

Kulturdepartementet
Enheten för diskrimineringsfrågor
103 33 Stockholm
ku.remissvar@regeringskansliet.se

YTTRANDE ÖVER PROMEMORIAN KONSULTATION I FRÅGOR SOM RÖR DET SAMISKA FOLKET (Ds 2017:43)

1. Sammanfattning

Civil Rights Defenders välkomnar att regeringen tagit tag i en av de mest grundläggande urfolksrättsliga och för samerna akuta frågorna, nämligen inflytandet i beslutsprocesser som påverkar samers livssituationer som urfolk.

Civil Rights Defenders är dock kritisk till att man inte som utgångspunkt för utredningen gjort avstamp i urfolkens rätt till inflytande enligt den folkrättsliga principen om fritt informerat förhandssamtycke (*Free Prior and Informed Consent*, FPIC-principen), som bygger på urfolkens självbestämmanderätt. Principen förpliktar stater att säkerställa urfolken ett reellt och effektivt inflytande i frågor som berör dem. Flera internationella organ har kritiserat Sverige för att inte leva upp till kraven i FPIC-principen, något som inte över huvud taget berörts i utredningen.

Civil Rights Defenders ståndpunkt skiljer sig därmed på en väsentlig punkt från utredningens. Detta får till konsekvens att huvuddelen av de förslag som lagts fram i promemorian enligt Civil Rights Defenders uppfattning inte lever upp till kraven på konsultation enligt den internationella urfolksrätten. Civil Rights Defenders avstyrker därför förslaget i dessa delar.

2. Närmare om promemorians förslag

Rättsliga utgångspunkter för förslaget och förhållandet till Sveriges internationella åtaganden på urfolksrättsområdet

Civil Rights Defenders välkomnar att regeringen tagit tag i en av de mest grundläggande urfolksrättsliga och för samerna akuta frågorna, nämligen frågan om inflytande i

beslutsprocesser som påverkar samers livssituationer som urfolk. Såsom man konstaterar i utredningen, finns det anledning därtill bland annat mot bakgrund av de rekommendationer som internationella granskningsorgan gett till Sverige. Det är också positivt att man i utredningen understryker att samer i den föreslagna konsultationsordningen avses företräda samernas allmänna intressen som urfolk, i motsats till enskilda sakägare eller parter i ärendet.

Civil Rights Defenders är dock kritisk till att man inte som utgångspunkt för utredningen gjort avstamp i den i FN:s urfolksdeklaration kodifierade principen om urfolkens rätt till inflytande, principen om fritt informerat förhandssamtycke (*Free Prior and Informed Consent, FPIC*. I fortsättningen används förkortningen FPIC-principen). Principen förpliktar medlemsstaterna att säkerställa urfolken ett reellt och effektivt inflytande i frågor som berör dem. Även om deklARATIONEN som sådan inte är en bindande rättsakt, anser man att FPIC-principen idag utgör internationell sedvanerätt.¹ Principen anses också ingå i det övriga rättsliga ramverk om urfolksrättigheter, som Sverige är bunden av och som tidigare föranlett omfattande kritik mot Sverige. FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, FN:s rasdiskrimineringskommitté och FN:s människorättskommitté har följaktligen i sina respektive senaste granskningar av Sverige uppmanat Sverige att inkorporera och implementera FPIC-principen på nationell nivå.² Denna kritik har över huvud taget inte bemötts i utredningen. Man har heller inte i övrigt analyserat varför principen inte skulle vara tillämplig för svenskt vidkommande.

Syftet med FPIC-principen är att säkerställa urfolken självbestämmanderätt i frågor som berör dem. Det är viktigt för att garantera möjligheten för urfolk att utveckla sin kultur och traditionella näringar, vilka generellt sett har en nära koppling till naturresursanvändning. Inflytande i frågor om användning av land- och andra naturresurser anses därför vara av särskild vikt. Mot bakgrund av detta har FN:s särskilda rapportör för urfolks rättigheter tagit upp de brister som den svenska minerallagstiftningen har i förhållande till samers inom urfolksrätten etablerade land- och vattenrättigheter.³

FPIC-principen innebär inte någon generell vetorätt för urfolken, men man anser att ju större omfattning och negativ påverkan ett beslut eller ett förfarande har för ett urfolk, desto mer långtgående skyldigheter finns det för det allmänna att söka konsensuslösningar. Det föreligger härvid en stor skillnad mot en ordning där en grupp generellt bereds möjlighet att

¹ ILA, Resolution No. 5/2012, *Rights of Indigenous Peoples*, punkterna 5 och 10. Se också ILA, Johannesburg Conference (2016), *Implementation of the Rights of Indigenous Peoples*, avsnitt 2.

