

*Høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen**

Samerettslige spørsmål i Høyesteretts praksis

Tråante 2017, Trondheim 8. februar 2017

1. De sakene Høyesterett avgjør er vanligvis allerede behandlet i to instanser – i tingretten og i lagmannsretten. Dette er også tilfellet i saker om samerettslige spørsmål. Også da er det Høyesteretts hovedoppgave å arbeide for *rettsavklaring* og *rettsutvikling*.
2. En av de sakene som Høyesterett avgjorde i 2016 – HR-2016-1219-A – var i første instans behandlet ved Indre Finnmark tingrett. Den gjaldt retten til bruk av en privat eiendom i Alta i forbindelse med flytting av rein mellom beiter. Flytting over den private eiendommen ville blant annet innebære at det måtte settes opp anlegg for transport av reinen – og bruken var, ut fra tingrettens beskrivelse, opplagt en betydelig belastning for grunneieren. Reindriftsloven § 22 gir reindriftsutøvere ”adgang til fritt og uhindret å drive og forflytte rein i de deler av reinbeiteområdet hvor reinen lovlig kan ferdes og adgang til flytting med rein etter tradisjonelle flyttleier”. Spørsmålet for Høyesterett var om det i uttrykket ”hvor reinen lovlig kan ferdes” ligger en begrensning til områder der den aktuelle reindriftsutøveren har beiterett.
3. Indre Finnmark tingrett og Hålogaland lagmannsrett kom, med litt ulike begrunnelser, til at reindriftsloven ikke ga rettsgrunnlag for bruk av den private eiendommen i forbindelse med flyttingen – noe annet rettsgrunnlag var, så vidt jeg forstår, ikke aktuelt. Høyesterett konkluderte ut fra ordlyden og forarbeidene – med særlig vekt på uttalelser fra rettsgruppen i Samerettsutvalget – at retten til å flytte rein ikke var begrenset til områder med beiterett.

* Takk til Sigrid Nysted, som er utreder i Høyesterett, for bistand.

4. Dommen – som har måttet tåle kritikk – illustrerer et utviklingstrekk: Viktige samerettslige spørsmål er i dag regulert ved lov. Det vil derfor, i større grad enn tidligere, også på dette feltet oppstå lovtolkningsspørsmål som trenger avklaring i Høyesterett. De nyere lovene bygger dessuten på samisk medvirkning og representasjon, og må tolkes og anvendes på denne bakgrunn.
5. For enkelte typer samerettslige saker har det vært, og er fremdeles, særlige prosessordninger. Fra nyere tid kjenner vi to slike. Begge gjelder rettsforholdene i de nordlige deler av Norge:
6. *Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms* ble opprettet i 1985, og avsluttet sitt arbeid i 2004. Den var en spesialdomstol for å ordne rettsforholdene mellom staten og andre i høyfjells- og utmarksområder i Nordland og Troms. Utmarkskommisjonens avgjørelser kunne ankes *direkte* til Høyesterett.
7. I Høyesteretts praksis finnes det to eksempler på slike direkte anker over Utmarkskommisjonens avgjørelser. Dette er Rt. 1996 side 1232 (Tysfjord) og Rt. 2001 side 1229 (Svartskog). I Tysfjord-saken var det blant annet spørsmål om det forelå en eksklusiv bruk av betydning for rettighetsspørsmålene. Førstvoterende peker i denne forbindelse på en viktig konsekvens av instansordningen og av de særlige prosessreglene som gjelder for Høyesterett – spesielt da at parter og vitner ikke har anledning til å forklare seg direkte og at Høyesterett ikke foretar befarings-

”Hvorvidt det foreligger en eksklusiv bruk, eller hvorvidt en gård har søkt å gjennomføre enebbruk ved å bortvise andre, er en bevisvurdering som best skjer ved de instanser som har hatt tilgang på direkte parts- og vitneforklaringer og som også har sett og befart det terreng det dreier seg om.”
8. Det er typisk for dette rettsområdet at det ofte blir spørsmål om å kartlegge bruksmåter, sedvaner og rettsoppfatninger. Høyesterett har derfor også i en del senere saker tatt utgangspunkt i, og i praksis langt på vei bygget på, tidligere instansers bevisvurdering, se for eksempel HR-2016-2030-A (Stjernøya) avsnitt 97.

