

Samerettsutvalget – tyve år etter

Av dr. juris. Carsten Smith

**Innledning på Torkel Oppsahls minneseminar,
Norsk senter for menneskerettigheter, Universitetet i Oslo,
28. april 2004**

Samerettsutvalgets første utredning ble avgitt våren 1984. Arrangørene har bedt meg – som en bakgrunn for dagens debatt – å trekke noen linjer i den samerettslige utvikling siden den gang. Tyve år etter. Som i den kjente roman er musketerene blitt eldre. Men også samfunnet og sameretten har endret seg. Samelov, grunnlovsværn, Sameting, ILO-konvensjon, menneskerettslov, ny domspraksis er stikkord for en kraftfull rettsutvikling. Likevel står noen av grunnproblemene fortsatt uløste. Retten til land og vann er et like brennende spørsmål nå som den gang.

På et minneseminar for Torkel Opsahl er det grunn til et sitat fra hans skrifter. Jeg velger en setning han formulerte som en ”grunntese”:

”Den nasjonale gjennomføring må fortsatt være alfa og omega når det gjelder menneskerettigheter.”

Det er alltid innenfor et land at rettighetene blir enten oppfylt eller krenket. Internasjonalt arbeid er en viktig støtte. Men det er det enkelte lands myndigheter som bærer ansvaret. Dette er grunnvollen også for sameretten

Etter hvert som arbeidet i Samerettsutvalget skred fram, i årene fra 1980, ble det stadig klarere at samiske rettigheter har en sterk forankring i de rettsprinsipper som Norge bekjenner seg til. Men statslivet i Norge hadde tidligere manglet en dimensjon. Vårt land hadde deltatt utad i det internasjonale samfunn i arbeidet for minoriteters rettsstilling. Men samene var ikke omfattet av den samme rettspolitikk. Det vesentligste er likevel ikke sagt når man omtaler samene som en minoritet. Samene er ganske visst få, men de er et folk, med et folks særlige historie, språk, kultur og fremtidsvisjoner. Staten Norge er bygget og blir bygget på territoriet til to folk. Samer og nordmenn.

Jeg taler som jurist om samerett. Hva er da samerettens hovedoppgave, og hva bør være samerettens grunnsyn?

Samerettens hovedoppgave er å skape et så sterkt rettsvern for samisk kultur at den kan leve videre her i Norden. Vi vet at det gjelder være eller ikke være for en hel kultur – med alt hva den har samlet i seg av et folks liv gjennom århundrer og av folkets tanker om å bygge videre. Mot dette blekner de fleste andre saker i vårt lands kulturpolitikk. Ved utformingen av sameretten – der Norge har det primære ansvar blant de nordiske stater – er det et grunnsyn man alltid må fastholde: Et folks rett til kulturutøvelse er en av de fundamentale menneskerettigheter.

Da utredningen kom i 1984, møtte den sterk kritikk fra flere kanter. Det var utvalget forberedt på, selv om jeg ikke hadde ventet at motstanden fra kommunestyrene i Finnmark var så massiv som det viste seg i høringsrunden, der et meget stort flertall av kommunestyrene gikk imot både Sameting bygget på direkte valg og egen grunnlovbestemmelse. Men så kom behandlingen i Finnmark fylkesting 4. desember 1985. Jeg anser denne for en milepel i samerettens utvikling, der fylkestinget med et stort flertall gikk inn for begge reformer, og ved det gjorde den videre politiske behandling i Regjering og Storting vesentlig lettere. Jeg husker ennå som et sterkt minne den glade røsten til nå avdøde Aslak Nils Sara – talsmannen for alle urfolk – da han telefonerte meg neste morgen og åpnet med å si: ”Solen går opp over Sameland.”

Og jeg husker 29. mai 1987 i Odelstinget, da sameloven som etablerte Sametinget ble vedtatt, og da Odelstinget med Jørgen Kosmo som den effektive saksordfører levde opp til den historiske begivenhet. Ord som ”historisk” og ”stille revolusjon” klang da i tingets sal.

Men mange er utålmodige og skuffet over det videre tempo, det vet vi, og det har vært meget å ta igjen etter mange år med fornorskningsspolitikk, som fra samisk side sett var en fornedringsspolitikk. Jeg skal imidlertid som en nøktern jurist omtale det positive som er skjedd.

