

Reglene om tilbakeføring av råderett i internasjonal og nasjonal urfolksrett

Professor dr. juris Øyvind Ravna

Professor i rettsvitenskap og leder av forskergruppen for same- og urfolksrett ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet. Han har bl.a. skrevet bøkene Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark (2013) og Same- og reindrifftsrett (2019).

Master i rettsvitenskap Bendik Midtkandal

Universitetsstipendiat i rettsvitenskap og medlem av forskergruppen for same- og urfolksrett ved Det juridiske fakultet, UiT Norges arktiske universitet.

Sammendrag:

Internasjonal rett innehar regler om tilbakeføring av landområder som urfolk har mistet råderetten over, ofte omtalt som reglene om restitusjon. Det hersker imidlertid uklarhet om reglenes innhold, både internasjonalt og nasjonalt. I denne artikkelen drøftes tilbakeføringsreglenes innhold og rekkevidde. Det synliggjøres at reglene kan ha betydning der majoritetssamfunnets myndighetsutøvelse og dominans har bidratt til en oppfatning om bortfall av råderett for urfolket over deres landområder. Tidsforløp, formelle hjemmelsforhold og tilknytning er faktorer som må vurderes for å avgjøre om tilbakeføring kan finne sted. Etter å ha sett på reglenes betydning i internasjonal rett blir det også gjort betraktninger om deres plass i norsk rett.

Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 136, 4/2023, s. 443–492. ISSN 0040-7143

DOI: <https://doi.org/10.18261/tfr.136.4.2>

Vitenskapelig publikasjon

(Sidetall i klammeparentes viser til sidetallene i Tidsskrift for Rettsvitenskap)

[444]

Nøkkelord: restitusjon, gjenoppretting, urfolk, samerett, festnede rettsforhold, alder tids bruk

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	2
1.1 Tema og bakgrunn	3
1.2 Problemstilling og aktualitet	4
1.3 Fremgangsmåte og metode	5
2. Rettsgrunnlaget for restitusjon i internasjonal rett	7
2.1 ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater	7
2.1.1 Formell status i norsk rett	7
2.1.2 Kan det utledes regler om restitusjon fra ILO-169?	8
2.1.3 Nærmere om forarbeidene	13
2.1.4 Har tilbakeføringsregelen i ILO-169 artikkel 14(1) en tidsmessig grense?	16
2.2 FNs erklæring om urfolks rettigheter	18
2.2.1 Formell status i norsk rett	18
2.2.2 Reglene om restitusjon fra UNDRIP	19
2.3 FNs konvensjon mot rasediskriminering	22
2.3.1 Formell status i norsk rett	22
2.3.2 Reglene om restitusjon fra RDK	23
2.4 FNs konvensjoner om sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	26
2.4.1 Regler om restitusjon i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter	26
2.4.2 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	28
2.5 Foreløpig konklusjon	29
3. Retten til restitusjon og ulovfestet bortfall i norsk rett	29
3.1 Tilbakeføringsregelen i norsk rett	29
3.2 Grunnlag for bortfall av rettigheter ved festnede forhold	32
3.3 Tidsvilkåret	34
3.4 Gjøre opp for tidligere urett eller opprettholde dagens situasjon?	36
4. Avslutning	36
Kilder	38

[445]

1. Innledning

1.1 Tema og bakgrunn

Reglene om restitusjon eller gjenoppretting innen urfolksretten handler bl.a. om tilbakeføring av råderetten over landområder urfolk er blitt fratatt.¹ Spørsmålet er hvilket innhold disse reglene har. Uklarheter om reglenes innhold internasjonalt bidrar til at det også hersker usikkerhet om hvilken betydning de har for nasjonalstatenes interne rett.

Denne artikkelen søker tematisk å klargjøre innholdet i de internasjonale urfolksreglene om restitusjon. Deretter blir det gjort betraktninger om reglenes plass i norsk intern rett.

Opp gjennom historien har mange av verdens urfolk lidt urett. Kolonisering, tvungen landavståelse og påfølgende samfunnsutvikling har ført til at urfolk i dag bare besitter og bruker en del av områdene de tradisjonelt har brukt og rådet over.² Læresetninger som *Doctrine of Discovery*, *Terra Nullius* og *Manifest Destiny* har i de oversjøiske områdene vært nyttet for å legitimere denne uretten.³ Fratakelsen av landområder har forhindre urfolk i å utøve sin kultur, spesielt deres rett til utvikling i samsvar med egne behov og interesser.⁴

Også samene har blitt utsatt for kolonisering. Fra middelalderen og fram mot vår tid har samene gradvis blitt innlemmet i statene Norge, Sverige, Finland og Russland.⁵ Det har ført til at de er fratatt råderetten over sine tradisjonelle landområder. I Norge har dette i hovedsak skjedd ved jordbruks- og senere industriekspansjon, støttet av rettsprosesser som det er [446] tvil om var rettmessige, så vel i sin samtid som i dag.⁶ Det kan også hevdes at fornorskningspolitikken, sammen med en gradvis fordreining av rettshistorien, har vært en bidragsyter.

Det internasjonale rettssamfunnet har søkt å reparere den urett urfolk har blitt utsatt for som følge av bl.a. urettmessige beslag av landområder. Ved siden av reglene om umiddelbar

¹ Restitusjon kommer av latin og betyr gjenoprettelse; gjeninnsettelse; erstatning; helbredelse, se Dag Gundersen, *Fremmedord og synonymer, blå ordbok*, 8. utgave, Kunnskapsforlaget 2013, s. 493.

² NOU 1980: 53 Vern av urbefolkninger s. 34. Se også Jon Schackt og Espen Wæhle, «urfolk» i *Store norske leksikon*, 3. mars 2021, <https://snl.no/urfolk> (lest 11. mai 2023).

³ Federico Lenzerini, «Reparation, Restitution, and Redress. Articles 8(2), 11(2), 20(2), and 28», Jessie Hohmann og Marc Weller (red.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A Commentary*, Oxford University Press 2018, s. 573–598 (s. 577) (DOI-referanse her og i øvrige kilder er inntatt i litteraturlista); Jeffery Ostler, *The Plain Sioux and U.S. Colonialism from Lewis and Clark to Wounded Knee*, Cambridge University Press 2004, s. 38–39; Robert J. Miller, *Native America, Discovered and Conquered. Thomas Jefferson, Lewis & Clark, and the Manifest Destiny*, Praeger 2006, s. 118.

⁴ Se sjette avsnitt i fortalen til United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), 13. september 2007, A/RES/61/295.

⁵ Lars Ivar Hansen og Bjørnar Olsen, *Samenes historie fram til 1751*, Cappelen 2004, s. 151–161.

⁶ Det finnes mange eksempler på slike rettsprosesser. Her nevnes noen saker fra 1900-tallet: Rt. 1931 s. 57 (Dergafjeld), Rt. 1955 s. 361 (Marsfjell), Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen), Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjell), Rt. 1996 s. 1232 (Tysfjord) og Rt. 1997 s. 1608 (Aursunden).

reparasjonsplikt for brudd på folkeretten⁷ er det i tillegg til garantier om ikke-gjentakelse⁸ vedtatt regler om kompensasjon og restitusjon. For mange urfolk har «moderlandet» en åndelig betydning som ikke kan måles i penger.⁹ På grunn av urfolks tette kulturelle tilknytning til landområder og naturressurser er tilbakeføring som oftest den eneste effektive reparasjonsordningen.¹⁰

1.2 Problemstilling og aktualitet

Grovt regnet finnes det tre internasjonale urfolksrettslige regler om restitusjon av landområder: Den første regelen oppstiller en plikt for staten til å iverksette prosedyrer for å avgjøre spørsmål om tilbakeføring av landområder som urfolk har mistet. Det er en prosessuell regel. Den andre regelen gir urfolk rett til å få vende tilbake til sine tradisjonelle landområder etter midlertidig bortflytting. Den tredje regelen gir urfolk rett til å få tilbakeført landområder som de besittet og rådet over, men senere er blitt fratatt. I motsetning til den første regelen er de to neste reglene av materiell karakter. I artikkelen kaller vi de tre reglene for henholdsvis *prosedyreregelen*, *tilbakevendingsregelen* og *tilbakeføringsregelen*.

I Norge er det tilbakeføringsregelen som er viet mest oppmerksomhet. I forarbeidene til Norges ratifisering av ILO-konvensjon nr. 169¹¹ drøftet [447] Kommunaldepartementet konvensjonens artikkel 14(1) første punktum,¹² bl.a. med blikk på hvor langt inn i vår tid samene måtte ha rådet over sine tradisjonelle landområder for at deres eier- og besittelsesrettigheter skulle stå ved lag. Med henvisning til ILOs sekretariat anførte departementet at ordlyden «'traditionally occupy' ikke vil gi rettigheter til ethvert område som tidligere har vært i urbefolkningens besittelse».¹³ En naturlig og helhetlig forståelse av artikkel 14(1) var derimot at bruken måtte ha vært klart dominerende og vart «fram til våre dager».¹⁴ Regelen ble også drøftet av Rettsgruppen under Samerettsutvalget, hvor flertallet mente at den stilte krav om at «urbefolkningenes bruk [må ha] vært enerådende eller i det minste klart

⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (i kraft 23. mars 1976) artikkel 2(3) (a), se også Daniel Billy and others v. Australia (Torres Strait Islanders Petition), CCPR/C/135/D/3624/2019, 21. juni 2022.

⁸ Se bl.a. UNDRIP artiklene 8, 11(2) og 28(1).

⁹ Lenzerini (2018) s. 574.

¹⁰ Lenzerini (2018) s. 575.

¹¹ ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO-169), Genève, 27. juni 1989 (i kraft 5. september 1991) (ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater). Ratifisert av Norge (som første stat i verden) 20. juni 1990. Forarbeidene det vises til er St.prp. nr. 102 (1989–90) Om den 76. internasjonale arbeidskonferanse i Genève 1989.

¹² Bestemmelsen er gjengitt i underkapittel 2.1.2 nedenfor.

¹³ St.prp. nr. 102 (1989–90) s. 6 med henvisning til ILC, Report IV (2 A), Partial Revision of the Indigenous and Tribal Convention, 1957 (No. 107), 76th session 1989 s. 36.

¹⁴ St.prp. nr. 102 (1989–90) s. 6.

dominerende og fortsatt har en slik karakter». ¹⁵ Folkerettsgruppen under samme utvalg anførte derimot at det var tilstrekkelig at «den bruk som påberopes som grunnlag for retten, har stått ved lag inn i vårt [det 20.] århundre». ¹⁶

Det gjenoppnevnte Samerettsutvalget mente drøyt ti år senere at diskusjonene på 1990-tallet hadde «begrenset interesse», og at det uansett ikke var treffende å søke spørsmålet besvart ved å tolke tilbakeføringsregelen i ILO-169. Etter utvalgets syn ville spørsmålet i praksis «måtte løses med utgangspunkt i vedkommende stats interne tingsrett». ¹⁷

Vi er enig med utvalget i at spørsmålet om urfolk kan få anerkjent eier- og besittelsesrettigheter over sine tradisjonelle landområder, skal vurderes med utgangspunkt i nasjonale rettsregler. Vi mener likevel at utvalgets standpunkt på ingen måte betyr at det ikke er grunn til å undersøke rekkevidden av tilbakeføringsregelen i ILO-169 – eller i andre internasjonale instrumenter.

Formålet med denne artikkelen er nettopp å undersøke rekkevidden av de internasjonale reglene om restitusjon, og da primært tilbakeføringsregelen. **[448]** Problemstillingen er i hvilken grad disse reglene innebærer at urfolk har rett til å få tilbakeført landområder som de er blitt fratatt, og hvilke vilkår stilles i så fall for slik tilbakeføring? Vi vil også søke å finne ut om de internasjonale reglene, sammen med de norske, bidrar til å etablere et vern for urfolks bruk av tradisjonelle landområder i Norge. Prosessuelle spørsmål som f.eks. av hvem – og hvordan – restitusjonskrav kan fremsettes for nasjonale domstoler og internasjonale håndhevingsorganer, behandles derimot ikke.

1.3 Fremgangsmåte og metode

For å besvare problemstillingen vil vi i kapittel 2 undersøke mulige hjemmelsgrunnlag for de internasjonale urfolksreglene om restitusjon med sikte på å finne ut hvilke regler som kan utledes. De internasjonale instrumentene som skal ses nærmere på, er ILO-169, FNs konvensjon mot rasediskriminering (RDK), ¹⁸ FNs konvensjon om sivile og politiske

¹⁵ NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark s. 55. Uttalelsen ble gitt med henvisning til St.prp. nr. 102 (1989–90), se note 13 ovenfor.

¹⁶ NOU 1997: 5 Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett s. 50, med henvisning til Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], «Menneskerettigheter og urbefolkningsrettigheter», *Lov og Rett* 1992 s. 67 flg. (s. 88). Se også Otto Jebens, *Om eiendomsretten til jorden i Indre Finnmark*, Cappelen Akademisk Forlag 1999 s. 532–534.

¹⁷ NOU 2007: 13 A Den nye sameretten; Utredning fra Samerettsutvalget, del I, II og III (kap. 1–15) s. 232. Samerettsutvalget ble gjenoppnevnt ved kgl.res. 1. juni 2001 med mandat å utrede rettsforhold o.a. for den samiske befolkningen sør for Finnmark.

¹⁸ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21. desember 1965 (i kraft 4. januar 1969). At det dels nyttes norske, og dels engelske forkortelser for de internasjonale instrumentene som drøftes, er begrunnet i at vi har valgt de som er alminnelig brukt i norsk rettsterminologi.

rettigheter (SP) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og politiske rettigheter (ØSK).¹⁹ Vi vil også se nærmere på FNs erklæring om urfolks rettigheter (UNDRIP). Vi vil ikke gå inn på mulige grunnlag for restitusjonsreglene i internasjonal urfolksrett som Norge ikke er forpliktet av. Mest plass blir brukt på ILO-169 og UNDRIP, fordi deres restitusjonsregler er oftest diskutert.

Undersøkelsen av de aktuelle rettskildene gjøres med utgangspunkt i folkerettslig metode. Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen om traktatretten.²⁰ Tradisjonen tro vil likevel tolkingsprinsippene i konvensjonens artikler 31–33 nyttes da disse er ansett for å utgjøre folkerettslig sedvanerett.²¹ Artikkel 38(1) i vedtektene for Den Internasjonale domstolen (ICJ)²² lister opp kilder som kan brukes for å tolke internasjonal rett: [449] Det er internasjonale overenskomster (konvensjoner), internasjonale sedvaner og alminnelige rettsgrunnsetninger anerkjent av siviliserte stater, jf. (a)–(c). I tillegg nevnes rettspraksis og kvalifisert nasjonal rettslitteratur som subsidiære rettskilder i (d). Bestemmelsen er ansett for å kodifisere internasjonal sedvanerett når det gjelder internasjonale rettskilder.²³

For hvert av de relevante hjemmelsgrunnlagene som skal undersøkes, gis det innledningsvis en forklaring på deres *formelle status* i norsk rett. Med «formell status» mener vi her om og eventuelt hvordan de er innarbeidet i norsk rett. I Norge eksisterer en dualismegrundsetning som innebærer at norsk rett går foran ikke-innarbeidet folkerett ved uforenlig motstrid.²⁴ Øvrige konflikter vil løses av presumsjonsprinsippet, som går ut på at norsk rett skal tolkes i samsvar med folkerettslige forpliktelser så langt det lar seg gjøre.²⁵

I kapittel 3 vurderer vi hvordan de internasjonale rettsreglene om restitusjon er anvendt når det tas stilling til rettigheter den samiske urbefolkningen kan ha krav på i norsk rett. Her vises det til Finnmarkskommisjonens rapport felt 4 Karasjok.²⁶ Det er den foreløpig siste rapporten til kommisjonen som omhandler eiendomsrett til grunn i Finnmark, fremlagt i

¹⁹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (i kraft 3. januar 1976).

²⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969 (i kraft 27. januar 1980).

²¹ Se bl.a. Rt. 2008 s. 1789 (hjerestetikk) (avsn. 28) og HR-2019-282-S (snøkrabbe) (avsn. 48).

²² Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26. juni 1945 (i kraft 24. oktober 1945).

²³ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, Universitetsforlaget 5. utg. 2018, s. 71, og Mattias Åhrén, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal system*, Oxford University Press 2016, s. 57 med videre henvisning til Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press 2003, s. 5.

²⁴ Rt. 1997 s. 580 (OFS) (s. 593), Rt. 2007 s. 234 (avsn. 54), NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett s. 63–64, Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) s. 12, Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 31, Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018, s. 39, og Ruud og Ulfstein (2018) s. 59.

²⁵ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) (s. 1826). Se også Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, s. 68–70.

²⁶ Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 4 Karasjok* (2 bind), 2019.

desember 2019,²⁷ i dens pågående arbeid med rettskartleggingen i Finnmark, jf. Finnmarksloven § 29.²⁸ Nevnte rapport var nylig gjenstand for behandling i Utmarksdomstolen for Finnmark med domsavsigelse 21. april 2023. I kapitlet vurderer vi hvordan også domstolen har forholdt seg til restitusjonsreglene.²⁹ Kapittel 4 er en oppsummerende konklusjon. [450]

Gjennomgangen ovenfor viser at reglene om restitusjon er behandlet i begrenset grad i offentlige utredninger i Norge. Det samme er situasjonen i norsk rettslitteratur.³⁰

2. Rettsgrunnlaget for restitusjon i internasjonal rett

2.1 ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater

2.1.1 Formell status i norsk rett

ILO-169 ble vedtatt 27. juni 1989 og ratifisert av Norge 20. juni 1990. Konvensjonen er ikke innarbeidet i norsk rett på generelt grunnlag, men den er sektorinkorporert gjennom bl.a. sameloven, Finnmarksloven og Tanaloven.³¹ Sektorinkorporeringen av ILO-169 gjør at bestemmelsene i konvensjonen bare kan brukes som primært rettsgrunnlag i norsk rettsanvendelse på de områder den er inkorporert. For den øvrige delen av norsk rett har ILO-169 betydning som tolkningsbidrag eller støtteargument ved bruken av norske regler, jf. presumsjonsprinsippet. Domstolene og norske utøvende myndigheter har slått fast at samene er et «urfolk» etter ILO-169 artikkel 1(1)(b).³²

I forbindelse med rettskartleggingen i Finnmark har Høyesterett i HR-2016-2030-A (Stjernøya) lagt til grunn at det ikke kan bygges rett direkte på bestemmelsene i ILO-169.

²⁷ Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 4 Karasjok – Interne rettsforhold i reindriften* (3 bind), 2022, er den siste rapporten til Finnmarkskommisjonen.

²⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (Finnmarksloven).

²⁹ Utmarksdomstolen for Finnmark, dom 21. april 2023 UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok).

³⁰ Her nevnes Øyvind Ravna, «Restitusjon og gjenoppretting i norsk urfolksrett», *Lov og Rett* 2020, s. 566–579, hvor det med henvisning til ILO-169 sies at «[r]etten til restitusjon innebærer [...] at det ikke er avgjørende om staten eller andre gjennom en viss periode har hatt rådighet over områder som tidligere har vært benyttet av urfolket, når krav grunnet i 'tradisjonell besittelse' eller 'tradisjonelt eierskap' fremmes» (s. 578). Flere internasjonale rettsforskere har undersøkt det urfolksrettslige restitusjonsinstituttet, se S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utgave, Oxford University Press 2004, s. 144 flg., Malcolm Langford og Khulekani Moyo, «Right Remedy or Rhetoric: Land Restitution in International Law», Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, Cambridge University Press 2007, s. 81–82 og 264–266, *Nordic Journal of Human Rights* 2011, s. 143–176 (s. 167–171), Jérémie Gilbert, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law*, Leiden 2016, s. 159–168, Áhrén (2016) s. 194–199 og Lenzerini (2018).

³¹ Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven) § 1-1 andre ledd, Finnmarksloven § 3 første punktum og lov 20. juni 2014 nr. 51 om fiskeretten i Tanavassdraget (Tanaloven) § 3 første punktum.

³² Rt. 2001 s. 769 (Selbu) (s. 791) og St.meld. nr. 28 (2007–2008) Samepolitikken s. 33.

Med henvisning til forarbeidene påpekte Høyesterett at inkorporeringen var ment å begrense seg til Finnmarkslovens egne bestemmelser (og ikke de materielle reglene som det er henvist til i [451] § 5 tredje ledd): «Selv om loven regulerer prosedyrene for å avklare rettigheter, regulerer den ikke de materielle reglene som rettighetene skal avklares på grunnlag av.»³³

I underkapittel 2.1.2 undersøkes det om ILO-169 er et rettslig grunnlag for regler om restitusjon. Hva Norges Høyesterett mener om spørsmålet, drøftes i underkapittel 3.1.

2.1.2 Kan det utledes regler om restitusjon fra ILO-169?

I fortalen til ILO-169 femte avsnitt uttales det at konvensjonen sikter mot å fjerne assimileringorienteringen i de tidligere standardene.³⁴ Mens forgjengeren, ILO-konvensjon nr. 107,³⁵ hadde forsvarlig integrasjon som et sentralt formål, er målsettingen med ILO-169 å verne om urfolks egen kultur og tradisjoner.³⁶ Konvensjonsbestemmelsene må derfor leses i lys av denne målsettingen.

Konvensjonens del II omhandler landrettigheter, og innledes med artikkel 13(1). Bestemmelsen oppstiller et tolkningsprinsipp om at det skal tas hensyn til urfolks sedvaner og nære forhold til sine landområder ved anvendelsen av de øvrige reglene i del II.

Prosedyreregelen har sitt hjemmelsgrunnlag i artikkel 14(3), som forplikter medlemsstatene til å etablere hensiktsmessige tvisteløsningsprosedyrer for å avgjøre urfolks krav på landområder.

Artikkel 16(1) slår fast at urfolk ikke skal flyttes fra landområder som de besitter. I (2) er det likevel åpnet for at flytting av urfolk kan skje i ekstraordinære tilfeller. Når årsaken til flyttingen er falt bort, bestemmer (3) at urfolket har rett til å vende tilbake til sine tradisjonelle landområder. Artikkel 16(3) hjemler derfor tilbakevendingsregelen.³⁷

[452] Artikkel 16 illustrerer ellers hvordan reparasjonsordningene er rangert. Bare der hvor det er umulig for urfolket å flytte tilbake, vil andre reparasjonsordninger enn tilbakevendning være aktuelt. Den foretrukne subsidiære ordningen er at urfolket tilkjennes andre landområder.

³³ HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avsn. 76), og gjentatt i HR-2018-456-P (Nesseby) (avsn. 102).

³⁴ I den norske regjeringens uoffisielle oversettelse av 2. juni 2017 står det i fortalens tredje avsnitt, se Regjeringen, «ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater», *Regjeringen*, 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtpalte/ilokonvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-o/id451312/> (lest 11. mai 2023).

³⁵ ILO Convention no. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, 5. juni 1957 (i kraft 2. juni 1959).

³⁶ Xanthaki (2007) s. 69 med videre henvisning til *ILO Working Document for 1986, Meeting of Experts*, s. 10: ILO-107s formål om integrering ble i forbindelse med utformingen av ILO-169 ansett for å være utdatert og «destructive in the modern world».

³⁷ Xanthaki (2007) s. 265.

Artikkel 16(4) første punktum krever at de tilkjente landområdene skal være av minst samme kvalitet og rettslige status som urfolkets tidligere landområder. Urfolket kan også kreve økonomisk kompensasjon i stedet for nye landområder, jf. (4) andre punktum. Samlet etablerer artikkel 16 i ILO-169 et sterkere vern enn sin forgjenger: Etter ILO-107 artikkel 12(1) kunne urfolk bli tvunget til å flytte bort fra sine livsområder av hensyn til bl.a. nasjonal økonomisk utvikling. ILO-107 artikkel 12 inneholder heller ingen tilbakevendingsregel, slik som artikkel 16(3) i ILO-169.³⁸

ILO-169 hjemler både prosedyreregelen og tilbakevendingsregelen. Det usikre spørsmålet er om, og ev. i hvilken grad, den også gir grunnlag for tilbakeføringsregelen. For å besvare spørsmålet må artikkel 14(1) drøftes.

Artikkel 14(1) første punktum lyder: «The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised.» Bestemmelsen sikrer urfolk en rett til å få anerkjent sine eier- og besittelsesrettigheter over landområder «which they traditionally occupy».

For å undersøke om bestemmelsen inneholder tilbakeføringsregelen, starter vi med å se på hvilke slutninger som kan trekkes ut fra bestemmelsens ordlyd, og vurderer disse opp mot konvensjonens formål.

Det er åpenbart at bestemmelsen ikke gir eksplisitt uttrykk for en gjenopprettende funksjon. Det ville den gjort om den inneholdt ord som «restore» eller «restitution», eventuelt vært formulert som «... which they traditionally [have occupied]». Fraværet av en eksplisitt uttrykt gjenopprettende funksjon kan hevdes å være et argument mot at bestemmelsen inneholder tilbakeføringsregelen. Manglende ordlydspresisjon er imidlertid ingen sjeldenhet i internasjonal rett, og er av den grunn ikke nødvendigvis et avgjørende argument mot å anse bestemmelsen for å inneholde en slik regel.

Det er formuleringen «traditionally occupy» som utgjør tilbakeføringsregelens mulige grunnlag. Formuleringen sikter til landområder som [453] urfolk råder over eller tradisjonelt besitter. *Hans Petter Graver og Geir Ulfstein* oversetter frasen til de «områder de tradisjonelt befolker»,³⁹ noe som innebærer at de stiller noe mindre krav til rådighet.

Ordet «occupy» står i presens. Det kan tilsi at besittelsen fortsatt må stå ved lag, og at regelen dermed ikke rommer en rett til tilbakeføring av landområder urfolk har mistet råderetten over. På den andre siden kan det anføres at det tilbakeskuende ordet «traditionally»

³⁸ ILO-107 artikkel 12 bærer sterkt preg av assimileringstanken som lå til grunn for konvensjonen.

³⁹ Hans Petter Graver og Geir Ulfstein, «Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov», *utredning for Justis- og politidepartementet*, 2003, s. 1–19 (s. 2), som også er sitert i HR-2016-2030-A (Stjernøya) (avsn. 82).

danner grunnlag for at bestemmelsen har en gjenopprettende funksjon. En mulig innvending mot dette er å hevde at ordet «traditionally» kun innebærer at anerkjennelsen av urfolks landrettigheter er begrenset til landområder som er brukt på tradisjonell måte.⁴⁰

En tolkning av regelens ordlyd alene er ikke tilstrekkelig for å konkludere. Før vi gjør en formålsorientert tolkning, velger vi kort å kaste et blikk på ILO-107 artikkel 11, som ILO-169 artikkel 14(1) første punktum er en videreføring av.⁴¹ I forarbeidene til ILO-107 ble det gitt uttrykk for at artikkel 11 inneholder en tilbakeføringsregel. Da Norge i 1980 for annen gang utredet ratifisering av denne første urfolkskonvensjonen, ble det med henvisning til konvensjonens forarbeider fra 1956, uttalt:

Anerkjennelse av gruppens eiendomsrett trenger nødvendigvis ikke bare gjelde det som nå er offentlig land. Det kan også bli snakk om tilbakeføring av områder som i tidens løp er gått over på private hender. I hvilken grad dette rent faktisk vil være aktuelt, beror på forholdene innen hvert enkelt land.⁴²

[454] Som en videreføring av ILO-107 artikkel 11 ligger det her en sterk formodning om at også ILO-169 artikkel 14(1) første punktum inneholder en tilbakeføringsregel. Argumentet understøttes av at formuleringen «traditionally occupy» er brukt i begge bestemmelsene.

For en formålsorientert tolkning kan det påpekes at det som skiller urfolk fra etniske og nasjonale minoriteter, er nettopp lang og fast tilknytning til deres tradisjonelle landområder. Urfolks relasjon til sine landområder er derfor svært viktig for deres kulturbevarelse og eksistens, jf. også artikkel 13(1). Dersom tilbakeføring ikke vil være mulig, kan det ha som konsekvens at kulturen forsvinner. Leses artikkel 14(1) første punktum i lys av artikkel 13(1), kan det derfor argumenteres for at restitusjon av tapte landområder har et hjemmelsgrunnlag i denne konvensjonen.

I det følgende skal vi se nærmere på hvordan andre rettsforskere har behandlet spørsmålet om hvorvidt artikkel 14(1) inneholder en tilbakeføringsregel. Som en sekundær rettskilde, jf.

⁴⁰ Se ILO, *Handbook for ILO tripartite constituents*, Genève 2013, s. 21. Sistnevnte forståelse blir imøtegått av Xanthaki (2007) s. 82.

⁴¹ ILO-107 artikkel 11 lyder slik: «The right of ownership, collective or individual, of members of the populations concerned over lands which these populations traditionally occupy shall be recognised.» Under forarbeidsprosessen ble formuleringen «[t]he property rights» erstattet med «[t]he right of ownership», se for eksempel den første ILC-rapporten (VI) (1), s. 48, som det vises til i fotnoten under.

⁴² NOU 1980: 53 Vern av urbefolkninger s. 35, med videre henvisning til den internasjonale arbeidskonferansen (ILC), Report VI (1), Protection and Integration of Indigenous and other Semi-Tribal Populations in Independent Countries, fortieth session 1957 s. 18 og ILC, Report VIII (1), Living and Working Conditions of Indigenous Populations in Independent Countries, thirty-ninth session 1956, s. 167, hvor det i sistnevnte – etter å ha understreket urfolks nære tilknytning til sine landområder – bl.a. pekes på «the need to recognise the right of indigenous peoples over their traditional territories which have, in various regions, passed into the hands of non-indigenous persons in the form of grants or as a result of occupation of so-called ‘free land’». I St.prp. nr. 102 (1989–90) s. 6 legger departementet til grunn forståelsen i NOU 1980: 53 på dette området.

