med loven at:

av et visst omfang truffet uten at det er gjennomført konsultasjoner i samsvar med ILO-konvensjonens artikkel 6 og 15, kan dette være en feil som kan få virkning for vedtakets gyldighet, jf. også lovutkastets §§ 11 og 34, selv om hjemmelsbestemmelsen som sådan er uproblematisk både i forhold til ILO-konvensjonen og annen relevant folkerett." Etter vårt skjønn vil dette også være en aktuell problemstilling hvis Kartleggingskommisjonen ved sin tolkning av tingsrettslige vilkår ikke tar innover seg særegenhetene ved samisk bruk.

⁵ Se utvalgets vurdering av dette på s.231, hvorefter utvalget sier "Det artikkel 14(1) første punktum krever anerkjennelse av, er rettigheter som er opparbeidet på grunnlag av langvarig utøvelse av eier- og besittelsesfunksjoner, men som inntil nå ikke har vært gjenstand for en (formell) rettslig anerkjennelse i vedkommende stats interne rettsorden"

⁶ NOU 2007:13, s.231 flg.

⁷ Rt.2001:769. Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall (9-6), men mindretallet ga reindriften medhold på enkelte punkter.

⁸ Rt. 2001 s.1116

⁹ Se NOU 2007:13, s.228, første spalte.

*"Det understrekes at rettighetskartleggingen og -anerkjennelsen skal skje etter gjeldende nasjonal rett. Øvrige hensyn m.o. vil kunne være av relevans og ha vekt i den grad dette følger av gjeldende nasjonal rett."*¹⁰

At SRU II har lagt til grunn finnmarkslovens forståelse av begrepet,¹¹ understreker for det første at samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal være relevante for rettskartleggingen og anerkjennelsen. Vi vil imidlertid bemerke at forarbeidene til Finnmarksloven ikke inkluderer noen henvisning til folkeretten som grunnlag for vurderingene for Finnmarkskommisjonen. Spørsmålet er om en henvisning til disse forarbeidene løser spørsmålet om hva som bør være grunnlaget for Kartleggingskommisjonens arbeid.

Kapittel 5 i Finnmarksloven kom inn i tolvte time under forhandlingene mellom Sametinget og Stortingets Justiskomiteé. Derfor finnes det ingen andre forarbeider til dette kapittelet enn de få merknadene som justiskomiteen knytter til begrepet "geldende nasjonal rett". Det Justiskomiteen sier om folkerettslige kilder er at "man kan ikke utlede rettigheter direkte fra ILO-konvensjonen". Det kan være noe uklart hva som menes med dette. Men det synes å stå i motsetning til Ulfstein og Gravers konklusjon om at ILO-konvensjonens artikler 14 og 15 pålegger traktatpartene å anerkjenne eiendoms- og besittelsesrettigheter.¹²

Vi er imidlertid sterkt i tvil om en kartlegging av samiske rettigheter etter "geldende nasjonal rett", jf. utkastets § 4, er tilstrekkelig for å oppfylle kravene i ILO Konvensjonens artikkel 14 (2). Det er etter vårt skjønn ikke tilstrekkelig verken i Finnmarksloven eller i den foreslåtte nye Kartleggings- og anerkjennelsesloven å begrense mandatet til å utrede på bakgrunn av norsk rett og dermed oppstille begrensninger i kommisjonens bruk av folkeretten som selvstendig grunnlag for urfolks rettigheter til landområder og ressurser. Det er isolert sett positivt at Kartleggingskommisjonen skal ta hensyn til folkeretten i sitt arbeid, slik utvalget forutsetter, men forutsetningen om at norsk rett vedrørende samisk bruk som rettighetsskapende allerede er i samsvar med folkeretten, og fraværet av konklusjon fra utvalget om hvilken selvstendig forpliktelse som ligger i artikkel 14 nr. 1, er derimot problematiske. Dette får også innvirkning på vurderingen av forslagene om forvaltningsordninger, da de forutsettes å være tiltak som skal ivareta samenes eier- og bruksrettigheter i sine tradisjonelle områder etter artikkel 14 nr.1.