Grunnlovens prinsipp kom til om virkemidler til samefolkets sikring og utvikling av språk, kultur og samfunnsliv, og har tross den allmenne og upresise form virket som en motor til holdningsendring. Sameloven er utbygget, og Sametinget har suksessivt fått utvidet sine funksjoner. Domstolene har i økende grad sett den samiske dimensjon, særlig ved å videre utvikle prinsippet om alders tids bruk. Og ikke minst, folkeretten er for alvor kommet til også på dette felt. Den er allment akseptert som en sentral rettskilde i sameretten, og folkeretten selv har vært i utvikling på dette området i denne tid.

Jeg nevner tre skritt i denne folkerettslige utvikling.

For det første FN's menneskerettskonvensjon av 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 med rettsvernet for minoriteters kulturutøvelse. Et av de viktigste elementer i Samerettsutvalgets 1984 utredning var fremhevelsen av denne bestemmelsen. Utredningen understreket at den ga hjemmel for særtiltak, for positiv diskriminering, at den måtte tolkes differensiert med sikte på den enkelte minoritets særlige behov, og at den omfattet ikke bare de ideelle kulturytringer, men også det materielle kulturgrunnlag. Denne forståelsen fant raskt betydelig aksept hos våre politiske myndigheter og var et viktig element i de følgende års reformtiltak. Med menneskerettsloven av 1999 er bestemmelsen nå blitt en del av norsk lovgivning og gitt forrang i tilfelle av motstrid med annen lovgivning.

For det andre kom anerkjennelsen av samenes urfolksstatus og ratifikasjonen av ILO-konvensjonen av 1989. Det har i dag et nesten uvirkelighetens skjær over seg den innbitte motstand det vakte i første del av 1980-årene når man omtalte samene som landets urfolk. (I parentes: Det hender fremdeles at jeg får telefoner der oppringeren skal tale meg ut av denne misforståelsen.) Spørsmålet i dag gjelder den nærmere forståelse av denne konvensjonen og hvordan den skal virke sammen med de nasjonale rettsregler.

Og for det tredje har vi – om vi ser fremover – prinsippet om folkenes rett til selvbestemmelse – ”self-determination”. Prinsippet er fastslått i begge FN’s menneskerettskonvensjoner fra 1966. Men det har tatt lang tid før det er brakt inn på urfolkenes område. I utredningen av 1984 avviste vi anvendelsen av dette prinsippet for samenes vedkommende, men meget har skjedd innen folkeretten siden den gang. Særlig viktig er den presisering at prinsippet forutsetter ”territorial integrity”, at denne selvbestemmelsen derved ikke omfatter rett til løsrivelse fra statens suverenitet, men er et prinsipp om intern selvbestemmelse. Fra norsk side sett var det et viktig skritt at den norske delegasjon på Genevekonferansen om en urfolkserklæring i fjor gikk inn for å inkludere dette prinsippet i erklæringen. Det ble ingen avstemning, men forhandlingene fortsetter til høsten.

Jeg understreker at de nærmere virkninger av en slik anerkjennelse for urfolk er meget usikre, og jeg forstår godt at Graver og Ulfstein i sin folkerettsutredning fra i fjor er meget forsiktige i forhold til å bringe inn dette prinsippet. Men vi står her antakelig overfor et grunnlag – og sikkert overfor et debattspørsmål – i de kommende års videre utvikling av sameretten.

Ved et foredrag jeg holdt i Sametinget i 1996 forsøkte jeg å sammenfatte et samerettslig helhetssyn i en samling av hva jeg kalte tretten teser. Disse setningene har senere vært brukt av flere, helt eller delvis, men de er neppe kjent i sin sammenheng av flertallet i denne forsamling, og de står som det beste jeg kan prestere når jeg har fått en slik oppgave som i dag.

De begynner med å fastslå prinsippene om samenes urfolksstatus, om Norge som fleretnisk stat, og om landets historiske ansvar. Deretter følger så:

Om Norges internasjonale ansvar. Norge har et særlig internasjonalt ansvar for samekulturens livsvilkår, fordi de fleste samer bor i dette landet, og fordi samekulturens fremtid beror på de vilkår den får her.

Om kulturpolitikkenes prioritet. Samepolitikkenes hovedmål er kulturvern og kulturutvikling, men elementer fra mange delområder av politikken – som distriktpolitikk, sosialpolitikk, næringspolitikk – kan støtte opp om kulturarbeidet.

Om den demokratiske organisering. Uten Sameting ingen demokratisk legitimitet. Uten samemantall ingen tilstrekkelig representativitet. Uten representativitet ingen tilstrekkelig troverdig samepolitikk.

