

SAMISKE FOLKERETTSLIGE RETTIGHETER VED NATURINNGREP Utredning for Olje- og energidepartementet i forbindelse med utbygging av kraftledninger og vindkraftverk

Professor dr. juris Geir Ulfstein, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo

Innledning

Denne utredningen er laget på oppdrag av Olje- energi departementet i forbindelse med det pågående arbeidet med konsesjoner for utbygging av vindkraft og kraftledninger.

Utredningen omfatter bare de folkerettslige spørsmålene ved inngrep i reindriften, ikke norsk rett. Det er bare de generelle problemstillingene som behandles, ikke om de konkrete inngrepene er i samsvar med folkeretten. NOU 2007:13 *Den nye sameretten* gir i kapittel 5 en framstilling av urfolks landrettigheter etter folkeretten fram til utgangen av 2007.

Oversikt over det folkerettslige regelverket og de internasjonale overvåkningsmekanismene

Det er først og fremst artikkel 27 i Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) som er av interesse. Denne bestemmelsen sikrer minoriteters rettigheter, herunder etniske minoriteter. Artikkel 1 om retten til selvbestemmelse gir sannsynligvis også visse rettigheter i forbindelse med naturinngrep, men disse er foreløpig så lite presisert at jeg ikke vil gå nærmere inn på dem. Utredningen vil derfor konsentrere seg om artikkel 27.

SP overvåkes av Menneskerettighetskomiteen (MRK). Komiteen behandler rapporter fra statene, den vedtar generelle kommentarer til de enkelte artiklene, og den behandler klager fra individer fra de stater som akseptert denne klageordningen (herunder Norge). MRK's vedtak er ikke rettslig bindende, men Den internasjonale domstolen (ICJ) har uttalt at komiteens praksis skal tillegges «great weight».¹

I det følgende legges det først og fremst vekt på MRK's General Comment No. 23 til artikkel 27 fra 1994 og på avgjørelsen av klagesaker. Grunnen til dette er at MRK ved eksaminasjonen av statsrapporter sjelden tar stilling til om konvensjonen er brutt. Den nøyer seg i stedet med å gi anbefalinger om hvordan den best kan oppfylles og fremmes.

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater er sentral for det folkerettslige vernet av urfolk. Konvensjonen har bl.a. bestemmelser om konsultasjonsplikt og om landrettigheter og rettigheter ved utnyttelse av naturressurser. Eiendoms- og bruksrettigheter til landområder – og anerkjennelse av slike rettigheter – er ikke tema for denne utredningen. Konsultasjonsplikten i seg selv er heller ikke temaet for utredningen. Denne plikten behandles bare i den grad den kan ha betydning for lovligheten av naturinngrep. Det er altså lovligheten av inngrep i næringsutøvelsen som er i fokus.

Artiklene 14 nr. 1 og 15 nr. 1 i ILO-konvensjonen synes å gi et vern mot tiltak som kan gripe inn i urfolks rett til bruk av landområdene, se NOU 2007:13 s. 234 og 238. Det er imidlertid

¹ *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, ICJ Rep. 2010, 639, avsnitt 66. Se nærmere: G Ulfstein, 'Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer' *Lov og rett* 51 9 2012 552-570.

lite praksis fra ILOs håndhevingsorganer av relevans for denne utredningen, mens det er en omfattende praksis fra MRK om SP artikkel 27. Jeg vil derfor holde meg til artikkel 27, og ikke gå nærmere inn på ILO-konvensjonen.

Jeg vil ikke behandle FNs urfolkserklæring fra 2007 eller utkastet til Nordisk samekonvensjon, først og fremst fordi de ikke er rettslig bindende. Praksis fra FNs spesialrapportør om rettighetene til urfolk og FNs Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples vil heller ikke bli behandlet.

Artikkel 27 i Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

SP artikkel 27 har følgende ordlyd:

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

Artikkel 27 gir individuelle rettigheter, men det gjelder rettigheter som utøves som ledd i den etniske gruppens felles kultur. I denne forstand har derfor rettigheten et kollektiv preg.

