



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Rettskartleggingsprosessen i Finnmark i lys av Norges internasjonale forpliktelser

Betydningen av EMDs innfortolkning av prosessuelle garantier i materielle bestemmelser for rettskartleggingen i Finnmark

Anna-Maria Feodoroff

Masteroppgave i JUR-3902 høsten 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling og avgrensninger	4
1.3	Rettskilder og metode	6
1.4	Videre fremstilling.....	10
2	Finnmarksloven og tvisteloven.....	11
2.1	Lovforarbeidet bak finnmarksloven kapittel fem	11
2.2	Prosessuelle bestemmelser i finnmarksloven og organiseringen av kartleggingsarbeidet.....	12
2.3	Grunnleggende prinsipper ved behandling av sivile saker	13
2.4	Sammenlikning av finnmarkslovens prosessuelle bestemmelser og nasjonal prosessrett	15
3	Rettskartleggingsprosessens internasjonale rettsdimensjon	17
3.1	Prosessuelle krav til organiseringen av kartleggingsarbeidet etter ILO-169	17
3.2	Anerkjennelse av rettigheter i praksis.....	20
3.3	Gir EMK grunnlag for å oppstille prosessuelle krav til Finnmarkskommisjonens utredning?	22
3.4	Prosessgarantier etter EMK P1-1	26
3.4.1	Vernet interesse	26
3.4.2	Inngrep i rettigheten.....	27
3.4.3	Lovkravet og legitimt formål.....	30
3.4.5	Forholdsmessighet	31
4	Finnmarkskommisjonens praksis	34
4.1	Kravet til forsvarlighet.....	34
4.2	Vurdering av kvalitet og forsvarlighet ved Finnmarkskommisjonens utredning	36
4.3	Oppfyller Finnmarkskommisjonens utredning kravet til forsvarlighet?	40

5	Utmarksdomstolen og Høyesterett som ankeinstans	41
5.1	Kravet til effektive rettsmidler	41
5.2	Utmarksdomstolens saklige kompetanse	43
5.3	Betydningen av folkerettslige forpliktelser for domstolens behandling.....	46
6	Avsluttende drøftinger	49
6.1	Respekterer og sikrer statens myndigheter bruks- og eierrettigheter i Finnmark?.....	49
	Kilder	52

Forord

Alle veier fører til Rom sies det. Noen veier er imidlertid mer kronglete enn andre. Veien om vanskelig terreng krever utholdenhet, styrke og kunnskap. Finnmark fylke er stort og kjent for et barskt landskap, der det ikke alltid er enkelt å ta seg frem. Landskapets krevende terreng synes tidvis å gjenspeile seg i kartleggingsprosessen av eksisterende landrettigheter i fylket.

Norge er folkerettslig forpliktet til å anerkjenne og sikre samenes rettigheter i Finnmark. Det er derfor av betydning at rettighetskravene behandles i en forsvarlig prosess som rettighetshavere og allmennheten for øvrig har tillit til.

Avhandlingen søker å belyse kravene som stilles til kartleggingsprosessen og prosessuelle utfordringer knyttet til overholdelsen av disse. Herunder om praksisen i rettskartleggingen er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser.

Under arbeidet med denne avhandlingen har jeg undersøkt om veien for å få sine rettigheter anerkjent og sikret er fremkommelig for innbyggerne lengst nord i landet. Videre har jeg undersøkt om det er fare for at finnmarkingenes rett til land og vann undergraves på veien. Nå som arbeidet er slutført, lurer jeg på om veien fra Finnmark til Rom går via Strasbourg.

En stor takk til veileder Øyvind Ravna som sådde ideen til å skrive om rettskartleggingens prosessuelle side og som har stilt med sin faglige kunnskap og konstruktive tilbakemeldinger i skriveprosessen. Sist men ikke minst, takk til 30 årsjubilanten - Det juridiske fakultetet i Tromsø for en fin studietid og det privilegiet Tromsøstudenter har, en kort vei til fagmiljøet på "lærerværelset" og deres åpne kontordører.

1 Innledning

1.1 Tema

Finnmarksloven ble vedtatt 17. juni 2005.¹ Loven etablerte en ny forvaltningsordning for den tidligere statsgrunnen i Finnmark, blant annet motivert ut fra å avløse usikkerheten og striden om retten til land og vann i Finnmark.² Ved lovens ikrafttredelse 1. juli 2006 ble denne grunnen i Finnmark overført fra Statskog SF til Finnmarkseiendommen (FeFo) jf. finnml. § 49 første ledd. Overføringen innebærer en klar tillitserklæring til alle finnmarkinger og er et bidrag til Norges oppfyllelse av kravet i ILO-konvensjonen (ILO-169)³ art.14 nr. 1 om anerkjennelse av urfolks rett til å "eie og besitte" de landområder der de tradisjonelt lever.⁴ Justiskomiteen viser til at loven innebærer et betydelig historisk skifte ved at staten trekker seg ut av grunneierrollen i Finnmark, og den grunnen som Statskog SF tidligere har forvaltet, overføres til lokalt eierskap.⁵

Anerkjennelse av rettigheter er det sentrale for å oppfylle forpliktelsen etter prinsippbestemmelsen i ILO-169 art. 14 nr. 1. Finnmarksloven § 5 første ledd anerkjenner at samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark. Bestemmelsene i ILO-169 art. 14 nr. 2 om kartlegging av rettigheter og nr. 3 om avklaring av rettighetskrav kan anses som konvensjonens *virkemiddel* for å oppfylle den *resultatforpliktelsen* om anerkjennelse av rettigheter som følger av ILO-169 art. 14 nr. 1.⁶

Etter ILO-169 art. 34 har statene en viss skjønnsmargin med hensyn til hvilke tiltak de anser som hensiktsmessig for å møte konvensjonens krav om anerkjennelse av landrettigheter.⁷ Finnmarkslovens ordning for å oppfylle denne forpliktelsen fremgår av finnml. § 5 tredje

¹ Lov 17. Juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven – finnml.).

² Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven).

³ International Labour Organization (ILO) – Convention no. 169 – Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (1989).

⁴ Innst. O. Nr. 80 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven), s. 62-63

⁵ Innst. O. Nr. 80 (2004-2005) s. 62.

⁶ NOU 2007: 13, Den nye sameretten, s. 236.

⁷ NOU 2007: 13, s. 240.

ledd. Bestemmelsen slår fast at omfanget og innholdet av rettighetene som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk eller annet grunnlag, skal utredes av en kommisjon, og tvister som oppstår om slike rettigheter skal avgjøres av en særdomstol.

Finnmarkskommisjonen ble oppnevnt for å kartlegge eksisterende rettigheter og Utmarksdomstolen for Finnmark ble oppnevnt som tvisteløsningsorgan den 14. mars. 2008 av kongen i statsråd.⁸ Finnmarkskommisjonen ble sammensatt høsten 2014 og skal være virksom til den har kartlagt rettighetsforholdene på alle deler av den grunnen som Finnmarkseiendommen overtok.⁹ Arealet i Finnmark fylke utgjør 48 616 km² hvorav ca. 95% (ca. 46.000km²) ble overført til Finnmarkseiendommen jf. finnml. § 49 første ledd.¹⁰

Avklaring av materielle rettigheter med etterfølgende rettstvister fordrer gode prosessregler og ordninger. Hensynet til individet må avveies mot statens styringsbehov ved avgjørelsen i en rettstvist. Sett fra myndighetenes side har rettsreglene karakter av styringsmekanismer. Fra borgernes perspektiv skal rettsreglene derimot bidra til forutberegnelighet av sin rettsstilling og beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet.¹¹ Det siste er forankret i det gamle angelsaksiske rettsprinsipp ”*justice must not only be done, it must also be seen to be done*”. Prinsippet viser at avgjørelser bør treffes på et best mulig grunnlag, og det må også fremstå slik for partene, det rettssøkende publikum og allmenheten.¹²

På den annen side bør ikke prosessen bli for omfattende og kostbar. Det er viktig for partene at prosessen fremstår som forsvarlig, bidrar til riktig avgjørelse og som kan treffes innen rimelig tid. Ved utforming og anvendelse av prosessreglene gjelder det å finne det riktige balansepunkt mellom de kryssende hensyn.¹³ Ettersom rettighetsforholdene i Finnmark er – for en stor del fremdeles uklare – tolv år etter vedtakelsen av finnmarksloven, er det grunn til å undersøke hvordan rettskartleggingsprosessen fortoner seg prosessuelt. Herunder hvorvidt den valgte ordningen etter finnml. § 5 tredje ledd er hensiktsmessig og dermed innenfor den såkalte skjønnsmarginen for å møte anerkjennelseskravet etter ILO-169 art. 14 nr. 1.

⁸ Forskrift om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark 16.03.2007 nr. 277.

⁹ Op. cit. § 10.

¹⁰ <https://snl.no/Finnmark>, (sist besøkt 26.10.17).

¹¹ Jens Edvin Andreassen Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017, s. 3.

¹² Se *De Cubber v. Belgium*, 9186/80, 26.10.84, avs. 26 og *Meznaric v. Croatia*, 71615/01, 15.07.05 avs. 32.

¹³ Skoghøy, *Tvisteløsning*, s. 537.

Finnmarkskommisjonen leverte sin første rapport 20. mars 2012 og har i dag utredet fem felter som har resultert i tilsvarende antall rapporter. Utmarksdomstolen for Finnmark ble imidlertid først etablert med virkning fra 1. september 2014 og har hittil hatt 13 saker til behandling.¹⁴ Kartleggingsarbeidet synes å være svært tidkrevende og mesteparten av grunnen som ble overført til Finnmarkseiendommen er ikke kartlagt per i dag. I tillegg avvises forholdsvis mange innmeldte rettighetskrav av Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen uten realitetsbehandling med partsdeltakelse og kontradiksjon. Det er verdt å merke seg at rettskartleggingsprosessen i Finnmark avviker fra alminnelig tvisteløsning og fra tidligere sammenliknbare ordninger på flere punkter.

Rettskartleggingsprosessen i Finnmark har også blitt kritisert av ulike internasjonale organer. Allerede i 2010 noterte ILOs ekspertkomité seg Sametingets bekymringer om at kartleggingsprosessen tar lang tid og at myndighetene stadig gjør inngrep i områder der rettigheter ennå ikke er utredet.¹⁵ Videre har FNs komité for eliminering av rasediskriminering (CERD) uttrykt bekymring for at selv om finnmarksloven anerkjenner at samene i kraft av langvarig bruk har opparbeidet seg rettigheter i Finnmark, er det fortsatt et betydelig gap mellom rettslig anerkjennelse og praksis.¹⁶ Noe som i realiteten fører til at samenes landrettigheter får begrenset anerkjennelse og vern.

I tillegg har FNs spesialrapportør for urfolk kritisert FeFos dobbeltrolle som naturressursforvalter og kommersiell aktør.¹⁷ FeFo på sin side mener å ha et svært bevisst forhold til de ulike rollene organet er gitt i kraft av loven.¹⁸ FeFos forvaltning av grunnen har likevel blitt omtalt som et dilemma om å fremme den objektive sannhet vedrørende rettighetsforholdene eller å maksimere egne rettighetsposisjoner.¹⁹ En annen side ved FeFos grunneierposisjon er at denne i realiteten er en videreføring av statens eierskap, som

¹⁴ Oversikt over Utmarksdomstolens avgjørelser: https://lovdata.no/pro/#result&id=1148&q=utmarksdomstol* Lovdata pro krever innlogging. (sist besøkt 02.10.2017).

¹⁵ https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/sami/ilo_ekspertkomiteens_kommentarer_2010.pdf, s. 4, (sist besøkt 26.10.2017).

¹⁶ *Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Consideration of reports submitted by Norway's twenty-first and twenty-second periodic reports*, CERD/C/NOR/CO/21-22, 25.09.2015, avs. 29. of States parties due in 2013, Norway.

¹⁷ *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 09.08.2016, A/HRC/33/42/Add.3, avs. 25.

¹⁸ http://www.fefo.no/press/Document/FeFo%20mener.%20Kronikk%20og%20debatt%20innlegg/Kronikk%20FN-rapport_NETT.pdf, s. 3 (sist besøkt 26.10.2017).

¹⁹ Jussi E. Pedersen, "Rettskartleggingen i Finnmark – siste etappe i "de lange tidsaksers juss", *Tidsskriftet Ottar* 2016 nr. 313 - *Hvem eier Finnmark?* s. 23.

samerettsutvalget fant var grunnet på en misforståelse²⁰, mens lovgiver i forarbeidene ikke fant grunnlag for det.²¹

Dersom en skal kunne nå målet om å reparere den tidligere urett samene er blitt utsatt for hva gjelder retten til å eie og besitte landområdene der de tradisjonelt lever, må virkemidlene for anerkjennelse fungere. Hvorvidt og i hvilken grad rettssikkerhetsgarantier ivaretas i kartleggingsprosessen er dermed av stor betydning for rettighetspretendentenes rettssikkerhet, prosessens forenelighet med menneskerettigheter og overholdelse av folkerettslige forpliktelser. På bakgrunn av den internasjonale kritikken settes søkelys på hvorvidt Finnmarkskommisjonens praksis sammenholdt med praksisen fra Utmarksdomstolen for Finnmark samsvarer med norske og internasjonale prosessuelle krav.

Sammenliknet med tidligere rettsavklaringsprosesser i Norge reiser rettskartleggingen i Finnmark nye problemstillinger ettersom området er bebodd av samer. Ettersom det stilles særskilte krav for anerkjennelsesprosessen av landområder som urfolk tradisjonelt lever i, vurderes kartleggingsprosessen etter ILO-169. Det er derfor viktig å analysere hvordan urfolksrettigheter ivaretas i rettskartleggingsprosessen. På den annen side er finnmarksloven etnisk nøytral og de ikke samiske rettighetspretendenter får sine rettigheter avklart i samme prosess.²² Ettersom eier- og bruksrettigheter er vernet gjennom EMKs første tilleggsprotokoll²³ (P1-1) er også EMDs innfortolkede prosessuelle garantier relevante for rettskartleggingen i Finnmark.

1.2 Problemstilling og avgrensninger

Problemstillingen for denne avhandlingen er om kartleggingsarbeidet av eksisterende rettigheter i Finnmark initiert gjennom finnml. § 5 tredje ledd er forenelig med interne og internasjonale prosessregler. Herunder om de representative organers praksis i kartleggingsprosessen og i rettighetstvister om eier- og bruksrettigheter mellom FeFo og rettighetspretendentene tilfredsstiller kravet til forsvarlighet. I avhandlingen vurderes

²⁰ NOU 1993: 34, *Retten til og forvaltning av land og vann i Finnmark*, s. 262.

²¹ Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) pkt. 5.2.4 på s. 78. Se også Gunnar K. Eriksen, *Norsk tingsrett i Sápmi – en uting?* Kritisk søkelys på rettskildebruken i NOU 1993: 34, *Tidsskriftet Retfærd*, nr. 69, 1995, s. 66-85, på s. 82.

²² Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 49.

²³ *Protocol to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950).

prosessuelle krav i ILO-169 art. 14 nr. 2 og 3 samt innfortolkede prosessgarantier i EMK P1-1.

Med grunnlag i disse kilder undersøkes samspillet mellom ILO-169 og EMK samt hvorvidt og i hvilken grad kartleggingsarbeidet møter konvensjonenes prosessuelle krav.

EMD synes å forutsette at det stilles større krav til begrunnelsen i saker om brudd på rettighetene etter EMK enn i andre saker. Det stilles altså ulike krav til forsvarlig behandling av rettstvister avhengig av om den gjelder en konvensjonsrettighet eller ikke. Dette kravet gjenspeiles i EMDs praksis ved at Domstolen innfortolker prosessuelle garantier i de enkelte materielle konvensjonsbestemmelser. Prosessuelle krav til kartleggingsarbeidet må dermed tolkes i lys av at retten til land og vann i Finnmark er en konvensjonsbasert materiell rettighet gjennom eiendomsvernet i EMK P1-1.

For det tilfelle at kartleggingsarbeidet utgjør et inngrep i eiendomsretten etter P1-1, medfører EMDs prosessorientering at prosessuelle forhold knyttet til rettskartleggingen utgjør en sentral del av forholdsmessighetsvurderingen. Hvorvidt inngrepet strider mot bestemmelsene i konvensjonen, beror dermed på avgjørelsesprosessens kvalitet. Det er alltid en fare for at staten ved vedtakelse av nye lover ikke er tilstrekkelig oppmerksom på de menneskerettslige forpliktelsene.²⁴ Det kan heller ikke utelukkes at konvensjonsorganenes dynamiske tolkning av konvensjonsbestemmelsene kan føre til at en norsk lov eller praksis som tidligere ble antatt å være i samsvar med konvensjonen, likevel ikke er det lenger, uten at de ansvarlige myndigheter oppdager det. Det er derfor aktuelt å vurdere hvorvidt Finnmarkskommisjonens og Utmarksdomstolens praksis samsvarer med prosessuelle krav etter EMK.

Retten til land og vann i Finnmark er også en borgerlig rettighet etter EMK art. 6.

Kartleggingsarbeidet utfordres i stor grad av utredningsarealets størrelse som medfører at prosessen er tidkrevende. Departementets tidsmessige målsetting er at rettighetssituasjonen i hele Finnmark skal være utredet "*innen rimelig tid*".²⁵ Ettersom det oppstår tvister som bringes inn for domstolene etter at et felt er utredet og EMK art. 6 nr. 1 og Den internasjonale

²⁴ Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 20.

²⁵ Justisdepartementets merknader til forskrift 16. mars 2007 nr. 277 om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark § 2, https://lovdata.no/pro/#document/SF/forskrift/2007-03-16-277/KAPITTEL_1 (sist besøkt 28.10.17) se også NOU 2007: 13 *Den nye sameretten* s. 503.

konvensjonen om sivile og politiske rettigheter²⁶ (SP) art. 14 stiller krav om ”rettergang innen rimelig tid”, kunne også overholdelse av tidskravet vært interessant for denne avhandlingens tema.

Det avgrenses imidlertid mot prosessgarantier etter EMK art. 6 og SP art. 14 av flere grunner. For det første er kravet til rettergang innen rimelig tid behandlet i litteraturen tidligere i tilknytning til rettskartleggingen i Finnmark.²⁷ Videre er det mange andre spennende problemstillinger som kartleggingsprosessen reiser før kravet til rettergang innen rimelig tid settes på spissen. Herunder om tilgangen til domstoler ivaretas i kartleggingsprosessen idet Utmarksdomstolens behandling av saker beror på om Finnmarkskommisjonen har realitetsbehandlet kravet. Ikke minst, gjelder EMK art. 6 for domstoler og Finnmarkskommisjonen er ikke en domstol. Dermed aktiveres ikke prosessgarantiene etter EMK art. 6 ved dens utredning, selv om fristen for rettergang innen rimelig tid begynner å løpe fra Finnmarkskommisjonens behandling.²⁸

1.3 Rettskilder og metode

Tilnærmingen til problemstillingen har et rettsdogmatisk utgangspunkt gjennom alminnelig juridisk metode.²⁹ Ettersom anerkjennelse av samenes landrettigheter er en folkerettslig forpliktelse, inntas også en betydelig mengde folkerettslige kilder i oppgaven.