9. Dette har spesielt gode grunner for seg der førstinstansen har særlig kompetanse. Kombinasjonen av den muntlige samiske rettskulturen og prosessreglene for Høyesterett, stiller også spesielle krav til advokatene og til underinstansene: Høyesterett er langt på vei avhengig av at de faktiske forholdene og rettsoppfatningene er utredet i de tidligere instansene, og at de lavere domstolene har gitt en redegjørelse for disse som Høyesterett kan bygge på, sml. Rt. 2006 side 13 avsnitt 15.
10. Jeg nevnte at også Svartskog-dommen fra 2001 er resultatet av en direkte anke over Utmarkskommisjonens avgjørelse. Dette er en prinsipielt viktig dom, som jeg kommer tilbake til.
11. Den andre særlige prosessordningen for samerettslige saker gjelder fremdeles: Ved finnmarksloven 2005 ble *Finnmarkseiendommen*, som er et eget rettssubjekt, opprettet. Da loven trådte i kraft overtok Finnmarkseiendommen de faste eiendommene i Finnmark fylke som Statskog tidligere hadde grunnbokshjemmel til eller eide uten å ha grunnbokshjemmel, jf. § 49. *Finnmarkskommisjonen* ble opprettet for å utrede bruks- og eierrettigheter til denne grunnen.
12. Det ble dessuten opprettet en særdomstol – *Utmarksdomstolen for Finnmark* – til å avgjøre tvister som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt, jf. § 36. Anke fra Utmarksdomstolen går *direkte* til Høyesterett, jf. § 42. Den første saken Utmarksdomstolen behandlet ble anket til Høyesterett og avgjort i 2016, jf. HR-2016-2030-A (Stjernøya). Også den dommen kommer jeg tilbake til.
13. Høyesterett har behandlet saker om samerettslige spørsmål gjennom en vesentlig del av sin mer enn 200-årige virketid. Samlet er det tale om rundt 50 avgjørelser. Halvparten av disse er dommer i sivile saker avsagt av Høyesterett i avdeling. En drøy fjerdedel er dommer i straffesaker i avdeling. De øvrige er anker eller kjæremål som er endelig avgjorte av Høyesteretts ankeutvalg, tidligere Høyesteretts kjæremålsutvalg.

14. De samerettslige sakene for Høyesterett angår i stor grad landrettigheter. De er gjerne knyttet til reindriften. Spørsmål om annen samisk ressursutnyttelse og kultur – herunder sjøsamenes rettsforhold – eller om samisk språk, har i mindre grad vært tema for Høyesterett. Men Rt. 1985 side 247 (Kåfjord) bør nevnes: Høyesterett konstaterte her at den eksklusive utnyttelsen av fiskeressursene innenfor et avgrenset geografisk område av en gruppe fjordfiskere i Kåfjord, hadde erstatningsrettslig vern ved ekspropriasjon.
15. To saker har vært behandlet av Høyesterett i *plenum*, med nesten 20 års mellomrom. Dette er Rt. 1982 side 214 (Alta) og Rt. 2001 side 1229 (Selbu). Alta-saken har i dag, så vidt jeg kan forstå, liten interesse som prejudikat i samerettslige spørsmål; først og fremst er den en viktig del av historien. Den markerer et tidsskille og en inngang til *den nye sameretten*, som den andre plenumssaken – Selbu – er en viktig del av. Jeg kommer flere ganger tilbake til Selbu-saken.
16. Når Alta-saken kan ses som inngangen til den nye sameretten, henger dette ikke minst sammen med at den såkalte sameparagrafen som vi nå finner i Grunnloven § 108 er et nokså direkte resultat av den grunnleggende politikkomleggingen som etter hvert fulgte i kjølvannet av protestene mot utbyggingen av Alta/Kautokeino-vassdraget, jf. Samerettsutvalgets innstilling i NOU 1984: 18 *Om samenes rettsstilling*. Grunnloven § 108 slår fast:

”Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv”.
17. I følge Samerettsutvalget er den viktigste virkning av Grunnloven § 108 at den pålegger staten en politisk og moralsk forpliktelse overfor norske samer. Samerettsutvalget fremholder imidlertid også at den innebærer ”en viss rettslig forpliktelse for statsmyndighetene”, ved at den prinsipielt sett gir en ”bindende retningslinje for norske statsmyndigheters framtidige samepolitikk”.