ICJ-statuttene artikkel 38(1)(d), vektlegges rettslitteratur bare i kraft av argumentasjonens overbevisningskraft.⁴³

Manuela Tomei og *Lee Swepston* (ILO-guiden av 1995) påpeker at konvensjonens regler om landrettigheter inneholder en tilbakeføringsregel, om enn i noe begrenset grad:

It was suggested at various times during the discussion of the adoption of the Convention, that this provision should read “have traditionally occupied” which would indicate that the occupation would have to continue *into the present* to give rise to any rights. The wording, as it was adopted, does indicate that there should be some connection with the present – a relatively recent expulsion from these lands, for example, or a recent loss of title. It should also be read in connection with para. 3 of the same Article which requires that a procedure for land claims be established, without any limits in time being laid down as to when those claims should have arisen.⁴⁴

Tomei og Swepston legger altså til grunn at det bør være *en viss forbindelse* med nåtiden – at tap av rådighet eller fordrivelse fra disse områdene må ha skjedd relativt nylig. Dette bekreftes i ILO-guiden fra 2009, hvor det med [455] henvisning til ILOs kontrollorganer uttales at urfolks rett til land i noen tilfeller kan omfatte områder som nylig har gått tapt, eksempelvis som følge av forflytninger fra land de tidligere har bebodd.⁴⁵

Det er verdt å merke seg uttalelsen i sitatet om at formuleringen «have traditionally occupied» hadde vært oppe til diskusjon under forarbeidet med konvensjonen. Ovenfor forklarte vi at hvis denne formuleringen hadde stått i bestemmelsens ordlyd, ville det vært et eksplisitt uttrykk for en gjenopprettende funksjon. Ifølge sitatet ble derimot en slik formulering i forarbeidsdiskusjonene ansett for å indikere at bruken måtte ha vedvart inn i nåtiden. I undersøkelsen av konvensjonsforarbeidene i underkapittel 2.1.3 stilles det spørsmål ved denne påstanden i ILO-guiden av 1995. Vi mener uansett at dette fremstår litt merkelig. Som *Susann Funderud Skogvang* nevner, er det heller slik at den valgte presensformen («occupy») gir inntrykk av et strengere krav til brukens varighet inn i nåtiden enn det fortidsformen («have

⁴³ Ruud og Ulfstein (2018) s. 84

⁴⁴ Manuela Tomei og Lee Swepston, *A guide to ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples*, International Labour Office, Genève 1995, s. 14 (vår utheving).

⁴⁵ International Labour Standards Department, *Indigenous & Tribal People's Rights in Practice. A Guide to ILO Convention No. 169*, Genève 2009, s. 94. Det er et spørsmål om ILO-guidene kan tillegges større vekt enn annen juridisk litteratur. I utgangspunktet vil de nok telle likt. Likevel kan det hevdes at bak ILOs egne tolkningsguider ligger det en større formodning om ensartethet enn det som er tilfellet for nasjonale rettsforskere.

[...] occupied») ville gjort.⁴⁶ Det kan hevdes at denne uklarheten gjør at betydningen til det valgte ordet «occupy» som et argument mot en gjenopprettende funksjon må tones noe ned.⁴⁷

Mattias Áhrén påpeker at det er uklart i hvilken grad nasjonalstatene har akseptert ILO-sekretariatets tolkning av ILO-169.⁴⁸ Med tanke på at bare 24 stater har ratifisert konvensjonen, er det usikkert om det er mulig å påvise en bred, samstemt praksis blant medlemsstatene, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31(3)(b), som kan gi uttrykk for slik aksept. Uten å kunne gi et fullgodt svar på dette empiriske spørsmålet kan det imidlertid trekkes på erfaringer fra praktiseringen av UNDRIP artikkel 28(1), som er erklæringens [456] motstykke til ILO-169 artikkel 14(1) første punktum, og som blir drøftet i underkapittel 2.2.2. Ifølge *Federico Lenzerini* er artikkel 28(1), blant reglene i UNDRIP med reparasjon som formål, den som i størst grad er gjenstand for konsekvent praktisering i internasjonal og nasjonal praksis:

In more general terms, the right proclaimed by Article 28 is the one—among those included in the UNDRIP concerning reparatory aspects—that is characterized by the highest rate of consistent international and State practice.⁴⁹

S. James Anaya skriver at fraværet av tidsmessige begrensninger (noe som også fremgår av sitatet fra ILO-guiden av 1995 ovenfor) i artikkel 14(3), som hjemler prosedyreregelen, tilsier at artikkel 14(1) første punktum hjemler en tilbakeføringsregel.⁵⁰ Anayas argument er relevant, men har en svakhet da det ikke kan settes direkte likhetstegn mellom en prosessuell og en materiell regel. At artikkel 14(3) gir urfolk rett til å få prøvd restitusjonskrav uten tidsmessige begrensninger, er ikke ensbetydende med at konvensjonen stiller krav om anerkjennelse av en slik rett til tilbakeføring av landområder tapt relativt nylig. Det kan være at den prosessuelle retten til å få prøvd et restitusjonskrav forutsetter internrettslige materielle regler egnet til dette. Til tross for disse konstruktive innvendingene til Anayas argument kan vi være enig i at det har formodningen for seg at artiklene har en viss slik indre sammenheng, noe som også synes å være forutsatt i sitatet fra ILO-guiden av 1995.

Alexandra Xanthaki drøfter også tilbakeføringsregelen i artikkel 14(1). Hun viser til at Tomei og Swepston (i ILO-guiden av 1995) forsøker å bygge bro mellom de to ytterpunktene

⁴⁶ Susann Funderud Skogvang, *Sameretten*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2023, s. 156. Til støtte for sitt standpunkt viser hun til forarbeidene ILC, Report VI (2) 1988 s. 48 og ILC, Report IV (2A) 1989 s. 36. Hun viser også til ILO-guide (1996) s. 18–19 [skal trolig være Tomei og Swepston (1995) s. 14].

⁴⁷ I forarbeidene til ILO-107 finnes det, som vist i fotnote 41, støtte for at artikkel 11 inneholder en tilbakeføringsregel, selv om formuleringen «traditionally occupy» er nyttet. På denne bakgrunn er det mulig å hevde at presensverbet «occupy» ikke har som tilsiktet virkning å utelukke for tilbakeføringsregelen.

⁴⁸ Áhrén (2016) s. 195.

⁴⁹ Lenzerini (2018) s. 592, og se s. 592–594 for eksempler.

⁵⁰ Anaya (2004) s. 144.

for forståelsen av begrepet «'traditionally', one that lead to the recognition of rights over land whenever occupied and one that recognised only rights of lands presently occupied». I fortsettelsen påpeker hun at ILO-guiden «notes that the term 'traditionally' does not require present occupation, but requires some connection with the present».⁵¹ Hun skriver videre at ifølge definisjonen på urfolk i [457] ILO-169, og i alle andre «working definitions», har urfolk en historisk tilknytning til landområder de lever på, selv om de ikke oppfyller kravet til rådighet («element of priority»). På denne bakgrunn mener hun:

Therefore, I cannot see how the recognition would act as a disadvantage to some indigenous group. Hannikainen seems to believe that current occupation is necessary to benefit from Article 14. He concludes that Saami must currently occupy the lands in order to be the beneficiaries of Article 14. This is a rather restrictive interpretation; if it is accepted, groups who have been forcefully expelled from their lands would have no remedy.⁵²

I likhet med Xanthaki finner *Patrick Thornberry* Hannikainens tolkning uriktig.⁵³ Xanthaki og Thornberry velger således, slik Tomei og Swepston også gjør, å innta en mellomposisjon som åpner for tilbakeføring i tilfeller der fratagelsen av landområder har skjedd relativt nylig. Dette er posisjonen vi finner treffende.

Etter å ha tolket «traditionally occupy» i artikkel 14(1) første punktum både ut fra bestemmelsens ordlyd, formål og kontekst mener vi at det finnes holdepunkter for å si at bestemmelsen hjemler tilbakeføringsregelen. Som vi skal vise, understøttes en slik tolkning også av konvensjonens omfattende forarbeider.

2.1.3 Nærmere om forarbeidene

Som det vil bli vist i underkapittel 3.1 nedenfor, har Høyesterett konkludert med at ILO-169 artikkel 14(1) inneholder en gjenopprettende funksjon. Høyesterett begrunner sitt standpunkt med en generell henvisning til konvensjonens forarbeider, og gjør på den måten ingen fullstendig tolkning med utgangspunkt i konvensjonsteksten, slik tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen artiklene 31–33 gir anvisning på. Her skal vi se om [458] det uansett er mulig å spore et grunnlag for tilbakeføringsregelen i konvensjonsforarbeidene.

⁵¹ Xanthaki (2007) s. 82, med henvisning til Tomei og Swepston (1996) s. 18. Det bemerkes at henvisningen er upresis da antas å være til side henholdsvis 1995 og 14 (se vårt petitsitat på s. 10 ovenfor (ved note 44)).

⁵² Xanthaki (2007) s. 82, med henvisning til L. Hannikainen, «The Status of Minorities, Indigenous Peoples and Immigrant and Refugee Groups in Four Nordic States», *Nordic Journal of International Law* 65 (1995), s. 1–71 (s. 53). Hannikainen presenterer ingen referanse til sitt standpunkt, som formodentlig må være grunnet i en ren ordlydsfortolkning.

⁵³ Thornberry mener at Hannikainen inntar et «narrow view», og omtaler hans tolkning som «harsh», se Patrick Thornberry, *Indigenous peoples and human rights*, Juris Publishing 2002, s. 354.

Allerede to år før den første drøftingen om delvis revisjon av ILO-107, som fant sted på det 75. årsmøte for Den internasjonale arbeidskonferansen (ILC) i 1988, hadde en ILO-opprettet ekspertgruppe fremhevet viktigheten av tilbakeføringsregler i en egen rapport: «[A] number of experts and observers stressed the importance of restitution to these peoples of lands of which they had been dispossessed.»⁵⁴ Med bakgrunn i drøftingene på ILC-konferansen i 1988 ble det utarbeidet et forslag til en revidert konvensjon. Medlemslandene ble oppfordret til å inngi høringsuttalelser til forslaget innen 30. november 1988, og deretter ble det utarbeidet et nytt forslag til revidert konvensjon (Report IV (2 A)) forut for det 76. årsmøte til ILC i 1989. ILO-kontorets uttalelser etter høringen er i denne sammenheng relevant. Om formuleringen «traditionally occupy» uttalte kontoret at «this term would not grant rights to any territory ever occupied; but in any case it would be subject to land-claims mechanisms».⁵⁵ Det siterte dreier seg i første rekke om prosedyreregelen, da det uttrykkes at urfolk har rett til å få avgjort gjeldende krav («land-claims») om eier- og bruksrettigheter til deres tradisjonelle landområder. Formuleringen «not grant rights to any territory ever occupied» tilsier at bestemmelsen ikke er ment å gi urfolk en rett til å få anerkjent sine eier- og bruksrettigheter til ethvert landområde som på *et eller annet stadium* av historien har tilhørt dem. Derimot må det kunne legges til grunn at kontoret åpner for at det kan skje tilbakeføring av landområder som urfolk har mistet relativt nylig.

Også ILOs ekspertkomité (CEACR) uttalte seg om formuleringen «traditionally» i ILO-169 artikkel 14(1) under utformingen av konvensjonen:

This term cannot realistically be taken to imply that these peoples should have recognised rights of ownership over all the lands traditionally occupied by them at all previous stages of their history (although procedures may be established to deal with land claims made on the basis of immemorial possession - see below). The Committee of Experts has taken the view [459] that the use of the term 'traditionally' refers to the manner of, and criteria for, land occupation, rather than giving rise to a detailed inquiry into *past history*, though it is also consistent with *claims for restitution*. In this light it would appear preferable to retain the term "traditionally" in a revised instrument.⁵⁶

⁵⁴ ILO, Extracts from the Report of the Meeting of Experts on the Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107) (Geneva, 1-10 September 1986) (avsn. 81). Dokumentet finnes som vedlegg i ILO, Report VI (1), Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 75th session 1988 s. 113–114.

⁵⁵ ILC, Report IV (2 A), 1989, s. 36.

⁵⁶ ILC, Report VI (2), Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention 1957 (No. 107), 75th session 1988 s. 48, vår utheving.

Også denne uttalelsen er i utgangspunktet *proessorientert*, da den setter søkelys på urfolkets muligheter til å fremsette *krav* («claims») om restitusjon. Like fullt kan det også her spores en anerkjennelse av en tilbakeføringsrett, dog avgrenset mot å omfatte all historisk tid («all previous stages of their history»)⁵⁷.

I forarbeidene ble forskjellen på verbet «occupy» i presensform og i fortidsform også diskutert. I rapporten til komiteen som hadde fått i oppgave å skrive det endelige konvensjonsutkastet, står det:

In addition, neither the Government members nor the Employers' members could accept the Workers' members' proposal to use the past tense of "occupy" and "use". Such a proposal would introduce retroactive recognition of claims with far-reaching consequences.⁵⁸

Uttalelsen illustrerer at hvilken form verbet «occupy» skulle ha, var et diskusjonstema i forarbeidene. I siste setning står det at ved å innta fortidsformen av «occupy» ville det ha åpnet for «retroactive recognition of claims with far-reaching consequences». Til denne uttalelsen vil vi komme med to bemerkninger: For det første vises det her at fortidsformen av «occupy» i forarbeidsdiskusjonene ble ansett å stille *lempeligere*, og ikke *strengere* (slik Tomei og Swepston påstår i punkt 2.1.2), krav til brukens varighet inn i nåtiden. For det andre blir det et spørsmål om den valgte nåtidsformen må sies å utelukke en tilbakeføringsregel. Slik vi leser uttalelsen, gjøres det [460] imidlertid her kun en begrensning i tilbakeføringsregelens rekkevidde, jf. formuleringen «far-reaching consequences». For områder som har gått tapt i nyere tid, vil urfolk fortsatt kunne ha krav på tilbakeføring.

Som lagt til grunn i underkapittel 2.1.2 er vårt standpunkt at ordet «traditionally» åpner for at ILO-169 artikkel 14(1) inneholder en tilbakeføringsregel. Etterfølgende uttalelser fra ILOs organer bekrefter dette. Etter vårt syn gir også forarbeidsuttalelsene en implisitt støtte til vår konklusjon. Vi mener derfor at det er grunnlag for en tilbakeføringsregel som er underlagt tidsmessige begrensninger.⁵⁹ I det følgende drøftes den tidsmessige grensen for tilbakeføringsregelen nærmere.

⁵⁷ Forstått på samme måte CEACR, Individual Direct Request concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 – Norway (Ratification: 1990), Adopted: 1995, published 82nd ILC session (1995): «The Committee does not consider that the Convention requires title to be recognized in all cases in which indigenous and tribal peoples have rights to lands traditionally occupied by them, although the recognition of ownership rights by these peoples over the lands they occupy would always be consistent with the Convention.»

⁵⁸ ILC, Record of Proceedings, seventy-sixth session 1989 s. 17–18.

⁵⁹ Gilbert (2016) s. 165 og Skogvang (2023) s. 156.

2.1.4 Har tilbakeføringsregelen i ILO-169 artikkel 14(1) en tidsmessig grense?

Spørsmålet er hvor den tidsmessige grense går for tilbakeføringsregelen i ILO-169 artikkel 14(1): Hvor langt tilbake i tid kan det være siden urfolket mistet sine landområder, for at kravet om tilbakeføring skal stå ved lag?

Som vi har sett, har CEACR lagt til grunn at retten til restitusjon ikke kan omfatte alle tidligere stadier av urfolkets historie. Lest alene trekker formuleringen «traditionally occupy» i retning av at fratakelsen må ha skjedd forholdsvis nær opp til vår tid. En slik ordlydstolkning er i tråd med det som er sitert ovenfor fra 1995-guiden til ILO-169. Der fremheves det at fratakelsen av urfolks landområder må ha «some connection» med nåtiden, og at det må være tale om en «relatively recent expulsion from these lands». De valgte formuleringene er vage. Det er f.eks. vanskelig å si om 50, 100 eller 200 år oppfyller kravet om tilstrekkelig nærhet til nåtid.

