

UiO • Det juridiske fakultet

Urfolks territorielle rettigheter og kravet til konsultasjon

Kandidatnummer: 684

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17 859



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens problemstillinger	2
1.2	Avgrensning	2
1.3	Definisjon av oppgavens sentrale betegnelser	3
1.4	Videre konstruksjon av avhandlingen	4
2	METODE OG RETTSKILDER	5
2.1	Introduksjon	5
2.1.1	Rettskildene og –subjektene i folkeretten og menneskerettighetene	5
2.1.2	Spesielt om ILO	8
2.1.3	Spesielt om UNDRIP	8
2.1.4	Gjennomføringsmekanismer	9
2.2	Mine valg.....	11
3	KONSULTASJONSPLIKTEN	12
3.1	Introduksjon	12
3.1.1	Kulturelle rettigheter	12
3.2	Hva er konsultasjon?	17
3.2.1	Når må konsultasjon gjennomføres?	20
3.2.2	Hva er adekvat konsultasjon?	22
3.3	”Free, prior and informed consent”	25
3.3.1	Innvendinger mot UNDRIP	27
3.4	Proporsjonalitet	30
3.5	Skjer det en utvikling av ny sedvanerett på urfolksområdet?	33
4	BELO MONTE-DEMNINGEN I BRASIL	36
4.1	Innledning.....	36
4.1.1	Historisk	36
4.2	Brasil og urfolks rettigheter.....	37
4.2.1	Introduksjon	37
4.2.2	De internasjonale urfolksinstrumentene.....	37

4.2.3	Regionen for øvrig	38
4.2.4	Nasjonal rett	39
4.2.5	Praksis	42
4.3	Belo Monte i dag	44
4.3.1	Konsultasjonen.....	50
4.3.2	Kan prosjektet gjennomføres uten konsultasjon/samtykke?	52
5	SAMMENFATNING OG VURDERING	55
5.1	Hva er fremtiden for indianerne ved Belo Monte?	55
5.1.1	Konklusjon	56
6	LITTERATURLISTE.....	57
6.1	Lover	57
6.2	Rettspraksis	58
6.2.1	Internasjonal rettspraksis	58
6.2.2	Utenlandsk rettspraksis	59
6.3	Litteratur.....	59
6.3.1	Bøker.....	59
6.3.2	Artikler	60
6.3.3	Vedtak, rapporter, anbefalinger o.l.	61
6.4	Nettsider	64

1 Innledning

Jeg har valgt temaet urfolks rettigheter fordi jeg i mange år har vært lidenskapelig opptatt av menneskerettigheter. Det som har opptatt meg er særlig beskyttelsen av de aller svakeste i samfunnet, de som ikke har en egen stemme i verdenssamfunnet, i tråd med prinsippet om at alle er født med like rettigheter.¹

Fascinasjonen strekker seg også til måten urfolks rettigheter er et instrument for beskyttelse av, ikke bare urfolk som noen av de svakest beskyttede menneskene i verden, men også av naturen og bærekraftig utvikling.² Gjennom beskyttelse av urfolk kan vi bevare naturen på en bedre måte, og tilpasse økonomisk utvikling med deres levesett.

Dette presenteres i fortalen av FNs urfolkserklæring av 2007, der det blir sagt:

”Recognizing that respect for indigenous knowledge, cultures and traditional practices contributes to sustainable and equitable development and proper management of the environment”

Temaet urfolks rettigheter er interessant fordi det for det i stor grad tar for seg kollektive rettigheter, et relativt enestående konsept i jussen generelt. De er laget for å beskytte en spesielt sårbar gruppe mennesker som er avhengige av å leve i samvær med andre fra sin gruppe for å kunne garantere sin videre eksistens, samtidig som at urfolk i sin aller mest tradisjonelle form ofte lever langt vekk fra det moderne samfunnets politiske og legislative institusjoner, og dermed har liten påvirkningskraft av seg selv. Det er på grunn av dette viktig å ha regler mot diskriminering og undertrykking og for selvbestemt utvikling og kulturell bevaring.³ På samme side er en opprettelse av urfolks kollektive rettigheter et klart forsøk på å rette opp i historiske feilgrep, noe som kommer fram også av UNDRIPs fortale:

”Concerned that indigenous peoples have suffered from historic injustices as a result of, inter alia, their colonization and dispossession of their lands, territories and resources, thus preventing them from exercising, in particular, their right to development in accordance with their own needs and interests [...]”

¹ UDHR, art. 1

² Critical Concepts in Political Science, vol. II (2008) s. 395-423

³ UNDRIP fortale

1.1 Oppgavens problemstillinger

I denne avhandlingen vil jeg fokusere på urfolks landrettigheter og deres prosessuelle rettigheter ved planlagte tiltak som kan påvirke deres levesett på disse landområdene, og hvordan de materielle landrettighetene er knyttet til de prosessuelle rettighetene. Jeg vil også se på hvor langt staten kan gå i å fremme sine interesser om økonomisk utvikling når dette vil berøre urfolkens landrettigheter, og hvilke prosessuelle tiltak som er må settes i verk for at det skal være lovlig. Til slutt vil jeg si noe om hvorvidt slike utviklingsprosjekter kan være lovlige der de prosessuelle reglene ikke blir etterfulgt av staten.

Det første jeg vil ta for meg er de materielle rettighetene knyttet til territorier og naturressurser og jeg vil se hvordan dette kan ha en sammenheng med kulturelle rettigheter.⁴ Her vil jeg drøfte hvilken sammenheng dette har med konsultasjon, når konsultasjon er nødvendig, og når det er behov for "free, prior and informed consent". Denne delen handler om statens interesse om økonomisk utvikling i skjæringspunktet med urfolks rettigheter. Spørsmålet mitt er her: hva er konsultasjon, når er det nødvendig, og når er det behov for samtykke?

Mitt neste spørsmål er om hvorvidt UNDRIP stadfester en sedvanerett på urfolksområdet eller om det kan være begynnelsen på utviklingen av slik rett.

Det siste spørsmålet handler om en sak der konsultasjon ikke er blitt gjennomført, men der det allikevel er satt i gang tiltak som kan påvirke urfolkene i området. Dette er demningsbyggingen i Belo Monte i brasiliansk Amazonas. Spørsmålet er: på hvilken måte har mangelen på konsultasjon blitt legitimert i Belo Monte-prosjektet og kan utbyggingen være lovlig på tross av mangel på konsultasjon?

1.2 Avgrensning

Mange typer aktiviteter kan påvirke urfolk. Jeg velger her å fokusere på aktiviteter på urfolks land og territorier som kan hindre deres tilgang til land-, vann- og andre ressurser, samt tvangsflytting til fordel for legislative og administrative avgjørelser. Det er altså de territorielle rettighetene som står i fokus.

⁴ SP art. 27

Jeg har valgt å fokusere på urfolk i Latin-Amerika, nærmere bestemt brasiliansk Amazonas, da urfolkssituasjonen enklere kan defineres i de amerikanske kontinentene enn andre, som i Asia og Afrika. Dette er bl.a. fordi urfolks rettigheter har blitt til etter utviklingen i de amerikanske kontinentene og stillehavsområdene, der urfolk lett blir gjenkjent av det faktum at det var de som bebodde landområdene før europeerne koloniserte og bosatte seg der, og nå er en ikke-dominant og kulturelt separat gruppe. Dette er en distinksjon som ikke passer veldig godt for folk i Asia og Afrika og dermed gjør det vanskeligere å skille ut grupper som urfolk der.⁵

Latin-Amerika er et område i verden der urfolk er mye truet av territorielle inngrep. Det er også svært aktuelt, med flere saker som har blitt avgjort i både menneskerettighetskomiteen og den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen i de siste årene i tillegg til rådgivende uttalelser ved pågående prosjekter og lignende.

Videre vil jeg konsentrere meg om urfolk som lever mer eller mindre separert fra resten av befolkningen. Altså ikke urfolk som lever i byer eller sammen med andre befolkningsgrupper og kombinerer den unike identiteten med integrasjon og andre utfordringer som kommer med å måtte leve slik, hvor likhet nødvendigvis må være basis for å unngå diskrimineringsproblemer.

Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg heller ikke problematisere definisjonen av urfolk, eller de tilgrensende tradisjonelle eller ”tribal peoples” eller andre minoriteter som blir påvirket av demningsbygning.

1.3 Definisjon av oppgavens sentrale betegnelser

I noen deler av avhandlingens kapittel 4 vil det bli referert til ”indianere”, da dette er den direkte oversettelsen av termen brukt på portugisisk (índios). Dette er den generelle betegnelsen på urfolk i Brasil.⁶

⁵ FN Menneskerettighetskomisjon arbeidsnotat (2000), avs. 25

⁶ Den brasilianske konstitusjonen, art. 231-232

Videre vil det i samme del av og til brukes termen "Unionen", som refererer til Brasil som en administrativ enhet. Brasil er en føderal republikk sammensatt fra flere mindre stater, og denne termen brukes i lovgivningen for å skille mellom den overordnede og de underordnede enhetene. Her kan det være av betydning å nevne at selv om Brasil er sammensatt av stater er det ikke slik at disse er autonome på samme måte om f.eks. i USA.

1.4 Videre konstruksjon av avhandlingen

I kapittel 2, vil jeg ta for meg valgte rettskilder og metode for avhandlingen. Dette gjøres for å videre avgrense oppgavens tema. Deretter kommer et kapittel om konsultasjon og tilgrensende begreper, som er selve kjernen i problemstillingen min. Der vil jeg kort forklare hva kulturelle rettigheter er og hvordan dette har sammenheng med territorielle rettigheter og nærmere bestemt vannressurser. Så vil jeg nærmere utrede hva konsultasjon er, forklare hva konseptet "free, prior and informed consent" betyr og deretter kort nevne noe om proporsjonalitet ved inngrep. Innenfor dette kapitlet vil jeg også vurdere muligheten for utvikling av sedvane. Kapittel 4 vil handle om utbygging av Belo Monte-demningen i brasiliansk Amazonas, hvilken betydning konsultasjon har hatt der og hva som i dag er rettssituasjonen til urfolkene som blir påvirket av prosjektet. Siste kapittel er en sammenfatning og vurdering av rettssituasjonen til indianerne ved Belo Monte.

2 Metode og rettskilder

2.1 Introduksjon

Gjennom avhandlingen min vil jeg gjøre et forsøk på å vurdere hvorvidt det skjer en utvikling av sedvanerett på området urfolks rettigheter, enten universelt eller regionalt. Av den grunn ser jeg det som hensiktsmessig å kort gå innom de overordnede rettskildene og metoden som vil bli anvendt.

2.1.1 Rettskildene og –subjektene i folkeretten og menneskerettighetene

Etter ICJ-statuttene art. 38 har rettskildene i folkeretten følgende rang: først internasjonale konvensjoner, deretter sedvane, så generelle rettsprinsipper, og subsidiært rettsavgjørelser og litteratur av den øverste klassen ("most highly qualified publicists"). Dette binder kun domstolen, men det er også et uttrykk for hva andre organer vil legge til grunn.⁷

2.1.1.1 Spesielt om menneskerettighetene

Tidligere gjaldt et prinsipp om at statens behandling av dens innbyggere var et nasjonalt forhold som forble innenfor staten i henhold til statssuverenitetsprinsippet. Dette prinsippet gjelder fortsatt, men i forhold til menneskerettighetene har det fått mindre betydning, særlig i kjølvannet av de to verdenskrigene. I dag kan stater måtte akseptere å bli holdt under tilsyn av det internasjonale samfunnet, og spesifikke forhold kan etterforskes av eksperter i internasjonale organisasjoner.⁸

Menneskerettighetene kan kategoriseres følgende:⁹

Generelle menneskerettigheter som gjelder alle individer (og altså er individuelle rettigheter). Finnes bl.a. i den universelle menneskerettighetserklæringen og de to internasjonale konvensjonene, om sivile og politiske rettigheter (SP), og om økonomiske, sosiale og kulturelle ret-

⁷ Høstmølingen (2012) s. 90

⁸ Roulet (1999) s.17

⁹ FNs Menneskerettighetskommisjon arbeidsnotat (2000) avs. 3-16

tigheter (ØSK). Dette er basisen for menneskerettighetene, og deres innhold har som mål å sikre sosial likhet.

Rettigheter som er kun for ”folk” som en enhet, slik man finner i SP og ØSK art. 1 og er *kun* kollektive rettigheter. Innholdet i disse rettighetene handler om selvbestemmelse for alle ”peoples”.

Spesifikke rettigheter som kommer i tillegg, og som gjelder personer som er etniske, religiøse eller språklige minoriteter. Dette er rettigheter som finnes i bl.a. SP art. 27 og minoritetserklæringen, og er individuelle rettigheter som kan utøves individuelt eller i samvær med andre.

Spesielle urfolksrettigheter som man finner i bl.a. ILOs konvensjon 169 om urfolk og stamfolk i selvstendige stater (C169) og FNs erklæring om urfolks rettigheter (UNDRIP), og er i stor grad kollektive rettigheter. Dette er spesifikke rettigheter som skiller seg ut fra de øvrige menneskerettighetene på det settet at de sikter å sikre plass for mangfold i samhörighet og er ment å tillate en høy grad av selvbestemt utvikling. I motsetning til minoritetsrettigheter, som sikter mot deltakelse i det samfunnet som minoriteten lever i, er målet med urfolks rettigheter å gi mandat for eget selvstyre slik at de kan ta egne avgjørelser om saker som gjelder dem, og samtidig en valgfri rettighet til å kunne delta i samfunnet på et større plan. Det skal være mulig med politisk deltakelse dersom det skulle være ønskelig. Et annet viktig skille er retten på land og naturressurser, som ingen andre menneskerettigheter, heller ikke minoritetsrettigheter, gir.

Dette er den primære forskjellen mellom ordinære menneskerettigheter, minoritetsrettigheter og urfolks rettigheter, på kollektivt og individuelt plan.¹⁰ Det er den siste kategorien jeg vil konsentrere meg mest om i den følgende avhandlingen, dels den nest siste.

2.1.1.2 Urfolks kollektive rettigheter

Urfolk er beskyttet som gruppe, med kollektive så vel som individuelle rettigheter. Formålet er å beskytte urfolk på grunn av den spesielle sårbarheten deres som gjør at de er særskilt utsatt som gruppe.

¹⁰ l.c.

Den viktigste konsekvensen av at urfolk nå har kollektive rettigheter i tillegg til individuelle er at de har mulighet til i fellesskap å bestemme over egne territorier og over ressursene som finnes på dem. Konseptet ”kollektive rettigheter” begynte så vidt å ta form på 60-tallet i SP og ØSK felles artikkel 1, SP artikkel 27 og ØSK artikkel 15. Dette ble deretter videreført, og i dag er det klart av ordlyden i C169 at de kollektive rettighetene er av en annen karakter enn de individuelle.

Det har blitt argumentert mot konseptet kollektive rettigheter i menneskerettighetene fordi menneskerettighetene er basert på beskyttelsen av mennesker, ikke grupper. Mange individuelle rettigheter baserer seg på at det er et samfunn rundt individene, så som retten til utdanning, arbeidsrettigheter osv., men rettigheten er noe individet har uavhengig av sin sosiale rolle i et samfunn. Unntaket er her for urfolk, der det er hensiktsmessig å beskytte gruppen med kollektive rettigheter på grunn av særegne kulturelle trekk som kan gå tapt dersom disse kollektive rettighetene ikke blir ivaretatt.¹¹ Forskjellen mellom urfolk som gruppe og andre ”grupper”, f.eks. minoriteter, kvinner eller barn er at urfolk defineres som gruppe og ikke individuelt – de trenger gruppen for å være et folk. De øvrige er ikke grupper i reell forstand.

Selv om urfolks rettigheter har sitt utspring i minoritetsrettigheter, diskrimineringsrett osv. og UNDRIP i sin form er basert på diverse konvensjoner, som f.eks. konvensjonen mot rasediskriminering og folkemordkonvensjonen, skiller den seg vesentlig fra disse rettighetene på et par punkter. Det er et velkjent prinsipp i internasjonal rett at forskjellsbehandling av ulike folk kan benyttes for å fremme likhet, noe vi også kan finne uttrykt i f.eks. minoritetserklæringen, der det kreves ”special measures” for å sikre lik utvikling i rettigheter.¹² Men der minoritetsrettighetenes positive diskriminering baserer seg på minoriteters effektive deltakelse i det samfunnet de lever i uten diskriminering, eller integrasjon, baserer de kollektive rettighetene til urfolk seg på urfolkenes egenart og deres rett til å ha separate institusjoner. Altså retten til å ikke delta i resten av samfunnet gjennom integrasjon, men heller gjennom å selv bestemme på hvilke måter de skal delta i legislative og administrative avgjørelser som vil påvirke dem.¹³ En

¹¹ Donnelly (2003), s. 25, og kap. 12

¹² Minoritetserklæringen, art. 1(4) og 2(2)

¹³ Rehman (2010), s. 489

annen ulikhet er urfolkenes sterke bånd til land og naturressurser som andre minoriteter ikke nødvendigvis vil ha, både som et rent fysisk livsgrunnlag, men også knyttet til kultur, tro og tradisjon.