18. Samerettsutvalget uttaler at domstolens prøvelsesrett – slik den siden 2015 er kodifisert i Grunnloven § 89 – i prinsippet også vil gjelde for sameparagrafen i Grunnloven, men vil få begrenset betydning, siden forpliktelsen for statens myndigheter er meget generelt og skjønnsmessig utformet. Det må nok være riktig å si at sameparagrafen i Grunnloven i liten grad har satt direkte og konkrete spor etter seg i Høyesteretts praksis. Den er nevnt i noen saker. Men en inngående vurdering av bestemmelsens innhold eller rekkevidde har Høyesterett i grunnen aldri foretatt.
19. Ved Grunnlovens 200-års jubileum i 2014 vedtok Stortinget den største grunnlovsreformen siden 1814. For så vidt gjaldt sameparagrafen, mente Lønning-utvalget, som forberedte reformen, at det nå var grunn til å si uttrykkelig i Grunnloven at samene er et urfolk, i tråd med Høyesteretts syn i Rt. 2001 side 1229 (Selbu). Et flertall i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité støttet forslaget. Ved den endelige voteringen i Stortinget oppnådde man imidlertid ikke det nødvendige flertall.
20. Siste ord er ikke sagt her. På grunnlag av en betenkning avgitt av Carsten Smith i juni 2015 ba Sametinget om at Stortinget nok en gang vurderer å ta inn i Grunnlovsteksten at det samiske folk er et urfolk. Et forslag om en slik endring ble fremsatt for Stortinget i september 2016, og vil trolig bli behandlet i stortingsperioden 2017–2021, jf. grunnlovsforslag 28 (2015–2016). Det foreligger også et alternativt forslag, jf. grunnlovsforslag 37 (2015–2016).
21. FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 var utvilsomt en viktig inspirasjonskilde for Samerettsutvalget. Denne lyder slik:

”I de stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke nektes retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin egen religion, eller bruke sitt eget språk.”

Ordlyden i artikkel 27 kan tyde på at bestemmelsen bare gir et negativt vern. Men etter Samerettsutvalgets vurdering måtte bestemmelsen nå forstås videre, slik at den også ga grunnlag for krav om positiv forskjellsbehandling og pålegg til statene om å sikre det materielle grunnlaget for at minoritetsgrupper skal kunne dyrke sitt språk og sin øvrige kultur. Justisdepartementet sluttet seg til Samerettsutvalgets tolking av bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 33 (1986–87) side 37. Også justiskomiteen var enig.

22. Høyesterett har bare drøftet artikkel 27 i et par saker. Den ene er plenumsdommen i Alta-saken fra 1982. Høyesterett mente her, kort sagt, at konsekvensene av inngrepet ikke var store nok til å komme i strid med artikkel 27. Den andre er Rt. 2004 s. 1092 (Stonglandshalvøya): Et område innenfor et reinbeitedistrikt var fredet mot reinbeite av hensyn til jordbruket. Fredningen innebar at det ikke var tillatt å la reinen komme inn i det aktuelle området, noe som var meget vanskelig å unngå siden det ikke var satt opp noe gjerde.

23. Reineierne mente fredningen var uberettiget blant annet med henvisning til artikkel 27: Førstvoterende uttalte:

”Bestemmelsen gir minoriteter rett til å dyrke sin egen kultur. Skal den kunne påberopes i forbindelse med inngrep i næring, må det forutsettes at inngrepet i området er så omfattende at reindriftssamene ‘nektes retten til’ å utøve sin næringsvirksomhet. Dette er ikke tilfelle her.”

Det har vært reist spørsmål ved om Høyesterett har operert med en for høy terskel, sammenlignet med den som kan utledes av praksis fra FNs menneskerettskomité. Gjennom menneskerettsloven §§ 2 og 3 er artikkel 27 en del av norsk rett, med forrang fremfor annen lovgivning.

Menneskerettskomiteens forståelse skal tillegges betydelig vekt som rettskilde ved tolkingen, jf.

storkammerkjennelsen i Rt. 2008 side 1764 avsnitt (restauratør).

24. En av de tidlige samerettslige sakene i Høyesterett er referert kort i Rt. 1862 side 643. Den ble votert 21. juni 1862, altså før Høyesteretts voteringsprotokoller ble gjort offentlige. Saken gjaldt spørsmålet om en same hadde handlet ulovlig ved å hugge trær og ta never i privat skog i Nordland. Høyesterett tok opp på bredt grunnlag selve spørsmålet om samenes rettigheter, idet dette var avgjørende for hvorvidt denne utnyttelsen av skogen var rettmessig. Saken var brakt inn for Høyesterett av amtmannen i Nordland, som var enig i underrettens og overrettens frifinnelse, men ønsket en avgjørelse av Høyesterett av hensyn til frifinnelsesgrunnens betydning. Høyesterett var enig i at det måtte bli frifinnelse, etter som det forelå en "Brugsret" som i og for seg kunne ha flere grunnlag, dels "det historiske Forhold", dels "Lovens Grundsætninger om Hævd på Brug", men også "et mere positivt Grundlag", nemlig Lappekodisillen 1751 § 10.
25. Dommen fra 1862 slår på en illustrerende måte an tonen for det som skulle komme til å bli helt sentrale tema for den senere rettsutviklingen, og for Høyesteretts praksis helt frem til i dag. – Så sent som i HR-2016-2030-A (Stjernøya) avsnitt 114 er det vist til dommen og dens anerkjennelse av rettsgrunnlaget for reindrifftsretten. Men det er ingen grunn til å underslå at Høyesterett praksis de første hundre årene etter 1862-dommen i så måte gikk i helt gal retning, om vi ser det fra samenes ståsted.
26. Yngvar Nielsens teori fra 1889 gikk ut på at norske bønder var de første til å bosette seg i Røros-områdene, og at samene først senere var kommet til nordfra og trengt inn på områder som alt var tatt i bruk – den såkalte fremrykkingsteorien. Læren fikk gjennomslag allerede i Rt. 1892 side 411, i en sak som ble reist av bønder nettopp i Røros-traktene. De krevde erstatning for skader som reinen hadde gjort på seterslåtter. Reindriftssamene hevdet at erstatning var utelukket fordi de hadde brukt området før bøndene anla setre og slåtter i utmarken. Høyesterett ga ikke samene medhold i dette – under uttrykkelig henvisning til Yngvar Nielsens fremrykkingsteori. Senere