Her er artikkel 13(1) relevant. Prinsippet om at det skal tas hensyn til urfolkets kulturelle og åndelige tilknytning til sine landområder, taler for at et restitusjonskrav vil være i behold så lenge urfolket har en slik tilknytning. Denne tolkningen er i tråd med ILO-169s formål om å bevare urfolks kultur. Det innebærer at vurderingen ikke bare skal være tidsmessig skjematisk, men også ha en side til urfolkets *tilknytning* til landområdene.⁶⁰

Vurderingen av urfolkets kulturelle og åndelige tilknytning til landområdene vil måtte skje med hensyntagen til det enkelte urfolks sedvaner og [461] rettsoppfatninger, jf. ILO-169 artikkel 8. Urfolk er naturligvis ingen ensartet gruppe, og det kan også være ulike lokale sedvaner og tradisjoner innad hos et urfolk. Der urfolk har blitt fratatt landområder, og dermed blitt nektet retten til å utøve sin kultur innenfor disse områdene, vil en langvarig, *tvungen* ikke-utøvelse av urfolkets kultur vanskelig kunne føre til at restitusjonskravet bortfaller. Til illustrasjon uttalte den mellomstatlige amerikanske domstolen, med henvisning til den amerikanske konvensjonen om menneskerettigheter artikkel 21 (Right to Property),⁶¹ at retten til restitusjon er i behold så lenge urfolkets grunnleggende relasjon til landområdene består:

In order to solve this matter, the Court takes into consideration that the spiritual and material basis for indigenous identity is mainly supported by their unique relationship with their traditional lands. As long as said relationship exists, the right to claim lands is enforceable, otherwise, it will lapse. Said relationship may be expressed in different ways, depending on the particular indigenous people involved and the specific circumstances surrounding it, and it may include the

⁶⁰ I samme retning, se Jebens (1999) s. 533.

⁶¹ The American Convention on Human Rights, San José, 22. november 1969 (trådte i kraft 18. juli 1978).

traditional use or presence, be it through spiritual or ceremonial ties; settlements or sporadic cultivation; seasonal or nomadic gathering, hunting and fishing; the use of natural resources associated with their customs and any other element characterizing their culture.⁶²

Selv om den amerikanske menneskerettskonvensjonen artikkel 21 ikke inneholder noen formulering om restitusjon eller tilbakeføring, utledet altså den mellomstatlige amerikanske domstolen en slik regel, hvor den [462] åndelige og materielle tilknytningen til landområdene ble vektlagt fremfor en tidsmessig avgrensning.

Nevnte konvensjon og domstol har klart nok ikke bindende virkning for Norge. Uttalelsen kan imidlertid tjene som argument for tilbakeføringsregelens karakter av internasjonal sedvanerett,⁶³ samtidig som den kan gi bidrag til å klarlegge restitusjonsregelen i ILO-169.

Selv om det må tas hensyn til urfolkets kulturelle, materielle og åndelige tilhørighet til sitt tapte landområde, tilsier de politiske realiteter da ILO-169 ble fremforhandlet, at restitusjonsregelen inneholder en forholdsvis streng tidsmessig grense. Av hensyn til lojal traktatstolkning kan derfor ikke regelen leses slik at en stat har plikt til å tilbakeføre landområder til urfolket som bodde der, uten hensyn til tid, så lenge de har en kulturell eller åndelig tilknytning til områdene.

Også forarbeidsuttalelsene vist til foran synliggjør at urfolk i henhold til ILO-169 ikke kan kreve tilbakeført landområder som de mistet langt tilbake i tid, jf. bl.a. formuleringene «not grant rights to any territory ever occupied» og «rather than giving rise to a detailed inquiry into past history».

Spørsmålet om tilbakeføringsregelens tidsmessige grense er viktig for rettshåndhevelsen. Det følger av internasjonal sedvanerett at internasjonale menneskerettsinstitusjoner kun vurderer brudd på konvensjonsrettigheter for forhold som finner sted *etter* konvensjonens *ikrafttredelse* i et land (*ratione temporis*).⁶⁴ Det kan tenkes at en slik prosessuell regel begrenser den reelle virkningen av internasjonale restitusjonsregler. Menneskerettsinstitusjoner, som f.eks. FNs menneskerettskomité og CEACR, har likevel vist at de også kan

⁶² Se Den mellomstatlige amerikanske menneskerettighetsdomstolen, *Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, dom 29. mars 2006. Series C No. 146, avsnitt 131. Domstolen viser til egen dom i *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 17. juni 2005, avsnitt 154, hvor det uttales: «To guarantee the right of indigenous peoples to communal property, it is necessary to take into account that the land is closely linked to their oral expressions and traditions, their customs and languages, their arts and rituals, their knowledge and practices in connection with nature, culinary art, customary law, dress, philosophy, and values.»

Se også *United States v. Sioux Nations of Indians*, 448 U.S 371 (1980), som har interesse selv om USA ikke er bundet av ILO-169: Saken gjaldt Black Hills, som USA hadde beslaglagt fra lakota-(sioux-)folket i 1877. De forente staters høyesterett erkjente at landbeslaget var ulovlig, men valgte å erstatte det med penger fremfor tilbakeføring. Restitusjonsbegrepet ble riktignok ikke brukt direkte i domsavgjørelsen.

⁶³ Se nærmere om dette i underkapittel 2.2.2.

⁶⁴ Gilbert (2016) s. 160.

ta i betraktning forhold fra tiden før konvensjonens ikrafttredelse når de vurderer konvensjonsbrudd.⁶⁵ En viktig presisering er imidlertid at disse institusjonene ikke har kompetanse til å vurdere om det har funnet sted konvensjonsbrudd før *ikrafttredelsesdatoen*. De må [463] heller vurdere om de historiske forholdene fortsatt har slik *virkning* i dag overfor klagerne at det foreligger konvensjonsbrudd. For å få behandlet et krav om tilbakeføring av landområder kreves derfor en nær forbindelse mellom den historiske fratakelsen og dagens situasjon.⁶⁶

Oppsummert inneholder ILO-169 artikkel 14(1) første punktum tilbakeføringsregelen. Ordlyd, forarbeidsuttalelser og politiske realiteter tilsier at den har en tidsgrense, anslagsvis 100 år, avhengig av urfolkets tilknytning til det aktuelle området.

2.2 FNs erklæring om urfolks rettigheter

2.2.1 Formell status i norsk rett

UNDRIP er utarbeidet i en prosess med tett samarbeid mellom statene og en rekke urfolk.⁶⁷ Norske myndigheter har deltatt aktivt i arbeidet med urfolkserklæringen, med mål om å utforme en erklæring som kan bidra til et styrket rettslig vern for verdens urfolk.⁶⁸ Erklæringen er ikke som sådan rettslig bindende, men har likevel vesentlig rettslig betydning. Høyesterett uttalte i HR-2018-456-P (Nesseby):

FNs urfolkserklæring (UNDRIP), vedtatt på FNs generalforsamling i 2007, må anses som et sentralt dokument innenfor urfolksretten, blant annet som følge av at den reflekterer folkerettslige prinsipper på området og har fått støtte fra svært mange stater. Statene bekreftet i 2014 støtten til erklæringen gjennom en særskilt resolusjon på generalforsamlingen (69/2 Outcome document).

Som fremhevet av Høyesterett er det to hovedgrunner til at UNDRIP har betydning (og kan være rettslig bindende) for norsk rettsanvendelse: For det første har den stor internasjonal tilslutning. For det andre gir den uttrykk for folkerettslige prinsipper. Høyesterett gikk ikke

⁶⁵ Gilbert (2016) s. 162–163 med videre henvisninger til Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 83 (1984), 30. juli 1981 (pkt. 10–13), Chief Bernhard Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada, CCPR-C/38/D/167/1984, 26. mars 1990 (pkt. 33) og Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Denmark of the Indigenous and Tribal Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat (SIK), Docs. GB.277/18/3, GB.280/18/5, submitted 1999 (pkt. 29).

⁶⁶ Gilbert (2016) s. 265.

⁶⁷ Den ble vedtatt av FNs generalforsamling 13. september 2007. 144 stater stemte for. USA, Canada, New Zealand og Australia stemte mot, men har i ettertid sluttet seg til erklæringen. Elleve stater avstod fra å stemme, deriblant Russland.

⁶⁸ Regjeringen, «FNs erklæring om urfolks rettigheter», *Regjeringen*, 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/internasjonalt-urfolksarbeid/fns-erklaring-om-urfolks-rettigheter/id87024/> (lest 11. mai 2023).

nærmere inn på UNDRIP i Nesseby-dommen, fordi «de enkelte bestemmelsene i erklæringen [464] synes ikke å gå lenger enn det som følger av bindende konvensjoner, i første rekke ILO-konvensjon nr. 169».⁶⁹

Det er tvilsomt om Høyesterett har rett i at UNDRIPs bestemmelser ikke går lenger enn det som følger av ILO-169. F.eks. stiller UNDRIP artikkel 10 et absolutt krav om at urfolks «free, prior and informed consent» (FPIC) må innhentes for at de skal kunne bli flyttet bort fra sine landområder. Det er et sterkere vern enn etter ILO-169: I artikkel 16(2) første punktum står riktignok innhenting av FPIC som en hovedregel. Imidlertid åpner andre punktum for at bortflytting også kan finne sted der urfolk ikke gir sitt FPIC.

Selv om Høyesteretts uttalelse neppe var ment som en komplett sammenligning av UNDRIP og ILO-169, må standpunktet om at UNDRIPs regler ikke går lenger enn landets konvensjonsforpliktelser, bety at Høyesterett kan forstås slik at den mener at restitusjonsreglene i ILO-169 strekker seg like langt eller lenger enn tilsvarende regler i UNDRIP. Vi skal nå se nærmere på UNDRIPs regler om restitusjon.

2.2.2 Reglene om restitusjon fra UNDRIP

UNDRIP ligner en internasjonal konvensjon i sin struktur,⁷⁰ og er som sådan teknisk sett egnet for inkorporering.⁷¹ Artiklene 25–32 handler om urfolks landrettigheter. Artikkel 26 gir urfolk rett til landområdene som de tradisjonelt har eid, besittet eller ervervet på annen måte. I likhet med ILO-169 artikkel 14(1) første punktum bygger også reglene i artikkel 26 på urfolks nære forhold til sine landområder, og hvor viktig landområdene er for deres kulturutøvelse. FNs rasediskrimineringskomité har omtalt reglene i artikkel 26 som prinsipper.⁷²

Det er viktig å merke seg at artikkel 26 trekker et skille mellom urfolks tidligere (1) og nåværende landområder (2): Etter (1) har urfolk en *rett* til sine tidligere landområder. Det utdypes ikke hvilken rett det er tale om. Derimot presiseres det hvilken rett som gjelder for urfolks nåværende landområder. I (2) nevnes det at urfolk gis en rett til å eie, bruke, utvikle og [465] kontrollere («the right to own, use, develop, and control»)⁷³ Med tanke på at (1) ikke avklarer hvilken rett urfolk har til sine tidligere landområder, åpner den for en betydelig

⁶⁹ HR-2018-456-P (Nesseby) (avsn. 97).

⁷⁰ Langford og Moyo (2011) s. 167.

⁷¹ Canada har inkorporert erklæringen gjennom en egen lov: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act, som ble vedtatt 21. juni 2021, se Canadas parlament, «BILL C-15», Parliament of Canada, u.å.

⁷² Vapsten sameby v. Sweden, CERD/C/102/D/54/2013, 26. november 2020 (avsn. 6.6).

⁷³ UNDRIP artikkel 26 nr. 2 skiller ikke mellom «rights of ownership and possession» og «rights [...] use», avhengig av brukens intensitet, slik ILO-169 artikkel 14(1) gjør.

skjønnsutøvelse hos de nasjonale domstolene.⁷⁴ Samtidig forutsetter (1) at restitusjon og tilbakeføring av tidligere besittede landområder er mulig.

Prosedyreregelen følger av artikkel 27. De materielle reglene om restitusjon er omtalt i artikkel 28(1), som lyder:

Indigenous peoples have the right to redress, by means that can include restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent.

Bestemmelsen gir urfolk en rett til å få reparert tidligere urettmessig fratagelse av deres landområder.

Presensformen av verbet «occupy» i ILO-169 artikkel 14(1) første punktum ble i underkapittel 2.1.2 ansett for å kunne utgjøre et argument mot standpunktet om at der fantes en tilbakeføringsregel. I tillegg til slutninger fra andre rettskilder var denne formuleringen en årsak til å oppstille et krav om at restitusjon bare kan finne sted der fratagelsen har skjedd for ikke altfor lenge siden. UNDRIP artikkel 28(1) har ikke samme ordlyd. Her er urfolkets opprinnelige besittelses- eller råderett beskrevet med verb i fortidsform («owned [...] occupied or used»), samtidig som at selve fratagelsen er beskrevet med et tilbakeskuende blick («have been [...] confiscated»). I UNDRIP artikkel 28(1) er derfor tilbakeføringsregelen eksplisitt kommet til uttrykk.

Formuleringen «by means that can include restitution» tilsier at bestemmelsen ikke konstituerer en ubetinget rett til restitusjon av landområdene for urfolk. Som *Jérémie Gilbert* påpeker, blir det derfor mer riktig å referere til bestemmelsen som en rett til avhjelping snarere enn en rett til restitusjon.⁷⁵ [466] Formuleringen «right to redress» åpner for at statene i større grad selv kan bestemme hvilke avhjelpingsordninger som skal iverksettes. Lest i sammenheng med den etterfølgende ordlyden «or, when this is not possible» er det likevel ingen tvil om at restitusjon er det foretrukne alternativet i bestemmelsen. Det legges her opp til at andre alternativer enn restitusjon bare er *subsidiære*.

Det kan derfor spørres hvor stor statenes skjønnsmargin egentlig er på dette punktet. På den ene siden vil det forhold at tilbakeføring ofte er den eneste *effektive* avhjelpingsordningen i en urfolkskontekst, være et argument mot at statenes skjønnsmargin er stor. På den andre siden er ikke ordet «possible» nærmere definert, noe som åpner for at statene til en viss grad

⁷⁴ Gilbert (2016) s. 166.

⁷⁵ Gilbert (2016) s. 167.

selv kan bestemme når tilbakeføring er mulig eller umulig å gjennomføre. Det som likevel kan slås fast, er at statenes skjønnsmargin i hvert fall er mindre etter artikkel 28(1) enn etter artikkel 11(2) som handler om bl.a. kulturell restitusjon. I stedet for å rangere tilbakeføring som det foretrukne alternativet for avhjelping, som i artikkel 28(1), er tilbakeføring bare listet som ett av flere alternativer uten en rangering i artikkel 11(2), se formuleringen «[s]tates shall provide redress through effective mechanisms, which may include restitution».

Artikkel 28(1) skiller ikke mellom midlertidig flytting og permanent fratakelse, noe som innebærer at restitusjon er aktuelt i begge tilfeller. Både tilbakevendingsregelen og tilbakeføringsregelen har dermed hjemmel i artikkel 28(1).

Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår for gjenoppretting: 1. Det må dreie seg om et land, territorium eller ressurser som urfolket tradisjonelt har vært eier av, eller har besittet eller brukt. 2. Urfolket må ha mistet sine rettigheter til området uten å ha gitt «their free, prior and informed consent». 3. Det må være mulig å gjenopprette eier- og bruksforholdene.