Etter finnml. § 29 første ledd skal utredning av bruks- og eierrettigheter på Finnmarkseiendommens grunn skje ”på grunnlag av gjeldende nasjonal rett”. Formuleringen ble valgt fremfor formulering ”*gjeldende norsk rett*” for å understreke at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal hensyntas.³⁰ Samtidig følger det av ordlyden at alle nasjonale rettskilder er relevante i utredningen av rettighetene. I lys av avhandlingens prosessuelle tema fokuseres det på internasjonale rettskilder i større grad enn samiske sedvaner.

²⁶ *International Covenant on Civil and Political Rights* (1976).

²⁷ Øyvind Ravna, *Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark*, Oslo 2013, s. 391.

²⁸ Pieter Van Dijk, m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s. 603 med videre henvisning til *König v. Germany*, 6232/73, 28.06.78, avs. 28 og 101.

²⁹ Se f. eks. Jan Fridtjof Bernt og David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse*, Oslo 1996, s. 28.

³⁰ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 24.

Ettersom menneskerettskonvensjoners stilling i norsk rett bygger på det dualistiske prinsipp, kreves det en særskilt gjennomføring ved lovvedtak eller annen tilsvarende handling for å skape en internrettslig forpliktelse.³¹ Norge har ratifisert både Den europeiske menneskerettskonvensjon og protokoll 20. mars 1952 som blant annet gir rett til vern om eiendom i kraft av art. 1 i protokoll 1. Både konvensjonen og dens tilleggsprotokoller er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2 og disse ”skal ved motstrid gå foran annen lovgiving” jf. mrl. § 3.³² Konvensjonsbestemmelser og -praksis om EMK P1-1 er dermed relevant for denne avhandlingen og går ved motstrid foran annen lovgivning, herunder prosessuelle bestemmelser i finnmarksloven.

Konvensjonene tolkes etter tolkningsprinsipper om traktatrett i Wien-konvensjonen artikkelene 31-33.³³ Etter art. 31 nr. 1 skal traktater tolkes lojalt (*”in good faith”*), i samsvar med ordenes vanlige mening i den kontekst de er benyttet, og i lys av bestemmelsenes formål (*”in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose”*). Wien-konvensjonen gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett som alle statene er bundet av uten ratifikasjon. Høyesterett har slått fast at traktaten gjelder selv om Norge ikke har ratifisert konvensjonen.³⁴

I forarbeidene til menneskerettsloven fremhever Justiskomiteen at det overordnede målet er at *”norsk rettspraksis i størst mulig grad samsvarer med den til ei kvar tid gjeldende internasjonal tolkningspraksis”*.³⁵ I plenumsdommen inntatt i Rt. 2000 s. 996 fastslo Høyesterett at EMDs metode og praksis må følges.³⁶ Etter plenumsavgjørelsen er det sikker rett at EMDs praksis er av betydning for tolkningen av konvensjonsforpliktelser.

I tillegg til de generelle menneskerettskonvensjonene, er det utarbeidet egne konvensjoner og rettigheter for bestemte grupper i samfunnet. Innenfor sine felt vil spesialkonvensjonene ha større betydning enn de generelle konvensjonene, ved at de på et saklig avgrenset område gir individer og grupper et sterkere vern og kan pålegge statene større aktivitetsplikt.³⁷ ILO-169

³¹ Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) s. 8.

³² Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.).

³³ Vienna Convention on the Law of the Treaties between States and International Organizations (1986).

³⁴ Rt. 2008 s. 1789 avs. 28.

³⁵ Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå Justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (mrl.) s. 6.

³⁶ Rt. 2000 s. 996 (på s. 1007).

³⁷ St. Melding nr. 28 (2007-2008), Samepolitikken, s. 32.

om urbefolkninger og stammefolk i selvstendige stater regulerer blant annet samenes landrettigheter og stiller prosessuelle krav til rettskartleggingen i Finnmark.

Finnmarksloven er gitt for å følge opp Norges folkerettslige forpliktelser etter ILO-169 og konvensjonsforpliktelser gjenspeiles i finnml. § 5. Loven gjelder ”med de begrensninger som følger av ILO-konvensjonen nr. 169 og skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter” jf. finnml. § 3. ILO-169 er delvis inkorporert jf. finnml. § 3. Det innebærer at inkorporeringen begrenses til finnmarkslovens bestemmelser.³⁸ ILO-169 har dermed forrang kun dersom bestemmelser i finnmarksloven strider med ILO-konvensjonen. Tolkningsprinsipper etter Wien-traktaten antas å gjelde også ved tolkning av ILO-169 ettersom Wien-traktaten gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett.

Videre vises det til uttalelser fra den Internasjonale Arbeidsorganisasjonens (ILOs) ekspertkomite (CEACR) som er en del av overvåkingsprosedyren knyttet til ILO-konvensjonene. Den norske regjeringen rapporterer til ekspertkomiteen hvert femte år for komiteens vurdering. Norges foreløpig siste rapport ble levert i 2013. Neste rapport leveres i 2018 og komiteens neste uttalelse kan ventes året etter.³⁹

I tillegg vises det til uttalelser for FNs komité for eliminering av rasediskriminering (CERD). Komiteen er et overvåkingsorgan for overholdelse av forpliktelser etter konvensjonen for eliminering av rasediskriminering.⁴⁰ Konvensjonen for eliminering av rasediskrimineringen er ratifisert av Norge, men ikke inkorporert gjennom mrl. § 2. Norge rapporterer til komiteen annen hvert år og siste rapportering til komiteen fant sted 19. September 2017.⁴¹

Det kan ikke besvares generelt hvorvidt det er en folkerettslig plikt til å følge rapporter, anbefalinger og lignende fra andre konvensjonsorganer. Etter forarbeidene til menneskerettsloven er utgangspunktet at konvensjonene er bindende med det innhold de kompetente internasjonale kontrollorganer har fastslått.⁴² Videre har Høyesterett slått fast at

³⁸ HR-2016-2030-A avs. 75.

³⁹ Hjemmesiden til norsk institutt for menneskerettigheter: <http://www.nhri.no/kurs-aktiviteter/rapport-til-ilo-konvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-og-stammefolk-article323-830.html> (sist besøkt 01.11.2017) og NOU 2007: 13 s. 244.

⁴⁰ Hjemmesiden til FNs komité for eliminering av rasediskriminering: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (sist besøkt 23.11.17).

⁴¹ <https://www.regjeringen.no/contentassets/1941881e546b48578367e342e11202db/norges-23.24.-rapport-cerd.pdf> (sist besøkt 23.11.17).

⁴² Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) s. 67-68.

norske domstoler skal forholde seg til ”konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser”.⁴³ Uttalelser fra ILO- og FN-organer er dermed relevante rettskilder. Vekten av disse organers uttalelser kan imidlertid variere etter hvilken sammenheng uttalelsen er kommet i, hvor klare de er, og om uttalelsen er rettet mot Norge, mot et annet land eller om det er en generell uttalelse.⁴⁴

Også uttalelser fra FNs spesialrapportør for urfolksrettigheter er relevante i utredningen av samenes rettigheter i Finnmark. Spesialrapportens mandat er å undersøke måter og midler for å overvinne eksisterende hindringer for full og effektiv beskyttelse av urfolks rettigheter gjennom innhenting av informasjon av urfolksgrupper og regjeringer.⁴⁵ Spesialrapportørens uttalelser er imidlertid rene anbefalinger. Disse er ikke rettslig bindende og har dermed begrenset verdi som rettskilde. Samtidig er anbefalingene retningslinjer for regjeringer i arbeidet for beskyttelse av urfolks rettigheter.

Avhandlingens empiriske materiale består i all hovedsak av Finnmarkskommisjonens rapporter. Rapportene er ikke rettslig bindende⁴⁶, men gir uttrykk for gjeldende praksis og danner grunnlag for den videre rettsprosessen. Det første utredningsfeltet ble utlyst 26. februar 2009 og rapportene er utarbeidet fortløpende de siste ni årene. Utredningsarbeidet pågår ennå.

Vedlagt avhandlingen finnes statistikk for Utmarksdomstolens saksavvikling. Som det fremgår av e-post korrespondansen med en ansatt ved Domstoladministrasjonen inntatt i vedlegg nr. 1, finnes det ikke offentlig statistikk over Finnmarkskommisjonens saksavvikling hos Domstoladministrasjonen. For å illustrere forholdet mellom innkomne krav, utredede krav, avviste krav og rettigheter som er blitt anerkjent av Finnmarkskommisjonen har jeg utarbeidet statistikk for Finnmarkskommisjonen. Statistikken er utarbeidet med grunnlag i Finnmarkskommisjonens rapporter for feltene 1, 2, 3, 5 og 6 og inntatt som vedlegg nr. 2.

I statistikken for Finnmarkskommisjonen er rettighetskrav som er fremmet av en rettighetspretendent både som eiendoms- og bruksrett registrert som et krav om eiendomsrett og et krav om bruksrett, altså to rettighetskrav. Videre er kollektive rettigheter utredet av

⁴³ Rt. 2000 s. 996 (på s. 1007).

⁴⁴ Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) s. 67-68.

⁴⁵ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/Mandate.aspx> (sist besøkt 24.11.17).

⁴⁶ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 21.

Finnmarkskommisjonen på eget initiativ, registrert etter antallet ulike typer bruksrettigheter. Herunder bufebeite i utmark, hogstrettigheter, torvtak, fiske i ferskvann, jakt og fangst, sanking av egg og dun og bærplukking. Som anerkjennelse av rettigheter regnes kun rettigheter utover det som følger av finnmarksloven §§ 22 og 23. Såkalte ”*fortrinnsrettigheter*” regnes ikke som anerkjennelse.⁴⁷

1.4 Videre fremstilling

Ettersom avhandlingens formål er å undersøke hvorvidt kartleggingsprosessen er i samsvar med nasjonale og internasjonale krav til forsvarlig prosess, er det nødvendig å redegjøre nærmere for prosessuelle bestemmelser i finnmarksloven kapittel 5 og lovens bakgrunn. En komparativ analyse av finnmarkslovens prosessuelle bestemmelser og tvistelovens regler fordrer videre en kort gjennomgang av tvistelovens mest sentrale regler og prinsipper.

Avhandlingen søker å gi en avklaring på om praksisen i rettsavklaringsprosessen samsvarer med EMK og dens første tilleggsprotokoll samt prosessuelle krav etter ILO-169. Det er derfor nødvendig med en grundig gjennomgang og analyse av kommisjonens rapporter og Utmarksdomstolens praksis med henblikk på å vurdere om gjeldende praksis oppfyller prosessuelle kravene etter ILO-169 og EMK P1-1.

Kapittel to gir en oversikt over finnmarkslovens prosessuelle bestemmelser i lys av tvistelovens regler. Kapittel tre omhandler EMK-rettslige prosessuelle krav. I kapittel fire foretas en analyse av Finnmarkskommisjonens praksis, herunder hvorvidt og i hvilken grad denne samsvarer med prosessuelle krav etter EMK. Kapittel fem omhandler prosessuelle krav til Utmarksdomstolen og Høyesterett som ankeinstans der særlig Utmarksdomstolens praksis vurderes opp mot kravet til partenes reelle tilgang til domstoler samt kravet til effektive rettsmidler etter EMK.

⁴⁷ Se eksempelvis Finnmarkskommisjonens rapport for felt 6 s. 142.

2 Finnmarksloven og tvisteloven

2.1 Lovforarbeidet bak finnmarksloven kapittel fem

Finnmarksloven kapittel fem trådte i kraft 14. mars 2008,⁴⁸ nesten to år etter ikrafttreddelsen av de øvrige bestemmelsene i finnmarksloven.⁴⁹ Bakgrunnen for vedtakelsen av finnmarkslovens kapittel fem var kritikken mot regjeringens lovforslag til finnmarksloven i Ot. prp. nr. 53 (2002-2003). I korte trekk gikk kritikken ut på at lovforslaget ikke var i samsvar med folkeretten idet det ikke var gitt regler for kartlegging av samiske rettigheter. Det var heller ikke gjennomført konsultasjoner med Sametinget slik ILO-169 art. 6 forutsetter. Videre avvek regjeringens forslag fra de forslag Samerettsutvalget hadde fremsatt og forslaget gjenspeilet i liten grad det betydelige bakgrunns materialet som var fremskaffet. Heller ikke Samerettsutvalgets vurderinger var inntatt i lovforslaget.⁵⁰

Under behandlingen av lovforslaget ba Stortingets Justiskomite Justisdepartementet ”*skaffe til veie en kvalifisert uavhengig folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov*”.⁵¹

Departementet ga oppdraget til Hans Petter Graver og Geir Ulfstein som konkluderte med at lovforslaget ikke oppfylte kravene etter ILO-169 art. 14 og 15.⁵² Justiskomiteen endret lovforslaget på vesentlige punkter, noe et stort flertall i Finnmark fylkesting og et enstemmig Sameting støttet. De viktigste endringene var en styrking av folkeretten gjennom finnml. § 3, erkjennelsene i § 5 første ledd samt reglene om kartlegging av rettighetene i kap. 5.

Ettersom endringene ble foretatt etter behandlingen av lovforslaget, finnes det ikke merknader til de enkelte bestemmelser i kapittel fem i Ot. prp. nr. 53 (2002-2003).⁵³ Merknadene til de enkelte bestemmelser om kartleggingen av rettighetene følger derfor av Justiskomiteens innstilling til lovforslaget.⁵⁴

⁴⁸ Forskrift om Finnmarkskommisjonen og utmarksdomstolen for Finnmark § 10.

⁴⁹ Med unntak av § 49 syvende og åttende ledd.

⁵⁰ Innst. O. nr. 80 (2004-2005). Se også: Kirsti Strøm Bull, ”Finnmarksloven – Finnmarkseiendommen og kartlegging av rettigheter i Finnmark”, *Lov og Rett* 2007, nr. 9, s. 1.

⁵¹ Brev av 19. juni 2003 fra Stortingets Justiskomite til Justisdepartementet:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til/id278377/> (sist besøkt 15.10.17)

⁵² Folkerettslig vurdering av forslaget til ny finnmarkslov:

https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/jd/rapporter_planer_strategier/rapporter/2004/folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til/5/id278382/ (sist besøkt 15.09.2017).

⁵³ Se proposisjonens s. 139 flg.

⁵⁴ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 48 flg.

2.2 Prosessuelle bestemmelser i finnmarksloven og organiseringen av kartleggingsarbeidet

Finnmarksloven § 5 første ledd er en prinsipiell, politisk anerkjennelse av at samer kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann har opparbeidet rettigheter til grunnen som ble overført fra Statskog SF til Finnmarkseiendommen.⁵⁵ Etter annet ledd gjør ikke finnmarksloven inngrep i disse rettighetene. I medhold av finnml. § 5 tredje ledd skal omfanget og innholdet av de rettighetene som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk utredes av Finnmarkskommisjonen og tvister om slike rettigheter avgjøres av Utmarksdomstolen i Finnmark.

Finnmarkskommisjonen er ikke en domstol, men den er underlagt Domstoladministrasjonen⁵⁶ og domstollovens regler om habilitet er gjort gjeldende for kommisjonen ”så langt de passer” jf. finnml. § 46 første ledd. Bestemmelsen fastslår videre at forvaltningsloven ikke gjelder for Finnmarkskommisjonen. Etter annet ledd gjelder tvisteloven så langt den passer for Utmarksdomstolens virksomhet. Finnmarkskommisjonens utredningsarbeid reguleres dermed kun av de særlige prosessreglene i finnml. kapittel 5.

Finnmarkseiendommen ble etablert for å forvalte grunn og naturressurser i Finnmark og er et eget rettssubjekt jf. finnml. § 6. Kartlegging av rettigheter i et område på Finnmarkseiendommens størrelse fordrer at grunnen oppdeles i særskilte utredningsområder (heretter felt). Etter finnml. § 29 skal Finnmarkskommisjonen, bestående av fem medlemmer, utrede bruks- og eierrettigheter til den grunnen FeFo står som hjemmelshaver av. Utredningen av rettighetene skal skje på grunnlag av ”gjeldende nasjonal rett” jf. finnml. § 29 første ledd.

Etter finnml. § 30 første ledd fastsetter Finnmarkskommisjonen felt for utredningsarbeidet og bestemmer rekkefølgen for behandlingen av feltene. Annet ledd åpner for å innskrenke eller utvide et felt etter at utredningen er igangsatt dersom avgrensningen er nødvendig for å skape en naturlig og hensiktsmessig avgrensning. Etter tredje ledd har Finnmarkskommisjonen adgang til å unnlate å utrede rettigheter som åpenbart ikke egner seg for utredning av

⁵⁵ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 49.

⁵⁶ Se forskrift 16. mars 2007 nr. 277 § 2, hvor det fremgår at Domstoladministrasjonen ikke kan instruere Finnmarkskommisjonen om utredningsarbeidet, avgrensningen og rekkefølgen for behandlingen av felt.

Finnmarkskommisjonen. Ved avgjørelsen av om rettigheten egner seg for utredning skal det blant annet legges vekt på rettighetens art og hvilket grunnlag den bygger på.

Finnmarkskommisjonen har også ansvaret for at saken blir tilstrekkelig opplyst jf. finnml. § 32 første ledd. Fremgangsmåten for oppfyllelse av opplysningsplikten er overlatt til Finnmarkskommisjonens skjønn. Annet ledd gir likevel partene adgang til å redegjøre for faktiske og rettslige forhold og føre bevis av betydning for Finnmarkskommisjonens konklusjoner. Partene kan begjære iverksatt tiltak etter første ledd, men Finnmarkskommisjonen kan avslå begjæringen dersom den finnes ugrunnet, eller det vil medføre uforholdsmessige forsinkelser eller kostnader å etterkomme den. Etter tredje ledd kan Finnmarkskommisjonen oppnevne representanter for ulike interessegrupper som kan følge Finnmarkskommisjonens arbeid. Utgiftene til interesserepresentanter dekkes av staten.

Finnmarkskommisjonens arbeid i hvert felt skal avsluttes med en rapport som inneholder konklusjoner om rettighetsforholdene i feltet jf. finnml. § 33 første ledd. FeFo skal uten ugrunnet opphold ta stilling til Finnmarkskommisjonens konklusjoner jf. finnml. § 34. I den grad det foreligger enighet mellom Finnmarkskommisjonens konklusjoner og FeFo, plikter FeFo å gi skriftlig uttrykk for det, og uten ugrunnet opphold sørge for at rettigheten blir tinglyst eller i tilfelle bringe saken inn for jordskifteretten for grensemerking jf. finnml. § 45. Ved uenighet kan tvister bringes inn for Utmarksdomstolen i medhold av finnml. § 36.

