

Hvordan bør retten behandle samiske saker.

Høyesterettsjustitiarius, sametingspresident, tidligere
høyesterettsjustitiarius Carsten Smith, seminardeltakere!

Jeg vil først på vegne av domstolenes Samiske Forum uttrykke vår store tilfredshet og takknemlighet med at det i dag kan arrangeres et seminar om Samerett her i Høyesterett. En særlig takk til justitiarius Toril Marie Øie for en positiv holdning og bidrag til seminarets gjennomføring.

Jeg oppfatter dette seminaret som et klart tegn på at domstolene med Høyesterett i spissen vil ta sin del av ansvaret for at det samiske folk skal kunne utvikle sitt språk og sin rettskultur, og i den forbindelse behandle samiske saker på en måte som skaper rettferdighet - både materielt gjennom økt kunnskap om samisk kultur og ved en prosess som synliggjør og ivaretar samiske verdier.

Jeg vil gå videre med å sitere en uttalelse fra Bertha Wilson, den første kvinnelige dommer i den Canadiske føderale Høyesterett:

«To enter into the skin of the litigant and make his or her experience part of your experience and only when you have done that, to judge.»

Dette sitatet er oppfattet å ha særlig betydning for canadiske domstolers behandling av urfolkssaker, altså utfordringer man står overfor når man som generalistdommer fra et majoritetsperspektiv, ikke bare skal ta stilling til et saksområde man ikke er spesialist på, men også når saken går inn i en samfunnsmessig kontekst man ikke selv har nær kjennskap til.

I norsk sammenheng er det noen som sier at samene i dag er godt integrert i det norske fellesskap, og at behovene for særlige kunnskaper og særskilte ordninger dermed er forholdsvis beskjedne. Jeg mener at dette er en feilslutning. For det første kan integreringen være en ytre tilpassing uten at man derved har gitt avkall på nedarvede tradisjoner og verdier. For det andre kan deler av integreringen i realiteten være en mer eller mindre påtvungen assimilering, i strid med grunnlovens § 108.

Jeg mener derfor at Bertha Wilsons utfordring også har stor relevans for norske domstoler, slik jeg i dette innlegget skal komme nærmere inn på.

Men først: Hvordan skal en dommer vite om man står overfor en samisk sak?

Et naturlig utgangspunkt er partsforholdene, om det i saken er en eller flere samiske parter – personer eller juridiske subjekter med samisk tilhørighet. Men også sakens gjenstand har betydning, har saken tilknytning til et samisk område, en samisk gjenstand eller gjelder saken samiske barns rettigheter. Om saken gjelder et rettsområde av stor betydning for samisk kultur vil også være et moment.

Manglende registrering av en persons samiske tilhørighet er et problem. Man har en mulighet for frivillig språkregistrering i folkeregisteret, men denne er lite brukt og lite tilgjengelig for brukere. Pr i dag er man derfor i stor grad avhengig av at partene selv oppgir å ha samisk tilknytning. Det som da blir viktig, er å ha et system der dette kan gjøres på en enkel måte, i tillegg til at det må gis informasjon slik at partene forstår at samisk tilknytning vil ha betydning for hvordan saken deres blir behandlet.

Man har heller ikke en klar definisjon av hva som er samiske områder. Samelovens beskrivelse av det samiske språkforvaltningsområde kan imidlertid anses som en beskrivelse i snever forstand, mens det samiske reinbeiteområde nok kan anses som den ytre ramme. Innenfor dette har man selvfølgelig områder som er ekstra viktige, det kan være samiske kulturminner, hellige steder eller særskilt viktige områder for beiting, høsting eller annen naturbruk. Tilsvarende vil gjelde for samiske gjenstander og åndelige verdier.

Samiske saker er altså ikke bare reindrift og naturbruk. Person-, familie- og arverett er viktige sakstyper for den enkelte, der språklig og kulturell identitet ofte vil ha betydning. Det samme gjelder retten til opplæring, helsetilbud og annen tjenesteyting, samt opphavsrett og annen åndsrett.

Kan ikke spørsmålet om man står overfor en samisk sak i sin helhet overlates til partene? Det må tas i betraktning at retten i straffesaker og tvangssaker, samt saker som gjelder barns rettigheter etter barneloven, har et ansvar for sakens opplysning.

Disposisjonsprinsippet begrenses for øvrig ved at samiske sedvaner er et rettsspørsmål, som dermed skal anvendes av retten når dette er en relevant rettskilde.