² Se E/C.12/SWE/CO/6, CERD/C/SWE/CO/19-21 respektive CCPR/C/SWE/CO/7.

³ Special Rapporteur: *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on the human rights situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 9 augusti 2016, A/HRC/33/42/Add.3; Special Rapporteur: *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya - Addendum - The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, 6 juni 2011, A/HRC/18/35/Add.2.

lämna synpunkter, till exempel i form av sakägare eller som minoritetsrepresentant.⁴ Det är också viktigt att även beakta de kumulativa, sammantagna effekterna av ett eller flera beslut eller förfaranden. Därutöver är konsultationsprocessen inte ett ”ja eller nej” –förfarande, utan just en process, som förutsätter ett längre engagemang från samhällsaktörers sida.⁵

Det aktuella konsultationsförslaget har i stället utarbetats utifrån förslaget till nordisk samekonvention och i jämförelse med norsk respektive finsk lagstiftning på området. Civil Rights Defenders vill understryka att förslaget till nordisk samekonvention ännu inte antagits. Förslaget till nordisk samekonvention innehåller vidare inte principen om fritt informerat förhandssamtycke, vilket innebär en lägre standard än Sveriges internationella åtaganden. Man har inte heller beaktat till exempel den FN-kritik som framförts mot Finland för att FPIC-principen inte heller där implementerats på ett adekvat sätt i frågor rörande gruv- och skogsbrukens påverkan i samiska marker.⁶

I stället för FPIC-principen använder man i utredningen som grund för förslaget formuleringar såsom ”möjligheten till påverkan genom att samerna får utveckla sina synpunkter i ärendet, vilket är ett sätt att förstärka samernas inflytande på beslut av särskild betydelse för dem” (s 40) eller ”att få en uppfattning om samernas inställning i det aktuella ärendet som myndigheten kan beakta vid sitt beslut; samerna ska få ett medinflytande” (s 40-41). Dessa uttalanden åskådliggör den enligt Civil Rights Defenders helt felaktiga utgångspunkten för utredningen och utgör inte ett uttryck för det reella och effektiva inflytande som ska tillkomma ett urfolk.

Utifrån den från utredningen helt skilda uppfattningen om vilka krav som bör ställas på en konsultationsordning för Sveriges urfolk, ställer sig Civil Rights Defenders tveksam till att

⁴ Human Rights Committee, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984, samt Åhren, M., *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System* (Oxford: OUP 2016) 225.

⁵ Cf. MacKay, F., 'Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent and the World Bank's Extractive Industries Review', 4 *Sustainable Development Law & Policy Journal* (2004) 43. Se vidare t. ex.. Cariño, J., 'Indigenous peoples' right to free, prior and informed consent: reflections on concepts and practice', 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005) 19; International Alliance of Indigenous and Tribal People of the Tropical Forests (IAITPTF) / Indigenous Peoples' Foundation for Education and Environment (IPF), *Handbook on Free, Prior and Informed Consent*, <http://www.thai-ips.org/Documents/FPIC_Handbook_Final.pdf>; First Peoples Worldwide / Trillium Asset Management, *Indigenous Peoples Guidebook on Free Prior Informed Consent and Corporate Standards*, <http://www.rstpeoples.org/publish/FINAL_nal_guidebook_5.10.12.pdf>; Food and Agricultural Organisation, *Respecting free, prior and informed consent - Practical guidance for governments, companies, NGOs, indigenous peoples and local communities in relation to land acquisition* (Rome: FAO 2014); Anderson, P., *Free, Prior, and Informed Consent in REDD+, Principles and Approaches for Policy and Project Development* (Bangkok: RECOFTC 2011); Forest Stewardship Council, *FSC guidelines for the implementation of the right to free, prior and informed consent (FPIC)*, 30 October 2012.

⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on the twentieth to twenty-second periodic reports of Finland, adopted by the Committee at its eighty-first session (6–31 August 2012)*, CERD/C/FIN/CO/20-22, 23 October 2012, para 11.

alls beröra de enskilda utredningsförslagen. Mycket av den kritik som Civil Rights Defenders har mot de enskilda förslagen är ju direkt kopplat till denna grundläggande problematik. Nedan kommenteras dock några centrala frågor.

Hänvisning i speciallagstiftning

Civil Rights Defenders delar utredningens syn att det är nödvändigt med ett regelverk rörande konsultation som är generellt tillämbart i beslutsprocesser. Civil Rights Defenders ifrågasätter dock bedömningen att ingen parallell hänvisning till den föreslagna konsultationsordningen behöver ske mer än i minoritetsspråklagen (2009:724). Flertalet samiska företrädare har påpekat att det idag råder ett problem med att den lagstiftning som rör generellt samråd - bl a i den nämnda minoritetsspråklagen, men än mer i förvaltningsrättslig speciallagstiftning - allt som oftast tolkas på ett inkorrekt vis av handläggande myndighet, och emellanåt förbises helt. Detta kan ske helt utan rättsliga följder eller så tvingas samer in i kostnadskrävande rättsprocesser i syfte att hävda sin rätt till inflytande. Det är därför viktigt att införa konkreta anvisningar om konsultationsordning i de centrala regelverken som påverkar samiska livsstilar och kulturliv idag, så som minerallagen (1991:45), plan- och bygglagen (2010:900), miljöbalken (1998:808) och skogsvårdslagen (1979:429).

Materiella brister i bestämmelser kring konsultationsskyldigheten

Såsom ovan påpekats, skiljer sig Civil Rights Defenders uppfattning om konsultationsskyldighetens räckvidd på ett fundamentalt sätt från vad utredningen haft som utgångspunkt. Som en följd av detta finns det enligt Civil Rights Defenders uppfattning en rad materiella brister i förslaget. Nedan följer några centrala exempel.

Utredaren har valt att inte närmare definiera konsultationsskyldighetens kärna, rekvisitet ”ärende av särskild betydelse” (2 §). Det som anförs i promemorian är att ärendet ska särskilt röra samer och inte lika mycket medborgare i allmänhet (s 99). I den norska lagen tar man upp exempel på frågor där konsultation kan krävas av samer. Utredaren nämner att dessa exempel kan vara aktuella för konsultationsskyldigheten även i svensk kontext. Vidare omnämns året-runt-marker enligt rennäringslagen och skogsvårdslagens bestämmelse om fjällnära skogar (s 99). Enligt Civil Rights Defenders mening är begreppet som ska föreställa konsultationsskyldighetens kärna alltför vagt formulerad, särskilt då undantagssituationerna från konsultationsskyldigheten (4 §) angetts i desto mer konkreta ordalag.

Vidare vill Civil Rights Defenders, utifrån ett urfolksrättsligt perspektiv, föra fram den grundläggande problematik som är hänförlig till att det enligt förslaget helt ligger inom det allmännas kontroll att definiera vad som kan anses utgöra ett ärende av särskild betydelse för samerna. En möjlighet att avgöra när en konsultationsskyldighet inträder bör, med stöd i rätten

till självbestämmande, också tillerkännas den samiska parten. För det fall att samiska aktörer identifierar ett ärende av särskild betydelse för det samiska folket bör det medföra en skyldighet för aktuell myndighet att ingå i ett konsultationsförfarande. En sådan skyldighet bör upptas i regleringen.