2.3 Grunnleggende prinsipper ved behandling av sivile saker

Disposisjonsprinsippet i norsk rett innebærer at det er opp til partene om de vil benytte seg av rettsapparatet ved å reise sak, videre kan retten bare avgjøre de krav som reises i saken og rettens avgjørelse må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt jf. tvisteloven⁵⁷ § 11-2 første ledd. I forlengelsen av disposisjonsprinsippet følger forhandlingsprinsippet. Forhandlingsprinsippet innebærer at partene har hovedansvaret for å skaffe til veie det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse og at retten ved avgjørelsen bare kan bygge på de påstandsgrunnlag som partene har påberopt jf. tvl. § 11-2 annet ledd jf. første

⁵⁷ Lov 17. juni 2005 om meklings og rettergang i sivile saker, tvisteloven (tvl.).

ledd. Prinsippet begrunnes ut fra at det er partene som har de beste forutsetninger for å fremskaffe de bevis som er relevante for saken.⁵⁸

Det ulovfestede prinsippet om forsvarlig saksbehandling er utviklet gjennom rettspraksis på 1900-tallet.⁵⁹ Prinsippet er kodifisert i tvisteloven § 1-1 som angir at loven skal legge til rette for ”en rettferdig, forsvarlig ... og tillitsskapende behandling av rettsvister”. Kravet innebærer at partene må ha adekvate og reelle muligheter til å fremlegge sin sak for retten jf. tvisteloven § 1-1 annet ledd, første strekpunkt. Videre er det et krav om at retten må sette seg tilstrekkelig inn i saken til at den har et forsvarlig grunnlag for å treffe avgjørelse.⁶⁰ Det er en grunnleggende målsetning for all sivilisert rettergang å legge til rette for at saken blir opplyst på en slik måte at flest mulig avgjørelser som blir truffet, er materielt riktige jf. tvl. § 1-1.⁶¹ Saksbehandlingen må tilpasses de spørsmål som skal prøves, eksempelvis ved muntlig saksbehandling dersom det er behov for partsforklaringer eller umiddelbar bevisførsel.

Den mest grunnleggende forutsetningen ved behandling av sivile rettsvister er prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling. Det følger av sikker EMD-praksis at retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 fordrer ”*adversial proceedings*”.⁶² Grunnloven § 95 må forstås på samme måte.⁶³ Prinsippet er lovfestet i tvisteloven § 11-1 tredje ledd, § 9-6 første ledd og i formålsbestemmelsen § 1-1 annet ledd. Etter tvisteloven § 11-1 tredje ledd må partene ha fått foranledning til å uttale seg om grunnlaget for rettens avgjørelse. I lys av EMDs praksis fordrer kontradiktorisk saksbehandling overfor den dømmende rett at partene må få anledning til å gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken, uttale seg om hverandres anførsler og bevis samt kommentere fremlagte eller innhentede faktiske opplysninger fra andre enn sakens parter i tilfeller der det er aktuelt.⁶⁴

I denne avhandlingen fremheves de ovennevnte prinsipper fremfor andre viktige prinsipper innen tvisteløsning. Begrunnelsen for dette er at finnmarksloven avviker fra tvisteloven der disse prinsipper er av betydning.

⁵⁸ Skoghøy, s. 572.

⁵⁹ Se f. eks. Rt. 2006 s. 856 og HR-2016-217-A.

⁶⁰ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. utgave s. 472 ff., NOU 2001: 32, *Retten på sak – Lov om tvisteløsning*, Bind A og HR-2016-217-A.

⁶¹ Rt. 2012 s. 1985 avs. 228.

⁶² Se for eksempel *Monnell and Morris v. the United Kingdom*, 9562/81, 9818/82, 02.03.87, avs. 54.

⁶³ Se Rt. 2000 s. 996 (på s. 1007) og pkt. 1.2 ovenfor om betydningen av EMDs praksis.

⁶⁴ *Krcmár and others v. the Czech Republic*, 35376/97, 03.03.00, avs. 40.

2.4 Sammenlikning av finnmarkslovens prosessuelle bestemmelser og nasjonal prosessrett

Ettersom Finnmarkskommisjonen ikke er bundet av tvistelovens regler er det av interesse å studere hvordan rettskartleggingsprosessen avviker fra tvistelovens bestemmelser og prinsipper ved behandling av sivile saker for øvrig. Tvistelovens formål er å legge til rette for ”rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister”.

Sammenholdt med regjeringens plikt til å sikre at samene nyter godt av de rettigheter og muligheter som nasjonale lover sikrer for andre medlemmer av befolkningen, er det av interesse å vurdere i hvilken grad disse hensyn ivaretas i kartleggingsprosessen.

Idet Finnmarkskommisjonen selv fastsetter felt for utredningsarbeidet samt rekkefølgen i behandlingen, er den ikke avhengig av at en part anlegger sak. Finnmarkskommisjonen anlegger sak, utreder saken og konkluderer med hvem som er eiere av grunnen samt hvilke bruksrettigheter som eksisterer i feltet etter dens oppfatning. Slik sett har Finnmarkskommisjonens utredningsprosess enkelte likhetstrekk med inkvisitoriske prosesser.

I tillegg har Finnmarkskommisjonen ansvar for at saken blir tilstrekkelig opplyst og kan etterkomme opplysningsplikten på den måten Finnmarkskommisjonen finner hensiktsmessig. Ordlyden Finnmarkskommisjonen har selv ansvaret for at saken blir ”tilstrekkelig opplyst” overlater vurderingen av når vilkåret er oppfylt til Finnmarkskommisjonen. Partenes adgang til redegjørelse av faktum og bevisførsel er subsidiær.

Løsningen fremmer effektivitet i kartleggingsarbeidet, men i lys av prinsippet om partslikhet og fri bevisførsel samt kontradiktorisk saksbehandling er det likevel grunn til å stille spørsmål ved ordningen. Finnmarkslovens svake vern for de private parters rett til å gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken, uttale seg om bevis samt kommentere fremlagte eller innhentede faktiske opplysninger fra andre enn sakens parter kan føre til rettighetstap for rettighetshavere ved Finnmarkskommisjonens behandling.

I alle prosesser der ett og samme organ både anlegger, utreder og avgjør en sak kan tilliten til vedkommende organ settes på prøve. Rettskartleggingsprosessens målsetting om å identifisere, avklare og anerkjenne eksisterende rettigheter taler det for at Finnmarkskommisjonen i løpet av det mangeårige arbeidet skulle ha vært avdekket andre

eiere av grunnen enn FeFo samt et høyere antall bruksrettigheter. Det kan spørres hvilken betydning manglende partsdeltakelse har hatt for Finnmarkskommisjonens konklusjoner.

Ettersom Finnmarksommisjonen ikke er en domstol, er ikke dens konklusjoner rettskraftige.⁶⁵ I lys av ordningen med Utmarksdomstolens behandling av tvister om rettigheter som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt med mulighet for anke til Høyesterett, ivaretar prosessen i sin helhet tilsynelatende viktige prosessgarantier. Behandling hos Utmarksdomstolen forutsetter imidlertid at Finnmarkskommisjonen har tatt stilling til rettigheten idet Utmarksdomstolen behandler tvister først etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt.

Finnmarksommisjonens adgang til å unnlate å utrede rettigheter som åpenbart ikke egner seg for utredning av Finnmarkskommisjonen beror på en skjønnsmessig vurdering og medfører at mulige rettigheter forblir uavklart i lys av Finnmarkskommisjonens snevre tolkningen av sitt mandat.⁶⁶ I forlengelsen av det, avviser Utmarksdomstolen som hovedregel krav som ikke er blitt realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen.⁶⁷ All den tid finnmarksloven legger opp til at Finnmarkskommisjonen kan avvise rettighetskrav med nærmest et fritt skjønn med den følge at også Utmarksdomstolen avviser kravet, risikeres det at stort antall rettigheter forblir uavklart i strid med finnmarkslovens formål og ILO-169 art. 14 nr. 1.

Finnmarkslovens mangelfulle ivaretagelse av disposisjonsprinsippet og retten til kontradiksjon ved Finnmarkskommisjonens utredning gjør seg gjeldende etter endringen av kostnadsreglene i finnml. § 43.⁶⁸ Som allerede nevnt, er det relativt få krav som realitetsbehandles av Finnmarkskommisjonen og enda færre som får medhold i sitt krav.⁶⁹

På grunn av Finnmarkskommisjonens manglende anerkjennelse av rettigheter er domstolsbehandling av rettighetskravene av stor betydning for rettighetspretendentenes rettssikkerhet og tilliten til prosessen. Utmarksdomstolens plikt til å innhente og ta utgangspunkt i Finnmarkskommisjonens rapporter ved behandling av saker svekker partenes

⁶⁵ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 21.

⁶⁶ Se vedlegg 2 for statistikk for innmeldte, realitetshandlede og avviste rettighetskrav hos Finnmarkskommisjon.

⁶⁷ UTMA-2014-164247, avvisning av søksmål.

⁶⁸ Lov 2016-12-16-93 om endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen).

⁶⁹ Se vedlegg 2. Statistikk over Finnmarkskommisjonens saksavvikling.

reelle muligheter til å fremlegge sin sak for retten ytterligere og går dermed på bekostning av privates rettssikkerhet.

I det foregående har vi sett på enkelte forhold ved rettskartleggingsprosessen i forhold til reglene i tvisteloven og kan konstatere at denne avviker på flere punkter. Der finnmarksloven avviker fra tvisteloven er det tale om sentrale rettssikkerhetsgarantier. Fravær av rettssikkerhetsgarantiene kan gå på bekostning av tilliten til organene og føre til rettighetstap. Ettersom kartleggingsarbeidet ikke reguleres av internrettslig prosesslovgivning er det interessant å vurdere hvilke folkerettslige krav som stilles til kartleggingsarbeidet, som er tema for neste kapittel.

3 Rettskartleggingsprosessens internasjonale rettsdimensjon

3.1 Prosessuelle krav til organiseringen av kartleggingsarbeidet etter ILO-169

Rettskartleggingsarbeidet i Finnmark fylke ble igangsatt for å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene i Finnmark etter ratifiseringen av ILO-169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Konvensjonen trådte i kraft 7. juni 1989 og ble ratifisert av Norge den 20. juni 1990.

Ved ratifiseringen av konvensjonen forpliktet Norge seg til å anerkjenne urfolks rett til ”ownership and possessions” i landområder der vedkommende folk tradisjonelt lever jf. art. 14 nr. 1. ILOs trepartskomiteé, med tilslutning fra ILOs styre, har uttalt at forpliktelsen må ses i sammenheng med det generelle formålet nedfelt i art. 2 nr. 1 og de fundamentale prinsippene i art. 4 og 6.⁷⁰ Etter art. 2 nr. 1 skal regjeringene ha ansvaret for – med deltaking av vedkommende folk – å sette i gang samordnet og systematisk virksomhet for å verne disse folks rettigheter og garantere at deres integritet blir respektert.⁷¹

⁷⁰ Klagesak National Trade Union of Education Workers (SNTE), *Radio Education v. Mexico* (ilolex: 161998MEX) avs. 34 og 43. Omtalt i NOU 2007: 13 s. 433-434.

⁷¹ Ibid.

Det er uomtvistet at samer er et urfolk i Norge⁷² og det er samenes landrettigheter i Finnmark som er gjenstand for drøftelsen om prosessuelle krav etter ILO-169. Hvilken type materielle rettigheter som vernes av bestemmelsen er drøftet i forarbeidene til finnmarksloven og i teorien, men vil ikke problematiseres i her.⁷³ Den videre drøftelsen bygger på at både kollektive og individuelle eier- og bruksrettigheter skal anerkjennes. Problemstillingen for det følgende er hvilke tiltak som kreves for å tilfredsstille kravet om anerkjennelse av eier- og bruksrettigheter.

Etter art. 14 nr. 2 plikter myndighetene å ta nødvendige skritt for å identifisere de landområdene der urfolk tradisjonelt lever og ”*guarantee effective protection*” (norsk oversettelse: ”*sikre effektivt vern*”) av deres eiendomsrett og rett til besittelse. Videre skal det etableres ”*adequate procedures*” (”*hensiktsmessige ordninger*”) i nasjonal rettsorden for å avgjøre rettskrav knyttet til landområdene fra vedkommende folk jf. art. 14 nr. 3.

Samerettsutvalget II har gjort en grundig vurdering av hvilke krav som stilles til hensiktsmessig ordning eller prosedyre i NOU 2007: 13.⁷⁴ Utvalget viser til to klagesaker der ILO-169 art. 14 nr. 2 og 3 er særlig behandlet. Den første klagesaken gjaldt et krav fra huicholfolket i Mexico om tilbakeføring av et landområde.

ILOs ekspertkomiteens uttalelser om hvilke krav art. 14 nr. 2 stiller til myndighetene er vage. Etter ILO-organers syn var mexicanske ordningen som sikret huicholene rett til domstolsprøving i spørsmål om landrettigheter var i overensstemmelse med art. 14. ILOs ekspertkomite uttalte imidlertid at det ikke er komiteens oppgave å avgjøre om prosedyrene er hensiktsmessige i enkeltsaker. Det sentrale for behandlingen synes å være om *systemet* for behandling av spørsmål om landrettigheter er ”*accessible*” for urfolk.⁷⁵ Prosedyrene må også sikre at fremsatte krav om landrettigheter ”*are being examined in depth*”.⁷⁶ Samerettsutvalget påpeker at det synes som om det er tilstrekkelig av spørsmålene avgjøres av en domstol uten at det stilles nærmere krav til typen domstoler, eller hvilken form for domstolsbehandling som kreves.⁷⁷

⁷² NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling*, s. 305 og Rt. 2001 s. 769 på s. 791.

⁷³ NOU 2007: 13 s. 232, se også James Anaya, ”*International Human Rights and Indigenous Peoples*”, New York 2009 s. 140 og Susann Skogvang, *Samerett*, 2. utgave, s. 136.

⁷⁴ NOU 2007: 13 s. 433 flg.

⁷⁵ Se Ilolex: 161998MEX avs. 41, inntatt i NOU 2007: 13 s. 343.

⁷⁶ Op. cit. avs. 41.

⁷⁷ NOU 2007: 13 s. 434.

Den andre klagesaken som omtales av Samerettsutvalget gjaldt spørsmålet om Danmarks krenkelse av art. 14 nr. 2.⁷⁸ Klagerne gjorde gjeldende at Danmark var forpliktet til å gjennomføre en identifisering av et landområdene på Grønland. Selv om art. 14 nr. 3 ikke var påberopt i klagesaken mot Danmark, drøftet komiteen forholdet til denne etter å ha kommet til at art. 14 nr. 2 ikke var krenket. Komiteen konkluderte med at Danmark også har oppfylt forpliktelsen etter art. 14 nr. 3. Som i saken mot Mexico, bemerket komiteen at dens oppgave ikke er å avgjøre enkeltsaker om landrettigheter, men å sørge for at egnede prosedyrer for å løse slike tvister har blitt anvendt, og at ILO-konvensjonens prinsipper er tatt i betraktning.⁷⁹

De sentrale kriteriene som kan utledes for å oppfylle kravet om hensiktsmessige ordninger etter art. 14 nr. 3, er at det må eksistere ordninger (rettslige prosedyrer) som er tilgjengelige for urfolk for å få avgjort tvister knyttet til landrettighetskrav, og at det foretas en grundig saksbehandling.⁸⁰

Samerettsutvalget II konkluderte med at finnmarkslovens system som helhet klart må anses å oppfylle kravene i ILO-169 art. 14 nr. 2 og 3. I tillegg til identifiseringen som skal skje hos Finnmarkskommisjonen, åpner finnmarksloven for en mulighet for prøving i Utmarksdomstolen for Finnmark og Høyesterett. Løsningen i finnmarksloven anses i følge Samerettsutvalget å være i tråd med norske målsetninger om lojal oppfyllelse av formålet med ILO-169.⁸¹

Ravna har behandlet spørsmål knyttet til finnmarksloven grundig, og stiller spørsmål ved noen av finnmarkslovens ordninger.⁸² Hva gjelder finnmarkslovens oppfyllelse av ILO-169 art. 14 nr. 2 og 3, er Ravna enig i Samerettsutvalg IIs konklusjon. I følge Ravna er det ikke grunnlag for å reise spørsmål ved denne konklusjonen. Ravna påpeker likevel at behandlingen ved ILO-organene er relativt formalistiske, hvor det mest sentrale kriteriet er at ordningen for å løse rettsvister er tilgjengelig for urfolk, mens kvaliteten på denne er underordnet.⁸³ Jeg slutter meg til Samerettsutvalg IIs og Ravnas konklusjon vedrørende finnmarkslovens oppfyllelse av hensiktsmessighetskravet etter ILO-169 art. 14 nr. 2 og nr. 3.

⁷⁸http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID.P50012_LANG_CODE:2507219,en avs. 38 (sist besøkt 31.10.2017).

⁷⁹ Op. cit. avs. 34.

⁸⁰ Se også Ravna, *Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark*, s. 438 flg.

⁸¹ NOU 2007: 13 s. 453.

⁸² Ravna, *Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark*.

⁸³ Op. cit. s. 443.

3.2 Anerkjennelse av rettigheter i praksis

Uttalelser fra ILOs ekspertkomité, fra 2009 og 2014 om Norges oppfølging av ILO-169, basert på Norges statsrapporter fra henholdsvis 2008 og 2013, viser at ekspertkomiteen har tillit til at også prosessen for rettsavklaringen i Finnmark oppfyller konvensjonens krav.⁸⁴ Komiteen har ved begge anledninger uttalt at den legger til grunn («trusts») at rettighetskartleggingen og anerkjennelsen av bruks- og eierrettigheter under finnmarksloven vil være konsistent med ILO-169 art. 14 nr. 1 og art. 8. Ekspertkomiteens syn på praktiseringen av finnmarksloven som hittil ikke har resultert i anerkjennelse av eier- og bruksrettigheter, med noen få unntak, fant sted tidlig i prosessen. Komiteen hadde kun rapporten for felt 1 og kanskje også for felt 2 å basere sin uttalelse på. Det er for øvrig i disse to felt Finnmarkskommisjonen har anerkjent de to individuelle eierrettigheter som er blitt anerkjent så langt.⁸⁵ Ettersom Norge rapporterer hvert femte år, vil neste rapportering finne sted i 2018 og neste uttalelse fra ekspertkomiteen vil trolig foreligge først i 2019.

FNs spesialrapportør er av den oppfatning at formelt anerkjenner finnmarksloven samiske landrettigheter.⁸⁶ I 2016 uttrykket Spesialrapportøren bekymring ettersom Finnmarkskommisjonen ikke har funnet grunnlag for å anerkjenne individuelle eller kollektive samiske eier- eller bruksrettigheter utover bruksretter som allerede er tilkjent alle innbyggere i Finnmark.⁸⁷ Det vises også til at konklusjoner som utelukker samiske eier- og bruksrettigheter synes å bygge på at statens tidligere aktive og ekstensive disposisjoner over grunn og ressurser har utslukket eier- eller bruksrettigheter for lokalbefolkningen.⁸⁸ Etter Spesialrapportørens oppfatning kan ikke statens tidligere disposisjoner gi grunnlag for manglende anerkjennelse.⁸⁹

⁸⁴ Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010) og Observation (CEACR) - adopted 2014, published 104th ILC session (2015).

⁸⁵ Se Finnmarkskommisjonens rapport 1 s. 145, rapport 2 s. 201, rapport felt 3 s. 154, rapport felt 5 s. 203, rapport felt 6 s. 214 og vedlegg 2, statistikk for felt 1 og 2.