høyesterettspraksis bygget i temmelig stor grad videre på denne linjen.

27. Et gjennomgående syn i Høyesteretts praksis langt opp på 1960-tallet var dessuten at reindriften kun var en ”uskyldig nyttesrett”, en form for tålt bruk som ikke gikk lenger enn det loven til enhver tid tillot.
28. To dommer fra 1968 innvarslet imidlertid en dreining, nemlig Rt. 1968 side 394 (Brekken) og Rt. 1968 side 429 (Altevann II). I begge dommene anerkjente Høyesterett samisk bruk som grunnlag for rettserverv. Man gikk bort fra synet på reindriften som en ”uskyldig nyttesrett” og slo dessuten fast at samiske rettigheter har erstatningsrettslig vern. Sakene har vært oppfattet som et første gjennombrudd for aktiv bruk av tradisjons- og kulturmateriale i norsk høyesterettspraksis. Men det skulle gå en stund før perspektivene fra 1968-dommene festnet seg og fikk konsekvenser i Høyesteretts praksis. Flere senere dommer gir tilbakeslag, med flertallsvotumet i Rt. 1997 side 1608 (Aursunden) som et tydelig – og sterkt kritisert – eksempel.
29. Ved *mindretallsvotumet* i Aursunden-dommen fra 1997 sprekker det imidlertid så smått opp. Og gjennom plenumsdommen i Rt. 2001 side 769 (Selbu) finner Høyesterett på en måte tilbake til grunnlaget for 1968-dommene, og fører dette videre i lys også av den senere utviklingen.
30. I Selbu-saken hadde godt og vel 200 grunneiere reist sak med påstand om at reindriftssamene i distriktene Essand og Riast-Hylling ikke hadde rett til beite på deres utmark, som lå i Selbu kommune i Sør-Trøndelag. Reindriftssamene mente de hadde rett til beite på grunnlag av alders tids bruk. De viste også til ILO 169 artikkel 14 nr. 1, som lyder slik i norsk oversettelse:

”Vedkommende folks rett til å eie og besitte de landområder der de tradisjonelt lever, skal anerkjennes. Når forholdene tilsier det, skal det treffes tiltak for å sikre vedkommende folks rett til å bruke landområder der de ikke er de eneste som lever, men

som de tradisjonelt har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet. I denne sammenheng skal det legges spesiell vekt på situasjonen for nomadiske folk og personer som driver flyttejordbruk.”

Det var andre punktum som ble påberopt av de samiske partene. Grunneierne mente at siden samene kom til Selbu etter at bøndene hadde slått seg ned, kunne ikke samene i dette området påberope seg ILO 169 og urfolksstatus.

31. Høyesterett aksepterte ikke disse innvendingene.

Riktignok var historikerne uenige om samene kom til de indre delene av Sør-Trøndelag før eller etter at bøndene hadde ryddet sine gårdsbruk der. Men denne diskusjonen hadde ingen betydning for spørsmålet om samene kunne påberope seg ILO 169 artikkel 14 også i Selbu. Det var etter Høyesteretts vurdering ikke tvilsomt at samene etter definisjonen i ILO 169 artikkel 1 har status som urfolk i Norge, ”og at våre folkerettslige forpliktelser overfor dem etter konvensjonens artikkel 14 også gjelder i Sør-Trøndelag”.

32. Høyesterett fant det likevel ikke nødvendig å gå nærmere inn på ILO 169 artikkel 14. ”Slik jeg ser det” sa førstvoterende, ”er de norske rettsreglene om alders tids bruk, basert på tradisjonelle norske rettskilder og med den tilpasningen som må gjøres for reindriften, tilstrekkelige til å begrunne beiterett i tvisteområdene”. Høyesterett påpeker i dommen at ved vurderingen av om vilkårene for rettserverv ved alders tids bruk er oppfylt, må det legges vekt på rettighetens art. Det måtte videre tas hensyn til de særlige forholdene innen reindriften. Kravene måtte tilpasses samenes og reinens bruk av området og at samene har hatt en nomadisk livsform.

