

Fosen-saken og meklingen

På nytt er vi minnet om regjeringens manglende evne til å følge opp [Høyesteretts dom i Fosen-saken](#). Den 11. oktober markerte forsvarere av rettsstaten og samiske rettigheter at det er gått to år siden Høyesterett i storkammer kom til at vindkraftverkene på Fosen krenket samenes rett til reindrift, uten at dommen er etterlevd.

Etter initiativ fra regjeringen, og i regi av riksmekleren, pågår det for tiden mekling mellom de rammede reindriftssamene og utbyggerne. Om disse ikke fører fram, og det deretter fattes et nytt konsesjonsvedtak, kan det føre til nye runder i rettssystemet.

Et spørsmål som melder seg i kjølvannet av denne meklingen, er om enighet mellom partene, etter konsultasjoner og statlig initierte forhandlinger, vil gjøre inngrepet lovlig.

I Fosen-dommen uttales det at det har betydning om urfolket er konsultert. Samtidig tydeliggjør dommen at det er konsekvensene av tiltaket som veier tyngst: «Er konsekvensene av inngrepet store nok, hindrer det ikke krenkelse at konsultasjoner er gjennomført» (avsn. 121). Det avgjørende er ifølge Høyesterett altså ikke utfallet av konsultasjonene, men derimot følgene av inngrepet; som ikke må føre til vesentlige negative konsekvenser for reindriften.

Krenkelsen gjelder som kjent rettigheter vernet av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27. For å besvare spørsmålet om enighet vil gjøre inngrepet lovlig, må vi derfor gå til Menneskerettskomiteen, som er konvensjonens kontrollorgan. Før vi ser på dens praksis, kan det raskt slås fast at ordlyden i artikkel 27 her ikke gir veiledning. Av komitépraksis er det [Poma Poma mot Peru](#) (2009), hvor et inngrep førte til at tusenvis av husdyr døde på grunn av bortledning av grunnvann og uttørring av beitemarkene til et urfolk i Andesfjellene, som er best egnet til å gi veiledning. Her uttaler komiteen at lovligheten av et tiltak som i vesentlig grad griper inn i en minoritets- eller et urfolkssamfunns kulturbetingede økonomiske virksomhet, «avhenger av om medlemmene av det aktuelle samfunnet har hatt mulighet til å delta i beslutningsprosessen relatert til tiltakene og om de vil fortsette å dra nytte av sin tradisjonelle økonomi» (avsn. 7.6, min oversetting).

Det uttales videre at deltakelsen i beslutningsprosessen må være effektiv, noe som ikke bare krever konsultasjoner, med et fritt, forhåndsinformert samtykke fra medlemmene av urfolkssamfunnet. I tillegg må tiltakene respektere proporsjonalitetsprinsippet for ikke å sette selve fellesskapets og dets medlemmers fremtid i fare.

Ut fra dette kan det slutes at effektiv deltakelse, som ved «store nok» inngrep vil måtte omfatte et fritt, forhåndsinformert samtykke fra urfolkssfellesskapet, er påkrevd, men ikke avgjørende for lovligheten, noe som er blitt forankret i norsk rett gjennom HR-2017-2428-A (Sara) avsn. 74.

Det er også naturlig å vektlegge Menneskerettskomiteens generelle kommentar til artikkel 27 (1994), hvor også betydningen av urfolks effektive deltakelse i beslutninger som angår dem, understrekes.

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) drøfter også om etterfølgende samtykke kan gjøre inngrepet lovlig. NIM viser i rapporten [Menneskerettslig vern mot inngrep i samiske bruksområder](#) (s. 34) til at spørsmålet om i hvilken grad utbyggere kan inngå individuelle (og hemmelige) avtaler med enkelte reieiere om utbyggingsprosjekter, har blitt aktualisert gjennom utbyggingsaker om vindkraftverk. NIM uttrykker usikkerhet om slike avtaler kan hindre krenkelse av artikkel 27, gitt at konsekvensene av inngrepet er store nok. Videre påpeker NIM at slike avtaler kan være problematiske med tanke på samenes rettigheter knyttet til det kollektive naturgrunlaget for samisk kultur.

Når Menneskerettskomiteen klargjør at tiltakene må respektere proporsjonalitetsprinsippet for ikke å sette urfolksfellesskapets og dets medlemmers fremtid i fare, peker også den på ivaretagelsen av urfolkets kollektive fremtid.

Effektiv deltakelse fra urfolkets side er vesentlig. Samtidig viser komitépraksis at Høyesterett nok har dekning for standpunktet om at konsultasjoner ikke hindrer krenkelse hvis konsekvensene av inngrepet er store nok. Dette ligger nettopp i standpunktet i Poma Poma-saken (sitert ovenfor); om at lovligheten av tiltak som i vesentlig grad griper inn i urfolks kulturbetingede økonomiske virksomhet, avhenger av om medlemmene av det aktuelle urfolkssamfunnet «har hatt mulighet til å delta i beslutningsprosessen relatert til tiltakene og om de vil fortsette å dra nytte av sin tradisjonelle økonomi» (min utheving). Med andre ord er vilkårene om deltakelse og mulighet til fortsatt å kunne leve av den tradisjonelle næringen *kumulative*, noe som betyr at begge vilkår må være oppfylt for at et inngrep skal være lovlig.

Dette gjelder også der konsultasjonene i betydelig grad har påvirket omfanget av tiltaket, og minoriteten etter dette endatil har gitt sitt samtykke – vel og merke hvis inngrepet fortsatt fører til vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse, eller som Høyesterett har uttalt, «hvis en reduksjon av beitearealet fratrar reieierne muligheten til å fortsette med noe som naturlig kan karakteriseres som næringsvirksomhet».

Lovligheten av Fosen-inngrepet avhenger dermed av at det avbøtes eller nedskaleres slik at det ikke lenger krenker artikkel 27, og ikke hva man måtte mekle seg fram til enighet om.

Denne kronikken er nylig publisert som [leder i tidsskriftet Lov og Rett](#) Norsk juridisk tidsskrift.