Jeg nevner i denne forbindelse et eksempel fra en konkret sak. I en overprøvingssak om omsorgsovertakelse var partenes og barnets kulturelle tilhørighet ikke omtalt, verken i fylkesnemndas vedtak eller i sakens dokumenter. I henhold til fast praksis hos oss fikk imidlertid den rettsoppnevnte sakkyndige et mandat der spørsmålet om barnets språklige og kulturelle identitet skulle beskrives. Og i den sakkyndiges rapport ble nettopp barnets samiske tilhørighet ganske grundig beskrevet. Under tingrettens hovedforhandling møtte mor ikledd kofte, og barnets rett til språklig og kulturell identitet ble et viktig moment i vurderingen av barnets beste.

Jeg er for min del kommet til at spørsmålet om man har en samisk sak er for viktig til at man la det flyte rundt uten noen nærmere regler eller retningslinjer. En beskrivelse vil dessuten bli nødvendig i oppfølgingen av domstolkommisjonens anbefalinger om at samiske saker er egnet for spesialisering. Sametinget vil selvfølgelig ha en aktiv rolle i konsultasjonsprosessen, og dermed kunne gi viktige innspill til i hvilken grad det i de samiske samfunn er et ønske og behov for egne regler og prosesser.

Men uavhengig av om man får nærmere regler om dette eller ikke, vil retten selv ha et ansvar for å bringe på det rene om den aktuelle sak har en samisk dimensjon. Man må være oppmerksom på aktuelle indikasjoner på dette, og om det er tvil undersøke dette ved å spørre partene eller deres representanter, skriftlig eller muntlig under saksforberedelsen, om nødvendig også under hovedforhandlingen.

Slik vi lærte da vi leste til ex phil, er språket juristens viktigste verktøy, i beskrivelsen av fakta så vel som rettsreglene. Det sier seg selv at rettens språk har stor betydning for rettssikkerheten, idet nyansene i språkene skaper utfordringer for tolking, oversettelse og kontekst.

Selv om det formelt sett er tillatt å snakke og skrive samisk i og til retten, preges dagens situasjon av at samisk blir et tilleggs- eller hjelpespråk og ikke et fullverdig offisielt rettsspråk. Jeg viser her til «Hjertespråks-NOU'en» fra 2016, der det er foreslått en rekke nye tiltak for å styrke bruken av samisk i retten, men uten at dette nå, 6 år senere, er blitt fulgt opp.

I dagens situasjon er det viktig at domstolene gir god informasjon om mulighetene for å snakke samisk i retten, ved på forhånd orientere om rettighetene, kanskje også at retten settes med samisktalende dommere der dette er mulig. Erfaringene fra tidligere Indre Finnmark tingrett er at slik aktiv informasjon virker, og at flere parter og vitner da krysser av for at de vil snakke samisk. Og det man da skal spørre om, er språkbruk, ikke bare om du har behov for tolk, for det har samisktalende ofte ikke selv behov for – kanskje det heller er aktor eller retten selv som behøver tolken.

Samisk språkbruk i retten er ikke bare et spørsmål om rettssikkerhet for den enkelte part og i den enkelte sak. Det er også et spørsmål om de samiske språks status og verdi, at man ved å gi samisk språk god plass på en av de viktigste samfunnsarenaer bidrar til å utvikle og revitalisere de samiske språk også ellers.

Kanskje kunne man også her i Høyesterett bruke samisk, symbolsk ved noen samiske setninger under åpningen av forhandlingene, og ved at det ellers informeres og legges til rette for at samisk kan brukes av aktørene, kanskje kan økt bruk av samisk ved bevisopptak være en praktisk mulighet.

Språkbruk i rettslige sammenhenger er et ofte diskutert tema for urfolk på verdensbasis. FNs ekspertmekanisme om urfolksspørsmål (EMRIP) har for eksempel utført en egen studie om språkets rolle for ivaretagelsen av urfolks rettigheter, der de uttaler at urfolksspråk er et viktig redskap for å uttrykke urfolks kollektive politiske og juridiske metode og organisering.

Jeg mener at det EMRIP her uttaler vil ha betydning også når samisk ikke brukes som et aktivt kommunikasjonsspråk i retten, da den samiske fortelling opprinnelig er formulert i de samiske språk. Dette understreker derfor betydningen av at vi som dommere må bruke tid og ressurser til å gå inn i partenes erfaringer og bakgrunn før vi dømmer.

I regi av Samisk Forum har lagdommer Susann Funderud Skogvang utarbeidet en veileder for behandlingen av samiske saker ut fra gjeldende rett, publisert på domstolenes intranettsider.¹ Jeg vil her benytte anledningen til en sterk oppfordring om at veilederen brukes av alle dommere og domstoler som får samiske saker til behandling. Følges veilederen vil man langt på vei være sikret mot å begå saksbehandlingsfeil og dessuten sørge for at man får en god og respektfull behandling av saken, og med et riktig og rettferdig resultat.