Om statens rettsplikt. Den norske stat har en rettsplikt, bygget på Grunnloven og på folkeretten, til å gi samefolket reelle muligheter til å kunne sikre og utvikle sin kultur. Staten må gi samene tilstrekkelige virkemidler til dette kulturvern.

Om særtiltak. Samene har krav på positive særtiltak i forhold til den øvrige befolkning i landet, i den grad slike særtiltak er påkrevd for kultursikring og kulturutvikling.

Om det materielle kulturgrunnlag. Statens plikt gjelder ikke bare vern av de ideelle kulturytringer, som undervisning, litteratur og kunst, men også

det materielle kulturgrunnlag, slik at samene får de nødvendige økonomiske og fysiske vilkår for å kunne sikre og utvikle sin kultur.

Om naturressurser. Rettsprinsippene om positiv diskriminering og om vern av det materielle kulturgrunnlag er allmenne rettssetninger med virkning også for utnyttelsen av naturressursene. Disse prinsipper må bli konkretisert på de enkelte rettsområder og livsområder.

Om samiske næringer. Reindriften er den sentrale samiske næring og den viktigste kulturbærer. Men også annen tradisjonell samisk ressursutnyttelse må ha rettsvern i den grad den er et viktig kulturgrunnlag

Om samiske lokalsamfunn. Opprettholdelse av samisk bosetting i de samiske lokalsamfunn er et sentralt vilkår for videreføring av samisk kultur og må derfor være et formål for rettsreguleringen.

Og til sist: Om samepolitikkenes helhetsbedømmelse. Statens rettsplikt gjelder de samlede tiltak for samisk kultur, som må helhetsbedømmes i tillegg til vurderingen av det enkelte inngrep eller tiltak.

I årene etter disse teser har det skjedd en positiv nyorientering i samerettslig domspraksis. Høyesteretts avgjørelser fra 2001 i ”

Selbudommen” og ”Svartskogdommen” er her særlig viktige. I Selbudommen ble samenes urfolksstatus uttrykkelig anerkjent, men Høyesterett fant at en ny bevisvurdering av samenes bruk og en ny rettsvurdering av institusjonen alders tids bruk ga tilstrekkelig grunnlag for samenes krav på bruksrettigheter. I Svartskogdommen fastslo Høyesterett et prinsipp om kollektiv eiendomsrett for befolkningen i et område bygget på gammel bruk og rettsoppfatning. Ved valget mellom bruksrett og eiendomsrett la Høyesterett vekt på at ”(s)amene, som har utgjort den dominerende del av . . . dalens befolkning, har . . . med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett.” Men

selv om dette begrepet var mer sjelden benyttet, fastslo Høyesterett at bruken var så omfattende at den likevel konstituerte eiendomsrett.

Etter disse to avgjørelser må man blant annet kunne si at rettsfiguren ”tålt bruk” – som har vært en sentral begrunnelse for ikke å gi samisk bruk en rettsstiftende virkning – må være kjent død og maktesløs.

For tiden pågår det samerettslige arbeid særlig på to arenaer. For det første er det Justiskomiteens behandling av forslaget om Finnmarksloven, som skjer under konsultasjoner med Sametinget og offentlig debatt; for det andre arbeidet i en såkalt ekspertgruppe som skriver utkast til en nordisk samekonvensjon.

Om den nordiske samekonvensjon kan jeg berette at arbeidet skrider fram på en god måte. Gruppen består av to representanter fra hvert av de tre landene – Finland, Sverige og Norge – en representant oppnevnt fra regjeringssiden, en representant fra hvert av landenes Sameting. Det er to varamedlemmer, oppnevnt på samme måte, som deltar fullt ut i arbeidet. Denne arbeidsgruppen har et meget vidt mandat, som omfatter de fleste av de livsområder der det kan være spørsmål om særlige rettsregler for samefolket. Konvensjonen vil omfatte samiske grunnrettigheter, samisk styring, samisk språk og kultur, samiske rettigheter til land og vann, samiske næringer, og konvensjonsarbeidet vil ha særlig oppmerksomhet mot en enklere samhandling mellom samene i de tre land. Det er en forutsetning at Sametingene i de tre land må godkjenne konvensjonen. Hvis dette arbeidet lykkes, i utvalget og i den følgende politiske behandling, vil samene i de tre land få et felles rettsdokument med en bred samling av felles rettigheter; man kan kanskje driste seg til å tale om en form for samisk grunnlov. Dette er iallfall en ledestjerne som vi kan styre etter.

