

Om departemental politisk spagat og folkerettens kulturvern

Else Grete Broderstad, professor i urfolksstudier, UiT – Norges Arktiske Universitet, Senter for samiske studier, else.g.broderstad@uit.no

Engelsk tittel

A ministerial political split and the cultural protection of international law

Sammendrag

Utgangspunktet for denne artikkelen er Kalvatnan-saken i det sørsamiske området. I 2016 stoppet Olje- og energidepartementet planene om å bygge et vindkraftverk på et område brukt av reindriften. Folkerettslige bestemmelser av betydning for urfolk og særlig artikkel 27 i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter spilte en avgjørende rolle for at departementet avsto å gi konsesjon til vindkraftverket. I oktober 2021 fant Norges høyesterett at vindkraftverkene Roan og Storheia i Fosen, også i det sørsamiske området, hadde krenket reindriftseiernes rett til å utøve sin kultur etter artikkel 27. Beslutningene om konsesjonen og ekspropriasjon ble kjent ugyldige. I Fosen-saken opererte staten ved departementet som en partshjelper for selskapet Fosen Vind, og støttet anførselene fra selskapet. I artikkelen drøfter jeg denne manglende overensstemmelsen i departementets forståelse av retten til kulturutøvelse og ansvaret for å sikre et kulturvern.

Abstract

This article takes as a point of departure the Kalvatnan case on the Norwegian side of the South Sami reindeer herding area, where the Ministry of Petroleum and Energy stopped the plan of building a wind power station in 2016. International law applicable to Indigenous peoples and in particular Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, played a significant role when the ministry refused to license the building of the plant. In October 2021 the Norwegian Supreme Court found that two wind farms in Fosen, also in the South Sami area, violated the reindeer herders' right to enjoy their culture under Article 27, and ruled that the license and expropriation decisions were invalid. In this case the state by the ministry acted as an intervener for the company Fosen Vind and supported the contentions from the company. The article examines this lack of consistency in the ministry's comprehension of the right to cultural exercise and the responsibility to protect Sámi culture.

Keywords

Article 27 of ICPPR, cultural protection, the Fosen-case; the Kalvatnan-case, the Ministry of Petroleum and Energy, wind power

Innledning

I denne artikkelen setter jeg søkelys på Olje- og energidepartementets (OED) forståelse av kulturvernet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27¹ i to vindkraftsaker i det sørsamiske området på norsk side. Det ene tilfellet handler om departementets sluttbehandling av Gaelpie/Kalvvatnan-saken. Det andre tilfellet handler om at staten ved OED stilte som partshjelper i Fosen-saken da denne ble behandlet i Norges høyesterett. I begge sakene gikk reindriften mot utbyggingene. I Kalvvatnan-saken støttet OED reindriften i sin sluttbehandling og satte en stopper for utbyggingsplanene. I Høyesteretts behandling av Fosen-saken tok staten ved departementet som partshjelper utbyggers side. Begge sakene berører spørsmålet om statens etterlevelse av folkerettslige forpliktelser både når det gjelder substans og prosedyre.

I Gaelpie/Kalvvatnan-saken vedtok OED 11. november 2016 at det ikke skulle bygges et vindkraftverk i Kalvvatnan i kommunene Bindal og Namsskogan, i henholdsvis fylkene Nordland og Trøndelag. Saken var oversendt departementet for sluttbehandling etter at Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) hadde sagt ja til utbygging. Avgjørende for departementets vedtak var hensynet til kulturvernet i SP artikkel 27. I 2013 opprettholdt OED NVEs vedtak om konsesjon og ekspropriasjon til vindkraftanleggene på Fosen halvøya. Saken endte til slutt i Norges høyesterett. 11. oktober 2021 konkluderte Høyesterett med at Sør-Fosen sijte og Nord-Fosen siida² hadde vunnet saken mot Fosen Vind som hadde hatt OED og Regjeringsadvokaten som partshjelpere. Ifølge dommen var OEDs vedtak i 2013 om å gi konsesjon om vindkraftutbygging av Roan og Storheia i Trøndelag ikke gyldig fordi utbyggingene strider mot kulturvernet i SP artikkel 27. Kraftverkene stod ferdige i henholdsvis 2019 og 2020. I 2017 kom Inntrøndelag tingrett fram til at utbyggingen ikke var så stor at muligheten til reindrift ble krenket og at skjønn skulle fremmes. Reindriften forsøkte å få denne avgjørelsen overprøvd, men begjæringen ble avvist av Frostating lagmannsrett. I 2018 tok tingretten stilling til utmåling av erstatningen. Statnett og Fosen Vind gjorde gjeldende at erstatningen var for høy. Reindriften la ned påstand om at skjønnet skulle nektes fremmet fordi det var i strid med SP 27, Den europeiske menneskerettskonvensjonen og rasediskrimineringskonvensjonen. Lagmannsretten kom fram til at skjønnet skulle fremmes og anså senvinterbeiteområdene som tapte og utbyggingene som en trussel mot reindriftens eksistens med mindre kompenserende tiltak ble satt inn (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 85). Som et avbøtende tiltak fastsatte lagmannsretten dermed en langt høyere erstatning enn tingretten.³ Lagmannsretten mente da under «en viss tvil» at utbyggingene ikke krenket artikkel 27. Høyesterett derimot konkluderte med at «konsesjonsvedtaket strider mot reineiernes rettigheter etter konvensjonsbestemmelsen» (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 151).⁴