Ett exempel enligt förslaget på en verksamhet som i normalfallet inte kan anses utgöra ärende av särskild betydelse för samer är undersökningsarbete enligt minerallagen. Man menar att undersökning i regel inte medför några större olägenheter för renskötseln och annan markanvändning, och att endast en ringa del av dessa undersökningar leder till en ansökan om bearbetningskoncession (s 100). Förslaget öppnar dessutom upp för undantag från konsultation vid ansökan om bearbetningskoncession när det kan bedömas som uppenbart obehövligt (4 § 6 p, s 59 och 105). Civil Rights Defenders anser att resonemangen går stick i stäv mot andemeningen i det som utgör grunden för urfolkens rätt till konsultation. Konsultation ska ske i ett så tidigt skede som möjligt av processen och innan ett markinträang överhuvudtaget görs. Det är dessutom som ovan nämnts, särskilt viktigt att bereda samer möjlighet till reellt och effektivt inflytande i beslutsprocesser i frågor som berör naturresursanvändning.

Civil Rights Defenders anser vidare att ärenden som bedömts vara av särskild betydelse för samer, enligt urfolksrätten samtidigt inte kan undantas på grund av att konsultation från det allmännas sida bedöms vara ”uppenbart obehövligt” (4 § 6 p).

Som exempel på när konsultation kan anses uppenbart obehövligt har man angett att det skett ett tidigare samråd enligt annan, parallell tillämpbar lagstiftning (s 105). Civil Rights Defenders vill härvid poängtera att konsultation enligt urfolksrättsperspektivet har en vidare betydelse än sakägares generella rätt att få lämna synpunkter. Civil Rights Defenders vill vidare i sammanhanget tillägga, att det bör göras en analys av den för samer centrala lagstiftningen rörande naturresursexploatering och fysisk planering, såsom av plan- och bygglagen, miljöbalken, rennäringslagen, skogsvårdslagen, minerallagen och väglagen, i syfte att motverka en fragmentarisk tillämpning av konsultationsordningen utifrån olika principiella utgångspunkter (sakägare/urfolk osv).

Brister i bestämmelser kring konsultationsförfarandet

Civil Rights Defenders vill vidare föra fram att den föreslagna konsultationsordningen i hög utsträckning kontrolleras av det allmänna, något som inte kan anses vara förenligt med en ordning som ska säkerställa ett urfolks rätt till självbestämmande. Ett exempel på detta är förslaget att konsultation ska ”fortsätta [...] tills myndigheten eller Sametinget förklarar att enighet eller samtycke inte kan nås i ärendet” (6 §). Civil Rights Defenders vill härvid för det första åter poängtera att konsultationsskyldighetens räckvidd är beroende av ärendets karaktär,

varför skyldigheten inte lämpar sig för dylika generella inskränkningar. En bestämmelse som reglerar när ett konsultationsförfarande får lov att avslutas av en myndighet bör dessutom åtminstone förenas med närmare detaljreglering kring rekvisiten för detta samt med anvisning av tydliga handläggningsrutiner som behöver företas före avslutandet. Vidare bör en sådan bestämmelse formuleras som ett undantagsfall och inte som en huvudregel.

Civil Rights Defenders avstyrker även följande förslag: ”konsultationen ska dock alltid avslutas i god tid före det att ärendet enligt bestämmelser lag eller förordning måste avgöras av den konsulterande myndigheten” (6 §). Den föreslagna bestämmelsen är enligt Civil Rights Defenders inte förenlig med folkrättsliga principer. En konsultationskyldighet bör inte ur ett urfolksrättsligt perspektiv vara understående annan lagstiftning. Tvärtom bör samer som huvudregel få tid på sig att erhålla, samla och analysera informationen som frågan omfattar. Ges inte denna tid, saknar samiska representanter möjlighet att förutse konsekvenserna av vissa åtgärder för samiska intressen, varför en konsultation skulle bli helt meningslös.

Civil Rights Defenders är också kritisk till att begreppen ”enighet” och ”samtycke” (6 §) används som standard för konsultation i en bestämmelse som processuellt begränsar konsultationsrätten, när dessa begrepp inte används i förhållande till själva definitionen av den positiva rättighet som rätten till inflytande innebär.