2.1.2 Spesielt om ILO

I moderne tid har spørsmålet om ”native workers” blitt tatt opp i ILO allerede fra 1921, og urfolk som gruppe ble i 1957 beskyttet av ILOs konvensjon nr. 107. Denne ble senere kritisert for å være assimilasjonistisk, og da den ble revidert på 80-tallet var det for første gang i samarbeid med urfolksrepresentanter og the Inter-American Indian Institute.

Når det gjelder begrepene ”integrasjon” og ”assimilasjon” er de i denne avhandlingen brukt om hverandre på samme måte som de er brukt i konvensjonstekstene og i litteraturen. ”Integrasjon” er begrepet som ble brukt i 1957-konvensjonen. ”Assimilasjon” er en effekt som kom av denne, og det er denne standarden 1989-konvensjonen søker å fjerne, jf. fortalen: ”[...]with a view to removing the assimilationist orientation of the earlier standards[...].”

I dag er en av de viktigste instrumentene for beskyttelse av urfolk ILOs konvensjon nr. 169 (heretter C169) av 1989. Denne er basert på konvensjonen av 1957, men med betydelige endringer i formuleringen for å bedre beskytte rettighetene de besitter som folk. C169 er kun ratifisert av 22 land, hvorav 15 befinner seg i Latin-Amerika.

2.1.3 Spesielt om UNDRIP

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) er en erklæring om urfolks kollektive rettigheter og dermed ikke rettslig bindende. Allikevel kan den bli ansett som å være et uttrykk for gjeldende rett.¹⁴

På tross av slik anerkjennelse har erklæringen liten praktisk betydning for dem det gjelder med mindre statene etterfølger og implementerer reglene i nasjonal lovgivning, slik at kompe-

¹⁴ ILO Standards (2007), s. 2

tente domstoler kan håndheve, og statlige administrative prosesser kan respektere og fremme rettighetene ved å inkorporere dem i de rettslige systemene.¹⁵

Allikevel er det ikke helt ukjent at nasjonale domstoler faktisk tar i bruk UNDRIP, slik som var tilfelle i *Cal et al. vs. Attorney General*, hvor Maya-folk i Belize saksøkte staten for å ha ignorert deres territorielle rettigheter.

2.1.4 Gjennomføringsmekanismer

Menneskerettighetene blir for det meste håndhevet av organer som får mandat direkte av konvensjonene, og disse legger av den grunn størst vekt på konvensjonen de er satt til å håndheve. Organene er delt i to grupper, de som kan treffe juridisk bindende vedtak, og de som ikke kan det. Uansett hva slags organ det er vil det være mulig å gi politiske føringer, og statene vil ofte føle seg bundet til det de uttaler selv om de ikke har autoritet over dem. Selv om praksis er en subsidiær rettskilde, som nevnt ovenfor, betyr både de bindende og de ikke-bindende avgjørelsene mye for utviklingen av menneskerettighetene. For øvrig gjelder et prinsipp om *pacta sunt servanda*, at man skal utøve konvensjonspliktene ut ifra et prinsipp om god tro.¹⁶

For utviklingen av urfolks rettigheter har FNs menneskerettighetskomité praksis vært svært sentral. I de amerikanske kontinentene er den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen (IACtHR) av betydning, samt den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen (IACHR). Andre viktige organer som tar for seg urfolks rettigheter og publiserer en rekke rapporter og anbefalinger er UN Working Group on Indigenous Populations, etablert i 1982 og utfaset ved etableringen av UN Permanent Forum on Indigenous Issues (heretter UNPFII eller "Permanent Forum") i 2002. Også ILOs rapporteringssystem er viktig, og UN Human Rights Council, gjennom sin Universal Periodic Review, Special Rapporteur og Expert Mechanism on Indigenous Peoples, som tok over rollen Working Group hadde.

Kun domstolene har mandat til å gi bindende avgjørelser for partene, de øvrige organene er av ikke-bindende kraft, men er like fullt viktige på grunn av sin ekspertise på dette området som

¹⁵ Anaya (2009) s. 114

¹⁶ Wien-konvensjonen art. 26

gjør at de har en viss autoritet ved tolkning av gjeldende rett og kan gi viktige politiske føringer. For min avhandling blir deres uttalelser anvendt som tolkningsmoment.

2.1.4.1 Om tolkningen

Menneskerettighetene er et dynamisk rettsområde. Det betyr at innholdet i de skrevne kildene tilpasses samfunnsendringer, og at de på grunn av dette nødvendigvis har vage og vide formuleringer. Med andre ord er begrepene som blir anvendt i menneskerettighetene autonome. Virkningen av dette er at de har en betydning som ikke er fast, men som endres med tidens tann. F.eks. argumenterer den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) med at konvensjonen [EMK] er et levende instrument som må tolkes i lys av dagens forhold, altså innholdet utvikler seg over tid.¹⁷ Dette er også støttet i de amerikanske kontinentene av bl.a. IACtHR i *Awas Tingni v. Nicaragua* og IACHR i *Mary and Carrie Dann v. United States*.¹⁸

Det at to regionale domstoler av denne viktigheten begge uttrykker en slik fremgangsmåte med hensyn til tolkning av menneskerettighetene er av stor betydning for praksis, og tilsier lignende tilnæringsmåte for de øvrige konvensjonene. Formålshensyn taler for dette, da det er et poeng at de internasjonale menneskerettighetsinstrumentene tilpasses områdespesifikke situasjoner og tidsmessige utviklinger.

Wien-konvensjonen om traktatretten setter videre som en generell regel at tolkning skal skje etter ordlyden.¹⁹ Dette betyr at ordenes vanlige betydning skal legges til grunn, og mange saker bli avgjort nesten utelukkende på grunnlag av dette.²⁰ Det er også et poeng at teksten skal tolkes som en helhet, og i lys av konvensjonens "object and purpose".²¹ Forarbeider og etterarbeider har lite å si, dog kan forarbeidene brukes til å tolke meningsinnholdet dersom dette er avgjørende.²² Dette er fordi statenes suverenitet og likestilthet skal gjøre at de skal kunne tiltre allerede fremforhandlede konvensjoner selv om de ikke har vært med på å utarbeide dem,

¹⁷ *Tyrer v. UK*, avs. 31

¹⁸ *Awas Tingni v. Nicaragua*, avs. 146 og *Dann v. USA*, avs. 167

¹⁹ art. 31 (1)

²⁰ *Høstmælingen*, s. 93

²¹ art. 31

²² art. 32

uten å måtte legge til grunn alle forarbeider for å vite hva innholdet er.²³ De skal altså kunne legge kun ordlyden til grunn.

2.2 Mine valg

Jeg velger å se på beskyttelsen av urfolks territorielle rettigheter rent generelt, slik at det ikke blir begrenset av geografisk beliggenhet/jurisdiksjon. Slik sett vil SP art. 27 sammen med ILOs konvensjon 169 være den rettslige basisen i avhandlingen. De amerikanske menneskerettighetsinstrumentene (American Declaration on the Rights and Duties of Man og American Convention on Human Rights) vil trekkes frem der jeg referer til praksis fra de amerikanske organene, og er av stor betydning pga. regionen jeg fokuserer på i kapittel 4. Jeg anvender også UNDRIP som tolkningsmoment. Der jeg kommer med eksempler fra rettspraksis vil dette reflektere mine valg.

I kapittel 4 vil jeg ta for meg en sak fra Brasil og der vil jeg i tillegg komme jeg inn på noe brasiliansk jus, for å reflektere over de problemene man kan støte på i nasjonal lovgivning.

²³ ibid s. 96

3 Konsultasjonsplikten

3.1 Introduksjon

Konsultasjonsplikten er kjernen i avhandlingen min. Dette kapitlet handler således om hva konsultasjon er, og hvilke tilfeller som krever ”free, prior and informed consent”. For å forklare konsultasjonsplikten og dens innholdet er det nødvendig å gå kort gjennom den grunnleggende rettigheten til å nyte sin egen kultur sammen med andre av sin egen gruppe.²⁴ Gjennom dette vil jeg trekke noen linjer mellom de ulike konseptene.

Først vil jeg altså gjennomgå retten til land og retten til å utøve sin kultur i samvær med andre, som er materielle rettigheter, selv om oppgaven omhandler konsultasjon, som er en prosessuell rettighet. Grunnen til dette er den særdeles nære tilknytningen mellom det materielle og det prosessuelle der det overveies å gjøre tiltak som kan påvirke jorda, og dermed folket som lever på det. Med andre ord, uten den materielle retten til jord og kulturell kollektivitet, vil retten til å bli konsultert i de tilfellene jeg fokuserer på i avhandlingen min falle bort, da den kun behøves der urfolkene faktisk har en materiell rett på land. Jeg vil vise gjennom Menneskerettighetskomiteens praksis at det å unngå konsultasjon blir å anse som et brudd på SP art. 27. Dette er også bekreftet av Expert Mechanism.²⁵

3.1.1 Kulturelle rettigheter

Generelt har kulturelle rettigheter vært beskyttet i menneskerettighetene siden opprettelsen av FNs universelle menneskerettighetserklæring i 1948. Art. 27(a) fastslår at alle har rett til å ”[...] freely to participate in the cultural life of the community [...]”. Dette ble fulgt opp i begge konvensjonene av 1966, ØSK art. 15 for samtlige mennesker, og SP art. 27 for minoriteter i et semi-kollektivt perspektiv.²⁶ Det er slik sett en av de grunnleggende rettighetene og basen for FNs utvikling av rettigheter.

ØSK har en generell bestemmelse om å la ”everyone [...] take part in cultural life”. De senere uttalt at dette også betyr alles rett til å kunne velge å ikke delta, da den kulturelle rettigheten i

²⁴ SP art. 27

²⁵ FN Menneskerettighetsråd rapport (2010), avs. 12 i.f.

²⁶ punkt 2.1.1.1

bunn og grunn er en rettighet om frihet.²⁷ Dette må også inkludere urfolks kollektive kulturelle rett.²⁸

Allikevel er den kanskje viktigste bestemmelsen for urfolk FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 27, som stadfester minoriteters rett til å ikke bli nektet nytelsen av sin kultur sammen med andre i sin gruppe. Dette vil si alle former for nasjonale, språklige, etniske og religiøse minoriteter og *i tillegg* urfolk, noe som har blitt stadfestet gjennom praksis av art. 27 i menneskerettighetskomiteen. Vi finner en lignende bestemmelse i minoritetserklæringen av 1992, som stadfester minoriteters rett til å delta i det kulturelle livet.²⁹ Dette gjelder også barnekonvensjonen art. 30, som eksplisitt omhandler urfolksbarns rett til å nyte sin kultur i samvær med sin gruppe.

I ILOs urfolkskonvensjon er ordet "culture" brukt i sammenheng med beskyttelse av rettigheter hele fem ganger. I artikkel 13 blir kultur satt i direkte sammenheng med territorier, og i artikkel 23 blir bl.a. jakt og fiske nevnt som del av kulturen og den økonomiske selvstendigheten til urfolkene. Dette støttes videre oppunder av Menneskerettighetskomiteens kommentarer på art. 27:

"The enjoyment of the rights to which article 27 relates does not prejudice the sovereignty and territorial integrity of a State party. At the same time, one or other aspect of the rights of individuals protected under that article - for example, to enjoy a particular culture - may consist in a way of life which is closely associated with territory and use of its resources. This may particularly be true of members of indigenous communities constituting a minority."³⁰

I de juridiske miljøene er det i dag ikke kontroversielt å knytte kultur opp mot territoriale rettigheter, men dette er stadig et problematisk tema i bl.a. politikken og industrien på grunn av et generelt ønske om økonomisk utvikling. UNPFII har stadfestet at jord er livsgrunnlaget til urfolk, og de er avhengige av den for å kunne videreføre sin kultur.³¹ Det er også klart etter

²⁷ CESCR-kommentar 21 (2009), avs. 6

²⁸ *ibid* avs. 7

²⁹ Minoritetserklæringen, art. 2(2)

³⁰ FN Menneskerettighetskomité kommentar 23 (1994), avs. 3.2

³¹ UNPFII-rapport (2007), 5.-6. avsnitt

FNs Menneskerettighetskomité praksis at land, jord- og ressursutnyttelse er en del av den kulturelle rettigheten etter art. 27. Lignende er sagt av IACHR: at urfolks individuelle og kollektive trygghet baserer seg på deres forhold til ”the land”, og at for å bevare kulturen er territoriene av svært høy viktighet.³²

Dette er ikke nytt. Special rapporteur Martinez Cobo sa allerede i 1983 at:

”It is essential to know and understand the deeply spiritual special relationship between indigenous peoples and their land as basic to their existence as such and to all their beliefs, customs, traditions and culture”.³³

C169, som kom bare seks år senere, støtter dette.³⁴ Noen tiår senere blir det ytterligere styrket av urfolkserklæringens (UNDRIP) fortale som erklærer at urfolks kontroll over landområdene og ressursene de lever på vil styrke institusjonene, kulturen og tradisjonene deres.

Ofte kan det oppstå problemer i forbindelse med at de fleste stater har konstitusjonell rett på de underjordiske ressursene i landet.³⁵ Behovet for konsultasjon i forkant av slik ressursutnyttelse blir understreket i C169 art. 15(2). Det kan selvsagt forlenge og fordyre prosesser for slike prosjekter i tilfelle at man ikke kommer til enighet, og på tross av den rettslige utviklingen hender det gjentatte ganger at konsultasjon ikke blir gjennomført.

En sak der dette skjedde var *Ángela Poma Poma v. Peru*. Her ble innklagerens argumenter tatt til følge, og staten tapte. Poma Poma var en urfolksskvinne i det peruanske høylandet. Hun og hennes samfunn hadde gjennom lengre tid fått fratatt seg ressurser til en slik grad at de etter hvert mistet livsgrunnlaget sitt på en slik måte at de ikke lengre kunne drive med sin tradisjonelle økonomiske aktivitet, som igjen er en del av deres kultur. Menneskerettighetskomiteen erkjenner her at stater har rett til å ta skritt mot økonomisk utvikling. Men dette kan kun skje så lenge det ikke undergraver urfolks rett til å benytte sine territorier på en slik måte at de kan

³² IACHR-rapport 56 (2009), 56. avsnitt

³³ FN Menneskerettighetskomisjon rapport 21/Add.8 (1983), avs. 196

³⁴ art. 13(1) om at det skal vises respekt for ”the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories”

³⁵ Anaya (2009) s. 70

nyte sin kultur, og dermed også de økonomiske aktivitetene som er livsgrunnlaget deres. Komiteen fortsetter med å underbygge argumentet med å si at lovligheten av tiltak som vesentlig ødelegger eller forstyrrer de økonomiske aktivitetene til en minoritet eller et urfolk kommer an på hvorvidt folket har fått muligheten til å delta i beslutningsprosessene og om de vil få muligheten til å fortsette å nyte av sin tradisjonelle økonomi. De kommer her til at disse mulighetene ikke er gitt, og at staten dermed har svekket livsgrunnlaget hennes og muligheten til utøvelse av kultur sammen med sitt lille samfunn.³⁶

I den ovennevnte saken var den gjeldende ressursen vann, en ressurs som ikke bare er en grunnleggende menneskerett³⁷, men også helt spesiell for urfolk på grunn av den særlige spirituelle og kulturelle tilknytningen de har til vann.³⁸ På dette grunnlaget har UNPFII kommet med en anbefaling om å behandle vann som mer enn bare en økonomisk gode. Altså er vann en kulturell og sosial gode også, og derfor må urfolk ha beskyttelse mot inngrep og forurensning og ha tilgang til ressurser for å kunne disponere over sin egen tilgang til vann.³⁹

SP art. 27 er altså en individuell rett til kulturell kollektivitet, men det er også gjennom denne at retten til å bli konsultert ble utviklet i praksis. Man ser dette fra *Lubicon Lake Band v. Canada* der det ble fastslått at kun rettighetene under art. 27 hadde blitt brutt, selv om det er anført brudd av andre artikler også, bl.a. selvbestemmelse etter art. 1. Avgjørelsen sier ingenting direkte om konsultasjon, men bare noen få år senere blir en sak avgjort av samme organ, under samme bestemmelse, og her kommer komiteen til at art. 27 ikke er brutt *fordi* saksøkerne ble konsultert:

”Against this background, the Committee concludes that quarrying on the slopes of Mt. Riutusvaara, in the amount that has already taken place, does not constitute a denial of the authors' right, under article 27, to enjoy their own culture. It notes in particular that the interests of the Muotkatunturi Herdsmen's Committee and of the authors were considered during the proceedings leading to the delivery of the quar-

³⁶ *Poma Poma v. Peru*, avs. 7.6-7.8

³⁷ ”[e]veryone has the right to life[...]” UDHR art. 3, FN Menneskerettighetsråd rapport (2009) 2/104, CESCR-kommentar 15 (2003), avs. 1, 3 og 29

³⁸ CESCR-kommentar 15 (2003), avs. 6, 11

³⁹ UNPFII-rapport (2011) avs. 79

rying permit, that the authors **were** consulted during the proceedings, and that reindeer herding in the area does not appear to have been adversely affected by such quarrying as has occurred.”⁴⁰

Når spørsmålet om brudd på rettighetene etter art. 27 igjen kommer opp i *Apirana Mahuika v. New Zealand* blir det nok en gang lagt vekt på at urfolkene ble konsultert og også at deres forslag påvirket utformingen av avtalen. I *Ángela Poma Poma v. Peru* er konsultasjonskravet blitt et faktum, og det gjøres referanser til samtlige tre ovennevnte saker for å underbygge dette. Her var følgelig det store spørsmålet ikke hvorvidt konsultasjon var nødvendig for at rettighetene etter art. 27 skulle bli etterfulgt, men hvorvidt det ikke også måtte være behov for ”free, prior and informed consent”.