Jeg vil verken drøfte høyesterettsdommen eller følgene av denne i Fosen-saken. Mitt anliggende er derimot å trekke noen linjer mellom OEDs argumenter i Kalvvatnan-saken og Fosen Vinds argumentasjon i Høyesterett der staten ved OED var partshjelper til Fosen Vind. Hensikten er å sette søkelys på det som framstår som en manglende overensstemmelse mellom på den ene side departementets forståelse av kulturvernet i SP artikkel 27 i Kalvvatnan-saken og på den annen side det samme departementets avveininger som partshjelper for Fosen Vind. Departementets begrunnelser i Kalvvatnan-saken har jeg drøftet i artikkelen *International law, state compliance and wind power. Gaelpie (Kalvvatnan) and beyond* (Broderstad 2022), publisert i boka *Indigenous Peoples, Natural Resources and Governance. Agencies and Interactions* (Tennberg mfl. 2022). Presentasjonen av Kalvvatnan-saken bygger på denne artikkelen.

¹ 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.

² Sijte (sørsamisk) og siida (nordsamisk) er familiegrupper eller arbeidsfelleskap som samarbeider om oppgaver i reindriften. En siida kan bestå av en eller flere siidaandeler, hver siidaandel har en ansvarlig leder. I det samiske reinbeiteområdet finns det underkant av 100 sommersiidaer og 150 vintersiidaer (jf. [Landbruksdirektoratet, reindriftnæringen](#)). Se også Lov om reindrift, kapittel 6)

³ Tingretten tilkjente Sør-Fosen sijte og Nord-Fosen siida en erstatning på henholdsvis 8,9 og 10,7 millioner. Lagmannsretten satte denne til rundt 44, 6 millioner til hver av siidaene.

⁴ Etter en gjennomgang av Høyesteretts prøvingskompetanse og bevisvurderingen under gyldighetsspørsmålet og spørsmålet om krenkelse av SP artikkel 27, konkluderte HR at Fosen utbyggingene krenker reindriftnæringens rettigheter etter SP artikkel 27 (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 64-161).

SP artikkel 27 stod sentralt i arbeidet til det første Samerettsutvalget (1980-1984) og utgjorde en brekkstang for hvordan statens forpliktelser overfor samene skulle forstås, herunder sikring av det materielle grunnlaget for samisk kultur. Det er en nær kopling mellom artikkelen og sameparagrafen i Grunnlovens § 108. Forslaget om grunnlovparagraf som Samerettsutvalget fremmet var basert på utvalgets tolkning av artikkel 27 (NOU 2007a, s. 190). Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) (2022, s. 23) framhever at SP 27 er den viktigste bestemmelsen om vern av urfolks kulturutøvelse i vid forstand. Dette har blitt den mest spesifikke beskyttelsen mot inngrep i urfolksområder som følge av menneskerettighetskomiteens omfattende praksis. SP artikkel 27 ble en del av intern norsk lov gjennom inkorporering i Menneskerettsloven i 1999.

I det følgende gjennomgår jeg Kalvatnan-saken med utgangspunkt i et sett menneskerettsindikatorer for å tydeliggjøre hva staten har forpliktet seg til (strukturindikator), hvordan disse forpliktelsene faktisk gjennomføres (prosessindikator) og statens resultatansvar (resultatindikator) (jf. Broderstad 2022). Basert på denne framstillingen, vil jeg deretter trekke inn aspekter ved Fosen Vinds forståelse av kulturvernet i SP artikkel 27. Høyesterettsdommen i Fosen-saken vil måtte føre til et sterkere søkelys på statens forpliktelser for å sikre det materielle grunnlaget for samisk kultur, og jeg vil avslutningsvis trekke fram at Samerettsutvalget II⁵ (NOU 2007b, kap. 18) foreslo «særlige saksbehandlingsregler for å sikre at kravene til vurderinger av urfolksrettigheter kunne gjennomføres på samme måte i ulike sektorer i forvaltningen» (NIM 2022, s. 65).