⁸⁶ *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 09.08.16, avs. 22.

⁸⁷ Spesialrapportørens uttalelse bygger på funn i rapportene fra felt 1 (Stjernøya/Seiland), 2 (Nesseby), 3 (Sørøya), 5 Varangerhalvøya øst) og 6 (Varangerhalvøya vest).

⁸⁸ *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 09.08.16, avs. 23.

⁸⁹ Op. cit. avs. 24.

Spesialrapportøren minner også om at samenes svekkede tilknytning til sine landområder og ressurser er et resultat av tidligere assimilasjonspolitik, og et utgangspunkt for rettighetskartleggingen bør være samisk sedvanemessig bruk, slik nedfelt i FNs urfolksdeklarasjon⁹⁰ art. 26 nr. 3 og ILO-169 art. 8 nr. 1.⁹¹ Spesialrapportøren anbefaler at regjeringen, sammen med Sametinget og den samiske befolkningen, vurderer om finnmarksloven er tilstrekkelig til å anerkjenne samenes landrettigheter ("... *assess the adequacy of the Finnmark Act on advancing the Sami people's ... and land resource rights*").⁹²

Dette synet deles av FNs komité for eliminering av rasediskriminering (CERD) som er et overvåkningsorgan for en konvensjon Norge har ratifisert og komiteens rapport har dermed større rettskildemessig vekt enn spesialrapportørens rapport. Videre er uttalelsen rettet mot Norge og gjelder rettskartleggingen i Finnmark, og gir uttalelsen ytterligere rettskildemessig vekt. Komiteen er bekymret for at det til tross for at finnmarksloven anerkjenner at samenes eksisterende rettigheter i Finnmark fortsatt er et tydelig gap mellom rettslig anerkjennelse og praksis, noe som i realiteten fører til at rettighetene får begrenset anerkjennelse og vern i praksis.⁹³ Komiteen anbefaler at Norge tar konkrete skritt for å oppnå full praktisk anerkjennelse av samenes rettigheter til sine landområder og ressurser som nedfelt i finnmarksloven, med sikte på å gi samene mulighet til å opprettholde og bevare sine leveveier.⁹⁴

Til tross for lovgivers forventning om at det hovedsakelig vil kartlegges kollektive bruksrettigheter,⁹⁵ har ikke Finnmarkskommisjonen anerkjent en eneste kollektiv bruksrett utover finnmarkslovens rammer. Også individuelle bruksrettigheter utover det som fremgår av finnmarksloven anerkjennes i svært liten grad. Selv om kritikken i CERD rapporten ikke er like omfattende som spesialrapportørens kritikk, er den treffende hva gjelder manglende oppfyllelse av resultatforpliktelsene.

⁹⁰ *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, (2007).

⁹¹ Op. cit. avs. 23-25 og 77.

⁹² Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, datert 9. august 2016, avs. 77.

⁹³ Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the combined twenty-first and twenty-second periodic reports of Norway, CERD/C/NOR/CO/21-22, 25.9.2015, avs. 29.

⁹⁴ Op. cit. avs. 30, bokstav a.

⁹⁵ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 28.

Også Justiskomiteen uttalte i sitt lovforslag at ”en fremtidig rettighetssituasjon hvor samene ikke har avklarte og lovfestede rettigheter til grunnen i Finnmark, er vanskelig å forene med Norges internasjonale forpliktelser etter ILO-konvensjonen.”⁹⁶ Dette taler for at all den tid resultatforpliktelsen etter ILO-169 art. 14 nr. 1 ikke oppfylles i praksis, oppfyller ikke Norge sine folkerettslige forpliktelser.

Norge har altså et system for behandling av rettskrav om landrettigheter som møter ILO-konvensjonens krav om tilgjengelighet for urfolk og som behandler spørsmålene grundig, men som ikke er imøtegår målet om anerkjennelse av samenes landrettigheter i praksis. Jeg er derfor ikke overbevist om de prosessuelle kravene til Finnmarkskommisjonens arbeid fører til at samenes eier- og bruksrettigheter i Finnmark vil anerkjennes slik art. 14 nr. 1 forutsetter.

I lys av resultatene av kartleggingsprosessen så langt, anbefalingene fra FNs spesialrapportør for urfolk og komiteen for eliminering av rasediskriminering samt lovgivers syn, er det grunn til å vurdere hvorvidt det kan utledes prosessuelle krav til rettskartleggingsarbeidet av annen eksisterende lovgivning for å nå målet om anerkjennelse og vern av landrettigheter i praksis.

3.3 Gir EMK grunnlag for å oppstille prosessuelle krav til Finnmarkskommisjonens utredning?

Ettersom utredningen skal skje på grunnlag av ”gjeldende nasjonal rett” jf. finnml. § 29 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen gjelder som norsk lov jf. mrl. § 2 nr. 1 bokstav a, er prosessgarantiene etter konvensjonen og dens tilleggsprotokoller relevante for kartleggingsprosessen.

Medlemsstatene ”skal sikre” enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som følger av konvensjonen jf. EMK art. 1. Den europeiske menneskerettskonvensjonen stiller som utgangspunkt ikke noen bestemte krav til hvordan rettighetene skal sikres. Det følger imidlertid av sikker konvensjonspraksis at en stat er ansvarlig dersom en overtredelse av en av de rettigheter og friheter som er definert i konvensjonen, er et resultat av at staten

⁹⁶ Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) s. 80.

ikke overholder sin forpliktelse i henhold til artikkel 1 for å sikre disse rettighetene og frihetene i sin nasjonale lovgivning til alle innenfor sin jurisdiksjon.⁹⁷

Videre innebærer ordlyden ”*enhver*” at rettighetene tilkommer alle borgere, uavhengig av etnisitet. Det følger også av ILO-169 art. 3 nr. 1 at urfolk skal i fullt monn ”*nyte godt av menneskerettigheter og grunnleggende friheter uten hinder eller diskriminering*”. FNs urfolkserklæring art. 1 presiserer at retten til å nyte fullt ut godt av menneskerettigheter tilkommer urfolk både *kollektivt og individuelt*. Altså gjelder prosessgarantier også for kollektive rettigheter.

For å sikre et effektivt vern av menneskerettighetene, er det i tillegg til å vedta lovgivning, en plikt å anvende rettsregler i samsvar med konvensjonen. Dette kommer til uttrykk i EMDs praksis der det gjentatte ganger er blitt understreket at konvensjonsrettighetene skal være ”*practical and effective*” og ikke ”*theretical and illusory*”.⁹⁸ Ettersom urfolk uten hinder eller diskriminering skal nyte godt av menneskerettigheter, er det ikke tilstrekkelig at det eksisterer hensiktsmessige ordninger som er tilgjengelige for urfolk, dersom de ikke er effektive i praksis.

Forpliktelsen om anerkjennelse av urfolksrettigheter etter ILO-169 art. 14 nr. 1 må ses i sammenheng med det generelle formålet nedfelt i art. 2 nr. 1.⁹⁹ Etter ILO-169 art. 2 nr. 2 jf. nr. 1 skal regjeringene sette i gang samordnet og systematisk virksomhet som skal omfatte tiltak for å ”*sikre at medlemmer av disse folk nyter godt av de rettigheter og muligheter som nasjonale lover og forskrifter sikrer for andre medlemmer av befolkningen, på lik linje med disse*”. Ettersom EMK gjelder som norsk lov, ligger det i dette et krav om at *prosessen* for anerkjennelse og vern av landrettighetene i Finnmark må være effektiv i praksis for å kunne oppfylle ansvaret etter ILO-169 art. 14 nr. 1 jf. art. 2 nr. 1. Vi må se nærmere på hvilke prosessgarantier som må være oppfylt for å ivareta kravet til effektiv beskyttelse av konvensjonsrettigheter.

⁹⁷ *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 13134/87, 25.03.93, avs. 26.

⁹⁸ *Airey v. Ireland*, 6289/79, 09.10.79, avs. 24 og *McCann and others v. the United Kingdom*, 18984/91, 27.09.95, avs. 146.

⁹⁹ Klagesak National Trade Union of Education Workers (SNTE), *Radio Education v. Mexico* (ilolex: 161998MEX) avs. 34 og 43. Omtalt i NOU 2007: 13 s. 433-434.

Den sentrale konvensjonsbestemmelsen om prosessuelle rettigheter er riktignok EMK art. 6. For å understreke begrunnelsen for hvorfor prosessgarantier etter EMK P1-1 er relevante, er det til tross for avgrensningen mot EMK art. 6, på sin plass med en kort redegjørelse for denne. Hvorvidt de prosessuelle rettighetene etter denne bestemmelsen utløses ved behandlingen beror ikke bare på rettighetens art, men også på om det nasjonale avgjørelsesorganet er en "tribunal" i konvensjonens forstand jf. art. 6 nr. 1. Organet må ha kompetanse til å behandle og avgjøre sakens rettslige og faktiske spørsmål med bindende virkning.¹⁰⁰

Et organ vil ikke være en domstol i konvensjonens forstand dersom dens avgjørelser ikke er bindende for partene og offentlige myndigheter.¹⁰¹ Tvisteloven gjelder så langt den passer for Utmarksdomstolen jf. finnml. 46 annet ledd. Det innebærer at rettsspørsmål som avgjøres ved dom vil oppnå alminnelig rettskraft jf. tvl. § 19-14 jf. § 19-1 første ledd. Utmarksdomstolens avgjørelser er dermed bindende og utløser prosessuelle rettigheter etter EMK art. 6. Tvisteloven gjelder imidlertid ikke for Finnmarkskommisjonen. Finnmarkskommisjonen har heller ikke dømmende myndighet og dens rapporter er ikke rettskraftige.¹⁰² Ettersom rapportene ikke er bindende aktiveres ikke prosessgarantiene etter EMK art. 6 ved Finnmarkskommisjonens utredning.

Det er imidlertid ikke fremmed for EMD at administrative prosedyrer av liknende karakter ikke nødvendigvis utløser de prosessuelle rettighetene etter art. 6. På bakgrunn av dette har EMD i sin praksis innfortolket prosessuelle garantier i konvensjonens materielle bestemmelser, herunder EMK P1-1. Dette prosessuelle fokuset er ikke et nytt fenomen. Allerede i 1976 ble den nasjonale domstolens avgjørelsesprosess fremhevet i vurderingen av om et forbud mot distribuering av en barnebok representerte et brudd på EMK art. 10.¹⁰³ Prosessuelle krav til kartleggingsarbeidet må derfor ses i lys av at tvistegjenstanden, eier- og bruksrettigheter i Finnmark, er en konvensjonsbasert rettighet etter EMK P1-1. Resonnementet er altså at EMDs innfortolkede prosessuelle garantier i EMK P1-1 gjelder for Finnmarkskommisjonens utredningsarbeid og ved motstrid går disse foran finnmarkslovens prosessuelle bestemmelser og ILO-169 art. 14 nr. 2. og 3 jf. mrl. § 3.

¹⁰⁰ Op. cit. avs. 46 og *Belilos v. Switzerland*, 10328/83, 29.04.88, avs. 64.

¹⁰¹ *Bentham v. the Netherlands*, 8848/80, 23.10.85, avs. 40.

¹⁰² Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 21.

¹⁰³ *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 07.12.76, avs. 48-52.

Subsidiaritetsprinsippet i EMK-retten innebærer at medlemsstatene har det primære ansvaret for ivaretagelse av konvensjonsrettighetene. Det innebærer at EMD skal spille en mer subsidiær rolle og kun gripe inn dersom det er nødvendig for å oppnå formålet med EMK-rettighetene. Det økte fokuset på subsidiaritetsprinsippet hos EMD signaliserer at Domstolen har blitt mer prosessorientert. I stedet for å undersøke inngrepet, kan EMD fokusere på om inngrepet har vært gjenstand for forsvarlig behandling i de nasjonale avgjørelsesorganer. Ettersom kvaliteten i den nasjonale avgjørelsesprosessen er av sentral betydning for individenes rettssikkerhet, er det tendenser i EMDs praksis til et økt fokus på avgjørelsesprosessen, dels til fortrenghet for fokus på materielle rettigheter.¹⁰⁴

Følgelig har den nasjonale *behandlingen* av tvister med menneskerettslige aspekter fått større betydning ved prøvingen av om den materielle rettigheten er krenket.¹⁰⁵ Dette tilsier at kvaliteten på Finnmarkskommisjonens utredningsarbeid er det sentrale vurderingstemaet for om rettskartleggingen i Finnmark potensielt utgjør en krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 1 i første tilleggsprotokoll.

I det følgende foretas en analyse av EMDs innfortolkede prosessgarantier i P1-1 med henblikk på en vurdering av om rettskartleggingen er i samsvar med EMK-rettslige prosesskrav. Aktivering av bestemmelsens prosessuelle garantier fordrer imidlertid at rettighetspretendenten har en eiendomsinteresse som er vernet etter EMK P1-1. Vernet må videre aktiveres av inngrep i den aktuelle eiendomsinteressen.¹⁰⁶ Det er derfor også nødvendig med en kort gjennomgang av bestemmelsens anvendelsesområde og hva som utgjør et inngrep i rettigheten før vurderingen av hvilke prosessuelle garantier som kan utledes av bestemmelsen.

¹⁰⁴ Stig Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 2010, s. 78.

¹⁰⁵ Nærmere om denne utviklingen: Christian Børge Sørensen, "Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 348-383 (på s. 371) og Jon Petter Rui, "The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's interpretation of the European Convention of Human Rights", *Nordic Journal of Human Rights*, 2013 s. 28-54.

¹⁰⁶ Solheim, s. 60.

3.4 Prosessgarantier etter EMK P1-1

3.4.1 Vernet interesse

Kjernen i eiendomsretten etter P1-1 er muligheten til å besitte, bruke og avhende eiendommen.¹⁰⁷ Eiendomsbegrepet er autonomt og dermed uavhengig av den nasjonale klassifiseringen.¹⁰⁸ På generelt grunnlag kan det slås fast at eiendomsbegrepet i P1-1 er vidt og har en lav inngrepsterskel. Eiendomsrett over fast eiendom er naturligvis beskyttet etter konvensjonen.¹⁰⁹ En bruksrett til for eksempel fast eiendom nyter også beskyttelse.¹¹⁰ En gjennomgang av konvensjonspraksis viser at det ikke er noe prinsipielt i veien for at kollektive rettigheter skal anses som eiendom etter konvensjonen.¹¹¹

Eiendomsvernet fordrer imidlertid en eksisterende eiendom eller at rettighetspretendenten i det minste kan argumentere for at han har en berettiget forventning om å oppnå en effektiv eiendomsutnyttelse. Begrepet eksisterende eiendom brukes for å understreke at retten ikke omfatter rett til å erverve eiendom.¹¹² Videre ser EMD ofte hen til om klageren har et formelt eierskap over eiendommen. I tilfeller der staten gjennom et register eller på en annen formell måte har akseptert at klageren har en etablert eiendomsinteresse, skal det mye til for at myndighetene i en inngrepsituasjon høres med at klageren ikke har eksisterende eiendom.¹¹³

Det følger av finnmarksloven § 5 første ledd at samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark. Loven slår fast at samer og andre har opparbeidede personlige og kollektive bruks- og eierrettigheter som skal respekteres og anerkjennes i Finnmark.¹¹⁴ Høyesterett har presisert at det er ”*allerede opparbeidede rettigheter som skal kartlegges*” i overenstemmelse med prosedyrene i § 5 tredje ledd.¹¹⁵ Både individuelle og kollektive eier- og bruksrettigheter som er gjenstand for rettskartleggingen i Finnmark er dermed eksisterende eiendom i konvensjonens forstand. Retten til land og vann i Finnmark er en vernet eiendomsinteresse etter EMK P1-1.

¹⁰⁷ *Hutten-Czapska v. Poland*, 35014/97, 19.06.06 avs. 203.

¹⁰⁸ *Matos e Silva, Lda and others v. Portugal*, 15777/89, 16.09.96, avs. 75.

¹⁰⁹ *McMichael v. the United Kingdom*, 16424/90, 24.02.95, avs. 53.

¹¹⁰ *Wittek v. Germany*, 37290/97, 12.12.02, avs. 43.

¹¹¹ Solheim s. 159-163.

¹¹² Solheim, s. 183.

¹¹³ Solheim, s. 186.

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) s. 107.

¹¹⁵ HR-2016-2030-A avs. 70.

3.4.2 Inngrep i rettigheten

Et inngrep i konvensjonspraksis omtales som ”*interference*” i klagers eiendom.¹¹⁶ Inngrepet må kunne føres tilbake til pliktsubjektet til retten, det vil si myndighetene i den staten hvor den påståtte eiendomskrengelsen har funnet sted jf. EMK art. 1.¹¹⁷ Ekspropriasjon, formelt og de facto er utvilsomt et inngrep etter konvensjonen. Det samme gjelder lovreguleringer og vedtak som formelt har til hensikt å kontrollere eller begrense bruken av eiendomsinteresse. Også myndighetsutøvelse som ikke har slikt formål, men hvor den faktiske virkningen innebærer en reell begrensning av eierens rådighet kan bli ansett som inngrep.¹¹⁸

Det er flere mulige forhold ved rettskartleggingsprosessen i Finnmark som kan problematiseres som mulige inngrep i eksisterende rettigheter. Det første er selve kartleggingsprosessen initiert gjennom finnml. § 5 tredje ledd, på samme måte som det kan tenkes at omfattende jordskifteprosesser kan utgjøre et inngrep i ens eiendomsinteresse etter P1-1.¹¹⁹ EMD har uttalt at det foreligger et inngrep i eiendomsretten når myndighetenes tiltak reduserer muligheten til utnyttelse av eiendomsretten betydelig i praksis, selv om dette ikke er hensikten med tiltaket.¹²⁰

Det kan tenkes at rettskartleggingsprosessen begrenser rettighetspretendentenes utøvelse av eiendomsretten så lenge denne pågår og rettighetshavere ikke får formalisert sine rettigheter kan det være tale om et inngrep i rettigheten.¹²¹ I motsetning til jordskiftesakene der EMD har ansett slike prosesser som et inngrep, har ikke rettighetspretendentenes eierskap i Finnmark vært formalisert før rettskartleggingen påbegynte. Dette synspunktet gir derfor et unyansert bilde av situasjonen i Finnmark og danner ikke grunnlag for videre drøftelse.

Den andre mulige inngrepsformen er betraktningen om at overføringen av grunnen til FeFo i realiteten er en videreføring av statens eierskap av grunnen i Finnmark som tufter på et uklart ervervsgrunnlag.¹²² For å sitere Eriksen ”*ville det kanskje være å gå noe langt å kalle statens*

¹¹⁶ *Maurice v. France*, 11819/03, 06.10.05, avs. 78.

¹¹⁷ Se også *Credit Bank and Others v. Bulgaria*, 40064/98, 30.04.02, hvor årsakskravet kommer frem.

¹¹⁸ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 7151/75 and 7152/75, 23.09.82.

¹¹⁹ Se eksempelvis *Erkner and Hofauer v. Austria*, 9616/81, 23.04.87.

¹²⁰ Solheim, s. 61.