Etter dette er det klart at konsultasjon er en del av urfolkernes rett til å nyte sin kultur i samvær med andre i sin gruppe etter art. 27, og det kan se ut som at utviklingen er på vei mot kravet til også å inkludere ”free, prior and informed consent”.

3.1.1.1 Rett til land som kulturell rettighet

Som sagt er det av diverse grunner spesielt interessant for urfolk å bruke den jorda, og de ressursene de tradisjonelt har brukt. Dette kommer fram i ordlyden i C169 art. 14:

”The rights of ownership and possession of the peoples concerned of the land which they traditionally occupy shall be recognized.”

Altså ligger statens forpliktelse i å anerkjenne rettigheten til territorier, og ikke i å tildele dem. Med andre ord er konvensjonen klar på at urfolkene allerede innehar rettigheten på landområder når de tradisjonelt bebor dem. Dette betyr ikke nødvendigvis at de må ha eierskap (ownership) over territoriet for at de skal ha rett over dem, så lenge besittelsen (possession) er sikker.⁴¹ F.eks. sier C169 art. 4(1) at ”special measures shall be adopted” for at man skal sikre bl.a. ”property [...] of the peoples concerned”, og art. 7 sier at de må få bestemme over landområdene de ”occupy or otherwise use”. Art. 13 kommer videre med en definisjon om at ”lands”, som brukt i art. 7, betyr territorier som urfolkene ”occupy or otherwise use”, for

⁴⁰ *Ilmari Länsmann v. Finland*, avs. 9.6

⁴¹ *Anaya* (2009) s. 140

utenom art. 14 som fastslår at ”the rights of ownership *and* possession [...] shall be recognized” (min uth.). Altså er ikke eierskapet dette viktigste, det er bruken.

Gjennom praksis i de amerikanske organene kan vi se at det samme er uttrykt bl.a. i en sak der det gjeldende urfolket ikke hadde formelt eierskap over det gjeldende territoriet, men der det var kjent at de bodde og levde på det. Mot folkets protester ga staten et selskap konsesjon til å drive hogst på området, da det var statlig eid skog. Dette ble dømt som ulovlig i domstolen, bl.a. fordi urfolk

”by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival”.⁴²

Med andre ord er det ikke noe i veien for at staten kan være den formelle eieren av jorda, så lenge det ikke fører til ensidige avgjørelser om å tillate aktiviteter som kan forstyrre urfolkernes livsførsel på områdene de bebor. Etter dette er retten på land en grunnleggende kulturell rettighet som er spesielt viktig for urfolk.

3.2 Hva er konsultasjon?

Når man snakker om konsultasjon i sammenheng med urfolks rettigheter, er det snakk om retten urfolk har til å bli konsultert der politiske eller administrative avgjørelser vil påvirke deres levesett, territorier eller på andre måter. Dette er ikke bare en rett urfolkene har, men en plikt fra den avgjørende partens side (staten). Denne retten er en realisasjon av prinsippet om at urfolk har en selvbestemmelsesrett.

Som vi ser er konsultasjon altså nært knyttet opp til retten til å nyte sin kultur. På grunn av dette er staten forpliktet til å konsultere med urfolkene før de foretar seg noe av betydning som kan innvirke deres liv på disse landområdene.⁴³

⁴² Awas Tingni Community v. Nicaragua, avs. 149

⁴³ C169 art. 6(1)(a).

Ifølge ILO er konsultasjon og medbestemmelse hjørnesteinene i urfolkskonvensjonen fordi de er ”fundamental principles of democratic governance and of inclusive development”.⁴⁴ Dette er også i tråd med ILOs øvrige konvensjoner, som bl.a. legger til grunn at konsultasjon skal skje mellom myndigheter, arbeidsgivere og arbeidstakerorganisasjoner, og er således et gjennomgående prinsipp i ILO.

Konsultasjonsplikten i urfolkssammenheng begynte allerede å bli omtalt på 1600-tallet, og kunne blant annet finnes i charter og traktater som ble utarbeidet i forbindelse med kolonisering og utvidelse av kolonisert land, men i post-kolonialistisk tid var dette først å finne nedskrevet i ILOs konvensjon 107 fra 1957.⁴⁵ Dennes art. 12 stadfestet at urfolkene ikke kunne fjernes fra sine territorier uten ”free consent”, altså at de ikke kunne tvinges til fraflytning uten samtykke.

I dag er den generelle konsultasjonsplikten stadfestet i ILOs konvensjon 169 art. 6(1), og er det mest sentrale i konvensjonen: basen for at resten av bestemmelsene skal kunne gjelde.⁴⁶ Den handler om å konsultere med urfolk som vil bli påvirket av planlagte legislative eller administrative tiltak før man setter i gang med å gjennomføre dem. Etter C169 art. 6 skal dette skje gjennom ”appropriate procedures and in particular through their representative institutions”. Et av problemene som melder seg er når gjeldende urfolk ikke har en institusjon som representerer dem, eller når det er så mange ulike folk som blir berørt at det er praktiske vanskeligheter i å skulle gjennomføre en slik prosess.

Dette var en av problemstillingene i *Apirana Mahuika et. al. v. New Zealand*. Her klaget 19 individer med Maori-tilknytning på at deres rettigheter til å bli konsultert ved gjennomføringen av et kvote-system for fiskerettigheter ikke hadde blitt etterfulgt. De mente at ikke alle urfolkene hadde blitt representert, og at noen av representantene som var der manglet fullmakt for å signere avtalen som ble inngått. Da de deretter klaget dette inn for retten fikk de avslag med begrunnelse i at retten ikke kunne påvirke parlamentariske prosesser og at det ikke hadde oppstått noen problemer med tanke på rettigheter. Dette ble deretter klaget inn for Waitangi-

⁴⁴ Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention (2013) s. 11

⁴⁵ Colchester (2004) s. 8

⁴⁶ A Guide to ILO Convention No. 169 (2009) s. 60

domstolen som utga en rapport som konkluderte med at forliket om det nye kvote-systemet ikke var i uoverensstemmelse med Waitangi-traktaten.⁴⁷ Komiteen var enig i avgjørelsene fordi de så på det som avgjort i en konsultativ prosess gjort gjennom allerede etablerte kanaler, slik som er kravet etter art. 6. Det er for øvrig verdt å merke seg at denne avgjørelsen skjedde i Menneskerettighetskomiteen som er vokteren over SP, og saken ble således avgjort etter en dynamisk tolkning av reglene i denne.⁴⁸

Det andre store problemet som melder seg er å finne en gjensidig enighet om hvordan forhandlingsprosessene skal foregå. Dette er vanligvis ikke et problem når det allerede har blitt etablert kanaler, f.eks. gjennom sedvane eller traktater.

Etter Århuskonvensjonen er det tilstrekkelig med offentliggjøring av informasjon og generelle høringer.⁴⁹ Det er klart at det i urfolkssammenheng kreves mer enn dette, først og fremst fordi de er i en spesielt sårbar situasjon. Ofte lever de mer eller mindre isolert fra omverdenen og/eller i fattige kår med det resultat at de ikke har tilgang på den informasjonen som andre i staten har. Derfor er det opprettet regler om at forhandling må finne sted med urfolkene, og at staten har ansvaret for at dette skjer. Disse reglene er vagt formulerte og etablerer ingen fast prosedyre, de krever kun at kanaler skal opprettes. Dette henger selvsagt sammen med at prosessen skal skje på urfolkernes egne premisser, for det er de som skal bestemme prosedyren for forhandling.⁵⁰ Dermed bør reglene tilpasses hver enkelt situasjon, jf. f.eks. ”appropriate procedures” C169 art. 6(1)(a) og ”in accordance with their own procedures” UNDRIP art. 19. Mer om dette under punkt 3.2.2.

For det andre er dette problematisk fordi det ikke alltid eksisterer en etablert sedvane for slik forhandling, slik at man gang på gang er nødt til å etablere enighet om hvordan prosessen skal gjennomføres. Det er klart, både ut ifra Århuskonvensjonen og de ulike spesifikke urfolksinstrumentene, at slik prosedyre skal opprettes av staten.⁵¹ Det finnes gode eksempler på stater

⁴⁷ Waitangi-domstolen ble dannet for å etterforske brudd på traktaten med samme navn

⁴⁸ art. 27

⁴⁹ Art. 1 ”[...] the rights to access to information [...]”

⁵⁰ Expert Mechanism Advice No. 2 (2011)

⁵¹ Århuskonvensjonen art. 3(1), C169 art. 6(1)(b).

som har gjort nettopp dette, bl.a. Canada og New Zealand, men det er også utallige eksempler, blant annet i Brasil som jeg vil omtale i kapittel 4, der dette ikke er gjort.

For å fordype eksemplene kan det nevnes at Canada har inngående rettspraksis på området, og regjeringen har oppstilt detaljerte retningslinjer på hvordan konsultasjon skal skje. Som det står på regjeringens hjemmesider er Canada forpliktet både gjennom lov, kontrakt og ”common law” til å konsultere med urfolkene.⁵² På samme måte har også New Zealand detaljerte retningslinjer.⁵³ Disse legger vekt på Waitangi-traktaten som stiftelsesdokumentet av New Zealand og det første steget til å bringe to ulike kulturer sammen i enighet. Det blir også antatt at konsultasjonskravet kommer av traktaten, og at det derfor er en tradisjon i New Zealand.

For det tredje har dette vært vanskelig fordi det lenge ikke har vært urfolk som har bestemt reglene som omhandler dem, også slik at de som har bestemt innholdet ved tolkning er folk som ikke betegner seg selv om urfolk. I dag er dette ikke lenger et stort problem. Trenden går mot stadig mer inkludering der dette er ønskelig, og det er tydelig ut ifra endring i reglens innhold at både C169 og UNDRIP ble til gjennom deltakelse av urfolk. Forarbeidene til UNDRIP inkluderer bl.a. urfolkens forslag til endringer i utkastet.⁵⁴ Det finnes også representasjon av urfolk i de diverse organene, f.eks. er halvparten av medlemmene i UNPFII nominert direkte av urfolksorganisasjoner i de ulike regionene.⁵⁵

3.2.1 Når må konsultasjon gjennomføres?

Det er klart at ressursutnyttelse ikke er forbudt der det finnes urfolk, da konsultasjon og/eller samtykke ikke ville vært nødvendig ved så tilfelle. Det er således opp til staten om den vil begrense urfolkens territorielle rettighet, men ikke uten å konsultere med folkene som vil bli påvirket av planlagt utvikling eller prosjekt. De må også gjennomføre konsekvensutredninger med tanke på miljø- og sosial innvirkning slik at de det gjelder er klar over hva de eventuelt samtykker til. Dersom samtykke blir oppnådd er det også klart at erstatning må skje, enten i

⁵² Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (2011)

⁵³ Ministry of Justice (1997)

⁵⁴ Indigenous Peoples' proposed amendments (2004)

⁵⁵ UNPFII

form av nye, tilsvarende landområder, i form av utbytte fra det aktuelle prosjektet eller lignende.⁵⁶

Konsultasjon må etter regelen gjennomføres når ”consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly”.⁵⁷

For at det skal ”directly affect” behøver ikke det planlagte tiltaket å skje innenfor territoriet til urfolkene, det er nok at det vil påvirke dem, jf. *Lubicon Lake Band v. Canada*. I denne saken lar ikke komiteen det være noe i veien for at saken prøves at aktiviteten er

”located 80 kilometers away from the land set aside for the reserve, is not within the Band’s claimed traditional territory and that the area to be cut annually, outside the proposed reserve, involves less than 1 per cent of the area specified in the forest management agreement”.

Det at tiltaket ikke trenger å være innenfor det avgrensede territoriet er videre bekreftet av IACtHR i *Saramaka v. Suriname* der staten hevder at konsultasjon ikke er nødvendig fordi ”there were no reported traditional Saramaka sites in the area”. Domstolen går videre med å si at:

”[t]his procedure evidently fails to guarantee the effective participation of the Saramaka people, through their own customs and traditions [...] the question for the State is not whether to consult with the Saramaka people, but whether the State must also obtain their consent [...]”.⁵⁸

Med andre ord er det ikke krav om at tiltaket skjer innenfor noe som er avgrenset og offisielt kartført for at konsultasjon blir nødvendig, det holder at det påvirker urfolket på en måte som gjør at deres levesett blir forstyrret.

Expert Mechanism peker på at der urfolk *ikke* blir konsultert er dette grunnlag for konflikter, menneskerettighetsbrudd, tap av livsgrunnlag [levebrød], fordriving og forflytting.⁵⁹ Dersom

⁵⁶ ILOs konvensjon 169 art. 15(2) i.f., 16(5) og *Saramaka v. Suriname*, avs. 143

⁵⁷ *ibid* art. 6

⁵⁸ *Saramaka v. Suriname*, avs. 147.

⁵⁹ Expert Mechanism anbefaling 2 (2011)

urfolkene merker tiltaket og er uenige i det som gjennomføres, kan det føre til konflikt og dette kan være nok til at konsultasjonen burde vært gjennomført. Påvirkning strekker seg altså så langt som at selv eventuelle konflikter må vurderes og søkes unngått.

Etter dette blir det også klart at tilfeller som *ikke* vil berøre urfolkens levesett ikke krever konsultasjon. Det kan også sies at konsultasjon er unødvendig ved andre typer tilfeller, nemlig ved tilfeller der den planlagte aktiviteten er ulovlig, og dermed ikke bør gjennomføres.

Aktiviteter kan være ulovlige når de står i fare for å true urfolkens eksistens, eller eksistensen av deres kultur. Dette kommer fram av ordlyden i SP art. 27 "[...] shall not be denied the right to [...] enjoy their own culture". Med en gang denne rettigheten er, eller står i fare for å gå bort til fordel for andre typer aktiviteter, vil aktiviteten det gjelder være i strid med en grunnleggende rettighet av en internasjonal konvensjon, og dermed ulovlig.

Det er altså i den såkalte gråsonen, mellom ulovlige aktiviteter og aktiviteter som ikke vil berøre urfolkene, at konsultasjonen blir nødvendig.

3.2.2 Hva er adekvat konsultasjon?

Som tidligere nevnt er et av problemene med tanke på konsultasjon hvilken måte den skal gjennomføres på for å være adekvat i henhold til ILOs intensjoner. I henhold til art. 6(1)(a) skal staten

"consult with the peoples, through appropriate procedures[...]"

Konvensjonsteksten sier videre ingenting om hva som er "appropriate procedures", utenom at det må være gjennom deres representative institusjoner.

Måten ILO selv beskriver dette på i sin siste håndbok for organisasjonens partskomponenter (tripartite constituents) er bl.a. at "appropriate procedures" tilsier at det må være gjensidig tillit, at staten må passe på at urfolkene har all tilgjengelig informasjon på et språk de selv forstår og at de må bli gitt nok tid til å kunne gjennomgå denne og komme til en konklusjon

om den planlagte aktiviteten.⁶⁰ Videre er det ikke resultatet av konsultasjonen som er av betydning for om det har skjedd ”appropriate procedure”, men om det har skjedd gjennom forhold som er å anse som gode for å kunne oppnå enighet eller samtykke. Med dette menes det at den konsulterende parten har lagt forholdene til rette for at samtykke kan skje. Dette ligger nært opp mot innholdet i ”free, prior and informed consent”, noe som tilsier at dette prinsippet er ment å være en del av konvensjonens innhold, selv om det ikke er formulert nøyaktig slik.⁶¹

Et annet viktig poeng er at konsultasjonen må skje før noe gjennomføres. Dette fremkommer av ordlyden

”[...] shall [c]onsult [...] whenever *consideration is being given* to [...] measures which *may* affect them directly” (mine uth.).⁶²

En naturlig forståelse er at konsultasjonen må skje på det tidspunktet der myndighetene arbeider med en idé, eller på overveielsesstadiet (”consideration”), altså at planer ikke må være gjennomført og klare til å settes ut i livet når man konsulterer, men at konsultasjonen må skje før dette.

Dette kommer også fram av art. 15(2) der konsultasjon klart må skje i forkant av ressursutvikling for å fastslå hvorvidt og hvor mye deres interesser vil kunne bli berørt

”[...] shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes [...]”.