¹⁰ Se SRU II merknader til § 1 i Kartleggings- og anerkjennelseslov, i punkt 24.1

¹¹ Se NOU 2007: 13 s. 538 sp. 2 hvor det henvises til Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 18–19. Her heter det at formuleringen *geldende nasjonal rett* er valgt "for bedre å få fram at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal hensyntas". Det framgår her også at folkerettslige kilder er relevante i den utstrekning de omfattes av det alminnelige presumsjonsprinsippet.

¹² http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/Folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til/3.html?id=278380

Det største problemet er at SRU II i likhet med Finnmarksloven helt ukritisk sidestiller en vurdering av om samene har opparbeidet seg rettigheter etter norsk intern rett med en oppfyllelse av ILO 169 artikkel 14. Etter SRU II:s forslag skal ikke Kartleggingskommisjonen gjennomføre en rendyrket identifisering av hvilke områder samene rent faktisk har brukt. Snarere tvert i mot skal Kartleggingskommisjonen undersøke hvilke områder samene har eier- eller bruksrettigheter til *etter norsk rett*. Dette er ikke nødvendigvis samme sak. Norsk intern rett behøver ikke være utformet slik at den gir samene eiendoms- eller bruksrett til de områdene de tradisjonelt har brukt gjennom lang tid. Tvert i mot har det vært slik at nasjonale rettssystemer har vært utformet på en slik måte at staten har kunnet forbeholde seg eiendomsretten til urfolks områder, og kontrollen over disse områdene.

Selv om det nasjonale rettssystemet i og for seg formelt anerkjenner at urfolkenes bruk av landområder kan gi opphav til eier- eog/eller bruksrettigheter kan det samme rettssystemet i realitetet være diskriminerende gjennom at lovgivningen ikke har tatt innover seg eller formelt akseptert samisk bruk som rettsskapende, samtidig som den helt klart favoriserer bondesamfunnets oppfatning av hvordan rettigheter blir til. Derfor har det vært vanskelig for samer å få anerkjennelse av at samisk bruk gir rett etter norsk rett, dette gjelder spesielt den delen av samisk bruk som bygger på nomadisk reindrift. Nasjonal lovgivnings favorisering av stasjonær bruk av land- rydding av land og bearbeidelse av grunnen f.eks gjennom jord-og skogsbruk- har spesielt i lule- og sørsamiske områder gått på bekostning av samisk reindrifts muligheter til å opparbeide seg rettigheter etter norsk nasjonal rett. Spørsmålet vi stiller oss, er om rettsinstituttet "alders tids bruk", og vilkårene for etablering av rettigheter etter dette instituttet i norsk rett sammenfaller med uttrykket "*The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised*" som går igjen i alle urfolksrettslige instrumenter i folkeretten, inkludert i ILO 169 Artikel 14.1, som Norge er forpliktet til å gjennomføre. Vi mener at dette ikke nødvendigvis er tilfellet, både nåt det gjelder samisk bruk som burde gi opphav til eiendomsrett og bruk som burde ha gitt en anerkjent bruksrett. Det er særlig kravet til intensivitet i bruken som er problematisk særlig for samisk reindrift. Kravene som oppstilles i tingsretten om god tro og intensiv bruk over lengre tid, er fortsatt gjeldende norsk rett, selv om vi i den senere tid har fått enkeltavgjørelser i Høyesterett som tyder på at samisk bruk har fått mer aksept i rettssystemet.

Videre ser vi klare problemer knyttet til bevisbyrderegler, hvoretter samer gjennom sin ikke-skriftlige kultur, har problemer med å vinne frem i rettssaker, selv om de formelle kravene til rettsserverv etter alders tids bruk er oppfylt. På grunn av dette, har samene, særlig i sørsamiske områder, oftest tapt rettssaker om rettigheter til land. Alders tids bruk, som dette begrepet har blitt forstått i norsk rett, vil dermed ikke nødvendigvis være identisk med vilkåret "traditionally occupy" i ILO 169 artikkel 14 nr. 1, selv om både Finnmarksloven og nå SRU II tar dette for gitt. Når SRU II gir uttrykk for at samisk reindrift med få unntak ikke gir opphav til eiendomsrett til grunn, baseres det på at reindriftenes bruk ikke er intensiv nok til

å gå slik rett etter norsk tingsrett, selv om reindriften i noen områder har hatt tilnærmet eksklusiv bruk, noe som etter Samerettsutvalget 1s konklusjoner skulle tilsi at samene brude få anerkjent eiendomsretten til disse områdene etter ILO artikkel 14 nr. 1. Derfor er det problematisk og veldig uklart for oss hvordan SRU II mener at en kartlegging av samenes rettigheter etter ILO artikkel 14 nr. 2 og "nasjonal rett", automatisk oppfyller kravet om anerkjennelse av samenes eier- og bruksrettigheter etter artikkel 14 nr. 1 til områder som samene "traditionally occupy".