33. Flertallet i Aursunden-saken fra 1997 hadde ikke funnet grunnlag for å kunne tillempe reglene om rettserverv ved alders tids bruk til ”reindriftens egenart, reinens natur og næringsvandring og topografiens betydning”. Da ville det i praksis naturligvis også bli svært vanskelig å erverve eiendomsrett eller andre rettigheter på grunnlag av samisk bruk. I Selbu-dommen ble dette perspektivet helt forlatt, til

fordel for at man ved bedømmelsen av om det hadde skjedd rettserverv gjennom reglene om alders tids bruk måtte gjøre tilpasninger for de samiske bruks- og tenkemåtene.

34. Det blir gjerne sagt at ”fremtiden ligger i dissensen”. Det er iallfall interessant at dommer Matningsdal, som dissenterte i Aursunden-saken, var førstvoterende og talsmann for flertallet i Selbu-saken. Dommer Matningsdal var også førstvoterende i Rt. 2001 side 1229 (Svartskog), som ble avgjort ikke så lenge etter plenumsdommen i Selbu. I Svartskog-dommen slo Høyesterett fast at de som bodde i Manndalen hadde ervervet eiendomsretten – ikke bare bruksrett – til Svartskogen etter reglene om alders tids bruk. Dommen er, så vidt jeg vet, et enestående eksempel i norsk rettspraksis på at en forholdsvis ubestemt gruppe personer på grunnlag av kollektiv bruk har fått anerkjent kollektiv eiendomsrett til fast eiendom.
35. Selbu-dommen og Svartskog-dommen har vært omtalt som et tidsskille og et *paradigmeskifte* med tanke på å tilpasse og integrere samiske praksiser og rettsoppfatninger. Dommene peker fremover. I proposisjonen til finnmarksloven 2005 skriver departementet at den rettsutviklingen som dommene ”bærer bud om, kan gi en antakelse om en økt vektlegging av samisk bruk i saker om totale eller begrensede rettigheter i fast eiendom”. Det var – etter departementets mening – derfor vanskelig å konkludere sikkert med at statens eiendomsrett i Finnmark kan opprettholdes fullt ut, jf. Ot.prp. 53 (2002–2003) side 43. Carsten Smith formulerte problemstillingen her på følgende måte i sin tale ved åpningen av Indre Finnmark tingrett i 2004 (gjengitt i Jussens Venner 2004 side 137 flg.):

“Grunnspørsmålet her er om samenes samlede liv i området, i reindrift og annen næring, ved deres forflytninger og mer faste boforhold, gjennom århundrer har skapt en kollektiv eiendomsrett eller annen rettighet av en særlig sterk karakter, ved opprinnelig erverv av landet eller ved alders tids bruk. Man får neppe noen god og varig løsning av rettighetene til land og vann i Finnmark før dette er avgjort. Det er et rettsspørsmål som må avgjøres av Høyesterett.”

Jeg legger til at synsmåtene fra Selbu-dommen og Svartskog-dommen også kan tenkes å ha betydning for spørsmål knyttet til sjøsamiske forhold og retten til kyst- og fjordfiske i Finnmark.

36. Den foreløpig nyeste dommen fra Høyesterett i samerettslige spørsmål er HR-2016-2030-A (Stjernøya): Et reinbeitedistrikt og en reineierfamilie, som i en årrekke hadde benyttet Stjernøya utenfor Altafjorden i Finnmark som sommerbeite, krevde eiendomsrett til deler av denne øya. De viste til reglene om alders tids bruk. Videre anførte de at ILO 169 artikkel 14 nr. 1 første punktum, som er inkorporert i norsk rett gjennom finnmarksloven § 3, utgjorde et selvstendig rettsgrunnlag for erverv av eiendomsrett.
37. Høyesterett konkluderte med at ILO 169 artikkel 14 nr. 1 første punktum ikke kan påberopes på denne måten som et selvstendig rettsgrunnlag for eiendomsrett i Finnmark. Finnmarksloven tok ikke sikte på å etablere nye rettigheter. Det var allerede etablerte rettigheter som skulle kartlegges. Finnmarksloven § 3 om forholdet til ILO 169 måtte leses med denne reservasjonen. Førstvoterende sier deretter:
- ”Ved anvendelsen av de tingsrettslige reglene om rettighetserverv vil imidlertid konvensjonen artikkel 14 nr. 1 få betydning gjennom anvendelsen av det såkalte presumsjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at norsk rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkeretten.”
38. Førstvoterende fremhever i denne forbindelse at det ikke er krav om at rådigheten er eksklusiv for å tilfredsstille rådighetskravet i artikkel 14. Og hun peker på at heller ikke i norsk tingsrett er det lagt til grunn at en begrenset bruk fra andre er til hinder for eiendomserverv gjennom utøvelse av eierrådighet i alders tid. Førstvoterende bekrefter dessuten at Svartskog-dommen og Selbu-dommen utgjør ”viktige rettskilder” ved vurderingen av tradisjonell samisk bruk som grunnlag for rettserverv. Og hun føyer til:

”At tingsrettslige prinsipper skal anvendes på samiske premisser er i tråd med ILO-konvensjonen artikkel 8 nr. 1 om at det ved anvendelse av nasjonale regler overfor urfolk, skal tas ‘tilbørlig hensyn til deres sedvaner og sedvanerett’.”

39. Reindriftssamene vant ikke fram med sitt krav om eiendomsrett i Stjernøya-dommen, på grunn av blant annet de fastboende sjøsamenes omfattende bruk av øya gjennom flere hundre år. Høyesterett tar ikke direkte stilling til hvilke rettigheter som i dette tilfelle eventuelt ville følge av ILO 169 artikkel 14 dersom denne hadde vært inkorporert i norsk rett med forrang fremfor annen lovgivning. Men det er mulig at reindrifftsamene – slik Høyesterett da vurderte saken – ikke ville ha stått noe sterkere. Det heter helt mot slutten av dommen:

“I forlengelsen av dette bemerker jeg avslutningsvis at det sentrale formålet med ILO-konvensjonens artikkel 14 om landrettigheter, er at den bruk urfolket har utøvd skal anerkjennes og gis rettslig status. De ankende parter reindrifftsrett på Stjernøya er endelig avklart gjennom Finnmarkskommisjonens rapport. Det er ikke tvilsomt at denne bruksretten hviler på et tingsrettslig grunnlag, og at den følgelig nyter et sterkt privatrettslig vern.”

40. Dommen om Stjernøya tangerer en problemstilling av prinsipiell og allmenn rekkevidde. Jeg tenker på betydningen av Grunnloven § 92 for spørsmålet om menneskerettskonvensjonenes stilling og gjennomslag i norsk rett. La meg forklare: Ved grunnlovsrevisjonen i mai 2014 fikk Grunnloven en ny § 92. Den lyder slik:

”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.”

Plikten for statens myndigheter til å respektere og sikre menneskerettighetene er formulert helt generelt og uten unntak eller reservasjoner av noen art. Ordlyden i Grunnloven § 92 sidestiller dessuten menneskerettighetene i Grunnloven og menneskerettighetene i de konvensjonene som Norge er tilsluttet. I Lønning-utvalgets forslag var forholdet til konvensjonsrettighetene overhodet ikke nevnt i forslaget til ny § 92; der ble det kun referert til ”menneskerettighetene”.

41. Komiteens Flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité mente dette var uheldig, og foretrakk derfor et av de alternative forslagene til utforming av § 92. Flertallet uttalelser – både flertallets og mindretallets – trakk meget klart i retning av at man også virkelig så for seg at den nye § 92 innebar at menneskerettskonvensjonene fikk ”grunnlovs rang”. Men hva betyr i tilfellet dette? Hvilke konvensjoner siktes det til? Hva er de rettslige konsekvensene? Betyr Grunnloven § 92 at alle menneskerettskonvensjoner som Norge har tiltrådt er gjort til norsk rett og er gitt grunnlovs rang?
42. Den forståelse Stjernøya-dommen forutsetningsvis kan oppfattes å bygge på er at Grunnloven § 92 *ikke* innebærer at ILO 169 er inkorporert på Grunnlovs nivå. Hadde Høyesterett oppfattet § 92 som en inkorporasjonsbestemmelse, ville det være uten interesse om også finnmarksloven eventuelt innebærer at ILO 169 er inkorporert. Stjernøya-dommen sier ikke om årsaken i tilfellet er at ILO 169 ikke er en slik konvensjon som § 92 sikter til (altså at den ikke er en ”menneskerettskonvensjon” i Grunnlovens forstand), eller om § 92 likevel ikke er en bestemmelse som inkorporerer menneskerettighetskonvensjonene på grunnlovs nivå.
43. Dette siste spørsmålet må nå anses avklart ved Høyesteretts plenumsdom i HR-2016-2554-P (Holship), som på dette punktet er enstemmig (17 dommere). Saken gjaldt lovligheten av en varslet boikott i Drammen havn i det øyemed å oppnå tilslutning til en tariffavtale. Ett av spørsmålene var om EØS-rettens bestemmelser om fri etablering måtte vike blant annet for forskjellige menneskerettslige traktatforpliktelser, på tross av at EØS-loven innebærer at disse EØS-reglene skal gis forrang. Det ble gjort gjeldende at EØS-retten måtte vike, ettersom de aktuelle menneskerettskonvensjonene var inkorporert med grunnlovs rang gjennom den nye § 92.