Innenfor spørsmålet om landrettigheter står vi overfor den særlige vanskelighet at verken Finland eller Sverige har ratifisert ILO-konvensjonen. Men begge land arbeider aktivt med spørsmålet. Og både de finske samer og vår nordiske arbeidsgruppe har tidligere i denne måned fått en oppmuntring ved at Finlands president Halonen uttalte i en tale i Sametinget om ”samernas markrättigheter” at: ”Lösningarna måste vara sådana att både regeringen och samerna kan godkänna dem. Jag hoppas att den expertgrupp som de tre nordiska länder gemensamt har tillsatt och som för närvarande arbetar med dessa frågor skall kunna lägga fram ett klart och entydig förslag.”

Finnmarksloven er den politiske oppfølging og virkeliggjøring av mange års arbeid i Samerettsutvalget. Dette utvalget ble til for å vurdere samefolkets rettigheter, og loven bør derfor ha det høye siktemål å gi lovens stempel til slike rettigheter så langt de har grunnlag i samefolkets liv og arbeid gjennom historien, i de internasjonale rettsprinsipper landet er bundet av, og i synet på rettferd overfor en lenge diskriminert minoritet. Hvis dette formål kan oppfylles gjennom balanserte samarbeidsordninger i Finnmark, vil det selvsagt være det beste. Men Norge står ikke her bare overfor et regionalt problem. Dette er et nasjonalt ansvar for landet. Hvis legitime samiske krav skulle gripe urimelig inn i den øvrige befolkningens interesser i denne landsdel, så vil det kunne være en nasjonal oppgave å treffe nødvendige tiltak for kompensasjon. Men samerettens oppgave er å fastslå de rettigheter for samefolket som deres historie, deres urfolksstilling og deres kulturvern krever.

Her er det ett sentralproblem som Samerettsutvalget ikke løste i 1984, og som heller ikke utvalget senere eller lovproposisjonen nå har tatt stilling

til: Det er det gamle samiske krav om eiendomsrett til den indre del av Finnmark.

Man får neppe, slik saken står, noen god og varig løsning av rettighetene til land og vann i Finnmark før dette er avgjort. Det samefolket iallfall har krav på, mener jeg, er at staten besvarer samenes ofte gjentatte spørsmål, om når og på hvilken måte staten har ervervet eiendomsrett til dette området.

En rettslig skisse samene kan tegne, er denne: Det følger av svensk rettspraksis, slik godt folk tolker den, at samene etter svensk rett sannsynligvis hadde eiendomsrett i dette nordområdet i 1751 da grensen mellom Norge og Sverige ble trukket i Finnmark. Denne rettspraksis gir iallfall sterke grunner for slik eiendomsrett, og det måtte på dette tidspunkt visstnok sies å være hovedsakelig svensk jurisdiksjon nord til Masi, som ligger omtrent midtveis mellom Kautokeino og Alta. Med etablering av ren norsk statlig suverenitet over området fulgte ingen endring av eiendoms- og bruksrettsforholdene, og samene fortsatte deres tradisjonelle liv og næring. Så kommer vi snart til 1814, da Grunnloven skapte et vern for eiendomsrett, og det man for den følgende tid kan konstatere, er at det ikke har vært foretatt noen ekspropriasjon av samisk eiendomsrett til større deler av dette området. I nyere tid har den internasjonale rett kommet til som iallfall viktige støtteargumenter for samisk eiendomsrett.

Nå mener jeg selvsagt ikke at en skisse som dette gir noe svar. Men den kan vise at spørsmålet går dypere enn dagens ILO-strid. Og jeg mener at det er et rimelig krav fra samisk side at staten redegjør nærmere for hvorfor statens eiendomspretensjon er bedre rettslig begrunnet enn den samiske.

Lovproposisjonen tar sikte på å overføre eierrådigheten til det nye rettssubjektet "Finnmarkseiendommen" over den grunn som i dag ligger

under Statsskog. Det sies i lovutkastet klart og tydelig at denne nye rettsfiguren ”eier” denne grunnen med naturressurser. Nå sier lovutkastet ganske visst også at loven ikke gjør inngrep i private eller kollektive rettigheter som bygger på hevd eller alders tids bruk, og at loven skal anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter. Det er følgelig full åpning for at man fra samisk side fortsatt kan forfølge det gamle krav om eierrådighet. Som Graver og Ulfstein påpeker i sin utredning, åpner lovutkastet for en utvikling hvor domstolene foretar en identifikasjon av de samiske områdene og anerkjenner rettigheter med utgangspunkt i de retningslinjer som er trukket opp av Høyesterett. Men det man under alle omstendigheter må erkjenne, er at lovproposisjonens ordning fortsatt ikke bringer noen rimelig grad av klarhet over dette eiendomsforhold som i lang tid har ligget som et hovedspørsmål innenfor samerett og samepolitikk.