Gaelpie/Kalvatnan– kort skissert

I 2014 ga Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) konsesjon til Fred Olsen Renewables AS i medhold av energiloven § 3-1 for å bygge og drive Kalvatnan vindkraftverk med tilhørende 132 kV nettilknytning. Flere parter, herunder de involverte reinbeitedistriktene påklaget direktoratets beslutning. Før det, i 2012, hadde Sametinget, Riksantikvaren, Fylkesmannen i Nordland (innsigelse til adkomstvei) og områdestyrene for reindrift i Nord-Trøndelag og Nordland reist innsigelser til tiltaket. Motstand mot planene kom også til uttrykk i form av protester og aksjoner (se bl.a. NRK Sápmi 2014; 2015). NVE fant ikke grunn til å endre sitt vedtak. Saken ble derfor oversendt OED til sluttbehandling. Det var etter møter og konsultasjoner i 2016 at departementet i november 2016 vedtok at vindkraftverket ikke skulle bygges.

Menneskerettsindikatorer

Utgangspunktet for analysen i Broderstad (2022) er begrepet 'compliance' – på norsk 'etterlevelse av,' 'i samsvar eller overensstemmelse med.' Folkerettsforskere påpeker at avhengig av teoribruk, kan begrepet forstås på ulike måter, og er mer enn bare et enten/eller spørsmål om etterlevelse av folkerettslige standarder (Kingsbury 1998, s. 346; Jacobson 1998, s. 570). For urfolk er det av stor betydning i hvilken grad statene følger opp forpliktelsene gitt i folkeretten. Lee Swepston (2020, s. 114) påpeker at internasjonale standarder kan stimulere til handling ved at nasjonal politikk eller rettslige prosesser måles mot de internasjonale standardene.

Spørsmålet er uansett hvordan substans og prosedyre i slike standarder aktualiseres og etterleves. I en slik diskusjon kan menneskerettsindikatorene være til hjelp for å belyse statlig etterlevelse. De vanligste indikortypene er strukturelle, prosess og resultatindikatorer. Selv om disse oftest brukes som kvantitative indikatorer, kan også en kvalitativ tilnærming bidra til å synliggjøre og strukturere hva som er statens forståelse av egne forpliktelser på menneskerettsområdet (Broderstad 2022). De strukturelle indikatorene sier noe om hvorvidt en stat har forpliktet seg selv til å beskytte menneskerettigheter f.eks. gjennom ratifisering av folkerettslige bestemmelser. Prosessindikatorer kan si noe om implementering og faktisk gjennomføring av statlig politikk på området, og resultatindikatorer belyser etterlevelse og de facto samsvar med menneskerettsbestemmelser med søkelys på resultatene.

⁵ Samerettsutvalget II (2001-2007) utredet rettigheter til land og vann i samiske områder fra og med Troms og sørover. Utvalget foreslo nye lover om kartlegging og anerkjennelse av rettigheter til grunn og naturressurser i tradisjonelle samiske områder, forvaltningen av statsgrunn i Troms og Nordland og saksbehandling og konsultasjoner ved tiltak som kan få virkning for bruken av grunn og naturressurser i samiske områder. Jeg var medlem av utvalget.

Mens strukturelle indikatorer sier noe om det ansvaret staten tar, vurderes statlig overholdelse av dette ansvaret gjennom prosess og resultatindikatorer (De Beco 2008; NIM 2020; Indigenous Navigator⁶).

Departementets forståelse av hva staten har forpliktet seg til

Ratifikasjon av folkerettslige bestemmelser og implementering av disse i nasjonal lovgivning, forståelsen av materielle skranker for inngrep og prosedyrer som sikrer reell og effektiv deltakelse, er strukturelle indikatorer som angir hva statene har forpliktet seg til. Folkeretten stiller både prosessuelle og materielle krav til nasjonale myndigheter. Prosessuelle krav kan være saksbehandlingskrav i forskjellig lovgivning og den særskilte konsultasjonsplikten staten har overfor samene som urfolk. Materielle skranker og krav setter rammer for hva som kan besluttes i eksempelvis vindkraftsaker. SP artikkel 27 utgjør i seg selv en materiell skranke mot inngrep i samisk kulturutøvelse, som også gjelder for forvaltningsskjønn og individuelle avgjørelser truffet av forvaltningen. Som Broderstad (2022) redegjør for, diskuterte departementet i sin vurdering av Kalvvatnan-saken eksplisitt hvorvidt utbyggingen ville være i strid med SP artikkel 27, og la til grunn praksis fra FN's menneskerettskomite (OED 2016, s. 3). I diskusjonen om det folkerettslige utgangspunktet heter det at et tiltak «som ikke i seg selv innebærer en nektelse, likevel anses som en nektelse, dersom flere tiltak samlet representerer en krenkelse av SP art. 27» (OED 2016, s. 3). Departementet vurderte hvorvidt tiltaket ikke bare nekter, men også krenker samisk reindrift som kulturutøvelse. OED påpekte at en krenkelse av retten til å drive reindrift ville være et brudd på artikkel 27, dermed var det ikke anledning å gi konsesjon etter energiloven § 3-1. Det jeg her trekker fram sier altså noe om departementets forståelse av de materielle skrankene slik de ble drøftet i Kalvvatnan-saken, og angir hva staten har forpliktet seg til.