44. Førstvoterende – med tilslutning fra samtlige – fremholdt at dersom § 92 hadde gitt alle internasjonale menneskerettsbestemmelser som Norge er bundet av grunnlovs rang, ville menneskerettsloven og grunnlovens øvrige menneskerettsbestemmelser bli overflødige. Bestemmelsen i § 92 ville da ha endret rettstilstanden på en måte som Stortinget ikke hadde tatt sikte på. Førstvoterende fant det videre ”klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett“. Dette betyr at så langt en menneskerettskonvensjon ikke er inkorporert ved lov, så vil virkningen i intern norsk rett fremdeles bero på *presumsjonsprinsippet*, slik Høyesterett var inne på i Stjernøya-dommen, jf. også HR-2016-2591-A avsnitt 48.
45. På strafferettens område gjelder det et strengt krav om lovhjemmel, jf. Grunnloven § 96 første ledd. Av straffeloven 2005 følger det av § 2 at straffelovgivningen bare gjelder med de begrensninger ”som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig”. En tilsvarende regel fulgte av straffeloven 1902 § 1 andre ledd. Det ligger i dette at straffebud, enten de står i straffeloven eller i spesiallovgivningen, vil måtte tolkes innskrenkende så langt dette er nødvendig for å unngå folkerettstrid, jf. Rt. 2001 side 1116.
46. Jeg skal nå mot slutten av mitt innlegg gi noen eksempler fra Høyesteretts praksis på saker der det har vært spørsmål om slik innskrenkende tolking av hensyn til ILO 169 artikkel 8, som lyder slik (i norsk oversettelse):
- ”1. Ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk, skal det tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner eller sedvanerett.
2. Disse folk skal ha rett til å beholde sine egne sedvaner og institusjoner når disse ikke strider mot grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden og mot internasjonalt anerkjente menneskerettigheter. Når det er nødvendig, skal det etableres prosedyrer for å løse konflikter som kan oppstå ved gjennomføringen av dette prinsippet.”

47. Spørsmålet i Rt. 2001 side 1116 var om det var en samisk sedvane ikke å ha hunden i bånd når man ferdes i utmark, som i henhold til ILO 169 artikkel 8 måtte få gjennomslag overfor viltlovens regler om båndtvang. Under tvil fant Høyesterett at unnlattelse av å holde hunden i bånd i utmark kunne anses som utslag av en samisk sedvane. Men denne var i ”sitt innhold og begrunnelse” ikke av en ”slik kvalitet som måtte kreves for at den skulle få gjennomslag”. Høyesterett sluttet seg også til følgende vurdering fra lagmannsretten:

”Tiltaltes hund loset og jaget en elg, mens tiltalte lot hunden gå løs i skogen. Tiltalte var på fisketur, og hunden gikk løs i forbindelse med utøvelse av vanlig friluftsliv. Det var ingen særegen samisk form for høsting av naturressurser. Den påberopte lokale sedvane eller sedvanerett kan ikke ses å være nødvendig for å bevare samisk kultur eller næringsvirksomhet.”

48. Rt. 2006 side 13 gjaldt forståelsen av bestemmelsene om regulering av fisket i Tanavassdraget – om den fiskeberettigete kunne gi fullmakt til en person utenfor husstanden til å fiske i sitt sted. Øst-Finnmark politidistrikt ga forelegg for ulovlig fiske med stångarn ved Storfossen i Tanaelva. Forelegget ble ikke vedtatt. Saken ble brakt inn for Indre Finnmark tingrett, som frifant fiskeren fordi han var bror av den fiskeberettigede, hadde fullmakt til å fiske i brorens fravær, og at fullmaktfiske av denne typen var i samsvar med lokal sedvane og rettsoppfatning. Hålogaland lagmannsrett opphevet tingrettens frifinnende dom på grunn av uriktig rettsanvendelse. Høyesterett forkastet anken over lagmannsrettens kjennelse. Høyesterett la avgjørende vekt på at ikke forelå tilstrekkelige opplysninger om en eventuell praksis som kunne danne grunnlaget for sedvanerettsdannelse. Avgjørelsen har vært kritisert.

49. I Rt. 2008 side 1798 var spørsmålet om det å slakte såkalt ”nisterein” uten bedøvelse ved å stikke en rett kniv gjennom brystet og inn i hjertet på dyret, var en samisk sedvane som kunne tilsi innskrenkende tolking av dyrevernlovgivningens regler. En reineier som slaktet egen rein på denne måten, ble frifunnet i tingretten, men

bøtelagt i lagmannsretten for overtredelse av dyrevernloven. Tiltalte hadde som barn lært av sin far at ”nisterein” skulle slaktes på denne måten og hadde i alle år også fulgt dette. Anken ble enstemmig forkastet av Høyesterett, men med noe ulik begrunnelse.