En praktisk måte å sikre implementeringen av de anbefalinger som veilederen gir, vil være å lage egne saksbehandlingsmaler hvor anbefalingene inngår. Anbefalingene kan for eksempel tas inn i malene for planleggingsmøter og det kan lages tilpassede maler for gjennomføring av rettsmøter med bruk av samisk språk, og rettsbøker for slike møter.

Jeg har nevnt at det i oppfølgingen av domstolkommisjonens anbefalinger, vil være naturlig å se på om det bør gis egne regler om behandlingen av samiske saker. Mange forventer at også Sannhets- og forsoningskommisjonen skal komme med anbefalinger i hvordan den samiske rettskultur skal ivaretas og gis utviklingsmuligheter på samiske premisser. Og når det gjelder språkbruk har jeg nevnt forslagene i «Hjertespråksutredningen».

Jeg nevner også at i behandlingen av samiske saker kan partshjelp og Amicus curiae - innlegg, altså skriftlige innlegg etter tvisteloven § 15-8) være av betydning. Det kunne for eksempel vært en mulighet for samiske jusstudenter å skrive meningsfulle praktikum-oppgaver.

¹ <http://intranett/Faglig/veiledere/samiske-saker/>

Dagens behandling av samiske saker kan – slik jeg forstår det – beskrives som en aksept av at den samiske dimensjon har betydning, fortrinnsvis ikke ved egne regler, men på den måte at man tilpasser rettsinstitutter og behandlingsregler til samiske forhold. Det kan være mange gode grunner til en slik mer forsiktig tilnærming. Men om det fra samisk side, Sametinget og det sivile samiske samfunn, fremkommer ønsker og behov for særskilte rettslige spor, slik man for eksempel har gjort i Canada², så mener jeg at domstolene må stille seg åpen også for slike løsninger, og gi uttrykk for dette i høringsuttalelser eller på annen måte. Jeg legger til at det vil være naturlig å skille mellom interne samiske saker, saker mellom samiske parter og staten, og saker der det også er ikke-samiske private parter.

Hvis den samiske rettskulturen skal bli tatt på alvor i det norske rettsvesen, så må man i behandlingen av samiske saker være oppmerksom på den samiske kontekst i bred forstand; den samiske historie, samene som ett folk i fire forskjellige stater, det verdensomfattende urfolksfellesskapet, nomadisme og mobilitet, samenes forhold til nabofolkene, og sentrale samiske verdier og sedvaner slik som verdien av selvberging i et arktisk klima kombinert med et mer monistisk syn på forholdet mellom menneske og natur.

Et viktig aspekt er at det samiske samfunn i dag fortsatt preges av ettervirkningene av fornorskningspolitikken. Jeg regner med at Sannhets- og forsoningskommisjonen også vil belyse de rettslige konsekvenser dette medfører.

Tiden tillater ikke å gå nærmere inn på den samiske kontekst i denne sammenheng, men jeg nevner dette fordi dommere i samiske saker bør gis muligheter for å fordype seg i de nevnte tema, slik at man stiller bedre rustet når man tar fatt på den enkelte sak.

² PRACTICE GUIDELINES FOR ABORIGINAL LAW PROCEEDINGS SEPTEMBER 2021 (4th EDITION)

Fortellinger på forskjellige nivå er en viktig del av den samiske rettskultur. En del av dette er nedtegnet, men fortsatt vil mye finnes i det muntlige fellesskap i større og mindre forsamlinger. Noe finnes også i kunsten, i forrige uke hadde vi en sak der en joik var ett av bevisene.

Når vi i retten skal vurdere parts- og vitneforklaringers betydning vil man ofte bli møtt med bevisregelen om at de tidsnære bevis har stor vekt. Tidsnære bevis vil i praksis være dokumenter, nedtegnelser eller lydopptak. I samisk sammenheng må man være særskilt oppmerksom på at slike bevis må vurderes kontekstuel, slik Høyesterett gjorde i Selbusaken.

De muntlige forklaringer til retten har sin styrke ved adgangen til kontradiksjon, slik at man har muligheter for å få frem om det som forklares i retten stemmer med de mer brede og overordnede fortellinger om det saken berører. Da er det selvfølgelig ganske viktig at dommeren selv kan sørge for at eksaminasjonen skjer på en måte som får frem om dette er tilfelle.