Hvordan utvalget mener kartleggingen av rettigheter etter artikkel 14 nr. 2 kan sies å oppfylle den selvstendige plikten til anerkjennelse av rettigheter etter artikkel 14 nr. 1, fremstår dermed for oss som uklart. Slik vi ser det er det et svært spinkelt grunnlag for å hevde at kartleggingen ikke skal ta hensyn til folkerett som Norge allerede er bundet av. Justiskomiteens synspunkter er på dette punktet ikke representative for de synspunktene som bl.a Sametinget forfektet under de siste fasene av forhandlingene, basert på bl.a utredningen av Ulfstein og Graver om lovforslagets forhold til folkeretten. Vi er derfor ikke av samme oppfatning som SRU II i at Kartleggings- og anerkjennelsesloven ikke også skal inneholde en klar referanse til folkeretten som et selvstendig grunnlag for samiske rettigheter.

Konklusjonen vår er at det er dermed etter vårt skjønn ikke tilstrekkelig å foreta kartlegging etter norsk tingsrett, hvis ikke både samiske sedvaner og rettsoppfatninger og folkeretten er selvstendige grunnlag for de vurderingene Kartleggingskomisjonen skal gjøre av samisk bruk. Å forutsette at norsk rett er i samsvar med folkeretten (*presumsjonsprinsippet*) blir en for svak garanti for samiske interesser både i Finnmark og i områdene sørover, den tid da samer oftest ikke har noen skriftlige kilder som kan bekrefte sin bruk, samt at muntlige overleveringer har vært måten man har beskrevet bruken på til nye generasjoner. Det er positivt at SRU II ser viktigheten av å inkludere samiske sedvaner og rettsoppfatninger i "gjeldende nasjonal rett". Det er også positivt at virkeområdet for den nye kartleggings- og anerkjennelsesloven foreslås å omfatte all fast eiendom og vassdrag med naturressurser i de tradisjonelle samiske områdene, jf. utkastets § 2. Dette innebærer at også områder som i dag formelt er privateide omfattes av lovforslaget. Den positive effekten av dette svekkes imidlertid av det forhold at grunnlaget for vurderingene av samiske rettigheter ser ut til å begrenses til å kun å inkludere norsk tingsrett med de klare begrensninger det har ift. folkerettslige instrumenter som Norge er forpliktet til å forholde seg til. Det blir derfor vanskelig å konkludere med at lovforslaget på dette punkt er tilstrekkelig for å oppfylle artikkel 14 nr. 1, særlig også med tanke på den begrensede innflytelsen samiske rettighetshavere får i utøvelsen av eierrådigheten til grunnen etter flertallets forslag til styresammensetning for Hålogalandsalmenningen og de endringene som foreslås for det sørsamiske området hvor Hålogalandsalmenningen ikke skal etableres, jf. artikkel 14 (1) sammenholdt med artikkel 15 i ILO 169.

Da formålet med identifiseringen er å sikre oppfyllelse av folkeretten på urfolksrettens område, og lovutkastet også foreslår at folkeretten skal ha forrang ved motstrid, er det svært uhensiktsmessig og muligens også direkte i strid med intensjonene bak ILO 169 Artikkel 14 å ikke klart forutsette at ILO 169 også skal kunne være et selvstendig grunnlag for Kartleggingskommisjonen ved vurderingen av hvilken bruk som skal gi rett *etter konversjonen*, siden det er den som er grunnlaget for kartleggingen i utgangspunktet. Selv om kommentarene til utkastets § 3 åpner for at loven skal ta innover seg praksis fra ILO mht. innholdet i artikkel 14, blir det uklart for oss hvordan SRU II har tenkt at kartleggingskommisjonen skal ta innover seg slik praksis uten å legge til grunn folkeretten som selvstendig grunnlag for samiske rettigheter, (se s.1147 i NOU 2007:13). Derfor burde det etter vår oppfatning legges inn en klar henvisning til folkeretten og samiske sedvaner som grunnlag for samenes rettigheter i lovens § 4 om Kartleggingskommisjonens mandat. Tilsvarende bør føyes til i Finnmarkslovens kapittel 5, § 29, for å sikre at norsk rett på dette punkt vil bli i samsvar med ILO 169 etter at kartleggingen er gjennomført.