¹²¹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 7151/75 and 7152/75, 23.09.82 avs. 60.

¹²² NOU 1993: 34 s. 262.

ervert for tyveri, men det ville kanskje være å ta for lite i å kalle det for en misforståelse”.¹²³

Gjennom innsettelse av FeFo som grunneier, blir statens eiendomsrett, som ble funnet illegitim,¹²⁴ i praksis videreført fremfor avviklet. FeFos rolle som grunneier før rettighetene er avklart begrenser rettighetspretendentenes mulighet til å utnytte sine eier- og bruksrettigheter ettersom FeFo eier og forvalter grunnen.

Det tredje forhold ved rettskartleggingsarbeidet som kan tenkes å utgjøre et inngrep i eier- og bruksrettighetene er Finnmarkskommisjonens konklusjoner som utelukker eier- og bruksrettigheter uten noen rettslig beslutning. Denne inngrepsformen omfatter både innmeldte rettighetskrav som avvises og som realitetsbehandles uten at rettighetspretendenter gis medhold. I tillegg omfattes rettigheter Finnmarkskommisjonen ikke finner grunnlag for å utrede på eget initiativ og rettigheter som Finnmarkskommisjonen utreder på eget initiativ uten at aktuelle rettighetspretendenter gis medhold. Slike avgjørelser underbygger at rettighetene eksisterer i medhold av finnmarksloven, uten at de er tilgjengelig for samer og befolkningen i Finnmark for øvrig. Rettighetene er teoretiske fremfor praktiske, slik det fremgår av CERD-rapporten.¹²⁵

Konsekvensen av at rettighetene ikke utredes, realitetsbehandles eller anerkjennes er at Finnmarkseiendommen fortsetter å forvalte grunnen. Ettersom rapportene ikke er rettskraftige, avskjærer Finnmarkskommisjonens negative konklusjoner ikke adgangen til å ta opp rettighetsspørsmålet på et senere tidspunkt.¹²⁶ I tillegg til det samfunnsøkonomiske aspektet, er manglende anerkjennelse likevel uheldig ettersom Norge er folkerettslig forpliktet til å anerkjenne samenes landrettigheter i Finnmark jf. ILO-169 art. 14 nr. 1. Siden det er nettopp *manglende anerkjennelse* av rettigheter i Finnmark FNs spesialrapportør og CERD kritiserer Norge for, og anbefaler å ta konkrete skritt for å oppnå full praktisk anerkjennelse samt en revurdering av finnmarksloven, er det denne inngrepsformen som er av interesse for den videre vurderingen.

Manglende anerkjennelse av eksisterende rettigheter medfører at FeFos eierposisjon maksimeres. EMD har uttalt at presumpsjonslovgivningen om statlig eierskap til landområder

¹²³ Eriksen, *Norsk tingsrett i Sápmi – en uting?* Kritisk søkelys på rettskildebruken i NOU 1993: 34, *Tidsskriftet Retfærd*, nr. 69, 1995, s. 66-85, på s. 82.

¹²⁴ NOU 1993: 34 s. 262.

¹²⁵ Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), Concluding observations on the combined twenty-first and twenty-second periodic reports of Norway, CERD/C/NOR/CO/21-22, 25.09.15, avs. 29.

¹²⁶ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 21.

der det var uklart hvem som var eier og hvor det for flere eiendommers vedkommende ikke ville være mulig å skaffe bevisene loven krevde utgjorde et inngrep.¹²⁷ Avgjørelsene som utelukker eier- og bruksrettigheter har likhetstrekk med presumpsjon om statlig eierskap ettersom FeFo er statens suksessor og begrunnelsen for manglende anerkjennelse av rettigheter er statens disposisjoner i de aktuelle felt.¹²⁸ Til tross for at FeFo er et eget rettssubjekt, har det ikke vern mot at dens rettsstilling endres, innskrenkes eller oppheves ved senere lovvedtak jf. finnml. § 20. Med andre ord, kan staten ”tilbakekalle” eierskapet av grunnen i Finnmark. Uten å gå nærmere inn på forholdet mellom staten og FeFo, er det i realiteten opp til staten om finnmarkingenes rettigheter som ikke anerkjennes tilkommer FeFo eller staten.

Faren for omgåelse av konvensjonsforpliktelser er derfor overhengende. Ettersom tiden går øker også risikoen for at FeFos disposisjoner utslukker rettighetene på samme måte som rettighetstap som følge av statens disposisjoner har gjort tidligere.¹²⁹ På bakgrunn av den relativt lave terskelen for hva som anses som inngrep i eiendomsretten, utgjør konklusjoner som utelukker eksisterende eier- og bruksrettigheter etter EMK P1-1 et inngrep i eiendomsretten.

EMK P1-1 anses å inneholde tre spesifikke regler som synes å ha sammenheng med hvilken type inngrep som foreligger.¹³⁰ Artikkelens første ledd, første punktum gir enhver rett til å nyte sin eiendom i fred. Den første regelen omtales som prinsippregelen. Bestemmelsens første ledd, annet punktum tillater eiendomsavståelse på nærmere angitte vilkår. Den andre regelen omtales som avståelsesregelen eller ekspropriasjonsregelen. Annet ledd anerkjenner nasjonalstatenes rett til å iverksette regulerende tiltak for å ivareta samfunnsinteresser. Den tredje regelen omtales som kontrollregelen.¹³¹ Domstolen har gjentatte ganger fremholdt at selv om EMK P1-1 inneholder tre spesifikke regler, må de ikke tolkes isolert. Både kontroll- og avståelsestilfellene må alltid tolkes i lys av det prinsipielle utgangspunktet om retten til å nyte sin eiendom i fred.¹³²

¹²⁷ *Holy Monasteries v. Greece*, 13092/87; 13984/88, 09.12.94 avs. 57.

¹²⁸ Se for eksempel Finnmarkskommisjonens rapport for felt 2 Nesseby, s. 66 flg.

¹²⁹ *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 09.08.16, A/HRC/33/42/Add.3, avs. 23.

¹³⁰ Inndelingen om prinsipp-, avståelses- og kontrollregelen ble for første gang presentert i *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 7151/75 and 7152/75, 23.09.82. Inndelingen er senere fulgt opp i en rekke avgjørelser.

¹³¹ Solheim s. 65.

¹³² Se for eksempel *James and Others v. the United Kingdom*, 8793/79, 21.02.86, avs. 37.

Regelvalget har betydning for kravene som stilles til statens rettferdiggjørelse ettersom disse varierer med karakteren av inngrepet. Et krav om avståelse vil eksempelvis normalt ramme eieren langt hardere enn et kontrolltiltak.¹³³ EMD har vurdert nasjonalisering av privat eiendom etter avståelsesregelen.¹³⁴ Som følge av rettskartleggingsarbeidet og dets resultater mangler lokalbefolkningen i Finnmark ikke bare anerkjennelse for sine rettigheter, men også disposisjonsretten over opparbeidede rettigheter.¹³⁵ I lys av FeFos eierskap i realiteten er nasjonalisering av privat grunn og det prinsipielle utgangspunktet om retten til å nyte sin eiendom i fred, er utredningsresultater som utelukker eierskap naturlig å vurdere etter avståelsesregelen.

3.4.3 Lovkravet og legitimt formål

Lovkravet er et grunnleggende krav for konvensjonsrettigheter. Ethvert eiendomsinngrep må ha lovhjemmel.¹³⁶ Utover kvalitetskravene om ”*accessibility*”, ”*foreseeability*” og ”*protection against arbitrary interference*” til selve lovhjemmelen¹³⁷, er også praktiseringen av denne relevant for EMDs prøvelse av lovkravet.¹³⁸ Lovkravet er ikke til hinder for at hjemmelen åpner for skjønn. Hvorvidt en skjønnsmessig hjemmel tilfredsstiller lovkravet, må vurderes konkret. Det avgjørende er om hjemmelen, sett i sammenheng med øvrige prosessgarantier, samlet sett gir borgeren tilstrekkelig beskyttelse mot vilkårlige inngrep.¹³⁹

Lovhjemmelen for rettskartleggingsarbeidet følger av finnmarksloven § 29 første ledd sammenholdt med § 5 tredje ledd. Etter EMK P1-1 første ledd, annet punktum må eiendomsavståelse skje ”*i det offentlige interesse*”. Ethvert eiendomsinngrep må dermed ha et legitimt formål. Ved vurderingen av hva som er et legitimt formål, anses staten å ha en vid skjønnsmargin i lys av ”*the better placed*”-argumentet.¹⁴⁰ Selv om EMD ikke godtar enhver

¹³³ Solheim, s. 71.

¹³⁴ *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 08.07.86, avs. 121.

¹³⁵ Finnmarkskommisjonens rapport for felt 1, 2, 3, 5 og 6, se også Ravna, Rettskartleggingen i Finnmark og forpliktelsene i ILO-169, *Tidsskriftet Ottar*, 2016 nr. 313 - *Hvem eier Finnmark?* s. 46.

¹³⁶ *Iatridis v. Greece*, 31107/96, 25.03.99 avs. 58.

¹³⁷ *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and others v. the Netherlands*, 39315/06, 22.11.12 avs. 90.

¹³⁸ *Hentrich v. France*, 13616/88, 22.09.94 avs. 42.

¹³⁹ *Gillow v. the United Kingdom*, 9063/80, 24.11.86 avs. 51.

¹⁴⁰ *Maurice v. France* 11810/03, 06.10.05, avs. 83.

formålsangivelse uten nærmere kontroll, må det generelt kunne legges til grunn at staten i de fleste tilfeller oppfyller formålskravet ettersom praksisen rundt kravet ikke er særlig streng.¹⁴¹ Et hovedmål med finnmarksloven er å avløse usikkerheten og striden om retten til land og vann i Finnmark med trygghet og forutsigbarhet når det gjelder naturgrunnlaget for samisk kultur, for innbyggernes bruk av utmark og for en positiv næringsutvikling basert på en bærekraftig utvikling av ressursene.¹⁴² Formålet med rettskartleggingen i Finnmark må anses å være legitimt.

3.4.5 Forholdsmessighet

I tillegg til lov- og formålskravet må ethvert eiendomsinngrep være proporsjonalt for å anses rettmessig etter P1-1.¹⁴³ Dette fremkommer ikke av ordlyden, men etter konvensjonspraksis kreves det at inngrepet ”*must strike a fair balance between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights*”.¹⁴⁴ Kravet anses som grunnleggende i hele konvensjonen, og gjelder for alle typer inngrep uavhengig av hvilken regel inngrepet vurderes etter.¹⁴⁵ En rettferdig balanse fordrer at det må være ”*a reasonable relation of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State*”.¹⁴⁶

Essensen i kravet om forholdsmessighet er en avveining mellom individets og samfunnets interesser i den konkrete situasjonen.¹⁴⁷ Nasjonalstatene er tilkjent en ”*margin of appreciation*”, såkalt skjønnsmargin, ved vurderingen av inngrepets nødvendighet. Hvorvidt rettskartleggingen i Finnmark kan komme i konflikt med Den europeiske menneskerettskonvensjonen beror på om staten har handlet innenfor skjønnsmarginen.

Ved avveininger av motstridende hensyn kommer ansvars- og kompetansefordelingen mellom nasjonalstaten og EMD på spissen. Når EMD avgjør om et inngrep er innenfor statens skjønnsmargin, legger Domstolen større vekt på hvordan nasjonale myndigheter har vurdert

¹⁴¹ Solheim, s. 80.

¹⁴² Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) s. 7.

¹⁴³ Proporsjonalitetsvurderingen omtales også som kravet til rettferdig balanse, men det referer til samme vurdering jf. *James and others v. the United Kingdom*, 8793/79, 21.02.86, avs. 50.

¹⁴⁴ *Draon v. France*, 1513/03, 06.10.05, avs. 78.

¹⁴⁵ *Hutten-Czapska v. Poland*, 35014/97, 19.06.06, avs. 167.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2015, s. 154.

forholdet til EMK.¹⁴⁸ EMD har uttalt at både lovgivningsprosessen og den etterfølgende domstolskontrollen av sentral betydning.¹⁴⁹ EMD fremhever at statens skjønnsmargin reduseres når avgjørelsesprosessen er mangelfull.¹⁵⁰ Det innebærer at det skal mindre til for at skjønnsmarginen anses overskredet dersom nasjonale myndigheter ikke har vurdert om inngrepet er forholdsmessig, eller hvis det er svakheter ved vurderingen.¹⁵¹

Samtidig har flere pekt på at nasjonalstatene innrømmes en større skjønnsmargin når avgjørelsesprosessen er god, hvilket i praksis medfører at fokuset på avgjørelsesprosessen gir en større skjønnsmargin enn det som ville vært tilfelle ved materiell prøving.¹⁵² EMD anså et forbud mot politisk TV-reklame for å være et nødvendig inngrep i ytringsfriheten. En del av begrunnelsen var at forholdet til EMK var inngående vurdert av lovgiver, i tillegg til at også de nasjonale domstolene "in some detail" hadde drøftet om forbudet var forholdsmessig.¹⁵³ EMD har likevel understreket at et inngrep ikke nødvendigvis vil godtas alene av den grunnen at lovgiver har forsøkt å balansere de motstående interessene i saken.¹⁵⁴ I flere avgjørelser foretas det også en dobbel vurdering, hvor både den materielle og prosessuelle siden ved inngrepet vurderes under nødvendighetskriteriet.¹⁵⁵

EMD iakttar altså nasjonale myndigheters prosess ved vurderingen av om et inngrep i en konvensjonsrettighet representerer en konvensjonskrenkelse. For denne avhandlingens tema er det av interesse å kartlegge hvilke momenter EMD legger vekt på ved vurderingen av avgjørelsesprosessens kvalitet med henblikk på å vurdere rettskartleggingsprosessen i lys av disse kriterier.

EMDs overordnede vurderingstema kommer til uttrykk på forskjellige måter. Eksempelvis om "the applicant has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree

¹⁴⁸ Nærmere om denne utviklingen Christian Børge Sørensen, "Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 348-383 (på s. 371) og Jon Petter Rui, "The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's interpretation of the European Convention of Human Rights", *Nordic Journal of Human Rights*, 2013 s. 28-54.

¹⁴⁹ *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, 48876/08, 23.04.13 avs. 108.

¹⁵⁰ *Shtukurov v. Russia*, 44009/05, 27.03.08, avs. 89.

¹⁵¹ Settem, s. 2.

¹⁵² Jonas Christoffersen, *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston 2009, s. 477.

¹⁵³ *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, 48876/08, 23.04.13 avs. 114-116.

¹⁵⁴ *Shindler v. the United Kingdom*, 19840/09, 07.05.13 avs. 117.

¹⁵⁵ *Giacomelli v. Italy*, 59909/00, 02.11.06, avs. 79, *Taskin and Others v. Turkey*, 46117/99, 10.11.04 avs. 115, *Hatton and Others v. the United Kingdom*, 36022/97, 08.07.03, avs. 99.

sufficient to provide him with the requisite protection of his interests".¹⁵⁶ I det siterte er fokuset todelt der både klagers involvering i prosessen og den vernede interesse utgjør en del av vurderingstemaet. Eldjarn påpeker at det er vanskelig å finne et logisk system ved de ulike måter vurderingstemaet formuleres på ettersom det i enkelte avgjørelser henvises til avgjørelser med andre formuleringer av vurderingstemaet.¹⁵⁷ Det sentrale ved vurderingen av avgjørelsesprosessen synes likevel å være om den vernede interesse eller verdi er ivaretatt. Hvorvidt parten er involvert og hørt, er dermed et sentralt moment ved vurderingen av om interessen eller verdien er ivaretatt.¹⁵⁸

Blant elementer som EMD vektlegger av avgjørelsesprosessens kvalitet er reell tilgang til avgjørelsesorganer,¹⁵⁹ eventuelle ankemuligheter,¹⁶⁰ dekning av kostnader til prosessfullmektiger,¹⁶¹ muntlige forhandlinger,¹⁶² høring av spesialister eller sakkyndige vitner,¹⁶³ enstemmighet,¹⁶⁴ likt resultat i ulike instanser,¹⁶⁵ fagkyndighet i avgjørelsesorganet,¹⁶⁶ nøytralitet¹⁶⁷ og partsdeltakelse¹⁶⁸. I følge Eldjarn kan elementene sammenfattes i kategoriene *partsdeltakelse, nøytralitet og riktig avgjørelse*.¹⁶⁹ Slik jeg ser det, forutsetter partsdeltakelse, nøytralitet og riktig avgjørelse at borgere har reell tilgang til avgjørelsesorganet og eventuelle ankemuligheter. Tilgangen til avgjørelsesorganet er også et viktig moment i lys av EMK art. 13.

Elementenes tilstedeværelse underbygger et inntrykk av forsvarlig prosess, mens fravær av disse har vært ansett å være et selvstendig argument for at inngrepet ikke var nødvendig, og

¹⁵⁶ *Elsholz v. Germany*, 25735/94, 13.07.00, avs. 52.

¹⁵⁷ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning*, s. 260.

¹⁵⁸ Se også Eva Brems & Laurens Lavrysen, "Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights", *Tidsskriftet Human Rights Quarterly*, 2013, s. 176-200, på s. 180-181.

¹⁵⁹ *AGOSI v. the United Kingdom*, 9118/80 24.10.86, avs. 55.

¹⁶⁰ *Hatton and Others v. the United Kingdom*, 36022/97 07.08.03, avs. 104, *Giacomelli v. Italy*, 59909/00, 02.11.06, avs. 82, og *Shtukaturv v. Russia*, 44009/05, 27.03.08, avs. 91.

¹⁶¹ *L. v. Finland*, 25651/94, 27.04.07, avs. 120-121.

¹⁶² *Elsholz v. Germany*, 25735/94, 13.07.00, avs. 51-53.

¹⁶³ *Kutzner v. Germany*, 25735/94, 26.02.02, avs. 68.

¹⁶⁴ *Olsson v. Sweden*, 13441/87, 27.11.82, avs. 87.

¹⁶⁵ *Olsson v. Sweden*, 13441/87, 27.11.82, avs. 87.

¹⁶⁶ I *Buckley v. the United Kingdom*, 20348/92, 25.09.96, avs. 79, vektlegges det at avgjørelsesorganet var besatt av en fagekspert.

¹⁶⁷ *Salontaj-Drobnjak v. Serbia*, 36500/05, 13.10.09, avs. 144, *Shtukaturv v. Russia*, 44009/05, 27.3.08, avs. 91 og *W. v. the United Kingdom*, 9749/82, 08.07.87, avs. 62.

¹⁶⁸ *Gorgulu v. Germany*, 74969/01, 26.02.04, avs. 53, *Giacomelli v. Italy*, 59909/00, 02.11.06, avs. 82, *Shtukaturv v. Russia*, 44009/05, 27.03.08, avs. 91 og *Leyla Sahin v. Turkey*, 44774/98, 10.11.05, avs. 120.