Tidsaspektet, at det må være enn viss fortidighet, er således en svært viktig del av konsultasjonsprosessen.

Etter art. 7(3) er staten pålagt å, i forkant av eventuelle planer om utvikling, gjennomføre konsekvensutredninger i samarbeid med urfolkene. Samtidig med at det må være fortidig må det

⁶⁰ Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention (2013) s. 15, UNPFII-rapport (2007) avs. 9(a), UNDRIP art. 14

⁶¹ Punkt 3.3

⁶² Art. 6

altså også være på en slik måte at både staten og urfolkene er klar over hvordan og i hvilken grad de vil kunne bli påvirket av eventuelle utviklingsprosjekter. Det må med andre ord foreligge informasjon om prosjektet før det gjennomføres.

Det er også et krav om at urfolkene fritt må få delta i beslutningsprosessene⁶³ og fritt uttrykke sine ønsker om tiltak for å ivareta bl.a. deres eiendom, kultur og miljø.⁶⁴ Videre må konsultasjonene skje i god tro og med formål å skulle oppnå samtykke.⁶⁵

Når konsultasjon skjer på korrekt måte viser det seg at urfolkenes rett til å nyte sin kultur i samvær med sitt samfunn blir ivaretatt. Dette ser vi i saken om Apirana Mahuika mot New Zealand, der det blir funnet at de opprettede kanalene for konsultasjon fungerer:

”[i]n the consultation process, special attention was paid to the cultural and religious significance of fishing for the Maori”,

og komiteen konkluderer med at

”the State party has, by engaging itself in the process of broad consultation before proceeding to legislate, and by paying specific attention to the sustainability of Maori fishing activities, taken the necessary steps to ensure that the Fisheries Settlement and its enactment through legislation, including the Quota Management System, are compatible with article 27”.⁶⁶

Både i denne saken og i andre, som *Ángela Poma Poma v. Peru*, er spørsmålet om konsultasjon avgjort etter SP art. 27. Gjennom disse sakene ser vi klart at konsultasjon ble et krav derivert av art. 27 og utviklet gjennom praksis i FNs Menneskerettighetskomité omtrent samtidig med at ILO utarbeidet et strengere konsultasjonskrav enn de tidligere hadde hatt (ref. f.eks. saken om *Lubikon Lake Band* som ble avgjort i 1990), og således blir et bilde på hvordan internasjonale menneskerettigheter utvikler seg over tid.

⁶³ art. 6(1)(b)

⁶⁴ art. 4

⁶⁵ art. 6(2)

⁶⁶ *Apirana Mahuika v. New Zealand*, avs. 9.8

I Ángela Poma Poma sa komiteen at staten hadde overtrampet rettigheten som kommer av art. 27, og at det i så tilfelle ikke bare var nødvendig med konsultasjon i forkant, men at det også krevdes samtykke, slik C169 også har som målsetting. Den neste delen vil så handle om hva ”free, prior and informed consent” er og når det er behov for det.

3.3 ”Free, prior and informed consent”

Det er klart at ”free, prior and informed consent” (FPIC) er mer enn kun et krav om konsultasjon. Der konsultasjon er nødvendig uansett hva slags påvirkning som vil skje, er FPIC et krav om at samtykke i tillegg blir gitt før noen som helst form for inngrep skjer. Spørsmålet er hvilke situasjoner som spesielt krever FPIC.

”Free, prior and informed consent” er altså et prinsipp som går videre enn konsultasjon i snever form. Begrepet dukker opp i UNDRIP, men da det er et dokument som er ment å stadfeste gjeldende rett er det allikevel grunn til å anta at prinsippet har eksistert lenger enn det.⁶⁷ Det er også bekreftet gjennom FN-dokumenter, bl.a. anbefalte CERD i 1997 at

”no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent” og at ”where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories”.⁶⁸

Fra Konvensjonen om biologisk mangfold ser vi også at det blir oppfordret til å inkludere urfolk i å ta vare på miljøet, med ”the approval and involvement of the holders of such knowledge”.⁶⁹ Den tilhørende protokollen referer videre til en ”advance informed agreement procedure”, som i prinsippet har samme meningsinnhold som FPIC.⁷⁰

Som ILOs intensjoner viser er det klart at det ikke holder kun å konsultere gjennom et møte med urfolkene, men at man må ha som mål å oppnå frivillig samtykke (”consent”) til et forslag som staten kommer med.

⁶⁷ punkt 3.2.2

⁶⁸ FNs Høykommissær for Menneskerettigheter anbefaling 23 (1997)

⁶⁹ art. 8 (j)

⁷⁰ Cartagena Protocol (2000) art. 7

”Consent”, eller ”samtykke”, er av sin ordlyd en frivillig uttalelse om enighet til et forslag. Da et slikt samtykke betyr at man svarer ”ja” til et forslag, må dette naturligvis også inkludere en rett til å si ”nei”. Det er hensiktsmessig å nevne at ”nei” er kvalitativt ulikt et veto i sin rent objektive betydning. Veto er en makt til å kunne forby eller blokkere noe. Etter definisjon i det Store Norske Leksikon er betydningen av veto ”[en] enkeltpersons eller minoritets rett til å forhindre et vedtak eller en lov”.⁷¹ Av den grunn kan ikke en vetorett naturlig ligge innenfor FPIC, og om det så skulle være tilfelle, måtte det kommet fram av ordlyden eller rettspraksis.

Selv om veto ikke er inkludert betyr ikke det at urfolkene bare har mulighet til å samtykke til det foreslåtte tiltaket, da formålet med prinsippet om FPIC slik sett ville vært meningsløs. Hvis det eneste alternativet ved konsultasjon hadde vært for urfolkene å gi et uforbeholdent samtykke ville de ikke hatt noen mulighet for å motsette seg prosjektplanene, og staten ville i praksis kunne gjort akkurat som de ville uten å ta hensyn til urfolkene. Formålet med en konsultasjonsprosess under prinsippet om FPIC er således å gi urfolkene en mulighet til å uttrykke sin mening. Hvis ikke ville det i praksis bare betydd at det var krav om å informere urfolkene om hva som er planlagt å gjennomføres, uten at de har mulighet til å forhandle om det.

”Free, prior and informed consent” tilsier som hovedsak at konsultasjon ikke bare kan skje på hvilken som helst måte eller når som helst i prosessen. Den må være fri, eller skje på urfolkernes premisser. Dette vil si at det er det berørte urfolket som skal lede prosessen og det skal ikke skje noe form for press eller tvang fra de som ønsker samtykket. Den skal også være informert, altså at det skal foreligge objektiv informasjon om inngrepet og at denne informasjonen skal være lett tilgjengelig og i et passende format. Det er også et poeng at informasjonen skal foreligge på et språk de forstår.⁷²

”Prior” går ut på at informasjon om inngrepet må komme så tidlig som mulig, i forkant av konsultasjonen, slik at urfolkene har en mulighet til å evaluere informasjonen før de kommer til en beslutning.

⁷¹ Det Store Norske Leksikon

⁷² IACHR midlertidig forføyning 382/10 (2011)

At det skjer et samtykke er det siste vilkåret, og dette betyr at det blir tatt en beslutning på vegne av de(n) berørte gruppen(e) gjennom deres tradisjonelle beslutningsprosesser. Når det er sagt er formålet samtykke, og dette tilsier også at det må være rom for forhandlinger der folkene det gjelder ikke er fornøyd med betingelsene ved det planlagte inngrepet, slik at de blir gitt muligheten til å påvirke avgjørelsen.⁷³ Dette er i tråd med både konvensjonsteksten og erklæringens krav om at konsultasjonsprosessen må skje på urfolkernes premisser.

Et fritt forhåndssamtykke, og ikke bare konsultasjon, er absolutt nødvendig ved store utbyggingsprosjekter som vil ha betydelig innvirkning innenfor urfolkets territorier. Poma Poma-saken bekrefter dette ved å si at tiltak som kan forstyrre urfolkernes kultur på en vesentlig måte krever

”not mere consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community”.

Noen år før Poma Poma hadde IACtHR en sak, Case of the Saramaka People v. Suriname, der et stammefolk klagde staten inn for retten for å ha gitt avskogings- og mineralutviklingskonsesjon til diverse selskaper på deres landområder uten å ha konsultert med dem.⁷⁴ Domstolen understreket viktigheten av FPIC ved slike store prosjekter, med en videre analyse av forskjellen mellom konsultasjon (”consultation”) og samtykke (”consent”) basert på en observasjon av Special Rapporteur som kom fram til at FPIC var nødvendig for å beskytte urfolks rettigheter ved store utviklingsprosjekter.⁷⁵

3.3.1 Innvendinger mot UNDRIP

Fire land stemte imot UNDRIP da denne skulle vedtas i 2007 (Australia, Canada, USA og New Zealand) og elleve tilbakeholdt stemmeretten sin. Siden har flere omstilt og gitt støtte til erklæringen.

Blant argumentene som ble fremholdt var blant annet det at teksten er for vag det mest problematiske. F.eks. ble det sagt at blant andre artikkel 19 og 32 gir grunnlag for forståelsen at

⁷³ Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention (2013), s. 16

⁷⁴ Saramaka v. Suriname, avs. 134

⁷⁵ Avs. 135-137

urfolk har vetorett mot demokratisk planlagte aktiviteter på deres territorier og at dette ville gjøre det vanskelig å vite hva som egentlig var ment med de ulike bestemmelsene og hvordan man skulle forholde seg til dem.

Australia fremholdt at retten til selvbestemmelse ikke passer inn og argumenterte med at det hører dekoloniseringstiden til og passer ikke til den moderne urfolksretten. De uttrykte bekymring på urfolkenes vegne da de mente det kunne føre til at urfolk mistet sine sivile og politiske rettigheter innenfor staten de lever i fordi de på grunn av denne formuleringen ville søke geopolitisk uavhengighet. Canada var også skeptiske til selvstyreretten, uten at de gikk nærmere inn på det.

På tross av at de hadde hatt aktive roller i utarbeidelsen av erklæringen tolket både Australia, Canada og New Zealand det som at FPIC inneholdt en vetorett som de var uenige i at den skulle inneholde, og de mente også at prinsippet om FPIC er for vidt anlagt i erklæringsteksten og ville være praktisk umulig å gjennomføre i de fleste tilfeller.⁷⁶

Noen var skeptiske fordi dokumentet i seg selv ikke har noen rettslig binding, og dermed ikke hjelper konkret i kampen for urfolks rettigheter. Allikevel gjør termen ”erklæring” at det kan underbygge et felles ønske om å etterfølge reglene, særlig når det har såpass bred støtte i det internasjonale samfunnet.

Det er også klart at de delene som kan bli kategorisert som gjeldende internasjonal rett vil bli bindende uansett hva slags dokument det er. Det er slik at land som stemte imot eller avsto fra å støtte erklæringen i mange tilfeller uansett lever opp til standarden som den aspirerer etter, slik at det eksisterer en form for internasjonal enighet selv om ikke alle har ratifisert de samme avtalene.⁷⁷ F.eks. sa den amerikanske delegaten, i sin forklaring for å ha stemt mot erklæringen, at den amerikanske regjeringen anerkjenner urfolkenes rett til selvbestemmelse.⁷⁸ Lignende tilfeller ser man i Canada og New Zealand, som begge har traktater med vide rettigheter til selvbestemmelse og anerkjennelse av autoritet og autonomi, selv om de stemte mot er-

⁷⁶ Generalforsamlingsresolusjon 10/612 (2007)

⁷⁷ l.c.

⁷⁸ l.c.

klæringen. Flere stater som avsto fra å stemme har også lignende konstitusjonelle rettigheter, dette gjelder f.eks. Colombia, det eneste latinamerikanske landet som avsto fra å stemme.⁷⁹

Australia snudde og ga offisielt sin støtte til erklæringen litt over et år senere (riktignok etter et regjeringsskifte). I 2010 snudde også New Zealand og sa blant annet at erklæringen var ”entirely consistent with the treaty of Waitangi”, noe den visstnok ikke hadde vært da de stemte imot i 2007.⁸⁰ Canada fulgte like etter, men uttalte at erklæringen ”does not reflect customary international law nor change Canadian laws”,⁸¹ og i slutten av 2010 ga også USA sin støtte, riktignok med en uttalelse om at dokumentet ”[is] not legally binding or a statement of current international law”.⁸²

Med dette argumenterer Anaya for at UNDRIP representerer internasjonale sedvanerett (international customary law).⁸³ Fordi innvendingene er av typen at det foreligger uklarhet om hvem som er urfolk eller i hva retten til selvbestemmelse innebærer, er ingen i prinsipp uenige med erklæringen. Slik sett kan det foreligge en slags internasjonal konsensus, eller til og med en *opinio juris*, om disse rettighetene. Det er altså ingen som er imot prinsippene i erklæringen, de er heller imot formuleringene.

Det er også interessant å observere hvordan UNDRIP går svært mye lengre enn C169, men samtidig har mye større oppslutning. Dette kan tyde på en utvikling i retning av et ønske om å tilbakeføre rettighetene som ble fratatt urfolkene for lenge siden, og gi dem tilbake den autonomien de hadde før territoriene deres ble invadert. Allikevel er det et poeng at førstnevnte er en erklæring, og således ikke rettslig bindende ovenfor statene.

Oppfatningen om at prinsippene i UNDRIP er å anse som generelle internasjonale rettsprinsipper er en mer vanlig holdning. Dette kom bl.a. fram i en høyesterettssak i Belize, der erklæringen blir funnet å være særlig relevant fordi Belize stemte for erklæringen, men også fordi den inneholder generelle internasjonale rettslige prinsipper:

⁷⁹ I.c.

⁸⁰ Generalforsamlingsresolusjon 10/612 (2007), Supporting UN Declaration (NZ)

⁸¹ Canada’s Statement of Support

⁸² Announcement of U.S. Support

⁸³ Anaya (2009) s. 79-80

”where these resolutions or Declarations contain principles of general international law, states are not expected to disregard them”

Videre blir det sagt at den relevante artikkelen gjenspeiler den voksende enigheten og de generelle internasjonale rettslige prinsippene om urfolk og deres land- og ressursrettigheter.⁸⁴

3.4 Proporsjonalitet

I diverse rettsområder finnes et prinsipp om forholdsmessighet mellom mål og middel. Dette kalles ofte proporsjonalitetsprinsippet, eller forholdsmessighetsprinsippet, uten at jeg skal gå videre inn på hvordan prinsippet er utformet i de ulike fagene.

Etter dette prinsippet er det ikke noe i veien med å utnytte ressurser på land der urfolk lever og utøver sin kultur som skritt for å forbedre nasjonens økonomi og bedre befolkningens velbefinnende. Kravet er at det er gjort i henhold til proporsjonalitetsprinsippet, eller at måten det blir gjort på er forholdsmessig med det endelige formålet. Dette kan vi se i bl.a. *Kitok v. Sweden* den komiteen uttaler at den er enig i at staten av økonomiske grunner kan iverksette tiltak som begrenser urfolks rettigheter etter art. 27.⁸⁵ Problemet ligger der ressursutviklingen påvirker urfolkens levesett. UNPFII har uttalt at all utnyttelse må gjøres i samråd med urfolkene, og særlig der det gjelder ressurser som mineraler og vann.⁸⁶ Det vil si at det må skje en ”effective participation”.⁸⁷

Prinsippet om forholdsmessighet brukes for å sile de tilfellene som er lovlige og ulovlige fra hverandre.

Proporsjonalitetsprinsippet finnes uttrykt på området om urfolks rettigheter, f.eks. i saken om *Saramaka-folket mot Surinam*. Her viser den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen

⁸⁴ *Cal v. Attorney General*, avs. 131-132

⁸⁵ *Kitok v. Sweden*, avs. 9.5

⁸⁶ UNPFII-rapport (2008) avs. 62

⁸⁷ *Ángela Poma Poma v. Peru*

at det er mulig å begrense urfolkens nytelse av eiendomsretten, så lenge det er tillatt ved lov, nødvendig, proporsjonalt og har et legitimt formål i et demokratisk samfunn.⁸⁸

Det første steget i en vurdering om noe er proporsjonalt blir å avgjøre om det er lovlig og nødvendig. Etter dette må man vurdere adekvansen av et slikt inngrep som er planlagt: kan det ønskede formålet oppnås ved å gjennomføre det planlagte prosjektet? Det må deretter vurderes om det finnes andre tiltak som kan oppnå det samme formålet, men samtidig forårsake mindre skade.

Det neste steget er å vurdere proporsjonaliteten i sin objektive form; kan formålet rettferdiggjøre begrensning av grunnleggende rettigheter? Det er dette som er den viktigste delen av proporsjonalitetsvurderinga, da det er denne som har koblinger til vurderinga i SP art. 27 om at nytelsen av kultur ”shall not be denied”. Denne rene objektive proporsjonalitetsvurderinga ligger midt i kjernen av det som kan bli problematisert i art. 27, og det er også disse tilfellene som krever konsultasjon.