3. Kommentarer til enkelte bestemmelser i forslaget til Lov om rettsforhold og disponering over grunn og naturressurser på Hålogalandssammenhengens grunn i Nordland og Troms, (Hålogalandssloven)

SRU IIs forslag til forvaltningsorgan for forvaltningen av de samiske tradisjonelle områdene i Nordland og Troms fylker innebærer at et nytt organ, den s k Hålogalandssammenheng (HA), etableres. HA skiller seg fra Finnmarkseiendommen på flere vesentlige områder. HAs styre har et konstant samisk mindretall, to samiske representanter mot fire norske, jf. utkastets § 6. I et selvbestemmelsesperspektiv er dette problematisk, da selvbestemmelsesretten forutsetter samisk styring også av samiske landområder, se Urfolksdeklarasjonens artikler 3, 26-30 og 32.¹³ Modellen med HA begrenser samisk selvbestemmelse som forutsatt i Urfolkserklæringens artikkel 3, til en rett til å bli konsultert i spørsmål som virker inn på bruken av land og vann i de samiske områdene i Nordland og Troms fylker. Vi mener derfor det har mye for seg å ha en tilsvarende ordning i Hålogalandssloven som i Finnmarksloven i alle fall frem til en kartlegging er gjennomført og rettighetshaverne er identifiserte, se alternativ utforming til § 6 annet ledd første pkt til tredje pkt., hvorefter Sametinget velger tre medlemmer istedenfor to (se s. 1173 i NOU 2007:13). Selv om dette heller ikke i prinsippet vil sikre noe "effektivt vern" av samiske områder slik artikkel 14 i ILO 169 forutsetter, (da samisk representasjon (medbestemmelse) i seg selv ikke kan likestilles med å faktisk få effektivt vern og anerkjennelse for samisk bruk av områdene) så vil dette forslaget, slik det er for Finnmarks del, kunne være en midlertidig løsning med sikte på å oppfylle de folkerettslige krav.

¹³ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, United Nations General Assembly Resolution A/61/L.67

Det er derfor en gjennomgående brist i SRU II at forslagene ikke er tilstrekkelige for å ivareta sameenes eier- og bruksrettigheter til grunnen, men fokuserer på mest på prosessuelle rettigheter etter ILO 169. Dette gjelder særskilt det faktum at HA er forutsatt å kunne ta viktige beslutninger i saker som er av helt fundamental betydning for f.eks en reindriftssiidas mulighet til å kunne fortsette med reindrift i de områdene hvor slik drift har vært utøvd, uten av de samiske representantene får noe mer enn en mulighet til å påvirke flertallet i styret.

4. Kommentarer til enkelte bestemmelser i forslaget til Lov om saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for naturgrunnet i tradisjonelle samiske områder, (Saksbehandlings- og konsultasjonsloven)

Vi er positive til SRU IIs utkast til saksbehandlings og konsultasjonslov som skal gjelde hele det samiske området, jf. utkastets § 3. Det vises til SRU IIs vurderinger i kommentarene til lovutkastet på sidene 1234-1260, som vi ikke finner noen grunn til å kommentere utfyllende da vi stort sett er enige med SRU II i at disse forslagene er viktige for å sikre samsvar med folkeretten på dette punktet. Det er av stor betydning for de samiske lokalsamfunnene at de tidligst mulig kan komme inn og påvirke beslutningsprosesser som kan påvirke dem, jf. utkastets § 14. Etter vårt syn er det særdeles viktig at disse bestemmelsene om konsultasjoner også skal gjelde for beslutninger og tiltak som gjelder petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel og beslutninger som gjelder fiske og annen materiell kulturutøvelse i samiske kyst- og fjordområder, se utkastets § 2 med kommentarer.