Den faktiske gjennomføringen av forpliktelsene

Neste spørsmål er hvordan disse forpliktelsene faktisk gjennomføres. I redegjørelsen som leder fram til beslutningen om at vindkraftverket i Kalvvatnan ikke skulle bygges vektlegges forhold som føre-var-prinsippet, bevisbyrde, tidligere inngrep og summen av disse, samt reindriftens betydning for sørsamisk språk og kultur. OED pekte på at reinbeitedistriktene allerede var berørt av flere energiutbygginger og andre infrastrukturanlegg. Derfor skulle det legges betydelig vekt på hensynet til den samla belastningen for reindriften ved nye utbyggingssøknader. I konsesjonen til utbyggingen av Tosbotn kraftverk – et område brukt av reindriften – som det ble konsultert om i 2012, ble det satt vilkår om å utrede de samlede virkningene for reindriften av foretatte og prosjekterte utbygginger. I utredningen ble tap av store beiteområder til oppdemming, klimaendringer og låste beiter, E6 og jernbane, hyttebygging, skogbruk og flere kraftverk vektlagt (OED 2016, s. 4, 5). For reindriften var tålegrensen nådd og departementet erkjente behovet for å ta vare på gjenværende ressursgrunnlag (Broderstad 2022).

Videre diskuterte departementet blant annet virkningene av anleggsarbeidet, hvordan en anleggsfase vil påvirke reindriften, ulike alternativer til adkomstvei og det vernet flyttleier har i reindriftsloven. Reindriften mente at verdisettingen av beiteområdene gjort av utrederne var for lav, de argumenterte for hvordan tiltaket ville medføre økt forstyrrelse og redusert bruk av beiteområder, luftingsplasser, merkeplasser og kalvningsområder. NVE mente at dette var usikkert og at reindriften bruk av området ikke vil opphøre. Departementet konstaterte også at det ikke foreligger entydige forskningsresultater. Samtidig trakk de frem en svensk studie som viser effekter i form av redusert beitebruk, mindre beitero og unngåelse fra vindturbinene (Skarin mfl. 2016). Selv om både NVE og OED pekte på usikkerhet, inntok OED en føre var-tilnærming.

Med hensyn til «in good faith» eller «god tro»-standarden for konsultasjoner og implementering, ble det fra Sametingets side i siste konsultasjon 26.10.2016 påpekt at man var fornøyd med at premissene fra Tosbotn-utbygginga var trukket inn i Kalvvatnan-vedtaket (Sametinget 2016). Når det gjelder konsultasjonene med NVE, mente Sametinget at det ikke var gjennomført reelle konsultasjoner fordi det fra NVEs side ikke forelå vedtaksutkast som grunnlag for konsultasjonene. Selv om konsultasjoner og aktiv deltakelse er nødvendige vilkår for etterlevelse av folkeretten, er de nødvendigvis ikke tilstrekkelige.

⁶ Indigenous Navigator et rammeverk og et verktøy som kan brukes til å overvåke gjennomføringen av urfolks rettigheter. Rammeverket omfatter en omfattende matrise av internasjonale menneskerettighetsstandarder som er relevante for urfolk, og tilhørende indikatorer for å vurdere gjennomføringen av disse. <https://indigenousnavigator.org/>

Samerettsutvalget II (NOU 2007a, s. 208-209), påpekte blant annet at statene ikke kan konsultere seg bort fra de mer absolutte kravene til kulturvern i SP artikkel 27.

Statens resultatansvar

Basert på vurderingen av de ovennevnte hensynene, fant OED at det ikke er grunnlag for å gi konsesjon til Kalvvatnan-utbyggingen. I sin sluttvurdering sier departementet blant annet:

«Selv om det innenfor folkeretten gjelder et proporsjonalitetsprinsipp, oppstiller folkeretten en absolutt grense for hvilke tiltak som kan tillates. Der det er berettiget tvil om et tiltak kan gjennomføres innenfor folkerettens materielle urfolkvern, kan ikke den ordinære samfunnsmessige avveining legges til grunn for om konsesjon skal gis. Konsekvensene av folkeretten kan dermed føre til at det ikke kan gis konsesjon til et tiltak som ellers har en positiv nåverdi i samfunnsøkonomisk forstand» (OED 2016, s. 13).

I departementets forståelse av artikkel 27 pålegges staten et resultatansvar for videreføring av samisk kultur som inkluderer det materielle kulturvernet og naturressurser (jf. NIM, 2016).