ILO påpeker også at konsultasjonsprosesser som ikke resulterer i samtykke fortsatt vil kunne ende i en avgjørelse fra statens side som kan påvirke urfolkene, men at der dette skjer er det helt nødvendig at det ikke skjer på bekostning av noen av urfolkens grunnleggende rettigheter som nevnt ovenfor, altså f.eks. rett på territorier og eiendom.⁸⁹ I disse tilfellene er det nødvendig med en minimering av skadeomfanget, slik som i Ilmari Länsmann-saken.⁹⁰ Det er også slik at samtykke blir mer nødvendig jo større konsekvensene er for urfolkene. Der det *kan være risiko* for utryddelse av urfolkens kultur (men ikke der det er klart at dette vil skje, slike tilfeller er som sagt ulovlige etter art. 27) er behovet for samtykke mer nødvendig enn der det kun er snakk om mindre påvirkning som ikke vil ha lang tids virkning.

SP art. 27 sier at retten til å nyte sin egen kultur i samvær med andre medlemmer av sin egen gruppe, ikke skal bli nektet (”shall not be denied”). På det tidspunktet der en form for tiltak av administrativ eller legislativ art vil kunne gjøre at urfolkene ikke får nyte sin kultur kollektivt,

⁸⁸ Saramaka v. Suriname, avs. 127

⁸⁹ Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention (2013), s. 16

⁹⁰ Ilmari Länsmann v. Sweden

vil dette tiltaket være absolutt forbudt. Det betyr også at der urfolkene ikke blir påvirket på noen som helst negativ måte vil aktiviteten være lovlig. Dette innebærer at gråsonen mellom helt lovlig og absolutt ulovlig er der konsultasjon og samtykke er påkrevet. Spørsmålet er således hvor grensene går, og hvordan en slik aktivitet kan bli lovlig gjennom kravene til konsultasjon og samtykke.

I *Apirana Mahuika v. New Zealand* ser vi at så lenge konsultasjonen er gjennomført på en god nok måte, og det er tatt hensyn til urfolkenes levesett, er dette i tråd med kravet i SP art. 27.⁹¹ På den måten blir konsultasjonskravet av C169 art. 6, og en dynamisk tolkning av SP art. 27, uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet.

I *Ángela Poma Poma v. Peru* er det klart at staten "may legitimately take steps to promote its economic development", men den kan ikke "undermine the rights protected by article 27". Det blir også trukket frem at "measures with only a limited impact on the way of life and livelihood of persons belonging to that community would not necessarily amount to a denial of the rights under article 27". Videre sies det at tiltakets lovlighet i disse tilfellene kommer an på om samfunnet det gjelder har fått mulighet til å delta i avgjørelsesprosessen og hvorvidt de får fortsette å nyte av sin egen tradisjonelle økonomi. Komiteen anser videre at denne deltakelsen må være "effective", noe som krever mer enn bare konsultasjon, altså "free, prior and informed consent". I tillegg må tiltaket "respect the principle of proportionality so as not to endanger the very survival of the community and its members".⁹²

Komiteen legger vekt på at samfunnet ikke ble konsultert, at staten ikke krevde konsekvensutredninger av et kompetent og uavhengig organ før prosjektet ble gjennomført, og at det ikke ble satt i verk tiltak for å "minimize the negative consequences and repair the harm done". Den aktuelle handlingen har "substantively compromised the the way of life and culture" til samfunnet, og på dette grunnlaget blir staten påkrevd å avhjelpe og gi oppreisning på grunn av skaden som har skjedd som resultat av at prosessen ikke er gjennomført på korrekt måte, og det ikke har blitt tatt hensyn til proporsjonalitetsprinsippet.⁹³

⁹¹ punkt 3.2

⁹² *Poma Poma v. Peru*, avs. 7.6

⁹³ l.c.

På samme måte i saken om Ilmari Länsmann, stiller komiteen spørsmålet om ”quarrying on Mount Riutusvaara is so substantial that it does effectively deny to the authors the right to enjoy their cultural rights in that region”, og kommer til at dette ikke er tilfelle. De legger videre vekt på at staten i dette tilfellet kun har gitt tillatelse til steinbrudd som ”would minimize the impact on any reindeer herding activity” og at det var en enighet om at steinbruddsaktiviteter skulle gjennomføres hovedsakelig utenfor reinbeitesesongen i det området.⁹⁴ Her har altså staten gått korrekt fram og klart å inngå et kompromiss der kan skje økonomisk utvikling samtidig med at urfolkene får fortsette sin kultur, uten at den blir ”adversely affected”.

Proporsjonalitet har altså både noe med konsultasjon og skademinimering å gjøre. Der skaden vil være betydelig må konsultasjon gjennomføres, med et krav til FPIC der den vesentlig påvirker urfolkens levesett, i tillegg til krav om en innsats for å minimere virkningene for urfolket.

3.5 Skjer det en utvikling av ny sedvanerett på urfolksområdet?

Som tidligere nevnt har bl.a. Anaya argumentert for at innholdet i UNDRIP representerer internasjonal sedvanerett. Jeg vil kort gå nærmere inn på om dette kan være tilfelle.

Erklæringen ikke er juridisk bindende i seg selv, og på grunn av dette blir FN-erklæringer ofte omtalt som ”soft law”. Allikevel kan det være grunn til å anta at innholdet, prinsippene som fremkommer av erklæringen, kan begynne å regnes som ”hard law”. For det første fordi innholdet blir støttet av flertallet av FN medlemsland. Som allerede nevnt ovenfor er også mesteparten av innholdet støttet opp av lokal, nasjonal lovgivning, også i flere av de landene som stemte imot eller avsto fra å stemme. Noen av prinsippene kommer også fram i bredt anerkjente konvensjoner, som retten til selvbestemmelse av SP og ØSK, og konsultasjon som er et gjennomgående prinsipp i ILO.

Menneskerettighetskomiteen har argumentert for at kravet til ”free, prior and informed consent” ligger innenfor SP art. 27,⁹⁵ og selv om de ikke gir bindende avgjørelser er deres utsagn

⁹⁴ Ilmari Länsmann et.al.v. Finland, avs. 9.5-9.7

⁹⁵ Ángela Poma Poma v. Peru

særdeles viktige for utviklingen av menneskerettighetene, jf. ICJ-statuttene art. 38 om at "the teachings of the most highly qualified publicists" subsidiært kan være med å avgjøre innholdet i rettsregler.

Etter hva som er drøftet ovenfor om konsultasjonsrett og FPIC, så kan man ane en slags generell holdning om rettssituasjonen de lege ferenda. Dette synes å være en utvikling i retning å ville gi tilbake og bøte på feil gjort mot urfolkene i fortiden.

Der europeerne før i tiden var de regjerende folkene, de som bestemte over lover og regler, og la til grunn hvordan systemene skulle fungere, har man nå innsett at urfolk ikke tok feil ved å ikke leve i strengt avgrensede nasjonalstater, med nedskrevne lover og demokratisk valgte ledere. Det er nå en vekkelse av kjensgjerningen om at kultur er vidt forskjellige ting, ikke bare språk og kunst, men også fundamentalt ulike måter å strukturere samfunn på, å bo og leve i samvær med andre. Det "den hvite mann" gjorde i møte med urfolk, ved å anta at deres måte å leve på var den eneste rette, gjorde at urfolkenes opinion ikke ble tatt med da store landområder ble delt ut til adel og andre rikmenn, og de ble satt til å arbeide på disse, bli kristne, osv. Denne holdningsendringen har snudd så fundamentalt at det som nå står i UNDRIP om bl.a. FPIC, i dag av noen regnes for å være internasjonal sedvanerett, i tråd med internasjonale menneskerettigheter.

En generell oppfatning om at noe er en rettsregel er også med på å underbygge en opinio juris, da det ofte fører til allmenn praksis, og dermed sedvane. Det avgjørende er om landene mener seg juridisk bundet av en regel, om det foregår over en lang nok tidsperiode, og om antallet land som tilslutter seg denne oppfatningen er av en slik mengde at det kan representere en generell norm.⁹⁶ Etter dette kan man så vidt begynne å ane utviklingen av en sedvanerett på urfolksområdet, om ikke universelt, men regionalt, med de amerikanske kontinentene og deres menneskerettsorganer i front, og også gjennom Menneskerettskomiteens avgjørelse mot Peru.⁹⁷

⁹⁶ North Sea Continental Shelf Cases (1969)

⁹⁷ *Ángela Poma Poma v. Peru*

Samtidig er det andre ting som taler imot dette. For det første er uttalelsene om at erklæringen ikke representerer gjeldende rett, og at den ikke er bindende av betydning for om den kan anses som *opinio juris*.⁹⁸ For det andre er det faktum at ikke alle avgjørelser i IACtHR og anbefalinger av IACHR blir etterfulgt, og at man rent faktisk kan se en slags motvillighet til det i noen tilfeller. Etter saken om Saramaka mot Surinam er det ting som tyder på at staten ikke etterfølger dommen, noe domstolen mener er i strid med prinsippet om ”*pacta sunt servanda*”.⁹⁹ En av grunnene kan være at de interamerikanske menneskerettighetsorganene er svært progressive når det gjelder tolkning av menneskerettigheter, noe som fører til både sinne og frustrasjon blant statene, samtidig som det inspirerer andre domstoler.¹⁰⁰ Men det kan også, med referanse til det som er sagt om rettssituasjonen, være å regne som et brudd på *opinio juris*, eller sedvane, jf. ICJ-statuttene art. 38.

Det er for øvrig vanskelig å stadfeste eksistensen av ny sedvanerett i menneskerettighetene. Jeg har ingen klar konklusjon på dette, og lar det således stå åpent.

⁹⁸ punkt 3.3.1

⁹⁹ Monitoring Compliance (2011), s. 5 pkt. 4

¹⁰⁰ Picq (2012)

4 Belo Monte-demningen i Brasil

4.1 Innledning

I denne delen vil jeg gå kort gjennom det jeg anser som de viktigste delene av faktum i saken. Der det er nødvendig vil det komme opp flere sider av faktum under punkt **4.3 Belo Monte i dag**.

4.1.1 Historisk

Planleggingen av Belo Monte begynte på 70-tallet, og møtte allerede da sterk motstand. Denne fortsatte over mer enn tre tiår. Ingen urfolk ble konsultert i prosessen, og den interamerikanske menneskerettighetskommisjonens anbefalte mot demningsbygningen i 2011.¹⁰¹ Prosjektet ble allikevel lisensiert og påbegynt samme året. Brasil har legitimert dette med at landområdene som vil bli oversvømt rundt Belo Monte ikke er bebodd, og man dermed ikke anser at prosjektet vil påvirke noen urfolk.

Verken nasjonale organer eller bedrifter har direkte konsultert med indianerne, så de har reagert og protestert på eget initiativ. Første gangen under en organisert protest 20.-21. februar 1989, som ble kalt ”det første møtet mellom urfolkene i Xingu-området”¹⁰², hvor de uttrykte sin misnøye med politikken som ble ført for å demme opp Xingu-elven. Rundt 3000 mennesker møtte opp, 650 av disse var indianere som bodde i området. Dette satte en midlertidig stopper for byggeplanene. I 2008, 19 år senere, møttes de igjen til ”det andre møtet mellom urfolkene i Xingu-området”¹⁰³ og her ble bevegelsen ”et levende Xingu for evig” skapt.¹⁰⁴

Så sent som i 2011 prøvde IACHR å stoppe utbyggingen da de kom med en midlertidig forføyning, og senere en anbefaling om at adekvat konsultasjon måtte bli gjennomført og tiltak satt i gang for å beskytte indianernes helse og integritet, særlig de som lever i frivillig isolasjon.¹⁰⁵ Dette ble ikke etterfulgt, og i løpet av noen korte måneder ble prosjektet lisensiert og

¹⁰¹ IACHR Midlertidig forføyning 382/10 (2011)

¹⁰² I Encontro dos Povos Indígenas do Xingu

¹⁰³ II Encontro dos Povos Indígenas do Xingu

¹⁰⁴ Movimento Xingu Vivo para Sempre: www.xinguvivo.org.br

¹⁰⁵ IACHR Midlertidig forføyning 382/10 (2011), AIDA (2014)

klart for utbygging, samtidig som at Brasil truet OAS med å kutte sine bidrag til organisasjonen.¹⁰⁶

4.2 Brasil og urfolks rettigheter

4.2.1 Introduksjon

I Brasil eksisterer det 691 landområder avgrenset for urfolk.¹⁰⁷ Til sammen dekker de litt over 13% av landets territorium. Dette er i tråd med anbefalinger gitt av UNPFII.¹⁰⁸ Ved siste folketelling i Brasil (2010) ble det registrert rundt 817 000 personer, litt under 0,5% av befolkningen, som anså seg selv som urfolk.¹⁰⁹ I denne delen vil jeg gå gjennom rettskilder og faktum med relevans til Brasils forhold til urfolks rettigheter.

4.2.2 De internasjonale urfolksinstrumentene

Brasil ratifiserte C169 i 2002, det vil si at de var forpliktet til å etterleve reglene i ILOs konvensjon 107 av 1957 inntil de ratifiserte førstnevnte. Den gamle konvensjonen, et produkt av datidens politikk som hadde fremskapt en assimilasjonistisk ideologi (som gikk på bekostning av bl.a. kulturell arv), hadde allerede fra 70-tallet blitt kritisert for den integrasjonistiske formuleringen den hadde.¹¹⁰ Art. 2 i 1957-konvensjonen uttrykker eksplisitt at det er regjeringens ansvar å integrere urfolkene og at de må skape ”possibilities of national integration”. Dette er bare noen av vendingene med integrasjon som formål, og disse blir senere bekreftet av 1989-konvensjonen, der den i fortalen understreker at et av formålene er å fjerne de assimilasjonistiske orienteringen fra den eldre konvensjonen.

Måten 1957-konvensjonen er formulert på ligner på den brasilianske indianerloven fra 1973, som fortsatt er i kraft. Sistnevnte er et resultat av den gamle brasilianske sivillovens formulering.¹¹¹ Når man ser på dette i sammenheng med den sene ratifikasjonen av C169, er det ikke

¹⁰⁶ Conectas (2012)

¹⁰⁷ Konstitusjonen, art. 231 (mer under punkt 4.2.4)

¹⁰⁸ UNPFII-rapport (2007), avs. 23

¹⁰⁹ FUNAI (2014) [23.03.2014]

¹¹⁰ Roulet (1999) s. 112, Rehman (2010) s. 484

¹¹¹ punkt 4.2.4

oppsiktsvekkende at integrasjon av indianere med en assimilasjonistisk undertone, var en politikk Brasil førte fram til ratifikasjonen av den nye konvensjonen av 1989.

Brasil var en av statene som stemte for UNDRIP, og uttalte at landets urfolk var avgjørende for utviklingen av samfunnet på alle nivåer, inkludert utviklingen av spirituelt og kulturelt liv for alle. De mente også at nytelsen av urfolks rettigheter var i tråd med statsuverenitetsprinsippet, men at staten samtidig måtte være oppmerksom på sin plikt til å beskytte urfolkens rettigheter og identitet.¹¹² Som andre Generalforsamlingsresolusjoner er ikke dette et juridisk bindende dokument, og det blir således ikke anvendt slik, verken politisk eller i rettspraksis. Praktisk sett utgjør således UNDRIP liten forskjell for urfolkene, annet enn at det bekrefter deres rettigheter etter konstitusjonen og C169.

Brasil er også bundet av de interamerikanske instrumentene. I følge IACHR er også Draft American Declaration on Indigenous Peoples Rights et uttrykk for gjeldende rett, og således bindende for medlemslandene, fordi den:

”reflect the general international legal principles developing out of and applicable inside and outside of the inter-American system and to this extent are properly considered in interpreting and applying the provisions of the American Declaration [of the Rights and Duties of Man] in the context of indigenous peoples”¹¹³

4.2.3 Regionen for øvrig

Latin-Amerika som region er dominert av land som har ratifisert C169.¹¹⁴ For de som ikke har gjort det har den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen slått fast at reglene gjelder for dem også, da reglene i konvensjonen reflekterer innholdet i andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter, som SP og ØSK. Dette var tilfelle i bl.a. *Saramaka people v. Suriname* og *Mayan Communities in the District of Toledo v. Belize*.

¹¹² Generalforsamlingsresolusjon 10/612 (2007)

¹¹³ *Dann v. United States*, avs. 129

¹¹⁴ 15 av landene

Den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen og -domstolen kan bruke nasjonale og andre internasjonale instrumenter til å argumentere for sine avgjørelser fordi den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen sier at:

”No provision of this Convention shall be interpreted as [...] restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party”¹¹⁵

Altså er både kommisjonen og domstolen fri til å anvende annen relevant lovgivning ved sine anbefalinger og avgjørelser dersom dette skulle være aktuelt, og dette er gjort ved flere anledninger der f.eks. SP, C169 og andre instrumenter har blitt referert til.¹¹⁶ Dette er i tråd med ICJ-statuttene art. 38(1)(a).

Videre stemte samtlige land i regionen for UNDRIP, unntatt Colombia, som først avsto, men senere ga sin støtte. Det vil si at det er en generell politisk konsensus om urfolks rettigheter i regionen, både på konvensjons- og erklæringsnivå.