Vi viser til Samerettsutvalgets forslag i NOU 1997:4, om innføring av et nytt kapittel i Sameloven med bestemmelser om inngrep i samiske områder. Begrunnelsene bak dette forslaget er fortsatt gjeldende, spesielt spørsmålet om hvilke begrensninger Artikkel 27 oppstiller i mulighetene for inngrep fra statlig og privat hold.¹⁴ Selv om ikke Finnmarksloven inneholder en slik nektingsbestemmelse, så var det et klart ønske fra samisk hold at Finnmarksloven burde hatt en klarere bestemmelse som begrenser muligheten for inngrep i samiske bruksområder. Etter vårt syn er det svært positivt at SRU II foreslår rådighetsbegrensninger for Hålogalandsalmenningen (se utkastet til Hålogalandslov § 10 flg) samt at det foreslås en bestemmelse om tiltak i områder som er ”særlig viktige for samisk bruk” i Saksbehandlings- og konsultasjonslovens § 10 etter mål av SP artikkel 27. Etter § 10 skal det være en hovedregel om at hvis det ikke oppnås enighet (jf. § 16) om et tiltak etter konsultasjoner med samiske interesser, så skal tiltak som som hovedregel ikke tillates, jf. § 10, siste ledd. Etter vårt skjønn oppstiller imidlertid denne bestemmelsen et svakere vern om samisk kultur enn

¹⁴ Se NOU 1997:4, s.569, forslag til Lov om endringer i lov 12.juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (Sameloven), Kapittel 4, se § 4-4 som etter flertallets syn skulle gjelde alle inngrepslover.

det som følger av SP artikkel 27, med tilhørende praksis fra FNs Menneskerettighetskomité.¹⁵ Vi mener at for å sikre en lojal gjennomføring av SP og et tilstrekkelig vern om samisk kultur, særlig i utsatte områder som sørsamiske områder, så bør departementet vurdere å styrke § 10 i Saksbehandlings- og konsultasjonsloven, ved å styrke Sametingets og samiske brukeres rolle og oppstille et vern på linje med internasjonal praksis vdr. Artikkel 27.

Vår begrunnelse er som følger: Det er sikker folkerett at kulturbegrepet i artikkel 27 ikke bare omfatter den materielle kulturutøvelsen som sådan, men også det materielle grunnlaget for kulturutøvelsen. Det vil si at også de landområdene og naturressursene som samene har brukt og bruker som grunnlag for sin livsutfoldelse er beskyttet, jf. for eksempel det som er sitert fra tolkningsuttalelse nr. 23 i fotnote 4. Ut fra foreliggende praksis synes det også som om urfolk nyter et særlig sterkt vern etter artikkel 27, og ikke minst gjelder dette urfolks næringer. Det forholdet at bestemmelsen også beskytter de landområdene hvor den materielle kulturutøvelsen foregår, gjør at artikkel 27 har særlig interesse for spørsmålet om naturinngrep skal tillates i tradisjonelle samiske områder, og eventuelt på hvilke vilkår. Bestemmelsen innebærer dels at staten har plikt til selv ikke å foreta seg noe som fratar samer deres rett til å utøve sin egen kultur, og dels at staten er forpliktet til å beskytte retten til samisk kulturutøvelse mot inngrep fra private som kan ha slike virkninger.¹⁶ Etter vårt skjønn må § 10 i Saksbehandling- og anerkjennelsesloven være i tråd med det som følger av den någjeldende tolkningen av SP Artikkel 27, noe som da ville medføre at loven oppstiller som utgangspunkt at områder som er av særlig viktighet for samisk bruk, og hvor planlagte tiltak kan "få betydelig negativ innvirkning" som hovedregel ikke skal gjøres inngrep i. Dette henger sammen med at områdene det her er snakk om, eksempelvis vil inkludere områder som samene får anerkjent eiendomsrett til, se NOU 2007:13, s.1244. Unntak kan gjøres hvis Sametinget og de berørte samiske rettighetshavere gir sitt samtykke til inngrep i slike områder. SRU II foreslår at inngrep kan tillates når "tungtveiende samfunnshensyn tilsier det" (kvalifisert interesseovervekt), en slik oppstilling av samiske hensyn vs. tungtveiende samfunnshensyn tilsier allerede at det skal veldig mye til for at samiske interesser vinner fram i konkurranse med tungtveiende samfunnshensyn som f.eks samferdsel og energiutvinning.¹⁷

¹⁵ Se for eksempel Kitok mot Sverige og Ilmari Länsman mot Finland, som begge gjaldt samisk reindrift, og Menneskerettskomiteens tolkningsuttalelse nr. 23 hvor det blant annet heter:

«With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them.» Det er dessuten ikke bare den «opprinnelige» måten å utøve tradisjonelle næringer på som er beskyttet, men også mer moderne måter å utøve slike næringer på.