I sin General Comment No. 23 til artikkel 27 fra 1994, uttaler MRK at bestemmelsen forplikter staten til å iverksette positive tiltak, og at statens forpliktelser også omfatter å sikre det materielle grunnlaget for urfolkenes kultur:

7. With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them.

Landrettigheter er altså ikke beskyttet i seg selv, men fordi de utgjør et grunnlag for og del av kulturutøvelsen. Ved naturinngrep ved bygging av vindkraftverk og kraftledninger er det spørsmål om hvor langt artikkel 27 verner mot inngrep i samisk reindrift.

MRK har uttalt at vernet ikke bare gjelder for tradisjonelle utnyttelsesformer. MRK uttalte i *Apirana Mahuika et al. v New Zealand*² -saken:

9.4 The right to enjoy one's culture cannot be determined *in abstracto* but has to be placed in context. In particular, article 27 does not only protect traditional means of livelihood of minorities, but allows also for adaptation of those means to the modern way of life and ensuing technology.

Ved inngrep i reindrift er det klart nok innenfor en tradisjonell utnyttelsesform, så denne avgrensingen skaper ikke problemer i dette tilfelle. Reindrift har utvilsomt vern etter artikkel 27.

² Communication No. 547/1993.

MRK har videre uttalt at den, i motsetning til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), ikke opererer med en såkalt skjønnsmargin i forhold til statene. Dette innebærer at MRK vil foreta en selvstendig overprøving av om artikkel 27 er overholdt. Den eneste begrensningen er at komiteen kan avstå fra å ta stilling til spørsmålet hvis den mangler tilstrekkelig faktisk grunnlag for en avgjørelse.

Artikkel 27 er forholdsvis vagt formulert («shall not be denied the right ... to enjoy their own culture»), og det er ikke åpenbart hvor terskelen går for hva som skal anses som et ulovlig inngrep.

Det er etter MRK's praksis flere forhold som må tas i betraktning ved vurderingen av om artikkel 27 er overtrådt. For det første kan det være nødvendig å ta hensyn til tidligere inngrep overfor urfolket. I *Lubicon Lake Band v. Canada* (1990)³ viste MRK således både til «historical equities» og «certain more recent developments»:

33. Historical 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.

Dette framgår også av *Jouni E. Länsman v. Finland* (1996)⁴:

10.7. ... Even though in the present communication the Committee has reached the conclusion that the facts of the case do not reveal a violation of the rights of the authors, the Committee deems it important to point out that the State party must bear in mind when taking steps affecting the rights under article 27, that though different activities in themselves may not constitute a violation of this article, such activities, taken together, may erode the rights of Sami people to enjoy their own culture.

Behovet for å ta hensyn til kumulative inngrep bekreftes av *Länsman II-saken* (2005):⁵

10.2. ... In weighing the effects of logging, or indeed any other measures taken by a State party which has an impact on a minority's culture, the Committee notes that the infringement of a minority's right to enjoy their own culture, as provided for in article 27, may result from the combined effects of a series of actions or measures taken by a State party over a period of time and in more than one area of the State occupied by that minority.

For det andre er det relevant å ta hensyn til *både positive tiltak og negative inngrep* overfor urfolket. Dette framgår av *Lubicon Lake Bands-saken*:

33. ... The State party proposes to rectify the situation by a remedy that the Committee deems appropriate within the meaning of article 2 of the Covenant.

I NOU 2007:13 er dette uttrykt slik (s. 197):

³ Communication No. 167/1984.

⁴ Communication No. 671/1995.

⁵ Communication No. 1023/2001.

Avgjørelsen viser imidlertid at artikkel 27 ikke nødvendigvis vil utgjøre noen absolutt skranke mot å gjennomføre et planlagt tiltak/inngrep, forutsatt at staten legger forholdene til rette for at de berørte individene fortsatt kan utøve sin kultur.

MRK har for det tredje krevd at det gjennomføres *reelle konsultasjoner* med den berørte urfolksgruppen. Dette framgår av General Comments No. 23:

7. ... The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure *the effective participation* of members of minority communities in decisions which affect them (uthevet her).

Kravet om «effective participation» framgår også av MRK's praksis. Det refereres til kravet i *Länsman*-saken (avsnitt 10.4.). I *Apirana Mahuika*-saken pekte MRK på at det var foretatt omfattende konsultasjoner for å sikre bred støtte fra urfolket:

9.5. ... In its case law under the Optional Protocol, the Committee has emphasised that the acceptability of measures that affect or interfere with the culturally significant economic activities of a minority depends on whether the members of the minority in question have had the opportunity to participate in the decision-making process in relation to these measures and whether they will continue to benefit from their traditional economy.