Det måste förutsättas att samiska grupper som utgångspunkt kan vara kritiska till framför allt en stor del av de exploateringsprojekt, särskilt som minerallagstiftningen inte innehåller någon reglering som tvingar beslutande aktörer att beakta samers urfolksrättigheter i beslutsfattandet. Urfolksrättigheter förekommer som bekant inte som begrepp i svensk lagstiftning. Att ha konkreta processuella rutiner på plats är enligt Civil Rights Defenders mening helt avgörande för att en lagstiftning som rör konsultation överhuvudtaget ska kunna leda till inflytande. Detta ska ses i kontexten att många samiska företrädare känner ett lågt förtroende för myndighetsaktörer vad gäller dessas agerande i förhållande till de samrådsförfaranden som finns inom ramen för vissa beslutsprocesser idag – en upplevelse som stöds av urfolks erfarenheter globalt.

Det är vidare viktigt att samer säkerställs möjlighet att på nytt påkalla konsultation i ärenden där det framkommit nya omständigheter. Detta är särskilt viktigt i frågor som det är svårt att på förhand bedöma räckvidden av, t ex i form av kumulativa effekter.

I syfte att åtminstone delvis kompensera de vaga formuleringar som präglar förslagets positiva rättigheter för samer, föreslår Civil Rights Defenders att det inkluderas ett krav på motiveringsskyldighet för de aktörer som ansvarar för att konsultationsförfarandet genomförs. Syftet med konsultationsförfarandet är enligt förslaget, såsom nämnts, att samer ska få utveckla sin ståndpunkt. Denna ska sedan vägas in och tillmätas en stor betydelse (s

75). Sker det en rättighetskonflikt mellan å ena sidan urfolksrättigheter och å andra sidan andra samhällsintressen är det av vikt att myndigheter bedömer detta, och i detta sammanhang är motivering grundläggande. Det bör i motiveringen framgå vilka ståndpunkter som de konsulterade samiska grupperna har och huruvida myndigheten bedömer att de intressen som kommer till uttryck omfattas av de delar av urfolksrätten som binder Sverige, vilket naturligtvis även omfattar ett ställningstagande kring internationell sedvanerättsligt innehåll. Den särskilda rapportören för urfolksrättigheter har påpekat att det för en inskränkning av principen och fritt informerat förhandssamtycke, såsom med alla inskränkningar av mänskliga rättigheter, krävs stöd av ett legitimt samhällsintresse som bedöms vara nödvändigt och proportionerligt.

Kumulativa markintrång och fragmentariska tillståndssystem

Civil Rights Defenders är kritisk till avsaknaden av analys kring hur konsultationsordningen ska garantera ett reellt och effektivt inflytande vad gäller de kumulativa effekterna av åtgärder. Åtgärder kan, tagna var för sig, innebära en mindre inverkan på samiska intressen. Tagna tillsammans kan de dock utgöra en stor negativ påverkan. Omfattas dessa åtgärder av olika handläggningsprocesser, är vidtagna vid olika tidpunkter och eventuellt även av olika ansvariga myndighetsaktörer, uppstår en risk att man i konsultation i vart och ett av fallen inte beaktar övriga inskränkningar för samer. Den kumulativa effekten av naturexploateringar med påföljande infrastruktursatsningar och fragmentisering av landskap anföras som ett grundläggande problem för samebyar och andra berörda samer. Detta har också uppmärksamats globalt i naturskyddssammanhang.

Jämbördiga relationer mellan förhandlande parter

Sametinget, samebyar och samiska organisationer förutspås i utredningen få en ökad arbetsbörda som följd av konsultationsförslaget. Civil Rights Defenders instämmer i denna bedömning. En effektiv konsultationsordning kräver att samer har möjlighet att informera sig och i övrigt på bästa sätt förbereda sig för förhandling inom ramen för konsultationsförfarandet. Det är staten som har det främsta ansvaret för att det inte föreligger ett ojämbördigt förhållande mellan parterna. Enligt Civil Rights Defenders mening är en ökad resurstilldelning avgörande för att det samiska folket i realiteten ska kunna ta del i konsultationsförfaranden. Civil Rights Defenders vill också poängtera vikten av att de vidtalade samiska aktörerna kan uppdra till annan organisation eller person att delta vid konsultationsprocessen. Det är enligt Civil Rights Defenders mening viktigt att det skyndsamt företas en konsekvensanalys om vilka resurser som behöver tillskjutas Sametinget, samebyar och samiska organisationer för att de ska kunna ta del i konsultationsförfaranden.