¹⁶⁹ Eldjarn s. 260.

dermed i strid med konvensjonen.¹⁷⁰ I lys av kravet til effektive og praktikable rettigheter er dette naturlig dersom det nettopp er svakheter ved avgjørelsesprosessen som medfører at det ikke er mulig å avklare om en rettighet er krenket eller ikke.¹⁷¹

Andre relevante momenter kan være den historiske og rettslige utviklingen forut for inngrepet samt forhold ved det eiendomsgodet det gripes inn i.¹⁷² Dersom eieren må leve i uvisshet, kan dette tale for at inngrepet ikke er i samsvar med konvensjonens krav til rettferdig balanse.¹⁷³ For øvrig beror kravet til forsvarlighet på sakens betydning og alvorlighetsgrad, hvor inngripende inngrepet er og eventuelle særlige faktiske omstendigheter ved saken.¹⁷⁴

For denne avhandlingens problemstilling er kvaliteten i kartleggingsprosessen det sentrale for hvorvidt inngrepet kan anses proporsjonalt. Dette er naturlig ettersom inngrepet i eiendomsretten nettopp er Finnmarkskommisjonens konklusjoner som utelukker eierskap. Ved vurderingen av om Finnmarkskommisjonens konklusjoner som utelukker eier- og bruksrettighetene er proporsjonalt til målet om å avløse usikkerheten og striden om retten til land og vann i Finnmark, er det av sentral betydning om, og i hvilken grad elementer som reell tilgang til avgjørelsesorganet, eventuelle ankemuligheter, partsdeltakelse og nøytralitet med mer er tilstede i prosessen. Oppgavens tema og omfang tillater ikke vurderinger av lovgivningsprosessen.

4 Finnmarkskommisjonens praksis

4.1 Kravet til forsvarlighet

Manglende oppfyllelse av resultatforpliktelsen etter ILO-169 art. 14 nr. 1 og den internasjonale kritikken som følge av manglende anerkjennelse av rettigheter gir grunn til å sette søkelys på Finnmarkskommisjonens praksis. Ettersom avgjørelsesprosessens kvalitet er av betydning for hvilken skjønnsmargin staten innrømmes, undersøkes Finnmarkskommisjonens praksis i kartleggingsarbeidet. Dernest vurderes hvorvidt og i

¹⁷⁰ *Elsholz v. Germany*, 25735/94, 13.07.00, avs. 51-53.

¹⁷¹ Se Eldjarn s. 262 med videre henvisninger til Brems 2013, s. 159.

¹⁷² Se f. eks. *Jahn and Others v. Germany*, 46720/99, 72203/01, 72552/01, 30.06.05, avs. 99-107.

¹⁷³ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, 48553/99, 25.05.02, avs. 98.

¹⁷⁴ Eldjarn s. 262.

hvilken grad elementene som EMD anser sentrale i avgjørelsesprosessen ivaretas av Finnmarkskommisjonens i utredningsarbeidet.

Hvorvidt inngrepet er forholdsmessig og følgelig om Norge handler innenfor skjønnsmarginen beror utelukkende på prosessens kvalitet i lys denne avhandlingens fokus på innfortolkede prosessgarantier i EMK P1-1. All den tid *avgjørelsesprosessen* kan representere et eget brudd på den materielle rettigheten, er dette naturlig.¹⁷⁵ Som allerede nevnt, er skjønnsmarginen videre jo bedre kvalitet det er på prosessen. Hvorvidt Finnmarkskommisjonens konklusjoner, basert på deres bevisvurderinger er korrekt, er materielle vurderinger som er overlatt til Finnmarkskommisjonens skjønn og vil ikke behandles i denne avhandlingen.

Ettersom kravet til forsvarlighet beror på sakens betydning og alvorlighet,¹⁷⁶ bør en være oppmerksom på at selv om eiendomsretten er gitt menneskerettslig vern, er dette ikke like sentralt som forbudet mot tortur eller umenneskelig behandling. I lys av dette vil naturligvis et inngrep i eiendomsretten ikke være like graverende som et inngrep i ens integritet. På den annen side hevdes det at eiendomsbeskyttelse og personlig autonomi har en nær sammenheng.¹⁷⁷ I tillegg har utmarksrettigheter dannet og danner fremdeles livsgrunnlaget eller deler av livsgrunnlaget for rettighetspretendentene.¹⁷⁸ Rettighetenes betydning taler for at kravet til forsvarlighet ikke er ubetydelig.

Videre er det en rekke særlige faktiske omstendigheter ved landrettighetene i Finnmark som taler for at forsvarlighetskravet til kartleggingsprosessen i Finnmark må være betydelig. Justiskomiteen har uttalt finnmarksloven innebærer et betydelig historisk skifte¹⁷⁹ og en politisk anerkjennelse av rettighetene.¹⁸⁰ I lys av statens historikk overfor samene og den historiske og rettslige utviklingen etter Alta-saken¹⁸¹ er det store forventninger knyttet til rettskartleggingsarbeidet. Ettersom temaet også har vært gjenstand for politisk diskusjon både

¹⁷⁵ Eva Brems, "Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights" i *Shaping Rights in the ECHR, The Role of the European Court of Human Rights in determining the Scope of Human Rights*, 2013, s. 137-161 på s. 159.

¹⁷⁶ *Elsholz v. Germany*, 25735/94, 10.07.00, avs. 51-53.

¹⁷⁷ Solheim, s. 53.

¹⁷⁸ Finnmarkskommisjonens rapport for felt 2, s. 63.

¹⁷⁹ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 62.

¹⁸⁰ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 49.

¹⁸¹ Rt. 1982 s. 241.

før og etter vedtakelsen av finnmarksloven, er det viktig at prosessen foregår på en måte som alle involverte og berørte parter føler seg trygg på, slik Justiskomiteens mindretall påpekte.¹⁸²

4.2 Vurdering av kvalitet og forsvarlighet ved Finnmarkskommisjonens utredning

Det er en rekke elementer ved Finnmarkskommisjonens utredningsprosess som er tilstede og underbygger et inntrykk av forsvarlig prosess. Det ene er organets fagkyndighet. Etter finnml. § 29 annet ledd kreves at Finnmarkskommisjonens leder må oppfylle de kravene som domstolloven stiller til høyesterettsdommere. Videre må to av de øvrige medlemmer oppfylle kravene som stilles til tingrettsdommere og minst to medlemmer må være bosatt eller ha sterk tilknytning til Finnmark. Finnmarkskommisjonens sammensetting av medlemmer med solide juridiske kunnskaper i tillegg til enkelte medlemmers lokale tilhørighet taler for at Finnmarkskommisjonen er et fagkyndig organ.

Selv om Finnmarkskommisjonen ikke er en domstol, er denne opprettet ved lov og må anses for å oppfylle kravet om nøytralitet. Videre er Finnmarkskommisjonens konklusjoner er i all hovedsak enstemmige, med unntak av at kommisjonsmedlem Kjell Næss´ har et annet syn enn flertallet vedrørende laksefiske i sjø.¹⁸³ I tillegg foreligger det enkelte andre medlemmers dissenser vedrørende rettighetenes selvstendige grunnlag, herunder om retten til elgjakt er en lovbestemt rett eller en rettighet med selvstendig grunnlag og om retten til fiske i Trollfjordelva i Gulgofjorden er en særrett for grunneiere og hytteeiere.¹⁸⁴

Videre er høring av spesialister eller sakkyndige vitner i kartleggingsarbeidet vanlig praksis. Alle fem feltene er utredet av henholdsvis Norsk institutt for Kulturminneforskning (NIKU), Norsk institutt for Naturforskning (NINA) og/eller Samisk høgskole og Samisk utredningssenter (SEG).¹⁸⁵ I tillegg har historiker Hilde Jåstad og professor Kirsti Strøm Bull bistått i saksopplysningen.¹⁸⁶ I rapporten for felt 2 er det én interesserepresentant som finner

¹⁸² Innst. O. nr. 80. (2004-2005) s. 23.

¹⁸³ Næss dissenterte i dette spørsmål i rapport for felt 1, 2 og 3 før han trådte ut av Finnmarkskommisjonen 01.01.14.

¹⁸⁴ Finnmarkskommisjonens rapport for felt 6, s. 216.

¹⁸⁵ Se for eksempel Finnmarkskommisjonens rapport for felt 2 s. 13.

¹⁸⁶ Finnmarkskommisjonens rapport for felt 1 s. 12.

det vanskelig å ha tillit til NIKUs sakkyndige feltutredningen om fastboendes bruk og rettsoppfatninger.¹⁸⁷ De øvrige interesserepresentantene deler imidlertid ikke dette synet.

Kravet til partsdeltakelse ivaretas delvis gjennom åpne høringsmøter og ved at Finnmarkskommisjonen utnevner representanter som kan følge med på Finnmarkskommisjonens arbeid jf. finnml. § 32 tredje ledd. Under arbeidet med rapporten for felt 1 ble det avgitt muntlige forklaringer av 27 personer under høringsmøtet. I tillegg hadde Finnmarkskommisjonen fire møter med interesserepresentantene. Ordningen med interesserepresentanter betegnes som en form for rettshjelptiltak, og som et alternativ til at partene opptrer med egen advokat ved Finnmarkskommisjonens utredning.¹⁸⁸ Samlet sett, underbygger de ovennevnte momentenes tilstedeværelse inntrykk av forsvarlighet i prosessen til en viss grad.

På den annen side er en rekke elementer som kunne bidratt til forsvarlig prosess fraværende. Til tross for interesserepresentantenes deltakelse i Finnmarkskommisjonens arbeid, er partsdeltakelsen svært begrenset ettersom prosessen ikke er partsdrevet og partenes adgang til redegjørelse av faktum og bevisførsel er subsidiær. Finnmarkskommisjonens opplysningsplikt etter finnml. § 32 oppfylles ved at Finnmarkskommisjonen utlyser en anbudskonkurranse for en utredning av bruk av grunn og naturressurser.¹⁸⁹ I tillegg til sakkyndiges vurderinger danner skriftlige kilder, lokalhistorisk litteratur og undersøkelser av lokale arkiver grunnlaget for saksopplysningen.¹⁹⁰ Prosessen legger ikke opptil at rettighetspretendentene får anledning til å kommentere disse før de legges til grunn for Finnmarkskommisjonens konklusjoner.

Det svake vern for de private parters rett til å redegjøre for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken, uttale seg om bevis samt kommentere fremlagte eller innhentede faktiske opplysninger kan føre til rettighetstap for rettighetshavere ved Finnmarkskommisjonens behandling. Det må også tas i betraktning at partene ikke får dekket prosessomkostninger for Finnmarkskommisjonen ettersom det ikke er forutsatt at partene møter med prosessfullmektiger, kun med interesse-representanter. FeFo kan imidlertid bruke egne advokater i prosessen. Manglende partsdeltakelse taler derfor for at

¹⁸⁷ Finnmarkskommisjonens rapport felt 2, s. 59.

¹⁸⁸ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 26.

¹⁸⁹ Finnmarkskommisjonens rapport felt 3, Sørøya s. 12, rapport felt 5 Varangerhalvøya øst s. 14, rapport felt 6 Varangerhalvøya vest s. 14.

¹⁹⁰ Se for eksempel Finnmarkskommisjonens rapport for felt 5 Varangerhalvøya øst, s. 14.

kartleggingsprosessen ikke ivaretar kravet til forsvarlighet. I lys av kravet til effektive og praktikable rettigheter medfører nettopp slike svakheter ved avgjørelsesprosessen at det ikke er mulig å avklare om en rettighet er krenket eller ikke.

Kravet om reell tilgang til avgjørelsesorganet og eventuelle ankemuligheter er naturlig å vurdere i samlet ettersom Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark danner et enhetlig system. I lys av rettighetenes effektivitet og praktikabilitet, er dette krav strengere enn kravet til at det eksisterer hensiktsmessige ordninger som er tilgjengelige etter ILO-169 art. 14 nr. 3. Forholdet mellom antall krav som fremmes for Finnmarkskommisjonen og antallet som avvises gir grunn til å stille spørsmål ved hvorvidt Finnmarkskommisjonens avvisningspraksis oppfyller kravet til reell tilgang til avgjørelsesorganet.¹⁹¹

En gjennomgang av meldinger som er fremsatt for kommisjonen viser likevel at det råder stor usikkerhet om kommisjonens mandat.¹⁹² Mange meldinger gjelder fastsettelse av eiendomsgrenser og meldinger som ikke krever anerkjennelse ved siden av eller utover det som følger av finnmarksloven eller tinglysning.¹⁹³ Denne usikkerheten kan forklare noe av den høye andelen av krav som avvises, især for de første rapportene for felt 1 og 2.

Finnmarksommisjonen har imidlertid uttalt ettersom dens manglende behandling ikke medfører noen rettighetstap, har det ingen rettsvirkning at Finnmarkskommisjonen ikke har behandlet et spørsmål.¹⁹⁴ Det framgår videre av Finnmarkskommisjonens rapport at *"om noen mener at deres rettigheter er oversett, kan de reise sak for de alminnelige domstolene"*.¹⁹⁵ I følge Justiskomiteens flertall, vil Norge imidlertid ikke oppfylle sine folkerettslige forpliktelser etter ILO-169 art. 14 dersom rettighetshaverne kun henvises til de alminnelige domstoler for å få sine rettigheter kartlagt.¹⁹⁶

Finnmarkskommisjonens uttalelse etterlater et inntrykk av likegyldig holdning hensett Finnmarkskommisjonens rett og plikt til å nettopp utrede rettighetsspørsmålene i Finnmark. Finnmarksommisjonens unnlattelse av å behandle et rettighetsspørsmål avskjærer også

¹⁹¹ Vedlegg 1 gir en oversikt av antallet avviste og realitetsbehandlede krav samt hvor mange av disse som har fått medhold.

¹⁹² Se Finnmarkskommisjonens rapport for felt 1 s. 25, rapport for felt 2 s. 27 og rapport for felt 3 s. 28.

¹⁹³ Se eksempelvis Finnmarkskommisjonens rapport felt 1 s. 28 melding nr. 9 fra Heidi og Dagfinn Pedersen.

¹⁹⁴ Finnmarkskommisjonens rapport for felt 5 s. 130.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 37.

Utmarksdomstolen adgang til å behandle spørsmålet, da denne kun behandler tvister om rettighetsspørsmål som Finnmarkskommisjonen har utredet i rapporten for vedkommende felt. Denne uttalelsen sammenholdt med Finnmarkskommisjonens praktiseringen av avvisningsadgangen taler for at kravet til forsvarlighet ikke imøtegår. Tvert om, etterlater den et inntrykk av at manglende anerkjennelse som følge av manglende utredning av enkelte rettigheter kan være et resultat av vilkårlighet.

Utmarksdomstolen har uttalt at den som *hovedregel* ikke vil ta til behandling krav som ikke har blitt fremmet for og blitt realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen.¹⁹⁷ I lys av Finnmarkskommisjonens ovennevnte uttalelse utgjør Utmarksdomstolens avvisning av saker med den begrunnelse at Finnmarkskommisjonen ikke har realitetsbehandlet kravet et skår i rettighetshaveres rettssikkerhet. Ettersom det ikke foretas overprøving av rettmessigheten av Finnmarkskommisjonens avvisninger beror, ikke bare tilgangen til avgjørelsesorganet, men også ankeadgangen til Høyesterett i praksis på Finnmarkskommisjonens tolkning av sitt mandat.

Finnmarkskommisjonens uttalelse om at dens manglende behandling ikke fører til noen rettighetstap ettersom den private part har adgang til å reise sak for de alminnelige domstoler medfører heller ikke riktighet etter min mening. Selv om manglende behandling hos Finnmarkskommisjonen ikke utløser noen rettskraftvirkninger, utelukker den behandling for Utmarksdomstolen. Slik sett begrenser Finnmarkskommisjonens manglende behandling ankemulighetene i tillegg til at denne kan føre til rettighetstap i tilfeller der den private part ikke evner å bære den økonomiske belastningen ved å reise sak for de alminnelige domstolene.

Hvorvidt resultatene er like i ulike instanser er det ennå lite grunnlag for å vurdere. I forhold til antallet innmeldte krav for Finnmarkskommisjonen og det beskjedne antallet som får medhold hos Finnmarkskommisjonen er det likevel relativt få tvister som bringes inn for Utmarksdomstolen og enda færre som bringes inn for Høyesterett.¹⁹⁸ Hvorvidt dette kan ha sammenheng med den begrensede adgangen til dekning av sakskostnader etter finnml. § 43 er usikkert. Utmarksdomstolen har hittil realitetsbehandlet og avsagt fem dommer, hvorav to er

¹⁹⁷ UTMA-2014-164247.

¹⁹⁸ Se statistikk i vedlegg 1.

anket til Høyesterett, og kun én er behandlet av Høyesterett så langt, den andre er berammet i januar 2018.

4.3 Oppfyller Finnmarkskommisjonens utredning kravet til forsvarlighet?

Det faktum at partene involveres og høres i svært liten grad, sammenholdt med begrenset tilgang til avgjørelsesorganet der manglende behandling hos avgjørelsesorganet også stenger for ankeadgang, viser at flere sentrale momenter som skal ivareta prosessens forsvarlighet er fraværende. Manglende dekning av prosessomkostninger ved Finnmarkskommisjonens behandling jf. finnml. § 43 tredje ledd og den snevre adgangen til kostnadsdekning ved utmarksdomstolens behandling etter lovendringen¹⁹⁹ begrenser adgangen til avgjørelsesorganet og partenes ankemuligheter ytterligere.

Ettersom Finnmarkskommisjonen ikke har anerkjent et eneste område der samer tradisjonelt lever eller noen eksklusive kollektive bruksrettigheter, kan det også stilles spørsmål ved konklusjonenes riktighet idet finnmarksloven anerkjenner eksistensen av slike rettigheter. Særlig med tanke på at Justiskomiteens flertallet fokuserte på kollektive rettsdannelser.²⁰⁰ Med fare for å bevege meg over på den materielle siden av rettskartleggingen, nøyer jeg meg med å påpeke at Finnmarkskommisjonens utelukkelse av rettigheter er overraskende all den tid finnmarksloven anerkjenner at samer og andre har opparbeidete rettigheter i Finnmark og det er en folkerettslig forpliktelse å anerkjenne og sikre disse.

Fravær av de ovennevnte omstendighetene ved prosessen viser at kravet til inngrepets forholdsmessighet utfordres av Finnmarkskommisjonens praksis. Ettersom manglende tilstedeværelse av elementer som underbygger prosessens forsvarlighet er et selvstendig argument for at inngrepet ikke er forholdsmessig, og dermed konvensjonsstridig, er det grunn til å spørre om det er Finnmarkskommisjonens ansvar å bringe sin praksis i overensstemmelse med Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

¹⁹⁹ Innst. 67 L (2016-2017) Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen) s. 5-6 og Prop. 155 L. (2015-2016) Endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen) s. 9.

²⁰⁰ Innst. O nr. 80 (2004-2005) s. 28.

5 Utmarksdomstolen og Høyesterett som ankeinstans

5.1 Kravet til effektive rettsmidler

EMD har gjentatte ganger uttalt at staten har en positiv forpliktelse til å sikre et rettssystem med de nødvendige prosessuelle garantier som gjør det mulig at domstolene på en effektiv og rettferdig måte kan treffe avgjørelser i tvister om eiendomsrettigheter som omfattes av EMK P1-1.²⁰¹ Med hensyn til retten garantert ved P1-1, kan disse positive forpliktelsene innebære visse tiltak som er nødvendige for å beskytte eiendomsretten.²⁰² I følge EMD innebærer dette blant annet at statene er forpliktet til å finansiere rettslige prosedyrer som gir de nødvendige prosessgarantier og gjør det mulig for nasjonale domstoler å avgjøre tvister effektivt og rettferdig.²⁰³ Det sentrale er at tilgangen til domstolene ikke forhindres av dyr prosess og at behandlingen ivaretar de mest sentrale prosessgarantiene.