4.2.4 Nasjonal rett

Den brasilianske konstitusjonen art. 5 slår fast at alle internasjonale traktater og konvensjoner som omhandler menneskerettigheter tilsvarer nasjonal lovgivning etter ratifikasjon. Ved tilfelle at de får do tredjedeler av stemmene i kongressen har de konstitusjons rang, altså at de vil gå foran nasjonal lovgivning ved motstrid.

Konstitusjonen innehar også et eget kapittel om de brasilianske urfolkenes rettigheter. Den sier bl.a. at indianerne har eksklusiv rett på landområdene de tradisjonelt har okkupert og at det er Unionens plikt å avgrense disse. Det følgende er forfatterens egne, frie oversettelse (fra originalspråket) av konstitusjonens kapittel om urfolk:¹¹⁷

¹¹⁵ ACHR art. 29(b)

¹¹⁶ Yanomami v. Brazil, Mayan Communities v. Belize

¹¹⁷ En oversettelse til engelsk finnes på den brasilianske høyesteretts hjemmesider:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

KAPITTEL VIII

Om indianerne

Artikkel 231. Indianernes sosiale organisering, skikker, språk, tro og tradisjoner, og rettighetene til de landområder de tradisjonelt okkuperer, anerkjennes, og det er påhviler Unionen å avgrense dem [landområdene], beskytte og håndheve alle deres rettigheter.

§ 1 – Landområder som tradisjonelt er okkupert av indianere vil si: de som er bebodd av dem på permanent basis, de som brukes for deres produktive aktiviteter, de uunnværlige for bevaring av miljøressurser som er nødvendige for deres trivsel og for deres fysiske og kulturelle reproduksjon, i henhold til deres bruk, skikker og tradisjoner .

§ 2 – Landområdene tradisjonelt okkupert av indianere er ment for deres permanente besittelse, og de skal ha eksklusiv bruk av rikdommene i jorda, elvene og innsjøene som befinner seg der.

§ 3 – Bruk av vannressursene, inkludert energipotensialet, leting etter og utvinning av mineralressurser på indianernes land kan skje bare med tillatelse fra Kongressen, etter å ha konsultert med de berørte lokalsamfunn, og forsikret dem deltakelse i resultatene av gruvedriften, i henhold til loven .

§ 4 – Landområdene omhandlet i denne artikkelen er umistelige og utilgjengelig, og rettighetene over dem er uavhengelige.

§ 5 – Det er forbudt å fjerne urfolk fra deres landområder, med unntak av "ad referendum" av Kongressen, i tilfelle av katastrofe eller epidemi som truer befolkningen, eller av hensyn til statsuvereniteten, etter godkjenning av Kongressen, og i alle fall må det garanteres umiddelbar retur så snart risikoen opphører.

§ 6 – Handlinger som har følgende formål: okkupasjon, dominans og besittelse av de landområdene som denne artikkelen viser til, eller utnyttelse av naturressursene i jord, elver og innsjøer som befinner seg der, er ugyldige og uten rettsvirkning; bortsett fra Unionens relevante offentlige interesse, som fremkommer av supplerende lovgivning, som ikke vil medføre ugyldighet eller bortfall av rettsvirkning, rett til erstatning eller sak mot Unionen, med unntak i lovs form av de forbedringer som skjer som følge av godtroerverv.

§ 7 - Bestemmelsene i art . 174, § 3 og § 4 gjelder ikke for indianernes landområder.

Artikkel 232. Indianerne, deres lokalsamfunn og organisasjoner har partsinteresse i saker som gjelder deres rettigheter og interesser, og påtalemyndigheten vil være hjelpeintervenient på alle trinn i saksbehandlingen.

Etter dette er det klart at indianere i Brasil har fundamentale konstitusjonelle rettigheter på sine landområder og ressursene innenfor disse (art. 231, §§1-3), samtidig som at eiendommen tilhører Unionen.

Art. 231 §4 stadfester at landområdene er uavhendelige, og §6 at landområdene ikke kan tas i bruk eller besittes av andre enn indianerne som bor der, eller de statlige myndighetene (Unionen). På den måten er indianerne akseptert som å være de som første som befolket landet, og avgrensningen av land til dem er en anerkjennelse av dette og ikke en tildeling fra staten.¹¹⁸ Dette er i tråd med prinsippene i C169 art. 14 og UNDRIP art. 26.

Dette gjør at ingen kan ta fra dem deres landområder, utenom myndighetene eller så lenge det skjer i god tro (at de ikke er bebodd eller i bruk på tidspunktet for overtakelsen) og overtakelsen av landområdet har som virkning at det skjer forbedringer på landområdene. Ved forbedringer menes det at det har skjedd en utvikling i form av noe som lokalsamfunnet kan dra nytte av. Dette kan være bygging av skoler, sykehus, eller i form av plantasjer eller skogbruk hvor flere kan få arbeid og tjene til livets opphold og lignende.¹¹⁹

Ved myndighetsovertakelse av landområder er det krav om at dette er til nasjonens beste interesse og at det ikke er noen andre tilgjengelige alternativer.¹²⁰ Dette kommer også fram av "indianerstatutten".¹²¹ Denne ble ansett som svært progressiv i sin tid, men som i ettertid har blitt kraftig kritisert pga. et formspråk som ligner C107, i form av at den bl.a. oppfordrer indianerne til "utvikling" og "integrasjon".¹²² Som nevnt tidligere fulgte denne et prinsipp som kom av den gamle "sivilloven" (Código Civil) av 1916 som stadfestet indianernes inkompetanse og krevde at de ble underlagt vergemål, et krav som til en viss grad består i dagens lovgivning. På grunn av dette har det siden 1991 vært debatter i kongressen om å skulle vedta en ny lov, men disse har så langt ikke ledet til noe resultat.

¹¹⁸ art. 231 første ledd

¹¹⁹ Ordlyden: "benfeitorias" har nettopp dette meningsinnholdet.

¹²⁰ Art. 5 og 6

¹²¹ Lov n.6001 (1973), art. 20

¹²² Art. 2, FN Menneskerettighetsråd rapport (2009) avs. 14

Altså kan ”relevant offentlig interesse” gå framfor urfolks interesse, ifølge konstitusjonen, uten at den går nærmere inn på hva det kan bety. Det er allikevel klart etter §3 at mineralutvinning og vannkraft kan utnyttes på bekostning av indianerne dersom de konsulteres på forhånd og får nytte av det. Av C169 art. 15(b) kommer det samme fram, men denne sier også at staten må opprette eller opprettholde prosedyrer for slik konsultasjon, noe verken den brasilianske konstitusjonen eller annen nasjonal lovgivning nevner.

Ingen av landets egne lover sier noe om krav til samtykke.

I 2012 ble det innført en ny lov om skogforvaltning som går hardt ut over miljøet, og dermed også urfolkene. Den reduserer størrelsesomfanget av permanent og legalt beskyttede områder, som fører til lavere beskyttelse av bl.a. elveleier og hellinger.¹²³ Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for dette etter konstitusjonen, men det er klart at slike inngrep krever konsultasjon, både etter SP art. 27 og C169 art. 6. Det finnes det ingen registre om gjennomført konsultasjon. I forbindelse med dette har en av Brasils ledende biologer og miljøforkjempere João Paulo Ribeiro Capobianco sagt at Brasil opererer ut ifra en misforstått og utdatert idé om at politiske og sosio-miljørettslige rettigheter er hindre som må overvinnnes for å nå økonomisk vekst.¹²⁴

For tiden er også et forslag om supplerende lovgivning (PLP227) til art. 231 §6 i påvente av endelig avstemning. Denne fastslår bl.a. konkrete tiltak som skal være lovlige å gjennomføre på indianerterritorier, et av disse er vannkraftverk.

4.2.5 Praksis

Ifølge ILOs kommentarer til Brasil i mars 2009 har landet også brutt plikten til å konsultere med urfolk som følger av C169 art. 6. De ble da bedt om å foreta en konsekvensutredning for fem ulike planlagte prosjekter, hvorav en av dem var det planlagte vannkraftverket i Belo Monte.¹²⁵ To måneder senere ble en slik rapport publisert,¹²⁶ men denne ble slaktet av eksper-

¹²³ WWF (2012)

¹²⁴ Mikkelsen (2013) s. 161

¹²⁵ Monitoring Indigenous and Tribals Peoples Rights (2010) ILO, s. 41-43

¹²⁶ Miløpåvirkningsrapport (Relatório de Impacto Ambiental)

ter i en kritisk analyse av konsekvensutredningen som ble publisert seks måneder etter.¹²⁷ Analysen konkluderte med at utredningen kun hadde konsentrert seg om direkte og indirekte påvirkning av landområder og ikke sosial påvirkning av befolkningsgruppene i områdene rundt elven. Konsekvensutredningen hadde tatt for seg områdene på en slik måte at det ved et førsteinntrykk ser ut som om det er kun en ubetydelig del av indianerterritorier som bli indirekte påvirket av demningen, og mangel på konsultasjon var dermed ikke et brudd med de internasjonale instrumentene for beskyttelse av urfolks rettigheter.¹²⁸

Samtidig ble det bekreftet i en høyesterettsdom i Brasil i 2009 at indianeres rettigheter og deres gruppeidentitet har direkte sammenheng med jorda og deres territorier.¹²⁹

Den samme dommen peker også på at indianere i Brasil ikke kan bli definert som ”peoples” med selvbestemmelsesrett¹³⁰, fordi konstitusjonen ikke tillater en slik tolkning. Dermed har de ikke rett på selvbestemmelse, fordi dette er en rett politisk definerte områder, slik som land, stater, nasjonale territorier og uavhengige folk, har.¹³¹ Avgjørelsen uttrykker en tolkning av selvbestemmelse som en rett til territoriell løsrivelse, på tross av at ingen bestemmelser om selvbestemmelse nevner løsrivelse, og er også et brudd på konstitusjonsforpliktelsen av SP art. 2.¹³²

Som nevnt tidligere er de interamerikanske domstolene svært progressive. De har som eksempel flere ganger brukt både C169 og SP til å utdype det de har ment har vært aktuelt i de ulike sakene, selv om statene i de aktuelle sakene ikke hadde ratifisert dem på gjeldende tidspunkt. Blant annet skjedde dette i Yanomami Community v. Brazil der kommisjonen uttalte:

”international law in its present state, and as it is found clearly expressed in Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, recognizes the right of ethnic groups to special protection on their

¹²⁷ Ekspertpanel Kritisk analyse til konsekvensutredningen av Belo Monte vannkraftverk (2009)

¹²⁸ ordlyden i C169 art. 6(1)(a) ”may affect them directly”

¹²⁹ Raposa/Serra do Sol, s. 13, avs. 33

¹³⁰ SP/ØSK art. 1

¹³¹ *ibid.* s. 5, punkt 7

¹³² art. 1 om at staten skal forsikre at alle dens borgere innehar samtlige rettigheter i konvensjonen

use of their own language, for the practice of their own religion, and, in general, for all those characteristics necessary for the preservation of their cultural identity.”¹³³

Brasil ratifiserte konvensjonen først 7 år senere, men den ble altså sett på som relevant i saken fordi internasjonal rett, i den tilstanden som var på det daværende tidspunktet, anerkjente etniske gruppers spesielle beskyttelse. Altså så de på det som et uttrykk for internasjonale rettsprinsipper som Brasil også måtte være bundet av.

Forfatteren har ikke funnet noen uttalelse fra Brasil som omtaler hvorvidt de erkjente seg som bundet av avgjørelsen eller ikke. Det er nevneverdig at utviklingen i velferd for denne indianerstammen var særdeles negativ i årene som kom, i form av gullgraveres okkupasjon av landområder som blant annet førte til massedød av Yanomamiene, en situasjon myndighetene ikke klarte å kontrollere før mange år senere, og fortsatt har ettervirkninger i dag.¹³⁴

Brasil har stadfestet urfolks rettigheter i konstitusjonen og de er langt et ledende land i å avgrense indianerterritorier. Allikevel er de langt i fra et foregangsland når det gjelder å kjempe for urfolks rettigheter, mye på grunn av store politiske splittelser i spørsmålet om økonomisk utvikling. F.eks. nådde de ikke målet etter konstitusjonen om å avgrense samtlige indianerterritorier innen fem år, og de har over 25 år senere fortsatt ikke kommet i mål på dette punktet.¹³⁵ Et av nasjonens store prosjekter i dag er et hurtigvekstprogram med formål å bekjempe fattigdom, øke utviklingen i form av tilgang til strøm og annen teknologi til alle landets folk. Dette skjer ofte på bekostning av urfolkenes rettigheter, om enn i tråd med nasjonal lovgivning.

4.3 Belo Monte i dag

Demningsbyggingen er ment å være avgjørende for å kunne nå noen av målsettingene i den brasilianske konstitusjonen, som å fremme menneskelig verdighet, nasjonal utvikling, utslettelse av ekstrem fattigdom og reduksjon av sosiale og regionale ulikheter. Dette ved å kunne tilby samtlige av landets innbyggere konstant tilgang til energi fra en ren/grønn kilde, i tråd

¹³³ Yanomami Community v. Brazil, avs. 7

¹³⁴ Survival International

¹³⁵ Título X, art. 67

med prinsippene i Rio-erklæringen.¹³⁶ I dag er Belo Monte ansett som et av de største prosjektene i landets hurtigvekstprogram (PAC: Programa de Aceleração de Crescimento¹³⁷) som har som formål å ha økt og bærekraftig utvikling, og en nødvendighet i et land som er på kanten av å ikke kunne tilføre nok energi til den stadig voksende befolkningen.

Landområdene som kommer til å bli oversvømt er ikke bebodd av indianere i dag. Prosjektet er redusert fra opprinnelige planer om seks etterfølgende demninger som skulle oversvømme til sammen opptil 18 000 km² av landområdene rundt, til å bli én demning som skulle oversvømme først 1225 km² til dagens estimat på 516 km².

Reduksjonen i omfanget av oversvømmelser betyr at urfolkene ikke vil bli ekspropriert eller tvangsflyttet slik ILOs konvensjon 169 art. 16 og UNDRIP art. 10 forbyr, og krever særskilt samtykke til. Dette er naturligvis en seier i seg selv for de som ville måttet flytte vekk fra oversvømt land. Manglende konsultasjon ble følgelig rettfærdiggjort med argument om at de oversvømte områdene ikke vil være innenfor indianernes avgrensede områder slik at det ikke ville være krav om samtykke fra indianerne.

Uten at det er mulig å bekrefte, kan man undres om ikke myndighetene anså de store protestene i 1989 og 2008 som erstatning for statsinitiert konsultasjon, og de etterfølgende planmodifikasjonene som substitutt for en forhandlingsprosess. Dette er selvsagt ikke korrekt.

Det vil uansett skje en form for påvirkning av urfolkene i området. Demningen vil begrense den naturlige floden, med opptil 80% til tider, og deler av elven som i dag er brukt aktivt til fiske av befolkningen i området vil bli så redusert at vannstanden ikke vil være høy nok til at mye av den naturlige faunaen i elven vil kunne overleve, og fisket vil i stor grad dermed være tapt for den delen av elven. Stillestående vann vil også være årsak til dårlig hygiene og spredning av sykdommer.

Det vil også påvirke noen av stammenes eneste effektive transportmiddel, elvenavigering, slik at de f.eks. ikke vil kunne reise og selge varer og dermed vil miste en av de viktigste økono-

¹³⁶ Konstitusjonen art. 3, Svar til IACHR 382-10 (2011) avs. 108-109

¹³⁷ www.pac.gov.br

miske aktivitetene de bedriver. Dette gjelder stammene Arara og Juruna som har sine territorier ved elveleiet i den delen som kommer etter området der demningen blir bygget. Disse reiser tradisjonelt til regionshovedstaden Altamira som ligger 40 km før demningen, og vil naturligvis ikke lenger ha adkomst dit, noe som vil bety en tilbakegang i deres utvikling.

En annen faktor er tilflytningen av arbeidere som vil komme for å finne arbeid med å bygge på demningen. Det er beregnet at mange flere enn det er behov for vil flytte i håp om å tjene til livets opphold. Konsekvensutredningen estimerer at så mange som 100 000 mennesker vil flytte til området for å lete etter arbeid. Prosjektet har kun potensiale til å sysselsette rundt 18 000 på høydepunktet av konstruksjonen, samt at det vil være mulighet for indirekte sysselsetting for rundt 23 000, også dette ved høydepunktet.¹³⁸ Altså er det forventet å være minst 50 000 arbeidsledige tilflyttere i området til enhver tid. Dette vil påvirke landområdene rundt elveleiet, ved urbanisering av land som til nå har vært upåvirket av det moderne samfunnet. Denne tilflytningen har ikke bare potensialet til å forstyrre økosystemet, men vil også tilføre risiko for smitte og sykdommer som indianerne aldri har vært i kontakt med tidligere, økt kriminalitet, blant andre faktorer, og er derfor en potensiell trussel for deres helse og velvære, og et brudd på bl.a. C169 art. 7(2).