¹⁶ Se NOU 2007:13, pkt. 18.3.2.2 "Vern mot inngrep i naturgrunnlaget for kulturutøvelsen"

¹⁷ Jf. utkast til § 10, samt merknader til denne på s. 1243 i NOU 2007:13.

Hvis dette skal være regelen for områder hvor samene eier grunnen, at grunn av særlig viktighet for samisk kultur skal kunne "eksproprieres", så er vi tilbøyelige til å mene at dette ikke er i tråd med det vernet Norge er forpliktet til å oppstille for slike viktige områder etter SP artikkel 27 og øvrig folkerett.

Det er viktig å få lovfestet det som i dag følger av konsultasjonsavtalen mellom Sametinget og Regjeringen som ble undertegnet 11. mai 2005. Prinsippet om forhåndsamtak (prior informed consent) og konsultasjoner er i dag sammen med selvbestemmelsesretten grunnpilarene for den internasjonale urfolksretten. Forslaget til konsulasjonslov vil sikre effektiv oppfølging av Norges forpliktelser på enkelte områder ikke bare etter ILO 169, men også etter den nylig vedtatte Urfolksdeklarasjonen der disse prinsippene er av fundamental viktighet for å sikre gjennomføring av målsetningene i deklarasjonen. Lovutkastet vil derfor i sin helhet kunne bidra til at en rekke norske lover nå blir i samsvar med Norges forpliktelser etter ILO Konvensjon nr. 169, og særlig artikkel 6 i denne konvensjonen, samt Urfolkserklæringen.

Selv om vi er positive til utkastet til forslaget til saksbehandlings- og konsultasjonslov, vil vi presisere at forslagene ikke tar sikte på å gi Sametinget noen forhandlingsrett, slik f.eks det finske Sametinget har etter den finske Sametingslagens §9 (lag 974/1995) og retten til kulturell autonomi Sametinget har etter § 17 (3) i den finske grunnloven av 1999. At det i tolkningen av Artikkel 27 må innfortolkes en *deltakelsesrett* for samene, er udiskutabelt. At en slik deltakelsesrett vil harmonere med bestemmelsene om konsultasjoner og deltakelse i ILO-konvensjon nr. 169, er også utvilsomt riktig. Men SRU II synes å sidestille deltakelsesretten med retten til selvbestemmelse samene som folk har etter artikkel 1 i SP, og det er etter vårt skjønn ikke en korrekt sidestillelse. Selvbestemmelsesretten kan ikke sammenlignes med deltakelsesrett, da selvbestemmelse forutsetter en mye høyere grad av selvstendighet enn det konsultasjoner innebærer. Utkastet til Nordisk Samekonvensjon inneholder en bestemmelse som klart anerkjenner Sametingets rett til forhandlinger med statlige myndigheter. Sett i lys av målsetningene om en samisk selvbestemmelsesrett som Norge har støttet gjennom arbeidet med Urfolksdeklarasjonen i FN og nå er i ferd med å vurdere ift. utkastet til Samekonvensjon, så blir forslagene om konsultasjoner svake ift. de vurderingene Ekspertgruppen har gjort av Artikkel 1 i Menneskerettighetskonvensjonene av 1966, og artikkel 3 i FNs Urfolksdeklarasjonen av 2007. Vi mener derfor det er på sin plass å etterspørre vurderinger fra Regjeringen på hvordan de har tenkt å sikre at saksbehandlings- og konsultasjonsloven (og for så vidt alle de andre lovutkastene også) er i samsvar med de målsetningene Norge har støttet i Urfolkdeklarasjonen. Slike vurderinger av forholdet til Urfolkdeklarasjonen bør utformes i forbindelse med det videre lovarbeidet i samråd med Sametinget.