Sakkyndige bevis vil ofte være av stor betydning for samiske saker, blant annet for å beskrive sakens samiske kontekst, slik jeg nettopp har vært inne på. Krav til sakkyndighet og mandat må gjenspeile dette. Jeg vil også trekke frem at tradisjonell erfaringsbasert kunnskap ofte kan gi en bredere og mer helhetlig beskrivelse enn de rent skolefaglige utredninger. Jeg nevner spesielt Samisk Høgskoles Árbodiehtu-prosjekt, som en viktig kilde til slik sakkyndighet. Eksempler på områder der tradisjonell kunnskap vil kunne ha betydning vil være barneomsorg, forvaltning av laksefiske, reintallstilpasning og rovdyrskader på rein og sau.

I Norge har vi et sterkt fokus på en aktiv saksstyring, ikke minst for å begrense sakskostnadene. Hvis man sammenligner samiske saker i Norge med tilsvarende saker i Sverige og urfolkssaker ellers i verden, er det et inntrykk at man i Norge har en mer begrenset bevisførsel enn ellers, og at man derfor står i fare for at de kontekstuelle forhold ikke blir godt nok belyst. Når det gjelder sakskostnadene for dette, så er det et åpenbart behov for å få rettshjelpsordninger på plass.

Etableringen av Finnmarkskommisjonen er ett eksempel på at samiske saker kan være så omfattende og prinsipielle at særlige ordninger anses hensiktsmessige, og at en ordinær prosess undergitt partenes frie disposisjon ikke er tilfredsstillende. Ut fra den kjennskap jeg har til Finnmarkskommisjonens bevisinnhenting, så er det også trekk ved deres prosessform og bevisinnhenting som gir muligheter for en bedre kontekstuell tilnærming, og som dermed kunne vært vurdert også for andre typer samiske saker.

Jeg skal avslutte med noen ord om rettsanvendelsen.

Når vi ikke har en egen lov om juridisk metode, så er det Høyesterett som ved sin praksis fastslår hvordan rettsanvendelsen skal skje.

Høyesterett har i en del saker gitt spesielle føringer for rettsanvendelsen i samiske saker. I Steinfjell/Varfjell saken fra 1979, tilpasset Høyesterett kravene om hva som er unnskyldelig rettsvillfarelse, idet man tillot krav som etter de alminnelige regler var foreldet. Som begrunnelse uttalte Høyesterett om saksøkerne at "Lenge har de måttet ha en følelse av at det var forbundet med vanskeligheter å gjøre rettigheter gjeldende overfor storsamfunnet."

Samme tilnærming synes Høyesterett å ha hatt i de prinsipielle dommene fra 2001, Selbu og Svartskog, i anvendelsen av alders tids bruk-instituttet på samiske forhold. Dette er fulgt opp i Stjernøy og Nesseby, i alle fall ved at det presiseres at man følger bestemmelsen i ILO-169 artikkel 8 om at det skal tas «tilbørlig hensyn til samiske sedvaner og sedvanerett». Og ikke minst ser man dette i de seneste avgjørelser, i Fosensaken og i Saarivuomasaken.

Jeg er enig med dem som har oppfattet dette som et utslag av en generell metoderegulering, altså at man i rettsanvendelsen generelt må vurdere om det samiske perspektiv vil kreve en særskilt vurdering av de ordinære rettsregler, enten dette skjer ved lovtolkningen, i hva som er relevant, i slutningsfasen eller ved den endelige harmonisering av rettskildene. Det er med andre ord behov for en klargjøring av under hvilke forutsetninger og på hvilket grunnlag man skal ta tilbørlig hensyn til samiske sedvaner, praksis og rettsoppfatninger.

I denne sammenheng vil en viktig faktor være rekkevidden av den samiske selvbestemmelsesretten, med utgangspunkt i hva som er interne saker. Det er vel enighet om at dette i det minste gjelder samisk språk, joik og navnetradisjoner. Men vil ikke også arv, barneoppdragelse og foreldretvister kunne være interne saker? Og hva med de interne forhold i reindriftsnæringen; siidaordninger, intern reintallsfordeling og fastsetting av siidaenes bruksområder? Og videre, vil ikke kvalitetsvurderingen av en samisk sedvane og dens opinio iure, også være et internt forhold?

Samisk kultur har vært og er inne i svært grunnleggende endringsprosesser. Eksternt viser opprettelsen av Sannhets- og forsoningskommisjonen dette. Internt er det en voksende debatt om revitaliseringens retning og styrke. Jeg mener at rettsanvendelsen i de samiske saker må skje i et slikt perspektiv, og for å gjenta Bertha Wilsons ord, etter at vi som dommere har fått anledning til å gjøre de samiske partenes erfaringer til våre egne.