Til tross for at UNDRIP artikkel 28(1) som sagt eksplisitt gir uttrykk for tilbakeføringsregelen, er dens tidsmessige rekkevidde ikke nødvendigvis mer vidtrekkende enn motstykket i ILO-169.

Slik vi ser det, er et første tolkningsalternativ at UNDRIP artikkel 28(1) etter ordlyden gir klarere uttrykk for vilkårene som må være oppfylt for at gjenoppretting kan skje, enn ILO-169 artikkel 14(1) første punktum. På grunn av den tydelige formuleringen i UNDRIP artikkel 28(1) kan den derfor være et relevant tolkningsbidrag for å klarlegge vurderingstemaet i ILO-169 artikkel 14(1).

[467] Det andre tolkningsalternativet er at tilbakeføringsregelen i UNDRIP artikkel 28(1) går *lenger* enn motstykket i ILO-169, fordi førstnevnte i større grad fokuserer på urfolkets tilknytning enn på selve tidsforløpet. Som nevnt i underkapittel 2.1.4 begrenses restitusjonsregelen i ILO-169 artikkel 14(1) av et krav om at fratagelsen må ha skjedd relativt nylig, noe som bl.a. kommer til uttrykk gjennom ordet «occupy» i bestemmelsen. I UNDRIP artikkel 28(1) støter man ikke på samme begrensning i ordlyden. Ifølge Lenzerini, er det urfolks tilknytning til landområdet som avgjør om restitusjonsretten er i behold etter UNDRIP artikkel 28(1). Han forklarer det slik:

In any event, the reality that Article 28—ie the right contemplated therein—also applies to situations of deprivation of lands of Indigenous peoples which occurred in the past is transparent especially in consideration of the fact that in most cases the effects of these situations continue at present. As a consequence, it is not even appropriate to speak about ‘retrospective application’ as such. In fact, in consideration of the special relationship

Indigenous peoples have with their traditional lands, they usually continue to be negatively affected by the loss of these lands even after many generations. Therefore, as the communities concerned continue to suffer today the grief resulting from the fact of having been dispossessed of their land in the past, they are actually entitled to redress due to a wrong that they are actually experiencing *at present*.⁷⁶

Lenzerini mener at tidsforløp ikke er det sentrale, men at det er nåtidens virkning av fratakelsen som er avgjørende for om restitusjonsregelen aktualiseres eller ikke. Det minner om *ratione temporis*-kravet som ble drøftet i underkapittel 2.1.4. Her kan det derfor se ut som om UNDRIP artikkel 28(1) går lenger enn ILO-169 artikkel 14(1) første punktum. Det kan imidlertid innvendes at det er lite realistisk at tidsforløpet skal være helt uten betydning. Det udiskutable er uansett at UNDRIP artikkel 28(1) setter en absolutt grense for tilbakeføring av landområder der det er umulig å gjennomføre.

Den ideelle organisasjonen International Law Association opprettet i 2011 en komité for å undersøke urfolksrettighetenes stilling i internasjonal [468] rett. Komitéen, som ble ledet av *Siegfried Wiessner*, konkluderte bl.a. med at «the right to restitution of the ancestral lands, territories and resources of which they have been deprived in the past» er internasjonal sedvanerett.⁷⁷ Her passer det å minne om det som ble nevnt i underkapittel 2.1.2, om at artikkel 28(1), blant reglene i erklæringen med reparasjon som formål, er den som i størst grad er gjenstand for konsekvent praktisering i internasjonal og nasjonal praksis.

Drøftelsen viser at UNDRIP, i likhet med ILO-169, inneholder de tre reglene om restitusjon. Disse reglene var delaktige i at «settlerstatene» Australia, New Zealand, Canada og USA stemte mot erklæringen da den ble behandlet i FNs generalforsamling i 2007.⁷⁸ I ettertid har disse statene endret sitt standpunkt og sluttet seg til UNDRIP.

2.3 FNs konvensjon mot rasediskriminering

2.3.1 Formell status i norsk rett

Likestillings- og diskrimineringsloven § 5 slår fast at RDK gjelder som norsk lov.⁷⁹ Denne innarbeidingen åpner for at konvensjonens bestemmelser kan håndheves direkte i saker for norske domstoler. Konvensjonene, bl.a. SP og ØSK, som er gjort til norsk lov ved

⁷⁶ Lenzerini (2018) s. 590.

⁷⁷ International Law Association, *Conclusions and Recommendations of The Committee on the Rights of Indigenous Peoples: Resolution No.5/2012*, Sofia 2012, s. 2.

⁷⁸ Kirsty Gover, «Settler-State Political Theory, ‘CANZUS’ and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *The European Journal of International Law* 2015, s. 345–373 (s. 371–372); Lenzerini (2018) s. 584–585.

⁷⁹ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

menneskerettsloven § 2, er gitt forrang fremfor annen norsk lovgivning (utenom Grunnloven) ved en uforenlig konflikt, jf. § 3.⁸⁰ En slik kollisjonsregel finnes ikke i likestillings- og diskrimineringsloven. Det betyr at RDK ikke har en lovfestet forrangsrett fremfor andre norske lovregler. Ifølge forarbeidene vil imidlertid RDKs bestemmelser etter *lex specialis*-prinsippet gå «foran en generell bestemmelse i felles diskrimineringslov».⁸¹ I likhet med FNs menneskerettighetskomité (HRC) har [469] uttalelser fra FNs rasediskrimineringskomité (CERD) betydelig rettskildemessig vekt i norsk rett.⁸² Dette harmonerer med ICJs egne uttalelser om at tolkningspraksis fra de to komitéene i folkeretten skal tillegges «great weight».⁸³ Det er først og fremst uttalelsene i individuelle klagesaker og generelle kommentarer som skal tillegges slik betydelig vekt. Konkluderende bemerkninger til statsrapporter antas å ha noe mindre vekt.⁸⁴

2.3.2 Reglene om restitusjon fra RDK

RDK inneholder ikke en bestemmelse som eksplisitt gir rett til restitusjon av landområder for urfolk. Etter artikkel 5(d)(v) forpliktes konvensjonsstatene til særlig («notably») å sikre enhvers rett til eiendom. Bestemmelsen må leses i sammenheng med de fundamentale prinsippene i artikkel 2, hvor det i (2) uttrykkes at

States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms.

Formuleringen «certain racial groups» omfatter etniske minoriteter og urfolk, herunder samer. En slik forståelse av ordlyden understøttes av FNs rasediskrimineringskomité's uttalelse om at

⁸⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

⁸¹ Prop. 81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven s. 80. *Jens Edvin A. Skoghøy* påpeker dessuten at det ikke er nødvendig å gå til slike nasjonale kollisjonsregler, da Norge ved å ratifisere konvensjonen folkerettslig er forpliktet etter denne, og konvensjonen er gjort til norsk lov. Han viser videre til at det av Grunnloven § 92 følger at nasjonale regler som er i strid med konvensjonen, må vike, se *Skoghøy* (2018) s. 113.

⁸² Nærmere om dette i Øyvind Ravna, *Same- og reindriftsrett*, Gyldendal 2019, s. 215–216. Se også Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017, s. 160–187 (s. 177–178).

⁸³ ICJs avgjørelse i saken *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* (ICJ Judgement 30 November 2010) (avsn. 66), der uttalelsen var myntet på HRC. ICJs syn på tolkningspraksisen ble opprettholdt i saken *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* (Judgement 4 February 2021) (avsn. 101).

⁸⁴ I Diallo-saken (nevnt i fotnoten ovenfor) omtaler ICJ eksplisitt kun HRCs uttalelser i individuelle klagesaker og generelle kommentarer. Etter vårt syn er det usikkert om ICJs uttalelse også kan tas til inntekt for å hevde at komitéens konkluderende bemerkninger til statsrapporter også skal tillegges betydelig vekt.

«[i]ndigenous peoples, people of African descent, national and ethnic minorities [...] are the most vulnerable to racial profiling».⁸⁵

[470] Artikkel 2(2) oppstiller dermed en plikt for staten til å iverksette spesielle tiltak for å sikre urfolks menneskerettigheter og fundamentale friheter. Dette skal staten effektivt sikre ved nasjonale domstoler og andre statsinstitusjoner, jf. artikkel 6.

Ifølge artikkel 6 skal enhver også gis «right to seek from such tribunals just and adequate reparation or satisfaction for any damage suffered as a result of such discrimination». Det er uklart hvordan ordlyden «adequate reparation» skal forstås. Lest i sammenheng med de påfølgende ordene «or satisfaction» er det liten tvil om at ordlyden «adequate reparation» hjemler økonomisk erstatning. Ordet «reparation» er i Black's Law definert som «[t]he redress of an injury; amends for a wrong inflicted».⁸⁶ Ordlyden «adequate reparation» vil dermed kunne omfatte mer enn bare økonomisk kompensasjon. Det er likevel tvilsomt om ordlyden kan sies å hjemle en rett for urfolk til å få tilbakeført sine landområder. Det som er sikkert, er at artikkel 6 gir enhver rett til å kreve «adequate reparation» ved skade lidet som følge av diskriminering, og at artikkel 5(d)(v) forplikter statene særlig til å sikre enhvers rett til eiendom. Det kan anføres at artiklene lest i sammenheng oppstiller en restitusjonsregel i forbindelse med fratagelse av landområder. Som vi har sett, utleder den mellomstatlige amerikanske domstolen en slik regel om restitusjon i den amerikanske menneskerettskonvensjonen artikkel 21 (om vern av eiendom), selv om den ikke inneholder noen formulering om restitusjon.

Nærheten mellom urfolk og deres tradisjonelle landområder tilsier derfor at ordlyden «adequate reparation» kan forstås slik at den gir urfolk rett til å få tilbakeført sine tradisjonelle landområder. En slik forståelse samsvarer med FNs rasediskrimineringskomité's uttalelser i sin General Recommendation No. 23:

The Committee especially calls upon States parties to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories. Only when this is for factual reasons not possible, the right to

⁸⁵ CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, CERD/C/GC/36, 24. november 2020 (avsn. 11).

⁸⁶ Black's Law, «What is REPARATION», *The Law Dictionary*, u.å., <https://thelawdictionary.org/reparation/> (lest 11. mai 2023).

restitution should be substituted by the right to just, [471] fair and prompt compensation. Such compensation should as far as possible take the form of lands and territories.⁸⁷

I sitatet slår komitéen fast at det må iverksettes tiltak for at urfolk skal få returnere til sine landområder. *Dinah Shelton* mener at komitéen her *foreslår* («recommends») tilbakeføring som den foretrukne avhjelpingsordningen for landområder som urfolk er fratatt.⁸⁸

Komitéuttalelsen er formulert på en måte som minner om UNDRIP artikkel 28(1), der restitusjon er nevnt som det foretrukne alternativet under «a right to redress». En viktig forskjell er imidlertid at i komitéuttalelsen omtales ikke bare tilbakeføring som et *alternativ* eller *forslag*, men som en «right to restitution». Det kan derfor hevdes at tilbakeføringsregelen etter RDK i mindre grad er underlagt statenes skjønnsmargin enn etter UNDRIP artikkel 28(1). En slik tolkning understøttes av at komitéen oppstiller et kvalitativt saklighetskrav der tilbakeføring av landområder hevdes å være en umulighet («for factual reasons not possible») – et krav som ikke har et motstykke i UNDRIP artikkel 28(1) («not possible»).

Med grunnlag i den klare komitéuttalelsen kan det derfor hevdes at både tilbakevendingsregelen og tilbakeføringsregelen er omfattet av RDK. Det er likevel uklart hvilket tidsomfang tilbakeføringsregelen vil ha. Også prosedyreregelen vil være omfattet; fordi de materielle reglene om restitusjon omfattes av konvensjonen, gir artikkel 6 et prosessuelt vern om konvensjonsrettighetene. På den måten kan alle tre reglene om restitusjon sies å være omfattet av RDK. Komitéen mener at retten til eiendom, sammenholdt med retten til ikke å bli diskriminert, innebærer at medlemsstatene ikke bare plikter å anerkjenne urfolks eiendomsrett til tradisjonelle områder de i dag bruker, men også til land som tidligere er fratatt dem uten samtykke.⁸⁹

Det bemerkes at mens ILO-169 og UNDRIP stiller krav om at de alternative landområdene må være av minst samme kvalitet som deres tradisjonelle landområder, gir komitéens uttalelse inntrykk av at RDK ikke har et [472] slikt kvalitativt krav. Det kan derfor anføres at RDK gir et svakere *subsidiært* vern når restitusjon ikke er mulig, sammenlignet med ILO-169 og UNDRIP. Av hensyn til urfolks spesielle forhold til land og natur er et argument mot en slik slutning at det vil krenke urfolks rett til ikke-diskriminering, jf. artikkel 5(a), ikke å få kompensert sitt tap med landområder av samme kvalitet som de tidligere hadde.

⁸⁷ CERD, General Recommendation No. 23 on the rights of indigenous peoples, A/52/18, annex V, 18. august 1997 (avsn. 5).

⁸⁸ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press 2015, s. 301: «CERD's General Recommendation XXIII (1997) recommends *restitutio in integrum* as the primary form of reparation for takings of traditional indigenous lands and territories.»

⁸⁹ Ravna (2020) s. 571 med videre henvisning til Åhrén (2016) s. 196.

Tatt i betraktning at reindrift er en sentral del av samenes kulturutøvelse, og at samene har et nært forhold til sine landområder, vil det være diskriminerende om samene her *ikke* behandles annerledes enn majoritetsbefolkningen. Retten til ikke-diskriminering omfatter som kjent både likebehandling av like tilfeller, men også ulik behandling av ulike tilfeller.⁹⁰

I etterkant av General Recommendation No. 23 har Rasediskrimineringskomitéen utdypet sine egne restitusjonsuttalelser. Åhrén skriver at komitéen har uttrykt bekymring for at fraværet av effektive systemer for restitusjon av landrettigheter forhindrer urfolkssamfunn i å få tilgang til sine forfedres landområder. Videre viser Åhrén også til komitéens anmodning til Paraguay om å vedta nødvendige reformer for å bidra til restitusjon av urfolkssamfunns landområder.⁹¹

Det er en svakhet med komitéuttalelsene at reglene om restitusjon ikke eksplisitt knyttes til en eller flere av konvensjonsbestemmelsene. Foran har vi forsøkt å forklare at de materielle reglene om restitusjon har sitt grunnlag i artikkel 5(d)(v), mens den prosessuelle regelen er hjemlet i artikkel 6.

Det er usikkert hvilken tidsmessig grense tilbakeføringsregelen har etter RDK. Det er uansett vanskelig å tenke seg at denne restitusjonsregelen skulle gå lenger enn den som følger av ILO-169 artikkel 14(1) og UNDRIP artikkel 28(1). [473]

2.4 FNs konvensjoner om sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

2.4.1 Regler om restitusjon i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

Det er ingen bestemmelser i SP som klart peker i retning av en gjenopprettende funksjon. Som en minoritet og et urfolk nyter samene imidlertid et uttrykkelig kulturvern etter SP artikkel 27.⁹² Ifølge denne folkerettslige minoritetsbestemmelsen skal minoriteter ikke nektes retten til bl.a. å utøve sin kultur («shall not be denied the right [...] to enjoy their own culture»).