Samene har unnlatt å reise rettssak om denne eiendomsretten, idet spørsmålet har vært under offentlig utredning gjennom mange år. De samiske ledere har satt sin lit til den politiske behandling av saken. Og nå svarer proposisjonen i realiteten at de fortsatt må reise sak hvis de vil ha et svar. Ganske visst sier Justisministeren i brev til Stortingets justiskomite av 6. april om ILO-konvensjonen at ”for å ivareta konvensjonens målsettinger med henblikk på å identifisere opparbeidete individuelle og kollektive rettigheter kan det være hensiktsmessig å vurdere supplerende tiltak”. Men skal dette virkelig være det hele ? At samene etter all denne tid bare får et utsagn om at det kan være hensiktsmessig å vurdere supplerende tiltak. Og dertil kommer at om kollektive rettigheter for større områder senere skulle bli fastslått, så er jo hele den foreslåtte styringsordning i proposisjonen etablert på et uriktig grunnlag.

Vi er i dag i den ulykkelige situasjon rettslig sett, at det er vesentlig uenighet om den rettslige situasjon for land og vann i det indre av Finnmark. Rekkevidden av ILO-konvensjonen har vært en kasteball mellom sakkyndige, gjennom år, og nå er vel snart de fleste sakkyndige innenfor vårt begrensede fagmiljø brukt opp. Og selve grunnspørsmålet – det er i hvilken grad samenes samlede liv, gjennom reindrift og annen næring, ved forflytninger og mer faste boforhold, gjennom århundrer har skapt en kollektiv eiendomsrett eller annen rettighet av en sui generis karakter, en særlig rettighetstype, ved alders tids bruk – dette grunnspørsmålet har aldri vært tatt virkelig alvorlig opp av våre statsmyndigheter. Jeg mener at det er en naturlig forpliktelse for staten å bringe en autoritativ avklaring av dette gamle krav fra samisk side. Spørsmålet har en slik betydning i vårt rettsliv, både på grunn av arealets størrelse og fordi det gjelder et vesentlig punkt både reelt og symbolsk for landets urfolk, at en avklaring bør anses statsmoralsk begrunnet. Det gjelder selv om denne avklaring ikke skulle være folkerettslig påbudt. En slik rettsavklaring vil kunne komme dersom det fra samisk hold reises en rettssak, eller eventuelt flere, som forfølges til Høyesterett. Men dette krever organisering, betydelige ressurser og tid.

Fra Stortingets side har man det virkemiddel som Grunnloven hjemler i §83. Bestemmelsen sier at Stortinget kan innhente Høyesteretts ”Betænkning over juridiske Gjenstande”. Den har ikke vært i bruk siden 1945. Det er mitt inntrykk at man i Stortinget har ment, når denne bestemmelsen har kommet fram i en debatt, at iallfall konstitusjonelle spørsmål bør behandles av Stortinget selv. Men dette er ikke et konstitusjonelt spørsmål. Vi er innenfor den typisk juridiske problemsfære. Det gjelder eiendomsrett og bruksrett over fast eiendom, vilkår for alders tids bruk, betingelser for etablering av kollektive rettigheter, tolkning av

internasjonalt rettsmateriale, samspillet mellom den nasjonale privatrett og konvensjonsregler, og avgjørelser der det har vært bevegelse i rettsgrunnlaget.

Hvis ikke Storting eller Regjering nå velger en mer aktiv linje overfor spørsmålet om eiendomsrett, så er det vanskelig å tro annet enn at det likevel til slutt vil havne i Høyesterett. Men det sannsynlige scenario vil da være en langvarig og kanskje bitter rettskonflikt. Jeg mener at den norske stat vil stå bedre i historiens lys og i det internasjonale samfunn hvis den selv tar et initiativ for å følge rettens vei på en sikker måte.

Jeg vet ikke hvordan Sametinget vil reagere på dette utspill, og jeg er slett ikke overbevist om at mine gamle kolleger i Høyesterett vil takke meg, hensett til den arbeidsbyrde saken eventuelt vil utgjøre. Men dette fremstår for meg i dagens situasjon som en god nasjonal fremgangsmåte.