I saker som har fått avslag i OED, er det de samlende virkningene av tidligere og planlagte inngrep som framstår som avgjørende slik som for Kalvvatnan, Hammerfest og Fálesrášša sakene (NIM 2022, s. 76). De to sistnevnte, i Finnmark, ble begge sluttbehandlet av OED i 2015. I førstnevnte sak ga ikke NVE konsesjon til utbygging av hensyn til reindriften, men saken ble anket av Hammerfest kommune og utbygger. I Fálesrášša i Kvalsund kommune ga NVE konsesjon, men saken ble anket av reindriften og utbygging avvist av OED. Også i Fálesrášša-saken la departementet til grunn praksis fra FNs menneskerettighetskomite og påpekte at et tiltak som ikke innebærer en total nektelse av kulturutøvelse vil være i strid med SP 27 dersom tiltaket innsnevrer sames mulighet til kulturutøvelse betydelig. Disse sakene fra 2015 og Kalvvatnan fra 2016 ble alle sluttbehandlet noen år etter Fosen-vedtaket i 2013. Dermed kan det være nærliggende å tenke seg at departementet etter hvert som tiden gikk, i større grad vektla hensynet til de folkerettslige bestemmelsene i behandlingen av vindkraftsakene. Men bare fem dager etter Kalvvatnan-beslutningen ble NVEs konsesjon fra 2014 til Øyfjellet i Vefsn kommune i Nordland stadfestet av OED. Også i denne saken hadde reindriften anket NVEs avgjørelse om utbygging. På samme måte som departementet hadde konkludert med i Fosen-utbyggingen i 2013, fant de at utbyggingen av vindkraft i Øyfjellet ikke sto i strid med kulturvernet i SP 27.

Departements rolle som partshjelper for Fosen Vind og kulturvernet i SP artikkel 27

Min skissemessige framstilling foran av betydningen av SP 27 i Kalvvatnan-saken omhandler hva staten har forpliktet seg til, hvordan disse forpliktelsene faktisk gjennomføres og statens resultatansvar (for en grundigere gjennomgang, se Broderstad 2022). Basert på dette vil jeg nå trekke fram noen forhold ved argumentasjonen til Fosen Vind som staten ved OED bifalte i rollen som partshjelper i høyesterettsaken. Som partshjelper trådte departementet inn som støtte til den ene parten – Fosen Vind. OED sluttet seg til anførselene til Fosen Vind og gjorde dessuten gjeldende at siidaene ikke hadde konvensjonsrettigheter etter SP artikkel 27. Dette avviste Høyesterett, og viste til at en siida må kunne opptre som part og påberope seg den enkelte reineiers rettigheter etter artikkel 27 på deres vegne (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 110).

Når det gjelder forståelsen av de materielle skrankene – hva staten har forpliktet seg til, er det ikke samsvar mellom hva departementet sier i Kalvvatnan-saken og det de slutter seg til som partshjelper til Fosen Vind der det anføres at «terskelen for krenkelse etter SP artikkel 27 ligger svært høyt, jf. uttrykket «denied». Bruken av uttrykket «threaten» i praksis fra FNs menneskerettskomité betyr ikke at det er nok at minoritetens kultur er truet – inngrepet må være så stort at det kan likestilles med en fullstendig nektelse» (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 52).

Dette står i skarp kontrast til hva OED vektla i Kalvvatnan-saken, der man poengterte at også en krenkelse av retten til kulturutøvelse, ikke bare en nektelse, vil bryte med SP 27. Også i Fosen-saken i 2013 la departementet til grunn at særlige begrensninger på reindriften vil kunne bli ansett som brudd på artikkel 27 selv om det ikke innebærer en total nektelse. At krenkelser og ikke bare totale nektelser strider med SP 27, klargjorde departementet enda tydeligere i sakene etter 2013 (NIM 2022, s 80).

Når det gjelder spørsmålet om den faktiske gjennomføringen av forpliktelsene og hvilke hensyn som må tas, har vi sett at OED i Kalvvatnan-saken vektla forhold som fører var-prinsippet, bevisbyrde, tidligere inngrep og summen av disse samt reindriftens betydning for sørsamisk språk og kultur. I Fosen-saken la lagmannsretten til grunn at reinen ville unngå vindkraftverkene, og at utbyggingen av Roan vindkraftverk vil føre til et «betydelig beitetap for Nordgruppen, som på sikt vil måtte lede til reduksjon i antall rein med mindre tiltak i form av vinterfôring settes inn» (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 82). Dessuten la lagmannsretten til grunn at det for Sør-Fosen sjette ville være vanskelig å opprettholde reintallet uten at Storheia var tilgjengelig som senvinterbeite (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 83). Fosen Vind innvendte at lagmannsretten ikke hadde vurdert alternative beiteressurser og at vinterbeitene ikke var den kritiske faktoren for driften. De kritiserte også lagmannsrettens tolkninger og anvendelse av forskningsartikler og at lagmannsretten ikke hadde belegg for at det er nødvendig å vinterføre en så stor andel av reinen. Høyesterett fant ikke grunn til å sette lagmannsrettens bevisvurdering til side og konkluderte med at lagmannsretten hadde et solid grunnlag for sine vurderinger (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 93-97). Selv om det var Fosen Vind som framsatte disse innvendingene, sluttet staten ved OED seg til dette i kraft av å være partshjelper for Fosen Vind. Dermed blir det igjen rimelig å påpeke manglende overensstemmelse i departementets syn på hva kulturvernet i SP 27 forplikter til. Den tidligere fører var-tilnærmingen i Kalvvatnan-saken gjenfinnes ikke i anførselene til Fosen Vind.