9.6 The Committee notes that the State party undertook a complicated process of consultation in order to secure broad Maori support to a nation-wide settlement and regulation of fishing activities. Maori communities and national Maori organizations were consulted and their proposals did affect the design of the arrangement. The Settlement was enacted only following the Maori representatives' report that substantial Maori support for the Settlement existed.

Dette kravet er også uttrykt i *Angela Poma Poma v. Peru*⁶ (2009):

7.6 In the Committee's view, the admissibility of measures which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community depends on whether the members of the community in question have had the opportunity to participate in the decision-making process in relation to these measures and whether they will continue to benefit from their traditional economy. The Committee considers that participation in the decision-making process must be effective, which requires not mere consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community.

Det kan for det fjerde være krav om å foreta *utredninger* av de inngrep tiltaket medfører. Dette kan være en forutsetning for å gjennomføre meningsfulle konsultasjoner. Behovet for utredninger framgår av *Poma Poma*-saken:

7.7. ... Moreover, the State did not require studies to be undertaken by a competent independent body in order to determine the impact that the construction of the wells would have on traditional economic activity...

⁶ Communication No. 1457/2006.

Videre eksisterer det for det femte et krav om *proporsjonalitet* i den forstand at inngrepene som følge av tiltaket gjøres minst mulig, og at det er en forholdsmessighet mellom behovet for tiltaket og inngrepets omfang. Dette kravet har fått et visst uttrykk i *Poma Poma*-saken:

7.6. ... In addition, the measures must respect the principle of proportionality so as not to endanger the very survival of the community and its members.

7.7. ... nor did it take measures to minimize the negative consequences and repair the harm done.

Det er selvsagt, for det sjette, av sentral betydning hvor *omfattende* inngrepene er. Det er anledning til å foreta begrensede inngrep, men det går en grense ved «denial of the right» til å utøve den aktuelle virksomheten. I *Länsmans (1996)*-saken uttrykkes terskelen slik:

10.3 Article 27 requires that a member of a minority shall not be denied the right to enjoy his culture. Measures whose impact amounts to a denial of the right are incompatible with the obligations under article 27. As noted by the Committee previously in its Views on case No. 511/1992, however, measures that have a certain limited impact on the way of life and the livelihood of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the rights under article 27.

I General Comment No. 23 er det imidlertid ikke bare snakk om «denial», men også om «violation», noe som indikerer at forbudet kan være overtrådt også når virksomheten ikke blir fullstendig forhindret:

6.1. Although article 27 is expressed in negative terms, that article, nevertheless, does recognize the existence of a «right» and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their *denial* or *violation* (uthevet her).

Det avgjørende er om terskelen overskrides for virksomheten i det aktuelle området, se *Länsmans (1994)*-saken:

9.5 The question that therefore arises in this case is whether the impact of the quarrying on Mount Riutusvaara is so substantial that it does effectively deny to the authors the right to enjoy their cultural rights *in that region* (uthevet her).

Det er etter *Länsmans (1994)*-saken et krav om at utøverer fortsatt skal kunne ha økonomisk utbytte av virksomheten:

9.8 With regard to the authors' concerns about future activities, the Committee notes that economic activities must, in order to comply with article 27, be carried out in a way that the authors continue to benefit from reindeer husbandry.

I *Poma Poma*-saken var det også vesentlig at saksøkeren ikke kunne ha utbytte av den økonomiske aktiviteten, og at dette derfor representerte et betydelig inngrep:

7.7 The Committee also observes that the author has been unable to continue benefiting from her traditional economic activity owing to the drying out of the land and loss of her livestock. The Committee therefore considers that the State's action has substantively compromised the way of life and culture of the author, as a member of her community.

I hvilken grad et inngrep strider mot artikkel 27 beror altså på en samlet vurdering. Dette illustreres ved *Poma Poma*-saken hvor MRK (avsnitt 7.7) gikk gjennom deltakelsen i beslutningsprosessen, behovet for utredninger, proporsjonalitetsvurderingen og inngrepets omfang før det konkluderes med at inngrepet var ulovlig. Men, som det påpekes i NOU 2007:13 (s. 211), er det vanskelig presist å angi hvor langt beskyttelsen etter artikkel 27 rekker.