Den positive forpliktelsen har følgelig en side til EMK art. 13. På grunn av kravet til uttømmelse av nasjonale rettsmidler etter EMK art. 35, er domstolenes avgjørelsesprosess ofte sentral i relasjon til kravet om effektive rettsmidler ved individinngrep. Enhver som har en *"arguable claim"* på en krenkelse av konvensjonsrettighetene, har krav på *"effective remedy"* (oversatt til: *"effektivt rettsmiddel"*) foran en *"national authority"*. EMDs krav til det nasjonale avgjørelsesorganet er at det må ta stilling til *"the substance"* i saken.²⁰⁴ Dette innebærer at domstolen må ta stilling til sakens realitet. For at kravet til *"effective remedy"* skal oppfylles, må rettsmiddelet være effektivt så vel *"in practice and in law"*.²⁰⁵ I dette ligger at selv om et rettsmiddel isolert ikke tilfredsstiller kravet om effektivitet, vil flere rettsmidler samlet kunne oppfylle kravet.

I lys av kravet til rettsmiddelordningens effektivitet er det grunn til å vurdere enkelte forhold ved Utmarksdomstolen. Det ene er at lovendringen vedrørende dekning av sakskostnader som trådte i kraft 1.1.2017 begrenser tilgangen til domstoler og svekker dermed rettsmiddelordningen i praksis.²⁰⁶ Det andre er Utmarksdomstolens tolkning av sitt mandat og

²⁰¹ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, 48553/99, 25.07.02, avs. 96-98. Se også *X and Y v. Netherlands*, 8978/80, 26.03.85, avs. 22-23 og *Airey v. Ireland*, 6289/73, 09.10.79, avs. 25.

²⁰² Se bl.a. *López Ostra v. Spain*, 16798/90, 09.12.94, avs. 55.

²⁰³ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, 48553/99, 25.07.02, avs. 96.

²⁰⁴ *Kaya v. Turkey*, 22535/93, 28.03.00, avs. 124.

²⁰⁵ *Kudla v. Poland*, 30210/96, 26.10.00, avs. 157.

²⁰⁶ Lov 16. desember 2016 nr. 93 om endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen).

saklige kompetanse ettersom Utmarksdomstolen som hovedregel ikke tar til behandling saker som ikke er realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen.²⁰⁷ Nærmere om Utmarksdomstolens mandat og saklige kompetanse i kapittel 5.2.

Bakgrunnen for endringen av sakskostnadsreglene var at etter finnml. § 43 skulle staten dekke nødvendige utgifter for partene i saker om krav rettigheter som FeFo har motsatt seg. Tilsvarende dekket staten partenes prosessomkostninger etter høyfjellskommisjonsloven²⁰⁸ § 11 og utmarkskommisjonsloven²⁰⁹ § 18 første ledd. Spørsmålet om statens dekning av partenes prosessomkostninger var ikke omdiskutert i disse kartleggingsprosessene, selv om rettskartleggingen ikke var grunnet i en folkerettslig forpliktelse. Av Justiskomiteens innstilling til finnmarksloven fremgår det at det ville være urimelig om finnmarkingene må ta byrden ved selv å føre sine saker for de alminnelige domstolene med alle de ulempene dette medfører.²¹⁰ Ulempene det siktes til omfatter utvilsomt også sakskostnader.

Utmarksdomstolen tolket finnml. § 43 slik at staten dekker partenes nødvendige utgifter i alle saker om krav om rettigheter som Finnmarkseiendommen har motsatt seg, ”*uavhengig av Finnmarkskommisjonens konklusjoner om rettighetsspørsmålet*”.²¹¹ I følge justis- og beredskapsdepartementet virket denne løsningen prosessdrivende, konfliktskapende og konfliktforlengende. Dessuten ville finansieringen av slike søksmål gå på bekostning av fremdriften i kartleggingsprosessen og foreslo derfor endring av bestemmelsen.²¹²

Hovedregelen etter lovendringen er at staten dekker partenes nødvendige kostnader i saken i tilfeller der FeFo har motsatt seg en konklusjon fra Finnmarkskommisjonen om at en privat part har rettigheter til grunnen, og den private part reiser sak mot FeFo jf. § 43 annet ledd. Staten dekker også den privates sakskostnader dersom FeFo reiser sak mot den private. Siden det er svært få som får medhold hos Finnmarkskommisjonen, har ikke FeFo grunn til å motsette seg Finnmarkskommisjonens konklusjoner. I praksis betyr dette at staten slipper å dekke sakskostnader så lenge Finnmarkskommisjonen ikke anerkjenner rettigheter.

²⁰⁷ UTMA-2014-164247.

²⁰⁸ Lov 8. august 1908 nr. 6 om ordningen av rettsforholdene vedkommende statens høifjeldsgrund m.v. (opphevet).

²⁰⁹ Lov 7. juni 1985 nr. 51 om utmarkskommisjon for Nordland og Troms (opphevet).

²¹⁰ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 38.

²¹¹ UTMA-2014-162958-1.

²¹² Prop. 155 L. (2015-2016) s. 3.

Adgangen til å få dekket sakskostnadene for Utmarksdomstolen blitt betydelig innsnevret i tilfeller der den private part ikke har fått anerkjent rettigheter av Finnmarkskommisjonen. I tilfeller der FeFo ikke har motsatt seg Finnmarkskommisjonens konklusjoner, men den private part ikke får medhold hos Finnmarkskommisjonen, og derfor ønsker å reise sak mot FeFo, dekkes sakskostnadene av staten kun dersom det er grunn til å tro at søksmålet vil kunne føre frem. Spørsmålet om dekning av sakskostnader avgjøres av Utmarksdomstolen prejudisielt på bakgrunn av en sannsynlighetsvurdering av om søksmålet kan føre frem, basert på dokumenter som foreligger på tidspunktet for Utmarksdomstolens avgjørelse.²¹³

Denne løsningen er problematisk hva angår kravet til rettsmiddelets effektivitet ettersom Utmarksdomstolen skal ta utgangspunkt i Finnmarkskommisjonens rapport i sin behandling av saken jf. finnml. § 41 første ledd, 2. pkt. Dermed vil Finnmarkskommisjonens vurderinger også legge føringer for hvilke saker partene får dekket sakskostnadene. Hvorvidt partene får dekket sakskostnader vil naturligvis også ha betydning for hvilke som blir realitetsbehandlet av Utmarksdomstolen. Særlig med tanke på at sakskostnader i rettslige tvister om utmarksrettigheter kan bli høye. Lovendringen medfører trolig at færre saker enn tidligere bringes inn for Utmarksdomstolen og svekker følgelig partenes reelle tilgang til domstolsbehandling.²¹⁴

5.2 Utmarksdomstolens saklige kompetanse

Utmarksdomstolen skal avgjøre tvister om omfanget og innholdet av de rettighetene som samer og andre har på grunnlag av hevd og alders tids bruk jf. finnml. § 5 tredje ledd. Bestemmelsen henviser videre til finnml. kap. 5. Kapittel 5, § 36 første ledd, presiserer at Utmarksdomstolen ble opprettet for å ”*behandle tvister om rettigheter som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt*”. En naturlig forståelse av ordlyden er at alle tvister som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt omfattes av domstolens saklige kompetanse. Altså, både rettighetsforhold som har vært fremmet for Finnmarkskommisjonen, saker som oppstår etter at en tredjepart bestrider rettigheter en part

²¹³ Prop. 155 L (2015-2016) s. 9.

²¹⁴ Se vedlegg 1 for Utmarksdomstolens saksavvikling i 2017. Utmarksdomstolen har behandlet én sak i 2017.

har fått medhold i og krav som ikke har blitt fremmet for Finnmarkskommisjonen ettersom denne skal utrede rettighetsforhold uavhengig av fremsatte krav.²¹⁵

Utmarksdomstolen har drøftet spørsmålet om dens kompetanse i den såkalte Stjernøya-saken²¹⁶, under avsnittet ”*Utmarksdomstolens saklige kompetanse – delvis avvisning av søksmålene*”. Utmarksdomstolen viser til sin egen praksis der den i flere avgjørelser har uttalt at ”*utmarksdomstolen som hovedregel ikke tar til behandling krav som ikke har blitt fremmet for og blitt realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen*”. I tillegg til sin praksis, begrunnes standpunktet med henvisning til Justiskomiteens innstilling.²¹⁷ Det fremgår av innstillingen at uklarheter og mindre uenigheter kan løses gjennom forhandlinger, mens ”*gjensstående rettslige konflikter*” kan bringes inn for særdomstolen. Verken ordlyden eller innstillingen gir støtte til de innfortolkede vilkår om at kravet må være fremmet for og blitt realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen før den kan tas til behandling av Utmarksdomstolen.

Utmarksdomstolen stiller altså selv opp to tilleggsvilkår som begrenser dens saklige kompetanse til krav som er fremmet for og realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen. Dermed vil Finnmarkskommisjonens tolkning av sitt mandat være avgjørende for hvilke krav som behandles av Utmarksdomstolen.²¹⁸ På denne måten begrenser Utmarksdomstolens tolkning av sitt mandat rettsmiddelets effektivitet etter EMK art. 13.

Ettersom Finnmarkskommisjonens standpunkt om å unnlate å utrede et rettsforhold også begrunner Utmarksdomstolens avvisning, blir Finnmarkskommisjonens konklusjoner i liten grad gjenstand for overprøving. Manglende overprøving er problematisk i lys av det er et element som svekker prosessens kvalitet etter EMDs vurdering og det grunnleggende rettsprinsippet om to-instans-prøving i norsk rett. I følge Ravna må prinsippet legges ytterligere tyngde ettersom Finnmarkskommisjonen er et utredningsorgan og ikke en domstol som fatter rettslig bindende avgjørelser.²¹⁹

Utmarksdomstolen er gitt eksklusiv kompetanse i saker etter første ledd ettersom hovedregelen er at ”*saker som hører under utmarksdomstolen, kan ikke bringes inn for de*

²¹⁵ Ravna, ”Utmarksdomstolen for Finnmarks saklige kompetanse”, *Lov og Rett*, 2016, s. 67-81 på s. 72.

²¹⁶ UTMA-2014-162528-3.

²¹⁷ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 17.

²¹⁸ Se Ravna, ”Utmarksdomstolen for Finnmarks saklige kompetanse”, *Lov og rett*, 2016 s. 67-81.

²¹⁹ Op. cit. på s. 75.

alminnelige domstolene eller jordskifteretten” jf. finnml. § 36 tredje ledd. Det gjøres likevel unntak fra dette i tilfeller der utmarksdomstolen har ”*avvist saken etter § 39, eller søksmålsfristen etter § 38 første ledd er løpt ut, og utmarksdomstolen ikke skal ta saken til behandling etter § 38 annet ledd*”. Saker som Utmarksdomstolen har avvist kan bringes inn for de alminnelige domstolene. Det er imidlertid ikke adgang til å angripe avvisningskjennelser ved kjæremål eller anke jf. § 39 siste punktum.²²⁰ Følgelig vil ikke Utmarksdomstolens avvisningspraksis som begrunnes i to tilleggsvilkår uten lovhjemmel eller støtte i forarbeidene bli korrigert av Høyesterett.

Utgangspunktet for anke til Høyesterett er at når en anke til lagmannsrett er avgjort ved kjennelse, kan avgjørelsen ikke ankes videre jf. § 30-6 bokstav a. Derimot kan det i tilfeller der lagmannsretten avviser en sak fra tingretten med den begrunnelse at saken ”*ikke hører under domstolene*” ankes. Begrunnelsen for dette er at lagmannsrettens avgjørelse stenger for domstolsbehandling og avgjørelsen vil da være så viktig for partene at Høyesterett også bør kunne prøve lagmannsrettens bevisbedømmelse og subsumsjon.²²¹ I tilfeller der lagmannsretten har avvist saken med denne begrunnelse har Høyesterett full overprøvningskompetanse. Det er likevel viktig å merke seg at bestemmelsen omfatter kun avvisning av materielle krav.²²²

Utmarksdomstolens avvisningskjennelser med den begrunnelse at kravet ikke er fremmet og blitt realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen, er som nevnt en begrensning av domstolens saklige kompetanse. I realiteten er denne avvisningsgrunnen den samme som lagmannsrettens avvisning av saker fra tingretten med den begrunnelse at saken ”*ikke hører under domstolene*”. Behovet for at Høyesterett prøver Utmarksdomstolens bevisbedømmelse og subsumsjon ved avvisning kan anføres å være tilstede på samme måte som ved lagmannsrettens avvisningsavgjørelser. Særlig med tanke på at avvisning som følge av manglende realitetsbehandling hos Finnmarkskommisjonen er hovedregelen.

Utmarksdomstolen skal ta stilling til eier- og bruksrettigheter i Finnmark. Rettighetskravene gjelder altså materielle krav og de samme hensyn som begrunner adgangen til videre anke over kjennelser etter tvl. § 30-6 bokstav a gjør seg gjeldende også for Utmarksdomstolens avvisningskjennelser. Etersom Utmarksdomstolen er gitt eksklusiv kompetanse i tvister som

²²⁰ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 78.

²²¹ Skoghøy, s. 1268.

²²² Se for eksempel Rt. 2000 s. 1948 på s. 1953.

oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt og som *"hovedregel"* avviser krav som ikke er realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen, taler det for at behovet for overprøving av dens avvisningskjennelser er tilstede. Behovet for domstolsbehandling er like stort uavhengig av hva Finnmarkskommisjonen har ment om kravet, og gjør seg som nevnt særlig gjeldende ettersom Finnmarkskommisjonen er et utredningsorgan.

Konsekvensen av at Finnmarkskommisjonen unnlater å utrede et rettighetsforhold uten at disse overprøves av verken Utmarksdomstolen eller Høyesterett er at Finnmarkskommisjonens konklusjoner, uten grunnleggende prosessgarantier som kontradiktorisk saksbehandling, blir stående. Som kjent, er det et fåtall av konklusjonene som anerkjenner rettigheter og dermed blir mange rettigheter underkjent uten rettslig behandling. Selv om Finnmarkskommisjonens rapporter ikke har rettskraft, og det vil være mulig å bringe saken inn for de alminnelige domstolene, gir avvisning i to instanser, uten mulighet for å anke avvisningskjennelsen, negative signaler til rettighetspretendentene. Sammenholdt med innsnevringen av dekning av prosessomkostninger blir terskelen for å bringe saken for de alminnelige domstolene høy.

All den tid, det er Finnmarkskommisjonenes og Utmarksdomstolens oppgave å utrede og avgjøre tvister om rettigheter til land og vann i Finnmark skulle det heller ikke være nødvendig å bringe disse sakene for de alminnelige domstoler. Etter Justiskomiteens flertall vil det være *"klart urimelig å si at finnmarkingene må ta byrden ved selv å føre sine saker for de alminnelig domstolene med alle de ulempene dette innebærer"*.²²³ Det er derfor bemerkelsesverdig at Finnmarkskommisjonens og Utmarksdomstolens praksis ikke bidrar til oppfyllelse av formålet med finnmarksloven. Loven ble gitt for å blant annet oppfylle forpliktelsene etter ILO-169, herunder art. 14 nr. 1, om å anerkjenne samenes rettigheter til grunn i Finnmark. Manglende anerkjennelse av disse innebærer med andre ord at den norske stat ikke overholder sine forpliktelser etter ILO-169.

5.3 Betydningen av folkerettslige forpliktelser for domstolens behandling

I enkelte typer saker har domstolene et ansvar for å ivareta ulike offentlige interesser. I forarbeidene uttales det at *"offentlig interesser i meget vid forstand"* kan få betydning for

²²³ Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 38.

blant annet rettens plikt til å besørge at saken er forsvarlig opplyst.²²⁴ Det hevdes at ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser er en offentlig interesse som domstolene har et særlig ansvar for å ivareta fordi utfallet i en slik tvist vil kunne få konsekvenser for om den norske stat overholder sine folkerettslige forpliktelser.²²⁵ Resonnementet er altså at ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser er en offentlig interesse som domstolene har et ansvar for å ivareta.²²⁶

Ut fra et proporsjonalitetsperspektiv kan det argumenteres for at det står mer på spill når retten skal ta stilling til om en rettstilstand bryter med Norges folkerettslige forpliktelser. Slik taler også kravet til forsvarlighet i vid forstand for at det kreves en mer omfattende og grundig behandling før kravet til forsvarlighet anses oppfylt.²²⁷ I tvister som gjelder statens inngrep overfor samiske rettighetspretendenter, individuelt eller kollektivt, vil domstolene dermed ha en kontrollerende funksjon med økt ansvar for å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.²²⁸

Til støtte for dette syn vises det også til et mindretallsvotum i Høyesterett om at domstolens rettslige prøving av forvaltningsvedtak i utlendingssaker kan bygge på bevis- og rettsfakta på domstidspunktet i stedet for vedtakstidspunktet.²²⁹ Begrunnelsen for dette var ”*hensynet til gjennomføringen av Norges menneskerettslige forpliktelser, og sammenhengen med den internasjonale håndhevingen*”.²³⁰ En fraksjon uttalte at dette måtte gjelde også i andre saker enn utlendingssaker. Høyesteretts uttalelser synes å være godt i samsvar med EMDs økte fokus på subsidiaritetsprinsippet.

Det interessante i denne sammenheng for avhandlingens tema er hvordan Utmarksdomstolens avvisning av saker med den begrunnelse at et rettighetsforhold ikke er fremmet for og blitt realitetsbehandlet av Finnmarkskommisjonen stiller seg til domstolens ansvar for å ivareta Norges folkerettslige forpliktelser.

²²⁴ NOU 2001: 32 Bind B s. 707.

²²⁵ Stian Ø. Sørheim & Jussi E. Pedersen, ”Hvem kan representere kollektiver i tvistemål?”, *Juss i Nord: Hav, fiske og urfolk. En hyllest til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø*, 2012 s. 272-293 på s. 289.

²²⁶ Eldjarn, s. 274.

²²⁷ Op. cit. s. 275.

²²⁸ NOU 2001: 32 s. 28.

²²⁹ Rt. 2012 s. 1985 (avs. 181 og 216).

²³⁰ Op. cit. avs. 181.

Etter finnml. § 30 tredje ledd kreves det at rettigheten ”åpenbart ikke egner seg for behandling”. Anerkjennelse av samenes landområder er en folkerettslige forpliktelse og dermed i det offentliges interesse. Det taler for at Utmarksdomstolen bør overprøve Finnmarkskommisjonens vurderinger av om vilkåret for å unnlate å utrede et rettighetsforhold er oppfylt. Utmarksdomstolen skal med andre ord foreta denne vurderingen uavhengig av Finnmarkskommisjonens vurderinger og partenes prosesshandlinger fordi utfallet i en slik tvist vil kunne få konsekvenser for om den norske stat overholder sine folkerettslige forpliktelser.