Når det gjelder statens resultatansvar påpeker departementet i Kalvvatnan-saken at ved berettiget tvil om et tiltak kan gjennomføres innenfor folkerettens materielle urfolksvern, kan ikke den ordinære samfunnsmessige avveining legges til grunn for om konsesjon skal gis. Dette kan føre til at det ikke gis konsesjon til et tiltak som ellers har en positiv nåverdi i samfunnsøkonomisk forstand. I Fosen-saken anfører Fosen Vind:

«Utbyggingen av vindkraftanleggene krenker ikke reineiernes rettigheter etter SP artikkel 27. Konsekvensene er ikke så alvorlige at samene nektes retten til å utøve sin kultur på Fosen. Olje- og energidepartementets vurderinger og prognoser er grundige og på alle måter forsvarlige. Det må legges vekt på at reindriftsnæringen er konsultert underveis, samtidig som også en avveining mot andre samfunnsmessige interesser tilsier at det ikke foreligger krenkelse» (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 53).

Fosen Vind anfører altså at en avveining mot andre samfunnsinteresser tilsier at det ikke foreligger en krenkelse. Allerede i 2013 uttalte OED i sin avgjørelse om konsesjon til Fosen at det må foretas avveininger mellom fordelene av fornybar energi og de ulempene reindriften påføres (OED 2013, s. 108; NIM 2022, s. 62, 80, 81). I Kalvvatnan-saken i 2016 var departementet klar på at ved berettiget tvil, kan ikke den ordinære samfunnsmessige avveining legges til grunn for om konsesjon kan gis. NIM (2022, s. 82), påpeker at i inngrepsakene etter Fosen-saken har departementet gått bort fra en alminnelig proporsjonalitetsvurdering i sine vurderinger av terskelspørsmålet. Høyesterett fastslår også at Fosen Vind «har erkjent at statene ikke kan innvilges noen skjønnsmargin – statene er ikke gitt frihet til å tolke konsesjonen etter egne forutsetninger. Foretaket har imidlertid anført at formålet bak tiltaket kan trekkes inn i en samlet avveining – en forholdsmessighetsvurdering» (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 123).

I motsetning til denne forholdsmessighetsvurderingen, konkluderer Høyesterett at artikkel 27 i utgangspunktet ikke åpner for at statene «kan foreta interesseavveining mellom urfolks rettigheter og andre legitime formål. Rettighetene fremstår som absolutte, likevel slik at de kan fravikes ved en nasjonal krisesituasjon, jf. artikkel 4» (HR-2021-1975-S (Fosen), avsnitt 124).

Forslag til forbedret saksbehandling for å sikre samiske interesser

Fordi utbyggingene av Roan og Storheia strider mot kulturvernet reindriften har etter SP 27, kjente Høyesterett konsesjonen ugyldig. Dette vil rimeligvis måtte føre til et stadig sterkere søkelys på statens forpliktelser til å sikre det materielle grunnlaget for samisk kultur når inngrep planlegges i konflikt med reindriften bruk av arealer. Allerede det første Samerettsutvalget i sin andre delutredning fra 1997 (NOU 1997: 4) foreslo regler om vern mot naturinngrep i samiske bruksområder. Ann-Gøril Johansen (2003) påpekte imidlertid at forslaget manglet en vurdering av overordnede rettsnormer. De mangelfulle drøftelsene av SP artikkel 27, sameparagrafen i Grunnloven og betydningen av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper utgjorde «en vesentlig del av bakgrunnen for Samerettsutvalgets holdning til spørsmålet om hvor langt man bør gå i å sikre naturgrunnlaget for samisk kultur» (Johansen 2003, s. 176). 10 år senere, i 2007, pekte Samerettsutvalget II i sin drøfting av SP artikkel 27 som en skranke mot tiltak i samiske områder som utilbørlig skader samisk materiell kulturutøvelse, på at praksis i FNs menneskerettighetskomite viser at artikkel 27 stiller visse krav til saksbehandlingen ved omsøkte tiltak i tradisjonelle samiske områder (NOU 2007b, s. 923-925). Utvalget poengterte også på at det folkerettslige vernet strekker seg lengre enn reell deltakelse og at konsultasjoner vil være en nødvendig forutsetning for oppfyllelse av artikkel 27, men at det ikke alltid vil være en tilstrekkelig forutsetning (NOU 2007a, s. 208). Utvalget foreslo saksbehandlingsregler som har som formål «å konkretisere allerede eksisterende regler med sikte på at samiske hensyn blir tilbørlig ivaretatt i beslutningsprosessene, og sikre at det ikke treffes vedtak og fattes beslutninger som får virkninger som kan sammenliknes med en nektelse av retten til samisk materiell kulturutøvelse i SP artikkel 27's forstand» (NOU 2007b, s. 919).