Dette skjer på tross av at den brasilianske konstitusjonen som stadfester urfolkenes eksklusive rett til utnyttelse av jorda, elvene og innsjøene på landområdene som de tradisjonelt bebor.¹³⁹ Det er klart at eksklusiv rett er utelukket, da demningen bruker elvens strøm, og sett i sammenheng med den ovenfor nevnte foreslåtte supplerende lovgivningen ser det ut til at urfolkenes eksklusive utnyttelse blir unntaket, og ikke hovedregelen. Selv om indianerne får fortsette å bruke de delene av elven som de tradisjonelt har brukt, vil det være en vesentlig endring i elvens mønster, som vil gjøre at den tradisjonelle bruken nødvendigvis må endres. Dette bryter også med indianerstatutten art. 24, som forsikrer indianerne bruken av vann og vannveier innenfor landområdene de benytter seg av. Dette kan være en nektelse av retten til å nyte sin kultur etter SP art. 27, og er klart et brudd på konsultasjonsplikten.

¹³⁸ Miljøpåvirkningsrapport (2009), s. 85

¹³⁹ Art. 231 (2)

Myndighetene mente, som nevnt over, at konsultasjon ikke var nødvendig i sammenheng med demningsbygningen fordi bebodde områder ikke ville bli oversvømt. Dette er antagelig en referanse til Tucuruí-demningen som ble bygget i 1984, der et bebodd område ble oversvømt for å lage plass for demningen, og flere titalls tusen mennesker, inkludert to indianerstammer, ble tvangsflyttet. Konsekvensene av denne demningen har vært katastrofale, og inkluderer mangel på erstatning og hjemløshet for de som levde ved området der demningen ble bygget, samt over 60% nedgang i fiske for de som levde nedenfor demningen.¹⁴⁰ Mange er redde for lignende konsekvenser ved byggingen av Belo Monte.

I konsekvensutredningen som ble gjort i forbindelse med Belo Monte-prosjektet ble ikke påvirkning i områder nedenfor demningen, ved ”den store bøyen” (Volta Grande), tatt til etterretning, da dette området ikke ble regnet for å bli påvirket av konstruksjonen.¹⁴¹ Dette er ikke i samsvar med de siste årenes utviklingen på området, hvor det har blitt utviklet en enighet om at urfolk må konsulteres uansett om prosjektet som skal gjennomføres ikke befinner seg direkte på deres landområde.¹⁴² I en av sine generelle kommentarer har UNHCHR også sagt at statene bør passe på at ”indigenous peoples have equal rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent”.¹⁴³ Det som er avgjørende er altså hvorvidt urfolkenes rettigheter eller interesser, og ikke nødvendigvis landområder, blir påvirket.

Videre har ikke konsekvensutredningen tatt for seg virkningen prosjektet vil ha på *folk*, men på *territorier*. Det vil si at kun bebodde territorier på tiden da konsekvensutredningen ble gjennomført er tatt med i rapporten, mens folk som bor på territorier nært de påvirkede territoriene ikke er medregnet, selv om disse skulle bruke elven eller de nærliggende territoriene. Dette gjelder også virkninger som tilflytning av arbeidere vil ha, f.eks. på deres helse og velvære, som gjennomgått ovenfor.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Fearnside (1998) og (2001)

¹⁴¹ Ekspertpanel (2009), s. 32

¹⁴² Lubicon Lake Band v. Canada og Saramaka v. Suriname

¹⁴³ FNs Høykommissær for Menneskerettigheter anbefaling 23 (1997)

¹⁴⁴ Ekspertpanel (2009), s. 43

Etter dette er det rimelig klart at urfolkene blir påvirket og at dette er av betydning.¹⁴⁵ Videre understrekes det av Expert Mechanism at en uproporsjonal betydelig innvirkning på indianernes levesett krever konsultasjon når dette er på en måte som ikke merkes av andre i samfunnet, med tanke på deres med tanke på deres tradisjonelle kulturelle mønstre osv.¹⁴⁶

Man kan etter dette spørre om konstruksjonen av Belo Monte på bekostning av indianernes interesser er forholdsmessig, jf. proporsjonalitetsprinsippet.¹⁴⁷ I Brasil er dette også et kjent prinsipp.¹⁴⁸

Det er klart at demningen vil generere enorme mengder energi, selv om det er omstridt hvilken mengde og hvor mange deler av landet den vil kunne forsyne. Det er også naturligvis klart at vannkraft ikke forurenses på samme måte som fossilt brennstoff og det derfor vil oppfylle målet om ren energi. Det er også ubestridt at det er et adekvat middel for å nå målet.

Spørsmålet er således om det finnes andre muligheter for å nå dette målet om masseproduksjon av ren energi. Det er mange meninger og flere forslag til alternativer har blitt fremmet av eksperter om dette.¹⁴⁹ I 2005 skrev brasilianske og utenlandske eksperter en bok som handlet om alle de store feilene som ble gjort med Belo Monte-prosjektet, både prosessuelt og materielt i form av forventninger om kostnader og mengde energi som kan bli produsert.¹⁵⁰ Flere av disse feilene har også kommet frem både i søksmål og diverse avisartikler av bl.a. Felício Pontes Jr., statsadvokaten i Pará (der demningen bygges). Til sammen er 15 søksmål innlevert mellom 2001 og 2012.¹⁵¹ De anførte feilene er altså kjent for myndighetene.

¹⁴⁵ Punkt 3.3 over

¹⁴⁶ Expert Mechanism anbefaling 2 (2011) avs. 16, FNs Menneskerettighetsråd rapport (2009) avs. 43

¹⁴⁷ punkt 3.4

¹⁴⁸ Marques (2010)

¹⁴⁹ Silva (2012)

¹⁵⁰ A. Oswaldo Sevá Filho et. al. *Tenotã-Mo*. International Rivers Network, 2005.

¹⁵¹ <http://belomontedeviolencias.blogspot.no/> Webside utarbeidet av statsadvokat Felício Pontes Jr. med samling av artikler, søksmål, sakens historie, samt videoer og intervjuer om Belo Monte

Noen av alternativene som blir nevnt er utvidelser av allerede eksisterende demninger og solkraft. Solkraft har tidligere vært utelukket pga. sin høye kostnad, men Pontes Jr. peker på at dette i dag er såpass billig at det ikke kan utelukkes av rent økonomiske grunner.¹⁵²

Etter dette kan det ikke utelukkes at andre midler ville kunne nå samme mål, uten å bli nødt til å demme opp en elv. Skadene som ville følge av de andre alternativene kan ikke med sikkerhet sies å nå samme nivå som Belo Monte. Allikevel er dette punktet ikke sikkert, da det hefter mange uenigheter ved spørsmålet.

Hvis man skal se på den rent objektive proporsjonalitetsvurderingen, om formålet kan rettferdiggjøre begrensning av indianeres grunnleggende rettigheter, er svaret noe mer komplekst. Som gjennomgått ovenfor er det her SP art. 27 kommer til anvendelse. Denne sier at rettighetene til å nyte sin kultur i samvær med andre "shall not be denied" og dette vil si at dersom den aktuelle kulturen vil opphøre sin eksistens på grunn av prosjektet så må det være forbudt, uansett hva. Som drøftet ovenfor er dette en rettighet med flere sider. Den ene er siden hvor urfolkens kultur opphører å eksistere på grunn av påvirkning av en aktivitet på dere territorier. Dette er totalt forbudt.

Den andre siden er lovlige aktiviteter som kan bli gjennomført uten å påvirke urfolkens leveste i det hele tatt. Det problematiske er altså den grå sonen, der vi nå befinner oss, et sted hvor det er uklart i hvilken grad indianernes leveste vil bli påvirket av prosjektet. I tilfellene av stor påvirkning er det, som vist i bl.a. Ángela Poma Poma-saken, uhyre viktig at konsultasjon blir gjennomført, og at samtykke skjer i forkant. Som vi har sett er dette ikke gjennomført, selv etter anbefaling av IACHR, og etter kravet til konsultasjonens førtidighet er det klart at konsultasjonsplikten er brutt.

I dette tilfellet er det ikke klart om urfolkene vil bli påvirket i liten grad eller om de vil miste total mulighet til utøvelse av kultur, da det er uenigheter om hvor store konsekvensene faktisk vil bli. Det er utvilsomt at fisket vil bli redusert, slik som skjedde ved Tucuruí-demningen. Det er også utvilsomt at transport til viktige steder vil bli vanskeligere, og det er heller ikke laget noen planer for hvordan dette skal avhjelpes når demningen blir ferdigbygget.

¹⁵² Pontes Jr. (2011)

Hvis man antar at deres kulturelle nytelse ikke vil bli ”denied”, er det også klart at staten kunne hatt lov til å gjennomføre lisensiering av prosjektet så lenge skadeomfanget ble minimert. Det er et ubestridt faktum etter statssuverenitetsprinsippet at de bestemmer over hva som skjer innenfor dens egne landegrenser, da det er dennes anliggende, når dette ikke bryter menneskerettighetene.¹⁵³

Dette innebærer at det er opp til den brasilianske myndigheten å avgjøre om dette er et nødvendig tiltak. Om ikke den grunnleggende rettigheten til konsultasjon etter SP art. 27 hadde blitt brutt kunne det muligens vært en lovlig handling.

4.3.1 Konsultasjonen

Til en viss grad har myndighetene unnskyldt manglende konsultasjon fordi de har ment at det uansett kunne bli gjennomført av FUNAI¹⁵⁴, et føderalt organ som eksisterer for å beskytte indianernes rettigheter, eller det føderale miljøverninstituttet IBAMA¹⁵⁵. FUNAI ble skapt av den brasilianske føderale regjeringen for å informere og beskytte indianerne og har ikke mandat til å gjennomføre konsultasjon med indianerne om legislative avgjørelser som vil påvirke dem, kun rent administrative. IBAMA har lignende kompetanse og kan konsultere og lisensiere ved administrative tiltak som påvirker miljøet. Dette er fordi det er kongressen som er det legislative organet, og dermed er det kun de som kan gjennomføre korrekt konsultasjon ved store utviklingsprosjekter som Belo Monte etter brasiliansk rett. Dette viser seg gjennom nasjonal rettspraksis i en sak der kongressen hadde som intensjon å delegere ansvaret videre, referert nedenfor.

Etter brasiliansk rett kan ikke den nasjonale kongressen delegere konsultasjonsansvaret, de er nødt til å gjennomføre den direkte for deretter å gi tillatelse til prosjektet. Dette kom frem i et kjæremål i 2006:¹⁵⁶ det aktuelle departementet anket en avgjørelse der de ikke fikk medhold i

¹⁵³ kapittel 2

¹⁵⁴ www.funai.gov.br

¹⁵⁵ www.ibama.gov.br

¹⁵⁶ I det følgende er det referert fra et kjæremål: ”AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.017736-8/PA”. Dokumentet er uten sidetall/nummererte avsnitt. Oversettelser og uthevninger er gjort av forfatteren.

å oppheve en midlertidig forføyning om suspensjon av Belo Monte-byggingen fram til *kongressen* gjennomførte hele prosessen for lisensiering av prosjektet:

”inkludert studier, *offentlige konsultasjoner*, offentlige høringer, alt som er nødvendig for å muliggjøre [...] lisensieringen [...] med full og streng overholdelse av [lovgivningen¹⁵⁷].”

Det fremkommer av dommen at en endring av lovgivningen for å tillate delegasjon av denne kompetansen ikke vil gjøre at det kan ventes med å gjennomføre konsultasjon (den kan altså ikke gis tilbakevirkende kraft).

Selv om det er uklart når konsultasjonen må gjennomføres er det klart at den må skje i forkant av avgjørelsen om en eventuell tillatelse, slik det fremkommer i konstitusjonens art. 231 §3 og tidligere omtalte internasjonale instrumenter. Til slutt kommer dommeren med en uttalelse, eller en advarsel, av mer generell art:

”Man kan ikke overse de sosiale og økonomiske problemene rundt entrepriser med et størrelsesomfang av Belo Monte vannkraftverks skala, men det er prosesser og prosedyrer hvis ritualer må overholdes, og som ikke kan fravikes uten å bli straffet med ugyldighet”.

Det er altså slik at den totale prosessen for lisensiering av entrepriser av denne art skal gjennomføres av kongressen, og dersom det ikke blir gjort før konsesjonen blir gitt, kan hele vedtaket være ugyldig.

Det er et gjennomgående problem at indianerne ikke har blitt konsultert og dermed på den måten har blitt nektet sin rett til intern selvbestemmelse, og retten til å bestemme hva som skjer med sine territorier, og også et brudd på C169 art. 7 om deres rett til å selv bestemme over sin egen økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling.

Dette er også vanskelig fordi brasiliansk høyesterett mener konstitusjonen ikke gir rett til selvbestemmelse for urfolk, og at kun territorier som er offisielt avgrenset kan regnes som

¹⁵⁷ Her refereres det til en forordning som tillater den utøvende makten å gjennomføre Belo Monte-prosjektet etter at bl.a. konsultasjon, jf. konstitusjonen art. 231 §3 er gjennomført. Etter nevnte bestemmelse skal dette gjøres av kongressen, forordningen sier heller ikke annet: Decreto Legislativo No. 788/2005 art. 1 og 2. IV.

indianer-territorier og dermed være beskyttet mot slike inngrep. På tross av hva som regnes som gjeldende internasjonal rett i dag, er det kun de som bor innenfor slike indianer-territorier som vil bli påvirket som har rett til å bli konsultert.¹⁵⁸ Dette er klart et brudd på SP art. 27, jf. art. 2 og dermed også prinsippet om *pacta sunt servanda* uttrykt i Wien-konvensjonen art. 26.

Under kapittel 3 nevnte jeg kort to eksempler der konsultasjonsprosessene er innarbeidet i forvaltningen og der detaljerte retningslinjer har blitt utarbeidet, nemlig Canada og New Zealand. Brasil har ikke kommet like langt, men den statsadvokaten i delstaten Pará (der Belo Monte ligger) har i 2013 tentativt utarbeidet en plansje som viser i hvilken rekkefølge konsultasjonen skal gjennomføres, og hvem som er det ansvarlige organet i de ulike stegene.¹⁵⁹

Samme året inviterte NGOer med støtte av FUNAI til workshop for urfolk i konsultasjonsretten og rettighetene etter C169.¹⁶⁰ Dette kom et år etter at det ble holdt en forberedende workshop for å regulere konsultasjonsprosessene etter C169 ("Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais: expectativas e experiências") der bl.a. 60 indianere deltok.¹⁶¹ Dette viser en klar tendens i retning av større inkludering av indianerne i prosesser som påvirker deres levesett.

4.3.2 Kan prosjektet gjennomføres uten konsultasjon/samtykke?

Det er klart at etter prinsippet om statssuverenitet, kan den bestemme over alt som skal skje innenfor dens landegrenser, så lenge dette ikke fører til brudd på menneskerettighetene, i dette tilfellet SP art. 27. Det er også, i dag, tydelig at demningsbygningen er i gang for fullt, og det er lite som kan bli gjort med dette.

Mye av grunnen til at det blir gjennomført på tross av uttalelsen fra IACHR og utallige nasjonale protester, er at både private og statlige bedrifter har investert enorme mengder ressurser på planleggingen, og dersom det ikke nå gjennomføres betyr det et tap av enorme summer. I

¹⁵⁸ Raposa/Serra do Sol (2009) avs. 32, ref. i Jaichand (2013) s. 418-419, 424 og Svar til IACHR 382-10 (2011) avs. 107

¹⁵⁹ Statsadvokaten i Pará (2013)

¹⁶⁰ Presidentens sekretariat (2013)

¹⁶¹ FUNAI (2012)

tillegg vil det uansett være behov for denne energimengden, så noe ville uansett måtte gjøres for å produsere noe i en slik skala, og dette vil i sin tur kreve nye runder med planlegging, konsekvensutredninger, anbudskonkurranser, investeringer osv. Altså vil i så fall årevis med investeringer og milliardsummer til planlegging rundt Belo Monte-prosjektet gå tapt.

Når nå demningen blir bygget vil det skje på den måten Unionen mener både best gagnar befolkningen i form av tilgang på strøm, og samtidig ødelegger minst mulig for indianerne. Intensjonen er at dette skal kunne gjennomføres uten å bryte de mest grunnleggende rettighetene til urfolkene, og muligheten til å nyte sin kultur.¹⁶² Samtidig har det ikke blitt gjennomført konsultasjoner, og dette vil antagelig ha en konsekvens dersom det kommer opp for IACHR eller Menneskerettighetskomiteen. Som det fremkommer av sakene tatt opp i denne avhandlingen er det svært viktig at urfolkene får muligheten til ”effective participation”, eller med andre ord å delta i beslutningsprosessene, ved konsultasjon og samtykke der det skjer større utviklingsprosjekter.¹⁶³ Det har altså skjedd et brudd på noe som kan regnes som gjeldende rett i dag.