50. Flertallet mente at slaktemetoden ikke var et internt forhold hvor artikkel 8 nr. 2 fikk anvendelse. Ved vurderingen av sedvanen etter artikkel 8 nr. 1 opp mot dyrevernlovens bestemmelser, la flertallet vekt på at bruken av slaktemetoden først og fremst var praktisk og økonomisk begrunnet, og at de samme behovene kunne varetas ved å slakte i henhold til lov og forskrift. Mindretallet på to ville ikke trekke et skarpt skille mellom nr. 1 og nr. 2:

”Med min tolkning av artikkel 8 blir det ikke nødvendig å trekke noen skarp grense mellom de sedvaner som omfattes av nr. 1, og de skikker som omhandles i nr. 2. Det blir et spørsmål om gradsforskjeller, hvor vekten av samisk praksis i forhold til norsk lovgivning vil øke jo nærmere man er kjernen i samefolkets indre liv og kulturutøvelse. Jeg føyer til at man ved avveiningen bør være varsom med å tillegge det selvstendig vekt at inngrepet er et resultat av generell norsk lovgivning, og altså ikke av lovgivning rettet spesielt mot det samiske folk. I motsatt fall vil man i realiteten kunne bane vei for den samme integrasjonslinje som man ved ILO-konvensjon nr. 169 ... nettopp tok sikte på å legge om.”

Jeg var talsmann for dette mindretallet, og mener nok fremdeles at mindretallets forståelse av artikkel 8 er den riktige. Dette har også fått en viss tilslutning i teorien.

51. Høyesterett har det siste tiåret avgjort et antall straffesaker der har vært spørsmål om å frifinne på grunn av samisk sedvane. Det er et gjennomgående trekk at anførsler om at straffelovgivningen i det konkrete tilfellet må vike, ikke har ført frem. I noen saker er årsaken rett og slett at det ikke er dokumentert noen sedvane. I andre har Høyesterett lagt til grunn at sedvanen står svakt eller er mindre sentral. Og i atter andre saker har Høyesterett etter en avveining komme til at en eventuell sedvane uansett måtte vike for de hensynene som det aktuelle straffebudet skal ivareta.

52. Ser man Høyesteretts praksis under ett, er det vanskelig å gi en entydig beskrivelse av hvordan Høyesterett har ivaretatt sin oppgave som prejudikatdomstol på samerettens område. Sakene som anlegges for domstolene, og som i siste instans avgjøres av Høyesterett, er utslag av de til enhver tid gjeldende samfunnsmessige, politiske og juridiske forhold. Den tenkningen som ligger til grunn for Høyesteretts avgjørelser er nok i temmelig stor grad et avtrykk av den generelle utviklingen på disse områdene, både nasjonalt og internasjonalt.
53. For den samiske rettskulturen har møtet med den norske vært hardt. Samerettslige saker har stilt Høyesterett overfor vanskelige spørsmål, blant annet fordi de innarbeidede juridiske begreper og ordninger ikke har strukket til og fordi de motstridende interessene har vært sterke. Det samiske folks fortid og nåtid, rettsområdet, rettstenkningen og rettskildene, kan ha virket fremmed og utilgjengelig. I den berettigede kritikken av norske myndigheters holdninger og handlinger overfor det samiske folk, og i skuffelsen over mangel på respekt og innsikt, går verken Høyesterett eller de øvrige domstoler klar.
54. Vi vet at andre høyesteretter, for eksempel i Canada og Australia, har gitt bidrag til den nasjonale og den internasjonale rettsutviklingen knyttet til urfolk. Det er dekning for å si at også Norges Høyesterett har foretatt en del avklaringer, som i det lange løp kan ha styrket samefolkets rettslige stilling. Jeg tenker spesielt på anerkjennelsen av samene som urfolk, av rettsgrunnlaget for reindriften og de viktige dommene knyttet til rettserverv ved alders tids bruk, herunder erverv av kollektiv eiendomsrett. Høyesterett har også anvist enkelte metodiske verktøy som legger bedre til rette for den samiske rettstradisjonen og rettstenkningen og som inkluderer samiske sedvaner og sedvanerett. I dag er det også helt grunnleggende at domstoler på alle nivåer i sitt arbeid med samiske saker har den samme uavhengigheten, upartiskheten, grundigheten og høye kvaliteten som ellers, og at domstolene ivaretar samers og det samiske folks rettigheter uten diskriminering.