Da konsesjon ble gitt i Fosen-saken i 2013 var forskningsgrunnlaget svakt (NIM 2022, s. 73). I vindkraftmeldingen fra 2020 varsles flere prosessuelle tiltak for å oppdatere konsesjonsprosessene i vindkraftsaker. Bedre og tidligere involvering av reindriften, økt medvirkning ved konsekvensutredninger, oppdaterte krav til konsekvensutredningene, større vektlegging av samlede virkninger, tydeligere vilkår for avbøtende tiltak, koordinering av innsigelser og konsultasjon nevnes (Meld. St. 28 (2019-2020); NIM 2022, s. 96). Men som konstatert av NIM (2022 s. 96-97) kan det stilles spørsmål ved om dette er tilstrekkelig for å sikre at konsekvensutredningene gjøres av uavhengige fagorganer.

De varslede tiltakene i vindkraftmeldingen omfatter heller ikke spørsmålet om hvordan myndighetene skal gå fram i vurderingen av terskelen etter SP artikkel 27 (NIM 2022, s. 97). Selv om kravene til artikkel 27 er blitt vurdert i konsesjonsprosessene, viser Fosen-dommen at vektingen av artikkelen «kom skjevt ut. OEDs konsesjonsvedtak i saken viser at staten her vektla en interesseavveining, som departementet selv gikk bort fra i de senere avgjørelsene sine, og som det heller ikke var støtte for i Høyesterett» (NIM 2022, s. 103). Selv om de prosessuelle rettighetene styrkes, gjenstår utfordringen med hvordan myndighetene skal gå fram i vurderingen av det materielle innholdet i artikkel 27. Forslaget fra Samerettsutvalget II om saksbehandlingsregler må forstås i lys av dette. I konsultasjonene om samelovens konsultasjonsbestemmelser framhevet også Norske Reindriftssamers Landsforbund at det er viktig å arbeide videre med spørsmålet om en lovfesting av de sentrale elementene i vernet etter SP artikkel 27. Det kan «spørres om det ikke er på tide at vurderingstemaene i SP 27 får et tydeligere foravtrykk nasjonalrettslig, enten i lov eller andre reguleringer, selv om selve bestemmelsen gjelder som norsk lov med forrang» (NIM 2022, s. 102).

Oppsummering

I Kalvvatnan-saken vektla OED de materielle skrankene staten har forpliktet seg til. Med hensyn til faktisk gjennomføring, ble premisser man tidligere var blitt enige om respektert og forståelse av føre-var prinsippet og sumeffekter vektlagt. I sluttvurderingen ble det påpekt at reinbeitedistriktet allerede var preget av en rekke kraft- og infrastrukturinngrep (OED 2016, s. 13). Departementet påpekte at ordinær samfunnsmessig avveining ikke kunne legges til grunn og at det dermed ikke kunne gis konsesjon. Beslutningen i tråd med kravene i SP artikkel 27, ble tatt i november i 2016. Departementets beslutning i Fosen-saken ble tatt i 2013. Selv om departementet etter 2013 kan ha gått bort fra en alminnelig proporsjonalitetsvurdering i sine vurderinger av terskelspørsmålet, argumenterer Fosen Vind i Høyesterett i 2021, med staten ved OED og Regjeringsadvokaten som partshjelper, for en forholdsmessighetsvurdering. Dette avvises av Høyesterett. Argumentene til Fosen Vind må forstås ut fra at de er motpart til reinbeitedistriktene i høyesterettssaken. Det som derimot er iøynefallende, er rollen til staten ved OED og Regjeringsadvokaten som støtter anførselene til selskapet. Selv om det i hver sak må vurderes hvordan det folkerettslige vernet slår inn både i forvaltning og domstoler (jf. NIM 2022, s. 10), viser gjennomgangen foran at det er behov for å synliggjøre vurderingskriteriene for SP artikkel 27 slik de er fastlagt av menneskerettighetskomiteen og Høyesterett. Dette påpekes av NIM (2022, s. 82) som viser til at departementets «avgjørelse i Fosen-saken har fått alvorlige menneskelige og økonomiske konsekvenser for reieneierne og kan vise seg å få store økonomiske konsekvenser for utbygger og/eller staten». Det folkerettslige vernet strekker seg lenger enn reell deltakelse i beslutningsprosesser og konsultasjoner alene er ikke tilstrekkelig til å sikre at hensynet til de samiske interessene ivaretas (jf. NOU 2007b, s. 917). Egne saksbehandlingsregler slik Samerettsutvalget II foreslo, kan være et bidrag til å hindre at det fattes beslutninger som innebærer en nektelse av retten til samisk materiell kulturutøvelse etter SP artikkel 27.