Överklagande och rättsverkan

Utredaren har bedömt att en självständig överklaganderätt för Sametinget och samiska organisationer inte bör införas i en konsultationslagstiftning (s 75-81). Att samer ska behöva inleda rättsprocesser, med bl a de kostnader som det medför, i syfte att få tillgång till sin rätt att delta i beslut som berör dem som urfolk, är givetvis inte ett önskvärt scenario. Civil Rights Defenders vill därför poängtera vikten av att lagstiftaren säkerställer att samers rätt till konsultation inte förbigås. En möjlig väg är att konsultationsrätten förenas med en självständig klagorätt för Sametinget och de samiska organisationer som omfattas av konsultationsrätten ifall rätten till konsultation förbises (2-4 §§) eller i övrigt brister (4-7 §§).

Utredaren föreslår att ett beslut rimligen bör kunna undanröjas som handläggningsfel om konsultation underlåtit utan att något undantag i 3 § är tillämpligt, eller då konsultation förekommit före beslut men väsentligen avvikit från vad som föreskrivs i 4-7 §§ utan att man från den samiskt sidan medgett avvikelser. Exempel på sådana situationer som inte kan anses väsentligen avvika från den föreslagna regleringen utgör enligt utredaren situationen när Sametinget har fått alltför kort tid på sig att förbereda sig inför konsultationen om konsultationen i övrigt skötts korrekt, samt då konsultationen avbrutits trots att den samiska parten haft berättigade förhoppningar om att enighet så småningom ska uppnås i frågan (s 81). Samtidigt anför man i utredningen att det bör överlåtas till rättstillämparen att avgöra vilken rättsverkan underlåten eller bristande konsultation får (s 83). Civil Rights Defenders anser att lagen istället bör ge tydlig vägledning för de tillämpande myndigheterna om den förväntade rättsverkan av bristande konsultation, annars riskerar samer att behöva dras in i ytterligare rättsprocesser, enkom för att kunna hävda sin rätt till konsultation. Civil Rights Defenders ställer sig vidare kritisk till formuleringen att det krävs att avvikelser är väsentliga och föreslår att det bör räcka med att det kan konstateras att det skett en för samer betydelsefull avvikelse från konsultationsbestämmelserna. Ett högre krav än att avvikelse ska ha skett för att det kan anses utgöra ett handläggningsfel som leder till undanröjande av aktuellt beslut torde inte vara förenligt med principen om fritt informerat förhandssamtycke.

Slutord

Gällande svensk rätt ger samebyar en särskild status och viss möjlighet till samråd i egenskap av sakägare. Samebyar och den samiska renskötselns utgör starka kulturbärare inom det samiska samhället och ett förslag om ny konsultationsordning för det samiska folket får inte inskränka på samebyars möjligheter till inflytande eller annars inverka på de rättigheter de har idag enligt svensk rätt. Civil Rights Defenders vill dock på samma gång framhålla, att när man i förslaget omnämner konkreta exempel på samiska livsstilar, bör man också uppmärksamma den mångfald av samiska grupper med tillkommande traditionella näringar, som finns i Sverige. Det är grundläggande att konsultationsordningen säkerställer hela det samiska folkets

reella och effektiva inflytande i frågor som berör dem, utan att för den skull ställa olika samiska grupper mot varandra.

Sametinget har motsatt sig ytterligare mineralutvinning inom Sápmi fram till att samers urfolksrättigheter tillgodoses i Sverige.⁷ Civil Rights Defenders ställer sig bakom Sametinget och understryker vikten av att regeringen på allvar analyserar och genomför Sveriges internationella åtaganden vad gäller urfolket samer. Konsultation i enlighet med FPIC-principen är ett verktyg för samer att uppnå självbestämmande i frågor som berör dem som urfolk. Principen är en etablerad och central del av urfolksrätten. Det är därför angeläget att regeringen gör ett omtag i frågan om konsultationsförfarande och fullt ut implementerar FPIC-principen i svensk lagstiftning. Sverige bör inte än en gång svika sina internationella åtaganden mot urfolket samer.

Stockholm som ovan

Robert Hårdh
Executive Director

⁷ Se <https://www.sametinget.se/gruvpolicy>.