5. Samerettsutvalgets valg av løsning for sørsamiske områder.

Vi har lagt merke til at SRU II, uten noen særlig motivering, konkluderer med at forslagene er i tråd med folkeretten. Påstanden er ganske absolutt, og det er mye som taler for at den også kan være forhastet, og da spesielt for de sørsamiske områdene. Det som er sagt om kartlegging-og anerkjennelse under punkt 2, er spesielt relevant for sørsamene. Den kritikken som er fremlagt under punkt 3 om forvaltningsordninger, vil måtte forsterkes for sørsamiske områder.

Som vi har antydnet ovenfor, så er SRU IIs forslag i sin helhet problematiske fordi kartleggingsloven ikke tar innover seg hva ILO 169 artikkel 14 nr. 1 faktisk innebærer, samt at forslagene til forvaltningsordning er problematiske i forhold til den retten til selvbestemmelse samene forutsettes å inneha etter sine egne samfunnsstrukturer samt etter folkeretten, særlig SP artikkel 1 samt Urfolkserklæringens artikkel 3. Som vist til ovenfor, så er det etter vårt skjønn mye som taler for at forslagene samlet sett ikke vil være tilstrekkelig for å oppfylle de forpliktelsene Norge har etter Artikkel 1 i Menneskerettighetskonvensjonene av 1966 samt ILO Konvensjonens landrettighetsartikler. SRU II synes å ta for gitt at samers bruks- og eierrettigheter til land, vann og andre naturressurser kan sikres gjennom en identifisering av individuelle rettigheter etter norsk rett, og at denne identifiseringen oppfyller kravene i ILO Konvensjon nr. 169 Artikkel 14 og øvrig folkerett. Vi etterspør en grunnleggende anerkjennelse fra utvalgets side på at gjeldende folkerett, inkludert ILO 169 artikkel 14, i tillegg till individuelle rettigheter også anerkjenner kollektiv rettigheter til land, vann og andre naturressurser. Vi mener også at gjeldende folkerett tydelig forplikter Norge å identifisere hvilke områder samene tradisjonelt har brukt, alene eller sammen med andre, uansett hva som følger av norsk rett på området.

Hålogalandslovens formålsbestemmelse er en kopi av Finnmarkslovens formålsbestemmelse og fastslår at formålet med loven blant annet er å legge forholdene til rette for at grunn og ressurser på Hålogalandsallmenningens grunn disponeres på en bærekraftig måte, og særlig til beste for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv i samsvar med statens folkerettslige forpliktelser, se utkastet til Hålogalandslov § 1. Fjelloven har ingen tilsvarende formålsbestemmelse, og utvalget ser ikke ut til å foreslå noen endring i fjellovens formål. Dette vil si at for sørsamiske områder, vil ikke grunnforvaltningen ha som noe særlig formål å være til "beste for samiske kultur" mv. Formålsbestemmelser er generelt sett viktige for fortolkningen av lovbestemmelser, derfor bør det også her være samsvar mellom formålet med lovbestemmelsene i de nordligere områder og for sørsamiske områder. Fjelloven bør derfor få inn en tilsvarende bestemmelse.

Selv om vi anser den samiske innflytelsen til å være svært begrenset hvis flertallets forslag til styresammensetning blir vedtatt, så erkjenner vi at modellen med Hålogalandsallmenningen er et forsøk på å formalisere og avhjelpe den manglende innflytelsen som samene har i beslutningsprosesser som berører landrettigheter. Vi ser fordeler ved å ha ett organ som kan utøve en helhetlig forvaltning over dette store området, men ser samtidig et stort problem ved at samene i de særligste områdene, sør om Nordland, ikke

vil få en lignende mulighet til å delta i grunnforvaltningen i sine områder. En videreføring av fjellstyrene, dog med litt omstrukturering, vil etter vår vurdering ikke medføre noen økt innflytelse over grunnforvaltningen i disse områdene, som forutsatt i ILO Konvensjonens artikkel 14. Fjellstyrene kommer dermed etter SRU IIs forslag fortsatt være organer hvor det samiske folk har en svært begrenset og fragmentert konsultasjonsrett uten noen reell selvbestemmelsesrett, i strid med Urfolkserklæringens forutsetninger. Utvalgets forslag sikrer dermed en sterkere innflytelse for samiske representanter i forhold til grunn disponeringstiltak i Hålogalandsallmenningen enn hva tilfellet er i statsallmenningene i de sørsamiske områdene. Utvalget foreslår riktignok at Statskogs vedtekter endres, slik at ett av styremedlemmene oppnevnes etter forslag fra Sametinget. En slik løsning vil imidlertid gi samene marginal innflytelse i grunneierorganet, og svakere representasjon enn hva tilfeller er nord for de sørsamiske områdene.