På grunn av at Utmarksdomstolen ikke foretar denne typen vurderinger, men i stedet begrunner sine avvisninger med manglende realitetsbehandling hos Finnmarkskommisjonen, kan det synes som om behandlingen ikke er omfattende og grundig. Det kan synes som at ved Utmarksdomstolens behandling ikke er forsvarlig i lys av det skjerpede kravet til omfattende og grundig behandling i saker der offentlige interesser står på spill. Ettersom Utmarksdomstolens avvisningskjennelser har betydning for Norges overholdelse av folkerettslige forpliktelser, gjør behovet for Høyesteretts adgang til overprøving av avvisningskjennelsene seg gjeldende i desto større grad.

Overholdelse av Norges folkerettslige forpliktelser er imidlertid ikke domstolenes ansvar alene. Etter tvl. § 30-13 første ledd, første punktum har Høyesterett en plikt til å varsle Justisdepartementet i saker hvor det potensielt er konflikt mellom norsk lov og folkerettslige forpliktelser. I slike saker har staten rett til å møte for å ivareta det offentliges interesser jf. tvl. § første ledd siste punktum. Bestemmelsen eksistens viser at slike spørsmål er av betydning for staten og anvendelsen av denne vitner om at slik problematikk forekommer. I medhold av bestemmelsen representerte Staten v/ Justis og beredskapsdepartementet det offentliges interesser i Høyesterett senest i 2016 i Holskip-saken²³¹ og Guldberg-saken²³².

Det problematiske ved Utmarksdomstolens avvisningskjennelser er at finnml. § 39 siste punktum sperrer for Høyesteretts overprøvingsadgang av Utmarksdomstolens avvisningskjennelser. Dermed vil ikke Utmarksdomstolens avvisningskjennelser overprøves, og den potensielle folkeretts problematikken som følge av avvisningspraksis vil ikke fanges opp av Høyesterett. Dermed vil heller ikke Høyesteretts varslingsplikt til lovgiveren aktiveres.

²³¹ HR-2016-2554-P.

²³² HR-2016-304-S.

6 Avsluttende drøftinger

6.1 Respekterer og sikrer statens myndigheter bruks- og eierrettigheter i Finnmark?

Utredning skal skje ”på grunnlag av gjeldende nasjonal rett” og omfatter også prosessgarantier etter EMK P1-1 som samene i fullt monn skal nyte godt av jf. ILO-169 art. 3. Etter EMDs praksis er det en rekke elementer som kan underbygge prosessens forsvarlighet. Avhandlingen har imidlertid avdekket at flere av de sentrale prosessgarantiene er fraværende i rettskartleggingsprosessen i Finnmark.

Etter EMK art. 1 skal ”De høye Kontraherende Parter” sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som følger av konvensjonen. Bestemmelsen angir pliktsubjektet i henhold til konvensjonen og vedrører statens internasjonale ansvar.²³³ Statene har dermed en plikt til å sikre et rettssystem som beskytter og muliggjør håndhevelse av rettigheter over eiendom.²³⁴ Grunnloven § 92 jf. § 2 presiserer at plikten til å respektere og sikre menneskerettigheter tilligger ”statens myndigheter”. Bestemmelsens adressat er både den lovgivende, utøvende og dømmende myndighet.

I lys av kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler etter EMK art. 35 og tilgang til effektive rettsmidler er domstolenes avgjørelsesprosess ofte sentral ved vurderingen av om statens ansvar overholdes. Det har også blitt argumentert med at overholdelse av folkerettslige forpliktelser er en ”offentlig interesse” som domstolene har et særlig ansvar for å ivareta.

Ettersom Utmarksdomstolen som hovedregel avviser saker med den begrunnelse at Finnmarkskommisjonen ikke har behandlet kravet taler dette for at Utmarksdomstolen ikke ivaretar denne offentlige interessen. Som følge av at finnml. § 39 sperrer for at avvisningskjennelser kan bringes inn for Høyesterett, avskjæres den dømmende myndighets varslingsplikt om denne potensielle konflikten mellom norsk lov og folkeretten overfor den lovgivende myndighet.

Finnmarkskommisjonen er et utredningsorgan uten dømmende myndighet. Den er heller ikke en utøvende myndighet i lovens forstand og forvaltningsloven gjelder ikke for dens

²³³ Kjølbro, s. 35.

²³⁴ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, 48553/99, 25.07.02, avs. 96-98.

virksomhet jf. finnml. § 46 første ledd. Finnmarkskommisjonen faller derfor utenfor ordlyden ”statens myndigheter” jf. Grl. § 92. Det har likevel formodningen mot seg at prosessuelle krav til kartleggingsarbeidet fravikes ved at grunnen overføres til et privat rettssubjekt og kartleggingen delegeres til en uavhengig kommisjon slik finnmarksloven legger opp til. Ettersom retten til land og vann er vernet etter EMK P1-1, er bestemmelsens innfortolkede prosessuelle garantier av betydning for Finnmarkskommisjonens utredningsarbeid.

Det er statens ansvar å anerkjenne samenes landrettigheter og samtidig sikre et rettssystem som beskytter og muliggjør håndhevelse av rettigheter over eiendom. Følgelig plikter statens myndigheter å påse at prosessen er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser uavhengig av hvilket organ som utfører utredningsarbeidet. Ettersom ILO-169 art. 14 skal tolkes i lys av art. 2, har regjeringen ansvaret for å sette i gang en systematisk virksomhet for sikre at samene nyter godt av de rettigheter og muligheter som nasjonale lover og forskrifter sikrer for andre medlemmer av befolkningen, på lik linje med disse.

Til tross for internasjonal kritikk og anbefalinger om å revurdere finnmarkslovens ordning, er det ingen tegn fra verken lovgiveren eller regjeringen om å sette i gang noe systematisk virksomhet for å imøtegå kravet. Tvert i mot, signaliserer endringen av sakskostnadsreglene en mer restriktiv holdning fra lovgivers side. Dette følger også av regjeringens svar av 19. September 2017 til CERD sin anbefaling om å dekke av utgifter til rettshjelp til saksøkere som bringer inn saker for Utmarksdomstolen. I følge regjeringen er økonomiske utfordringer knyttet til statens dekning av partenes sakskostnader for Utmarksdomstolen løst ved en ”justering av modellen”.²³⁵

All den tid resultatforpliktelsen etter ILO-169 art. 14 nr. 1 ikke oppfylles kan det synes som om statens myndigheter ikke respekterer og sikrer eier- og bruksrettigheter i Finnmark. Resultatforpliktelsen tilsier naturligvis ikke at forpliktelsen må oppfylles i hele fylket. Det er likevel grunn til å problematisere manglende anerkjennelse - særlig i lys av Nesseby-saken som behandles av Høyesterett i plenum i januar 2018.²³⁶

²³⁵ Regjeringens svar på CERDs anbefalinger:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1941881e546b48578367e342e11202db/norges-23.24.-rapport-cerd.pdf> s. 30 (sist besøkt 28.11.17).

²³⁶ Utmarksdomstolen for Finnmark [UTMA-2014-164739](#) (14-164739TVI-UTMA). Anke til Høyesterett delvis tillatt fremmet, [HR-2017-1205-U](#). (sist besøkt 30.11.17).

Rettighetspretendentene selv har selvsagt adgang til å gå til søksmål mot staten med påstand om at kartleggingsprosessen i Finnmark er i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjonens første tilleggsprotokoll.²³⁷ Det har imidlertid formodningen mot seg at den enkelte må ta ansvar for å bringe det norske rettssystemet i overensstemmelse med menneskerettigheter ettersom det nettopp er statens ansvar. Særlig med tanke på at statens aktivitetsplikt er fremtredende vedrørende urfolks rettigheter.

²³⁷ Adgang til å gå til søksmål om at noe er rettstridig eller i strid med en inkorporert konvensjon. Se Rt. 2003 s. 301 og NOU 2001: 32, Bind A, s. 201 og Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 154-155, jf. s. 364.

Kilder

Traktater og konvensjoner

Convention for the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms - The European Convention on Human Rights (4. November 1950)

International Labour Organization (ILO) – Convention no. 169 – Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (27. June 1989)

Protocol to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (20. March 1952)

International Covenant on Civil and Political Rights (16. December 1966)

Vienna Convention on the Law of the Treaties between States and International Organizations (21. March 1986)

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (13. September 2007)

Lover

Lov 8. august 1908 nr. 6 om ordningen av rettsforholdene vedkommende statens høifjeldsgrund m.v. (opphevet)

Lov 7. juni 1985 nr. 51 om utmarkskommisjon for Nordland og Troms (opphevet)

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

Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 2016-12-16-93 om endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen)

Forarbeider

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Innst. O. nr. 80 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven)

Innst. 67 L (2016-2017) Innstilling fra justiskomiteen om endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen)

Ot. prp. nr. 3 (1998-1999) om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot. prp. nr. 53 (2002-2003) om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven)

Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Prop. L. 155 (2015-2016) Endringer i finnmarksloven (sakskostnader for Utmarksdomstolen)

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling

NOU 1993: 53 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark. Bakgrunns materialet for Samerettsutvalget

NOU 2001: 32 Rett på sak – Lov om tvisteløsning

NOU 2007: 13 Den nye sameretten, utredning fra Samerettsutvalget

St. Melding nr. 28 (2007-2008) Samepolitikken

Forskrifter

Forskrift om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark 16.03.2007 nr. 277

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Parter:	EMDs applikasjonsnummer:	Dato:
<i>De Cubber v. Belgium</i>	9186/80	26.10.84
<i>Meznaric v. Croatia</i>	71615/01	15.07.05
<i>König v. Germany</i>	6232/73	28.06.78
<i>Monnell and Morris v. The United Kindom</i>	9562/81, 9818/82	02.03.87
<i>Krcmár and others v. the Czech Republic</i>	35376/97	03.03.00
<i>Costello-Roberts v. the United Kingdom</i>	13134/87	25.03.93
<i>Airey v. Ireland,</i>	6289/79	09.10.79
<i>McCann and others v. the United Kingdom,</i>	18984/91	27.09.95
<i>Rolf Gustafson v. Sweden</i>	23196/94	01.07.97
<i>Belilos v. Switzerland,</i>	10328/83	29.04.88
<i>Bentham v. the Netherlands</i>	8848/80	23.10.85
<i>Handyside v. the United Kingdom</i>	5493/72	07.12.76
<i>Hutten-Czapska v. Poland</i>	35014/97	19.06.06
<i>Matos e Silva, Lda and others v. Portugal</i>	15777/89	16.09.96
<i>McMichael v. the United Kingdom</i>	16424/90	24.02.95
<i>Wittek v. Germany</i>	37290/97	12.12.02
<i>Maurice v. France</i>	11819/03	06.10.05
<i>Credit Bank and Others v. Bulgaria</i>	40064/98	30.04.02
<i>Sporrong and Lönnroth v. Sweden</i>	7151/75, 7152/75	23.09.82

<i>Erkner and Hofauer v. Austria</i>	9616/81	23.04.87
<i>Holy Monasteries v. Greece</i>	13092/87, 13984/88	09.12.94
<i>James and Others v. the United Kingdom</i>	8793/79	21.02.86
<i>Iatridis v. Greece</i>	31107/96	25.03.99
<i>Hentrich v. France</i>	13616/88	22.09.94
<i>Gillow v. the United Kingdom</i>	9063/80	24.11.86
<i>Draon v. France</i>	1513/03	06.10.05
<i>Hutten-Czapska v. Poland</i>	35014/97	19.06.06
<i>Animal Defenders International v. the U. K.</i>	48876/08	23.04.13
<i>Shtukaturov v. Russia</i>	44009/05	27.03.08
<i>Shindler v. the United Kingdom</i>	19840/09	07.05.13
<i>Giaccoemelli v. Italy</i>	59909/00	02.11.06
<i>Taskin and Others v. Turkey</i>	46117/99	10.11.04
<i>Hatton and Others v. the United Kingdom</i>	36022/97	08.07.03
<i>Elsholz v. Germany</i>	25735/94	13.07.00
<i>AGOSI v. the United Kingdom</i>	9118/80	24.10.86
<i>L. v. Finland</i>	25651/94	27.04.07
<i>Kutzner v. Germany</i>	25735/94	26.02.02
<i>Olsson v. Sweden</i>	13441/87	27.11.82
<i>Buckley v. the United Kingdom</i>	20348/92	25.09.96
<i>Salontaj-Drobnjak v. Serbia</i>	36500/05	13.10.09
<i>W. v. the United Kingdom</i>	9749/82	08.07.87
<i>Gorgulu v. Germany</i>	74969/01	26.02.04
<i>Leyla Sahin v. Turkey</i>	44774/98	10.11.05
<i>Sovtransavto Holding v. Ukraine</i>	48553/99	25.05.02
<i>X and Y v. Netherlands</i>	8978/80	26.03.85
<i>López Ostra v. Spain</i>	16798/90	09.12.94
<i>Kaya v. Turkey</i>	22535/93	28.03.00
<i>Kudla v. Poland</i>	30210/96	26.10.00
<i>Jahn and Others v. Germany</i>	46720/99, 72203/01, 72552/01	30.06.05
<i>Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and others v. the Netherlands</i>	39315/06	22.11.12
<i>Lithgow and Others v. the United Kingdom</i>	9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81	08.07.86

Avgjørelser fra Norges Høyesterett

Rt. 1982 s. 241 (Alta-saken)
Rt. 2000 s. 996 (Böhler)
Rt. 2001 s. 769 (Selbu-dommen)
Rt. 2003 s. 301 (Adgang til å kreve dom for at noe er rettstridig)
Rt. 2006 s. 856 (Bruk av politiattest under hovedforhandling)
Rt. 2008 s. 1789 (Sedvanemessig avliving av rein)
HR-2016-217-A (Sovende lagrettemedlem)
HR-2016-2030-A (Stjernøya)
HR-2016-2554-P (Holskip)
HR-2016-304-S (Guldberg)
HR-2017-1205-U (Anke delvis tillatt fremmet, Nesseby)

Avgjørelser fra Utmarksdomstolen i Finnmark

UTMA-2014-164247 (Avvisning av søksmål)

UTMA-2014-162958-1 (Beslutning om sakskostnader)

UTMA-2014-162528-3 (Stjernøya, om Utmarksdomstolens saklige kompetanse)

UTMA-2014-164739 (14-164739TVI-UTMA) (Krav om styring av bruksretter i utmark)

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)

Anaya, James, *International Human Rights and Indigenous Peoples* (New York 2009)

Bernt, Jan Fridtjof og Doblet, David R., *Juss, samfunn og rettsanvendelse* (Oslo 1996)

Brems, Eva, *Shaping Rights in the the ECHR, The Role of the European Court of Human Rights in determining the Scope of Human Rights* (New York 2013)

Christoffersen, Jonas, *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (Leiden/Boston 2009)

Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning* (Oslo 2016)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – for praktikere*, 4. Utgave (København 2017)

Ravna, Øyvind, *Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark* (Oslo 2013)

Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Tvisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017)

Skogvang, Susann, *Samerett*, 2. utgave (Oslo 2009)

Solheim, Stig, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* (Oslo 2010)

Van Dijk, Pieter, m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Haag 1998)

Artikler i tidsskrift og artikkelsamlinger

Bull, Kirsti Strøm, ”Finnmarksloven – Finnmarkseiendommen og kartlegging av rettigheter i Finnmark”, *Tidsskriftet Lov og Rett*, 2007 nr. 9

Brems, Eva & Lavrysen, Laurens ”Procedural Justice in Human Rights Adjunction: The European Court of Human Rights”, *tidsskriftet Human Rights Quarterly*, 2013, s. 176-200

Eriksen, Gunnar K., ”Norsk tingsrett i Sápmi – en uting?” Kritisk søkelys på rettskildebruken i NOU 1993: 34, *Tidsskriftet Retfærd*, 1995 nr. 69, s. 66-85

Pedersen, Jussi E., ”Rettskartleggingen i Finnmark – siste etappe i ”de lange tidsaksers juss”, ”*Tidsskriftet Ottar*, 2016 nr. 313 - Hvem eier Finnmark? s. 20-25

Ravna, Øyvind, ”Utmarksdomstolen for Finnmarks saklige kompetanse”, *Lov og Rett*, 2016, s. 67-81

Rui, Jon Petter, ”The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court’s interpretation of the European Convention of Human Rights”, *Nordic Journal of Human Rights*, 2013 s. 28-54

Settem, Ole Johan, ”Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten”, *Jussens Venner*, nr. 03, 2016 s. 119-141

Sørheim Stian Ørbech & Pedersen Jussi Erik, ”Hvem kan representere kollektiver i tvistemål?”, *Juss i Nord: Hav, fiske og urfolk. En hyllest til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø*, 2012 s. 272-293

Sørensen, Christian Børge, ”Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 348-383

Rapporter fra FN-organer

Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Consideration of reports submitted by Norway’s twenty-first and twenty-second periodic reports, CERD/C/NOR/CO/21-22, 25.09.2015 of States parties due in 2013, Norway

Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland, 09.08.2016, A/HRC/33/42/Add.3

Avgjørelser og uttalelser fra ILO-organer

Klagesak National Trade Union of Education Workers (SNTE), *Radio Education v. Mexico* (ilolex: 161998MEX)

Observation (CEACR) - adopted 2009, published 99th ILC session (2010)

Observation (CEACR) - adopted 2014, published 104th ILC session (2015)

Finnmarkskommisjonens rapporter

Rapport for felt 1 Stjernøya/Seiland (2012)

Rapport for felt 2 Nesseby (2013)

Rapport for felt 3 Sørøya (2013)

Rapport for felt 5 Varangerhalvøy øst (2014)

Rapport for felt 6 Varangerhalvøy vest (2015)

Internettkilder

<https://snl.no/Finnmark> (sist besøkt 26.10.2017)

https://lovdata.no/pro/#result&id=1148&q=utmarksdomstol* Lovdata pro krever innlogging (sist besøkt 02.10.2017)

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/sami/ilo_ekspertkomiteens_kommentarer_2010.pdf (sist besøkt 26.10.2017)

http://www.fefo.no/no/presse/Documents/FeFo%20mener.%20Kronikk%20og%20debatt%20innlegg/Kronikk%20FN-rapport_NETT.pdf (sist besøkt 26.10.2017)

<http://www.nhri.no/kurs-aktiviteter/rapport-til-ilo-konvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-og-stammefolk-article323-830.html> (sist besøkt 01.11.2017)

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (sist besøkt 23.11.17)

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1941881e546b48578367e342e11202db/norges-23.24.-rapport-cerd.pdf> (sist besøkt 23.11.17)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til/id278377/> (sist besøkt 15.10.17)

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/Mandate.aspx> (sist besøkt 24.11.17)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507219,en (sist besøkt 31.10.17)

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1941881e546b48578367e342e11202db/norges-23.24.-rapport-cerd.pdf> (sist besøkt 28.11.17)

<https://www.regjeringen.no/contentassets/1941881e546b48578367e342e11202db/norges-23.24.-rapport-cerd.pdf> (sist besøkt 28.11.17)