Det er tidligere kommet opp lignende saker i den Interamerikanske menneskerettighetsdomstolen: *Awas Tingni Community v. Nicaragua*, der statlig gitte konsesjoner ble dømt som ulovlige i domstolen, bl.a. fordi urfolk på grunn av sin eksistens måtte få leve fritt på sine territorier.¹⁶⁴ Det er lite som tilsier at domstolen vil dømme annerledes i en eventuell sak om Belo Monte.

Hvis man ser bort ifra konsultasjonsunntakelsen kunne prosjektet selvfølgelig være legitimt ut ifra konstitusjonen og statssuverenitetsprinsippet, så lenge det hadde blitt tatt hensyn til minimering av skadeomfanget. Det kan bare ikke skje en ”denial” av deres grunnleggende rettigheter, og det må også være proporsjonalt, slik som ovenfor gjennomgått.

Et annet viktig poeng er at Brasil har ratifisert konvensjoner som gir rett på konsultasjon. Etter Wien-konvensjonen om traktatretten og internasjonal sedvanerett gjelder et prinsipp om

¹⁶² art. 27

¹⁶³ *Ángela Poma Poma v. Peru*, avs. 7.6

¹⁶⁴ *Awas Tingni Community v. Nicaragua*, avs. 149

pacta sunt servanda, og at forpliktelsene ut i fra konvensjonene må gjennomføres ut i fra et prinsipp om god tro.¹⁶⁵ Dette er aspekter som de interamerikanske organene vil kunne se på som relevante, jf. ovenfor nevnte amerikanske menneskerettighetskonvensjon art. 29 om at andre nasjonale og internasjonale instrumenter også gjelder.

¹⁶⁵ Wien-konvensjonen om traktatretten, art. 26

5 Sammenfatning og vurdering

Mye kan sies om både grunnleggende menneskerettigheter og kollektive urfolks rettigheter opp mot statens rett til å styre over interne anliggender. Det er ubestridt at staten ikke lovlig kan gjøre brudd mot menneskerettighetene, og spesielt ikke ratifiserte konvensjoner. Det er således heller ikke lov til å gjøre urett mot urfolks spesielle kollektive rettigheter. Det problematiske er mangelen på sanksjoner. Hvordan skal man trygge en sårbar befolkningsgruppe mot grove overtramp på deres grunnleggende friheter og rettigheter? Denne oppgaven har handlet spesielt om urfolks rett på territorier på grunn av deres spesielle forhold til jorda og naturressursene som noe mer enn bare ressursutnytting, som et middel for overlevelse og videreføring av en unik kultur. Det er f.eks. noe helt annet for en indianerstamme å skulle flytte fra sine tradisjonelle territorier enn det er for et moderne vestlig menneske å skulle flytte til en annen by, dette fordi indianerne har en spesiell, spirituell kontakt med jorda, og trenger denne for å kunne videreføre sin kultur.

5.1 Hva er fremtiden for indianerne ved Belo Monte?

Når det gjelder urfolks rettigheter er det staten som plikter å fremme og beskytte dem. Det betyr at det er statens ansvar å påse at ikke noen av rettighetene blir brutt. Når dette allikevel skjer kan dette klages fram for et organ, f.eks. en regional domstol eller FNs Menneskerettighetskomité. Organet kan i sin tur avgjøre hva som er gjort galt i den spesifikke saken, og anbefale avhjelp og erstatning. I Belo Monte-saken er dette antagelig den mest sannsynlige fremtiden for urfolksgrupper som Arara og Juruna.

Når et organ som er satt til å overvåke overholdelsen av en konvensjon tolker vidt kan det komme i konflikt med statssuvereniteten og dette kan skape motvillighet til etterfølgelse.¹⁶⁶ Saken om Saramaka mot Surinam er et eksempel på at dette ikke blir gjort. Brasil har også ignorert anbefalinger i fortiden, og det er ingenting som tilsier at de vil etterleve noe fra det samme organet i framtiden. Slik sett er det fortsatt opp til staten om de vil etterfølge avgjørelsen.

¹⁶⁶ punkt 2.1.4.1

For de aller fleste indianerstammene rundt Belo Monte-demningen vil nok livet fortsette som normalt, men en liten minoritet vil ha store omveltninger i livsstilen sin, og antagelig slite lenge med ettervirkningene av dette. På tross og på grunn av dette har statlige interesser gått foran, og Unionen har gått langt i å legitimere prosjektet for å få mulighet til å bygge demningen.

5.1.1 Konklusjon

Som det ble vist gjennom drøftelsene ovenfor er det vanskelig å finne en eksakt linje hvor urfolkenes rettigheter har blitt brutt på bekostning av nasjonens interesser, og når staten har gått for langt. Det er allikevel klart etter denne drøftelsen at konsultasjon skal skje når prosjektet kan ha konsekvenser for urfolks rettigheter, og at målsettingen ved slik konsultasjon er samtykke. Det er i tillegg et krav om FPIC ved store utviklingsprosjekter.

Brasil har således brutt sine plikter etter SP art. 27, og prinsippet om utøvelsen av konvensjonsforpliktelser i god tro.¹⁶⁷ Etter min vurdering er utbyggingen av Belo Monte derfor folkerettslig ulovlig.

¹⁶⁷ Wien-konvensjonen om traktatretten art. 26

6 Litteraturliste

6.1 Lover

ICJ-statuttene	Den internasjonale domstolen i Haag statutter (1946)
UDHR	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (1948)
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (1966)
ØSK	FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (1966)
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten (1980)
C169	ILOs konvensjon 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (1989)
Minoritetserklæringen	FNs Minoritetserklæring (1992)
CBD	Konvensjonen om Biologisk Mangfold (1992) Cartagenaprotokollen (2000)
Århuskonvensjonen	Konvensjonen om tilgang til miljøinformasjon, allmennhetens deltakelse i beslutningsprosesser og adgang til klage og domstolsprøving på miljøområdet (1998)
UNDRIP	UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007)
American Declaration	American Declaration on the Rights and Duties of Man (1948)
ACHR	American Convention on Human Rights (1969)
Den brasilianske konstitusjonen	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

6.2 Rettspraksis

6.2.1 Internasjonal rettspraksis

Den internasjonale domstolen i Haag:

North Sea Continental Shelf Cases, 2 (1969)

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

Tyrer v. the United Kindom, 5856/72 (1978)

Menneskerettighetskomiteen:

Ivan Kitok v. Sweden, Communication, 197/1985 (1988)

Lubicon Lake Band v. Canada, 167/1984 (1990)

Länsmann et al. v. Finland, 511/1992 (1994)

Apirana Mahuika et al. v. New Zealand, 547/1993 (2000)

Ángela Poma Poma v. Peru, 1457/2006 (2009)

Den interamerikanske menneskerettighetskommissjonen:

Yanomami Community v. Brazil, 7615 (1985)

Mary and Carrie Dann v. United States, 11.140 (2002)

Mayan Communitites in the District of Toledo v. Belize, 12.053 (2004)

Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen:

Awás Tingni Community v. Nicaragua, 79 (2001)

Saramaka People v. Suriname, 172 (2007)

Saramaka People v. Suriname: Monitoring compliance with judgement (2011)

6.2.2 Utenlandsk rettspraksis

Kjæremål, Brasil (2006): AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.017736-8/PA, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO
(http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/danos-ambientais/trf-1/AI_2006.01.00.017736-8-PA.pdf)

Cal et al. V. Attorney General, Supreme Court of Belize 171/172 (2007)
(<http://www.elaw.org/node/1620>)

Raposa/Serra do Sol, 3388-4 Roraima, Brasil (2009)
(<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>)

6.3 Litteratur

6.3.1 Bøker

Roulet, Florencia. Human Rights and Indigenous Peoples, A Handbook on the UN System. Doc. 92. IWGIA, 1999.

Donnelly, Jack. Universal Human Rights in Theory & Practice. 2. utgave. Ithaca, 2003.

Falk, Richard, Elver Hilal og Hajjar, Lisa. Critical Concepts in Political Science vol. 2. London, 2008.

S. James Anaya. International Human Rights and Indigenous Peoples. New York, 2009.

Javaid Rehman. International Human Rights Law. 2. utgave. Harlow, 2010.

N. Høstmælingen. Internasjonale menneskerettigheter. 2. utgave. Oslo, 2012.

Mikkelsen, Cæcilie et al. The Indigenous World 2013. IWGIA, 2013

6.3.2 Artikler

Fearnside, Philip M. Social Impacts of Brazil's Tucuruí Dam. INPA, 1999 (Siteret fra academia.edu)

Fearnside, Philip M. Environmental Impacts of Brazil's Tucuruí Dam: Unlearned Lessons for Hydroelectric Development in Amazonia. INPA, 2001 (Siteret fra Internationalrivers.org)

Colchester & MacKay. In search of Middle Ground: Indigenous Peoples, Collective Representation and the Right to Free, Prior and Informed Consent. Forest Peoples Programme, 2004 (Siteret fra Forestpeoples.org)

Lile, Hadi. A New Era For Indigenous Peoples. I: Journal of Indigenous Peoples Rights. No. 2/2006. side 1-49 (Siteret fra Galdu.org)

Marques, Andréa Neves Gonzaga. Princípio da Proporcionalidade e Seus Fundamentos. 24.03.2010 (Siteret fra tjdfj.jus.br)

Pontes Jr., Felício. O Custo de Belo Monte. I: O Globo. 18.04.2011 (Siteret fra globo.com)

Silva, Marina et.al. The Brazilian Electricity Sector and Sustainability in the 21st Century. Brasilia. International Rivers. 2012 (Siteret fra Amazonwatch.org)

Picq, Manuela. Is the Inter-American Commission of Human Rights too progressive? I: Al Jazeera. 09.06.2012. (Siteret fra aljazeera.com)

Jaichand og Sampaio. Dam and Be Damned: The Adverse Impacts of Belo Monte on Indigenous Peoples in Brazil. I: Human Rights Quarterly. Volume 35, Number 2, May 2013. side 408-447 (Siteret fra muse.jhu.edu)

6.3.3 Vedtak, rapporter, anbefalinger o.l.

UN Commission on Human Rights. Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations (E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8). 30 september 1983

(http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_xxi_xxii_e.pdf)

UN Human Rights Committee. General Comment 23, Article 27 (HRI/GEN/1/Rev.1) 1994

(<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom23.htm>)

Office of the High Commissioner for Human Rights. General Recommendation No. 23: Indigenous Peoples. 18 august 1997.

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/73984290dfea022b802565160056fe1c?Opendocument>)

UN Commission on Human Rights. Working Paper On The Relationship And Distinction Between The Rights Of Persons Belonging To Minorities And Those Of Indigenous Peoples (E/CN.4/Sub.2/2000/10) 19 juli 2000

([http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2000.10.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2000.10.En?Opendocument))

UN Human Rights Council. Report to the General Assembly on the Second Session

(A/HRC/2/9). 22 mars 2007 (<http://www.refworld.org/pdfid/47bae06b2.pdf>)

UN Human Rights Council. Promotion And Protection Of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right To Development

(A/HRC/12/34) 15 juli 2009

(http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_en.pdf)

UN Human Rights Council. Progress report on the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making (A/HRC/EMRIP/2010/2) 17 mai 2010

(http://www.galdu.org/govat/doc/decision_making_study.pdf)

UN Committee on Economic Social and Cultural Rights. General Comment No. 15: The right to water (Art.'s 11 and 12) (E/C.12/2002/11) 20 januar 2003

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94>)

UN Committee on Economic and Social Council Rights. General comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life (E/C.12/GC/21) 21 desember 2009

(<http://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html>)

UN Permanent Forum on Indigenous Issues. Report on the sixth session (E/2007/43 E/C.19/2007/12). 14-25 mai 2007 ([http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/376/75/PDF/N0737675.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/376/75/PDF/N0737675.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/376/75/PDF/N0737675.pdf?OpenElement))

UN Permanent Forum on Indigenous Issues. Report on the Seventh Session (E/2008/43 E/C.19/2008/13). 21 april-02 mai 2008. ([http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/82/PDF/N0833882.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/82/PDF/N0833882.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/82/PDF/N0833882.pdf?OpenElement))

UN Permanent Forum on Indigenous Peoples. Report on the tenth session (E/2011/43- E/C.19/2011/14). 16-27 mai 2011

(http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/session_10_report_EN.pdf)

Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. Indigenous Peoples And The Right To Participate In Decision-Making (Advice No. 2) 2011

(http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Advice2_Oct2011.pdf)

Indigenous Peoples' proposed amendments to the Rights of Self-Determination (Preambular para. 15, new preambular para. and Art. 3) 20 september 2004 (<http://inuit.org/dk/oprindelige-folks-rettigheder/de-forenede-nationers-deklaration-om-oprindelige-folks-rettigheder/indigenous-peoples-proposed-amendments-relating-to-the-right-of-self-determination.html>)

UN General Assembly. General Assembly Adopts Declaration On Rights Of Indigenous Peoples (GA/10612) 13 september 2007

(<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>)

International Labour Standards Department. ILO Standards and the UN Declaration on Indigenous Peoples Rights (2007) (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100792.pdf)

International Labour Standards Department. Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice: A Guide to ILO Convention No. 169 (2009) (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_106474.pdf)

International Labour Standards Department. Application of Convention No. 169 by domestic and international courts in Latin America - A casebook (2009) (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_123946.pdf)

International Labour Standards Department. Monitoring Indigenous and Tribal Peoples' Rights through ILO Conventions: A compilation of ILO Supervisory Bodies' Comments 2009-2010 (2010) (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_126028.pdf)

International Labour Standards Department. Handbook for ILO Tripartate Constituents – Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) (2013) (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205225.pdf)

Inter-American Commission on Human Rights. Indigenous And Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands And Natural Resource: Norms And Jurisprudence Of The Inter-American Human Rights System (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09). 30 desember 2009 (<https://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf>)

Inter-American Commission on Human Rights. Indigenous Communities of the Xingu River Basin, Pará, Brazil (PM 382/10) 1 april 2011 (<http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/protection/precautionary.asp>)

República Federativa do Brasil. Svar til den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen (CIDH. MC-382-10). 25 april 2011 (http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Resposta_do_Estado_MC_030520111.pdf)

Miljøpåvirkningsrapport (Ministério de Minas e Energia. Relatório de Impacto Ambiental). Mai 2009 (http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/Dossie/BM/DocsOf/RIMA-09/Rima_AHE%20Belo%20Monte.pdf)

Ekspertpanel – Kritisk analyse til konsekvensutredningen av Belo Monte vannkraftverk (Painel de Especialistas – Análise Crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte). 29 oktober 2009

(http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf)

6.4 Nettsider

Det Store Norske Leksikon. Veto. <http://snl.no/veto> [sitert: 13.04.14]

UNPFII. About Us. <http://undesadspd.org/IndigenousPeoples/AboutUsMembers.aspx> [sitert: 07.04.14]

Interamerican Association for Environmental Defense. Belo Monte hydroelectric dam. <http://www.aida-americas.org/en/project/belomonte> [24.04.14]

Pita Sharples, Maori Affairs. Supporting UN Declaration restores NZ's mana. 20 april 2010 <http://www.beehive.govt.nz/release/supporting-un-declaration-restores-nz039s-mana> [24.04.14]

Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. Canada's Statement of Support on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. 20 november 2010 <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1309374239861/1309374546142> [24.04.14]

United States Mission to the United Nations. Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. 9 desember 2010 <http://usun.state.gov/documents/organization/153239.pdf> [24.04.14]

Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. Aboriginal Consultation and Accommodation - Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult - March 2011. <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100014664/1100100014675> [sitert: 04.04.14]

Ministry of Justice. Guide for Consultation with Maori - Published December 1997.
<http://www.justice.govt.nz/publications/publications-archived/1997/guide-for-consultation-with-maori> [siteret: 04.04.14]

Conectas Human Rights. Annual Report 2012. <http://conectas.org/relatorio/2012/en/politica-externa-2.asp> [siteret: 25.03.2014]

Supremo Tribunal Federal. Constituição Inglês.
http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf [24.04.14]

Survival International. The Yanomami.
<http://www.survivalinternational.org/tribes/yanomami/wayoflife> [26.03.2014]

Statsadvokaten i Pará. Flowchart om konsultasjon ved vannkraftverk. 2013.
http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/fluxograma_planejamento_licenciamento_hidreletricas-versao-20-m.pdf [24.04.14]

Presidentens sekretariat. Urfolk deltar i workshop om konsultasjonsrett. 28.05.2013.
http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2013/05/28-05-2013-povos-indigenas-do-parque-do-xingu-participam-de-oficina-sobre-a-convencao-169-da-oit-e-o-direito-de-consulta [siteret: 05.04.14]

FUNAI. Urfolk deltar i workshop til forberedelse av regulering av konsultasjonsprosess.
<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/674-indigenas-participam-de-oficina-preparatoria-para-regulamentacao-do-processo-de-consulta> [siteret: 05.04.14]

WWF. Forests under threat. 2012.
http://www.wwf.org.uk/what_we_do/safeguarding_the_natural_world/forests/forest_work/amazon/amazon_threatened_by_brazil_s_forest_code_change.cfm [siteret: 16.04.2014]