Vi vil vise til at Hålogalandslovens bestemmelse om forholdet til folkeretten, som blant annet innebærer en begrenset inkorporering av ILO konvensjonen i tråd med det som følger av Finnmarkslovens § 3, er heller ikke foreslått gjort gjeldene for de tradisjonelle sørsamiske områdene, se utkastet til endringer i fjellova, samt merknadene fra flertallet i NOU 2007:13, s. 1213 - 1214. Dette innebærer slik vi forstår det at folkeretten ikke vil ha samme internrettslige stilling i forhold til forvaltningen av de sørsamiske områdene som i Finnmark, Nordland og Troms. En slik differensiering er vanskelig å forsvare ut fra Norges folkerettslige forpliktelser overfor sørsamisk kultur og bosetting. SRU II begrunner ikke slik vi ser det hvordan det er i samsvar med folkeretten at samene i de sørsamiske områdene vil få mer begrensede rettigheter til innflytelse enn samene i de nordlige områdene, samtidig som fjellova ikke skal få en tilsvarende inkorporasjonsbestemmelse som SRU II foreslår lagt inn i § 3 i Hålogalandsloven. Vi spør om dette er forenlig med ikke-diskrimineringsprinsippet nedfelt i ulike folkerettslige instrumenter, og hvorvidt sørsamene faktisk ikke burde hatt krav på særlige tiltak for beskyttelsen av sørsamisk kultur og næringsformer. Gjennom ikke-diskrimineringsprinsippet skal Norge ikke bare forholde seg passiv til at sørsamisk kultur er i en svært utsatt posisjon. Det er ingen tvil om at ikke-diskrimineringsretten i dag innebefatter mer enn en forpliktelse til passivitet fra statens side, men også en forpliktelse til aktive tiltak for å forhindre at sørsamisk kultur dør ut.

Et av hovedproblemene ved utvalgsflertallets forslag er derfor at det i liten grad bidrar til å sikre samiske rettigheter i sørsamiske områder. Flertallet legger til grunn at samiske rettigheter i sørsamiske områder begrenser seg til reindriftsretten i form av en kollektiv bruksrett, og at samene ikke har opparbeidet seg andre former for kollektive eller individuelle rettigheter på noe annet grunnlag.

Vi viser til forslag som er fremsatt av John B. Henriksen i forbindelse med hans vurdering av SRU IIs lovforslag hvor han foreslår inntatt en likelydende bestemmelse både i Hålogalandsloven og som ett eventuelt tillegg til Fjellova, inspirert av Finnmarkslovens § 5, som slår fast at "*Samene gjennom kollektiv* og

individuell langvarig bruk har opparbeidet rettigheter til land, vann, kyst- og fjordområder i de tradisjonelle samiske områdene fra Troms fylke og sørover. For å fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som samene og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag, opprettes en kartleggingskomisjon og en særdomstol som skal avgjøre tvister om slike rettigheter.”¹⁸

Vi er enige i at en slik tilnærming vil kunne skape mer harmoni mellom Finnmarksloven, Hålogalandsloven og Fjellova og de folkerettslige kravene.

De manglene som lovforslaget lider under på grunn av at kartleggings- og anerkjennelsesloven ikke inneholder noen bestemmelse om etablerte kollektive og individuelle samiske rettigheter i det sørsamiske området, og av at flertallets forslag til endringer i fjelloven ikke tar høyde for at sørsamene kan ha etablert andre rettigheter i sine tradisjonelle områder enn en kollektiv reindriftsrett – i form av en bruksrett, vil kunne avhjelpes ved en slik ”anerkjennelsesbestemmelse”.

¹⁸ Utredningen kan lastes ned på <http://www.nsr.no/website.aspx?displayid=19517>