⁹⁰ *Thlimmenos mot Hellas* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000 (avsn. 44).

⁹¹ Åhrén (2016) s. 196 med henvisning til CERD, Concluding observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Paraguay, CERD/C/PRY/CO/ 1-3 15 and 16, 4. oktober 2016 (formentlig avsn. 19–20). Han peker (s. 197) på at den mellomstatlige amerikanske kommisjonen for menneskerettigheter i Yakey Axa og Sawhoyamaxa eksplisitt oppfordret statsparten til å bidra til restitusjon av disse samfunnenes tradisjonelle landområder. I sine Concluding Observations uttrykte rasediskrimineringskomitéen særlig bekymring for at disse samfunnenes landområder ikke hadde blitt returnert.

⁹² HR-2021-1975 (Fosen) avsn. 101, HR-2017-2428-A (Sara) (avsn. 55) og HR-2017-2247-A (Reinøya) (avsn. 120)

Ordet «culture» er tolket av HRC på en måte som hensyntar urfolks nære forhold til sine landområder.⁹³ Bestemmelsen etablerer derfor et vern mot inngrep i landområder som danner grunnlag for urfolks mulighet kulturutøvelse. Det nærmere spørsmålet er om artikkel 27 innehar restitusjonsregler.

Formålet med artikkel 27 er bl.a. å sikre minoriteters kulturelle opprettholdelse. For å kunne opprettholde urfolks kulturer forutsetter det en tilknytning til deres landområder, noe som også komitéen har anerkjent. Reparasjon av brudd på artikkel 27 i urfolkstilfeller må derfor skje i samsvar med dette formålet. Det innebærer at ved urettmessig bortflytting av urfolk vil tilbakevendning ofte være den eneste aktuelle løsningen for å reparere konvensjonsbruddet. Dette er i tråd med komitéens høringsuttalelse i en sak fra Chile om inngrep i et urfolks tradisjonelle landområder. Komitéen konkluderte med at «relocation and compensation may not be appropriate in order to comply with Article 27 of the Covenant».⁹⁴ Relokalisering og økonomisk vederlag ved tvungen forflytting er derfor ikke nødvendigvis tilstrekkelig kompensasjon etter artikkel 27, fordi det overordnede vurderingstemaet er om urfolkets kulturutøvelse kan opprettholdes.⁹⁵ På denne bakgrunn kan det hevdes at tilbakevendingsregelen har hjemmel i [474] artikkel 27. Det samme gjelder for prosedyreregelen: HRC har i sine Concluding Observations til Guatemala uttrykt misnøye med at staten ikke har vedtatt lovgivning som garanterer ivaretagelse av urfolks rettigheter etter konvensjonen, «including the restitution of communal lands».⁹⁶ Komitéen anmodet deretter staten om å iverksette tiltak som sikrer urfolkssamfunns rettigheter etter artikkel 27. Komitéen uttalte her at «the implementation of this legislation improves the situation of members of indigenous communities in practice and not only on paper».⁹⁷

For tilbakeføringsregelen er det mer usikkert om den har grunnlag i artikkel 27. Det kan nok argumenteres for at komitéens observasjonsuttalelser til Guatemala vitner om at artikkel 27 hjemler tilbakeføringsregelen, men til å konkludere er uttalelsen ikke tilstrekkelig. En umulighet er det imidlertid ikke. Her begrenser vi oss uansett til å nevne at menneskerettskomitéen ikke viker fra å vurdere også rettmessigheten av historisk urett etter

⁹³ HRC, General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8. april 1994 (avsn. 7).

⁹⁴ Aoife Duffy, «Indigenous Peoples' Land Rights: Developing a *Sui Generis* Approach to Ownership and Restitution», *International Journal on Minority and Group Rights* 2008, s. 505–538 (s. 530) med videre henvisning til HRC, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add. 104, 30. mars 1999 (avsn. 22).

⁹⁵ Gilbert (2016) s. 153.

⁹⁶ HRC, Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 27. august 2001 (avsn. 29).

⁹⁷ CCPR/CO/72/GTM (avsn. 29). Se også Åhrén (2016) s. 196

artikkel 27, så fremt den fortsatt har virkning i dag. *Aoife Duffy* viser i denne anledning til individklagesaken *Ominayak og Lubicon Lake Band mot Canada*, der komitéen konkluderer med at

[h]istorical inequities to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of Article 27 so long as they continue.⁹⁸

Det er uansett lite som skulle tyde på at en tilbakeføringsregel i SP artikkel 27 går lenger enn i ILO-169. Forskjellen er at vesentlig flere stater har ratifisert SP enn ILO-169, og at det er muligheter for individuell klagebehandling til HRC.⁹⁹

2.4.2 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Endelig vurderes det kort om det kan utledes regler om restitusjon fra ØSK. Etter ØSK artikkel 2(1) er statene forpliktet til å realisere konvensjonens [475] rettigheter så langt det lar seg gjøre («to the maximum of its available resources»).

Etter artikkel 1(2) første punktum kan alle folk disponere fritt over sine naturrikdommer og ressurser. Siste punktum bestemmer at et folk aldri må bli frarøvet sitt eksistensgrunnlag. Leses artikkel 1(2) i sammenheng med artikkel 15(1)(a), som anerkjenner retten for enhver til å delta i det kulturelle liv, kan det anføres at det her finnes restitusjonsregler. I hvert fall mener FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter at urfolk har rett til restitusjon på dette grunnlaget. Komiteen viser til artikkel 15(1)(a), og uttaler:

Indigenous peoples' cultural values and rights associated with their ancestral lands and their relationship with nature should be regarded with respect and protected, in order to prevent the degradation of their particular way of life, including their means of subsistence, the loss of their natural resources and, ultimately, their cultural identity. States parties must therefore take measures to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources, and, where they have been otherwise inhabited or used without their free and informed consent, take steps to return these lands and territories.¹⁰⁰

Her oppstilles en positiv plikt for medlemsstatene til å anerkjenne og beskytte urfolks rett til nåværende og tidligere landområder, hvor komitéen synes å mene at det kan utledes

⁹⁸ Duffy (2008) med videre henvisning til CCPR-C/38/D/167/1984.

⁹⁹ Det er verdt å nevne at ILO også har klagemuligheter, som for eksempel organisasjonsklageadgang («Representations»), jf. Constitution of the International Labour Organisation, Versailles, 1. april 1919 (i kraft 28. juni 1919) (ILO-konstitusjonen) artikkel 24.

¹⁰⁰ CESCR, General Comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/21, 21. desember 2009 (avsn. 36).

restitusjonsregler fra ØSK. Det er interessant at komitéen uttaler at urfolk har rett til å eie, utvikle, kontrollere og bruke *både* nåværende og tidligere landområder. Komitéen har også uttrykt samme syn i sine Concluding Observations til Argentina, hvor det utvises bekymring for manglende tiltak for å sikre urfolkets rett til land som tradisjonelt er bebodd av dem.¹⁰¹

[476]

2.5 Foreløpig konklusjon

Gjennomgangen av relevante internasjonale kilder viser at reglene om restitusjon har grunnlag i flere sentrale konvensjoner, samt i UNDRIP. Det er flere interessante betraktninger som kan gjøres etter undersøkelsen.

For det første er det frem til i dag primært ILO-169 artikkel 14(1) som har blitt drøftet når tilbakeføring av landområder har vært tema i Norge. Det er derfor interessant å se at regelen også er forankret i andre folkerettslige instrumenter. Det kan være med på å gi de internasjonale reglene en mer fremtredende plass i norsk rettsanvendelse i samiske forhold i tiden som kommer.

For det andre har undersøkelsen vist at urfolks tilknytning til landområdet er en sentral faktor ved anvendelsen av den internasjonale tilbakeføringsregelen, noe som er naturlig, tatt i betraktning at definisjonen av urfolk bl.a. baserer seg på deres historiske tilknytning til spesifikke landområder.¹⁰² Dette er noe som kan ha betydning når vi i kapittel 3 skal undersøke hvordan regelen kan påvirke norske rettsregler. Med dette søker vi å kunne si noe om regelens praktiske betydning.

3. Retten til restitusjon og ulovfestet bortfall i norsk rett

3.1 Tilbakeføringsregelen i norsk rett

Vi har foran sett at tilbakeføringsregelen har til formål å sikre at urfolk får tilbake landområder de er blitt fratatt i en ikke altfor fjern fortid. Gjennom ratifisering er medlemsstatene forpliktet av regelen i de aktuelle konvensjonene ved behandling av tvister nasjonalt. En forutsetning for at regelen skal kunne brukes, er naturlig nok at urfolket har *etablert* eier- eller besittelsesrettigheter i landområdene før de ble fratatt dem.

¹⁰¹ CESCR, Concluding observations on the fourth periodic report of Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, 1. november 2018 (avsn. 16). Se også CCPR/C/135/D/3624/2019 (avsn. 11): Selv om det her ikke siktes mot fortidige landbeslag, men områder ødelagt som følge av klimaendringer, nevnes det at komitéen pålegger statsparten, i henhold til SP artikkel 2 (3) (a), å yte «full reparation to individuals whose Covenant rights have been violated [under den umiddelbare reparasjonsplikten]».

¹⁰² Xanthaki (2007) s. 82, jf. underkapittel 2.1.2.

Høyesterett har i HR-2018-456-P (Nesseby) lagt til grunn at ILO-169 inneholder en tilbakeføringsregel:

Unjárgga gilisearvi/Nesseby bygdelag har vist til at artikkel 14 nr. 1 første setning er ment å ha en gjenopprettende funksjon, slik at det ikke vil være avgjørende om staten eller andre gjennom en viss periode har hatt rådighet over områder som tidligere har vært benyttet av urbefolkningen. Et slik utgangspunkt må generelt sett være riktig, *og har støtte i forarbeidene til [477]ILO-konvensjon nr. 169*. Spørsmålet er drøftet i NOU 2007:13 side 232. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette slik forholdene er i denne saken. Ut fra det jeg har gjennomgått, legger jeg til grunn at så vel andre gruppers bruk som statens disposisjoner har pågått i flere hundre år.¹⁰³

At Høyesterett la til grunn at artikkel 14(1) har en gjenopprettende funksjon, er i samsvar med det vi kom frem til i underkapittel 2.1.2. Høyesterett var likevel noe forbeholden, jf. formuleringen «[e]t slik utgangspunkt må generelt sett være riktig». Dette er imidlertid et forbehold om hvilken tidsmessig grense regelen har, ikke *om* den hjemler en slik funksjon, jf. uttalelsen i samme avsnitt om «at så vel andre gruppers bruk som statens disposisjoner har pågått i flere hundre år». Høyesterett har altså lagt til grunn at artikkel 14(1) hjemler en tilbakeføringsregel, men at dens tidsmessige rekkevidde er uklar.

Som følge av at statens disposisjoner angivelig hadde pågått i flere hundre år, fant ikke Høyesterett grunn til å gå nærmere inn på regelen. Selv om uttalelsen er kortfattet, bør den tillegges atskillig vekt da den er avsagt i et enstemmig plenum til støtte for domsslutningen.

Høyesterett tolket ikke ordlyden i artikkel 14(1) for å ta stilling til om den innehar en tilbakeføringsregel, men forankret sin forståelse «i forarbeidene til ILO-konvensjon nr. 169». Kildehenvisningen er upresis; hvilke forarbeider og nærmere sidetall forklares ikke, noe som innebærer at det er en betydelig usikkerhet om hvilke forarbeider Høyesterett viser til. Drøftelsen i underkapittel 2.1.3 viser likevel at det finnes forarbeidsuttalelser som kan tas til inntekt for et slikt tolkningsresultat.

Vilje til å gjøre opp for tidligere urett, uavhengig av urfolksforpliktelser, er ikke en fremmed tanke i norsk rett om fast eiendom.¹⁰⁴ Som *Gunnar Eriksen* nevner, utviste Høyesterett «følsomhet overfor ‘lokale forhold’ og praksis», samt «[v]ilje til gjenopprettelse og reparasjon av myndighetsfeil» i Rt. 1935 s. 876 (Bruås) og Rt. 1940 s. 407 (Hoås), som begge gjaldt spørsmål om bygdefolks hugstrett i statsallmenninger i Nord-Trøndelag. I disse

¹⁰³ HR-2018-456-P (Nesseby) (avsn. 173), vår utheving.

¹⁰⁴ En tanke om tilbakeføring av fast eiendom kommer bl.a. til uttrykk i alminnelige regler ugyldighet og mislighold, men det går ikke nærmere inn på her.

sakene hadde statens feilaktige rettsoppfatninger og disposisjoner resultert i at bygdefolk var hindret i å utøve sin hugstrett. Høyesterett konkluderte [478] i begge sakene med at rettstilstanden måtte, som Eriksen formulerer det, «gjenopprettes i lokalbefolkningens favør».¹⁰⁵ Uttalelsen i Bruås-saken tjener til illustrasjon:

Når Staten ved sine disposisjoner gjennom det lange tidsforløp har bidratt til den oppståtte uklarhet, har man vanskelig noen annen vei å gå enn å undersøke hva de lokale forhold naturlig synes å tilsi. Det må mest mulig avverges at den langvarige hindring i å utøve almenningsretten som etter min oppfatning skyldtes misforståelse fra forvaltningens side, skal lede til rettstap.¹⁰⁶

I hvilken grad denne viljen til gjenoppsettelse får gjennomslag på forhold i de tradisjonelle samiske områdene i Norge, er et annet spørsmål.¹⁰⁷ Det kan imidlertid argumenteres, slik det gjenoppnevnte Samerettsutvalget gjør, for at forslagene om å overføre Statskogs eiendommer til Hålogalandsallmenningen innebærer en tilbakeføring til befolkningen som har bodd i og brukt områdene.¹⁰⁸ Her begrenser vi oss til å konstatere at det ikke eksisterer en regel i norsk intern rett om tilbakeføring av råderetten over landområder urfolk har mistet råderetten over. Finnmarkskommisjonens rapport for felt 4 Karasjok og Utmarksdomstolen for Finnmarks dom over samme tvistegjenstand viser likevel at norske rettsregler, med støtte av reglene om restitusjon i ILO-169, kan brukes på en måte som gjør at det tas hensyn til urfolks *behov* for beskyttelse av eier- og bruksrettigheter til sine [479] tradisjonelle landområder.¹⁰⁹ Vi skal nå se på hvordan kommisjonen og domstolen begrunner dette.

I kommisjonsrapporten konstateres det at lokalbefolkningen i 1751 hadde en rett til sine tradisjonelle bruksområder sammenlignbar med det man i dag ville betegnet som kollektiv eiendomsrett.¹¹⁰ Spørsmålet er deretter om denne retten er i behold, eller om statens

¹⁰⁵ Gunnar Eriksen, *Allmenningene i Norge: Like arealer – ulik forvaltning*, foredrag på konferanse om forvaltning av land og naturressurser i Sápmi 3. november 2022, Lakselv. Se også Gunnar Eriksen, «Festnede rettsforhold» i *Fakultetsbyggar, Vestlending og Verdsborgar. Festskrift til Ernst Nordtveit 70 år*, Berte-Elen Reinertsen Konow, Hans Fredrik Marthinussen og Knut Einar Skodvin (red.), Cappelen Damm Akademisk (2023) s. 41–66.

¹⁰⁶ Rt. 1935 s. 876 (Bruås) (s. 878).