Referanser

- Broderstad, E. G. 2022. International law, state compliance and wind power. Gaelpie (Kalvvatnan) and beyond. In *Indigenous Peoples, Natural Resources and Governance. Agencies and Interactions* (2021). Tennberg, Broderstad, Hernes (eds.) Routledge Research in Polar Regions. <https://www.taylorfrancis.com/books/oa-edit/10.4324/9781003131274/indigenous-peoples-natural-resources-governance-monica-tennberg-else-grete-broderstad-hans-kristian-hernes>
- De Beco, G. 2008. "Human rights indicators for assessing state compliance with international human rights," *Nordic Journal of International Law*, 77(1–2), pp. 23–49. <https://doi.org/10.1163/090273508X290681>
- Energiloven 1990 Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) [online]. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1990-06-29-50>
- HR-2021-1975-S – Norges høyesterett, dom avsagt 11. oktober 2021 i storkammer
- Indigenous Navigator <https://indigenousnavigator.org/> (Hentet 12. november 2021)
- Jacobson, H. 1998. "Conceptual, methodological and substantive issues entwined in studying compliance," *Michigan Journal of International Law*, 19(2), pp. 569–580.
- Johansen, A-G. 2003. Ett skritt fram og to tilbake. Om Samerettsutvalgets forslag til regler om vern mot naturinngrep i samiske bruksområder. I *Samer, makt og demokrati. Sametinget og den nye samiske offentligheten*. Bjerkli og Selle (red.), Gyldendal Akademisk.
- Kingsbury, B. 1998. "The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law," *Michigan Journal of International Law*, 19(2), pp. 345–372.
- Landbruksdirektoratet, reindriftnæringen: [online]. <https://www.landbruksdirektoratet.no/nb/reindrift/reindrift-i-norge/reindriftnaeringen> (Hentet 23. februar 2022)
- Meld. St. 28 (2019–2020) Meldinger til Stortinget, Vindkraft på land. Endringer i konsesjonsbehandlingen [online]. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-28-20192020/id2714775/>
- NIM 2016. Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter Temarapport 2016. Sjøsamenes rett til sjøfiske. Oslo: NIM.
- NIM 2020. Norwegian National Human Rights Institution. A human-rights based approach to Sámi statistics in Norway. Oslo: NIM.

-
- NIM 2022. Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Menneskerettslig vern mot inngrep i samiske bruksområder. Oslo: NIM
- NOU 1997: 4 Naturgrunnlaget for samisk kultur
- NOU 2007a. NOU 2007: 13 A Den nye sameretten: Utredning fra Samerettsutvalget Del I, II og III (kap. 1–15) <https://lovdata.no/static/NOU/nou-2007-13a.pdf>
- NOU 2007b. NOU 2007: 13 B Den nye sameretten: Utredning fra Samerettsutvalget Del III – kapittel 16–24
- NRK Sápmi 2014. Reindrifta vil seire mot vindkraftutbygging [online]. https://www.nrk.no/sapmi/_reindrifta-vil-seire-1.11853134 (Hentet 22. januar 2021)
- NRK Sápmi 2015. NSR-leder: Uaktuelt med vindmøllepark i Kalvvatnan [online]. https://www.nrk.no/sapmi/nsr-leder_-_uaktuelt-med-vindmøllepark-i-kalvvatnan-1.12404064 (Hentet 22. januar 2021)
- OED 2013. Olje- og energidepartementet. Vindkraft og kraftledninger på Fosen – klagesak [online]. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer_2/fosen/vindkraft_og_kraftledninger_pa_fosen_klagesak.pdf (Hentet 12. september 2020)
- OED 2016. Olje- og energidepartementet. Fred. Olsen Renewables AS – Kalvvatnan vindkraftverk i Bindal og Namskogan kommuner – klagesak. <https://www.regjeringen.no/contentassets/2cb371d9a0204b19a8a914ae830a62ee/vedtak-kalvvatnan.pdf> (Hentet 12. september, 2020)
- Reindriftsloven – Lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven)
- Sametinget 2016. Konsultasjonsprotokoll. Sametinget og OED, 25.10.2016
- Skarin, A., Sandström, P., Alam, M., Buhot, Y. and Nelleman, C. 2016. Renar och vindkraft II – Vindkraft i drift och effekter på renar och renskötsel. Rapport 294.
- Sweepston, L. 2020. “Progress through supervision of Convention No. 169,” *The International Journal of Human Rights*, 24(2-3), pp. 112-126
- Tennberg, M., Broderstad E. G., Hernes, H-K. (eds.) 2022. *Indigenous Peoples, Natural Resources and Governance. Agencies and Interactions* (2022). Routledge Research in Polar Regions. <https://www.taylorfrancis.com/books/oa-edit/10.4324/9781003131274/indigenous-peoples-natural-resources-governance-monica-tennberg-else-grete-broderstad-hans-kristian-hernes>