¹⁰⁷ Det kan her vises til Rt. 1991 s. 1311 (Beiarn-Skjerstad) som viser et fravær av en tilsvarende vilje til gjenoppsettelse i Nord-Norge: «Etter Veikvatnet-dommen er det gått over 70 år. Uansett hvordan det måtte være med den opprinnelige allmenningsrett, er det nå gått så lang tid etter at staten rent faktisk etablerte seg som vanlig eier av skogen, at dette forhold nå for lengst har festnet seg. Det dreier seg om et tidsrom på minst 150 og kanskje 200 år. Det kan spørres om det er rimelig at gårdbrukere i Nordland skal ha en svakere stilling når det gjelder utnyttelse av statens umatrikulerte grunn enn gårdbrukere ellers i landet. Hvis den etablerte tilstand skal endres, må dette imidlertid skje ved en lovendring eller ved tiltak fra staten som grunneier» (s. 1321).

¹⁰⁸ NOU 2007: 13 s. 693. Det samme kan for så vidt også anføres for overføringen av statens grunn i Finnmark til Finnmarkseiendommen.

¹⁰⁹ Finnmarkskommisjonen har i mandat å kartlegge bruks- og eierrettigheter som same og andre (i Finnmark) har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag, jf. Finnmarksloven § 5 tredje ledd.

¹¹⁰ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 118.

disposisjoner fra 1751 til 1980 har medført at den har falt bort eller har endret rettslig karakter.¹¹¹ Kommisjonens flertall (3-2) kom til at den var i behold. Det samme gjorde flertallet (3-2) i Utmarksdomstolen. Det er verdt å merke seg at begrunnelsen (den metodiske tilnærmingen) til domstolen var noe ulik kommisjonens. Utmarksdomstolen valgte ikke å karakterisere Karasjok-befolkningens rettigheter i 1751 som en kollektiv eiendomsrett. Ifølge domstolens flertall var det først rundt år 1900 at lokalbefolkningens rettigheter hadde *utviklet* seg til å bli en kollektiv eiendomsrett etter dagens betydning.¹¹²

I likhet med Finnmarkskommisjonen viste Utmarksdomstolen til at Høyesterett i Nesseby-dommen hadde uttalt at ILO-169 artikkel 14 (1) første punktum er ment å ha en gjenopprettende funksjon.¹¹³ Både kommisjonen og domstolen gav tilbakeføringsregelen direkte anvendelse, noe som også påvirket deres vurdering av saken. Utmarksdomstolen formulerte seg slik:

Som nevnt har ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 1 første punktum en gjenopprettende funksjon. Dette må innebære at rundt 70–80 års statlig rådighetsutøvelse fra rundt 1900 – som ikke har hatt et entydig preg av eierrådighet, men som også har hatt betydelige innslag av samfunnsmessig styring – ikke er tilstrekkelig til at staten kan ansees å ha etablert eiendomsrett over dette området som et festnet forhold.¹¹⁴

Kommisjonens og Utmarksdomstolens drøftinger kan nyttes for å illustrere [480] forholdet mellom retten til restitusjon og de norske reglene om ulovfestet ekstinksjon eller bortfall. I underkapittel 3.3 skal vi vurdere hvordan tilbakeføringsregelen har eller kunne ha påvirket klarleggingen av tidsvilkåret for bortfall av rettigheter. Før vi ser nærmere på dette, gir vi en kort forklaring på reglene om ulovfestet bortfall.

3.2 Grunnlag for bortfall av rettigheter ved festnede forhold

Norsk rett anerkjenner at det i særlige tilfeller vil kunne skje opphør av bruksrett og eiendomsrett på ulovfestet grunnlag.¹¹⁵ En del av dette rettskomplekset gjelder hevdslignende forhold hvor eier(ne) gjennom passivitet taper eiendomsrett.¹¹⁶ En annen del av dette komplekset er bortfall av rettigheter over en lang tidsakse, nærmest som et ulovfestet

¹¹¹ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 187. Statlige disposisjoner *etter* 1980 kunne ikke tillegges vekt ved vurderingen, se pkt. 3.5.

¹¹² UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok) (s. 78 i den maskinskrevne dommen).

¹¹³ UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok) (s. 79).

¹¹⁴ UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok) (s. 88).

¹¹⁵ Rt. 2015 s. 1157 (Fårøya) (avsn. 32) med anvisning til bl.a. NUT 1961:1 Rådsegn 6 Om hevd, s. 6. Jf. også Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen).

¹¹⁶ Rt. 2015 s. 1157 (Fårøya), Rt. 1992 s. 352 (Sigdal).

motstykke til mothevd eller frihevd,¹¹⁷ men uten å være avgrenset til bruksrettigheter. Slike bortfall er til vanlig subsumert under reglene om *festnede rettsforhold*. I slik rettspraksis har det vært en viss tradisjon for å gi bestemte disposisjoner – eller endatil oppfatninger – rettsskapende virkning, særlig hvis de er utøvd eller innehatt av statens myndigheter over en viss tidslengde, gjerne opp mot 100 år.¹¹⁸ Naturlig nok er det i all hovedsak her snakk om disposisjoner av rettslig karakter. Videre foreligger det sjelden noen spesifikk rettsakt som kan begrunne den rettslige tilstanden. Konseptet «festnede rettsforhold» synes å ha hatt størst betydning i saker der bygdefolks allmennings- eller andre utmarksrettigheter har kommet i konflikt med statens eller andre store eiendomsbesitteres interesser.¹¹⁹

For ulovfestet bortfall som følge av festnede rettsforhold opereres det med samme tidskrav som for alders tids bruk.¹²⁰ For begge regelsettene er det ikke stort rom for at rettslige disposisjoner alene kan danne grunnlag for bortfall av rettigheter.¹²¹ Forskjellen mellom dem ligger i hovedsak i kravet til god tro hos rettighetspretendenten. For festnede rettsforhold [481] nedtones gjerne dette kravet, samtidig som søkelyset i større grad rettes mot den egentlige berettiges passivitet. Vurderingen kulminerer ofte i en betraktning om det i dag vil være uheldig å røske opp i forholdet som har blitt etablert.¹²² Om man aksepterer festnede forhold som et selvstendig rettsgrunnlag, betyr det at statens myndigheter kan erverve rett gjennom en blanding av forvaltningsmessige og eiendomsrettslige disposisjoner, bare disse pågår lenge nok.

Festnede rettsforhold er i forarbeidene til Finnmarksloven omtalt som et selvstendig ervervsgrunnlag.¹²³ Etter vårt syn er det imidlertid tvilsomt rent rettslig om oppfatninger eller rettslige disposisjoner over en gitt tidsperiode kan begrunne en eierposisjon, uavhengig av rettmessighet eller god tro. Karakteristisk for festnede rettsforhold er at det i all hovedsak er utøveren av offentlig forvaltningsmyndighet, med andre ord staten, som viser til dette grunnlaget, der staten allerede sitter med grunnbokshjemmelen. Det er på et slikt grunnlag at

¹¹⁷ Jf. lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd §§ 9 og 10.

¹¹⁸ Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Fagbokforlaget 2008, s. 288–291, og Øyvind Ravna, «Rettslige disposisjoner som grunnlag for bortfall av rettigheter», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2016, s. 51–67 (s. 55).

¹¹⁹ Eriksen (2008) s. 287.

¹²⁰ Utmarksdomstolen for Finnmark, dom 23. januar 2017, UTMA-2014-146739 (Nesseby) s. 64.

¹²¹ Ravna (2016) s. 66. Se også NUT 1961:1 Rådsegn 6 Om hevd, s. 27.

¹²² Aage Thor Falkanger og Thor Falkanger, *Tingsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget 2022, s. 400–401.

¹²³ Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven) s. 37, hvor det uttales: «Reglene om festnet bruk kan i seg selv være et argument for at det er grenser for hvor langt tilbake i tid det er relevant å gå for å slå fast en rettsposisjon. Kan en festnet bruk dokumenteres i overkant av hundre år, vil dette ofte være tilstrekkelig for å begrunne en eierposisjon, til tross for at bruken i utgangspunktet ikke var rettmessig.»

Samerettsutvalgets rettsgruppe i 1993 kom til at staten var eier av den usolgte grunnen i Finnmark.¹²⁴ Til støtte for konklusjonen uttalte Rettsgruppen:

I norsk rett er det et faktum at det som en gang var rett, ikke behøver å være det i dag – verken med hensyn til eiendomsrett eller andre rettighetsforhold. Dette gjelder selv om endringen ikke bygger på avtale, klare ekspropriasjons- eller lovvedtak, men har sin rot i misforståelser. Til tross for misforståelsen i sin tid vanskelig lot seg unnskyldes, gjelder regelen likevel [...].¹²⁵

Rettsutviklinga, og det vern urfolks kultur har i Grunnloven og folkeretten, gjør at det er gode grunner til å spørre om det i dag er riktig å nytte et rettsgrunnlag basert på en bruk som i utgangspunktet ikke var rettmessig, og dermed vanskelig kunne oppfylle vilkårene for rettserverv ved alders [482] tids bruk. At et slikt «rettsgrunnlag» lett kommer i strid med folkerettslige forpliktelser, slik som ILO-169 artikkel 14(1), understreker relevansen av et slikt spørsmål.¹²⁶

For vår problemstilling er det ikke grunn til å gå nærmere inn på festnede rettsforhold som ervervsgrunnlag. Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen drøfter, som allerede vist, Karasjok-befolkningens eierrett ut fra et spørsmål om deres rettigheter kan være bortfalt, grunnet i statens disposisjoner, uten å trekke en parallell til hevdslovens regler om mothevd.¹²⁷ Det er dermed riktigere å betrakte det som et ekstinksjons- eller bortfallsgrunnlag (for lokalbefolkningen) fremfor et ervervsgrunnlag av reell eiendomsrett (for staten). Hertil medtas at staten formelt sett langt på vei har fått anerkjent en slik rett ut fra myndighetsutøvelse og rettslige disposisjoner,¹²⁸ noe som også medførte at den er blitt oppført som hjemmelshaver i grunnboka. Når det skulle vurderes hvem som har eiendomsretten til den tidligere statsgrunnen i Karasjok, var spørsmålet om statens disposisjoner ledet til at lokalbefolkningens eiendomsrett var bortfalt da grunnen ble overført til Finnmarkseiendommen i 2006. Det har både Finnmarkskommisjonens og Utmarksdomstolens flertall besvart benektende.¹²⁹

3.3 Tidsvilkåret

Tilbakeføringsregelen, som kan utledes av bl.a. ILO-169 artikkel 14(1) og UNDRIP artikkel 28(1), har betydning for nasjonale ekstinksjonsregler. Etter presumsjonsprinsippet vil norske

¹²⁴ NOU 1993: 34 s. 266.

¹²⁵ NOU 1993: 34 s. 263.

¹²⁶ Se for øvrig Gunnar Eriksens kritikk av festnede rettsforhold i Eriksen (2023) s. 53–57.

¹²⁷ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 187 og UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok) (s. 78).

¹²⁸ NOU 1993: 34 s. 266.

¹²⁹ Finnmarkskommisjonen (2019) s. 218 og UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok) (s. 91).

rettsregler om bortfall av rettigheter i fast eiendom på grunnlag av festnede forhold i urfolkssammenheng måtte tolkes i samsvar med disse folkerettslige instrumentene.

Mer spesifikt vil tilbakeføringsregelens gjenopprettende funksjon kunne få betydning for tidsvilkåret som gjelder for alders tids bruk og festnede rettsforhold. I tilfeller hvor disse ekstinksjonsgrunnlagene brukes overfor urfolk, vil den gjenopprettende funksjonen virke inn på [483] tidsvilkåret. Det kan føre til en forlengelse av vilkårets nedre grense for når et ekstinktivt erverv er fullført.

Restitusjonstiden, som løper bakover i tid, er nødvendigvis ikke lik tidskravet til bortfall på grunnlag av festnede rettsforhold. Uansett viser resonnementene til Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen¹³⁰ at den gjenopprettende funksjonen i ILO-169 artikkel 14(1) ble vektlagt og hadde betydning for tidsvilkåret og dermed utfallet i saken. Det understøttes av at det, i tillegg til nevnte 70–80 år, av kommisjonen ble sett hen til 40 år med begrenset rådighetsutøvelse før 1900 og 10 år frem mot 1980 – en tidsperiode som uten restitusjonsregelen sannsynligvis ville ha medført bortfall. Som vist gikk ikke Høyesterett i HR-2018-456-P (Nesseby) nærmere inn på tilbakeføringsregelen, fordi den la til grunn at tidsperioden for statens disposisjoner var atskillig lengre, angivelig flere hundre år.

Restitusjonsperioden vil ikke være like lang i alle tilfeller, og lengden vil måtte avgjøres etter en konkret vurdering. Som fremhevet i kapittel 2 forutsetter bruk av tilbakeføringsregelen at det foreligger en kobling mellom den historiske fratakelsen og dagens situasjon. For urfolk som ennå driver med kulturbetingede aktiviteter på landområdene som tidligere var i deres besittelse, må det antas at en slik kobling er til stede.

Ved siden av landområdets viktighet for urfolkets kulturutøvelse er det ikke åpenbart hvilke momenter som er av betydning for vurderingen av restitusjonsperiodens lengde. Det er likevel nærliggende å tenke at hvem som i dag er hjemmelshaver (formell eier), og landområdets nåværende tilstand, av praktiske årsaker kan være relevante momenter i vurderingen av restitusjonsperioden. Dersom staten eller andre offentlige organer er hjemmelshaver, vil nok restitusjonsperioden kunne trekkes lenger bakover i tid enn dersom det dreier seg om private eiere. På samme måte vil restitusjonsregelen være mer aktuell for utmarksområder enn for bebygde strøk og industriområder belagt med betydelige kapitalinvesteringer og infrastruktur. For øvrig vil restitusjonsretten aktualiseres av at andre rettsforhold er under avklaring.

¹³⁰ UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok) (s. 88).

Karasjok-saken ville trolig stått annerledes dersom statens rådighetsutøvelse i en periode på oppimot 100 år forut for år 1900 hadde vært like omfattende som i de påfølgende 70 årene. Restitusjonsreglen ville da blitt utfordret i større grad.

[484] Oppsummert kan det sies at mens bortfallstiden løper fra et historisk tidspunkt og *fremover*, vil restitusjonsperioden løpe fra i dag (ev. fra en fristavbrytende omstendighet) og *bakover*. Restitusjonsperioden vil uansett måtte stoppe der det ikke kan påvises en kulturbetinget eller åndelig forbindelse med dagens situasjon. Om restitusjonsperioden skulle strekke seg inn i en ikke-fullført bortfallsperiode, vil bortfall utvilsomt ikke kunne finne sted. Men også der bortfall har funnet sted, kan trolig rettigheter restitueres dersom tidskravet til restitusjon er oppfylt etter en konkret vurdering.

3.4 Gjøre opp for tidligere urett eller opprettholde dagens situasjon?

Restitusjon kan betraktes som et oppgjør for tidligere urett, hvor motstykket er opprettholdelse av dagens situasjon. Disse to hensynene balanseres mot hverandre.¹³¹ Som drøftet i kapittel 2 er tilbakeføringsreglene i ILO-169 artikkel 14(1) og UNDRIP artikkel 28(1) utformet på noe ulik måte. Ved å sammenligne presens- og preteritumsformen av ordet «occupy» kan det virke som at hensynet til å gjøre opp for tidligere urett har fått en mer sentral plass i UNDRIP («occupied») enn i ILO («occupy»). En mulig årsak til det er at balansegangen mellom de to hensynene er vurdert på forskjellig vis i disse to folkerettslige instrumentene.

Det sentrale i hensynet til å gjøre opp for tidligere urett er nettopp *uretten* som er begått. Om det er lang eller kort tid siden uretten skjedde, har således mindre betydning, så sant urfolket fortsatt har en tilknytning til landområdene og denne preger deres kultur. Denne grunntanken kan sies å være et utslag av allmenn rettsfølelse. Når det gjelder hensynet til å opprettholde dagens situasjon, er det sentrale derimot tiden som har gått, og ønsket om ikke å endre det etablerte. Det kan også være spørsmål om å krenke rettigheter til dem som senere har etablert seg i området med varierende grad av god tro, samt faktiske forhold som kapitalinvesteringer og infrastrukturetableringer.

4. Avslutning

Undersøkelsen viser at ILO-169 artikkel 14(1) innehar en tilbakeføringsregel. Av politiske årsaker relatert til fremforhandlingen av ILO-169 er det en [485] tidsmessig grense forbundet

¹³¹ Gilbert (2016) s. 165.

med artikkel 14(1), men denne grensen er ikke skjematisk. Tiden må veies mot urfolkets materielle og kulturelle tilknytning til landområdene. Det er altså en dynamikk mellom tid og tilknytning.

Undersøkelsen har også vist at tilbakeføringsregelen finnes i andre internasjonale instrumenter, noe som gjør at det kan reises spørsmål om vi har med et folkerettslig prinsipp eller en internasjonal sedvanerett å gjøre. Vi velger ikke å ta stilling til dette spørsmålet her, da vi ikke har tilstrekkelig førstehåndskunnskap om statenes praktisering eller rettsoppfatning vedrørende regelen, jf. ICJ-statuttene artikkel 38(1)(b). Et interessant spørsmål i denne sammenheng er på hvilken måte politisk uttrykt støtte til UNDRIP kan tolkes, og faktisk blir tolket, som en rettslig aksept av erklæringens bestemmelser.

I norsk anvendelse av de internasjonale reglene, eksempelvis i Nesseby-dommen, har nok tilknytningselementet blitt nedtonet til fordel for en mer skjematisk tidsmessig vurdering av forholdet. Det kan spørres om en slik vurdering er i samsvar med folkerettslige forpliktelser.

Den tidsorienterte synsvinkelen vil i alminnelighet gagne staten, ikke urfolket som har blitt fratatt herredømmet over sine landområder. Det er derfor interessant at Finnmarkskommisjonen og særlig Utmarksdomstolen gjør en kritisk vurdering av betydningen av statens disposisjoner i Karasjok-feltet og samtidig reduserer vekten av dem ved å vektlegge tilbakeføringsregelen.

Som sagt innledningsvis er vi også av den oppfatning at samiske eiendomskrav skal løses med utgangspunkt i norske tingsrettslige regler. Dette er imidlertid ikke uproblematisk. Den samiske og norske rettstradisjonen er forskjellig. At den norske er gitt prioritet og gjort til utgangspunkt, også i samiske saker, kan hindre at samisk rettstradisjon etterleves og oppfylles, noe som kan være i strid med ILO-169 artikkel 8(1). I Selbu-dommen og Svartskog-dommen ble norske rettsregler tilpasset til samisk kultur og naturbruk.¹³² Det ledet til at reindriftssamer på Rørosvidda og sjøsamere i Manndalen fikk anerkjent henholdsvis sin beite- og eiendomsrett, begge grunnet i alders tids bruk. Dette kan ses på som en form for restitusjon. I Fosen-dommen utøvde Høyesterett kultursensitive vurderinger når det ble vurdert hvilke avbøtende tiltak som var aktuelle,¹³³ noe som i seg selv [486] kan bidra til tilbakeføring av beiteland. Et større søkelys på internasjonale restitusjonsregler kan ganske sikkert bidra til at utfallet blir mer forutsigbart når det skal tas stilling til etablerte rettigheters fortsatte eksistens. I den sammenheng er det verd å merke seg at når Utmarksdomstolen vektlegger restitusjonsregelen i en sak om eiendomsretten til et betydelig areal i et samisk

¹³² Rt. 2001 s. 769 (Selbu) og Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen).

¹³³ HR-2021-1975-S (Fosen) (avsn. 149).

kjerneområde, er det første gang regelen gis direkte anvendelse i norske domstoler.

Uavhengig av om saken blir anket, innebærer det at regelen har fått en plass i norsk rett.

Kilder

Norske lover

Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd

Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (sameloven)

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

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

Lov 20. juni 2014 nr. 51 om fiskeretten i Tanavassdraget (Tanaloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 4 Karasjok*, (2 bind), 2019

Finnmarkskommisjonen, *Rapport felt 4 Karasjok – Interne rettsforhold i reindriften* (3 bind), 2022

NUT 1961: 1 Rådsegn 6 – Om hevd

NOU 1972: 16 Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett

NOU 1980: 53 Vern av urbefolkninger

NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling

NOU 1993: 34 Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark

NOU 1997: 5 Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett

NOU 2007: 13 Den nye sameretten

Ot.prp. nr. 3 (1998–99) 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)

Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Regjeringen, «FNs erklæring om urfolks rettigheter», *Regjeringen*, 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/internasjonalt-urfolksarbeid/fns-erklaring-om-urfolks-rettigheter/id87024/> (lest 11. mai 2023)

Regjeringen, «ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater», *Regjeringen*, 13. februar 2020, <https://www.regjeringen.no/no/tema/urfolk-og-minoriteter/samepolitikk/midtspalte/ilokonvensjon-nr-169-om-urbefolkninger-o/id451312/> (lest 11. mai 2023)

St.prp. nr. 102 (1989–90) Om den 76. internasjonale arbeidskonferanse i Genève 1989

St.meld. nr. 28 (2007–2008) Samepolitikken

Norske rettsavgjørelser og Finnmarkskommisjonens rapporter

Høyesterett

Rt. 1931 s. 57 (Dergafjeld)

Rt. 1935 s. 876 (Bruås)

Rt. 1940 s. 407 (Hoås)
Rt. 1955 s. 361 (Marsfjell)
Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen)
Rt. 1988 s. 1217 (Korssjøfjell)
Rt. 1991 s. 1311 (Beiarn-Skjerstad)
Rt. 1992 s. 352 (Sigdal)
Rt. 1996 s. 1232 (Tysfjord)
Rt. 1997 s. 580 (OFS)
Rt. 1997 s. 1608 (Aursunden)
Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)
Rt. 2001 s. 769 (Selbu)
Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen)
Rt. 2007 s. 234
Rt. 2008 s. 1789 (hjertestikk)
Rt. 2015 s. 1157 (Fårøya)
HR-2016-2030-A (Stjernøya)
HR-2017-2428-A (Sara)
HR-2017-2247-A (Reinøya)
HR-2018-456-P (Nesseby)
HR-2019-282-S (snøkrabbe)
HR-2021-1975-S (Fosen)

Utmarksdomstolen for Finnmark

Dom 23. januar 2017, sak UTMA-2014-146739 (Nesseby)

Dom 21. april 2023 UTMA-2021-86077-5 og UTMA-2021-86497-2 (Karasjok)

Internasjonale traktater og erklæringer

Constitution of the International Labour Organisation, Versailles, 1. april 1919 (i kraft 28. juni 1919)

Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26. juni 1945 (i kraft 24. oktober 1945)

ILO Convention no. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, 5. juni 1957 (i kraft 2. juni 1959)

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21. desember 1965 (i kraft 4. januar 1969)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (i kraft 23. mars 1976)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966 (i kraft 3. januar 1976)

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969 (i kraft 27. januar 1980)

The American Convention on Human Rights, San José, 22. november 1969 (i kraft 18. juli 1978)

ILO Convention no. 169 on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Genève, 27. juni 1989 (i kraft 5. september 1991)

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13. september 2007, A/RES/61/295

Praksis fra internasjonale tolkningsorganer

Den europeiske menneskerettsdomstolen:

Thlimmenos mot Hellas [GC], no. 34369/97, ECHR 2000

Den internasjonale domstolen:

Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo) (ICJ Judgement 30 November 2010)

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates) (Judgement 4 February 2021)

Den mellomstatlige amerikanske menneskerettighetsdomstolen:

Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, 17. juni 2005

Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, 29. mars 2006. Series C No. 146

FNs menneskerettskomité:

Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 83 (1984), 30. juli 1981

Chief Bernhard Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada, CCPR-C/38/D/167/1984, 26. mars 1990

HRC, General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities), CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8. april 1994

HRC, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, U.N Doc. CCPR/C/79/Add. 104, 30. mars 1999

HRC, Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Guatemala, CCPR/CO/72/GTM, 27. august 2001

Daniel Billy and others v. Australia (Torres Strait Islanders Petition), CCPR/C/135/D/3624/2019, 21. juni 2022

FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter:

CESCR, General Comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/21, 21. desember 2009

CESCR, Concluding observations on the fourth periodic report of Argentina, E/C.12/ARG/CO/4, 1. november 2018

FNs rasediskrimineringskomité:

CERD, General Recommendation No. 23 on the rights of indigenous peoples, A/52/18, annex V, 18. august 1997

CERD, Concluding observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Paraguay, CERD/C/PRY/CO/ 1-3 15 and 16, 4. oktober 2016

CERD, General Recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials, CERD/C/GC/36, 24. november 2020

Vapsten sameby v. Sweden, CERD/C/102/D/54/2013, 26. november 2020

ILOs ekspertkomité:

Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Denmark of the Indigenous and Tribal Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat (SIK), Docs. GB.277/18/3, GB.280/18/5, submitted 1999

Øvrige uttalelser fra internasjonale organer og andre lands rettskilder

ILO:

ILC, Report VIII (1), Living and Working Conditions of Indigenous Populations in Independent Countries, thirty-ninth session 1956

ILC, Report VI (1), Protection and Integration of Indigenous and other Semi-Tribal Populations in Independent Countries, fortieth session 1957

ILC, Report VI (2), Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention 1957 (No. 107), 75th session 1988

ILC, Report IV (2 A), Partial Revision of the Indigenous and Tribal Convention, 1957 (No. 107), 76th session 1989

ILC, Record of Proceedings, seventy-sixth session 1989

ILO, Extracts from the Report of the Meeting of Experts on the Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107) (Geneva, 1-10 September 1986) [Finnes som vedlegg i ILO, Report VI (1), Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 75th session 1988]

ILO, *Working Document for 1986, Meeting of Experts* [Henvist til i Xanthaki, Alexandra, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, Cambridge University Press 2007]

ILO, *Handbook for ILO tripartite constituents*, Genève 2013

International Labour Standards Department, *Indigenous & Tribal People's Rights in Practice. A Guide to ILO Convention No. 169*, Genève 2009

Andre:

Canadas parlament, «BILL C-15», Parliament of Canada, u.å.,

<https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/43-2/bill/C-15/royal-assent> (lest 11. mai 2023)

International Law Association, *Conclusions and Recommendations of The Committee on the Rights of Indigenous Peoples: Resolution No.5/2012*, Sofia 2012

United States v. Sioux Nations of Indians, 448 U.S 371 (1980)

Litteratur

Anaya, S. James, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. utgave, Oxford University Press 2004.

Andreassen [Skoghøy], Jens Edvin, «Menneskerettigheter og urbefolkningsrettigheter», *Lov og Rett*, 1992, s. 67 flg. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-1992-02-02>.

Black's Law, «What is Reparation», *The Law Dictionary*, u.å., <https://thelawdictionary.org/reparation/> (lest 11. mai 2023).

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press 2003.

Bårdsen, Arnfinn, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017, s. 160–187. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-02>.

Duffy, Aoife, «Indigenous Peoples' Land Rights: Developing a *Sui Generis* Approach to Ownership and Restitution», *International Journal on Minority and Group Rights* 2008, s. 505–538.

Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, Fagbokforlaget 2008.

Eriksen, Gunnar, *Allmenningene i Norge: Like arealer – ulik forvaltning*, bildepresentasjon til foredrag på konferanse om forvaltning av land og naturressurser i Sápmi 3. november 2022, Lakselv.

Eriksen, Gunnar, «Festnede rettsforhold», i *Fakultetsbyggar, Vestlending og Verdsborgar. Festskrift til Ernst Nordtveit 70 år*, Berte-Elen Reinertsen Konow, Hans Fredrik Marthinussen og Knut Einar Skodvin (red.), Cappelen Damm akademisk (2023), s. 41–66.

Falkanger, Aage Thor og Falkanger, Thor, *Tingsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget 2022.

Gilbert, Jérémie, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law*, Koninklijke Brill nv 2016.

Gover, Kirsti, «Settler-State Political Theory, 'CANZUS' and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *The European Journal of International Law* 2015, s. 345–373. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv019>.

Graver, Hans Petter og Ulfstein, Geir, «Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov», *utredning for Justis- og politidepartementet*, 2003, s. 1–19.

Gundersen, Dag, *Fremmedord og synonymer, blå ordbok*, 8. utgave, Kunnskapsforlaget 2013.

Hannikainen, Lauri, «The Status of Minorities, Indigenous Peoples and Immigrant and Refugee Groups in Four Nordic States», *Nordic Journal of International Law*, 65 (1995), s. 1–71.

Hansen, Lars Ivar og Olsen, Bjørnar, *Samenes historie fram til 1751*, Cappelen 2004.

Jebens, Otto, *Om eiendomsretten til jorden i Indre Finnmark*, Cappelen Akademisk Forlag 1999.

- Langford, Malcolm og Moyo, Khulekani, «Right Remedy or Rhetoric: Land Restitution in International Law», *Nordic Journal of Human Rights* 2011, s. 143–176. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn1891-814x-2010-02-03>.
- Lenzerini, Federico «Reparation, Restitution, and Redress. Articles 8(2), 11(2), 20(2), and 28», Jessie Hohmann og Marc Weller (red.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A Commentary*, Oxford University Press 2018, s. 573–598. DOI: <https://doi.org/10.1093/law/9780199673223.003.0020>
- Miller, Robert J., *Native America, Discovered and Conquered. Thomas Jefferson, Lewis & Clark, and the Manifest Destiny*, Praeger 2006.
- Ostler, Jeffery, *The Plain Sioux and U.S. Colonialism from Lewis and Clark to Wounded Knee*, Cambridge University Press 2004.
- Ravna, Øyvind, «Rettslige disposisjoner som grunnlag for bortfall av rettigheter», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2016, s. 51–67. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9529-2016-01-03>.
- Ravna, Øyvind, *Same- og reindriftsrett*, Gyldendal 2019.
- Ravna, Øyvind, «Restitusjon og gjenoppretting i norsk urfolksrett», *Lov og Rett* 2020, s. 566–579 (s. 566). DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-09-05>.
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2018.
- Schackt, Jon og Espen Wæhle, «urfolk» i *Store norske leksikon*, 3. mars 2021, <https://snl.no/urfolk>, (lest 11. mai 2022).
- Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press 2015.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.
- Skogvang, Susann Funderud, *Samerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2023.
- Thornberry, Patrick, *Indigenous peoples and human rights*, Juris Publishing 2002.
- Tomei, Mnuela and Lee Swepston L., *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No. 169*, Geneva, International Labour Office, 1995.
- Xanthaki, Alexandra, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, Cambridge University Press 2007.
- Åhrén, Mattias, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, Oxford University Press 2016.